

La mesure des principaux changements proposés en matière contractuelle

Maurice Tancelin

Volume 29, Number 4, 1988

La réforme du droit des obligations

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042916ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042916ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Tancelin, M. (1988). La mesure des principaux changements proposés en matière contractuelle. *Les Cahiers de droit*, 29(4), 865–881.
<https://doi.org/10.7202/042916ar>

Article abstract

This commentary on draft legislation on the Book of Obligations in the new *Québec Civil Code* encompasses a few selected topics : consumer contracts, shy locking and electronic fund transfers (E.F.T's).

The inclusion of consumer protection in the Code is a political move of considerable significance whose means, however, call for a degree of caution from a theoretical standpoint. The change only constitutes a first step, for much has yet to be done to reinforce a basically good decision — which after all is no more than a reinsertion into the Civil Code of a 1947 statute on conditional sale as well as complementary provisions.

The same may be stated about the clause reinstating lesion into the *Québec Civil Code* after the appalling suppression in 1866 of this efficient means for combatting the practice of shylocking. Lesion and unconscionability are not exactly identical and a clear distinction should be made between them in the bill.

Finally, nothing good is to be said about the proposed bill's substanceless clause on E.F.T.'s : a mere invitation for bankers to organize financial matters as they see fit. In this respect, the bill is only echoing a most questionable federal statute which in 1980 founded a national payment system despite the "property and civil rights" clause.

La réforme du droit des obligations

La mesure des principaux changements proposés en matière contractuelle

Maurice TANCELIN *

Ce commentaire du projet de réforme du Livre des obligations du nouveau Code civil du Québec s'attache à quelques problèmes choisis : contrat de consommation, exploitation et transfert électronique des fonds (T.E.F.).

L'entrée de la protection du consommateur au Code est un geste politique d'importance, dont les modalités appellent cependant des réserves au niveau théorique. Ce n'est qu'un premier pas. Il reste encore beaucoup à faire pour consolider ce qui constitue une bonne décision, qui est en somme une réinsertion au Code civil, avec des compléments, d'une loi de 1947 instituant la vente à tempérament.

On peut faire la même remarque au sujet de l'article réintroduisant la lésion au Code civil du Québec après l'effarante suppression en 1866 de ce moyen efficace de lutter contre l'usure. Lésion et exploitation ne sont pas deux notions qui se recouvrent exactement et le projet de réforme devrait en contenir une distinction plus nette.

Enfin on ne peut pas dire de bien du projet d'article-fantôme sur le T.E.F. qui ne constitue rien de moins qu'un chèque en blanc aux banques pour organiser seules l'appareil financier. En cela le projet ne fait que s'aligner sur une loi fédérale très contestable qui a mis sur pied en 1980 un système national de paiement contestable en regard de la compétence provinciale sur « la propriété et les droits civils ».

* Professeur titulaire, Faculté de droit, Université Laval.

This commentary on draft legislation on the Book of Obligations in the new Québec Civil Code encompasses a few selected topics : consumer contracts, shylocking and electronic fund transfers (E.F.T.'s).

The inclusion of consumer protection in the Code is a political move of considerable significance whose means, however, call for a degree of caution from a theoretical standpoint. The change only constitutes a first step, for much has yet to be done to reinforce a basically good decision — which after all is no more than a reinsertion into the Civil Code of a 1947 statute on conditional sale as well as complementary provisions.

The same may be stated about the clause reinstating lesion into the Québec Civil Code after the appalling suppression in 1866 of this efficient means for combatting the practice of shylocking. Lesion and unconscionability are not exactly identical and a clear distinction should be made between them in the bill.

Finally, nothing good is to be said about the proposed bill's substanceless clause on E.F.T.'s : a mere invitation for bankers to organize financial matters as they see fit. In this respect, the bill is only echoing a most questionable federal statute which in 1980 founded a national payment system despite the "property and civil rights" clause.

	<i>Pages</i>
Introduction	867
1. Le changement résultant de l'entrée au Code du contrat de consommation, à titre de contrat particulier	868
1.1. Les conditions de l'entrée au Code	868
1.2. Le droit commun et les droits d'exception	869
1.3. L'influence de l'absence d'une théorie de la personnalité juridique	870
1.4. La consommation comme fonction économique de la personne et non comme attribut juridique	871
2. Les ajustements divers en matière de lésion et de clauses abusives	872
2.1. Le champ d'application de la lésion retrouvée par le droit positif	873
2.2. Les ambiguïtés de la terminologie : lésion et exploitation	874
2.3. Les clauses abusives	875
2.3.1. Les clauses abusives en matière de peine privée	876
2.3.2. Les clauses abusives en regard du droit privé fédéral	877

	<i>Pages</i>
3. Les lacunes concernant le paiement de l'obligation monétaire par transfert électronique de fonds (T.E.F.)	878
3.1. Le nominalisme monétaire, un principe à endurer, non à proclamer	878
3.2. Les générations de cartes : du crédit au débit	879
3.3. Les tenants et aboutissants financiers du paiement des obligations monétaires	880
Conclusion	881

« Il résulte à l'évidence de tout cela que les biens de la terre sont dispensés sous forme indivise, mais que l'homme, néanmoins porte en lui-même *la justification principale de la propriété*, parce qu'il est son propre maître et le *propriétaire de sa personne*, de ce qu'elle fait et du *travail* qu'elle accomplit ; au fur et à mesure que les inventions et les arts ont perfectionné les commodités de la vie, l'essentiel de ce qu'il a mis en œuvre pour assurer son propre entretien, ou son bien-être, n'a jamais cessé de lui appartenir en propre, sans qu'il soit tenu de le partager avec d'autres. »

LOCKE, *Second traité sur le gouvernement civil*, chapitre V. 1690. Traduction Gilson, p. 90-94, Vrin, 1967, dans P.F. MOREAU, *Les racines du libéralisme*, Une anthologie, Seuil, 1978.

