

**L'équilibre des prestations : une condition de
reconnaissance de la force obligatoire du contrat ?**

Élise M. Charpentier

Institut de droit comparé

Université McGill

Juillet 2001

**Thèse soumise à la Faculté des Études supérieures
comme exigence pour l'obtention d'un doctorat en droit civil (D.C.L.)**

© Élise M. Charpentier 2001



National Library
of Canada

Acquisitions and
Bibliographic Services

395 Wellington Street
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Bibliothèque nationale
du Canada

Acquisitions et
services bibliographiques

395, rue Wellington
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Your file Votre référence

Our file Notre référence

The author has granted a non-exclusive licence allowing the National Library of Canada to reproduce, loan, distribute or sell copies of this thesis in microform, paper or electronic formats.

The author retains ownership of the copyright in this thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

L'auteur a accordé une licence non exclusive permettant à la Bibliothèque nationale du Canada de reproduire, prêter, distribuer ou vendre des copies de cette thèse sous la forme de microfiche/film, de reproduction sur papier ou sur format électronique.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur qui protège cette thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

0-612-78806-7

À ma mère,
Jeanne Pomerleau-Charpentier

À la mémoire de mon père,
André P. Charpentier

RÉSUMÉ

La théorie de l'autonomie de la volonté joue un rôle central dans la structure du régime juridique applicable au contrat. Elle a donné lieu à une conception de la justice contractuelle qui a contribué à transformer le rôle de l'équilibre des prestations et influencé le sort réservé par le droit positif québécois aux contrats déséquilibrés. Cette théorie ne peut toutefois pas servir de cadre d'analyse pour l'ensemble du régime juridique du contrat. À partir de la théorie de l'autonomie de la volonté, le droit positif pose certes le principe selon lequel la lésion ne vicie pas le consentement, mais il prévoit également de nombreuses exceptions fondées sur des idées inspirées d'une autre conception de la justice contractuelle. De plus, l'analyse de l'ensemble des règles relatives à l'équilibre des prestations permet de montrer que, même si on ne trouve pas dans le droit positif actuel un énoncé de principe ayant pour but d'assurer la réalisation de l'équilibre contractuel, l'idée selon laquelle le contrat ne peut être un instrument d'exploitation et qu'il doit respecter un certain équilibre y est très présente.

ABSTRACT

The theory of the autonomy of the will plays a central structuring role in Quebec's positive law. It has given rise to a conception of contractual justice that has contributed to the transformation of the role played by equality in contract and influenced the treatment of unfair contract by positive law in Quebec. It cannot however serve as an analytical framework for explaining the entire juridical regime applicable to contract. Based on the theory of the autonomy of the will, positive law states the principle according to which lesion does not vitiate consent, but it also provides for numerous exceptions based on ideas that proceed from another conception of contractual justice. Moreover, although the Civil Code does not set forth any rule destined to ensure equality in contract the idea according to which contracts may not lead to the exploitation of a party by the other and must respect some sense of fairness can be put forward. A look at the body of rules in positive law pertaining to equality in contract shows that this idea plays an important role in Quebec's positive law.

REMERCIEMENTS

Mes premiers remerciements s'adressent à mon directeur de thèse, monsieur le professeur Paul-André Crépeau. Je tiens à lui faire part de ma très vive reconnaissance pour ses nombreuses observations, ses commentaires et ses suggestions qui ont incontestablement enrichi cette thèse. Je le remercie aussi de son soutien, de sa confiance et de son appui, sans lesquels je n'aurais pas mené ce travail à terme. C'est déjà avec une certaine nostalgie que je pense à nos nombreuses discussions marquées aussi bien par sa rigueur intellectuelle que par son évident le plaisir de partager ses réflexions.

Je tiens également à rendre hommage à monsieur le professeur Michel Humbert (Université Paris II) qui, par ses enseignements, m'a transmis sa passion pour le droit. En cela, ma rencontre avec lui constitue un moment déterminant de ma formation de juriste.

Merci à mon conjoint Jean Pichette d'avoir, par sa lecture attentive de mon manuscrit, contribué à en rehausser la qualité. Merci surtout de m'avoir si généreusement appuyée tout au long de ce parcours et d'avoir partagé aussi bien les joies que les moments plus difficiles qui l'ont ponctué.

Merci à monsieur le professeur Nicholas Kasirer de ses conseils et de ses nombreux encouragements qui m'ont été très précieux. Merci aussi d'avoir, comme directeur du *Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec*, été un employeur si compréhensif.

Merci à Maître France Allard pour sa patience au long de nos conversations qui ont très souvent porté sur cette thèse.

Merci à monsieur le professeur Daniel Jutras, de même qu'à tous ceux qui, à un moment ou à un autre, m'ont si généreusement fait part de leurs commentaires pendant la rédaction de cette thèse.

Merci au personnel de la *Bibliothèque Nahum Gelber*, particulièrement à madame Mary Lourenco qui m'a si souvent facilité la consultation de la collection et à monsieur John Fitzpatrick, responsable des prêts entre bibliothèques, sans qui un bon nombre des textes que j'ai consultés m'auraient été inaccessibles.

Merci à Maître Josée Touchette, du *Ministère de la Justice du Canada*, de m'avoir permis de concilier mes fonctions et la rédaction de cette thèse. Merci surtout d'avoir cru en l'importance de cette thèse.

À ma famille et à mes amis, merci de leur soutien et de leurs encouragements.

Enfin, pour leur soutien financier, sont remerciés le *Fonds concerté d'aide à la recherche du Québec* (F.C.A.R.) et la *Fondation Boulton*.

TABLES DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	4
TITRE I – LE POSTULAT DE L'ÉGALITÉ	16
CHAPITRE I – LE RÔLE DE L'ÉQUILIBRE DANS LES THÉORIES DU CONTRAT	17
<i>Paragraphe I – Le rôle de l'équilibre dans la théorie objective du contrat.....</i>	<i>19</i>
Sous-paragraphe I – La justice commutative.....	20
Sous-paragraphe II – Le juste prix.....	26
Sous-paragraphe III – L'apport de l'École du droit naturel moderne.....	39
i. Le concept d'égalité chez Grotius	42
ii. L'émergence du volontarisme.....	47
Conclusion	53
<i>Paragraphe II – Le rôle de l'équilibre dans la théorie subjective du contrat.....</i>	<i>56</i>
Sous-paragraphe I – Les transformations des fondements de la notion de lésion	60
Sous-paragraphe II – Le rétrécissement du rôle de la lésion	83
i. L'égalité des contractants.....	87
ii. L'insécurité juridique	89
Conclusion	94
<i>Conclusion</i>	<i>95</i>
CHAPITRE II – L'INFLUENCE DE LA THÉORIE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ SUR LE DROIT POSITIF	97
<i>Paragraphe I – L'Ancien droit</i>	<i>98</i>
<i>Paragraphe II – Le Code civil du Bas Canada.....</i>	<i>102</i>
<i>Paragraphe III – Les projets de réforme</i>	<i>107</i>
Sous-paragraphe I – Le Projet de Code civil	108
Sous-paragraphe II – L' Avant-projet de loi.....	110
<i>Paragraphe IV – Le Code civil du Québec.....</i>	<i>127</i>

<i>Conclusion</i>	133
CONCLUSION DU TITRE I	135
TITRE II – LA RECONNAISSANCE DE L'INÉGALITÉ	137
CHAPITRE I – LA LÉSION	149
<i>Paragraphe I – L'équilibre objectif des prestations</i>	151
Sous-paragraphe I – Les critères d'évaluation	154
Sous-paragraphe II – Le régime de la sanction	157
<i>Paragraphe II – La préservation du contenu du patrimoine</i>	166
Sous-paragraphe I – Les critères d'évaluation	167
Sous-paragraphe II – Le régime de la sanction	169
<i>Conclusion</i>	176
<i>Paragraphe III – La nouvelle conception de la lésion</i>	178
Sous-paragraphe I – Les éléments constitutifs	179
i. Le déséquilibre	180
ii. L'exploitation	185
iii. Le lien entre le déséquilibre et l'exploitation	194
Sous-paragraphe II – Le régime de la sanction	200
<i>Conclusion</i>	208
CHAPITRE II – LES CLAUSES ABUSIVES	212
<i>Paragraphe I – La notion de clause abusive de l'article 1437 C.c.Q.</i>	232
Sous-paragraphe I – Le désavantage excessif et déraisonnable	233
Sous-paragraphe II – La bonne foi	240
Sous-paragraphe III – La clause qui dénature le contrat	242
i. L'éclairage de l'histoire du droit	246
ii. L'éclairage du droit allemand	252
iii. L'interprétation proposée	260

<i>Paragraphe II – Le domaine de la sanction des clauses abusives.....</i>	264
Sous-paragraphe I – Les clauses visées	264
Sous-paragraphe II – Les contrats visés.....	273
i. Les stipulations essentielles.....	275
ii. L’absence de libre discussion.....	281
 <i>Conclusion</i>	 290
 CONCLUSION DU TITRE II.....	 296
 CONCLUSION GÉNÉRALE - LES INSUFFISANCES DE LA THÉORIE DE L’AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ	 306
 SOURCES	 314
 LÉGISLATION.....	 314
<i>Québec</i>	<i>314</i>
<i>Autres juridictions.....</i>	<i>316</i>
 JURISPRUDENCE	 317
<i>Québec</i>	<i>317</i>
<i>Autres juridictions.....</i>	<i>333</i>
 DOCTRINE	 338
<i>Monographies</i>	<i>338</i>
<i>Périodiques</i>	<i>355</i>

*En matière de contrat,
il n'y a qu'un seul principe absolu : c'est la justice.
La liberté n'est qu'un moyen en vue du juste;
elle ne repose que sur une présomption de justice.*
Gounot¹

INTRODUCTION

Le thème de la justice contractuelle n'a rien de nouveau. Depuis l'Antiquité, les philosophes, les théologiens, les canonistes et les juristes l'ont sans cesse abordé sous différentes appellations – équité, lésion, équilibre –, mais lorsqu'il s'agit de s'interroger sur la validité d'un contrat dont les prestations désavantagent l'une des parties, c'est toujours du rôle de la justice dont il est question. La justice requiert-elle que tous les contrats valablement formés soient exécutés, peu importe leur contenu ? Ou requiert-elle plutôt l'anéantissement des contrats iniques ?

Ces questions illustrent la tension quasi constante entre la loi et l'équité dans le droit des contrats que Shakespeare a dramatiquement décrite dans *Le marchand de Venise*. Les termes du débat ont, toutefois, été transformés par la théorie de l'autonomie de la volonté. Cette théorie rompt avec la tradition, dans la mesure où elle fonde le contrat et articule toutes les règles du régime contractuel sur la volonté. Dans cette perspective, l'équité disparaît et le rôle de la loi est

¹ E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé - Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, A. Rousseau, éd., 1912, à la p. 387.

réduit : cette dernière a pour fonction de permettre à la volonté d'agir, de proposer des règles supplétives pour les situations où la volonté ne se serait pas exprimée, et des règles impératives visant à faire respecter un ordre public conçu de manière très étroite.

La théorie du contrat, à laquelle la doctrine majoritaire adhère, demeure inspirée de la théorie de l'autonomie de la volonté. La doctrine fait généralement un lien entre la théorie (juridique) et le concept kantien de l'autonomie de la volonté. Or, ces deux concepts ne peuvent être liés; ils sont si différents qu'une analyse comparative révélerait qu'ils sont plus en rapport d'opposition que de filiation.² L'absence d'identité entre les conceptions juridique et philosophique de la théorie de l'autonomie de la volonté a d'ailleurs été soulignée par certains juristes s'étant intéressés à la question.³ Gounot notait, toutefois, que la prose de Kant avait inspiré le vocabulaire employé : « [...] Kant ne fut pas l'initiateur de

² Voir E. Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, trad. de V. Delbos, Paris, Vrin, 1980. Cette oeuvre a bien sûr fait l'objet de nombreux commentaires. Toutefois, peu de juristes s'y sont intéressés, mais voir S. Goyard-Fabre, « La place de la justice dans la doctrine kantienne du droit », (1975) A.P.D. 235; et J. Clam, « La doctrine kantienne du droit — Introduction à sa lecture et discussion de ses enjeux », (1996) R.R.J. 265.

³ Voir, outre E. Gounot, *supra* note 1 à la p. 53 et ss., V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, Travaux et recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, Paris, P.U.F., 1980, à la p. 9; E. Putman, « Kant et la théorie du contrat », (1996) R.R.J. 685.

l'individualisme français, il lui fournit du moins des formules qui l'exprimaient excellemment. Ce sont ces formules seules qu'on a retenues de son œuvre et qu'on s'est plu à citer et à paraphraser ».⁴

Alors que la doctrine de l'autonomie de la volonté de Kant suppose le respect de la loi morale, la doctrine juridique assimile l'autonomie à la liberté contractuelle.⁵ La théorie de l'autonomie de la volonté peut être plus précisément définie, d'un point de vue juridique, comme la théorie selon laquelle le concours des volontés est la source du contrat. Les postulats philosophiques de la théorie juridique de l'autonomie de la volonté posent l'individu – empirique et non plus symbolique, avec ses « penchants » particuliers, dont les actions pourraient être jugées du point de vue de son appartenance à une communauté de raison – à la base de l'organisation sociale et, conséquemment, du droit.⁶ La volonté fonde l'obligation contractuelle. En dehors des obligations contractuelles où la volonté de s'obliger apparaît clairement, seules sont alors légitimes les obligations qui ont

⁴ E. Gounot, *supra* note 1 à la p. 54.

⁵ Cette idée nous est inspirée d'une observation de E. Putman : « [...] la doctrine kantienne confond l'autonomie de la volonté avec la soumission de la volonté à la morale. La doctrine juridique confond l'autonomie de la volonté avec l'abandon de la volonté à la liberté contractuelle » (E. Putman, *supra* note 3 à la p. 689).

⁶ Il n'est donc pas possible d'attribuer à Kant les principes qui découlent de la théorie juridique de l'autonomie de la volonté.

pour but de permettre la coexistence de tous, celles qui sont nécessaires au maintien de l'ordre public. C'est pourquoi E. Putman estime que la théorie de l'autonomie de la volonté a été assimilée par la doctrine à la liberté contractuelle.⁷

Dans la théorie de l'autonomie de la volonté, la liberté contractuelle porte aussi bien sur la forme que sur le fond du contrat. Les deux sont d'ailleurs intimement liés. Ce n'est, en effet, qu'à partir du moment où le contrat a été conçu comme un acte résultant du seul accord des volontés que l'équilibre a cessé de jouer un rôle central dans la conception même du contrat. L'existence de contrats consensuels n'avait jusque-là pas remis en cause la place de l'équilibre dans le contrat. Dans la conception du contrat inspirée de la théorie de l'autonomie de la volonté, la place de l'équilibre et celle de la volonté seront inversées : les exigences de l'équité tendant à être reléguées au plan moral, les principes du droit civil seront construits à partir de la volonté.

La transformation de la conception du contrat à laquelle a donné lieu la réception juridique de la théorie de l'autonomie de la volonté a eu un impact indéniable sur le rôle de l'équilibre des prestations. Dorénavant, le contrat n'est plus conçu comme un moyen d'échanger des biens ou des services équivalents, mais plutôt comme un accord de volontés ayant pour but de réaliser un échange, peu importe sa substance. Dans ce contexte, la place susceptible d'être accordée à

⁷ *Supra* note 5.

l'idée d'équilibre dépend de la portée de la théorie de l'autonomie de la volonté et, plus précisément, du principe selon lequel l'acte juridique émanant de la volonté doit être respecté.

L'acceptation sans réserve de cette théorie exclut nécessairement la sanction des ententes lésionnaires au sens classique du terme, puisque, l'égalité empirique des parties étant supposée, l'accord est présumé résulter de concessions réciproques : il est donc nécessairement juste. L'égalité des parties implique aussi que celles-ci soient les mieux placées pour évaluer les obligations contractuelles, d'où leur liberté de déterminer le contenu du contrat. En conséquence, les interventions extérieures destinées à rééquilibrer le contrat n'ont aucune légitimité, sauf dans la mesure où elles sont destinées à préserver l'ordre public et les bonnes mœurs. Une obligation conforme à l'ordre public ne saurait donc être remise en question car elle est l'expression de la volonté.⁸ Les tenants de la théorie de l'autonomie de la volonté sont donc opposés à toute intervention extérieure dont, entre autres, la sanction de la lésion.

⁸ Le succès de la théorie de l'autonomie de la volonté explique également que la notion d'ordre public soit conçue de façon étroite. Les tenants de cette théorie critiquent, en effet, les interventions législative et judiciaire ayant pour but de limiter ou d'encadrer la liberté contractuelle.

Même si le mouvement ayant conduit à la renaissance de la bonne foi avait déjà connu un certain succès,⁹ ce n'est que depuis une dizaine d'années que l'image du contrat présentée par la doctrine québécoise a été transformée sous l'éclairage de la bonne foi. La « redécouverte » de la bonne foi a transformé le régime contractuel en apportant un contrepoids à la liberté de contracter, qui était jusque-là conçue de manière presque absolue. On a dit de la bonne foi qu'elle est venue rééquilibrer le contrat, que sa reconnaissance dans le *Code civil du Québec* symbolise l'instauration d'une plus grande justice contractuelle.¹⁰ Pourtant, l'équilibre des prestations constitue, à cet égard, une exception importante, puisque, si l'on en croit la majorité des auteurs, cette idée ne joue toujours qu'un rôle secondaire en droit positif : l'article 1405 du *Code civil du Québec* prévoit ainsi que « [o]utre les cas expressément prévus par la loi, la lésion ne vicie le consentement qu'à l'égard des mineurs et des majeurs protégés ». L'examen de l'ensemble des règles du droit positif permet, toutefois, de constater que si le

⁹ À ce sujet voir, entre autres, *Houle c. Banque nationale du Canada*, (1990) 3 R.C.S. 122; P.-A. Crépeau, « Le contenu obligationnel d'un contrat », (1965) R. du B. can. 1; G.A. Rosenberg, « The Notion of Good Faith in the Civil Law of Québec », (1960) 7 McGill L.J. 2.

¹⁰ Sur la bonne foi dans le *Code civil du Québec*, voir, entre autres, B. Lefebvre, *La bonne foi dans la formation des contrats*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1998, à la p. 2 et ss.; B. Lefebvre, « La justice contractuelle : mythe ou réalité? », (1996) 37 C. de D. 17; J. Pineau, « La philosophie générale du nouveau Code civil du Québec », (1992) 71 R.B. can. 423; J.-L. Baudouin, « Conférence de clôture : Journées Maximilien Caron - Les enjeux et valeurs d'un Code civil moderne », (1990) 24 R.J.T. 619.

législateur ne pose pas de façon formelle l'exigence d'un équilibre des prestations, il affirme implicitement le principe selon lequel l'équilibre est une condition essentielle à la validité de plusieurs contrats.¹¹ Or, la théorie du contrat ne rend généralement pas compte de toutes ces règles, qui s'appliquent pourtant à la vaste majorité des contrats.

Tout en acceptant l'idée que la volonté soit la source de l'obligation, la plupart des auteurs reconnaissent, toutefois, que l'égalité des parties postulée par la théorie de l'autonomie de la volonté ne correspond pas à une égalité des parties dans les faits. Ils acceptent donc l'idée que la lésion soit sanctionnée lorsque la personne qui la subit est faible en raison d'une condition particulière (comme le mineur ou le majeur protégé) ou de la situation dans laquelle elle se trouve (comme le consommateur ou l'emprunteur).

Bien que la théorie de l'autonomie de la volonté demeure au cœur des règles de droit positif régissant le contrat, on peut se demander si elle peut vraiment servir de fondement à la théorie du contrat. Par l'intégration, dans le régime contractuel, de dispositions particulières qui n'ont pas d'abord pour but d'assurer l'équilibre des contrats, mais de protéger ceux qu'il considère plus vulnérables, le législateur reconnaît que « les présupposés d'une autonomie de la

¹¹ C'est, du moins, ce que nous allons tenter de montrer dans la seconde partie de cette thèse, voir *infra* Titre II, à la p. 137 et ss.

volonté digne de ce nom - l'efficacité juridique propre au vouloir individuel - manquent en fait ». ¹²

Ces dispositions se rattachent à la notion de lésion ou à celle de clause abusive. On trouve trois conceptions de la lésion en droit civil québécois : la lésion objective, la lésion subjective et la lésion mixte. La lésion dite « objective » est celle qui consiste en un déséquilibre important entre les prestations contractuelles. ¹³ Le patrimoine du contractant qui subit une lésion objective est diminué puisqu'il ne reçoit pas l'équivalent de ce qu'il a donné; il souffre donc un préjudice patrimonial. La définition de la lésion peut également être fondée sur un critère « subjectif », à savoir la démesure entre la prestation et le patrimoine de l'un des contractants. La lésion est subjective lorsque le contrat a pour effet de modifier la composition du patrimoine du contractant lésé. Elle se manifeste lorsque le bien obtenu ne correspond pas aux revenus ou aux ressources du contractant, ou encore lorsque, malgré la valeur objective du bien, le contrat nuit aux intérêts du contractant. Le lésé reçoit l'équivalent de ce qu'il a donné, en conséquence, la valeur de son patrimoine demeure la même. La

¹² G. Rouhette, *infra* note 17 à la p. 256; voir aussi J. Pineau et D. Bruman, *Théorie des obligations*, 2ème éd., Montréal, Les éditions Thémis, 1988, à la p. 120.

¹³ Nous utilisons ici le qualificatif « important », bien que plusieurs autres puissent servir à décrire le déséquilibre, voir *infra* le chapitre I du Titre II, à la page 149 et ss.

disproportion entre le bien et le reste du patrimoine du lésé met toutefois celui-ci dans l'embarras, et c'est cet embarras qui constitue le préjudice. Plus récemment, on a eu recours à un troisième concept de lésion afin d'assurer une certaine moralité contractuelle : il s'agit de la lésion mixte. La lésion mixte est, comme la lésion objective, constituée d'une disproportion des prestations, laquelle résulte, toutefois, de l'exploitation de l'une des parties par l'autre.¹⁴ Ce n'est pas la lésion elle-même, en tant que préjudice, qui constitue dorénavant la clé du problème, mais plutôt la lésion consécutive à un abus quelconque de la part de l'un des contractants. Les idées de protection des plus faibles et de lutte contre les abus des plus forts, qui ont profondément transformé la définition de la lésion en y intégrant dorénavant la notion d'exploitation, ont aussi amené le législateur à innover au niveau de la technique législative. La réalisation de

¹⁴ C'est à cette forme de lésion que renvoie la définition de la lésion qu'on trouve à l'article 1406 al. 1 C.c.Q. Cette définition rejoint en grande partie celle de l'article 8 de la *Loi sur la protection du consommateur* (L.R.Q., c. P-40.1). Cette parenté découle du fait que le législateur, en attendant la réforme du Code civil, s'inspira des travaux de l'Office de Révision du Code civil (art. 37, Livre V, *Projet de Code civil*) lors de la rédaction de la première *Loi de la protection du consommateur* (L.Q. 1971, c.74). Au sujet de la distinction entre la définition de la lésion qu'on trouve à l'article 1406 al. 1 C.c.Q. et celle de l'article 8 de la *Loi sur la protection du consommateur*, voir *infra* Titre II, chapitre I, à la page 149 et ss.

Telle est la conception de la lésion qu'on trouve aussi en droit allemand (art. 138 B.G.B.), suisse (art. 20 et 21 du *Code des obligations*), et en droit privé international (voir l'article 3.10 des *Principes d'Unidroit*, *infra* note 346). Voir P.-A. Crépeau et É. M. Charpentier, *infra* note 318 à la p. 104 et ss.

l'équilibre des prestations contractuelles peut dorénavant être assurée par un autre biais, celui de l'élimination des clauses abusives. La parenté entre la lésion et les clauses abusives apparaît plus clairement lorsque l'on constate que les diverses formes que prennent ces clauses ont souvent pour effet de remettre en cause l'équilibre des prestations.

Alors qu'il s'agit de montrer que l'équilibre des prestations est une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat, la place de la lésion ne risque pas de soulever de controverse; celle de la clause abusive pourrait, toutefois, susciter des réserves. La clause abusive, telle que la définit l'article 1437 C.c.Q., est celle qui est contraire aux exigences de la bonne foi dans la mesure où elle désavantage l'une des parties de manière excessive ou déraisonnable. Or, la condition de reconnaissance du caractère abusif d'une clause, le désavantage, est intimement liée à l'idée du respect de l'équilibre des prestations. Le désavantage que l'une des parties subit ne s'explique que par l'existence d'un déséquilibre entre les droits et les obligations des contractants, ou encore par une disproportion excessive entre les pouvoirs des parties sur le régime

du contrat, sa naissance, sa vie, sa mort.¹⁵ Toutes les dispositions particulières relatives à la sanction de la lésion ou des clauses abusives sont présentées, dans le *Code civil du Québec*, comme des remèdes exceptionnels, leur application étant limitée à certains contrats, d'où le peu d'importance qui leur est accordée par la théorie dominante du contrat.

Adoptant une perspective inspirée de la thèse d'Éric Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*¹⁶, où l'auteur montre bien le rôle de la doctrine, non seulement comme force de structuration du droit, mais surtout dans la consécration d'un certain esprit dont l'influence ne doit pas être sous-estimée, nous nous proposons, d'abord, de décrire l'influence de la théorie de l'autonomie de la volonté quant à l'équilibre des prestations (Titre I). Nous tenterons, ensuite, de montrer l'existence en droit positif d'une volonté législative relative à cet équilibre, afin de faire apparaître les insuffisances de la théorie de l'autonomie de la volonté comme fondement de la théorie du contrat (Titre II).

Dans le premier Titre, nous tenterons de cerner l'impact de la théorie de l'autonomie de la volonté sur le rôle joué par l'équilibre des prestations

¹⁵ Voir D. Mazeaud, *infra* note 540 à la p. 35.

¹⁶ Paris, L.G.D.J., 1997.

contractuelles en droit positif et sur la conception même de cette notion. On verra que la doctrine inspirée de la théorie de l'autonomie de la volonté a contribué à transformer la conception du rôle de l'équilibre des prestations et qu'elle a influencé le sort réservé, par le droit positif québécois, aux contrats déséquilibrés.

Pour démontrer que, malgré l'importance considérable de la théorie de l'autonomie de la volonté, l'équilibre est une notion très importante, voire essentielle en droit positif, nous tenterons, dans le second Titre, de rendre compte de l'ensemble des dispositions du droit positif relatives à l'équilibre des prestations, dont, principalement, celles prévoyant la sanction de la lésion, de même que celles permettant la sanction des clauses abusives. Ces dispositions législatives ont pour fonction d'assurer un certain équilibre entre les prestations contractuelles. Dans la mesure où elles se multiplient, ces dispositions remettent toutefois en cause le principe de l'absence de sanction de la lésion. Leur importance nous semble d'autant plus grande qu'elles illustrent, selon nous, les limites de la théorie de l'autonomie de la volonté comme fondement de la force obligatoire du contrat.¹⁷

¹⁷ Voir G. Rouhette, « Droit de la consommation et théorie générale des obligations », *Études Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, 247, à la p. 254 et ss.; voir aussi G. Cornu, « L'évolution du droit des contrats en France », *Journée de la Société de législation comparée*, 1979 R.I.D.C. 447. Adoptant la position inverse, N. Chardin estime que les dispositions des lois du 10 janvier 1978 et du 13 juillet 1979 qui encadrent la formation du contrat, dont, notamment, celles relatives à

*Le droit est la plus puissante école de l'imagination.
Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité.
Giraudoux, La guerre de Troie n'aura pas lieu, acte II, scène 5.*

Titre I – Le postulat de l'égalité

Afin de cerner l'impact de la théorie de l'autonomie de la volonté sur le rôle de l'équilibre des prestations contractuelles, il faut, d'abord, comprendre le rôle que jouait l'équilibre dans les théories du contrat n'ayant pas subi l'influence de cette théorie et celui qu'elle joue depuis sa réception par la doctrine (Chapitre I). Il sera, ensuite, possible de montrer en quoi la conception du contrat résultant de l'acceptation de la théorie de l'autonomie de la volonté a entraîné une redéfinition du rôle de l'équilibre des prestations qui explique les principes mis de l'avant par le droit positif actuel (Chapitre II).

l'information du consommateur, instaurent une réelle autonomie de la volonté, voir *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, Paris, L.G.D.J., 1988.

Chapitre I – Le rôle de l'équilibre dans les théories du contrat

L'évolution du rôle de l'équilibre des prestations au cours des siècles s'explique par la transformation de l'idée de la justice contractuelle. Le sort des contrats déséquilibrés est, en effet, intimement lié à la conception que l'on se fait de la justice contractuelle. Or, pour comprendre l'importance de la notion d'équilibre et les transformations qu'elle a subies, il faut la replacer dans le contexte plus large de la théorie du contrat dans laquelle elle s'inscrit.

Traditionnellement, l'équilibre des prestations était une notion qui faisait partie de la définition même du contrat; chez les auteurs contemporains, l'équilibre des prestations se manifeste essentiellement à travers la notion de lésion. Dans le cadre des théories objectives du contrat, l'équilibre est un élément qui doit objectivement faire partie du contrat. Le respect de l'équilibre dépend uniquement de l'évaluation des prestations, de l'examen d'un « objet », le contrat lui-même. En revanche, dans les théories subjectives du contrat, la notion d'équilibre, devenue la lésion, est un élément subjectif du contrat dans la mesure où il est rattaché au consentement. Le caractère subjectif renvoie ici à l'idée que ce ne sont pas les prestations du contrat qui sont évaluées, mais bien le sujet, le consentement de la personne qui a contracté.

On ne doit pas confondre la théorie objective du contrat et la lésion objective, ni la théorie subjective du contrat et la lésion subjective. Ainsi, la théorie objective du contrat et la théorie subjective du contrat peuvent, toutes

deux, sanctionner la lésion objective, qu'on a définie comme un préjudice ou un déséquilibre des prestations contractuelles. Le droit peut, en effet, poser l'exigence de l'équilibre des prestations et sanctionner la lésion objective en fondant cette sanction sur l'idée que l'équilibre fait partie de la définition du contrat (théorie objective) ou sur l'idée que le déséquilibre est le reflet d'un vice du consentement (théorie subjective).

Ces théories du contrat sont bien différentes, mais l'une et l'autre reflètent une certaine conception de la justice contractuelle. Elles font respectivement l'objet des deux paragraphes suivants.

Paragraphe I – Le rôle de l'équilibre dans la théorie objective du contrat

Le contrat a d'abord été conçu comme un acte ayant pour finalité de réaliser un acte de bienfaisance¹⁸ ou un acte de justice commutative.¹⁹ S'appuyant sur l'idée de justice commutative, développée par Aristote, le contrat devait servir à échanger de choses de même valeur.²⁰ Dans cette optique, l'équilibre des prestations ou l'équité objective est une condition de la validité du contrat, car celui-ci doit respecter sa finalité pour exister (sous-paragraphe I). Jusque-là, l'exigence d'équilibre est fondée non pas sur l'un des éléments du contrat, comme le consentement, l'objet ou la cause,²¹ mais sur la définition même du contrat. Dans cette perspective, un contrat déséquilibré n'est pas un contrat, ou inversement, un contrat est nécessairement équilibré, l'équilibre faisant en quelque sorte partie de l'essence du contrat. Cette conception, inspirée des travaux d'Aristote, a marqué les penseurs de l'Antiquité et du Moyen Âge.

¹⁸ Il est conforme à la finalité de ce contrat que l'une des parties enrichisse l'autre : l'équilibre n'y joue donc aucun rôle.

¹⁹ Voir J. Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, Clarendon Press, 1992.

²⁰ Voir Aristote, *infra* note 22 à la p. 146.

²¹ D'ailleurs, ces notions étaient alors inconnues.

L'une des principales manifestations de l'exigence du respect de l'équilibre dans le contrat est le juste prix (sous-paragraphe II). Ce n'est qu'au XVII^{ème} siècle que l'École du droit naturel moderne propose une nouvelle conception qui marquera la théorie du contrat. Les fondements volontaristes de cette conception donnent lieu à une redéfinition du contrat et, conséquemment, inaugurent une transformation de la place de l'équilibre des prestations (sous-paragraphe III).

Sous-paragraphe I – La justice commutative

C'est dans l'*Étique de Nicomaque* qu'on trouve la doctrine aristotélicienne de la justice. Pour la comprendre, il faut en saisir la première idée, à savoir que la justice se manifeste dans les rapports de l'homme à autrui : « [l]a justice [...] est une vertu complète, non en soi, mais par rapport à autrui. Aussi, souvent, la justice semble-t-elle la plus importante des vertus et plus admirable même que l'étoile du soir et que celle du matin ».²² Cette vertu est l'âme et l'essence du droit, elle s'accomplit par le respect de la loi et de l'égalité.²³ Elle inspire ce

²² Aristote, *Étique de Nicomaque*, Livre V, ch. IV, Paris, Garnier-Flammarion, 1965, n° 15, à la p. 125.

²³ Voir Aristote, *supra* note 22 n° 8, à la p. 124; voir aussi M. Villey, « Abrégé du droit naturel classique », *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 109, à la p. 116.

qu'Aristote nomme la justice particulière, celle d'où découle le droit.²⁴ La justice particulière comporte deux aspects complémentaires : la justice distributive et la justice commutative. C'est ce second aspect de la justice qui retient le plus notre attention, mais on ne saurait passer sous silence la notion de justice distributive, qui joue un rôle fondamental dans la conception qu'Aristote se faisait de la justice.

Puisque la justice commutative suppose la justice distributive, elle ne peut être comprise indépendamment de celle-ci, « [...] dont elle n'était à l'origine qu'un prolongement ».²⁵ La justice distributive s'attache à la répartition des richesses, des honneurs et des charges en fonction d'une égalité dite proportionnelle : « [...] elle cherche donc à déterminer un *rapport*, le rapport convenable entre des *choses* distribuées entre des personnes ».²⁶ La justice commutative a pour fonction de préserver la distribution harmonieuse des biens, d'abord réalisée conformément aux principes de l'égalité proportionnelle de la justice distributive. Lorsque l'égalité proportionnelle est bouleversée, elle doit

²⁴ Voir Aristote, *supra* note 22 n° 12, à la p. 128.

²⁵ M. Villey, *supra* note 23 à la p. 120.

²⁶ M. Villey, *supra* note 23 à la p. 119.

être rétablie. Un tel bouleversement peut résulter des *synallagma*,²⁷ puisque ceux-ci portent sur des biens suscitant l'avidité des hommes, laquelle fait naître des litiges entre eux. Ces *synallagma*, ou déplacements de biens, sont l'objet de la justice commutative, qui veille à ce qu'ils se réalisent dans le respect de l'équilibre.²⁸ Pour ce faire, il s'agit, à partir d'une égalité arithmétique, de rétablir la consistance des patrimoines : on doit remettre à celui qui a été destitué la valeur de ce qu'il a perdu.

L'objet de la justice commutative est le respect de l'équilibre dans les *synallagma*. Selon M. Villey, ce terme, *synallagma*, renvoie à l'idée de commutation, d'échange.²⁹ Les *synallagma* peuvent être involontaires, par exemple le vol et la diffamation, ou volontaires.³⁰ Aristote donne les exemples suivants de *synallagma* volontaires : la vente, l'achat, le prêt à intérêt, la caution,

²⁷ Bien que la traduction de J. Voilquin (*supra* note 22) emploie le terme « contrat », nous lui préférons celui de « synallagma », puisque ce concept n'a pas le caractère technique du terme contrat et qu'il semble mieux correspondre à la notion développée par Aristote, selon M. Villey *infra* note 28.

²⁸ Voir M. Villey, « Préface historique à l'étude des notions de contrat », (1968) A.P.D. 1, à la p. 6.

²⁹ Voir M. Villey, *supra* note 28 à la p. 6.

³⁰ Voir Aristote, *supra* note 22 n° 13, à la p. 128.

la location, le dépôt et le salaire.³¹ Ces *synallagma* sont qualifiés de volontaires « [...] parce que leur principe est librement consenti ».³² Il ne faudrait, toutefois, pas surestimer l'importance de la volonté dans ces *synallagma*, puisqu'Aristote « [...] mentionne à peine leur origine volontaire, comme en passant, pour expliquer leur qualificatif de "volontaires" ».³³ Le contrat ayant d'abord pour objet de réaliser un échange, il est soumis au respect de la justice commutative, d'un certain équilibre : « [...] le juste dans les contrats consiste en une certaine égalité, l'injuste en une certaine inégalité ».³⁴ C'est pourquoi on peut dire du contrat qu'il sert à échanger des choses de même valeur.³⁵

Les notions de justice distributive et de justice commutative, développées par Aristote, ont été reprises par Saint Thomas.³⁶ Il les a décrites en des termes

³¹ Voir Aristote, *supra* note 22 n° 13, à la p. 128.

³² Aristote, *supra* note 22 n° 13, à la p. 128.

³³ C. Despotopoulos, « La notion de *synallagma* chez Aristote », (1968) A.P.D. 115, à la p. 122.

³⁴ Aristote, *supra* note 22 à la p. 130.

³⁵ Voir M. Villey, *Philosophie du droit*, t.1, Paris, Dalloz, 1986, à la p.72.

³⁶ Voir Saint Thomas, *Somme théologique, La justice*, t. 1, traduction de M.S. Gillet, Paris, Société Saint Jean l'Évangéliste, 1948, qu. 58, à la p. 30 et ss., qu. 61, à la p. 128 et ss.; voir aussi J. Gordley, *supra* note 19.

similaires à ceux qu'on trouve chez Aristote.³⁷ Aristote abordait le contrat dans le cadre de ses observations relatives à la justice commutative, il n'a donc pas été amené à distinguer les actes à titre gratuit des actes à titre onéreux. Seuls ces derniers requièrent le respect de l'égalité et relèvent de la justice commutative. Adoptant la même perspective, Saint Thomas – comme ses successeurs – définit les échanges à partir de l'idée de justice, mais il précise que « si la chose est transférée à titre gratuit, comme dans la donation, cette transmission n'est pas un acte de justice, mais un acte de libéralité ».³⁸ La distinction entre les actes de justice commutative et les libéralités ne semble pas, à première vue, porteuse de conséquences. Son intérêt est pourtant considérable puisqu'elle servira de fondement à la sanction de l'injustice. Elle a inspiré une conception du contrat ayant une finalité particulière : réaliser un acte de bienfaisance³⁹ ou un acte de justice commutative obligeant les parties à respecter un certain équilibre.⁴⁰ L'idée

³⁷ Voir Saint Thomas, *supra* note 36 qu. 61, a. 3, l à la p. 138 et ss.

³⁸ Saint Thomas, *supra* note 36 qu. 61, a. 3, à la p. 143.

³⁹ Il est conforme à la finalité de ce contrat que l'une des parties enrichisse l'autre.

⁴⁰ Voir Saint Thomas, *supra* note 36 qu. 61, a. 3, à la p. 144 : « In omnibus autem hujusmodi actionibus, sive voluntariis sive involuntariis, est eadem ratio accipiendi medium secundum aequalitatem recompensationis. Et ideo omnes istae actiones ad unam specimen justitiae pertinent, scilicet ad commutativam » (Dans tous les actes de cette sorte, volontaires ou involontaires, le juste milieu se détermine de la même manière : l'égalité de la compensation; c'est pourquoi toutes

selon laquelle l'égalité de l'échange doit être préservée s'appuie sur cette distinction, le défaut d'égalité dans un acte de justice commutative ne pouvant être assimilé à une libéralité. Les actes de justice commutative existent dans l'intérêt commun, afin que puissent être échangées les choses. Or, comme le souligne Saint Thomas, « [...] ce qui est institué pour l'intérêt commun ne doit pas être plus onéreux à l'un qu'à l'autre ».⁴¹

Par la suite, les penseurs de la seconde Scolastique,⁴² en s'inspirant également du droit romain, ont fait la synthèse des enseignements d'Aristote et de Saint Thomas, procédant ainsi à l'édification d'une théorie du contrat. Les concepts de libéralité et d'actes de justice commutative les ont amenés à déterminer deux causes de l'existence d'une obligation : l'intention libérale et

ces actions relèvent d'une seule sorte de justice : la justice commutative). Voir aussi J. Gordley, *supra* note 19 à la p. 13.

⁴¹ Saint Thomas, *Somme théologique, La justice*, t. 3, traduction de C. Spicq, Paris, Société Saint Jean l'Évangéliste, 1947, qu. 77, a. 1, à la p. 182.

⁴² La seconde Scolastique, ou la Scolastique espagnole, désigne habituellement un mouvement initié à Bologne au seizième siècle par des penseurs comme Soto, Suarez, Molina, Lessius; sur son rôle dans la formation du droit privé moderne, voir P. Grossi (éd), *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milan, Giuffrè Editore, 1972.

l'exécution d'une obligation qui oblige l'autre partie.⁴³ Ils ont également fondé l'action en rescision pour cause de lésion sur la notion de justice commutative.⁴⁴

Les penseurs qui ont affirmé le rôle de l'équilibre dans le contrat se sont également appliqués à illustrer quelles pouvaient être les situations où l'équilibre faisait défaut, particulièrement à l'aide de la notion de juste prix.

Sous-paragraphe II – Le juste prix

À l'égard du juste prix, les références sont multiples : Platon, Aristote, les Pères de l'Église et Saint Thomas ont tous souligné l'importance du respect du juste prix. Grâce à l'École d'Alexandrie, et particulièrement à Plotin, disciple de Platon, l'essentiel de la pensée platonicienne a eu une grande influence au Moyen Âge.⁴⁵ Celle-ci ne sera, toutefois, qu'indirecte, puisque les œuvres de Platon n'étaient alors plus accessibles. Dans *La République*, Platon présente l'État idéal comme celui ayant pour destinée le bonheur de ses citoyens. Le bonheur consistant en la pratique de la vertu, l'État doit combattre l'injustice afin de faire

⁴³ Voir J. Gordley, *supra* note 19 à la p. 77.

⁴⁴ Voir J. Gordley, *supra* note 19 à la p. 94 et ss.

⁴⁵ Voir H. Garnier, *L'idée du juste prix chez les théologiens et les canonistes du Moyen Âge*, Thèse, Paris, 1900, réimprimée à New York, Lenox Hill Pub. (Burt Franklin), 1973, à la p. 10 et ss.

régner la vertu. Les causes de l'injustice qu'identifie Platon sont liées à l'égoïsme de l'homme qui le conduit à fuir le travail et à rechercher le plaisir, le luxe et la richesse, même au détriment de ses semblables. Le commerce est synonyme d'une quête effrénée du profit conduisant à l'injustice : « [l]a plupart des hommes ne mettent point de bornes à leurs besoins et lorsqu'ils pourraient se contenter d'un gain modeste, ils aspirent à des profits sans mesure ». ⁴⁶ Platon avance alors l'idée qu'il est du devoir du législateur de déterminer les prix afin que ceux-ci soient raisonnables : « [i]l faut que les gardiens des lois s'étant assemblés avec des personnes entendues, examinent ensemble quelle est la dépense et la recette d'où résulte pour le marchand un profit raisonnable; qu'ensuite ils fixent par écrit ce qu'on doit exiger à raison de ce qu'on a déboursé et qu'ils commettent l'observation du règlement [...] ». ⁴⁷ Ce passage suggère que la détermination du prix raisonnable doit inclure une part de profit, que le prix est constitué des sommes déboursées pour la matière, de la rémunération de celui qui l'a transformée et de celle du marchand pour sa peine et ses soins. Le profit en lui-même n'est donc pas proscrit, mais la passion du gain, la spéculation et la surévaluation des choses le sont. Dans cette perspective, la valeur sociale du rôle que joue le marchand dans la distribution des choses est reconnue, alors que, dans

⁴⁶ Platon, *Oeuvre complètes*, trad. V. Cousin, *Les lois*, t. VIII., Paris, Bossange Frères, libraires, 1822-1840., liv. XI, 918.

l'Antiquité et au Moyen Âge, celui-ci était souvent présenté comme un personnage suspect, même malhonnête.

Sur la question du prix raisonnable, rebaptisé juste prix, les penseurs médiévaux se sont inspirés d'Aristote et des enseignements du Christ.⁴⁸ Les Évangiles ne contiennent évidemment pas de théorie sur la justice dans les contrats et le juste prix, mais on y trouve des mises en garde contre l'amour des richesses et surtout l'affirmation de l'importance de la charité.⁴⁹ Dans cet esprit, il est inconcevable que l'exploitation de son prochain par l'imposition d'un prix injuste, par exemple, soit admissible. Selon H. Garnier, Saint Raymond de Pennafort condamne le commerce essentiellement à partir d'une interprétation de la scène où le Christ chassa les marchands du Temple.⁵⁰ Il associe les marchands à des menteurs qui cherchent à exploiter autrui; il estime qu'ils n'ont aucune activité honnête puisqu'ils ne travaillent pas et considère qu'ils constituent une classe d'intermédiaires qui ne fait que tirer profit de l'activité des autres. Dans cet

⁴⁷ Platon, *supra* note 46 liv. XI, 920.

⁴⁸ Voir à ce sujet, S.T. Lowry, *The Archaeology of Economic Ideas, The Classical Greek Tradition*, Durham, Duke University Press, 1987, particulièrement le chapitre VII intitulé « Aristotle and Two-Party Exchange », à la p. 183.

⁴⁹ Voir Mathieu, ch. VI et XIX, Luc ch. XII.

⁵⁰ Pour des extraits du texte de Saint Raymond de Pennafort, *Summa Theologica*, livre II, titre VII et VIII, voir H. Garnier, *supra* note 45 à la p. 43 et ss..

esprit, le profit est le résultat d'un calcul honteux, puisque toute vente devrait se faire au prix que le vendeur avait lui-même payé, c'est-à-dire sans profit.⁵¹ Les ventes faites par des non-marchands peuvent, toutefois, refléter le travail du vendeur. On ne trouve pas, dans ce texte, de mention explicite du juste prix mais la condamnation du profit, qui constitue l'un des fondements de l'exigence du juste prix qui sera développée postérieurement. Avec les *Décrétales*, Saint Raymond de Pennafort présente une compilation des décrets de Grégoire IX. Il s'agit ici de textes canoniques, où l'on ne trouve pas de référence à la philosophie aristotélicienne. L'intérêt de ces textes est limité, bien que certains canons condamnent explicitement les ventes qui ne respectent pas le juste prix; ils ne présentent pas une théorie du juste prix, ni ne fournissent d'indication sur le mode d'évaluation des prix. On ne peut pas, par ailleurs, affirmer avec certitude que la référence au juste prix doive être entendue comme une référence au juste prix tel qu'il a été conçu par Aristote. Peut-être s'agit-il seulement d'une référence à la *laesio enormis* romaine; c'est ce qu'on pourrait croire à la seule lecture du canon III du titre XVII qui se lit comme suit : « [l]a vente est valable bien que le vendeur ait éprouvé une lésion supérieure à la moitié du juste prix, cependant le vendeur peut demander le supplément de ce juste prix et si l'acheteur refuse, il peut

⁵¹ On ne trouve pas ici l'idée selon laquelle le profit du vendeur serait le prix de ses services. À ce sujet, voir *infra* le texte accompagnant la note 60.

demander la restitution de l'objet vendu ». ⁵² Toutefois, les canons portant sur les exceptions à cette règle semblent inspirés de la condamnation du profit qu'on trouve également chez Saint Thomas. ⁵³

Les observations de Saint Thomas ⁵⁴ et d'Albert le Grand ⁵⁵ sur le juste prix s'inspirent de la notion de justice commutative développée par Aristote et sur ses conséquences, soient : la règle de la réciprocité dans les échanges et l'utilisation de la monnaie comme instrument de mesure de l'équivalence. Le juste prix a

⁵² H. Garnier, *supra* note 45 à la p. 47.

⁵³ Voir, par exemple, Grégoire IX, *Décrétales*, livre V, titre XIX, c. VI et c. XIX.

⁵⁴ Saint Thomas aborde les péchés de l'injustice, plus particulièrement de la fraude commerciale, lorsqu'il décrit les péchés commis dans les échanges volontaires, particulièrement l'usure dans les prêts et la fraude dans les achats et les ventes, dont les principales manifestations étaient la vente à un prix injuste et celle d'une chose viciée. À ce sujet, voir M. Grice-Hutchinson, *Early Economic Thought in Spain 1177-1740*, London, George Allen & Unwin, 1978; J.A. Widow, « The Economic Teachings of Spanish Scholastics », *Studies in Philosophy and the History of Philosophy*, vol 29, *Hispanic Philosophy in the Age of Discovery*, Washington, The Catholic University of America Press, 1997, 130; L. Coulazou, *L'injustice usuraire en face du droit canonique et du droit séculier*, Montpellier, Imprimerie Firmin et Montagne, 1920; B.W. Dempsey, *Interest and Usury*, London, D. Dobson Ltd., 1948; M. Le Goff, *Du Moulin et le prêt à intérêt, Le légiste, Son influence*, Genève, Mégariotis Reprints, 1905; B. Schnapper, « La répression de l'usure et l'évolution économique (XII-XVIème siècles) », (1969) 37 R.H.D. 47. Notons que Saint Thomas reprend encore ici l'une des prescriptions du droit romain. En effet, la loi des XII tables (XIII, 1, 2) condamnait au quadruple l'usure qui était considérée comme un vice.

⁵⁵ Sur la position d'Albert le Grand et des extraits de son *Éthique*, voir les commentaires de H. Garnier, *supra* note 45 à la p. 50 et ss.

pour objet la réalisation de l'égalité arithmétique que la justice commutative vise à faire respecter. Pour comprendre la notion de juste prix, on doit la mettre en rapport avec celle de justice distributive, où la valeur d'une chose est objective dans la mesure où elle ne dépend pas des préférences individuelles ou subjectives. Elle exprime plutôt « [...] des rapports que les hommes entretiennent avec les objets qu'ils vont échanger et non en fonction des caractéristiques intrinsèques de ceux-ci, éventuellement rapportées les unes aux autres ». ⁵⁶ Saint Thomas précise en effet que « [...] la valeur est objective, attachée à l'objet lui-même, indépendante de la volonté de l'acheteur ou du vendeur; par la suite il y a un prix juste qu'il sera possible de déterminer avec plus ou moins de précision pour chaque objet ». ⁵⁷ Les choses ont donc une valeur objective qui existe en dehors des goûts, des penchants, des passions humaines. Le juste prix reflète une égalité de valeur des choses. L'idée de préférence subjective est absente de tous les critères proposés, ceux-ci devant tous correspondre à « [...] une norme sociale dont la validité fait l'objet d'un consensus, et qui traduit au niveau des biens échangeables les exigences de la société dans son ensemble - la félicité publique

⁵⁶ A. Béraud et G. Faccarello, dir., *Nouvelle histoire de la pensée économique*, t. 1, *Des Scolastiques aux classiques*, Paris, La Découverte, 1992, à la p. 33. En ce sens, la notion de juste prix est également liée à la justice distributive.

⁵⁷ Saint Thomas, *supra* note 41 notes explicatives relatives à la qu. 77, a. 3, à la p. 323.

et non le bonheur individuel ». ⁵⁸ Outre la rareté, à laquelle il est fait référence de façon exceptionnelle, Saint Thomas adopte, dans son *Commentaire à l'Éthique*, la position d'Aristote suivant laquelle la valeur se mesure à partir de l'utilité de la chose. ⁵⁹ Toutefois, dans la *Somme Théologique*, ⁶⁰ il choisit plutôt de mesurer la valeur en fonction du travail qui a été incorporé à la chose, aux efforts déployés pour la produire, aux frais engagés pour son transport. Ce changement de perspective s'explique par la crainte que soient attribués des prix élevés aux choses qui sont les plus utiles à l'homme, puisqu'il a un grand besoin de celles-ci. Or, la production de ces choses n'est pas nécessairement coûteuse. Par exemple, si on détermine la valeur du pain en fonction du besoin ou de l'utilité, elle sera plus élevée que si on l'évalue en fonction du travail du boulanger.

Bien que le juste prix soit déterminé en fonction de la valeur de la chose, on pourra s'en écarter en certaines circonstances. Ainsi, lorsque le vendeur a, comme l'acheteur, besoin de la chose, mais qu'il accepte de s'en départir, il subit un préjudice que le prix doit compenser. En conséquence, le juste prix prend alors une coloration subjective puisqu'il est établi, non seulement d'après la

⁵⁸ A. Béraud et G. Faccarello, *supra* note 56 à la p. 34.

⁵⁹ Voir St Thomas Aquinas, *Commentary on the Nicomachean Ethics*, vol. 1, Chicago, Henry Regnery Co., 1964, à la p. 377 et ss.

⁶⁰ Voir Saint Thomas, *supra* note 41 qu. 77, a. 4, à la p. 204.

valeur de la chose vendue, mais également en fonction du préjudice que le vendeur subit. Cet écart semble être admis par Saint Thomas en raison de l'absence de profit pour le vendeur car, comme il le précise, la chose n'est « [...] pas vendue plus qu'elle ne vaut pour celui qui la possède ». ⁶¹

Alors qu'il s'agit de déterminer le juste prix, se pose, toujours, la question de l'évaluation. Saint Thomas mentionne qu'elle peut être le résultat d'une décision de l'autorité publique ou de la coutume d'un pays à un moment donné. ⁶² Le prix ainsi déterminé doit correspondre à la valeur de l'objet. Cette détermination est possible puisque « [l]e versement de numéraire est le terme de l'acte de volonté, éclairée par l'intelligence appréciant les vrais rapports entre l'objet à évaluer et l'unité de mesure, constituée par la monnaie [...] ». ⁶³ La détermination du prix n'est donc pas laissée à l'arbitraire des contractants. Mais

⁶¹ Saint Thomas, *supra* note 41 qu. 77, a. 3, à la p. 183 et ss. L'idée que le besoin soit la mesure commune des choses était déjà exprimée par Aristote au sujet de la détermination d'une mesure d'échange : « [...] sans besoin, et sans besoin semblable, il n'y aurait pas d'échanges, ou les échanges seraient différents » (Aristote, *supra* note 22 à la p. 134); voir aussi, à la p. 135 : « Ainsi, la monnaie est une sorte d'intermédiaire qui sert à apprécier toutes choses en les ramenant à une commune mesure. Car, s'il n'y avait pas d'échanges, il ne saurait y avoir de vie sociale; il n'y aurait pas davantage d'échanges sans égalité, ni d'égalité sans commune mesure ».

⁶² Voir Saint Thomas, *supra* note 41 qu. 77, a. 2, sol. 2, à la p. 192.

⁶³ F. Cavallera, « L'Église et la justice dans les relations économiques », (1921) Sem. soc. en France 57, à la p. 63

la loi humaine ne peut sanctionner tout ce qui est contraire à la vertu, au droit naturel. Puisqu'elle a pour objet le bien commun, elle se doit d'intervenir dans les situations où les écarts sont très importants, car ceux-ci mettent en péril le bien-être collectif.⁶⁴ À la question de savoir s'il est permis de vendre une chose plus chère qu'elle ne vaut, Saint Thomas répond donc que, bien que la loi ne sanctionne pas toujours celui qui vend une chose plus chère qu'elle ne vaut, ni celui qui l'achète à un prix inférieur à sa valeur, elle intervient en cas de fraude et s'ils dépassent une certaine limite.⁶⁵ Saint Thomas fait alors implicitement référence à la *lesio enormis* romaine. En effet, il utilise le même critère, soit le prix s'écartant de plus de la moitié de la valeur de la chose. Le même raisonnement s'applique à la vente de marchandises comportant un défaut.⁶⁶ Puisque l'on doit obtenir l'équivalent de ce à quoi l'on renonce, l'égalité n'est pas respectée lors de la vente d'une chose viciée, l'état de la chose devant être pris en compte dans la détermination du prix.⁶⁷

⁶⁴ Voir J.-M. Aubert, *Le droit romain dans l'oeuvre de Saint Thomas*, Paris, Vrin, 1955, à la p. 68.

⁶⁵ Voir Saint Thomas, *supra* note 41 qu. 77, a. 1, à la p. 185.

⁶⁶ Voir Saint Thomas, *supra* note 41 qu. 77, a. 3, à la p. 193 et ss.

⁶⁷ Voir Saint Thomas, *supra* note 41 qu. 77, a. 3, à la p. 197.

Si les observations de Saint Thomas au sujet des prescriptions de la loi humaine n'apportent rien de bien original, tel n'est pas le cas de sa doctrine relative aux exigences de la loi divine : « [...] rien de ce qui est contraire à la vertu ne reste impuni au regard de la loi divine. Or, la loi divine impute, comme un acte illicite, le fait de ne pas observer la justice dans l'achat et dans la vente. Celui qui a reçu davantage sera donc tenu d'offrir une compensation à celui qui a été lésé, si toutefois le préjudice est notable ».⁶⁸ La précision qu'apporte Saint Thomas quant au préjudice, qui se doit d'être notable, ne doit pas nous amener à croire qu'il fait alors référence à la lésion et, par là, à un préjudice énorme. Il s'agit plutôt d'une précision visant seulement à exclure les variations minimales des prix, en raison du fait que leur détermination est inévitablement approximative. Or, « [...] une légère augmentation ou une légère diminution du prix ne semble pas pouvoir porter atteinte à l'égalité de la justice ».⁶⁹ Les exigences de la loi

⁶⁸ Saint Thomas, *supra* note 41 qu. 77, a. 1, à la p. 185 : « Sed lex divina nihil impunitum relinquit quod sic virtuti contrarium. Unde secundum divinam legem illicitum reputatur si in emptione et venditione non sit aequalitas iustitiae observata. Et tenetur ille qui plus habet recompensare ei qui damnificatus est, si sit notabile damnum ».

⁶⁹ Saint Thomas, *supra* note 41 qu. 77, a. 3, à la p. 185 et ss. : « Quod ideo dico quia iustum pretium rerum quandoque non est punctualiter determinatum, sed magis in quidam aestimatione consistit, ita quod modica additio vel minutio non videtur tollere aequalitatem iustitiae ».

divine sont fondées sur l'Évangile selon Saint Mathieu.⁷⁰ Personne ne désirant acheter une chose à un prix supérieur à sa valeur, nul ne doit vendre une chose à un prix qui ne correspond pas à sa valeur, puisque le vendeur commettrait alors une faute.

À la Renaissance, la Scolastique espagnole a repris les travaux de Saint Thomas et de ses successeurs. Les fondements des travaux de Soto et de Molina, entre autres, sont les mêmes : l'idée d'égalité dans l'échange garde une importance considérable. Le juste prix tel qu'il fut conçu par la Scolastique espagnole fait la synthèse des éléments retenus par Aristote et Saint Thomas, puisqu'il est déterminé en tenant compte, non seulement du besoin, c'est-à-dire de son utilité, sa rareté ou son abondance, mais également de l'« investissement » du commerçant, ce qui inclut le travail accompli, les risques assumés et les peines occasionnées. Soto et Molina ne se sont tout de même pas bornés à reprendre les textes de Saint Thomas. Leur démarche apporte un élément nouveau dans la définition du juste prix. Ils font, en effet, entrer en scène le nombre d'acheteurs et de vendeurs – on dirait aujourd'hui l'offre et la demande, ou le marché.⁷¹

⁷⁰ Voir *supra* note 49.

⁷¹ Pour un commentaire et des extraits du texte de Soto, *De just et jure*, Livre VI, qu. II, art. III, et de Molina, *De contractibus*, disp. 348, voir H. Garnier, *supra* note 45 à la p. 102 et ss.

Si l'idée qu'il existe un juste prix pour les choses demeure présente, l'évaluation de celui-ci reflète, toutefois, un changement remarquable d'orientation. Il s'agit dorénavant d'établir le juste prix sans pour autant reconnaître une valeur intrinsèque aux choses, mais plutôt en tenant donc compte du désir que les hommes peuvent en avoir. Les termes « utilité » et « besoin » se trouvent employés indifféremment dans les traductions. Le terme « utilité » paraît renvoyer plus immédiatement à une appréciation objective que le terme « besoin », qui semble donner une coloration subjective à l'idée. D'ailleurs, avec la Scolastique espagnole, le sens du mot besoin est beaucoup plus large qu'il ne l'était jusqu'alors. Selon H. Garnier, le terme prend une coloration relative : « besoin essentiel, besoin factice, passionnel, tout ce qui est satisfaction d'un penchant de la nature a de l'importance et peut servir de base à la valeur des choses ».⁷² Le juste prix ainsi conçu ne s'apparente pas à la notion aristotélicienne de prix raisonnable, bien que l'une et l'autre renvoient à l'idée d'utilité ou de besoin. Le seul point de rencontre entre les deux visions du juste prix est l'idée d'utilité, qu'on trouve tant chez Aristote que chez les penseurs de la Scolastique espagnole, mais leur conception de l'utile sont tellement différentes que les mettre en rapport n'éclaire point la question. Le prix raisonnable d'Aristote ne peut, en effet, être compris en dehors de sa philosophie, où l'idée

⁷² H. Garnier, *supra* note 45 à la p. 101.

que le prix puisse être établi en fonction des désirs ou des passions est tout à fait inconcevable.

Comme Saint Thomas, les penseurs de la Scolastique espagnole estimaient que le juste prix peut être déterminé par l'autorité publique ou par les parties à la suite d'estimation commune. Dans le premier cas, il doit être impérativement respecté; le juste prix gouverne la plupart des choses offertes dans les marchés. Dans le second cas, l'action en rescision vient sanctionner le prix qui s'écarte du juste prix, notamment lorsque le prix ne résulte pas d'une commune évaluation, mais a été imposé par l'une des parties à l'autre.

Les observations de Soto sur le droit civil sont comparables à celles de Saint Thomas : l'action en rescision n'est pas accordée chaque fois que le juste prix n'est pas respecté; la lésion doit, en effet, être supérieure à la moitié du juste prix. Par ailleurs, la volonté d'éviter la multiplication des litiges et les difficultés liées à la détermination précise de la valeur expliqueraient selon lui les prescriptions du droit civil. Soto constate, toutefois, que ces prescriptions ont, en quelque sorte, pour effet de permettre aux parties de se frauder dans une certaine mesure. Pour appuyer sa position sur l'exigence du juste prix, Soto procède à une analogie avec la contrepartie. Il mentionne que s'il était permis de frauder l'autre partie sur le prix, celle-ci devrait conséquemment pouvoir frauder sur la quantité de la chose vendue; or le droit n'admet pas qu'on puisse tromper son cocontractant sur la mesure. Procédant ensuite à la critique de l'exigence d'une lésion supérieure à la moitié du juste prix, Soto montre l'incohérence des résultats auxquels elle donne lieu. La restitution en cas de lésion supérieure à la moitié

étant égale à la somme excédant le juste prix, c'est bien celui-ci que la loi exige de respecter, sinon la restitution serait égale à la somme excédant ce qui dépasse le juste prix de plus de la moitié.⁷³ Par ailleurs, comme il le souligne, le prix s'écartant du juste prix n'est aucunement toléré par la justice divine car celui qui profite ainsi de l'autre pêche. De même, l'exigence d'égalité est considérée comme un précepte de droit naturel sur lequel la loi civile n'a aucune influence.

Malgré la constatation des prescriptions du droit civil, les auteurs de la Scolastique espagnole ont donc considéré que le respect du juste prix demeurerait un principe fondamental et que l'exigence d'une lésion d'outre-moitié n'avait été posée qu'en raison de considérations pratiques. La notion de juste prix illustre l'importance accordée à l'équilibre des prestations, qui demeura, jusque-là, un sujet de préoccupation constante, bien que son expression ait été transformée par les idées proposées par les auteurs de l'École du droit naturel moderne.

Sous-paragraphe III – L'apport de l'École du droit naturel moderne

Les travaux des principaux auteurs généralement associés à l'École du droit naturel moderne présentent des conceptions du contrat qui découlent, à peu

⁷³ Par exemple, lorsque le juste prix est de dix (10) et que le prix est de dix-huit (18), la restitution est de trois (3) - ce chiffre correspond à l'écart du juste prix plus la moitié moins le prix payé ($10+5-18=3$), non pas de huit (8) - ce chiffre correspond à l'écart du juste prix.

de détails près, d'une même vision. Nous avons donc choisi l'un des plus importants représentants de cette École : Grotius. Ce choix procède de deux constatations. D'abord, d'un point de vue chronologique, Grotius est l'un des premiers penseurs associés à l'École du droit naturel moderne; on dit même parfois de lui qu'il en est le « fondateur ». Ensuite, sur le plan théorique, l'œuvre de Grotius est évidemment représentative, mais elle nous permet également de mettre en évidence l'originalité des principes du droit naturel moderne.

Deux œuvres de Grotius retiendront particulièrement notre attention. Il s'agit de *Inleiding tot de Hollandsche rechtsgeleertheid*, son introduction au droit hollandais⁷⁴ et du *De jure belli ac pacis*, le droit de la guerre et de la paix.⁷⁵ À travers l'analyse de ces deux textes, on découvre à la fois la pensée de Grotius sur le droit positif de son époque et sa philosophie du droit. L'introduction au droit hollandais, destinée à ses fils, se voulait avant tout un exposé du droit positif,

⁷⁴ Voir H. Grotius, *Inleiding tot de Hollandsche rechtsgeleertheid* a été publié 1631. Nous utilisons la traduction de R.W. Lee, *The Jurisprudence of Holland* (vol. 1 traduction, vol. 2 commentaires), Oxford, Calrendon Press, 1926, vol. 1, no 10, à la p. 337.

⁷⁵ *De jure belli ac pacis* a été publié en 1625; nous utilisons la traduction de J. Barbeyrac : *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. J. Barbeyrac, Amsterdam, Chez Pierre de Coup, réimprimé, en 1984, par les Publications de l'Université de Caen - Centre de philosophie politique et juridique.

alors que *Le droit de la guerre et de la paix* est sa principale œuvre philosophique, où l'on trouve sa théorie du droit naturel.⁷⁶

Grotius se distingue de ses prédécesseurs relativement à la définition qu'il propose du contrat (ii). C'est, en effet, Grotius qui inaugure une nouvelle conception du contrat fondée sur la volonté des contractants.⁷⁷ Cependant, cette rupture quant à la définition du contrat n'impliquait pas alors la disparition des idées d'équilibre des prestations et de juste prix (i). Elle marque, néanmoins, une transformation du rôle de ces idées dans la mesure où celles-ci ne participent pas, chez Grotius, à la définition même du contrat, mais contribuent à l'articulation de règles servant à déterminer la validité du contrat.

⁷⁶ Bien qu'il soit d'abord consacré au droit international, *Le droit de la guerre et de la paix* comporte d'importants développements relatifs au droit privé. Au sujet du droit civil, Grotius écrit, notamment, que « [...] la Mère du Droit civil est l'obligation que l'on s'est imposé par son propre consentement; obligation qui tirant sa force du Droit Naturel, donne lieu de regarder la Nature comme la bisaieule, pour ainsi dire, du Droit Civil » (H. Grotius, *supra* note 75 Discours préliminaire. XVI, à la p. 12).

⁷⁷ Pour Grotius, l'obligation de respecter une promesse est une prescription du droit naturel, elle découle du pouvoir de se lier par un acte de la volonté : « [...] puis qu'on reconnaît que les Loix [...] peuvent, par leur autorité, rendre les simples Conventions véritablement obligatoires; on ne saurait alléguer aucune raison, pourquoi la volonté d'une personne, qui est absolument déterminée à s'engager et qui en donne toutes les marques possibles, n'aurait pas cette vertu; sur tout lors que les Loix Civiles n'y mettent aucun obstacle » (H. Grotius, *infra* note 75 II.XI.I.5, à la p. 399).

i. Le concept d'égalité chez Grotius

Dans son introduction au droit hollandais, Grotius traite principalement des deux types de contrats du droit positif. Il s'agit des contrats exprès et des contrats par détermination de la loi. Le contrat exprès se distingue du contrat par détermination de la loi dans la mesure où il découle d'une promesse expresse, alors que le second contient des promesses implicites, qui découlent de la loi. La notion de contrat par détermination de la loi s'apparente à la notion de contrat nommé de notre droit.

Les contrats exprès requièrent l'existence d'une cause raisonnable,⁷⁸ tandis que les contrats par détermination de la loi ne renvoient pas à la notion de cause raisonnable, mais à celle de cause juridique.⁷⁹ La notion de cause raisonnable est liée à l'exigence d'un équilibre des prestations :⁸⁰ les contrats exprès déséquilibrés peuvent donc être annulés faute de cause raisonnable. Les contrats par détermination de la loi ont une cause juridique puisque le droit

⁷⁸ Voir H. Grotius, *supra* note 75 vol. 1, no 49 et ss., à la p. 305.

⁷⁹ Voir H. Grotius, *supra* note 75 vol. 1, no 1 et ss., à la p. 333 et ss.

⁸⁰ Voir H. Grotius *supra* note 74 vol. 1, no 14, à la p. 453. Voir aussi G. Augé, « Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius » (1968) A.P.D. 99, à la p. 107 qui considère également que la cause raisonnable renvoie à l'idée d'un certain équilibre des prestations; et G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Thèse, Paris, 1965, à la p. 589.

reconnaît la cause de leur existence : ces contrats existent pour permettre à l'homme de combler ses besoins, en échangeant les choses dont il dispose en surplus contre celles dont il manque. On pourrait, de prime abord, croire que, puisque les contrats par détermination de la loi ont une cause juridique, ils ne peuvent être annulés en raison d'un déséquilibre des prestations. Or, Grotius précise que la cause juridique est insuffisante à fonder un contrat déséquilibré, que les échanges se doivent d'être, dans une certaine mesure, égaux. En conséquence, les contrats exprès déséquilibrés peuvent être annulés puisqu'ils ne sont pas fondés sur une cause raisonnable, alors que les contrats par détermination de la loi manifestement déséquilibrés peuvent être annulés ou modifiés pour cause de préjudice d'outre-moitié; il s'agit bien ici de la notion de lésion.⁸¹

⁸¹ Les développements de Grotius portant sur l'exigence du préjudice excédant la moitié sont fort intéressants : « [...] therefore, reason demands that equality should be taken into account in the matter : but since, mankind having greatly increased in number, it was found impossible to procure all sorts of things in all places, unless some persons made it their business to collect and distribute the commodities, therefore reason required that persons who devoted their life to promoting the convenience of others should stipulate for some gain to reward their services, and since the gain could not be exactly assessed in respect of trouble and risk, the value of commodities was very unstable, therefore the civil laws for a long time allowed that every one (but without fraud) in any reciprocal dealing might stipulate for his greatest advantage : but, in course of time, avarice passing all measure of reason called for restraint : accordingly it was first ordained that a seller who had stipulated for less than half of what was the real value of the thing sold at the time of sale might sue the buyer [...] » (H. Grotius, *supra* note 74 vol. 1, n° 2, à la p. 513). Grotius précise ensuite que ce droit est également reconnu à l'acheteur comme aux parties à tout contrat.

Dans *Le droit de la guerre et de la paix*, le chapitre consacré au contrat présente d'importants développements portant sur le rôle de l'égalité en matière contractuelle. À la suite de la description des contrats, où il ne reprend pas les notions de contrat exprès et de contrat par détermination de la loi, Grotius s'intéresse aux exigences du droit naturel en matière contractuelle, dont, principalement, l'exigence d'égalité. Le principe de la restitution pour cause de lésion posé dans l'introduction au droit hollandais est donc repris dans *Le droit de la guerre et de la paix*, mais en des termes différents.⁸² Bien que Grotius distingue les exigences d'égalité selon le droit naturel et selon le droit civil, il n'accorde que peu d'importance à ce dernier. Les penseurs ayant précédé Grotius définissaient le contrat comme un acte commutatif devant respecter un certain équilibre, mais comme cette idée faisait partie de leur définition, ils ne lui accordaient pas de développements particuliers. Grotius reconnaît à l'idée d'équilibre un rôle qui semble distinct, car il ne définit pas le contrat à partir de cette idée, mais pose plutôt l'égalité comme une exigence que le contrat doit respecter. La place que Grotius accorde à l'égalité en droit naturel montre, toutefois, que cette exigence est intimement liée à la conception qu'il se fait du contrat. En raison de sa façon d'aborder le sujet, Grotius est amené à préciser la

⁸² « Le Droit Naturel veut qu'il y aît de l'égalité dans tous les Contrats, en sorte que, du moment qu'il paraît quelque inégalité, celui qui a moins acquiert par là le droit d'exiger qu'on y supplée. » (H. Grotius, *supra* note 75 II.XII.VIII.1, à la p. 421.

portée de l'exigence d'égalité. Ainsi, le rôle de l'égalité n'est pas limité à la réalisation d'un échange où la valeur de la chose donnée doit correspondre à celle de la contrepartie : l'égalité « regarde en partie les actes des Contractants, en partie la chose sur quoi ils traitent ». ⁸³

Grotius a recours à cette notion d'égalité en rapport à la chose, qu'il nomme aussi l'égalité dans l'acte principal du contrat, pour décrire le respect d'un équilibre objectif dans le contrat. Les parties ne doivent, selon le droit naturel, « rien demander au-delà de ce qui est juste et raisonnable ». ⁸⁴ L'égalité doit être respectée dans les contrats intéressés de part et d'autre, puisque ces contrats ont pour objet la réalisation d'un échange de choses ou de services, l'idée d'échange excluant ici toute idée de donation en faveur de l'une des parties. Or, si l'égalité n'est pas scrupuleusement respectée, l'une des parties jouit en quelque sorte d'une

⁸³ H. Grotius *supra* note 75 II.XII.VIII.1, à la p. 421. L'égalité relative aux actes des contractants leur impose le respect de certaines obligations, comme la déclaration des défauts cachés et des informations relatives aux circonstances; on doit, par exemple, dévoiler le fait qu'une maison est empestée ou l'existence d'un ordre de démolition. Ces obligations s'imposent afin que « la connaissance que l'on supplée de part et d'autre rend les Contractants parfaitement égaux à cet égard » (H. Grotius, *supra* note 75 II.XII.IX.3, à la p. 423). De même, c'est sur l'égalité que Grotius fonde l'obligation de ne pas tirer profit d'une personne qui contracte sous l'empire de la crainte (voir H. Grotius, *supra* note 75 II.XII.X, à la p. 423 et ss.).

⁸⁴ H. Grotius, *supra* note 75 II.XII.XI.1, à la p. 424.

donation puisqu'elle reçoit plus que l'exact équivalent de ce qu'elle a donné.⁸⁵ Grotius fait reposer cette exigence sur l'idée même qu'il se fait de la justice, et il a recours à des sources traditionnelles pour fonder sa position : « ST CHRYSOSTÔME dit, que c'est une espèce de volerie, lorsqu'on achète ou qu'on paie quelque chose, de tant marchander et de presser si fort ceux avec qui l'on a à faire, qu'on les force en quelque manière à se contenter de moins qu'il ne faut, et qu'on mette tout en usage pour cela. L'Auteur de la Vie d'Isidore, que l'on trouve dans PHOTIUS, raconte, que, quand le philosophe Hermias vouloit acheter quelque chose, si on lui demandoit moins que la chose ne valloit, il ajoûtoit ce qu'il falloit pour achever le juste prix; trouvant une espèce d'injustice à en user autrement. C'est en ce sens que les Docteurs Juifs expliquent une Loi du LÉVITIQUE, où il est défendu de fouler son prochain dans les Ventes ».⁸⁶

Dans cette perspective, il n'y a aucune limite au respect de l'égalité. Au contraire, le respect de l'égalité en rapport à la chose oblige même les parties à rétablir l'équilibre s'il s'avérait à la suite de la formation du contrat que celui-ci comporte une inégalité.⁸⁷ Grotius précise que les prescriptions du droit romain ne sont pas aussi strictes, car les lois civiles ne se préoccupent pas des choses de peu

⁸⁵ Voir H. Grotius, *supra* note 75 II.XII.XI.3, à la p. 424.

⁸⁶ H. Grotius, *supra* note 75 II.XII.XI.3, à la p. 424.

d'importance, d'autant plus que cela pourrait entraîner un trop grand nombre de procès. La lésion doit alors, comme il était mentionné dans l'introduction au droit hollandais, excéder la moitié du juste prix pour être sanctionnée. Les considérations pratiques ayant entraîné la réduction des exigences de la loi civile sont certes compréhensibles, mais le respect de l'égalité demeure le principe qui, selon Grotius, devrait gouverner la conduite des parties.

On peut établir un rapport entre la notion d'égalité, la notion de contrat commutatif, le juste prix et la lésion; ces notions, bien que n'ayant pas la même portée, jouent toutes un rôle dans la réalisation de l'équilibre contractuel. Ainsi, dans son introduction au droit hollandais, Grotius s'était contenté d'affirmer la nécessité de respecter un certain équilibre et d'expliquer les motifs ayant conduit le législateur à limiter son intervention aux situations où le préjudice excédait la moitié. Il n'était donc pas question de l'égalité par rapport à la chose, mais du préjudice donnant droit à la restitution.

ii. L'émergence du volontarisme

L'introduction au droit hollandais présente une conception consensualiste du contrat selon le droit naturel, alors qu'en droit positif, elle retient deux types de

⁸⁷ Voir H. Grotius, *supra* note 75 II.XII.XII.1, à la p. 424 et ss.

contrats.⁸⁸ Le contrat est défini, selon le droit naturel, comme un acte volontaire par lequel une personne promet quelque chose à une autre personne, dans l'intention qu'elle l'accepte et qu'elle puisse exiger l'exécution de la promesse.⁸⁹ Comme on l'a vu, en droit civil, Grotius distingue le contrat exprès du contrat par détermination de la loi; le premier résulte d'une promesse expresse tandis que le second contient des promesses implicites, qui découlent de la loi. La notion de contrat verbal exprès ne correspond pas à la notion de contrat consensuel que nous connaissons aujourd'hui. En effet, G. Augé, dans un article intitulé « Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius », n'aborde pas directement la question de la portée de la notion de contrat exprès verbal, mais démontre bien, à partir de la notion de cause raisonnable, que le consensualisme n'est pas affirmé dans l'introduction au droit hollandais.⁹⁰

⁸⁸ Grotius explique ainsi les fondements de la différence entre le droit naturel et le droit civil: « [...] since [...] the laws have more power over men, their rights and property, than each man has over himself and what he is, accordingly the civil law, experience pointing the way, has introduced various new obligations. And in order to restrain the imprudence of men in binding themselves, the same law has made some obligations enforceable, and others has utterly annulled, depriving men of power of contracting them » (H., Grotius, *supra* note 74 vol. 1, n° 21, à la p. 299).

⁸⁹ Voir H., Grotius, *supra* note 74 vol. 1, n° 10, à la p. 295.

⁹⁰ (1968) XII A.P.D. 99. Voir aussi les précisions du professeur Lee dans son commentaire portant sur le texte de Grotius, *supra* note 74 vol. 2 commentaires, no 49 et ss., à la p. 231 et ss.

Grotius ne reprend pas explicitement dans *Le droit de la guerre et de la paix* la définition du contrat selon le droit naturel qu'il avait publiée dans son introduction au droit hollandais. L'idée demeure, toutefois, fondamentalement la même, mais comme elle s'inscrit dans un cadre tout à fait différent, sa forme change quelque peu en raison de l'importance et de la portée qu'elle prend. Grotius tente, en effet, avec *Le droit de la guerre et de la paix*, de décrire ou d'élaborer des règles afin de régir les rapports entre les peuples. Il trouve le fondement de ces règles dans la nature, les lois divines, les coutumes et les conventions tacites. Les rapports harmonieux entre les peuples reposant en partie sur le respect des traités, Grotius tente de leur donner un caractère obligatoire. Pour ce faire, il a recours à la notion de contrat, à l'obligation de tenir ses promesses dont il fait le « nœud de son système ».⁹¹ Comme le souligne G. Augé, plusieurs parties de son ouvrage sont d'ailleurs consacrées à des aspects de cette obligation, comme le chapitre portant sur *les promesses*⁹², celui sur *le serment*⁹³,

⁹¹ Cette expression est de G., Augé, *supra* note 90 à la p. 108.

⁹² Voir H. Grotius, *supra* note 75 II.XI.

⁹³ Voir H. Grotius, *supra* note 75 II, XIII.

celui sur la foi que l'on doit garder entre ennemis⁹⁴, ou encore sa conclusion accompagnée d'exhortations à garder la foi et à rechercher la paix⁹⁵.

Après avoir rappelé que le droit romain avait prévu que la promesse n'était obligatoire que si elle revêtait une forme particulière, Grotius mentionne que les exigences du droit naturel sont différentes.⁹⁶ Il précise que la promesse imparfaite ne donne pas naissance à un droit en faveur de celui à qui elle est destinée, mais seulement à un devoir du promettant, alors que promesse parfaite est obligatoire. La promesse est imparfaite lorsque « la volonté se détermine, pour l'avenir, avec une déclaration suffisante de la nécessité qu'elle s'impose de persévérer dans les sentiments où l'on a témoigné que l'on étoit en faveur de quelcun ». ⁹⁷ La promesse parfaite est une promesse imparfaite à laquelle « on ajoute une déclaration suffisante de la volonté qu'on a de donner à celui, en faveur de celui envers qui on s'engage, un véritable droit d'exiger l'effet de nôtre parole ». ⁹⁸ Grotius précise que le devoir de tenir ses promesses repose sur une

⁹⁴ Voir H. Grotius, *supra* note 75 III, XIX.

