

LE CONTRACTANT DE BONNE FOI ET LA CAUSE ILLÉGALE : RÉFLEXIONS SUR LE MUTISME DU LÉGISLATEUR

Robert P. Kouri

Volume 102, Number 2, September 2000

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1046150ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1046150ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Kouri, R. P. (2000). LE CONTRACTANT DE BONNE FOI ET LA CAUSE ILLÉGALE :
RÉFLEXIONS SUR LE MUTISME DU LÉGISLATEUR. *Revue du notariat*, 102(2),
171–188. <https://doi.org/10.7202/1046150ar>

Article abstract

Le nouveau *Code civil du Québec*, à l'instar de l'ancien Code, énonce le principe de la nullité du contrat dont la cause est contraire à la loi ou à l'ordre public. Sauf lorsque cela aurait pour effet d'accorder à l'une des parties au contrat nul un avantage indu, le droit prône la pleine restitution des prestations. Cet article analyse d'abord la question de savoir si le motif inavouable de l'une des parties doit être connu de l'autre pour donner lieu à l'annulation, et ensuite, si seul le cocontractant de bonne foi peut invoquer cette nullité.

**LE CONTRACTANT DE BONNE FOI
ET LA CAUSE ILLÉGALE :
RÉFLEXIONS SUR LE MUTISME DU LÉGISLATEUR**

Robert P. Kouri^{*}

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ

INTRODUCTION

- 1. LE PRINCIPE DE LA NULLITÉ ABSOLUE ET LA
RESTITUTION DES PRESTATIONS**
- 2. LES CONSÉQUENCES DU PRINCIPE SUR LE
CONTRACTANT DE BONNE FOI :
LA CONCILIATION DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL
ET DE L'INTÉRÊT PARTICULIER**

CONCLUSION

^{*} D.C.L., notaire, professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. L'auteur désire remercier ses collègues, les professeurs Jacques Auger, Charlotte Lemieux et Nathalie Vézina, qui ont lu ce texte et qui ont fait de nombreuses suggestions le concernant. Toutefois, les opinions exprimées sont celles de l'auteur seulement.

RÉSUMÉ

Le nouveau *Code civil du Québec*, à l'instar de l'ancien Code, énonce le principe de la nullité du contrat dont la cause est contraire à la loi ou à l'ordre public. Sauf lorsque cela aurait pour effet d'accorder à l'une des parties au contrat nul un avantage indu, le droit prône la pleine restitution des prestations. Cet article analyse d'abord la question de savoir si le motif invouable de l'une des parties doit être connu de l'autre pour donner lieu à l'annulation, et ensuite, si seul le cocontractant de bonne foi peut invoquer cette nullité

INTRODUCTION

Avec l'adoption du nouveau *Code civil du Québec* et la confirmation par le législateur de la prééminence de la thèse causaliste¹, on aurait pu espérer des solutions législatives non équivoques tant au problème de l'annulation du contrat dont la cause est contraire à l'ordre public moral qu'aux conséquences de cette annulation. Certes, le *Code civil du Québec* affirme à l'article 1411 que le contrat dont la cause est prohibée par la loi ou contraire à l'ordre public est nul. De plus, aux articles 1422 et 1699 C.c.Q., on reconnaît le principe de la restitution des prestations sujet, cependant, à une dérogation à cette règle lorsque la pleine restitution accorderait à l'une des parties un avantage indu².

1 Jean PINEAU, « Théorie des obligations », dans *La réforme du Code civil t. 2 Obligations, contrats nommés*, Ste-Foy, P.U.L., 1993, p. 19, à la page 92, n° 78.

2 Art. 1422 C.c.Q. : « Le contrat frappé de nullité est réputé n'avoir jamais existé. Chacune des parties est, dans ce cas, tenue de restituer à l'autre les prestations qu'elle a reçues. »

Art. 1699 C.c.Q. : « La restitution des prestations a lieu chaque fois qu'une personne est, en vertu de la loi, tenue de rendre à une autre des biens qu'elle a reçus sans droit ou par erreur, ou encore en vertu d'un acte juridique qui est subséquentement anéanti de façon rétroactive ou dont les obligations deviennent impossibles à exécuter en raison d'une force majeure. Le tribunal peut, exceptionnellement, refuser la restitution lorsqu'elle aurait pour effet d'accorder à l'une des parties, débiteur ou créancier, un avantage indu, à moins qu'il ne juge suffisant, dans ce cas, de modifier plutôt l'étendue ou les modalités de la restitution. »

Malheureusement, les tribunaux québécois n'ont pas eu l'occasion de prendre position³ sur l'application de ces principes depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* et un certain nombre d'interrogations par rapport à l'annulation pour cause immorale semble demeurer sans réponse judiciaire. Par exemple, est-il nécessaire que le motif déterminant illicite, qui a amené l'une des parties à contracter, soit connu de l'autre afin de donner lieu à l'annulation? L'à-propos de cette question se vérifie, car le *Code civil du Québec* suggère, à l'article 1410, qu'il y a autant de causes du contrat qu'il y a de parties⁴. Une autre question pertinente est de savoir si, à la suite de l'annulation du contrat illicite, une partie de mauvaise foi pourrait malgré tout bénéficier de la restitution de sa prestation.

