

La justice contractuelle : mythe ou réalité ?

Brigitte Lefebvre

Volume 37, Number 1, 1996

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043375ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043375ar>

[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

Lefebvre, B. (1996). La justice contractuelle : mythe ou réalité ? *Les Cahiers de droit*, 37 (1), 17–30. <https://doi.org/10.7202/043375ar>

Article abstract

The *Civil Code of Québec* advances a new philosophy of contractual justice which especially seeks to protect the position of a weaker party in a contract. This new approach casts uncertainty on the theory of voluntary consent. The paper first emphasizes the grounds upon which this theory was questioned and new avenues are suggested. It then becomes evident that good faith is at the heart of the debate. Then following a brief examination of this concept, the text deals with the true efficiency of provisions covering abusive clauses.

La justice contractuelle : mythe ou réalité ?

Brigitte LEFEBVRE*

Le Code civil du Québec prône une nouvelle philosophie de justice contractuelle qui vise notamment à protéger la partie faible à un contrat. Cette nouvelle approche remet en question la théorie de l'autonomie de la volonté. Dans le présent texte, l'auteure souligne, dans un premier temps, les motifs pour lesquels cette théorie a été remise en question et les nouvelles avenues suggérées. On constate alors que la notion de bonne foi est au cœur du débat. Puis, dans un deuxième temps, après avoir jeté un coup d'œil sur cette notion, l'auteure traite de l'efficacité concrète des dispositions sur les clauses abusives.

The Civil Code of Québec advances a new philosophy of contractual justice which especially seeks to protect the position of a weaker party in a contract. This new approach casts uncertainty on the theory of voluntary consent. The paper first emphasizes the grounds upon which this theory was questioned and new avenues are suggested. It then becomes evident that good faith is at the heart of the debate. Then following a brief examination of this concept, the text deals with the true efficiency of provisions covering abusive clauses.

* Notaire; professeure, Département des sciences juridiques, Université du Québec à Montréal.

	<i>Pages</i>
1. La nouvelle philosophie du Code civil du Québec : la justice contractuelle	19
1.1 Le dogme de l'autonomie de la volonté	19
1.2 La théorie de Ghestin : le juste et l'utile dans le contrat	20
1.2.1 L'utilité du contrat	21
1.2.2 Le juste dans le contrat	22
1.3 Le principe de la bonne foi	23
1.3.1 La bonne foi et la morale	23
1.3.2 La bonne foi et l'équité	24
2. Une application de la bonne foi dans le nouveau Code civil du Québec : les clauses abusives	25
2.1 Les points positifs	27
2.2 Les points négatifs	28
Conclusion	30

On a beaucoup parlé et écrit sur la nouvelle philosophie du *Code civil du Québec* depuis ces dernières années¹. On pourrait même être porté à croire que tout a été dit et que son examen n'est que redite. Il est toutefois important d'insister sur la nouvelle philosophie, afin qu'elle imprègne et oriente l'application et l'interprétation des règles du nouveau *Code civil du Québec*. Cette philosophie est axée sur un rétablissement ou, plutôt, un redressement de la justice et vers une prise en considération accrue de la personne. Elle s'inscrit dans la foulée des chartes qui visent à assurer le respect des droits fondamentaux des individus en leur assurant un traitement égal. À ce titre, on peut y voir une recrudescence de la justice distributive. Le législateur a, dans le nouveau Code, édicté une multitude de règles ayant pour but de promouvoir une plus grande justice contractuelle. Certaines sont nouvelles, d'autres existaient déjà en vertu de l'ancien droit à titre de règles jurisprudentielles². Parmi ces règles, le législateur a puisé des principes fondamentaux au nombre desquels on trouve le principe de la

1. J.-L. BAUDOIN, « Conférence de clôture : Journées Maximilien-Caron, Les enjeux et valeurs d'un Code civil moderne », (1990) 24 *R.J.T.* 619; P.-G. JOBIN, « Prospective générale : la réforme du droit des obligations », (1989) 30 *C. de D.* 557; J. PINEAU, « Les grands objectifs et les lignes de force de la réforme », (1989) 30 *C. de D.* 587; J. PINEAU, « La philosophie générale du nouveau Code civil du Québec », (1992) 71 *R. du B. can.* 423.

