

LES SANCTIONS DE L'OBLIGATION DE BONNE FOI LORS DE LA FORMATION ET DE L'ÉLABORATION DU CONTRAT

Marie Annik GRÉGOIRE

Volume 104, numéro 2, septembre 2002

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1046005ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1046005ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

GRÉGOIRE, M. A. (2002). LES SANCTIONS DE L'OBLIGATION DE BONNE FOI LORS DE LA FORMATION ET DE L'ÉLABORATION DU CONTRAT. *Revue du notariat*, 104(2), 173–230. <https://doi.org/10.7202/1046005ar>

LES SANCTIONS DE L'OBLIGATION DE BONNE FOI LORS DE LA FORMATION ET DE L'ÉLABORATION DU CONTRAT

Marie Annik GRÉGOIRE*

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

1. L'INFLUENCE DE LA BONNE FOI SUR LES VICES DU CONSENTEMENT

- 1.1 L'assimilation de la bonne foi à l'erreur provoquée par le dol
- 1.2 Le vice du consentement fondé sur l'erreur non dolosive
- 1.3 L'absence de consentement en général

2. LA SANCTION AUTONOME FONDÉE SUR L'ARTICLE 1375 C.C.Q.

- 2.1 La force obligatoire des contrats
 - 2.1.1 L'évolution du droit de la construction
- 2.2 Les sanctions appropriées
 - 2.2.1 Les conditions d'application
 - 2.2.2 Les sanctions proposées

CONCLUSION

* L'auteure est avocate. Elle présente ici un extrait de son mémoire de maîtrise. Elle tient d'ailleurs à remercier M^e Pierre Ciotola et l'Honorable Jean-Louis Baudouin, membres du jury. Elle remercie aussi M^e Didier Lluelles, son directeur de recherche ainsi que M^e Benoît Moore et M. Benoît Beauchemin pour leur lecture et commentaires d'une version antérieure de ce texte.

INTRODUCTION

« Il y a quelque chose de pourri au royaume du contrat. »¹ En effet, malgré l'étymologie du mot « contrat », impliquant une idée de collaboration², et l'idée fort répandue que le contrat doit cesser d'être envisagé comme un compromis entre des volontés et des intérêts antagonistes pour être envisagé comme un lieu de loyauté et d'équilibre des prestations³, nous devons constater que le contrat sert encore d'outil d'exploitation de parties plus faibles. Tous ne sont pas égaux dans leur pouvoir de négociation contractuelle et plusieurs profitent malheureusement de la faiblesse de leur contractant pour en tirer des avantages indus. Face à l'injustice ainsi créée, le législateur s'est senti justifié d'intervenir par une législation ayant pour but de rééquilibrer les forces des parties et les prestations contractuelles.

Ainsi, le législateur a formellement introduit dans le cadre de la réforme du *Code civil du Québec* une nouvelle moralité contractuelle devant régir les rapports entre les contractants. On retrouve à ce titre plusieurs articles en matière d'équité, d'abus de droit, de lésion et, naturellement, de bonne foi. Cette dernière notion est certainement une des pierres angulaires de cette nouvelle moralité puisqu'on la retrouve expressément énoncée aux articles 6, 7 et 1375 C.c.Q. Ces articles imposent à chaque citoyen d'agir selon les exigences de la bonne foi tant dans ses droits civils que dans tous les stades de la vie contractuelle.

Pourtant, malgré cet accent mis sur l'exigence d'agir de bonne foi, le législateur demeure silencieux sur le contenu et les sanctions de cette obligation légale. Plusieurs auteurs se sont penchés sur le contenu de cette obligation⁴. Cependant,

1 Stéphane DARMAISIN, *Le contrat moral*, Paris, L.G.D.J., 2000, n° 1, p. 2.

2 *Id.*, p. 1.

3 Jacques MESTRE, « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *Rev. trim. dr. civ.* 1986.100. Il est d'ailleurs intéressant de constater que de nouvelles théories contractuelles intégrant ces valeurs tendent à se développer. Voir, entre autres, à ce sujet : Louise ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat et le *Code civil du Québec* », (1999) 44 *R.D. McGill* 903.

4 Voir notamment Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998.

peu se prononcent sur les sanctions applicables en cas de violation de cette obligation. C'est ce que nous tentons de faire dans ce texte quant à la violation de l'obligation d'agir de bonne foi lors de la formation et l'élaboration du contrat. Toutes les fonctions que l'on reconnaît à la bonne foi lors de la formation du contrat visent justement à s'assurer que le contenu du contrat est loyal, honnête et, surtout, connu du cocontractant. C'est aussi en se fondant sur le contenu de contrat que nous pouvons juger de l'équilibre du contrat. C'est pour ces raisons, qu'à notre avis, la formation et l'élaboration du contrat sont trop étroitement liées pour que nous puissions les distinguer.

Notre étude consiste donc à analyser, proposer et justifier certaines sanctions, autres que le recours en dommages, à l'obligation de bonne foi. Notre but est d'étudier les circonstances dans lesquelles ces sanctions devraient s'appliquer afin que l'obligation de bonne foi lors de la formation et l'élaboration du contrat, et plus particulièrement l'obligation de renseignement fort présente à ce stade de la vie contractuelle, se fasse en harmonie avec les principes de plus grande justice et d'équilibre contractuels visés par le législateur. Cette étude s'effectuera en deux étapes. D'abord, puisqu'il est question de formation du contrat, nous analyserons les liens naturels entre l'obligation de bonne foi et les vices de consentement. Nous tenterons ensuite de sortir l'obligation de bonne foi de ce cadre des vices de consentement pour voir s'il est possible de lui prêter un développement autonome, fondé sur les seuls articles exigeant un comportement conforme à l'obligation de bonne foi.