Sous le *Code civil du Bas Canada*, la jurisprudence avait répondu à ces interrogations en établissant deux principes. Premièrement, afin de demander l'annulation du contrat à titre onéreux pour cause illicite, ou encore afin d'invoquer cette illécité en défense, il fallait que le motif illicite déterminant soit

3 Dans *Fontaine c. Compagnie d'assurance général accident*, [1998] R.R.A. 885 (C.Q.), une compagnie d'assurance, dans son plaidoyer, avait allégué la nullité d'une police d'assurance-habitation, prétendant qu'elle n'aurait pas assumé le risque car il comportait la commission d'illégalités et constituait un risque moral inacceptable. En effet, l'épouse du demandeur avait annoncé, dans un journal, son intention de se livrer à des actes de prostitution à son propre compte, apparemment en compétition avec une agence d'escorte où elle avait déjà travaillé. Elle a été victime de voies de fait, de menaces et de vandalisme. Le plaidoyer de nullité a été écarté par le Tribunal car la compagnie d'assurance, en conservant les primes payées jusqu'au moment où son avis de résiliation devait prendre effet, ne pouvait donc prétendre à l'annulation du contrat.

4 Comparer avec l'article 1385 al. 2 C.c.Q. qui affirme qu'il est de l'essence du contrat qu'il ait « une cause ». Selon Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, *Les obligations*, vol. 1, *L'acte juridique*, 8^e éd., Paris, Armand Colin, 1998, p. 188, n° 276, « Chacun des contractants poursuit toujours une fin qui lui est personnelle. »

connu du cocontractant⁵. Les arrêts sur l'incitation ou l'encouragement à l'immoralité sont explicites à cet égard⁶. Cette solution semble avoir reçu l'aval de la doctrine, laquelle était, en principe, favorable à la protection de la partie de bonne foi⁷.

- 5 Gérard TRUDEL, « Réflexions sur la cause (989 - 990 C.C.) », (1945) 5 R. du B. 253, 258-259; Gérard TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, t. 7, 1^{re} partie, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1946, p. 113; Gertrude WASSERMAN, « 'Répétition de l'indu' Arising From Contracts Based on Illegal Consideration », (1952) 12 R. du B. 172, 176; Angers LAROUCHE, *Les obligations*, t. 1, *Théorie générale des contrats; quasi-contrats*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1982, p. 189, n° 165. Voir également *Foucreau c. Dorais*, (1927) 42 B.R. 138. En droit français, ce point de vue est soutenu par Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, François CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations*, 9^e éd., Paris, Montchrestien, 1998, p. 271-272, n° 269, et par Boris STARCK, Henri ROLLAND, Laurent BOYER, *Obligations* t. 2, Contrat 5^e éd., Paris, Litec, 1995, p. 327, n° 754. Ils s'appuient sur la décision de la Cour de cassation du 4 déc. 1956, J.C.P. 1957. II. 10008 (note J. Mazeaud). Cette position est réitérée dans Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 1989, J.C.P. 1990. II. 21546 (note Dagorne-Labbé), mais à la suite de critiques, l'exigence que le motif soit connu de l'autre partie, du moins en ce qui concerne les contrats à titre onéreux, à fait l'objet d'un revirement jurisprudentiel en France, cf. F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations* 7^e édition, Paris, Précis Dalloz, 1999, p. 342, n° 344. Sur l'exigence que le motif illicite soit déterminant pour les parties voir *Gareau c. Racine*, [1996] J.Q. n° 4793 (Q.L.), concernant un contrat de rénovation de flotteurs d'avion où il fut convenu de ne pas payer la TPS. Selon le juge De Pokomandy de la Cour du Québec, « La cause principale du contrat n'étant pas l'évasion fiscale, un contrat, même avec la conséquence d'éviter le paiement de taxes, n'est pas de ce fait nul entre les parties » (au para. 44).
- 6 *J. Donat Langeltier Limitée c. Demers*, (1928) 66 C.S. 120; *Bithell c. Butler*, (1920) 22 R.P. 6 (Cour de révision); *Richardson c. Léonard*, (1910) 16 R.L. n.s. 213 (C. de révision); *Bruneau c. Laliberté*, (1901) 19 C.S. 425 (Cour de circuit); *Garneau c. Larivière*, (1892) 1 C.S. 491 (C. de révision); *Green & Sons Company c. Tobin*, (1892) 1 C.S. 377; *Garish c. Duval*, (1854) 12 R.J.R.Q. 95, 7 L.C.J. 127 (Cour de circuit).
- 7 Angers LAROUCHE, *Les obligations*, t. 1, *Théorie générale des contrats; quasi-contrats*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1982, p. 190, n° 165; Jean-Louis BAUDOUIN, *Les obligations*, 3^e éd., Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1989, p. 203, n° 291. Notez cependant l'opinion de Jean PINEAU et Danièle BURMAN, *Théorie des obligations*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1988, p. 180-181, n° 126, qui contestait la nécessité que le motif immoral soit connu de l'autre partie afin d'aboutir à l'annulation de la convention.

Deuxièmement, une fois la nullité de la convention prononcée, les tribunaux avaient tendance à refuser la restitution des prestations⁸ en faisant valoir la règle *nemo auditur suam propriam turpitudinem allegans*⁹ [ci-après « *nemo auditur* »].