Introduction

Ce commentaire de l'*Avant-projet de Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*¹ est à l'opposé de l'exhaustivité. Il cherche à mettre en relief quelques problèmes jugés les plus importants dans le seul domaine de l'obligation contractuelle, encore que le dernier point choisi concerne l'ensemble des obligations puisqu'il touche à leur exécution

1. Éditeur officiel du Québec, 1987, ci-après désigné l'Avant-projet de 1987.

par paiement. Il fait appel à des notions fondamentales traitées notamment dans le Projet de Loi 20². On constate que les traits saillants de l'Avant-projet de 1987 sur les obligations portent la trace des insuffisances théoriques de la réforme du droit des personnes, qui omet de fournir une conception globale de la personnalité juridique. Les effets de cette carence sont visibles dans le débat sur l'interruption volontaire de grossesse et sur la procréation assistée médicalement. Ils ne sont pas moins évidents sur les problèmes d'ordre patrimonial connus sous le nom de protection du consommateur et d'usure qui avec le paiement de l'obligation monétaire par transfert électronique de fonds retiendront notre attention.

1. Le changement résultant de l'entrée au Code du contrat de consommation, à titre de contrat particulier

1.1 Les conditions de l'entrée au Code

Le contrat de consommation entre dans le Code civil. Cela paraît simple, mais c'est un geste politique considérable. C'est même le point saillant de la réforme proposée en matière contractuelle. Ce n'est cependant qu'un premier pas, le début d'une réforme, car le contrat de consommation entre bien au Code civil mais il y entre avec un sous-système théorique constitué par des *Dispositions générales* (chapitre premier du titre troisième) distinctes de celles du chapitre premier du titre premier. Autrement dit, ce contrat n'est pas un contrat nommé comme les autres, placés au titre deuxième. Cela donne le plan suivant pour le Livre cinquième : *Des obligations*³.

Titre premier :	Des obligations en général	1412-1755
	Chapitre premier — Dispositions générales	1412-1420
Titre deuxième :	Des contrats nommés	1756-2716
Titre troisième :	Des règles particulières au contrat de consommation	2717-2878
	Chapitre premier — Dispositions générales	2717-2767

Ce plan révèle que le contrat de consommation n'entre pas véritablement au Code Civil. Il constitue plutôt un bloc distinct au sein du Code civil, auquel

2. L.Q. 1987, c. 18 : *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit de personnes, des successions et des biens*, adoptée et sanctionnée le 15 avril 1987, non en vigueur.

3. Les articles cités sans autre précision renvoient à l'*Avant-projet de Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, *supra*, note 1.

il n'est pas intégré, même s'il y trouve place formellement. Il y constitue une enclave, un *homeland* si l'on veut.

1.2. Le droit commun et les droits d'exception

L'article 1^{er} du Projet de Loi 20 dit en disposition préliminaire que « Le Code civil du Québec... établit... le droit commun... ». En matière d'obligations, le droit commun est constitué par les règles des deux premiers titres du Livre cinquième pour toutes les obligations avec la réserve apportée par l'article 2718⁴ en ce qui concerne le contrat de consommation qui y est « aussi assujetti dans la mesure où elles sont conciliables ». Le caractère dérogatoire du régime instauré par le titre troisième est clairement établi. Il s'agit de « règles particulières », expression qui ne manquera pas d'être interprétée comme voulant dire des règles d'exception par rapport au droit commun, le seul, le vrai. Car le principe de non-contradiction indique qu'il ne peut y en avoir qu'un seul⁵. Le droit commun des obligations contractuelles reste fondé sur la règle de la liberté contractuelle réaffirmée par l'article 1480 et sur le principe de relativité du contrat reproduit aux articles 1498, 1499 et 1500, copies conformes des articles 1022 et 1023 C.c. actuels. En contrepoint l'article 2718 al. 2 énonce le caractère impératif des règles particulières au contrat de consommation (Cf. Projet de Loi 20, article 9). Le même article emploie donc le mot « règle », sans qualificatif, dans le sens de droit commun et le même mot, qualifié, dans le sens d'exception au droit commun. Le titre troisième ne fait pas partie du droit commun, pas plus d'ailleurs que le chapitre actuel sur le louage de choses dont les règles particulières au bail immobilier (les articles 1634 à 1665.6 C.c., devenus 1951 à 2056 dans l'Avant-projet de 1987) constituent un ensemble qui relève de la protection du consommateur et n'est pas, par conséquent, à la bonne place dans le projet de Code.