⁹⁵ Voir H. Grotius, *supra* note 75 III, XXV.

⁹⁶ Voir H. Grotius, *supra* note 75 II.XI.IV.3, à la p. 403.

⁹⁷ H. Grotius, *supra* note 75 II.XI.III, à la p. 401.

⁹⁸ H. Grotius, *supra* note 75 II.XI.IV.1, à la p. 401.

communauté de raison entre les hommes⁹⁹ et le droit naturel « doit écarter ce qui tire son origine de la volonté arbitraire des hommes ». ¹⁰⁰ Ces commentaires ne se trouvent pas au chapitre portant sur le contrat, que Grotius ne concevra toujours pas en termes consensualistes abstraits. ¹⁰¹ Le contrat est défini comme « tout acte par lequel on procure à autrui quelque utilité; à la réserve de ceux qui sont purement gratuits ». ¹⁰²

L'affirmation de l'obligation de respecter ses promesses n'a pas un caractère absolu, puisqu'elle relève du droit naturel, de l'ordre moral. ¹⁰³ Cette idée n'est pas véritablement innovatrice, elle se situe dans le courant de la pensée des canonistes : pour ces derniers comme pour Grotius, le respect des promesses n'est pas une obligation de droit civil. ¹⁰⁴ Toutefois, le fondement de l'affirmation de l'obligation diffère, les canonistes se référant à l'ordre divin et au péché que

⁹⁹ Voir H. Grotius, *supra* note 75 III.XIX.I. 3.

¹⁰⁰ Voir G. Augé, *supra* note 90 à la p. 109 où il cite le Discours préliminaire (XXXI) de Grotius.

¹⁰¹ On ne trouve d'ailleurs pas de chapitre consacré aux vices du consentement, à l'objet ou à la cause. Même les notions de cause raisonnable et juridique sont absentes du droit de la guerre et de la paix.

¹⁰² H. Grotius, *supra* note 75 II.XII.VII, à la p. 421

¹⁰³ Voir G. Rouhette, *supra* note 80 n° 193, à la p. 590.

constitue le mensonge, alors que Grotius estime que cette obligation découle du droit naturel, du pouvoir de se lier par un acte de la volonté : « [...] puis qu'on reconnoît que les Loix [...] peuvent, par leur autorité, rendre les simples Conventions véritablement obligatoires; on ne saurait alléguer aucune raison, pourquoi la volonté d'une personne, qui est absolument déterminée à s'engager et qui en donne toutes les marques possibles, n'auroit pas cette vertu; sur tout lors que les Loix Civiles n'y mettent aucun obstacle ». ¹⁰⁵ C'est dans ce contexte bien particulier que Grotius élabore une véritable théorie du droit naturel dont les préceptes découlent de la Raison et de la morale. La Raison prend alors une très grande importance. Étant inscrite dans la nature de l'homme, la Raison lui permet de découvrir des règles universelles, acceptables pour tous. Les règles découlent dorénavant de la Raison et non plus de la révélation divine.

Les deux idées examinées – l'équité exige que le contrat serve à réaliser un échange de choses équivalentes et une promesse lie son auteur qui doit respecter sa parole – ne permettent pas de conclure que le volontarisme de Grotius l'ait conduit à adopter une conception du contrat où la volonté aurait pris toute la

¹⁰⁴ Au sujet du rôle des canonistes quant au consensualisme, voir É.M. Charpentier, « Le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat », (1996) 26 R.D.U.S. 299.

¹⁰⁵ H. Grotius, *supra* note 75 II.XI.I.5, à la p. 399.

place.¹⁰⁶ Tout en définissant le contrat à partir du principe du respect de la parole donnée, les idées de Grotius n'étaient donc pas totalement en rupture avec les auteurs qui l'ont précédé.

L'égalité, même si elle ne fait pas partie de sa définition du contrat, se voit accorder une importance indéniable. Le principe de la force obligatoire des promesses et celui du respect de l'égalité peuvent d'ailleurs être conciliés. Ainsi, quelle que soit leur teneur, les promesses doivent être exécutées, mais elle doivent l'être tout en respectant l'égalité; les parties sont donc tenues à l'exécution, mais celle-ci ne doit pas nécessairement coïncider avec ce qui avait été promis initialement.

Conclusion

À partir de la notion de justice commutative développée par Aristote, le contrat a été conçu comme un échange de choses de même valeur. Pour la doctrine allant de Saint Thomas à Grotius, les moyens employés pour réaliser des actes conformes à la justice commutative diffèrent, mais celle-ci demeure la principale finalité du contrat. Dans cette optique, l'équilibre des prestations ou

¹⁰⁶ « Mais ceux qui ne dépendent pas des Loix Civiles, doivent se régler sur ce que la droite Raison leur dit être juste et équitable. Ceux même qui sont soumis aux Loix, doivent, malgré la

l'équité objective est une condition de la validité du contrat, car celui-ci doit respecter sa finalité pour exister. « C'est parce que les contrats sont soumis à la notion aristotélicienne de justice commutative qu'ils peuvent être rescindés ». ¹⁰⁷

Ces idées ont indéniablement influencé les règles de l'Ancien droit. Comme le soulignaient Ourliac et de Malafosse, « [l]a promesse ne peut jamais être un "lien d'inéquité"; le respect des promesses n'est jamais justifié par l'idée que la volonté est une source du droit, mais par l'idée supérieure de bien commun ou de bonne foi ». ¹⁰⁸ De même, malgré la reconnaissance du pouvoir de la volonté en droit civil, l'égalité joue un rôle important dans la conception que Domat se faisait du contrat. La place qu'il accorde à la lésion est d'ailleurs tout à fait comparable à celle que lui faisait Grotius. Le principe selon lequel la lésion doit être sanctionnée est affirmé, mais en raison de l'importance accordée au commerce, seule la lésion d'outre-moitié peut entraîner la nullité du contrat. ¹⁰⁹

La question du volontarisme est intimement liée à celle de l'équilibre des prestations. L'œuvre de Grotius marque, à cet égard, un moment important de la

permission que les Loix accordent, faire toujours en conscience ce que demande la Justice et l'Équité » (H. Grotius, *supra* note 75 II.XII.XII.2, à la p. 425).

¹⁰⁷ J.-M. Poughon, *Histoire doctrinale de l'échange*, Paris, L.G.D.J., 1987, à la p. 34.

¹⁰⁸ P. Ourliac et J. de Malafosse, *Droit romain et ancien droit français*, t. 1, *Les obligations*, Paris, Thémis, 1961, à la p. 111.

transformation de la conception du contrat. On y trouve à la fois l'affirmation de l'exigence du respect d'un certain équilibre, tant en droit naturel qu'en droit civil, et l'affirmation du pouvoir de la volonté en droit naturel. Chez Grotius, comme chez les auteurs qui l'ont précédé, l'existence de contrats consensuels n'avait pas remis en cause la place de l'équilibre dans le contrat. Grotius a, néanmoins, jeté les bases de la conception volontariste du contrat. Ce n'est, en effet, qu'à partir du moment où le contrat a été conçu comme un acte résultant d'un accord de volontés que l'équilibre a cessé de jouer un rôle central dans la conception même du contrat. Cette idée est importante dans la mesure où elle a nourri une conception du contrat où la place de l'équilibre et celle de la volonté seront inversées : les exigences de l'équité tendant à être reléguées au plan moral ou dans le domaine non-obligatoire du droit naturel, les principes du droit civil seront construits à partir de la volonté.

¹⁰⁹ J. Domat, *infra* note 135 n° 10, à la p. 39.

Paragraphe II – Le rôle de l'équilibre dans la théorie subjective du contrat

La conception objective du contrat, où l'équilibre des prestations était posé comme une exigence de validité du contrat, a, depuis au moins un siècle, cédé la place à une conception subjective du contrat, c'est-à-dire une conception influencée par la théorie de l'autonomie de la volonté. Les fondements du contrat ont été transformés par cette théorie. L'emphase étant mis sur la volonté, les règles relatives au contrat ne sont plus interprétées à partir de l'idée que le contrat est un outil d'échange soumis au respect de certaines exigences relatives à l'équilibre des prestations, mais à partir de la volonté des contractants, de leurs droits et de leurs obligations.

La théorie de l'autonomie de la volonté a été décrite par Gounot,¹¹⁰ qui s'était donné pour tâche de combattre les effets de cette théorie. Lorsqu'il entreprit son travail, la théorie juridique de l'autonomie de la volonté n'avait, toutefois, pas été clairement formulée. C'est donc lui qui, en la dénonçant, a contribué à son articulation. La théorie de l'autonomie de la volonté qu'il a présentée a certes eu une très grande influence, mais les auteurs qu'on peut qualifier comme des tenants de la théorie de l'autonomie de la volonté n'adhèrent

¹¹⁰ Voir *supra* note 1.

pas à tous les principes décrits par Gounot. Celui-ci identifie une série de conséquences logiques qui découleraient de la liberté et de l'égalité des contractants. Or, la doctrine partage généralement les postulats décrits par Gounot, mais elle intègre des valeurs qui permettent d'en atténuer la rigueur. Adopter la théorie de l'autonomie de la volonté que présente Gounot impliquerait que l'on s'oppose farouchement à la sanction des ententes lésionnaires. La doctrine, plus pragmatique, fonde elle aussi le contrat sur l'échange des volontés : elle se distingue, toutefois, de Gounot par ses vues sur l'égalité des contractants.

C'est au tournant du XX^{ème} siècle que Gounot a transposé sur le plan juridique la théorie de l'autonomie de la volonté. Les trois principales idées qui lui ont été associées sont : la volonté crée le contrat; le contrat est la loi des parties; le contrat est nécessairement juste puisqu'il a été voulu. Pour la vaste majorité des auteurs, il ne s'agit pas pour autant de reconnaître la validité de tous les contrats. Les tenants de l'autonomie de la volonté se préoccupent, en effet, de protéger la volonté, de s'assurer de son existence, d'où l'importance accordée aux vices du consentement. La volonté est, dans cette perspective, la notion à laquelle on accorde la plus grande importance. Cette importance accordée à la volonté a dramatiquement réduit le rôle de l'équilibre des prestations. L'équilibre n'est plus une notion servant à définir le contrat, mais une notion à laquelle on accorde plus ou moins d'importance. La principale manifestation de l'importance de

l'équilibre se fait à partir de la notion de lésion qui est, dorénavant, conçue comme un vice du consentement (sous-paragraphe I).¹¹¹

¹¹¹ L'influence de la théorie de l'autonomie de la volonté a, de plus, entraîné une réduction du rôle, non seulement de la lésion, mais également des autres notions – comme la cause ou l'ordre public – qui auraient pu servir à fonder des intervention législatives destinées à faire régner un certain équilibre des prestations.

En effet, dans un cadre théorique différent, la notion de cause, par exemple, aurait pu servir de fondement à une théorie du contrat affirmant l'importance du respect de l'équilibre des prestations. C'est d'ailleurs ce que certains ont tenté de démontrer (voir P. Louis-Lucas, *Volonté et cause*, Paris, Sirey, 1918 et J. Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Paris, Jouve et cie. éditeurs, 1920). Ainsi, le contrat est, selon Pierre Louis-Lucas, fondé sur trois notions essentielles : la volonté, la cause et l'ordre public. La cause dont il est ici question ne correspond pas à la notion de cause qu'on trouve en droit positif. L'auteur le reconnaît, mais selon lui il s'agit là d'une erreur du droit positif (voir, *ibid.* à la p. 151). Dans l'état actuel du droit, la cause ne peut pas être définie comme « [...] la nécessité compensatoire incluse dans une prestation ou dans un fait qui, réalisant un enrichissement suffisant, est la source objective et le fondement quantitatif de l'obligation dont son bénéficiaire est tenu envers celui qui s'est appauvri » (*ibid.* à la p. 155). Dans cette perspective, les notions de volonté, de cause et d'ordre public s'articulent de la façon suivante : « [l]a cause contrôle le consentement. Elle empêche qu'un accord de volontés puisse couvrir une inéquivalence flagrante entre les prestations [...] La cause est la limite imposée aux excès de la libre concurrence. Réciproquement, la volonté contrôle la cause. Elle assouplit sa rigidité naturelle et permet que le prix des choses ne corresponde pas seulement à leur valeur intrinsèque, mais encore à toutes les circonstances dans lesquelles s'effectue leur acquisition : rareté, convenance, mode, etc. [...] Enfin l'ordre public contrôle et la cause et la volonté. Il interdit qu'en dépit d'une adéquation suffisante des prestations et de volontés saines d'être obligé, l'obligation puisse être pratiquement une atteinte portée à l'ordre social, une activité illicite ou immorale » (*ibid.* à la p. 289). La cause doit non seulement exister, elle doit être suffisante, c'est-à-dire que « le montant de la cause doit être sensiblement égal au montant de l'obligation » (*ibid.* à la p. 141). Dans le cas de la lésion et dans celui de l'usure, la cause est donc insuffisante puisque l'obligation est exagérée par rapport à la cause.

Admettant que l'égalité postulée par la théorie de l'autonomie de la volonté est une égalité abstraite, la doctrine accueille les interventions législatives destinées à réaliser cet équilibre, et ce, même si elles ont pour effet d'annuler des conventions autrement valablement formées. Postulant tout de même l'égalité des contractants, de même que l'insécurité juridique qu'entraînerait le principe de la sanction de la lésion, les tenants de la théorie de l'autonomie de la volonté s'opposent à ce principe, n'admettant la sanction de la lésion qu'à titre exceptionnel (sous-paragraphe II). Les situations dans lesquelles ils estiment que le législateur doit intervenir sont, en effet, très limitées.

Cette thèse affirme la nécessité de l'équilibre dans le contrat, mais ses fondements sont directement contredits par le droit positif. L'intérêt de cette thèse est pourtant indéniable car elle montre que la cause, conçue autrement, aurait pu contribuer à assurer l'équilibre des prestations.

Par ailleurs, l'influence de la théorie de l'autonomie de la volonté est très considérable. Les auteurs qui proposent d'autres fondements à la sanction de la lésion, après avoir explicité leur position, font généralement le lien entre la lésion et les vices du consentement. Ainsi, le professeur Ghestin traite de la lésion alors qu'il aborde la question de la valeur de l'objet. Il constate, toutefois, qu'en matière de mandat, les tribunaux refusent d'intervenir lorsque la preuve ne révèle pas l'existence d'un vice du consentement. Il admet que « [c]e n'est plus une conception exclusivement, ni même principalement objective, qui inspire cette jurisprudence » (*infra* note 288 p. 653, voir plus généralement no 566 et ss., à la p. 646 et ss.). Voir aussi J. Flour et J.-L. Aubert, *Les obligations*, Paris, A. Colin, 1988, no 242 et ss., à la p. 192 et ss. De même, le professeur Carbonnier montre que la lésion relève de l'ordre public en en traitant dans un chapitre consacré à la conformité du contrat aux exigences sociales; mais il reconnaît aussi qu'elle est un vice du consentement (voir *infra* note 287 à la p. 246 et ss.). Voir aussi G. Farjat, *L'ordre publique économique*, Paris, L.G.D.J., 1963, no 301 et ss., à la p. 243 et ss.

Sous-paragraphe I – Les transformations des fondements de la notion de lésion

Pothier est le premier auteur chez qui l'on observe une transformation du fondement de la sanction de la lésion. Chez cet auteur, les deux tendances se manifestent; il est, en effet, question à la fois de l'imperfection du consentement et de l'obligation (presque essentiellement morale) de celui qui profite de la lésion de suppléer le juste prix : « [...] il y a de l'imperfection dans le consentement de la partie lésée; car elle n'a voulu donner ce qu'elle a donné par le contrat, que dans la fausse supposition que ce qu'elle recevait à la place, valait autant que ce qu'elle donnait; et, elle était dans la disposition de ne vouloir le donner, si elle eût su que ce qu'elle recevait, valait moins ». ¹¹² Mais il précise également que « [...] le for intérieur oblige à suppléer le juste prix [...] ». ¹¹³ Pothier marque donc une

¹¹² R.-J. Pothier, *infra* note 135 no 33 et ss., à la p. 20 et ss.

¹¹³ R.-J. Pothier, *infra* note 135 à la p. 20. De même, Domat estime qu'« [...] il est du droit naturel que celui qui achète n'abuse pas de la nécessité où se trouve celui qui vend, et n'achète pas à un trop vil prix » (*infra* note 135 n° 10, à la p. 39). Les positions de Domat et Pothier ne sont pas en tous points comparables. Pothier fonde l'obligation de suppléer le juste prix sur le for intérieur, alors que Domat la fonde sur le droit naturel. Or, le tribunal de la conscience a indéniablement une connotation subjective, mais elle n'est pas comparable à la norme abstraite de la Raison du Droit naturel. Par ailleurs, voir au sujet de l'interprétation que se faisait Pothier de la notion romaine d'équité, M. Humbert, « The Concept of Equity in the Corpus Juris Civilis and its Interpretation by Pothier », *Aequitas and Equity : Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions*, A. M. Rabello ed., Jerusalem, The Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, The Hebrew University of Jerusalem, 1987, 29.

transformation des sources de l'intervention de l'autorité publique dans les contrats déséquilibrés.

Les travaux préparatoires à la codification française ont donné aux tenants des conceptions objective et subjective de la lésion l'occasion de s'affronter. La question de l'admission ou du rejet de l'action en rescision est demeurée controversée jusqu'à sa consécration dans le *Code civil* à la suite de longues discussions. Les discussions entourant l'adoption de l'article 1118¹¹⁴ révèlent la distance qui sépare chacun des camps. D'abord, Berlier affirme clairement qu'il s'oppose au rétablissement de la restitution pour cause de lésion d'outre-moitié dans les contrats de vente.¹¹⁵ Defermon désire modifier le texte proposé puisque, selon lui, « le projet n'admet que trois causes de la nécessité du consentement; ainsi il convient de dire : la lésion ne prouve pas toujours l'erreur, le dol ou la violence ». ¹¹⁶ Bigot-Préamneux répond : « la lésion n'est pas considérée comme un caractère indicatif d'une de ces trois causes [erreur, dol et violence], qu'elle est

¹¹⁴ « La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes [...] »

¹¹⁵ Voir L. Jouanneau et al., *Discussions du Code napoléon dans le Conseil d'état*, t. 2, Paris, Demonville, 1808, à la p. 252.

¹¹⁶ *Supra* note 115 à la p. 252.

elle-même une cause directe de rescision ». ¹¹⁷ Quant à Cambacérès, il « suppose que la lésion est l'effet de circonstances qui n'ont pas laissé au consentement toute sa liberté ». ¹¹⁸ Malgré les divergences de positions, la discussion se termine par l'adoption de l'article, le véritable débat étant reporté à l'étude des articles portant sur la sanction de la lésion.

La section consacrée à la rescision de la vente pour cause de lésion a donné lieu à des discussions beaucoup plus importantes, tant en raison de leur longueur qu'en raison des idées qui ont été défendues. D'entrée de jeu, Berlier rappelle son opposition en se fondant sur la loi du 14 fructidor de l'an 3 qui a aboli cette cause de rescision. ¹¹⁹ Bigot-Préameneu défend ensuite le projet en se fondant, notamment, sur des motifs d'équité. ¹²⁰ Cambacérès émet une opinion favorable à la rescision pour cause de lésion et souligne que la question doit être résolue à l'aide des principes déjà admis, comme la définition du contrat

¹¹⁷ *Supra* note 115 à la p. 252.

¹¹⁸ *Supra* note 115 à la p. 253.

¹¹⁹ Voir *supra* note 115 à la p. 480. Defermon et Regnaud s'opposent également à l'adoption de cette section (*supra* note 115 à la p. 485 et ss.). Au sujet de l'abolition de la sanction de la lésion en droit intermédiaire, voir *infra* note 198.

¹²⁰ Voir *supra* note 115 à la p. 484 et ss.. Tronchet et Portalis sont également favorables au projet (*supra* note 115 à la p. 485 et ss.).

commutatif.¹²¹ À la fin de la première séance de discussions, Berlier admet la rescision dans les cas où la lésion est si grande qu'elle ne fait aucun doute et que son appréciation ne dépend pas de l'avis d'un expert, ni du sentiment du juge.¹²² La suite de la discussion fournit à Portalis l'occasion de plaider en faveur de la reconnaissance d'une action en rescision pour le vendeur d'immeuble.¹²³ Il fonde, d'abord, sa position sur l'équité : « [l]'équité étant la base de tous les contrats, la loi a dû venir au secours de celui envers lequel le contrat devenait injuste, en le soumettant à une lésion énorme ». ¹²⁴ Puis, sur l'idée qu'il se fait de la justice : « [d]'abord, quel est le motif de la rescision? L'équité : *humanum est*, dit la loi. Il serait contre toutes les règles de la justice d'admettre qu'un homme pourra impunément tromper un autre homme ». ¹²⁵ Pour, enfin, mettre en évidence que la sanction de la lésion relève de l'intérêt public : « [s]i l'on abolit

¹²¹ « Le contrat est commutatif, lorsque l'une des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'elle reçoit », *supra* note 115 à la p. 489.

¹²² Voir *supra* note 115 à la p. 494.

¹²³ Voir, pour une vue d'ensemble de la conception que Portalis se faisait du droit, M. Long et J.-C. Monier, Portalis, *L'esprit de justice*, Paris, Michalon, 1997; B. Beignier, « Portalis et le droit naturel dans le Code civil », (1988) 6 R.H.F.D. 77 et B. Oppetit, « Portalis philosophe », D.1995, ch. 331.

¹²⁴ *Supra* note 115 à la p. 484.

¹²⁵ *Supra* note 115 à la p. 486.

toutes les nullités, on aura la paix sans doute; mais quelle paix! Celle de la mort et le silence des tombeaux : d'un côté des trompeurs impunis, de l'autre des trompés sans protection. Le grand intérêt public, celui qui va au cœur, est d'empêcher l'honnête homme d'être surpris ». ¹²⁶

Par la suite, Portalis adopte un discours plus technique. Il rappelle la nature commutative du contrat de vente, il spécifie qu'il « est dans l'essence même du contrat qu'il soit rescindé, quand l'équivalent de la chose n'a pas été fourni ». ¹²⁷ Cette première observation semble indiquer qu'il conçoit la lésion de manière objective. Mais Portalis se demande ensuite s'il est « bien vrai qu'il y ait consentement dans un contrat qui présente une lésion énorme ». ¹²⁸ Il ajoute que le « majeur n'est pas infaillible; quand il est trompé, il a droit à la protection des lois, comme tout autre opprimé ». ¹²⁹ Les remarques de Portalis sur la lésion montrent que, comme Pothier, dont on ne peut douter de l'influence, il ne partage pas clairement les idées de la théorie objective du contrat, ni celles de la théorie subjective.

¹²⁶ *Supra* note 115 à la p. 487.

¹²⁷ *Supra* note 115 à la p. 504.

¹²⁸ *Supra* note 115 à la p. 505.

¹²⁹ *Supra* note 115 à la p. 505.

Le lien entre la lésion et le consentement, ou la théorie subjective du contrat, s'affirme un peu plus avec l'intervention de Tronchet; celui-ci souligne que « [l]a rescision pour cause de lésion n'est que l'application, au contrat de vente, des principes généraux sur les conventions. Ces principes sont que la loi doit protéger les contrats, mais seulement quand ils ne sont pas infectés de vices qui en attaquent la substance; car, dans ce dernier cas, n'y ayant pas de consentement, il n'y a pas réellement de contrat. Ce vice se rencontre dans toute vente où il y a lésion énorme. Il est évident, en effet, que celui qui se dessaisit de sa propriété a voulu la donner ou la vendre. [...] S'il a voulu la vendre, il a été trompé ou forcé par le besoin ».¹³⁰ Puis, le premier Consul précise que les problèmes que soulève la question de l'évaluation de la lésion ne doivent pas faire obstacle à l'adoption du principe de la rescision et le Conseil adopte l'article.¹³¹

Dans la mesure où la rescision pour lésion en droit français est fondée sur une atteinte au consentement, on peut dire que la tradition civiliste a été très influencée par les idées de la théorie subjective du contrat, du moins depuis Pothier.¹³² La force persuasive des idées qui découlent de cette conception a

¹³⁰ *Supra* note 115 à la p. 515.

¹³¹ Voir *supra* note 115 à la p. 516.

¹³² Voir R.-J. Pothier, *infra* note 135 à la p. 20. Voir aussi H. de Mesmay, *La nature juridique de la lésion en droit civil français*, Thèse, Paris II, 1980, à la p. 235 et ss.

finalement rallié la majorité des membres du Conseil d'État. Certaines idées soutenues par les opposants à la sanction de la lésion auront néanmoins un impact, mais elles ne remettent pas en cause l'influence de cette théorie du contrat, ni l'importance du principe de la sanction de la lésion, puisqu'elles sont liées aux difficultés d'application du principe. La lésion est résolument conçue à partir des idées de la théorie subjective du contrat, puisqu'elle est définie en fonction de l'imperfection du consentement de la personne qui la subit. En revanche, l'évaluation de la lésion est objective, la preuve du déséquilibre objectif équivalant en quelque sorte à la preuve du caractère vicié du consentement. La lésion de plus des sept douzièmes entraîne, en effet, une présomption irréfutable que le consentement a été vicié : il s'agit en quelque sorte d'un dol « [...] qui est prouvé par les clauses et les conditions du contrat même, lesquelles sont telles qu'elles supposent des faits de dol qu'on ne voit pas ». ¹³³ Le droit français a donc adopté une conception subjective de la lésion tout en définissant celle-ci à partir d'un critère objectif. ¹³⁴

¹³³ *Supra* note 115 à la p. 485 et ss.

¹³⁴ Le lien entre la lésion et le consentement a permis aux tribunaux français de fonder la réduction de la rémunération des mandataires. Voir Cass. com. 18 novembre 1975, Bull. civ. IV, no. 269, à la p. 222 : « Une convention d'honoraires a force obligatoire lorsqu'elle a été librement débattue, après complète réussite de la mission confiée à un agent d'affaires par un client dont "les juges du fond estiment souverainement" qu'il avait été capable d'apprécier la valeur du service rendu ».

Grotius, Domat et Pothier, de même que le Code civil français, se situent à la frontière de la conception finaliste du contrat et de la théorie de l'autonomie de la volonté.¹³⁵ Celle-ci fait de la volonté l'élément central autour duquel

¹³⁵ Pothier ne qualifie pas la lésion de vice du consentement, pas plus d'ailleurs que l'erreur, le dol ou la crainte. Ni lui ni Domat ne mentionnent la notion de vice du consentement. Ainsi, dans une section intitulée « Des conventions qui sont nulles dans leur origine » (J. Domat, *Traité des lois*, in *Oeuvres complètes de J. Domat*, t. 1, J. Rémy éd., Paris, Alex-Gobelet Libraire, 1835 livre I - Des engagements volontaires et mutuels par les conventions, titre I - des conventions en général, sec. V, à la p. 147), Domat traite de la crainte (*ibid.* no. 2, à la p. 148) et de l'erreur (*ibid.* no. 10, à la p. 151), de la lésion du mineur (*ibid.* no. 7, à la p. 150) et de la violence (*ibid.* no. 10, à la p. 151), puis à la section « De la résolution des conventions qui n'étaient pas nulles » (*ibid.* livre I - Des engagements volontaires et mutuels par les conventions, titre I - des conventions en général, sec. VI, à la p. 152), il aborde le dol (*ibid.* no. 8, à la p. 153) et la simple lésion (sans dol) (*ibid.* no. 9, à la p. 153-154); tandis que Pothier regroupe ses observations relatives à l'erreur, à la violence, au dol et à la lésion sous un seul article intitulé « des différents vices qui peuvent se rencontrer dans les contrats » (R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, in *Oeuvres de Pothier*, t. 2, 2ème éd., M. Bugnet éd., Paris, Cosse et Marchal, 1861 première partie - de ce qui appartient à l'essence des obligations, et de leurs effets, chapitre I - de ce qui appartient à l'essence des obligations, section I - des contrats, art III, à la p. 13).

De même, le Code civil français n'utilise pas la notion de vice du consentement, on y traite de l'erreur, du dol, de la violence et de la lésion à la section consacrée au consentement. La seule référence à un vice se trouve à l'article 1118, où il est précisé que la lésion « vicie la convention », non pas le consentement. Le *Code civil du Bas Canada* présentait un schéma similaire : l'expression « vice du consentement » ne s'y trouvant pas. L'article 988 précisait, toutefois, que « [l]e consentement est ou exprès ou implicite. Il est invalidé par les causes énoncées dans la section deuxième de ce chapitre ». Cette section, intitulée « des causes de nullité des contrats », portait sur l'erreur, le dol, la violence et la lésion. La notion de vice du consentement semble bien être une création de la doctrine postérieure à la codification. Quoiqu'il en soit, avec la codification

s'articulent les règles relatives au contrat. Les interventions législatives ayant pour objectif de rétablir l'équilibre deviennent alors exceptionnelles : elles sont fondées sur l'idée qu'un contrat très déséquilibré ne peut pas avoir été réellement voulu. La lésion ne remet pas alors en cause le principe voulant que le contrat repose sur le consentement des parties : elle est plutôt conçue comme un vice du consentement. Puisque la lésion est un vice du consentement, elle devrait logiquement toujours être sanctionnée, car, comme le soulignait Ripert, « [l]a lésion témoigne que le contrat n'est pas sorti d'une volonté libre, car nul n'accepterait, à défaut d'intention libérale, de faire un sacrifice en pleine liberté. »¹³⁶ Bien qu'il la reconnaisse dans certaines situations, le législateur français n'a pas posé le principe général de la sanction de la lésion.¹³⁷ Cette situation s'explique, selon le professeur Ghestin, par l'importance accordée à la doctrine libérale, qui est le véritable fondement des solutions généralement rattachées au principe de l'autonomie de la volonté.¹³⁸

française, la lésion prend une coloration résolument subjective puisqu'elle est intimement liée au consentement.

¹³⁶ G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, L.G.D.J., 1936, à la p. 179.

¹³⁷ Voir *infra* note 146.

¹³⁸ Voir J. Ghestin, *infra* note 288 à la p. 647.

Aujourd'hui, la vaste majorité des auteurs, tant français¹³⁹ que québécois,¹⁴⁰ abordent la lésion à partir d'une théorie subjective du contrat, puisqu'ils en traitent au chapitre des vices du consentement, et non pas dans le cadre de la définition même de ce qu'est un contrat. La plupart considèrent qu'il s'agit d'un vice du consentement indépendant des autres vices. Certains auteurs considèrent, cependant, que la lésion n'est pas un vice du consentement distinct de l'erreur, du dol ou de la violence, et que ces vices suffisent à assurer la

¹³⁹ Voir G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, les obligations*, vol. 1, t. 2, Paris, Sirey, 1962, no 155 et ss., à la p. 142 et ss.; H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud et M. de Juglart, *Leçons de droit civil*, 7ème éd., t. 2, vol. 1, Paris, Montchrestien, 1985, à la p. 197 et ss.; A. Weill et F. Terré, *Droit civil, les obligations*, 4ème éd., Paris, Dalloz, 1986, no 197 et ss., à la p. 206 et ss.

Voir aussi P. Louis-Lucas, *Lésion et contrat*, Paris, Sirey, 1926. Dans cet ouvrage, l'auteur revient sur la théorie qu'il avait développée dans sa thèse, où il soutenait que la non-équivalence des prestations équivalait à l'absence de cause (voir *supra* note 111). Il soutient plutôt ici que la lésion comporte nécessairement un élément subjectif et la rattache aux vices du consentement. Par ailleurs, tout en traitant de la lésion dans le cadre des vices du consentement, le professeur Malaurie précise que la lésion n'est pas un vice, mais une cause de nullité pour certains contrats (voir *Cours de droit civil, les obligations*, 6ème éd., Paris, Cujas, 1995, no 423 et ss.

¹⁴⁰ Voir, L. Baudouin, *Le droit civil de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953, à la p. 687 et ss.; P. B. Mignault, *Le droit civil canadien*, Montréal, Whiteford & Théoret, 1895-1916, t. 5, à la p. 242 et ss.; J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *infra* note 294 à la p. 161 et ss.; M. Tancelin, *infra* note 333 à la p. 96 et ss.; G. Trudel, *Traité de droit civil du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, [1942]-1958, t. 7, à la p. 227 et ss., à la p. 246 et ss.

Voir aussi, J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin qui, abordant la question de la lésion dans le cadre des vices du consentement, précisent qu'elle « [...] n'est pas un vice du consentement au sens

réalisation de l'équilibre des prestations.¹⁴¹ Ces auteurs considèrent que la lésion n'est pas un vice du consentement mais la marque matérielle d'un de ces vices.¹⁴² Plus précisément, dans cette perspective, la lésion est considérée comme la manifestation objective de l'un des autres vices : la notion devient alors inutile. La conception subjective de la lésion n'est pas adoptée par tous, ceux qui la critiquent se fondent sur le critère objectif de détermination de la lésion.¹⁴³

traditionnel du terme. Elle appartient autant à l'étude de la capacité juridique, de la cause des contrats ou de l'objet des contrats » (*infra* note 330 no 263, à la p. 239).

¹⁴¹ Voir, par exemple, P. Chauvel, « Erreur substantielle, cause et équilibre des prestations dans les contrats synallagmatiques », (1990) 12 Droits 93; ou F. Magnin, « Réflexions critiques sur une extension possible de la notion de dol dans la formation des actes juridiques, l'abus de situation », J.C.P. 1976, I, 2780. Voir aussi C. Demolombe, *supra* note 198 à la p. 180 : « Juridiquement d'abord, quand on soulève cette question de lésion, il est évident qu'il faut supposer qu'il n'y a, dans le consentement de la partie, ni erreur sur la substance de la chose, ni violence, ni dol; cela est, disons-nous, évident; car autrement, ce n'est plus de lésion qu'il s'agirait, mais d'erreur, de violence ou de dol ! C'est bien là, en effet, ce que la théorie contraire reconnaît, lorsqu'elle s'efforce d'emprunter à chacun de ces vices, qui lui fait défaut, une petite dose, si j'osais dire ainsi, pour en faire un vice distinct, qui n'étant précisément ni l'erreur, ni la violence, ni le dol, serait tout à la fois un *composé* de ces trois vices ». Voir aussi J. Gordley, *supra* note 404 à la p. 1636 et ss.

¹⁴² Voir F. Hayem, *De l'idée de lésion dans les contrats entre majeurs*, Paris, CERF, 1899, à la p. 94; et H. Mazeaud, « La lésion dans les contrats », Travaux de l'association H. Capitant, Paris, Dalloz, 1945, 181, à la p. 188; M.-A. Pérot-Morel, *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, Paris, Dalloz, 1961.

¹⁴³ Voir, généralement, M.J. Dalem, *L'extension de la notion de lésion dans les contrats d'après la jurisprudence et la pratique contemporaine*, Paris, Les presses modernes, 1937, à la p. 170 et ss.; J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Paris, L.G.D.J., 1971, à la p.

Adoptant une tout autre perspective, certains auteurs abordent, par ailleurs, les règles relatives à l'équilibre des prestations dans le cadre de leur étude de l'objet, de la cause ou de l'ordre public, ou encore comme un outil susceptible de sanctionner l'abus de droit.¹⁴⁴ Ces dernières propositions n'ont eu que peu de succès, la doctrine majoritaire demeurant imprégnée de la théorie de l'autonomie de la volonté.

Le traitement que reçoit la lésion dans le *Code civil* français explique dans une certaine mesure l'existence de positions doctrinales divergentes. Les tenants de la théorie subjective du contrat s'appuient sur la place où figure la règle générale,¹⁴⁵ c'est-à-dire dans la section traitant du consentement, alors que les tenants de la conception objective fondent leur position sur les termes des articles sanctionnant la lésion, où la question du consentement est écartée au profit d'une évaluation de l'équilibre des prestations.¹⁴⁶ Il ne fait pas de doute que la

222 et ss.; P. Louis-Lucas, *supra* note 111 à la p. 141.; A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris, L.G.D.J., 1961, à la p. 203 et ss. et M. Kluyskens, « La lésion dans les contrats », Travaux de l'Association H. Capitant, Paris, Dalloz, 1945, 199, à la p. 204.

Voir aussi *supra* note 111 où sont décrites les propositions doctrinales visant à fonder la sanction de la lésion non pas sur l'existence d'un vice du consentement, mais sur d'autres notions.

¹⁴⁴ Voir, par exemple, *supra* note 111.

¹⁴⁵ Art. 1118 C.c. fr.

¹⁴⁶ Art. 887, 1674 C.c. fr.

condition de la sanction de la lésion, en droit français, est objective, mais comme l'ont souligné les « subjectivistes », l'intervention demeure fondée sur l'idée que la partie lésée n'a pas véritablement consenti. L'absence de consentement explique d'ailleurs, selon ceux-ci, le déséquilibre contractuel.

La position des auteurs qui abordent la lésion en dehors du cadre des vices du consentement peut s'appuyer sur la jurisprudence de la Cour de cassation qui a donné une très grande portée à l'évaluation de l'équilibre du contrat.¹⁴⁷ Le professeur Ghestin voit dans ces décisions la preuve que la Cour partage les idées de la théorie objective du contrat. Il identifie quatre principes qui en découlent :

- 1) « la preuve d'un vice du consentement n'est pas nécessaire »;
- 2) « l'existence d'une lésion ne fait pas présumer un vice du consentement »;
- 3) « la preuve d'un vice du consentement ne permet pas d'en déduire l'existence d'une lésion »;
- 4) « la preuve de l'absence d'un vice du consentement ne fait pas obstacle à la rescision ».¹⁴⁸

La première proposition reflète plus ou moins l'état du droit positif français. La lésion y étant définie comme un déséquilibre des prestations, le

¹⁴⁷ Voir H. de Mesmay, *supra* note 132 à la p. 66 et ss.

¹⁴⁸ Voir J. Ghestin, *infra* note 288 à la p. 650 et ss.

déséquilibre doit être prouvé : le vice du consentement – la lésion – doit donc être prouvé. Le régime juridique instauré par le législateur français a, par ailleurs, effectivement pour conséquence de rendre inutile la preuve factuelle de l'absence de consentement – le lésé n'a pas, par exemple, à prouver qu'il n'aurait pas consenti s'il avait connu la valeur de la chose. En ce sens, on peut dire que la preuve d'un vice du consentement n'est pas nécessaire.

La seconde proposition est contestable, puisque la réalisation des conditions posées par la loi entraîne indéniablement une présomption irréfutable que le consentement est vicié.

La troisième proposition est vraie mais elle porte à confusion. Elle semble construite à partir de l'idée que la lésion n'est pas un vice du consentement, sinon elle n'aurait pas de sens. La sanction de la lésion étant soumise à une seule condition, l'équilibre des prestations, la preuve d'un vice ne permet pas de déduire l'existence d'une lésion, le législateur ayant justement choisi la solution inverse pour des motifs d'ordre pratique.

Enfin, quant à la quatrième proposition : la preuve de l'absence de l'un des autres vices du consentement ne fait pas obstacle à la rescision, puisque le législateur estime que le déséquilibre est justement une preuve de l'existence d'un vice particulier, la lésion.

La codification française a admis la sanction de la lésion en faveur des mineurs, des incapables, de même que dans la vente et le partage.¹⁴⁹ Elle fait donc une place à l'idée de l'équilibre des prestations. L'évacuation presque complète de cette idée ne se réalisera, en droit positif, qu'avec l'admission quasi absolue de la liberté contractuelle, dont le *Code civil du Bas Canada* constitue une illustration particulièrement éloquente.¹⁵⁰

Au Québec, la question de la nature de la lésion n'a pas soulevé de polémiques comparables à celle ayant eu cours en France. Les auteurs, suivant en cela le plan adopté au *Code civil du Bas Canada*, l'ont généralement rattachée au consentement. Le code n'offrait, par ailleurs, pas de véritable occasion à la doctrine de se pencher sur la question, puisqu'aucune disposition ne prévoyait la sanction de la lésion entre majeurs. Avec l'adoption, en 1964, de la section relative à l'équité dans certains contrats, deux conceptions de l'exigence

¹⁴⁹ Art. 491-2, 510-3, 887, 1118, 1305, 1313, 1674 C.c. fr.

¹⁵⁰ S'il est vrai que, même à Rome, la lésion n'était admise qu'à titre exceptionnel, on ne peut pas assimiler les solutions du droit français et québécois à celles du droit romain, puisque celui-ci n'a jamais admis le pouvoir créateur de la volonté seule. Les contrats y obligeaient à tout ce qui avait été convenu s'ils résultaient de l'accomplissement de formalités; sinon, les parties ne devaient que ce qui était dû en vertu de la bonne foi (d'où l'origine des contrats de « bonne foi » ou « consensuels »), voir à ce sujet É.M. Charpentier, « Le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat », (1996) R.D.U.S. 299.

La description du régime québécois fait l'objet du chapitre I du Titre II, à la p. 149 et ss.

d'équilibre auraient pourtant pu émerger.¹⁵¹ L'article 1040c C.c.B.C. se lisait comme suit : « Les obligations monétaires découlant d'un prêt d'argent sont réductibles ou annulables par le tribunal dans la mesure où il juge, eu égard au risque et à toutes les circonstances, qu'elles rendent le coût du prêt excessif et l'opération abusive et exorbitante. À cette fin, le tribunal doit apprécier toutes les obligations découlant du prêt en regard de la somme effectivement avancée par le prêteur [...] ». Cet article aurait pu être interprété, dans le cadre d'une théorie objective du contrat, comme une disposition posant l'exigence de l'équilibre des prestations et ayant pour objet de rétablir cet équilibre sans que se pose la question de l'intégrité du consentement. À l'opposé, les critères d'application de l'article 1040c auraient très bien pu servir à démontrer que c'est en raison de l'imperfection, de la faiblesse de la volonté du contractant que le législateur a fondé son intervention.¹⁵² Malheureusement, la doctrine ne s'est pas beaucoup intéressée à cette nouvelle disposition et, outre une étude particulièrement

¹⁵¹ *Loi pour protéger les emprunteurs contre certains abus et les prêteurs contre certains privilèges*, L.Q. 1964, c. 67.

¹⁵² C'est surtout la référence au caractère abusif de l'opération et aux circonstances l'entourant qu'une conception subjective de l'équilibre aurait pu être articulée.

éclairante,¹⁵³ les textes se bornent le plus souvent à analyser, en termes techniques, des questions pratiques entourant son application.¹⁵⁴

L'absence de débats doctrinaux au sujet de la lésion s'explique probablement par le peu de place de celle-ci en droit positif. Pourtant, au début des années 1960, quelques voix remettant en cause cette situation se sont élevées.¹⁵⁵ Puis, le mouvement consumériste prenant de l'ampleur, l'idée de protéger le consommateur donna lieu à un mouvement de réforme. D'une part, on procède à l'élaboration d'une loi destinée à assurer la protection des consommateurs; d'autre part, ce mouvement n'a pas été sans influencer les travaux de révision du Code civil, où la résurgence de la lésion est confirmée.

Les travaux de l'Office de révision du Code civil ont été l'occasion de confirmer la tendance subjectiviste. C'est, en effet, par le biais de la notion de

¹⁵³ Voir A. Mayrand, « De l'équité dans certains contrats : nouvelle section du Code civil », *Lois nouvelles*, Montréal, Les P.U.M., 1965, 51.

¹⁵⁴ Voir, par exemple, P.-É. Blain, « Commentaires sur les articles 1040A-1040E du Code civil », (1969) *Meredith Mem. Lec.* 73; M. Guy, « De la justice dans les contrats », (1968) 71 *R. du N.* 463; A. Lavallée, « En marge du bill 48 », (1964) 66 *R. du N.* 483 et W.G. Morris, « De l'équité dans certains contrats », (1965) *R. du B.* 65.

¹⁵⁵ Voir particulièrement, G. Trudel, *Lésion et contrat*, Montréal, P.U.M., 1965. Voir aussi J.-L. Baudouin, « L'état de nécessité dans les contrats », (1963) 13 *R.J.T.* 170, ce texte aborde en partie la même question quoique de façon indirecte.

vice du consentement que la question de la lésion a été abordée. À la suite des propositions élaborées par le comité des obligations, le professeur François Héleine s'est interrogé sur la nature de la lésion.¹⁵⁶ Il ne contestait alors pas la proposition de l'Office de sanctionner la lésion par une règle générale, mais plutôt la méthode privilégiée pour arriver à cette fin. Les observations qu'il adressait au projet de l'Office de révision portaient essentiellement sur l'articulation de la définition de la lésion à partir de critères objectif et subjectif. De prime abord, on pourrait croire qu'il voulait remettre en question l'approche subjective, son texte étant intitulé « La lésion, vice du consentement ou objet survalorisé? »; mais à la lecture, on constate cependant qu'il s'agit plutôt d'une remise en cause de la définition de la lésion. S'inspirant de la solution française, l'auteur souhaite avant tout, malgré la référence à l'objet, que la détermination du caractère lésionnaire d'un contrat procède d'un critère objectif. Il ne précise pas ses vues quant au fondement de la sanction de la lésion : le législateur doit-il, dans la perspective de la théorie objective du contrat, intervenir en raison du seul déséquilibre ou en raison de la défaillance du consentement, telle que le suggère la théorie subjective du contrat ?

¹⁵⁶ Voir F. Héleine, *La lésion, vice du consentement ou objet survalorisé ?*, Montréal, 14 décembre 1968, Archives de l'O.R.C.C., Doc. B/E/08 (observations, suggestions, et propositions de modifications soumises au comité des obligations).

La lésion, telle qu'elle fut présentée dans les travaux de l'Office de révision du Code civil et définie dans le *Code civil du Québec*, repose sur une théorie subjective du contrat, mais celle-ci ne s'inscrit pas dans la conception traditionnelle des vices du consentement.¹⁵⁷ En effet, selon l'article 1406 C.c.Q., la « lésion résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, qui entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties [...] » : l'équilibre est donc préservé sur la base de l'exploitation. L'intégration de l'idée d'exploitation dans le concept de lésion transforme celui-ci; le fondement de la lésion n'est plus une « présomption » d'absence de consentement qui se manifeste par le déséquilibre des prestations, mais une sanction de l'exploitation. D'ailleurs, selon le professeur Ghestin, l'exploitation permet « de prendre en considération certaines altérations du consentement qui s'intègrent difficilement dans la définition technique des vices du consentement traditionnels ».¹⁵⁸ Il s'agit dorénavant de viser le comportement de celui à qui profite le contrat ou de

¹⁵⁷ Voir G. Massol, *La lésion entre majeurs en droit québécois*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1989. M. Massol, après avoir étudié la place de la lésion dans les vices du consentement, remarquait qu'en raison des difficultés liées à cette approche, « [...] si la lésion doit prendre en considération un élément subjectif de la personne lésée, cette recherche doit s'effectuer en dehors des cadres traditionnels des vices du consentement » (à la p. 29, voir aussi p. 65).

¹⁵⁸ J. Ghestin, *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français. Principes directeurs, consentement, cause et objet*, Montréal, Institut de droit comparé, Université McGill, 1982, à la p. 291.

protéger celui qui en souffre. La conception mixte révèle avant tout une idée profondément morale : le refus de l'exploitation. En ce sens, la lésion participe davantage de l'idée d'équité que de celle de vice du consentement. C'est bien l'équité, en effet, qui permet au juge de « corriger les conséquences des inéquités les plus graves dans les contrats ». ¹⁵⁹

Les théories objective et subjective du contrat ont toutes deux marqué la conception de la lésion que présente le droit positif québécois : l'organisation du régime contractuel n'est pas fondée exclusivement sur l'une ou l'autre. ¹⁶⁰ D'une

¹⁵⁹ *Aselford Martin Shopping Centres Ltd. c. A.L. Raymond Ltée.*, (1990) R.J.Q. 1971 (C.S.), à la p. 1976.

¹⁶⁰ La dualité de fondements de la sanction du déséquilibre se manifeste également en *common law*. Dans l'affaire *Norberg c. Wynrib*, le juge Sopinka de la Cour suprême du Canada a souligné que l'iniquité n'est pas nécessairement liée à la question du consentement : « [c]et examen de la jurisprudence sur le sujet de l'iniquité ne se veut pas exhaustif. J'ai tout simplement voulu démontrer, premièrement, que le principe de l'iniquité et le principe connexe de l'inégalité du pouvoir de négociation évoluent et ne constituent pas encore un domaine du droit des contrats entièrement établi et, deuxièmement, qu'il existe de nombreuses opinions judiciaires qui établissent expressément une distinction entre l'iniquité et la question du consentement ou qui analysent l'opération contestée d'une manière qui détourne l'attention de la question de savoir si une partie a effectivement convenu ou consenti à une modalité particulière » (*Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, à la p. 309; voir aussi M. Cumyn, « La formation du contrat sous l'éclairage du droit comparé : vers une remise en question de la notion de "vice du consentement" », (1999) Meredith Mem. Lec. 289).

part, elle est définie avec les vices du consentement.¹⁶¹ D'autre part, « [...] on peut prétendre qu'il est contraire à la morale de permettre qu'une personne ait la possibilité, dans une relation contractuelle, de retirer des avantages excessifs, au détriment d'une autre, qui, n'ayant pas su ou pas pu se défendre, a consenti beaucoup pour obtenir peu. [...] La lésion, considérée dans cette optique, repose sur une considération de justice commutative qui doit avoir préséance sur le principe de l'autonomie de la volonté : ce qui a été voulu n'est pas nécessairement juste ».¹⁶² Fondée sur l'exploitation, la définition de la lésion qu'on trouve au *Code civil du Québec* ne relève pas nécessairement de l'idée de la justice commutative, mais s'appuie plutôt sur la nécessité de « [...] réprimer les abus de la liberté contractuelle ».¹⁶³ La notion d'exploitation a d'ailleurs amené certains auteurs à considérer que la lésion était fondée sur la faute morale de celui qui

¹⁶¹ L'article 1406 fait partie du Livre cinquième – Des obligations, Titre premier – Des obligations en général, Chapitre deuxième – Du contrat, Section III – De la formation du contrat, §1. Des conditions de formation du contrat, II – Du consentement, 3. Des qualités et des vices du consentement.

¹⁶² J. Pineau et D. Burman, *Théorie des obligations*, 2ème éd., Montréal, Les éditions Thémis, 1988, à la p. 120.

¹⁶³ P.-A. Crépeau, « Les principes directeurs de la réforme du louage de choses », (1974) Meredith Mem. Lec. 9, à la p. 18.

exploite ou sur le respect de l'ordre public.¹⁶⁴ Pourtant, la sanction de cette lésion n'est pas un principe général du droit positif.¹⁶⁵ Les principes de la « nouvelle justice contractuelle », dont les leitmotiv sont le respect des exigences de la bonne foi et la sanction de l'abus de droit, auraient assurément dû permettre de considérer l'exploitation comme une faute, puisque tout en demeurant le symbole de la défaillance du consentement, la lésion « [...] se rattache à un principe plus fondamental dont elle n'est qu'une des formes d'expression : la moralité contractuelle ».¹⁶⁶

¹⁶⁴ Voir G. Massol, *supra* note 157 à la p. 130 et ss.; E. Demontès, *De la lésion dans les contrats entre majeurs*, Thèse, Paris, 1924; G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, L.G.D.J., 1949.

¹⁶⁵ Voir, à ce sujet, le chapitre I du Titre II.

¹⁶⁶ J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *infra* note 330 no 263, à la p. 239 et no 267, à la p. 243.

Cette idée n'est pas nouvelle. Jusqu'à Pothier, en effet, il n'était que très peu question de l'intégrité du consentement de la personne lésée, mais plutôt de faire respecter l'équité ou de sanctionner la faute de celui qui profitait du contrat lésionnaire. Il s'agissait de poser un jugement de valeur imprégné d'un sentiment moral, non pas directement sur la conduite du contractant mais sur le résultat de celle-ci. C'est, en effet, ce qui ressort de la position de Grotius, entre autres. Voir aussi les positions de Domat et Pothier *supra* note 135. De même, Ripert soulignait que « Si on arrive alors en dernière analyse à se demander dans quelle mesure il est interdit à un contractant de se servir de l'avantage naturel que lui donne sa situation pour conclure une affaire avantageuse, il est impossible de trouver d'autre réponse que celle-ci : il est contraire à la morale qui enseigne de traiter les hommes en frères, de se livrer à l'odieuse exploitation du prochain » (G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, L.G.D.J., 1949, à la p. 121.).

En mettant l'emphasis sur le respect de la liberté contractuelle, la théorie de l'autonomie de la volonté a inspiré les opposants à la sanction de la lésion. Malgré la prédominance de cette théorie, une nouvelle conception de la lésion, lésion mixte, a ainsi été imaginée afin d'assurer une certaine moralité contractuelle. Pour contrer les oppositions, on a donné un nouveau visage à la lésion. Celle-ci n'a plus d'abord pour objet de rétablir l'équilibre d'un contrat, mais de sanctionner l'exploitation de l'un des contractants par l'autre.

Bien qu'une nouvelle définition de la lésion, la lésion mixte, soit apparue en réaction aux effets de la théorie de l'autonomie de la volonté, l'influence de celle-ci demeure néanmoins importante. Les critiques ayant été adressées à la lésion objective ont été reprises par ses tenants les plus convaincus. Ceux-ci prônent une liberté contractuelle quasi-absolue et s'opposent au principe de la sanction de la lésion mixte par le droit positif.¹⁶⁷ Or, la plupart des solutions adoptées dans le *Code civil du Québec* ont été très influencées par la théorie de l'autonomie de la volonté : c'est pourquoi la lésion est conçue comme un vice du consentement et n'est pas, en principe, sanctionnée. Pour bien comprendre pourquoi la sanction de la lésion mixte n'est pas un principe du droit québécois, il faut étudier les motifs soulevés par ses opposants.

¹⁶⁷ Voir le sous-paragraphe suivant.

Sous-paragraphe II – Le rétrécissement du rôle de la lésion

Les dispositions législatives ayant pour objet de sanctionner la lésion se fondaient, au moins depuis le XIX^{ème} siècle, sur l'idée qu'un contrat très déséquilibré ne pouvait pas avoir été réellement voulu. Cette idée n'était pas nécessairement en contradiction avec la théorie de l'autonomie de la volonté. On pouvait l'accepter sans pour autant remettre en cause les postulats de cette théorie, puisqu'il s'agissait d'assurer la réalisation du principe voulant que le contrat repose sur un accord de volonté. Cette théorie, qu'on peut qualifier de subjective dans la mesure où elle se fonde d'abord sur une appréciation de la situation des parties et non pas sur une évaluation objective du contrat, aurait dû conduire « à reconnaître à la lésion une portée générale, calquée sur les vices du consentement. Mais la doctrine libérale, qui sous-tend le principe de l'autonomie de la volonté, incite au contraire à limiter l'intervention du juge ».¹⁶⁸ Outre les oppositions techniques fondées sur la difficulté d'évaluer les prestations contractuelles, les principales idées ayant servi à combattre la sanction de la lésion ne sont pas étrangères à la théorie de l'autonomie de la volonté.

¹⁶⁸ J. Ghestin, *infra* note 288 à la p. 649; J. Carbonnier, *infra* note 287 à la p. 647.

Les critiques¹⁶⁹ fondées sur la difficulté, voire l'impossibilité, d'évaluer les prestations respectives des parties peuvent être écartées d'emblée puisque l'évaluation est omniprésente dans notre droit civil : on évalue même le préjudice moral. Déterminer la valeur des prestations qui découlent d'un contrat est donc loin d'être une tâche impossible. De plus, le recours au prix du marché est satisfaisant; il permet de s'assurer qu'un individu a payé (ou reçu), pour une chose déterminée, un prix courant.¹⁷⁰ Par ailleurs, les critiques relatives à la détermination du juste prix reposent uniquement sur la difficulté d'évaluer les prestations respectives des parties, sans aucune considération pour l'équité : elles ne peuvent donc pas servir à critiquer la lésion (mixte) conçue comme un remède à l'inégalité de fait des parties.¹⁷¹

¹⁶⁹ Voir Demolombe, *infra* note 198 à la p. 180; voir aussi A. Weill et F. Terré, *Droit civil, Les obligations*, 4ème éd., Paris, Dalloz, 1986, à la p. 228; J. Flour et J.-L. Aubert, *supra* note 36 à la p. 182; S. Gaudet, « L'illusion de la lésion : commentaire sur l'introduction en droit québécois de la lésion entre majeurs », (1988) 19 R.D.U.S. 15, à la p. 27 et ss. Notons que cet auteur, dans l'ouvrage qu'il a publié avec le professeur Pineau et madame Burman (*infra* note 294), se montre dorénavant favorable au principe de la sanction de la lésion.

¹⁷⁰ J. Ghestin, *infra* note 288 à la p. 655 : « En réalité le cours du marché constitue, conformément aux principes qui régissent l'ordre public de protection, un prix minimum ou maximum selon l'opération, et la partie que l'on entend protéger. La rescision ou la révision pour lésion est alors un premier degré de protection, ou si l'on préfère une première ligne de défense de la catégorie à protéger ».

¹⁷¹ Voir M.-A. Pérot-Morel, *supra* note 142 à la p. 26 et ss.

La lésion mixte a, par ailleurs, été critiquée par un auteur qui estime qu'elle décourage l'échange d'informations et qu'elle risque d'être utilisée par des contractants peu scrupuleux.¹⁷² Le premier aspect de cette position, le « paradoxe de la connaissance », repose sur l'idée selon laquelle la définition de la lésion, comme le résultat de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, a pour effet de décourager l'échange d'informations entre les contractants, puisque l'exploitation suppose que son auteur connaisse la situation de celui qui est exploité. L'auteur admet, toutefois, que « [...] ce paradoxe est plus théorique que réel ».¹⁷³ Sa seconde critique est fondée sur l'idée que la sanction de la lésion mixte peut être détournée de son objectif. Celui que le droit entend protéger pourrait s'en servir pour exploiter son co-contractant : « [...] un vendeur peu scrupuleux, ayant un réel besoin d'argent liquide immédiatement et dont la seule possibilité d'en obtenir rapidement est de vendre à vil prix l'immeuble qu'il possède, pourra entrer en négociation avec un acheteur éventuel, et lui laisser subtilement savoir sa situation de détresse de façon à ce que l'autre négocie suffisamment à la baisse le prix d'achat. Cette 'exploitation' terminée, et ayant satisfait son besoin de liquide, il pourra reprendre son immeuble arguant lésion par exploitation puisque l'autre a

¹⁷² Voir S. Gaudet, *supra* note 169.

¹⁷³ S. Gaudet, *supra* note 169 à la p. 25 et ss.

profité de sa situation de faiblesse pour l'exploiter !!! ». ¹⁷⁴ Même en admettant ces faits, l'exemple proposé est trompeur, car le terme exploitation y est employé à la fois au sens de la lésion mixte et au sens courant. Dans les faits, l'acheteur exploite le vendeur au sens de la lésion mixte puisque le vendeur ne reçoit pas l'équivalent de ce qu'il cède; alors que si la vente est annulée, l'acheteur récupérera la totalité du prix payé. Celui-ci pourrait donc considérer qu'il a été victime d'exploitation, au sens courant, mais il ne subit pas une lésion. Cette précision technique permet de rejeter cette critique qui, par ailleurs, est fondée sur des faits si peu susceptibles de se produire qu'elle ne devrait même pas être sérieusement considérée. Elle ne semble d'ailleurs pas avoir eu beaucoup d'impact.

En revanche, on ne saurait sous-estimer la portée des oppositions à la sanction de la lésion fondées sur le postulat de l'égalité des contractants, très cher

¹⁷⁴ S. Gaudet, *supra* note 169 à la p. 26.

Cette idée rejoint l'une des oppositions au maintien de la sanction de la lésion résultant de la vente d'un immeuble dans le *Code civil* français (*Discussions du Code Napoléon dans le Conseil d'État*, t. 2, Paris, Demonville imprimeur-libraire, 1808, à la p. 489 : « Au reste ce système donnerait lieu à une infinité de fraudes. Par exemple, dans un moment où les rentes sont sur la place à un taux peu élevé, un propriétaire vend son fonds à bas prix pour en acquérir; il réalise ce placement et se constitue un revenu beaucoup plus fort que celui qu'il tirait de son immeuble : lui permettrait-on ensuite quand les rentes ont remonté, de revenir sur l'acquéreur pour exiger un supplément de prix ? »).

aux tenants de la théorie de l'autonomie de la volonté (i), ou sur la supposition selon laquelle la sanction de la lésion entraînerait l'insécurité juridique (ii).

i. L'égalité des contractants

Malgré l'importance accordée à l'idée que le contrat résulte de concessions réciproques, les tenants de la théorie de l'autonomie de la volonté admettent que ces concessions doivent être réelles. Il leur paraît donc essentiel de s'assurer de l'existence de la volonté de contracter : en l'absence de volonté, ils reconnaissent qu'il n'y a pas de contrat valide. Ils admettent donc l'existence de vices du consentement, mais n'admettent pas la lésion, même lorsque celle-ci est définie comme le résultat de l'exploitation. Cette position est d'ailleurs cohérente : les autres vices ne sanctionnent pas l'inégalité des contractants alors que l'exploitation suppose une inégalité. Ainsi, l'erreur n'est pas le résultat de la faiblesse d'une personne. De même, la crainte et le dol sanctionnent des comportements répréhensibles, comparables à des délits, et non pas d'abord l'inégalité des contractants.¹⁷⁵ C'est probablement ce qui explique que ces vices ne soulèvent pas de critiques comparables à celles que suscite la lésion.

¹⁷⁵ Ces vices ne visent pas des comportements inoffensifs comme, par exemple, la crainte révérentielle, le bon dol. Sur la notion de vice du consentement et la fonction de chacun de ceux-ci, voir, entre autres, M. Cumyn, *supra* note 160.

Par ailleurs, l'égalité des parties laisse peu de place à l'idée que l'une des parties puisse exploiter l'autre. Dans cette perspective, il est, en effet, quasiment inconcevable qu'un majeur capable soit lésé par un contrat auquel il a consenti sans crainte, ni par erreur. Aussi, même quand la lésion est conçue comme une sanction de l'exploitation, elle ne peut être qu'exceptionnellement admise entre majeurs. Le législateur reconnaît pourtant que l'égalité des parties ne se réalise pas nécessairement.¹⁷⁶ Mais au lieu d'adopter le principe de la sanction des contrats lésionnaires, le législateur adopte le principe inverse et multiplie les exceptions. Or, ces dispositions particulières remettent en cause le principe de l'absence de sanction de la lésion. De plus, comme elles visent des situations déterminées, elles sont insuffisantes car elles ne s'appliquent pas à tous les contractants qui souffrent en raison de leur position de faiblesse. En procédant ainsi, le législateur se condamne, par ailleurs, à revoir son œuvre au gré des circonstances et des pressions des groupes représentant des contractants pouvant être considérés comme vulnérables. Cette façon de légiférer peut être critiquée à plusieurs égards : elle risque de provoquer des incohérences, elle complique la tâche de l'interprète et, surtout, elle est injuste puisque les plus démunis n'ont pas, le plus souvent, les moyens de faire entendre leur voix.

¹⁷⁶ Voir *infra* Titre II, à la p. 137 et ss.

ii. L'insécurité juridique

L'une des principales idées ayant servi à combattre la sanction de la lésion est fondée sur la supposée insécurité juridique qui en résulterait.¹⁷⁷ Comme le soulignait le professeur Crépeau, « [e]n certains milieux, lorsque l'on pense à la lésion, on croit apercevoir un monstre qui, tel le monstre du Lochness, va surgir des eaux pour mettre en péril la sécurité et la stabilité des contrats [...] ».¹⁷⁸

Cette idée n'est pas nouvelle. Déjà, les codificateurs du Bas-Canada y faisaient référence. Ceux-ci semblent avoir été peu préoccupés des notions d'équité ou de justice contractuelle et avoir été influencés par une conception très exigeante de la sécurité juridique.¹⁷⁹ Cette position s'explique peut-être par le

¹⁷⁷ Cette idée avait déjà été formulée par C. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, 2^{ème} éd., Paris, Auguste Durand libraire, 1870, à la p. 180 : « [...] ce qui doit surtout préoccuper le législateur, dans le gouvernement des intérêts humains, c'est le bon ordre de la société, dont la liberté et la stabilité des conventions sont l'une des bases fondamentales! Concluons donc, que, dans le droit positif, la rescision pour cause de lésion ne saurait être admise en principe, et qu'il peut y avoir lieu seulement de l'admettre dans les cas exceptionnels, où les dangers, qui l'accompagnent, n'offrent pas le même caractère de gravité ».

¹⁷⁸ P.-A. Crépeau, « Les principes directeurs de la réforme du louage de choses », (1974) Meredith Mem. Lec. 9, à la p. 18.

¹⁷⁹ Au sujet de la positions des Codificateurs, voir *infra* paragraphe II, chapitre II de ce Titre, à la p. 103 et ss. Voir pour une illustration plus contemporaine de la même idée, M. Lalonde, « Le juste prix dans notre droit de la vente », (1954) 1 C. de D. 54, à la p. 65 : « Admettre le principe de la lésion entre majeurs dans la vente serait probablement donner ouverture à un bon nombre de

contexte économique qui entourait les travaux des codificateurs : la fin du XIX^{ème} siècle marque en effet l'apogée du libéralisme.¹⁸⁰ L'insécurité juridique a également été soulevée lors de l'adoption de la *Loi pour protéger les emprunteurs contre certains abus et les prêteurs contre certains privilèges*.¹⁸¹

litiges où seuls une minorité de demandeurs obtiendrait gain de cause : de sorte qu'en définitive, on aboutirait sur le plan général à un plus grand mal que celui qu'on voulait guérir ».

Plus généralement voir, sur la conception de la justice contractuelle chez les juristes, S. Normand, « Les juristes et le libéralisme au tournant du XX^e siècle », *Combats libéraux au tournant du XX^e siècle*, Y. Lamonde éd., Montréal, Fides, 1995, 214, à la p. 221 et ss.

¹⁸⁰ D'autres dispositions du *Code civil du Bas-Canada* relatives aux clauses particulières du contrat étaient d'ailleurs, en grande partie, inspirées du même esprit. Ainsi, outre la reconnaissance de la validité de la clause pénale, le code prévoyait, à l'article 1135, que « [l]e montant de la peine ne peut être réduit par le tribunal. Mais si l'obligation principale a été exécutée en partie à l'avantage du créancier, et que le temps fixé pour l'exécution est de peu d'importance, la peine peut être réduite, à moins qu'il n'y ait une convention spéciale au contraire ». Dans la même veine, on trouve l'article 1971 qui rétablissait le pacte commissoire jusque là interdit. On constate donc que les dispositions du *Code civil du Bas Canada* étaient empreintes d'un esprit préoccupé de sécurité juridique et de liberté contractuelle. Pourtant, l'intervention des codificateurs a été beaucoup plus circonscrite en ce qui a trait aux obligations pour le paiement d'une somme d'argent et aux clauses de non-responsabilité. Malgré la reconnaissance d'une liberté contractuelle illimitée au regard des clauses pénales, l'article 1077 du *Code civil du Bas Canada* prévoyait de façon très claire que « [d]ans les obligations pour le paiement d'une somme d'agent, les dommages intérêts résultant du retard ne consistent que dans l'intérêt au taux légalement convenu entre les parties, ou en l'absence de telle convention, au taux fixé par la loi ». De même, les codificateurs ont maintenu le principe de l'invalidité des clauses d'exonération de responsabilité, en y apportant, toutefois, une exception en faveur des voituriers (art. 1676 C.c.B.C.).

¹⁸¹ L.Q. 1964, c. 67. À ce sujet, voir, entre autres, A. Lavallée, « En marge du bill 48 », (1964) 66 R. du N. 483, aux pp. 485 et 488 : « L'article 1040c, qui est particulièrement dangereux [...] C'est

L'idée que la lésion menace la stabilité juridique et, en conséquence, la sécurité du commerce, a eu une grande influence : elle a amené ceux qui voulaient voir la lésion sanctionnée à trouver de nouveaux fondements à cette sanction. Afin de rallier les opposants, on a, en vain, donné un nouveau fondement à la lésion. Celle-ci n'a plus d'abord pour objet de rétablir l'équilibre d'un contrat, mais bien plutôt de sanctionner l'exploitation de l'un des contractants par l'autre. La lésion mixte ajoute à la lésion objective l'idée que le préjudice résulte de l'exploitation; elle est donc directement liée à la lésion objective et s'inspire, dans une certaine mesure, de l'esprit protecteur qui caractérise la lésion subjective.¹⁸²

aux abus signalés dans le préambule de la Loi concernant les petits prêts que veut remédier le Bill 48, ainsi qu'au paiement de boni qui serait légal d'après la jurisprudence de la Cour suprême, mais l'article 1040c n'est pas le moyen approprié pour y parvenir, car il est bien trop imprécis et provoquera une crise du crédit ».

¹⁸² On peut également établir un rapport entre la lésion mixte et le concept d'iniquité qu'on trouve en *common law*. L'iniquité se manifeste, en effet, lors de la conjonction de deux conditions essentielles : le déséquilibre des prestations et l'inégalité des parties relativement à leur pouvoir de négociation. Voir *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, à la p. 256; R. Clark, *Inequality of bargaining power*, Toronto, Carswell, 1987, aux pp. 30-62; P.D. Maddaugh & J.D. McCamus, *The Law of Restitution*, Toronto, Carswell, 1992, à la p. 625; G. Klipper, *Unjust Enrichment*, Toronto, Butterworths, 1982, à la p. 172; B.E. Crawford, « Restitution – Unconscionable Transaction – Undue Advantage Taken of Inequality Between Parties », (1966) 44 R. du B. can. 142, à la p. 143 et J.-P. F. Bogden, « On the "Agreement Most Foul" : a Reconsideration of the Doctrine of Unconscionability », (1997) 25 Man. L.J. 187, aux pp. 192-202.

Pour une description détaillée de la notion d'iniquité voir, entre autres, A.H. Angelo et E.P. Ellinger, « Unconscionable Contracts: A Comparative Study of the Approaches in England, France, Germany, and the United States », (1993) 14 *Loy. of L.A. Int'l & Comp. L.J.* 455; J.

L'idée que la lésion menace la sécurité juridique ne tient pas compte du fait que la lésion est un vice du consentement et que la sécurité juridique ne peut

Dolinger, « Unconscionability around the World: Seven Perspectives on the Contractual Doctrine - Introduction », (1993) 14 *Loy. of L.A. Int'l & Comp. L.J.* 435; S.R. Enman, « Doctrines of Unconscionability in Canadian, English and Commonwealth Contract Law », (1987) 16 *Anglo-American L.R.* 191; S.M. Waddams, « Unconscionability in Canadian Contract Law », (1993) 14 *Loy. of L.A. Int'l & Comp. L.J.* 541; S.M. Waddams, « Unconscionability, Implied Terms, and Good Faith », (1992) *Meredith Mem. Lect.* 415-421.

La notion d'iniquité soulève d'importants débats. À ce sujet, voir, entre autres, P.S. Atiyah, « Contract and Fair Exchange », (1985) *U. Toronto L.J.* 1; P.S. Atiyah, « The Theoretical Basis of Contract Law. An English Perspective », (1981) *Int. Rev. of Law and Eco.* 183; P. Benson, « Abstract Right and the Possibility of Nondistributive Conception of Contract: Hegel and Contemporary Contract Theory », (1989) *Cardozo L.R.* 1077; R. Bigwood, « Undue influence: 'impaired consent' or 'wicked exploitation'? », (1996) 16 *Oxford J.L.S.* 503; A. Brudner, « Reconstructing Contracts », (1993) 43 *U. Toronto L.J.* 1; H. Collins, « Distributive Justice Through Contracts », (1992) 1 *Current Legal Problems* 49; J.M. Feinman, « Hegel and Modern Contract Theory: A Comment on Benson and Rosenfeld », (1989) 10 *Cardozo L.R.* 1271; R. Hasson, « Unconscionability in Contract Law and in the New Sales Act - Confessions of a Doubting Thomas », (1979) 4 *Can.Bus.L.J.* 383; J. Levin et B. McDowell, « The Balance Theory of Contracts: Seeking Justice in Voluntary Obligations », (1983) *McGill L.J.* 24; J.A. Manwaring, « Unconscionability: Contested Values, Competing Theories and Choice of Rule in Contract Law », (1993) 25 *Ottawa L.R.* 235; B.J. Reiter, « Unconscionability: Is There A Choice? A Reply to Professor Hasson », (1979) 4 *Can.Bus.L.J.* 403; S.A. Smith, « In Defence of Substantive Fairness », (1996) *L.Q.R.* 139; M.J. Trebilcock, « The Doctrine of Inequality of Bargaining Power: Post-Benthamite Economics in the House of Lords », (1976) 26 *U. of Toronto L.J.* 359; D. Vaver, « Unconscionability: panacea, analgesic or loose can(n)on? A critique of certain recommendations in the Ontario Law Reform Commission's Report on amendment of the law of contract (1987) », (1988/89) 14 *Can. Bus. L.J.* 40-74.

jouer que si le contrat a fait l'objet d'un consentement valide.¹⁸³ On peut également ajouter que même si on admettait que tous les contrats puissent être sanctionnés pour cause de lésion mixte, cette mesure s'appliquerait rarement, étant donné que les contrats ne résultent généralement pas de l'exploitation de l'une des parties par l'autre. En sanctionnant la lésion comme le proposait le *Projet de Code civil* de l'O.R.C.C., on n'aurait pas ouvert la porte à l'instabilité, mais on aurait permis que les quelques contrats manifestement injustes – en ce qu'ils sont le résultat d'une exploitation – soient sanctionnés.¹⁸⁴ De plus,

¹⁸³ P.-A. Crépeau, « Good Faith and Contractual Justice in the Civil Law of Québec », The Lord Reading Society, 17 February 1994, à la p. 27 : « The regime relating to defects of consent was precisely enacted in order to preserve the integrity of contract. Stability of contract operates once the integrity of consent has been ensured. The presence of fraud or violence in the formation of contract is certainly conducive to some instability, but the underlying policy of the Civil Law in this area is to prevent one from benefitting from one's bad faith, by one's fraudulent practices or threats in the negotiation of a contract. The same policy, in my view, should normally apply with respect to the new concept of Lesion. [...] The very concept of *exploitation* constitutes a form of bad faith and unfair dealing ».

¹⁸⁴ Voir P.-A. Crépeau, « Les principes directeurs de la réforme du louage de choses », (1974) Meredith Mem. Lec. 9, à la p. 18 et ss. Voir aussi, au sujet du *Projet de l'O.R.C.C.*, G. Cornu, *Regards sur le Titre III du Livre III du Code civil*, Paris, Les cours de droit, 1977, à la p. 207 : « [...] elle ouvre aux juges des interventions marginales qui sont sans doute destinées à rétablir plus de justice dans les opérations qui leur sont soumises, mais seulement dans les cas où ces opérations révèlent et consomment une atteinte outrancière à l'équité. Leur caractère commun est de n'admettre le déclenchement de l'intervention judiciaire qu'en cas d'excès ou d'abus, de la faire dépendre d'une certaine mesure, de la reculer jusqu'au seuil du « trop », de la démesure ».

l'expérience de l'article 1040c C.c.B.C.,¹⁸⁵ de même que celle des pays comme la Suisse ou l'Allemagne, où la lésion mixte est admise, montre que celle-ci n'a pas pour effet d'empêcher le commerce.¹⁸⁶ Il ne semble pas, en effet, que ces pays éprouvent des difficultés économiques particulières, malgré le fait qu'ils sanctionnent la lésion. Il est, à cet égard, intéressant de noter que les *Principes* d'Unidroit contiennent une règle relative à la lésion et que, depuis le tout début des travaux, ce principe était admis, même si, au niveau technique, il a donné lieu à de vives discussions.¹⁸⁷

Conclusion

Ceux qui s'opposent à la sanction de la lésion s'opposent généralement à toutes interventions des tribunaux visant à assurer la réalisation d'un certain équilibre des prestations, même s'ils reconnaissent que ces interventions sont

¹⁸⁵ Voir, entre autres, P.-A. Crépeau, « Les principes directeurs de la réforme du louage de choses », (1974) Meredith Mem. Lec. 9, à la p. 19 : « Que, de plus, la lésion ne soit pas l'élément perturbateur que l'on craint en certains milieux, on peut en trouver une preuve dans la carrière judiciaire de l'article 1040c C.C. ».

¹⁸⁶ Pour les textes, voir *infra* notes 344 et 345.

¹⁸⁷ Pour le texte des *Principes*, voir *infra* note 346. Voir aussi M.J. Bonnell, *An International Restatement of Contract Law*, Irvington, Transnational Juris Publications Inc., 1994, à la p. 102 et U. Drobnig, « Substantive Validity », (1992) 40 A.J.C.L. 635, à la p. 640.

fondées sur une certaine idée de la justice.¹⁸⁸ Cette position a le mérite d'être logique : à partir du moment où l'on croit que les interventions judiciaires entraînent effectivement l'insécurité juridique et que l'on considère que la sécurité juridique est plus importante que la justice, les contrats doivent être respectés, rien ne justifie le contrôle de leur contenu.¹⁸⁹

Conclusion

D'une conception du contrat où l'injustice découlait de l'absence d'équivalence des prestations, on est passé à une conception du contrat où l'égalité des parties leur permet supposément de faire des contrats justes. Doit-on en conclure, comme le rappelait le juge Albert Mayrand, dans un texte portant sur

¹⁸⁸ Voir, par exemple, D. Picotte, « Les mécanismes d'encadrement judiciaire des relations commerciales contractuelles et extracontractuelles : évolution et tendances », (1993) 27 R.J.T. 599, à la p. 630 : « D'abord, l'intervention des tribunaux est parfois fondée sur des notions fort subjectives, telles la "bonne foi", l'"équité" et la "justice", qui relèvent davantage de la morale que du droit. Le caractère flou et subjectif du fondement de l'intervention des tribunaux a pour effet d'introduire un élément d'incertitude qui peut, s'il n'est pas circonscrit suffisamment, menacer sérieusement la sécurité des transactions commerciales. [...] la nouvelle approche des tribunaux est parfois troublante à cet égard puisqu'elle représente l'émergence d'une zone d'incertitude dans le droit des contrats constituant un facteur de démotivation à contracter ».

¹⁸⁹ Il est important de rappeler ici que l'insécurité juridique est supposée, aucune étude n'ayant démontré le lien entre lésion et insécurité. L'expérience des pays où la lésion joue un rôle important tend d'ailleurs plutôt à montrer l'absence d'impact de la lésion sur la sécurité juridique puisque le commerce ne semble pas avoir été freiné par l'existence de la sanction de la lésion.

l'article 1040c du *Code civil du Bas Canada*, que, dans le régime juridique du contrat, « [l]a raison du plus fort est toujours la meilleure » ?¹⁹⁰ La préférence accordée à la sécurité juridique plutôt qu'à la justice est une conséquence du postulat de la théorie de l'autonomie de la volonté selon lequel le contrat résulterait de concessions réciproques. Si tel était le cas, c'est-à-dire si les contractants étaient véritablement égaux, il serait tout à fait admissible que le droit n'intervienne pas dans la « substance du contrat ». La reconnaissance de la lésion comme cause de nullité des contrats n'aurait alors aucune légitimité.¹⁹¹ Malheureusement, l'égalité postulée ne correspond pas à la réalité : la justice postulée entraîne alors inévitablement l'injustice.

¹⁹⁰ Voir A. Mayrand, *supra* note 153.

¹⁹¹ J. Pineau et D. Burman, *Théorie des obligations*, 2ème éd., Montréal, Les éditions Thémis, 1988, à la p. 122 : « [D]ans une perspective libérale, le principe même de l'autonomie de la volonté s'oppose à ce qu'un contrat lésionnaire soit annulé; chacune des parties contractantes sait à quoi s'en tenir et détermine librement la nature ou le contenu de ses prestations, sans que le tribunal n'ait à intervenir afin de porter secours à celui qui s'est dangereusement engagé : "qui dit contractuel, dit juste" ». Voir aussi É. Demontès, « Observations sur la théorie de la lésion dans les contrats », *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 1939, 171.

Chapitre II – L’influence de la théorie de l’autonomie de la volonté sur le droit positif

Il ne fait pas de doute que le sort réservé à la lésion, en droit positif, s’explique par l’importance accordée aux idées de sécurité juridique et d’égalité des contractants, par leur influence sur les choix législatifs québécois. Si on compare le rôle joué par l’équilibre des prestations dans l’Ancien droit (paragraphe I) à celui qui lui était réservé dans le *Code civil du Bas Canada* (paragraphe II), puis dans le *Code civil du Québec* (paragraphe IV), on ne peut que constater que le droit positif a subi l’influence des tenants de la théorie de l’autonomie de la volonté. L’état actuel du droit ne rend pas compte des limites de cette théorie qui avaient pourtant été soulignées par les différents projets de réforme (paragraphe III).