1. L'INFLUENCE DE LA BONNE FOI SUR LES VICES DU CONSENTEMENT

Pour certains auteurs⁵, toute analyse fondée sur une quelconque obligation précontractuelle de renseignement ou de conseil n'est qu'artifice injustifiable dans notre droit. Seuls

5 Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1996, n° 235, p. 342. À leur avis, « il suffit de s'en remettre à une saine analyse des consentements et d'interpréter avec discernement la notion d'erreur, spontanée ou provoquée, afin de déterminer si ce consentement a été donné ou non de façon suffisamment éclairée » *Id.*, n° 235, p. 345.

les vices du consentement, interprétés de façon classique, devraient faire l'objet de sanction pour un problème survenu lors de la formation du contrat. Un manquement à l'obligation de bonne foi ne devrait faire l'objet d'aucune sanction spécifique, ni même être considéré comme un élément pertinent à la constatation de la présence d'un vice du consentement.

La réalité s'est néanmoins révélée fort différente de ce que souhaitaient ces auteurs. Les tribunaux, à l'instar de la doctrine, ont effectué un rapprochement entre l'obligation de bonne foi lors de la formation du contrat et la théorie classique des vices du consentement. Nous analyserons donc comment, et à quel degré, les tribunaux ont effectivement procédé à effectuer ce rapprochement entre l'obligation de bonne foi lors de la formation du contrat et les vices du consentement.

1.1 L'assimilation de la bonne foi à l'erreur provoquée par le dol

Plusieurs auteurs, tant français⁶ que québécois⁷, soulignent à quel point l'obligation de renseignement est liée à la notion de dol et, notamment, à celle de la réticence ou du silence

6 Voir notamment, Muriel FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 221, Paris, L.G.D.J., 1992, n° 354 et suiv., p. 284-286; Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, n° 622, p. 605; Boris STARCK, Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Droit civil, les obligations 2. contrat*, 6^e éd., Paris, Litec, 1998, n° 334, p. 123; Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, « Les obligations », 22^e éd., Paris, P.U.F., 2000, n° 83, p. 171. Par exemple, pour Madame Fabre-Magnan, « rechercher les conditions de la réticence dolosive pouvant entraîner la nullité d'un contrat revient à s'interroger sur les limites de l'obligation d'information ayant une incidence sur le consentement d'un contractant et pouvant entraîner la nullité du contrat en cas d'inexécution », Muriel FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 221, Paris, L.G.D.J., 1992, n° 345, p. 277.

7 Voir notamment, Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les Obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 196 et 304 et suiv., p. 199 et 260 et suiv.; Didier LLUELLES et Benoît MOORE (coll.), *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1998, n° 623, p. 334; Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 167.

dolosif⁸. En codifiant, à l'article 1401 C.c.Q., l'idée que l'erreur provoquée par un dol peut découler d'un simple silence, nul doute que le législateur a imposé une obligation positive de renseignement quant aux éléments déterminants du consentement. Puisque l'obligation de bonne foi comporte aussi celle de fournir certaines informations déterminantes, plusieurs ont conclu que le fait de ne pas transmettre ces informations déterminantes pouvait être assimilé à une réticence ou un silence dolosif.

À notre avis, un tel rapprochement doit se faire avec circonspection. Effectivement, le dol nécessite des actes volontaires, délibérés ou, si l'on préfère, un élément intentionnel se rapprochant de la mauvaise foi⁹. Comme cette dernière, on ne peut donc pas parler d'erreur provoquée par le dol en l'absence de cet élément intentionnel de tromper. Or, comme nous l'avons souligné en première partie, la mauvaise foi est différente de l'absence de bonne foi. On peut considérer qu'il y a absence de bonne foi même en l'absence de tout élément d'intention malveillante; il suffit que les critères d'un comportement raisonnable correspondant aux exigences de la bonne foi ne soient pas respectés. Les critères relatifs à l'absence de bonne foi et au dol sont donc différents. Ainsi, si le silence n'est pas intentionnel, ne serait-ce pas élargir un peu trop la notion de dol que de le qualifier ainsi ? On pourrait peut-être considérer que ce silence négligent ou maladroit, mais non

8 C.c.Q., art. 1401. Voir d'ailleurs le rapprochement explicite, effectué par la Cour d'appel du Québec, entre l'obligation de renseignement, telle que définie par l'arrêt *Banque de Montréal c. Bail*, [1992] 2 R.C.S. 554 et la notion de dol : *Boucher c. Développements Terriglobe Inc.*, REJB 2001-23704 (C.A.).

9 Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, « Les obligations », 22^e éd., Paris, P.U.F., 2000, n° 42, p. 100 et suiv.; Jean-François ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé, Des atteintes à la bonne foi, en général, et de fraude, en particulier (fraus omnia corrumpit)*, Collection de la Faculté de droit, Université libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 2000, n° 165.1, p. 305; François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 1999, n° 226, p. 217 et suiv.; Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 199 et suiv.; Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les Obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 218 et suiv., p. 213 et suiv.; Didier LLUELLES et Benoît MOORE (coll.), *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1998, n° 615, p. 328.

intentionnel, démontre l'absence de bonne foi de son auteur. Mais, il est certainement insuffisant pour démontrer sa mauvaise foi. C'est pourquoi, nous préférons la position adoptée par des auteurs français qui disent qu' « [e]n réalité, la prise en compte de la réticence met en évidence l'émergence d'une obligation précontractuelle de renseignement dont la violation est sanctionnée par le dol *lorsqu'elle a été délibérée* »¹⁰ (nous soulignons). Pourtant, nous ne pouvons que constater la confusion de la jurisprudence dans l'application de ces notions.