2. Pour la recension des nouvelles règles, voir : P.-G. JOBIN, « La révision du contrat par le juge dans le Code civil », dans E. CAPARROS (dir.), *Mélanges Germain Brière*, coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, pp. 400-437.

bonne foi. Certes, il peut apparaître prématuré, après moins de deux années d'existence, de tenter de mesurer l'efficacité du nouveau Code et de répondre à notre interrogation initiale : la justice contractuelle est-elle un mythe ou une réalité ? Toutefois, il nous paraît opportun de le faire dès maintenant, car, le cas échéant, les correctifs pourraient être apportés le plus rapidement possible. À ce stade-ci, la jurisprudence est malléable et ne s'est pas encore enlisée dans une interprétation stricte qui irait à l'encontre des intentions initiales³.

1. La nouvelle philosophie du *Code civil du Québec* : la justice contractuelle

La nouvelle philosophie du Code civil semble, de prime abord, heurter de plein fouet le principe « sacro-saint » de l'autonomie de la volonté. Afin de mieux saisir la portée de la réforme, il y a lieu d'examiner les fondements de la nouvelle philosophie et de rappeler les motifs qui l'ont vue naître.

1.1 Le dogme de l'autonomie de la volonté

En vertu du *Code civil du Bas Canada*, le droit des contrats était fondé sur le dogme de l'autonomie de la volonté, lui-même issu de la philosophie du libéralisme économique de l'époque. Réitérons-en les idées directrices.

La théorie classique repose essentiellement sur le postulat « qui dit contractuel dit juste » et explique la force obligatoire du contrat par la primauté de l'autonomie de la volonté. Cette école de pensée part du principe que tous les êtres humains sont égaux. En conséquence, ils détiennent tous les attributs nécessaires pour pouvoir veiller à leurs intérêts. Ils sont les mieux placés pour en juger. Étant égaux, ils négocient sur un pied d'égalité avec leurs cocontractants et sont en mesure de conclure la meilleure entente possible pour eux. Les conventions ne peuvent, en conséquence, qu'être justes, car autrement aucun contractant n'y aurait consenti. L'être humain est parfaitement libre de s'obliger ou non. La seule limite est l'ordre public qui a été perçu comme une exception au principe de l'autonomie de la volonté et qui, en conséquence, a reçu une application limitée.

On a critiqué cette théorie⁴. La principale critique est que l'on tient pour acquis que le contrat est juste parce que les contractants sont égaux.

3. Nous pensons à l'interprétation restrictive qu'a reçue l'article 1040 c) C.c.B.C. et qui a beaucoup réduit son effet.

4. V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980; J.-G. BELLEY, « La théorie générale des contrats pour sortir du dogmatisme », (1985) 26 *C. de D.* 1045; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général: sources des obligations*, t. 1, Paris, Rousseau, 1923, p. 84; G. ROUHETTE, « La force obligatoire du

De plus, on suppose que les cocontractants agissent dans l'intérêt commun, soit la réalisation du contrat, alors que, dans les faits, chaque partie voit à faire valoir et à protéger ses propres intérêts. Il ne faut pas confondre égalité juridique et égalité dans les faits. S'il est vrai que depuis la Révolution française les sujets de droit sont juridiquement égaux, c'est-à-dire que l'on ne fait plus de distinction fondée sur la classe sociale des personnes pour leur reconnaître des droits, il n'en demeure pas moins que la société est composée d'individus qui ont tous et chacun des attributs qui leur sont propres, ce qui, en conséquence, les rend différents les uns des autres. Chaque individu a ses forces et ses faiblesses. En l'occurrence, tous ne possèdent pas le même pouvoir de négociation. De tout temps, le plus fort a su dicter sa loi. Nous devons bien constater qu'il en sera toujours ainsi, si aucune limite n'est posée à l'exercice de ces droits. Il en résulte inévitablement des abus qui ne peuvent être contrés si l'on retient la conception classique de la théorie générale du contrat. Le dogme de l'autonomie de la volonté est fondé sur une prémisse d'égalité qui est souvent fautive au départ, d'où l'obligation pour le législateur et pour le juge, le cas échéant, d'intervenir afin de rétablir le déséquilibre des forces en présence.

On doit reconnaître que la conception classique du contrat n'a pas totalement ignoré la force respective des contractants. Le droit civil s'est occupé de veiller à l'existence d'une certaine justice contractuelle par des moyens tels que les vices de consentement et le régime des incapacités. Il faut remarquer toutefois que l'importance du rôle du consentement s'est transformée au fil des ans. Le contractant est souvent réduit à contracter ou à ne pas contracter et n'a pas d'influence concrète sur le contenu du contrat.