Paragraphe I – L’Ancien droit

La sanction de la lésion n’est pas un phénomène nouveau : la lésion a traditionnellement fait l’objet de sanctions plus ou moins étendues.¹⁹² Le droit romain tardif (sous Dioclétien, 284-305 ap. J. C.), de même que l’Ancien droit, la plupart des codes civils et la *common law*, ont sanctionné les contrats déséquilibrés.¹⁹³

La sanction de la lésion a généralement été limitée à celle qui se manifestait dans le contrat de vente. C’est, en effet, en regard de ce contrat que la lésion a d’abord été sanctionnée par le droit romain, puis par l’Ancien droit. Même limitée à la vente, on ne peut pas dire de la sanction de la lésion qu’elle était conçue comme une exception, comme c’est le cas aujourd’hui au Québec. À Rome, lésion et vente étaient liées, mais les autres contrats ne posaient pas de problèmes comparables quant à l’équilibre contractuel. La sanction de la lésion a donc été imaginée en fonction d’une situation contractuelle bien particulière : la vente. Par la suite, le recours a peut-être, selon certains auteurs, été étendu à

¹⁹² Voir G. Trudel, *Lésion et contrat*, Montréal, P.U.M., 1965, à la p. 50.

¹⁹³ Voir *infra* notes 295, 296, 299.

l'indivisaire lésé à la suite d'un partage.¹⁹⁴ Dans ces deux situations, il s'agissait de protéger la situation patrimoniale d'une famille risquant de voir disparaître sa principale richesse. La vente de meuble n'était pas susceptible d'être rescindée, puisqu'on considérait que les meubles avaient peu de valeur.

Dans l'Ancien droit, les contrats de vente d'immeuble pouvaient également être rescindés lorsque le vendeur subissait une lésion d'outre-moitié.¹⁹⁵ On trouve, chez Domat, le principe selon lequel la lésion doit être sanctionnée, mais en raison de l'importance accordée au commerce, seule la lésion d'outre-moitié peut entraîner la nullité du contrat : « [...] parce qu'il serait d'une conséquence trop incommode dans le commerce de rompre toutes les ventes où la chose vendue ne serait pas à son juste prix, on a réglé, par une loi arbitraire, que les ventes ne pourraient être résolues à cause de la vilité du prix, que dans le cas où un héritage se trouverait vendu au-dessous de la moitié de sa juste valeur; et l'on dissimule pour le bien public l'injustice des acheteurs au-dessous de cette

¹⁹⁴ Les auteurs qui estiment que la lésion pouvait être soulevée à l'encontre d'un partage fondent leur position sur une autre Constitution de Dioclétien (*Code III*, 38). À ce sujet, voir P. Huvelin, *Cours élémentaire de droit romain*, t. 2, *Les obligations*, Paris, Sirey, 1929, à la p. 139.

¹⁹⁵ Lorsque la précarité de la situation économique d'une personne l'amène à contracter, celle-ci est évidemment en position de faiblesse. C'est sur la base de ce constat que, historiquement, la lésion a été admise. Le recours en rescision pour lésion était d'ailleurs réservé au vendeur puisque la nécessité peut forcer une personne à vendre, mais pas à acheter (voir P. Chauvel *supra* note 141 à la p. 97).

lésion [...] ». ¹⁹⁶ Les remarques de Pothier sont tout à fait comparables à celles de Domat : « [...] dans le for extérieur, les majeurs ne sont point écoutés de se plaindre de leurs conventions pour cause de lésion, à moins que la lésion ne soit énorme; ce qui a été établi pour la sûreté et la liberté du commerce [...] ». ¹⁹⁷

En France, la sanction de la lésion a été abolie par le droit intermédiaire, mais pour des motifs liés à une situation très particulière. ¹⁹⁸ Par la suite, le *Code civil* français a renoué avec la tradition et permis au majeur de se plaindre de la lésion dans deux situations : lors du partage et lors de la vente d'un immeuble. ¹⁹⁹

¹⁹⁶ J. Domat, *supra* note 135 n° 10, à la p. 39.

¹⁹⁷ R.-J. Pothier, *supra* note 135 à la p. 20.

¹⁹⁸ Voir C. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, 2ème éd., Paris, Auguste Durand libraire, 1870, p. 177 : « [...] cette abolition ne fut pas le résultat d'une doctrine quelconque, philosophique ou juridique, sur le caractère de l'action en rescision pour cause de lésion; elle n'eut d'autre motif que la crise financière de cette époque; la mobilité, que l'introduction du papier monnaie avait amenée dans la valeur relative de toute chose, était telle, en effet, qu'il était devenu impossible de déterminer aucune proportion entre le prix convenu et la valeur réelle de l'objet du contrat! ». Voir aussi F. Boulanger, « Le problème de la lésion dans le droit intermédiaire », *Études d'histoire économique et sociale du XVIII^e siècle*, Paris, P.U.F., 1966, 53.

¹⁹⁹ L'article 887 se lit comme suit : « Les partages peuvent être rescindés pour cause de violence ou de dol. Il peut aussi y avoir lieu à rescision, lorsqu'un des cohéritiers établit, à son préjudice, une lésion de plus du quart [...] ».

L'article 1674 se lit comme suit : « Si le vendeur a été lésé de plus des sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait

Les solutions de l'Ancien droit au Bas-Canada étaient similaires à celles qu'avait connues la France : la lésion était sanctionnée dans les contrats de vente d'immeuble, mais pas dans ceux de meubles; les partages, entre héritiers ou copropriétaires, étaient également sanctionnés lorsqu'ils étaient lésionnaires.²⁰⁰

Dans l'Ancien droit, la sanction des contrats de vente lésionnaire n'était pas considérée comme une exception à un principe selon lequel la lésion ne serait pas admise. Il s'agissait plutôt d'une règle élaborée pour protéger les parties contre des contrats injustes qui pouvaient leur causer un important préjudice. Or, les contrats susceptibles d'avoir un tel effet étaient justement les contrats de vente d'un immeuble ou les partages. Ce qui change avec la théorie de l'autonomie de la volonté, c'est le statut de cette règle dans la théorie du contrat. L'autonomie de la volonté posant le principe de l'égalité des contractants et du caractère juste de leur contrat, la règle qui a pour but de sanctionner le contrat injuste est dorénavant conçue comme une exception au principe.²⁰¹

expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value. »

²⁰⁰ Voir H. Des Rivières-Beaubien, *infra* note 299, t.2, à la p. 180 et ss. et t. 3, à la p. 99.

²⁰¹ C'est le cas, par exemple, en droit français.

Paragraphe II – Le Code civil du Bas Canada

Le *Code civil du Bas Canada* avait exclu toute intervention judiciaire visant à assurer l'équilibre entre les prestations contractuelles, lorsque les parties étaient majeures. Il ne prévoyait la sanction de la lésion qu'à titre exceptionnel, au profit des mineurs et des incapables. L'article 1012 C.c.B.C. se lisait comme suit : « [l]es majeurs ne peuvent être restitués contre leurs contrats pour cause de lésion seulement ». Cette mesure était en rupture avec les principes de l'Ancien droit car, jusque-là, le contractant qui souffrait d'un préjudice en raison du déséquilibre des prestations contractuelles pouvait s'adresser aux tribunaux et obtenir l'annulation du contrat ou un supplément de prix.

Bien qu'ils aient eu pour mandat de codifier le droit alors en vigueur, les codificateurs n'ont pas cru nécessaire de maintenir la règle de la sanction de la lésion.²⁰² Ce résultat reflète l'influence dont jouissait alors le libéralisme

²⁰² *Rapport des Commissaires pour la codification des lois du Bas Canada qui se rapportent aux matières civiles*, Québec, Stewart Derbishire & George Desbarat, 1865, art. 31, à la p. 40 et ss. (droit existant); commentaire, à la p. 9. Voir les observations de R. LaRue sur les motivations des codificateurs, « La codification des lois civiles au Bas-Canada et l'idée de loi naturelle », (1993)

économique et l'importance accordée à l'idée de l'égalité entre les contractants. Les commentaires accompagnant le texte proposé ne laissent pas de doute à cet égard : « [...] il semble qu'il n'y a aucun motif valable, dans un pays comme celui-ci, où la propriété foncière se transfère si facilement et est un objet de spéculation quotidienne, de donner à une personne dans l'exercice absolu de ses droits la faculté de se faire restituer contre son imprudence, dans cette espèce de contrat plutôt que dans tout autre. Cette règle viole l'intégrité des contrats sur laquelle les Commissaires ont spécialement insisté dans tout le cours de ce titre, et ils n'hésitent aucunement à recommander l'adoption de l'article qu'ils suggèrent comme amendement à la loi en force ». De prime abord, ces commentaires peuvent paraître étonnants, mais ils s'inscrivent dans un contexte bien particulier où la sanction de la lésion était généralement considérée comme critiquable. Par exemple, on peut lire dans une décision de 1868 : « The code has placed the right of rescission upon the only proper or reasonable ground that could exist in such

34 C. de D. 5, à la p. 14 et ss.; G. Trudel, *Lésion et contrat*, Montréal, P.U.M., 1965, à la p. 35 et ss.; et enfin B. Young, *The Politics of Codification, The Lower Canadian Code of 1866*, Montreal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 1994.

Voir, au sujet du mandat des codificateurs, J.E.C. Brierley, « Quebec's Civil Law Codification », (1968) 14 McGill L.J. 521.

cases, namely, fraud upon the purchaser. The price of the property at any time would be a very uncertain indication of proof, and in this country especially where real property changes hands like a marketable commodity, and its price is subject to rapid and almost momentary fluctuations, the price, as a criterion, would be unjust ».²⁰³ À la suite de l'adoption du Code civil, on trouve peu d'arrêts relatifs à la sanction de la lésion entre majeurs. De plus, les quelques décisions sur la question ne présentent pas d'intérêt puisque les tribunaux, se bornant à appliquer l'article 1012 C.c.B.C., n'ont pas exprimé d'opinion sur le texte.²⁰⁴

À partir du milieu du vingtième siècle, certaines dispositions législatives sont venues atténuer la portée de la règle adoptée près d'un siècle plus tôt.²⁰⁵ Ce

²⁰³ *Chapeleau c. Desbiens*, (1868) 13 L.C.J. 194, cité dans *Beaucage c. Harpin*, *infra* note 204 à la p. 355.

²⁰⁴ Pour des illustrations, voir *Renaud c. Bougie*, (1899) 16 C.S. 405; *Beaucage c. Harpin et Paul*, (1910) 37 C.S.351; *Lapierre c. Laurin*, (1906) 15 B.R. 466; *Chaput c. Bonhomme*, (1925) 38 B.R. 47; *Proulx c. Hotte*, (1968) B.R. 628; *Vézina c. Vézina*, (1983) C.S. 889, (1985) C.A. 44.

²⁰⁵ Ces modifications seront décrites au Titre II, à la p. 137 et ss. Les principales lois ayant modifié la portée du principe de l'article 1012 c.c.B.C sont : la *Loi modifiant le Code civil*, L.Q. 1939, c. 95 (art. 1056b C.c.B.C., art. 1609 C.c.Q); la *Loi pour protéger les emprunteurs contre certains abus et les prêteurs contre certains privilèges*, L.Q. 1964, c. 67 (art. 1040c C.c.B.C., art.

mouvement s'est intensifié au cours des années soixante, donnant lieu à la multiplication des règles ponctuelles destinées à corriger les injustices les plus criantes, sinon les plus fréquentes. Ainsi, depuis 1964, la conception de la lésion a beaucoup évolué en droit québécois. L'adoption de la *Loi pour protéger les emprunteurs contre certains abus et les prêteurs contre certains privilèges*²⁰⁶, ajoutant l'article 1040c au *Code civil du Bas Canada*, a inauguré une profonde transformation de la notion de lésion. Historiquement, la lésion se définissait comme une « perte pécuniaire que l'une des parties à un acte juridique subit en raison de la formation de l'acte ».²⁰⁷ Or, à partir du début des années soixante, la lésion prend une coloration plus subjective. Les textes de loi, ayant pour fonction de sanctionner des contrats qui pourraient, somme toute, être qualifiés de lésionnaires, invitent les tribunaux à procéder à une analyse non seulement des termes du contrat, mais de la situation particulière des parties. Cette « nouvelle » tendance vise à pallier les injustices les plus criantes. Par ailleurs, elle n'est pas

2332 C.c.Q.); la *Loi concernant la régie des loyers*, L.Q. 1950-1951, c. 20; la *Loi des valeurs mobilières*, S.R.Q. 1964, c. 274; la *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q., 1977, c. V-1; L.Q. 1982, c. 48; la *Loi de la protection du consommateur*, L.Q. 1971, c. 74; la *Loi sur la protection du consommateur*, L.Q. 1978, c. 9; L.R.Q., c. P-40.1. À cette liste, on peut ajouter la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, qui prévoit, en son art. 48, que « [t]oute personne âgée ou toute personne handicapée a droit d'être protégée contre toute forme d'exploitation ».

²⁰⁶ *Ibid.* Cette loi s'inspire d'une loi ontarienne : *The Unconscionable Transactions Relief Act*, R.S.O., 1960, c. 410.

²⁰⁷ *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, *infra* note 287 sous « lésion ».

sans influence sur la théorie générale du contrat : elle met, en effet, en évidence l'insuffisance de la théorie de l'autonomie de la volonté comme fondement de la force obligatoire du contrat.

Paragraphe III – Les projets de réforme

Entre l'adoption du *Code civil du Bas Canada* et celle du *Code civil du Québec*, trois projets de réforme portant notamment sur le droit des obligations ont été élaborés : le *Projet de Code civil* de l'Office de révision du Code civil (sous-paragraphe I),²⁰⁸ l'Avant-projet de loi intitulé *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations* (sous-paragraphe II)²⁰⁹ et le *Projet de loi 125*.²¹⁰ Bien que d'importantes modifications y aient été apportées lors de son étude par la Sous-commission des institutions, le *Projet de loi 125* a été adopté. Nous l'aborderons donc au paragraphe consacré au *Code civil du Québec*. Les propositions qu'on trouve dans chacun des projets ont toutes, à divers degrés, influencé l'état du droit positif actuel.

²⁰⁸ Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1, *Projet de Code civil*, Québec, Éditeur officiel, 1977 (1978); ci-après « *Projet de Code civil* ».

²⁰⁹ *Avant-projet de loi, Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, 1ère session, 33ème législature, Québec, 1987; ci-après « *Avant-projet* ».

²¹⁰ *Projet de loi 125, Code civil du Québec*, 1ère session, 34ème législature, Québec, 1990; ci-après « *Projet de loi 125* ».

Sous-paragraphe I – Le Projet de Code civil

Rompant avec la solution privilégiée dans le *Code civil du Bas Canada*, le *Projet de Code civil* de l'Office de révision du Code civil avait proposé l'adoption d'une règle générale destinée à sanctionner la lésion mixte dans tous les contrats. Les travaux de l'Office s'inscrivent, du moins à cet égard, dans la tendance législative – qui a émergé au milieu du XX^{ème} siècle – visant à protéger le contractant le plus faible.

Le texte de l'article proposé se lisait comme suit : « [l]a lésion vicie le consentement lorsqu'elle résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre et entraîne une disproportion sérieuse entre les prestations du contrat. La disproportion sérieuse fait présumer l'exploitation ». ²¹¹

Les commentaires accompagnant le *Projet de Code civil* nous éclairent quant aux idées qui ont influencé les rédacteurs : « Il est devenu courant, dans la société moderne, de voir certains contrats servir d'instruments d'une véritable exploitation d'un contractant par l'autre, en raison de certaines situations d'infériorité dans lesquelles l'une des parties peut se trouver [...] Devant ces abus criants et à l'heure où l'État se préoccupe de plus en plus de la protection du consommateur, il est apparu indispensable de revenir sur la décision prise par les

²¹¹ Article 37, livre V, *Projet de Code civil*.

Codificateurs de 1866, d'exclure la lésion entre majeurs, les conditions sociales et économiques ayant changé ». ²¹²

La proposition du *Projet de Code civil* a fait l'objet de commentaires favorables.²¹³ Les réserves émises portaient essentiellement sur la formulation de l'article 37, non sur le principe de la sanction de la lésion. Le professeur Tancelin estimait que la présomption d'exploitation risquait d'« [...] accroître inutilement les résistances prévisibles à l'adoption de la mesure ». ²¹⁴ Dans le même esprit, le professeur Perret soulignait que le succès du projet d'assurer une meilleure justice contractuelle allait dépendre de « [...] l'esprit qui animera les règles de droit positif que créeront le législateur ou les tribunaux. Celles-ci seront en fait le reflet

²¹² *Infra* note 396 à la p. 614 et ss.

²¹³ Voir, entre autres, J.-L. Baudouin, *Les obligations*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1983, à la p. 146; P.G. Jobin, « Les prochaines dispositions sur l'exploitation », (1979) 10 R.G.D. 132; P.G. Jobin, « La rapide évolution de la lésion en droit québécois », (1977) 29 R.I.D.C. 331; L. Perret, « Une philosophie nouvelle des contrats fondée sur l'idée de justice contractuelle », (1980) 11 R.G.D. 537; M. Tancelin, « La justice contractuelle : expérience et perspectives au Québec », (1978) 30 R.I.D.C. 1009. Voir aussi G. Cornu, *Regards sur le Titre III du Livre III du Code civil*, Paris, Les cours de droit, 1977; J. Ghestin, *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français. Principes directeurs, consentement, cause et objet*. Montréal, Institut de droit comparé, Université McGill, 1982.

²¹⁴ M. Tancelin, *supra* note 213 à la p. 1010. Voir aussi, G. Massol, *supra* note 157 à la p. 130 et ss.

des forces et des idées sociales de l'époque ».²¹⁵ Or, les valeurs ayant inspiré les travaux de l'Office de révision du Code civil n'étaient pas entièrement partagées par le législateur lors de l'élaboration de l'*Avant-projet* en 1987, et elles ont été rejetées par celui-ci lors de l'élaboration du *Projet de loi 125*, en 1990.

Bien que la proposition de l'Office de révision du Code civil n'ait pas été retenue, la définition de la lésion mixte qu'on trouve dorénavant dans le *Code civil du Québec* s'inspire de celle présentée dans le *Projet de Code civil*.²¹⁶

Sous-paragraphe II – L' Avant-projet de loi

Après le dépôt du rapport de l'Office de révision du Code civil, le ministre de la Justice présentait un *Avant-projet de loi portant réforme du Code civil du Québec du droit des obligations* qui s'inspirait, au sujet de la lésion, des travaux de l'Office. La portée du texte proposé, à l'article 1449 de l'*Avant-projet*, était toutefois moindre. Il ne s'agissait pas d'une règle d'application générale, mais d'un article destiné à s'appliquer en certaines circonstances seulement. Le texte se lisait comme suit : « [l]a lésion vicie le consentement lorsqu'elle résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre et entraîne une disproportion

²¹⁵ L. Perret, *supra* note 213 à la p. 543.

²¹⁶ Au sujet des différences entre les deux textes, voir *infra* chapitre I, Titre II, à la p. 149 et ss.

importante entre les prestations des parties; le fait même qu'il y ait disproportion importante fait présumer l'exploitation. La lésion ne peut être invoquée que par une personne physique et seulement si l'obligation n'est pas contractée pour l'utilité ou l'exploitation d'une entreprise ».²¹⁷ À partir de la présentation de l'*Avant projet de loi sur les obligations*, le recours proposé à l'encontre de la lésion était limité, l'obligation contractée pour l'utilité ou l'exploitation d'une entreprise n'étant plus susceptible d'être annulée pour cause de lésion.²¹⁸ La proposition de l'*Office de révision du Code civil* avait déjà perdu, en grande partie, sa portée initiale.²¹⁹

Lors des audiences de la Sous-commission des institutions relatives à l'*Avant-projet de loi portant réforme du Code civil du Québec du droit des obligations*, la lésion a fait l'objet de commentaires importants. Comme nous

²¹⁷ *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, Avant-projet de loi, 1ère session, 33ème législature (17 décembre 1987).

²¹⁸ Au chapitre de la lésion, la défaveur dont sont victimes les commerçants n'est pas nouvelle : « Il faudrait mettre tout d'abord à l'abri de la rescision les contrats entre commerçants. [...] Quand Pothier déclarait que dans les ventes mobilières il ne pouvait être question de lésion, c'était au fond une idée semblable qu'il défendait, et, dans le vieux mépris de l'Église contre les commerçants « les plus fous et les plus sordides des hommes », disait Érasme, il y avait bien cette idée qu'ils spéculent sans aucun respect de la justice. [...] Il faudrait au contraire admettre la rescision ou la réduction pour cause de lésion dans tous les contrats où il y a confiance légitime d'une partie dans la parole d'autrui. » (voir G. Ripert, *supra* note 136 à la p. 124.).

avons déjà eu l'occasion de le souligner, « [l]a lecture de la transcription de la discussion est assez décevante car elle révèle, de la part des intervenants, une méconnaissance du fondement du régime “mixte” de la lésion dans la mesure où personne n'a saisi – ou n'a voulu saisir – le lien essentiel entre “l'exploitation” et l'exigence de la bonne foi, pourtant proclamée dans l'article 1419 et repris à l'article 1484 du même projet. À vrai dire, la discussion sur le sujet a porté principalement sur l'opportunité de réintroduire la notion classique de la lésion fondée sur la seule disproportion des prestations aux motifs, entre autres, d’“infantilisation juridique” du citoyen [... ou] d’“instabilité contractuelle [...]”! ».²²⁰

Parmi les intervenants, on ne trouve que quelques voix en faveur de la lésion. Ainsi, la Commission des services juridiques, bien qu'elle ait eu des réserves quant au rattachement de la lésion aux vices du consentement, était favorable au principe de sa sanction.²²¹ Consciente de la position inverse, elle précise : « [...] prétendre, comme certains le font ou le feront devant vous, que la

²¹⁹ Voir le texte proposé *infra* note 342.

²²⁰ P.-A. Crépeau et É. M. Charpentier, *infra* note 318 à la p. 94 et ss.

²²¹ Sur l'ensemble des travaux, voir Québec, Assemblée nationale, Sous-commission des institutions, « Consultation générale sur l'Avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations », *Journal des débats : Commissions parlementaires*, 25 octobre

présomption de l'article 1449 entraînerait des interventions trop fréquentes des tribunaux en matière contractuelle et compromettrait sérieusement le principe important de la stabilité des contrats, cela ne nous convainc aucunement. D'ailleurs, le passé nous a montré que, même avec l'article 8 de la *Loi sur la protection du consommateur*, une seule cause à ce jour a sérieusement invoqué la lésion. Il y a eu quelques causes de déséquilibre de prestations à la Cour des petites créances. Il y en a eu quelques-unes. Dans "La Loi annotée sur la protection des consommateurs", on en mentionne seulement 8 en tout. Alors, ces idées souvent véhiculées de stabilité, etc. risquent au contraire d'entretenir l'apparence de justice qui entoure le contrat, tout cela basé sur la liberté contractuelle, la libre concurrence, etc. ».²²²

Chronologiquement, le premier intervenant à s'opposer au principe de la sanction de la lésion est la Chambre de commerce du Québec. Bien que celle-ci ait été défavorable au principe de la sanction de la lésion, elle ne semble pas l'avoir jugée absolument inadmissible.²²³ Son représentant, M. Pierre Labelle, après avoir exprimé ses réticences, conclut « [...] qu'à tout le moins, il faudrait

au 8 novembre 1988, no 1 et ss., aux pp. sci-1 à sci-322. Cet extrait de l'intervention de la Commission se trouve à la p. sci-91.

²²² *Supra* note 221 à la p. sci-92.

²²³ Voir *supra* note 221 à la p. sci-8 et ss.

polir cette notion de lésion ». ²²⁴ À la lecture de la présentation, on comprend qu'il n'avait pas saisi l'exacte portée de la définition proposée. Son intervention visait, semble-t-il, essentiellement à exprimer ses craintes quant aux situations visées par l'article 1449 de l'*Avant-projet*.

La Sous-commission a ensuite entendu l'Association des banquiers canadiens. Le mémoire préparé par cette association est clair : « [...] l'ABC ne favorise pas l'introduction au Code civil de la lésion entre majeurs car elle risque d'ébranler la stabilité des contrats, notamment en matière de crédit ». ²²⁵ Il est par ailleurs également mentionné que la définition de la lésion n'est pas claire et que les notions de disproportion importante et d'exploitation « risque[nt] justement de porter à interprétation et de conduire à des abus à cause de [leur] manque de précision ». ²²⁶ Lors de la présentation du mémoire devant la Sous-commission, cette association a combattu vigoureusement le principe de la sanction de la lésion. On peut, en effet, lire que l'article 1449 constitue une « [...] atteinte fatale

²²⁴ Voir *supra* note 221 à la p. sci-9.

²²⁵ Association des banquiers canadiens, *Commentaires concernant l'Avant-projet de loi portant réforme du Code civil du Québec des obligations, Mémoire présenté à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale*, août 1988, à la p. 17.

²²⁶ Association des banquiers canadiens, *supra* note 225 à la p. 17.

à la liberté contractuelle la plus élémentaire », ²²⁷ ou encore que « [...] ce n'est pas seulement à titre de banquier et de prêteur d'argent que les membres de l'Association des banquiers s'opposent à l'introduction de cette notion de lésion dans le droit civil du Québec. Mais, à titre de citoyen, ils s'inquiètent du désordre que feront naître toutes ces dispositions de droit trop paternaliste qui n'a pas sa place dans un pays qui a toujours voulu reconnaître le caractère sacré du contrat, comme cela a d'ailleurs toujours été le cas dans les pays de droit français ». ²²⁸

De même, le Barreau du Québec s'est opposé au principe de la sanction de la lésion. Ses critiques étaient fondées à la fois sur l'instabilité contractuelle, l'égalité des contractants et la méthode utilisée pour protéger les plus faibles, soit la multiplication des règles particulières. ²²⁹ Dans son mémoire, il fait clairement référence à l'instabilité contractuelle pour s'opposer au principe de la sanction de la lésion. ²³⁰ Par ailleurs, lors de la présentation de son mémoire à la Sous-commission, le Bâtonnier, Me Gilbert, afficha une farouche opposition au principe de la sanction de la lésion, fondée à la fois sur l'insécurité juridique et sur l'idée de l'égalité des contractants. Il s'exprima ainsi : « [j]'aimerais [...] vous

²²⁷ *Supra* note 221 à la p. sci-18.

²²⁸ *Supra* note 221 à la p. sci-19

²²⁹ Barreau du Québec, *Droit des obligations (avant-projet)*, octobre 1988, à la p. xii.

faire valoir, en thèse générale que le point de vue du Barreau repose sur à peu près un seul mot, et ce seul mot, on va l'appeler l'incertitude. Rien n'est plus mauvais pour les justiciables. L'incertitude engendre la discussion juridique, elle crée la nécessité de recourir aux tribunaux; elle est donc le foyer des litiges. Nous soumettons respectueusement que ce qui nous frappe, en regardant le libellé et l'esprit de l'institution nouvelle proposée par l'avant-projet de loi, c'est l'incertitude dans laquelle il place les citoyens du Québec. [...] Un autre aspect du projet nous frappe, c'est que nous institutionnalisons, dans ce traité des obligations, le régime de ce que j'appellerai, entre guillemets, l'infantilisme juridique. Le législateur vient prendre par la main tous ses concitoyens en leur disant : Ne vous inquiétez pas. Si un jour vous vous êtes embarqués, entre guillemets, on verra à ce que ce soit corrigé. Encore là, qu'est-ce que c'est que ce régime qui vient infantiliser les citoyens et leur donner à tous vents, au plan de l'institution la plus fondamentale de la société, c'est-à-dire le traité des obligations, le droit de défaire ce que des adultes ont intelligemment voulu faire, soit dans un rapport contractuel ou dans d'autres régimes. Ce qui nous paraît un meilleur remède que d'institutionnaliser le droit de remettre en question la validité des contrats atteints d'une lésion entre majeurs, serait que le législateur

²³⁰ Barreau du Québec, *Droit des obligations (avant-projet)*, octobre 1988, à la p. xii et ss.

intervienne plus particulièrement dans le cadre de relations particulièrement visées, comme cela a déjà été fait par le passé [...] »²³¹

Prenant la parole, également au nom du Barreau, Me Nadeau fait d'abord référence au caractère contestable de la règle au regard de l'égalité des contractants. « L'avant-projet de loi [...] aborde la théorie générale des obligations avec une philosophie nouvelle dominée par un désir de protection des faibles ou du plus faible des deux contractants, en faisant fi de la volonté même des parties. On veut imposer, même à ceux qui n'en ont pas besoin ou qui n'en veulent pas, des conditions ou des clauses, des recours, des vices, des atténuations, des réductions d'obligations qui font croire que, dorénavant, le législateur entend s'immiscer dans tous les contrats et entend surveiller de près toutes les transactions entre tous les citoyens, même si c'est contre leur volonté. Tout cela, nous dit-on, dans le but de trouver et d'instaurer un nouvel équilibre de forces entre les parties. Nous croyons que ce choix politique est inopportun, du moins, en ce qui concerne notre loi fondamentale ». ²³² Il admet pourtant un peu

²³¹ *Supra* note 221 à la p. sci-257 et ss.

²³² *Supra* note 221 à la p. sci-260.

plus loin que l'article 1449 « [...] sera vraisemblablement interprété restrictivement par les tribunaux [...] ». ²³³

À la suite de ces interventions, M. Dauphin, le député de Marquette et adjoint parlementaire du ministre de la Justice, a posé la question suivante au sujet de la lésion : « [v]ous vous dites opposés à l'extension de ce principe à l'ensemble des relations contractuelles, ceci malgré d'importantes limites prévues dans l'*Avant-projet* de loi. Certains organismes, notamment des organismes représentant des groupes financiers, reconnaissaient non seulement le bien-fondé de ce principe "lésion entre majeurs", mais auraient souhaité qu'il soit étendu aux entreprises. On nous souligne également que les juridictions de "common law" connaissent une notion semblable avec le concept de "unconscionability" et que certains codes européens connaissent aussi cette notion, sans pour autant créer de bouleversement majeur. Un peu comme ce fut le cas avec notre Loi sur la protection du consommateur, est-ce que ces éléments sont susceptibles d'atténuer vos craintes face à l'avant-projet de loi ? ». ²³⁴

Le professeur Masse, toujours au nom du Barreau, a alors pris la parole, mais n'a pas vraiment répondu à la question posée. Il a plutôt soulevé la question

²³³ *Supra* note 221 à la p. sci-261.

²³⁴ *Supra* note 221 à la p. sci-265.

de la complexité des règles proposées dans l'*Avant-projet*. « Il y a un double problème dans le projet. Le premier est un problème de cohérence technique. Actuellement dans le Code civil, nous n'avons aucun principe général de lésion entre majeurs. Vous savez que les articles 1040c et 1056b ne sont que des applications sectorielles. On peut trouver souhaitable, à tout le moins en protection du consommateur, d'avoir un principe fort de lésion entre majeurs, mais l'avant-projet de loi instaure quatre principes différents de lésion entre majeurs, le principal étant celui qu'on retrouve à l'article 1449. Si on lit attentivement l'article 1449, le premier alinéa est d'inspiration directe des travaux fort utiles, à cet égard, de l'Office de révision du Code civil. Cependant, le deuxième nous situe, à proprement parler, dans une perspective de protection du consommateur. On dit "La lésion ne peut être invoquée que par une personne physique et seulement si l'obligation n'est pas contractée pour l'utilité ou l'exploitation d'une entreprise." Alors si les représentations que les commerçants ou certaines entreprises vous font sont acceptées, il faudrait absolument modifier ce deuxième alinéa qui nous semble se situer uniquement dans le cadre d'une protection du consommateur, pour l'essentiel. Donc, si on veut garder l'article 1449 alinéa 2, il faudrait le rapatrier dans le titre 3 ». ²³⁵

²³⁵ *Supra* note 221 à la p. sci-266. Le titre 3 auquel faisait référence le professeur Masse portait sur la protection des consommateurs.

Ces propos laissent songeur. Le lien entre l'alinéa 2 et la protection du consommateur n'est, en effet, pas essentiel. La sanction de la lésion telle qu'elle était formulée à l'article 1449 de l'*Avant-projet* de loi ne correspond pas à la sanction de la lésion qu'on trouvait, et qu'on trouve toujours, à la *Loi sur la protection du consommateur*. Leurs sources d'inspiration sont les mêmes, mais la protection accordée aux consommateurs est différente. D'une part, la portée de l'article 1449 était plus grande : l'application de cet article n'étant pas limitée aux contrats de consommation, il aurait donc pu conduire à la sanction de contrats de vente d'immeuble lésionnaires. La portée de l'article 1449 de l'*Avant-projet* de loi n'était pas aussi grande que celle de l'article proposé par l'Office de révision du Code civil, mais elle était néanmoins très importante. Étant donné que le bien le plus important du patrimoine de la majorité de la population est encore souvent la résidence, le retour de la sanction de la lésion dans les ventes d'immeubles constituait incontestablement un progrès.²³⁶ D'autre part, la *Loi sur la protection du consommateur* offre plus de recours et facilite ceux-ci : elle prévoit la sanction de la lésion subjective et de la lésion mixte et, dans ce dernier cas, établit une présomption irréfragable d'exploitation en faveur du consommateur, sur la seule base de la disproportion.

²³⁶ Le professeur Tancelin estimait, pour sa part, qu'il s'agissait là d'un bien mince résultat, voir M. Tancelin, « Les bases philosophiques de l'Avant-projet de réforme de 1987 en matière de droit des obligations », (1988) 19 R.D.U.S. 1, à la p. 4.

Par ailleurs, l'adjoint du ministre de la Justice soulevait la question de l'extension de la sanction de la lésion au profit de tous, peu importe qu'ils soient des personnes physiques ou morales, ou encore des personnes exploitant ou pas une entreprise. Pour ce faire, la solution était très simple : il s'agissait uniquement de supprimer le second alinéa de l'article 1449. Le principe de l'article 1449 aurait pu s'appliquer également aux consommateurs, mais dans la mesure où l'on aurait eu l'intention de ne pas modifier les droits de ceux-ci, il eut, tout simplement, fallu maintenir intégralement les articles 8 et 9 de la *Loi sur la protection du consommateur*, ou les reprendre au titre les concernant. Il ne s'agit pas ici d'évaluer les avantages que présentent l'une ou l'autre de ces techniques, d'autant plus qu'il semble bien que la protection du consommateur puisse être assurée aussi bien dans le cadre d'un code civil que d'une loi particulière.²³⁷

Par la suite, M. Dauphin, posait à nouveau une question touchant à la portée de l'article 1449 dont l'application était limitée par rapport à la proposition de l'Office de révision du Code civil : « [s]ur le même sujet, que pensez-vous du

²³⁷ Sur l'intégration du droit de la consommation au Code civil, voir, entre autres, P.-A. Crépeau, « Intégration ou non-intégration du droit de la consommation au Code civil », (1979) 10 R.G.D. 13; S. Litvinoff, « Consumer Protection and the Civil Code : Louisiana Perspective », (1979) 10 R.G.D. 24; R. L. Hersbergen, « On the Necessity or Desirability of the Consumerism-Inspired Revision of the Louisiana Civil Code – A Summary of Research Undertaken and Tentative Conclusions Reached », (1979) 10 R.G.D. 29; L. Perret, « L'incidence de la nouvelle loi sur la

point de vue qui voudrait que cette protection ou ce motif de lésion entre majeurs soit également étendu aux entreprises ? Dans certains cas, on sait qu'il y a des entreprises moins fortes économiquement que d'autres ».

Tout en étant opposé à l'idée du principe de la sanction de la lésion, Me Nadeau admet alors que cette question relève essentiellement d'un choix politique : « [e]st-ce qu'on doit aller aussi loin que d'étendre cela à la protection du consommateur qui achète pour une entreprise ? Peut-être. Mais où est-ce qu'on arrête ? C'est cela qui va être le problème majeur : où est-ce qu'on tire la ligne ? Est-ce qu'on va devoir dans la loi dire : Bien, s'il a un revenu qui excède 25 000\$ ou 30 000\$ ou 40 000\$ par année. Il a droit à la protection, donc à l'invocation du principe de la lésion entre majeurs, et s'il gagne moins que cela ou plus que cela, il n'y a pas droit ? C'est un problème considérable. Là-dessus, je pense que c'est le législateur qui devra décider, sauf que cela peut nous mener dans une situation extrêmement complexe de savoir exactement où cela commence et où cela s'arrête ».²³⁸ Sur les effets de la multiplication des régimes, nous ne pouvons qu'être d'accord avec Me Nadeau,²³⁹ même si, par ailleurs,

protection du consommateur sur le droit positif des contrats et perspectives de réforme du code civil », (1985) 15 R.D.U.S. 251.

²³⁸ *Supra* note 221 à la p. sci-266.

²³⁹ Cette idée est d'ailleurs développée au titre II.

celui-ci semble avoir été opposé à l'adoption d'un principe général qui, lui, ne pose pas les problèmes bien réels qu'il décrit.

Toutefois, le Bâtonnier Me Gilbert ne partageait pas cet avis. Ses propos, inspirés de l'idée de l'égalité des parties, démontrent, en effet, qu'il trouvait satisfaisantes les interventions ponctuelles du législateur : « [q]u'est-ce que c'est que tout ce trouble qu'on se donne d'essayer de prévenir et de prévoir tous les cas où il y aura eu vice de consentement ? Parce que c'est tout cela, le langage qu'on parle, qu'on tient. On essaie de dire : On va vous démontrer qu'il y a eu vice du consentement quand il y aura clause abusive, quand il y aura eu ci, quand il y aura eu lésion. J'ai pas besoin de me faire dire cela. D'abord, je pense que le législateur a encore le souci de voir dans sa société des gens responsables. Quand les situations seront trop complexes pour que les gens responsables puissent se comporter raisonnablement les uns face aux autres, le législateur prendra le soin de venir en aide, à l'occasion, à certaines catégories de contractants. Il le fait en marge des ventes sous pression, il le fait en marge du contrat d'assurance qui est un contrat complexe où le consentement est atteint à travers la complexité de la police d'assurance. Le législateur a bien pris soin de dire : Un contrat d'assurance, c'est comme cela que ça va se faire, c'est de la belle protection, cela. Même si vous dérogez, voici les articles auxquels vous n'avez pas le droit de déroger dans un contrat d'assurance. Je trouve que c'est bon. Mais quand on part en peur et qu'on veut infantiliser toutes les relations civiles, je me dis qu'on va créer un tel état d'incertitude qu'on va commettre le péché capital, le péché qui, à mon point de vue, laisse tous les autres en péchés véniels. Je pose encore ma

question : Qu'est-ce qui ne va pas dans notre consensualisme contractuel au Québec ? ». ²⁴⁰

La réponse du conseiller du gouvernement, le professeur Pineau, donna alors lieu à un nouvel échange portant sur la sécurité juridique.²⁴¹ Le Bâtonnier mentionna alors que le projet constituait une mine d'or pour les avocats.²⁴² Le professeur Pineau répondit alors simplement que l'expérience de la *Loi sur la protection du consommateur* n'avait pas donné lieu à beaucoup de jurisprudence.²⁴³

À la suite de la présentation du mémoire du Barreau, la Sous-commission entendit la Chambre des notaires du Québec qui avait adopté une position tout à fait comparable à celle défendue par le Barreau. L'une des difficultés que soulevait l'article 1449 de l'*Avant-projet* de loi était, selon la Chambre, l'évaluation des prestations pour juger de leur caractère disproportionné ou

²⁴⁰ *Supra* note 221 à la sci-269.

²⁴¹ « [...] je demanderai simplement si nous sommes encore au XIX^e siècle et si la théorie de l'autonomie de la volonté a encore l'impact et la force qu'elle avait au XIX^e siècle, cette théorie sur laquelle repose tout le droit civil français et tout le droit civil du Bas-Canada. Et s'il n'y a pas d'abus, je pose la question suivante : Pourquoi a-t-on adopté une Loi sur la protection du consommateur ? » *supra* note 221 à la sci-269.

²⁴² *Supra* note 221 à la sci-269.

non.²⁴⁴ Plus fondamentalement, la Chambre considérait qu'adopter le principe de la sanction de la lésion équivalait à une rupture avec le libéralisme économique.²⁴⁵ Ainsi, bien qu'elle constatait que ce principe était une mesure d'équité et de justice sociale, elle estima qu'il ne devrait pas être retenu.²⁴⁶ Au nom de la Chambre, son président, Me Lambert, précisa, en effet, que « [n]ous croyons que ce principe de lésion entre majeurs devrait être rejeté, pour des raisons d'instabilité contractuelle. Et si le législateur devait retenir la lésion, il devrait la confiner à des secteurs très précis, comme il l'a fait dans le passé, notamment dans le domaine du crédit et dans la Loi sur la protection du consommateur ». ²⁴⁷

À la suite de la consultation, le ministre de la Justice adressait un mémoire au conseil des ministres où l'on peut lire, au sujet de la lésion, que « [...] l'introduction du principe de la lésion entre majeurs rendrait plus fragile le lien contractuel et pourrait susciter des abus. Je proposerais donc de ne pas retenir ce

²⁴³ *Supra* note 221 à la sci-269

²⁴⁴ Chambre des notaires du Québec, *Mémoire portant sur « L'avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations »*, Montréal, octobre 1988, à la p. 22.

²⁴⁵ Chambre des notaires du Québec, *supra* note 244 à la p. 22.

²⁴⁶ Chambre des notaires du Québec, *supra* note 244 à la p. 23.

²⁴⁷ *Supra* note 221 à la sci-292.

principe dans le futur code, sauf à appliquer la notion de lésion à certaines situations particulières et circonscrites. Toutefois, compte tenu que ces situations sont diverses et visent aussi la lésion subjective, il paraît plus opportun d'apporter une définition de la lésion ».²⁴⁸ Bien que la multiplication des dispositions relatives à l'équilibre des prestations ait été critiquée, notamment par Me Nadeau au nom du Barreau du Québec, elles ont été reprises dans le *Projet de loi 125*.

La proposition de l'Office de révision du Code civil visant à réintroduire en droit québécois la sanction de la lésion, même réduite au profit des personnes n'exploitant pas une entreprise dans l'*Avant-projet*, ne reflétait pas les valeurs de la communauté juridique en 1987, car « [m]algré cette restriction, les protestations furent vigoureuses et conduisirent le législateur à maintenir en partie le droit énoncé en 1866. »²⁴⁹ L'esprit de justice ayant animé le législateur lors des modifications ponctuelles qu'il avait adopté au milieu du XX^{ème} siècle et qui inspira les travaux de l'Office avait, encore une fois, cédé la place aux idées fondées sur la théorie de l'autonomie de la volonté.

²⁴⁸ Gouvernement du Québec, Mémoire au Conseil des ministres, par me Gil Rémillard, ministre de la Justice, 15 octobre 1990. Ce texte a été publié sous le titre suivant : « Présentation du projet de Code civil du Québec », (1991) 22 R.G.D. 5.

²⁴⁹ Voir J. Pineau, « La théorie des obligations », *La réforme du Code civil*, t. 2, Laval, Les Presses de l'Université Laval, 1993, 9, à la p. 57.

Paragraphe IV – Le Code civil du Québec

En 1990, le ministre de la Justice présenta un *Projet de Code civil* ne reprenant pas l'article 1449 de l'*Avant-projet*.²⁵⁰ Le texte relatif à la lésion, l'article 1402, se lisait comme suit : « [l]a lésion ne vicie le consentement que dans certains cas expressément prévus par la loi ou à l'égard de certaines personnes, tels les mineurs et les majeurs en tutelle ou en curatelle ». Le principe de ce projet fut adopté le 4 juin 1991 et déféré à la Sous-commission des institutions pour étude article par article.

Ce forum ne donna pas lieu à des discussions comparables à celles qu'avait suscitées l'*Avant-projet*, puisque le projet ne prévoyait pas la sanction de la lésion. Certains passages confirment pourtant l'influence qu'ont eu les intervenants qui s'étaient prononcés contre l'*Avant-projet*. C'est pourquoi nous croyons qu'ils méritent d'être signalés. Afin de bien identifier le déroulement des faits, notons, d'abord, que le 9 octobre 1991, le ministre de la Justice présentait un amendement à l'article 1402. Cet amendement, qui a été adopté, se lisait comme suit : « Outre les cas expressément prévus par la loi, la lésion ne vicie le

²⁵⁰ *Projet de loi 125 – Code civil du Québec*, 1ère sess., 34ème lég., Québec, 1990. Sur l'ensemble des travaux, voir, Québec, Assemblée nationale, Sous-commission des institutions,

consentement qu'à l'égard des mineurs et des majeurs protégés ». ²⁵¹ Cet article est devenu l'article 1405 du *Code civil du Québec*. Puis, le 5 décembre 1991, la Sous-commission a ajouté au *Projet de loi* des définitions de la lésion. ²⁵² Le texte adopté, qui deviendra l'article 1406, prévoit que « [l]a lésion résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, qui entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties; le fait même qu'il y ait disproportion importante fait présumer l'exploitation. Elle peut résulter aussi, lorsqu'un mineur ou un majeur protégé est en cause, d'une obligation estimée excessive eu égard à la situation patrimoniale de la personne, aux avantages qu'elle retire du contrat et à l'ensemble des circonstances. » Cet ajout visait, selon le ministre de la Justice, à circonscrire clairement la notion de lésion de manière à dissiper toute ambiguïté pouvant subsister quant aux conditions d'existence de ce vice du consentement. ²⁵³ Le professeur Masse, alors conseiller de l'Opposition, précisait qu'« [i]l s'agissait de savoir si les codificateurs, les légistes et le ministère s'en remettaient à une définition strictement objective, à une définition subjective [...] ou à la proposition faite en 1977 par l'Office de révision du Code civil. »

« Étude détaillée du projet de loi 125 – Code civil du Québec », *Journal des débats : Commissions parlementaires*, à partir du 27 août 1991, à la p. 45 et ss.

²⁵¹ *Supra*, note 250 à la p. sci-565.

²⁵² Voir *supra*, note 250 à la p. sci-1212.

²⁵³ Voir *supra*, note 250 à la p. sci-1211 et ss.

Les intervenants se sont satisfaits de la solution adoptée.²⁵⁴ Cela apparaît clairement dans les propos du professeur Masse et du ministre de la Justice.²⁵⁵ Le professeur Masse s'exprimait ainsi : « De façon générale, M. le président [...] notre préoccupation a été, dans le cadre du nouveau Code civil, de limiter la notion de lésion entre majeurs à des besoins vraiment précis, vraiment ciblés. Et autant il était important de définir la lésion, autant il était important de ne pas trop élargir le champ d'application de cette notion. Compte tenu de l'existence dans le nouveau Code de la notion de bonne foi, compte tenu du pouvoir des tribunaux de réviser certains contrats en équité, il était clair que la notion de lésion entre majeurs, si elle était trop large, risquait d'instabiliser profondément les contrats dans notre société, avec une notion qui, bien sûr, part d'un bon principe général, mais qui dans la pratique des choses, dans l'application des choses, pourrait être

²⁵⁴ La position du professeur Pineau est moins claire, mais il n'a pas manifesté de désapprobation : « C'est pourquoi la proposition qui est suggérée me paraît susceptible d'aboutir à quelque chose d'équilibré en faisant appel précisément à la notion d'exploitation » (*supra*, note 250 à la p. 1213). Pour une meilleure idée de la position de celui-ci, voir aussi *infra* notes 261 et 249.

²⁵⁵ Les interventions de ceux-ci ont toutefois été ternies par une note discordante du député Holden, qui a posé une question très pertinente : « Le ministre a dit que c'était fort acceptable et j'aimerais savoir acceptable pour qui ? Parce que je sais que depuis 10 ans le côté commercial du Barreau s'est objecté à la notion de lésion du majeur. Je sais que les légistes se sont rencontrés, mais quelles autres consultations avez-vous faites, M. le ministre, pour que ce soit, comme vous l'avez fait, fort acceptable ? » (*supra*, note 250 p. sci-1214). Cette question est, malheureusement, restée sans réponse.

extrêmement difficile, notamment en matière commerciale. Donc, je pense qu'avec la nouvelle proposition on est en face d'un équilibre, probablement du juste équilibre dont parlait le ministre de la Justice depuis quelques semaines, et que l'on a réussi, je pense, avec cette proposition-là, à avoir un véhicule qui pourrait nous transporter relativement loin comme société ». ²⁵⁶ Le ministre de la Justice ajouta : « Je veux insister aussi, évidemment, sur l'importance de cet article que nous apportons et qui établit, je crois, les choses plus clairement par une définition de ce concept de lésion qui a suscité beaucoup beaucoup de discussions à bien des égards et qui nous amène, je pense, à une solution fort acceptable, dans un juste équilibre ». ²⁵⁷

En conséquence, le *Code civil du Québec* pose le principe de l'absence de sanction de la lésion et prévoit de nombreuses exceptions à ce principe. ²⁵⁸

Bien que le législateur ait décidé de ne pas sanctionner la lésion, il définit celle-ci comme une disproportion importante entre les prestations contractuelles résultant de l'exploitation de l'une des parties par l'autre. Cette définition a été élaborée dans le cadre d'une théorie du contrat où la lésion jouait un rôle

²⁵⁶ *Supra*, note 250 à la p. sci-1212.

²⁵⁷ *Supra*, note 250 à la p. sci-1213.

important. En effet, elle est inspirée de la définition que proposait l'O.R.C.C.²⁵⁹ En l'absence de la définition de l'article 1406 du *Code civil du Québec*, l'article 1405 aurait pu être interprété comme interdisant la sanction de la lésion objective. L'exploitation de l'un des contractants par l'autre aurait, dans ce cadre, pu être sanctionnée par les tribunaux sur la base du principe de la bonne foi. En raison de son caractère injuste, choquant, l'opération aurait pu être privée d'effet. On peut donc s'interroger sur la portée qui sera donnée à une telle définition dans le cadre du *Code civil du Québec*. Faut-il craindre qu'elle ait pour effet de réduire le rôle de la bonne foi, surtout que certains pourraient peut-être comprendre, à la lecture du texte, qu'entre majeurs l'exploitation est permise ?

L'absence de sanction de la lésion est fondée, d'après ce que l'on peut lire dans les *Commentaires du ministre de la Justice* relatifs à l'article 1405 C.c.Q., sur l'idée de l'instabilité des conventions : « [L]e domaine de l'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,

²⁵⁸ Le principe est codifié à l'article 1405 C.c.Q. Au sujet des exceptions, voir *infra* notre Titre II qui y est consacré, à la p. 137 et ss.

²⁵⁹ Cf. le texte de l'article 1406 C.c.Q. *infra* note 341 et celui de l'article 37 O.R.C.C. *infra* à la note 342.

non 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 [...] ».²⁶⁰

S'il nous est aisé d'imaginer ce que le législateur entend par le fait que la lésion soit « susceptible de compromettre la stabilité de l'ordre contractuel », on reste perplexe lorsqu'il mentionne la possibilité que la lésion engendre éventuellement certains abus et diminue dans une certaine mesure le sens des responsabilités des citoyens. Puisque la lésion est définie comme le résultat de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, on ne voit pas en quoi quelqu'un qui a été victime d'une telle exploitation serait susceptible d'abuser d'un recours qui a justement pour but de sanctionner l'abus de l'autre partie, ni en quoi le fait de se faire exploiter puisse constituer une forme d'irresponsabilité.

Comme le professeur Pineau l'a fait dans sa théorie des obligations, on peut s'interroger sur les motivations de ceux qui combattent la lésion, qui

²⁶⁰ *Commentaires, infra* note 269 à la p. 469. L'idée que le principe de la sanction de la lésion entraînerait l'insécurité juridique a été évoquée à plusieurs reprises, mais aucune étude sérieuse ne permet de croire qu'elle soit fondée. Elle a néanmoins été déterminante.

craignent qu'elle remette en cause la stabilité contractuelle.²⁶¹ Sont-ils simplement ignorants des expériences étrangères et inquiets devant tout changement ou refusent-ils l'idée sous-jacente de justice contractuelle pour des raisons politiques ? On aurait pu espérer que l'intégration de la notion d'exploitation ait un effet dissuasif chez les opposants à la sanction de la lésion, qu'on n'oserait pas préférer la supposée sécurité juridique à la justice.

Conclusion

En présentant, à l'article 1405 C.c.Q., la sanction de la lésion comme une exception, le législateur laisse croire qu'il entend fermer les yeux sur l'exploitation de l'une des parties par l'autre, alors que, comme nous le verrons, il pose, par ailleurs, une foule de règles destinées à assurer la réalisation de l'équilibre des prestations. Au niveau technique, la reconnaissance de la lésion mixte comme vice du consentement aurait eu l'avantage d'éliminer la nécessité de recourir à la plupart des exceptions que l'on connaît actuellement et qui ne sont pas combattues par les opposants au principe de la sanction de la lésion.²⁶² Le

²⁶¹ Voir J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *infra* note 294 no 104, à la p. 169; P.-A. Crépeau et É. M. Charpentier, *infra* note 318 à la p. 110 et ss.

²⁶² La multiplication des règles ponctuelles était également dénoncée par les opposants à la sanction de la lésion. Ainsi, selon Me Nadeau, « [...] le plus paradoxal, dans cette perspective omniprésente de protection, c'est qu'on va retrouver des articles ou des chapitres qui sont à

résultat de ce mode d'intervention préconisé par le législateur n'est pas satisfaisant, car on pourrait supposer, à la lecture de l'article 1405 du *Code civil du Québec*, qu'il est indifférent au fait qu'un contractant puisse en exploiter un autre, que l'équilibre des prestations n'a pas à être respecté. Enfin, n'est-il pas paradoxal que le *Code civil du Québec* affirme qu'il ne sanctionne pas la lésion résultant de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, alors qu'il intervient dans une foule de situations et qu'il oblige les contractants à respecter les exigences de la bonne foi ?²⁶³

l'opposé, philosophiquement, de tout le restant » (R. Nadeau, « La réforme du droit des obligations - Le point de vue du Barreau du Québec », (1989) 30 C. de D. 648, à la p. 653).

²⁶³ À ce sujet, il faut lire le commentaire du ministre de la Justice relatif à l'article 1375 C.c.Q. : « Cet article est nouveau. Il rappelle, dans le domaine propre au droit des obligations, l'application d'un principe fondamental de notre droit [...] : celui de la bonne foi qui doit présider en tout temps les actes et relations juridiques. Équivalent juridique de la bonne volonté morale et intimement liée à l'application de l'équité, la bonne foi est une notion qui sert à relier les principes juridiques aux notions fondamentales de justice. Sa codification, dans le domaine des obligations, devrait contribuer à inspirer tous les actes juridiques, principalement les contrats, dans leur conclusion, [...] » (*Code civil du Québec, Loi sur l'application de la réforme du Code civil et Commentaires du ministre de la Justice*, Montréal, Les publications Dacfo inc, 1994, à la p. 459).

Voir aussi L. Rolland, « La bonne foi dans le Code civil du Québec : du général au particulier », (1996) 26 R.D.U.S. 377, à la p. 386 et ss. : « Allergique au dol, aux conflits d'intérêts, aux visés purement égoïstes, le droit devrait l'être tout autant à la lésion : la bonne foi ne saurait s'asseoir à la table de l'exploitation et le droit devrait en ce sens offrir une panacée aux victimes ».

Conclusion du Titre I

L'articulation du régime général du contrat a subi l'influence marquante de la théorie de l'autonomie de la volonté. La règle générale de l'article 1405 du *Code civil du Québec* pose, en effet, un principe – l'absence de sanction de la lésion – et prévoit que la lésion peut, exceptionnellement, être considérée comme un vice du consentement.

Dans le contexte de la théorie de l'autonomie de la volonté, les interventions ponctuelles du législateur en faveur de l'équilibre sont fondées non pas sur l'idée que le contrat est un outil d'échange et non un moyen de s'enrichir aux dépens d'autrui, mais sur la constatation de l'inégalité *de facto* des parties.²⁶⁴ Elles visent à prévenir le déséquilibre des prestations que cette inégalité peut entraîner. L'inégalité est perçue comme un obstacle à la liberté contractuelle puisque la personne qui en souffre est considérée comme étant « incapable » de

²⁶⁴ Le revirement est de taille : on ne protège plus, comme dans l'Ancien droit, la situation d'une famille risquant de voir disparaître sa principale richesse; on protège plutôt une personne en raison de l'une de ses qualités particulières ou de la situation particulière dans laquelle elle se trouve.

négoier un contrat « normal » ou même de choisir son co-contractant; elle est réduite à accepter les contrats qu'on lui propose.²⁶⁵

Dans la perspective proposée par la théorie de l'autonomie de la volonté, la sanction de la lésion est, en principe, inadmissible car elle est censée mettre en péril la sécurité juridique. De plus, les individus étant considérés égaux, il n'y a que peu de place pour l'idée que l'un d'eux puisse exploiter l'autre. Dans un monde qui considère juste le respect absolu de tout accord de volonté, il est prudent de se rappeler la morale de la fable *Le pot de terre et le pot de fer*.²⁶⁶

« Le Pot de fer proposa
Au pot de terre un voyage.
Celui-ci s'en excusa,
Disant qu'il serait sage
De garder le coin du feu;
Car il lui falloit si peu,
Si peu, que la moindre chose
De son débris seroit cause :
Il n'en reviendrait morceau
« Pour vous, dit-il, dont la peau
Est plus dure que la mienne,
Je ne vois rien qui vous tienne.
- Nous vous mettrons à couvert,
Repartit le Pot de fer :
Si quelque matière dure
Vous menace d'aventure,

Entre deux je passerai,
Et du coup vous sauverai. »
Cette offre le persuade.
Pot de fer son camarade
Se met droit à ses côtés.
Mes gens s'en vont à trois pieds,
Clopin-clopant comme ils peuvent,
L'un contre l'autre jetés
Au moindre hoquet qu'ils treuvent.
Le Pot de terre en souffre; il n'eut pas fait cent pas
Que par son compagnon il fut mis en éclats,
Sans qu'il eût lieu de se plaindre.

Ne nous associons qu'avecque nos égaux,
Ou bien il nous faudra craindre
Le destin d'un de ces Pots. »

²⁶⁵ Voir M. Fromont et A. Rieg, *Introduction au droit allemand (République fédérale)*, t. 3, Paris, Éditions Cujas, 1991, à la p. 72.

²⁶⁶ J. de La Fontaine, *Fables*, Paris, Bibliothèque Lattès, 1987, à la p. 156 et ss.

*Le monde matériel repose sur l'équilibre :
le monde moral sur l'équité.*
Victor Hugo

Titre II – La reconnaissance de l'inégalité

Le *Code civil du Québec* a été salué par plusieurs auteurs comme une œuvre instaurant un mouvement nouveau, particulièrement en matière contractuelle.²⁶⁷ La reconnaissance législative du rôle de la bonne foi et l'adoption de dispositions relatives aux contrats d'adhésion sont perçues par eux comme des manifestations de la mise en place d'une nouvelle justice contractuelle. Cette idée de justice contractuelle qui inspirerait le *Code civil du Québec* est une notion qu'on peut difficilement cerner, bien que la doctrine

²⁶⁷ Voir, entre autres, J.-L. Baudouin, *supra* note 10; B. Lefebvre, *supra* note 10; J. Pineau, « La philosophie générale du nouveau Code civil du Québec », (1992) 71 R.B. can. 423. Pour un point de vue bien différent, voir L. Rolland, « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », (1999) 44 R.D. McGill 903, à la p. 916 : « Les codificateurs, comme en font foi les commentaires du Ministre, n'ont en effet pas caché leur intention d'implanter une nouvelle moralité, une plus grande justice contractuelle. Cet objectif aurait été parfaitement atteint par la proposition de l'Office de révision du Code civil sur la réception généralisée de la lésion entre majeurs. Cette disposition officialait magistralement à la célébration de la bonne foi et orchestrait harmonieusement toutes les mesures de protection accordées aux plus faibles. On doit regretter son amputation qui laisse un Code claudiquant sur une définition presque totalement dépourvue d'objet alors qu'elle aurait dû donner le ton et circonscrire la portée des autres règles, celles qui mettent en scène les notions d'abus, d'excès, de préjudice important ».

l'utilise, que la jurisprudence y fasse référence²⁶⁸ et que le ministre de la Justice s'en réclame.²⁶⁹ Son essence peut être conçue par le biais d'une opposition à la théorie de l'autonomie de la volonté. En effet, les auteurs estiment généralement que les conséquences de cette théorie ont été atténuées par l'adoption de mesures se caractérisant par un parti pris favorable à la justice contractuelle. Cette dernière se présente alors comme une notion permettant de contrecarrer les effets jugés excessifs de la théorie de l'autonomie de la volonté; elle serait fondée sur l'idée de l'équilibre des prestations, sur l'équité contractuelle.

Pourtant, il ne fait pas de doute que les postulats de la philosophie individualiste et de la doctrine du libéralisme économique, d'où a émergé la théorie de l'autonomie de la volonté, ont servi de base à la construction du régime

²⁶⁸ Pour des illustrations de la nouvelle conception judiciaire de la justice contractuelle, voir, entre autres, *Janin Construction (1983) ltée. c. Régie d'assainissement des eaux du bassin de Laprairie*, (1999) R.J.Q. 929 (C.A.); *Crédit Trans-Canada ltée. c. McClemens*, (1995) R.J.Q. 985 (C.Q.).

²⁶⁹ Les Commentaires du ministre de la Justice semblent, en effet, animés d'un souci pour la justice contractuelle. Ainsi, on peut lire en introduction au Livre cinquième, Des obligations : « Elles [les nouvelles dispositions] tendent aussi à établir un plus juste équilibre dans les rapports individuels, tant sur un plan contractuel qu'en matière de responsabilité civile [...] » et en introduction au Titre premier, Des obligations en général : « En cette matière, la révision du code s'est faite avec le souci, toujours présent, d'assurer un plus juste équilibre dans les relations contractuelles. » *Code civil du Québec, Loi sur l'application de la réforme du Code civil et Commentaires du ministre de la Justice*, Montréal, Les publications Dacfo inc., 1994, à la p. 457.

juridique applicable au contrat. Plusieurs notions – comme la cause,²⁷⁰ l'erreur,²⁷¹ l'enrichissement injustifié²⁷² ou l'ordre public²⁷³ – auraient pu servir la cause de l'équilibre des prestations, mais la conception que le législateur, les

²⁷⁰ Certains auteurs ont tenté, à partir de la cause, de démontrer l'existence en droit civil de l'exigence d'équivalence des prestations, mais leur théorie se sont heurtées à la conception généralement admise de cette notion. Voir P. Louis-Lucas, *Volonté et cause*, Paris, Sirey, 1918 et de J. Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Paris, Jouve et cie. éditeurs, 1920.

²⁷¹ L'erreur sur la substance implique souvent une erreur sur la valeur : lorsque tel est le cas, l'erreur sur la valeur est sanctionnée, mais elle ne l'est pas à ce titre puisqu'elle ne peut l'être sans l'existence de l'erreur sur la substance. Voir les exemples mentionnés par P. Legrand, « Judicial Revision of Contracts in French Law : A Case Study », (1988) *Tulane Law Review* 963.

²⁷² Malgré le principe posé à l'article 1493 C.c.Q. (« [c]elui qui s'enrichit aux dépens d'autrui doit, jusqu'à concurrence de son enrichissement, indemniser ce dernier de son appauvrissement corrélatif s'il n'existe aucune justification à l'enrichissement ou à l'appauvrissement »), l'existence d'un contrat constitue une justification à l'enrichissement puisque l'absence de cause expliquant l'enrichissement est une des conditions que la jurisprudence avait posée (*Co. Immobilière Viger Ltée. c. Lauréat Giguère Inc.*, (1973) C.A. 867; (1977) 2 R.C.S. 67) et qui a été reprise à l'art. 1494 C.c.Q. (« [i]l y a justification à l'enrichissement ou à l'appauvrissement lorsqu'il résulte de l'exécution d'une obligation [...] »).

²⁷³ L'ordre public sert parfois à sanctionner un déséquilibre des prestations, mais ce n'est pas sa fonction première. Ainsi, un contrat de prêt à un taux d'intérêt criminel peut être annulé puisqu'il est contraire à l'ordre public – un taux d'intérêt de 60% est considéré comme un taux d'intérêt criminel (art. 347 (2) C.cr.) – mais la notion d'ordre public ne permet pas d'annuler tous les prêts usuraires. L'annulation ou la modification de ces contrats se fait sur une autre base (art. 2332 C.c.Q.).

tribunaux et la plupart des auteurs se sont fait de cet équilibre ne donne à cette idée qu'une place marginale.

Bien que la théorie de l'autonomie de la volonté influence encore la législation relative au contrat et qu'elle jouit toujours d'une certaine faveur en doctrine, on ne doit pas sous-estimer la portée des nombreuses critiques qu'elle a soulevées. Ces critiques sont de deux ordres : certains considèrent que le contrat est obligatoire dans la mesure où il sert à réaliser une opération juste et utile et non uniquement parce qu'il résulte d'un accord de volontés; d'autres, tout en faisant de la volonté la source de l'obligation, considèrent néanmoins que le législateur doit intervenir pour que se réalise l'égalité abstraite postulée par la théorie de l'autonomie de la volonté.

Le législateur a fait écho à ces critiques. On peut situer certaines exigences imposées aux parties dans le premier courant des critiques de l'autonomie de la volonté. S'écartant de cette théorie, le législateur pose, en effet, une règle générale qui s'applique à tous les contractants, peu importe leur situation particulière, en exigeant que la conduite des contractants soit gouvernée par la bonne foi, le droit de contracter ne devant pas être exercé « en vue de nuire

à autrui ou d'une manière déraisonnable ». ²⁷⁴ L'idée d'équilibre n'est pas étrangère à cette affirmation.

On peut donc s'étonner que la lésion ne soit pas, de façon générale, sanctionnée, alors que l'article 1406 C.c.Q. prévoit qu'elle « [...] résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre [...] », puisque, dans le contexte de l'affirmation des exigences de la bonne foi, la sanction de la lésion semblait aller de soi. On peut également s'étonner du fait que la clause abusive, bien qu'elle soit définie comme étant celle qui produit des effets contraires à la bonne foi, ne soit annulable ou réductible que si elle prend la forme d'une clause pénale ou si elle se trouve dans un bail de logement, un contrat d'adhésion ou de consommation. ²⁷⁵ Ces règles s'expliquent dans la mesure où elles s'inscrivent dans une tout autre perspective. Elles constituent la réponse du législateur aux critiques, non pas de la théorie de l'autonomie de la volonté elle-même, mais plutôt de ses effets à l'égard de certaines personnes. Dans cette perspective, les interventions ponctuelles du législateur en faveur de l'équilibre sont fondées sur la constatation de l'inégalité *de facto* des parties. Elles visent à prévenir le déséquilibre des prestations que celle-ci peut entraîner. Par l'intégration dans le régime contractuel de dispositions qui n'ont pas d'abord pour but de réaliser

²⁷⁴ Art. 6, 7, 1375 C.c.Q.

²⁷⁵ Articles 1437, 1623, 1901 C.c.Q.

l'équilibre des prestations, mais de protéger ceux qu'il considère plus vulnérables, le législateur tente de contrer les effets « pervers » de la liberté contractuelle telle qu'elle a été conçue à travers le prisme de la théorie de l'autonomie de la volonté. Il s'agit de mesures visant seulement des situations particulières ou des catégories déterminées de personnes.

Même si elles sont toujours présentées comme des exceptions, les mesures protectrices se multiplient, aussi bien dans le *Code civil du Québec* que dans les lois particulières, au point où l'on peut se demander si elles n'ont pas une incidence sur la théorie du contrat. L'idée que le contrat ne puisse être un instrument d'exploitation et qu'il doive respecter un certain équilibre est, comme ces mesures le symbolisent, présente en droit positif, puisque celui-ci intervient pour enrayer l'excès. La plupart des mesures protectrices mises de l'avant par le législateur – comme celles sanctionnant la lésion, interdisant certaines stipulations ou imposant des clauses impératives – sont fondées sur la notion d'équilibre des prestations, sans que l'exigence de cet équilibre soit affirmée. Les notions de lésion et de clause abusive servent, en effet, une même fin : celle d'assurer la réalisation de la justice contractuelle au moment de la formation du contrat.²⁷⁶ C'est, du moins, ce que nous tenterons de montrer en faisant la revue de plusieurs

²⁷⁶ Voir M. Tancelin, *supra* note 213 à la p. 1010.

dispositions législatives destinées à assurer l'équilibre des prestations contractuelles.

Les dispositions relatives à l'équilibre des prestations ne sont généralement pas abordées, dans leur ensemble, par la doctrine. Plusieurs auteurs ne font d'ailleurs référence qu'aux règles particulières du *Code civil du Québec*. Pourtant, plusieurs lois particulières contiennent des dispositions ayant une incidence sur l'équilibre des prestations contractuelles. En conséquence, l'image du droit positif qui est présentée par la doctrine est malheureusement incomplète, du moins quant au rôle de l'équilibre des prestations. Rendre compte de l'ensemble des règles du droit positif est, il faut bien l'admettre, une tâche difficile, voire quasiment impossible en raison du nombre de lois et de règlements susceptibles de contenir des dispositions ayant pour effet de limiter la liberté contractuelle. Sans prétendre à l'exhaustivité, et en se limitant à l'œuvre du législateur québécois, on peut, toutefois, identifier certains textes particulièrement intéressants dans la mesure où ils permettent d'analyser les choix législatifs dans une perspective plus large et, ainsi, de faire une meilleure évaluation du rôle de l'équilibre des prestations en droit positif.

Il ne s'agit pas ici d'analyser toutes ces dispositions, mais plutôt de rendre compte de l'importance de certaines d'entre elles en cette matière. Deux lois, la

*Loi sur la protection du consommateur*²⁷⁷ et la *Loi sur les normes du travail*,²⁷⁸ retiendront surtout notre attention en raison de leur teneur et de leur importance dans la pratique contractuelle. Les autres références aux lois particulières ne serviront qu'à illustrer l'importance de l'équilibre.

En dehors du *Code civil du Québec*, c'est, chronologiquement, en droit du travail qu'apparaissent les premiers textes ayant pour objet d'établir un certain équilibre entre les parties. Ces lois datent du début du XX^e siècle. Selon Fernand Morin et Jean-Yves Brière, on peut voir dans ces textes « [u]ne contre-mesure à l'exercice outrancier du libéralisme économique étayé et soutenu par les grandes règles de notre droit. Devant la faiblesse du salarié, en raison de sa capacité réelle de négociation réduite à sa dernière expression (le non hypothétique), il importait que l'État établisse des seuils par respect pour l'homme, alors que certains employeurs, les "capitaines d'industrie", semblaient incapables de saisir le tort qu'ils causaient, aveuglés qu'ils étaient par les contraintes de la production ou par leurs ambitions. Ainsi, ces seuils infranchissables ou ces lois de premier secours apparurent pour contenir quelque peu l'exercice des grandes libertés : propriété et contrat. Face à une situation

²⁷⁷ *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1; ci-après : *Loi sur la protection du consommateur*.

²⁷⁸ *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1; ci-après : *Loi sur les normes du travail*.

précise devenue socialement inacceptable, l'État sonnait l'alarme, en quelque sorte, et tentait de résoudre le problème par une intervention aussi précise, limitée et incisive que pouvaient apparaître de telles pointes d'icebergs trop visibles. Comment pourrions-nous autrement expliquer, en ce pays où pourtant le socialisme n'avait guère de prise, la venue des premières lois [...] ». ²⁷⁹ La raison d'être de ces lois s'explique essentiellement par l'inadéquation entre le postulat de l'égalité des parties posé par la théorie de l'autonomie de la volonté et la réalité des rapports de travail qui se caractérisent davantage par la subordination de la volonté du salarié à celle de l'employeur. ²⁸⁰ Le droit du travail représente, en effet, comme l'ont souligné les professeurs Verge et Vallée, « l'organisation juridique la plus élaborée des rapports de domination [...] ». ²⁸¹

Dans le même esprit de protection du contractant le plus faible, le législateur a adopté, dans les années soixante-dix, la *Loi sur la protection du*

²⁷⁹ F. Morin et J.-Y. Brière, *Le droit de l'emploi au Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1998, à la p. 445.

²⁸⁰ Voir R. P. Gagnon, L. LeBel et P. Verge, *Droit du travail*, 2ème éd., Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1991, à la p. 16 et ss. Voir aussi G. Hébert et G. Trudeau, *Les normes minimales du travail au Canada et au Québec, Étude juridique et institutionnelle*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1987, à la p. 25 et ss.

consommateur, par laquelle il entendait également protéger les contractants dans des situations où leur pouvoir de négociation était à peu près inexistant, alors que la liberté contractuelle profitait surtout aux commerçants. En effet, « [l]e besoin d'un droit particulier pour régir les opérations que le consommateur effectue sur le marché a surgi de la transformation des rapports économiques entre le fabricant et le consommateur et s'est développé comme, au siècle dernier, le droit du travail l'a été à la suite de l'industrialisation et dans le but d'organiser les rapports entre l'ouvrier en situation de faiblesse économique devant un employeur puissant ».²⁸² Or, le *Code civil du Bas Canada*, comme d'ailleurs le *Code civil du Québec*, organisait les relations contractuelles sur la base de l'égalité des contractants. Il était donc inadapté aux nouvelles conditions du marché mises en place par la société de consommation. Le régime contractuel fondé sur la théorie de l'autonomie de la volonté ne pouvait pas « [...] assurer la justice contractuelle dans les rapports juridiques engendrés par la société de consommation »²⁸³ puisque « [...] l'égalité formelle favorise la domination économique d'une partie

²⁸¹ P. Verge et G. Vallée, *Un droit du travail ? Essai sur la spécificité du droit du travail*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1997, à la p. 37.

²⁸² N. L'Heureux, *Droit de la consommation*, 5^e éd., Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 2000, à la p. 1.

²⁸³ N. L'Heureux, *supra* note 282 à la p. 15.

sur l'autre et engendre l'injustice ».²⁸⁴ L'adoption des lois destinées à protéger le consommateur était donc devenue nécessaire en raison de la divergence des intérêts des commerçants et des consommateurs.²⁸⁵ Le droit de la consommation est fondé sur le déséquilibre contractuel résultant de la position dominante du commerçant et sur la situation de faiblesse économique du consommateur. Les mécanismes qu'il met en place visent justement à rétablir l'équilibre contractuel.²⁸⁶

En dépit des sérieuses critiques dont elle a été l'objet, la théorie de l'autonomie de la volonté joue toujours un rôle central dans le droit des contrats. L'équilibre des prestations constitue, toutefois, une importante préoccupation du législateur. Le principe de la nécessité du respect de l'équilibre des prestations n'est pas affirmé, mais plusieurs dispositions du droit positif ont pour but de réaliser cet équilibre. À cet égard, on constate l'inexistence d'une notion unique destinée à cette fin et la multiplication des régimes particuliers. Afin de montrer que la force obligatoire du contrat repose sur le respect d'un certain équilibre

²⁸⁴ N. L'Heureux, *supra* note 282 à la p. 16.

²⁸⁵ P.B. Meunier, « La Nouvelle Loi du Québec sur la Protection du consommateur – Loi 72 », (1979) Meredith Memorial Lectures 1; à la p. 2.

²⁸⁶ Selon la professeure L'Heureux, « [d]eux principes directeurs se dégagent de cette démarche : la défense contre la contrainte du plus fort sur le plus faible; la défense contre un avantage excessif pour le plus fort résultant de sa position dominante » (*supra* note 282 à la p. 16).

entre les prestations contractuelles, il s'agit essentiellement d'identifier les notions susceptibles d'assurer la réalisation de l'équilibre des prestations, puis d'analyser le rôle que le législateur leur a donné. Les développements qui suivent portent donc sur les principales règles du droit positif relatives à l'équilibre contractuel dans certains contrats, d'abord en matière de lésion (chapitre I), puis de clauses abusives (chapitre II).

Chapitre I – La lésion

La lésion est généralement considérée comme la principale manifestation du déséquilibre des prestations contractuelles. Le droit positif reconnaît trois types de lésion : la lésion objective, la lésion subjective et la lésion mixte. Ces trois types de lésion renvoient à l'origine étymologique du mot. Le terme latin *laesio* – de *laedere* : blesser, briser, endommager, offenser – peut, en effet, être traduit par tort, dommage ou préjudice. On définit d'ailleurs, encore aujourd'hui, la lésion comme étant une perte « [...] pécuniaire que la conclusion d'un contrat à titre onéreux fait subir à l'une des parties ».²⁸⁷ On dit également qu'« il y a lésion lorsque le prix d'un bien ou d'un service, fixé dans une convention, ne correspond

²⁸⁷ *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2ème éd., Cowansville, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec - Les éditions Yvon Blais, 1991, à la p. 339. La troisième édition du dictionnaire conserve l'essence de cette définition. La lésion y est définie comme suit : « Perte pécuniaire que l'une des parties à un acte juridique subit en raison de la formation de l'acte ». À cette définition s'ajoutent, toutefois, les définitions de la lésion objective, subjective et mixte. La lésion peut également être définie comme le « préjudice que subit l'une des parties au contrat ou au partage du fait de l'inégalité originaire des prestations réciproques ou des lots, disproportion de valeur qui, dans la conception française, justifie la rescision de l'acte lésionnaire mais seulement dans les cas et aux conditions spécifiés par la loi s'il s'agit de contrats entre majeurs, ou en faveur du mineur dans toutes sortes de conventions; ne pas confondre avec l'imprévision » (*Vocabulaire juridique*, sous la dir. de G. Cornu, 6ème éd., Association Henri

pas à sa valeur vénale objective, appréciée par le juge en se plaçant au moment de la formation du contrat ».²⁸⁸

La lésion objective (paragraphe I) et la lésion subjective (paragraphe II) peuvent être qualifiées de concepts traditionnels de la lésion. On les trouve en droit romain (tardif), dans l'Ancien droit et dans la plupart des pays de tradition civiliste. Plus récemment, on a eu recours à un nouveau concept afin d'assurer une certaine moralité contractuelle : il s'agit de la lésion mixte (paragraphe III).

Les dispositions du *Code civil du Québec*, de la *Loi sur la protection du consommateur*, de la *Loi sur les normes du travail*, de même que celles d'autres lois particulières, sanctionnent les différentes formes de lésion. Afin de brosser le tableau de la place de la lésion dans l'ensemble de ces textes, nous examinerons les différentes formes de lésion et les régimes juridiques qui leur sont applicables.

Capitant, P.U.F., Paris, 1987). Voir aussi J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, 14^{ème} éd., Paris, P.U.F., 1990, à la p. 99.

²⁸⁸ J. Ghestin, *Les obligations - Le contrat : formation*, Paris, L.G.D.J., 1988, à la p. 622. Cette définition est discutable, car elle laisse entendre que le juge a nécessairement le pouvoir d'intervenir dans les contrats lésionnaires. Les définitions distinguent la lésion et l'imprévision, qui sont des notions voisines ayant toutes deux pour but le maintien de l'équilibre contractuel. La première s'apprécie au moment de la formation du contrat, alors que la seconde s'apprécie dans le cadre de son exécution.

Paragraphe I – L'équilibre objectif des prestations

La lésion peut être définie objectivement à partir de l'idée qu'elle constitue une rupture de l'équilibre des prestations contractuelles, que celles-ci doivent être égales ou équivalentes. L'idée d'égalité des prestations contractuelles constitue la pierre angulaire de la définition de la lésion objective. Afin d'assurer la réalisation de l'équilibre des prestations, le législateur détermine parfois le seuil minimal ou maximal que doit respecter la prestation à laquelle est tenu l'un des contractants, au lieu de prévoir que le déséquilibre des prestations peut entraîner l'annulation du contrat pour cause de lésion. Cette technique est liée à la lésion objective puisque, lorsque le législateur fixe un seuil minimal ou maximal devant impérativement être respecté, son intervention est nécessairement fondée sur une volonté d'éviter que des contrats très déséquilibrés ne soient conclus. Malgré le caractère exceptionnel du rôle qu'y jouait la lésion, le droit romain utilisait ce type d'outil préventif, comme la tarification des prix.²⁸⁹ De

²⁸⁹ Voir M.-A. Pérot-Morel, *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, Paris, Dalloz, 1961, à la p. 19.

même, au Moyen Âge, l'autorité publique déterminait le prix de la plupart des choses offertes dans les marchés publics.²⁹⁰

La réalisation de l'équilibre des prestations est, toutefois, le plus souvent assurée par la sanction des contrats lésionnaires. Bien que le contrat doive, en principe, être un acte équilibré, on ne saurait remettre en cause tous les contrats ne réalisant pas un équilibre parfait entre les prestations des parties. L'existence d'un déséquilibre ne rend pas nécessairement le contrat lésionnaire, pour plusieurs motifs. Premièrement, la réalisation d'une égalité parfaite est utopique. Deuxièmement, la mesure du déséquilibre est une opération délicate; seul le déséquilibre « important » est relativement facile à identifier. Il n'est à peu près pas possible de dire d'un contrat qu'il réalise un équilibre parfait, puisque l'évaluation des prestations n'est pas une opération qui donne des résultats si précis. Troisièmement, la sécurité juridique requiert que les contrats ne puissent être annulés à moins qu'ils ne soient injustes. C'est pourquoi la lésion est généralement définie comme un préjudice tel qu'il est socialement inacceptable.²⁹¹

²⁹⁰ Voir, entre autres, H. Garnier, *L'idée du juste prix chez les théologiens et les canonistes du Moyen Âge*, Thèse, Paris, 1900, réimprimée à New York, Lenox Hill Pub. (Burt Franklin), 1973.