Plusieurs décisions fournissent de bons exemples de cette confusion des principes de bonne foi et de dol. Ainsi, dans l'affaire *Vince-Iafa Construction Inc. c. Magil Construction Ltée*¹¹, l'entrepreneur général avait ajouté, dans son contrat avec son sous-entrepreneur, une clause spécifiant que ce dernier ne serait payé, pour le travail effectué, que lorsque l'entrepreneur serait lui-même payé par le propriétaire. Cependant, l'entrepreneur avait, selon le juge de première instance, omis de spécifier au sous-entrepreneur que ses relations avec le propriétaire n'étaient pas des plus harmonieuses. En se fondant, sur l'obligation de bonne foi, le sous-entrepreneur demande donc à la Cour supérieure d'annuler la clause en question et de condamner l'entrepreneur à lui payer les travaux effectués.

Le juge Tellier analyse l'obligation de bonne foi et conclut :

« [L]es parties à un contrat ont un *devoir de renseignement*, c'est-à-dire qu'elles doivent *fournir à leur cocontractant toutes les informations pertinentes à la formation d'un consentement libre et éclairé*. Dans ce contexte, un simple silence, c'est-à-dire taire l'information pertinente, équivaut à une information erronée ou mensongère ».¹²

10 François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 1999, n° 225, p. 217.

11 *Vince-Iafa Construction Inc. c. Magil Construction Ltée*, [1997] R.J.Q. 149 (C.S.). Cette décision a, par ailleurs, été infirmée en appel : *Magil Construction Ltée c. Vince-Iafa Construction Inc.*, J.E. 2000-1317 (C.A.). Laconiquement, la Cour d'appel a conclu qu'il n'y avait pas motif à conclure au dol puisque le sous-entrepreneur connaissait les relations tendues entre l'entrepreneur général et le maître d'ouvrage.

12 *Vince-Iafa Construction Inc. c. Magil Construction Ltée*, [1997] R.J.Q. 149, 158 (C.S.).

C'est donc sur la base de l'erreur causée par le dol que le tribunal annule la clause et condamne l'entrepreneur.

Cette décision est caractéristique parce qu'elle ne se prononce pas sur l'élément intentionnel du manquement à l'obligation d'information. De plus, elle abaisse les exigences de l'obligation de renseignement telles que définies par la Cour suprême¹³ : de la nécessité d'informations *déterminantes*, le juge Tellier fait passer cette exigence à celle d'informations *pertinentes*. Or, une information peut très bien être pertinente sans par ailleurs être déterminante. Par exemple, il peut s'avérer pertinent, si vous achetez une voiture usagée, que le propriétaire vous indique qu'un pneu a tendance à se dégonfler et d'en vérifier régulièrement la pression. Est-ce par ailleurs déterminant à la vente ? On peut en douter. On ne peut donc pas confondre une information déterminante avec une information pertinente. Cette décision marque pourtant le début d'une série de décisions du juge Tellier appliquant ces mêmes critères.

Dans la décision *Compagnie Trust Royal c. Entreprises B.M. St-Jean*¹⁴, l'absence de bonne foi est difficile à percevoir (et, d'autant plus, l'intention malveillante). Il s'agit du cas classique de l'institution financière qui renouvelle les contrats de prêt sans en informer les cautions. En aucun cas, les cautions ne s'informent de l'état du prêt. Aussi, faut-il rappeler que l'article 2354 C.c.Q. prévoit expressément que « la caution n'est point déchargée par la simple prorogation du terme accordée par le créancier au débiteur principal ». Pourtant, le juge Tellier annule les cautionnements en s'appuyant sur l'article 1407 C.c.Q. :

« En bref, le droit à l'information est l'obligation pour toute personne de divulguer à son cocontractant toute information pertinente à la formation d'un consentement libre et éclairé. En d'autres termes, c'est l'obligation de transparence, où même le silence peut devenir fautif. C'est ce qu'on appelle le dol incident ». (N.B. le juge Tellier confond certainement le dol incident avec le dol par réticence.)

13 *Banque de Montréal c. Bail*, [1992] 2 R.C.S. 554.

14 *Compagnie Trust Royal c. Entreprises B.M. St-Jean*, REJB 1997-00768 (C.S.).

En plus d'exclure une disposition expresse de la loi, le juge Tellier confond les notions d'obligations d'information et d'erreur provoquée par le dol. Pour lui, tout silence constitue un dol. Il ne s'interroge aucunement sur la présence d'intention de tromper ou sur les conséquences de ce silence sur le consentement. Par ailleurs, on peut s'interroger sur la justesse de l'application de la notion de dol dans le cadre d'un renouvellement de prêt auquel la caution n'a pas participé...

D'autres décisions voguent aussi entre les concepts d'obligation de bonne foi et de renseignement, d'une part, et d'erreur causée par un dol, d'autre part, pour annuler des contrats ou accorder une réduction de prix sans définir nettement les limites propres à chacun de ces concepts¹⁵. On semble, dans ces décisions, tenir pour acquis que dol et absence de bonne foi sont des concepts similaires que l'on peut interchanger sans aucun problème. Une des décisions où ce type d'analyse apparaît des plus douteux est certainement, encore une fois, une décision du juge Tellier, dans l'affaire *Meunerie Philippe Dalphond & fils c. Joliette (Ville de)*¹⁶. Cette affaire concerne un contrat entre la Ville de Joliette et la meunerie prévoyant la fourniture d'électricité par la ville. Ce contrat prévoit que la ville peut modifier ses tarifs par un simple avis et c'est d'ailleurs ce qu'elle fait en faisant publier un tel avis dans le journal local. Or, le juge Tellier conclut que cette augmentation des tarifs n'est pas valide (et l'annule implicitement) en spécifiant que l'avis publié était insuffisant æ puisque les journaux ne sont pas nécessairement lus par tout le monde æ et qu'en agissant ainsi, la ville n'a pas respecté son obligation d'information. Il ajoute que l'article 1401 C.c.Q. reconnaît que le silence ou la réticence peut constituer un dol et que « le défaut d'avis acceptable constitue un silence qui s'apparente au dol incident, ayant pour conséquence d'affecter la qualité du consentement d'une partie au contrat ».

