

Les Cahiers de droit

Prospective générale

Pierre-Gabriel Jobin



Volume 30, Number 3, 1989

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042963ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042963ar>

[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

Jobin, P.-G. (1989). Prospective générale. *Les Cahiers de droit*, 30(3), 557–586.
<https://doi.org/10.7202/042963ar>

Article abstract

The author gives an overview of what the law of obligations will become if the draft bill on obligations is enacted as it stands today. The interpretation of private law will be made easier by a better integration of the sources of the law, but at the same time, it will be made more difficult by the poor drafting of several provisions. Regulations will continue to complement the Civil Code.

Public order already occupies a relatively important position in some areas of private law. Pursuing this trend, public order will make a major step forward under the draft bill, to the point where it will no longer be possible to consider autonomy of the will as the primary basic principle of the law of contracts.

Despite some rules having the opposite effect, security of juridical relations will generally be reduced by measures implementing policies of protection against hardship, protection of consent in contracts and protection against harsh contract practices.

Finally, the role of the courts will be considerably extended. Under the draft bill, they will be given important powers of revision of contracts and discretion in the application of a great many rules.

La réforme du droit des obligations

Prospective générale

Pierre-Gabriel JOBIN *

L'auteur donne une vue générale de ce que deviendra le droit des obligations si l'Avant-projet de Loi sur les obligations est adopté tel qu'il se présente maintenant. L'interprétation du droit privé sera facilitée par une meilleure intégration des sources du droit, mais elle sera à la fois rendue plus difficile par la rédaction boiteuse de plusieurs dispositions. La réglementation continuera à jouer un rôle complémentaire à celui du Code civil.

L'ordre public occupe déjà une place assez importante dans quelques secteurs du droit privé. Poursuivant cette évolution, l'Avant-projet va faire faire un bond en avant à l'ordre public, au point que l'autonomie de la volonté ne pourra plus être considérée comme le premier principe fondamental du droit des contrats.

Malgré certaines règles visant à renforcer la sécurité des rapports juridiques, celle-ci sera, de façon générale, affaiblie par des mesures véhiculant des politiques de protection contre le hardship, de protection du consentement dans le contrat et de protection contre les pratiques contractuelles abusives.

Enfin, le rôle des tribunaux sera considérablement élargi. L'Avant-projet leur attribuera d'importants pouvoirs de révision du contrat et une discrétion dans l'application de fort nombreuses règles.

The author gives an overview of what the law of obligations will become if the draft bill on obligations is enacted as it stands today. The interpretation of private law will be made easier by a better integration of the sources of the law, but at the same time, it will be made more difficult by the poor drafting of several provisions. Regulations will continue to complement the Civil Code.

* Professeur à l'Université McGill. L'auteur remercie son assistante de recherche, M^{me} Nathalie Vézina.

Public order already occupies a relatively important position in some areas of private law. Pursuing this trend, public order will make a major step forward under the draft bill, to the point where it will no longer be possible to consider autonomy of the will as the primary basic principle of the law of contracts.

Despite some rules having the opposite effect, security of juridical relations will generally be reduced by measures implementing policies of protection against hardship, protection of consent in contracts and protection against harsh contract practices.

Finally, the role of the courts will be considerably extended. Under the draft bill, they will be given important powers of revision of contracts and discretion in the application of a great many rules.

	<i>Pages</i>
1. Les sources du droit privé	561
1.1. L'unification des sources du droit	561
1.2. Le rôle complémentaire de la réglementation	563
1.3. La formulation des règles	565
2. L'ordre public	566
2.1. L'ordre public moral	567
2.2. L'ordre public économique et social de protection	569
2.2.1. Les conditions de validité du contrat	570
2.2.2. Les mentions obligatoires dans le contrat	571
2.2.3. La remise d'un document à la formation du contrat	571
2.2.4. Les pratiques contractuelles abusives	572
2.2.5. Les obligations contractuelles minimales	574
2.2.6. L'avertissement du débiteur lors de la violation du contrat	575
2.3. Le nouveau rôle de l'ordre public	576
3. La stabilité des rapports juridiques	578
3.1. L'affaiblissement de la stabilité des rapports juridiques	578
3.1.1. La protection contre le <i>hardship</i>	578
3.1.2. La protection du consentement au contrat	579
3.1.3. La protection contre les pratiques contractuelles abusives	580
3.2. Le renforcement de la stabilité des rapports juridiques	581
4. Le rôle des tribunaux	582
4.1. La révision du contrat	582
4.2. La discrétion dans l'application des règles	584
Conclusion	585

À la lecture de l'Avant-projet de Loi sur le droit des obligations¹, il est naturel et légitime de s'interroger sur ce que deviendra cette partie fondamentale du droit privé. Si l'Avant-projet était adopté tel qu'il nous est présenté aujourd'hui, le droit commun des contrats, de la responsabilité extracontractuelle, des quasi-contrats et des contrats nommés serait-il profondément modifié? Quels sont les phénomènes juridiques qu'entraînera la réforme et qui obligeront juges, professeurs, avocats et notaires à s'adapter à ce nouveau contexte dans lequel ils travailleront?

Avant de tenter de répondre à ces questions, il faut souligner que la réforme proposée dans l'Avant-projet ne vient pas opérer un bouleversement du droit actuel. Elle comporte une part importante de continuité avec le droit d'aujourd'hui. Dans une multitude de cas, les règles et les institutions que nous connaissons resteront substantiellement les mêmes. Quant à celles qui feront apparition dans le nouveau Code, un certain nombre ne seront pas des nouveautés en droit privé québécois.

Que l'on considère d'abord les contrats nommés. La « création » de certains nouveaux contrats nommés, en réalité, ne correspond pas à l'arrivée en droit privé de nouvelles institutions. Cela est particulièrement vrai du contrat de consommation, qui passera d'une loi particulière au Code civil², et de la donation entre vifs, qui passera du chapitre du Code civil sur les donations entre vifs et à cause de mort au chapitre des contrats nommés³.

Certes, la réforme apportera des innovations (notamment la société en participation, l'association, le contrat de services, le contrat de manutention de marchandises⁴); il y a d'autres contrats sur lesquels le Code actuel est embryonnaire et qui font l'objet de plusieurs dispositions dans l'Avant-projet (le crédit-bail, l'affrètement coque-nue, le transport de passagers⁵). Mais il s'agit généralement de contrats qui correspondent à des pratiques commerciales connues et qui même, assez souvent, font déjà l'objet de la jurisprudence.

Il faut mentionner aussi la codification de plusieurs règles sur l'enrichissement sans cause⁶. Présentement, comme on le sait, ce quasi-contrat est la création exclusive de la jurisprudence⁷. Dans son ensemble, le tableau des institutions du nouveau Code sera donc familier.

-
1. *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, Avant-projet de Loi, Assemblée nationale, 1^{re} session, 33^e législature, 1987, ci-après désigné comme « l'Avant-projet ».
 2. Art. 2717 s. de l'Avant-projet; *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q. c. P-40.1.
 3. Art. 1865 s. de l'Avant-projet; art. 754 s. C.C.B.C.
 4. Art. 2139 s., 2158 s., 2310 s. et 2336 s. de l'Avant-projet.
 5. Art. 1903 s., 2063 s. et 2095 s. de l'Avant-projet; art. 1603, 1673, 2391 et 2461 s. C.C.B.C.
 6. Art. 1651 s. de l'Avant-projet.
 7. Notamment, *Cie immobilière Viger c. Lauréat Giguère inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67.

Il y aura également continuité entre le droit actuel et le nouveau droit du fait de la codification d'un grand nombre de règles jurisprudentielles. Ainsi, le dol pourra résulter du silence ou de la réticence du cocontractant⁸; la clause exonératoire ou limitative de responsabilité n'aura pas d'effet contre une faute intentionnelle ou une faute lourde⁹; les droits créés par un contrat et qui sont accessoires du bien faisant l'objet de ce contrat seront transmis par l'effet de la loi aux ayants cause à titre particulier¹⁰. On peut mentionner encore : l'exception d'inexécution¹¹, la responsabilité du fabricant pour un vice touchant la sécurité et pour le danger inhérent au bien¹², l'obligation de sécurité de l'employeur vis-à-vis son employé¹³.

Une autre forme de continuité, entre le droit actuel et celui de demain, viendra de la présence dans le Code de règles qui vont clarifier la jurisprudence incertaine. La solidarité imparfaite en est l'exemple typique¹⁴.

La codification de certaines règles jurisprudentielles est une heureuse initiative. Inscrite dans un texte de loi, la règle elle-même et son régime juridique acquièrent certitude et stabilité : désormais, on n'aura plus à craindre un revirement de jurisprudence qui viendrait remettre en question la règle ou son régime juridique.

