

À propos de l'affaire *Dell* : l'ordre public incompris

Mistrale Goudreau

Volume 37, Number 2, 2007

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1027088ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1027088ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Goudreau, M. (2007). À propos de l'affaire *Dell* : l'ordre public incompris. *Revue générale de droit*, 37(2), 379–391. <https://doi.org/10.7202/1027088ar>

À propos de l'affaire *Dell* : l'ordre public incompris

MISTRAL GOUDEAU

Professeure agrégée, Section de droit civil, Université d'Ottawa

1. L'affaire *Dell*¹ aura posé une fois de plus la question fondamentale pour l'ordre judiciaire : les juges rendent-ils des décisions imprégnées de leurs propres valeurs ou encore des valeurs qu'ils estiment dominantes dans leur système de droit? Dans l'affaire *Dell*, on demandait entre autres à la Cour de déclarer d'ordre public la procédure du recours collectif, procédure conçue pour « faciliter l'accès à la justice aux citoyens qui partagent des problèmes communs et qui, en l'absence de ce mécanisme, seraient peu incités à s'adresser individuellement aux tribunaux pour faire valoir leurs droits »² « ou n'auraient pas les moyens financiers pour le faire »³. Qualifié d'élément de l'ordre public de protection, le recours collectif n'aurait pas pu faire l'objet de renonciation⁴.

2. La réponse à cette question sera unanime : cette procédure n'est pas d'ordre public. Pour régler l'affaire *Dell*, les juges choisiront plutôt de s'interroger sur l'application de l'article 3149 C.c.Q. Les juges, majoritaires comme minoritaires, discutant du recours collectif, invoqueront qu'il « n'est pas un droit (*jus*); c'est un moyen »⁵, un simple « véhicule procédural dont l'emploi ne modifie ni ne crée des droits substantiels », auquel on peut généralement renoncer »⁶. Cette procédure est même jugée indigne d'être considérée comme un « remède au sens de la maxime *ubi jus, ibi remedium*. Ce n'est

1. *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34 [*Dell*].

2. *Bisaillon c. Université Concordia*, [2006] 1 R.C.S. 666, au par. 16 [*Bisaillon*].

3. Par. 106 de la décision *Dell*, *supra*, note 1.

4. *Garcia Transport Ltée c. Cie Royal Trust*, [1992] 2 R.C.S. 499, aux par. 36 et 50.

5. Par. 107 de la décision *Dell*, *supra*, note 1.

6. Par. 226 de la décision *Dell*, *supra*, note 1, citant le par. 17 de la décision *Bisaillon*, *supra*, note 2.

qu'un mécanisme particulier qui vient s'appliquer, pour la "collectiviser", à une façon déjà existante d'exercer un droit déjà existant»⁷. Si le droit d'action individuel n'existe pas, la procédure du recours collectif ne peut être utilisée⁸. En l'espèce, comme une clause d'arbitrage écartait le droit d'action individuel, on a estimé qu'elle devait aussi exclure le recours collectif.

3. De l'avis de la Cour, l'article 2639 C.c.Q., qui soustrait certaines questions à la compétence de l'arbitre, doit recevoir une interprétation restrictive; elle est réduite « aux seules matières analogues à celles énumérées à cette disposition », soit les différends portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales⁹.

4. Si nous ne sommes pas parvenue à convaincre la Cour de nos arguments¹⁰, nous devons avouer que réciproquement les motifs de la Cour n'ont pas réussi à nous convaincre. On pourrait déduire de la décision que l'ordre public ne vise plus aucune question de procédure¹¹. Voilà une conclusion bien étonnante, car il nous paraît incontestable que les déficiences de la procédure ont le potentiel d'emporter le fond. Un droit ne vaut que si l'on peut en obtenir le respect. Le recours collectif a été instauré notamment pour régler le problème de ces « poursuites [qui auraient été] trop coûteuses pour [être] intent[ées] individuellement »¹². Il est difficile de croire que,

7. Par. 107 de la décision *Dell*, *supra*, note 1, citant M. BOUCHARD, « L'autorisation d'exercer le recours collectif », (1980) 21 C. de D. 855, à la p. 864.