On comprend à la lecture de cette décision qu'il s'agit en fait d'une décision en équité dont les bases juridiques sont malheureusement, et cela dit avec égards, difficilement soutenables.

15 Les décisions *Fortier c. Gagné*, REJB 98-06087 (C.S.); *Béland c. Thibeault*, REJB 97-08165 (C.Q.), et *Paris c. Lamontagne*, B.E. 97-BE433 (C.S.) en constituent de bons exemples.

16 *Meunerie Philippe Dalphond & fils c. Joliette (Ville de)*, J.E. 97-450 (C.S.).

N'est-ce pas encore une fois étirer la notion de dol que de l'appliquer à un avis insuffisant de modification de prix en cours de contrat ? De plus, n'a-t-on pas oublié dans cette décision que la bonne foi se présume ? Ainsi, la partie qui demande l'annulation des nouveaux tarifs se devait de faire la preuve de l'intention malveillante de la Ville avant que le juge Tellier puisse qualifier de dol l'attitude de celle-ci. Or, on ne discute d'aucun élément de preuve à ce sujet dans la décision. Le seul fait de ne pas avoir envoyé cet avis par la poste plutôt que de le publier dans le journal local est-il vraiment un signe de dol et donc d'intention de tromper de la part de la Ville ? Aussi, quel est l'impact de l'absence d'avis sur le consentement ? Même informée, la meunerie aurait-elle pu éviter la hausse de tarifs ? Nous en doutons.

À la lumière de ces décisions, il faut affirmer que la notion d'erreur causée par le dol constitue très certainement une première base légale sur laquelle les tribunaux s'appuient lorsqu'ils désirent sanctionner l'absence de bonne foi lors de la formation et de l'élaboration du contrat et plus particulièrement le défaut de respecter l'obligation d'informer son cocontractant de certains éléments moins avantageux. On pourrait même supposer, à la lecture de ces jugements, que tout silence sur un fait important pourrait constituer un dol et justifier ainsi une annulation de contrat. Nous l'avons déjà mentionné, le dol est un principe juridique régi par des règles plus strictes que le défaut d'information. En négligeant ces règles au nom de la bonne foi, certains juges donnent des arguments aux partisans de la thèse voulant que la bonne foi nuise à la stabilité des contrats. C'est pourquoi ces jugements doivent être dénoncés, en espérant qu'ils ne constituent que des exceptions et que de tels écarts dans l'application de la bonne foi pourront, dans un avenir rapproché, être mieux contrôlés. Afin de respecter les concepts respectifs de dol et de bonne foi, l'obligation de bonne foi doit être considérée comme une notion indépendante de l'erreur provoquée par le dol.

1.2 Le vice du consentement fondé sur l'erreur non dolosive

Le manque de bonne foi du cocontractant semble faciliter la preuve de l'erreur. Ainsi, les tribunaux sont sensibles à un manquement à l'obligation de renseignement pour conclure au caractère déterminant de l'erreur et permettre l'annulation du

contrat¹⁷. En effet, si le cocontractant omet de fournir certaines informations, les juges ont tendance à conclure que cette information était déterminante au consentement et cela même en l'absence de dol.

La même logique est aussi appliquée en présence d'un manquement à l'obligation de renseignement, lorsqu'ils ont à se prononcer sur le caractère inexcusable de l'erreur. En effet, l'article 1400 C.c. Q. prévoit que « l'erreur inexcusable ne constitue pas un vice de consentement ». Les juges doivent donc conclure au caractère excusable de l'erreur pour procéder à l'annulation du contrat¹⁸. Toutefois, ils semblent être portés à conclure à l'erreur excusable lorsqu'il y a absence de bonne foi chez l'autre partie. Comme le souligne le professeur Ghestin, « l'erreur paraît devoir être toujours tenue pour excusable lorsqu'elle a été provoquée, ou même seulement favorisée, par la déloyauté de l'autre partie ou de son mandataire »¹⁹. C'est d'ailleurs ce qui fait dire aux auteurs Baudouin et Jobin que « le principe de la bonne foi a une incidence directe sur la

17 Voir par exemple à ce sujet, les décisions *Boucher c. Développements Terriglobe Inc.*, REJB 2001-23704 (C.A.) et 3090-6499 *Québec Inc. c. Hartt*, [1995] R.D.I. 289 (C.Q.).

18 D'ailleurs, on trouve en jurisprudence plusieurs exemples où les juges ont conclu au caractère inexcusable de l'erreur et ont refusé d'annuler le contrat parce que la partie qui demandait l'annulation au nom de l'erreur n'avait pas assumé sa responsabilité d'obtenir l'information alors qu'elle pouvait facilement le faire : *Létourneau c. Garantie (La), Compagnie d'assurances de l'Amérique du Nord*, J.E. 2000-535 (C.A.); *Société québécoise d'assainissement des eaux c. B. Frégeau & Fils Inc.*, J.E. 2000-809 (C.A.); *Armoires D.L.M. Inc. c. Constructions Plani-sphère Inc.*, J.E. 96-639 (C.S.); *Démix Béton Estrie, division de Ciment St-Laurent c. Habitat Renil Inc.*, J.E. 98-606 (C.Q.); *Fiset c. Développements Québec métro Inc.*, J.E. 96-41 (C.A.); *Paradis c. Merrett*, J.E. 95-1039 (C.Q.); *Les Maisons funéraires Blais Inc. c. Ouellet*, J.E. 95-1086 (C.Q.); *Canadian American Financial Corporation (Canada) c. Lam*, J.E. 95-670 (C.S.).