²⁹¹ Selon le professeur J. Ghestin, c'est l'utilité sociale du contrat qui explique que tous les contrats déséquilibrés ne soient pas sanctionnés. C'est en raison du principe de sécurité juridique

Exceptionnellement, la lésion objective est définie sur la seule base de l'existence d'un préjudice. Le législateur a très rarement recours à une telle approche.²⁹² L'article 1609 C.c.Q. constitue l'exemple le plus souvent cité en droit québécois.²⁹³ Cet article prévoit que les transactions relatives à un préjudice corporel ou moral sont sans effet si elles sont préjudiciables au créancier. Cet

que le législateur écarte toute intervention dans les contrats déséquilibrés dont l'exécution n'est pas choquante. (voir *supra* note 288 à la p. 623).

²⁹² De même, en droit romain classique, le mineur de 25 ans et moins pouvait contracter, mais il ne pouvait pas être lésé. À la condition que le préjudice objectif résulte bien de l'acte, le préteur, par l'*in integrum restitutio*, lui accordait sa protection en raison de son inexpérience. Voir, à ce sujet, P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1929, à la p. 249 et ss. Cette idée d'inexpérience, de vulnérabilité caractérise aujourd'hui la lésion subjective qui, contrairement à l'*in integrum restitutio*, ne requiert pas l'existence d'un déséquilibre des prestations contractuelles.

²⁹³ On peut penser que les articles 1436, 2143 et 2161, notamment, sont également des exemples d'une telle approche. Ces articles se lisent respectivement comme suit :

« Dans un contrat de consommation ou d'adhésion, la clause illisible ou incompréhensible pour une personne raisonnable est nulle si le consommateur ou la personne qui y adhère en souffre préjudice, à moins que l'autre partie ne prouve que des explications adéquates sur la nature et l'étendue de la clause ont été données au consommateur ou à l'adhérant ».

« Un mandataire qui accepte de représenter, pour un même acte, des parties dont les intérêts sont en conflit ou susceptibles de l'être, doit en informer chacun des mandants, à moins que l'usage ou leur connaissance respective du double mandat ne l'en dispense, et il doit agir envers chacun d'eux avec impartialité. Le mandant qui n'était pas en mesure de connaître le double mandat peut, s'il en subit un préjudice, demander la nullité de l'acte du mandataire ».

article ne fait pas référence à la lésion, auquel cas l'article 1406 C.c.Q. s'appliquerait et le créancier devrait prouver qu'il a été victime d'une exploitation et que la transaction comporte une disproportion importante entre les prestations. Or, le créancier n'a qu'à prouver qu'il subit un préjudice.²⁹⁴

Avant de décrire le régime juridique de la sanction de la lésion (sous-paragraphe II), il nous faut examiner les différents critères d'évaluation de la lésion qu'on trouve en droit québécois (sous-paragraphe I).

Sous-paragraphe I – Les critères d'évaluation

La première technique utilisée pour déterminer le caractère lésionnaire ou non d'un contrat est celle qu'on trouve au Bas Empire²⁹⁵ et dans l'Ancien droit,

« Le mandant peut, s'il en subit un préjudice, répudier les actes de la personne que le mandataire s'est substituée lorsque cette substitution s'est faite sans l'autorisation du mandant ou sans que son intérêt ou les circonstances justifient la substitution ».

²⁹⁴ Voir J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *Théorie des obligations*, 3ème éd., Montréal, Les éditions Thémis, 1996, no 106, à la p. 174.

²⁹⁵ La lésion joua tardivement un rôle en faveur des mineurs et exceptionnellement entre majeurs dans la vente, la société et le partage (voir D., 4, 4, 13, 1; D., 17, 2, 79; C., 4, 44, 2 et 8; voir aussi P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1929, aux pp. 249-250, 575, 616, 634; A.E. Giffard et R. Villers, *Droit romain et ancien droit français : droit des obligations*, Paris, Dalloz, 1958, à la p. 185; P. Ourliac et J. de Malafosse, *Droit romain et ancien droit français*, t. 1, *Les obligations*, Paris, Thémis, 1961, aux pp. 135-136; W.M. Dias, « Laesio Enormis : the Roman-Dutch Story », *Studies in the Roman Law of Sale*, D. Daube ed.,

où la lésion équivalait à un préjudice d'outre-moitié.²⁹⁶ Le *Code civil* français a adopté une solution analogue. Le seuil à partir duquel le préjudice constituait une lésion était de sept douzième dans la vente,²⁹⁷ et du quart relativement au partage d'une succession.²⁹⁸ De même, avant la codification, le Bas-Canada connaissait

Oxford, Clarendon Press, 1959, 112; A.J.B. Sirks, « La laesio enormis en droit romain et byzantin », (1985) R.H.D. 291). Voir aussi *Les douze livres du code de l'empereur Justinien*, P.-A. Tissot, trad., Metz, Behmer, 1806-1810, vol. 2, L. IV, T. XLIV (De la rescision de la vente), II (Les empereurs Dioclétien et Maximilien à Lupus) : « [s]i vous ou votre père avez vendu un fonds pour un prix moindre que la moitié de sa valeur, il est juste qu'en offrant préalablement aux acheteurs le prix qu'ils en ont donné, ils vous restituent le fonds vendu par l'intermédiaire du juge, ou si l'acquéreur le décide, que vous receviez le supplément du prix. » (Rem majoris pretii si tu vel pater tuus minoris distraxerit, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus, fundum venditum recipias, auctoritate judicis intercedente : vel, si emptor elegerit, quod deest justo pretio recipias).

²⁹⁶ Voir E. Meynial, « Des conditions requises au Moyen-Age pour l'application de la rescision de la vente pour lésion d'outre-moitié », *Mélanges P.-F. Girard*, t. 2, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1912, 201; F. Olivier-Martin, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Paris, C.N.R.S., 1984; P. Timbal, *Les obligations contractuelles dans le droit français des XIII^e et XIV^e siècles d'après la jurisprudence du Parlement*, Paris, C.N.R.S., 1973.

²⁹⁷ Art. 1674 C.c. fr. : « Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value ».

²⁹⁸ Art. 887 C.c. fr. : « Les partages peuvent être rescindés pour cause de violence ou de dol. Il peut aussi y avoir lieu à rescision, lorsqu'un des cohéritiers établit, à son préjudice, une lésion de plus du quart. La simple omission d'un objet de la succession ne donne pas ouverture à l'action en rescision, mais seulement à un supplément à l'acte de partage ».

aussi deux formes de lésion objective : la lésion énorme qui excédait la moitié du juste prix, et la lésion qui excédait le quart du juste prix.²⁹⁹ La lésion à laquelle faisait référence l'article 1012 C.c.B.C. – qui, toutefois, ne sanctionnait pas la lésion – était celle que connaissait l'Ancien droit.³⁰⁰

La seconde technique utilisée pour déterminer le seuil à partir duquel un contrat est considéré comme étant lésionnaire est beaucoup plus rarement utilisée afin de mesurer la lésion objective. Elle sert, notamment, à mesurer le déséquilibre lorsque celui-ci est l'un des éléments de la lésion mixte.³⁰¹ Seul un article du *Code civil du Québec*, implicitement fondé sur la lésion objective, adopte la seconde technique. Il s'agit de l'article 1793 C.c.Q. qui prévoit que le contrat de vente d'un immeuble à usage d'habitation peut être annulé lorsque

Le fondement de la lésion en matière de partage n'est pas l'équilibre des prestations, mais l'égalité entre les héritiers requiert une adéquation presque sans faille entre la part reçue et celle à laquelle l'héritier pouvait prétendre, d'où la référence au quart plutôt qu'au sept douzième.

²⁹⁹ Voir H. Des Rivières Beaubien, *Traité sur les lois civiles du Bas-Canada*, Montréal, Ludger Duvernay, 1832, t. 3, p. 182.

³⁰⁰ Art. 1012 C.c.B.C.

³⁰¹ Par exemple, l'aspect objectif de la lésion mixte est déterminé à partir de notions dont la portée n'est pas explicitement encadrée par le législateur. On ne prévoit pas que la lésion doit être du quart ou de sept-douzième, mais que le déséquilibre est « important » ou « considérable », par exemple.

l'absence d'un contrat préliminaire de vente a pour effet de faire subir un préjudice « sérieux » à l'acheteur.

La lésion objective correspond à la notion de lésion telle qu'elle était traditionnellement admise par le droit romain, l'Ancien droit et le droit français. La lésion à laquelle fait référence l'article 1406 C.c.Q. ne correspond cependant pas à ce concept. Malgré le rôle marginal de la lésion objective en droit québécois, l'étude de cette notion demeure importante puisqu'elle constitue l'un des aspects de la lésion mixte, notion par ailleurs également influencée par la lésion subjective.

Sous-paragraphe II – Le régime de la sanction

Dans le *Code civil du Québec*, les situations où le législateur a estimé nécessaire de sanctionner la lésion objective sont fort peu nombreuses. Seuls les articles 1609 et 1793 C.c.Q. peuvent être rangés dans cette catégorie. Or, ces articles ont une portée bien limitée. Le premier rend sans effet les quittances et les transactions liées au préjudice corporel ou moral subi par le créancier, si elles ont été obtenues dans les trente jours du fait dommageable et lui sont préjudiciables. Le second prévoit l'annulation de la vente d'un immeuble à usage d'habitation lorsque celle-ci n'a pas été précédée d'un contrat préliminaire, si l'acheteur démontre qu'il en subit un préjudice sérieux. Dans ces deux situations, comme le lésé n'a qu'à prouver qu'il subit un préjudice, il s'agit bien de la lésion objective.

Par ailleurs, la *Loi sur la protection du consommateur* et la *Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture*³⁰² sanctionnent aussi la lésion. Le contrat de consommation et le contrat d'achat préalable de sépulture peuvent, en effet, être annulés ou les obligations qui en découlent réduites lorsqu'ils entraînent une lésion objective ou subjective. Ces dispositions ont pour fonction d'« [...] établir un certain équilibre entre les prestations des parties et [de] compenser les abus de pouvoir économique. Ce mécanisme vise à assurer au consommateur des conditions justes et équitables qui respectent les conditions du marché au moment où il contracte comme si les parties avaient contracté sur un pied d'égalité ».³⁰³

L'article 57 de la *Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture* est calqué sur la formulation de l'article 8 de la *Loi sur la protection du consommateur*. Les textes se lisent respectivement comme suit : « [l]'acheteur peut demander la nullité du contrat d'achat préalable de sépulture ou demander 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 de l'acheteur ou lorsque l'obligation de ce dernier est excessive, abusive ou exorbitante »; et « [l]e

³⁰² L.R.Q., c. A-23.001.

³⁰³ N. L'Heureux, *supra* note 282 à la p. 16 et ss.

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 8 de la *Loi sur la protection du consommateur* a été interprété par la Cour d'appel, dans l'arrêt *Gareau Auto Inc. c. Banque canadienne impériale de commerce*.³⁰⁴ Selon la Cour, ce texte sanctionne, entre autres, la lésion objective puisqu'il pose une présomption absolue d'exploitation. Dans la mesure où l'exploitation est présumée de manière absolue, la référence à celle-ci dans la définition de la lésion, qu'on trouve dans la première partie de l'article 8, n'a pas de portée.³⁰⁵ Le texte a, en conséquence, pour effet de sanctionner la lésion objective.³⁰⁶ En pratique, la validité du contrat de consommation dépend donc du respect de l'équilibre des prestations, puisque l'existence d'un déséquilibre entraîne une présomption absolue d'exploitation. La lésion est donc définie à

³⁰⁴ (1989) R.J.Q. 1091.

³⁰⁵ Voir, cependant, N. L'Heureux, *supra* note 282 à la p. 48, qui estime que la présomption n'est pas absolue, qu'elle a uniquement pour effet de renverser le fardeau de la preuve, laissant ainsi la possibilité au commerçant de prouver l'absence d'exploitation. Cette position s'explique difficilement à la lumière de l'arrêt *Gareau* *supra* note 304.

³⁰⁶ Voir C. Masse, *infra* note 356 à la p. 134.

partir d'un critère objectif, mais conçue subjectivement, puisqu'elle repose sur l'idée d'exploitation et donc sur la vulnérabilité de l'une des parties.

Les autres lois particulières qui comportent des dispositions relatives à la lésion adoptent une technique différente : elles imposent un seuil minimal ou maximal que doit respecter la prestation à laquelle est tenu l'un des contractants. Ces lois portent généralement sur des contrats dont les prestations ont pour objet de procurer des choses ou des services considérés comme étant indispensables, en établissant le salaire minimum, le prix de certains services comme l'électricité, ou de certaines choses comme le lait.³⁰⁷ Dans le même esprit, le législateur prévoit

³⁰⁷ La liberté contractuelle n'est, en effet, pas absolue lorsqu'il s'agit de déterminer les tarifs auxquels l'électricité est transportée par le transporteur d'électricité ou distribuée par le distributeur d'électricité, ou ceux auxquels le gaz naturel est fourni, transporté ou livré par un distributeur de gaz naturel ou emmagasiné, puisque ces tarifs sont fixés par la *Régie de l'Énergie*, voir l'article 31 de la *Loi sur la Régie de l'Énergie*, L.R.Q., c. R-6.01. Cet article prévoit, en outre, que la Régie doit « surveiller les opérations des titulaires d'un droit exclusif de distribution d'électricité ou de gaz naturel afin de s'assurer que les consommateurs aient des approvisionnements suffisants ». La *Loi sur Hydro-Québec* prévoit d'ailleurs expressément que les tarifs et les conditions auxquels l'énergie est distribuée sont fixés par la Régie de l'énergie (L.R.Q., c. H-5). L'article 22.0.1 se lit comme suit : « Les tarifs et les conditions auxquels l'énergie est distribuée sont fixés par la Régie. Toutefois, malgré le paragraphe 1° de l'article 31 de la *Loi sur la Régie de l'énergie* (chapitre R-6.01), le gouvernement peut fixer à l'égard d'un contrat spécial qu'il détermine les tarifs et les conditions auxquels l'électricité est distribuée par la Société à un consommateur ou à une catégorie de consommateurs ». La Régie doit également « [...] surveiller les opérations du transporteur d'électricité, du distributeur d'électricité ainsi que celles des distributeurs de gaz naturel afin de s'assurer que les consommateurs paient selon un juste tarif [...] ».

parfois que, faute d'entente entre les contractants, le tribunal pourra déterminer leurs obligations. Ainsi, par exemple, la fixation du loyer est soumise au contrôle du tribunal qui, en l'absence d'entente entre les parties, détermine le loyer exigible.³⁰⁸

Dès le début du XX^{ème} siècle, le législateur est intervenu afin de régler les salaires.³⁰⁹ La Commission du salaire minimum fut créée en 1919

De même, la *Régie des marchés agricoles et alimentaire du Québec* fixe par règlement le prix des produits laitiers (voir l'article 40.5 de la *Loi sur la mise en marché des produits agricoles, alimentaires et de la pêche*, L.R.Q., M-35.1; ci après : *Loi sur la mise en marché des produits*). Dans cette situation, l'intervention de la *Régie* est destinée à protéger aussi bien les intérêts des producteurs de lait que ceux des consommateurs puisqu'en fixant le prix que les laiteries peuvent exiger des consommateurs, elle tient compte du prix que les laiteries versent aux producteurs. Par ailleurs, en vertu de la *Loi sur la mise en marché des produits*, dix producteurs intéressés ou plus peuvent constituer un office de producteurs afin d'établir les conditions de production et de mise en marché d'un produit agricole qui lie toute personne ou société engagée dans la production ou la mise en marché du produit dès son entrée en vigueur (voir les articles 45 et 58 de la *Loi sur la mise en marché des produits*). La création d'un office permet aux producteurs d'obliger toute personne ou société engagée dans la mise en marché d'un produit visé de négocier avec lui les conditions et modalités de production et de mise en marché de ce produit (voir l'article 112 de la *Loi sur la mise en marché des produits*). En l'absence d'entente, la *Régie* arbitre le différend à la demande de l'un des intéressés (voir l'article 116 de la *Loi sur la mise en marché des produits*).

Voir aussi, par exemple, l'article 9.01 du *Décret sur les coiffeurs de la région de Hull* (R.R.Q., 1981, c. D-2, r. 15) où sont spécifiés les prix des différents services offerts par les coiffeurs.

³⁰⁸ Voir les articles 1947 et ss. C.c.Q. et le *Règlement sur les critères de fixation de loyer*, R.R.Q., c. R-8.1, r. 1.01.

³⁰⁹ *Loi du salaire minimum pour les femmes*, L.Q. 1919, c. 11.

mais, comme le soulignent Robert P. Gagnon, Louis LeBel et Pierre Verge, « [...] son rôle était, toutefois, limité à la rémunération minimale du travail féminin dans les établissements industriels et commerciaux, comme l'indique d'ailleurs le titre de la loi constitutive. Il faudra donc attendre 1937, soit l'adoption de la *Loi des salaires raisonnables* [L.Q. 1937, c.50], pour que des ordonnances établissent des normes de salaires minimales à l'endroit des salariés masculins aussi bien que féminins ».³¹⁰ La *Loi du salaire minimum* remplacera cette loi en 1940.³¹¹ Le préambule de cette loi montre bien le contexte social dans lequel elle s'inscrivait : « [c]onsidérant que tolérer l'acceptation forcée d'une rémunération insuffisante c'est ne pas tenir compte de la dignité du travail et des besoins du salarié et de sa famille ».³¹² En 1979, la *Loi du salaire minimum* sera, à son tour, remplacée par la *Loi sur les normes du travail*³¹³ qui prévoit, à son article 40, que « [l]e gouvernement fixe par règlement le salaire minimum payable à un salarié ».³¹⁴

³¹⁰ R.P. Gagnon, L. LeBel et P. Verge, *supra* note 280 à la p. 30.

³¹¹ L.Q. 1940, c. 39.

³¹² Préambule, *Loi du salaire minimum*, L.Q. 1940, c. 39.

³¹³ L.Q. 1979, c. 45.

³¹⁴ Voir *Règlement sur les normes du travail*, R.R.Q., 1981, c. N-1.1, r. 3. Voir, notamment les articles 3, 4 et 5 qui précisent que : « [l]e salaire minimum payable à un salarié est de 7,00\$ l'heure, sauf dans la mesure prévue aux articles 4 et 5 »; « [l]e salaire minimum payable au salarié qui reçoit habituellement des pourboires est de 6,25\$ l'heure »; « [l]e salaire minimum payable au

En matière de salaire, il faut également ajouter que l'article 46 de la *Charte des droits et libertés de la personne* prévoit que « [t]oute personne qui travaille a droit, conformément à la loi, à des conditions de travail justes et raisonnables [...] ». Or, « [...] en reconnaissant le droit de l'employé à des conditions de travail justes et raisonnables, [elle] suppose l'existence d'un salaire convenable eu égard au travail fourni par l'employé [...] ».³¹⁵

Les textes relatifs à la fixation du salaire minimum sont d'ordre public; ils posent le seuil qui ne peut être franchi par les salariés et les employeurs. Il ne faut, toutefois, pas perdre de vue qu'il s'agit là d'un minimum et que le droit du travail, notamment en permettant aux salariés de former des syndicats, donne aux salariés les moyens de pallier leur faiblesse en s'unissant pour ainsi être en mesure, notamment, de négocier avec les employeurs des salaires plus élevés.

On trouve donc dans la législation québécoise des dispositions ayant pour effet soit de sanctionner la lésion, soit d'éviter qu'elle ne se réalise. À partir de ce constat, on peut conclure que les articles 1405 et 1406 C.c.Q. ne reflètent pas véritablement l'état du droit positif. D'une part, la formulation de l'article 1406 C.c.Q. laisse croire, à tort, que le droit ne connaît que la lésion mixte et la lésion

domestique qui réside chez son employeur est de 280\$ par semaine ». De même, l'article 35 du Code canadien du travail prévoit le paiement d'un salaire minimum.

³¹⁵ R.P. Gagnon, L. LeBel et P. Verge, *supra* note 280 à la p. 234.

subjective. Or, comme nous venons de le voir, la lésion objective joue un rôle très important, notamment en raison du nombre considérable de contrats soumis à l'article 8 de la *Loi sur la protection du consommateur*.³¹⁶ D'autre part, les dispositions permettant de sanctionner la lésion, que l'article 1405 C.c.Q. désigne

³¹⁶ De plus, bien que l'article 5 de cette loi prévoit que certains contrats sont exclus de l'application du titre sur les contrats relatifs aux biens et aux services, dont fait partie l'article 8, la plupart d'entre eux sont régis par d'autres dispositions législatives destinées à assurer la réalisation d'un certain équilibre contractuel. Ainsi, le contrat d'assurance ou de rente est soumis à plusieurs dispositions impératives du *Code civil du Québec* (voir à ce sujet le prochain chapitre, à la p. 213 et ss.). Les contrats relatifs à tout service de télécommunications sont régis par la *Loi sur les télécommunications* (L.C. 1993, ch. 38). Ayant limité notre étude aux lois particulières québécoises, nous n'aborderons pas cette loi. Mentionnons simplement que l'article 24 prévoit que « [l]'offre et la fourniture des services de télécommunication par l'entreprise canadienne sont assujetties aux conditions fixées par le Conseil ou contenues dans une tarification approuvée par celui-ci »; et l'article 25 précise que « [l]'entreprise canadienne doit fournir les services de télécommunication en conformité avec la tarification déposée auprès du Conseil et approuvée par celui-ci fixant -- notamment sous forme de maximum, de minimum ou des deux -- les tarifs à imposer ou à percevoir ». L'article 2 définit le terme *service de télécommunication* comme un « [s]ervice fourni au moyen d'installations de télécommunication, y compris la fourniture -- notamment par vente ou location --, même partielle, de celles-ci ou de matériel connexe »; le terme *tarif* comme une « [s]omme d'argent ou toute autre contrepartie; la présente définition vise également les tarifs n'entraînant aucune contrepartie »; et le terme *télécommunication* comme la « [l]a transmission, l'émission ou la réception d'information soit par système électromagnétique, notamment par fil, câble ou système radio ou optique, soit par tout autre procédé technique semblable ». Les contrats de vente d'électricité ou de gaz par un distributeur sont soumis au contrôle de la Régie de l'énergie; les contrats auxquels Hydro-Québec est partie sont régis par la *Loi sur Hydro-Québec* (L.R.Q., c. H-5).

comme des exceptions, ont une portée pratique telle qu'il convient, dès à présent, de souligner que la place du principe et celle des exceptions devrait peut-être être remise en question.³¹⁷ Cette constatation se confirme, par ailleurs, à l'analyse du rôle de la lésion subjective et de la lésion mixte.

L'article 6 de la *Loi sur la protection du consommateur* ajoute que les contrats concernant une opération régie par la *Loi sur les valeurs mobilières*, de même que la vente, la location ou la construction d'un immeuble sont exclus de l'application de la loi.

³¹⁷ C'est ce que nous ferons en conclusion.

Paragraphe II - La préservation du contenu du patrimoine

À partir de la notion de lésion subjective, le droit accorde des droits particuliers à des catégories de personnes qui sont présumées faibles de par leur condition. Ces faiblesses peuvent être liées à l'âge, à l'état mental ou à la situation des personnes visées. Le régime exceptionnel dont jouissent ces personnes s'explique par l'absence d'égalité de fait entre elles et les personnes avec qui elles contractent. L'intervention du législateur pourrait être fondée sur le seul constat de l'incapacité ou de l'inaptitude à consentir. C'est probablement l'absence de consentement éclairé que la lésion subjective a pour objet de sanctionner, puisque, si c'était l'incapacité, la règle interdirait de façon générale aux personnes protégées de contracter. La définition de la lésion, dans ce contexte, est fondée sur des critères subjectifs, liés à l'évaluation de la prestation de l'un des contractants par rapport à son patrimoine.³¹⁸ Avant de décrire le régime juridique

³¹⁸ Voir, par exemple, l'art. 1406 al. 2 C.c.Q. : « Elle [la lésion] peut résulter aussi, lorsqu'un mineur ou un majeur protégé est en cause, d'une obligation estimée excessive eu égard à la situation patrimoniale de la personne, aux avantages qu'elle retire du contrat et à l'ensemble des circonstances »; l'article 8 L.p.c. : « Le consommateur peut demander la nullité du contrat ou la réduction des obligations qui en découlent lorsque [...] l'obligation du consommateur est excessive, abusive ou exorbitante »;

l'art. 1002 C.c.B.C. : « La simple lésion est une cause de nullité, en faveur du mineur non émancipé, contre toutes espèces d'actes lorsqu'il n'est pas assisté ou représenté par son tuteur et,

de la sanction de ce type de lésion (sous-paragraphe II), il nous faut examiner les différents critères d'évaluation de la lésion subjective qu'on trouve en droit québécois (sous-paragraphe I).

Sous-paragraphe I – Les critères d'évaluation

L'obligation peut être considérée comme lésionnaire lorsque, eu égard à la situation de la personne, elle est excessive, abusive ou exorbitante, même si le contrat n'est pas objectivement lésionnaire.³¹⁹ La lésion subjective découle alors de l'effet, jugé néfaste, d'un contrat pour une personne. C'est ainsi qu'a été interprétée la notion de « simple lésion » qu'on trouvait à l'article 1002 C.c.B.C.³²⁰ Comme le souligne Mignault, le mineur peut invoquer la lésion non seulement lorsqu'il « reçoit moins qu'il ne donne », mais également « lorsqu'il a reçu, soit des choses de luxe, en échange de choses utiles ou nécessaires; soit des

lorsqu'il l'est, contre toutes espèces d'actes autres que ceux d'administration, et en faveur du mineur émancipé en justice, contre tous les contrats qui excèdent les bornes de sa capacité légale; sauf dispositions contraires de la loi ».

Voir P.-A. Crépeau, É. M. Charpentier, *Les Principes d'Unidroit et le Code civil du Québec : valeurs partagés?*, Scarborough, Carswell, 1998, à la p. 108 et ss.

³¹⁹ On trouvait également la notion d'obligation excessive, abusive ou exorbitante à l'article 1040c C.c.B.C., voir *infra* à la p. 75.

choses dont la conservation est difficile ou périlleuse, en échange de choses faciles à conserver». ³²¹ La seconde hypothèse fait référence à la lésion subjective, qui peut résulter de l'inutilité du contrat pour le mineur, ou de l'insuffisance de ses ressources. ³²² Il s'agit ici d'une conception de la lésion qui est très large, mais la personne protégée ne peut se plaindre d'un contrat de vente

³²⁰ L'opinion de Mignault a été retenue par la jurisprudence. Notons, toutefois, que l'expression « simple lésion », qu'on trouve chez Domat et Pothier, correspond à la lésion seule sans autre vice, c'est-à-dire la lésion objective.

³²¹ P.B. Mignault *supra* note 140 à la p. 247. Il ne fait pas de doute que le mineur avait un recours fondé sur la lésion objective, voir, entre autres, *La Cie du Parc St-Louis c. Jobidon*, (1917) 52 C.S. 499; *Rosemont Realty Co. c. Boivin*, (1921) 31 B.R. 40.

³²² Par exemple, la Cour d'appel a décidé que la vente d'une automobile pour 575\$ à un mineur ayant des revenus de 3\$ par jour était lésionnaire, puisqu'elle « constituait pour lui une cause de désordre dans ses habitudes et de dépenses trop considérables [...] » (*Moreau c. Veilleux*, (1923) 35 C.B.R. 279, à la p. 282). Voir aussi *Aubin c. Marceau*, (1932) 70 C.S. 408; *Aubin c. McAnulty Realty Co.*, (1920) 57 C.S. 120; *Bernard c. Hurteau*, (1906) 30 C.S. 184; *Carrier c. Mineau*, (1977) C.P. 397; *Côté c. Larouche*, (1977) C.P. 163; *Demers c. Hector Meunier Co. Ltd.*, (1926) 32 R.L.n.s. 222; *Dionne c. Tôle Gaufree du Québec*, (1976) C.P. 433; *Drouin c. Lepage*, (1980) C.P. 146; *Gérard c. White*, (1954) C.S. 149; *Langlais c. Dumas*, JE 91-36 (C.Q.); *Lapierre c. Forand*, JE 95-823 (C.Q.); *Lepage Automobiles Ltée. c. Couturier*, (1956) C.S. 80; *Marcel Grenier Automobile Enr. c. Thauvette*, (1969) C.S. 159; *Miller c. Demeule*, (1874) 18 L.C.J. 12; *Morin c. Dion*, (1957) C.S. 53; *Ochao c. Sciortino*, JE 93-1234 (C.Q.); *Ouellette c. O'Brien*, (1941) 79 C.S. 472.

si le prix payé n'est pas disproportionné par rapport à ses moyens, s'il correspond à son mode de vie habituel.³²³

La lésion subjective peut également résulter du caractère injuste ou arbitraire du contrat, par exemple, lorsque les clauses du contrat constituent un fardeau additionnel.³²⁴ Ainsi, il y a lésion lorsque l'acquéreur convient de remettre ou prend le risque d'être obligé de rembourser beaucoup plus que ce qu'on lui a donné en retour.³²⁵

Sous-paragraphe II – Le régime de la sanction

L'interprétation jurisprudentielle de l'article 1002 C.c.B.C. a été codifiée à l'article 1406 *al.* 2 C.c.Q. Elle a également servi à l'articulation de l'article 8 *in fine* de la *Loi sur la protection du consommateur*.³²⁶ Aux termes de ces articles, un contrat peut donc être qualifié de lésionnaire même s'il n'a pas pour effet d'entraîner un appauvrissement si, compte tenu des circonstances, il crée des

³²³ Voir *Turgeon c. Marcoux*, (1926) 64 C.S. 177; *Romuald Laflamme et Fils Inc. c. St-Pierre*, (1981) C.P. 340, à la p. 342.

³²⁴ Voir *Gérard c. White*, *Lepage Automobiles Ltée. c. Couturier*, *Moreau c. Veilleux*, *Marcel Grenier Automobile Enr. c. Thauvette*, *supra* note 322.

³²⁵ Voir *Marcel Grenier Automobile Enr. c. Thauvette*, *supra* note 322 à la p. 164.

³²⁶ Voir *supra* note 318.

obligations excessives.³²⁷ L'existence de la lésion dépend alors d'une appréciation *in concreto* de la situation de la partie lésée.³²⁸ À ce sujet, l'article 9 de la *Loi sur la protection du consommateur* prévoit que le tribunal doit tenir 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.³²⁹

Historiquement, la lésion subjective servait à protéger les mineurs et les majeurs protégés. Ceux-ci jouissent toujours du droit de faire rescinder leurs contrat pour cause de lésion puisque l'article 1405 C.c.Q. pose le principe selon lequel la lésion vicie le consentement de ces personnes. Mais de quelle lésion s'agit-il ? L'article ne le dit pas. De plus, les articles du *Code civil du Québec* portant sur les actes faits par le mineur seul (art. 163 C.c.Q.), ceux faits par le mineur émancipé seul excédant la simple administration (art. 173 C.c.Q.), et ceux faits par le majeur protégé, qui requièrent l'intervention de son conseiller (art. 294 C.c.Q.), n'emploient pas le terme lésion, mais plutôt « préjudice ».

³²⁷ Voir *Gareau Auto Inc. c. Banque canadienne impériale de commerce*, (1989) R.J.Q. 1091 (C.A.), à la p. 1096 et ss. Voir aussi, *Banque de Montréal c. Spooner*, (1994) R.J.Q. 1388 (C.S.).

³²⁸ Voir *Banque de Montréal c. Spooner*, *supra* note 327.

³²⁹ L'article 9 de la L.p.c. se lit comme suit : « 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 ».

Si on adopte la même position que celle présentée relativement à la portée du terme « préjudice » aux articles 1609 et 1783 C.c.Q., il s'agirait d'une référence à la lésion objective. Or, bien qu'ils soient d'accord avec cette interprétation des articles 1609 et 1783 C.c.Q.,³³⁰ la plupart des auteurs qui se sont penchés sur la question rejettent cette interprétation quant aux articles applicables aux mineurs et aux majeurs protégés. D'aucuns estiment que le terme « préjudice » doit être entendu comme une référence au second alinéa de l'article 1406 C.c.Q.³³¹ Les professeurs Deleury et Goubau considèrent, pour leur part, que le terme « préjudice » n'est pas une référence à la lésion objective, mais que sa portée est plus large que celles de termes qu'on trouve à l'article 1406 al. 2

³³⁰ Voir au sujet des articles 1609 et 1783 C.c.Q. : J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations*, 5ème éd., Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1998, no 270, à la p. 245; J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *supra* note 294 no 106, à la p. 174, P.-A. Crépeau et É. M. Charpentier, *supra* note 318 à la p. 104, note infrapaginale 215; V. Karim, *infra* note 410 à la p. 299 et ss. du volume 2. Par contre, on note une toute autre interprétation de l'article 1609 C.c.Q. chez le professeur Lluelles. Celui-ci estime que le terme préjudice n'est pas synonyme de lésion objective et qu'il peut s'agir d'un « simple préjudice même subjectivement entendu » (voir D. Lluelles et B. Moore, *Droit québécois des obligations*, Montréal, Thémis, 1998, no 895, à la p. 502).

³³¹ Voir J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *supra* note 330 no 270, à la p. 245 et ss.; J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *supra* note 294 no 105, à la p. 173.

C.c.Q.³³² Pour le professeur Tancelin, l'interprétation du terme « préjudice » constitue un problème insoluble, notamment en raison du fait que les articles 424, 472 et 2332 C.c.Q. renvoient à l'article 1406 C.c.Q. en employant le mot lésion.³³³

On peut se demander si les articles relatifs aux mineurs et aux majeurs protégés doivent être interprétés en fonction d'un cadre plus large, c'est-à-dire en prenant en compte tous les articles relatifs à leur capacité de contracter. Dans cette perspective, on devrait, quant aux mineurs, également examiner les articles 157, 158, 161, 163 C.c.Q. Les textes se lisent respectivement comme suit :

Art. 157 Le mineur peut, compte tenu de son âge et de son discernement, contracter seul pour satisfaire ses besoins ordinaires et usuels.

Art. 158 Hors les cas où il peut agir seul, le mineur est représenté par son tuteur pour l'exercice de ses droits civils.

À moins que la loi ou la nature de l'acte ne le permette pas, l'acte que le mineur peut faire seul peut aussi être fait valablement par son représentant

Art. 161 L'acte fait seul par le mineur, lorsque la loi ne lui permet pas d'agir seul ou représenté, est nul de nullité absolue.

Art. 163 L'acte fait seul par le mineur ou fait par le tuteur sans l'autorisation du conseil de tutelle, alors que celle-ci est requise par

³³² Voir É. Deleury et D. Goubau, *Le droit des personnes physiques*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1994, no 933, à la p. 331. Cette conception du préjudice rejoint celle présentée par le professeur Lluellas au sujet de l'article 1609 C.c.Q., *supra* note 330.

³³³ Voir M. Tancelin, *Des obligations : actes et responsabilités*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1997; 6ème éd., no 221, à la p. 105.

la nature de l'acte, ne peut être annulé ou les obligations qui en découlent réduites, à la demande du mineur, que s'il en subit un préjudice.

Art. 1406 La lésion résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, qui entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties; le fait même qu'il y ait disproportion importante fait présumer l'exploitation.

Elle peut aussi résulter, lorsqu'un mineur ou un majeur protégé est en cause, d'une obligation estimée excessive eu égard à la situation patrimoniale de la personne, aux avantages qu'elle retire du contrat et à l'ensemble des circonstances.

L'article 161 C.c.Q. porte sur l'acte fait seul par le mineur, lorsque la loi ne lui permet pas d'agir seul ou représenté. L'article 163 C.c.Q. porte sur l'acte fait seul par le mineur, sans préciser s'il pouvait agir seul ou s'il devait être représenté.

Les actes que le mineur ne peut faire seul ou représenté sont fort peu nombreux : il s'agit essentiellement du testament et du mariage. Les actes pour lesquels le mineur peut agir seul sont également peu nombreux : il s'agit des contrats visant à satisfaire ses besoins ordinaires et usuels (art. 157 C.c.Q.). En revanche, le mineur peut faire une foule d'actes, non pas seul, mais s'il est représenté : la plupart des actes relatifs à son patrimoine entrent dans cette catégorie. Or, si le mineur fait un de ces actes, faut-il appliquer l'article 163 ou l'article 1406 alinéa 2 C.c.Q. ?

Dans la mesure où l'on considère que le terme « préjudice » à l'article 163 C.c.Q., comme aux articles 1609 et 1783 C.c.Q., constitue une référence à la lésion objective plutôt qu'à la lésion subjective de l'article 1406 C.c.Q., on pourrait prétendre que le législateur a prévu trois remèdes distincts :

- la nullité absolue des actes pour lesquels le mineur est totalement incapable (art 161 C.c.Q.);
- la nullité relative, fondée sur la lésion subjective, des actes pour lesquels le mineur doit être représenté (art. 1405, 1406 al. 2 C.c.Q.);³³⁴
- la nullité relative, fondée sur la lésion objective, des actes pour lesquels le mineur est capable (art. 157, 163 C.c.Q.).

Bien qu'originale, cette interprétation nous semble plus satisfaisante, puisque la protection accordée au mineur refléterait la gravité de ses actes. Il ne paraît, en effet, pas déraisonnable d'imposer au mineur un fardeau plus grand, soit la preuve d'une lésion objective, pour les actes où il peut agir seul. On peut, d'ailleurs, penser que ces actes ne pourraient de toute façon pas être subjectivement lésionnaires, puisque l'article 157 C.c.Q. précise que la capacité du mineur est évaluée « compte tenu de son âge et de son discernement » et que les contrats ne peuvent servir qu'à « satisfaire ses besoins ordinaires et usuels ». En principe, les actes pour lesquels le mineur est capable ne créent donc pas des obligations estimées excessives eu égard à sa situation patrimoniale, par rapport

³³⁴ Dans ce cas, la lésion objective serait évidemment sanctionnée. Si la personne est protégée contre la lésion subjective, elle l'est nécessairement contre la lésion objective. À partir du moment où l'on a reconnu le droit du mineur d'invoquer la lésion subjective, son droit d'invoquer la lésion objective n'est pas disparu. Voir pour une application de la lésion objective chez le mineur, *Vigeant c. Malo*, (1936) 74 C.S. 121.

aux avantages qu'il retire du contrat et à l'ensemble des circonstances, tel que le prévoit l'article 1406 alinéa 2 du *Code civil du Québec*.

Cette interprétation, quant au mineur émancipé, aurait pour effet d'exclure l'application de l'article 1406 alinéa 2 C.c.Q. Le Code prévoit, d'une part, que ce mineur peut faire seul les actes de simple administration (art. 172 C.c.Q.). D'autre part, pour les actes excédant la simple administration, il doit être assisté de son tuteur, faute de quoi ces actes peuvent être annulés ou les obligations qui en découlent réduites, si le mineur subit un préjudice, entendu comme une lésion objective (art. 173 C.c.Q.).

La situation du majeur protégé dépend du régime de protection applicable. Les actes faits par le majeur sous curatelle seul ne posent pas de problème : sans qu'il soit nécessaire de prouver un préjudice, ceux-ci peuvent être annulés ou les obligations qui en découlent réduites (art. 283 C.c.Q.). Le régime applicable aux actes du majeur sous tutelle est le même que celui du mineur (art. 287 C.c.Q.). Enfin, la situation du majeur assisté d'un conseiller est comparable à celle du mineur émancipé (art. 293 C.c.Q.). Les actes pour lesquels il est pleinement capable ne peuvent être remis en cause. Ceux pour lesquels il doit être assisté de son conseiller peuvent être annulés ou les obligations qui en découlent réduites, s'il subit un préjudice (art. 294 C.c.Q.).

Par ailleurs, la sanction de la lésion subjective ne profite pas uniquement aux mineurs et aux majeurs protégés depuis que la Cour d'appel a interprété la

dernière partie de l'article 8 de la *Loi sur la protection du consommateur* comme permettant de sanctionner la lésion subjective.³³⁵

Comme la lésion objective, la lésion subjective est une notion qui joue un très grand rôle en droit positif. On pouvait, sans doute, considérer que sa sanction était un phénomène exceptionnel, quoiqu'important, lorsqu'elle ne profitait qu'aux mineurs et aux incapables. Maintenant que sa sanction profite également aux consommateurs, elle a perdu son caractère marginal. On ne peut pas, en effet, ignorer cette règle dans une théorie du contrat en raison de l'importance aussi bien symbolique que pratique des contrats de consommation.

Conclusion

La notion de lésion subjective n'est pas articulée en fonction de l'idée d'équilibre des prestations. Cette notion est néanmoins pertinente dans le cadre de notre étude, puisque ses fondements rejoignent ceux de la lésion mixte. La lésion subjective est, en effet, fondée sur une inégalité, une incompetence de la personne et cette notion d'inégalité a contribué à l'articulation d'un nouveau concept de lésion après la seconde guerre mondiale. On ne peut ignorer la « parenté » existant entre le mineur ou la personne protégée et le consommateur,

³³⁵ Voir à ce sujet G. Massol, *supra* note 157 à la p. 119.

l'emprunteur, voire la personne dont la situation économique ne lui permet pas de négocier un contrat. Ces personnes sont plus susceptibles de se trouver dans une situation précaire; les unes sont immatures ou ont des facultés intellectuelles limitées, les autres sont faibles. Le professeur Pineau estime d'ailleurs que les deux alinéas de l'article 1406 *al.* 2 C.c.Q. reposent sur l'idée d'exploitation.³³⁶

³³⁶ Voir J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *supra* note 294 no 105, à la p. 171.

Paragraphe III – La nouvelle conception de la lésion

En définissant la lésion à l'article 1406 alinéa 1 du *Code civil du Québec*, le législateur indique clairement que le contrat ne peut servir à exploiter les plus faibles.³³⁷ L'emphasis mis sur la situation et les actes des personnes renvoie au second plan le déséquilibre des prestations. Celui-ci doit nécessairement exister, mais en l'absence d'exploitation, il ne suffit pas à fonder le recours.

L'idée selon laquelle il est inacceptable que l'un des contractants exploite l'autre est également présente en *common law* où le concept d'iniquité présente aussi deux aspects : un déséquilibre des prestations (*improvidency of the transaction*) et une inégalité relative au pouvoir de négociation (*inequality of bargaining power*).³³⁸ L'exploitation est sous-jacente à ce second aspect et c'est bien elle qui rend le contrat « unconscionable » et qui choque la conscience du juge. De même, l'interprétation de l'article 2-302 du *Uniform Commercial*

³³⁷ Pour une analyse détaillée et critique de l'évolution législative de la notion de lésion, voir P.-A. Crépeau et É. M. Charpentier, *supra* note 318 à la p. 84 et ss.

³³⁸ Nous employons le terme « iniquité » pour traduire « unconscionability ». C'est ce terme qui a été choisi par les traducteurs de la Cour suprême. Voir *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226.

*Code*³³⁹ américain a mis en lumière les manifestations objective et subjective de l'iniquité (« substantive unconscionability » et « procedural unconscionability »).³⁴⁰

Avant de décrire le régime juridique de la sanction de la lésion mixte (sous-paragraphe II), il nous faut examiner les éléments constitutifs de ce type de lésion (sous-paragraphe I).

Sous-paragraphe I – Les éléments constitutifs

La lésion mixte est définie à partir de deux éléments : l'un objectif, l'équilibre, l'autre subjectif, l'exploitation. Ces éléments sont souvent difficilement dissociables, ils sont liés (iii); ils peuvent, néanmoins, être analysés indépendamment l'un de l'autre (i et ii).

³³⁹ Cet article se lit comme suit : « (1) If the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made, the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result. (2) When it is claimed or appears to the court that the contract or any clause thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose and effect to aid the court in making the determination ».

i. Le déséquilibre

Contrairement au déséquilibre de la lésion objective, qui est le plus souvent déterminé à partir d'un pourcentage, celui de la lésion mixte est généralement défini à partir du caractère qu'il doit revêtir. Il peut s'agir d'une « disproportion importante »,³⁴¹ d'une « disproportion sérieuse »,³⁴² d'une « disproportion tellement considérable »,³⁴³ d'une « disproportion évidente »,³⁴⁴

³⁴⁰ Voir notamment, A.A. Leff, « Unconscionability and The Code – The Emperor's New Clause », (1967) 115 U. Pa.L.R. 485 et S. Deutch, *Unfair contracts: the Doctrine of Unconscionability*, Lexington, Lexington Press, 1977, à la p. 272 et ss.

³⁴¹ Art. 1406 al. 1 C.c.Q. : « La lésion résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, qui entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties; le fait même qu'il y ait disproportion importante fait présumer l'exploitation ».

³⁴² Art. 37 O.R.C.C. : « La lésion vicie le consentement lorsqu'elle résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre et entraîne une disproportion sérieuse entre les prestations du contrat. La disproportion sérieuse fait présumer l'exploitation ».

³⁴³ Art. 8 L.p.c. : « 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 [...] ».

³⁴⁴ Art. 21 C.o. suisse : « En cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté, de son inexpérience ».

d'une « disproportion choquante »³⁴⁵ ou d'un « avantage excessif ».³⁴⁶ Les concepts diffèrent selon la législation consultée, mais ils marquent tous le caractère anormal du déséquilibre des prestations contractuelles.

La notion de « disproportion » marque d'abord le défaut d'équivalence, le préjudice qu'une partie subit.³⁴⁷ Ce préjudice n'est pas nécessairement lésionnaire : il doit avoir une certaine ampleur pour être susceptible d'entraîner le rescision du contrat. Un préjudice mineur ne donnerait, en effet, pas lieu à la rescision, même s'il résultait de l'exploitation de l'une des parties par l'autre.

³⁴⁵ Art. 138 B.G.B. : « [...] Est notamment nul tout acte juridique par lequel une personne — en exploitant le besoin, la légèreté ou l'inexpérience d'autrui — se fait promettre ou accorder, soit à elle-même, soit à une autre personne, en contre-partie d'une prestation, des avantages patrimoniaux qui excèdent la valeur de cette prestation à un point tel que — compte tenu des circonstances — ces avantages patrimoniaux sont disproportionnés avec la prestation d'une manière choquante. »

³⁴⁶ Unidroit - Institut International pour l'unification du droit privé, *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, Unidroit, 1994 [ci-après « *Principes* d'Unidroit »]. Art. 3.10 : « 1) La nullité du contrat ou de l'une de ses clauses pour cause de lésion peut être invoquée par une partie lorsqu'au moment de sa conclusion, le contrat ou la clause accorde injustement un avantage excessif à l'autre partie. On doit, notamment, prendre en considération : a) le fait que l'autre partie a profité d'une manière déloyale de l'état de dépendance, de la détresse économique, de l'urgence des besoins, de l'imprévoyance, de l'ignorance, de l'inexpérience ou de l'inaptitude à la négociation de la première; et b) le nature et le but du contrat. [...] ».

³⁴⁷ Voir J. Pineau, « La théorie des obligations », *La réforme du Code civil*, t. 2, Laval, Les Presses de l'Université Laval, 1993, 9, à la p. 59 (citant J. Flour et J.-L. Aubert, *Les obligations*, vol. 1, Paris, Armand Colin, 1975, à la p. 181).

L'emploi d'un qualificatif a justement pour objet de montrer le type de préjudice visé par le législateur.

Bien que le qualificatif « important » à l'article 1406 C.c.Q puisse être considéré comme un synonyme de « considérable » ou de « grand »,³⁴⁸ ce choix a été critiqué. Le professeur Tancelin estime, en effet, que « [l]e qualificatif “considérable” de la *Loi sur la protection du consommateur* traduit infiniment mieux le caractère que devrait présenter la lésion pour être retenue comme cause de nullité des contrats entre majeurs capables ».³⁴⁹ Il estime qu'on aurait dû utiliser un qualificatif comme énorme « [...] pour marquer clairement que la lésion ne doit en aucun cas devenir un moyen de remettre en cause une mauvaise affaire ».³⁵⁰ Cette position s'apparente à celle retenue dans les *Principes d'Unidroit* où l'avantage doit être « excessif », c'est-à-dire « si grand dans les circonstances qu'il choque la conscience d'une personne raisonnable ».³⁵¹ Dans le même esprit, le concept de « disproportion évidente », qu'on trouve en droit

³⁴⁸ Voir Pineau, *supra* note 347 à la p. 59.

³⁴⁹ M. Tancelin, *supra* note 333 no 211, à la p. 101.

³⁵⁰ M. Tancelin, *supra* note 333 no 211, à la p. 101 et ss.

³⁵¹ *Principes d'Unidroit*, *supra* note 346 à la p. 82.

suisse, sert à marquer le fait que cette disproportion ne peut être mise en doute, ou qu'elle « [...] tombe sous le sens pour chacun ».³⁵²

L'évaluation du déséquilibre est généralement fondée sur plusieurs éléments, comme l'analyse de l'ensemble du contrat, afin de déterminer l'effet de son exécution³⁵³ ou le risque pour l'autre partie.³⁵⁴ Le déséquilibre dont il est ici question est objectif : il ne correspond pas à la perception que le contractant se fait du contrat ou à son sentiment d'avoir été floué.³⁵⁵ Ainsi, l'analyse de l'ensemble de la jurisprudence portant sur l'évaluation du déséquilibre a permis au professeur Masse d'établir que la disproportion est généralement considérée comme étant considérable lorsqu'elle équivaut au double de la valeur marchande de la contrepartie et, en matière de crédit, lorsque le taux d'intérêt dépasse 35%.³⁵⁶ Il a, par ailleurs, relevé certains cas où « [...] l'on sanctionne des disproportions

³⁵² D. Guggenheim, *infra* note 399 à la p. 184.

³⁵³ Voir *Droit de la famille* - 2204, (1995) R.D.F. 333 (C.S.); *Droit de la famille* - 2325, (1996) R.J.Q. 34, (1996) R.J.Q. 34 (C.A.); *Droit de la famille* - 2452, (1996) R.D.F. 466 (C.A.).

³⁵⁴ Voir *Beneficial Finance Co. c. Morasse*, (1972) C.A. 846; *Boutin c. Corporation de finance Belvédère*, (1970) C.A. 389; *Crédit Trans-Canada ltée. c. Muir*, JE 93-636 (C.Q.); *Perron c. Household Finance Co. of Canada Ltd.*, (1977) C.P. 402; *Simard c. Royer*, (1978) C.A. 219; *Piscines Dauphin ltée (Syndic de)*, (1998) R.J.Q. 726 (C.A.).

³⁵⁵ Voir *Droit de la famille* - 2961, (1998) R.J.Q. 1089, (1998) R.D.F. 355 (rés.) (C.S.).

moindres (par exemple dans les cas de lésion d'outre-moitié) [...] ». ³⁵⁷ Bien qu'il soit certes intéressant de connaître la position des tribunaux, nous ne croyons pas qu'il faille conclure de ces indications que seuls la disproportion équivalant au double de la valeur marchande de la contrepartie et le taux d'intérêt dépassant 35% puissent être considérés comme des disproportions considérables. Puisque le législateur ne pose pas une telle règle, on doit analyser l'ensemble du contrat afin de déterminer s'il y a ou non une disproportion considérable.

Comme dans la lésion objective, le préjudice que subit le contractant est essentiellement d'ordre économique. Ce déséquilibre est l'un des aspects constitutifs de la lésion mixte. Sans celui-ci, le contrat demeure valide, même si l'une des parties a exploité l'autre. Cette hypothèse pourrait se réaliser si l'exploitation avait pour effet non pas de réaliser un profit excessif ou abusif, mais d'amener l'autre partie à contracter. Malgré l'exploitation, le contrat ne pourrait alors pas être qualifié de lésionnaire. S'il en découlait une lésion subjective, il ne pourrait pas non plus être qualifié de lésionnaire au sens de la lésion mixte, puisque qu'il est alors objectivement irréprochable. Dans cette seconde hypothèse, la personne exploitée ne subit pas une perte patrimoniale, mais elle obtient un bien qui ne correspond pas à ses moyens. Le contrat entraînant une

³⁵⁶ Voir C. Masse, *Loi sur la protection du consommateur, analyse et commentaires*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1999, à la p. 135 et ss.

lésion subjective étant équilibré, la personne lésée peut contracter de nouveau, en principe à des conditions équivalentes, afin de rétablir la teneur de son patrimoine.

ii. L'exploitation

L'exploitation peut être définie comme le fait de tirer abusivement profit de la situation de faiblesse d'une personne. Le législateur intervient parfois sur la seule base de l'exploitation. Ainsi, l'article 48 de la *Charte des droits et libertés de la personne* prévoit que « toute personne âgée ou toute personne handicapée a droit d'être protégée contre toute forme d'exploitation ». Selon la jurisprudence, la notion d'exploitation n'est pas alors limitée à une exploitation économique, c'est-à-dire un profit d'ordre financier, comme c'est le cas en matière contractuelle.³⁵⁸

Exploiter une personne n'implique pas que la partie qui bénéficie du contrat ait nécessairement posé un acte répréhensible, qu'elle soit l'auteur de manœuvres douteuses ou qu'elle ait fait des pressions pour amener l'autre partie à contracter. Il suffit qu'elle abuse de la situation dans laquelle se trouvait l'autre

³⁵⁷ C. Masse, *supra* note 356 à la p. 135.

³⁵⁸ Voir *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec c. Brzozowski*, [1994] R.J.Q. 1447, à la p. 1471 (T.D.P.Q.); *Coutu c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec*, J.E. 98-2088 (C.A.).

partie, par exemple, en tirant partie de ses besoins. On peut même « [...] exploiter la situation où il se trouve, sans avoir pris l'initiative de proposer le contrat qui doive le léser, mais en acceptant l'offre qu'il en fait lui-même ».³⁵⁹ Il faut distinguer le fait de profiter d'une situation du fait d'en abuser, puisque la lésion ne rend pas tout profit condamnable.³⁶⁰

S'il est vrai que l'abus est ici le seul critère nous permettant de déterminer si l'une des parties est victime de l'exploitation de l'autre, il faut, à tout le moins, reconnaître qu'il ne saurait y avoir exploitation sans connaissance.³⁶¹ Comme on ne peut exploiter que sciemment, un auteur assimile l'exploitation à un délit : « [l]'exploitation sera, par rapport à la lésion, ce que le dol est par rapport à l'erreur. Le dol cause l'erreur et celle-ci vicie le consentement; l'exploitation causera la lésion et celle-ci viciera le consentement ».³⁶²

³⁵⁹ R. Saleilles, *De la déclaration de volonté*, Paris, F. Pichon éd., 1901, no 99, à la p. 298 et ss.. Voir aussi F. Taisch, « Unconscionability in a Civil Law System : An Overview of Swiss Law », (1993) 14 *Loy. of L.A. Int'l & Comp. L.J.* 529, à la p. 533.

³⁶⁰ Voir, à ce sujet, J. Pineau, *supra* note 347 à la p. 60; J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *supra* note 294 no 105, à la p. 171.

³⁶¹ Voir la position de S. Gaudet, *supra* note 169.

³⁶² S. Gaudet, *supra* note 169 à la p. 21.

On trouve peu de jurisprudence relative à l'exploitation. Toutefois, quelques jugements établissent clairement que l'exploitation doit être certaine.³⁶³ Par ailleurs, la jurisprudence en matière familiale fournit quelques illustrations de ce qui peut constituer une situation d'exploitation : l'absence de conseils juridiques indépendants ou suffisants³⁶⁴ peut, par exemple, avoir pour effet que l'une des parties soit en position d'exploiter l'autre; la signature du contrat alors que le contractant n'était pas en mesure de le lire en raison d'un faible niveau de scolarité et de barrières linguistiques;³⁶⁵ le fait que le contractant n'ait pas disposé

³⁶³ Voir *Crédit Trans-Canada ltée. c. McClemens*, *supra* note 268; *Crédit Trans-Canada ltée. c. Robert*, JE 96-1889 (C.Q.); *Kingston c. Godwin*, J.-E. 95-1753 (C.Q.).

³⁶⁴ Voir *Droit de la famille - 3181*, (1999) R.D.F. 20 (C.S.); *Droit de la famille - 3292*, (1999) R.D.F. 395 (rés.) (C.S.); *Droit de la famille - 2363*, (1996) R.D.F. 146; *Droit de la famille - 1457*, (1991) R.D.F. 655. Voir, *a contrario*, *Piscines Dauphin ltée (Syndic de)*, *supra* note 354; *Droit de la famille - 3041*, J.E. 98-1444 (C.S., désistement de l'appel 500-09-006605-984). Voir aussi *Droit de la famille - 1654*, (1997) R.D.F. 282 (C.S., appel rejeté le 12 janvier 1999, 500-09-004804-977), cet arrêt ne retient pas la lésion comme cause de nullité, mais d'erreur sur la considération principale. À l'inverse, lorsque l'époux a consulté un notaire et eu le temps de réfléchir, le consentement de celui-ci peut être considéré comme valide, voir *Droit de la famille - 1988*, (1994) R.D.F. 353 (C.S.); *Droit de la famille - 1616*, (1992) R.D.F. 420

³⁶⁵ Voir *Droit de la famille - 1654*, *supra* note 364.

de toute l'information nécessaire pour pouvoir signer une telle entente,³⁶⁶ le fait qu'il ait subi des pressions,³⁶⁷ que son état émotif ou psychologique ait été fragile³⁶⁸ peut également le rendre vulnérable à l'exploitation.³⁶⁹ Par contre, si le contractant est capable d'apprécier les avantages qu'il retire de la convention, il semble que celle-ci ne puisse pas être annulée pour cause de lésion.³⁷⁰

³⁶⁶ Voir *Droit de la famille* - 2961, *supra* note 355. Dans le même esprit, voir *Droit de la famille* - 2836, (1999) R.D.F. 218 (C.A.). (modification des mesures accessoires en raison de la non-divulgaration d'actifs).

³⁶⁷ Voir *Droit de la famille* - 3181, *supra* note 364; *Droit de la famille* - 2472, (1996) R.J.Q. 1946 (C.S.); *Droit de la famille* - 1740, (1993) R.D.F. 320 (C.A.).

³⁶⁸ Voir *Droit de la famille* - 3292 et *Droit de la famille* - 3181, *supra* note 364. De même, le fait de s'engager à payer une somme d'argent en règlement des droits relatifs au patrimoine familial, sans avoir l'intention d'exécuter ses obligations, dans le seul but d'amener l'autre partie à renoncer à une pension alimentaire et au partage d'un fonds de pension, constitue une forme d'exploitation (*Droit de la famille* - 3074, J.E. 98-1780 (C.S.)). Par ailleurs, l'article 48 de la Charte a été appliqué dans une affaire où la personne âgée était sous médication, en perte d'autonomie et confuse (*Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Fiset*, J.E. 99-150 (T.D.P.Q.)).

³⁶⁹ Pour une illustration de la conjonction de la plupart de ces éléments, voir *Droit de la famille* - 3181, *supra* note 364. Par ailleurs, entre époux, la cohabitation n'est pas nécessairement le signe que l'« exploité » a ratifié l'entente, voir *Droit de la famille* - 1740, *supra* note 367.

³⁷⁰ Voir *Droit de la famille* - 2684, (1997) R.D.F. 480 (C.S.); *Droit de la famille* - 2622, J.E. 97-649 (C.A.); *Droit de la famille* - 1307, (1990) R.D.F. 162 (C.S.).

Outre les conseils juridiques,³⁷¹ ces situations s'apparentent aux indications législatives qu'on trouve en droits suisse, allemand et dans les *Principes* d'Unidroit. Ces textes énumèrent les situations dans lesquelles une personne est susceptible d'être exploitée. Dans tous les cas, ces indications sont, en quelque sorte, des explications de l'« acceptation » du lésé, puisqu'elles font douter de l'existence de la volonté de s'engager.³⁷² On peut ainsi classer en trois groupes les situations susceptibles d'entraîner une exploitation :³⁷³

- 1) le besoin,³⁷⁴ la gêne,³⁷⁵ l'état de dépendance,³⁷⁶ la détresse économique,³⁷⁷ l'urgence des besoins;³⁷⁸

³⁷¹ On peut, toutefois, penser que l'absence de conseils juridiques puisse servir à évaluer l'inexpérience du contractant.

³⁷² Or, il ne peut y avoir de consentement libre que si l'on a voulu s'engager à ces conditions; voir, à ce sujet, J. Gordley, *infra* note 404 à la p. 1617 et ss.

³⁷³ Le fait qu'une personne soit dans l'une ou l'autre de ces situations et que le contrat qu'elle a conclu soit déséquilibré ne suffit pas pour conclure qu'elle a été exploitée, car l'autre partie ne connaît pas nécessairement la situation et il ne saurait y avoir exploitation sans connaissance.

³⁷⁴ Voir l'article 138 B.G.B., *supra* note 345 et l'article 3.10 des *Principes* d'Unidroit, *supra* note 346.

³⁷⁵ Voir l'article 21 C.o. suisse, *supra* note 344.

³⁷⁶ Voir l'article 3.10 des *Principes* d'Unidroit, *supra* note 346.

³⁷⁷ Voir l'article 3.10 des *Principes* d'Unidroit, *supra* note 346.

³⁷⁸ Voir l'article 3.10 des *Principes* d'Unidroit, *supra* note 346.

2) l'imprévoyance,³⁷⁹ la légèreté;³⁸⁰

3) l'inexpérience,³⁸¹ l'ignorance,³⁸² l'inaptitude à la négociation;³⁸³

La première catégorie fait référence à la situation économique du contractant.³⁸⁴ Le contrat est alors « [...] un moindre mal par rapport au désavantage que la victime supporterait si elle ne concluait pas le contrat ». ³⁸⁵ La partie lésée ne contracte que parce qu'elle craint de voir sa gêne augmenter sans le contrat.³⁸⁶

³⁷⁹ Voir l'article 3.10 des *Principes d'Unidroit*, *supra* note 346.

³⁸⁰ Voir l'article 138 B.G.B., *supra* note 345 et l'article 21 C.o. suisse, *supra* note 344.

³⁸¹ Voir l'article 138 B.G.B., *supra* note 345; l'article 21 C.o. suisse, *supra* note 344 et l'article 3.10 des *Principes d'Unidroit*, *supra* note 346. La première *Loi de la protection du consommateur* (L.Q. 1971, c.74) faisait également référence à l'inexpérience. L'article 118 se lisait comme suit : « [t]out consommateur dont le commerçant a exploité l'inexpérience peut demander la nullité du contrat ou la réduction de ses obligations si celles-ci sont considérablement disproportionnées par rapport à celles du commerçant ».

³⁸² Voir l'article 3.10 des *Principes d'Unidroit*, *supra* note 346.

³⁸³ Voir l'article 3.10 des *Principes d'Unidroit*, *supra* note 346.

³⁸⁴ Voir D. Guggenheim, *infra* note 399 à la p. 185; F. Taisch, *supra* note 359 à la p. 533, à la p. 532.

³⁸⁵ D. Guggenheim, *infra* note 399 à la p. 185.

³⁸⁶ Les situations dont il est ici question sont très proches de celles visées par l'état de nécessité. En principe, le consentement à un acte juridique qui a pour but de soustraire celui qui le conclut à

La seconde catégorie – l'imprévoyance ou la légèreté – fait référence à la personnalité du contractant, à sa vulnérabilité découlant d'une déficience de sa volonté.³⁸⁷ L'idée d'exploitation exclut, toutefois, la lésion si le déséquilibre est dû à la fantaisie, au caprice. Certains auteurs estiment, en effet, que la lésion n'a pas pour objet de protéger une personne qui ferait preuve de légèreté inexcusable.³⁸⁸ Bien qu'à première vue cette idée semble en opposition avec la finalité de la lésion mixte, qui vise à protéger les personnes en situation de dépendance, elle est tout à fait admissible, comme l'est, d'ailleurs, l'idée d'erreur inexcusable. La personne qui ferait objectivement preuve d'une légèreté inexcusable n'est, en effet, pas nécessairement exploitée; elle contribue directement à la réalisation de la situation dans laquelle elle se trouve. Si, toutefois, la légèreté dont elle fait preuve s'explique par un état physique ou mental particulier, la loi ne laisse pas la personne sans défense, elle organise des régimes juridiques visant à la protéger.³⁸⁹

une crainte qui résulte d'un état de nécessité est parfaitement valable. Toutefois, si le cocontractant n'est pas de bonne foi, l'art. 1404 C.c.Q. déclare que le consentement de celui qui était dans un état de nécessité est alors vicié.

³⁸⁷ Voir D. Guggenheim, *infra* note 399 à la p. 186.

³⁸⁸ Voir A. De Bersaques, « La lésion qualifiée et sa sanction », note sous Tribunal de commerce de Bruxelles, 20 février 1970, (1977) R.C.J.B. 5, à la p. 36.

³⁸⁹ Les articles 1405, 1406 al. 2 C.c.Q. pourraient alors s'appliquer.

La troisième catégorie – l’inexpérience, l’ignorance et l’inaptitude à la négociation – fait référence au manque de connaissance du contractant qui peut être général, par exemple en raison de la jeunesse de la personne, ou particulier, à la portée du contrat en cause. L’inexpérience peut donc être ponctuelle ou limitée au domaine concerné; il n’est pas nécessaire que la personne soit « généralement inexpérimentée ».³⁹⁰

La portée donnée aux indications législatives relatives à l’exploitation rejoint les interprétations jurisprudentielles du concept de « inequality of bargaining power » que connaît la common law.³⁹¹ Dans une étude portant sur la question, Robert Clark a, en effet, identifié les situations susceptibles de rendre un contractant vulnérable. Il s’agit de la maladie, de l’immaturité, du grand âge, du fait d’avoir des difficultés de langage ou d’être illettré, ou encore, relativement aux ententes de séparation, d’être émotionnellement perturbé.³⁹² L’absence de conseils juridiques, le besoin et l’ignorance ne se trouvent pas dans cette liste. Ce sont pourtant des éléments qui ont été retenus dans *Lloyd’s Bank Ltd. v. Bundy*, où

³⁹⁰ D. Guggenheim, *infra* note 399 à la p. 187.

³⁹¹ À ce sujet voir, entre autres, les auteurs mentionnés *supra* note 182 à la p. 195 et ss. et R. Bigwood, « Undue influence : ‘impaired consent’ or ‘wicked exploitation’? », (1996) 16 Oxford J.L.S. 503, qui souligne que, relativement à l’iniquité, l’exploitation découle « of some social or transactional disabling condition unassociated (at least initially) with the defendant » (à la p. 514).

³⁹² Voir R.W. Clark, *supra* note 182.

Lord Denning a démontré que le droit anglais pouvait intervenir lorsque les parties ne jouissent pas du même pouvoir de négociation. Ce concept protège celui qui « without independent advice, enters a contract on terms which are very unfair [...] when his bargaining power is grievously impaired by reason of his own needs or desires, or by his own ignorance or infirmity [...] ».³⁹³ Dans cette affaire, on faisait référence à l'arrêt canadien *Morrison v. Coast Finance Ltd.* qui est inspiré du même esprit : « [...] a plea that a bargain is unconscionable invokes a relief against an unfair advantage gained by an unconscientious use of power by a stronger party against a weaker. On such claim the material ingredients are proof of inequality in the positions of the parties arising out of the ignorance, need or distress of the weaker, which left him in the power of the stronger [...] ».³⁹⁴ Ces indications impliquent que le contrat ne peut pas être invalidé si le contractant n'est pas ignorant, ni dans le besoin.³⁹⁵

³⁹³ (1974) 3 All E.R. 757 (C.A.), à la p. 765.

³⁹⁴ (1965) 55 D.L.R. (2d) 710 (B.C.C.A.), à la p. 713. Voir aussi *Walters v. Donnelly*, (1884) 9 O.R. 391; *Harry v. Kreutziger*, *infra* note 406 à la p. 237 : « [...] there was inequality in the position of the parties due to the ignorance, need or distress of the weaker, which would leave him in the power of the stronger [...] ».

³⁹⁵ Voir *Tignish Credit Union Ltd. v. Murphy* (1996) 138 Nfld. & P.E.I. R. 263 (P.E.I.C.A.), p. 269.

iii. Le lien entre le déséquilibre et l'exploitation

Le déséquilibre devant résulter de l'exploitation, il n'y a pas de lésion mixte si celui qui s'enrichit n'a pas eu un comportement répréhensible. La « disproportion importante », nous dit l'article 1406 C.c.Q., fait, toutefois, présumer l'exploitation.³⁹⁶ Le législateur suppose donc qu'il existe un lien entre le déséquilibre et l'exploitation. Il n'estime pas que ce lien existe dans tous les cas, d'où le caractère réfragable de la présomption.

En revanche, dans la *Loi sur la protection du consommateur*, la présomption est irréfragable : une très considérable disproportion entre les prestations des parties équivaut à l'exploitation du consommateur.³⁹⁷ De même, on peut lire à l'arrêt *Gareau Auto Inc. c. Banque canadienne impériale de commerce* que : « [l]e Tribunal n'a qu'à se demander : 1) s'il y a disproportion; 2)

³⁹⁶ L'article 1406 C.c.Q. s'inspire des travaux de l'*Office de la révision du Code civil*. Les commentaires qui accompagnaient le projet expliquent les raisons qui ont motivé cette solution : « Pour pouvoir invoquer la lésion, le contractant doit, en effet, démontrer qu'il existe au sein de l'engagement une disproportion sérieuse entre les prestations. Dès ce moment, afin de ne pas mettre sur les épaules du demandeur un fardeau de preuve impossible à décharger, naît une présomption que cette disproportion résulte de l'exploitation par le contractant de la condition de la partie ou des circonstances. La preuve contraire est naturellement possible, le contractant pouvant démontrer l'absence d'exploitation. » (Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, Vol. II, t. 2, Québec, Éditeur officiel, 1978, à la p. 615).

³⁹⁷ Article 8, *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1.

si cette disproportion est considérable au point de léser gravement le consommateur. Dès que le juge répond affirmativement à ces deux questions en se fondant sur les faits [...], il doit tirer la conclusion logique, savoir qu'il y a eu exploitation du consommateur ».³⁹⁸ Une telle disproportion entraîne une présomption irréfragable d'exploitation.

Certains auteurs se sont penchés sur la question de savoir si, en l'absence d'exploitation, il peut y avoir une disproportion. Ainsi, selon Daniel Guggenheim, « [...] il est difficile d'imaginer des situations où l'existence d'un déséquilibre ne résulterait pas de l'exploitation de l'une des parties par l'autre ».³⁹⁹ Serge Gaudet va plus loin. Il estime que « [...] la notion de disproportion importante se retrouvait déjà dans la notion d'exploitation : l'exploitation inclut donc la lésion objective ».⁴⁰⁰ Dans cette perspective, poser une présomption irréfragable d'exploitation, dès qu'une disproportion est constatée, est inadmissible. La notion étant d'abord fondée sur l'idée d'exploitation, celle-ci doit donc être prouvée.

³⁹⁸ Gareau, *supra* note 327 à la p. 1096. Voir aussi C. Masse, « Développements récents en matière de lésion entre majeurs et d'équité contractuelle », (1990) *Congrès du Barreau du Québec* 169, à la p. 187.

³⁹⁹ D. Guggenheim, *Le droit suisse des contrats - principes généraux*, Genève, Georg Éditeur SA, 1991, à la p. 183.

⁴⁰⁰ S. Gaudet, *supra* note 169 à la p. 24.

À l'inverse, ne peut-on pas soutenir que l'existence d'une disproportion ne peut s'expliquer que par l'exploitation de l'une des parties par l'autre ? L'idée d'exploitation a, dans cette perspective, uniquement pour fonction d'expliquer la disproportion. Cette vision est d'ailleurs celle adoptée par le législateur à l'article 8 de la *Loi sur la protection du consommateur*.⁴⁰¹ La référence à l'exploitation qu'on trouve à cet article sert, certes, à définir la lésion, mais comme le déséquilibre fait présumer de façon absolue l'exploitation, cette notion n'apporte rien. Il y a, à toutes fins utiles, une fusion de l'exploitation et du déséquilibre.

Si on adopte la première approche, la partie lésée a le fardeau de prouver l'existence du déséquilibre : si elle réussit, l'autre partie peut prouver qu'elle n'a pas exploité la partie lésée. Si on adopte la seconde approche, la partie lésée a le fardeau de prouver l'existence du déséquilibre : pour l'empêcher de réussir, l'autre partie peut prouver que le contrat n'est pas réellement déséquilibré. Le contrat peut, en effet, paraître déséquilibré au premier abord, mais il s'agit peut-être d'une apparence qui se dissipe lorsqu'il est possible d'établir la cause du supposé déséquilibre. Par exemple, lorsque le vendeur a, comme l'acheteur, besoin de la chose, mais qu'il accepte de s'en départir, le prix de la chose peut être plus élevé que dans la situation où le vendeur n'a pas besoin de la chose. Le « déséquilibre » n'en est alors pas un, puisqu'il reflète la valeur de la chose pour

⁴⁰¹ Voir *supra* note 343.

les deux contractants.⁴⁰² Dans cette situation, le vendeur peut faire la preuve des faits qui expliquent le prix, peu importe que la présomption soit réfragable ou irréfragable. On considérera simplement, dans le premier cas, que les faits qui ont présidé à la fixation du prix prouvent l'absence d'exploitation, alors que, dans le second cas, ils prouvent l'absence de déséquilibre.

Tout en admettant ce raisonnement, nous croyons qu'une présomption réfragable suffit à protéger la partie la plus faible. Une telle présomption aurait dû être prévue dans la *Loi sur la protection du consommateur* afin de prévenir les injustices qui pourraient découler, dans des situations certes exceptionnelles, de l'impossibilité de prouver l'absence d'exploitation. Il ne fait pas de doute qu'une présomption réfragable suffit à protéger la partie faible. Par ailleurs, il ne fait pas de doute non plus que sans présomption, la sanction de l'exploitation risque d'être exceptionnelle.⁴⁰³

⁴⁰² Nous retrouverons cet exemple dans le cadre de l'évaluation du juste prix (sous-paragraphe II, paragraphe I, chapitre I, Titre I)

⁴⁰³ Voir, par exemple, *Neagu c. Moto sport Rive Sud inc.*, (1978) C.S. 909. Cet arrêt porte sur l'article 118 de [l'ancienne] *Loi de la protection du consommateur* qui se lisait comme suit : « Tout consommateur dont le commerçant a exploité l'inexpérience peut demander la nullité du contrat ou la réduction de ses obligations si celles-ci sont considérablement disproportionnées par rapport à celles du commerçant ». Les motifs de ce jugement montrent l'impact de l'absence de présomption : « Un écart, même considérable, entre le prix convenu et la valeur réelle ne suffit pas pour qu'il y ait eu exploitation de l'inexpérience de l'acheteur. Dans le contexte de l'article, le verbe "exploiter" doit être lu dans son sens péjoratif. Le Petit Robert en offre les synonymes

Les rapports entre les aspects objectif et subjectif de la lésion ne sont pas caractéristiques du droit civil.⁴⁰⁴ Étudiant les éléments constitutifs de l'iniquité, le juge La Forest a souligné que « [...] la preuve de l'existence d'une opération inique est un processus à deux étapes : (1) la preuve de l'inégalité des situations respectives des parties et (2) celle d'un marché imprudent. [...] La seconde étape, selon moi, consiste à prouver qu'il y a eu exploitation ».⁴⁰⁵ Il cite ensuite un passage de l'arrêt *Harry c. Kreutziger*,⁴⁰⁶ où la Cour d'appel de la Colombie Britannique avait adopté, en des termes différents, une vision comparable : « les questions de savoir si l'utilisation d'une situation de force est inique, si un avantage est injuste ou très injuste, si une contrepartie est nettement insuffisante ou si le pouvoir de négociation est sérieusement compromis, pour reprendre les

suivants : "abuser, spolier, écorcher, estamper, pressurer, rançonner, rouler, voler". Tous ces verbes impliquent nécessairement un acte positif de la part du commerçant. Dans mon opinion, ce n'est pas le consommateur qui, de sa libre volonté et pour des raisons qui lui sont propres, conclut un mauvais marché que le Législateur veut protéger. C'est plutôt celui dont l'inexpérience a été exploitée soit par des pressions indues, soit par une publicité trompeuse, soit par toute autre tactique louche qui frôle la malhonnêteté. » (p. 910 et ss.). Au sujet de l'article 118, voir aussi *Paré c. Vic Tanny (Québec) Ltd.*, (1976) 17 C. de D. 242 (C.P.).

⁴⁰⁴ Ce lien existe également entre « procedural » et substantive « unconscionability », puisque, comme l'a souligné le professeur Gordley : « [...] any party who accepts worse terms than the market offers must have been unaware of the market price or unable to use the market » (J. Gordley, « Equality in Exchange », (1981) 69 Calif. L.R. 1587, à la p. 1633).

⁴⁰⁵ *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, à la p. 256.

⁴⁰⁶ (1978), 9 B.C.L.R. 166 (C.A.); (1979) 95 D.L.R. (3d) 231 (C.A.).

termes employés dans les deux énoncés de principe, les affaires *Morrison* et *Bundy*, constituent en réalité des aspects d'une seule et même question. Cette unique question est celle de savoir si l'opération, dans son ensemble, est à ce point contraire aux normes sociales d'éthique commerciale qu'elle doit être annulée ». ⁴⁰⁷

On peut supposer que, les définitions de la lésion mixte et de la lésion subjective se trouvant à l'article 1406 C.c.Q., qui fait partie d'une partie du Code civil intitulée « des qualités et des vices du consentement », le législateur estime que la lésion est un vice du consentement. Certains auteurs soulignent, toutefois, que la définition de la lésion mixte marque le caractère nouveau de ce vice du consentement puisqu'on « ne se place pas essentiellement, pour juger de la situation, du côté du lésé ». ⁴⁰⁸ La lésion a incontestablement pour fonction de protéger le contractant le plus faible, mais elle se caractérise surtout par le fait qu'elle vise ouvertement à sanctionner le comportement de celui qui a profité de cette faiblesse. En ce sens, la nouvelle conception de la lésion s'apparente à l'« iniquité » de la *common law* car, comme elle, elle ne s'intéresse pas directement à l'existence ou à la qualité du consentement, mais plutôt à « the

⁴⁰⁷ *Supra* note 406 à la p. 177. La traduction est tirée de l'arrêt de la Cour suprême *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, à la p. 256.

⁴⁰⁸ J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *supra* note 294 no 105, à la p. 171.

overall odious nature of the transaction and the circumstances under which the bargain was struck ». ⁴⁰⁹

Sous-paragraphe II – Le régime de la sanction

Les situations où le code prévoit la sanction de la lésion sont décrites aux articles 424, 472, 2332 C.c.Q. ⁴¹⁰ Il s'agit de situations où il ne fait pas de doute que le législateur entend sanctionner la lésion mixte décrite au premier alinéa de l'article 1406 C.c.Q. À ces articles s'ajoutent, selon certains, les articles 895, 897 et 1037 C.c.Q. Le droit positif québécois connaissait déjà des mesures exceptionnelles destinées à sanctionner la lésion résultant du prêt et de la renonciation au partage des acquêts ou du patrimoine familial. Les articles 895, 897 et 1037 C.c.Q. marquent le retour de la sanction de la lésion résultant d'un

⁴⁰⁹ J.-P. F. Bogden, *supra* note 182 à la p. 190. À cet égard, Lord Denning a précisé qu'il ne faisait pas référence à la volonté puisque « [o]ne who is in need may knowingly consent to a most improvident bargain, solely to relieve the straits in which he finds himself » (*Lloyd's Bank Ltd. v. Bundy*, *supra* note 393 à la p. 765).

⁴¹⁰ À ces articles, le professeur Karim ajoute également les articles 1623, 1801, 1901 C.c.Q. (V. Karim, *Les obligations*, vol. 1 (art. 1371 à 1496 C.c.Q.), Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1997, à la p. 110). Bien que ces dispositions soient également fondées sur une certaine idée de la justice contractuelle, nous ne croyons pas qu'elles sanctionnent la lésion. C'est pourquoi elles font l'objet de la première partie du titre second.

partage qui existait dans l'Ancien droit, bien que cette sanction ait alors été soumise à des conditions différentes.

Le texte de l'article 2332 C.c.Q. reprend substantiellement l'article 1040c C.c.B.C. Il y apporte, toutefois, quelques modifications. Les deux textes sont donc bien différents :

Art. 2332 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 a eu lésion à l'égard de l'une des parties.

Art. 1040c Les obligations monétaires découlant d'un prêt d'argent sont réductibles ou annulables par le tribunal dans la mesure où il juge, eu égard au risque et à toutes les circonstances, qu'elles rendent le coût du prêt excessif et l'opération abusive et exorbitante.

À cette fin, le tribunal doit apprécier toutes les obligations découlant du prêt en regard de la somme effectivement avancée par le prêteur nonobstant tout règlement de compte, et toute novation ou transaction.