8. Par. 108 de la décision *Dell*, *supra*, note 1. Voir aussi le par. 224 à ce sujet.

9. Par. 109 de la décision *Dell*, *supra*, note 1. L'affirmation est discutable. L'article 2639 C.c.Q. énonce : « Ne peut être soumis à l'arbitrage, le différend portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les autres questions qui intéressent l'ordre public. » Rien n'indique que les « autres questions » doivent être analogues aux premières. La Cour se livre ici à un exercice de réécriture de l'article, en y ajoutant opportunément le mot « analogue ».

10. M^e Philippa Lawson et nous avons représenté des intervenants dans cette affaire, la Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet du Canada et le Centre pour la défense de l'intérêt public.

11. Pourtant, l'accès aux tribunaux a longtemps été considéré comme une question d'ordre public, à tel point que sous le *Code de procédure civile* de 1897 et avant l'entrée en vigueur du Code de 1966, la clause compromissoire parfaite était jugée invalide comme contraire à l'ordre public : voir *Vinette Construction Ltée c. Dobrinsky*, [1962] B.R. 62; *National Gypsum Co. v. Northern Sales Ltd.*, [1964] R.C.S. 144 et l'historique fait par le juge Chouinard dans l'arrêt *Zodiak International Productions Inc. c. Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529, aux par. 18 à 21.

12. *Hollick c. Toronto (Ville)*, [2001] 3 R.C.S. 158, au par. 15.

sans le bénéfice du recours collectif ou de l'action devant la Cour des petites créances¹³, les consommateurs dont la plainte ne concerne qu'une somme modique, exerceront vaillamment leurs droits devant les tribunaux ou les arbitres, faisant fi de toute question de rentabilité de leur démarche. Même la mise sur pied d'arbitrages à coûts réduits pour les litiges de consommation ne réglerait pas tous les problèmes : qui prendra le temps de se familiariser avec une procédure d'arbitrage pour réclamer l'exécution d'un contrat d'achat courant¹⁴? Il nous semble bien plus réaliste de croire que les consommateurs feront le deuil de leurs droits pour les réclamations de sommes modiques et que les entreprises les moins scrupuleuses tableront plutôt sur le manque de vigilance des consommateurs et sur leurs capacités financières plus limitées pour échapper à leurs responsabilités. Affirmer que cet état de choses n'intéresse pas l'ordre public est une conclusion bien surprenante.

5. La décision porte un dur coup à la protection des consommateurs. Mais elle est aussi de mauvais augure pour l'ensemble du système juridique québécois. Niant tout caractère d'ordre public à la procédure du recours collectif, la Cour (y compris les trois juges dissidents) adopte une attitude hostile aux arguments d'ordre public. Elle déclare¹⁵ : « La décision [*Garcia Transport*] ne laisse cependant subsister aucun doute quant au fait que c'est le législateur québécois qui détermine quelles lois relèvent de l'ordre public, non pas les tribunaux. Le rôle des tribunaux à cet égard consiste à déterminer si l'intention du législateur est suffisamment claire pour conclure qu'il entendait conférer à une loi un caractère d'ordre public, ce qui n'arrivera que dans les rares cas où le

13. Il s'agit de la division des « petites créances » de la Chambre civile de la Cour du Québec; voir le *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25, art. 953-998.

14. Dans l'affaire *Dell*, le centre d'arbitrage était le *National Arbitration Forum [NAF]* qui prévoit une possibilité de levée totale ou partielle des frais d'arbitrage pour les consommateurs : voir la « RULE 44. Fees G ». Ce Code de procédure comporte 48 règles réparties dans un texte de 45 pages, avec lequel un consommateur doit vraisemblablement se familiariser avant d'initier sa plainte. Voir le *Code of Procedure*, (version du 1^{er} août 2007), [En ligne]. <http://www.adrforum.users/naf/resources/20070801CodeofProcedure.doc> (Page consultée le 24 septembre 2007).

15. Voir le par. 225 de la décision *Dell*, *supra*, note 1, parlant de la décision *Garcia Transport*, *supra*, note 4.

législateur aura été moins qu'explicite à ce sujet. » L'affirmation demeure obscure, mais elle semble avancer qu'une disposition n'est d'ordre public que si le législateur le dit clairement, et que, dans la majorité des cas, la déclaration d'ordre public devra être explicite. L'ordre public *extra legem* est relégué aux oubliettes!