Quel est le bien-fondé de ces solutions à la lumière du nouveau *Code civil du Québec*? Sur le premier point, il semble être acquis qu'on n'exige plus la connaissance du mobile déterminant illicite par le cocontractant afin de permettre l'annulation¹⁰. En ce qui concerne le second point, c'est-à-dire la pertinence de la maxime *nemo auditur*, le ministre de la Justice prend résolument position contre la conception traditionnelle :

8 Bouchard c. Bluteau, J.E. 85-337 (C.A.), infirmant [1978] C.S. 241; McHugh c. Dubé, [1975] C.P. 158, 159 (quant à la nuance entre le contrat illégal et le contrat immoral); Charles c. Lauzon, [1967] R.L.n.s. 170 (Cour provinciale); Rodier c. Genest, [1961] C.S. 538; L. c. B. [1954] C.S. 45; Hébert c. Sauvé, (1932) 38 R.L.n.s. 410 (C.S.); J. Donat Langelier Limitée c. Demers, (1928) 66 C.S. 120; Guay c. Vézina, (1920) 58 C.S. 104 (Cour de révision); Courteau c. Mlle Viau, (1920) 58 C.S. 257 (Cour de révision); Noel c. Brunet, (1915) 48 C.S. 119; Balthazar c. Quilliam, (1913) 23 B.R. 46 (C.A.); Lecker c. Balthazar et Leroux, (1905) 15 Rev. de Jur. 1 (C.S.); McKibbin c. McCone, (1898) 16 C.S. 126; Langlais c. Caisse d'Économie N.-D. de Québec, (1893) 4 C.S. 65, 71, en appel, sub. nom. Rolland c. Caisse d'Économie Notre-Dame de Québec, (1894) 3 B.R. 315, 322. Contra, Consumers Cordage c. Connolly, (1901) 31 R.C.S. 244, 303, « In all cases of illegal, immoral or criminal contracts, the parties should be replaced where they stood before the illegal act was committed. » On a ordonné le remboursement des montants avancés, mais sans intérêt « [...] as to place the parties exactly where they stood when the illegal transaction took place » (310); Normand c. Holiday Magic Ltd., [1976] C.S. 116.

9 Traduit par « Personne n'est entendu invoquant sa propre turpitude » (Albert MAYRAND, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 1994, p. 315). La maxime *In pari causa turpitudinis cessat repetitio* (« Le droit de répétition cesse dans une cause semblable de turpitude »), est également employée : cf A. MAYRAND *id.* p. 205.

10 Jean PINEAU, Danièle BURMAN, Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1996, p. 265-266, n° 174; Didier LLUELLES, *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1998, p. 628, n° 1081; Vincent KARIM, *Commentaires sur les obligations*, Vol. 1, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1997, p. 131.

« Ce principe de la restitution des prestations, applicable dans toutes les situations visées, exclut ainsi un courant jurisprudentiel qui tend à refuser aux parties le droit à la restitution ou à la remise en état lorsque l'acte en cause est immoral. Une telle tendance, qui s'appuie, entre autres, sur l'adage que nul ne peut invoquer sa propre turpitude, n'a pas paru devoir être conservée, car elle conduit bien souvent à ajouter une seconde immoralité à la première, en provoquant l'enrichissement indu de l'une des parties¹¹ ».

Si le principe fondé sur la maxime *nemo auditur* est désormais périmé, laissant place au principe de nullité du contrat et de restitution des prestations, comment le droit positif peut-il sauvegarder les droits du contractant de bonne foi, tout en maintenant une position équilibrée entre l'intérêt général et l'intérêt particulier?

1. LE PRINCIPE DE LA NULLITÉ ABSOLUE ET LA RESTITUTION DES PRESTATIONS

S. Gaudet, dans un article de fond publié peu après la réforme, est le premier à relever le défi présenté par l'adoption du nouveau *Code civil du Québec*. Il propose dans ce texte, une approche intégrée à l'ensemble de la question de la sanction des conditions de validité du contrat¹². D'abord, en ce qui a trait au

11 MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, commentaires sous l'article 1699 C.c.Q., 1993, p. 1056-1057. Cette position est en partie conforme à celle déjà proposée par L'OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1, *Projet de Code civil*, Québec, Éditeur officiel, 1997, livre cinquième, *Des obligations*, art. 55 : « Le tribunal peut exceptionnellement refuser la restitution qui aurait pour effet d'accorder au demandeur un avantage indu, lorsque l'objet du contrat ou le but poursuivi par les parties est illicite ». Voir également Didier LLUELLES, *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Éditions Thémis, p. 725, n° 3032; Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Montréal, Éd. Yvon Blais, 1998, p. 312, n° 372. Ceci semble être la solution retenue dans *Dugal c. Villaume*, J.E. 96-1566 (C.Q.), où la demanderesse, ayant versé une somme de 3 000 \$ à la défenderesse afin de participer à un système pyramidal prohibé par le *Code criminel*, a pu bénéficier de la restitution de sa prestation.

12 Serge GAUDET, « Inexistence, nullité et annulabilité du contrat : essai de synthèse », (1995) 40 *R. de d. McGill* 291. Ce texte est extrait de son essai de maîtrise intitulée *L'annulabilité : sanction de principe de l'invalidité en droit contemporain*, février 1994, Faculté des études supérieures de l'Université de Montréal, et rédigé sous la direction du professeur Jean Pineau.

point précis de l'annulation du contrat pour cause d'immoralité, il prône qu'il n'est pas nécessaire que le contractant ait connaissance des motifs illicites déterminants de son cocontractant pour que l'acte soit annulé, car la loi définit la cause du contrat comme étant la raison qui incite chacune des parties à conclure l'entente individuellement¹³. Quant à la restitution des prestations lorsque la demande d'annulation est initiée par la partie de mauvaise foi, Gaudet favorise le maintien de l'adage *nemo auditur*, ce qui permettrait l'annulation de la convention viciée tout en évitant que cette annulation puisse profiter à la personne qui a conclu le contrat à des fins illicites¹⁴. Il y aurait donc double avantage pour l'intérêt général, car il serait plus facile pour le tribunal de prononcer la nullité de telles conventions sans que le fautif puisse bénéficier du droit à la restitution qui, autrement, serait la conséquence normale de l'anéantissement du contrat.