[...]

Comme le soulignait le ministre de la justice dans ses *Commentaires*, les modifications du texte sont destinées à permettre, outre la réduction des obligations des parties, que les modalités puissent être révisées. Elles visent également à étendre la portée de l'article en incluant toutes les obligations qui résultent du contrat, alors que l'article 1040c ne visait que les obligations

monétaires.⁴¹¹ Le remplacement du « coût du prêt excessif et l'opération abusive et exorbitante » par la « lésion » est considérée, par le professeur Tancelin, comme une amélioration du sort réservé à l'emprunteur.⁴¹² La justesse de cette position est tout à fait plausible mais, faute d'indications jurisprudentielles concluantes en ce sens sur les expressions employées aux articles 1040c C.c.B.C. et 2332 C.c.Q., on ne peut affirmer avec certitude que l'article 2332 C.c.Q. est plus favorable à l'emprunteur.⁴¹³

De même, l'interprétation du terme « lésion » aux articles 424 et 472 C.c.Q. ne pose pas de problème particulier. Il s'agit d'une référence à la lésion

⁴¹¹ Voir *Commentaires* sous l'article 2332 C.c.Q.

⁴¹² Voir M. Tancelin, *supra* note 333 no 232, à la p. 109. Par ailleurs, comme le souligne l'auteur, le texte précise dorénavant que les deux parties peuvent invoquer la lésion : « Cet article 2332 C.Q. se termine en outre sur une touche d'humour noir en parlant de "lésion à l'égard de l'une des parties". La sollicitude pour les prêteurs d'argent atteint ici un comble inattendu : vont-ils pouvoir demander des suppléments d'intérêts le cas échéant, dans le pays des merveilles de la Refonte ? » (M. Tancelin, *supra* note 333 no 233, à la p. 111).

⁴¹³ Certaines décisions ont néanmoins appliqué l'article 1040c C.c.B.C. Voir, notamment, *Agences Lyon Inc. c. Cardin*, (1975) 16 C. de D. 147 (C.S.); *Canadian Acceptance Co. c. Larochelle*, (1972) R.L.n.s. 268; *Crédit Trans-Canada Ltée. c. Paradis*, (1992) R.J.Q. 1410 (C.Q.); *Restaurants la Nouvelle-Orléans Inc. c. Roynat limitée*, (1974) C.S. 288; *Société de financement Prestige Ltée c. Deneault*, J.E. 97-751 (C.S.); *Stendel c. Edelman*, J.E. 86-761 (C.S.). Plusieurs décisions ont toutefois adopté une interprétation restrictive, voir *Roynat Ltée c. Restaurants la Nouvelle-Orléans Inc.*, (1978) 1 R.C.S. 969; *Imperial Oil Ltd. c. Domaine Gatineau Inc.*, (1977) C.S. 212.

mixte de l'article 1406 al. 1 C.c.Q. Il est intéressant de noter que les tribunaux tendent à donner une grande portée à ces textes. On trouve, en effet, plusieurs décisions sanctionnant, pour cause de lésion, des ententes accessoires à la séparation ou au divorce, bien qu'elles ne puissent pas toujours être qualifiées de renonciation au patrimoine ou au partage de la société d'acquêts.⁴¹⁴ Or, les textes sont très précis :

Art. 424 La renonciation de l'un des époux, par acte notarié, au partage du patrimoine familial peut être annulée pour cause de lésion ou pour toute autre cause de nullité des contrats.

Art. 472 Toutefois, la renonciation [aux acquêts] peut être annulée pour cause de lésion ou pour toute autre cause de nullité des contrats.

Ces dispositions peuvent soulever quelques interrogations puisque, comme le souligne le professeur Pineau, la renonciation suppose « un abandon de droit, donc un appauvrissement voulu, de sorte qu'on pourrait se demander si une telle renonciation ne pourrait jamais être annulée, quelles que soient les circonstances, une telle décision unilatérale signifiant absence de recherche d'une

⁴¹⁴ Par exemple, une entente relative aux mesures accessoires, comportant une renonciation à une somme globale, à une pension alimentaire après une période de 24 mois et aux meubles (*Droit de la famille* - 1740, (1993) R.D.F. 320 (C.A.)); une renonciation à l'application des dispositions relatives au patrimoine familial en vertu de l'article 42 de la *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. c. 55 (*Droit de la famille* - 1411, (1993) R.J.Q. 465 (C.A.)).

contrepartie ». ⁴¹⁵ Dans ce contexte, la lésion peut résulter d'une erreur sur la valeur à laquelle on renonce. ⁴¹⁶ Elle peut également résulter de la renonciation elle-même, lorsque celle-ci n'est pas un appauvrissement « librement » consenti mais résulte de l'exploitation de la faiblesse de la volonté, par des pressions ou un harcèlement. ⁴¹⁷

Les auteurs consultés ne soulignent pas que ces articles, qui se trouvaient au *Code civil du Québec* depuis respectivement 1980 et 1990, n'ont plus la même portée depuis l'entrée en vigueur du Code civil en 1994. Il semble que ce soit, toutefois, le cas. À partir du moment où il définit la lésion comme une disproportion importante résultant de l'exploitation de l'une des parties au contrat par l'autre, le législateur réduit la portée de la notion de lésion. En effet, cette définition, qui correspond à la lésion mixte, est plus étroite que celle de la lésion objective, qui ne compte qu'un élément essentiel : le déséquilibre. Or, jusqu'à l'adoption de l'article 1406 C.c.Q., le droit québécois ne connaissait que deux définitions de la lésion : la lésion objective et la lésion subjective. La première

⁴¹⁵ J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *supra* note 294 no 107, à la p. 178.

⁴¹⁶ Voir *Droit de la famille* - 2452, (1996) R.D.F. 466 (C.A.). Voir aussi J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *supra* note 294 no 107, à la p. 178.

⁴¹⁷ Voir *Droit de la famille* - 1411, *Droit de la famille* - 1740, *supra* note 414; voir aussi J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *supra* note 294 no 107, à la p. 178.

s'appliquait, bien que la lésion n'ait pas été sanctionnée, aux actes du majeur; la seconde à ceux des mineurs et des incapables. Il ne fait pas de doute que c'est à la lésion objective, au seul déséquilibre des prestations, que faisait référence l'article 1012 C.c.B.C., puisque c'est ainsi que la lésion était définie au XIX^{ème} siècle. En conséquence, c'est en fonction de la lésion objective que devaient être interprétés les articles 462.11 et 504 de l'« ancien » *Code civil du Québec*. Les (ex)époux devaient donc, pour profiter de l'application de ces articles, simplement prouver que leur renonciation, en raison du déséquilibre qui en résultait, leur causait un préjudice. Dorénavant, l'époux lésé peut se voir opposer, tel que le prévoit l'article 1406 al. 1 C.c.Q., l'absence de lésion, en raison de l'absence d'exploitation. La situation est donc bien différente de celle qui prévalait avant l'entrée en vigueur du « nouveau » *Code civil du Québec*.

Le régime de la lésion relative au partage est également nouveau. Celui-ci a, toutefois, pour effet d'élargir, non pas de restreindre, le spectre des situations où la lésion est sanctionnée. La rédaction des articles pertinents ne facilite pas la tâche de l'interprète, sauf quant à la détermination des actes visés : il s'agit aussi bien du partage total que partiel, relatif à une succession ou une copropriété indivise.⁴¹⁸ La question se pose de savoir qui peut soulever la lésion : ce droit est-il réservé aux mineurs et aux majeurs protégés ou est-il accordé à tous ? Les

⁴¹⁸ Voir les articles 895 et 1037 C.c.Q.

opinions divergent. Les professeurs Tancelin et Brière estiment que seuls les mineurs et les majeurs protégés peuvent invoquer la lésion; le professeur Crépeau, de même que le professeur Jobin et le juge Baudouin mentionnent que les majeurs ont aussi ce droit, alors que, pour le professeur Lluelles, la question est ouverte.⁴¹⁹

Pour tenter de répondre à la question, on peut examiner les textes :⁴²⁰

Art. 895 Le partage, même partiel, peut être annulé pour les mêmes causes que les contrats [...]

Art. 897 Pour décider s'il y a eu lésion, c'est la valeur des biens au moment du partage qu'il faut considérer.

⁴¹⁹ Voir M. Tancelin, *supra* note 333 no 227, à la p. 107; G. Brière, *Les successions*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1994, no 888, à la p. 1019 et ss.; P.-A. Crépeau et É. M. Charpentier, *supra* note 318 à la p. 104, note infrapaginale 214; J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *supra* note 330 no 269, à la p. 244 et ss.; D. Lluelles, *supra* note 330 note infrapaginale 1606, à la p. 500. Notons que J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet n'abordent pas la question (*supra* note 294).

⁴²⁰ On remarquera que les deux définitions qui se trouvent à l'article 1406 C.c.Q. sont difficilement applicables au partage, en raison de leur formulation. D'une part, le premier alinéa prévoit que la lésion résulte de l'exploitation; or, cette notion se prête plus à une analyse de rapports bilatéraux et cadre mal avec l'institution du partage puisque le lésé ne donne rien en échange de ce qu'il reçoit. De même, la référence à une disproportion importante entre les prestations des parties reflète une perspective contractuelle. D'autre part, le second alinéa de l'article 1406 a été rédigé en fonction d'actes créant des obligations à la charge du « lésé », puisqu'il prévoit que ces obligations doivent être évaluée en fonction du patrimoine de celui-ci. Or, le partage ne crée pas d'obligation à la charge de l'héritier (outre évidemment l'obligation de garantie contre l'éviction à laquelle les copartageants sont tenus, art. 889 C.c.Q.). Il aurait donc peut-être été approprié d'utiliser la notion de préjudice (comme le font les articles 1609 et 1783 C.c.Q.) plutôt que celle de lésion qui renvoie dorénavant, non pas au déséquilibre, mais nécessairement à l'un des alinéas de l'article 1406 C.c.Q.

Selon les professeurs Tancelin et Brière, puisque l'article 895 C.c.Q. précise que le partage peut être annulé pour les mêmes causes que les contrats et que la lésion n'est pas, en principe, une cause de nullité pour le majeur, celui-ci ne peut obtenir l'annulation d'un partage.⁴²¹ En revanche, le professeur Crépeau n'explique pas sa position, alors que le professeur Jobin et le juge Baudouin renvoient, sans commentaire particulier, à un arrêt de la Cour supérieure.⁴²²

En principe, la détermination de la portée de l'article 895 C.c.Q. devrait se faire à partir des articles relatifs aux causes de nullité du contrat, c'est-à-dire, notamment, les articles 1407 et 1399 C.c.Q. qui prévoient que « [c]elui dont le consentement est vicié a le droit de demander la nullité du contrat. [...] », et « Le consentement doit être libre et éclairé. Il peut être vicié par l'erreur, la crainte ou la lésion ». La lésion est donc bien une cause de nullité des contrats, bien qu'elle ne vicie le consentement du majeur que dans les cas expressément prévus par la loi (art. 1405 C.c.Q.).

Par ailleurs, si elles étaient limitées aux partages impliquant des mineurs et des majeurs protégés, les dispositions relatives au partage seraient superflues

⁴²¹ Voir *supra* note 419.

⁴²² Cette référence est un peu curieuse puisque la Cour y mentionne que la transaction relative au partage d'une succession ne peut être annulée puisque les signataires étaient majeurs. Voir *Roch-April c. April*, JE 96-1475 (C.S.).

puisque l'article 1405 C.c.Q. pose le principe selon lequel la lésion vicie le consentement de ceux-ci. L'opinion selon laquelle l'article 895 C.c.Q. ne profite qu'aux mineurs et aux majeurs protégés aurait également pu être soutenue par une analyse comparative du texte du *Code civil du Québec* et de celui du *Code civil du Bas Canada* : l'article 895 C.c.Q. ne reprend qu'une partie de l'article 751 C.c.B.C. où on pouvait également lire que « [l]a rescision pour lésion n'y a lieu qu'à l'égard des mineurs, d'après les règles portées au titre Des obligations ».

Conclusion

L'adoption du *Code civil du Québec* n'a pas marqué de changement important relativement au sort réservé aux contrats lésionnaires. Bien que l'article 1405 C.c.Q. pose le principe de l'absence de sanction de la lésion, le législateur donne parfois clairement au contractant, victime de lésion subjective ou mixte, le droit de demander la nullité du contrat ou la réduction de ses obligations. La plupart des exceptions qu'il prévoit était déjà connues. Ainsi, les mineurs et les incapables étaient protégés contre la lésion sous l'empire du *Code civil du Bas Canada*, dès son adoption. Puis, la *Loi modifiant le Code civil*⁴²³ ajoutait l'article 1056b au *Code civil du Bas Canada* repris à l'article 1609 du *Code civil du Québec*. L'adoption de la *Loi pour protéger les emprunteurs contre*

⁴²³ L.Q. 1939, c. 95.

*certain abus et les prêteurs contre certains privilèges*⁴²⁴ avait ajouté l'article 1040c au C.c.B.C., qui correspond à l'article 2332 du C.c.Q. Les articles 424 et 472 C.c.Q. reprennent respectivement les articles 462.11 et 504 du *Code civil du Québec (1980)*.⁴²⁵ Les seules véritables nouveautés sont la sanction de la lésion objective résultant de l'absence d'un contrat préliminaire lors de la vente d'un immeuble à usage d'habitation, et le retour de la sanction de la lésion résultant d'un partage, que connaissait l'Ancien droit.⁴²⁶

Malgré le caractère apparemment exceptionnel de la sanction de la lésion en droit positif québécois, les situations où le législateur intervient afin d'enrayer la lésion ne se limitent pas aux quelques situations prévues dans le *Code civil du Québec*. La *Charte des droits et liberté de la personne*⁴²⁷, à son article 48, prévoit que « [t]oute personne âgée ou toute personne handicapée a droit d'être protégée contre toute forme d'exploitation ». Bien que cet article n'ait pas encore été utilisé afin que soit sanctionnée la lésion mixte prévue par l'article 1406 du

⁴²⁴ L.Q. 1964, c. 67.

⁴²⁵ Voir *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme de la famille*, L.Q. 1980, c. 39; *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55.

⁴²⁶ Voir les articles 895, 897, 1037 C.c.Q. À ces nouveautés, on pourrait également ajouter les articles mentionnés *supra* note 293.

Code civil du Québec, rien ne semble s'opposer à ce qu'il serve à cette fin, d'autant plus que la similitude entre la lésion, vice du consentement, et l'exploitation a été soulignée.⁴²⁸ De plus, plusieurs lois particulières contiennent des dispositions portant spécifiquement sur l'équilibre des prestations. Par exemple, la *Loi sur la protection du consommateur*, comme la *Loi sur les normes du travail*, limitent la liberté contractuelle en empêchant que l'un des contractants souffre d'une lésion.⁴²⁹ Ces lois illustrent la volonté du législateur de rétablir l'équilibre entre les contractants en veillant à ce que leurs prestations soient, dans une certaine mesure, équivalentes.

À la lumière de l'importance des mécanismes destinés à l'élimination de la lésion, aussi bien dans le *Code civil du Québec* qu'en matière de consommation ou de relations de travail,⁴³⁰ l'affirmation selon laquelle la lésion n'est pas, en principe, sanctionnée par le droit québécois et qu'en conséquence la théorie de

⁴²⁷ L.R.Q., c. C-12.

⁴²⁸ Voir, par exemple, J. Stoddart, « L'exploitation au sens de l'article 48 de la *Charte des droits et libertés de la personne* », *Développements récents en droit familial (1995)*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1995, 151, à la p. 154.

⁴²⁹ Voir les articles 8 de la *Loi sur la protection du consommateur* et 40 de la *Loi sur les normes du travail*.

⁴³⁰ C'est ce que nous tenterons de faire dans le prochain Chapitre.

l'autonomie de la volonté demeure le fondement du régime du contrat doit être nuancée. On ne peut, en effet, sous-estimer l'importance de ces domaines eu égard à l'ensemble de la pratique contractuelle. Le rôle de l'équilibre des prestations contractuelles est, en effet, plus important que ne le laisse supposer l'article 1405 du *Code civil du Québec*. Même si cet article identifie comme des exceptions les dispositions législatives permettant la sanction de la lésion, la possibilité pour un contractant qui subit une lésion de demander la nullité de son contrat ou la réduction de ses obligations n'est pas aussi exceptionnelle qu'il n'y paraît. On pourrait, au contraire, soutenir que c'est l'absence de sanction de l'une ou l'autre des formes de lésion qui est exceptionnelle – les principales exceptions étant alors les contrats relatifs à une entreprise et les contrats de vente portant sur un immeuble qui n'est pas neuf.

Toujours dans le but de protéger la partie jugée faible et d'assurer la réalisation d'un certain équilibre des prestations, le législateur a recours non seulement à la notion de lésion, mais également à celle de clause abusive.

Chapitre II – Les clauses abusives

L'étude du rôle de la lésion a permis de constater que le législateur a renoncé à poser une règle générale ayant pour fonction d'assurer la réalisation de l'équilibre des prestations contractuelles; elle a également révélé que le législateur n'est pas insensible aux injustices pouvant résulter de l'exercice de la liberté contractuelle. Bien qu'il ne comporte pas de règle générale destinée à sanctionner les contrats lésionnaires, le droit positif reflète néanmoins l'importance qu'accorde le législateur à l'équilibre des prestations. S'écartant de la méthode classique utilisée pour assurer la réalisation de cet équilibre, le législateur a recours à plusieurs techniques simultanément. Ses interventions sont fondées sur le constat des abus auxquels a donné lieu la liberté contractuelle. Il impose donc des limites à celle-ci. Les méthodes qu'il utilise dépendent de la nature de l'abus auquel il désire mettre fin. Ainsi, afin de protéger le contractant le plus faible, le législateur pose certaines règles relatives à la lésion et aux clauses abusives.

Avant que la loi québécoise ne définisse la clause abusive, le *Dictionnaire de droit privé* en proposait une définition très large : « [c]lause d'un contrat qui confère à une des parties un avantage excessif ». ⁴³¹ À l'opposé, le *Vocabulaire*

⁴³¹ *Dictionnaire de droit privé*, supra note 287 sous « clause abusive ».

juridique, reflétant l'état du droit positif français, définit de manière beaucoup plus restrictive la clause abusive : « [d]ans un contrat, stipulation imposée à un non-professionnel ou consommateur par un abus de la puissance économique de l'autre partie et conférant à celle-ci un avantage excessif ».⁴³² Dans une étude portant sur les clauses abusives, Madame Bricks propose la définition suivante : « [d]ans un contrat d'adhésion conclu entre un professionnel et un consommateur, unilatéralement pré-rédigé par le professionnel, est abusive toute clause entraînant, à l'avantage exclusif du professionnel, un déséquilibre des droits et obligations des parties ».⁴³³ On peut, sans trop trahir la pensée de cet auteur, ne retenir que certains éléments de sa définition. En effet, rien n'indique qu'elle exclut l'idée selon laquelle d'autres contrats que celui de consommation puissent contenir des clauses abusives. La référence au contrat de consommation s'explique par le fait que son étude est limitée à celui-ci.⁴³⁴ En respectant l'esprit de cet auteur, la clause abusive pourrait être définie comme une clause qui *entraîne un*

⁴³² *Vocabulaire juridique*, sous la dir. de G. Cornu, 3ème éd., Association Henri Capitant, P.U.F., Paris, 1987, sous « abusif ». L'abus de la puissance économique renvoie aux notions d'abus de position dominante ou de dépendance économique qui sont définies comme suit : « [p]ratique illicite consistant dans l'utilisation, par une entreprise, de sa position dominante pour se procurer un avantage que le jeu normal de la concurrence ne lui aurait pas permis d'obtenir » et « [e]xploitation abusive de cet état [de dépendance économique] ».

⁴³³ H. Bricks, *Les clauses abusives*, Paris, L.G.D.J., 1982, à la p. 9.

⁴³⁴ Voir *supra* note 433 à la p. 2 et ss.

déséquilibre excessif des droits et obligations, à l'avantage exclusif de l'une des parties.

Devant la constatation du déséquilibre quasi-intrinsèque qui résulte des clauses abusives, on peut être tenté de les réglementer. La question de la forme que devrait prendre cette intervention a reçu plusieurs réponses bien différentes les unes des autres. L'*Office de révision du Code civil* avait proposé un article donnant explicitement le pouvoir aux tribunaux d'intervenir lorsqu'une clause était jugée abusive.⁴³⁵ Le texte, qui ne définissait pas la clause abusive, se lisait comme suit : « La clause abusive d'un contrat est annulable ou réductible ». Cette proposition n'a pas été retenue, le législateur québécois ayant plutôt choisi de définir la clause abusive et de limiter les situations dans lesquelles cette clause peut être annulée ou les obligations qui en découlent réduites.⁴³⁶ Le texte adopté à l'article 1437 C.c.Q. se lit comme suit : « [l]a 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

⁴³⁵ L'article 76 du livre V du *Projet de Code civil*.

⁴³⁶ L'article 1623 C.c.Q. prévoit que la clause pénale, peu importe le contrat dans lequel elle se trouve, peut être annulée ou les obligations qui en découlent réduites, si elle est abusive. De même, comme cela a déjà été mentionné, l'article 1901 C.c.Q. a pour objet de contrôler les clauses abusives dans le contrat de louage d'un logement.

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 ».

Les pays européens ont, pour la plupart, adopté des textes destinés à éliminer les clauses abusives des contrats de consommation. Ils proposent des définitions inspirées de l'article 3 de la *Directive 93/13/CEE* qui définit ainsi la clause abusive : « [u]ne clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat ». ⁴³⁷ Le droit français s'est un peu écarté du texte proposé par le Conseil des communautés européennes en omettant la référence à la bonne foi : « [d]ans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ». ⁴³⁸ En droit anglais, le résultat est le suivant :

⁴³⁷ Conseil des communautés européennes, *Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs*.

⁴³⁸ *Loi n° 95-96 du 1 février 1995*, art. 1, annexe *Journal Officiel* du 2 février 1995, (*Code de la consommation*, article L132-1).

« [a] contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer ». ⁴³⁹

Une grande variété de clauses est susceptible de créer un désavantage excessif et déraisonnable. On trouve, en annexe des textes européens, des « listes

Auparavant, le Code français de la consommation prévoyait deux moyens pour lutter contre les clauses abusives : l'interdiction, la limitation ou la réglementation de clauses particulières par décret du Conseil d'État et l'élaboration de recommandations non obligatoires par la Commission des clauses abusives. « Ce système s'est révélé peu efficace, pour plusieurs raisons : rareté des clauses interdites par décret (deux seulement), insuffisance des sanctions de l'interdiction (simple nullité), relatif insuccès des recommandations (peu suivies par les professionnels) ». (J. Calais-Auloy, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil du contrat », (1994) R.T.D.C. 239, à la p. 247). Le système de lutte contre les clauses abusives avait néanmoins été amélioré par la jurisprudence qui s'est donné le pouvoir de déclarer une clause abusive et par le législateur qui a accordé une action en suppression des clauses abusives aux associations de consommateurs (Civ. 1ère, 14 mai 1991, D. 1991.J. 449, note J. Ghestin et art. L. 421-6 code de la consommation).

Les motifs qui militent en faveur de la création d'une instance de contrôle doivent être pris au sérieux. Les propositions en ce sens sont toutes fondées sur le constat de la relative inaccessibilité de la justice, sur le caractère illusoire pour la plupart des contractants des droits qui leur sont accordés. Par exemple, W.G. Morris remarquait que pour rendre efficace la protection de l'article 1040c C.c.B.C., « [...] il faudrait donner à l'emprunteur un recours aussi économique qu'expéditif. [...] Une autre possibilité serait la création d'une commission gouvernementale qui examinerait les contrats et conditions des compagnies prêteuses, à la source et avant la conclusion des prêts, de façon à établir, a priori, si telle opération et tel taux d'intérêt avec ou sans telle garantie fournie par le prêteur sont raisonnables ou non » (« De l'équité dans certains contrats », (1965) R. du B. 65, à la p. 82).

indicatives et non exhaustives de clauses qui peuvent être déclarées abusives ».

Ces listes reprennent généralement le texte de l'annexe de la *Directive 93/13/CEE*.⁴⁴⁰

⁴³⁹ Statutory Instrument 1999 No. 2083, *The Unfair Terms in Consumer Contracts*, article 5.

⁴⁴⁰ L'annexe de la *Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993* (*supra* note 437) se lit comme suit :

1. Clauses ayant pour objet ou pour effet :

a) d'exclure ou de limiter la responsabilité légale du professionnel en cas de mort d'un consommateur ou de dommages corporels causés à celui-ci, résultant d'un acte ou d'une omission de ce professionnel;

b) d'exclure ou de limiter de façon inappropriée les droits légaux du consommateur vis-à-vis du professionnel ou d'une autre partie en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par le professionnel d'une quelconque des obligations contractuelles, y compris la possibilité de compenser une dette envers le professionnel avec une créance qu'il aurait contre lui;

c) de prévoir un engagement ferme du consommateur, alors que l'exécution des prestations du professionnel est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté;

d) de permettre au professionnel de retenir des sommes versées par le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou à exécuter le contrat, sans prévoir le droit, pour le consommateur, de percevoir une indemnité d'un montant équivalent de la part du professionnel lorsque c'est celui-ci qui renonce;

e) d'imposer au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant disproportionnellement élevé;

f) d'autoriser le professionnel à résilier le contrat de façon discrétionnaire si la même faculté n'est pas reconnue au consommateur, ainsi que de permettre au professionnel de retenir les sommes versées au titre de prestations non encore réalisées par lui, lorsque c'est le professionnel lui-même qui résilie le contrat;

g) d'autoriser le professionnel à mettre fin sans un préavis raisonnable à un contrat à durée indéterminée, sauf en cas de motif grave;

h) de proroger automatiquement un contrat à durée déterminée en l'absence d'expression contraire du consommateur, alors qu'une date excessivement éloignée de la fin du contrat a été fixée comme date limite pour exprimer cette volonté de non-prorogation de la part du consommateur;

i) de constater de manière irréfragable l'adhésion du consommateur à des clauses dont il n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat;

j) d'autoriser le professionnel à modifier unilatéralement les termes du contrat sans raison valable et spécifiée dans le contrat;

k) d'autoriser les professionnels à modifier unilatéralement sans raison valable des caractéristiques du produit à livrer ou du service à fournir;

-
- l) de prévoir que le prix des biens est déterminé au moment de la livraison, ou d'accorder au vendeur de biens ou au fournisseur de services le droit d'augmenter leurs prix, sans que, dans les deux cas, le consommateur n'ait de droit correspondant lui permettant de rompre le contrat au cas où le prix final est trop élevé par rapport au prix convenu lors de la conclusion du contrat;
 - m) d'accorder au professionnel le droit de déterminer si la chose livrée ou le service fourni est conforme aux stipulations du contrat ou de lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat;
 - n) de restreindre l'obligation du professionnel de respecter les engagements pris par ses mandataires ou de soumettre ses engagements au respect d'une formalité particulière;
 - o) d'obliger le consommateur à exécuter ses obligations lors même que le professionnel n'exécute pas les siennes;
 - p) de prévoir la possibilité de cession du contrat de la part du professionnel, lorsqu'elle est susceptible d'engendrer une diminution des garanties pour le consommateur sans l'accord de celui-ci;
 - q) de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales, en limitant indûment les moyens de preuves à la disposition du consommateur ou en imposant à celui-ci une charge de preuve qui, en vertu du droit applicable, devrait revenir normalement à une autre partie au contrat.

2. Portée des points g), j) et l)

a) Le point g) ne fait pas obstacle à des clauses par lesquelles le fournisseur de services financiers se réserve le droit de mettre fin au contrat à durée indéterminée unilatéralement, et ce, sans préavis en cas de raison valable, pourvu que soit mise à la charge du professionnel l'obligation d'en informer la ou les autres parties contractantes immédiatement.

b) Le point j) ne fait pas obstacle à des clauses selon lesquelles le fournisseur de services financiers se réserve le droit de modifier le taux d'intérêt dû par le consommateur ou dû à celui-ci, ou le montant de toutes autres charges afférentes à des services financiers, sans aucun préavis en cas de raison valable, pourvu que soit mise à la charge du professionnel l'obligation d'en informer la ou les autres parties contractantes dans les meilleurs délais et que celles-ci soient libres de résilier immédiatement le contrat.

Le point j) ne fait pas non plus obstacle à des clauses selon lesquelles le professionnel se réserve le droit de modifier unilatéralement les conditions d'un contrat de durée indéterminée pourvu que soit mis à sa charge le devoir d'en informer le consommateur avec un préavis raisonnable et que celui-ci soit libre de résilier le contrat.

c) Les points g), j) et l) ne sont pas applicables aux : - transactions concernant les valeurs mobilières, instruments financiers et autres produits ou services dont le prix est lié aux fluctuations d'un cours ou d'un indice boursier ou d'un taux de marché financier que le professionnel ne contrôle pas, - contrats d'achat ou de vente de devises, de chèques de voyage ou de mandats-poste internationaux libellés en devises.

d) Le point l) ne fait pas obstacle aux clauses d'indexation de prix pour autant qu'elles soient licites et que le mode de variation du prix y soit explicitement décrit.

La plupart des clauses abusives décrites à cet annexe correspondent à des stipulations que le législateur québécois n'identifie pas comme étant abusives, mais qu'il prive néanmoins d'effet.⁴⁴¹ Au Québec, le législateur choisit parfois, en effet, de contrôler directement le contenu du contrat en imposant aux parties certaines stipulations ou en privant d'effet les stipulations qu'ils ont prévues. Il ne fait pas de doute que ces interventions, comme celles des législateurs européens, ont pour but d'empêcher la formation de contrats déséquilibrés.

Afin d'assurer un certain équilibre, le législateur contrôle donc le contenu du contrat. Pour ce faire, il a recours à deux techniques : il contrôle certaines clauses directement ou permet au juge de priver d'effet les clauses qui correspondent à la définition qu'il donne de la clause abusive.

Les interventions directes du législateur visent parfois à rétablir l'équilibre entre les contractants en préservant les intérêts du contractant le plus faible, celui qui risque d'être exploité, par le contrôle du contenu du contrat. Il limite alors la liberté des contractants dans le but de pallier la faiblesse de l'un des contractants en éliminant les stipulations qui lui sont trop défavorables.⁴⁴² Ces stipulations

⁴⁴¹ Comparer, par exemple, l'annexe de la *Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993* (*supra* note 437) aux articles pertinents du *Code civil du Québec* et de la *Loi sur la protection du consommateur*.

⁴⁴² Voir P. Legrand, « Consolidation et rupture : les ambiguïtés de la réforme des contrats nommés », (1989) 30 C. de D. 867.

sont abusives en ce qu'elles remettent en cause l'équilibre des prestations. Les interventions du législateur prennent différentes formes : les stipulations qu'il désire éliminer peuvent être privées d'effet, réputées non écrites, réductibles, ou considérées comme étant nulles.

Cette technique d'intervention ponctuelle n'est pas apparue avec le *Code civil du Québec*. Avant son adoption, le législateur avait déjà identifié certaines clauses comme étant contraires à l'ordre public; ces clauses pourraient être qualifiées de clauses abusives.⁴⁴³ De même, les tribunaux pouvaient priver d'effet les clauses dont les effets étaient, selon eux, contraires à l'ordre public parce qu'elles étaient abusives.⁴⁴⁴ La clause abusive n'était alors pas définie par la loi; l'absence de définition n'équivalait pas, toutefois, à une absence de contrôle des stipulations contractuelles. Ces clauses n'étaient pas désignées comme étant des clauses abusives, mais à l'analyse, on constate que c'est bien en raison de leur caractère abusif qu'elles étaient privées d'effet.

⁴⁴³ Voir, par exemple, les articles 782 et 783, 1664, 1831, 1926.4, 2481 C.c.B.C. qui correspondent aux articles 1822, 1893, 2203, 2641, 2402 du C.c.Q.

⁴⁴⁴ Voir É.M. Charpentier, « La conception judiciaire de la justice contractuelle au tournant du vingtième siècle », Actes du colloque *Canada's Legal History: Past, Present and Future*, Faculty of Law, The University of Manitoba, 1997, (à paraître).

Le *Code civil du Québec* contient un grand nombre d'articles illustrant cette démarche législative. Seuls trois d'entre eux s'inscrivent dans le cadre du régime général du contrat. Il s'agit des articles 1474, 1500 et 1801 C.c.Q. qui prévoient, respectivement, que la clause limitative ou exonératoire de responsabilité est inefficace en cas de préjudice corporel ou moral, de même qu'en cas de préjudice matériel résultant d'une faute intentionnelle ou lourde; que l'obligation dont la naissance dépend d'une condition qui relève de la seule discrétion du débiteur est nulle; et que le créancier ne peut pas se réserver le droit de devenir propriétaire irrévocable ou de disposer d'un bien pour garantir l'exécution de l'obligation.

La vaste majorité des articles ayant pour objet de contrôler le contenu du contrat s'applique à des contrats nommés.⁴⁴⁵ Par exemple, la réglementation du contrat de louage est très importante. L'article 1893 C.c.Q. prive ainsi d'effet les clauses de celui-ci qui dérogent aux articles 1892 à 2000, de même qu'au deuxième alinéa de l'article 1854 et aux articles 1856 à 1858, 1860 à 1863, 1865, 1866, 1868 à 1872, 1875, 1876 et 1883. De plus, certains de ces articles réaffirment l'absence d'effets des clauses qui leur sont contraires. Ces articles

⁴⁴⁵ Pour des illustrations, *supra* note 443; et, relativement au contrat de société, l'article 2246 C.c.Q.; au contrat de rente, l'article 2373 C.c.Q.; au contrat d'assurance, les articles 2414, 2441 C.c.Q.; aux contrats de consommation et d'adhésion, les articles 1435, 1436 et 1437 C.c.Q. Voir aussi les articles 1101, 1216, 2070, 2355, 2936, 3099 C.c.Q.

portent sur la clause qui limite la responsabilité du locateur, l'en exonère ou rend le locataire responsable d'un préjudice causé sans sa faute;⁴⁴⁶ la clause visant à modifier les droits du locataire en raison de l'augmentation du nombre d'occupants;⁴⁴⁷ la clause limitant le droit du locataire d'acheter des biens ou d'obtenir des services de personnes de son choix, suivant les modalités dont lui-même convient;⁴⁴⁸ la clause stipulant que le loyer total sera exigible en cas de défaut du locataire d'effectuer un versement;⁴⁴⁹ la clause stipulant le réajustement du loyer en cours de bail;⁴⁵⁰ la clause stipulant le réajustement du loyer au cours des douze premiers mois du bail ou plus d'une fois au cours de chaque période de douze mois;⁴⁵¹ la clause par laquelle le locataire reconnaît que le logement est en bon état d'habitabilité.⁴⁵² Par ailleurs, l'article 1901 C.c.Q. établit que la clause qui stipule une peine dont le montant excède la valeur du préjudice réellement subi par le locateur est abusive. Ces dispositions montrent bien que le législateur,

⁴⁴⁶ Article 1900 C.c.Q.

⁴⁴⁷ Article 1900 C.c.Q.

⁴⁴⁸ Article 1900 C.c.Q.

⁴⁴⁹ Article 1905 C.c.Q.

⁴⁵⁰ Article 1906 C.c.Q.

⁴⁵¹ Article 1906 C.c.Q.

⁴⁵² Article 1910 C.c.Q.

dans un souci d'équilibre, limite la liberté contractuelle en contrôlant directement le contenu du contrat de louage d'un logement.⁴⁵³ Afin d'assurer l'équité dans ce contrat, il va toutefois plus loin en permettant au juge d'annuler ou de réduire l'obligation qui est, en tenant compte des circonstances, déraisonnable.⁴⁵⁴

De même, depuis 1974, le législateur encadre le contrat d'assurance.⁴⁵⁵ Avant la réforme, les assurés se voyaient obligés d'accepter les conditions que leur imposaient les assureurs sous la forme de contrats d'adhésion. Le législateur est donc intervenu afin de faire régner une certaine justice contractuelle entre les parties en donnant un caractère impératif aux obligations qu'il leur a imposées.⁴⁵⁶ Cette réforme a alors créé, selon le professeur Lluelles, « une véritable "révolution" ». ⁴⁵⁷ Comme on l'a souligné, cette loi avait évidemment pour conséquence de limiter la liberté contractuelle en matière d'assurance, non

⁴⁵³ Voir P.-A. Crépeau, « Les principes directeurs de la réforme du louage de choses », (1974) *Meredith Memorial Lectures* 9, à la p. 16 et ss.

⁴⁵⁴ Article 1901 C.c.Q.

⁴⁵⁵ L.Q. 1974, c. 70.

⁴⁵⁶ Voir D. Lluelles, *Précis des assurances terrestres*, 3ème éd., Montréal, Thémis, 1999, à la p. 15.

⁴⁵⁷ D. Lluelles, *supra* note 456 à la p. 15.

seulement au profit des consommateurs, mais de tous les assurés, peu importe leur situation personnelle.⁴⁵⁸

Parmi les lois particulières ayant pour objet d'encadrer la liberté contractuelle, ce sont celles visant à assurer la sécurité des travailleurs qui sont d'abord apparues.⁴⁵⁹ Par une interprétation surprenante de l'article 1676 C.c.B.C., la Cour suprême du Canada avait reconnu la validité des conventions de non-responsabilité.⁴⁶⁰ En effet, elle n'a lu dans cet article qu'une interdiction de stipuler de façon unilatérale une clause d'exonération de responsabilité. En conséquence, la clause d'exonération a été rendue valide dans la mesure où elle résultait d'un accord entre les parties à un contrat, même un contrat autre que de transport. Cette interprétation, qui ne constituait jusque-là qu'un *obiter dictum*, a été confirmée par deux arrêts subséquents de la Cour suprême du Canada,⁴⁶¹

⁴⁵⁸ Voir J.V. O'Donnell, « The New Quebec Insurance Act : Some general Comments and Some Potential Problems », (1978) *Meredith Memorial Lectures* 1, à la p. 2. Cet auteur estime que les mesures protectrices mises en place n'ont pas leur raison d'être lorsque le contrat d'assurance porte sur des risques industriels ou commerciaux.

⁴⁵⁹ P. Verge et G. Vallée, *supra* note 281 à la p. 32.

⁴⁶⁰ *Glengoil Steamship Co. c. Pilkington*, (1897) 28 R.C.S. 146.

⁴⁶¹ *Vipond c. Furness, Withy and Co.*, (1916) 54 R.C.S. 521 et *Her Majesty the Queen c. Grenier*, (1899) 30 R.C.S. 42.

avant d'être majoritairement adoptée par les tribunaux québécois.⁴⁶² Dans les relations de travail, la validité de ces clauses avait pour effet d'exonérer l'employeur de sa faute, même lorsque l'employé subissait un préjudice physique. Or, c'est justement dans un arrêt portant sur une telle clause que la Cour suprême du Canada confirma la position qu'elle avait adoptée dans l'affaire *Glengoil Steamship*. Cet arrêt, *Her Majesty the Queen c. Grenier*⁴⁶³, fondé sur le principe de la liberté contractuelle, a fait l'objet de deux commentaires doctrinaux. Le premier a surtout pour intérêt de rappeler que cet arrêt entraîne une transformation du droit positif, sans porter de jugement quant à l'opportunité d'une telle transformation.⁴⁶⁴ Le second, par contre, critique vivement la solution adoptée par la Cour suprême du Canada.⁴⁶⁵ L'auteur, A. Rives Hall, qui avait déjà marqué son opposition à la solution retenue par l'arrêt *Glengoil*, se livre à une remise en question de la liberté contractuelle en matière de relations employeur-salarié. Ces propos sont d'ailleurs fort éloquents : « [w]hat freedom has the workman in contracting with his employer ? He has

⁴⁶² Voir *Canadian Northern Quebec Railway Co. c. Argenteuil Lumber Co.*, (1919) 28 B.R. 408; *Conan c. Charest*, (1907) 32 C.S. 385.

⁴⁶³ Voir *supra* note 461.

⁴⁶⁴ J.-E. Roy, « Clause de non-responsabilité », (1901-02) 4 R. du N. 240.

⁴⁶⁵ A. Rives Hall, « Employer's Liability for Negligence », (1901) 7 R.L.n.s. 513.

the freedom of signing the contract or starving, the freedom of taking the risk his employer refuses to shoulder or of seeing his children suffer. There is no equality between the parties to the contract; one is all powerful and the other is helpless ».⁴⁶⁶ En 1909, le législateur est intervenu pour interdire les clauses d'exonération par une loi d'ordre public.⁴⁶⁷ Par la suite, « [...] le mouvement va, au Québec, à l'instar des autres juridictions, du remplacement, en 1909, du régime général de responsabilité objective de l'employeur à l'actuel régime d'indemnisation étatique, fondé depuis 1931 sur la responsabilité collective des employeurs ».⁴⁶⁸

Parmi les lois particulières, la *Loi sur les normes du travail* et la *Loi sur la protection du consommateur* ont une très grande importance en ce qu'elles ont pour objet la réalisation d'un certain équilibre dans des contrats auxquels la plupart des citoyens sont parties. Leur importance ne se limite toutefois pas,

⁴⁶⁶*Ibid.* à la p. 515. Voir aussi R. P. Gagnon, L. LeBel et P. Verge, *supra* note 280 à la p. 16 et ss.

⁴⁶⁷ *Loi des accidents du travail*, 9 Ed. VII, ch. 66 (1909).

⁴⁶⁸ P. Verge et G. Vallée, *supra* note 281 à la p. 35. L'obligation de l'employeur de protéger la santé et la sécurité du salarié est expressément prévue à l'article 2087 du *Code civil du Québec*. De plus la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* (L.R.Q., c. A-3.001) et la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* (L.R.Q., c. S-2.1) établissent dorénavant des régimes particuliers. Comme ces lois dépassent le cadre des rapports privés, nous ne les aborderons pas de façon plus détaillée.

comme nous l'avons vu, à la mise en place de mécanismes destinés à enrayer la lésion. Elles vont plus loin, puisqu'en imposant des obligations aux parties et en privant d'effets certaines de leurs stipulations, elles limitent leur liberté.

Ainsi, la *Loi sur les normes du travail* intervient directement et impérativement dans la relation d'emploi. Elle impose des conditions minimales de travail, c'est-à-dire qu'elle empêche l'employeur et le salarié de convenir de conditions qui seraient inférieures à celles qu'elle prévoit. Les dispositions de cette loi portent sur plusieurs aspects de la relation de travail. Elles visent aussi bien le nombre d'heures de travail que les vacances et les congés auxquels le salarié a droit.⁴⁶⁹ Il s'agit, comme on l'a souligné, d'un véritable « [...] faisceau de seuils, de balises et de barèmes qui aménagent la toile de fond normative à partir de laquelle les parties peuvent exercer respectivement et mutuellement leur liberté contractuelle ». ⁴⁷⁰

⁴⁶⁹ Ainsi, la loi prévoit, par exemple, que : la semaine normale de travail est de quarante-quatre heures (art. 52); tout travail exécuté en plus entraîne une majoration de 50% du salaire horaire habituel (art. 55); certains jours sont fériés et chômés (art. 60); la durée minimale du congé annuel qui varie en fonction du nombre d'années de travail fourni par le salarié (art. 67 à 69); le salarié a droit à une indemnité afférente au congé annuel (art. 74); le salarié a droit à un congé de maternité (art. 81.4), à un repos hebdomadaire d'une durée minimale (art. 78); le salarié a droit de s'absenter en raison d'un décès, d'un mariage, d'un examen relié à une grossesse, d'une naissance, d'une adoption, et de ses obligations reliées à la garde, à la santé ou à l'éducation d'un enfant (art. 80 et ss.).

⁴⁷⁰ Voir, à ce sujet, F. Morin et J.-Y. Brière, *supra* note 279 à la p. 443.

Dans le même esprit, la *Loi sur la protection du consommateur* établit, à certains égards, des obligations minimales ou maximales.⁴⁷¹ Cette loi interdit également aux parties d'inclure certaines stipulations à leur contrat.⁴⁷² Les interventions du législateur quant à la détermination du contenu obligationnel du contrat sont fondées sur les effets que ces clauses peuvent avoir sur l'équilibre contractuel. En effet, « le droit de la consommation constate la rupture de l'équilibre contractuel qui en résulte en faveur du commerçant qui a tendance à stipuler des clauses qui lui sont exclusivement favorables et, par le fait même, qui sont défavorables au consommateur. Dans la majorité des cas, même si le consommateur lisait toutes les clauses du contrat avant de le signer, ce qu'il ne

⁴⁷¹ Par exemple, l'article 124 prévoit que la responsabilité du consommateur dont la carte de crédit a été perdue ou volée est limitée à la somme de 50\$; l'article 150.21 précise l'étendue de l'obligation de garantie du consommateur quant à la valeur résiduelle d'un bien loué; l'article 159 établit la durée de l'obligation de la garantie de bon fonctionnement d'une automobile d'occasion.

⁴⁷² Sont, par exemple, interdites les stipulations qui dégagent le commerçant des conséquences de son fait personnel ou de celui de son représentant (art. 10); qui réservent à un commerçant le droit de décider unilatéralement que le consommateur a manqué à l'une ou l'autre de ses obligations ou que s'est produit un fait ou une situation (art. 11); qui imposent au consommateur, dans le cas d'inexécution de son obligation, le paiement de frais autres que l'intérêt couru (sauf s'il s'agit d'un contrat de crédit) (art. 13); qui assujettissent le contrat à une loi autre qu'une loi du Parlement du Canada ou de la Législature du Québec (art. 19); qui visent à empêcher le consommateur de déplacer le bien à l'intérieur du Québec sans la permission du commerçant (art. 136); qui permettent au commerçant de reprendre possession du bien sans le consentement exprès du consommateur ou du tribunal (art. 136); qui obligent le consommateur à rendre le bien dans un état

fait pas généralement, il ne serait pas en mesure de saisir les effets juridiques de certaines stipulations ni de les faire modifier. La *Loi sur la protection du consommateur* empêche que l'équilibre contractuel soit rompu en faveur du commerçant par un abus de pouvoir économique ». ⁴⁷³

Comme on l'a vu, le régime juridique du Code civil de 1866, fondé sur le postulat de l'égalité des parties, accordait une liberté contractuelle quasi absolue aux contractants. D'où le caractère supplétif des règles relatives aux différents contrats nommés. Or, la transformation de la société québécoise, depuis l'adoption de ce code, a mis en évidence l'inégalité des parties dans les faits, ce qui a amené le législateur à intervenir afin d'éliminer les injustices pouvant en découler. Le professeur Crépeau écrivait justement que « [c]'est dans ce courant nouveau que se situent, au Québec, les interventions législatives anti-lésionnaires dans des domaines particulièrement névralgiques ». ⁴⁷⁴ Il faisait alors référence, entre autres, à la *Loi pour protéger les emprunteurs contre certains abus et les prêteurs contre certains privilèges*, ⁴⁷⁵ à la loi de 1971 sur la protection du

meilleur que celui qui résulte d'une usure normale, ou qui visent à préciser ce qu'est l'usure normale, dans un contrat de louage à long terme (art. 150.9).

⁴⁷³ N. L'Heureux, *supra* note 282 à la p. 17 et ss.

⁴⁷⁴ P.-A. Crépeau, « Intégration ou non-intégration du droit de la consommation au Code civil », (1979) 10 R.G.D. 13, à la p. 16.

⁴⁷⁵ L.Q. 1964, c. 67.

consommateur,⁴⁷⁶ à la loi de 1973 sur le louage de choses et à la loi de 1974 sur les assurances.⁴⁷⁷

Un contrat apparemment équilibré, dans la mesure où l'on n'évalue que les prestations principales, peut être très déséquilibré en raison de l'existence d'une stipulation accessoire. La plupart des stipulations visées par le législateur correspondent, on le verra, à la définition de la clause abusive qu'il a adoptée à l'article 1437 du *Code civil du Québec*. Elles ont pour effet de désavantager le contractant « [...] d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi [...] »; ou elles sont « [...] si éloignée[s] des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle[s] dénature[nt] celui-ci ».

Bien que le législateur ait adopté une définition de la clause abusive, il présente la sanction de celle-ci comme une exception. La position du législateur, à cet égard, est en contradiction avec l'un des principes qu'il considère par ailleurs fondamental en droit des obligations. Alors que le respect des exigences de la bonne foi constitue l'une des pierres angulaires du *Code civil du Québec*⁴⁷⁸

⁴⁷⁶ *Loi de la protection du consommateur*, L.Q. 1971, c. 74.

⁴⁷⁷ L.Q. 1973, c. 74; L.Q. 1974, c. 70.

⁴⁷⁸ Articles 6 et 1375 C.c.Q.

et que la clause abusive est définie comme celle qui produit des effets contraires à la bonne foi, une telle clause n'est, en principe, sanctionnée que si elle se trouve dans un contrat d'adhésion ou dans un contrat de gré à gré susceptible d'être qualifié de « contrat de consommation » (art. 1437 C.c.Q.). À titre exceptionnel, la clause abusive est sanctionnée même si elle ne se trouve pas dans un tel contrat, mais dans un bail de logement⁴⁷⁹ ou si elle prend la forme d'une clause pénale.⁴⁸⁰ Pourtant, le caractère abusif ou non de la clause ne dépend évidemment pas de la qualité de la personne qu'elle lie ni même du type de contrat dans lequel elle se trouve.

Afin de déterminer le rôle que joue la notion de clause abusive en droit positif québécois, il faut, d'abord, préciser le sens de la définition de l'article 1437 C.c.Q. (paragraphe I) et, ensuite, préciser la portée de cet article (paragraphe II).

⁴⁷⁹ Art. 1901 C.c.Q.

⁴⁸⁰ Art. 1623 C.c.Q.

Paragraphe I – La notion de clause abusive de l'article 1437 C.c.Q.

Outre le fait qu'il prévoit la nullité de la cause abusive ou la réduction de l'obligation qui en découle lorsque la clause se trouve dans un contrat de consommation ou d'adhésion, l'article 1437 du *Code civil du Québec* définit cette notion et donne un exemple de clause abusive. La définition que donne l'article 1437 du *Code civil du Québec* de la clause abusive est articulée à partir de deux notions : le désavantage (sous-paragraphe I) et la bonne foi (sous-paragraphe II).⁴⁸¹ Afin de déterminer si une clause a un caractère abusif ou pas, il faut identifier la portée des références à ces notions. Puis, comme le législateur précise que « la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci » est abusive, il faudra ensuite tenter d'élucider le sens qu'il faut donner à ces références à l'obligation essentielle et à la dénaturation du contrat (sous-paragraphe III).

⁴⁸¹ L'article 1437 C.c.Q. se lit comme suit :

« 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 ».

Sous-paragraphe I – Le désavantage excessif et déraisonnable

Aux termes de l'article 1437 C.c.Q., il faut qu'une clause crée un désavantage excessif et déraisonnable pour être qualifiée d'abusive. Le « désavantage » s'apparente au « déséquilibre » auquel font référence les textes européens. Le désavantage n'est pas nécessairement d'ordre pécuniaire, mais il peut certainement l'être; par exemple, lorsque la clause porte sur les modalités de versement d'un prix de vente. Le désavantage peut également résulter, entre autres, des modalités d'exécution des obligations ou de résiliation du contrat.⁴⁸²

Au sens courant, le désavantage est défini comme une « condition d'infériorité »; il renvoie à des termes subjectifs comme « handicap » et « inconvénient ».⁴⁸³ En revanche, les termes « disproportion » et « inégalité » associés au déséquilibre, auquel font référence les textes européens, n'ont pas ce caractère subjectif. L'aspect plus objectif du déséquilibre apparaît d'ailleurs dans sa définition : « absence d'équilibre », c'est-à-dire d'« égalité de force entre deux

⁴⁸² Pour un aperçu des clauses ayant été qualifiées d'abusives par la jurisprudence, voir le tableau qu'en a dressé N. Vézina, « Réactions judiciaires à quelques nouveautés du droit des obligations », *Développements récents en droit civil (1995)*, Cowansville, Service de la formation permanente du Barreau du Québec - Les éditions Yvon Blais, 1995, 71, à la p. 92 et ss.

⁴⁸³ *Le petit Robert*, sous « désavantage ».

ou plusieurs choses qui s'opposent ». ⁴⁸⁴ La notion d'équilibre a l'intérêt de bien mettre en évidence la nécessité d'analyser l'ensemble des droits et obligations découlant du contrat avant de conclure qu'une clause désavantage l'une des parties. ⁴⁸⁵ Prise isolément, tel peut évidemment être l'effet de l'une des clauses, mais le contrat peut contenir d'autres stipulations ayant pour effet de la neutraliser.

Le simple désavantage ou déséquilibre ne suffit pas pour qu'une clause soit qualifiée d'abusive. ⁴⁸⁶ Le législateur québécois exige que le désavantage soit « excessif et déraisonnable » à l'article 1437 C.c.Q., alors qu'à l'article 1901 C.c.Q., il indique que la clause peut être abusive en raison de l'inadéquation entre le montant de la peine et celui du préjudice ou en raison de son caractère déraisonnable. En France, la description du caractère abusif d'une clause était très similaire dans la *Loi no 78-23 du 10 janvier 1978* qui employait l'expression « avantage excessif ». À cet égard, la solution retenue aux termes de la *Loi no 95-96 du 1er février*, comme dans la directive européenne, est comparable : le

⁴⁸⁴ *Le petit Robert*, sous « déséquilibre » et « équilibre ».

⁴⁸⁵ L'article 1427 C.c.Q. le prévoit expressément : « Les clauses s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'ensemble du contrat ». Voir, entre autres, J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *supra* note 330 no 105, à la p. 122 et ss.

⁴⁸⁶ On aura remarqué que madame Bricks n'apporte pas cette précision, voir le texte la définition de celle-ci *supra* note 433.

déséquilibre doit être « significatif ». Le professeur Paisant estime que dans les deux cas, l'avantage doit être excessif.⁴⁸⁷

Bien que les termes « excessif » et « déraisonnable » soient liés, ils n'ont pas le même sens. Une clause peut créer un avantage excessif qui n'est pas déraisonnable, par exemple en raison du cadre contractuel dans lequel elle s'inscrit. Le terme « excessif » qualifie ce qui dépasse la mesure souhaitable ou permise; qui est trop grand, trop important, alors que ce qui est « déraisonnable » est absurde, bête, insensé, irrationnel, irréfléchi.⁴⁸⁸ Les références à l'excès qu'on trouve dans le *Code civil du Québec* semblent, en outre, indiquer que l'excès a une connotation économique. Sont qualifiés d'excessifs, des frais⁴⁸⁹, un réajustement d'un loyer,⁴⁹⁰ des documents, espèces et autres biens,⁴⁹¹ une somme.⁴⁹² L'utilisation du terme « déraisonnable » semble plutôt réservée à une

⁴⁸⁷ Voir G. Paisant « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n°95-96 du 1er février 1995 », D. 1995, ch. 99, à la p. 100.

⁴⁸⁸ *Le petit Robert*, sous « excessif » et sous « déraisonnable ».

⁴⁸⁹ Art. 971 C.c.Q.

⁴⁹⁰ Art. 1949 al. 1 C.c.Q.

⁴⁹¹ Art. 2299 al. 1 C.c.Q.

⁴⁹² Art. 2629 C.c.Q.

évaluation de la conduite d'une personne ou des effets d'une clause.⁴⁹³ En effet, comme le soulignait G. Khairallah dans une étude consacrée au « raisonnable » en droit privé, le législateur a recours à cette notion lorsqu'il a pour objectif « [...] d'assurer la justice et l'équilibre, en même temps que la régulation dans l'exercice des droits ».⁴⁹⁴

Le critère de la raisonabilité ne se trouvait pas à l'article 1484 de l'*Avant-projet de Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*,⁴⁹⁵ mais il est apparu à l'article 1433 du *Projet de loi 125*.⁴⁹⁶ En

⁴⁹³ Art. 1901 al. 1 C.c.Q. : « Est abusive la clause qui stipule une peine dont le montant excède la valeur du préjudice réellement subi par le locateur, ainsi que celle qui impose au locataire une obligation qui est, en tenant compte des circonstances, déraisonnable »; art. 2870 al. 2 C.c.Q. : « Celui-ci doit cependant s'assurer qu'il est impossible d'obtenir la comparution du déclarant comme témoin, ou déraisonnable de l'exiger, et que les circonstances entourant la déclaration donnent à celle-ci des garanties suffisamment sérieuses pour pouvoir s'y fier. »

⁴⁹⁴ G. Khairallah, « Le "raisonnable" en droit privé français - développements récents », (1984) R.T.D.C. 439, à la p. 455. Voir aussi, N. MacCormick, « On reasonableness », *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Établissement Émile Bruylant, 1984, 131.

⁴⁹⁵ Assemblée nationale, 1^{ère} session de la 33^{ème} législature, Éditeur officiel du Québec, décembre 1987. L'article 1484 se lisait comme suit : « [l]a clause abusive d'un contrat d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en naît réductible. Est abusive toute clause qui, dans l'exécution d'un contrat, désavantage l'une des parties d'une manière excessive ou la prive de ses attentes légitimes, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi; est présumée l'être celle qui est si éloignée des obligations essentielles qui découlent normalement de la nature du contrat ou de sa réglementation légale qu'elle dénature celui-ci ».

revanche, les deux textes mentionnaient, de plus, que la clause ne devait pas priver l'une des parties de ses attentes légitimes. La notion d'attente légitime, bien connue en matière d'assurance, est notamment « fondée sur le caractère socialement indésirable d'une clause ou d'une exclusion de la police ou de l'absence de fondement technique à cette clause ou exclusion. [...] Elle permet d'aller directement à l'encontre de clauses du contrat qui n'ont rien d'ambigu mais qui sont contraires aux intérêts de l'assuré ».⁴⁹⁷ La disparition de la référence textuelle à cette doctrine à l'article 1437 C.c.Q. n'implique pas que les clauses contraires aux attentes légitimes de l'une des parties ne puissent pas être annulées ou réduites. Le terme « déraisonnable » est suffisamment large pour inclure les attentes légitimes. De plus, les *Commentaires* du ministre de la Justice précisent que des clauses peuvent être abusives « parce qu'elles vont à l'encontre du régime contractuel escompté » par l'une des parties. On pourrait également

⁴⁹⁶ Cet article se lit comme suit : « 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, dans l'exécution du contrat, désavantage le consommateur ou l'adhérant de manière excessive ou déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi; est présumée l'être celle qui est si éloignée des obligations essentielles qui découlent normalement de la nature du contrat ou de sa réglementation qu'elle dénature celui-ci. »

⁴⁹⁷ C. Belleau, « L'interprétation des contrats suivant la théorie des attentes légitimes de l'assuré et l'arrêt Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris », (1992) *Assurances* 79, à la p. 82; voir aussi J.-G. Bergeron, *Les contrats d'assurances*, t. 1, Sherbrooke, Les éditions SEM inc., 1989, à la p. 113 et ss. et à la p. 176 et ss.

penser que la clause contraire aux attentes légitimes de l'une des parties est abusive car elle dénature le contrat.⁴⁹⁸

Par ailleurs, l'idée d'un excès important semble être sous-jacente à la notion même de clause abusive; un désavantage pourrait difficilement être qualifiée d'« abusif », s'il ne dépasse pas une certaine limite. Pourtant, l'article 1901 C.c.Q. précise qu'« [e]st abusive la clause qui stipule une peine dont le montant excède la valeur du préjudice réellement subi [...] ». En matière de louage, dès que le montant de la peine excède la valeur du préjudice subi, il y a donc un excès et la clause est abusive. La clause pénale porte donc bien mal son nom, puisqu'il est dorénavant interdit de stipuler une peine.⁴⁹⁹ Les parties conservent la liberté de s'entendre sur le montant des dommages, mais si elles surévaluent ceux-ci, la clause est considérée abusive. L'inclusion d'une clause pénale dans un bail a donc désormais pour principale fonction d'exercer une pression psychologique sur le locataire. Cet article est une disposition exceptionnelle qui s'écarte de la définition de la clause abusive de l'article 1437 C.c.Q. En principe, comme le soulignent Baudouin et Jobin, la clause abusive

⁴⁹⁸ Voir *infra* la prochaine section.

⁴⁹⁹ Voir D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, Paris, L.G.D.J., 1992, n° 269, à la p. 147 : « En réalité, la clause pénale a pour but, pour fonction, pour cause, l'exécution de l'obligation principale et originelle. Elle est conclue pour garantir cette exécution. Elle a donc un caractère comminatoire irréductible et cela quel que soit son montant ».

appartient à un ensemble de règles d'équité et, en conséquence, ce concept ne devrait pas servir à sanctionner les pratiques qui sont « regrettables », mais seulement celles qui sont « véritablement choquantes, les stipulations qui s'écartent manifestement des pratiques contractuelles généralement acceptées par la société ».⁵⁰⁰

On a suggéré que le fait qu'une clause soit usuelle ou standard empêche de considérer celle-ci comme étant déraisonnable.⁵⁰¹ Cette position est étonnante : logiquement, rien ne s'oppose à ce qu'une clause soit abusive, même si elle est usuelle. De plus, les clauses abusives, que l'article 1437 C.c.Q. a justement pour fonction de contrôler, doivent faire partie de contrats de consommation ou d'adhésion, qui, pour une grande part, se matérialisent sous la forme de contrats-type. Or, on peut imaginer que ces contrats généralement rédigés par des entreprises reflètent leurs intérêts et imposent des clauses similaires. Si, en raison de leur caractère usuel, ces clauses, peu importe leurs effets, ne pouvaient pas être qualifiées d'abusives, l'article 1437 C.c.Q. ne s'appliquerait pas à un grand nombre de contrats de consommation ou d'adhésion.

⁵⁰⁰ J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *supra* note 330 à la p. 119.

⁵⁰¹ Voir V. Karim, *supra* note 410 à la p. 200.

L'existence d'un désavantage excessif et déraisonnable suffit-il pour qualifier ces clauses d'abusives? Telle est la question que suscite la suite du texte de l'article 1437 C.c.Q. où il est précisé qu'« [e]st abusive la 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 ». ⁵⁰²

Sous-paragraphe II – La bonne foi

Les auteurs estiment généralement que la référence à la bonne foi ne constitue pas un second critère, alternatif ou cumulatif, de détermination du caractère abusif d'une clause. ⁵⁰³ La bonne foi servirait ici à fonder l'annulation de la clause abusive. Certains ajoutent qu'il s'agit d'une réaffirmation du principe de l'article 1375 C.c.Q. ⁵⁰⁴ La directive européenne renvoie, elle aussi, dans sa définition de la clause abusive, à la notion de bonne foi. Les commentateurs n'ont pas manqué de souligner la difficulté de donner un sens à la référence à la bonne foi que ce texte comporte. Un des auteurs les plus autorisés en la matière, le

⁵⁰² Nous soulignons.

⁵⁰³ Voir, entre autres, P.-G. Jobin, *infra* note 543 à la p. 513.

C'est peut-être ce qui explique que le texte français de la *Loi n° 95-96 du 1 février 1995* ne comporte pas de référence à la bonne foi, voir *supra* note 438.

⁵⁰⁴ Voir B. Moore, *infra* note 506 à la p. 224.

professeur Paisant, remarque, à juste titre, qu'il est quasi-impossible pour un professionnel d'être de bonne foi « [...] alors qu'il abuse de sa supériorité économique pour obtenir des avantages manifestement excessifs au détriment du consommateur [...] ». ⁵⁰⁵

La référence à la bonne foi peut, sans pour autant constituer une seconde condition de reconnaissance du caractère abusif d'une clause, être interprétée de manière à lui donner un véritable rôle à jouer dans l'évaluation des stipulations contractuelles. Si la constatation du désavantage ne pose pas de véritable problème, l'évaluation de son caractère excessif et déraisonnable pose le problème de la détermination de la limite qu'il ne faut pas dépasser. Or, le texte de l'article 1437 C.c.Q. nous invite à déterminer cette limite à la lumière des exigences de la bonne foi. Ce n'est que dans la mesure où le désavantage est si excessif et déraisonnable qu'il va à l'encontre de la bonne foi qu'une clause peut être qualifiée d'abusive. Dans l'extrait du texte du professeur Paisant, on aura remarqué qu'il utilise l'expression « avantages manifestement excessifs ». L'adverbe « manifestement » ne fait pas partie du texte de la directive. C'est peut-être cet aspect que la référence à la bonne foi a pour but de marquer. Les clauses abusives ne sont pas celles qui entraînent un déséquilibre dans le contrat

⁵⁰⁵ G. Paisant, « Propositions pour une réforme du droit des clauses abusives (Après la directive du 5 avril 1993) », J.C.P. 1994, I, 3772, à la p. 303; voir aussi G. Paisant *supra* note 487 à la p.

en désavantageant l'une des parties, mais plutôt celles qui entraînent un déséquilibre inacceptable.

Sous-paragraphe III – La clause qui dénature le contrat

L'article 1437 du *Code civil du Québec* illustre la définition de la clause abusive par l'exemple suivant : « est abusive [...] la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci ». Cette expression renvoie à des notions qui ne sont pas étrangères aux notions du droit civil actuel : l'obligation essentielle et la nature du contrat. Même si leur utilisation dans ce contexte est de prime abord déroutante, on peut tenter de leur donner un sens, dans le contexte de l'article 1437 C.c.Q.⁵⁰⁶

100.

⁵⁰⁶ Voir aussi, A. Popovici, « Le nouveau Code civil et les contrats d'adhésion », (1992) Meredith Mem. Lec. 137, à la p. 154, note 62, et B. Moore, « À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois », (1994) 28 R.J.T. 177, à la p. 224. Voir, *contra*, N. Croteau qui estime que l'article 1437 C.c.Q. *in fine* « est la codification d'un principe jurisprudentiel bien établi dans notre droit », « Le contrat d'adhésion, ses mécanismes d'application et ses implications sur la pratique notariale », (1994) 1 C.P. du N. 107, à la p. 124.

À partir de la distinction, opérée par Pothier,⁵⁰⁷ entre les trois catégories de choses dont sont formés les contrats : celles qui sont de leur essence, celles qui découlent de leur nature et celles qui leur sont accidentelles,⁵⁰⁸ la doctrine contemporaine a remis en lumière l'existence des trois catégories de clauses découlant du contrat.⁵⁰⁹ En se fondant sur le texte de l'article 1024 du *Code civil du Bas Canada*, repris à l'article 1434 C.c.Q., le professeur Crépeau a démontré l'importance de la nature du contrat – et de l'équité, l'usage et la loi – comme source d'obligation contractuelle.

Selon l'opinion généralement admise, les clauses essentielles sont celles sans lesquelles le contrat ne peut subsister. Comme les règles d'ordre public, elles s'imposent donc aux parties; l'impossibilité d'y déroger est fondée sur la nécessité de respecter l'essence du contrat. À ce sujet, la position de Pothier est très claire : « [f]aute de l'une de ces choses, ou il n'y a point du tout de contrat, ou c'est une

⁵⁰⁷ Selon Pothier, on doit cette distinction aux jurisconsultes des seizième et dix-septième siècles, même si Cujas (1522 - 1590) ne distinguait dans les contrats que les choses essentielles et accidentelles. Voir *supra* note 135 à la p. 6.

⁵⁰⁸ Cette distinction entre les choses qui sont contenues dans un contrat trouve son origine dans l'interprétation d'un texte d'Ulpian. Voir P.-F. Girard, *supra* note 292 à la p. 567.

⁵⁰⁹ Voir P.-A. Crépeau, « Le contenu obligationnel d'un contrat », (1965) R. du B. can. 1; voir aussi P. Legrand, « L'obligation implicite contractuelle: aspects de la fabrication du contrat par le juge », (1991) 22 R.D.U.S. 109.

autre espèce de contrat ». ⁵¹⁰ Dans ce contexte, il n'est pas possible de donner un sens à la référence à l'obligation essentielle à l'article 1437 C.c.Q. puisqu'on peut y lire qu'une clause est abusive lorsqu'elle « est si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci ».

Pothier a défini les choses qui sont de la nature du contrat comme « celles qui, sans être de l'essence du contrat, font partie du contrat, quoique les parties contractantes ne s'en soient point expliquées, étant de la nature du contrat que ces choses y soient renfermées et sous-entendues. Ces choses tiennent un milieu entre les choses qui sont de l'essence du contrat, et celles qui sont accidentelles au contrat; et elles diffèrent des unes et des autres. Elles diffèrent des choses qui sont de l'essence du contrat, en ce que le contrat peut subsister sans elles, et qu'elles peuvent être exclues du contrat par la convention des parties [...] ». ⁵¹¹ Outre les situations où le législateur les a rendues impératives, il semble acquis que les

⁵¹⁰ R.-J. Pothier, *supra* note 135 à la p. 6. Larombière exprimait ainsi la même idée : « Parmi les choses essentielles sont celles sans lesquelles une convention ne peut valablement exister, ou ne peut avoir le caractère qu'on prétend lui attribuer » (*Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titre III et IV, livre III du Code civil*, t. 1, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel éditeurs, 1885, à la p. 38).

⁵¹¹ R.-J. Pothier, *supra* note 135 à la p. 7.

parties peuvent convenir d'exclure les obligations qui découlent de la nature du contrat.⁵¹²

Puisque les obligations qui découlent de la nature du contrat peuvent être exclues de celui-ci sans qu'il soit dénaturé, il est difficile d'imaginer ce qui pourrait entraîner sa « dénaturation ». Théoriquement, l'expression « la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci » n'a pas de sens, compte tenu de la conception actuelle des notions d'obligation essentielle et d'obligation découlant de la nature du contrat. Les enseignements de l'histoire du droit (i) et du droit comparé (ii) peuvent toutefois nous aider à concevoir autrement l'obligation essentielle et la nature du contrat et, du coup, à donner un sens à l'article 1437 du *Code civil du Québec* (iii).

⁵¹² Voir P.-A. Crépeau, *supra* note 509 à la p. 6; J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *supra* note 330 no 450, à la p. 367; D. Grillet-Ponton, *Essai sur le contrat innommé*, Thèse, Dijon, 1982, à la p. 38; R.-J. Pothier, *supra* note 135 à la p. 7, C. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles*, Paris, Auguste Durand Libraire, 1868, à la p. 42; G. Baudry-Lacantinerie & L. Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil - des obligations*, t. 1, 2^{ème} éd., Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1900, à la p. 30; C. Aubry & G. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 4, 5^{ème} éd., Paris, Librairie de jurisprudence, 1902, à la p. 476.

i. L'éclairage de l'histoire du droit

Les expressions « obligations essentielles » et « nature du contrat » employées à l'article 1437 C.c.Q. avaient un autre sens avant la définition qu'en donnait Pothier et que nous avons adoptée. En effet, les jurisconsultes ayant précédé Pothier concevaient autrement le contrat et les obligations qui en découlaient.⁵¹³

Jusqu'au dix-septième siècle, la spécificité de la doctrine portant sur la distinction entre les diverses obligations formant le contrat se situait, comme nous l'avons vu, dans le fait que les contrats étaient d'abord définis comme des actes de justice commutative ou de bienfaisance. Parmi les actes de justice commutative, on trouvait, par exemple, la vente et le cautionnement. La finalité du contrat – la réalisation d'un acte de justice commutative ou de bienfaisance – apparaît comme la pierre angulaire à partir de laquelle les obligations des parties pouvaient être identifiées. Ainsi, les obligations qui découlent d'un contrat étaient celles qu'on pouvait inférer des concepts utilisés dans la définition du contrat, de même que celles qui étaient nécessaires à l'accomplissement de sa finalité.

Tout en reconnaissant que les obligations des contractants pouvaient découler de l'essence ou de la nature du contrat, c'est à la lumière de la finalité du

⁵¹³ Voir *supra* Titre I, chapitre I, à la p. 19 et ss.

contrat que les jurisconsultes ayant précédé Pothier déterminaient quelles étaient les obligations qui liaient les parties. Comme l'a souligné le professeur Gordley, « [...] there was a limit to how extensively the parties could modify the natural terms of their contract by express agreement. If the parties added a provision that would remove the "natural effect" of the type of contract they had entered into, the provision was void since to remove the "natural effect" is to remove the species". Indeed, "agreements that cannot attain their due end according to the nature given them are deemed to be imperfect", and cannot be enforced until the imperfection is removed. Thus, for Baldus, as for Thomas, the nature of an agreement depended on its end, and any provisions the parties made had to be consistent with this end ».⁵¹⁴

De même, on peut penser que la référence à la notion d'« équité naturelle », qu'on trouve dans le commentaire de Domat relatif aux obligations qui découlent de la nature du contrat, procède également de l'idée que la finalité du contrat doit être respectée. Le texte de Domat précise bien que « [l]es conventions obligent, non-seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à tout ce que demande la nature de la convention, et à toutes les suites que l'équité, les lois et l'usage donnent à l'obligation où l'on est entré; de sorte qu'on peut distinguer trois sortes d'engagement dans les conventions : ceux qui sont exprimés, ceux qui

⁵¹⁴ J. Gordley, *supra* note 19 à la p. 64.

sont des suites naturelles des conventions, et ceux qui sont réglés par quelque loi ou quelque coutume. [...] et toutes ces suites des conventions sont comme des pactes tacites et sous-entendus, qui en font partie; car les contractants consentent à tout ce qui est essentiel à leur engagement ».⁵¹⁵ Contrairement à Pothier, Domat ne distingue pas les obligations selon qu'elles sont accidentelles ou qu'elles découlent de l'essence ou de la nature du contrat. Il distingue plutôt les obligations qui résultent de la volonté des contractants (« qui sont exprimés »), les obligations qui résultent de la loi (« qui sont réglés par quelque loi ou quelque coutume »), et celles qui découlent de la nature de la convention.⁵¹⁶ Il précise ensuite qu'« [a]insi, c'est par l'équité naturelle que l'associé est obligé de prendre soin de l'affaire commune, qui est en ses mains; que celui qui emprunte une chose pour en user doit la conserver; que le vendeur doit garantir ce qu'il a vendu, quoique les conventions n'en expriment rien ».⁵¹⁷ Or, ces obligations découlant de l'équité naturelle seraient, dans la perspective de Pothier, qualifiées d'obligations relevant de l'essence du contrat (quant à l'obligation de l'associé de

⁵¹⁵ J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, in *Oeuvres complètes de J. Domat*, t. 1, J. Rémy éd., Paris, Alex-Gobelet Libraire, 1835, à la p. 134.

⁵¹⁶ Il n'est pas étonnant qu'on ne trouve pas l'équivalent du texte de Domat chez Pothier puisque le commentaire de Pothier se trouve sous l'intitulé « Des trois choses qu'on doit distinguer dans chaque contrat », alors que celui de Domat fait partie d'une section intitulée « Des engagements qui suivent naturellement des conventions, quoiqu'ils n'y soient pas exprimés ».

prendre soin de l'affaire commune et à celle de l'emprunteur de conserver la chose) ou d'obligation découlant de sa nature (quant à la garantie du vendeur). À la lecture de ce passage, on voit bien ce qui sépare Domat de Pothier. Chez Pothier, les obligations qui découlent de l'essence du contrat sont distinctes de celles qui découlent de sa nature, tandis que la distinction n'apparaît pas clairement chez Domat.

Nulle part dans son chapitre consacré aux conventions on ne trouve de commentaire permettant de conclure de façon certaine que Domat ait, comme Pothier, considéré que les obligations découlant de la nature du contrat aient été facultatives, que les contractants aient été totalement libres de les exclure du contrat. Pour tenter de déterminer quelle était la pensée de Domat à ce sujet, on peut avoir recours à ses observations relatives aux pactes qu'on peut ajouter aux conventions, particulièrement ceux touchant la garantie du vendeur. Il ne fait pas de doute que Domat ait jugé qu'il était possible de modifier les obligations qui découlent de la nature du contrat. L'extrait pertinent de son texte se lit comme suit : « [o]n peut changer les engagements naturels et ordinaires des conventions, et les augmenter ou diminuer, et même y déroger. Ainsi, dans les contrats de vente, dépôt, société et autres, les lois ont réglé de quelle manière l'un répond à l'autre de sa faute ou de sa négligence; mais on peut se charger plus ou moins du

⁵¹⁷ J. Domat, *supra* note 515 à la p. 134.

soin et de la diligence, selon qu'il en est convenu. Ainsi, le vendeur quoique naturellement obligé à la garantie, peut se décharger de tout garantie, autre que de son fait. Et ces conventions ont le fondement de leur équité sur les motifs particuliers des contractants. Ce vendeur, par exemple, est déchargé de la garantie, parce qu'il donne à un moindre prix. La liberté d'augmenter ou de diminuer les engagements, est toujours bornée à ce qui se peut dans la bonne foi [...] ».⁵¹⁸ De même, au titre de la vente, Domat reprend cette idée que la garantie est une suite du contrat de vente. La garantie peut être naturelle ou de droit puisque le vendeur y est obligé de droit. La garantie peut également être conventionnelle puisqu'on peut augmenter ou diminuer la garantie naturelle.⁵¹⁹ Au sujet des garanties conventionnelles, il précise que ces conventions « [...] ont leur justice sur ce qu'on achète plus ou moins cher, ou sur d'autres vues [...] ».⁵²⁰

On peut donc penser que Domat ne considérait pas que les contractants étaient complètement libres d'exclure les obligations découlant de la nature du contrat, qu'ils pouvaient les exclure dans la seule mesure où cette exclusion était équitable. Une telle position est d'ailleurs conforme à celle adoptée par les juristes ayant précédé Domat. Pour ceux-ci, les obligations découlant de la nature

⁵¹⁸ J. Domat, *supra* note 515 à la p. 140 et ss. Nous soulignons.

⁵¹⁹ Voir J. Domat, *supra* note 515 à la p. 181.

⁵²⁰ J. Domat, *supra* note 515 à la p. 182.

du contrat ne s'imposaient pas toujours aux parties, celles-ci pouvaient les modifier, mais elles devaient respecter la nature (la finalité) du contrat. La nature et la finalité du contrat étaient liées, comme l'a bien démontré le professeur Gordley : « The parties could set aside the terms natural to their contract by an express provision in the contract. The natural terms are means to the end of their contract and, as Thomas said, under particular circumstances the means most appropriate to an end will vary. Nevertheless, they could not do so in a way opposed to the nature of the contract itself. Thus, as Molina and Domat explained, the parties could agree that the seller would not be liable for undisclosed defects. They could do so, however, only if the seller reduced the price so as to preserve equality ».⁵²¹

Dans cette perspective, les obligations qui découlent de la finalité du contrat incluraient donc celles qui découlent de sa nature. Puisque les moyens utilisés pour réaliser une entente sont aussi variés que les situations dans lesquelles un contrat est formé, les parties seraient, en principe, tenues de toutes les obligations nécessaires à la réalisation de la finalité du contrat. Dans la mesure où les contractants respecteraient la finalité du contrat, ils demeureraient libres d'exclure les obligations qui découlent de sa nature, toute déviation de

⁵²¹ J. Gordley, *supra* note 19 à la p. 110.

celles-ci devant toutefois respecter la finalité du contrat.⁵²² À cet égard, la doctrine de Pothier illustre la réduction du rôle des obligations découlant de la nature du contrat qui s'est opérée au fil des siècles. En effet, celui-ci considérait que les obligations qui découlent de la nature du contrat pouvaient toujours être exclues. Il ne limitait pas l'exclusion à des circonstances particulières où la finalité du contrat était néanmoins préservée.

Les notions d'obligation essentielle et d'obligation découlant de la nature du contrat ont évolué au fil du temps; le sens qu'elles avaient à leur origine ne nous est pas très familier car leur évolution s'est accompagnée d'une réduction de leur importance dans la théorie du contrat. Pourtant, la notion de finalité du contrat telle qu'elle était conçue avant Pothier peut nous aider à donner un sens à l'article 1437 C.c.Q. En effet, dans leur conception du contrat, certaines clauses peuvent être contraires à sa finalité : nous dirions plutôt que le contrat peut être dénaturé.

ii. L'éclairage du droit allemand

La référence aux notions d'obligation essentielle et de dénaturation, dans le contexte du contrôle des clauses abusives, n'est pas unique au droit positif

⁵²² J. Gordley, *supra* note 19 aux pp. 64 et 110. De plus, les obligations qu'on pourrait qualifier d'accidentelles doivent également respecter la finalité du contrat.

québécois. Certains auteurs considèrent que l'article 1437 C.c.Q. tire sa source dans la doctrine de *fundamental term* ou de *fundamental breach* de la *common law*.⁵²³ À cet égard, nous ne croyons pas que le recours à la *common law* soit nécessaire. Non seulement cette source n'est pas mentionnée par le ministre de la Justice, mais elle ne nous apparaît pas particulièrement éclairante. Les notions de la *common law* ont été développées en réaction aux clauses limitatives de responsabilité et, en conséquence, elles sont difficilement applicables à d'autres types de clause.⁵²⁴ Par ailleurs, en raison de sa complexité, cette doctrine pose de

⁵²³ Voir, entre autres, P.-G. Jobin, « La révision du contrat par le juge dans le Code civil », *Mélanges G. Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, 399, à la p. 415 et ss.; B. Moore, *supra* note 506 à la p. 224-225.