1.2 La théorie de Ghestin : le juste et l'utile dans le contrat

Un auteur moderne a récemment réexaminé la notion de contrat sous un nouvel angle⁵. Le professeur Ghestin a fait une étude du contrat et est

contrat », dans D. TALLON et D. HARRIS, *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, Paris, LGDJ, 1987, pp. 27-55 ; B. STRACK, H. ROLLAND et L. BOYER, *Obligations. 2. Contrat*, 4^e éd., Paris, Litec, 1993, p. 7 et suiv. ; G. TRUDEL, « Des frontières de la liberté contractuelle », dans A. POPOVICI (dir.), *Problèmes de droit contemporain : Mélanges Louis Baudouin*, Montréal, PUM, 1974, pp. 217-234 ; J.-L. BAUDOUIN, *Les obligations*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 65 et suiv.

5. J. GHESTIN, « La notion de contrat », *Dalloz*, vol. 2, 1990, chron. 27, p. 147 ; J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *Dalloz*, vol. 1, 1982, chron. 1, p. 1 ; J. GHESTIN, *Les obligations. Le contrat : formation*, 2^e éd., coll. « Traité de droit civil », Paris, LGDJ, 1988, p. 178 et suiv. Cette théorie a été commentée par d'autres auteurs : M. COIPEL, « La liberté contractuelle et la conciliation optimale du juste et de l'utile », (1990) 24 *R.J.T.* 485 ; L. PERRET, « Une philosophie nouvelle des contrats fondée sur l'idée de justice contractuelle », (1980) 11 *R.G.D.* 537.

arrivé à démontrer que la négociation n'est pas de l'essence du contrat. En conséquence, il est donc faux de faire reposer la liberté contractuelle sur le postulat que tous les contrats sont des ententes négociées dans le meilleur intérêt des contractants. Au surplus, le consentement éclairé n'est pas à lui seul suffisant pour assurer une justice contractuelle efficace, car si l'on transige dans un marché captif, c'est-à-dire lorsqu'on se retrouve dans une situation où on est obligé de contracter, la force obligatoire du contrat ne repose définitivement plus sur l'autonomie de la volonté.

Ghestin a proposé une théorie qui vise à concilier la liberté contractuelle et la justice contractuelle. Pour lui, le contrat doit répondre à deux conditions. Il doit être utile et il doit être juste. Pour arriver à une telle conciliation, il est nécessaire de combattre le mythe de l'autonomie de la volonté et de reconnaître que la force obligatoire du contrat découle plutôt de la loi, en d'autres termes, du droit objectif qui tend vers un idéal de justice. Il devient alors plausible de concevoir que le contrat puisse être assujéti à certaines restrictions prévues par la loi. Examinons sa théorie.

1.2.1 L'utilité du contrat

Le contrat doit être utile. L'utilité s'entend dans le sens d'intérêt général. Le contrat a une utilité sociale. Il s'avère l'instrument par excellence pour effectuer les échanges de biens et de services entre les personnes. Cet instrument est indispensable à la vie en société. Le citoyen ne vit ni en ermite, ni en solitaire. Il a nécessairement besoin de l'activité de ses pairs et de mécanismes juridiques pour assurer sa croissance. Le contrat a donc une utilité sociale certaine, et c'est à ce titre que le législateur le sanctionne et qu'il intervient pour contrôler les abus qu'il peut engendrer⁶. Notons toutefois que, pour Ghestin, le contrat doit être validé malgré l'absence d'utilité particulière pour le contractant. Le terme « utile » ne devrait-il pas englober cette situation ? Ne pas reconnaître que le contrat doit également avoir une utilité particulière ne conduit-il pas à cautionner et à valider le contrat en tant qu'outil possible d'exploitation ?

Il ne s'agit pas de bannir la volonté de la sphère contractuelle, mais plutôt de l'assujéti aux restrictions du droit objectif. Or, dans cette nouvelle théorie du contrat, la caractéristique principale du contrat subsiste. Ce qui caractérise le contrat, c'est son mode de création qui repose essentiellement sur un accord de volontés⁷. Le contrat tire sa spécificité de la façon dont les contractants créent un lien juridique entre eux.

6. J. GHESTIN, *op. cit.*, note 5, p. 187, n° 177-1.

7. J. GHESTIN, « La notion de contrat », *loc. cit.*, note 5, 148-152.

En conséquence, il est utile et nécessaire pour le législateur d'attribuer des effets juridiques à l'accord de volonté. Le législateur leur délègue une partie de son pouvoir, afin qu'ils puissent réglementer avec un maximum de liberté leurs agissements et créer des droits et des obligations par le contrat. L'autonomie de la volonté est en ce sens indissociable de la liberté contractuelle, ce qui ne veut pas dire qu'elle soit sans limite⁸.