Il y a en réalité, dans ces dispositions notamment, l'amorce déjà avancée d'un Code de la consommation qui ne veut pas s'avouer comme tel.

4. 2718. Tout contrat de consommation est assujetti aux règles particulières du présent titre et à celles des règlements adoptés en vertu de la Loi sur la protection du consommateur qui les complètent ; il est aussi assujetti, dans la mesure où elles sont conciliables, aux règles des titres premier et deuxième du présent livre.

Ces règles, auxquelles le contrat de consommation est assujetti, sont impératives ; elles s'ajoutent à toute autre règle législative qui accorde un droit ou un recours au consommateur et lorsqu'elles lui confèrent un droit, celui-ci ne peut y renoncer que dans la mesure permise par la loi.

5. En dépit de la célèbre affirmation contraire de L.P. PIGEON, *Rédaction et interprétation des lois*, 3^e éd., Québec, Les Publications du Québec, 1986.

Faut-il en conclure à un retrait de ces dispositions d'exception du Code civil? C'est ce que proposeront les doctrinaires hayékiens du libéralisme et on leur laissera le soin de défendre cette solution. Bien au contraire, il faut se féliciter de la décision de placer le maximum de choses dans le Code civil. Mais cette décision n'est encore une fois qu'un premier pas, un premier pas dans la bonne direction mais qui en appelle un autre, à savoir l'intégration des principes. Considérons, par conséquent, le chapitre premier du titre troisième comme une étape nécessaire mais théoriquement intenable qui en appelle une autre, la conciliation dialectique des contraires. La réforme qui reste à faire dans le troisième Code civil du Québec consistera à fusionner le titre troisième et le titre deuxième par disparition progressive des incompatibilités entre les deux chapitres «premier», qui sont condamnés à plus ou moins longue échéance à n'en former qu'un seul. En posant le problème dans ces termes, l'Avant-projet de 1987 constitue un progrès considérable par rapport au double refus de l'obstacle en 1971 et en 1978. À ce propos il convient de se souvenir que la première loi de protection du consommateur avait sorti la vente à tempérament du Code civil, que le législateur y avait placé en 1947⁶; il s'agit donc plutôt du retour du balancier que d'une innovation véritable.

1.3. L'influence de l'absence d'une théorie de la personnalité juridique

Le travail de conciliation qui reste à faire entre les philosophies libérales et interventionnistes devra porter sur des problèmes extrêmement concrets. Le premier exemple qui se présente est l'opposition dressée en 1971 et maintenue en 1978 ainsi que dans l'Avant-projet de 1987 entre le «consommateur» et le «professionnel». Son caractère fruste est évident. Il est artificiel de distinguer «les fins personnelles, familiales ou domestiques» des seules «personnes physiques» que seraient les «consommateurs» d'une part, et, les «professionnels» et «l'entreprise» d'autre part.

Cette vision simpliste de la société reprise par l'article 2717⁷ fait écho au Livre premier du Projet de Loi 20, «Des personnes» qui attend l'article 322 pour s'apercevoir que les «personnes morales» ont la personnalité juridique comme «l'être humain», qui fait une entrée remarquée dans l'article 1^{er} du nouveau Code. La dichotomie ainsi introduite dans le concept de personnalité

6. *Infra*, note 12.

7. 2727. Le contrat de consommation est celui par lequel une personne physique, le consommateur, acquiert, loue, emprunte ou se procure de toute autre manière, à des fins personnelles, familiales ou domestiques, des biens meubles ou des services auprès d'une autre personne, le professionnel, laquelle offre de tels biens ou services dans le cadre d'une entreprise qu'elle exploite de façon habituelle, même dans un but non lucratif.

juridique a une conséquence visible sur le maintien de l'opposition entre le « consommateur » et le « professionnel ». Cette contradiction fondamentale vicia le projet de réforme du Code civil du Québec dans son intégralité. Cette situation résulte de l'absence d'une quelconque théorie de la personnalité juridique dans ce projet de réforme qui se heurte aux contradictions non surmontées par la société actuelle. Cette lacune est au centre du débat sur la procréation artificielle et l'avortement.

Juridiquement, les personnes sont traditionnellement qualifiées de physiques et de morales. La méfiance et le dédain de la doctrine civiliste pour la personnalité morale est une constante du XIX^e et du XX^e siècle.

En faisant la théorie de la personne physique et en lui ajoutant la personne morale comme une sorte de complément distinct, le Projet de Loi 20 maintient cette réserve à l'égard des théories de la personnalité juridique élaborées notamment par Michoud et Saleilles en langue française. Le résultat est visible à l'article 2717 qui oppose les consommateurs et les entreprises ayant chacun leur logique juridique propre. On nous propose un ordre juridique divisé, un ordre de confrontation, favorable au litige, non à la paix sociale. Est-ce le rôle du droit ?