Le nouveau *Code civil du Québec* aura donc un certain air de familiarité ; il ne sera pas difficile de s'y retrouver. Mais ce n'est pas dire qu'il constituera

-
8. Art. 1445 de l'Avant-projet. Notamment, *Rouleau c. La Canardière auto inc.*, [1978] C.S. 1105; *Lesage c. La Canardière Datsun ltée*, [1974] R.L. 385 (C.P.).
 9. Art. 1532, al. 1, de l'Avant-projet. Notamment, *Ceres Stevedoring Co. c. Eisen Und Metall*, [1977] C.A. 56. J.-L. BAUDOIN, *Les obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1983, n° 764, p. 430, et jurisprudence citée.
 10. Art. 1500 de l'Avant-projet. Notamment, *General Motors Products of Canada Ltd. c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790. P.-G. JOBIN, « Que restera-t-il de l'arrêt Kravitz? », (1980) 40 *R. du B.* 493, et jurisprudence citée.
 11. Art. 1493 et 1494 de l'Avant-projet. Principalement, *Lebel c. Commissaires d'écoles pour la municipalité de Montmorency*, [1955] R.C.S. 298. J.-L. BAUDOIN, *supra*, note 9, nos 443 s., p. 260 s., et jurisprudence citée.
 12. Art. 1526 à 1528 et 1531 de l'Avant-projet. Notamment, *Cohen c. Coca-Cola Ltd.*, [1967] R.C.S. 469; *Trudel c. Clairol Inc.*, [1975] 2 R.C.S. 236; *Royal Industries Inc. c. Jones*, [1979] C.A. 561. P. LEGRAND jr., « Pour une théorie de l'obligation de renseignement du fabricant en droit civil canadien », (1981) 26 *R. de d. McGill* 207; J.-L. BAUDOIN, « La responsabilité civile du fabricant en droit québécois », (1977) 8 *R.D.U.S.* 1, et jurisprudence citée dans ces articles.
 13. Art. 2145 de l'Avant-projet. Notamment, *Veilleux c. Abitibi Paper Co.*, [1978] 2 R.C.S. 852. G. DURRY, *La distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Université McGill, 1986, nos 150 à 152, p. 118 et 119.
 14. Art. 1584 et 1585 de l'Avant-projet. Notamment, *Bilodeau c. A. Bergeron et fils ltée*, [1975] 2 R.C.S. 345.

une réplique du Code actuel : la réforme va opérer certains changements majeurs. Certes, quelques politiques législatives seront renforcées, telle la protection du consentement, et de nouvelles politiques seront adoptées, comme la protection contre le *hardship*¹⁵. Mais, de façon plus générale, l'attention est retenue par divers phénomènes qui se manifesteront dans le droit civil. Ces phénomènes touchent principalement quatre aspects du droit des obligations : les sources du droit privé, l'ordre public, la stabilité des rapports juridiques et le rôle des tribunaux. Il serait exagéré d'affirmer que notre droit civil subira un bouleversement. Ces phénomènes, cependant, sont à ce point significatifs qu'ils entraîneront des changements très appréciables dans le droit civil et dans sa pratique quotidienne.

1. Les sources du droit privé

En ce qui concerne les sources du droit privé, trois constatations doivent être faites : le souci de leur unification, le rôle complémentaire du Code civil et de la réglementation, rôle appelé à devenir plus important, et finalement des problèmes de formulation des dispositions.

1.1. L'unification des sources du droit

En ce qui concerne l'unification des sources du droit, il faut d'abord saluer les importantes initiatives prises à ce sujet. Il y a en premier lieu la disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, qui a été adoptée en 1987 mais qui n'est pas encore en vigueur, et dont le texte remarquable mérite d'être cité au long :

Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens. Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au Code ou y déroger.¹⁶

Si cette disposition est utilisée à bon escient par les juges, les arbitres et les auteurs, elle sera un facteur de premier ordre dans l'interprétation des règles de droit privé placées hors du Code civil.

15. Voir P.-G. JOBIN, « Chronique de droit civil québécois », (1989) 88 *Rev. trim. dr. civ.* (à paraître).

16. *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, L.Q. 1987, c. 18, disposition préliminaire.

Il faut se réjouir aussi du transfert dans le Code civil des règles de droit privé qui se trouvent présentement dans la *Loi sur la protection du consommateur*¹⁷. Cette intégration dans le Code civil favorisera une juste interprétation qui tiendra compte du lien intrinsèque entre les règles propres au contrat de consommation et les règles générales des obligations et du droit commun des contrats nommés. Cette interprétation du droit de la consommation fait d'ailleurs l'objet d'une disposition expresse et spécifique du projet¹⁸. Les règles du droit de la consommation ne pourront plus être considérées comme entièrement autonomes et étrangères au droit commun des obligations¹⁹, comme cela arrive parfois²⁰. De plus, les tribunaux ont sans doute tendance à trop restreindre le domaine d'application d'une loi particulière de droit privé, comme celle-ci, afin de préserver le caractère prééminent du Code civil²¹; l'insertion du droit de la consommation dans le Code favorisera une meilleure interprétation des règles sur son domaine d'application.

L'intégration au Code civil de pans entiers de la *Loi sur la protection du consommateur* fait renaître une controverse qui, au Québec même, compte déjà plusieurs années²². Pour notre part, nous estimons que, à notre époque, un code civil ne doit plus être un recueil de règles générales et immuables dont l'adaptation aux circonstances changeantes est laissée entièrement aux tribunaux. Il faut dépasser l'ancienne tradition selon laquelle on ne devrait jamais toucher au Code civil ou, s'il fallait le modifier parfois, on ne procéderait qu'avec d'infinies précautions — donc, de longs délais — afin de ne porter aucune atteinte à sa cohérence.

En plus des principes et règles générales, un code civil doit comprendre des règles visant des problèmes relativement spécifiques. Contrairement à la situation qui prévalait lors de la codification de 1866 et dans la première

-
17. Art. 2717 s. de l'Avant-projet de Loi. *Loi sur la protection du consommateur*, *supra*, note 2. M. TANCELIN, « La mesure des principaux changements proposés en matière contractuelle », (1988) 29 C. de D. 865, p. 869 et 870; N. L'HEUREUX, « La protection du consommateur », (1988) 29 C. de D. 1083, p. 1086 et 1087. *Contra*, S. NORMAND, « Le Code et la protection du consommateur », (1988) 29 C. de D. 1063, p. 1078 à 1080.
 18. Art. 2718 de l'Avant-projet, lequel dispose qu'un contrat de consommation est assujéti aux art. 2717 s. et aussi, dans la mesure où elles sont conciliables, aux règles de la théorie générale des obligations et à celles des contrats nommés.
 19. N. L'HEUREUX, *supra*, note 17, p. 1086 et 1087.
 20. Notamment, *Leclair c. Markowski*, [1978] C.S. 1132; *Water Matic Canada Inc. c. Gauthier*, [1976] C.P. 111; *Lajoie c. Bonaventure Ford Sales Ltd.*, [1974] C.S. 53.
 21. S. NORMAND, *supra*, note 17, p. 1077 et 1078, et jurisprudence citée.
 22. Notamment, P.-A. CRÉPEAU, S. LITVINOFF, R. HERSBERGEN et G. LEVAN, « Intégration ou non-intégration du droit de la consommation au Code civil », (1979) 10 R.G.D. 13. Comparer A. TUNC, « La méthode du droit civil: analyse des conceptions françaises », (1975) 27 R.I.D. Comp. 817.

moitié du XX^e siècle, nous sommes à une époque où, assez fréquemment, surgissent de nouveaux problèmes, se créent de nouvelles pratiques commerciales, apparaissent de nouvelles tentatives de fraude à la loi et se forment des consensus différents dans la société. La législation sectorielle est devenue une nécessité et elle doit être ajustée régulièrement aux changements de société.

Afin d'éviter les erreurs d'interprétation d'une législation sectorielle placée dans une loi particulière, le Code civil doit donc inclure certains blocs importants de règles de droit privé qui visent des secteurs particuliers de l'activité; en contrepartie, il doit être modifié plus souvent qu'autrefois et l'on doit veiller à bien articuler les principes, d'une part, et leurs modalités particulières et leurs exceptions, d'autre part. C'est d'ailleurs un phénomène dont nous sommes témoins au Québec depuis quelque temps. Le transfert, d'une loi particulière au Code civil, d'une grande partie du droit sur le louage résidentiel en est l'exemple typique²³. Ce changement de style de législation se heurte à la tradition civiliste séculaire. Mais va-t-on s'accrocher aveuglément à la tradition? À notre avis, les avantages d'intégrer dans le Code les principaux blocs de règles sectorielles l'emportent sur les inconvénients inhérents à cet exercice législatif.

On peut se demander si le gouvernement n'aurait pas pu faire une œuvre plus complète d'intégration des sources du droit privé dans le Code civil. La réforme qui nous est proposée aujourd'hui laissera hors du Code civil quelques séries de règles qui constituent essentiellement du droit privé. À ce sujet, on songe en particulier aux dispositions de la *Loi sur l'assurance automobile* concernant la responsabilité pour le dommage causé aux biens²⁴: malgré la présence de fortes présomptions, il s'agit là d'un régime qui se rattache au régime général de la responsabilité fondée sur la faute. Ces dispositions devraient être « rapatriées » dans le Code.

1.2. Le rôle complémentaire de la réglementation

D'une manière assez paradoxale, à côté de ce mouvement d'unification du droit privé, on peut observer un phénomène qui paraît aller en sens contraire. Depuis un certain temps, le législateur ne se contente pas d'adopter des règles plus ou moins générales dont l'application serait laissée aux tribunaux. Dans certains cas, cette méthode a conduit à la prolifération des

23. *Loi instituant la Régie du logement et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1979, c. 48, L.R.Q. c. R-8.1; *Loi concernant la Régie des loyers*, L.Q. 1950-51, c. 20, devenue *Loi pour favoriser la conciliation entre locataires et propriétaires*, L.R.Q. c. C-50.

24. *Loi sur l'assurance automobile*, L.R.Q. c. A-25, art. 108 à 121.

litiges, dont l'utilité sociale est très contestable. Le législateur veut maintenant prescrire, parfois par le petit détail, les solutions qu'il adopte à certains problèmes. Le contenu des avis d'augmentation de loyer, dans le louage résidentiel, en est un exemple²⁵.

Pour éviter que le Code ne soit encombré de dispositions très particulières et, pour certaines, appelées à être modifiées souvent, le législateur québécois s'est mis à déléguer parfois au gouvernement le pouvoir de fixer par règlement les modalités particulières des règles du Code civil, comme il l'a toujours fait pour des lois particulières. C'est le cas notamment pour le taux d'intérêt servant à calculer l'indemnité additionnelle au taux légal, dans la condamnation au paiement d'une somme d'argent, pour les critères utilisés pour déterminer une augmentation de loyer dans le louage résidentiel, et, du moins jusqu'à maintenant, pour le contenu d'une police d'assurance contre l'incendie²⁶.

La réglementation est donc appelée, depuis un certain temps, à jouer un rôle complémentaire au Code civil²⁷. La vocation d'un code civil à être la source première du droit privé n'est pas incompatible avec l'existence, hors du code, de règles très particulières qui le complètent. Ce phénomène est appelé à devenir plus important dans l'avenir.