1.2.2 Le juste dans le contrat

Le contrat doit non seulement être utile, il doit également être juste. Selon le professeur Ghestin, la justice est complétée par le principe de la bonne foi⁹. Nous pouvons nous demander de quelle justice il s'agit ici. Le mot « justice » a plusieurs significations. La justice peut s'entendre dans le sens restreint de ce qui est conforme au droit¹⁰. D'autres acceptions du mot nous permettent de sortir du cadre du droit positif. Il existe, en effet, plusieurs sortes de justice. La justice distributive est celle qui consiste à remettre à chacun la part qui lui revient¹¹. L'accent est mis sur l'égalité qui devrait régner entre tous les sujets. La réalité est tout autre, et il est utopique de croire que les inégalités peuvent disparaître en totalité. Le législateur tente toutefois d'y parvenir en créant diverses catégories de personnes et de biens ayant des traitements juridiques qui leur sont propres. Certaines dispositions d'ordre public de protection contribuent à ce titre à assurer une certaine justice distributive. Ghestin nous indique cependant que c'est plutôt dans le sens de justice commutative que l'on entend le juste dans le contrat. C'est en vertu de la justice commutative que chaque partie doit recevoir une contrepartie qui équivaut à ce qu'elle donne. Il nous semble encore une fois que le contrat doit servir à équilibrer les obligations des parties.

Un apport important de la théorie de Ghestin est de mettre en évidence que l'accord des volontés ne représente qu'une présomption de justice contractuelle, qui peut et doit être repoussée si l'équilibre est rompu entre les droits et les obligations de chacune des parties¹². Ce n'est donc pas parce qu'on a consenti à un contrat que ce dernier est juste. Il est simplement présumé juste. Cette inversion des choses a un rôle significatif à jouer dans l'évolution du droit des obligations à la recherche d'une plus grande justice contractuelle.

8. *Id.*, 149.

9. J. GHESTIN, *op. cit.*, note 5, p. 194, n° 181.

10. *Id.*, p. 194, n° 181-1.

11. *Id.*, p. 195, n° 181-1.

12. *Id.*, p. 197, n° 182.

L'intérêt de l'analyse faite par Ghestin repose sur les faits suivants : 1) le contrat doit refléter un certain équilibre entre les parties ; 2) la bonne foi est un élément très important de sa théorie. C'est une notion intimement liée au concept de contrat. Il la consacre à titre de principe général. En conséquence, les dispositions qui tendent à faire valoir le principe de la bonne foi ne devraient pas être interprétées restrictivement. La bonne foi n'est pas une exception à la liberté contractuelle ; elle est un des fondements du contrat.

1.3 Le principe de la bonne foi

Pour le législateur québécois, il en est de même. Dans ses commentaires, le ministre de la Justice présente ce principe comme l'une des pierres angulaires du nouveau Code civil¹³.

Mais qu'est-ce que la bonne foi ? La bonne foi est une notion dualiste¹⁴. Elle s'entend dans un sens classique d'une croyance erronée en une situation juridique régulière¹⁵. Elle vise alors à contrecarrer l'effet d'une nullité. La bonne foi, c'est aussi avoir un comportement loyal¹⁶. C'est une norme de comportement en vertu de laquelle on examinera les agissements d'une partie en fonction, non seulement de son intention, mais également par rapport à ce que la société, par l'intermédiaire des juges, conçoit comme le comportement d'une personne raisonnable. En effet, dans certains cas, l'élément psychologique s'estompe pour laisser la place à des considérations extrinsèques d'ordre moral.

Afin de mieux délimiter la notion de bonne foi, il est utile d'en examiner brièvement les fondements. On invoque souvent que la bonne foi est un principe moral, un principe d'équité. La bonne foi est maintenant un principe juridique expressément reconnu dans le droit civil québécois. Toutefois, elle a comme fondement des considérations de morale et d'équité.

1.3.1 La bonne foi et la morale

Le droit et la morale sont des concepts interactifs. Cependant, chacun a son caractère distinctif. En effet, « tout ce qui est commandé par la morale

13. G. RÉMILLARD, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 829.

14. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 3^e éd., Paris, PUF, 1992, p. 105.

15. F. LANGELIER, *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. 6, Montréal, Wilson & Lafleur, 1911, p. 453 ; W. RODYS, *Traité de droit civil du Québec*, t. 15, Montréal, Wilson & Lafleur, 1958, p. 273.

16. ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La bonne foi*, Journées louisianaises 1992, Paris, Litec, 1994 ; G.D.G. *Environnement Ltée. c. Zoecon Canada Inc.*, J.E. 93-1255 (C.S.).

n'est pas nécessairement sanctionné par le droit¹⁷ ». La bonne foi est à l'origine une règle de moralité chrétienne qui servit notamment à sanctionner le péché. Avec le temps, elle a perdu son caractère essentiellement moral et a été sanctionnée par le droit¹⁸. La juge Rousseau-Houle s'exprime en ces termes à ce sujet : « Toutes les fois que la règle morale arrive à se faire reconnaître par le législateur et par les juges, elle devient règle juridique grâce à la sanction qu'ils lui accordent¹⁹. » En droit québécois, hormis les cas où les sanctions sont précisément prévues dans certains articles, le principe de la bonne foi trouvera sa sanction par l'entremise de la responsabilité civile. La bonne foi, règle juridique, se rapproche également de la morale par sa fonction normative²⁰.

1.3.2 La bonne foi et l'équité

La bonne foi entretient aussi des liens étroits avec la notion d'équité. En vertu de l'ancien Code, le principe de la bonne foi a été introduit dans le droit québécois par l'intermédiaire de l'article 1024 du *Code civil du Bas Canada* qui permettait de tenir compte de l'équité. L'équité est une notion fort complexe que plusieurs n'ont pas voulu tenter de définir²¹. On peut lui attribuer deux sens : l'un objectif, l'autre subjectif²².

Dans son sens objectif, l'équité est intimement liée à la notion de justice. Dans la première acception du mot, l'équité consiste à rendre à une personne ce qui lui est dû et à traiter les personnes sur un pied d'égalité. Il se dégage indéniablement de la notion d'équité une idée d'égalité, d'équilibre. Elle peut être considérée comme un mécanisme visant à faire le lien entre le droit et la justice.

Dans son sens subjectif, l'équité est la règle qui va à l'encontre de la solution légale et qui n'existe que parce que la solution légale crée une injustice. L'équité subjective est une justice du cas par cas. *A priori*, elle ne semble pas avoir sa place au sein d'un système civiliste où les règles de droit proviennent du pouvoir législatif et non du pouvoir judiciaire. Cependant,

-
17. B. STARCK, H. ROLLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, 3^e éd., Paris, Litec, 1991, p. 10.
 18. G. RIFERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 1949 ; J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, coll. « Droit fondamental. Droit civil », Paris, PUF, 1992, p. 84.
 19. T. ROUSSEAU-HOULE, « Le fondement moral du droit des affaires : les applications en droit civil québécois », (1993) 27 *R.J.T.* 227, 233.
 20. J. CARBONNIER, « Morale et droit », (1993) 11 *Rev. juridique du Centre-ouest* 3, 5.
 21. Pour différentes définitions de l'équité, voir : A. DESSENS, « Essai sur la notion d'équité », thèse de doctorat, Toulouse, F. Boisseau, 1934, pp. 14-16.
 22. P. SANZ DE ALBA, « Sur quelques aspects de l'équité », thèse de doctorat, Aix-Marseille, 1980, p. 23 et suiv.

nul ne peut en contester l'existence lorsque le législateur demande au juge de se prononcer à la lumière d'un concept aussi malléable que la bonne foi. Le juge considère alors la situation par rapport à ce qu'il croit juste et équitable.

Cependant, la bonne foi n'est pas synonyme d'équité. Elle a un champ d'application beaucoup plus étendu. La bonne foi s'éloigne de l'équité lorsqu'on limite son application au nom de la sécurité des transactions que vise à assurer le droit positif. Toutefois, tout comme l'équité, la bonne foi adapte le droit à l'évolution des mœurs et des valeurs de la société. Elle peut être considérée comme un mécanisme d'équité, un outil permettant au droit de répondre à un besoin de justice contractuelle.

La bonne foi constitue donc un mécanisme d'équité par les moyens de sa mise en œuvre. En effet, chaque fois que le législateur permet aux juges de statuer aux conditions qu'ils estiment raisonnables ou appropriées, il permet de juger en équité. Mais nous devons reconnaître qu'avec le temps le caractère subjectif de l'équité va s'estomper. Au fur et à mesure que la jurisprudence se sera prononcée sur la notion de bonne foi, les obligations qui en découleront vont se circonscrire. Les tribunaux tiendront compte du corpus jurisprudentiel et des réponses déjà données, pour, en conséquence, s'éloigner du jugement en équité. Cette dernière en demeurera toutefois l'un des fondements.