6. L'hostilité n'est pas sans rappeler les angoisses des juges de common law à l'égard de la *public policy*. En common law, il n'y a pas vraiment d'expression équivalente à l'ordre public¹⁶, la notion de *public policy* étant plus étroite¹⁷. Entre ordre public français et *public policy* anglais, on note des différences d'esprits, de techniques et de structures¹⁸, mais les deux notions sont quand même voisines. Or, la notion de *public policy* a souvent été reçue avec la plus grande froideur par les juges de common law¹⁹. La déclaration du juge Burrough dans l'affaire *Richardson v. Mellish*²⁰ a fourni l'allégorie du cheval fou : « [...] I, for one, protest, as my Lord has done, against arguing too strongly upon public policy; — it is a very unruly horse, and when once you get astride it you never know where it will carry you. It may lead you from the sound law [...] », quoique l'allégorie ait fait l'objet de rebuffades : « I disagree. With a good man in the saddle, the unruly horse can be kept in control. It can jump over obstacles. It can leap the fences put up by fictions and come down on the side

16. Philippe MALAURIE, *L'ordre public et le contrat (Étude de droit civil comparé — France, Angleterre, U.R.S.S.)*, Tome I, Reims, Matot-Braine, 1953, à la p. 10.

17. John E. C. BRIERLEY, Roderick A. MACDONALD, *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery, 1993, à la p. 194, n° 153.

18. P. MALAURIE, *op. cit.*, note 16, aux p. 11 et 12.

19. Par contre, on trouve des exemples d'une attitude plus réceptive, certains juges estimant que les tribunaux sont parfaitement justifiés d'avoir recours à la *public policy* lorsque les faits demandent son application, puisque cette notion est appelée à fluctuer avec l'évolution des circonstances : *Naylor, Benzon and Co., Limited v. Krainische Industrie Gesellschaft*, [1918] 1 K.B. 331, à la p. 342, conf. par [1918] 2 K.B. 486 (C.A.). C'était aussi l'avis de Lord St. Leonards dans l'affaire *Egerton v. Earl Brownlow et al.*, (1853) 4 H.L. Cas. 1, 10 E.R. 359, aux p. 238-240. Pour un avis semblable, voir *Neeb v. Canada*, [1997] T.C.J. N° 13 (CATaxCt 1997/01/09) (QL).

20. (1824), 2 Sing. 229; 130 E.R. 294 (C.P.), à la p. 303.

of justice »²¹. Certains juges²² ont même opiné que les tribunaux n'avaient pas le pouvoir d'inventer des « *new head of public policy* »²³ — bien que d'autres, estimant la question controversée, ont formulé plutôt un doute²⁴, ou un rappel à la prudence²⁵. La jurisprudence récente semble pencher vers une attitude de souplesse, acceptant de reconnaître un nouveau chapitre d'ordre public si les circonstances le commandent. Ce fut le cas dans l'affaire *Canada Trust Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*²⁶, où la Cour d'appel de l'Ontario, malgré l'absence totale de précédents anglais ou canadien²⁷, déclara la nullité d'un *trust* discriminatoire, jugeant que « the promotion of racial harmony, tolerance and equality is clearly and unquestionably part of the public policy of modern day Ontario »²⁸.

7. La décision *Dell* semble donc s'inscrire dans une tendance très conservatrice, niant le pouvoir créateur du juge. Voilà un revirement jurisprudentiel d'importance, car la question semblait réglée en droit civil. L'affaire *Goulet*²⁹ de 2002 avait posé que « le droit civil reconnaît de longue date le pouvoir des tribunaux de définir et de développer ces principes de droit fondamental ou ces règles de vie sociale qui informent toute

21. *Enderby Town Football Club Ltd. v. The Football Association Ltd.*, [1971] Ch. 591, aux p. 606-607.

22. Voir *Janson v. Driefontein Consolidated Mines, Limited*, [1902] A.C. 484, aux p. 491-492. Pour des opinions dans le même sens au Canada, voir *Wadgery v. Fall*, [1926] 4 D.L.R. 333 (C.A. Sask.), à la p. 335; *Noble and Wolf*, [1949] O.R. 503 (C.A. Ont.), aux p. 528-533; *Glenn v. Nordell*, [2001] A.J. n° 58 (Q.B. Alb.) (QL).

23. On cite généralement les propos du juge Parke dans l'affaire *Egerton v. Earl Brownlow*, *supra*, note 19, à la p. 123, qui écrivait : « It is the province of the judge to expound the law only; the written [law] from the statutes : the unwritten or common law from the decisions of our predecessors and of our existing courts, from text-writers of acknowledged authority, and upon the principles to be deduced from them by sound reason and just inference; not to speculate upon what is best, in his opinion, for the advantage of the community [...] we are not thereby authorized to establish as law everything which we may think for the public good, and prohibit everything which we think otherwise. » Voir aussi les propos du juge Alderson aux p. 106-107.