1.4. La consommation comme fonction économique de la personne et non comme attribut juridique

Les solutions du droit positif sont inchangées en la matière dans l'Avant-projet de 1987, qui transfère le régime du contrat de consommation dans le Code. La conséquence pratique de cette situation c'est que tout contrat dit de consommation passé par un professionnel ou une entreprise pour des fins autres que « personnelles, familiales ou domestiques » échappe aux dispositions protectrices du titre troisième. Ainsi, je fais installer un système d'alarme dans mon appartement : je suis protégé par les règles du titre troisième. Mais je ne le suis plus si je fais installer le même dispositif dans mon bureau ou dans mon magasin. Mes « fins personnelles » sont donc constituées uniquement par les activités de ma vie privée. Ma vie professionnelle est juridiquement exclue de ma vie personnelle. Pourtant, le mot économique vient du grec *oikos* qui veut dire maison (de même que le mot domestique vient du latin *domus* qui veut dire la même chose)⁸.

L'analyse économique officielle confisque la notion même d'économie, chassée purement et simplement de son lieu d'origine. C'est apparemment

8. Hayek a répondu à cette objection en proposant le mot *catallaxie* (échange) à la place du mot économie...

une façon de faire généralisée qui n'a rien perdu de sa force primitive au XX^e siècle.

Le droit comparé nous montre pourtant que la solution conservée par l'Avant-projet de 1987 n'est pas la seule connue aujourd'hui. Le 28 avril 1987, la Cour de cassation française a jugé trop étroit le critère de la consommation défini par les seules fins personnelles, familiales et domestiques. Elle a décidé, dans l'exemple utilisé plus haut, qu'un commerçant qui fait installer un système d'alarme dans son établissement commercial est dans une situation de consommateur vis-à-vis du fournisseur d'un bien technique à propos duquel il n'a aucune expertise professionnelle. Vis-à-vis d'un contrat concernant un appareil qui ne touche pas à sa propre activité, il est rigoureusement dans la même situation de manque d'expertise, qu'il se serve de l'appareil à titre privé ou à titre professionnel. Il n'y a donc aucun motif valable pour traiter différemment les deux cas. En incluant les fins professionnelles qui ne relèvent pas de l'activité propre du commerçant évidemment dans les fins personnelles, cette décision⁹ introduit une distinction nécessaire à notre avis entre l'activité professionnelle proprement dite — qui doit rester soumise au droit commun — et l'activité de soutien logistique de n'importe quelle activité, qu'elle soit ludique ou professionnelle. Au point de vue de l'analyse économique, il s'agit dans un cas comme dans l'autre d'une activité de consommation, si on veut bien l'examiner intrinsèquement et pour elle-même. Il suffit de substituer un critère matériel au critère formel du contrat passé par un commerçant. Sa qualité de commerçant ne se *substitue* pas à sa qualité de personne au sens d'être humain quand il agit pour les fins de son commerce ; elle s'y ajoute, elle en est une composante : d'où l'intérêt qu'il y aurait à avoir un statut de la personnalité juridique, au-delà de la seule distinction entre les personnes physiques et morales.

2. Les ajustements divers en matière de lésion et de clauses abusives

Les articles 1449 et 2722 appellent deux remarques, l'une au sujet de leur champ d'application, l'autre au sujet de la terminologie employée.

9. *Société Abonnement téléphonique*, commenté à (1987) 86 *Rev. trim. dr. civ.* 537, par Jacques MESTRE.

2.1. Le champ d'application de la lésion retrouvée par le droit positif

Ce qui surprend dans l'article 1449¹⁰, c'est la modestie extrême de sa portée. On ne s'extasiera pas sur la disposition qui édicte la lésion entre majeurs, car ce n'est qu'un retour à une solution de l'Ancien droit, écartée en 1866 au nom d'un libéralisme forcené. L'article 1012 C.c. a été la source d'un nombre incalculable d'injustices tellement grossières que le législateur a fini par s'en apercevoir et a réintroduit la lésion à petites doses, à partir de la première crise économique des années trente et surtout après la seconde guerre mondiale. Les étapes les plus récentes sont mieux connues : libération de certains débiteurs en 1947¹¹, en même temps que la vente à tempérament¹², équité dans certains contrats en 1964¹³, protection du consommateur en 1971 et 1978¹⁴. L'article 1449 ne fait que réparer tardivement une grossière erreur. C'est tout le contraire d'une nouveauté : c'est un retour aux sources du droit byzantin. Car l'usure est une vieille histoire dont l'oubli au milieu du XIX^e siècle débouche sur les conclusions accablantes du Rapport de la CECO¹⁵.

Les historiens du droit auront à dresser le bilan de cet épisode. On s'apercevra peut-être que le pas en arrière que constitua l'article 1012 C.c. par rapport à la solution de la *Coutume de Paris* a été un facteur du retard économique de la Province de Québec, livrée aux exploiters de tous acabit à l'affût de l'inexpérience des « non-instruits », selon l'expression de Jean Lesage.

En limitant la lésion à la « personne physique » agissant en dehors du cadre d'une entreprise, l'article 1449, alinéa 2 réintroduit la lésion de façon extrêmement limitée. La seule activité concernée est celle de l'individu, à l'exclusion des personnes morales, et encore à condition que cet individu ne contracte pas pour l'utilité ou l'exploitation d'une entreprise : comme l'article 2717 qui oppose le consommateur et le professionnel, l'article 1449 oppose l'individu et son travail. Le divorce entre l'activité professionnelle (au sens large) et l'activité non-professionnelle se retrouve encore ici : dans le monde

10. 1449. La lésion vicie le consentement lorsqu'elle résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre et entraîne une disproportion 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.