Cette importance accrue de la réglementation résultera d'abord du transfert dans le Code civil d'un grand nombre de dispositions de la *Loi sur la protection du consommateur*²⁸. À cet égard, la réforme n'apporte donc pas de changement de fond dans le droit privé. Toutefois, d'autres cas de réglementation sont prévus et constituent véritablement des innovations : par exemple, la détermination du taux d'actualisation du capital pour l'achat d'une rente, dans le calcul des dommages-intérêts, le contenu du contrat de travail au-delà des prescriptions du Code civil, les modalités des avis entre locateur et locataire dans le louage résidentiel et le plafond de la responsabilité de l'entrepreneur de manutention²⁹.

Le départage entre les règles qui doivent figurer dans un code et celles qui ont leur place dans un règlement peut être délicat. À notre avis, le Code civil, voté par la législature, doit contenir tous les principes, toutes les règles qui véhiculent des politiques et toutes les modalités qui sont d'une importance

25. Art. 2003 de l'Avant-projet ; art. 1658.1 C.C.B.C.

26. Art. 1671 et 2013 de l'Avant-projet ; art. 1056c, 1078.1, 1658.15, 1658.17 et 2599 C.C.B.C. D'autres exemples peuvent être donnés : art. 1954, 1956, 1973, 1980, 2027, 2050 et 2052 de l'Avant-projet ; art. 1651.1, 1651.2, 1652.2, 1652.4, 1652.5, 1660.3, 1662.10 et 1663 C.C.B.C.

27. En France, cette complémentarité et le partage des fonctions de la loi et la réglementation sont consacrés par la constitution : A. TUNC, *supra*, note 22, p. 820.

28. Art. 2718, 2817, 2828, 2834, 2839, 2841, 2850, 2857, 2865, 2867 et 2877 de l'Avant-projet.

29. Art. 1667, 1958, 2142 et 2157 de l'Avant-projet.

telle qu'elles doivent être fixées par le législateur lui-même. Le reste, et le reste seulement, trouve sa place dans la réglementation.

1.3. La formulation des règles

En tant que source du droit privé, l'Avant-projet soulève des inquiétudes au plan de la formulation même des règles. On constate des problèmes de terminologie et de rédaction.

En ce qui concerne la terminologie, la réforme doit certainement être l'occasion de se débarrasser de termes désuets. Ainsi, personne ne contestera qu'il convient de remplacer « domestiques et ouvriers » par « préposés ». Mais les rédacteurs de l'Avant-projet avaient tellement le souci de faire du neuf qu'on trouve, ici et là dans le texte, de nouvelles expressions dont l'opportunité paraît douteuse.

Souvent, la terminologie d'une règle est modifiée sans qu'on sache si l'intention des rédacteurs est simplement de moderniser ou d'uniformiser le vocabulaire ou bien de changer le fond même de la règle (la garantie du constructeur pour les vices touchant la solidité de l'ouvrage en est un exemple : en remplaçant l'expression « si l'édifice périt en tout ou en partie [...] » par « le professionnel est tenu de la perte ou de la détérioration [...] »³⁰ le législateur voudrait-il élargir la garantie?). Certaines expressions prêtent à confusion (par exemple « le préjudice causé à autrui »³¹, pour désigner la responsabilité, risque de créer de la confusion avec certaines applications de l'enrichissement sans cause); d'autres expressions sont si peu connues de la pratique qu'elles risquent, du moins pendant un certain temps, d'être mal comprises (ainsi, « contrat d'œuvre » pour désigner à la fois ce que l'on connaît sous le nom de « contrat de services » et « contrat d'entreprise »)³².

Afin d'éviter l'incertitude sur les intentions du législateur, il convient, dans les nouveaux textes, de conserver en principe le même vocabulaire que celui du *Code* actuel, sauf quand il est désuet ou quand le législateur a réellement l'intention de modifier ou de remplacer un concept ou une règle.

En ce qui concerne la rédaction, le principal problème est la longueur et parfois l'ambiguïté des phrases. Dans un texte de loi, et surtout dans un code

30. Art. 2183 de l'Avant-projet; art. 1688 C.C.B.C.

31. Intitulé précédant l'art. 1515 de l'Avant-projet.

32. Art. 2158 s. de l'Avant-projet. L'Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, Québec, Éditeur officiel, 1978, vol. 1, *Projet de Code civil*, livre V, art. 684 s. et 698 s., avait recommandé d'adopter deux séries de règles sur le « contrat de services » et le « contrat d'entreprise ». Comparer T. ROUSSEAU-HOULE, « Le contrat d'œuvre : un chef d'œuvre? », (1988) 29 *C. de D.* 993, p. 1003.

civil, une phrase longue et complexe n'est pas souhaitable : faut-il rappeler que la longueur et la complexité nuisent souvent à la clarté du texte et deviennent ainsi une source de litiges. Le Projet de Code civil de l'Office de révision du Code civil a fait la démonstration que, même dans un droit moderne et complexe, il est possible de rédiger des textes juridiques concis et clairs.

À notre avis, les légistes du Gouvernement pourraient améliorer sensiblement le texte de l'Avant-projet.

2. L'ordre public

L'ordre public est le second point qui retient l'attention dans cette réforme. L'expansion que prendront les dispositions impératives dans le *Code civil du Québec* est considérable. Toutefois, il ne s'agit pas d'un phénomène subit et imprévisible.

Il y a longtemps que le législateur a commencé à adopter des mesures d'ordre public pour tempérer la très grande liberté contractuelle du droit civil « pur » du XIX^e siècle. Ces initiatives furent d'abord rares et modestes. Ce fut certes un long règne que celui du dogme de la liberté contractuelle dans la législation et la jurisprudence. Comparé aux droits civils européens, ce n'est que tardivement que le droit québécois a été touché par l'interventionnisme de l'État, notamment dans les contrats. Cependant, depuis quelques décennies, on a vu apparaître dans notre droit d'importantes mesures sectorielles d'ordre public.

Nous mentionnerons à titre d'exemple³³ : l'« équité » dans le prêt d'argent et les contrats assimilés, qui notamment sanctionne la lésion et exige un avis de soixante jours avant que le créancier puisse se faire transférer une propriété immobilière en réalisation de sa sûreté, dispositions qui ont été introduites dans le Code civil en 1964³⁴ ; l'assurance dont le droit a été réformé en 1974, et dont un grand nombre de règles sont impératives³⁵ ; la *Charte des droits et libertés de la personne*, adoptée en 1975, qui, notamment, interdit de refuser, pour un motif discriminatoire, de conclure ou d'exécuter un contrat pour des biens ou services ordinairement offerts au public³⁶ ; le droit de la consommation,

33. Pour une revue plus complète, incluant les mesures d'ordre public adoptées avant celles mentionnées ici, voir M. TANCELIN, *supra*, note 17, p. 873 ; S. NORMAND, *supra*, note 17, p. 1066 s.

34. *Loi pour protéger les emprunteurs contre certains abus et les prêteurs contre certains privilèges*, L.Q. 1964, c. 67, introduisant au C.C.B.C. les art. 1060a s.

35. Art. 2500 C.C.B.C., adopté en vertu de la *Loi sur les assurances*, L.Q. 1974, c. 70.

36. L.R.Q. c. C-12, art. 12 ; voir aussi art. 13 s.

qui a fait l'objet d'une première loi en 1971 et d'une réforme importante en 1978³⁷; le droit sur le louage résidentiel, qui a fait l'objet d'une première réforme en 1973 et d'une seconde en 1979³⁸.

La Législature québécoise n'est d'ailleurs pas la seule à avoir pris des dispositions pour réprimer les abus dans certains secteurs d'activité. Il y a déjà longtemps que le Parlement canadien a adopté la *Loi sur l'intérêt*³⁹.

Depuis 1970, on peut observer une sorte d'accélération dans l'adoption de nouvelles dispositions impératives qui viennent toucher l'un ou l'autre des secteurs de l'activité humaine. Ainsi, l'expansion de l'ordre public dans le *Code civil du Québec* s'inscrit exactement dans la ligne de l'évolution de la législation. Il n'en demeure pas moins incontestable que le nouveau Code fera faire un autre bond en avant à l'ordre public, qui va ainsi envahir davantage le domaine de la liberté contractuelle. Les principales règles impératives de l'Avant-projet concernent soit l'ordre public moral, soit l'ordre public économique et social de protection.

2.1. L'ordre public moral

Quelques dispositions, peu nombreuses mais importantes, vont renforcer l'ordre public moral. La valeur fondamentale à propos de laquelle l'Avant-projet est le plus remarquable est le respect et la protection de la personne, en particulier de son intégrité. Comme on le sait, cette valeur fait déjà l'objet de dispositions dans la *Charte des droits et libertés de la personne*⁴⁰ et dans les articles 18 à 21 du *Code civil du Bas-Canada*, repris et développés dans une partie du *Code civil du Québec* qui a été adoptée mais n'est pas encore en vigueur⁴¹. L'Office de révision du Code civil avait recommandé de faire du respect et de la protection de la personne l'une des grandes politiques du nouveau *Code civil du Québec*⁴².

L'Avant-projet reprend certaines règles qui se trouvent déjà dans le Code civil : notamment, en matière de louage résidentiel, l'obligation de sécurité et

37. *Loi de la protection du consommateur*, L.Q. 1971, c. 74, ancien art. 117, remplacé par *Loi sur la protection du consommateur*, *supra*, note 2, art. 261 et 262.

38. Ancien art. 1652 C.C.B.C., introduit par *Loi concernant le louage de choses*, L.Q. 1973, c. 74, remplacé par art. 1664 C.C.B.C., introduit par la *Loi instituant la Régie du logement...*, *supra*, note 23.

39. Notamment, *Acte pour modifier les lois d'usure*, S.C. 1853, 16 V., c. 80; *Acte pour amender les lois de cette province, qui règlent le taux d'intérêt*, S.C. 1858, 22 V., c. 85; *Acte concernant l'intérêt sur les deniers garantis par hypothèque sur propriété foncière*, S.C. 1880, 43 V., c. 42; *Loi sur l'intérêt*, L.R.C. 1985, c. I-15.

40. *Supra*, note 36, art. 1 s.

41. Art. 18 à 21 C.C.Q., *supra*, note 16.

42. *Supra*, note 32, préface de P.-A. CRÉPEAU, p. xxxi s.

de salubrité du locateur et l'interdiction de la discrimination en fonction du nombre d'enfants ou en fonction du fait que la locataire est enceinte ou que la locataire a des enfants⁴³.