24. *Re Millar*, [1938] R.C.S. 1, aux p. 4-5.

25. *Fender v. Mildmay*, [1937] 3 All E.R. 402 (H.L.), à la p. 407; *Royal Bank of Canada v. Scott*, [1971] N.W.T.J. n° 3 (Northwest Territories Territorial Court) (QL).

26. (1990) 74 O.R. (2d) 481 (C.A. Ont.).

27. *Id.*, p. 509, au par. 92.

28. *Id.*, p. 511, au par. 96.

29. *Goulet c. Cie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada*, [2002] 1 R.C.S.

l'application du droit privé [...] et les lois et les règlements n'énumèrent pas de manière exhaustive les principes d'ordre public. Ces derniers peuvent être de création judiciaire »³⁰.

8. Même la décision *Garcia Transport*³¹, que la Cour cite au soutien de sa position, se range à cet avis. Dans cette affaire, la Cour suprême, citant Jean-Louis Baudouin³², avait précisément évoqué la possibilité qu'une disposition ait un caractère d'ordre public sans que l'intention du législateur en ce sens se soit clairement manifestée : « Dans d'autres espèces enfin, la formulation utilisée ne laisse pas directement soupçonner le caractère véritablement impératif de la loi. Les tribunaux ont alors la tâche de rechercher l'intention législative et de décider s'il convient de donner aux textes un caractère d'ordre public, c'est-à-dire de déterminer s'il s'agit d'une disposition impérative ou seulement supplétive de volonté »³³.

9. Mais surtout ici, la Cour semble méconnaître la nature même de l'ordre public. Pascale Deumier et Thierry Revet, dans le *Dictionnaire de la culture juridique*³⁴ expliquent : « [...] l'ordre public [...] n'a pas à être expressément énoncé par la loi pour être déclaré par le juge : le caractère d'ordre public d'une norme est inhérent au fait qu'elle mette en œuvre un intérêt ressortissant aux valeurs sociales essentielles; or ce trait résulte évidemment, de la substance de la disposition, et non principalement de son énoncé formel. » Donc nul n'est besoin d'un texte de loi, l'ordre public agit du seul fait de l'importance des valeurs sociales essentielles qu'il défend.

10. Il nous semble d'ailleurs que le *Code Civil du Québec* lui-même rend cette conclusion inéluctable. La notion d'ordre public est en droit civil très proche de la notion des principes généraux du droit. En effet, on dit que parmi ces principes généraux du droit, certains sont d'ordre public³⁵ et que ce

30. *Id.*, par. 42-43.

31. *Garcia Transport*, *supra*, note 4.

32. *Les obligations*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 81.

33. Voir les par. 38, 40 et 41 de la décision *Garcia Transport*, *supra*, note 4.

34. « Ordre public » dans Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Quadrigue/Lamy-PUF, 2003, à la p. 1119.

35. Patrick MORVAN, *Les principes généraux du droit et la technique des visas dans les arrêts de la Cour de cassation (2006)*, à la p. 31, [En ligne]. <http://patrickmorvan.over-blog.com>; Patrick MORVAN, *Le principe de droit privé (1999)*, n° 217, [En ligne]. <http://patrickmorvan.over-blog.com>.

sont les principes généraux du droit qui déterminent l'ordre public³⁶, ou encore que l'ordre public « s'exprim[e] dans un faisceau d'institutions fondamentales, de principes généraux et de normes impératives [...] » (*nos soulignés*)³⁷. Or, la reconnaissance des principes généraux comme source autonome de droit a été opérée sans équivoque au Québec. La disposition préliminaire du Code le dit expressément : « 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 » (*nos soulignés*). Il suit en cela la règle jurisprudentielle française³⁸.

11. Le contenu des principes généraux est donc *extra legem*³⁹, hors des énoncés formels de la loi, et la notion d'ordre public, parente proche, sinon fille même des principes généraux, ne peut pas être uniquement dictée par le corpus législatif⁴⁰.