11. S.Q. 1947, c. 71 ; articles 1202a à 1202p C.c.

12. S.Q. 1947, c. 73 ; articles 1561a à 1561j C.c.

13. L.Q. 1964, c. 67 ; articles 1040a à 1040e C.c.

14. L.Q. 1971, c. 74 ; L.Q. 1978, c. 9 ; S.R.Q., c. P-40.1.

15. Commission de police du Québec, *La lutte au crime organisé*, CECO, Rapport officiel, Éditeur officiel du Québec, 1976, chapitre II, Le prêt usuraire, p. 163.

du travail, c'est toujours la loi de la jungle qui s'applique. À part les contrats visés par l'article 2719, essentiellement les contrats relatifs aux immeubles, le champ d'application de l'article 1449 apparaît extrêmement réduit. La menace qu'il constitue pour la liberté contractuelle est minime, voire insignifiante. C'est encore un progrès par rapport au statu quo ; c'est plus exactement un retour partiel à une règle ancienne. On revient seulement à une règle qui aurait été indispensable au milieu du XIX^e siècle. C'est encore une vision du capitalisme atomistique. La réalité contemporaine de la concentration des entreprises est totalement absente de l'Avant-projet de 1987. On reproduit en somme le même type de décalage qu'en 1866 par rapport à la situation de l'époque. Devra-t-on dire du *Code civil du Québec* ce qu'on disait de l'armée française au cours du dernier siècle : elle était toujours en retard d'une guerre !

2.2. Les ambiguïtés de la terminologie : lésion et exploitation

L'Avant-projet de 1987 emploie le mot lésion dans deux sens différents aux articles 1449 et 2722¹⁶. C'est une source de confusion qui devrait être éliminée. L'article 1449 définit la lésion par l'exploitation et la disproportion importante. L'article 2722 reprend ces deux termes et y ajoute les qualificatifs excessive, abusive ou exorbitante appliqués à l'obligation du consommateur. L'origine des textes révèle une différence notable entre les définitions des lois de 1971 et de 1978. La première, article 118, mettait deux conditions *cumulatives* à la lésion : l'exploitation de l'inexpérience et la disproportion considérable. La seconde loi, article 8, a conservé le terme exploitation (amputé de l'inexpérience) pour définir la disproportion considérable et a ajouté, à titre *alternatif* cette fois, une seconde branche à la définition de la lésion : les trois qualificatifs excessive, abusive ou exorbitante empruntés à l'article 1040c C.c.

Ces variations législatives sur le thème de la lésion créent une ambiguïté qui pourrait facilement être levée en supprimant le mot exploitation à l'article 1449 et le mot lésion à l'article 2722.

À l'article 1449, le mot exploitation est une expression maladroitement empruntée par la loi de 1978 à celle de 1971. Cet emprunt n'a plus de raison d'être dans l'Avant-projet de 1987 : le terme exploitation a été utilisé par le législateur à une époque où l'article 1012 C.c. empêchait de parler ouvertement

16. 2722. Le consentement du consommateur peut être vicié par la lésion non seulement lorsque celle-ci résulte de son exploitation par le professionnel et entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties, mais aussi lorsque son obligation est excessive, abusive ou exorbitante.

de lésion entre majeurs. Aujourd'hui, l'article 1449 lève le tabou sur la lésion. Celle-ci se définit en droit civil par la notion de disproportion, qui suffit à elle-seule à l'article 1449.

Le mot « exploitation » pourrait en revanche servir à définir l'institution de l'article 2722 qui, avec ses deux branches de l'alternative, dépasse de beaucoup la notion classique de lésion en droit civil, dès lors déplacée à cet article. Le mot « lésion » pourrait avantageusement disparaître du texte de 2722 qui pourrait se lire ainsi :

2722. Le consentement du consommateur peut être vicié non seulement lorsque l'exploitation de son inexpérience par le professionnel entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties, mais aussi lorsque cette exploitation aboutit à rendre l'obligation du consommateur excessive, abusive ou exorbitante.

Parallèlement, on pourrait faire l'économie du mot exploitation à l'article 1449, qui devrait être ramenée à un seul alinéa où le qualificatif considérable pourrait remplacer le mot important pour éviter une ouverture exagérée de la sanction qui serait nuisible à la sécurité du commerce juridique :

1449. La lésion vicie le consentement lorsqu'elle entraîne une disproportion considérable entre les prestations des parties.

2.3. Les clauses abusives

L'ambiguïté du mot lésion dans l'*Avant-projet de 1987* se retrouve dans la définition de clause abusive à l'article 1484¹⁷. L'emploi du qualificatif « excessif » renvoie à l'article 2722, plus précisément à la seconde branche de l'alternative : « mais aussi lorsque son obligation est excessive, abusive et exorbitante », qui est justement absente de l'article 1449. Aussi l'article 1484 introduit-il une communication entre les titres premier et troisième du Livre cinquième. Les notions de « désavantage » (excessif) « déraisonnable » et d'« attentes légitimes » sont floues à souhait. Les juges sont appelés en réalité à forger le nouveau droit des contrats à l'aide de standards. Cette section du chapitre des contrats ne comporte pas de règles proprement dites ; elle énonce seulement les principes de base du libéralisme économique. On cherche en

17. **1484.** La clause abusive d'un contrat d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en naît, réductible.