⁵²⁴ Voir, à ce sujet, notamment D. Yates, *Exclusion Clauses in Contracts*, London, Sweet & Maxwell, 1982; O. Aikin, « Once more into the Breach. », (1968) 26 *Modern L.R.* 98; B. St. J. Collins, « Fundamental Breach and Exclusion Clauses », (1980) 31 *Northern Ireland L.Q.* 356; B. Coote, « The second Rise and Fall of Fundamental Breach », (1981) 55 *Australian L.J.* 788; F. Dawson, « Fundamental Breach of Contract », (1975) 91 *L.Q.R.* 381; L. Devlin, « The Treatment of Breach of Contract », (1966) *C.L.J.* 193; G.H.L. Fridman, « On the Nature of Contract », (1983) 17 *Valparaiso U.L.R.* 627; A.G. Guest, « Fundamental Breach of Contract », (1961) 77 *L.Q.R.* 99; D. Jenkins, « The Essence of the Contract », (1969) *C.L.J.* 251; L.W. Melville, « The Core of a Contract », *Modern L.R.* 26; A.W. Meyer, « Contracts of Adhesion and the Doctrine of Fundamental Breach », (1964) 50 *Vir. L.R.* 1179; J.L. Montrose, « Some Problems about Fundamental Terms », (1964) *C.L.J.* 66; B. Nicholas, « Rules and Terms - Civil Law and Common Law », (1974) 48 *Tul. L.R.* 946; M.H. Ogilvie, « Fundamental Breach Excluded but Not Extinguished : *Hunter v. Syncrude Canada* », (1990) 17 *Can. Business L.J.* 75; M.H. Ogilvie, « Jurisprudence », (1984) 62 *Can. B.R.* 389; F.M.B. Reynold, « Warranty, Condition and Fundamental Term », (1963) *L.Q.R.* 535.).

nombreux problèmes d'application qui ont amené le juge en chef Dickson, dans l'affaire *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltd.*, à dire qu'il était « fortement enclin à lui donner le coup de grâce ».⁵²⁵

En revanche, étant donné la similitude entre le texte de l'article 1437 C.c.Q. et celui de l'article 9 de la *Loi sur le règlement du droit des conditions générales du 9/12/1976*, le droit allemand peut contribuer à élucider le sens de l'article 1437 C.c.Q. Le parallèle entre les textes est frappant, ils se lisent comme suit :

Art. 1437 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

Art. 9 (1) Les dispositions des conditions générales d'affaires sont inefficaces lorsque, contrairement aux impératifs de la bonne foi, elles désavantagent le partenaire contractuel du stipulant de manière déraisonnable

(2) Dans le doute, il y a lieu d'admettre un désavantage déraisonnable lorsqu'une disposition

1. n'est pas compatible avec les idées fondamentales de la réglementation dont elle

⁵²⁵ « À cause de la complexité inutile engendrée par le principe de l'inexécution fondamentale, de l'incertitude en droit qu'elle produit et de la nature rudimentaire de ce principe comme moyen de prévenir l'inéquité, je suis fortement enclin à lui donner le coup de grâce et, au besoin, à recourir explicitement à la théorie de l'iniquité. À mon avis, il y a beaucoup à gagner à aborder directement la question de la protection des plus faibles contre l'exploitation des plus forts, plutôt que de s'en remettre au principe juridique artificiel de l'"inexécution fondamentale" » ([1989] 1 R.C.S. 426, à la p. 462).

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.

disposition

1. n'est pas compatible avec les idées fondamentales de la réglementation dont elle s'écarte, ou
2. limite des droits et obligations essentiels résultant de la nature du contrat de telle sorte que la réalisation du but contractuel est menacée.⁵²⁶

⁵²⁶ A. Rieg, « Les clauses abusives et la protection du consommateur - République Fédérale d'Allemagne », (1982) 34 R.I.D.C. 905, à la p. 926. D'autres traductions un peu différentes ont été proposées.

La traduction de D. Ben Abderrahmane (*infra* note 527 à la p. 165) se lit comme suit : « (1) Des clauses de conditions générales sont inefficaces si à l'encontre des exigences de la bonne foi elles désavantagent de manière inappropriée le cocontractant du stipulant. (2) dans le doute une stipulation est considérée comme créant un désavantage inapproprié : 1. Si elle est incompatible avec les idées fondamentales de la réglementation légale dont elle s'écarte, ou 2. Si elle restreint les droits et obligations essentiels résultant de la nature du contrat de telle sorte que la réalisation du but du contrat est menacée ».

M. Micklitz la traduit comme suit : (1) Des clauses de conditions générales sont inefficaces si elles « désavantagent de manière anormale le consommateur au mépris des principes de la bonne foi et de l'équité. (2) dans le doute, il convient de présumer qu'un tel préjudice anormal existe, dès lors qu'une disposition 1. n'est pas compatible avec les principes fondamentaux de la réglementation légale, à laquelle elle déroge, ou 2. restreint à un tel point les droits et obligations essentiels relevant de la nature du contrat, qu'il semble compromis que la finalité du contrat puisse être atteinte » (H. Micklitz, « La loi allemande relative au régime juridique des conditions générales des contrats du 9 décembre 1976 - Bilan de onze années d'application », (1989) R.I.D.C. 101, à la p. 111).

La structure des textes est comparable. Les deux textes définissent d'abord la clause abusive comme une clause qui désavantage (de façon excessive, déraisonnable ou inappropriée) l'une des parties contrairement aux exigences de la bonne foi; ils précisent ensuite qu'une telle clause est inefficace (nulle ou réductible). Dans les deux cas, on fait référence à l'obligation essentielle, à la nature du contrat et aux règles applicables au contrat. Alors qu'au Québec, la fin du deuxième alinéa – « la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci » – est considérée comme un exemple ou une illustration de la définition de la clause abusive, en Allemagne, on dit du second paragraphe qu'il avait pour objet de préciser le premier, considéré ambigu.⁵²⁷

À partir de solutions jurisprudentielles antérieures à l'adoption de l'article 9, la doctrine considérait que le premier alinéa du second paragraphe visait la clause qui n'était « pas compatible avec les idées fondamentales de la réglementation dont elle s'écarte » lorsqu'elle n'était pas conforme à l'esprit des règles supplétives normalement applicables au contrat.⁵²⁸ La jurisprudence

⁵²⁷ Voir A. Rieg, *supra* note 526 à la p. 928; N. Reich & H.-W. Micklitz, *Consumer Legislation in the Federal Republic of Germany*, New York, Van Nostrand Reinhold Co., 1981, à la p. 271; voir aussi D. Ben Abderrahmane, *Le droit allemand des conditions générales des contrats dans les ventes commerciales franco-allemandes*, Paris, L.G.D.J., 1985, à la p. 166.

⁵²⁸ Voir *supra* note 526.

relative à l'article 9 est allée plus loin : « les tribunaux ont pratiquement transformé le droit dispositif [supplétif] en droit impératif ».⁵²⁹ Dans cette perspective, on tend à considérer abusive la clause dès qu'elle déroge non pas à l'esprit de l'ensemble des règles applicables, mais à l'une d'elles.

La jurisprudence allemande n'a pas précisé le sens de l'expression « lorsqu'une disposition limite des droits et obligations essentiels résultant de la nature du contrat de telle sorte que la réalisation du but contractuel est menacée », qu'on trouve au second alinéa du second paragraphe. La doctrine a proposé diverses interprétations. Le professeur Rieg estime que cette partie de l'article est également une codification de la jurisprudence qui ne donnait pas d'effet aux clauses des contrats-type par lesquelles le stipulant limitait ou excluait sa responsabilité pour inexécution d'une « obligation fondamentale ».⁵³⁰ Une grande variété d'obligations étaient considérées fondamentales, par exemple « celle du dépositaire de ne remettre la marchandise déposée qu'à la personne juridiquement qualifiée pour la recevoir, ou celle du vendeur d'un véhicule automobile de faire procéder à la vérification du véhicule avant la livraison ». ⁵³¹ À ce sujet, les observations de Reich et Micklitz relatives au sens de l'obligation

⁵²⁹ Voir H.-W. Micklitz, *supra* note 526 à la p. 111.

⁵³⁰ Voir A. Rieg, *supra* note 526 à la p. 929.

essentielle résultant de la nature du contrat sont très différentes.⁵³² Elles s'inspirent d'une lecture de l'ensemble du paragraphe 2 de l'article 9. Dans l'esprit de ces auteurs, on peut déterminer des droits et obligations découlant de la nature d'un contrat innommé comparables à ceux prévus par les règles supplétives applicables aux contrats nommés.⁵³³ Ainsi, la seconde partie du paragraphe 2 requiert que soient identifiés les droits et obligations qui découlent d'un contrat innommé, pour ensuite évaluer si une clause « restreint à un tel point les droits et obligations essentiels relevant de la nature du contrat, qu'il semble compromis que la finalité du contrat puisse être atteinte ».⁵³⁴ Cette interprétation rejoint la position de M. Ben Abderrahmane qui, après avoir analysé le texte et les travaux

⁵³¹ Voir A. Rieg, *supra* note 526 à la p. 929 et ss.

⁵³² Voir N. Reich et H.-W. Micklitz, *supra* note 527 à la p. 271 : « The Act places two factors side by side : the essential basic ideas of the statutory regulation and the essential rights and duties that result from the nature of the contract. Thus, Art. 9, para. 2 AGBG assigns the non-cogent statutory provision a model function even if the term itself is not used. [...] The legislator's reference to the models of the Civil code cannot mean that the effectiveness of those provisions shall be renewed. Rather, the courts must continue standardising contracts in order to then bring out the individual rights and duties that are so important to each type of contract as to prevail over any amendment in standard form. Art. 9, para. 2 AGDG now lays down that in case of doubt in the event of any deviation from the model so developed an unfair injury should be assumed. ».

⁵³³ Ces obligations correspondent en partie aux obligations précédemment identifiées comme des obligations prétorienes supplétives.

⁵³⁴ L'expression est tirée de la traduction française que M. Micklitz propose dans un autre texte, voir *supra* note 526.

préparatoires, conclut que les deux paragraphes ne sont pas destinés à s'appliquer aux mêmes contrats : le premier sous-paragraphe régirait les contrats nommés tandis que le second viserait les contrats innommés.⁵³⁵

La transposition en droit québécois de la position allemande, voulant que les clauses modifiant l'« image directrice » que le droit supplétif donne des contrats nommés soient inefficaces, ferait en sorte que, dès qu'une clause est contraire aux obligations, légales ou prétoriennes, qui découlent de la nature du contrat, elle entraînerait sa dénaturation. Si cette interprétation était retenue, toutes les obligations découlant de la nature du contrat auraient un caractère obligatoire dans les contrats d'adhésion et de consommation, même si elles ont généralement, dans la théorie générale du contrat, un caractère supplétif. Cette interprétation semble confirmée par les *Commentaires* du ministre de la Justice qui, pour illustrer sa définition de la clause abusive, donne l'exemple de « la clause contraire au régime contractuel prévu par le législateur ».⁵³⁶ L'interprétation peut aller au-delà de cet exemple pour étendre au contrat innommé l'application de cette partie de l'article 1437 C.c.Q. : la clause contraire aux obligations découlant de la nature du contrat, telles qu'elles sont définies par les tribunaux, serait ainsi également considérée comme étant abusive. Cette

⁵³⁵ Voir D. Ben Abderrahmane, *supra* note 527 à la p. 181.

⁵³⁶ Voir le commentaire du ministre de la Justice relatif à l'article 1437 C.c.Q.

extension est indispensable, sans quoi il faudrait conclure que seuls les contrats nommés peuvent être dénaturés. Cette interprétation de l'article 1437 C.c.Q. ne devrait, toutefois, pas être retenue sans être nuancée, puisque si telle avait été l'intention du législateur, il n'aurait pas utilisé les expressions « obligation essentielle » et « dénature », mais simplement « obligation qui découle de la nature du contrat » ou « obligation prévue par le régime supplétif ».

iii. L'interprétation proposée

À partir de l'éclairage de l'histoire du droit et du droit allemand, l'obligation essentielle à laquelle fait référence l'article 1437 C.c.Q. pourrait être entendue comme une obligation découlant de la nature du contrat. D'autant plus que le texte de l'article 1437 C.c.Q. précise que les obligations essentielles « découlent des règles gouvernant habituellement le contrat ». En droit positif, les règles qui gouvernent les contrats sont impératives ou supplétives, la notion de règles gouvernant habituellement le contrat est inconnue. Or, il serait étonnant que des règles impératives puissent être considérées comme des « règles gouvernant habituellement le contrat », car elles gouvernent toujours le contrat. Par contre, tel pourrait être le cas des règles supplétives, car elles s'appliquent en l'absence de dispositions contraires ou incompatibles. Les notions de « règles gouvernant habituellement le contrat » et de règles supplétives ne sont donc pas en opposition. Cependant, puisque l'expression « règles gouvernant habituellement le contrat » ne renvoie pas d'emblée à la notion de « règles

supplétives », c'est cette expression qu'il aurait fallu employer, tout en précisant que ces règles peuvent être établies par les tribunaux.

L'article 1437 C.c.Q. pourrait se lire comme suit : «est abusive, notamment, la clause contraire aux obligations découlant de la nature du contrat qui dénature celui-ci». Cette lecture ne doit, toutefois, pas être comprise comme rendant impératives les obligations découlant de la nature du contrat, comme c'est le cas sous l'empire de la loi allemande. Les parties devraient conserver la liberté de les modifier dans la mesure où elles respectent un certain équilibre entre les prestations, tout comme elles pouvaient le faire selon les juristes ayant précédé Pothier.⁵³⁷ L'article 1437 C.c.Q. précise, en effet, que la clause est abusive lorsqu'elle est « si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci »;⁵³⁸ une clause

⁵³⁷ C'est d'ailleurs la solution adoptée par la Cour de cassation au sujet d'une clause exonérant le bailleur des troubles de fait provenant des co-locataires : « [cette clause] limitée à la catégorie des dégâts ci-dessus spécifiés, résultant d'une voie de fait des locataires, était licite comme ne constituant qu'une restriction à l'obligation légale imposée au bailleur d'assurer la jouissance du preneur, laquelle subsistait dans les autres cas non exclus par le bail » (Civ 1ère, 16 juillet 1951, D.1951,587). Voir aussi P. Jestaz, « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », *Mélanges Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz, 1985, 273, à la p. 282; Req. 19.02.1863, S. 1863.1.185 (annulation d'une clause ayant un caractère générale).

⁵³⁸ Nous soulignons.

éloignée des obligations essentielles n'est donc pas nécessairement abusive.⁵³⁹ Il faut encore s'interroger sur les effets de cette exclusion. Pour qu'une clause soit abusive, il faut qu'elle entraîne la dénaturation du contrat. Cette notion de dénaturation n'a pas un sens juridique particulier : elle semble être liée à l'idée du respect de la finalité du contrat, à l'équilibre des prestations. Ainsi, une clause excluant totalement et sans contrepartie une obligation découlant de la nature du contrat serait vraisemblablement abusive puisque le contrat ne serait alors pas le résultat d'un accord de volonté, mais le reflet de l'imposition de la volonté du plus fort au plus faible. Par contre, la clause pourrait être valide si elle limitait l'étendue d'une obligation découlant de la nature du contrat (par exemple, une garantie) en contrepartie d'une réduction des obligations de l'autre partie (par exemple, le paiement d'un prix moindre).

En conséquence, l'« obligation essentielle découlant des règles gouvernant habituellement » pourrait être comprise comme celle qui découle de la nature du contrat; et la clause « si éloignée » de cette obligation entraînerait la dénaturation du contrat lorsqu'elle aurait pour effet de faire de celui-ci un acte très déséquilibré. Cette idée se situe d'ailleurs dans le même esprit que la doctrine française actuelle qui estime que les interventions des tribunaux relativement aux

⁵³⁹ Pour sa part, le professeur V. Karim estime qu'une clause qui « [...] déroge anormalement à la nature du contrat ou à sa réglementation légale est présumée abusive » (*supra* note 410 à la p.

clauses de non-responsabilité sont motivées par le souci du respect d'un "minimum contractuel", par l'idée que le contrat doit correspondre aux attentes légitimes du créancier, qu'il ne peut être vidé de sa substance.⁵⁴⁰ De même, Josserand estimait que seule l'interprétation restrictive des clauses particulières (comme les clauses de non-garantie ou les pactes commissaires) était conforme à la nature du contrat.⁵⁴¹

200).

⁵⁴⁰ Voir G. Viney, *Les obligations - La responsabilité : effets*, Paris, L.G.D.J., 1988, n° 190, à la p. 259; D. Mazeaud, « La protection par le droit commun », *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris, Economica, 1998, 33, à la p. 45. Voir aussi C. Civ. 1ère, 23 février 1994, J.C.P. 1994, I, 3809 obs. G. Viney; D. 1995, 214, note N. Dion; (1994) R.T.D.C. 617, obs. P. Jourdain; C. Civ., 1ère, 15 novembre 1988, Bull. Civ., I, no. 318. C. Com., 15 novembre 1988, Bull. Civ., IV, no. 318; C. Civ., 1ère, 18 janvier 1984, J.C.P. 1985., II, 20372, obs. J. Mouly; (1984) R.T.D.C. 727, obs. J. Huet; C. Com., 22 octobre 1996, J.C.P. 1997, I, 4002, note M. Fabre-Magnan; D. 1997, 121, note A. Sériaux; D. 1997, somm.com., 175, obs. P. Delebecque; Defrénois, 1997, 333, obs. D. Mazeaud.

⁵⁴¹ Voir L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Paris, Dalloz, 1927, à la p. 163 et ss.

Paragraphe II – Le domaine de la sanction des clauses abusives

La clause abusive est, selon les termes de l'article 1437 du *Code civil du Québec*, une clause qui désavantage l'un des contractants d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi. Reste à savoir dans quelles conditions une clause sera qualifiée d'abusives (sous-paragraphe I). Bien que la définition ne comporte aucune précision à cet égard, elle a donné lieu à un débat doctrinal sur la nature des clauses visées : cet article permet-il de sanctionner une clause principale ou seulement les clauses accessoires ? Par ailleurs, comme le législateur précise que seules les clauses se trouvant dans des contrats de consommation ou d'adhésion peuvent être sanctionnées, on peut se demander quelle est la portée de cette restriction (sous-paragraphe II).

Sous-paragraphe I – Les clauses visées⁵⁴²

À la lecture de l'article 1437 du *Code civil du Québec*, rien ne porte à croire que seules les clauses accessoires d'un contrat puissent être considérées

⁵⁴² Il s'agit ici d'aborder les clauses visées par l'article 1437 c.c.Q. Le Code sanctionne également la clause pénale abusive : à ce sujet, voir *infra* l'introduction de ce paragraphe, à la p. 213 et ss.

comme étant abusives. Un important courant doctrinal propose, toutefois, de restreindre à ces clauses l'application de l'article 1437 C.c.Q.⁵⁴³ Les idées invoquées au soutien de cette position sont de deux ordres : d'une part, au niveau conceptuel, il faudrait distinguer la lésion de la clause abusive et, d'autre part, appliquer l'article 1437 C.c.Q. à des clauses principales serait contraire aux prescriptions de l'article 1405 C.c.Q., qui établit que la lésion ne vicie le consentement qu'à l'égard des mineurs et des majeurs protégés, outre les cas expressément prévus par la loi.

Au sujet de la distinction entre la lésion de la clause abusive, ces auteurs rappellent, justement, que la lésion constitue un déséquilibre portant sur

⁵⁴³ Voir J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *supra* note 330 no 98, à la p. 117 et ss.; J. Pineau, « Existence et limites de la discrétion judiciaire dans la formation et l'exécution du contrat », *Développements récents en droit commercial* (1996), Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1996, 1, à la p. 13 et ss.; P.-G. Jobin, « Les clauses abusives », (1996) 75 R. du B. can. 503; P.G. Jobin, « La stabilité contractuelle et le Code civil du Québec : un rendez-vous tumultueux », *Mélanges P.-A. Crépeau*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1997, 417. Voir aussi, L. Perret, « Une philosophie nouvelle des contrats fondée sur l'idée de justice contractuelle », (1980) 11 R.G.D. 537, à la p. 562; les remarques de cet auteur portaient sur le *Projet de Code civil* de l'O.R.C.C.; elles s'inscrivent donc dans la perspective, bien différente, où le droit positif aurait sanctionné la lésion. Voir, en droit français, J. Ghestin, *supra* note 288 à la p. 540 et ss. et J. Ghestin, *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français. Principes directeurs, consentement, cause et objet*, Montréal, Institut de droit comparé, Université McGill, 1982, à la p. 298 et ss.

l'ensemble du contrat ou encore un préjudice causé à la personne protégée.⁵⁴⁴ Jusque-là, on ne peut qu'être d'accord avec eux. Mais doit-on également accepter l'idée selon laquelle la clause abusive « [...] constitue une stipulation particulière, jugée léonine [...] » ?⁵⁴⁵ Plusieurs auteurs ne le croient pas. Ceux qui rejettent cette idée estiment que la définition de la clause abusive devrait plutôt permettre de sanctionner toutes les clauses qui correspondent à la définition.⁵⁴⁶ Cette position s'appuie, en partie, sur l'importance de l'affirmation de la bonne foi, aux articles 6 et 1375 C.c.Q., qui suggère une interprétation aussi large que possible de l'article 1437 C.c.Q.

Par ailleurs, M. Moore soutient que les deux notions doivent être distinguées puisque le législateur était conscient de leurs différences.⁵⁴⁷ Il fonde son raisonnement, d'abord, sur le fait que l'*Avant-projet* sanctionnait à la fois la lésion et la clause abusive. À ce sujet, notons simplement que la sanction des

⁵⁴⁴ J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *supra* note 330 no 98, à la p. 117 et ss.

⁵⁴⁵ J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *supra* note 330 no 98, à la p. 117 et ss.

⁵⁴⁶ Voir A. Popovici, *supra* note 506 à la p. 150 et ss.; N. Vézina, « Réactions judiciaires à quelques nouveautés du droit des obligations », *Développements récents en droit civil* (1995), Cowansville, Service de la formation permanente du Barreau du Québec - Les éditions Yvon Blais, 1995, 71, à la p. 96; N. Croteau, « L'intervention du tribunal dans les contrats », *Développements récents en droit des contrats* (2000), Cowansville, Service de la formation permanente du Barreau du Québec - Les éditions Yvon Blais, 2000, 1, à la p. 21.

clauses abusives venait alors ajouter à la protection dont pouvait, parfois, jouir le contractant, puisque la notion de clause abusive était plus large que celle de lésion. Pour démontrer que le législateur fait la distinction entre les deux notions, il ajoute, ensuite, que le *Projet de loi 125* ne contenait pas la disposition relative à la lésion alors que celle portant sur les clauses abusives y était conservée. Or, à l'égard de la lésion, ce projet contenait une disposition précisant que la lésion n'était pas, en principe, sanctionnée (art. 1405 C.c.Q.). La lésion dont il s'agissait correspondait au concept traditionnel, à la lésion objective. Dans cette perspective, la qualification des clauses « lésionnaires » comme « abusives », lorsqu'elles entraînent un désavantage excessif allant à l'encontre de la bonne foi, aurait certes été plus facilement admissible au niveau conceptuel. Toutefois, lors des travaux parlementaires, la définition qu'on trouve dorénavant à l'article 1406 C.c.Q. a été ajoutée. L'incorporation de cet article, sans égard à la logique de l'ensemble des dispositions relatives au contrat, a eu pour effet de semer le doute. Sans celui-ci, en effet, on ne concevrait pas la lésion à partir de l'idée d'exploitation, mais de manière traditionnelle, à partir du déséquilibre objectif.

La critique de l'interprétation de l'article 1437 C.c.Q., selon laquelle les clauses principales peuvent être sanctionnées, est également fondée sur l'effet qu'aurait cette interprétation. Selon Jobin et Baudouin, « [e]lle viderait l'article

⁵⁴⁷ Voir B. Moore, *supra* note 506 note *infra* paginale no. 224, à la p. 223.

1405 C.c. de tout son sens dans les contrats d'adhésion et irait à l'encontre de l'intention du législateur. On en viendrait ainsi à restreindre considérablement l'expression "outre les cas expressément prévus par la loi" de l'article 1405 ». ⁵⁴⁸

À ce sujet, deux précisions semblent essentielles : ces auteurs semblent tenir pour acquis que l'intention du législateur était de ne pas sanctionner les clauses principales, peu importe la formulation du texte de l'article 1437 C.c.Q.; et bien qu'ils appuient, par ailleurs, comme nous l'avons vu, leur position sur la distinction entre la lésion et la clause abusive, ils ignorent cette distinction. Le domaine de l'article 1405 C.c.Q. est la lésion : cet article prévoit que la lésion n'est pas, en principe, un vice du consentement. Pour le comprendre, il faut lire l'article 1406 alinéa 1 C.c.Q. qui, en définissant la lésion, précise ce qui n'est pas sanctionné. Ainsi, outre les cas expressément prévus par la loi, une disproportion importante entre les prestations des parties – qui résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre – ne vicie le consentement qu'à l'égard des mineurs et des majeurs protégés. L'article 1405 C.c.Q. ne fait pas référence à la clause abusive, c'est-à-dire, à la « 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 ». Même si les liens entre le déséquilibre et le désavantage et entre l'exploitation et la bonne foi sont indéniables, il ne fait pas de doute que la lésion

⁵⁴⁸ J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *supra* note 330 no 98, à la p. 116. Voir aussi D. Lluellas, *supra*

et la clause abusive sont des notions que le législateur a conçues différemment. Les distinctions entre elles ne se situent pas, toutefois, dans l'opposition accessoire / principale mais à d'autres niveaux. Par exemple, le professeur Popovici, qui n'est pas opposé à l'idée que le texte de l'article 1437 C.c.Q. permette de sanctionner les ententes lésionnaires, souligne une des véritables distinctions existant entre la lésion et la clause abusive : la première est un vice du consentement alors que la seconde relève de la force obligatoire et du contenu du contrat.⁵⁴⁹ La clause abusive se distingue à cet égard de la lésion puisque le juge peut en apprécier les effets, aussi bien au moment où elle a pris naissance – lors de la formation du contrat – qu'au moment où elle est mise en oeuvre. Une clause, de prime abord, non abusive peut prendre ce caractère en fonction des circonstances dans lesquelles elle est appelée à s'appliquer. Une même clause peut donc être jugée abusive ou non, selon le contexte de son application.⁵⁵⁰ Si, toutefois, la clause n'est pas elle-même abusive mais que son application produit des résultats abusifs, le rétablissement de l'équilibre entre les parties devrait plutôt

note 330 no 901 à la p. 509.

⁵⁴⁹ Popovici *supra* note 506 à la p. 151.

⁵⁵⁰ Voir J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *supra* note 330 no 105, à la p. 123; V. Karim, *supra* note 410 à la p. 200; Lefebvre, B., « La bonne foi: notion protéiforme », (1996) 26 R.D.U.S. 321, à la p. 353.

être fondé sur l'abus de droit.⁵⁵¹ La sanction des clauses abusives et celle de l'abus de droit, ou de la lésion, sont théoriquement distinctes. La première porte sur des stipulations qui ont un caractère abusif alors que la seconde s'attache à évaluer la manière dont un droit – qui n'a pas nécessairement un caractère abusif – est exercé. Les deux notions se rejoignent lorsqu'une clause abusive est exercée de façon abusive.⁵⁵²

L'interprétation de l'article 1437 C.c.Q. devrait être fondée sur son texte. Comme le souligne la professeure Lefebvre, le libellé de cet article n'est pas restrictif, « [i]l n'est aucunement indiqué à cet article que la clause traitant de la contrepartie ne peut être qualifiée d'abusive ».⁵⁵³ Nous croyons également que

⁵⁵¹ Voir N. Vézina, N., « Réactions judiciaires à quelques nouveautés du droit des obligations », *Développements récents en droit civil (1995)*, Cowansville, Service de la formation permanente du Barreau du Québec - Les éditions Yvon Blais, 1995, 71, à la p. 95 et ss.

⁵⁵² J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *supra* note 330 no 100, à la p. 118 et ss.

⁵⁵³ B. Lefebvre, *supra* note 10 à la p. 246, voir aussi S. Guillemard, « Les clauses abusives et leur sanction : la quadrature du cercle », (1999) R.du B. 369, aux pp. 377 et 379 et C. Valcke, « The Unhappy Marriage of Corrective and Distributive Justice in the New Civil Code of Quebec », (1996) 46 U. of Toronto L.J. 439, à la p. 541. La position de la professeure Valcke n'est pas aussi claire : elle écrit que l'article 1437 C.c.Q. « [...] makes equivalence in exchange a requirement of a valid contract in certain circumstances ». On peut donc penser qu'elle n'exclut pas la possibilité que l'article 1437 C.c.Q. permette de sanctionner la lésion. Par ailleurs, celle-ci présente une critique du texte de cet article en s'appuyant sur l'idée selon laquelle il serait fondé sur la notion de justice distributive. Cette opinion ne nous paraît pas admissible au regard des notions de justice

l'absence de restriction quant à la nature des clauses visées doit être respectée, d'autant plus que cet article est destiné à faire régner une certaine justice contractuelle. On ne peut pas, en effet, exclure de son domaine les stipulations principales en invoquant l'intention du législateur puisque celui-ci n'a aucunement manifesté cette intention. Cette position fait également fi de l'article 1438 C.c.Q. qui prévoit pourtant que la nullité d'une clause peut entraîner la nullité du contrat lorsque celui-ci doit être considéré comme un tout indivisible.⁵⁵⁴ La clause véritablement accessoire peut difficilement avoir cet effet. En droit européen, la situation est tout autre puisque les législateurs ont spécifié 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 ».⁵⁵⁵

distributive et de justice commutative que nous avons présentées *supra* chapitre I, Titre I, à la p. 17 etss. Sur la distinction entre ces deux notions, voir, entre autres, S.A. Smith, *supra* note 182.

⁵⁵⁴ Article 1438 C.c.Q. : « La clause qui est nulle ne rend pas le contrat invalide quant au reste, à moins qu'il n'apparaisse que le contrat doive être considéré comme un tout indivisible. Il en est de même de la clause qui est sans effet ou réputée non écrite. ».

⁵⁵⁵ Voir l'alinéa 7 de l'art. L132-1 *supra* note 438. Ce texte correspond au deuxième alinéa de l'art. 4 de la directive européenne (*supra* note 437) et à l'art. 6 al. 2 de la loi anglaise (*supra* note 439) qui se lit comme suit : « [i]n so far as it is in plain intelligible language, the assessment of fairness of a term shall not relate - (a) to the definition of the main subject matter of the contract, or (b) to the adequacy of the price or remuneration, as against the goods or services supplied in exchange. ».

Enfin, malgré les critiques qu'elle suscite, l'interprétation large de l'article 1437 C.c.Q. a été adoptée, dans certains cas, par les tribunaux. On ne trouve, certes, pas un grand nombre de décisions ayant sanctionné des stipulations principales en raison de leur caractère abusif, mais on n'en trouve aucune ayant refusé, pour ce motif, d'appliquer l'article 1437 C.c.Q. à de semblables stipulations.⁵⁵⁶

L'idée d'équilibre lie les notions de clause abusive et de lésion, dans la mesure où elles sont toutes deux utilisées afin que se réalise l'équilibre des prestations contractuelles. Bien qu'elles fassent l'objet de dispositions législatives distinctes, les deux notions sont si étroitement liées que les tribunaux font parfois référence aux deux notions simultanément.⁵⁵⁷ L'interprétation large de l'article 1437 C.c.Q. permettrait de réviser les contrats pour cause de lésion. La portée de cette interprétation est, toutefois, limitée par le premier alinéa de l'article, qui précise que seules les clauses se trouvant dans des contrats de consommation ou d'adhésion peuvent être sanctionnées. Or, la lésion est, par

⁵⁵⁶ *Brutus c. Joseph*, (1996) R.J.Q. 2619 (C.S.); *Fédération des médecins résidents du Québec c. Université de Montréal*, (1994) R.J.Q. 1650 (C.S.), inf. pour d'autres motifs par (1997) R.J.Q. 1832 (C.A.); *Le c. Le*, (1994) R.J.Q. 1058 (C.S.); *Services financiers Avco Canada Ltée. c. Boudreau*, B.E. 97BE-423 (C.Q.).

ailleurs, déjà sanctionnée par la *Loi sur la protection du consommateur*, restent donc, essentiellement, les contrats d'adhésion.

*Sous-paragraphe II – Les contrats visés*⁵⁵⁸

Pour déterminer quels sont les contrats visés par l'article 1437 du *Code civil du Québec*, il faut consulter les articles 1378 et 1384 C.c.Q. qui définissent respectivement le contrat d'adhésion et le contrat de consommation. La notion de contrat de consommation ne soulève pas beaucoup de questions. La définition qu'en donne le code est un peu différente de la notion qui découle de la *Loi sur la protection du consommateur*, mais sa portée demeure limitée.⁵⁵⁹

⁵⁵⁷ Voir, entre autres, *Crédit Trans-Canada ltée. c. McClemens*, *supra* note 268; *Crédit Trans-Canada ltée. c. Prévost*, (1995) R.J.Q. 977 (C.Q.); *Société financière Speedo (1993) ltée c. Denis*, C.S. Montréal 500-05-040593-988, 1998-09-01, B.E. 98BE-1114.

⁵⁵⁸ Il s'agit ici d'aborder les contrats visés par l'article 1437 C.c.Q. Le Code sanctionne également la clause abusive qui se trouve dans un bail de logement : à ce sujet, voir *infra* l'introduction de ce paragraphe.

⁵⁵⁹ Cette notion a fait l'objet de nombreuses études. Voir, entre autres, P.-C. Lafond, « Contours et ramifications de la nouvelle définition du contrat de consommation du Code civil du Québec », (1996) 56 R. du B. 569; N. L'Heureux, *supra* note 282; C. Masse, *supra* note 356; P.B. Meunier, *supra* note 285; S. Normand, « Le Code et la protection du consommateur », (1988) 29 C. de D. 1063; L. Perret, « L'incidence de la nouvelle loi sur la protection du consommateur sur le droit positif des contrats et perspectives de réforme du code civil », (1985) 15 R.D.U.S. 251; D Jacoby, « Rapport sur la consommation et la formation du contrat en droit québécois », (1973) XXV *Travaux de l'association Henri Capitant* 71.

Par contre, la définition du contrat d'adhésion est nouvelle. L'article 1379 alinéa 1 C.c.Q. se lit comme suit : « [l]e contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées ». Compte tenu de la diversité des définitions proposées par la doctrine ou élaborées par la jurisprudence, l'article 1379 C.c.Q. a été élaboré pour préciser la portée des articles s'appliquant aux contrats d'adhésion.⁵⁶⁰ La plupart des tribunaux tiennent compte de l'article 1379 C.c.Q. lorsqu'ils s'interrogent sur le caractère abusif ou non d'une clause. Certains semblent, toutefois, se fonder sur d'autres définitions du contrat d'adhésion. Par exemple, dans la décision *Huel c. Décalcomanie Beaver inc.*, le tribunal précise qu'un contrat sera plus aisément qualifiable de contrat d'adhésion lorsque ses clauses sont standardisées, ou que le stipulant détient un pouvoir plus

⁵⁶⁰ Sur la notion de contrat d'adhésion, voir, entre autres, R. Saleilles, *De la déclaration de volonté*, Paris, F. Pichon éd., 1901, à la p. 228 et ss.; G. Dereux, « De la nature juridique des "contrats d'adhésion" », (1910) R.T.D.C. 503; G. Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1976; P.-A. Crépeau, « Contrat type et contrat d'adhésion », *Rapport général au VIII^e Congrès de droit comparé, Mélanges Louis Baudouin*, Montréal, P.U.M., 1974, 67; A. Popovici, « Les contrats d'adhésion: un problème passé », *Mélanges Louis Baudouin*, Montréal, P.U.M., 1974, 161.

ou moins monopolistique, ou enfin si l'objet est généralement offert au public.⁵⁶¹ Or, aucun de ces critères n'a été retenu par le législateur. Comme le souligne la professeure Vézina, certains éléments absents du texte de l'article 1379 C.c.Q. peuvent, néanmoins, être pertinents. Elle mentionne, entre autres, « [...] le fait que le contrat s'impose à une partie pour des raisons de nécessité, ou encore que l'identité de son contractant s'impose à elle en raison d'une situation de monopole [...] ».

Pour cerner la portée de l'article 1379 C.c.Q., il est essentiel de s'interroger sur le sens qu'il faut donner à l'expression « stipulations essentielles » et à l'absence de libres discussions. Plus précisément, il faut se demander quelles sont les stipulations pouvant être considérées essentielles (i); puis dans quelles circonstances on peut conclure que les stipulations essentielles ne pouvaient être librement discutées (ii).

i. Les stipulations essentielles

La première constatation qui s'impose lorsque l'on s'interroge sur le sens de l'expression « stipulations essentielles », qui se trouve à l'article 1379 C.c.Q.,

⁵⁶¹ C.S. Montréal 500-05-019380-961, 1997-02-24, J.E. 97-727, (1997) A.Q. no 629.

est que la qualification du contrat d'adhésion repose sur l'imposition de stipulations essentielles et non d'éléments purement secondaires ou accessoires.

La notion de « stipulation essentielle » est une notion connue, à laquelle on fait généralement référence lorsqu'il s'agit de procéder à la qualification des contrats.⁵⁶² Ainsi, sont essentielles les stipulations sans lesquelles le contrat ne peut subsister. Le *Code civil du Québec*, reprenant en partie le *Code civil du Bas Canada*,⁵⁶³ ne contient que deux références à des obligations essentielles à tel ou tel contrat nommé.⁵⁶⁴ À partir des définitions que le *Code civil du Québec* nous donne des contrats nommés, on peut néanmoins découvrir leurs stipulations

⁵⁶² Voir *supra* Sous-paragraphe I, iii. la clause qui dénature le contrat, à la p. 244 et ss.

⁵⁶³ Le C.c.Q. a modifié les articles suivants du C.c.B.C.: art. 777 « Il est de l'essence de la donation [...] que le donateur se désaisisse actuellement de son droit de propriété [...] »; art. 1795 « Il est de l'essence du dépôt simple qu'il soit gratuit »; art. 1830 « Il est de l'essence du contrat de société qu'elle soit pour le bénéfice commun des associés [...] »; art. 1911 « La rente [...] Lorsqu'elle est en perpétuel, elle est essentiellement rachetable [...] »; art. 2613 « Le risque de perte ou de détérioration de la chose par sinistre ou fortune de mer est de l'essence du contrat d'assurance maritime ».

⁵⁶⁴ « Il est de l'essence de toute créance constatée dans un titre au porteur émis par un débiteur, qu'elle puisse être cédée par la simple tradition [...] » (art. 1647 C.c.Q.) et « La remise du bien est essentielle pour que le contrat de dépôt soit parfait [...] » (art. 2281 C.c.Q.). Notons qu'il ne s'agit pas de contrats consensuels, mais de contrats réels dont la formation requiert l'accomplissement de la formalité essentielle.

essentielles.⁵⁶⁵ L'identification de ces stipulations sert d'abord à qualifier le contrat, afin de déterminer le régime juridique qui s'y applique et, en conséquence, les droits et obligations des parties.⁵⁶⁶ Malgré la qualification du contrat par les parties, l'absence de l'une des obligations essentielles à un contrat donné entraîne, en principe, l'impossibilité de qualifier comme tel le contrat. On ne peut, par exemple, qualifier de vente le transfert gratuit de propriété, car les obligations essentielles de ce contrat correspondent à celles de la donation. Le contrat qualifié de vente n'est pas, en conséquence, nul, mais il fera l'objet d'une requalification.⁵⁶⁷

On peut également concevoir la notion de stipulation essentielle à partir de la constatation factuelle de son caractère indispensable. Ainsi, en principe, l'accord sur les éléments accessoires, comme les modalités de paiement, n'est pas

⁵⁶⁵ Par exemple: la donation (art. 1806 C.c.Q), le crédit-bail (art. 1842 C.c.Q), le louage (art. 1851 C.c.Q), l'affrètement (art. 2001 C.c.Q), le contrat de travail (art. 2085 C.c.Q), le contrat d'entreprise ou de services (art. 2098 C.c.Q), le contrat de société (art. 2186 C.c.Q), le dépôt (art. 2280 C.c.Q), le prêt (art. 2312 C.c.Q), le cautionnement (art. 2333 C.c.Q), le contrat constitutif de rente (art. 2367 C.c.Q), le contrat d'assurance (art. 2389 C.c.Q), la convention d'arbitrage (art. 2638 C.c.Q.), etc.

⁵⁶⁶ Voir J. Ghestin, *Les obligations, Le contrat: les effets du contrat*, avec le concours de M. Billau, Paris, L.G.D.J., 1992, à la p.72; F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Paris, L.G.D.J., 1957, à la p. 12.

⁵⁶⁷ Voir, par exemple, *Southern Canada Power Co. Ltd. c. Dubois*, (1944) C.S. 54, à la p. 55.

une stipulation essentielle⁵⁶⁸ mais, pour les parties, cet élément peut néanmoins être essentiel à la formation du contrat projeté. Dans une étude intitulée *La reconnaissance par le juge de l'existence du contrat*, Mme Anne Laude a constaté que « [l]a règle de l'autonomie de la volonté conduit à permettre aux parties d'ériger en élément essentiel à leur accord des éléments qui, par nature, n'auraient pas ce caractère ».⁵⁶⁹ Dans cette perspective, « [u]n élément peut être essentiel quant à l'existence du contrat et accessoire quant à sa qualification »⁵⁷⁰, étant donné qu'en l'absence de ces obligations accessoires, les parties ne se seraient pas engagées. Dans cette perspective, il est impossible de prédéterminer toutes les stipulations essentielles; seront qualifiées d'essentielles les stipulations indispensables à la réalisation du but commun des parties, telles qu'elles apparaissent de la volonté implicite des parties.

Dans le même esprit, le professeur Aubert définit ainsi les éléments essentiels d'un contrat projeté : « [l]a condition substantielle est un élément non essentiel du contrat, qui prend une importance particulière aux yeux des parties. En quelque sorte, la volonté de celles-ci "essentialise" un élément de la relation

⁵⁶⁸ Voir, par exemple, l'article 1708 C.c.Q.

⁵⁶⁹ A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence du contrat*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1992, à la p. 258.

⁵⁷⁰ G. Goubeaux, *La règles de l'accessoire en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1969, à la p. 213.

contractuelle envisagée, en énonçant que le contrat ne saurait se former sans accord à son sujet. [...] Cela dit, il convient de se demander si, [...] il faut, pour qu'il y ait condition substantielle, que cet élément revête une égale importance aux yeux de toutes les parties à la convention. [...] il faut, du moins, que cet élément important pour l'offrant soit connu de l'acceptant ».⁵⁷¹ Cette notion d'élément essentiel se retrouve dans le critère relatif à la suffisance du contenu de l'offre qui avait été dégagé par la doctrine⁵⁷² et qui est codifié à l'article 1388 C.c.Q. Le législateur y spécifie que l'offre est une proposition contenant tous les éléments essentiels du contrat projeté.

La notion d'éléments essentiels rejoint celle de « stipulations essentielles » qu'on trouve dans la définition du contrat d'adhésion à l'article 1379 C.c.Q. En effet, le commentaire du ministre spécifie que la qualification de ce contrat repose sur « l'imposition de stipulations essentielles et non point d'éléments purement secondaires ou accessoires ». Elle rejoint également l'opinion du professeur Jobin, qui considère que « [l']expression "stipulations essentielles" ne devrait pas être entendue dans son sens strict (dans le cas de la vente par exemple, il s'agirait du prix et du transfert de propriété de l'objet), mais devrait être interprétée comme

⁵⁷¹ J.-L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1970, à la p. 270-1.

désignant les stipulations *déterminantes* – comme l'élément déterminant d'un vice du consentement – , voire les stipulations importantes, ce qui inclurait par exemple la garantie de qualité donnée par le vendeur ».⁵⁷³

Nous croyons que c'est ainsi que devrait être comprise la référence à la stipulation essentielle qu'on trouve à l'article 1379 C.c.Q. La première conception des stipulations essentielles que nous avons mentionnée nous semble, en effet, trop restrictive dans le cadre de l'application de l'article 1379 du *Code civil du Québec*.⁵⁷⁴ Si elle était adoptée, les contrats qui correspondent à la plupart des définitions du contrat d'adhésion ne pourraient pas être qualifiés de contrat d'adhésion au sens de l'article 1379 C.c.Q. Dès que la stipulation essentielle au sens classique pourrait faire l'objet de négociation, le contrat serait un contrat de gré à gré. Ainsi, dans un contrat de vente, si les parties ont négocié le prix – l'une des stipulations essentielles – le contrat serait de gré à gré, même si toutes les autres clauses du contrat étaient imposées à l'une des parties. Or, ce qui distingue généralement le contrat d'adhésion du contrat de gré à gré, c'est l'imposition d'un régime contractuel par l'une des parties à l'autre.

⁵⁷² Voir, notamment, J. Pineau & D. Burman, *Théorie des obligations*, 2ème éd., Montréal, Thémis, 1988, à la p. 52.

⁵⁷³ P.G. Jobin, *supra* note 543 à la p. 511.

⁵⁷⁴ En ce sens, voir, J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *supra* note 330 no 51, à la p. 70.

ii. L'absence de libre discussion

La quasi totalité des contrats commerciaux correspondent à au moins l'une ou l'autre des situations décrites à l'article 1379 C.c.Q., c'est-à-dire qu'ils comportent des stipulations essentielles imposées par l'une des parties, rédigées par l'une des parties, rédigées pour le compte de l'une des parties, ou encore rédigées suivant les instructions de l'une des parties.⁵⁷⁵

Les situations dans lesquelles on retrouve un contrat dont la rédaction n'est pas l'œuvre commune des parties sont nombreuses : l'article 1379 C.c.Q. mentionne que le contrat peut avoir été rédigé par l'une des parties elle-même, pour son compte ou selon ses instructions. À ces hypothèses, on peut, toutefois, se demander s'il faut ajouter celle du contrat réglementé. En principe, ce contrat étant l'œuvre du législateur, il n'est pas imposé à l'une des parties par l'autre et n'est pas rédigé par l'une d'elles. De plus, la décision de réglementer un contrat est parfois motivée par un souci de protéger l'une des parties.⁵⁷⁶ Dans cette hypothèse, la qualification du contrat comme étant un contrat d'adhésion ne présenterait aucun avantage particulier. Par contre, lorsque le législateur ne

⁵⁷⁵ J. H. Gagnon, « Le contrat d'adhésion sous le Code civil du Québec », *Développements récents en droit commercial* (1995), Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1995, 1, à la p. 13.

⁵⁷⁶ En ce sens, voir, J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *supra* note 330 no 51, à la p. 71.

réglemente pas le contrat dans ce but ou lorsqu'il est lui-même partie au contrat, la qualification du contrat réglementé comme un contrat d'adhésion pourrait être admissible. Selon un auteur, bien que ce contrat soit rédigé par une tierce personne, le législateur, on peut penser qu'il est rédigé « pour le compte de l'une des parties », même s'il s'impose à toutes les parties.⁵⁷⁷ Certains arrêts ont également adopté cette position.⁵⁷⁸ On peut penser que le contrat réglementé est considéré comme un contrat d'adhésion parce que sa rédaction n'est pas l'œuvre des parties et surtout, et c'est peut-être là un élément décisif, parce que ses stipulations essentielles ne peuvent faire l'objet d'une libre discussion.⁵⁷⁹

⁵⁷⁷ Nous reprenons les termes de l'article 1379 c.c.Q. Voir, à ce sujet, N. Croteau, *supra* note 546 à la p. 9.

⁵⁷⁸ Voir, entre autres, *Boless inc. c. Résidence Denis-Marcotte*, C.S. Frontenac (Thetford Mines) 235-05-000062-951, 1995-09-20, J.E. 95-1890; *Univers Gestion multi-voyages inc. c. Air Club international inc.*, C.S. Terrebonne (Saint-Jérôme) 700-05-000341-952, 1997-02-20, J.E. 97-772; *Audet c. Jetté*, C.S. Terrebonne (Saint-Jérôme) 700-05-001216-955, 1998-09-18, J.E. 98-2097; *Autobus Johanaise inc. c. Société de transport de la Rive-Sud de Montréal*, C.S. Longueuil 505-05-001646-964, 1998-09-28, J.E. 99-145. Voir, *contra*, *Brutus c. Joseph*, (1996) R.J.Q. 2619 (C.S.); *Québec (Procureur général) c. Nicolas*, (1996) R.J.Q. 1679 (C.S.).

⁵⁷⁹ Voir J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *supra* note 294 no 25 à la p. 50; J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *supra* note 330 no 51, à la p. 70; D. Lluelles, *supra* note 330 no 188, à la p. 90.

De prime abord, le contrat-type semble également être visé par l'article 1379 C.c.Q., mais ce n'est pas nécessairement le cas.⁵⁸⁰ Ainsi, si les parties ont véritablement eu la possibilité de discuter librement des stipulations essentielles, le contrat-type ne pourra pas être qualifié de contrat d'adhésion. On peut, en effet, imaginer un contrat-type – c'est-à-dire un écrit préparé à l'avance et destiné à servir de modèle, tel le contrat d'assurance – que les parties sont libres de modifier à leur guise, contrairement au contrat d'adhésion.

Tout contrat peut être qualifié de contrat d'adhésion s'il est l'œuvre de l'une des parties et que l'autre partie ne pouvait pas librement discuter de ses stipulations essentielles. L'élément déterminant de cette qualification est l'existence d'une possibilité pour l'autre partie de discuter librement des stipulations essentielles.⁵⁸¹ Ainsi, même si un contrat est rédigé unilatéralement

⁵⁸⁰ Voir J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *supra* note 294 no 25 à la p. 50; J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *supra* note 330 no 51, à la p. 70; D. Lluelles, *supra* note 330 no 190, à la p. 91; *Commission des normes du travail c. Camions international Élite ltée*, [2000] R.J.Q. 1641, [2000] R.J.D.T. 565 (C.Q.), J.E. 2000-1035, D.T.E. 2000T-473.

⁵⁸¹ L'absence de possibilité de libre discussion conjuguée à la rédaction du contrat par l'une des parties fait du contrat un contrat d'adhésion. Pour des illustrations, voir *Location du cuivre ltée c. Construction Cardel inc.*, C.Q. Rouyn-Noranda (Rouyn) 600-32-000111-948, 1995-01-20, J.E. 95-492; *Électronique Norje inc. c. McNicoll*, C.Q. Trois-Rivières 400-02-001413-960, 1997-06-19, J.E. 97-1778, D.T.E. 97T-1070; *Groupe Commerce (Le), compagnie d'assurances c. Bokobza*, C.S. Montréal 500-05-005753-957, 1997-11-21, J.E. 98-297; *Société de transport de la Rive-Sud de Montréal c. 158880 Canada inc.*, [2000] R.J.Q. 1332 (C.Q.), J.E. 2000-811.

par l'une des parties, si l'autre a eu l'occasion de discuter des stipulations, le contrat est considéré de gré à gré.⁵⁸²

La condition relative à la libre discussion s'applique aussi bien au contrat rédigé par l'une des parties – pour son compte ou selon ses instructions – qu'au contrat imposé par l'une des parties. Plusieurs décisions ne précisent pas laquelle des parties a rédigé le contrat; elles s'attachent à analyser si le contrat a été imposé à l'une des parties par l'autre et si la possibilité de discuter des stipulations essentielles existait. En l'absence de preuve relative à l'impossibilité de discussion, le contrat est considéré comme un contrat de gré à gré.⁵⁸³ Par contre, s'il est établi que l'une des parties devait accepter le contrat sans pouvoir discuter de ses stipulations essentielles, le contrat est d'adhésion.⁵⁸⁴

⁵⁸² Voir *Entreprises L.T. ltée c. Aubut*, [1995] R.L. 110 (C.Q.), J.E. 94-748; *Services immobiliers Pierre Leblanc inc. c. Bouchard*, C.Q. Laval 540-22-003201-984, 1999-11-29, J.E. 2000-140.

⁵⁸³ Voir, par exemple, *Place Fleur de lys c. 2958-8696 Québec inc.*, C.S. Québec 200-05-000969-944, 1995-07-10, J.E. 95-1622; *Mathieu c. Rénaud Mathieu inc.*, [2000] R.J.Q. 274, [2000] R.J.D.T. 91 (C.S.).

⁵⁸⁴ Voir, par exemple, *Mc Andrew c. Supermarché Tassé ltée*, C.Q. Hull 550-32-001661-963, 1996-10-07, J.E. 96-2308.

Selon un auteur, l'article 1379 C.c.Q. soulève certaines questions en raison de ce qu'il considère comme une divergence entre les versions anglaise et française du texte :⁵⁸⁵

Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées.

A contract of adhesion is a contract in which the essential stipulations were imposed or drawn up by one of the parties, on his behalf or upon his instructions, and were not negotiable.

Cet auteur se demande si la possibilité d'une simple discussion – au sens courant – au sujet des stipulations essentielles est suffisante, ou si cette discussion doit pouvoir conduire à la modification des stipulations. Il adopte une interprétation restrictive de cet article : le contrat serait, selon lui, de gré à gré lorsqu'il a été rédigé par l'une, puis présenté à l'autre « qui a pu en prendre connaissance, qui a eu l'opportunité de se faire conseiller et assister afin de bien comprendre les droits et obligations en résultant, qui a eu l'opportunité [...] de discuter librement des stipulations essentielles du contrat avec le stipulant [...] et où, en définitive, l'adhérant a eu toute l'opportunité nécessaire pour bien comprendre et bien saisir la portée véritable du contrat tout en ayant, par ailleurs, à sa disposition des alternatives valables au fait d'y adhérer ou non ».⁵⁸⁶ Il

⁵⁸⁵ Nous soulignons.

⁵⁸⁶ J.H. Gagnon, *supra* note 575 à la p. 24.

semble bien que, pour cet auteur, la libre discussion puisse être réduite à une obligation d'informer l'autre partie de la teneur des stipulations essentielles et que la situation de monopole ou l'obligation de contracter soient des éléments décisifs quant à la liberté de l'autre partie.⁵⁸⁷

Cette position ne devrait pas, selon nous, être retenue, d'autant plus que l'expression « libre discussion » ne s'y prête pas. L'emploi de celle-ci comme équivalent de l'anglais « negotiable » constitue même, selon les professeurs Brisson et Kasirer, un exemple de bilinguisme législatif digne de compliments.⁵⁸⁸

La Cour d'appel, dans l'arrêt *Janin*, a eu l'occasion de préciser la portée de l'article 1379 C.c.Q. Elle l'a fait en situant la définition qu'il donne du contrat d'adhésion par rapport aux définitions connues avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, montrant ainsi le changement de perspective que suppose ce nouveau texte : « [l]es tribunaux, inspirés par la doctrine, ont longtemps vu dans cette notion d'adhésion non pas un acte juridique de nature particulière mais le rappel de la nécessaire protection, dans certains contrats, de la partie la plus faible. [...] Peu à peu, on a substitué à la description traditionnelle du contrat d'adhésion

⁵⁸⁷ J.H. Gagnon, *supra* note 575 à la p. 20.

⁵⁸⁸ Voir, à ce sujet, J.-M. Brisson, N. Kasirer, « Avant-propos de l'édition critique originale (1997) », *Code civil du Québec, édition critique, 2000-2001*, 8ème éd., Cowansville, Les éditions Yvon Bais, 2000, p. XXXV, note infrapaginale 19.

qui mettait essentiellement en lumière le déséquilibre des contractants, une définition qui permet d'appliquer le contrat d'adhésion aussi bien aux situations où ce déséquilibre existe qu'à celles qui mettent en cause des relations économiques entre partenaires de force comparable. Ce qui distingue essentiellement le contrat d'adhésion du contrat par négociation, c'est la détermination unilatérale par l'une des parties ou par un tiers du contenu contractuel. L'autre partie perd la faculté de libre négociation des conditions de son engagement en se voyant imposer d'avance les éléments essentiels du contrat et en ne gardant que le choix parfois purement théorique de contracter ou de ne pas contracter. Le législateur québécois, à l'article 1379 C.c.Q., a retenu cette spécificité qui implique non point l'absence volontaire de négociation mais plutôt l'absence de la faculté de négocier librement les stipulations essentielles du contrat ».⁵⁸⁹

Afin de déterminer si les stipulations essentielles du contrat ont pu faire l'objet d'une libre discussion, les tribunaux ont parfois recours à une analyse des faits ayant précédé la formation du contrat. La détermination de l'existence d'une possibilité de discuter du contrat doit, en effet, aller au-delà de l'analyse de son contenu. Les tribunaux ne se laissent pas berner par la pratique, apparue depuis

⁵⁸⁹ *Janin Construction (1983) ltée. c. Régie d'assainissement des eaux du bassin de Laprairie*, *supra* note 268 à la p. 941.

l'entrée en vigueur du code, d'introduire une clause laissant croire qu'il s'agit d'un contrat de libre discussion.⁵⁹⁰ Bien que ce ne soit pas un critère déterminant, les tribunaux tentent d'identifier s'il existe des stipulations qui découlent de la négociation entre les parties.⁵⁹¹ Il semble bien qu'en l'absence de modification à la suite des discussions, on puisse tout de même considérer le contrat comme un contrat de gré à gré, si la possibilité de discuter des stipulations essentielles existait réellement.⁵⁹² Inversement, la preuve d'une modification pourrait porter à croire que les stipulations essentielles pouvaient faire l'objet de négociation et, qu'en conséquence, le contrat n'est pas un contrat d'adhésion.

On s'est demandé si le contrat doit être qualifié de contrat d'adhésion lorsqu'il avantage toujours la même partie. La professeure Vézina croit qu'on ne doit pas retenir cet élément comme critère de qualification, puisque, selon celle-ci, « [i]l s'agit là d'une confusion entre la cause (l'absence de faculté de négociation) et l'effet (l'imposition de conditions favorables à la partie qui seule dispose de

⁵⁹⁰ À ce sujet, voir entre autres, V. Karim, *supra* note 410 à la p. 37; N. Vézina, *supra* note 482 à la p. 82; et N. Croteau, *Le contrat d'adhésion: de son émergence à sa reconnaissance*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, à la p. 93.

⁵⁹¹ Voir, entre autres, *Alta Ltée. c. Corp. des maîtres mécaniciens en tuyauterie du Québec*, (1998) R.J.Q. 387 (C.A.); *Boutique Jacob inc. c. Place Bonaventure inc.*, J.E. 95-1040 (C.S.); *Yoskovitch c. Tabor*, (1995) R.J.Q. 1397 (C.S.); *Bonanza Holidays Tours Ltd. c. British Airways*, J.-E. 95-1531 (C.S.); *Entreprises L.T. ltée c. Aubut*, [1995] R.L. 110 (C.Q.).

cette faculté) ». ⁵⁹³ Cette analyse nous paraît tout à fait juste. On peut, toutefois, considérer que si l'existence d'avantages au profit de l'un des contractants n'est pas un critère de qualification du contrat d'adhésion, elle devrait néanmoins assurément pouvoir constituer un indice permettant de supposer que les stipulations ont été imposées à l'une des parties par l'autre. ⁵⁹⁴

⁵⁹² *Huel c. Décalcomanie Beaver inc.*, *supra* note 561 à la p. 28.

⁵⁹³ N. Vézina, *supra* note 482 à la p. 81.

⁵⁹⁴ En ce sens, voir, 2632-7502 *Québec inc. c. Pizza Pizza Canada inc.*, C.S. Montréal 500-05-011039-904, 1995-07-27, J.E. 95-1568; *Compagnie Commonwealth Plywood ltée c. 9018-2304 Québec inc.*, C.Q. Trois-Rivières 400-02-000806-958, 1996-05-08, J.E. 96-1338; *St-Germain c. Québec (Ministère de l'Éducation)*, C.Q. Trois-Rivières 400-22-000555-975, 1998-11-26, J.E. 99-426.

Conclusion

Devant les critiques soulevées par la proposition visant l'adoption d'une règle générale sanctionnant la lésion, le législateur québécois, inspiré par l'importance de la justice contractuelle, a eu recours à d'autres outils pour assurer la réalisation d'un certain équilibre des prestations. On trouve parmi ceux-ci, outre les dispositions visant à contrôler le contenu de contrats particuliers, l'article 1437 du *Code civil du Québec* destiné à sanctionner les clauses abusives. L'emploi de l'expression « clause abusive » a peut-être contribué à faire taire les critiques, ce terme illustrant que l'intervention des pouvoirs publics dans le contrat est limitée aux situations les plus choquantes. Or, la définition du contrat d'adhésion permet, selon nous, aux tribunaux, en se fondant sur l'article 1437 C.c.Q., d'intervenir lorsque le contrat est déséquilibré, peu importe que le déséquilibre se manifeste par une clause accessoire ou une stipulation principale (essentielle).

De plus, nous croyons que la plupart des clauses abusives peuvent être sanctionnées conformément aux prescriptions du droit positif actuel, même si le *Code civil du Québec* ne contient pas une règle générale prévoyant que la clause abusive d'un contrat est annulable ou réductible, contrairement à ce que proposait l'*Office de révision du Code civil*. La définition du contrat d'adhésion, prévue à l'article 1379 C.c.Q., nous semble suffisamment large pour permettre aux tribunaux d'intervenir lorsqu'un contrat contient une clause abusive. D'une part, l'article 1379 C.c.Q. définit le contrat d'adhésion comme celui où les stipulations

ont été imposées à l'une des parties par l'autre, où l'une des parties n'a pas pu librement discuter du contenu du contrat. D'autre part, l'article 1437 C.c.Q. définit la clause abusive comme celle qui désavantage l'une des parties de manière excessive et déraisonnable allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi. Or, il est fort peu probable qu'une telle clause résulte d'une négociation entre les parties, mais tout à fait plausible qu'elle ait été imposée à l'une d'elles par l'autre. Comme le remarque un auteur français, « [l]a doctrine et la jurisprudence classiques, par une application déformée de la théorie de l'autonomie de la volonté, donnent force obligatoire à des clauses qui ont été dictées par l'un des contractants et que l'autre n'a généralement pas lues ou dont il n'a pas compris le sens. N'est-il pas plus juste, faute de volonté commune, de donner au contrat un contenu équilibré ».⁵⁹⁵ Selon la définition, la clause abusive désavantage l'une des parties de manière excessive et déraisonnable; elle favorise l'une d'elles de manière « anormale ». Le contrat n'est donc pas le reflet de l'égalité des parties, postulée par la théorie de l'autonomie de la volonté. L'existence de la clause abusive montre que cette égalité n'existe pas puisque

⁵⁹⁵ J. Calais-Auloy, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil du contrat », (1994) R.T.D.C. 239, à la p. 249. Voir, dans le même sens, J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *supra* note 294 no 104, à la p. 170 : « Admettre le principe de la sanction de la lésion, ce n'est pas dire autre chose 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" (art. 1375 C.c.Q.); ce

l'équilibre des prestations contractuelles a été rompu. Si les parties avaient été en mesure de négocier, le contrat n'aurait pas donné naissance à un désavantage excessif et déraisonnable. En ce sens, la clause abusive est le résultat de l'inégalité de fait des parties : elle découle, en quelque sorte, de l'exploitation de l'une des parties par l'autre. C'est peut-être ce qui explique que le législateur précise que l'avantage obtenu est contraire aux exigences de la bonne foi.⁵⁹⁶ C'est pourquoi la constatation du caractère abusif d'une clause devrait, selon nous, entraîner une présomption que le contrat dont elle fait partie est un contrat d'adhésion.

Notre interprétation des articles 1379 et 1437 C.c.Q. permettrait, en outre, de réconcilier l'ensemble des dispositions du code relatives à la bonne foi, de les lire de manière à ce qu'elles n'entrent pas en contradiction les unes avec les autres. À première vue, en définissant la clause abusive, notamment à partir du critère de la bonne foi et en limitant les situations dans lesquelles une telle clause peut être réduite ou annuler, l'article 1437 C.c.Q. semble contredire les articles 6 et 1375 C.c.Q. qui posent le principe selon lequel les contractants doivent

n'est pas dire autre chose, mais c'est le dire de façon plus précise, en y mettant des balises que le juge n'a pas le droit d'ignorer ».

⁵⁹⁶ La professeure Lefebvre observe également que les exigences de la bonne foi incluent « l'obligation de ne pas exploiter son cocontractant, de ne pas tirer profit de sa position dominante, de ne pas abuser de son pouvoir de persuasion pour s'avantager indûment » (*supra* note 10 à la p. 220).

respecter les exigences de la bonne foi. Le caractère abusif – contraire à la bonne foi – d’une clause ne dépend évidemment pas du type de contrat dans lequel elle se trouve. Si toutefois, comme nous le croyons, on peut considérer que toutes les clauses abusives font nécessairement partie de contrats d’adhésion, il est exclu que certaines d’entre elles soient maintenues même si elles sont contraires à la bonne foi. Cette lecture des articles 1437 et 1379 C.c.Q. permet donc de respecter les articles 6 et 1375 du C.c.Q. Enfin, on peut, comme le suggère la professeure Lefebvre, considérer l’article 1437 C.c.Q. non pas comme un article contredisant le principe posé aux articles 6 et 1375 C.c.Q., mais comme une illustration du principe de la bonne foi.⁵⁹⁷

C’est pourquoi nous proposons une interprétation plus généreuse de la loi afin de concilier ce qui, à première vue, paraît irréconciliable. En supposant que le texte de l’article 1379 C.c.Q. nous y invite, nous adoptons une conception large du contrat d’adhésion qui nous permet de présumer qu’un contrat qui contient une clause abusive a été imposée à la partie la plus faible. Ainsi, l’article 1437 C.c.Q. recevrait une application très étendue permettant effectivement de sanctionner toutes les clauses abusives, même celles qui sont lésionnaires.⁵⁹⁸

⁵⁹⁷ Voir B. Lefebvre, *supra* note 10 à la p. 250.

⁵⁹⁸ En ce sens, voir V. Karim, *supra* note 410 à la p. 36 : « [c]ombiné aux articles 1435 à 1437 C.c.Q. relatifs aux clauses externes, illisibles, incompréhensives ou abusives, l’article 1379 C.c.Q.

D'aucuns, nous rappelant l'existence des articles 1405 et 1406 C.c.Q., protesteront. Il est, toutefois, possible de donner un sens à ces articles dans la perspective que nous adoptons. En effet, les quelques situations où ces articles s'appliquent sont des situations où l'inégalité des parties ne fait pas de doute : le déséquilibre dont il est ici question résulte de l'exploitation d'une situation de faiblesse personnelle, psychologique ou intellectuelle, comme dans le cas des mineurs, des majeurs protégés, des emprunteurs ou encore des personnes qui ont conclu un contrat alors que leur mariage prenait fin. Dans la mesure où les parties sont égales et donc en mesure de négocier les termes de leur entente, le législateur nous dit à l'article 1405 C.c.Q. que leur consentement ne peut être vicié, qu'elles ne peuvent se plaindre pour cause de lésion.⁵⁹⁹ En revanche, lorsque le législateur définit le contrat d'adhésion comme celui qui n'a pas pu être librement négocié, il reconnaît explicitement qu'en certaines situations, l'égalité formelle entre les parties n'existe pas. Dans ces situations, il prévoit que les clauses abusives que

permet, plus ou moins, de récupérer la notion de lésion entre majeurs, ce qui fait déjà l'objet de vives critiques ».

⁵⁹⁹ Du point de vue de la théorie de l'autonomie de la volonté, les parties étant égales, l'exploitation est inconcevable. Le *Code civil du Québec* est le reflet de cette théorie. En déclarant, d'une part, que la lésion est le résultat de l'exploitation à l'article 1406 al.1, et qu'elle ne vicie pas en principe le consentement (articles 1405), puis, d'autre part, que le consentement des personnes protégées et des mineurs peut être vicié par la lésion subjective, le *Code civil du Québec* affirme donc que les majeurs ne peuvent être victimes d'exploitation. L'égalité formelle des parties postulée par la théorie de l'autonomie de la volonté est assimilée à une égalité factuelle des contractants, sauf dans les situations marginales où il serait grossier de le faire.

l'un des contractants a imposées à l'autre sont abusives et peuvent être sanctionnées.

Conclusion du Titre II

D'une conception du contrat où l'injustice découlait de l'absence d'équivalence des prestations, on est passé à une conception du contrat où les exigences relatives à l'équilibre des prestations ne suffisent plus : l'infériorité de l'un des contractants constitue dorénavant la pierre angulaire de l'intervention législative. L'article 1405 C.c.Q. prévoit que la lésion vicie le consentement des mineurs et des majeurs protégés et de certains majeurs dans les cas expressément prévus par la loi; l'exploitation de l'une des parties par l'autre n'est donc pas sanctionnée de façon générale. L'article 1437 C.c.Q. prévoit que les clauses abusives qui se trouvent dans des contrats de consommation ou d'adhésion sont nulles ou les obligations qui en découlent réductibles. L'équilibre contractuel n'est donc préservé que dans des situations particulières ou au profit de certaines personnes.

L'analyse historique du sort réservé aux contrats lésionnaires a montré qu'à partir du Moyen-Age, à tout le moins, la sanction de la lésion prenait un caractère général : elle pouvait être invoquée par tous ceux qui en souffraient. Il est certes indéniable que la lésion était avant tout conçue comme un remède spécifique aux contrats de vente d'immeuble et de partage d'une succession, mais ceux-ci étaient justement les contrats les plus susceptibles d'engendrer un déséquilibre. Au-delà des variations ponctuelles qu'elle a subies, la sanction de la lésion demeure une règle qu'on retrouve jusque dans le *Code civil* français. Le

Code civil du Bas Canada a, toutefois, mis fin à la longue tradition de la sanction de la lésion. On doit tout de même admettre que ce code constituait, à ce chapitre, une œuvre cohérente : tous les majeurs capables étaient traités de la même façon.

Au cours du XX^{ème} siècle, la multiplication des dispositions ponctuelles visant à rétablir l'équilibre contractuel a fait en sorte que l'absence de sanction de la lésion perd son statut de principe absolu pour se modeler à divers besoins de protection. Les exceptions visaient d'abord le salarié, l'emprunteur, puis le consommateur : toutefois, « [l]e droit de la consommation a fait prendre conscience du problème général de l'inégalité contractuelle; il exerce, sur le droit des contrats, un certain effet d'entraînement ».⁶⁰⁰ Ainsi, des recours spécifiques sont accordés à certaines catégories d'individus, toujours plus nombreuses, qui se définissent par leur relative faiblesse.

Outre le mineur et le majeur protégé, sont dorénavant dignes de protection, notamment, l'adhérant, le consommateur, l'emprunteur, le locataire, la personne ayant subi un préjudice corporel ou moral, l'acheteur d'un immeuble à usage d'habitation, les époux lors du partage du patrimoine familial ou de la société d'acquêts. Le droit protège donc certaines personnes qui sont considérées faibles en raison de l'une de leurs qualités. Toutefois, cette faiblesse ne s'apparente pas à

⁶⁰⁰ J. Calais-Auloy, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil du contrat », (1994) R.T.D.C. 239, à la p. 254.

celle qui affecte le mineur ou le majeur protégé, elle n'est pas inhérente à la personne protégée, « elle n'est point permanente et continue; elle se présente comme intermittente et discontinue; elle est professionnelle ou contractuelle ou fonctionnelle; elle est fonction d'une situation déterminée; elle ne se manifeste que dans les moments où le patient se trouve pris dans l'engrenage d'un ordre économique ou social déterminé et pour lui oppressif; il l'éprouve et il la subit, en quelque sorte *ès qualités* [...] ». ⁶⁰¹ De plus, « [...] ces régimes particuliers résistent à toute systématisation catégorielle : parfois le statut juridique (personnes physiques/personnes morales; incapables/capables), parfois les fonctions économiques des actants (consommateurs/commerçants ou entrepreneurs), parfois leur niveau de connaissances réelles ou présumées (profanes/professionnels), parfois leurs comportements contractuels (adhérants/stipulants), parfois encore leur rôle respectif dans l'arène juridique (victimes/auteurs de la faute ou leur assureur) ». ⁶⁰² Par ailleurs, cette manière de légiférer fait en sorte que « [...] des majeurs groupés en catégories - consommateurs, locataires et autres - soient

⁶⁰¹ L. Josseland, « La protection des faibles par le droit », *Legal Essays in Tribute to O.K.McMurray*, Berkeley, University of California Press, 1935, 221, à la p. 229. Sur la transformation du mode de protection dont jouit le « faible », voir, *ibid.* à la p. 232.

⁶⁰² L. Rolland, « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », (1999) 44 R.D. McGill 903, à la p. 918.

automatiquement assimilés à des incapables »⁶⁰³, ce que certains considèrent inacceptable.

Le choix législatif d'une intervention toujours liée à des considérations contingentes ne peut qu'entraîner une inflation des dispositions particulières.⁶⁰⁴ C'est ce qui découle de la logique de la technique utilisée, soit la création de catégories particulières de personnes, puisque « [...] ces catégories peuvent se multiplier à l'infini, au gré des groupes de pression, qui deviendront autant de catégories protégées ». ⁶⁰⁵ Ce choix est d'autant plus critiquable qu'il donne lieu à des résultats aberrants : une personne, parce qu'elle est alors considérée faible, peut être protégée lorsqu'elle achète un bien sans grande valeur, comme un téléviseur, et ne pas l'être lorsqu'elle achète un bien de très grande valeur, comme un immeuble. Tout se passe « [...] comme si l'individu n'appartenait qu'à une seule catégorie ou comme s'il changeait de peau et d'état d'esprit dès lors qu'il

⁶⁰³ J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *supra* note 294 no 106, à la p. 177.

⁶⁰⁴ Cette inflation s'inscrit également dans le cadre plus large de l'éclatement du sujet de droit, dont les contingences empiriques étaient jusque-là subsumées dans une idéalité fondée sur la capacité de l'individu d'agir d'une façon éclairée par la Raison, cette posture se prolongeant dans les rapports contractuels du sujet avec autrui.

⁶⁰⁵ D. Burman, « Le déclin de la liberté au nom de l'égalité », (1990) 24 R.J.T. 461, à la p. 466.

« passe d'une catégorie à l'autre. »⁶⁰⁶ La reconnaissance de la lésion comme vice du consentement, même en la soumettant à des exigences importantes, aurait au moins eu l'avantage de « [...] mettre un peu de justice dans les rapports contractuels, sans trop brimer la liberté et sans avoir à découper la société en nouvelles castes, affublées de qualités ou de défauts indélébiles ». ⁶⁰⁷

Le phénomène qui conduit à reconnaître des droits ponctuels, par la voie de lois particulières ou de dispositions exceptionnelles à l'intérieur même du Code civil, marque l'évolution de l'idée même de la loi : « [...] la loi n'a plus de nos jours la signification qu'elle avait jadis. Ce n'est plus, dans beaucoup de cas, cette maxime de conduite universelle qui était solennellement proclamée à l'intention des générations futures (la perpétuité était dans le vœu de la loi); mais un simple procédé de gouvernement, une façon, pour l'État, de donner ses ordres, dans le présent, à un groupe plus ou moins étendu de sujets ». ⁶⁰⁸ Ainsi, la multiplication des textes ayant pour fonction de réaliser une certaine justice contractuelle montre, au-delà de l'incohérence du système juridique qu'elle reflète, que le législateur renonce à assumer l'adoption d'un principe en posant

⁶⁰⁶ *Ibid.* à la p. 467.

⁶⁰⁷ *Ibid.* à la p. 470. Voir aussi P.-A. Crépeau, « Intégration ou non-intégration du droit de la consommation au Code civil », (1979) 10 R.G.D. 13, à la p. 17.

une règle générale transcendant les cas particuliers. Il se borne dorénavant à « modeler, autant que faire se peut, le droit sur le réel, en suivant la sinuosité de ses contours ». ⁶⁰⁹ Cette méthode est paradoxale puisque d'un côté, « [l']homme, dans le C.C., est traité essentiellement comme une volonté : ce n'est pas un corps, un être de chair, sujet à des faiblesses, en proie à des besoins, écrasé par des forces économiques; c'est une volonté toujours forte, éclairée, tendue vers un but, et libre »; ⁶¹⁰ mais, d'un autre côté, le droit positif actuel ne fournit pas une représentation unique, synthétique de l'homme : celui-ci est un être parfois fort, parfois faible, toujours changeant.

Malgré ce constat, on doit admettre que les choix du législateur, notamment quant au sort réservé aux contrats déséquilibrés, reflètent la

⁶⁰⁸ J. Carbonnier, *Flexible droit*, 7ème éd., Paris, L.G.D.J., 1992, à la p. 168; voir aussi B. Oppetit, « De la codification », D.1996, ch. 33, n°8, p. 35.

⁶⁰⁹ J. Chevallier, « La rationalisation de la production juridique », *L'État propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, C.-A. Morand éd., Paris, Publisud, 1991, 11, à la p. 18. Cette position du législateur marque la transformation de son rôle et il est d'ailleurs symbolique, comme le souligne D. Jutras, que le ministre de la Justice se présente comme l'auteur des Commentaires du ministre de la justice du Québec portant sur le Code civil alors que « [...] les codificateurs mythiques ont cédé la place aux "légistes", et le texte bureaucratique a remplacé la prose du maître » (« Le ministre et le Code — essai sur les Commentaires », *Mélanges P.-A. Crépeau*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1997, 451, à la p. 460, voir, plus généralement, les pp. 458 à 463).

⁶¹⁰ J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, 18ème éd., Paris, P.U.F., 1988, n° 72, p. 116.

transformation de sa mission.⁶¹¹ Le rôle du législateur se limitait traditionnellement à assurer la coexistence des libertés individuelles, alors que les lois particulières adoptées après la guerre et le *Code civil du Québec* traduisent un certain idéal de justice. Le législateur qui, dans le *Code civil du Bas-Canada*, concevait la personne de façon abstraite à partir de qualités dont elle ne jouissait pas nécessairement, comme la liberté et l'égalité de fait, ne voulut pas sanctionner la lésion; il adopta donc une règle claire qui ne souffrait pas d'exception fondée sur l'inégalité de fait des parties, sauf dans la mesure où il reconnaissait cette inégalité, comme dans le cas des mineurs et des incapables. Le régime contractuel actuel offrira peut-être des solutions plus justes, mais il donne lieu à de multiples incohérences. L'utilisation simultanée de plusieurs notions destinées à protéger le contractant le plus faible risque d'être un facteur d'ambiguïté dans la détermination exacte de leur champ d'application respectif.⁶¹² Au-delà de l'incohérence qui en résulte, on peut déplorer la méthode utilisée par le législateur pour pallier l'inégalité des contractants car, en se bornant à poser des règles

⁶¹¹ Voir F. Ost, *Droit et intérêt, Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, à la p. 177 et ss.

⁶¹² De plus, comme le souligne la professeure Rolland, « [c]ette dispersion pose cependant deux difficultés. La première, de cohérence conceptuelle, puisqu'on se demande si la terminologie disparate — lésion, abus, préjudice — appelle une interprétation différenciée, malgré leurs finalités protectionnistes communes » (L. Rolland, « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », (1999) 44 R.D. McGill 903, à la p. 918; voir aussi, *ibid.* à la p. 916).

particulières, il est inévitable que certaines personnes qui devraient être protégées ne le soient pas. On doit, néanmoins admettre que malgré ces critiques, le législateur manifeste clairement une volonté de pallier les inégalités sociales et économiques en prenant en compte la spécificité des conditions dans lesquelles se trouvent les contractants. Toutefois, le seul biais par lequel le législateur peut véritablement assurer la réalisation d'un certain équilibre contractuel est évidemment en prévoyant une règle générale destinée à sanctionner la lésion mixte.⁶¹³

À défaut d'intervention législative, les tribunaux pourraient peut-être, en se fondant sur les dispositions du *Code civil du Québec*, sanctionner les contrats très déséquilibrés. L'interprétation que nous proposons des articles 1379 et 1437 C.c.Q., qui aurait pour conséquence d'ouvrir la voie à la sanction de tous les déséquilibres importants, suffit-elle à d'assurer la justice contractuelle? Elle permettrait certes de le faire dans la plupart des cas, mais dans certains cas la sanction des déséquilibres échapperait sans doute à la règle. On pense, notamment, à des situations où le contractant lié par une clause abusive aurait profité des conseils d'un professionnel avant de conclure le contrat ou serait un

⁶¹³ C'est d'ailleurs ce que proposait l'Office de révision du Code civil (*supra* note 211).

homme d'affaires.⁶¹⁴ Malgré l'optimisme que suscite l'interprétation généreuse de la définition du contrat d'adhésion dans l'arrêt *Janin*,⁶¹⁵ les dispositions permettant aux juges d'intervenir risquent de recevoir une application étroite, puisque l'on considère généralement qu'elles ont un caractère exceptionnel. L'absence d'un énoncé de principe rend précaire l'équilibre que ces dispositions ont pour but d'assurer. De plus, les interventions judiciaires étant limitées à des situations extrêmes, nécessairement marginales, les juges risquent d'être enclins à « [...] considérer que leur rôle n'est pas de défaire ce qui a été légalement fait ». ⁶¹⁶

L'idée que le contrat ne puisse être un instrument d'exploitation et qu'il doive respecter un certain équilibre est tout de même présente en droit positif, qui intervient pour enrayer l'excès. En conséquence, bien que la théorie de l'autonomie de la volonté ait influencé le droit positif des contrats, on peut se demander si elle a vraiment toute l'ampleur qu'on lui prête. Par ses interventions,

⁶¹⁴ J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *supra* note 330 no 108, à la p. 126. *1400924 Canada inc. c. World Trade Centre Montreal Development Corp.*, J.-E. 95-1532 (C.S.); *2967-6566 Québec Inc. c. 2847-3254 Québec Inc.*, (1996) R.J.Q. 1669 (C.S.); *Entreprises Alain Lévesque Inc. c. Nettoyeur Magique Ltée.*, J.E. 96-438 (C.A.); *Hibbeln c. 2817161 Canada inc.*, J.E. 95-1145 (C.S.); *P.G. Productions Inc. c. Intégral Vidéo Inc.*, J.E. 96-656 (C.S.); voir aussi *contra Le c. Le*, (1994) R.J.Q. 1058 (C.S.).