L'Avant-projet codifie aussi d'importantes règles jurisprudentielles concernant l'intégrité de la personne. Il s'agit de l'obligation de sécurité du transporteur de passagers⁴⁴, de l'employeur⁴⁵ et du fabricant⁴⁶. Dans le chapitre sur le contrat de travail, l'Avant-projet protège la liberté de la personne en imposant certaines restrictions à la clause de non-concurrence; cette disposition également est inspirée de la jurisprudence pour une bonne part⁴⁷. Ainsi, le *Code civil du Québec* consolidera des acquis dans l'ordre public moral. Il va cependant aller plus loin.

Deux modifications très importantes seront apportées au droit actuel. Premièrement, une clause exonératoire ou limitative de responsabilité deviendra inopérante dans toute réclamation pour des dommages causés à la personne, que ce soit en responsabilité contractuelle ou en responsabilité extracontractuelle⁴⁸. Il s'agit là évidemment d'une mesure très significative de protection de l'intégrité de la personne. Malgré l'opinion de quelques autorités⁴⁹, suivant lesquelles une telle clause peut dès aujourd'hui être attaquée en vertu des dispositions protégeant l'intégrité et l'invulnérabilité de la personne, à notre avis, dans son ensemble, la jurisprudence permet clairement de telles clauses⁵⁰. L'Avant-projet opère sur ce point un revirement majeur.

Deuxièmement, les avis de non-responsabilité deviendront inopérants vis-à-vis les tiers; tout au plus, pourront-ils valoir comme dénonciation du danger⁵¹. Ainsi, les normes minimales de prudence à l'égard d'autrui,

43. Art. 1959, 1960 et 1970 de l'Avant-projet; art. 1652, 1652.8, 1664.5 et 1665 C.C.B.C.

44. Art. 2096 de l'Avant-projet. Notamment, *Surprenant c. Air Canada*, [1973] C.A. 107.

45. Art. 2148 de l'Avant-projet. Autorités citées *supra*, note 13. Voir aussi *Charte des droits et libertés de la personne*, *supra*, note 36, art. 46; *Loi sur la santé et la sécurité au travail*, L.R.Q. c. S-2.1.

46. Art. 1526 à 1528 et 1531 de l'Avant-projet. Autorités citées *supra*, note 12.

47. Art. 2148 de l'Avant-projet, voir aussi l'art. 2154. Notamment, *Cameron c. Canadian Factors Co.*, [1971] R.C.S. 148; J.-L. BAUDOIN, *supra*, note 9, n° 82, p. 70 et 71, et jurisprudence citée.

48. Art. 1532 de l'Avant-projet.

49. Notamment, *Rochette c. Drouin*, J.E. 79-919 (C.S.); C. FERRON, « Les clauses de non-responsabilité en responsabilité civile contractuelle et délictuelle », (1984) 44 *R. du B.* 3, p. 47 à 50; A. LAROCHE, *Les obligations*, tome 1, *Théorie générale des contrats: quasi-contracts*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1982, n° 64, p. 89 et 90.

50. Notamment, *Pépin c. Aérodiem St-Simon inc.*, [1986] R.R.A. 234 (C.S.); *R. c. Grenier*, (1900) 30 R.C.S. 42. J.-L. BAUDOIN, *supra*, note 9, nos 761 et 770, p. 428, 429 et 434, et jurisprudence citée; J.-L. BAUDOIN, *La responsabilité civile délictuelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1985, n° 692, p. 341 et 342, et jurisprudence citée.

51. Art. 1534 de l'Avant-projet.

imposées par les règles de la responsabilité extracontractuelle, deviendront des devoirs impératifs ; il ne sera plus permis d'échapper aux conséquences de la violation de ces devoirs, du moins vis-à-vis les personnes avec lesquelles on n'est pas en relation contractuelle. Cette mesure, elle aussi, constitue un renversement radical de la jurisprudence actuelle⁵².

Enfin, il se peut que l'observance des règles de l'ordre public moral soit augmentée par les nouvelles règles sur les dommages punitifs. L'Avant-projet prévoit la possibilité d'une condamnation à des dommages punitifs dans le cas de violation, par faute lourde ou intentionnelle, d'un droit fondamental⁵³. La *Charte des droits et libertés de la personne* prévoit déjà une disposition semblable pour les droits fondamentaux qu'elle consacre⁵⁴ ; mais, à notre avis, rien n'empêchera les tribunaux de considérer comme fondamentaux d'autres droits de l'ordre public moral que ceux visés expressément par la Charte, et de leur appliquer, le cas échéant, ces règles sur les dommages punitifs. Il se peut même que certains droits relevant de l'ordre public économique et social soient aussi qualifiés de fondamentaux par les tribunaux.

L'effet dissuasif des dommages punitifs sur les individus et les petites entreprises n'est pas évident⁵⁵ ; en revanche, on peut estimer que les entreprises plus considérables, agissant la plupart du temps sur avis de leurs conseillers juridiques, sont sensibles au risque d'être condamnées à des dommages punitifs et, en conséquence, que les nouvelles règles influenceront leur comportement dans une certaine mesure. En raison principalement d'exigences et de difficultés de preuve, le droit pénal est incapable de sanctionner tous les cas de violation de droit fondamental. Cette greffe d'une institution étrangère dans le droit civil québécois paraît donc justifiée.

2.2. L'ordre public économique et social de protection

C'est dans le domaine de l'ordre public économique et social de protection que l'Avant-projet de Loi paraît étendre le plus l'ordre public, du moins si on se fie au nombre des dispositions proposées.

Les techniques d'intervention du législateur sont très variées : les règles de l'ordre public de protection concernant les conditions de validité du contrat, les mentions obligatoires dans le contrat, la remise, à la formation du

52. J.-L. BAUDOUIN, *supra*, note 50, et jurisprudence citée.

53. Art. 1677 s. de l'Avant-projet.

54. *Supra*, note 36, art. 49. Comparer *Loi sur la protection du consommateur*, *supra*, note 2, art. 272.

55. Voir notamment D. GARDNER, « Les dommages-intérêts : une réforme inachevée », (1988) 29 *C. de D.* 883, p. 912.

contrat, de documents obligatoires contenant des mentions prescrites, l'interdiction ou la réglementation de pratiques contractuelles, l'imposition d'obligations minimales dans le contrat, et enfin, au stade de l'exécution du contrat, la remise d'un écrit contenant des mentions prescrites.

2.2.1. Les conditions de validité du contrat

Dans les conditions de validité du contrat, la nouvelle mesure, qui était attendue, est la reconnaissance de la lésion entre majeurs comme nouveau vice de consentement. Le contrat pourra être annulé ou les obligations d'une partie pourront être réduites quand il y a disproportion importante entre les obligations respectives des parties et exploitation de l'une par l'autre, la disproportion importante faisant présumer l'exploitation⁵⁶. Le *Code civil du Québec* renversera ainsi le principe adopté en 1866⁵⁷, qui avait cependant connu des exceptions par la suite, comme on le sait.

Les limitations à la nouvelle règle, toutefois, en restreindront considérablement la portée : la lésion ne pourra être invoquée que par une personne physique et que dans un contrat qui, en ce qui concerne la victime de la lésion, n'est pas destiné à servir les fins d'une entreprise, commerciale ou pas⁵⁸. Ces restrictions, qui ne se trouvaient pas dans le Projet de Code civil de l'Office de révision du Code civil⁵⁹, auront comme résultat pratique que le domaine d'application de cette règle, dite générale, ne sera que légèrement plus grand que celui de la règle actuelle qui est limitée au droit de la consommation, en vertu de la *Loi sur la protection du consommateur*⁶⁰. Ces restrictions importantes sont regrettables, d'après nous : elles laissent de côté les petits commerçants, qui ont souvent besoin de la protection de la loi face aux institutions financières, aux locataires de locaux commerciaux et aux grandes entreprises de distribution de biens et services⁶¹.

L'Avant-projet continuera également d'utiliser les techniques de l'acte notarié ou simplement écrit comme condition de validité du contrat. Ainsi, comme présentement, la donation immobilière devra être passée par acte notarié⁶². Quant à la technique du contrat écrit, elle est couramment utilisée dans la *Loi sur la protection du consommateur* ; par le transfert dans le *Code*

56. Art. 1449 de l'Avant-projet ; voir aussi art. 2722 en matière de droit de la consommation.

57. Art. 1012 C.C.B.C.

58. Art. 1449 de l'Avant-projet.

59. *Supra*, note 32, livre V, art. 37.

60. *Supra*, note 2, art. 8 ; voir aussi art. 2722 de l'Avant-projet.

61. M. TANCELIN, *supra*, note 17, p. 873 et 874.

62. Art. 1883 de l'Avant-projet. Art. 776 C.C.B.C.

civil du Québec des dispositions de droit privé de cette loi, l'écrit, comme condition de validité du contrat, prendra donc une place non négligeable dans le Code civil lui-même⁶³.

2.2.2. Les mentions obligatoires dans le contrat

L'imposition faite aux parties d'inscrire dans le contrat des mentions obligatoires est une technique de l'ordre public que l'on connaît bien. On en trouve des exemples présentement dans le louage résidentiel, l'assurance et le droit de la consommation (dans le contrat de prêt d'argent, le contrat de crédit et le contrat par démarchage)⁶⁴. Ces règles se retrouvent dans l'Avant-projet⁶⁵.

Le *Code civil du Québec* va innover sur ce point également. La vente, par le constructeur ou le promoteur, d'un immeuble résidentiel comportant moins de cinq logements est un contrat dans lequel la Législature va prendre des mesures importantes pour lutter contre certains abus. L'une des techniques proposées est précisément d'imposer, avant cette vente, une promesse de vente comportant certaines mentions prescrites, telles que la description de l'immeuble, les droits réels qui le grèvent et la faculté de dédit que possède l'acheteur⁶⁶.