13 *Id.* p. 360. De toute évidence, Gaudet n'a pas suivi l'opinion de J. PINEAU et D. BURMAN, exprimée dans la 2^e édition de la *Théorie des obligations* : Jean PINEAU, Danielle BURMAN, *Théorie des obligations*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1988, p. 180, n 126 à l'effet que : « Il est, certes, louable de se préoccuper du maintien du contrat conclu à titre onéreux, lorsque la nullité en est demandée par celui dont le mobile déterminant est immoral et qui a eu l'habileté de le cacher à son cocontractant, si ce dernier entend n'être pas privé de ce contrat. Mais il est injuste que cette idée de sécurité [des transactions] puisse jouer contre ce cocontractant, lorsque le maintien du contrat est inacceptable sur le plan de la morale contractuelle... » Évidemment, en s'inspirant du texte du nouveau *Code*, Gaudet est très rigoureux dans l'application du principe qu'il énonce, car il reconnaît la possibilité, même pour la partie de mauvaise foi, d'invoquer la nullité alors que l'autre ignore le motif immoral déterminant. Voir Didier LUELLES, *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1998, p. 625-626, n° 1075. La Cour de cassation, opérant un revirement de jurisprudence par sa décision du 7 oct. 1998, (Cass. 1^{re} civ., 7 oct 1998, J.C.P. 1998. 10202, note M.-H. Malville, D. 1998. 563, concl. Sainte-Rose), n'exige plus la connaissance du caractère immoral du motif par le cocontractant afin de permettre son annulation. Les faits de cette cause sont relativement simples. Un homme a reconnu devoir à son épouse une somme remboursable avec un préavis de trois mois. Après leur divorce, son ex-épouse a accepté que le prêt lui soit remboursé sous forme d'une augmentation de sa pension alimentaire. Cette façon de procéder était illicite puisque le motif déterminant du débiteur était de pouvoir augmenter les déductions fiscales de sommes non déductibles. En confirmant la décision de la Cour d'appel de Versailles, qui faisait droit à la demande d'annulation de l'ex-épouse nonobstant son ignorance de la cause illicite, la Cour de cassation a déclaré : « Mais attendu qu'un contrat peut être annulé pour cause illicite ou immorale, même lorsque l'une des parties n'a pas eu connaissance du caractère illicite ou immoral du motif déterminant de la conclusion du contrat; ... »

14 Serge GAUDET, « Inexistence, nullité et annulabilité du contrat : essai de synthèse », (1995) 40 *R. de d. McGill* 291.

Ce point de vue sur la sanction des règles relatives à la formation du contrat n'est pas tout à fait celui privilégié plus tard dans la troisième édition de la *Théorie des obligations*, oeuvre des professeurs Pineau, Burman et du même Gaudet. En matière d'annulation du contrat pour cause immorale, les auteurs de cet ouvrage sont d'opinion que la connaissance de l'immoralité de la cause de l'une des parties par l'autre n'est pas nécessaire¹⁵. Mais en conformité avec la deuxième édition de ce volume¹⁶, ils limitent le droit de critique du contrat au contractant de bonne foi :

« ...la nullité ou le maintien du contrat se trouve entre les mains du contractant irréprochable; pas plus qu'on ne peut le priver d'un contrat qui le satisfait, on ne peut, non plus, lui imposer un contrat qui lui est inacceptable : le contractant reprochable doit subir la décision de l'autre¹⁷. »

Nonobstant cette position qui, d'après ces auteurs, est fondée sur des notions de morale, de justice ou de bon sens¹⁸, ils reconnaissent avec raison que la nullité en matière d'illégalité de cause est en principe absolue¹⁹. De plus, en toute logique, parce que seul « l'innocent » peut demander l'annulation pour cause d'immoralité, la nécessité, selon eux, de faire jouer l'adage *nemo auditur* pour écarter le principe de la restitution de l'article 1699 C.c.Q. s'amenuise²⁰.

Bien sûr, cette solution présente une certaine utilité, car il semble éminemment équitable, d'une part, que la partie de bonne foi puisse maîtriser le sort du contrat et, d'autre part,

15 Jean PINEAU, Danièle BURMAN, Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1996, p. 263, n° 173.

16 Jean PINEAU et Danièle BURMAN, *Théorie des obligations*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1988, p. 181, n° 126.

17 Jean PINEAU, Danièle BURMAN, Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1996, p. 265, n° 174.

18 *Id.*

19 *Id.* p. 282, n° 190.

20 Mais la maxime *nemo auditur* aurait toujours un rôle à jouer si les deux parties étaient de mauvaise foi, cf J. PINEAU, D. BURMAN, S. GAUDET, *id.*, p. 327, n° 219 : « Le refus de la restitution est donc une mesure exceptionnelle, mais il demeure possible : comme on l'a vu, ce refus est parfois parfaitement justifié, notamment afin de laisser les "coquins se débrouiller entre eux". »

qu'elle ne souffre pas de préjudice en raison de la mauvaise foi de son cocontractant. Assurément, il serait choquant que la partie indigne puisse invoquer ses propres motifs illicites pour se libérer d'un contrat qu'elle n'est plus intéressée à respecter. La thèse des auteurs de la *Théorie des obligations* évite que cette conséquence fâcheuse puisse se produire.