Est abusive une clause qui, dans l'exécution du contrat, désavantage l'une des parties d'une manière excessive et déraisonnable 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 la réglementation légale qu'elle dénature celui-ci.

vain une adaptation quelconque aux conditions économiques actuelles, en matière de concentration des entreprises notamment.

La réserve de l'Avant-projet de 1987 en la matière n'est pas seulement visible dans le caractère pointillé des dispositions qu'il édicte. Elle se remarque aussi par ses silences sur des questions contemporaines pressantes comme les clauses monétaires. La théorie de l'imprévision timidement proposée par l'Office de révision du Code civil est entièrement ignorée par l'Avant-projet de 1987. Concurrence oblige.

Pourtant il n'y a plus d'un rédacteur de contrat digne de ce nom qui oublie aujourd'hui d'insérer des clauses de révision dans un contrat de longue durée ou simplement à exécution successive. Le silence de l'Avant-projet de 1987 n'est nullement rompu à ce sujet par les formules vagues de l'article 1484. Quel est alors le résultat prévisible de cette abstention sinon de pénaliser le client du conseiller juridique qui n'a pas comblé par lui-même les lacunes de l'enseignement juridique officiel concernant les aspects économiques et monétaires du droit des obligations¹⁸? Pourquoi dans ces conditions ne pas donner au juge un moyen de pallier cette éventualité? C'est toute une dimension du droit des obligations qui est absente de cet Avant-projet de 1987.

2.3.1. Les clauses abusives en matière de peine privée

Dans un autre domaine connexe de la lésion, l'article 1674, alinéa 2¹⁹ propose de prohiber la réduction du montant de la peine stipulée dans une clause pénale. La proposition de 1135 al. 2 C.c.²⁰ est apparemment renversée. En réalité, le changement apporté par l'article 1674 à l'article 1135 C.c. n'est pas aussi radical. Ce dernier article pose le principe de l'absence de réduction sauf dans un cas, qu'il est loisible au créancier d'éliminer. L'article 1674

18. À propos de l'interdiction de « clauses-or » un auteur dit « Ces clauses sont jugées contraires à l'ordre public en ce qu'elles tendent à saper la confiance générale dans la stabilité de la monnaie nationale... » J.-L. BAUDOUIN, *Les Obligations*, Cowansville, Y. Blais, 1983, n° 634; Cf. J. PINEAU et D. BURMAN, *Théorie des obligations*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 1988, n° 234.

19. 1674. Le créancier qui se prévaut de la clause pénale a droit au montant de la peine stipulée sans avoir à prouver le préjudice qu'il a subi.

Cependant, le montant de la peine stipulée peut être réduit si l'exécution partielle de l'obligation a profité au créancier ou si la clause est abusive.

20. 1135. [Le 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 complète soit de peu d'importance, la peine peut être réduite, à moins qu'il n'y ait une convention spéciale au contraire].

commence par réaffirmer le principe de responsabilité sans préjudice, au profit du créancier. Il prévoit ensuite la possibilité de réduire le montant de la peine en cas d'exécution partielle ou si la clause est abusive. Cette dernière est définie de la manière qu'on a vue, à l'article 1484, qui renvoie au régime général de la nullité et de la réduction. Noter que l'article 1484 sur la clause abusive est dans le paragraphe qui réaffirme la liberté contractuelle (1480). Le changement réalisé par l'article 1674 par rapport à l'article 1135 C.c. se réduit à l'introduction du standard très large de la clause abusive qui n'est assorti d'aucune sanction particulière.

Le droit comparé offre là encore une autre solution beaucoup plus efficace. La Loi française du 8 janvier 1988, article 6, permet aux associations de consommateurs agréées de demander à la juridiction civile d'ordonner la suppression des clauses abusives dans les modèles de conventions habituellement proposées par les professionnels aux consommateurs ²¹.

2.3.3. Les clauses abusives en regard du droit privé fédéral

Un autre article concernant les clauses abusives appelle une remarque inspirée d'une considération opposée à celle qui vient d'être exprimée au sujet de l'article 1674. L'article 1532, alinéa 2 ²² confère une protection totale à la victime d'un préjudice corporel, en prohibant toute clause exclusive ou même seulement limitative de responsabilité. Cette disposition va à l'encontre de la *Loi sur le transport aérien* ²³ qui étend aux vols intérieurs (domestiques) le régime de la *Convention de Varsovie* prévoyant une limite de responsabilité du transporteur aérien international. Il y a là un manque de coordination avec la législation fédérale.

Dans le même ordre d'idées, en matière de transport maritime de marchandises, le célèbre arrêt ITO ²⁴ a admis la validité de la clause « Himalaya ».

21. G. VINEY, *Traité de droit civil*, Les Obligations, la responsabilité : effets, L.G.D.G., Paris, 1988, n° 191, p. 262 (modification).

22. **1532.** Une personne ne peut exclure ou limiter son obligation de réparer le préjudice qu'elle cause à autrui par sa faute intentionnelle, non plus que par sa faute lourde, soit celle qui dénote, de sa part, un comportement irréfléchi ou une imprudence ou une négligence grossière.