2. Une application de la bonne foi dans le nouveau Code civil du Québec : les clauses abusives

La bonne foi intervient soit directement, soit de façon sous-jacente par l'intermédiaire de plusieurs dispositions du Code civil, tels le dol, l'abus de droit, les clauses abusives, la lésion entre majeurs dans les cas prévus par la loi.

Afin de tenter de répondre à notre interrogation initiale, à savoir si la justice contractuelle est un mythe véhiculé par les dispositions du Code ou une réalité, nous limiterons nos propos à l'examen du traitement des clauses abusives. En effet, il déborde du cadre de notre exposé d'étudier tous les mécanismes mis en œuvre par le Code civil pour assurer un plus grand équilibre contractuel. Notre choix a été motivé par le fait que, sous l'empire de l'ancien Code, il n'existait pas de dispositions permettant de contrer les clauses abusives, dans les contrats en général²³. Il s'agit donc de droit nouveau.

23. Elles existaient toutefois en matière de louage résidentiel : art. 1664.11 C.c.B.C.

Rappelons le fait que l'article 1437 vise les clauses abusives insérées tant dans un contrat de consommation que dans un contrat d'adhésion. La reconnaissance par le législateur d'un traitement particulier pour ce dernier type de contrat s'avérait nécessaire. En effet, l'évolution économique et sociale nous démontre que l'organisation économique repose sur des situations de monopole, de concentration des marchés. Il devient de plus en plus difficile aujourd'hui de faire affaire dans certains secteurs d'activité sans être affilié à une bannière. Il est donc important de reconnaître que ce ne sont pas uniquement les consommateurs qui doivent être protégés, mais également une catégorie particulière d'investisseurs qui entrent en relation avec un cocontractant dans un contexte de contrat de dépendance²⁴.

Depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code civil, on rapporte dans les résumés de la collection « Jurisprudence Express » 21 litiges où l'on a eu à s'interroger sur l'application des articles 1437 et 1623 traitant des clauses abusives²⁵. Sur cinq jugements examinant le caractère abusif d'une clause pénale, quatre ont été accueillis et un seul rejeté. Les clauses pénales ont alors été réduites. Quant aux jugements portant sur les clauses abusives dans un contrat d'adhésion ou de consommation, une demande a été rejetée sur la base du fait qu'il ne s'agissait pas d'un contrat d'adhésion ; six l'ont été parce que la clause n'était pas abusive ou ne donnait pas ouverture à ce recours et neuf ont été accueillies. De ces dernières, sept clauses ont été annulées, alors que deux ont été réduites. À la lumière de ces données, il semble que les dispositions visant à contrer les clauses abusives jouent un rôle significatif et sont des dispositions pertinentes dans la quête d'une plus grande justice contractuelle. On peut également constater que ce ne sont pas toutes les demandes qui sont accueillies, ce qui démontre qu'il n'y a pas véritablement à craindre pour la stabilité contractuelle. Mais peut-on crier victoire et répondre que la justice contractuelle se porte à merveille dans le droit québécois ?

24. G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendances : essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, Paris, LGDJ, 1986.

25. Ces chiffres résultent d'un bref examen des résumés de la collection « Jurisprudence Express » et ne sauraient être exhaustifs. L'application de ces articles a également été discutée dans plusieurs litiges non rapportés. Ils demeurent quand même révélateurs et démontrent que ces dispositions sont fréquemment invoquées par les plaideurs. De prime abord, le nombre de litiges portant sur ces articles peut paraître élevé, mais il ne faut pas oublier que ces dispositions s'appliquent également aux contrats conclus avant l'entrée en vigueur du nouveau Code par l'entremise du droit transitoire.

2.1 Les points positifs

L'examen de la jurisprudence permet de constater certains faits encourageants : premièrement, les tribunaux ont appliqué ces dispositions à différentes situations contractuelles et ne les ont pas confinées à des types de contrat en particulier. Il va sans dire que certains types de contrat sont plus visés que d'autres. À l'heure actuelle, l'examen de la jurisprudence révèle que c'est notamment le cas pour le contrat de location de voiture et le contrat de crédit-bail. Toutefois, il n'y a pas d'exclusion automatique, et chaque cas fait l'objet d'un examen approprié. La jurisprudence nous fournit des exemples en matière de contrat de prêt²⁶, de contrat de groupage²⁷, de contrat de travail²⁸, de contrat de vente²⁹, de contrat de franchise³⁰ et de contrat à forfait³¹.