Mais un certain nombre d'objections à cette solution se font remarquer. En effet, comment confier la décision sur l'opportunité de demander l'annulation du contrat pour cause immorale unilatérale à la partie de bonne foi seulement, sans reconnaître *de facto* l'existence d'une catégorie hybride d'ordre public de direction comportant une sanction qui ressemble, en quelque sorte, à la nullité relative? Si seule la partie de bonne foi pouvait mettre en doute la validité de la convention, qu'arriverait-il du droit du tiers intéressé d'agir en annulation ou encore de celui du tribunal de soulever d'office la nullité absolue du contrat? Et, dans le cas où chacun des contractants aurait entretenu des mobiles déterminants illicites, de deux choses l'une : soit que le contrat serait maintenu car aucune des parties ne pourrait plaider sa propre turpitude ou la conduite ignominieuse de l'autre, soit que le contrat serait annulable à la demande de l'une ou de l'autre partie²¹. Mais, dans cette dernière hypothèse, les deux parties auraient-elles intérêt à le faire si elles s'exposaient toutes deux à la sanction de la non-répétition des prestations sur le fondement de la maxime *nemo auditur*? Peut-être que, comme le proposent les auteurs de la troisième édition de la *Théorie des obligations*, seule la partie n'ayant pas exécuté sa prestation dans un contrat immoral aurait intérêt à invoquer la nullité de la convention²². Mais il importe de rappeler qu'en principe, le législateur exige la remise en état. C'est de façon exceptionnelle que le tribunal pourrait écarter le droit à la restitution, ou du moins en modifier les modalités afin d'éviter « un avantage indu »²³. Ainsi, l'exception législative ne cherche pas à

21 Jean PINEAU, Danièle BURMAN, Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1996, p. 263-264, n° 173.

22 *Id.*, p. 325, n° 219.

23 Didier LLUELLES, *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1998, p. 724, n° 3029 et p. 728-729, n° 3037.

punir la turpitude comme c'était jadis le cas, mais plutôt à sanctionner l'obtention d'un bénéfice injuste²⁴. L'un n'est pas l'équivalent de l'autre et, pour cette raison, nous croyons que l'application de la règle *nemo auditur* sous le nouveau *Code civil du Québec*, si elle devait se perpétuer, serait alors réduite à une « peau de chagrin »²⁵.

Malgré ces observations, on ne peut occulter l'objectif légitime et souhaitable de ne pas punir une partie innocente pour la motivation inavouable de son cocontractant et ce, tout en respectant les principes du *Code civil du Québec* quant à la sauvegarde des intérêts de la société²⁶. S'agit-il de finalités antinomiques?

24 Article 1699 alinea 2 C.c.Q.; D. LLUELLES, *id.*, p. 730-731, n° 3042; *Racine c. Sylvain*, [1994] R.J.Q. 1707 (C.Q.), 1710; *Droit de la famille* – 2472, [1996] R.J.Q. 1946 (C.S.), 1955. Selon Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 616, n° 787, « [...] dans l'hypothèse d'un contrat contraire à la morale, il n'est pas toujours opportun de refuser toute restitution des prestations. » V. Karim n'est pas de cet avis. Dit-il (Vincent KARIM, *Commentaires sur les obligations*, Vol. 2, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 555) « ...[Comment] peut-on prétendre que par souci d'équité envers des cocontractants de mauvaise foi, voire immoraux, les tribunaux auront désormais le devoir de s'assurer que les principes de la restitution soient appliqués, et cela même dans les contrats conclus en violation directe à l'ordre public social afin que les parties ne souffrent d'aucun inconvénient ou d'aucune perte suite à la déclaration de nullité de leur contrat? De plus, nous sommes persuadés que la société en général ne saurait être d'accord avec un tel principe qui permettrait à certains individus de se moquer des valeurs supérieures de la société et de mettre ainsi en péril le respect de l'ordre public social ou général. ».

25 Didier LLUELLES, *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1998, p. 732, n° 3044, « Admettre une autre solution que celle du *principe de la restitution* en dépit d'une immoralité ou d'une illicéité, reviendrait à établir la possibilité d'une déchéance de droits automatique, laquelle se trouverait, depuis la réforme, en opposition à la loi écrite [...], et non plus "*para legem*". Il n'y a désormais plus d'automaticité dans l'application des maximes, si tant est qu'elles soient encore applicables » (les italiques sont de l'auteur).

26 Voir notamment l'exemple cité par Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Montréal, Éd. Yvon Blais, 1998, p. 617, n° 787, c'est-à-dire le cas du locateur innocent d'un véhicule servant à transporter la drogue.

2. LES CONSÉQUENCES DU PRINCIPE SUR LE CONTRACTANT DE BONNE FOI : LA CONCILIATION DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL ET DE L'INTÉRÊT PARTICULIER

À notre avis, deux moyens permettent de parvenir à des solutions juridiquement valables en regard du droit de critique fondé sur la nullité absolue, tout en respectant la nécessité de concilier l'intérêt de la société et celui du contractant innocent.

La première solution, reposant sur l'application générale de la sanction de la nullité absolue, a le mérite évident d'être à la fois simple et respectueuse des conditions d'application du droit de critique. Elle réside dans le droit de demander l'annulation de la convention immorale, sans égard à la bonne ou mauvaise foi du demandeur²⁷, dès lors que l'ordre public de direction est en jeu. Chaque partie pourrait saisir le tribunal du contrat vicié. De plus, l'annulation ainsi obtenue donnerait lieu à la restitution des prestations en conformité avec le principe de l'article 1699 al. 1 C.c.Q., sans la nécessité de s'interroger sur la pertinence éventuelle de l'adage *nemo auditur*. En outre, la partie de bonne foi pourrait, sur une base extracontractuelle, réclamer des dommages et intérêts de son cocontractant aux torts duquel la nullité est prononcée. Ce point de vue est défendu avec rigueur par Guelfucci-Thibierge :