Elle ne peut, non plus, exclure ou limiter son obligation de réparer le préjudice corporel ou moral qu'elle cause à autrui.

23. S.R.C. 1970, c. C-14, art. 2 et 4.

24. *I.T.O. c. Miida Electronics*, (1986) 1 R.C.S. 752, commenté par H.P. GLENN, (1987) 66 R. du B. Can. 360.

L'article 2143²⁵ rend la clause inopposable au chargeur et au destinataire. Est-il réaliste de prendre ainsi le parti contraire à celui retenu par la communauté internationale des transporteurs maritimes et entériné par la Cour suprême du Canada ? La motivation de la Cour a pu surprendre, mais la solution est imposée par un marché dominé par les transporteurs. Croit-on vraiment que le Code civil du Québec soit le forum approprié pour un tel affrontement ? Quelles seront les conséquences pratiques d'une telle disposition pour le port de Montréal ? C'est la même logique de l'économie mondiale qui nous fait comprendre sinon accepter le rejet de la théorie de l'imprévision, retenue par l'O.R.C.C. mais abandonnée par l'Avant-projet de 1987.

3. Les lacunes concernant le paiement de l'obligation monétaire par transfert électronique de fonds (T.E.F.)

3.1. Le nominalisme monétaire, un principe à endurer, non à proclamer

L'article 1622²⁶ réaffirme le principe fondamental du nominalisme monétaire jusque-là énoncé au détour d'un article relatif au prêt en argent (1779 C.c., devenu 2399)²⁷. La règle est élevée au rang de disposition générale. C'est tout le changement.

La méthode législative est la même que celle qui fait passer le principe de bonne foi d'une disposition perdue au milieu de la prescription (2202 C.c.) au niveau de disposition générale (Projet de loi 20, art. 6 et Avant-projet de 1987 art. 1419). L'abus de droit connaît la même promotion (Projet de loi 20, art. 7).

Autant la proclamation du principe de bonne foi et la condamnation de son contraire, l'abus de droit, feront l'unanimité, comme la vertu, autant le

25. **2143.** Est inopposable au chargeur et au destinataire, toute clause ayant pour objet ou pour effet de dégager l'entrepreneur de manutention de sa responsabilité, de renverser le fardeau de la preuve qui lui incombe, de limiter sa responsabilité à une somme inférieure à celle fixée par règlement, ou de lui céder le bénéfice d'une assurance du bien.

26. **1622.** Le débiteur d'une somme d'argent est libéré par la remise au créancier de la somme numérique prévue, en monnaie ayant cours légal au temps du paiement.
Il est aussi libéré par la remise de la somme prévue au moyen d'un mandat postal ou d'un chèque fait à l'ordre du créancier et certifié par une banque ou une autre institution financière faisant affaires au Québec, ou, encore, par la présentation d'une carte de crédit ou autre instrument de paiement similaire, ou par l'utilisation de tout autre mode de paiement faisant appel à un système de transfert électronique de fonds, lorsque le créancier est en mesure de l'accepter.

27. **2399.** L'emprunteur d'une somme d'argent n'est tenu de rendre que la somme numérique reçue, malgré toute variation de valeur du numéraire.

rappel du principe du nominalisme monétaire surprend par le son fêlé que rend cette cloche-là dans le carillon international de la débandade des monnaies (sauf celles des deux « perdants » de la seconde guerre mondiale) : D.T.S., serpent monétaire européen, taux variables, dépréciation, dévaluation, inflation se comptant non plus en centaines mais en milliers de points dans certains pays du tiers et du quart-monde, autant de réalités aveuglantes inaperçues, semble-t-il, par les auteurs de cet article 1622. Non qu'il faille ignorer ce principe-là : il est aussi fondamental que la composition chimique de l'air. Mais il est aussi faible que l'air de Mexico est pollué. Aussi l'opportunité de le proclamer est-elle douteuse.

C'est tout au plus un principe jugé indéménageable dans l'état actuel des choses. On doit l'endurer parce qu'on n'a pas encore trouvé mieux. Mais est-il nécessaire de proclamer ainsi un principe usé à la corde, auquel on reste accroché faute de mieux ? On aurait pu tout aussi bien le passer sous silence ou le laisser là où il était. Le fait de le verbaliser comme principe fondamental est une profession de foi dans un système archaïque en voie de mutation profonde. C'est précisément cette attitude prospective qu'on ne trouve nulle part dans cet Avant-projet de 1987 et c'est son vice fondamental : il est tourné vers le passé. Il n'ouvre aucune perspective sur le droit du XXI^e siècle. Il ressasse le XIX^e siècle.

Ce souci de l'avenir est cruellement absent de l'alinéa 2 de cet article 1622, qui constitue à notre avis la disposition la plus faible de cet Avant-projet de 1987, à la fois par ce qu'elle dit et par ce qu'elle omet de dire.

3.2. Les générations de cartes : du crédit au débit

L'article 1622, alinéa 2 dispose que le débiteur est libéré aussi par la remise de la somme prévue au moyen d'un mandat postal ou d'un chèque certifié. Techniquement, en effet, ce n'est pas la remise d'un chèque même certifié qui constitue juridiquement un paiement, c'est l'encaissement de la somme prévue, par le créancier.