Deuxièmement, nous constatons que le type de clauses visées diffère beaucoup d'un litige à l'autre. Les tribunaux se sont notamment penchés sur les clauses suivantes : la clause pénale, la clause de non-responsabilité, une clause qui rend inopposable au locateur le dol du fournisseur ou de ses mandataires, la clause de taux d'intérêt à un contrat de prêt, une clause qui rend le signataire d'un contrat personnellement responsable même s'il n'est pas partie à l'acte, la clause de valeur résiduelle à un contrat de location, la clause de reprise de possession de l'équipement loué et une clause d'établissement des conditions du versement d'une commission. Ce nombre de clauses laisse présager un avenir prometteur aux dispositions traitant des clauses abusives et un vaste champ d'application.

Enfin, la jurisprudence étudiée nous révèle, par le nombre de demandes accueillies, que les juges sont en majorité ouverts à la nouvelle philosophie contractuelle.

Malheureusement, certains cas reçoivent encore une interprétation restrictive. Dans l'affaire *Crédit Trans-Canada Ltée c. Prévost*³², qui portait sur un contrat de prêt, le juge est d'avis que l'article 1437 ne s'applique que lorsque la clause dénature le contrat, ce qui, selon lui, n'était pas le cas en l'espèce. Son attitude est représentative du point de vue de ceux qui craignent d'instaurer un climat d'instabilité contractuelle. À cet égard, la *Loi sur la protection du consommateur* devrait permettre de démontrer que même

26. *Crédit Trans-Canada Ltée c. Prévost*, J.E. 95-662 (C.Q.).

27. *Bonanza Holydays Tours Ltd. c. British Airways*, J.E. 95-1531 (C.S.).

28. *Blais c. I.T.T. Canada Finance Inc.*, J.E. 95-772 (C.S.).

29. *Yoskovitch c. Tabor*, J.E. 95-573 (C.S.).

30. *Bel Gaufre Inc. c. 159174 Canada Inc.*, J.E. 95-1448 (C.S.).

31. *Janin Construction (1983) Ltée c. Régie d'assainissement des eaux du bassin de Laprairie*, J.E. 94-1559 (C.S.).

32. *Crédit Trans-Canada Ltée c. Prévost*, précité, note 26.

un mécanisme comme celui de la lésion n'a pas eu l'effet dévastateur escompté. Il en est de même de l'ancien article 1040 c) C.c.B.C. qui est loin d'avoir déstabilisé le monde bancaire. Tout est question de dosage.

2.2 Les points négatifs

Malgré ces points positifs, plusieurs facteurs nous obligent à considérer que la justice contractuelle n'est pas encore pleinement atteinte en droit québécois.

Premièrement, une considération d'ordre général s'impose : c'est la question de l'accès à la justice. Malgré l'existence de tous les outils juridiques nécessaires, encore faut-il que les justiciables puissent s'en prévaloir. À cet égard, l'ignorance des individus quant à leurs droits, jumelée au coût et aux délais, jette une ombre au tableau. Nous déplorons le fait que le législateur ait choisi une méthode d'intervention essentiellement curative.

Deuxièmement, le juriste rédacteur de contrat a un rôle d'éducateur à jouer. Malheureusement, il n'est pas rare de retrouver dans les contrats des clauses qui ont été jugées illégales et des clauses qui vont à l'encontre de dispositions expresses du Code civil. Le rédacteur de contrat a la responsabilité sociale de voir à ce que les valeurs de la société, véhiculées par le droit, soient respectées. Le juriste rédacteur de contrat est dans une position privilégiée pour connaître les règles de droit et savoir que le contrat enfreint certaines d'entre elles. Bien sûr, on ne peut pas connaître à l'avance l'interprétation qui sera donnée à un contrat par les tribunaux, mais lorsque l'interprétation est connue ou que la clause va carrément à l'encontre de la règle de droit, le rédacteur se doit d'en tenir compte, et ce, malgré les instructions du client. Il est de son devoir social de faire pression sur ce dernier et de tenter de le dissuader. Le juriste s'empresse souvent d'attaquer une clause d'un contrat et de tenter de la faire déclarer abusive, pourquoi n'agirait-il pas avec la même vigueur au stade de la formation du contrat ? L'intervention du rédacteur aurait alors un rôle préventif plutôt que curatif et serait plus profitable pour la société tout entière.