19 Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, n° 523, p. 484-488. Cette règle s'applique tout autant en droit québécois. Voir à ce sujet, les auteurs suivants : Didier LLUELLES et Benoît MOORE (coll.), *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1998, n° 549, p. 290-291; Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les Obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 210, p. 205-207 et Vincent KARIM, *Commentaires sur les obligations*, vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 22.

règle particulière de l'erreur inexcusable »²⁰. Nul doute que l'incidence de la bonne foi sur le caractère excusable de l'erreur est en quelque sorte l'expression des critères énoncés par la Cour suprême dans l'arrêt *Bail*²¹ quant à l'impossibilité de s'informer ou la confiance légitime en son cocontractant. En d'autres termes, il semble que l'on acquiert plus facilement le « droit à l'erreur » en raison du manquement à l'obligation de bonne foi de son cocontractant. On trouve en jurisprudence plusieurs exemples de ce principe²². À la lumière de ces décisions, on peut considérer que l'absence de bonne foi constitue une fin de non-recevoir à une défense d'erreur inexcusable. Il devient donc impératif de s'assurer que l'absence de bonne foi soit sérieuse et fondée sur des renseignements déterminants, sans quoi nous risquons de faire perdre tout sens utile à la notion d'erreur inexcusable.

Par exemple, cette règle de fin de non-recevoir a aussi été appliquée dans l'affaire *Banque Royale du Canada c. Audet*²³. Dans cette affaire, le juge Lavergne a opposé à la

- 20 Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les Obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 210, p. 207.
- 21 *Banque de Montréal c. Bail*, [1992] 2 R.C.S. 554. En s'appuyant sur les enseignements du professeur français Jacques Ghestin, le juge Gonthier énonce les paramètres de l'obligation de renseignement, soit : « la connaissance, réelle ou présumée, de l'information par la partie débitrice de l'obligation de renseignement; la nature déterminante de l'information en question; l'impossibilité du créancier de l'obligation de se renseigner soi-même, ou la confiance légitime du créancier envers le débiteur ». Il nous apparaît important, pour les fins de notre analyse, de souligner que le juge Gonthier met expressément le lecteur en garde contre une interprétation trop large en spécifiant qu'« il ne faut cependant pas donner à l'obligation de renseignement une portée telle qu'elle écarterait l'obligation fondamentale qui est faite à chacun de se renseigner et de veiller prudemment à la conduite de ses affaires » (p. 587 du jugement). D'ailleurs, le critère énoncé par la Cour suprême parle bien de l'impossibilité du créancier de s'informer lui-même. Le professeur Ghestin souligne particulièrement que le « créancier [de l'obligation de renseignement] doit acquérir le droit d'être informé, c'est-à-dire le droit d'ignorer » Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, n° 647, p. 624-625.
- 22 Voir, notamment, *F & I Holdings Inc. c. 87313 Canada Ltée*, [1996] R.J.Q. 851 (C.A.); *Lemyre c. Techni-Gestass Ltée*, J.E. 2000-2002 (C.S.); *North American Trust Co. c. Desjardins*, J.E. 94-1010 (C.Q.); *Fortier c. Gagné*, REJB 98-06087 (C.S.) et *Bolduc c. Decelles*, [1996] R.J.Q. 805 (C.Q.).
- 23 *Banque Royale du Canada c. Audet*, REJB 97-03000 (C.Q.).

Banque Royale une fin de non-recevoir à son action fondée sur un second cautionnement qu'elle avait fait signer à M. Audet sans lui spécifier qu'il s'agissait d'un cautionnement supplémentaire à celui qu'il avait déjà signé. Il est important de mentionner que M. Audet n'a aucunement lu les documents qu'il signait. Pourtant, le juge reproche à la Banque Royale son défaut d'agir de bonne foi et de renseigner adéquatement la caution. Ce manquement à l'obligation de bonne foi fait en sorte qu'on ne peut reprocher à M. Audet de ne pas s'être informé sur ce qu'il signait, d'autant plus qu'il faisait entièrement confiance à la Banque. L'erreur de ce dernier est par conséquent excusable et, son consentement étant vicié, la Banque ne peut conséquemment lui réclamer quelque somme en vertu de ce second cautionnement. On constate que l'on invoque encore une fois un manquement à l'obligation de renseignement pour atténuer le principe de l'erreur inexcusable.

Cependant, on peut se demander comment une partie peut invoquer l'obligation de renseignement lorsqu'elle n'a pas rempli les critères relatifs à la condition essentielle de se renseigner. Nous nous trouvons donc dans une situation paradoxale où l'on a recours à l'obligation de renseignement pour atténuer la rigueur des conditions de l'obligation de se renseigner (et son application dans un contexte d'erreur inexcusable) alors que cette dernière est une condition d'application de l'obligation de renseignement!

La décision *Bolduc c. Decelles*²⁴ est un second exemple du même état d'esprit. Dans cette affaire, le juge prononce la nullité du contrat, bien que les demandeurs ne l'aient pas lu, au motif que leur erreur n'est pas inexcusable. En effet, la partie défenderesse contrôlait l'information et elle avait établi entre elle et les demandeurs un climat de confiance excusant l'absence de lecture ou de compréhension du contrat.