« ...[I]l faut remédier à l'injustice qui résulterait de la conclusion du contrat entaché d'une cause de nullité due à la faute de l'autre partie, pour celui qui ignorait l'illicéité ou l'immoralité de cette cause. C'est pourquoi, ce dernier aura droit à la réparation du préjudice qu'il a subi. À l'inverse, le fait d'avoir conclu un contrat malgré la connaissance de sa cause illicite ou immorale, s'analysant en une faute précontractuelle, fera obstacle à la mise en jeu de la responsabilité de l'autre partie ayant introduit cette cause, si les fautes sont d'égale gravité,

27 Voir Serge GAUDET, « Inexistence, nullité et annulabilité du contrat : essai de synthèse », (1995) 40 *R. de d. McGill* 291, 360, « ...[S]i l'annulabilité est absolue, tout intéressé peut demander l'annulation du contrat. Il ne semble donc pas possible d'empêcher la partie de mauvaise foi de demander l'annulation du contrat. ».

et entraînera une diminution de l'indemnité par compensation si la faute du demandeur en responsabilité est moins grave que celle du défendeur »²⁸.

Par exemple celui qui, de bonne foi, vendrait un immeuble à l'acquéreur qui l'achèterait en vue de l'exploiter comme maison de tolérance pourrait demander, comme l'acheteur d'ailleurs, l'annulation de la vente et la restitution des prestations. Le vendeur pourrait aussi réclamer des dommages et intérêts pour le préjudice occasionné par l'annulation de la convention.

Une seconde solution possible présente quelques affinités avec l'opinion des auteurs de la troisième édition de la *Théorie des obligations*, mais elle comporte, malgré tout, certains des inconvénients que nous leur avons déjà reprochés. Ce second moyen consiste en la reconnaissance d'une fin de non-recevoir, d'origine prétorienne, que la partie de bonne foi pourrait opposer au cocontractant de mauvaise foi, en

28 Catherine GUELFUCCI - THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 254, n° 426. Cette solution est approuvée par F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations* 7^e éd., Paris, Précis Dalloz, 1999, p. 342, n° 344. Selon Christian LARROUMET, *Droit civil* 2^e éd., t. III, *Les obligations; Le contrat*, Paris, Éd. Economica, 1990, p. 470, n° 501, la partie qui n'a rien à se reprocher peut demander la nullité et accepter de subir un préjudice résultant de l'annulation, quitte à réclamer une réparation de la personne dont les motifs sont immoraux. Par contre Larroumet refuse à l'indigne le droit d'invoquer la nullité si cela peut causer un dommage à la partie innocente car « dans une telle situation, la sécurité des transactions l'emporte sur l'impératif tenant à l'ordre public et aux bonnes moeurs... ».; Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, *Droit civil - Les obligations*, vol. 1, *L'acte juridique*, 8^e éd., Paris, Armand Colin, 1998, p. 189, n° 276, semblent vouloir privilégier une telle approche, mais en n'écartant pas pour autant le droit pour chacune des parties de demander la nullité, c'est-à-dire « ... admettre dans tous les cas la nullité du contrat afin d'assurer la sauvegarde de l'intérêt général, sauf à réparer, le cas échéant, le préjudice subi par le contractant innocent du fait de l'annulation du contrat ». En droit québécois, Maurice TANCELIN, *Des obligations : actes et responsabilités*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1997, p. 135, n° 277, fait état du principe général que « la nullité du contrat pour absence ou illicéité de la cause peut donner lieu à une demande de dommages-intérêts ». Didier LUELLES, *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1998, p. 628, n° 1082, est du même avis.

conformité avec les principes dégagés par la Cour suprême dans *Banque Nationale du Canada c. Dame Soucis*²⁹. Dans cette affaire, le Tribunal avait confirmé le rejet du recours d'une banque contre les successeurs d'une personne qui s'était engagée à cautionner les avances faites par la banque à une entreprise. La réclamation en litige devant la Cour suprême portait sur les sommes avancées par la banque après le décès de la caution. On a prétendu que la banque avait commis une faute en ne révélant pas aux successeurs, qui ne se doutaient de rien, l'existence de lettres de cautionnement révocables en tout temps, avant de consentir de nouvelles avances.

En rendant jugement au nom de la Cour, le juge Beetz a reconnu l'existence de fins de non-recevoir virtuelles qui permettraient le rejet péremptoire d'une demande sans discussion sur le fond³⁰. Selon lui, « [L'un] des fondements juridiques

29 *Banque Nationale du Canada c. Soucis* [1981] 2 R.C.S. 339, commenté par Louise POUDRIER-LEBEL, « La transmissibilité aux héritiers de la caution des dettes contractées par le débiteur principal après le décès de la caution », (1981) 22 C. de D. 887; Leonard E. SELDMAN, « *Banque Nationale du Canada v Soucis* : Liability of Heirs for Future Debts under Continuing Guarantee - Recent Developments in Contractual Obligations of Good Faith », (1981-82) 27 R. de d. McGill 563; Phillip GIRARD, « "Good Faith" in Contract Performance : Principle or Placebo », (1983) 5 Supreme Court L.R. 309. Dans un article plus général sur le cautionnement, Louise POUDRIER-LEBEL fait l'analyse de la cause *Soucis* (« Regard neuf sur le cautionnement en droit civil québécois », (1985) 15 R.D.U.S. 641). Les jugements des tribunaux inférieurs sont rapportés à *Banque Canadienne nationale c. Dame Soucis* [1970] C.S. 116 (la décision de la Cour supérieure est commentée par Maurice TANCELIN, « Chronique de jurisprudence. Cautionnement - prescription : B.C.N. c. Soucis », (1970) 11 C. de D. 382), et [1976] C.A. 137. Voir par analogie *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429, 441, où le juge Gonthier écrit, « L'obligation des mandataires et, par analogie, celle des cadres supérieurs, de remettre tout ce qu'ils ont obtenu grâce à leur position, même s'ils l'ont mal acquise, repose, tout au moins en partie, sur le simple principe moral selon lequel 'l'auteur d'une mauvaise action n'en retire pas des profits qui l'encouragent à mal faire' ».