12. Il faut toutefois souligner que l'ordre public n'est pas le caprice du juge⁴¹; il est réservé à ce qui est nécessaire au « bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité »⁴², à ces « règles établies pour sauvegarder des intérêts, même particuliers, considérés comme essentiels à a paix

36. P. MALAURIE, *op. cit.*, note 16, à la p. 117.

37. CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, à la p. 405.

38. Patrick H. GLENN, « La disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, le droit commun et les principes généraux du droit », (2005) 46 *C. de D.* 339, à la p. 349.

39. P. MORVAN, *Le principe de droit privé, loc. cit.*, note 35, n° 411 et suiv.

40. *Godbout c. Ville de Longueuil*, [1995] R.J.Q. 2561 (C.A.), à la p. 2570 (conf. par [1997] 3 R.C.S. 844); *Goulet c. Cie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada*, *supra*, note 29, au par. 43; Vincent KARIM, « L'ordre public en droit économique : contrats, concurrence, consommation », (1999) 40 *C. de D.* 403, à la p. 409; Brigitte LEFEBVRE, « Quelques considérations sur la notion d'ordre public à la lumière du *Code civil du Québec* », dans *Développements récents en droit civil*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, à la p. 149. Pour une application récente de l'ordre public sans disposition législative expresse, voir *Mirarchi c. Lussier*, [2007] R.J.Q. 301 (C.A.).

41. P. MALAURIE, *op. cit.*, note 16, à la p. 108.

42. P. MALAURIE, *op. cit.*, note 16, à la p. 69.

et à la prospérité du groupe [...] »⁴³, ou « destiné[es] à protéger et promouvoir les valeurs essentielles de la collectivité »⁴⁴.

13. Mais la protection du consommateur fait-elle partie de ces valeurs fondamentales et essentielles de la société permettant au juge d'intervenir? C'est peut-être là que la décision de la Cour a le plus de chance de trouver des autorités en sa faveur. La protection du consommateur fait partie de l'ordre public économique. Or, comme le soutenait déjà en 1953, Philippe Malaurie, « [l]e juge n'invente pas l'ordre public économique. Le juge considère que la direction de l'économie ne peut être que l'œuvre du législateur : en l'absence d'une disposition expresse de la loi, il ne découvre pas un ordre public économique »⁴⁵.

14. La protection du consommateur ou l'autonomie de la volonté, la reconnaissance de la justice privée par le biais de l'arbitrage, le recours collectif, autant d'éléments de la structure matérielle qui appartiennent à l'ordre économique, qui intéressent « la répartition des richesses, la circulation des biens, et l'organisation de la production »⁴⁶, « la réglementation directe des échanges de richesses et de services »⁴⁷. Cet ordre économique est planifié, et amoral⁴⁸, et ne laisserait pas de place au rôle créateur du juge.

15. Le seul problème de ce schisme de l'ordre public (ordre public du droit classique / ordre public économique⁴⁹) est que la scission n'a pas été respectée par les tribunaux. On

43. Marcel PLANIOL, Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd. par ESMEIN, Paris, p. 226, tel que cité par P. MALAURIE, *op. cit.*, note 16, à la p. 262.

44. Voir la définition d'« ordre public » dans le *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, *supra*, note 37, à la p. 405.

45. P. MALAURIE, *op. cit.*, note 16, à la p. 57.

46. P. MALAURIE, *Op. Cit.*, note 16, à la p. 57.

47. V. KARIM, *op. cit.*, note 40, à la p. 412; Gil RÉMILLARD, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 860.

48. Jean CARBONNIER, « Contrats spéciaux », (1942) 40 *Rev. trim. droit civil* 69, à la p. 71, parlant de l'évolution de l'ordre public économique qui avait été imprégné d'individualisme et de morale pour devenir ensuite planifié et amoral.

49. Gérard FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, L.G.D.J., 1963, p. 134, n° 173, fait son analyse sur la base de cette distinction.

trouve de nombreux exemples de cas où les tribunaux, dont la Cour suprême, ont adopté une attitude moralisante vis-à-vis de parties commerciales⁵⁰. Ainsi, on condamnera pour manquement à son devoir de bonne foi, le maître d'ouvrage qui fait défaut de renseigner son entrepreneur quant à l'inexactitude de données géotechniques⁵¹, ou la banque qui fait défaut d'aviser les héritiers d'une caution, du maintien du cautionnement *post mortem* et de nouvelles avances augmentant leur responsabilité⁵². De même, la banque qui, après avoir légitimement fait un rappel de prêt, procède à une liquidation précipitée de l'actif de la compagnie commet un abus de droit⁵³.