2.2.3. La remise d'un document à la formation du contrat

Une technique légèrement différente consiste à imposer, lors de la formation du contrat, la remise obligatoire d'un document contenant des mentions prescrites, document accessoire qui n'est pas toujours nécessaire à la validité du contrat. Il y a déjà en droit privé québécois des exemples de cette façon de protéger l'une des parties au contrat : dans le louage résidentiel (le règlement de l'immeuble et l'indication du loyer antérieur pour le même logement loué à un nouveau locataire), dans le droit de la consommation, en ce qui concerne la vente de véhicules d'occasion (l'étiquette décrivant certaines caractéristiques du véhicule) et en ce qui concerne le contrat de réparation d'une automobile, d'une motocyclette ou d'un appareil domestique (l'évaluation

63. Art. 2770, 2784, 2806, 2817 et 2828 de l'Avant-projet. *Loi sur la protection du consommateur*, *supra*, note 2, art. 58, 80, 158, 190, 199 et 208.

64. Art. 1651.1, 2480, 2501, 2502, 2579 et 2601 C.C.B.C. ; *Loi sur la protection du consommateur*, *supra*, note 2, art. 58 s. et 67 s.

65. Art. 1954, 2469, 2486, 2487, 2551, 2570, 2770 s. et 2829 s. de l'Avant-projet.

66. Art. 1839 et 1840 de l'Avant-projet.

préalable de la réparation)⁶⁷. Ces règles, du Code civil actuel et de la *Loi sur la protection du consommateur*, seront reprises dans le nouveau Code civil⁶⁸.

Une mesure de ce genre fait partie des nouvelles règles prévues pour la vente, par le constructeur ou le promoteur, en copropriété divise ou indivise, d'un logement situé dans un bâtiment ou un « complexe » comportant plus de quatre logements. Le constructeur ou le promoteur devra remettre à l'acheteur une circulaire d'information qui, notamment, doit identifier les constructeurs et autres personnes ayant participé à la construction, comporter le plan général du développement, indiquer le budget prévisionnel et les droits réels qui grèvent l'immeuble⁶⁹. Ce mécanisme est inspiré de celui qui a récemment été imposé au propriétaire ayant procédé à la conversion en copropriété divise d'un immeuble résidentiel, lors de la vente de chaque logement⁷⁰.

2.2.4. Les pratiques contractuelles abusives

La réglementation et l'interdiction de pratiques contractuelles jugées abusives sont devenues familières. Plusieurs règles actuelles se retrouveront dans le nouveau Code civil. En matière de louage résidentiel, de nombreuses clauses continueront d'être inopérantes : par exemple, la clause exonératoire ou limitative de responsabilité du locateur, la clause rendant le locataire responsable de dommages causés sans faute de sa part, la clause abusive, qui pourra être inopérante ou réductible, la clause pénale, qui pourra être inopérante ou réductible, la pénalité ne pouvant excéder le dommage réel, enfin l'interdiction faite au locateur d'exiger la remise d'une somme d'argent pour garantir les obligations du locataire⁷¹. Des dispositions de la *Loi sur la protection du consommateur* passeront dans le Code civil : ainsi, seront encore inopérantes la clause pénale, la clause exonératoire ou limitative de responsabilité du commerçant, la clause conférant au commerçant le pouvoir de décider seul que le consommateur est en défaut ou que s'est produit un fait susceptible d'affecter les obligations du consommateur, et la clause soumettant le contrat à une loi autre que celle de l'Assemblée nationale du Québec et du Parlement canadien⁷².

67. Art. 1651 et 1651.1 C.C.B.C. ; *Loi sur la protection du consommateur*, *supra*, note 2, art. 155 s., 168 s. et 181 s.

68. Art. 1953, 1956, 2780 s. et 2793 s. de l'Avant-projet.

69. Art. 1841 s. de l'Avant-projet.

70. Art. 54.6 de la *Loi sur la Régie du logement*, L.R.Q. c. R-8.1, introduit par la *Loi modifiant la Loi sur la Régie du logement et le Code civil*, L.Q. 1987, c. 77.

71. Art. 1960, 1961 et 1963 de l'Avant-projet. Art. 1664.4, 1664.10, 1664.11 et 1665.2 C.C.B.C.

72. Art. 2747 à 2750 de l'Avant-projet. *Loi sur la protection du consommateur*, *supra*, note 2, art. 10, 11, 13 et 19.

Dans le *Code civil du Québec*, cette technique de l'ordre public connaîtra un développement assez considérable. En s'inspirant de l'orientation indiquée par l'Office de révision du Code civil, les rédacteurs de l'Avant-projet ont voulu combattre plusieurs pratiques contractuelles abusives. Les dispositions dont il est question ici sont en principe d'application générale à tous les contrats et viennent s'ajouter aux interdictions particulières à certains contrats nommés. C'est donc un geste significatif, quoique sa portée soit souvent réduite comme on le verra.

Dans certains cas, l'Avant-projet rend la stipulation purement et simplement inopérante. Il s'agit principalement de la règle sur la clause libérant le créancier de l'obligation de prouver les circonstances qui, d'après la loi, le dispensent d'envoyer une mise en demeure⁷³.

La plupart des règles sur les pratiques abusives sont assorties de conditions, parfois complexes. Tel est le cas en ce qui concerne la clause d'incorporation par renvoi d'une stipulation externe au contrat, la clause incompréhensible ou illisible, la clause exonératoire ou limitative de responsabilité, la clause résolutoire et la clause pénale⁷⁴. La règle sur la clause abusive est l'exemple même de la disposition tellement compliquée que l'on peut craindre pour son efficacité :

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

Est abusive toute clause qui, dans l'exécution du contrat, désavantage l'une des parties de 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 sa réglementation légale qu'elle dénature celui-ci.⁷⁵

L'Office de révision du Code civil avait laissé aux tribunaux le soin de définir la clause abusive⁷⁶. Il est peut-être souhaitable que le législateur indique les principaux éléments d'une clause abusive, mais le texte proposé est d'une telle complexité qu'il entraînera de sérieuses difficultés d'application et favorisera les litiges⁷⁷.

73. Art. 1652 de l'Avant-projet ; voir aussi l'art. 1488, qui rend inopérant une stipulation dispensant le créancier de mettre en demeure le débiteur avant d'intenter une action contractuelle en dommages-intérêts, en résolution ou en réduction de son obligation, et l'art. 1534, qui rend inopérant vis-à-vis un tiers — sauf à valoir éventuellement comme dénonciation du danger — la clause exonératoire ou limitative.

74. Art. 1482, 1483, 1489, 1532 et 1674 de l'Avant-projet.

75. Art. 1484 de l'Avant-projet ; voir aussi l'art. 1961 en matière de louage résidentiel, et l'art. 2722 en matière de contrat de consommation.

76. *Projet de Code civil, supra*, note 32, art. 76.

77. M. TANCELIN, *supra*, note 17, p. 875.

Enfin, parmi toutes ces règles sur les pratiques abusives, deux d'entre elles sont limitées dans leur domaine d'application : les dispositions sur la clause abusive et sur la clause illisible ou incompréhensible ne s'appliquent qu'au contrat d'adhésion (que l'Avant-projet se charge d'ailleurs de définir)⁷⁸. Cette restriction diminue encore davantage l'efficacité de ces règles. Si le but poursuivi est assez clair (ménager l'entreprise), en revanche, la logique l'est moins : pourquoi est-ce seulement ces deux dispositions qui sont restreintes au contrat d'adhésion, et non toutes celles qui visent les pratiques abusives ? À notre avis, il faut simplifier toutes ces règles et en particulier supprimer toute référence au contrat d'adhésion.

2.2.5. Les obligations contractuelles minimales

Une autre technique de l'ordre public de protection économique et social est l'imposition d'obligations minimales dans un contrat. L'Avant-projet n'annonce pas d'important changement de fond dans ce domaine. Cette technique est déjà utilisée en droit de la consommation, dont les règles passeront dans le nouveau Code civil. Ainsi, une règle commune à tous les contrats de consommation veut que le bien livré soit conforme à sa description, aux déclarations et à la publicité faites par le fabricant ou le commerçant⁷⁹ ; une autre règle, celle-là particulière à la vente d'occasion d'une motocyclette ou d'une automobile, impose une garantie minimale de bon fonctionnement⁸⁰.

Le Code civil actuel impose lui-même des obligations minimales qui seront reprises dans l'Avant-projet. Deux exemples peuvent être signalés : l'obligation faite au locateur résidentiel de livrer et de maintenir le logement dans un état propre à l'habitation et la garantie des vices de construction imposée à l'entrepreneur⁸¹. Le régime de cette dernière garantie sera modifié substantiellement par la réforme : notamment, en plus de la garantie de cinq ans des vices du sol, de la conception et de la construction ou fabrication, il y aura désormais une garantie de parfait achèvement et de toutes les malfaçons découvertes dans l'année de la réception de l'ouvrage ; le nombre de débiteurs sera augmenté ; ils continueront d'être solidaires, mais chacun d'eux pourra s'exonérer en prouvant que le vice ou la malfaçon ne lui est pas imputable ; cette garantie s'appliquera aussi à la vente, par un entrepreneur ou un

78. Art. 1483 et 1484 de l'Avant-projet ; voir aussi art. 1423 pour la définition.

79. Art. 2759 de l'Avant-projet. *Loi sur la protection du consommateur, supra*, note 2, art. 40 et 41. Pour les difficultés d'interprétation de la disposition de l'Avant-projet, voir N. L'HEUREUX, *supra*, note 17, p. 1089.

80. Art. 2785 et 2786 de l'Avant-projet. *Loi sur la protection du consommateur, supra*, note 2, art. 159, 160 et 164.

81. Art. 1970 et 2183 à 2185 de l'Avant-projet. Art. 1652, 1688 et 1689 C.C.B.C.

promoteur immobilier, d'un fonds avec un immeuble résidentiel construit ou à construire, une extension de la garantie que plusieurs préconisent⁸²; enfin, chaque débiteur sera responsable, selon ce régime spécial, envers le client, peu importe qu'un contrat soit intervenu entre eux ou pas (c'est la codification de l'arrêt *Desgagné*)⁸³.