À notre avis, ces deux décisions sont des exemples d'infantilisation des citoyens « ordinaires » et de l'obligation qui leur est imposée de veiller à leurs affaires. En effet, comment qualifier autrement la décision qui permet à une partie de se plaindre d'un contrat qu'elle n'a pas lu mais tout de même

24 *Bolduc c. Decelles*, [1996] R.J.Q. 805 (C.Q.).

signé, alors qu'elle était en présence d'une partie qu'elle connaissait à peine ? Ces deux décisions amènent certainement un questionnement sur l'application de l'obligation de renseignement. Ainsi, une partie peut-elle se plaindre d'un contrat si elle ne l'a pas au minimum lu²⁵ et cela même si elle affirme qu'elle n'avait aucune raison de douter de son cocontractant ? À notre avis, une lecture préalable du contrat constitue un des premiers éléments essentiels de la responsabilisation de chacun face à ses propres intérêts. Or, une telle responsabilisation forme une première condition propice à l'atteinte d'un équilibre entre l'obligation de bonne foi et la stabilité contractuelle. Nous ne pouvons accepter qu'une partie puisse se réfugier derrière un prétendu manquement à l'obligation de bonne foi de son cocontractant pour ne pas lire un contrat qu'elle s'apprête à signer. Dans le cas contraire, on dénature tant les objectifs que les conditions d'application de l'obligation de renseignement.

Il faut sanctionner la négligence d'une partie à se renseigner et à veiller à ses intérêts. Or, la lecture préalable du contrat est très certainement une condition importante de l'erreur excusable. Cependant, nous sommes prête à admettre que la rigueur de la règle que nous venons d'exposer mérite d'être tempérée en certaines circonstances précises qui devraient être analysées *in concreto*²⁶. Par exemple, l'absence de lecture du contrat ne devrait pas être causée par l'absence de bonne foi du cocontractant. On pourrait notamment penser à celui qui, sciemment, effectue certaines manœuvres afin

25 D'ailleurs, en principe, l'absence de lecture constitue une erreur inexcusable : *Société québécoise d'assainissement des eaux c. B. Frégeau & Fils Inc.*, J.E. 2000-809 (C.A.) et Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les Obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 210, p. 206.

26 *Létourneau c. Garantie (La), Compagnie d'assurances de l'Amérique du Nord*, J.E. 2000-535 (C.A.); Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les Obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 210, p. 206; Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, n° 646 et suiv., p. 623 et suiv. et Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 171 et suiv. Nous avons déjà mentionné les conditions d'application de l'obligation de renseignement à la note 21.

d'empêcher son cocontractant de lire le contrat²⁷. Ensuite, ce principe de lecture préalable devrait aussi, à notre avis, être tempéré lorsque, de toute façon, la lecture du contrat n'aurait absolument rien changé à la situation des parties²⁸. On peut notamment penser au contrat d'adhésion où, peu importe la lecture préalable effectuée, le cocontractant est entièrement soumis, s'il accepte de conclure le contrat, aux clauses contractuelles imposées par son cocontractant. Finalement, nous ne saurions tenir rigueur à un contractant de ne pas avoir lu son contrat lorsque le législateur lui accorde une protection même en l'absence de toute lecture de la clause ou du contrat en litige²⁹. Mais hors ces circonstances particulières, nous croyons que le contractant qui désire invoquer un manquement à l'obligation de bonne foi lors de la conclusion du contrat devrait démontrer qu'il n'a pas commis « d'erreur inexcusable » en ne lisant pas le contrat. Le fardeau de la preuve de l'erreur excusable appartenant à celui qui invoque l'erreur³⁰, nous croyons que cette preuve pourra se révéler difficile s'il n'a pas au minimum lu le contrat. De cette façon, nous pourrions plus facilement concilier les notions d'erreur et de bonne foi afin que la bonne foi ne puisse servir à rendre la notion d'erreur inexcusable complètement inutile.

27 Voir, par exemple, à ce sujet la décision 9029-4596 *Québec Inc. c. Duplantie*, REJB 1999-15014 (C.Q.).

28 Un tel tempérament pourrait permettre de justifier certaines décisions qui peuvent apparaître douteuses. Par exemple, la décision *Banque Royale du Canada c. Audet*, REJB 97-03000 (C.Q.) se justifierait mieux puisque l'on sait que les banques soumettent à leurs clients des contrats d'adhésion qu'ils leur est impossible de négocier librement. Voir à ce sujet, en matière de contrat d'assurances, les commentaires de Benoît MOORE, « L'offre dans le contrat d'assurance : une divergence qui en appelle une autre », (1998) 32 *R.J.T.* 361, 435.

29 On pourrait notamment songer aux dispositions relatives aux clauses externe des contrats de consommation ou d'adhésion, art. 1435 C.c.Q., ou aux divergences entre la police et la proposition dans le cadre d'un contrat d'assurances, art. 2400 al. 2 C.c.Q. Dans les deux cas, les clauses en cause du contrat doivent être spécifiquement portées à l'attention du cocontractant pour lui être opposables.

30 *Létourneau c. Garantie (La), Compagnie d'assurances de l'Amérique du Nord*, J.E. 2000-535 (C.A.) et *Crédit-bail Findeq Inc. c. Knit-Craft Fashion Mills Ltd.*, J.E. 95-1767 (C.S.); *Contra* : Didier LLUELLES et Benoît MOORE (coll.), *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1998, n° 545, p. 288. À notre avis, il serait plus juste que ce fardeau de preuve consiste en une preuve *prima facie*. Cependant, aucune des décisions citées ne se prononcent sur le degré requis.