30 Selon Louise POUDRIER-LEBEL, dans son commentaire publié dans son article « La transmissibilité aux héritiers de la caution des dettes contractées par le débiteur principal après le décès de la caution » (1981) 22 C. de D. 887, 897, les fins de non-recevoir liées au fond « ... tendent à interdire de faire valoir le droit qui sert de fondement à la demande ».

possibles d'une fin de non-recevoir est le comportement fautif de la partie contre qui la fin de non-recevoir est invoquée. »³¹ Dans la cause *Soucisse*, la Cour avait débouté la Banque Nationale de son pourvoi parce qu'elle tirerait avantage de sa propre faute si on lui reconnaissait le droit d'exiger le remboursement des dettes contractées après le décès de la caution³².

La possibilité d'opposer une fin de non-recevoir au cocontractant de mauvaise foi peut, sur le plan conceptuel, jouer à deux niveaux : soit à l'encontre de la demande même d'annulation du contrat, soit à l'encontre d'une demande de restitution suite à l'annulation de la convention. L'opposition d'une fin de non-recevoir au stade de la demande d'annulation présente une certaine analogie avec la solution prônée par les auteurs de la *Théorie des obligations*, sauf que le rejet du recours basé sur une fin de non-recevoir découlant de la faute du demandeur plutôt que sur « ... la morale et la justice, ou simplement le bon sens... »³³, laisserait intacts les fondements du régime de la nullité absolue. On n'y dérogerait pas : on refuserait tout simplement au demandeur fautif le droit d'invoquer le secours de la loi. Les assises juridiques d'un tel argument sont, de toute évidence, plus solides qu'une allusion générale aux considérations d'équité.

De la même façon, une fin de non-recevoir découlant de la mauvaise foi de l'une des parties pourrait aussi être opposée à la demande de restitution de celle-ci. La demande d'annulation intentée par l'une ou l'autre partie serait accueillie, permettant ainsi l'anéantissement d'un contrat offensant l'intérêt public. Mais au niveau de certaines conséquences de l'annulation comme la remise en état, le contractant aux torts duquel l'annulation a été prononcée s'exposerait à l'irrecevabilité de sa demande de restitution. L'inconvénient majeur d'une telle fin de non-recevoir serait d'être totalement inefficace à l'encontre de la partie de mauvaise foi qui n'aurait pas exécuté sa propre prestation et qui, de toute façon, n'aurait pas à demander la restitution.

31 *Banque Nationale du Canada c. Dame Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339, 362.

32 *Id.*, 363.

33 Jean PINEAU, Danièle BURMAN, Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1996, p. 265, n° 174.

Bien qu'une fin de non-recevoir basée sur la faute présenterait à première vue quelques ressemblances avec la portée de l'adage *nemo auditur*, il importe de souligner qu'en réalité chacune de ces institutions comporte certaines différences d'application. En effet, selon la jurisprudence sous le *Code civil du Bas Canada*, la défense de *nemo auditur* devait affecter défavorablement la demande de restitution de chaque partie à un contrat immoral à titre onéreux car, pour donner ouverture à l'annulation, il était en principe nécessaire que le motif déterminant de l'une des parties soit connu de l'autre. Ainsi, lors d'une demande de restitution, chaque partie était confrontée aux conséquences de sa propre turpitude³⁴. Sous le nouveau *Code civil du Québec* par contre, comme nous l'avons signalé, le législateur semble avoir voulu écarter l'adage *nemo auditur* et remplacer la notion de turpitude par celle de « l'avantage indu » pour permettre une dérogation au principe de la restitution intégrale de l'article 1699 al. 1 C.c.Q. Qui plus est, par l'application d'une fin de non-recevoir à la lumière des dispositions du nouveau *Code civil du Québec*, cette exception ne toucherait que la partie de mauvaise foi, car la connaissance par le cocontractant du motif immoral de l'autre partie ne serait plus nécessaire pour aboutir à l'annulation de la convention. Et si, d'aventure, la partie de mauvaise foi n'avait pas exécuté sa prestation mais celle de bonne foi avait exécuté la sienne, les règles ordinaires de la restitution permettraient une remise en état au profit de « l'innocent ». En toute circonstance, les tribunaux pourraient se servir de l'exception de l'article 1699 al. 2 C.c.Q. pour rétablir l'équilibre entre les cocontractants, s'il y avait malgré tout injustice à l'égard de l'une des parties³⁵.