2.2.6. L'avertissement du débiteur lors de la violation du contrat

La dernière technique de l'ordre public se situe au stade de l'exécution du contrat, plus précisément quand survient une faute contractuelle : il s'agit de la remise obligatoire à l'autre partie d'un écrit contenant des mentions prescrites. Cette technique est déjà connue du droit québécois : la *Loi sur la protection du consommateur*, par exemple, impose l'envoi d'un avis préalable à l'exercice d'une clause de déchéance du terme ou d'une clause résolutoire, règle qui passera dans le nouveau Code civil⁸⁴.

L'Avant-projet est particulièrement innovateur dans l'utilisation qu'il fait de cette technique. Dans certains cas, il impose au créancier l'obligation d'avertir le débiteur de son défaut ; dans d'autres cas, il lui impose la double obligation d'avertir le débiteur de son défaut et des sanctions qui pèsent sur lui. En faisant en sorte que le débiteur soit clairement averti de son défaut avant que des sanctions ne soient prises contre lui, le législateur cherche à provoquer l'exécution des obligations et à diminuer le nombre de litiges⁸⁵.

Dans au moins trois cas, le créancier doit avertir le débiteur de son défaut. Il y a d'abord la règle générale qui impose à tout créancier l'obligation de mettre en demeure par écrit son débiteur avant d'exercer en justice un recours contractuel contre lui⁸⁶. La portée réelle de cette règle est sans doute moins grande qu'elle ne paraît à première vue : car il y aura encore, comme présentement, plusieurs cas de mise en demeure de plein droit et, de plus, ces

82. Art. 1849 de l'Avant-projet. J.W. DURNFORD, « The Liability of the Builder, Architect and Engineer for Perishing and Other Defects in Construction », [1967] *R.J.T.* 161, p. 197 ; T. ROUSSEAU-HOULE, *Les contrats de construction en droit public et privé*, Montréal, Wilson & Lafleur et SOREJ, 1982, p. 328 et 329.

83. Art. 2183 à 2185 de l'Avant-projet. *Desgagné c. Fabrique de la paroisse St-Philippe d'Arvida*, [1984] I R.C.S. 19.

84. Art. 2751 et 2846 s. de l'Avant-projet. *Loi sur la protection du consommateur*, *supra*, note 2, art. 14 et 104 s.

85. J. DESLAURIERS, « Commentaires sur les propositions concernant la vente », (1988) 29 *C. de D.* 931, p. 944.

86. Art. 1488 et 1649 de l'Avant-projet, pour les dommages-intérêts, la résolution et la réduction de l'obligation ; pour l'exécution aux dépens du débiteur, voir l'art. 1656. L'exécution forcée en nature, par le débiteur, semble avoir été oubliée dans ces règles sur la mise en demeure.

cas seront étendus à la répudiation du contrat et à l'inexécution répétée et systématique d'une obligation à exécution successive malgré les mises en demeure répétées⁸⁷.

Deux règles de l'Avant-projet, en matière de vente, imposent au créancier l'obligation d'avertir par écrit le débiteur de son défaut. Dans la garantie d'éviction, l'acheteur doit dénoncer au vendeur le risque d'éviction, sauf quand le vendeur connaît ce risque⁸⁸. Dans la garantie des vices, l'acheteur doit dénoncer au vendeur le vice, sauf si le vendeur le connaît ou s'il ne peut pas l'ignorer⁸⁹.

L'Avant-projet va encore plus loin dans l'utilisation de cette technique : dans certaines circonstances, le créancier doit non seulement avertir le débiteur de son défaut, mais aussi des sanctions qui pèsent sur lui. Dans les règles générales sur les obligations, cette obligation est imposée à tout créancier qui a l'intention d'exécuter ou de faire exécuter l'obligation aux frais du débiteur⁹⁰. Les rédacteurs de l'Avant-projet n'ont pas suivi à ce sujet les recommandations de l'Office de révision du Code civil : l'Office aurait voulu imposer cette obligation, non seulement pour l'exécution aux frais du débiteur, mais aussi pour l'exercice d'un recours pour exécution en nature par le débiteur, en résolution ou en résiliation du contrat ou en réduction des obligations⁹¹, ce qui est plus cohérent.

L'Avant-projet impose enfin au vendeur à tempérament d'un bien meuble l'obligation d'avertir l'acheteur en défaut des sanctions qui le menacent : c'est l'exigence de l'avis préalable à la reprise de possession ou à l'exercice de la clause de déchéance du terme. Cette technique est présentement utilisée dans la *Loi sur la protection du consommateur* ; elle passera dans le nouveau Code civil et elle sera étendue à toute vente à tempérament, qu'elle implique ou non un consommateur⁹².

2.3. Le nouveau rôle de l'ordre public

Bien qu'incomplète, cette revue des règles impératives de l'Avant-projet montre à quel point est considérable la place qu'occupera l'ordre public dans la *Code civil du Québec* ; le visage du Code en sera transformé. Sans doute, un

87. Art. 1651 de l'Avant-projet ; voir aussi l'art. 1491, qui prévoit la résolution de plein droit quand il y a mise en demeure de plein droit.

88. Art. 1785 de l'Avant-projet.

89. Art. 1787 de l'Avant-projet.

90. Art. 1656 de l'Avant-projet.

91. *Projet de Code civil, supra*, note 32, art. 269, 273, 276 et 284.

92. Art. 1799 s. de l'Avant-projet. *Loi sur la protection du consommateur, supra*, note 2, art. 105 s. et 139 s.

nombre important de ces dispositions existent dans le Code actuel, ou vont passer de la *Loi sur la protection du consommateur* au Code civil, ou encore elles sont la codification de règles jurisprudentielles. L'expansion de l'ordre public, en réalité, sera donc moins forte qu'il n'en paraît à première vue. Mais il est indéniable que l'Avant-projet annonce aussi l'adoption d'un grand nombre de règles toutes nouvelles.

L'ordre public moral sera renforcé surtout en ce qui concerne l'intégrité de la personne. L'ordre public économique et social continuera de protéger certaines catégories de personnes : les consommateurs, les locataires résidentiels, les assurés⁹³ et les clients d'un contrat d'entreprise portant sur un gros ouvrage. Cet ordre public de protection aura aussi deux nouvelles clientèles : l'acquéreur d'une résidence, par achat ou par contrat d'entreprise, et la partie sans pouvoir de négociation dans un contrat d'adhésion.

L'Avant-projet comporte certaines mesures protectionnistes d'application générale, du moins en principe. Si le législateur éprouve le besoin d'adopter de telles règles générales, cela n'est pas suffisant pour transformer le droit commun des obligations en une sorte de droit de la consommation⁹⁴ et, par ailleurs, cela ne doit pas diminuer l'importance ni l'efficacité des mesures sectorielles de protection. Les deux niveaux de protection, général et particulier, peuvent et doivent exister côte à côte, les besoins étant différents. L'utilisation, dans le droit commun des obligations, de techniques législatives habituellement employées dans des mesures sectorielles de protection n'a rien d'inapproprié.

L'image que projettera le Code civil dans la population sera modifiée : le droit privé sera, encore davantage, perçu comme un droit qui protège certaines catégories de personnes. En réalité, le contrat ne sera plus un simple instrument pour l'échange de biens ou de services, comme il l'était en 1866 ; le nouveau Code civil, poursuivant l'évolution que l'on connaît depuis quelques décennies, fera aussi du contrat un instrument de politiques législatives. Nous arrivons au stade où le contrat ne reposera plus sur un seul principe fondamental, l'autonomie de la volonté, mais également sur d'autres principes, tels les droits fondamentaux de la personne, la protection du consentement, l'équité et la bonne foi, qui se traduisent normalement par des règles d'ordre public⁹⁵.

93. C. BELLEAU, « Le droit nouveau proposé en matière d'assurance terrestre », (1988) 29 *C. de D.* 1037, p. 1042 et 1043.

94. Comparer N. L'HEUREUX, *supra*, note 17, p. 1085, 1086 et 1096.

95. Comparer J. GESTIN (éd.), *Traité de droit civil*, tome 2, *Les obligations. Le contrat*, par J. GESTIN, Paris, L.G.D.J., 1980, nos 172 s., p. 131 s.

3. La stabilité des rapports juridiques

Le troisième point sur lequel interviendront des changements significatifs dans le droit des obligations est la stabilité des rapports juridiques. D'une façon générale, on doit s'attendre à ce que l'Avant-projet, s'il devient loi, entraîne un affaiblissement de la stabilité des rapports contractuels ou extracontractuels, en raison de politiques législatives comme la protection contre le *hardship*, la protection du consentement dans le contrat et la protection contre les pratiques contractuelles abusives. En contrepartie, l'Avant-projet contient aussi certaines règles qui visent directement à renforcer la stabilité des rapports juridiques.

3.1. L'affaiblissement de la stabilité des rapports juridiques

3.1.1. La protection contre le *hardship*

Les mesures les plus étonnantes sont celles qui se rattachent à une politique de protection contre le *hardship*, c'est-à-dire contre les conséquences très lourdes ou choquantes de l'application normale des règles de droit. Vient en tête de liste cette règle, qui n'avait pas été recommandée par l'Office de révision du Code civil, et qui accorde au tribunal le pouvoir de réduire les dommages-intérêts quand, en l'absence d'une faute lourde ou intentionnelle, la réparation intégrale du préjudice de la victime exposerait démesurément la personne responsable à la gêne⁹⁶.

Le but poursuivi dans cette disposition est louable. Le Québec ne serait pas le premier État à adopter une règle semblable⁹⁷. Mais il est loin d'être évident qu'il est souhaitable d'introduire une telle règle dans notre droit⁹⁸. Elle serait, en elle-même, source d'innombrables litiges. Elle ferait en sorte qu'il deviendrait encore plus difficile de prévoir la décision du tribunal sur l'attribution de dommages-intérêts et de conseiller en conséquence les justiciables. Elle ajouterait de l'incertitude à un processus qui déjà, par la nature des choses, en comporte passablement ! En matière de responsabilité, l'incertitude sur le sort du recours est un facteur d'instabilité des rapports juridiques ; car plus il y a d'impondérables dans les rapports juridiques entre la victime et l'auteur de la faute, plus les prévisions des parties sur l'issue du litige risquent d'être renversées par le jugement final.

96. Art. 1666 de l'Avant-projet.

97. H. STOLL, « Consequences of Liability: Remedies », dans *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, *Torts*, partie 2, c. 8, p. 141 s.