On a aussi conclu à l'erreur excusable, malgré l'absence de lecture du contrat, dans la décision *Yoskovitch c. Tabor*³¹. Dans cette affaire, une femme de ménage, peu scolarisée, achète de ses patrons, sans lire le contrat, une boulangerie ne valant aucunement le prix stipulé. Ne pouvant effectuer les paiements, elle est poursuivie par ceux-ci et plaide l'annulation du contrat en défense. Le juge reconnaît que la défenderesse ne peut se plaindre d'une erreur fondée sur le dol puisqu'il n'y a eu aucune fausse représentation de la part des demandeurs dans cette affaire. Toutefois, le juge conclut à une erreur excusable sur des considérations essentielles au contrat parce que la défenderesse était mal informée sur la valeur de l'entreprise et, en conséquence, son consentement en a été vicié. Il souligne que les demandeurs ont profité de sa faible scolarisation et de sa connaissance insuffisante de l'anglais pour lui imposer un contrat de vente désavantageux. Cette absence de bonne foi de la part des demandeurs est suffisante pour rendre l'erreur de la défenderesse excusable.

Une fois de plus, cette décision nous apparaît douteuse parce qu'il appartenait certainement à la défenderesse de lire le contrat ou, du moins, de le faire lire, et de s'informer sur la valeur de l'entreprise, surtout en l'absence de représentations frauduleuses des demandeurs à cet effet. Cependant, certains pourraient prétendre que la relation de confiance employée-employeurs entre les parties et la précipitation provoquée par les vendeurs pouvaient justifier l'absence de prudence démontrée par la défenderesse dans cette affaire³². Ces éléments constitueraient alors des circonstances pouvant justifier une absence de veiller à ses propres affaires.

Mais la décision *Yoskovitch* constitue, à notre avis, un mauvais cas d'application de l'obligation de bonne foi pour une autre raison. On est, dans cette affaire, strictement en présence d'une erreur économique ou, si l'on préfère, d'une pure erreur sur la valeur de la boulangerie vendue. Or, plusieurs auteurs soulignent que le principe de l'erreur sans dol

31 *Yoskovitch c. Tabor*, [1995] R.J.Q. 1397 (C.S.).

32 Didier LLUELLES et Benoît MOORE (coll.), *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1998, n° 549, p. 291.

ne peut sanctionner, même en l'absence de bonne foi, un cas où cette absence de bonne foi a strictement influencé l'économie du contrat puisque ce serait alors permettre de sanctionner, au nom de la bonne foi, l'erreur causée par la lésion entre majeurs. Cette erreur est, en principe, indifférente en vertu l'article 1405 C.c.Q.³³. Néanmoins, c'est exactement ce qu'accomplit le juge par sa décision alors qu'il prend la peine de spécifier qu'on ne peut annuler un contrat pour cause d'erreur fondée sur la lésion entre majeurs³⁴. Il justifie même sa décision d'annuler le contrat sur la base de l'erreur en énumérant une série de circonstances démontrant que les demandeurs n'ont pas agi de bonne foi en vendant leur boulangerie pour un prix trop élevé ! Nous ne pouvons être en accord avec une telle pratique. Si le juge voulait sanctionner l'inexécution de l'obligation de bonne foi des demandeurs, il devait certainement sortir la bonne foi du cadre restrictif de l'erreur afin de ne pas contrevenir à l'article 1405 C.c.Q. Nous y reviendrons.

Notre analyse de l'impact de la bonne foi sur le consentement fondé sur l'erreur nous permet d'édicter certaines balises qui devraient régir l'obligation de bonne foi. Nous croyons d'abord que le contractant, qui prétend qu'un contrat a été conclu alors que son cocontractant n'a pas fait preuve de bonne foi, devrait démontrer, à moins de circonstances exceptionnelles, qu'il a fait preuve de prudence et qu'il n'a pas été négligent dans la gestion de ses propres intérêts lors de la

33 Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les Obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 211, p. 207; Didier LLUELLES et Benoît MOORE (coll.), *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1998, n° 927-932, p. 526-530. Il serait cependant peut-être possible de trouver une théorie juridique, qui ne dépendrait pas des vices du consentement et qui permettrait l'annulation du contrat en de telles circonstances. En effet, l'article 1405 C.c.Q. n'interdit la lésion entre majeurs qu'à titre de vice de consentement : « (...) la lésion ne vicie le consentement qu'à l'égard des mineurs et des majeurs protégés ». D'ailleurs, le professeur Lluelles prétend qu'une lésion absolue pourrait être source d'annulation pour absence totale de cause. Pour notre part, nous pensons que la théorie des « vices du contrat » pourrait permettre une certaine reconnaissance de la lésion. Nous y reviendrons ultérieurement.

34 *Yoskovitch c. Tabor*, [1995] R.J.Q. 1397, 1401 (C.S.).

conclusion du contrat³⁵. À notre avis, l'exigence minimale en ce domaine est certainement une lecture du contrat. Effectivement, si nous ne croyons pas qu'une lecture préalable soit en tout temps une preuve suffisante de prudence et d'absence de négligence, l'absence de lecture est certainement, sauf en présence de circonstances exceptionnelles, dont nous avons discuté précédemment, un élément déterminant démontrant la négligence dans la gestion de ses propres affaires.

Ensuite, on ne peut, à notre avis, tolérer que des juges se servent d'une obligation au contenu flou, comme la bonne foi, pour écarter une disposition précise de la loi. Il faut considérer qu'une disposition expresse de la loi constitue en soi une limite imposée par le législateur à la « mission » qu'il a donnée aux juges de veiller à l'application de la notion floue. Dans un but de sécurité et de stabilité juridiques évidents, il est impératif que les juges respectent cette volonté expresse du législateur. Nous verrons, ultérieurement, des décisions douteuses en matière de cautionnement où les juges ont justement utilisé des arguments erronés de bonne foi pour écarter certaines dispositions législatives pourtant claires.