16. Fait encore plus notoire, la très célèbre doctrine du « *restraint of trade* »⁵⁴, qui a vocation à s'appliquer non seulement aux clauses de non-concurrence des employés et vendeurs d'entreprises⁵⁵, mais aussi aux monopoles pernicieux⁵⁶, aux

50. Malaurie l'avait d'ailleurs remarqué : « Le juge français moralise l'ordre public économique du législateur » : P. MALAURIE, *supra*, note 16, à la p. 56. En droit québécois, voir Thérèse ROUSSEAU-HOULE, « Le fondement moral du droit des affaires : les applications en droit civil québécois », (1993) 27 *R.J.T.*, aux p. 227-245.

51. *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554. Mais l'imposition de cette obligation d'information ne serait en fait qu'une façon de rééquilibrer le contrat : F. X. TESTU, « Le juge et le contrat d'adhésion », *J.C.P.* 1993.I.3673, aux par. 36-41; Marie-Caroline VINCENT-LEGOUX, *L'ordre public : étude de droit comparé interne*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, à la p. 230.

52. *Banque nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339.

53. *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122.

54. *Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co.*, [1894] A.C. 535, [1891-1894] All E.R. Rep. 1 (H.L.). Pour un exposé très instructif de l'évolution historique de cette doctrine en common law, voir Michael J. TREBILCOCK, *The Common Law of Restraint of Trade : A Legal and Economic Analysis*, Toronto, Carswell, 1987, ch. 1 [M. TREBILCOCK].

55. *Morris v. Saxeby*, [1916] 1 A.C. 688; *Doerner v. Bliss & Laughlin Ind. Inc.*, [1980] 2 R.C.S. 865; *J.G. Collins Insurance Agencies Ltd. c. Elsley*, [1978] 2 R.C.S. 916.

56. *Attorney-General of the Commonwealth of Australia v. Adelaide Steamship Company, Limited*, [1913] A.C. 781, aux p. 795-796.

cartels⁵⁷ et peut-être à d'autres ententes restrictives⁵⁸, a été reçue en droit civil⁵⁹.

17. L'ordre public a aussi été invoqué avec succès en matière de consommation. Ainsi une limitation des garanties du manufacturier automobile a été jugée inopérante à l'égard des consommateurs acheteurs des véhicules, la garantie légale étant d'ordre public⁶⁰.

18. De même, la jurisprudence française a reconnu le principe de la liberté du commerce et de l'industrie⁶¹. Si elle est demeurée en général très timide, elle a, à l'occasion, sanctionné les coalitions « de nature à porter atteinte au principe de la liberté du commerce et de la libre concurrence dont le maintien intéresse essentiellement l'Ordre public »⁶², et elle n'a pas hésité à contrôler les clauses monétaires sans règle législative, établissant l'illégalité de ces clauses⁶³.

19. Mais en réalité, la jurisprudence française n'a pas agi totalement *extra legem*. Comme le dit l'auteur Farjat, la « création de l'ordre public [économique] par le juge se pose-t-elle en des termes aussi radicaux »⁶⁴? Le juge n'a pas « à

57. M. TREBILCOCK, *op. cit.*, note 54, aux p. 275-305. En vérité, la majorité des cartels ont été jugés valides, mais quelques-uns ont été jugés nuls parce que contraires à l'intérêt public. Le professeur Trebilcock cite ainsi aux p. 279 et 280 les causes *Cousins v. Smith*, (1807) 13 Ves. Jun. 542, 33 E.R. 397 et *Pratt v. Tapley*, (1875) 16 N.B.R. 163 (C.S. N.-B.).

58. Le professeur Trebilcock a ainsi envisagé l'application de la doctrine aux ententes restrictives verticales (M. TREBILCOCK, *op. cit.*, note 54, ch. 7), mais, dans l'ensemble, les tribunaux préfèrent y voir une question réservée au législateur : voir notamment *Texaco Ltd. v. Mulberry Filling Station Ltd.*, [1972] 1 All E.R. 513, aux p. 525-526, dont les propos ont été repris dans *Stephens c. Gulf Oil Canada Ltd.*, (1975) 65 D.L.R. (3d) 193 (C.A. Ont.), aux p. 212-214; pour une opinion contraire, voir *Tank Lining Corp. v. Dunlop Industrial Ltd.*, (1982) 140 D.L.R. (3d) 659, à la p. 674.