98. Comparer D. GARDNER, *supra*, note 55, p. 890 et 891.

Une seconde règle affecte la stabilité des rapports extracontractuels. C'est celle qui permet de condamner le mineur non doué de raison, pour le dommage causé par son fait fautif, quand la victime, pour un motif quelconque, ne peut pas obtenir réparation de la personne qui répond de ce mineur et que la situation financière de ce dernier permet de le condamner personnellement sans que cela ne compromette sérieusement son avenir ni la satisfaction de ses besoins essentiels⁹⁹. Sans discuter de l'opportunité du choix qui est fait ici entre deux victimes innocentes, on doit constater que cette mesure, comme la précédente, constitue une source d'incertitude, donc d'instabilité, dans l'application des règles sur la responsabilité extracontractuelle. Il faut admettre cependant que, en pratique, il n'arrive pas souvent qu'un mineur non doué de raison cause un dommage par son fait fautif.

Une troisième mesure de protection contre le *hardship* doit être signalée. Il s'agit de la révision de l'indemnité pour réparation du préjudice corporel. L'Avant-projet accorde au tribunal le pouvoir de réserver aux parties le droit de se pourvoir en révision de l'indemnité quand il n'est pas possible, au moment du jugement, de déterminer avec une précision suffisante l'évolution de l'état de la victime¹⁰⁰.

À vrai dire, cette règle n'introduit pas un élément de grande incertitude. L'Avant-projet limite à deux ans, à compter du jugement, la période pendant laquelle l'une des parties peut se pourvoir en révision de l'indemnité. Si l'on compare ce délai à la période d'évolution de certaines blessures et au délai qui s'écoule normalement entre l'accident et le jugement final accordant une indemnité, on constate que les rédacteurs de l'Avant-projet ont été timides dans cette disposition¹⁰¹. L'Office de révision du Code civil avait proposé, pour une mesure semblable, une période de cinq ans¹⁰². Il serait exagéré d'affirmer que cette disposition de l'Avant-projet aura un effet perturbateur sur la responsabilité civile.

3.1.2. La protection du consentement au contrat

Quelques règles, dont le but premier est d'assurer une meilleure protection du consentement au contrat, auront comme effet secondaire d'affaiblir la stabilité contractuelle. La première qui vient à l'esprit est celle concernant la

99. Art. 1519 de l'Avant-projet.

100. Art. 1668 de l'Avant-projet.

101. Comparer D. GARDNER, *supra*, note 55, p. 891 et 892.

102. *Projet de Code civil, supra*, note 32, art. 296. Les régimes spéciaux d'indemnisation, comme celui des accidents automobiles, prévoient généralement l'ajustement *en tout temps* de l'indemnité quand survient un changement dans l'état de la victime (*Loi sur l'assurance automobile, supra*, note 24, art. 31 s.)

lésion entre majeurs. Il s'agit, comme on l'a vu, d'un nouveau motif de nullité du contrat ou de réduction des obligations¹⁰³. À nos yeux, cependant, ce nouveau vice de consentement aura peu de répercussions concrètes sur la stabilité des contrats.

D'abord, comme nous l'avons souligné, si la règle est adoptée telle que proposée, son domaine d'application ne sera que légèrement plus large que celui de la disposition correspondante de la *Loi sur la protection du consommateur*¹⁰⁴. Or, l'expérience a démontré que cette règle de la *Loi sur la protection du consommateur* est rarement invoquée en pratique, tout comme l'article 1040c C.C.B.C. portant sur le prêt d'argent et les contrats assimilés¹⁰⁵. Comme précaution additionnelle, l'Avant-projet prévoit que le tribunal peut refuser une demande de nullité pour lésion si le défendeur offre de réduire sa créance contre le demandeur ou de lui verser un supplément monétaire équitable¹⁰⁶. Il s'agit là précisément d'une règle qui vise à sauvegarder le plus possible la stabilité contractuelle dans ce contexte. Il n'y a donc pas à craindre que la lésion, telle que définie par l'Avant-projet, ait un effet « déstabilisateur » sur le contrat.

Au contraire, la faculté de dédit, prévue dans certains cas par l'Avant-projet, est susceptible d'affaiblir quelque peu les rapports contractuels. D'abord, l'Avant-projet reprend les règles actuelles qui se trouvent dans la *Loi sur la protection du consommateur*, à propos du contrat par démarchage, du prêt d'argent, du contrat assorti d'un crédit et du louage de services pour l'épanouissement de la personne¹⁰⁷.

L'innovation de l'Avant-projet, en matière de faculté de dédit, concerne la vente d'un immeuble résidentiel comportant moins de cinq logements, dont il a déjà été question. Une telle vente doit être précédée d'une promesse de vente comportant obligatoirement pour l'acheteur la faculté de se dédire dans les dix jours¹⁰⁸.

3.1.3. La protection contre les pratiques contractuelles abusives

Une troisième source d'affaiblissement du rapport contractuel se trouve dans les dispositions qui interdisent ou réglementent les pratiques contractuelles

103. Art. 1449 de l'Avant-projet.

104. *Supra*, note 2, art. 8.

105. S. NORMAND, *supra*, note 17, p. 1072 et 1073.

106. Art. 1451 de l'Avant-projet.

107. Art. 2773 s., 2810 s. et 2858 s. de l'Avant-projet. *Loi sur la protection du consommateur*, *supra*, note 2, art. 59, 73 s., 193 s. et 202 s.

108. Art. 1839 de l'Avant-projet.

abusives. Certaines de ces règles imposent des conditions de validité, parfois complexes, et accordent au tribunal un pouvoir discrétionnaire non négligeable ; si bien que, tant qu'un tribunal ne s'est pas prononcé sur la validité d'une clause visée par ces règles, il est bien difficile pour les parties et leurs conseillers juridiques de déterminer si elles sont ou non liées par cette clause. Les rapports juridiques entre les parties sont rendus incertains ; ils perdent leur stabilité, car le tribunal peut écarter la clause visée ou en réduire les effets.

Pour illustrer ce phénomène, il suffit de citer la disposition de l'Avant-projet concernant la clause illisible ou incompréhensible :

La clause d'un contrat d'adhésion, rédigée de manière ou en des termes tels qu'elle est illisible ou incompréhensible pour une personne raisonnable, est nulle si la partie qui y adhère en souffre préjudice, à moins que l'autre partie ne prouve l'avoir expressément portée à l'attention de l'adhérent et lui avoir donné des explications suffisantes sur sa nature et son étendue.¹⁰⁹

Il s'agit d'une règle souhaitable et dont les modalités sont peut-être sages ; mais elle produit l'effet secondaire de laisser planer un doute sérieux sur la validité de la clause tant qu'un tribunal ne se sera pas prononcé. La même observation peut être faite à propos des règles sur la clause abusive, sur l'incorporation par renvoi d'une clause externe et sur la clause résolutoire¹¹⁰.

De plus, l'Avant-projet accorde parfois au tribunal le pouvoir de réduire les effets d'une clause tombant sous le coup des règles sur les pratiques abusives. Tels sont les cas de la clause abusive et de la clause pénale¹¹¹. À la première incertitude, de savoir si la stipulation visée sera jugée légale ou non, s'ajoute une seconde incertitude, celle de savoir si le tribunal va rendre cette clause totalement inopérante ou simplement en réduire les effets.

3.2. Le renforcement de la stabilité des rapports juridiques

Les rédacteurs de l'Avant-projet étaient conscients du fait que certaines règles qu'ils proposent auront comme effet secondaire d'affaiblir la stabilité des rapports contractuels. Aussi, ont-ils prévu quelques dispositions qui renforcent la stabilité contractuelle. Nous avons déjà signalé la règle qui, en matière de lésion, permet au tribunal de refuser la nullité quand le défendeur offre de réduire sa créance contre la victime de la lésion ou de lui verser un supplément monétaire¹¹². On peut rappeler aussi que l'Avant-projet reprend

109. Art. 1483 de l'Avant-projet.

110. Art. 1482, 1484, 1489 et 1961 de l'Avant-projet.

111. Art. 1484, 1674 et 1961 de l'Avant-projet.

112. Art. 1451 de l'Avant-projet.

la règle du Code actuel qui permet à un locataire, poursuivi en résiliation pour non-paiement de son loyer, d'échapper à la résiliation en payant le capital, l'intérêt et les frais en tout temps avant jugement ¹¹³.

Deux autres règles de l'Avant-projet renforcent la stabilité contractuelle. D'abord, le vendeur poursuivi en résiliation pour défaut de délivrance, garantie des vices ou toute autre obligation a le droit de remédier à son défaut tant que la vente n'est pas résolue ¹¹⁴, et de sauver ainsi le contrat. En second lieu, il y a cette règle générale qui permet à la victime d'une faute contractuelle de demander la réduction de ses obligations ¹¹⁵; il s'agit de la généralisation de certaines règles particulières qui existent présentement ¹¹⁶. Souvent, la victime d'une faute contractuelle, ayant le choix entre la réduction de ses obligations et la résolution du contrat, préférera voir ses obligations réduites et le contrat maintenu : ainsi le contrat survivra à la faute, alors que dans le droit traditionnel, il aurait habituellement été frappé de résolution. Il s'agit là d'un effet secondaire non négligeable de la nouvelle règle sur la réduction des obligations.

4. Le rôle des tribunaux

Le droit de demain se distinguera de celui d'aujourd'hui par le rôle plus important qu'il attribuera aux tribunaux. Ce phénomène se manifestera de deux façons : leurs pouvoirs de révision du contrat seront considérablement élargis et, par ailleurs, un grand nombre de règles seront formulées au moyen de concepts qui donneront au tribunal un large pouvoir discrétionnaire.

4.1. La révision du contrat

Le pouvoir de réviser le contrat existe déjà dans un certain nombre de cas, dont quelques-uns remontent au Code de 1866. L'Avant-projet comporte de notables extensions des règles actuelles.