⁶¹⁵ Voir *supra* note 589.

même exceptionnelles, le législateur n'adopte-il pas une conception du contrat qui est inévitablement fondée sur l'idée que celui-ci doit servir à réaliser des échanges équilibrés?

⁶¹⁶ M. Tancelin, *supra* note 333 no 575, à la p. 283.

Conclusion générale - Les insuffisances de la théorie de l'autonomie de la volonté

L'examen du rôle de l'équilibre des prestations en droit québécois est marqué d'un double constat : 1. la rupture consacrée par l'adoption du principe de l'absence de sanction de la lésion, dans le *Code civil du Bas-Canada* de 1866, et 2. l'atténuation de la portée de ce principe avec l'ajout de certaines dispositions législatives à partir du milieu du vingtième siècle. Historiquement, la lésion se définissait comme une « perte pécuniaire que l'une des parties à un acte juridique subit en raison de la formation de l'acte ». Or, à partir du début des années soixante, la lésion prend une coloration plus subjective. Les textes de loi, ayant pour fonction de sanctionner des contrats qui pouvaient, somme toute, être qualifiés de lésionnaires, invitaient les tribunaux à procéder à une analyse non seulement des termes du contrat, mais de la situation particulière des parties. Cette « nouvelle » tendance n'est pas sans influence sur la théorie générale du contrat : elle montre l'insuffisance de la théorie de l'autonomie de la volonté comme fondement de la force obligatoire du contrat.

La constatation de l'insuffisance de la théorie de l'autonomie de la volonté comme explication et fondement du régime contractuel ne suffit pas. Elle nous oblige à réfléchir sur le statut des principes découlant de la théorie de l'autonomie de la volonté, particulièrement ceux touchant à l'équilibre des prestations. Dans la mesure où ces principes ont dû, pour des motifs liés à une certaine idée de la justice, être tempérés par de multiples dispositions, on peut soutenir qu'ils sont eux-mêmes remis en cause. Le régime général du contrat souffre tellement

d'exceptions qu'on pourrait se demander s'il comporte encore une règle générale.⁶¹⁷ À la lumière de la portée de l'ensemble des dispositions particulières, on pourrait peut-être même penser que l'absence de sanction de la lésion n'est pas la règle, mais l'exception.

Au terme de cette analyse du régime juridique du contrat, on peut s'interroger sur l'importance qui doit être donnée à son régime général. Devons-nous conclure, comme le professeur Rouhette, qu'une théorie du contrat est impossible, que le contrat n'existe pas en tant que catégorie unitaire, le droit positif faisant seulement accueil à une série de types contractuels ?⁶¹⁸ Peut-être pas. Le régime général du contrat est encore le droit commun du contrat, même si ses règles sont de moins en moins applicables à l'ensemble des contrats. À cet égard, le professeur Oppetit soulignait fort justement que « [...] le droit civil classique issu du Code Napoléon, en édictant la soumission de tous les contrats aux règles générales de la théorie générale des obligations [...] avait entendu rompre avec le droit romain, qui fut exclusivement un droit des contrats "nommés"; aujourd'hui, c'est bien en deçà du droit romain classique qu'on se trouve ramené, car non seulement le droit des contrats spéciaux s'est

⁶¹⁷ Sur le rapport entre la règle et les exceptions, voir M. Tancelin, *supra* note 333 no 575, à la p. 283.

⁶¹⁸ Voir G. Rouhette, *supra* note 80 no 217 et ss.

considérablement développé au détriment de la théorie générale, mais c'est même à l'intérieur de chaque type de contrat (la vente, le bail, la société, pour s'en tenir aux principaux) que les différenciations se sont multipliées à l'infini en fonction de la nature du bien ou de la personne du contractant, selon un phénomène d'arborescence [...] »⁶¹⁹

Peut-être faut-il simplement conclure que l'œuvre du législateur est indéniablement frappée du sceau de l'incohérence. Devant ce constat, on peut, néanmoins, soutenir que la théorie de l'autonomie de la volonté ne rend compte que d'une partie du droit positif et qu'elle n'est pas recevable en tant que théorie du contrat car une telle théorie est supposée expliquer l'ensemble du régime

⁶¹⁹ B. Oppetit, « L'apparition de tendances régressives », *Droit et modernité*, Paris, P.U.F., 1998, 113, à la p. 116 et ss. Voir aussi P. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, Paris, Éditions Cujas, 1991, no 50 et ss., à la p. 47 et ss; P. Jestaz, « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Paris, P.U.F., 1986, 118, à la p. 134; P. Legrand, *supra* note 442 à la p. 884; L. Rolland, « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », (1999) 44 R.D. McGill 903, à la p. 949 : « Le droit reconnaît, à mots couverts, certaines situations contractuelles asymétriques : le contrat de travail, de consommation, de bail d'un logement, tous strictement réglementés et pris en charge par l'ordre public, donc le plus souvent en marge du droit commun. Il oublie plus facilement les contrats entre professionnels, entre gens d'affaire, sur lesquels pèse une présomption quasi-irréfragable d'indépendance et d'égalité. Le contrat de dépendance fait échec aux concepts fondateurs de la théorie classique des contrats, au principe de l'autonomie de la volonté même assoupli par les exigences de la bonne foi. Pour offrir une protection aux assujettis, le droit français a tenté des accommodations, sans toucher aux fondements, mais au prix de contorsions juridiques importantes. Il a, par exemple, étendu les rapports de travail aux entrepreneurs indépendants ».

juridique applicable au contrat. La plupart des théories du contrat sont néanmoins encore construites sur l'idée de la liberté contractuelle. Elles présentent les règles relatives à la liberté comme si elles formaient le régime général du contrat et les règles encadrant ou limitant la liberté comme des régimes particuliers, des mesures exceptionnelles. Le professeur Belley a bien montré qu'en procédant ainsi, ces théories donnent une image réductrice des règles applicables au contrat.⁶²⁰

Adoptant une perspective large, certains auteurs ont proposé de nouvelles manières d'aborder le régime général du contrat susceptible de rendre compte de l'ensemble des règles du droit positif. La plupart d'entre eux donnent préséance à l'idée de justice contractuelle.⁶²¹ Ils posent généralement celle-ci comme le fondement de l'ensemble des règles du droit positif, ce qui leur permet de

⁶²⁰ Voir J.-G. Belley, « La théorie générale des contrats. Pour sortir du dogmatisme », (1985) 26 C. de D. 1045; voir aussi C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », (1997) R.T.D.C. 357.

⁶²¹ Voir *supra* note 288; voir aussi *id.*, « L'utile et le juste dans les contrats », (1982) D. Chr. I; *id.*, « La justice contractuelle », *Exigences chrétiennes et droit de l'entreprise*, Paris, TEQUI, 1986; *id.*, « La notion de contrat », (1990) D. Chr. XXVII. La démarche du professeur Gordley s'inscrit dans une perspective similaire, puisque, devant ce qu'il qualifie d'incohérence du régime contractuel, il tente de retrouver les fondements des principes actuellement reçus (voir *supra* note 19).

concilier des règles apparemment contradictoires.⁶²² Ces courants doctrinaux illustrent bien le malaise que la théorie du contrat suscite depuis quelques années. La volonté de reformuler la théorie du contrat sur de nouvelles bases s'explique, dans la plupart des cas, par le sentiment que le régime actuel n'est pas juste et que l'idée de justice doit jouer un rôle dans l'organisation du régime contractuel.

Dans l'état actuel du droit positif, la liberté contractuelle, même sous réserve du respect de l'ordre public, ne peut plus être posée comme un principe absolu puisque, comme nous l'avons montré, la liberté quant à la détermination du contenu du contrat est limitée. Une démonstration relative à la liberté quant à la forme conduirait, d'ailleurs, au même constat : le principe selon lequel le contrat est formé de l'accord des volontés, posé à l'article 1385 C.c.Q., est tempéré par le retour du formalisme.⁶²³ Certes, la volonté demeure généralement

⁶²² Voir, entre autres, L. Rolland, « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », (1999) 44 R.D. McGill 903, particulièrement aux pp. 918-919.

⁶²³ L'adoption du principe du consensualisme a fait du consentement l'élément central autour duquel le régime du contrat est organisé. Sa remise en question au nom d'une certaine idée de la justice résulte, toutefois, non pas d'une critique du consensualisme, mais plutôt de la théorie de l'autonomie de la volonté dont il est censé faire partie. Les moyens utilisés pour rééquilibrer le contrat sont donc de deux ordres : on a non seulement recours au formalisme, mais aussi à la réglementation du contenu obligationnel du contrat afin de protéger le consentement.

La formation de l'acte est parfois soumise à l'accomplissement de formalités, celles-ci étant évidemment impératives (voir, par exemple, les articles 440, 1824, 2281, 2313, 2314, 2693, 2702 C.c.Q.; l'art. 486, *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., c. S-4.2; l'art. 24,

suffisante pour créer le contrat, mais sans le respect de certaines règles relatives à la forme de celui-ci, cette volonté créatrice est inefficace. Il ne fait donc pas de doute que la volonté est nécessaire à la naissance de l'entente; elle n'est, toutefois, pas le fondement d'un ordre juridique que les parties pourraient instituer. Le rôle de la volonté est essentiel, mais il est réduit par rapport aux prétentions des tenants de la théorie de l'autonomie de la volonté. La volonté ne peut donc plus être conçue comme la source ou le fondement du lien contractuel.

Dans une perspective où la force obligatoire du contrat résulte de la loi, la volonté joue certes un rôle, mais elle s'inscrit dans un cadre juridique qui établit les conditions de reconnaissance de l'acte de volonté.⁶²⁴ Or, le respect d'un

Loi sur le statut professionnel et les conditions d'engagement des artistes de la scène, du disque et du cinéma, L.R.Q., c. S-32.1).

L'écrit peut être nécessaire, non seulement à la formation du contrat, mais également à sa preuve (art. 2862 C.c.Q.), à son opposabilité (art. 2941 C.c.Q.) ou même être obligatoire à la seule fin d'informer l'une des parties (art. 2862, 2941 C.c.Q.). De plus, la loi prévoit parfois de façon implicite que le contrat devra revêtir la forme écrite en établissant que certaines mentions doivent y apparaître (par exemple, les articles 155, 156, *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40; articles 1895, 1896 C.c.Q.).

Pour un regard d'ensemble sur le retour du formalisme, voir J. Flour, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *Mélanges Ripert*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1950, 93.

⁶²⁴ La théorie de l'autonomie de la volonté fait reposer la force obligatoire du contrat sur la volonté de celui qui s'oblige. La remise en question du rôle de la volonté comme fondement de la force obligatoire par les positivistes est l'une des critiques soulevées par la théorie de l'autonomie de la volonté, qui semble avoir eu le plus d'impact. Les positivistes estiment que seul le droit positif peut être la source de la force obligatoire. Kelsen reconnaît, toutefois, que les droits et

certain équilibre des prestations semble bien faire dorénavant partie de ces conditions. Cette nouvelle exigence mène nécessairement à une atténuation de la liberté contractuelle qui ne peut plus être conçue de manière absolue puisqu'elle doit s'exercer dans le respect des exigences de la nouvelle justice contractuelle. Le recul de la liberté contractuelle absolue n'est pas un phénomène propre au droit québécois : au sujet d'une loi française relative aux contrats de consommation, le professeur Ghestin remarquait justement que ce qu'elle remettait en cause, « [...] c'est une certaine conception du contrat. C'est une conception libérale fondée sur une égalité abstraite qui permettrait à chacune des parties de défendre elle-même ses propres intérêts. Elle remet en cause cette croyance qu'un tel contrat ne serait jamais injuste ou abusif. En somme, ce qui est contesté, c'est l'expression la plus classique du dogme de l'autonomie de la volonté ».⁶²⁵ Dans le même esprit, l'accueil critique réservé à une Directive

obligations découlant du contrat se distinguent des autres normes dans la mesure où les contractants participent à leur création (voir H. Kelsen, « La théorie juridique de la convention », (1940) A.P.D. 33). Le professeur Rouhette exclut catégoriquement la volonté comme source de la force obligatoire, qu'il envisage de fonder sur la confiance accordée par le créancier, pour finalement adopter la position selon laquelle le contrat est avant tout un acte productif de normes liant deux centres d'intérêts (voir G. Rouhette, *supra* note 80 à la p. 636).

⁶²⁵J. Ghestin, *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français. Principes directeurs, consentement, cause et objet*, Montréal, Institut de droit comparé, Université McGill, 1982, à la p. 295.

européenne portant sur les clauses abusives⁶²⁶ en Angleterre s'explique, selon ce qu'on peut lire dans un document publié par l'Office of Fair Trading, par « [...] the undoubted difficulty for lawyers of accepting and coming to terms with the death of freedom of contract ». ⁶²⁷ L'idée de la mort de la liberté contractuelle peut paraître excessive, mais celle de la fin de la liberté contractuelle presque sans limite reflète bien l'état du droit positif actuel. L'analyse de ses dispositions nous a permis de montrer que, même si on ne trouve dans le Code civil aucun énoncé de principe ayant pour but d'assurer la réalisation d'un certain équilibre contractuel, l'idée selon laquelle le contrat ne peut être un instrument d'exploitation et qu'il doit respecter un certain équilibre est présente en droit positif.

⁶²⁶ Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993, *supra* note 437.

⁶²⁷ Office of Fair Trade, *Unfair Contract Terms*, Bulletin no. 4, décembre 1997, à la p. 19. La suite du commentaire précise que « [t]hat cherished principle, instilled in the course of both academic studies and practice, had, of course, been much under attack well before 1995 in its application to some aspects of consumer contracts. But nothing had hitherto actually turned on its head, as the Directive does, the general duty of the lawyer to draft wholly and exclusively in the interests of the client, in whatever language is best adapted to preserve and enhance the clients' legal position ».

Sources

Législation

Québec

Code civil du Bas Canada

Code Civil du Québec, L. Q. 1991, c. 64.

Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., c. A-3.001.

Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture, L.R.Q., c. A-23.001.

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., c. C-12.

Loi sur Hydro-Québec, L.R.Q., c. H-5.

Loi sur la mise en marché des produits agricoles, alimentaires et de la pêche, L.R.Q., c. M-35.1.

Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., c. P-40.1.

Loi sur les normes du travail, L.R.Q., c. N-1.1.

Loi sur la Régie de l'Énergie, L.R.Q., c. R-6.01.

Loi sur la santé et la sécurité du travail, L.R.Q., c. S-2.1.

Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., ch. S-4.2.

Loi sur le statut professionnel et les conditions d'engagement des artistes de la scène, du disque et du cinéma, L.R.Q., c. S-32.1.

Loi des accidents du travail, 9 Ed. VII, ch. 66 (1909).

Loi du salaire minimum pour les femmes, L.Q. 1919, c. 11.

Loi des salaires raisonnables, L.Q. 1937, c.50.

Loi modifiant le Code civil, L.Q. 1939, c. 95.

Loi du salaire minimum, L.Q. 1940, c. 39.

Loi concernant la régie des loyers, L.Q. 1950-1951, c. 20.

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

Loi de la protection du consommateur, L.Q. 1971, c. 74.

Loi concernant le louage de choses, L.Q. 1973, c. 74

Loi sur les assurances, L.Q. 1974, c. 70.

Loi sur les valeurs mobilières, L.R.Q. (1977), c. V-1; L.Q. 1982, c. 48.

Loi sur les normes du travail, L.Q. 1979, c. 45.

Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme de la famille, L.Q. 1980, c. 39.

Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux, L.Q. 1989, c. 55.

Décret sur les coiffeurs de la région de Hull, R.R.Q., c. D-2, r. 15.

Règlement sur les normes du travail, R.R.Q., c. N-1.1, r. 3.

Règlement sur les critères de fixation de loyer, R.R.Q., c. R-8.1, r. 1.01.

Code civil du Québec, Loi sur l'application de la réforme du Code civil et Commentaires du ministre de la Justice, Montréal, Les publications Dacfo inc, 1994.

Projet de loi 125, Code civil du Québec, 1ère session, 34ème législature, Québec, 1990.

Avant-projet de loi, Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations, 1ère session, 33ème législature, Québec, 1987.

Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1, *Projet de Code civil*, Québec, vol. 2, *Commentaires*, Éditeur officiel, 1977 (1978).

Code civil du Bas Canada, Rapports des Commissaires pour la Codification des lois du Bas Canada, Québec, Stewart Derbishire & George Desbarat, 1865.

Autres juridictions

Canada : Code criminel; Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38.

Ontario : The Unconscionable Transactions Relief Act, R.S.O., 1960, c. 410.

France : Code civil; Loi n° 95-96 du 1 février 1995, art. 1, annexe Journal Officiel du 2 février 1995, (Code de la consommation, article L132-1); Discussions du Code Napoléon dans le Conseil d'État, Paris, Demonville imprimeur-libraire, 1808.

Suisse : Code des obligations.

Allemagne : Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil); Loi sur le règlement du droit des conditions générales du 9/12/1976

Angleterre: Statutory Instrument 1999 No. 2083, The Unfair Terms in Consumer Contracts; Office of Fair Trade, Unfair Contract Terms, Bulletin no. 4, décembre 1997.

Europe : Conseil des communautés européennes, Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs.

Autres : Institut international pour l'unification du droit privé, Principes relatifs aux contrats du commerce international, Rome, Unidroit, 1994.

Jurisprudence

Québec

1400924 *Canada inc. c. World Trade Centre Montreal Development Corp.*, J.-E. 95-1532 (C.S.).

151276 *Canada inc. c. Verville*, (1994) R.J.Q. 2950 (C.S.).

2429-8952 *Québec Inc. c. Trois-Rivières (Ville de)*, (1998) R.J.Q. 2442 (C.S.).

2617-3138 *Québec inc. c. Rodgers cantael Inc.*, J.E. 98-1014 (C.S.).

2617-3336 *Québec inc. c. Brassard*, J.E. 97-953 (C.Q.).

2622-1374 *Québec inc. c. Sardo*, J.E. 98-1767 (C.Q.).

2632-7502 *Québec inc. c. Piazza Pizza Canada inc.*, J.E. 95-1568 (C.S.).

2735-3713 *Québec Inc. c. Lavoie*, C.S., 250-05-000214-916.

2967-6566 *Québec Inc. c. 2847-3254 Québec Inc.*, (1996) R.J.Q. 1669 (C.S.).

2967-6566 *Québec Inc. c. 2847-3254 Québec Inc.*, (1996) R.J.Q. 1669 (C.S.).

Agences Lyon Inc. c. Cardin, (1975) 16 C. de D. 147.

Allard c. Cloutier, (1920) 29 C.B.R. 565.

Allen c. The Merchants Marine Ins. Co., (1888) 15 S.C.R. 488.

Alta Ltée. c. Corp. des maîtres mécaniciens en tuyauterie du Québec, (1998) R.J.Q. 387 (C.A.).

Altman c. Bernard, (1991) R.J.Q. 2074 (C.Q.).

Anctil c. Québec (Société d'exploitation des loteries et courses), J.E. 85-339(C.A.).

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

Assosiation des propriétaires d'autobus c. Fédération des commissions scolaires catholiques du Québec, (1977) C.S. 189.

Aubertin c. Northern Ass. Coy., (1924) 37 C.B.R. 349.

Aubin c. Marceau, (1932) 70 C.S. 408.

Aubin c. McAnulty Realty Co., (1920) 57 C.S. 120.

Audet c. Jetté, J.E. 98-2097 (C.S.).

B.P. Canada Ltd. c. Traders Finance Co. Ltd., (1970) C.A. 653.

Banque de Montréal c. Bail Ltée., (1992) 2 R.C.S. 554.

Banque de Montréal c. Spooner, (1994) R.J.Q. 1388 (C.S.).

Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris, (1990) 2 R.C.S. 1029.

Banque nationale du Canada c. Soucisse, (1981) 2 R.C.S. 339.

Banque Royale du Canada c. Jazra, B.E. 97BE-435 (C.S.).

Banque Toronto-Dominion c. Kyriakakis, J.E. 98-700 (C.Q.).

Barakat c. Trust National, (1996) R.J.Q. 2036 (C.Q.).

Bates c. Sun Life du Canada, (1994) R.R.A. 282 (C.S.).

Beaucage c. Harpin et Paul, (1910) 37 C.S. 351.

Beauchesne c. Babineau, (1945) C.S. 166.

Bélanger c. Banque Royale du Canada, (1995) R.J.Q. 2836 (C.A.).

Bel-Gaufre Inc. c. 159174 Canada Inc., J.E. 95-1448 (C.S.).

Beneficial Finance Co. c. Morasse, (1972) C.A. 846.

Beneficial Finance Co. of Canada c. Ouellette, (1967) B.R. 721.

Bernard c. Hurteau, (1906) 30 C.S. 184.

Bernier c. Chouinard, (1917) 23 R.L.n.s. 459.

Berti c. Auger, (1944) C.S. 188.

Bérubé c. Mutuelle d'Omaha, J.E. 98-1737 (C.S.).

Biron c. Meloche, (1927) C.S. 53.

Black c. The Canadian Express Co., (1909) 36 C.S. 409.

Blais c. I.T.T. Canada Finance inc., J.E. 95-772 (C.S.).

Boivin c. 2955-0555 Québec Inc., (1999) R.J.Q. 1932 (C.A.).

Boless c. Résidence Denis-Marcotte, J.E. 95-1890 (C.S.).

Bonanza Holidays Tours Ltd. c. British Airways, J.-E. 95-1531 (C.S.).

Bonaventure Systems Inc. c. Royal Bank of Canada, (1997) R.R.A. 139 (C.S.).

Bouchard c. Sécurespace inc., J.E.. 98-2326 (C.Q.).

Boulanger c. Toyota canada Inc., J.E.. 98-1469 (C.Q.).

Boutin c. Corporation de finance Belvédère, (1970) C.A. 389.

Boutique Jacob inc. c. Place Bonaventure inc., J.E. 95-1040 (C.S.).

Breton c. Rousseau, (1956) C.S. 375.

Bruneau c. Caverhill, (1910) 37 C.S. 271.

Bruneau c. Vézina, (1913) 44 C.S. 189.

Brutus c. Joseph, (1996) R.J.Q. 2619 (C.S.).

C.(A.) c. M.(R.), REJB 97-01710 (C.S.).

Canadian Acceptance Co. c. Larochelle, (1972) R.L.n.s. 268.

Canadian Factors Co. Ltd. c. Cameron, (1966) B.R. 921.

Canadian General Electric Co. c. Canadian Rubber Co. of Montreal, (1916) R.C.S. 349.

Canadian Imperial Bank Of Commerce c. Les importations Tour de France, (1996) R.R.A. 989.

Canadian Northern Quebec Railway Co. c. Argenteuil Lumber Co., (1919) 28 C.B.R. 408.

Carey c. Carey, (1912) 42 C.S.471.

Carrier c. Mineau, (1977) C.P. 397.

Carter c. Urquart, (1906) 15 C.B.R. 509.

Chabot c. Canadian International Paper Co., (1966) C.S. 11.

Chaput c. Bonhomme, (1925) 38 B.R. 47.

Charbonneau c. Houle, (1892) 1 C.S. 41.

Charette c. Évaluations J. Lafortune inc., J.E. 99-2192 (C.Q.).

Choquette c. Lalonde, (1919) 56 C.S. 252.

Cie de finance Household du Canada c. Bélanger, J.E. 89-1463 (C.Q.).

City Buick (Mtl.) Ltd. c. Andriano, (1961) C.S. 546.

Colonial Real Estate Co. c. Communauté des Soeurs de la Charité de l'Hôpital Général de Montréal, (1919) R.C.S. 585.

Commercial Acceptance Co. c. Partridge, (1955) C.S. 80.

Commercial Acceptance Co. c. Proulx, (1941) 79 C.S. 325.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Fiset, T.D.P., 200-53-000002-985.

Commission des normes du travail c. Centre-Lux Ltée., J.E. 94-1422 (C.Q.).

Compagnie d'assurances du Québec c. Groupe pétrolier Nirom inc., (1999) R.R.A. (C.A.).

Compagnie Trust Nord Américain c. Claude Rivard & Fils inc., J.E. 96-1387 (C.S.).

Conan c. Charest, (1907) 32 C.S. 385.

Concordia Services sanitaires inc. c. Investissements Nakis inc., J.E. 96-1473 (C.S.).

Construction G. Di Iorio Inc. c. Pointe-Claire (Ville de), J.E. 91-1527 (C.S.).

Construction St-Hilaire c. Immeubles Fournier Inc., (1975) 2 R.C.S. 2.

Corporation financière Télétéc c. Tremblay, (1996) R.J.Q. 813 (C.Q.).

Côté c. Larouche, (1977) C.P. 163.

Courtemanche c. Perron, J.E. 96-917 (C.Q.).

Coutu c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, J.E. 98-2088 (C.A.).

Crédit Trans-Canada ltée. c. McClemens, (1995) R.J.Q. 985 (C.Q.).

Crédit Trans-Canada ltée. c. Muir, J.E. 93-636 (C.Q.).

Crédit Trans-Canada ltée. c. Paradis, (1992) R.J.Q. 1410 (C.Q.).

Crédit Trans-Canada ltée. c. Prévost, (1995) R.J.Q. 977 (C.Q.).

Crédit Trans-Canada ltée. c. Robert, J.E. 96-1889 (C.Q.).

Crete c. Canadian Vickers Ltd., (1928) 66 C.S. 45.

Curtis & Harvey and Apendaile and Riley c. The liquidator, (1920) 29 C.B.R. 404.

Damphousse c. Valiquette, (1915) 24 C.B.R. 62.

De Chantal c. Ranger, (1896) 10 C.S. 145.

Deault c. Ledoux et al., (1894) 5 C.S. 298.

Décary c. Normandin, (1933) 71 C.S. 254.

Demers c. Hector Meunier Co. Ltd., (1926) 32 R.L.n.s. 222.

Desautels et al. c. Préfontaine, (1912) 42 C.S.401.

Desgorseillers c. Anderson et al., (1909) 36 C.S.234.

Diffusion des métiers d'art (Québec) Inc. c. Cohen, (1981) C.S. 829.

Dionne c. Tôle Gaufrée du Québec, (1976) C.P. 433.

Distribution minute Gourmet Inc. c. 3109348 Canada Inc., J.E. 97-1340 (C.Q.).

Dominion Blank Book Co. c. Harvey, (1941) 79 C.S. 274.

Dorion c. Bédard, (1905) 27 C.S. 193.

Dorion c. Grand Truck Railway Co. of Canada, (1918) 53 C.S. 106.

Drainville c. The Canadian Pacific Railway Co., (1902) 22 C.S. 480.

Droit de la famille - 1307, (1990) R.D.F. 162 (C.S.).

Droit de la famille - 1411, (1993) R.J.Q. 465 (C.A.).

Droit de la famille - 1457, (1991) R.D.F. 655 (C.S.).

Droit de la famille - 1616, (1992) R.D.F. 420 (C.S.).

Droit de la famille - 1654, (1997) R.D.F. 282 (C.S.).

Droit de la famille - 1740, (1993) R.D.F. 320 (C.A.).

Droit de la famille - 1988, (1994) R.D.F. 353 (C.S.).

Droit de la famille - 2057, (1994) R.D.F. 680 (C.S.).

Droit de la famille - 2204, (1995) R.D.F. 333 (C.S.).

Droit de la famille - 2258, (1995) R.J.Q. 2418 (C.S.).

Droit de la famille - 2325, (1996) R.J.Q. 34, (1996) R.J.Q. 34 (C.A.).

Droit de la famille - 2363, (1996) R.D.F. 146 (C.S.).

Droit de la famille - 2452, (1996) R.D.F. 466 (C.A.).

Droit de la famille - 2472, (1996) R.J.Q. 1946 (C.S.).

Droit de la famille - 2622, J.E. 97-649 (C.A.).

Droit de la famille - 2684, (1997) R.D.F. 480 (C.S.).

Droit de la famille - 2836, (1999) R.D.F. 218 (C.A.).

Droit de la famille - 2961, (1998) R.J.Q. 1089 (C.S.).

Droit de la famille - 3041, J.E. 98-1444 (C.S.).

Droit de la famille - 3088, (1998) R.D.F. 636 (C.S.).

Droit de la famille - 3097, J.E. 98-1903 (C.S.).

Droit de la famille - 3181, (1999) R.D.F. 20 (C.S.).

Droit de la famille - 3292, (1999) R.D.F. 395 (rés.) (C.S.).

Droit de la famille - 427, (1988) R.J.Q. 119, (1988) R.D.F. 70 (C.A.).

Droit de la famille - 654, (1990) R.J.Q. 1212 (C.A.).

Drouin c. Lepage, (1980) C.P. 146.

Drozdowski c. Zemel, (1954) C.S. 163.

Dubreuil c. D.K. automobile inc., (1996) R.J.Q. 1144 (C.A.).

Dufour c. Truchon, (1959) R.L.n.s. 54.

Eiffel Construction (Québec) Ltd. c. Morguard Trust Co., (1986) R.J.Q. 879 (C.S.).

Électronique Norjie inc. c. McNicoll, J.E. 97-1778 (C.Q.).

Entreprises Alain Lévesque Inc. c. Nettoyeur Magique Ltée., J.E. 96-438 (C.A.).

Entreprises Loyola Schmidt Ltée (Les) c. Cholette, (1976) C.S. 557.

Épiciers unis Métro-Richelieu inc. c. Lefebvre, J.E. 95-378 (C.S.).

Equilease Ltée. c. Bouffard, (1979) C.S. 191.

Estrie Toyota inc. c. Majewski, J.E. 99-1505 (C.S.).

Evans c. Skelton, (1890) R.C.S. 637.

Evans et al. c. Chamoagne, (1895) 7 C.S. 189.

Excavation André Laliberté inc. c. Habitations consultants H.L. inc., J.E. 96-1160 (C.Q.).

Fédération des médecins résidents du Québec c. Université de Montréal, (1994) R.J.Q. 1650 (C.S.), inf. pour d'autres motifs par (1997) R.J.Q. 1832 (C.A.).

Fiorito c. The Contingency Insurance, (1971) C.S. 1; note de M. Tancelin (1971) 12 C.de D. 220.

Fram c. Office municipal d'habitation de Pointe-Claire, J.E. 98-1402 (C.Q.).

Franklin c. Ciceri, (1931) 69 C.S. 1.

Furness, Withy and Co. Ltd. c. Vipond, (1916) 25 C.B.R. 325; (1916) 54 S.C.R. 521.

Gaillardez c. Microtec inc., J.E. 95-782 (C.Q.).

Garantie (La), compagnier d'assurance de l'Amérique du Nord c. G. Beaudet et cie. ltée., (1996) R.R.A. 599 (C.A.).

Gareau Auto Inc. c. Banque canadienne impériale de commerce (1989) R.J.Q. 1091 (C.A.).

Gaudreau c. Roy, J.E. 99-1694 (C.S.).

Gauthier c. La Cie. Ch. de fer du Pacifique Canadien, (1894) 3 B.R. 136.

Gérard c. White, (1954) C.S. 149.

Glengoil Steamship Co. (The) c. Pilkington, (1897) 6 B.R. 95; (1897) 28 S.C.R. 146.

Goddard c. Silver Plan Ltd., (1936) 74 C.S. 240.

Gosselin c. 1021150 Canada Inc., J.E. 96-730 (C.Q.p.c.).

Grant Mills Ltd. c. Pipeline Welding Ltd., (1975) R.C.S. 1203.

Great North Western Telegraph Co. c. Laurance, (1892) 1 B.R. 1.

Great North-Western Telegraph Co. c. Montreal Telegraph Co., (1892) R.C.S. 170.

Gresham Life Ass. Soc. Ltd. c. Banque d'Hochelaga, (1925) 38 C.B.R. 529.

Groupe Commerce (Le), compagnie d'assurance c. Bokobza, J.E. 98-297 (C.S.).

Groupe Commerce (Le), compagnie d'assurance c. Service d'entretien Ribo inc., (1992) R.R.A. 959 (C.A.).

Groupe Jean Coutu (P.J.C.) inc. c. Café chinois inc., J.E. 98-1493 (C.S.).

Groupe Jean Coutu (P.J.C.) inc. c. Tremblay, J.E. 97-1097 (C.S.).

Groupe pétrolier Nirom inc. c. La compagnie d'assurance du Québec, (1996) R.R.A. 176 (C.S.).

Groupe Sinisco inc. c. Groupe Ventvo inc., J.E. 98-795 (C.S.).

Guillemette c. Park Reality co. of Montreal, (1917) 52 C.S. 146.

H. Cardinal Construction Inc. c. Dollard-des-Ormeaux (Ville de), J.E. 87-970 (C.A.).

Hensershot c. Lionais et al., (1905) 27 C.S. 292.

Hibbeln c. 2817161 Canada inc., J.E. 95-1145 (C.S.).

Houle c. Banque nationale du Canada, (1990) 3 R.C.S. 122.

Hudon c. Voisine, (1925) 38 C.B.R. 378.

Hudson's Bay Co. c. Wise Brothers Ltd., (1983) C.A. 501.

Huel c. Décalcomanie Beaver inc., J.E. 97-727 (C.S.).

Hurlburt, Mills & York (Ltd.) c. Stewart et al., (1903) 24 C.S. 19.

Immeubles Francana ltée. c. Farbec inc., J.E. 96-1267 (C.A.).

Imperial Oil Ltd. c. Domaine Gatineau Inc., (1977) C.S. 212.

Indemnity Insurance Co. of North America c. Excel Cleaning Service, (1954) S.C.R. 169.

Industrial Acceptance Co. c. Germain, (1958) R.P. 40 (C.S.).

Industries Ultratainer inc. c. Rosenberg, J.E. 97-2125 (C.S.).

International Mercantile Factors Ltd. c. Galler, J.E. 95-669 (C.S.).

Iris, le groupe visuel (1990) inc. c. laliberté, Bessette & ass., (1999) R.R.A. 383 (C.S.).

J.-Donat Langelier (ltée) c. Duhaut, (1932) 70 C.S. 248.

Janin Construction (1983) ltée. c. Régie d'assainissement des eaux du bassin de Laprairie, (1999) R.J.Q. 929 (C.A.).

Jos Dubreuil & Fils ltée. c. Ford new Holland canada ltée., J.E. 98-115 (C.S.).

Julien c. Lapointe, (1919) 55 C.S. 27.

Keating c. Dillon, (1905) 28 C.S. 323.

Kiernan c. Metropollitan Life Ins. Co., (1925) R.C.S. 601.

Kingston c. Godwin, J.-E. 95-1753 (C.Q.).

Klock c. Lindsay, (1898) R.C.S. 453.

La Cie du Parc St-Louis c. Jobidon, (1917) 52 C.S. 499.

Laboratoires Cobstant inc. c. Beauchamps, J.E. 97-897 (C.S.).

Labrosse c. Société d'assurance des Caisses Populaires, (1977) C.P. 264.

Lachapelle c. Promotions C.G.S. Inc., J.E. 95-1536 (C.Q.).

Langlais c. Dumas, J.E. 91-36 (C.Q.).

Langlois c. Chénier, J.E. 97-1484 (C.Q.).

Lapierre c. Forand, J.E. 95-823 (C.Q.p.c.).

Lapierre c. Saint-Amour, (1906) 15 C.B.R. 466.

Larochelle c. Union canadienne (L') compagnie d'assurances, (1999) R.R.A. 208 (C.Q.).

Latreille Automobile ltée. c. Volovo Canada Ltd., (1978) C.S. 191.

Latreille c. Industrielle-Alliance (L'), compagnie d'assurance sur la vie, J.E. 98-415 (C.S.).

Laurin c. Lafleur, (1897) 12 C.S. 380.

Le c. Le, (1994) R.J.Q. 1058 (C.S.).

Lebel c. Banque Nationale du Canada, (1997) R.R.A. 87 (C.A.).

Lemoine c. Lionnais, (1874) L.C.J. 94.

Lepage Automobiles Ltée. c. Couturier, (1956) C.S. 80.

Les immeubles des brasseries Molson ltée. c. Kellandale Investments Inc., (1995) R.J.Q. 154 (C.S.).

Les maisons Le Marquis ltée. c. Commodore Mobile Homes Ltd., (1980) C.S. 872.

Liverpool, London & Globe Ins. Co. c. Valentine, (1898) 7 C.B.R. 400.

Location de voitures compacte (Québec) ltée c. Gagnon, J.E. 95-968 (C.Q.).

Location du cuivre ltée. c. Construction Cardel inc., J.E. 95-492 (C.Q.).

Location Tiffany Leasing inc. c. 3088-6022 Québec inc., J.E. 98-1485 (C.Q.).

Logistiques Trans-West inc. c. Haince, J.E. 98-1571 (C.S.).

Loiselle c. Société Canada Trust – Le Permanent, J.E. 97-999 (C.A.).

Madden c. Demers, (1920) B.R. 505.

Maguire c. Northland Drug Co. Ltd., (1935) S.C.R. 412.

Manufacturers Life Ins. Co. c. Anctil, (1898) R.C.S. 103.

Marcel Charest & Fils Inc. c. Rivière-du-Loup (Ville de), J.E. 93-443 (C.A.).

Marcel Grenier Automobile Enr. c. Thauvette, (1969) C.S. 159.

Marché Bernard Lemay inc. c. Marché Cinq Étoiles inc., J.E. 98-1219 (C.S.).

Marcotte c. Beauregard, (1986) R.J.Q. 1607 (C.P.).

Marius Lessard inc. c. Assurances j.G. Cauchon & Ass. inc., J.E. 98-1584 (C.A.).

Marois c. Dallaire, (1970) C.S. 634.

Martin c. 3193594 Canada inc., J.E. 98-150 (C.Q.).

McAndrew c. Supermarché Tassé ltée., J.E. 96-2308 (C.Q.).

Meale c. Zurich, Compagnie d'assurances, (1998) R.R.A. 375 (C.A.).

Médi-Dent Service c. Bercovitch, J.E. 96-2131 (C.S.).

Meuniserie De Scott inc. c. Boissinot, J.E. 82-503 (C.P.).

Michaud Automobiles Inc. c. Nissan Automobile Co., (1974) C.S. 561.

Michaud c. Société mutuelle d'assurances générales du comté de Rivière-du-Loup, (1996) R.R.A. 629 (C.Q.p.c.).

Micor Auto inc. c. Aubert, J.E. 95-1087 (C.Q.).

Miller c. Demeule, (1874) 18 L.C.J. 12.

Millette c. S.S.Q., Société d'assurance-vie inc., (1997) R.R.A. 243 (C.Q.).

Modern Refrigeration Co. c. Bastien, (1953) C.S. 347.

Mohamed c. Banque de Nouvelle-Écosse, J.E. 95-1492 (C.Q.).

Mongenais c. Allan, (1892) 1 B.R. 181.

Montréal (communauté urbaine) c. Ciment indépendant inc., J.E. 88-1127 (C.A.).

Moreau c. Veilleux, (1923) 35 C.B.R. 279.

Morgan c. Lyall, (1907) 15 C.B.R. 90.

Morin c. Dion, (1957) C.S. 53.

Mount Royal Ins. Co. c. Benoit, (1906) 15 C.B.R. 90.

N.C. Hutton Ltd. c. Canadian Pacific Forest Products Ltd., J.E. 96-329 (C.S.).

Nadeau c. Nadeau, (1977) C.A. 248.

Neagu c. Moto sport Rive Sud inc., (1978) C.S. 909.

New York Central Railroad Co. c. Siegel, (1923) 35 C.B.R. 118.

Noivo Automobiles Inc. c. Mazda Motors Canada Ltd., (1974) C.S. 385.

Ocean Accident & Guarantee Corp. c. Air Canada, (1975) R.P. 193 (C.A.).

Ochao c. Sciortino, J.E. 93-1234 (C.Q.).

Otis Elevator Cie c. A. Viglione & Bros. Inc., (1978) C.S. 243.

Ottawa Northern and Western Railway Co. c. Dominion Bridge Co., (1905) R.C.S. 347.

Ouellette c. O'Brien, (1941) 79 C.S. 472.

P.G. Productions Inc. c. Intégral Vidéo Inc., J.E. 96-656 (C.S.).

Pacific National Leasing Corp. c. Domaine de l'Eden (1990) inc., J.E. 95-1447 (C.Q.).

Papineau c. Guertin, (1913) 22 C.B.R. 529.

Paré c. Vic Tanny (Québec) Ltd., (1976) 17 C. de D. 242 (C.P.).

Peguegnat c. Canadian Pacific Railway, (1921) 59 C.S. 192.

Pelletier c. Tour Mont-Royal inc., J.E. 96-1801 (C.Q.).

Pépin c. David Lord Limitée, (1970) C.S. 378.

Perron c. Household Finance Co. of Canada Ltd., (1977) C.P. 402.

Pérusse c. Eastern Marketing Ltd., J.E. 99-1449 (C.S.).

Petra ltée. c. Ultramar Canada Inc., (1994) R.D.I. 572 (C.S.).

Picaud c. Renaud, (1899) 15 C.S. 358.

Piques c. Poirier, J.E. 94-1918 (C.Q.).

Piscines Dauphin Ltée. (syndic de), (1998) R.J.Q. 726 (C.A.).

Portes Overhead Door de Montréal (1965) Ltée. c. Construction Broccolini Inc., J.E. 95-684 (C.Q.).

Potvin & Bouchard c. 3127877 Canada inc., J.E. 98-2319 (C.S.).

Poulin c. Groulx, J.E. 96-969 (C.Q.).

Price c. Roy, (1898) 8 C.B.R. 170.

Productions Mark Blandford inc. c. Caisse Populaire St-Louis de France, (1997) R.J.Q. 1779 (C.S.).

Produits forestiers M. Fortin inc. c. Lemay, J.E. 95-1393 (C.S.).

Proulx c. Beaudouin, (1948) C.S. 69.

Proulx c. Hotte, (1968) B.R. 628.

Québec (Procureur général) c. Nicolas, (1996) R.J.Q. 1679 (C.S.).

Queen c. Grenier, (1899) 30 R.C.S. 42.

Régie d'assainissement des eaux du bassin de La Prairie c. Janin Construction (1983) Ltée., (1999) R.J.Q. 929 (C.A.).

Renaud c. Bougie, (1899) 16 C.S. 405.

Rendell c. The Black Diamond Steamship Co., (1895) 8 C.S. 442.

Restaurants la Nouvelle-Orléans Inc. c. Roynat limitée, (1974) C.S. 288.

Rimouski (Ville de) c. 1847-2217 Québec inc., J.E. 97-2004 (C.A.).

Rivard c. Pelchat, (1904) 28 C.S. 8.

Rivest c. Corporation du village de Saint-Joseph, (1932) R.C.S. 1.

Roby c. Assurance-vie Desjardins Inc., (1998) R.R.A. 1002 (C.S.).

Roch-April c. April, J.E. 96-1475 (C.S.).

Rompre Frère Drive Yourself Ltée. c. Roy, (1961) C.S. 29.

Romuald Laflamme et Fils Inc. c. St-Pierre, (1981) C.P. 340.

Rosemont Realty Co. c. Boivin, (1921) 31 B.R. 40.

Roynat Ltée c. Restaurants la Nouvelle-Orléans Inc., (1978) 1 R.C.S. 969.

S.S.Q., société d'assurance-vie Inc. c. 2970-3691 Québec Inc., J.E. 95-1806 (C.S.).

Sachian inc. c. Treats inc., J.E. 97-728 (C.S.).

Services financiers Avco canada Ltée. c. Boudreau, B.E. 97BE-423 (C.Q.).

Services financiers Commcorp inc. c. Contant, J.E. 95-308 (C.S.).

Services industrielles Normand inc. c. Automobiles Rivière-du-Loup inc., J.E. 96-1384 (C.Q.).

Services Investors Ltée. c. Hudson, J.E. 98-1329 (C.S.).

Sigma Construction inc. c. Ievers, J.E. 95-1846 (C.A.).

Simard c. Royer, (1978) C.A. 219.

Simard c. Simard, J.E. 97-1745 (C.S).

Sintra Inc. c. Mascouche (Ville de), J.E. 95-1615 (C.A.).

Slush Puppie Montréal inc. c. 153226 Canada inc., J.E. 94-991, (1994) R.J.Q. 1703 (C.Q.).

Slush Puppie Montréal inc. c. 3100-5465 Québec inc., J.E. 96-1876 (C.Q.).

Slush Puppie Montréal inc. c. Divertissement Boomerang inc., J.E. 99-858 (C.Q).

Slush Puppie Montréal inc. c. Salaison de fleurimont inc., J.E. 97-1313 (C.Q).

Société de financement Prestige Ltée c. Deneault, J.E. 97-751 (C.S.).

Société de géomatique internationale Inc. c. Placements Soficorp Inc., J.E. 88-199 (C.S.).

Société de gestion Place laurier inc. c. Beaulieu, J.E. 99-1070 (C.S.).

Société générale Beaver inc. c. Destefano, J.E. 96-640 (C.Q.).

Société générale Beaver inc. c. Gagné, B.E. 97BE-645 (C.Q.).

Société générale Beaver inc. c. Métaux ouvrés St-Philippe inc., J.E. 94-1295 (C.S.).

Southern Canada Power Co. Ltd. c. Dubois, (1944) C.S. 54.

Standard Electric Time Co. of Canada Ltd. (The) c. Finagel, (1965) C.S. 532.

Stendel c. Edelman, J.E. 86-761 (C.S.).

St-Pierre c. Laprise, J.E. 94-1040 (C.Q.).

Sun Life Trust Co. c. Bionaire inc., J.E. 99-2063 (C.Q.).

Système Troc inc. c. 133120 Canada inc., J.-E. 95-879 (C.Q.).

Talbot c. Bernier, (1897) 13 C.S. 410.

Talbot c. Commission scolaire régionale Lapointe, (1976) C.S. 938.

Tellier c. Mutuelle du Canada (La), compagnie d'assurance sur la vie, J.E. 98-1530 (C.S).

Thedford Celery and Fruits Co. c. Harbour Commissioners of Montreal, (1936) 74 C.S. 451.

Thériault c. Banque canadienne impériale de commerce, J.E. 80-911 (C.S.).

Tirbutt c. Laurie, (1927) 65 C.S. 492.

Toyota Crédit canada inc. c. Corbeil, J.E. 96-1537 (C.Q.).

Trans-Canada Credit Corp. Ltd. c. Petitpas, J.E. 86-180 (C.P.).

Tremblay c. Bergeron, (1909) 36 C.S. 202.

Tremblay c. Bouchard, (1949) R.C.S. 552.

Tremblay c. Constructions Gérard Doyon de Beauce Inc., (1997) R.D.I. 440 (C.S.).

Trudeau c. Entreprises Dorette Val/Go Inc., J.E. 95-1381 (C.Q.).

Trust général du Canada c. Bourque, Pierre & Fils ltée., J.E. 99-1175 (C.S.).

Turgeon c. Marcoux, (1926) 64 C.S. 177.

Union Ins. Co. Ltd. of Paris, France c. Monette, (1925) 38 C.B.R. 309.

Univers Gestion multi-voyages Inc. c. AirClub international Inc., J.E. 97-772 (C.S.).

Vaillancourt c. Saint-Denis, (1908) 34 C.S. 25.

Vallée c. Office municipal d'habitation de Daveluyville, J.E. 97-1268 (C.Q.).

Vanasse c. Robillard, (1915) 47 C.S. 487.

Vézina c. New York Ins. Co., (1881) R.C.S. 80.

Vézina c. Scales, (1926) 64 C.S. 49.

Vézina c. Vézina, (1983) C.S. 889, (1985) C.A. 44.

Vicply inc. c. Banque Royale du Canada, (1996) R.R.A. 582 (C.A.).

Video L.P.S. Inc. c. 9013-0451 Québec Inc., C.S., 500-05-017485-960.

Vigeant c. Malo, (1936) 74 C.S. 121.

Walker c. Roy, (1997) R.R.A. 976 (C.S.).

Waterous Engine Works Co. c. Collin, (1892) 1 C.B.R. 511.

Western Assurance Co. c. Desgagnés, (1973) C.A. 299.

Winer & Chazonoff (Ontario) Ltd. c. Thomas Fuller Construction Co., (1980) C.S. 570.

Wofford c. Boreal Insurance Inc., (1995) R.R.A. 811 (C.Q.p.c.).

Yoskovitch c. Tabor, J.E. 95-573 (C.S.), (1995) R.J.Q. 1397.

Zaor c. Thibault, (1982) C.S. 843.

Autres juridictions

Canada

Norberg c. Wynrib, [1992] 2 R.C.S. 226.

Garland c. Consumers' Gas Co., (1998) 3 R.C.S. 112.

Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd., ([1989] 1 R.C.S. 426.

Harry v. Kreutziger, (1978), 9 B.C.L.R. 166 (C.A.); (1979) 95 D.L.R. (3d) 231 (C.A.).

Morrison v. Coast Finance Ltd., (1965) 55 D.L.R. (2d) 710 (B.C.C.A.).

Walters v. Donnelly, (1884) 9 O.R. 391.

France

Cons. Const., déc. no 97-388, 20 mars 1997, note de M. Fabre-Magnan, « Les principes de liberté contractuelle et d'autonomie de la volonté n'ont pas valeur constitutionnelle », J.C.P. 1997, I, 4039.

Cons. Const., déc. no 96-385, 30 décembre 1996, note de J. Mestre, « La liberté contractuelle rentrerait-elle en grâce auprès du Conseil constitutionnel? », (1997) R.T.D.C. 416.

C. Civ. 1ère, 13 novembre 1996, note C. Jamin, « Le contrat de la "carte Pastel" de France Télécom ne contient pas de clause abusive », J.C.P. 1996, I, 4015.

C. Civ. 1ère, 3 juillet 1996, note F. Labarthe, « De la notion de cause et de l'économie voulue par les parties au contrat », J.C.P. 1996, I, 4015.

C. Civ. 1ère, 3 janvier 1996, note F. Labarthe, « Un professionnel peut-il bénéficier de la législation sur les clauses abusives? », J.C.P. 1996, I, 3929.

C. Civ. 1ère, 24 janvier 1995, D. 1995. Somm. 310, note J.-P. Pizzio.

C. Civ. 1ère, 21 février 1995, J.C.P. 1995., II, 22502, note G. Paisant.

C. Civ. 1ère, 23 février 1994, J.C.P. 1994, I, 3809 obs. G. Viney; D. 1995, 214, note N. Dion; (1994) R.T.D.C. 617, obs. P. Jourdain.

C. Civ., 1ère, 14 mai 1991, D. 1991, 448, note J. Ghestin.

C. Civ., 1ère, 6 décembre 1989, J.C.P. 1989., II, 21534, note P. Delebecque; D. 1990, 288, note J. Ghestin.

C. Civ., 1ère, 16 juillet 1987, D. 1988, 49, note J. Calais-Auloy.

C. Civ., 1ère, 18 janvier 1984, J.C.P. 1985., II, 20372, obs. J. Mouly; (1984) R.T.D.C. 727, obs. J. Huet.

C. Civ., 7 mai 1902, D. 1904.II.276.

C. Civ., 3ème, 12 oct. 1971, D. 1972, ch. XIII, A. Pirovano, « La fonction sociale des droits ».

C. Civ., 3ème, 22 février 1968, D. 1968, 607, note P. Malaurie.

Cass. Soc., 2 février 1994, D. 1995, 550, note P. Przemyski-Zajac.

C. Com., 17 juin 1997, D. 1998, 208, note J. Casey.

C. Com., 3 mai 1997, note J. Mestre, « Une exigence de proportionnalité dans le contenu du contrat », (1998) R.T.D.C. 101.

C. Com., 22 octobre 1996, J.C.P. 1997, I, 4002, note M. Fabre-Magnan; D. 1997, 121, note A. Sériaux; D. 1997, somm.com., 175, obs. P. Delebecque; Defrénois, 1997, 333, obs. D. Mazeaud, Gaz. Pal., 22 au 26 août 1997, obs. R. Martin; 1998, I, 1315, note J.-P. Chazal.

C. Com., 16 mars 1996, note J. Mestre, « L'économie du contrat », (1996) R.T.D.C. 901.

C. Com., 16 janvier 1996, note J. Mestre, « L'économie du contrat », (1996) R.T.D.C. 901.

C. Com., 3 janvier 1996, note J. Mestre, « L'économie du contrat », (1996) R.T.D.C. 901.

C. Com., 5 juillet 1994, G.P. 12 - 14 février 1995, 9, note C. Dubreuil.

C. Com., 15 novembre 1988, Bull. Civ., IV, no. 318.

C. Com. 18 novembre 1975, Bull. civ. IV, no. 269.

Req. 19.02.1863, S. 1863.1.185.

C.A. Dijon, 22 mars 1996, J.C.P. 1996., II, 22774, note M. Douchy.

(contratt d'adhésion)

C.A. Colmar, 19 mars 1993, J.C.P. 1995., II, 22595, note J. Bigot.

C.A. Colmar, 16 juin 1995, J.C.P. 1995., II, 22532, note J. Bigot.

(essence - clause abusive - qualification)

C.A. Grenoble, 7 nov. 1995, J.C.P. 1995., II, 22595, note J. Bigot.

C. A. Paris, 25 janvier 1995, note Mestre, J., « Validité d'une clause de résiliation unilatérale d'un contrat à durée déterminée mais exigence de bonne foi dans sa mise en oeuvre », (1996) R.T.D.C. 158.

C. A. Paris, 31 octobre 1994, G.P. 12 - 14 février 1995, 12.

C. A. Paris, 13 juin 1957, D. 1957.II.531.

(essence - clause abusive - clause limitative)

C. A. Paris, 29 janvier 1921, D. 1923.II.169, note L. Josserand.

C. A. Paris, 21 décembre 1916, D. 1917.II.33.

C. A. Rouen, 31 octobre 1922, D. 1923.II.168.

C.A. Toulouse, 24 oct. 1995, J.C.P. 1995., II, 22595, note J. Bigot.

C. A. Versailles, 2 novembre 1995, note Mestre, J., « De la volonté de s'obliger », (1996) R.T.D.C. 892.

C. A. Versailles, 14 septembre 1995, note Mestre, J., « Et un accord sur ses éléments essentiels », (1996) R.T.D.C. 144.

Trib. com., Paris, 14 avril 1972, Gaz. pal. 1972-2-750, (1973) R.T.D.C. 145, note de G. Cornu.

Trib. com., Cambrai, 6 septembre 1912, S. 1914.2.49, note R. Demogue.

Belgique

Cass. (3e ch.), 19 septembre 1983, (1985) J.T. 56, note S. Dufrene; (1986) R.C.J.B. 285, note J.L. Fagnard, « L'exécution de bonne foi des conventions: un principe en expansion ».

Cass. (1è ch.), 10 septembre 1971, (1976) R.C.J.B. 300, note P. VanOmmeslaghe, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi ».

Tribunal de commerces de Bruxelles, 20 février 1970, (1977) R.C.J.B. 5, note A. DeBersaques, « La lésion qualifiée et sa sanction ».

Cass. (1ère ch.), 25 septembre 1959, (1960) R.C.J.B. 5, note J., Dabin, « De la validité des clauses d'exonération de responsabilité en matière contractuelle ».

C.A. de Gand (2e ch.), 20 novembre 1950, (1953) R.C.J.B. 270, note A. DeBersaques, « L'abus de droit ».

Cass. (1ère ch.), 23 novembre 1911, (1911) Pas.I.556.

Angleterre

Lloyd's Bank Ltd. v. Bundy, (1974) 3 All E.R. 757 (C.A.).

Doctrine

Monographies

Abderrahmane, D. Ben, *Le droit allemand des conditions générales des contrats dans les ventes commerciales franco-allemandes*, Paris, L.G.D.J., 1985.

Al Jondi, M.S., *Le juge et les clauses exonératoires et limitatives de la responsabilité contractuelle*, Thèse, Paris II, 1979.

Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Livre V, ch. IV, Paris, Garnier-Flammarion, 1965.

Atiyah, P.S., *Essays on Contract*, Oxford, Clarendon Press, 1986.

Atiyah, P.S., *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, Clarendon Press, 1979.

Aubert, J.-L., *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, Librairie Armand Colin, 1988.

Aubert, J.-L., *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1970.

Aubert, J.-M., *Le droit romain dans l'oeuvre de Saint Thomas*, Paris, Vrin, 1955.

Aubry, C. et G. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 4, 5ème éd., Paris, Librairie de jurisprudence, 1902.

Audit, B., *La vente internationale de marchandises*, Paris, L.G.D.J., 1990.

Azard, P. et A.F. Bisson, *Droit civil québécois*, t. 1, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1971.

Barbiéri, J.-J., *Vers un nouvel équilibre contractuel. Recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la formation et l'exécution du contrat*, Thèse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981.

Barnett, R.E., *Perspectives on Contract Law*, Boston, Little, brown and Co., 1995.

Batiffol, H., *Les contrats en droit international privé comparé*, Montréal, Institut de droit comparé de McGill, 1981.

Batiffol, H., *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1979.

Baudouin, J.-L. et P.-G. Jobin, *Les obligations*, 5ème éd., Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1998.

- Baudouin, J.-L., *Les obligations*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1983.
- Baudouin, L., *Le droit civil de la province de Québec, modèle vivant de droit comparé*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953.
- Baudry-Lacantinerie, G. et L. Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil - des obligations*, t. 1, 2ème éd., Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1900.
- Beignier, B., *L'honneur et le droit*, Paris, L.G.D.J., 1995.
- Belley, J.-G., *Le contrat entre droit, économie et société*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1999.
- Béraud, A. et G. Faccarello, dir., *Nouvelle histoire de la pensée économique*, t. 1, *Des scolastiques aux classiques*, Paris, La Découverte, 1992.
- Bergeron, J.-G., *Les contrats d'assurances*, t. 1, Sherbrooke, Les éditions SEM inc., 1989.
- Berlioz, G., *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1976.
- Boggiano, A., *International Standard Contracts. The Price of Fairness*, Boston, Graham & Trotman, 1991.
- Bomsel, X., *La théorie de l'imprévision en droit civil français*, Thèse, Paris, 1922.
- Bonnell, M.J., *An International Restatement of Contract Law*, Irvington, Transnational Juris Publications Inc., 1994.
- Bourgoignie, T., éd., *Unfair Terms in Consumer Contract*, Louvain-la-Neuve, Cabay, Bruylant, 1983.
- Bricks, H., *Les clauses abusives*, Paris, L.G.D.J., 1982.
- Brière, G., *Les successions*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1994.
- Brudner, A., *The Unity of the Common Law - Studies in Hegelian Jurisprudence*, Berkley, University of California Press, 1995.
- Burman, D. et J. Pineau, *Le « patrimoine familial » (projet de loi 146)*, Montréal, Thémis, 1991.
- Calais-Auloy, J., *Propositions pour un code de la consommation - Rapport de la commission de codification du droit de la consommation*, Paris, Documentation française, 1990.
- Campion, L., *La théorie de l'abus des droits*, Paris, L.G.D.J., 1925.

- Capitant, H., *De la cause des obligations*, Paris, Dalloz, 1923.
- Carbonnier, J., *Droit civil, Introduction*, 18ème éd., Paris, P.U.F., 1988.
- Carbonnier, J., *Droit civil, Les obligations*, 14ème éd., Paris, P.U.F., 1990.
- Carbonnier, J., *Droit et passion du droit sous la Vè République*, Paris, Flammarion, 1996.
- Carbonnier, J., *Flexible droit*, 7ème éd., Paris, L.G.D.J., 1992.
- Carbonnier, J., *Sociologie juridique*, Paris, P.U.F., 1978.
- Carroll, L.C., *Snow's Landlord and Tenant in the Province of Quebec*, Montréal, Southam Press Montreal Ltd., 1934.
- Carswell, R. et A. Schwartz, *Foundations of Contract Law*, Oxford, Oxford University Press, 1994.
- Cartwright, J., *Unequal Bargaining. A study of Vitiating Factors in the Formation of Contract*, Oxford, Clarendon Press, 1991.
- Chardin, N., *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, Paris, L.G.D.J., 1988.
- Chazal, J.-P., *De la puissance économique en droit des obligations*, Thèse, Lille III, 1996.
- Cheshire, G.C., C.H.S. Fifoot et M.P. Furmston, *The Law of Contracts*, 8ème éd., London, Butterworths, 1972.
- Chirez, A., *De la confiance en droit contractuel*, Thèse, Nice, 1977.
- Chitty, *On Contracts*, London, Sweet & Maxwell, 1994.
- Clarence Smith, J.A., *Medieval Law Teachers and Writers - Civilian and Canonist*, Ottawa, University of Ottawa Press, 1975.
- Colin, A. et H. Capitant, *Traité de droit civil*, 2 t. refondus par L. Julliot de la Morandière, Paris, Dalloz, t. 1, 1957; t. 2, 1959.
- Collectif, *Le contrat économique international, Stabilité et évolution, Travaux des VIIèmes journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1975, 449.
- Collectif, *Les juristes de l'État: agents ou instruments de changement?*, Cahier de la 8è conférence des avocates, avocats et notaires de la fonction publique, 12 et 13 mai 1988, Gouvernement du Québec, Ministère de la Justice.

Cornu, G., *Regards sur le Titre III du Livre III du Code civil*, Paris, Les cours de droit, 1977.

Côté, P.-A., *Interprétation des lois*, 2ème éd., Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1990.

Coulazou, L., *L'injustice usuraire en face du droit canonique et du droit séculier*, Montpellier, Imprimerie Firmin et Montagne, 1920.

Coumaros, N., *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique, Étude critique de la conception classique*, Paris, Sirey, 1931.

Crépeau, P.-A. en coll. avec É.M. Charpentier, *Les Principes d'Unidroit et le Code civil du Québec: valeurs partagées?*, Scarborough, Carswell, 1998.

Croteau, N., *Le contrat d'adhésion: de son émergence à sa reconnaissance*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996.

Dalem, M.J., *L'extension de la notion de lésion dans les contrats d'après la jurisprudence et la pratique contemporaine*, Paris, Les presses modernes, 1937.

Daube, D., *Roman Law - Linguistic, Social and Philosophical Aspects*, Edimburgh, University Press, 1969.

Davy, G., *La foi jurée, étude sociologique du problème du contrat, la formation du lien contractuel*, Paris, F. Alcan, 1922.

De Gaudin de Lagrange, É., *L'intervention du juge dans le contrat*, Paris, Sirey, 1935.

De la Collette, J., *Les contrats de commerce internationaux*, Bruxelles, DeBoeck Université, 1988.

De Lorimier, C., *La bibliothèque du code civil de la province de Québec*, t. VII, Montréal, E. Sénécal et Fils, 1882.

de Mesmay, H., *La nature juridique de la lésion en droit civil français*, Thèse, Paris II, 1980.

Delaporte, V., *Remarques sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, Thèse, Paris, 1974.

Delebecque, P., *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, Thèse, Aix-Marseille, 1981.

Deleury É. et D. Goubau, *Le droit des personnes physiques*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1994.

Demogue, R., *Des obligations en général*, 2 vol., 7 t., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1923-1933, vol. 1, t. 1, 1923.

Demogue, R., *Les notions fondamentales du droit privé.*, Paris, A. Rousseau, 1991.

Demolombe, C., *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, 2ème éd., Paris, Auguste Durand libraire, 1870.

Demolombe, C., *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles*, Paris, Auguste Durand Libraire, 1868.

Demontès, E., *De la lésion dans les contrats entre majeurs*, Thèse, Paris, 1924

Dempsey, B.W., *Interest and Usury*, London, D. Dobson Ltd., 1948.

Deschenaux, H., *Le titre préliminaire du Code civil*, Fribourg, Éditions universitaires de Fribourg, 1969.

Deschenaux, H., *Traité de droit civil suisse - Le titre préliminaire du Code civil*, Fribourg, Éditions Universitaires, 1969.

Desgorges, R., *La bonne foi dans le droit des contrats: rôle actuel et perspectives*, Thèse, Paris II, 1992.

Des Rivières Beaubien, H., *Traité sur les lois civiles du Bas-Canada*, Montréal, Ludger Duvernay, 1832.

Dessens, A., *Essai sur la notion d'équité*, Toulouse, Impr. F. Boisseau, 1934.

Deutch, S., *Unfair contracts : the Doctrine of Unconscionability*, Lexington, Lexington Press, 1977.

Dijol, M., *La nullité des contrats lésionnaires*, Paris, Sirey, 1918.

Domat, J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, in *Oeuvres complètes de J. Domat*, t. 1, J. Rémy éd., Paris, Alex-Gobelet Libraire, 1835.

Domat, J., *Traité des lois*, in *Oeuvres complètes de J. Domat*, t. 1, J. Rémy éd., Paris, Alex-Gobelet Libraire, 1835.

Dubouchet, P. *La pensée juridique française avant et après le Code civil*, 3ème éd., Paris, L'hermès, 1994.

Dufault, D., *Les abus à l'égard des aînés : le rôle du droit dans un contexte multidisciplinaire*, Montréal, Mémoire de maîtrise, Université du Québec à Montréal, 1998.

- Dumas, A., *Histoire des obligations dans l'ancien droit français*, Aix-en-Provence, Faculté de droit et de sciences politique, 1972.
- Durand, P., *Des conventions d'irresponsabilité*, Paris, Librairie des juristes, 1932.
- Duranton, M., *Cours de droit civil français suivant le code civil*, Paris, Alex-Gobelet librairie, 1834.
- Durkhiem, É., *De la division du travail social*, Paris, P.U.F., 1960.
- Durkhiem, É., *Leçons de sociologie physique des mœurs et du droit*, Paris, P.U.F., 1950.
- Édits, Ordonnances Royaux, Déclarations et Arrêts du Conseil d'État du Roi concernant le Canada*, 3 t., Québec, Presse à vapeur E.R. Fréchette, 1854.
- El Bassouni, O.F., *Le lésion en droit comparé*, Paris, Sirey, 1943.
- Esmein, A., *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français*, Paris, L. Larose et Forcel, 1883.
- Ewick, P. et S.S. Silbey, *The Common Place of Law, Stories from Everyday Life*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998.
- Farjat, G., *Droit privé de l'économie*, Paris, Thémis, 1975.
- Farjat, G., *L'ordre public économique*, Paris, L.G.D.J., 1963.
- Flour, J. et J.-L. Aubert, *Les obligations*, vol. 1, Paris, Armand Colin, 1975.
- Fraenkel, D., *La signature, genèse d'un signe*, Gallimard, Paris, 1992.
- Farnsworth, E.A., *United States Contract Law*, Rev. ed., N.Y., Juris Publishing, 1999.
- Freyburger, G., *Fides - Étude sémantique et religieuse depuis les origines jusqu'à l'époque augustinienne*, Paris, Les Belles Lettres, 1986.
- Fried, C., *Contract as Promise, A Theory of Contractual Obligation*, Cambridge, Harvard University Press, 1981.
- Fromont, M. et A. Rieg, *Introduction au droit allemand (République fédérale)*, t. 3, Paris, Éditions Cujas, 1991.
- Gagnon, R. P., L. LeBel et P. Verge, *Droit du travail*, 2ème éd., Sainte-Foy, Les presses de l'Université Laval, 1991.

- Garnier, H., *L'idée du juste prix chez les théologiens et les canonistes du Moyen Age*, Thèse, Paris, 1900, Burt Franklin (réimpression), New York, 1973.
- Gatsi, J., *Le contrat-cadre*, Paris, L.G.D.J., 1996.
- Gaudemet, E., *Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey, 1965.
- Gazzaniga, J.-L., *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, P.U.F., 1992.
- Gény, F., *Méthodes d'interprétation et sources du droit privé français*, Paris, L.G.D.J., 1954.
- Ghestin, J., *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français. Principes directeurs, consentement, cause et objet*. Montréal, Institut de droit comparé, Université McGill, 1982.
- Ghestin, J., *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, Paris, L.G.D.J., 1991.
- Ghestin, J., *Les obligations - Le contrat: formation*, Paris, L.G.D.J., 1988.
- Ghestin, J., *Les obligations, Le contrat: les effets du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1992.
- Giffard, A.E. et R., Villers, *Droit romain et ancien droit français: droit des obligations*, Paris, Dalloz, 1958.
- Girard, P.-F., *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1929.
- Godé, P., *Volonté et manifestations tacites*, Paris, P.U.F., 1977.
- Gomaa, N.M.K., *Théorie des sources de l'obligation*, Paris, L.G.D.J., 1968.
- Gordley, J., *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, Clarendon Press, 1992.
- Gorphe, F., *Le principe de la bonne foi*, Paris, Dalloz, 1928.
- Goubeaux, G., *La règles de l'accessoire en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1969.
- Gounot, E., *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé - Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, A. Rousseau, éd., 1912.
- Goutal, J.L., *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat.*, Paris, L.G.D.J., 1981.

Grice-Hutchinson,, M., *Early Economic Thought in Spain 1177-1740*, London, George Allen & Unwin, 1978.

Grillet-Ponton, D., *Essai sur le contrat innommé*, Thèse, Dijon, 1982.

Grossi, P. (éd), *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milan, Giuffrè Editore, 1972.

Grotius, H., *De jure belli ac pacis*, traduction de J. Barbeyrac : *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. J. Barbeyrac, Amsterdam, Chez Pierre de Coup, réimprimé, en 1984, par les Publications de l'Université de Caen - Centre de philosophie politique et juridique.

Grotius, H., *Inleiding tot de Hollandsche rechtsgeleertheid*, traduction de R.W. Lee, *The Jurisprudence of Holland* (vol. 1 traduction, vol. 2 commentaires), Oxford, Calrendon Press, 1926.

Guggenheim, D., *Le droit suisse des contrats - principes généraux*, Genève, Georg Éditeur SA, 1991.

Hartkamp, A.S., éd., *Towards a European Civil Code*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Pub. 1994.

Hauser, J., *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Paris, L.G.D.J., 1971.

Hayem, F., *De l'idée de lésion dans les contrats entre majeurs*, Paris, CERF, 1899.

Hébert, G. et G. Trudeau, *Les normes minimales du travail au Canada et au Québec, Étude juridique et institutionnelle*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1987.

Horwitz, M., *The Transformation of American law, 1780-1860*, Oxford, Oxford University Press, 1992.

Huvelin, P., *Cours élémentaire de droit romain*, Paris, Sirey, 1929.

Imhoff-Scheier, A.-C., *Protection du consommateur et contrats internationaux*, Genève, Librairie de l'Université - Georg & Cie. S.A., 1981.

Jacoby, D., *La lésion entre majeurs*, Montréal, Office de révision du Code civil - Comité des obligations, 1967.

Jacquet, J.-M., *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, Economica, 1983.

- Jamin, C et D. Mazeaud, D. (dir.), *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris, Economica, 1998.
- Jaubert, J., *Des effets civils de la bonne foi*, Thèse, Paris, 1899.
- Jobin, P.-G., *Le louage de choses*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1989.
- Jobin, P.-G., *Le louage*, 2ème éd., Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1996.
- Josserand, L., *De l'abus des droits*, Paris, Arthur Rousseau éd., 1905.
- Josserand, L., *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Paris, Dalloz, 1927.
- Josserand, L., *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Paris, Dalloz, 1928.
- Jouanneau, L., *Discussions du Code napoléon dans le Conseil d'état*, Paris, Demonville, 1808.
- Kant, E., *Fondements de la métaphysique des mœurs*, trad. de V. Delbos, Paris, Vrin, 1980.
- Karim, V., *Les contrats de réalisation d'ensemble industriels et le transfert de technologie*, Collection Minerve, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1987.
- Karim, V., *Les obligations, vol. 1 (art. 1371 à 1496 C.c.Q.)*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1997.
- Karimi, A., *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, Thèse, Strasbourg III, 1995.
- Kassis, A., *Théorie générales des usages du commerce*, Paris, L.G.D.J., 1984.
- Kelsen, H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962.
- Khalil, M.S., *Le dirigisme économique et les contrats*, Paris, L.G.D.J., 1967.
- Kojève, A., *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris, Gallimard, 1981.
- Kornstein, D., *Kill all the lawyers?: Shakespeare's legal appeal*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1994.
- Krämer, L., *La CEE et la protection du consommateur*, Bruxelles, Story Scientia, 1988.
- Lagarde, P., *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1959.

Langelier, F.C.S., *Cours de droit civil de la province de Québec*, 6 t., Montréal, Wilson & Lafleur, t. 6, 1911.

Larombière, M.-L., *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titre III et IV, livre III du Code civil*, t. 1, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel éditeurs, 1885.

Larouche, A., *Les obligations. Théorie générale des contrats, quasi-contrats*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, t. 1, 1982.

Larroumet, C., *Droit civil - Les obligations, 1ère partie*, t. III, Paris, Economica, 1986 (pp. 514-515).

Laude, A., *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d-Aix-Marseille, 1992.

Le Goff, M., *Du Moulin et le prêt à intérêt. Le légiste. Son influence.*, Genève, Mégariotis Reprints, 1905.

LeBras, G., *Histoire du droit et des institutions de l'église en Occident*, t. VII, *L'âge classique 1140-1378*, Paris, Sirey, 1965.

Leclerc, F., *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, Thèse, Strasbourg, 1992.

Lefebvre B., *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1998.

Lefebvre, D., *Le contrat comme acte juridique consensuel*, Montréal, P.U.M., 1962.

LeGall, J.-P., *L'obligation de garantie dans le louage de choses*, Paris, L.G.D.J., 1962.

Lemée, J., *Essai sur la théorie de l'abus de droit*, Paris II, Thèse, 1977.

Lepointe, G., *Les obligations dans l'ancien droit français*, Paris, Montchrestien, 1958.

Lévesque, C., *L'abus de droit en matière contractuelle dans la doctrine et la jurisprudence au Québec*, Thèse de maîtrise, Université de Montréal, 1994.

Lévy, É., *Les fondements du droit*, Paris, Librairie. F. Alcan, 1933.

Lévy, F., *L'égalité contractuelle*, Thèse de maîtrise, Université McGill, Institut de droit comparé, 1986.

- L'Heureux, N., *Droit de la consommation*, 5^e éd., Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 2000.
- Livermore, J., *Exemption Clauses and Implied Obligations in Contracts*, Agincourt, The Law Book Co., 1986.
- Lluelles, D., *Précis des assurances terrestres*, 3^{ème} éd., Montréal, Les éditions Thémis, 1999.
- Lluelles, D. et B. Moore, *Droit québécois des obligations*, Montréal, Thémis, 1998.
- Loksaier, F., *La clause pénale dans les contrats internes et dans les contrats internationaux*, Lausanne, Payot, 1985.
- Long, M. et J.-C. Monier, *Portalis, L'esprit de justice*, Paris, Michalon, 1997.
- Louis-Lucas, P., *Volonté et cause*, Paris, Sirey, 1918.
- Louis-Lucas, P., *Lésion et contrat*, Paris, Sirey, 1926.
- Lowry, S.T., *The Archaeology of economic Ideas, The Classical Greek Tradition*, Durham, Duke University Press, 1987.
- Loysel, A., *Institutes coutumières*, par M. Dupin et M.É. Laboulaye, Paris, Durand librairie, 1846.
- Macneil, I.R., *The New Social Contract*, New Haven, Yale University Press, 1980.
- Magdelain, A., *Jus Imperium Auctoritas - Études de droit romain*, Rome, École française de Rome, 1990.
- Magdelain, A., *Le consensualisme dans l'édit du préteur*, Paris, Sirey, 1958.
- Malaurie. P., *Cours de droit civil, les obligations*, 6^{ème} éd., Paris, Éditions Cujas, 1995.
- Malaurie P. et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, Paris, Éditions Cujas, 1991.
- Maleville, M.-H., *Pratique de l'interprétation des contrats, Étude jurisprudentielle*, Rouen, Publications de l'Université de Rouen, 1991.
- Malinverni, P., *Les conditions générales de vente et les contrats-types des chambres syndicales*, Paris, L.G.D.J., 1978.
- Margo, B., *Lésion "a posteriori" et imprévision dans les contrats*, Thèse, Paris, 1949.

- Marty, G. et P. Raynaud, *Droit civil. Les Obligations*, t. 1, 2^e éd., Paris, Sirey, 1988.
- Marty, G., P. Raynaud et P. Jestaz, *Droit civil. Les obligations*, t. 2, 2^e éd., Paris, Sirey, 1989.
- Masse, C., *Loi sur la protection du consommateur, analyse et commentaires*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1999.
- Massol, G., *La lésion entre majeurs en droit québécois*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1989.
- Maury, J., *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Paris, Jouve et cie. éditeurs, 1920.
- Mazeaud, D., *La notion de clause pénale*, Paris, L.G.D.J., 1992.
- Mignault, P.-B., *Droit civil canadien*, t.5, t. 6, Montréal, Théoret, 1901, 1902.
- Moeneolaey, P., *De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial*, Paris, L.G.D.J., 1914.
- Monier, R., *Manuel élémentaire du droit romain*, t. II, Paris, Montchrestien, 1954.
- Morel, A., *Le louage d'une habitation en droit québécois*, Montréal, Groupe de recherche en consommation, 1978.
- Morin F. et J.-Y. Brière, *Le droit de l'emploi au Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1998.
- Morin, G., *La loi et le contrat*, Paris, Librairie F. Alcan, 1927.
- Moulai-Khatir, F., *Le principe de l'autonomie de la volonté dans les contrats face aux nouvelles données socio-économiques et juridiques*, Thèse, Rennes, 1985.
- Muzuaghi, A.-S., *Le déclin des clauses d'exonération de responsabilité sous l'influence de l'ordre public nouveau*, Paris, L.G.D.J., 1981.
- O'Connor, J.F., *Good Faith in International Law*, Aldershot, Dartmouth, 1991.
- Olivier, N.N., *De la nullité des contrats*, Thèse, Université Laval, 1889.
- Olivier-Martin, F., *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Paris, C.N.R.S., 1984.
- Osman, F., *Les principes généraux de la Lex Mercatoria*, Paris, L.G.D.J., 1992.

Ost, F., *Droit et intérêt, Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990.

Ourliac, P. et J. de Malafosse, *Droit romain et ancien droit français*, t. 1, *Les obligations*, Paris, Thémis, 1961.

Patault, A.-M., *Introduction historique au droit des biens*, Paris, P.U.F., 1989.

Peden, J.R., *The Law of Unjust Contracts*, Sydney, Butterworths, 1982.

Perelman, C., *Le raisonnable et le déraisonnable en droit - Au-delà du positivisme juridique*, Paris, L.G.D.J., 1984.

Pérot-Morel, A., *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, Paris, Dalloz, 1961.

Perret, L. et N. Lacasse éd., *Actes du colloque sur la vente internationale*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989.

Perrot, R., *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Paris, Sirey, 1953.

Philippe, D., *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruxelles, Bruylant, 1986.

Picod, Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1989.

Piedelièvre, A., *Les transformations du formalisme dans les obligations civiles*, Thèse, Paris, 1959.

Pineau, J. et D. Burman, *Théorie des obligations*, 2ème éd., Montréal, Les éditions Thémis, 1988.

Pineau, J., Burman, D. et S. Gaudet *Théorie des obligations*, 3ème éd., Montréal, Les éditions Thémis, 1996.

Planiol, M. et G. Ripert, *Droit civil français*, Paris, L.G.D.J., 1952.

Platon, *Oeuvre complètes*, trad. V. Cousin, *Les lois*, t. VIII., Paris, Bossange Frères, libraires, 1822-1840.

Pollock, F., *Principles of contract*, 13th éd., London, Stevens and Sons, 1950.

Popescu, C.M., *Essai d'une théorie de l'imprévision en droit français et comparé*, Paris, L.G.D.J., 1937.

Popovici, A. et M. Parizeau-Popovici, *Le patrimoine familial*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989.

Pothier, R.-J., *Traité des obligations*, in *Oeuvres de Pothier*, t. 2 & 4, 2^{ème} éd., M. Bugnet éd., Paris, Cosse et Marchal, 1861.

Poughon, J.-M., *Histoire doctrinale de l'échange*, Paris, L.G.D.J., 1987.

Poupart, A., *Les enjeux de la révision du code civil*, Montréal, Faculté de l'éducation permanente, 1976.