59. *Cameron c. Canadian Factors Ltd.*, [1971] R.C.S. 148; *Copiscope inc. c. T.R.M. Copy Centers (Canada) Ltd.*, J.E. 99-77 (C.A., 1998-12-04).

60. *General Motors Products of Canada Ltd. c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790.

61. Pour une reconnaissance moderne du principe, voir C.E. (Sous-sections 1 et 4 réunies), 1^{er} avril 1998 n° 188529, 188539; JCP G.1998, n° 31/35, IV.2698; Recueil Dalloz.1998. 20. IR. 133.

62. Civ. 13/1/1878 D.P. 79-1-77, tel que cité par G. FARJAT, *op. cit.*, note 49, à la p. 140, n° 179 et M.-C. VINCENT-LEGOUX, *op. cit.*, note 51, à la p. 463. L'arrêt est de fait antérieur aux législations françaises sur le maintien de la concurrence : Voir M.-C. VINCENT-LEGOUX, *op. cit.*, note 51, à la p. 463. Toutefois, le principe aurait été garanti par la loi des 2-17 mars 1791 (dite décret d'Allande) : Voir M.-C. VINCENT-LEGOUX, *op. cit.*, note 51, à la p. 455.

63. G. FARJAT, *op. cit.*, note 49, aux p. 143 et suiv., n° 182 et suiv.

64. G. FARJAT, *op. cit.*, note 49, à la p. 137, n° 177.

découvrir des principes économiques hors des principes juridiques »⁶⁵. « Les principes fondamentaux que le juge découvre sont ceux que la loi consacre, mais dont elle ne tire pas toutes les conséquences »⁶⁶.

20. Pour revenir à l'affaire *Dell*, les juges ne se trouvaient pas devant un néant juridique, le *Code de procédure civile* avait déjà consacré le régime du recours collectif⁶⁷, la *Loi sur le recours collectif*⁶⁸, qui crée le Fonds d'aide aux recours collectifs, en avait bien affirmé l'importance. Le législateur, en adoptant l'article 3149 C.c.Q. et ensuite l'article 11.1 de la *Loi sur la protection du consommateur*⁶⁹, montrait bien sa volonté de protéger les consommateurs en leur rendant inopposables les clauses prélitigieuses de renonciation aux autorités québécoises.

21. Mais les juges n'ont pas vu dans le recours collectif une procédure d'une importance telle qu'elle puisse être considérée comme le véhicule de valeurs sociales essentielles. Ce sera au contraire à l'autonomie de la volonté, donc à l'arbitrage, que les juges donneront préséance, rappelant : « C'est le degré de liberté avec lequel les parties peuvent choisir la manière de résoudre leur différend qui permet de qualifier l'arbitrage conventionnel de "juridiction privée" ou de "système de justice privée" »⁷⁰.

22. Bien sûr, il faut le reconnaître, « l'"institution" fondamentale de notre société en matière économique, c'est le principe de la liberté contractuelle »⁷¹. Demeure actuelle⁷²,

65. *Ibid.*

66. *Ibid.*

67. Article 999 et suiv. du *Code de procédure civile*, *supra*, note 12.

68. L.R.Q., c. R-2.1.

69. L.R.Q., c. P-40.1. L'article 11.1 a été introduit dans la *Loi sur la protection du consommateur* par l'art. 2 de la *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances*, L.Q. 2006, c. 36; l'art. 2 est entré en vigueur le 14 décembre 2006, soit le lendemain de l'audition des parties par la Cour suprême.

70. Par. 133 de l'affaire *Dell*, *supra*, note 1.

71. G. FARJAT, *op. cit.*, note 49, à la p. 140, n° 178.

72. L'affirmation est reprise sporadiquement par les tribunaux. Voir *Fender v. St. John-Mildmay*, *supra*, note 25, aux p. 10-11; *Hofer c. Interlake Colony Of Hutterian Brethren*, [1970] R.C.S. 958, à la p. 963, au par. 12; *General Films Ltd. v. McElroy*, [1939] 4 D.L.R. 543 (C.A. Sask.), à la p. 551, au par. 18. Pour une citation récente, voir *Suttie v. Reagan*, 2003 ABQB 183.

bien que pas toujours suivie⁷³, la déclaration du Maître des rôles Jessel dans *Printing & Numerical Registering Co. v. Sampson*⁷⁴ :

[TRADUCTION] Il ne faut pas oublier que l'on ne doit pas multiplier arbitrairement les règles selon lesquelles un contrat donné est nul parce que contraire à l'ordre public, car, s'il est une chose qui plus que toute autre est d'ordre public c'est que les majeurs sains d'esprit doivent avoir la plus grande liberté possible de contracter et que leurs engagements, lorsqu'ils sont pris librement et volontairement, doivent être considérés comme sacrés et être sanctionnés par les tribunaux⁷⁵.