La suite de l'article, si on la comprend bien, apporte du nouveau. « Il (le débiteur) est aussi libéré (...) ou encore par la présentation d'une carte de crédit ou autre instrument similaire ». Est-ce à dire que le paiement intervient au moment de la présentation de la carte de crédit, même acceptée après vérification auprès de la centrale de crédit ? Certainement pas dans la pratique actuelle.

On semble ignorer ici le mécanisme élémentaire de la carte de crédit dans sa forme présente. N'y a-t-il pas là un lapsus de taille ? Ne vise-t-on pas la carte de débit ? Cette carte de la nouvelle génération n'est pas en usage au Québec. Elle suppose la mise en place d'un système électronique de transfert de fonds

(T.E.F.) qui n'est pas encore utilisé. Il en est question à la fin de ce projet d'article comme d'une entité distincte : « Il (le débiteur) est aussi libéré (...) ou par l'utilisation de tout autre mode de paiement faisant appel à un système de transfert électronique de fonds, lorsque le *créancier* est en mesure de l'accepter ». Cette disposition de droit civil-fiction est extravagante. On suggère au législateur de déléguer au créancier la décision du moment et des modalités selon lesquels le T.E.F. entrera en vigueur. Alors que le monde financier et des affaires est en train de vivre une révolution majeure entraînée par l'apparition des technologies électroniques, voilà un législateur à qui l'on souffle de s'en remettre exclusivement aux institutions qui ont pignon sur l'Avenue McGill College, Bay Street et ailleurs, pour décider du sort des payeurs au Québec.

Pourtant, avant d'en arriver à la mise en place du T.E.F., il reste un certain nombre de problèmes à résoudre qu'il appartient aux pouvoirs publics provinciaux de décider, même dans la philosophie la plus « libérale ». La détermination du moment effectif et précis du paiement, la révocabilité et la réversibilité du transfert de fonds et sa définition même (question capitale en regard de la garantie du fabricant, du distributeur et du vendeur), autant de problèmes dont l'Avant-projet de 1987 ne souffle mot.

Les problèmes de preuve soulevés par la voie électronique font l'objet d'une brève section intitulée « Des enregistrements informatisés », dans le dernier Avant-projet de loi de réforme du Code civil²⁸. Le document reproduisant les données d'un acte juridique enregistrées sur « support informatique » fait preuve du contenu de l'acte à condition d'être « intelligible » et de présenter des « garanties suffisamment sérieuses pour qu'on puisse s'y fier ». Ces garanties sont définies par le qualificatif « systématique » et par les idées d'absence de lacune et de protection contre toute altération. Il est notoire que cette dernière exigence est loin d'être réalisée par le système bancaire à l'heure actuelle.

3.3. Les tenants et aboutissants financiers du paiement des obligations monétaires

En arrière plan législatif de cette esquisse de réforme, il est utile de rappeler qu'en 1980²⁹, l'*Association des banquiers canadiens* a été transformée par une loi fédérale en une *Association canadienne des paiements*. Cette nouvelle Association, qui n'est pas mandataire de « Sa Majesté », est composée

28. *Avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit de la preuve et de la prescription et du droit international privé*, Éditeur officiel, 1988, articles 3015 à 3017.

29. *Loi de 1980 remaniant la législation bancaire*, S.C. 1980, c. 40, art. 54 à 58.

de banques, banques d'épargne et autres institutions financières qui en font la demande. Un point c'est tout. Elle a pour objet « d'établir et de mettre en œuvre un système national de compensation et de règlement et de planifier le développement du système national de paiement ». L'article 1622 est donc dans le droit fil de cette législation fédérale (relative sauf erreur à *property and civil rights*) qui s'en remet à une Association privée pour régler le sort financier des consommateurs canadiens à l'ère électronique.

Conclusion

Le projecteur dirigé sur les faiblesses de l'Avant-projet de 1987 ne doit pas mener à son rejet mais à sa modification au stade du Projet de loi. Bien des dispositions nouvelles et intéressantes n'ont pas été évoquées ici : la garantie du fabricant³⁰, le nouveau chapitre sur la restitution des prestations³¹, etc. Le rôle critique de la doctrine consiste à aller au plus pressé. Ce qui compte, c'est la rectification de ce que l'on considère comme erroné ; ce n'est pas l'encensement rituel, qui est la cause de la perduration des vices du système que tout le monde voit mais s'abstient de dénoncer par opportunisme individuel. Ceci dit, le travail représenté par cet Avant-projet de 1987 mérite le plus grand respect pour ses auteurs qui ont tenu la plume dirigée par la « main invisible » d'Adam Smith. Le libéralisme dans la forme qu'il a prise avec Locke il y a trois cents ans est toujours aussi vivace. Certains s'en réjouiront. On ne peut quant à nous manquer de regretter qu'une aussi grosse réforme aboutisse à un résultat aussi peu en rapport avec les besoins économiques et monétaires de l'ensemble de la population.

30. Articles 1526 et 1527 ; mais l'article 1528 al. 2 de l'Avant-projet de 1987 constitue une grave régression par rapport à 1527 al. 2 C.c. tel qu'interprété par la jurisprudence.

31. Articles 1746 à 1755.