Pourcelet, M., *La vente*, 5^e éd., Montréal, Thémis, 1987.

Radulesco, D.-G., *Abus des droits et matière contractuelle - Contribution à l'étude synthétique de l'abus*, Paris, Librairie L. Rodstein, 1935.

Ranouil, V., *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, Paris, P.U.F., 1980.

Reich, N. et H.-W. Micklitz, *Consumer Legislation in the Federal Republic of Germany*, New York, Van Nostrand Reinhold Co., 1981.

Reich, N. et H.-W. Micklitz, *Le droit de la consommation dans les pays membres de la CEE - Une analyse comparative*, New York, Van Nostrand Reinhold Co., 1981.

Rieg, A., *La volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris, L.G.D.J., 1961.

Rieg, A., *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris, L.G.D.J., 1961.

Ripert, G. et J. Boulanger, *Traité de droit civil*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1957.

Ripert, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, L.G.D.J., 1949.

Ripert, G., *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, L.G.D.J., 1936.

Ritchie, T.W., *Some Remarks on the Title "Of Obligations" as Reported by the Commissioners*, Montreal, J. Lovell, 1863.

Roch, H. et R. Paré, dans *Traité de droit civil du Québec*, 15 t., Montréal, Wilson & Lafleur, t. 13, *Du mandat, du prêt, du dépôt, de la société, des rentes viagères, des transactions, du jeu et pari, du cautionnement*, 1952.

Rodière, R., *La formation du contrat*, Paris, Éd. Pedone, 1976.

Rodière, R., *Objet, cause et lésion du contrat*, Paris, Éd. Pedone, 1980.

Roland, H. et L. Boyer, *Adages du droit français*, 3^{ème} éd., Paris, Litec, 1992.

Rouhette, G., *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Thèse, Paris, 1965.

Rouland, N., *Anthropologie juridique*, Paris, P.U.F., 1988.

Rousseau-Houle, T., *Précis du droit de la vente et du louage*, 2^e éd., Québec, P.U.L., 1986.

Roussier, J., *Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'Église*, Paris, Montchrestien, 1933.

Saint-Rémy, R. de, *De la révision des clauses léonines dans les contrats d'adhésion*, Paris, Les presses modernes, 1928.

Saint Thomas, *Somme théologique, La justice*, t. 1, traduction de M.S. Gillet, Paris, Société Saint Jean l'Évangéliste, 1948.

Saint Thomas, *Somme théologique, La justice*, t. 3, traduction de C. Spicq, Paris, Société Saint Jean l'Évangéliste, 1947.

Saleilles R., *De la déclaration de volonté*, Paris, Pichon, 1901.

Saleilles, R., *Étude de la théorie générale de l'obligation*, Paris, Pichon, 1901.

Sanson-Hermitte, M.-A., *Droit européen de la concurrence - cohérence économique et sécurité juridique*, Paris, Libraires techniques, 1981.

Sarna, L., *Traité de la clause de non-responsabilité*, Toronto, De Boo, 1975.

Savatier, R., *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1951.

Savatier, R., *Des effets et de la sanction du devoir moral en droit positif français et devant la jurisprudence*, Paris, Société française d'imprimerie et de librairie, 1916.

Savaux, É., *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité?*, Paris, L.G.D.J., 1997.

Scheppele, K.L., *Legal Secrets*, Chicago, The University of Chicago Press, 1988.

Schilling, R., *La religion romaine de Vénus depuis les origines jusqu'à l'époque augustéenne*, Paris, De Broccard, 1982.

Scott, J.B., *The Catholic Conception of International Law*, Washington, Georgetown U.P., 1934.

Sénécal, J.-P., *Le partage du patrimoine familial et les autres réformes du Projet de loi 146*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989.

Starck, B., *Droit civil. Introduction*, Paris, Librairies techniques, 1976.

Starck, B., H. Roland et L. Boyer, *Droit civil. Obligations*, 3^e éd., Paris, Librairies techniques, 1989.

Stoljar, S.J., *A History of Contract at Common Law*, Canberra, Australian National University, 1975.

St Thomas Aquinas, *Commentary on the Nicomachean Ethics*, vol. 1, Chicago, Henry Regnery Co., 1964.

Tahita, J.-C., *La Loi n° 78-23 du 10/01/1978 et la protection des consommateurs contre les clauses abusives*, Thèse, Poitiers, 1985.

Tanagho, S., *De l'obligation judiciaire, Étude morale et technique de la révision du contrat par le juge*, Paris, L.G.D.J., 1965.

Tancelin, M., *Des obligations - actes et responsabilité*, 6^{ème} éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997.

Tancelin, M., *Des obligations: contrat et responsabilité*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1984.

Tancelin, M., *Sources des obligations - L'acte juridique légitime*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993.

Teeven, K., *A History of Anglo American Common Law of Contract*, New York, Greenwood, 1990.

Terré, F., *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Paris, L.G.D.J., 1957.

Timbal, P., *Les obligations contractuelles dans le droit français des XIII^e et XIV^e siècles d'après la jurisprudence du Parlement*, Paris, CNRS, 1973.

Tison, R., *Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français*, Paris, Montchrestien, 1931.

Toullier, C.-B.-M., *Le droit civil français, suivant l'ordre du code*, t. 6, 5^{ème} éd., Paris, Jules Renouard, librairie, 1830.

Treitel, G.H., *The Law of Contract*, London, Stevens & Sons, 1983.

Trudel, G., *Lésion et contrat*, Montréal, P.U.M., 1965.

Trudel, G., *Traité de droit civil du Québec, Des contrats*, t. 7, Montréal, Wilson & Lafleur, 1946.

Valmont, M., *Le fondement juridique de la lésion dans les contrats entre majeurs*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1938.

Van Caenegem, R.C., *An Historical Introduction to Private Law*, Cambridge, Cambridge U.P., 1992.

Verge P. et G. Vallée, *Un droit du travail ? Essai sur la spécificité du droit du travail*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1997.

Verheyden-Jeanmart, N., *Le souci d'équité et le droit*, Bruxelles, Facultés universitaires St-Louis, 1981.

Villers, R., *Rome et le droit privé*, Paris, Albin Michel, 1977.

Villey, M., *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Cours d'histoire de la philosophie du droit, Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, 1975.

Villey, M., *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1986.

Villey, M., *Seize essais de philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1969.

Viney, *Les obligations - La responsabilité: effets*, Paris, L.G.D.J., 1988.

Voirin, P., *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, Thèse, Nancy, 1922.

Volansky, A., *Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de la bonne foi*, Thèse, Paris, 1929.

VonIhering, R., *L'esprit du droit romain*, t. 4, Paris, Librairie Mareseq Ainé, 1889.

Vouin, R., *La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français*, Paris, L.G.D.J., 1939.

Waddams, S.M., *The Law of Contracts*, 3rd ed., Toronto, Canada Law Bookx, 1993.

Watson, A., *Legal Origins and Legal Change*, London, The Hambeldon Press, 1991.

Watson, A., *The Spirit of Roman Law*, Athens, The University of Georgia Press, 1995.

Weil, A. et F. Terré, *Les obligations*, 4 éd., Paris, Dalloz, 1986.

Weil, A., *La relativité des conventions en droit privé français*, Paris, Dalloz, 1939.

Weinrib, E.J., *The Idea of Private Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1995.

Worms, R., *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligation*, Thèse, Paris, 1891.

Yates, D., *Exclusion Clauses in Contracts*, London, Sweet & Maxwell, 1982.

Young, B., *The Politics of Codification, The Lower Canadian Code of 1866*, Montreal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 1994.

Zimmermann, R., *The Law of Obligation. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Munich, C.H. Beck, 1990.

Périodiques

Agostini, É., « De l'autonomie de la volonté à la sauvegarde de la justice », (1994) D. Chr. 235.

Agostini, É., « L'équité », (1978) D. Chr. 7.

Aikin, O., « Once more into the Breach... », (1968) 26 Modern L.R. 98.

Alexander, L. et W.Wang, « Natural Advantages and Contractual Justice », (1984) 3 Law and Philosophy 281.

Alpa, G. et M. Dasso, « Les contrats de consommateurs et les modifications du Code civil italien », (1997) R.I.D.C. 629.

Alpa, G., « L'avenir du contrat: aperçu d'une recherche bibliographique », (1985) 37 R.I.D.C. 7.

Amar, V. et P.R. Kimbrough, « Esprit de géométrie, esprit de finesse ou l'acception du mot "raisonnable" dans les contrats de droit privé américain », (1983) D.P.C.I. 43.

Anderson, E.G., « Good Faith in the Enforcement of Contract », (1988) 73 Iowa L.R. 298.

Angelo, A.H. et E.P. Ellinger, « Unconscionable Contracts: A Comparative Study of the Approaches in England, France, Germany, and the United States », (1993) 14 Loy. of L.A. Int'l & Comp. L.J. 455.

- Angus, D., « Abuse of Rights in Contractual Matters in the Province of Quebec », (1962) 8 McGill L.J. 150.
- Antaki, N.N., « Le rôle de la pratique dans la formation du droit commercial et économique interne du Québec », (1984) 14 R.D.U.S. 487.
- Armand-Prevost, M. et D. Richard, « Le contrat déstabilisé », J.C.P., 1979. I. 2952.
- Ascheri, M., « A Turning Point in the Civil-Law Tradition: From *Ius Commune* to *Code Napoleon* », (1996) 70 Tulane L.R. 1041.
- Atias, C., « Quand dire, c'est faire l'inverse de ce qu'on dit. Une critique de l'opposition entre théorie et pratique juridiques », (1987) 28 C. de D. 89.
- Atias, C., « Restaurer le droit du contrat », (1998) D. Chr. 137.
- Atiyah, P.S., « Contract and Fair Exchange », (1985) U. Toronto L.J. 1.
- Atiyah, P.S., « The Theoretical Basis of Contract Law. An English Perspective », (1981) Int. Rev. of Law and Eco. 183.
- Augé, G., « Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius », (1968) A.P.D. 99.
- Aynès, L., « Formalisme et prévention », *Le droit du crédit au consommateur*, Paris, Librairies Techniques, 1982, 63.
- Bastit, M., « Suggestions sur les origines philosophiques de l'acte juridique », (1988) 7 Droits 11.
- Batiffol, H., « La « crise du contrat » et sa portée », (1968) A.P.D. 13.
- Battaglia, F., « Le problème du contrat », (1940) A.P.D. 174.
- Baudouin, J.-L., « Conférence de clôture: Journées Maximilien Caron - Les enjeux et valeurs d'un Code civil moderne », (1990) 24 R.J.T. 619.
- Baudouin, J.-L., « Contrat - Application de la théorie de l'abus de droit en matières contractuelles », (1971) R. du B. 335.
- Baudouin, J.-L., « L'état de nécessité dans les contrats », (1963) 13 R.J.T. 170.
- Baudouin, J.-L., « La protection du consommateur et la formation des contrats civils et commerciaux », (1975) 35 R. du B. 31.
- Baudouin, J.-L., « Oppressive and Unequal Contracts: The Unconscionability Problem in Louisiana and Comparative Law », (1985-86) 60 Tul. Law Rev. 1119.

- Baxter, F.G., « Pour la justice », (1960)
- Beale, H., « Unfair Contracts in Britain and Europe », (1989) 42 Current Legal Problems 197.
- Bedont, B.C., « Gender differences in negotiations and the doctrine of unconscionability in domestic contracts », (1994-5)12 C.F.L.Q. 21-44.
- Beignier, B., « Portalis et le droit naturel dans le Code civil », (1988) 6 R.H.F.D. 77.
- Belleau, C., « L'interprétation des contrats suivant la théorie des attentes légitimes de l'assuré et l'arrêt *Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris* », (1992) Assurances 79.
- Belley, J.-G., « La théorie générale des contrats - Pour sortir du dogmatisme », (1985) C. de D. 1045.
- Belley, J.-G., « Max Weber et la théorie du droit des contrats », (1988) 9 Droit et Société 281.
- Benson, P., « Abstract Right and the Possibility of Nondistributive Conception of Contract: Hegel and Contemporary Contract Theory », (1989) Cardozo L.R. 1077.
- Berlioz-Houin, B. et G. Berlioz, « Le droit des contrats face à l'évolution économique », *Problèmes d'actualité posés par les entreprises - Études offertes à Roger Houin*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985.
- Bienvenu, J.-J., « Actes juridiques et classification », (1988) 7 Droits 21.
- Bigot, J., « L'exemple du secteur financier à la lumière du droit français », (1993) 27 R.J.T. 247.
- Bigwood, R., « Undue influence: 'impaired consent' or 'wicked exploitation'? », (1996) 16 Oxford J.L.S. 503.
- Bisson, A.-F., « Effet de codification et interprétation », (1986) 17 R.G.D. 359.
- Bisson, A.-F., « L'interaction des techniques de rédaction et des techniques d'interprétation des lois », (1980) 21 C. de D. 511.
- Blain, P.É., « Commentaires sur les articles 1040A-1040E du Code civil », (1969) Meredith Mem. Lec. 73.
- Bogden, J.-P. F., « On the "Agreement Most Foul": a Reconsideration of the Doctrine of Unconscionability », (1997) 25 Man. L.J. 187-214.
- Bohémier, A. et F. Fox, « De l'effet des changements de circonstances sur les contrats dans le Droit civil québécois », (1962) 12 Thémis 77.

Bonell, M.J., « "Policing" the Contract against Unfairness under the Unidroit Principles for International Commercial Contracts », (1994) 3 *Tulane J. of Int'l & Comp. Law* 73.

Boulanger, J., « Principes généraux du droit et droit positif », *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle – Études offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., t. 1, 1951, 51.

Boulanger, F., « Le problème de la lésion dans le droit intermédiaire », *Études d'histoire économique et sociale du XVIII^e siècle*, Paris, P.U.F., 1966, 53.

Bourgoignie, T.-M., « Clauses abusives et le concept d'unconscionability en droit américain: une arme juridique efficace au service des consommateurs ? », (1977) 54 *R.D.I.D.C.* 20.

Boyer, G., « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », *Mélanges J. Maury*, Paris, Dalloz, 1960, 257.

Boyer, L., « Contrats et conventions », *Encyclopédie Dalloz-Droit civil*, Paris, Dalloz, 1993.

Breton, A., « Des effets de la bonne foi », (1926) *Rev. Crit.* 86.

Brière de l'Isle, G., « Le maintien par voir d'autorité du rapport contractuel arrivé à son expiration », *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Paris, L.G.D.J., 1960 301.

Brierley, J., « Bijuralism in Canada », *Contemporary Law*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1992, 22.

Brierley, J., « Quebec's 'Common Laws' (*Droits Communs*): How Many Are There? », *Mélanges L.-P. Pigeon*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, 111.

Brierley, J.E.C., « Quebec's Civil Law Codification », (1968) 14 *McGill L.J.* 521.

Brisson, J.-M., « Le Code civil, droit commun ? », *Le nouveau Code civil - interprétation et application*, Montréal, Les éditions Thémis, 1993, 293.

Brisson, J.-M. et N. Kasirer, « Avant-propos de l'édition critique originale (1997) », *Code civil du Québec, édition critique, 2000-2001*, 8^{ème} éd., Cowansville, Les éditions Yvon Bais, 2000, XXVII.

Brudner, A., « Reconstructing Contracts », (1993) 43 *U. Toronto L.J.* 1.

Brun, H., « Les origines du consensualisme en matière de transfert de propriété et des mitigations apportées au principe par le droit civil québécois », (1967-68) 9 *C. de D.* 273.

- Buckley, F.H., « Three Theories of Substantive Fairness », (1990) 19 Hofstra L.R. 33.
- Burman, D., « Le déclin de la liberté au nom de l'égalité », (1990) 24 R.J.T. 461.
- Burton, S.J., « Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith », (1980) Harvard L.R. 369.
- Cabrillac, M., « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », *Mélanges G. Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales, 1978, 235.
- Cadiet, L., « Abus de droit », *Encyclopédie Dalloz - Droit civil*, Paris, Dalloz, 1992.
- Calais-Auloy, J., « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil du contrat », (1994) R.T.D.C. 239.
- Capitant, H., « Sur l'abus de droit », (1928) R.T.D.C. 365.
- Carbonnier, J., « Introduction », *L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées R. Savatier*, Paris, P.U.F., 1986, 29.
- Carbonnier, J., « Sociologie et droit du contrat », *Droit, économie et sociologie*, (1959) 7 Annales de la faculté de droit et de sciences économiques de Toulouse 113.
- Carmet, O., « Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi n°78-23 du 10 janvier 1978 », (1982) R.T.D.Com. 1.
- Caron, M., « Approches du problème de la liberté contractuelle », (1956-1957) 7 *Thémis* 12.
- Castro, L., « Deux ouvrages récents sur l'idée de contrat », (1968) A.P.D. 51.
- Cavallera, F., « L'Église et la justice dans les relations économiques », (1921) Sem. soc. en France 57.
- Cayla, O., « La théorie de la signification de l'acte dans la pensée normativiste », (1988) 7 Droits 59.
- Chapuisai, F. et F. Chaunet, « Des récentes décisions rendues en matière des assurances et leur incidence financières pour les assureurs », 20, 21.03.1996 Gaz. Pal. 3.
- Charmont, J., « L'abus du droit », (1902) R.T.D.C. 113.
- Chauvel, P., « Erreur substantielle, cause et équilibre des prestations dans les contrats synallagmatiques », (1990) 12 Droits 93.

- Chazal, J.-P., « Le consommateur existe-t-il? », (1997) *D. Chr.* 260
- Chazal, J.-P., « Théorie de la cause et justice contractuelle - À propos de l'arrêt *Chronopost* (Cass. com., 22 oct. 1996) », *J.C.P.* 1998.I.152.
- Chevallier, « La rationalisation de la production juridique », *L'État propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, C.-A. Morand éd., Paris, Publisud, 1991, 11.
- Ciotola, P., « Les lendemains de la mise en vigueur du nouveau droit des sûretés: les certitudes, les hésitations et les revirements jurisprudentiels et législatifs », (1997) 31 *R.J.T.* 693.
- Ciotola, P., « L'intervention de l'État dans le droit des contrats: vers une publicisation du droit des contrats? », (1986) 20 *R.J.T.* 169.
- Clam, J., « La doctrine kantienne du droit – Introduction à sa lecture et discussion de ses enjeux », (1996) *R.R.J.* 265.
- Clarke, M., « The Common Law of Contract in 1993: Is There a General Doctrine of Good Faith? », (1993) *Hong Kong Law J.* 318.
- Coipel, M., « La liberté contractuelle et la conciliation optimale du juste et de l'utile », *Les journées Maximilien Caron 1990*, Montréal, Les éditions Thémis, 1991, 79.
- Collinet, P., « The Evolution of Contract as Illustrating the General Evolution of Roman Law », (1932) *Law Quarterly Rev.* 489.
- Collins, H., « Distributive Justice Through Contracts », (1992) 1 *Current Legal Problems* 49.
- Combacau, J., « L'acte juridique », (1988) 7 *Droits* 3.
- Coote, B., « The second Rise and Fall of Fundamental Breach », (1981) 55 *Australian L.J.* 788.
- Cornil, G., « Debitum et obligation - Recherches sur la formation de la notion d'obligation romaine », *Mélanges P.F. Girard*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1912, 199.
- Cornu, G., « L'évolution du droit des contrats en France », *Journée de la Société de législation comparée*, (1979) *R.I.D.C.* 447.
- Cornu, G., « Sur quelles choses doit intervenir le consentement? », (1963) *R.T.D.C.* 364.
- Courtieu, G., « Présent et futur des clauses abusives en assurance », *Gaz. Pal.*, 24-25 jan. 1997, 5.

Couturier, G., « L'ordre public de protection: heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », *Mélanges Jacques Flour*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, 95.

Crawford, B.E., « Restitution – Unconscionable Transaction – Undue Advantage Taken of Inequality Between Parties », (1966) 44 R. du B. can. 142.

Crépeau, P.-A., « Abuse of Rights in the Civil Law of Quebec », *Aequitas and Equity: Equity in Civil Law and Mixed Juridictions*, A.M. Rabello ed., Jerusalem, The Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, The Hebrew University of Jerusalem, 1997, 583.

Crépeau, P.-A., « Contrat type et contrat d'adhésion », *Rapport général au VIII^e Congrès de droit comparé, Mélanges Louis Baudouin*, Montréal, P.U.M., 1974, 67.

Crépeau, P.-A., « Good Faith and Contractual Justice in the Civil Law of Québec », *The Lord Reading Society*, 17 February 1994.

Crépeau, P.-A., « Intégration ou non-intégration du droit de la consommation au Code civil », (1979) 10 R.G.D. 13.

Crépeau, P.-A., « Le contenu obligationnel d'un contrat », (1965) R. du B. can. 1.

Crépeau, P.-A., « Les principes directeurs de la réforme du louage de choses », (1974) Meredith Mem. Lec. 9.

Crépeau, P.-A., « Vers une nouvelle conception de la justice civile », (1971) 359 Relations 110.

Croteau, N., « Le contrat d'adhésion, ses mécanismes d'application et ses implications sur la pratique notariale », (1994) 1 C.P. du N. 107.

Croteau, N., « Le contrôle des clauses abusives dans le contrat d'adhésion et la notion de bonne foi », (1996) 26 R.D.U.S. 401.

Croteau, N., « L'intervention du tribunal dans les contrats », *Développements récents en droit des contrats (2000)*, Cowansville, Service de la formation permanente du Barreau du Québec - Les éditions Yvon Blais, 2000, 1.

Crothers, J.D., « Faute lourde and the Perfectly Drafted Exclusion Clause: A "Civil" Respond to a "Common" Problem with Special Reference to Contracts for the Provision of Security Services », (1985) C. de D. 881.

Cumyn, M., « La formation du contrat sous l'éclairage du droit comparé : vers une remise en question de la notion de "vice du consentement" », (1999) Meredith Mem. Lec. 289.

- DaRe, V.W., « Atlas unchartered: when unconscionability "says it all" », (1996) 27 Can. Bus. L.J. 426-457.
- Dauchy, P., « Une conception objective du lien d'obligation: les apports du structuralisme à la théorie du contrat », (1981) A.P.D. 269.
- David, R., « L'imprévision dans les droits européens », *Études offertes à A. Jauffret*, Marseille, Faculté de droit et de science politiques d'Aix-Marseille, 1974, 211.
- David-Constant, S., « Des vivants et des morts dans le droit des obligations », (1977) J.T. 649.
- Dawson, F., « Fundamental Breach of Contract », (1975) 91 L.Q.R. 381.
- DeBéchillon, D., « L'imaginaire d'un code », (1998) 27 Droits 173.
- DeBersaques, A., « L'oeuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion », *Mélanges J. Dabin*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1963, 487.
- Decoopman, N., « Droit du marché et droit des obligations », *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Association Henri Capitant, Paris, L.G.D.J., 1997, 141.
- DeKoschembahr-Lyskowski, R., « Conventiones contra bonos mores dans le droit romain », *Mélanges de droit roman dédiés à G. Cornil*, t. 2, Gand, Vanderpoorten, 1926, 15.
- Delga, J., « Le consommateur serait-il devenu moins intelligent? », G.P. 13 - 14 février 1995, 2.
- Delmas-Saint-Hilaire, J.-P., « L'adaptation des contrats aux circonstances économiques », *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Paris, L.G.D.J., 1960, 189.
- Demontès, É., « Observations sur la théorie de la lésion dans les contrats », *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 1939, 171.
- Dereux, G., « De la nature juridique des "contrats d'adhésion" », (1910) R.T.D.C. 503.
- Desbiens, J.-F., « L'abus de droit en matière contractuelle au Québec », (1987) R.J.E.L. 81.
- Despotopoulos, C., « La notion de synallagma chez Aristote », (1968) A.P.D. 115.
- Desprez, J., « La lésion dans les contrats aléatoires », (1955) 53 R.T.D.C. 1.

Dessaullès, P., « Clauses of non-liability - Responsibility », (1947) 7 R. du B. 147.

Devlin, L., « The Treatment of Breach of Contract », (1966) C.L.J. 193.

Dias, W.M., « Laesio Enormis: the Roman-Dutch Story », *Studies in the Roman Law of Sale*, D. Daube ed., Oxford, Clarendon Press, 1959, 112.

Diederichsen, U. and K.-H. Gursky, « Principles of Equity in German Civil Law », *Equity in the World's Legal Systems*, Brussels, Établissement Émile Bruylant, 1973, 277.

Dikoff, G., « L'évolution de la notion de contrat », *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 1939, 201.

Djuvara, M., « L'idée de convention et ses manifestations comme réalités juridiques », (1940) A.P.D. 110.

Dolinger, J., « Unconscionability around the World: Seven Perspectives on the Contractual Doctrine - Introduction », (1993) 14 Loy. of L.A. Int'l & Comp. L.J. 435.

Dore, I.I. et J.E. Defranco, « A Comparison of the Non-Substantive Provisions of the Uncitral Convention on the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code », (1982) 23 Har.Int. L.J. 49.

Draetta, U. et R. Lake, « Liquidated Damages and Penalty Clauses in the International Trade Practice », (1993) I.B.L.J. 261 -272.

Dereux, G., « De la nature juridique des "contrats d'adhésion" », (1910) R.T.D.C. 503.

Drobnig, U., « Substantive Validity », (1992) 40 A.J.C.L. 635.

Dubreuil, C., « L'assurance: un contrat de bonne foi à l'étape de la formation et de l'exécution », (1992) 37 McGill L.J. 1087.

Ducharme, L., « La limitation contractuelle de la responsabilité civile: ses principes et son champs d'application », (1957) 3 C. de D. 39.

Ducouloux-Favard, C., « Abus de droit », *Guide Juridique Dalloz*, 7-1.

Dugré, G. et S. Martin, « Les contrats nommés », *Le nouveau Code civil du Québec: un bilan*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1995, 53.

Dumont, F., « Les dettes de Panurge », *Études d'histoire du droit privé offertes à Pierre Petot*, Paris, L.G.D.J., 1959, 147.

Durry, G., « La conception jurisprudentielle de l'abus de droit », (1972) R.T.D.C. 395.

Dutoit, B., « Good Faith and Equity in Swiss Law », *Equity in the World's Legal Systems*, Brussels, Établissement Émile Bruylant, 1973, 307.

Ellinghaus, M.P., « In Defense of Unconscionability », (1969) 78 Yale L.J. 757.

Enman, S.R., « Doctrines of Unconscionability in Canadian, English and Commonwealth Contract Law », (1987) 16 Anglo-American L.R. 191.

Eörsi, G., « Contracts of Adhesion and the Protection of the Weaker Party in International Trade Relations », 1 *New Directions in International Trade*, Unidroit, Dobbs Ferry, Oceana Pub. Inc., 1977, 155.

Esser, J., « The Infiltration of Aequitas into the German Civil Law », *Equity in the World's Legal Systems*, Brussels, Établissement Émile Bruylant, 1973, 299.

Fabien, C., « Philosophie et efficience du droit », (1996) 37 C. de D. 7.

Fabre-Magnan, M., « Les principes de liberté contractuelle et d'autonomie de la volonté n'ont pas de valeur constitutionnelle », J.C.P. 19976 Doc. 4039.

Farnsworth, E.A., « Duties of Good Faith and Fair Dealing under the Unidroit Principles, Relevant Conventions and National Law », (1994) 3 Tulane J. of Int'l & Comp. Law 47.

Farnsworth, E.A., « Good Faith and Commercial Reasonableness under the Uniform Commercial Code », (1963) 30 U.Ch.L.R. 666.

Feenstra, R., « L'influence de la scolastique espagnole sur Grotius en droit privé: quelques expériences dans des questions de fond et de forme, concernant notamment les doctrines de l'erreur et de l'enrichissement sans cause », *La seconda scholastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milan, Giuffrè, 1972, 377.

Feinman, J.M., « Hegel and Modern Contract Theory: A Comment on Benson and Rosenfeld », (1989) 10 Cardozo L.R. 1271.

Ferckh, H., « Le rapport des obligations naturelles à la morale ou la tendance objective de la jurisprudence », Gaz. Pal., 5-7 jan. 1997, 3.

Ferron, C., « Les clauses de non-responsabilité en responsabilité civile contractuelle et délictuelle », (1984) 44 R. du B. 3.

Finn, P.D., « Equity and Contract », *Essays on Contract*, Agincourt, The Law Book Co., 187, 104.

Flour, J., « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *Mélanges Ripert*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1950, 93.

Fridman, G.H.L., « On the Nature of Contract », (1983) 17 Valparaiso U.L.R. 627.

Friedmann, D. et J. Beatson, « Introduction: from "Classical" to Modern Contract Law », *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, Clarendon Press, 1995, 3.

Friedmann, D., « Good Faith and Remedies for Breach of Contract », *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, Clarendon Press, 1995, 399.

Friedrich, C.J., « The Ideological and Philosophical Background », *The Code Napoleon and the Common Law World*, B. Schwartz ed., New York, New York U.P., 1956, 1.

Frison-Roche, M.-A., « Le contrat et la responsabilité: consentements, pouvoir et régulation économique », (1998) R.T.D.C. 43.

Frison-Roche, M.-A., « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », (1995) R.T.D.C. 573.

Gagné, G., « Les transformations du droit dans la problématique de la transition à la postmodernité », (1992) 33 C. de D. 701.

Gagnon, J.H., « Le contrat d'adhésion sous le Code civil du Québec », *Développements récents en droit commercial (1995)*, Cowansville, Service de la formation permanente du Barreau du Québec - Les éditions Yvon Blais, 1995, 1.

Garon, J.-R. et J.-C. Royer, « Les effets de la dépréciation monétaire sur les rapports juridiques contractuels en droit commercial canadien et québécois », (1972) 50 R. du B. can. 389.

Garrisson, F., « Lésion et vente de meubles », *Études historiques à la mémoire de N. Didier*, Paris, Montchrestien, 1960, 135.

Gaudemet, J., « La codification, ses formes et ses fins », (1986) Rev. jur. et pol. ind. coop. 239.

Gaudet, S., « L'illusion de la lésion: commentaire sur l'introduction en droit québécois de la lésion entre majeurs », (1988) 19 R.D.U.S. 15.

Gaurier, D. et P.-J. Hesse, « Le sceau, la plume, le seing et le noeud ou l'expression de la volonté individuelle dans les actes juridiques », *Intersignes nantais, Mélanges offerts à Mme de la Garanderie*, Nantes, Université de Nantes, 1987, 67.

Gautier, P.-Y., « Contre Bentham: l'inutilité et le droit », (1995) R.T.D.C. 797.

- Gay, J.-L., « Recherches sur les origines de la responsabilité contractuelle », *Études d'histoire du droit canonique dédiées à G. LeBras*, Paris, Sirey, 1965, 1191.
- Gazzaniga, J.-L., « Domat et Pothier. Le contrat à la fin de l'Ancien Régime », (1990) 12 *Droits* 37.
- Ghestin, J., « La justice contractuelle », *Exigences chrétiennes et droit de l'entreprise*, Paris, TEQUI, 1986.
- Ghestin, J., « La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil », *Études dédiées à A. Weill*, Paris, Dalloz-Litec, 1983, 243.
- Ghestin, J., « La notion de contrat », (1990) *D. Chr.* XXVII.
- Ghestin, J., « L'abus dans les contrats », (1981) *Gaz. Pal.* 379.
- Ghestin, J., « L'utile et le juste dans les contrats », (1982) *D. Chr.* I.
- Gilissen, J., « Individualisme et sécurité juridique: la prépondérance de la loi et de l'acte écrit au XVI^e ... », *Individualisme et Société à la Renaissance*, Paris, P.U.F., 1967, 35.
- Girard, P., « "Good Faith" in Contract Performance: Principle or Placebo? », (1983) 5 *Sup. Ct. L.R.* 309.
- Glasbeck, H.J., « Commercial Morality Through Capitalist Law: Limited Possibilities », (1993) 27 *R.J.T.* 263.
- Goetz, C.J. et R.E. Scott, « The Limits of Expanded Choice: An Analysis of the Interactions Between Express and Implied Contract Terms », (1985) *Cal.L.R.* 261.
- Gordley, J., « Equality in Exchange », (1981) 69 *Calif. L.R.* 1587.
- Gordley, J., « Law and Religion: An Imaginary Conversation with a Medieval Jurist », (1987) *Calif. Law Rev.* 169.
- Gordley, J., « Myths of the French Civil Code », (1994) 42 *A.J.C.L.* 459.
- Gordon, R. W., « Macaulay, Macneil, and the discovery of solidarity and power in contract law », (1985) *Wisconsin Law Review* 565.
- Goyard-Fabre, S., « La place de la justice dans la doctrine kantienne du droit », (1975) *A.P.D.* 235.
- Groppali, A., « Le rôle de la volonté dans la formation des actes juridiques », (1940) *A.P.D.* 195.

Grzegorzcyk, C., « L'acte juridique dans la perspective de la philosophie du droit », (1988) 7 Droits 47.

Guest, A.G., « Fundamental Breach of Contract », (1961) 77 L.Q.R. 99.

Guillemard, S. « Les clauses abusives et leur sanction : la quadrature du cercle », (1999) R.du B. 369.

Guy, M., « De la justice dans les contrats », (1968) 71 R. du N. 463.

Guy, M., « Le *Code civil du Québec*: un peu d'histoire, beaucoup d'espoir », (1993) 23 R.D.U.S. 453.

Guyenot, J., « La rupture abusive des contrats à durée indéterminée », *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Paris, L.G.D.J., 1960, 235.

Haanappel, P.P.C., « Contract Law Reform in Quebec », (1982) 60 R. du B. can. 393.

Hahlo, H.R., « Unfair Contract Terms in Civil Law Systems », (1979) Can.Bus.L.J. 429.

Hall, A.R., « Carrier's Liability for Negligence », (1900) 6 R.L.n.s. 97.

Hall, A.R., « Employer's Liability for Negligence », (1901) 7 R.L.n.s. 513

Hartkamp, A., « The Concept of Good Faith in the Unidroit Principles for International Commercial Contracts », (1994) 3 Tulane J. of Int'l & Comp. Law 65.

Hasson, R., « Unconscionability in Contract Law and in the New Sales Act - Confessions of a Doubting Thomas », (1979) 4 Can.Bus.L.J. 383.

Hauser, J., « Temps et liberté dans la théorie de l'acte juridique », *Religion, société et politique - Mélanges J. Ellul*, Paris, P.U.F., 1983, 503.

Hébert, G. et G. Trudeau, *Les normes minimales du travail au Canada et au Québec : étude juridique et institutionnelle*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1987.

Hébraud, P., « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », *Études P. Kayser*, Marseilles, Presses universitaires d'Aix-Marseilles, 1979, 1.

Hébraud, P., « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », *Mélanges offerts à J. Maury*, t. II, Paris, Dalloz-Sirey, 1960, 420.

Héleine, F., « Chronique », (1978) 38 R. du B. 72.

Héleine, F., « Du régime juridique des quittances, règlements et déclarations obtenues de la victime dans les 15 jours d'un accident dans le droit actuel et dans le droit de l'avenir », (1977) 37 R. du B. 487;

Héleine, F., « Le droit des obligations. Une double préoccupation des tribunaux: contrôler les comportements s'adapter au droit nouveau », *Le nouveau Code civil du Québec: un bilan*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1995, 27.

Héleine, F., « Une double préoccupation des tribunaux », *Le nouveau Code civil du Québec: un bilan*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1995, 27.

Héleine, F., « La lésion, vice du consentement ou objet survalorisé? », Montréal, 14 décembre 1968, Archives de l'O.R.C.C., Doc. B/E/08 (observations, suggestions, et propositions de modifications soumis au comité des obligations).

Herman, S., « Legislative Managment of History: Notes on the Philosophical Foundations of the Civil Code », (1979) 53 Tulane L.R. 380.

Hermanns, F., « La réglementation des conditions générales d'affaires en droit allemand », *Protection juridique du consommateur*, Bruxelles, CIEAU/CREADIF, 1981, 201.

Hermanns, F., « La réglementation des conditions générales d'affaires en droit allemand », *Protection juridique du consommateur*, Bruxelles, Carrefour interdisciplinaire entreprises - administration - universités, 1981.

Hermesdorf, B., « La *fides* dans le droit privé du Code Justinien », *Acta Congressus Juridici Internationalis*, Rome, Apud Custodiam Librariam Pont. Intituti Utriusque Iuris, 1935, 161.

Hersbergen, R.L., « On the Necessity or Desirability of the Consumerism-Inspired Revision of the Louisiana Civil Code – A Summary of Research Undertaken and Tentative Conclusions Reached », (1979) 10 R.G.D. 29.

Héron, J., « Réflexions sur l'acte juridique et le contrat à partir du droit judiciaire privé », (1988) 7 Droits 85.

Hilaire, J., « Actes de la pratique et expression du droit du XVI^e siècle à la codification », (1988) 7 Droits 135.

Hoffman, C., « Acceleration Clauses and Article 1040b C.c. », (1974) 20 McGill L.J. 125.

Hondius, E.W., « Unfair Contract Terms: New Control Systems », (1978) A.J.C.L. 525.

Honnold, J., « Les solutions du droit privé pour répondre aux besoins des consommateurs: L'évolution aux États-Unis », *Journée de la Société de législation comparée*, 1979 R.I.D.C. 653.

Houde, M. et O. Dicko, « L'adaptation des contrats en droit international et en droit comparé », (1990) 4 R.J.E.L. 131.

Howes, D., « From Polyjurality to Monojurality: The Transformations of Québec Law, 1875-1929 », (1987) 32 McGill L.J. 523

Howes, D., « Nomadic Jurisprudence: Changing Conceptions of the 'Sources of Law' in Quebec from Codification to Present », *Contemporary Law*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1992, 1.

Humbert, M., « Droit et religion dans la Rome antique », (1993) A.P.D. 35.

Humbert, M., « Le procès romain: approche sociologique », (1995) A.P.D. 73.

Humbert, M., « The Concept of Equity in the *Corpus Juris Civilis* and its Interpretation by Pothier », *Aequitas and Equity: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions*, A. M. Rabello ed., Jerusalem, The Harry and Michael Sacher institute for Legislative Research and Comparative Law, The Hebrew University of Jerusalem, 1987, 29.

Hunter, R.J., « Unconscionability Revisited: A Comparative Approach », (1992) 68 North Dakota L.R. 145.

Imbert, J., « "Fides" et "Nexum" », *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, Napoli, Jovene, s.d, 339.

Imbert, J., « De la sociologie du droit: la "fides" romaine », *Mélanges H. Lévy-Bruhl*, Paris, Sirey, 1959, 407.

Issalys, P., « Vers la systématisation des lois québécoises », (1980) 21 C. de D. 523.

Ivainer, T., « La lettre et l'esprit de la loi des parties », J.C.P. 1981 Doc. 3023.

Jacoby, D., « Doit-on légiférer par généralités ou doit-on tout dire ? », (1983) 13 R.D.U.S. 255.

Jacoby, D., « Le contrôle des pratiques illégales ou irrégulières au regard de la politique de protection des consommateurs », (1986) 46 R. du B. 183.

Jacoby, D., « Rapport sur la consommation et la formation du contrat en droit québécois », (1973) XXV *Travaux de l'association Henri Capitant* 71.

Jamin, C., « L'oubli et la science - Regard partiel sur l'évolution de la doctrine privatiste à la charnière des XIX^e et XX^e siècles », (1994) R.T.D.C. 815.

Janne d'Othée, X., « Quelques réflexions sur le rôle de “bonne foi et équité” dans notre Code civil », *Aequitas und bona fides (mélanges A. Simonius)*, Basel, Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1955, 161.

Jarvin, S., « L'obligation de coopérer de bonne foi, Exemples d'application au plan de l'arbitrage international », *L'arbitrage commercial international - L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Paris, ICC, 1986, 157.

Jeanclos, Y., « Formalisme et consensualisme: la sempiternelle querelle du droit des contrats », *Hommages à G. Boulvert*, Nice, Service d'Édition scientifique - Université de Nice, 1987, 333.

Jenkins, D., « The Essence of the Contract », (1969) C.L.J. 251.

Jestaz, P., « La qualification en droit civil », (1993) *Droits* 45.

Jestaz, P., « L'engagement par volonté unilatérale », *Les obligations en droit français et en droit belge - convergences et divergences*, Bruxelles, Paris, Bruylant, Dalloz, 1994, 3.

Jestaz, P., « L'équité », *Encyclopédie Dalloz-Droit civil*, Paris, Dalloz, 1972.

Jestaz, P., « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Paris, P.U.F., 1986, 118.

Jestaz, P., « L'obligation et la sanction. À la recherche de l'obligation fondamentale », *Mélanges P. Raynaud*, Paris, Dalloz, 1985, 273.

Jobin, P.G., « La rapide évolution de la lésion en droit québécois », (1977) 29 *R.I.D.C.* 331.

Jobin, P.-G., « La révision du contrat par le juge dans le Code civil », *Mélanges G. Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, 399.

Jobin, P.G., « La stabilité contractuelle et le Code civil du Québec: un rendez-vous tumultueux », *Mélanges P.-A. Crépeau*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1997, 417.

Jobin, P.-G., « L'abus de droit contractuel depuis 1980 », (1990) *Congrès du Barreau* 127.

Jobin, P.G., « Les clauses abusives », (1996) 75 *R. du B. can.* 503.

Jobin, P.G., « Les prochaines dispositions sur l'exploitation », (1979) 10 *R.G.D.* 132.

Jobin, P.G., « Prospective générale: la réforme du droit des obligations », (1989) 30 *C. de D.* 557.

Johnson, C.D., « The Idea of Autonomy and the Foundations of Contractual Liability », (1983) 2 Law and Philosophy 271.

Jones, H., « ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ et consensualisme dans le droit romain des contrats », t. 1, *Mélanges offerts à Raymond VanderElst*, Bruxelles, Éditions Nemesis, 1986.

Josserand, L., « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », (1937) 36 R.T.D.C. 1.

Josserand, L., « La protection des faibles par le droit », *Legal Essays in Tribute to O.K.McMurray*, Berkeley, University of California Press, 1935, 221.

Josserand, L., « La théorie de l'abus des droits appliquée à l'interprétation des clauses particulières d'un contrat », (1929) Rev. Gén. Ass. Resp. 472.

Josserand, L., « Le contrat et la loi », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, Paris, Sirey, 1934, 333.

Juenger, F.K., « Listening to Law Professors Talk about Good Faith: Some Afterthoughts », (1995) 69 Tul.L.R. 1253.

Jukier, R. et R.A. MacDonald, « The New Quebec Civil Code and Recent Federal Law Reform Proposals: Rehabilitating Commercial Law in Quebec », (1992) 20 Can.Bus.L.J. 380.

Jukier, R., « Banque Nationale du Canada v. Houle (S.C.C.): Implications of an Expanded Doctrine of Abuse of Rights in Civilian Contract Law », (1992) 37 McGill L.J. 221.

Jutras, D., « Le ministre et le Code – essai sur les Commentaires », *Mélanges P.-A. Crépeau*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1997, 451.

Kahn, P., « Force majeure et contrats internationaux de longue durée », (1974) *Clunet* 467.

Kahn, P., « L'essor du non-droit dans les relations commerciales internationales et le contrat sans loi », *L'hypothèse du non-droit*, Liège, Publication de la faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de l'Université de Liège, 1977, 231.

Karimi, A., « Examen de 26 décisions judiciaires en matière de clauses abusives », 13,14.10.1995 Gaz. Pal. 2.

Karimi, A., « L'application du droit commun en matière de clauses abusives après la loi n° 95-96 du 1er février 1995 », J.C.P. 1996 Doc. 3918.

Kary, J.H., « “Ask Me Ever So Much and I Will Give It”: A Biblical Era View of Contracts », (1996-97) Ottawa L.R. 267.

Kasirer, N., « *Larger Than Life. A Review Essay of Broken Tablets* [:] The Cult of Law in French Art from David to Delacroix by J. Ribner », (1995) C.J.L.S. 185.

Kellerhals, J., M. Modak, J.-F. Perrin et M. sardi, « L'éthique du contrat (Du rapport entre l'intégration sociale et la morale juridique populaire) », (1993) 43 A.S. 125.

Kelsen, H., « La théorie juridique de la convention », (1940) A.P.D. 33.

Khairallah, G., « Le "raisonnable" en droit privé français - développements récents », (1984) R.T.D.C. 439.

Kirst, R.W., « Usage of Trade and Course of Dealing: Subversion of the UCC Theory », (1977) Law Forum 811.

Kluyskens, M., « La lésion dans les contrats », *Travaux de l'association H. Capitant*, Paris, Dalloz, 1945, 199.

Kortmann, S., « La sécurité des transactions et du crédit », *Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne - Les journées Maximilien Caron (1990)*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1991, 201.

Kozolchik, B., « Morality and the Dynamics of Commercial Law », *Commercial and Consumer law from an International Perspective*, Littleton, Fred. B. Rothman & Co., 1986, 15.

Kronman, A.T., « Contract Law and Distributive Justice », (1980) 89 Yale L.J. 472.

Lafond, P.-C., « Contours et ramifications de la nouvelle définition du contrat de consommation du Code civil du Québec », (1996) 56 R. du B. 569.

Lalonde, M., « Le juste prix dans notre droit de la vente », (1954) 1 C. de D. 54.

Lansing, P. et N.R. Hausermann, « A Comparaison of the Uniform Commercial Code to Uncitral's Convention on Contract for the International Sale of Goods », (1982) N.C.J. Int'l L. & Comp. Reg. 63.

LaRue, R., « La codification des lois du Bas-Canada et l'idée de droit naturelle », (1993) 34 C. de D. 5.

Lauzière, L., « Le sens ordinaire des mots comme règle d'interprétation », (1987) 28 C. de D. 367.

Lavallée, A., « En marge du bill 48 », (1964) 66 R. du N. 483.

Le Tourneau, P., « Quelques aspects de l'évolution du contrat », *Mélanges P. Raynaud*, Paris, Dalloz, 1985, 349.

Leclerc, G., « La bonne foi dans l'exécution des contrats », (1992) 37 McGill L.J. 1070.

Lefebvre, B., « La bonne foi dans la formation du contrat », (1992) 37 McGill L.J. 1053.

Lefebvre, B., « La bonne foi: notion protéiforme », (1996) 26 R.D.U.S. 321.

Lefebvre, B., « La clause d'exclusivité territoriale serait-elle une clause essentielle du contrat de franchise? », (1989) R. du N. 254.

Lefebvre, B., « La justice contractuelle: mythe ou réalité? », (1996) 37 C. de D. 17.

Lefebvre, C., « Equity in Canon Law », *Equity in the World's Legal Systems*, Brussels, Établissement Émile Bruylant, 1973, 93.

Lefebvre, G., « La bonne foi dans la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises », (1993) 27 R.J.T. 561.

Leff, A.A., « Thomist Unconscionability », (1979) 4 Can.Bus.L.J. 424.

Leff, A.A., « Unconscionability and The Code – The Emperor's New Clause », (1967) 115 U. Pa.L.R. 485.

Legrand, P., « Against a European Civil Code », (1977) Modern L.R. 44.

Legrand, P., « Consolidation et rupture : les ambiguïtés de la réforme des contrats nommés », (1989) 30 C. de D. 867.

Legrand, P., « Judicial Revision of Contracts in French Law : A Case Study », (1988) Tulane Law Review 963.

Legrand, P., « L'obligation implicite contractuelle: aspects de la fabrication du contrat par le juge », (1991) 22 R.D.U.S. 109.

Lemosse, M., « L'aspect primitif de la *fides* », *Études romanistiques*, (1990) Annales de la faculté de droit et de science politique de l'Université d'Auvergne, 61.

Lemosse, M., « *Querela non numeratae pecuniae et contradictio* », *Études romanistiques*, (1990) Annales de la faculté de droit et de science politique de l'Université d'Auvergne, 309.

Leser, H.G., « L'évolution du contrat en droit allemand avec un bref aperçu du droit anglais », *L'évolution contemporaine du droit des contrats - Journées R. Savatier*, Paris, P.U.F., 1986, 73.

Lesguillons, H., « Frustration, force majeure, imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage », (1975) 5 D.P.C.I. 507.

Letourneau, A. et G. Pépin, « Les récents développements en assurance: jugements les plus significatifs depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code », *Développements récents en droit civil (1995)*, Cowansville, Service de la formation permanente du Barreau du Québec - Les éditions Yvon Blais, 1995, 189.

Levin J. et B. McDowell, « The Balance Theory of Contracts: Seeking Justice in Voluntary Obligations », (1983) McGill L.J. 24.

Lévy, É., « La confiance légitime », (1910) R.T.D.C. 717.

Lévy, É., « Les droits sont des croyances », (1924) R.T.D.C. 59.

Lévy, É., « Responsabilité et contrat », (1899) R.C. 361.

Lévy, J.-P., « Les actes de la pratique, expression du droit », (1988) 66 R.H.D.F.É. 151.

Lévy-Bruhl, H., « Réflexions sur le serment », *Études d'histoire du droit privé offertes à Pierre Petot*, Paris, L.G.D.J., 1959, 385.

L'Heureux, N., « La protection du consommateur », (1988) 29 C. de D. 1083.

Linzer, P., « Uncontracts: Context, Contorts and the Relational Approach », (1988) American Survey of American Law 139.

Litvinoff, S., « Consumer Protection and the Civil Code : Louisiana Perspective », (1979) 10 R.G.D. 24.

Louis-Lucas, P., « L'autonomie de la volonté en droit interne et en droit international privé », *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 1939, 469.

Lucet, F., « Consensualisme et formalisme », (1995) 39 Revue de la jurisprudence commerciale 42.

Lücke, H.K., « Good Faith and Contractual Performance », *Essays on Contract*, Agincourt, The Law Book Co., 1987, 155.

Lyon-Caen, G., « De l'évolution de la notion de bonne foi », (1946) R.T.D.C. 75.

Macaulay, S., « Elegant Models, Empirical Pictures, and the Complexities of Contract », (1977) 11 Law and Society Rev. 507.

MacCormick, N., « On reasonableness », *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Établissement Émile Bruylant, 1984, 131.

Macdonald, R.A., « Comments », (1980) 58 Can. Bar Rev. 185.

Macdonald, R.A., « Faut-il s'assurer qu'on appelle un chat un chat ? - Observations sur la méthodologie législative à travers l'énumération limitative des sûretés, "la présomption d'hypothèque" et le principe de "l'essence de l'opération" », *Mélanges G. Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, 527.

Macneil, I.R., « Relational contract theory: challenges and queries », (2000) 94 *Northwestern University Law Review* 877.

Macneil, I.R., « Relational contract: what we do and do not know », (1985) *Wisconsin Law Review* 483.

Macneil, I.R., « Values in Contract: Internal and External », (1983) 78 *Nw.U. L.R.* 340.

Magnin, F., « Réflexions critiques sur une extension possible de la notion de dol dans la formation des actes juridiques, l'abus de situation », *J.C.P.* 1976, I, 2780.

Majury, D., « Unconscionability in an equality context », (1990-1) 7 *C.F.L.Q.* 123-153.

Malaurie-Vignal, M., « Transparence tarifaire, négociation contractuelle et liberté des prix au regard de la loi du 1er juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales », *D.* 1996, ch. 361.

Mallor, J.P., « Unconscionability in Contracts between Merchants », (1986) 40 *Southwestern L.J.* 1065.

Manwaring, J., « Théorie juridique et droit des contrats: le problème du contrat inique », *Common Law, d'un siècle à l'autre*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1992, 333.

Manwaring, J.A., « Unconscionability: Contested Values, Competing Theories and Choice of Rule in Contract Law », (1993) 25 *Ottawa L.R.* 235.

Marshall von Bieberstein, W., « La nouvelle loi allemande sur les conditions générales du contrat », (1977) *D.P.C.I.* 323.

Martin, S., « Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois », (1993) 34 *C. de D.* 599.

Martin, X., « De l'incapacité des rédacteurs du Code civil à concevoir le désintéressement », *L'activité désintéressée, réalité ou fiction juridique?*, Paris, Economica, 1983, 35.

Martin, X., « L'individualisme libéral en France autour de 1800: Essai de spectroscopie », (1987) *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique* 87.

- Maskow, D., « Hardship and Force Majeure », (1992) 40 A.J.C.L. 657.
- Masse, C., « Bilan partiel de 25 ans de protection du consommateur au Québec », (1996) 37 C. de D. 31.
- Masse, C., « Développements récents en matière de lésion entre majeurs et d'équité contractuelle », (1990) *Congrès du Barreau du Québec* 169.
- Masse, C., « L'Avant-projet de Loi et la protection du consommateur », (1989) 30 C. de D. 827.
- Masse, C., « L'équité contractuelle », (1979) *Meredith Mem. Lec.* 49.
- Masse, C., « L'information et l'exploitation des consommateurs », (1979) 10 R.G.D. 90.
- Massol, G., « La lésion comme motif d'annulation de la renonciation au partage du patrimoine familial et à la société d'acquêts », *Le partage du patrimoine familial et ses conséquences juridiques*, Cowansville, Service de la formation permanente du Barreau du Québec - Les éditions Yvon Blais, 1990, 29.
- Massuë, H. de la, « Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle sous la notion de l'abus de droit », (1948) R.T.D.C. 27.
- Mayrand, A., « Abuse of Rights in France and in Quebec », (1974) 34 La. Law Rev. 993.
- Mayrand, A., « De l'équité dans certains contrats: nouvelle section du Code civil », *Lois nouvelles*, Montréal, P.U.M., 1965, 51.
- Mazeaud, D., « La protection par le droit commun », *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris, Economica, 1998, 33.
- Mazeaud, D., « Le juge face aux clauses abusives », *Le juge et l'exécution du contrat*, Aix-en-Provence, Les Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993, 23.
- Mazeaud, D., « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », *Les petites affiches*, 30 septembre 1998, 12.
- Mazeaud, D., « Les clauses limitatives de réparation », *Les obligations en droit français et en droit belge - Convergences et divergences*, Paris, Bruxelles, Dalloz, Bruylant, 1994, 155.
- Mazeaud, H., « La lésion dans les contrats », *Travaux de l'association H. Capitant*, Paris, Dalloz, 1945, 181.
- Mazeaud, H., « Les notions de "droit", de "justice" et d'"équité" », *Aequitas und bona fides (mélanges A. Simonius)*, Basel, Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1955, 229.

McLachlin, B., « A New Morality in Business Law ? », (1990) 16 Can.Bus.L.J. 319.

McLachlin, B., « Le droit et la moralité », (1993) 27 R.J.T. 213.

McLaughlin, G., « Unconscionability and Impracticability: Reflections on Two U.C.C. Indeterminacy Principles », (1993) 14 Loy. of L.A. Int'l & Comp. L.J. 439.

Meijers, E.M., « La théorie des ultramontani concernant la force obligatoire et la force probante des actes sous seing privé », *Études d'histoire du droit*, t. IV, Leyde, Universitaire Pers Leiden, 1966, 52.

Meijers, E.M., « Le conflit entre l'équité et la loi chez les premiers glossateurs », *Études d'histoire du droit*, t. IV, Leyde, Universitaire Pers Leiden, 1966, 142.

Mestre, J. et A. Laude, « L'interprétation 'active' du contrat par le juge », *Le juge et l'exécution du contrat*, Aix-en-Provence, Les Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993, 9.

Mestre, J., « La Cour de cassation contrôle l'abus dans l'exercice d'une clause de résiliation unilatérale », (1997) R.T.D.C. 427.

Mestre, J., « L'article 1131 du code civil au service de la lutte contre les clauses abusives dans les relations entre professionnels », (1997) R.T.D.C. 418.

Mestre, J., « Le sort des contrats conclus au mépris d'une simple règle morale », (1992) R.T.D.C. 385.

Mestre, J., « L'économie du contrat », (1996) R.T.D.C. 901.

Mestre, J., « Les recommandations de la Commission des clauses abusives ne sont pas génératrices de règles dont la méconnaissance ouvre la voie à la cassation », (1997) R.T.D.C. 424.

Mestre, J., « L'évolution du contrat en droit privé français », *L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées R. Savatier*, Paris, P.U.F., 1986, 41.

Mestre, J., « L'exigence de la bonne foi dans la formation du contrat », (1989) 88 R.T.D.C. 736.

Mestre, J., « L'obligation d'agir au mieux des intérêts de son cocontractant », (1997) R.T.D.C. 425.

Mestre, J., « Nouvelles implications de l'exigence de bonne foi », (1996) R.T.D.C. 888.

- Meunier, P.B., « La Nouvelle Loi du Québec sur la Protection du consommateur – Loi 72 », (1979) Meredith Mem. Lec. 1.
- Meyer, A.W., « Contracts of Adhesion and the Doctrine of Fundamental Breach », (1964) 50 Vir. L.R. 1179.
- Meylan, P., « La genèse de la vente consensuelle romaine », (1953) 21 R.H.D. 129.
- Meylan, P., « Le rôle de la *bona fides* dans le passage de la vente au comptant à la vente consensuelle à Rome », *Aequitas und bona fides (mélanges A. Simonius)*, Basel, Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1955, 247.
- Meynial, E., « Des conditions requises au Moyen-Age pour l'application de la rescision de la vente pour lésion d'outre-moitié », *Mélanges P.-F. Girard*, t. 2, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1912, 201.
- Micklitz, H., « La loi allemande relative au régime juridique des conditions générales des contrats du 9 décembre 1976 - Bilan de onze années d'application », (1989) R.I.D.C. 101.
- Missaoui, K., « La validité des clauses aménageant la garantie des vices cachés dans la vente internationale de marchandises », J.C.P. 1996.I.3927.
- Moisan, P., « Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux: les cas de force majeure et d'imprévision », (1994) 35 C. de D. 280.
- Molfessis, N., « L'obligation naturelle devant la Cour de cassation: remarques sur un arrêt rendu par la première Chambre civile, le 10 octobre 1995 », D. 1997, ch. 85.
- Monachon-Duchêne, N., « Prévenir l'expulsion locative pour lutter contre l'exclusion », J.C.P. 1998.I.174.
- Monier, R., « La caractère de bonne foi du contrat de vente et l'obligation de manciper », *Mélanges de droit roman dédiés à G. Cornil*, Gand, Vanderpoorten, 1926, 139.
- Montrose, J.L., « Some Problems about Fundamentale Terms », (1964) C.L.J. 66.
- Moore, B., « À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois », (1994) 28 R.J.T. 177.
- Moreau, R., « La protection des consommateurs et l'assurance », (1996) 4 Assurances 563.

- Morel, R., « Le contrat imposé dans le droit privé au milieu du 20^e siècle », *Mélanges Ripert*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1950, 116.
- Morin, G., « La désagrégation de la théorie contractuelle du code », (1940) A.P.D. 7.
- Morin, G., « L'abus des droits », (1929) *Revue de métaphysique et de morale* 267.
- Morin, G., « Obligation to Cooperate in International Contracts - Law and Practice », (1980) 6 D.P.C.I. 9.
- Morris, W.G., « De l'équité dans certains contrats », (1965) R. du B. 65.
- Muniz-Argüelles, L., « A Theory on the Will Theory: Freedom of Contract in an Historical and Comparative Perspective », (1983) 52 R.J.U.P.R. 249.
- Munteanu, R., « La clause de hardship et la théorie de l'imprévision en droit comparé », (1988) 22 *Rev. Roumaine d'études Internationales* 335.
- Murray, G.G., « A Corporate Counsel's Perspective of the Battle of the Forms », (1979-80) 4 *Can. Bus. L.J.* 290.
- Nadeau, R., « La réforme du droit des obligations - Le point de vue du Barreau du Québec », (1989) 30 *C. de D.* 648.
- Neave, M., « Three approaches to family property disputes: intention/belief, unjust enrichment and unconscionability », *Equity, fiduciaries and trusts*, T.G. Youdan ed., Toronto: Carswell, 1989, 247.
- Nerson, R., « La volonté de contracter », *Mélanges Secretan*, Montreux, Imprimerie Corbax, 1964, 209.
- Nicholas, B., « Rules and Terms - Civil Law and Common Law », (1974) 48 *Tul. L.R.* 946.
- Nicolau, G., « L'équivoque entre vice et vertu », (1996) R.T.D.C. 57.
- Niehaus, J.B., « Unconscionability and the Fundamental Breach Doctrine in Computer Contracts », (1982) 57 *Notre Dame Lawyer* 547.
- Niort, J.-F., « Droit, économie et libéralisme dans l'esprit du Code Napoléon », (1992) A.P.D. 101.
- Niort, J.-F., « La naissance du concept de droit social en France: une problématique de la liberté et de la solidarité », (1994) R.R.J. 773.
- Normand, S., « Le Code et la protection du consommateur », (1988) 29 *C. de D.* 1063.

- Normand, S., « Les juristes et le libéralisme au tournant du XXe siècle », *Combats libéraux au tournant du XXe siècle*, Y. Lamonde éd., Montréal, Fides, 1995, 214.
- Nuytten, B. et L. Lesage, « Regards sur les notions de formalisme et de consensualisme », (1998) 8 Répertoire du Notariat DeFrénois, art. 36784, 497.
- O'Donnell, J.V., « The New Quebec Insurance Act : Some general Comments and Some Potential Problems », (1978) Meredith Mem. Lec. 1.
- Ogilvie, M. H., « Fundamental Breach Excluded but Not Extinguished: Hunter v. Syncrude Canada », (1990) 17 Can. Business L.J. 75.
- Ogilvie, M. H., « Jurisprudence », (1984) 62 Can B.R. 389.
- Oppetit, B., « De la codification », D. 1996, ch. 33.
- Oppetit, B., « L'apparition de tendances régressives », *Droit et modernité*, Paris, P.U.F., 1998, 113.
- Oppetit, B., « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de hardship », (1974) *Clunet* 794.
- Oppetit, B., « Portalis philosophe », D. 1995, ch. 331.
- Oppetit, B., « Rapport sur le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit civil français », (1970) *Travaux de l'association H. Capitant*, 185.
- Ost, F., « Mémoire et pardon, promesse et remise en question, La déclinaison éthique des temps juridiques », *Le temps et le droit, Actes du 4ème Congrès international de l'Association internationale de méthodologie juridique*, P.-A. Côté et J. Frémont dir., Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1996, 15.
- Ouellette, M., « Le rôle de la pratique dans la formation du droit civil », (1984) 14 R.D.U.S. 455.
- Ourliac, P., « La "convenientia" », *Études d'histoire du droit privé offertes à Pierre Petot*, Paris, L.G.D.J., 1959, 413.
- Ourliac, P., « Le passé du "consumerism" », (1979) *Annales de l'Université de sciences sociales de Toulouse* 217.
- Paisant, G., « Clauses pénales et clauses abusives après la loi n°95-96 du 1er février 1995 », D. 1995, ch. 223.
- Paisant, G., « Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du Code civil relative à la clause pénale », (1985) R.T.D.C. 647.

Paisant, G., « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n°95-96 du 1er février 1995 », D. 1995, ch. 99.

Paisant, G., « Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives », D. 1988, ch. 254.

Paisant, G., « Propositions pour une réforme du droit des clauses abusives (Après la directive du 5 avril 1993) », J.C.P. 1994, I, 3772.

Paoli, J., « Quelques observations sur la *fides*, l'*imperium* et leurs rapports », *Aequitas und bona fides (mélanges A. Simonius)*, Basel, Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1955, 273.

Patterson, E.W., « Le droit des juges de sous-entendre des conditions dans les contrats », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, Paris, Sirey, 1934, 379.

Perelman, C., « Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse », *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Établissement Émile Bruylant, 1984, 363.

Perrault, A., « La théorie de l'abus de droit », (1949) 9 R. du B. 361.

Perreau, E.-H., « Expérience et inexpérience dans les actes juridiques devant la jurisprudence », (1925) R.C. 352.

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.

Perret, L., « L'incidence de la nouvelle loi sur la protection du consommateur sur le droit positif des contrats et perspectives de réforme du code civil », (1985) 15 R.D.U.S. 251.

Perret, L., « Une philosophie nouvelle des contrats fondée sur l'idée de justice contractuelle », (1980) 11 R.G.D. 537.

Philippe, D., « “Pacta sunt servanda” et “Rebus sic stantibus” », *L'arbitrage commercial international - L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Paris, ICC, 1986, 181.

Picod, Y., « Le devoir de coopération », J.C.P. 1988.I.3318.

Picod, Y., « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », *Le juge et l'exécution du contrat*, Aix-en-Provence, Les Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993, 57

Picotte, D., « Les mécanismes d'encadrement judiciaire des relations commerciales contractuelles et extracontractuelles: évolution et tendances », (1993) 27 R.J.T. 599.

Piganiol, A., « Fides et mains de bronze », *Droits de l'antiquité et sociologie juridique, Mélanges H. Lévy-Bruhl*, Paris, Sirey, 1959, 471.

Pilon, S., « Le sort des ententes familiales depuis la trilogie de la Cour suprême (arrêts Richardson, Pelech et Caron) », *Nouveaux développements en droit familial - Les aspects économiques d'une rupture*, Cowansville, Formation permanente du Barreau du Québec - Les éditions Yvon Blais, 1989, 97.

Pineau, J., « Existence et limites de la discrétion judiciaire dans la formation et l'exécution du contrat », *Développements récents en droit commercial (1996)*, Cowansville, Service de la formation permanente du Barreau du Québec - Les éditions Yvon Blais, 1996, 1.

Pineau, J., « La philosophie générale du nouveau Code civil du Québec », (1992) 71 R.B. can. 423.

Pineau, J., « Les grands objectifs et les lignes de force de la réforme », (1989) 30 C. de D. 587.

Pineau, J., « La théorie des obligations », *La réforme du Code civil*, t. 2, Laval, Les presses de l'Université Laval, 1993.

Planiol, M., « Classification synthétique des contrats », (1904) R.C.L.J. 470.

Popovici, A., « Le nouveau Code civil et les contrats d'adhésion », (1992) Meredith Mem. Lec., Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1991, 137.

Popovici, A., « Les contrats d'adhésion: un problème passé », *Mélanges Louis Baudouin*, Montréal, P.U.M., 1974, 161.

Poudrier-Lebel, L., « L'interprétation des contrats et la morale judiciaire », (1993) 27 R.J.T. 581.

Poughon, J.-M., « Une constante doctrinale: l'approche économique du contrat », (1990) 12 Droits 47.

Powell, R., « Good Faith in Contracts », (1956) Current Legal Problems 16.

Powell, R., « The Unreasonableness of the Reasonable Man », (1957) Current Legal Problems 105.

Putman, E., « Kant et la théorie du contrat », (1996) R.R.J. 685.

Reiter, B.J., « Unconscionability: Is There A Choice? A Reply to Professor Hasson », (1979) 4 Can.Bus.L.J. 403.

- Rémillard, G., « Avant-propos », *Le nouveau Code civil du Québec: un bilan*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1995, 1.
- Rémillard, G., « Présentation du projet de Code civil du Québec », (1991) 22 R.G.D. 5.
- Rémy, P., « Droit des contrats: questions, positions, propositions », *Le droit contemporain des contrats*, Paris, Economica, 1985, 270.
- Rémy, P., « La “responsabilité contractuelle”: histoire d'un faux concept », (1997) R.T.D.C. 323.
- Renoux-Zagamé, M.-F., « Le méthode du droit commun: réflexions sur la logique des droits non codifiés », (1990) R.H.F.D. 133.
- Reynold, F.M.B., « Warranty, Condition and Fundamental Term », (1963) L.Q.R. 535.
- Rieg, A., « La lutte contre les clauses abusives des contrats (Esquisse comparative des solutions allemande et française) », *Études offertes à R. Rodière*, Paris, Dalloz, 1981.
- Rieg, A., « La protection du consommateur en France (Approches de droit privé) », *Journée de la Société de législation comparée*, 1979 R.I.D.C. 631.
- Rieg, A., « Le contrat dans les doctrines allemandes du XIX^e siècle », (1968) A.P.D. 31.
- Rieg, A., « Les clauses abusives et la protection du consommateur - République Fédérale d'Allemagne », (1982) 34 R.I.D.C. 926.
- Rives Hall, A., « Employer's Liability for Negligence », (1901) 7 R.L.n.s. 513.
- Robino, P., « Les conventions d'irresponsabilité dans la jurisprudence contemporaine », (1951) R.T.D.C. 1.
- Rodière, R., « Les accidents d'ascenseurs », D. 1956, ch. 13.
- Rogerson, A., « Implied warranty against Latent Defects in Roman and English Law of Sale », *Studies in the Roman Law of Sale*, D. Daube ed., Oxford, Clarendon Press, 1959, 112.
- Rolland, L., « La bonne foi dans le Code civil du Québec: du général au particulier », (1996) 26 R.D.U.S. 377.
- Rolland, L., « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », (1999) 44 R.D. McGill 903.

- Rosenberg, G.A., « The Notion of Good Faith in the Civil Law of Québec », (1960) 7 McGill L.J. 2.
- Rosenfeld, M., « Contract and Justice: The Relation Between Classical Contract Law and Social Contract Theory », (1985) 70 Iowa L.R. 769.
- Rosenfeld, M., « Hegel and the Dialectics of Contract », (1989) 10 Cardozo L.R. 1199.
- Roth, G.H., « La nouvelle loi allemande sur les conditions générales du contrat (AGB-Gesetz) du 9 décembre 1976 », (1977) R.I.D.C. 359
- Rotondi, M., « Le rôle de la notion d'abus de droit », (1980) R.T.D.C. 66.
- Rouhette, G., « Droit de la consommation et théorie générale des obligations », *Études Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, 247.
- Rouhette, G., « La définition du contrat et la méthode juridique française », (1990) 12 Droits 59.
- Rouhette, G., « La doctrine de l'acte juridique: sur quelques matériaux récents », (1988) 7 Droits 29.
- Rouhette, G., « La révision conventionnelle du contrat », (1986) R.I.D.C. 369.
- Rousseau-Houle, T., « Le fondement moral du droit des affaires: les applications en droit civil québécois », (1993) 27 R.J.T. 227.
- Roy, J.-E., « Clause de non-responsabilité », (1901-02) 4 R. du N. 240.
- Rudden, B. et P. Juilhard, « La théorie de la violation efficace », (1986) R.I.D.C. 1015.
- Rudden, B., « Le juste et l'inefficace - Pour un non-devoir de renseignement », (1985) R.T.D.C. 91.
- Sacco, R., « Le droit muet », (1995) R.T.D.C. 783.
- Sachse, H.R., « Unconscionable Contracts », *Essays in the Civil Law of Obligations*, J. Dainow ed., Baton Rouge, Louisiana State U.P., 1969, 270.
- Sandrock, O., « The Standard Terms Act 1976 of West Germany », (1978) A.J.C.L. 551.
- Sanz, S., « La consécration du pouvoir judiciaire par la loi du 9 juillet 1975, et ses incidence sur la théorie générale de la clause abusive », (1977) R.T.D.C. 268.

Sautel, G. et M. Boulet-Sautel, « Verba ligant homines, taurorum cornua funes », *Études d'histoire du droit privé offertes à P. Petot*, Paris, L.G.D.J. - Montchrestien - Dalloz - Sirey, 1959, 507.

Schmitthoff, C., « Standard Contracts and the Protection of the Weaker Party in International Trade Relations », 1 *New Directions in International Trade*, Unidroit, Dobbs Ferry, Oceana Pub. Inc., 1977, 177.

Schnapper, B., « La répression de l'usure et l'évolution économique (XIIe-XVIIe siècles) », (1969) 37 R.H.D. 47.

Schwartz, A., « A Reexamination of Nonsubstantive Unconscionability », (1977) 63 Virginia L.R. 1053.

Schwartz, A., « Justice and the Law of Contracts: A Case for the Traditional Approach », (1986) 9 Harvard J.L. & Public Policy 107.

Scott, R.E., « Conflict and Cooperation in Long-Term Contract », (1987) 75 Cal.L.R. 2005.

Secrétan, R., « L'article 156 du Code des obligations et la condition potestative », *Aequitas und bona fides (mélanges A. Simonius)*, Basel, Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1955, 351.

Sève, R., « Une formalisation du libéralisme juridique », *Juristische Logik, Rationalität und Irrationalität im Recht*, A.-J. Arnaud, R. Hilpinen et J. Wróblewski éd., Berlin, Duncker & Humblot, 1985, 69.

Shaffer, H.B., « Case and Comment - *The Attorney General for Ontario v. Barfried Ent. Ltd.* », (1965) 11 McGill L.J. 268.

Sicard, G., « Observations sur quelques chpitres du "Livre de Jostice et Plet" concernant le droit des obligations », *Études d'histoire du droit privé offertes à Pierre Petot*, Paris, L.G.D.J., 1959, 519.

Siches, L.R., « Equity and Logic of Reasonable », *Equity in the World's Legal Systems, A Comparative Study*, Bruxelles, Émile Bruylant, 1973, 411.

Simpson, A.W.B., « Innovation in Nineteenth Century Contract Law », (1975) 91 L.Q. Rev. 247.

Simpson, A.W.B., « The Horwitz Thesis and the History of Contracts », (1979) 46 U. Chicago L. Rev. 533.

Simpson, A.W.B., « The Penal Bond with Conditional Defeasance », (1966) 82 L.Q. Rev. 397.

Sinay-Cyterman, A., « Protection ou surprotection du consommateur ? », J.C.P. 1994, I, 3804.

Sirks, A.J.B., « La laesio enormis en droit romain et byzantin », (1985) R.H.D. 291.

Smith, S.A., « In Defence of Substantive Fairness », (1996) L.Q.R. 139.

Soucy, R., « Étude sur les abus de droit », (1979) R.L. 1.

Speidel, R.E., « An Essay on the Reported Death and Continued Vitality of Contract », (1975) 27 Stanford L.R. 1161.

St. J. Collins, B., « Fundamental Breach and Exclusion Clauses », (1980) 31 Northern Ireland L.Q. 356.

Stein, P., « Equitable Principles in Roman Law », *Equity in the World's Legal Systems*, Brussels, Établissement Émile Bruylant, 1973, 75.

Steyn, Justice, « The role of Good Faith and Fair Dealing in Contract Law: its Recognition and Conceptualization », (1982) 67 Cornell L.R. 810.

Stick, J., « Contract and Hegel's Account of Abstract Right: Some Brief Comments », (1989) 10 Cardozo L.R. 1275.

Stoddart, J., « L'exploitation au sens de l'article 48 de la *Charte des droits et libertés de la personne* », *Développements récents en droit familial (1995)*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1995, 151.

Strauch, M. et C.W. Neumann, « La clause pénale en droit allemand », (1982) D.P.C.I. 499.

Sugiyama, N., « La lésion en droit japonais », *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 1939, 817.

Summers, R.S., « "Good Faith" in the General Contract Law and the Sales Provision of the Uniform Commercial Code », (1968) 54 Vir.L.R. 195.

Summers, R.S., « The General Duty of Good Faith - Its Recognition and Conceptualization », (1982) 67 Cornell L.R. 810.

Supervielle, B., « Rapport - Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence », *Troisièmes Journées de droit franco-latino-américaines*, (1952) R.I.D.C. 560.

Symposium, « Unconscionability Around the World : Seven Perspectives on the Contractual Doctrine », (1992) 14 Loyola of Los Angeles I.C.L.J. 433.

Taisch, F., « Unconscionability in a Civil Law System: An Overview of Swiss Law », (1993) 14 Loy. of L.A. Int'l & Comp. L.J. 529.

Tallon, D., « L'évolution des idées en matière de contrat, survol comparatif », (1990) 12 Droits 81.

Tancelin, M. et J.-C. Royer, « Le Bill 45 et les modifications au Code civil », (1972) 13 C. de D. 438.

Tancelin, M., « Abus de droits - Relativité des droits », (1971) 12 C. de D. 219.

Tancelin, M., « La justice contractuelle: expérience et perspectives au Québec », (1978) 30 R.I.D.C. 1009.

Tancelin, M., « La promesse de vente en droit civil québécois, une illustration de la conception réaliste du consensualisme », (1969) 47 R. du B. can. 573.

Tancelin, M., « La réforme du droit des obligations - La mesure des principaux changements proposés en matière contractuelle », (1988) 29 C. de D. 865.

Tancelin, M., « L'adaptation des rapports juridiques de droit privé aux circonstances économiques au Canada et en particulier dans la province de Québec », (1971) 12 C. de D. 419.

Tancelin, M., « Les bases philosophiques de l'Avant-projet de réforme de 1987 en matière de droit des obligations », (1988) 19 R.D.U.S. 1.

Taschereau, R., « Le siècle de la renaissance et son influence sur le droit civil du Québec », (1962) 12 R.J.T. 7.

Tercier, P., « Droit civil - Rapport général », *Le rôle de la pratique dans la formation du droit (journées suisses)*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXXIV, 1983, Paris, Economica, 1985, 21.

Terré, F., « Sur la sociologie juridique du contrat », (1968) A.P.D. 71.

Thibierge-Guelgucci, C., « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », (1997) R.T.D.C. 357.

Thieme, H., « Qu'est-ce que nous, les juristes, devons à la seconde scolastique espagnole? », *La seconda scholastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milan, Giuffrè, 1972, 7.

Thomas, Y., « *Fictio Legis* - L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », (1995) 21 Droits 17.

Trebilcock, M.J., « The Doctrine of Inequality of Bargaining Power: Post-Benthamite Economics in the House of Lords », (1976) 26 *U. of Toronto L.J.* 359.

- Trigeaud, J.M., « Ontologie et équité », (1989) R.D. McGill 414.
- Trudel, G., « Des frontières à la liberté contractuelle », *Mélanges Louis Baudouin*, Montréal, P.U.M., 1974, 212.
- Ullman, H., « Droit et pratique des clauses de hardship dans le système juridique américain », (1988) R.D.A.I. 889.
- Valcke, C., « The Unhappy Marriage of Corrective and Distributive Justice in the New Civil Code of Quebec », (1996) 46 U. of Toronto L.J. 439.
- Van Ommeslaghe, P., « Les clauses de force majeure et d'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux », (1980) R.D.I.D.C. 7.
- Van Ommeslaghe, P., « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en droit belge », *Les obligations en droit français et en droit belge - Convergences et divergences*, Paris, Bruxelles, Dalloz, Bruylant, 1994, 181.
- Vanel, M., « Bonne foi », *Encyclopédie Dalloz - Droit civil*, Paris, Dalloz, 1984.
- Vaughan, F., « Civil Code Influences on the Supreme Court of Canada, 1875-1980: Particularly in Contract and Negligence », (1986) 20 The Law Soc. Gaz. 48.
- Vaver, D., « Unconscionability: panacea, analgesic or loose can(n)on? A critique of certain recommendations in the Ontario Law Reform Commission's Report on amendment of the law of contract (1987) », (1988/89) 14 Can. Bus. L.J. 40-74.
- Verdier, R., « Le mythe de la genèse du droit dans la Rome légendaire », (1975) *Revue de l'histoire des religions* 3.
- Veytia, H., « The Requirements of Justice and Equity in Contracts », (1995) 69 Tul.L.R. 1191.
- Vézina, N., « Réactions judiciaires à quelques nouveautés du droit des obligations », *Développements récents en droit civil (1995)*, Cowansville, Service de la formation permanente du Barreau du Québec - Les éditions Yvon Blais, 1995, 71.
- Villey, M., « Abrégé du droit naturel classique », *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962.
- Villey, M., « La promotion de la loi et du droit subjectif dans la seconde scolastique », *La seconda scholastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milan, Giuffrè, 1972, 53.
- Villey, M., « Préface historique à l'étude des notions de contrat », (1968) A.P.D. 1.

Waddams, S.M., « Sections 8 to 10 of the Quebec Consumer Protection Act: A Common Law View », (1979) *Meredith Mem. Lec.* 63.

Waddams, S.M., « Unconscionability in Canadian Contract Law », (1993) 14 *Loy. of L.A. Int'l & Comp. L.J.* 541.

Waddams, S.M., « Unconscionability, Implied Terms, and Good Faith », (1992) *Meredith Mem. Lect.* 415-421.

Wassermen, G., « Impossibility of Performance in the Civil Law of Quebec », (1952) 12 *R. du B.* 366.

Wegner, S.A., « Section 1-208: "Good Faith" and the Need for a Uniform Standard », (1990) 73 *Marquette L.R.* 639.

Weil, K.G. et F. Puis, « Le droit allemand des conditions générales d'affaires revu et corrigé par la directive communautaire relative aux clauses abusives », (1994) *R.I.D.C.* 125.

Weir, T., « La justice contractuelle en Grande-Bretagne », (1981) 33 *R.I.D.C.* 7.

Wéry, P., « L'ajustement des normes contractuelles à de nouvelles circonstances en droit belge », *Le temps et le droit, Actes du 4ème Congrès international de l'Association internationale de méthodologie juridique*, P.-A. Côté et J. Frémont dir., Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1996, 261.

Widow, J.A., « The Economic Teachings of Spanish Scholastics », *Studies in Philosophy and the History of Philosophy*, vol 29, *Hispanic Philosophy in the Age of Discovery*, Washington, The Catholic University of America Press, 1997, 130.

Yntema, H.E., « Equity in the Civil Law and the Common Law », (1967) *A.J.C.L.* 60.

Zaki, M.S., « Le formalisme conventionnel, illustration de la notion de contrat-cadre », (1986) *R.I.D.C.* 1043.