Quelle solution mérite d'être retenue? La nullité de la convention, en dépit de la bonne foi de l'une des parties, offre non seulement l'avantage d'être symétrique dans son application, mais aussi de respecter la portée du principe de la nullité absolue. Le contrat contraire à l'ordre public de direction

34 Voir *supra* note 5.

35 « Le tribunal peut, exceptionnellement, refuser la restitution lorsqu'elle aurait pour effet d'accorder à l'une des parties, débiteur ou créancier, un avantage indu, à moins qu'il ne juge suffisant, dans ces cas, de modifier plutôt l'étendue ou les modalités de la restitution. ». Voir *Silent Signal Inc. c. Pervin*, [1996] R.J.Q. 2862 (C.A.), 2864.

serait anéanti parce que l'intérêt général l'exigerait³⁶ et les prestations seraient restituées afin de confirmer en quelque sorte l'anéantissement du contrat. Et si une partie devait à tort en souffrir préjudice, il serait logique de lui reconnaître, à ce moment, un recours en dommages et intérêts. Cette solution comporte cependant l'inconvénient certain d'exposer à l'annulation la partie « digne » nonobstant sa bonne foi et de lui imposer la tâche d'estimer en justice afin de se faire indemniser³⁷. D'autre part, les solutions basées sur la reconnaissance d'une fin de non-recevoir ont l'avantage de ne pas punir indûment la partie dont la motivation est irréprochable, mais elles présentent l'écueil de permettre qu'un contrat absolument nul puisse malgré tout produire des effets juridiques autres que ceux qui résultent de l'annulation de toute convention. En effet, dans le cas de la fin de non-recevoir opposée à une demande d'annulation introduite par la partie blâmable, le contrat offensant l'intérêt général serait néanmoins maintenu. Et si la fin de non-recevoir devait jouer au niveau d'une demande de restitution par le fautif, il y aurait toujours possibilité que l'une des parties bénéficie d'un avantage indu, nécessitant ainsi le recours par le tribunal, à l'exception de l'article 1699 al. 2 C.c.Q., afin de rétablir l'équilibre. C'est pour cette raison que nous croyons devoir privilégier la première solution proposée, qui permettrait à la partie de bonne foi exposée à la nullité du contrat de réclamer des dommages et intérêts.

36 Selon Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil. La Formation du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, p. 907, n° 895), « La sécurité des relations juridiques est invoquée pour justifier la nécessité qu'il y aurait à protéger la partie ayant ignoré le but illicite poursuivi par l'autre. On se réfère ainsi au principe de sécurité juridique visant à rendre compte de ce que le contrat est l'instrument indispensable des prévisions individuelles. Mais celles-ci ne peuvent être préférées à l'intérêt général lorsque ce dernier est en jeu. Le contrat est, en effet, un moyen, un instrument, que le droit sanctionne parce qu'il permet des opérations socialement utiles.

Dans cette optique, il suffit que l'une des parties utilise le contrat à des fins illicites ou immorales pour que l'intérêt général exige son anéantissement. ». Voir également, Catherine GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 253, n° 426.

37 Voir Philip GIRARD, « Good Faith in Contract Performance : Principle or Placebo », (1983) 5 *Supreme Court L.R.* 309, 314.

CONCLUSION

L'étude exégétique des dispositions du *Code civil du Québec* nous indique que le législateur a bel et bien modifié l'état du droit antérieur en ce qui a trait aux conditions d'annulation du contrat vicié pour cause immorale. Désormais, on n'exige plus que le motif déterminant de l'une des parties soit connu de l'autre. Aussi, on semble vouloir éviter, dans la mesure du possible, que la partie de bonne foi ne subisse un préjudice à cause de l'immoralité de son cocontractant.

Plusieurs façons sont proposées afin de parvenir à ce résultat souhaitable. D'aucuns prônent la résurrection de la maxime latine *nemo auditur*, même à l'encontre de la volonté du législateur, si, bien entendu, on impute une signification herméneutique aux *Commentaires* du ministre de la Justice³⁸. À la lecture de l'analyse de celui qui a présidé le comité chargé de la rédaction du nouveau *Code civil du Québec*³⁹, l'opinion du ministre de la Justice semble être conforme à la réalité. Il est peu probable que les tribunaux décideront autrement.

D'autres approches peuvent aboutir à des solutions aussi justes, mais en se servant de moyens conformes à l'esprit du nouveau *Code civil du Québec*. Nous en avons suggéré

38 Charlotte LEMIEUX, dans son article « Éléments d'interprétation en droit civil », (1994) 24 R.D.U.S. 221, a raison de nuancer la valeur des *Commentaires du ministre de la Justice* comme indication de l'intention du législateur. Selon elle (*id.* 251), « Les commentaires du *Projet de loi 125* sont assimilables à des travaux préparatoires, et devraient constituer une source formelle d'interprétation du C.c.Q., particulièrement dans le cas des dispositions qui n'ont pas changé entre l'étape du *Projet de loi 125* et l'étape définitive du *Code civil du Québec*. Ce n'est pas le cas des *Commentaires du ministre de la Justice*, auxquels on ne peut reconnaître le statut de travaux préparatoires, puisqu'ils ont été faits *a posteriori* et non durant la phase d'élaboration de la loi. [...] Si les commentaires des légistes et ceux du ministre de la Justice peuvent tous être consultés, ils constituent des sources d'interprétation fondamentalement différentes : les premiers sont censés retracer la volonté du législateur, tandis que les seconds constituent une opinion sur la règle de droit déjà codifiée. Ils ont une valeur de doctrine. ».

39 Jean PINEAU, « Théorie des obligations », dans *La réforme du Code civil*, t. 2, Ste-Foy, P.U.L., 1993, p. 19, à la page 92, n° 78.

deux, chacune comportant des avantages et des inconvénients : d'une part, la nullité de la convention avec la faculté pour la partie innocente de poursuivre en dommages et intérêts, et d'autre part, la possibilité d'opposer une fin de non-recevoir fondée sur le motif déterminant immoral, soit à l'encontre de l'action en annulation, soit contre la demande de restitution.

Bien que nous préférions l'hypothèse de l'annulation avec possibilité de toucher des dommages et intérêts, nous partageons d'emblée le point de vue des auteurs de la *Théorie des obligations* voulant que la personne de bonne foi ne doive pas, en principe, subir de préjudice à cause du comportement répréhensible de son cocontractant lors de la conclusion du contrat.