Le troisième aspect négatif découle à la fois d'un certain effet pervers de l'autorité de la chose jugée et de celui de l'effet relatif des contrats. L'introduction dans le Code civil des dispositions sur les clauses abusives vise non seulement à permettre de réparer les abus, mais également à jouer un rôle dissuasif. En édictant ces dispositions, le législateur a tenu à avertir les contractants peu scrupuleux d'être diligents et de ne pas abuser de leur liberté contractuelle. Ces dispositions n'ont malheureusement pas toujours le résultat escompté. Un exemple suffira à le démontrer. Le Code civil comporte, à l'article 2848, une règle de l'autorité de la chose jugée qui a pour

but d'interdire que soit portée plus d'une fois devant les tribunaux une même cause d'action entre les mêmes parties. D'autre part, l'article 1440 édicte que le contrat n'a d'effet qu'entre les parties contractantes. Le contrat et l'autorité de la chose jugée n'ont donc d'effets qu'entre les parties et ne sont pas opposables aux tiers. *A priori*, cette condition se justifie d'elle-même et vise la protection des tiers qui ne peuvent se faire opposer un jugement auquel ils n'ont pas été partie et pour lequel il ne leur a pas été permis de faire valoir leurs prétentions. Mais c'est là que le bât blesse ! La situation est particulièrement tragique dans le cas de l'utilisateur de contrat type. Dans l'affaire *Crédit Trans-Canada Ltée c. McClemens*, le tribunal avait à déterminer si le créancier était habilité à réclamer la différence des intérêts entre le taux légal et le taux prévu dans le contrat, en l'espèce 39,61 p. 100, malgré une quittance donnée par le greffier à la suite d'un dépôt volontaire par la débitrice³³. Le tribunal, après avoir examiné les buts du dépôt volontaire et le *Code de procédure civile*, rejette l'action. Le tribunal ajoute au surplus, en obiter toutefois, la possibilité d'appliquer à la situation en l'espèce les articles 1437 visant les clauses abusives et 2332 qui permet d'invoquer lésion en matière de contrat de prêt. Pour le tribunal, le taux d'intérêt de ce prêt est exorbitant et donnerait ouverture aux sanctions prévues par l'article 2332. Il fait remarquer que, dans d'autres situations similaires, certains de ses collègues n'ont pas hésité et en sont arrivés à la même conclusion. Ce qui est significatif pour notre propos, c'est que deux des trois litiges auxquels se réfère le juge impliquent la demanderesse à l'instance, *Trans-Canada Crédit Ltée*. La condamnation n'a pas eu l'effet escompté et la demanderesse récidive. L'ironie de cette histoire lui donne raison. Tant que la clause n'est pas attaquée devant les tribunaux, la créancière perçoit des sommes d'intérêts très importantes et fait des affaires très lucratives aux dépens de débiteurs souvent démunis et qu'elle tient à sa merci. Il est encore plus scandaleux de retrouver, dans une autre affaire, jugée postérieurement, encore la même demanderesse qui, dans des circonstances similaires, obtient, cette fois, gain de cause. En effet, dans l'affaire *Crédit Trans-Canada Ltée c. Prévost*, le tribunal a refusé de considérer un taux d'intérêt de 39,85 p. 100 comme abusif au motif que celui-ci était clairement indiqué dans le contrat et que rien ne démontrait que ce taux allait au-delà des obligations essentielles d'un contrat de prêt au point de le dénaturer³⁴. Ainsi, la même année, deux contrats de prêt prévoyant presque le même taux d'intérêt, impliquant le même créancier, ont tantôt été jugés exorbitants et lésionnaires, tantôt parfaitement légitimes. Devant cet exemple éloquent, le moins que l'on puisse dire, c'est que les mécanismes mis en

33. *Crédit Trans-Canada Ltée c. McClemens*, [1995] R.J.Q. 985 (C.Q.).

34. *Crédit Trans-Canada Ltée c. Prévost*, précité, note 26.

œuvre par le Code civil ne sont pas garants d'une saine justice contractuelle et qu'ils nous laissent perplexes. Les dispositions permettent à la partie désavantagée par la clause abusive d'espérer un correctif ultérieur, mais elles n'ont pas pour effet d'éduquer les créanciers et de changer leur mentalité. La sanction n'est pas adéquate, au pire le taux d'intérêt sera réduit et les agissements dans un dossier n'ont aucune conséquence sur les autres. C'est en ce sens que l'on peut parler de l'effet pervers de l'autorité de la chose jugée.

Conclusion

Nous ne voudrions pas conclure sur une note alarmiste. Nous nous réjouissons, tout de même, des moyens qu'offre le nouveau Code civil et nous osons espérer que l'avenir saura démontrer leur utilité et leur efficacité. Toutefois, force nous est de reconnaître que le droit a ses limites. Faut-il rappeler que droit n'est malheureusement pas synonyme de justice ?