23. En matière économique, encore plus qu'ailleurs peut-être, l'ordre public sera donc un exercice de gestion de conflit des valeurs⁷⁶, entre autonomie de la volonté et interventionnisme des autorités. Le juge fera son choix, sur la base des textes et en tenant compte des valeurs qui, à ses yeux, informent le corpus législatif.

24. Flux et reflux inévitables, au gré des courants sociopolitiques en dominance ou en émergence⁷⁷, il y aura des phases de laissez-faire, et des phases d'intervention plus grande des juges, ce qui poussera plusieurs à douter de la logique de l'ordre public. Malaurie avait bien résumé :

[...] la logique de l'ordre public, pour cohérente qu'elle fût, lui avait sans doute paru bien abstraite pour être juridique; le raisonnement qui s'est inséré dans les cadres réalistes de l'intérêt et des faits n'est pas parvenu à donner une image cohérente des solutions jurisprudentielles.

73. Trebilcock note que la décision *Nordenfeld*, *supra*, note 54, a partiellement changé la donne : M. TREBILCOCK, *op. cit.*, note 54, à la p. 18.

74. (1875), L.R. 19 Eq. 462.

75. *Id.*, p. 465.

76. M.-C. VINCENT-LEGOUX, *op. cit.*, note 51, souligne à la p. 526 que : « [...] on est conduit à définir l'ordre public comme la réponse juridique apportée à un problème "éthique" — un conflit de valeurs — [...] dont la solution nécessite l'indication d'une hiérarchie de valeurs, d'un ordre de priorité assorti d'une mesure de conciliation. » [notes omises].

77. La doctrine du « restraints of trade » a donné de parfaites illustrations de tels va-et-vient : voir M. TREBILCOCK, *op. cit.*, note 54, ch. 1.

Le lecteur de bonne foi osera alors croire que les raisonnements de la jurisprudence se moquent de la raison, qu'ils sont pur empirisme et, avec l'irrespect que provoque l'incompréhension, il se demandera si l'ordre public ne varie pas avec la longueur des pieds des magistrats⁷⁸.

25. Sur une note plus pragmatique et peut-être plus sereine, nous avancerons plutôt qu'en tout secteur du droit, il faut admettre l'impossibilité de circonscrire le champ d'application et le contenu de l'ordre public, il faut souffrir ses oscillations⁷⁹, mais surtout convenir de l'impossibilité de tout système juridique de se passer de l'ordre public judiciaire.

Mistrale Goudreau
Section de droit civil
Université d'Ottawa
80, rue Louis-Pasteur
Ottawa (Ontario) K1N 6N5
Tél. : 613 562-5800, poste 3673
mistrale.goudreau@uottawa.ca

Note de l'auteure : Le présent texte se fonde en partie sur les fruits d'une recherche sur la notion d'ordre public *extra legem* en droit québécois, recherche qui a été subventionnée par la Fondation du Barreau du Québec. Nous remercions la Fondation pour son aide. Bien entendu, cet article ne reflète que les opinions de son auteure.

78. Civ., sect. soc., 18 mars 1955, D.1956. 517, note Philippe Malaurie. Le professeur Malaurie s'est peut-être inspiré des propos humoristiques de John Selden, propos que l'on retrouve dans son œuvre posthume *Table-Talk* publié en 1689 : « Equity is a roguish thing; for law we have a measure, know what to trust to; equity is according to the conscience of him that is chancellor, and as that is larger or narrower, so is equity. It is all one as if they should make the standard for the measure we call a "foot" a Chancellor's foot; what an uncertain measure would this be! One Chancellor has a long foot, another a short foot, a third an indifferent foot. It is the same thing in the chancellor's conscience. » John, Selden, *Seldeniana*; or, the table talk of John Selden, Esq : Being his sense of various matters [...] relating especially to religion and state. A new edition. [...] London, printed for E. Jeffery, 1789, aux p. 45-46.

79. Quitte à solliciter l'intervention du législateur, pour aiguiller à nouveau la jurisprudence vers l'équité contractuelle.