Quatre cas singuliers d'extension de ces pouvoirs de révision peuvent être rappelés ou signalés. D'abord, la réduction des obligations de la victime d'un vice de consentement n'est prévue présentement que dans la *Loi de la protection du consommateur* ¹¹⁷; elle est aussi admise par la majorité de la

113. Art. 1941 de l'Avant-projet. Art. 1633 et 1656.5 C.C.B.C.

114. Art. 1789 de l'Avant-projet.

115. Art. 1488 de l'Avant-projet.

116. *Infra*, notes 120 et 121.

117. *Supra*, note 2, art. 8 et 272.

jurisprudence en matière de dol, et notamment de dol incident ¹¹⁸. L'Avant-projet fait de la réduction des obligations une sanction commune à tous les vices de consentement dans tous les contrats ¹¹⁹.

Le Code actuel prévoit quelques cas de réduction des obligations pour faute contractuelle : notamment, la garantie d'éviction et la garantie des vices dans la vente, et toute faute du locateur dans le louage de choses ¹²⁰. La *Loi sur la protection du consommateur* permet aussi la réduction des obligations comme sanction générale d'une faute du commerçant ¹²¹. Le *Code civil du Québec* fera disparaître cette particularité : la réduction des obligations deviendra une règle générale applicable à toute faute contractuelle dans tout contrat ¹²².

Présentement, une clause abusive peut être réduite seulement en matière de louage résidentiel et de contrat de consommation ¹²³. Demain, une clause abusive pourra être réduite non seulement dans ces domaines ¹²⁴, mais aussi dans tout contrat d'adhésion, comme on l'a vu ¹²⁵.

Enfin, à propos de la vente à tempérament, la *Loi sur la protection du consommateur* prévoit que le tribunal peut modifier les modalités de paiement quand l'acheteur est en défaut ¹²⁶. Le *Code civil du Québec* étendra ce pouvoir à toute vente à tempérament, que l'acheteur soit un consommateur, un commerçant ou une autre personne ¹²⁷.

Les rédacteurs de l'Avant-projet ne se sont pas contentés d'étendre certaines règles sur le pouvoir de révision du contrat ; ils en ont créé de toutes nouvelles. Ainsi, dans le prêt d'argent, le tribunal se voit accorder le pouvoir de modifier les modalités de remboursement si l'emprunteur se trouve dans une situation financière précaire et si le prêteur n'en subit pas de préjudice sérieux ¹²⁸. Dans une donation avec charge, le tribunal reçoit le pouvoir de réduire une charge devenue trop onéreuse ¹²⁹. Dans le contrat de travail, il peut réduire une clause de non-concurrence dont la portée est jugée excessive ¹³⁰.

118. Notamment, *Bellerose c. Bouvier*, [1955] B.R. 175. J.-L. BAUDOUIN, *supra*, note 9, n° 66, p. 118 et 119, et jurisprudence citée.

119. Art. 1450 de l'Avant-projet.

120. Art. 1518, 1526, 1610 et 1656 C.C.B.C.

121. *Supra*, note 2, art. 272.

122. Art. 1488 de l'Avant-projet.

123. Art. 1664.11 C.C.B.C. ; *Loi sur la protection du consommateur*, *supra*, note 2, art. 8.

124. Art. 1961 et 2722 de l'Avant-projet.

125. Art. 1484 de l'Avant-projet.

126. *Supra*, note 2, art. 140 à 144.

127. Art. 1801 et 1802 de l'Avant-projet.

128. Art. 2402 de l'Avant-projet.

129. Art. 1897 de l'Avant-projet.

130. Art. 2148 de l'Avant-projet.

4.2. La discrétion dans l'application des règles

Enfin, le pouvoir discrétionnaire des tribunaux sera élargi dans le *Code civil du Québec*. Plus souvent que le Code actuel, l'Avant-projet fait appel à des concepts qui, en eux-mêmes, comportent un large pouvoir d'appréciation laissé au tribunal.

En parcourant le texte de l'Avant-projet, on est frappé du rôle nouveau que le législateur accordera à la bonne foi. Il y a d'abord cette règle générale consacrant la nécessité de la bonne foi dans la naissance, l'exécution et l'extinction des obligations¹³¹. L'Avant-projet comprend aussi une série de dispositions nouvelles faisant appel à la bonne foi comme condition d'application d'une règle ou comme facteur d'application d'une situation. Nous mentionnerons, à titre d'exemple seulement : la violation d'une offre exclusive, la qualité, pour le cocontractant de la personne protégée, de demander la nullité relative du contrat, la notion de clause abusive, le droit du tiers de se prévaloir d'une contre-lettre, l'enrichissement sans cause, la responsabilité du débiteur vis-à-vis tout porteur de bonne foi à propos d'un titre au porteur constatant une créance, la restitution des prestations dans l'annulation ou la résolution, et l'effet de l'annulation ou la résolution vis-à-vis des tiers¹³².

La bonne foi est loin d'être le seul concept utilisé par les rédacteurs de l'Avant-projet qui confère au tribunal un large pouvoir d'appréciation. Plusieurs autres concepts peuvent être relevés : délai raisonnable¹³³, motif sérieux¹³⁴, clause ou obligation abusive¹³⁵, inexécution de peu d'importance¹³⁶, exécution qui paraît sérieusement compromise¹³⁷, attentes légitimes d'une partie¹³⁸, situation financière d'une partie¹³⁹, apparence de droit¹⁴⁰, disproportion importante entre les obligations respectives, et exploitation d'une partie¹⁴¹.

131. Art. 1419 de l'Avant-projet. Voir aussi art. 6 et 7 C.C.Q., *supra*, note 16, non encore en vigueur.

132. Art. 1439, 1463, 1510, 1554, 1701, 1751 à 1753 et 1755 de l'Avant-projet.

133. Art. 1434, 1649, 1650, 1783, 1785, 1787, 1908, 1925, 2150, 2637, 2652 et 2661 de l'Avant-projet.

134. Art. 1746, 2090, 2152 et 2542 de l'Avant-projet.

135. Art. 1484, 1674, 1961 et 2148 de l'Avant-projet.

136. Art. 1489 et 1493 de l'Avant-projet.

137. Art. 1494 de l'Avant-projet.

138. Art. 1484 et 2759 de l'Avant-projet.

139. Art. 1666 de l'Avant-projet.

140. Art. 1668 de l'Avant-projet.

141. Art. 1449 et 2722 de l'Avant-projet.

Nous assistons aujourd'hui à un renversement complet de l'attitude du Gouvernement et de la Législature à l'égard du pouvoir judiciaire. En 1866, les tribunaux s'étaient vus attribuer fort peu de pouvoirs de révision et de pouvoirs généraux d'appréciation¹⁴², sauf évidemment le cas de la faute en vertu de l'article 1053 du *Code civil du Bas-Canada*. L'Assemblée nationale sera bientôt appelée à voter une pléiade de dispositions qui vont déléguer aux tribunaux de vastes pouvoirs de réviser le contrat et d'importants pouvoirs de préciser les critères ou les conditions des droits créés par la Législature. La confiance succédera à la méfiance. Le droit y gagnera beaucoup en souplesse.

Conclusion

Les critiques formulées contre l'Avant-projet sont très nombreuses ; elles sont souvent sévères et enflammées. Il faut admettre que le gouvernement n'a pas fait preuve de sagesse — ni d'économie — en chargeant ses légistes, relativement peu nombreux, de reprendre à pied d'œuvre la rédaction de tout le Code civil, alors qu'il aurait pu utiliser le Projet de Code civil comme document de base et y faire apporter par ses légistes les modifications souhaitées. Le Projet est le fruit de consultations, de recherches, de discussions et d'une rédaction minutieuse, par un nombre imposant de juristes d'expérience¹⁴³ — juges, professeurs, avocats et notaires —, qui ont travaillé des années avant de remettre au Gouvernement leur Rapport sur le Code civil du Québec. De ce point de vue, la comparaison entre les qualités respectives des deux documents est injuste pour les légistes.

Même si l'Avant-projet demande des améliorations à bien des égards — d'autres que nous l'ont critiqué dans le détail —, on a pu constater que ses auteurs poursuivent des politiques assez clairement définies. Certains leur reprochent, par exemple, de pousser trop loin la protection du consentement et l'équité contractuelle ou de battre en brèche inutilement la liberté contractuelle ; d'autres leur adressent le reproche contraire et se plaignent que les consommateurs seront moins protégés demain qu'ils ne le sont aujourd'hui.

Peut-être faut-il rappeler qu'il existe peu de solutions évidentes, objectivement, aux besoins de la société. Les objectifs législatifs sont vraiment des choix politiques, c'est-à-dire un arbitrage entre divers courants idéologiques de la société québécoise. C'est donc surtout au plan technique que la critique de l'Avant-projet par le juriste peut être utile.

Il faut enfin rappeler l'opposition inévitable entre certaines politiques. Ainsi, on ne peut pas protéger le consentement ou lutter contre les pratiques

142. S. NORMAND, *supra*, note 17, p. 1066.

143. Nous sommes d'autant plus à l'aise de l'affirmer que nous n'avons apporté qu'une contribution très modeste aux travaux de l'Office de révision du Code civil.

abusives sans affaiblir la stabilité des rapports juridiques ; inversement, plus le législateur voudra renforcer la sécurité juridique, moins il protégera le consentement et l'équité contractuelle. Il y a généralement un prix à payer pour chaque politique mise de l'avant. L'art législatif consiste à doser les politiques conflictuelles de manière à les rendre acceptables à l'ensemble de la société à une époque donnée.

L'art de légiférer, particulièrement dans un code civil, veut aussi que les textes laissent aux tribunaux une certaine marge de manœuvre pour aménager les frontières entre les règles véhiculant des politiques conflictuelles. Les exigences légales pointilleuses enferment les tribunaux dans un carcan et les empêchent de trouver au besoin une solution d'équilibre entre deux politiques qui s'affrontent. Certes, l'Avant-projet, comme on l'a vu, accorde souvent discrétion aux tribunaux. Mais il comporte aussi, surtout en matière d'ordre public de protection, de nombreuses règles extrêmement précises qui risquent de devenir gênantes. Cette législation par le petit détail n'a pas sa place dans un code civil. Si les auteurs du *Code civil du Québec* tenaient néanmoins à la conserver, ils devraient en déléguer le pouvoir au Gouvernement : car un règlement est plus facilement modifié qu'un code civil.