1.3 L'absence de consentement en général

Nous l'avons déjà signalé, certains auteurs et une certaine jurisprudence établissent un lien entre le concept de silence ou de réticence dolosive de l'article 1401 C.c.Q. et l'obligation de renseignement. Cependant, plusieurs³⁶ soulignent

35 *Létourneau c. Garantie (La), Compagnie d'assurances de l'Amérique du Nord*, J.E. 2000-535 (C.A.) et *Crédit-bail Findeq Inc. c. Knit-Craft Fashion Mills Ltd.*, J.E. 95-1767 (C.S.); *Contra* : Didier LLUELLES et Benoît MOORE (coll.), *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1998, n° 545, p. 288. À notre avis, cette preuve devrait être *prima facie*, mais aucune des décisions citées ne se prononcent sur le fardeau de preuve requis.

36 Voir notamment : Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les Obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 158, p. 178. C'est sur cette même base juridique que certains juges ont fondé leur obligation de renseignement dans les décisions *Falardeau c. 2755963 Canada Inc.*, REJB 97-04867 (C.Q.); *3090-6499 Québec Inc. c. Hartt*, [1995] R.D.I. 289 (C.Q.) et *Banque Royale du Canada c. Audet*, REJB 97-03000 (C.Q.).

aussi que l'obligation d'information au stade de la formation du contrat découle de l'article 1399 C.c.Q. qui, de portée plus générale que l'article 1401 C.c.Q., prévoit la nécessité d'un consentement éclairé :

« Il convient, devant les développements récents, d'insister sur la portée réelle, et pour ainsi dire nouvelle, de l'exigence que le consentement soit "éclairé et réfléchi". De plus en plus, en effet, le droit se préoccupe de l'information qui doit être connue du cocontractant pour l'aider à prendre une décision éclairée.(...) Elle est désormais reliée à l'obligation de bonne foi (art. 1375 C.c.). »³⁷

Se pose alors la question de la sanction au manquement à l'obligation d'information. Les solutions sont très variées. La solution la plus évidente est celle voulant que la sanction du défaut d'un consentement libre et éclairé se fasse par le recours à la théorie du vice du consentement fondé sur l'erreur, et cela en conformité avec le second alinéa de l'article 1399 et l'article 1400 C.c.Q.³⁸.

Le juge Gobeil, quant à lui, spécifie, dans la décision *Falardeau*, que le seul fait de ne pas donner le consentement éclairé exigé par l'article 1399 C.c.Q., suite à l'absence de bonne foi du cocontractant, suffit pour annuler le contrat. Il s'agirait donc d'un deuxième cadre de sanction possible, exclusivement fondé sur les conditions générales du premier alinéa de l'article 1399 C.c.Q., soit la nécessité d'un consentement libre et éclairé.

Le professeur Lluelles propose aussi une autre solution. Ainsi, la nullité du contrat pour défaut du consentement éclairé exigé par l'article 1399 C.c.Q., pourrait, si l'on exclut l'erreur, se fonder sur la première phrase de l'article 1407 C.c.Q. qui prévoit que « celui dont le consentement est vicié a le droit

37 Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les Obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 158, p. 178.

38 Il s'agit d'ailleurs de la position adoptée dans les décisions *Banque Royale du Canada c. Audet*, REJB 97-03000 (C.Q.) et *3090-6499 Québec Inc. c. Hartt*, [1995] R.D.I. 289 (C.Q.).

de demander la nullité du contrat »³⁹. Cette solution est particulièrement intéressante, surtout si, comme le dit le professeur Lluelles, on relie l'article 1407 C.c.Q. aux articles 1399 et 1375 C.c.Q. Elle permettrait ainsi de trouver un cadre autonome de nullité des contrats pour vice du consentement « non classiques », ou si l'on préfère, des vices du consentement que l'on ne retrouve pas expressément nommés à l'article 1399 C.c.Q. D'ailleurs, cette solution semble trouver écho dans les commentaires du ministre de la Justice sur l'article 1407 C.c.Q. :

« Cet article énumère l'ensemble des recours qui s'offrent à celui dont le consentement est vicié.

La première phrase de l'article prescrit la règle générale du droit antérieur en énonçant que *l'action en nullité du contrat est un recours de principe, ouvert à celui dont le consentement n'est pas libre et éclairé.* »⁴⁰

On commence aussi à trouver, en jurisprudence, cette solution fondée sur un vice du consentement consécutif à un manquement à l'obligation de bonne foi. Ainsi, dès 1994, le juge Georges Savoie reconnaît que l'on peut obtenir la nullité du contrat pour absence de bonne foi, avec l'appui des articles relatifs aux vices du consentement : « (...) tout comme l'absence de bonne foi de la part d'un cocontractant ouvre la porte à l'annulation selon les articles 1375, 1377, 1399, 1400 et 1401 du nouveau *Code civil du Québec* (...). »⁴¹

En 1997, le juge Turmel décide que le seul fait de ne pas respecter l'article 1375 C.c.Q. suffit pour vicier le consentement et annuler le contrat :

« La bonne foi est le fondement de toute relation contractuelle. Elle doit gouverner la conduite des parties (1375 C.c.Q.). Le tribunal est d'opinion que la défenderesse en a oublié certains éléments quand elle a induit Line Cadieux à contracter. La réticence ou l'omission de lui révéler la réalité entourant le studio a vicié le consentement donné par Line Cadieux et est suffisant

39 Didier LLUELLES et Benoît MOORE (coll.), *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1998, n° 925, p. 525.

40 MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, Québec, Publications du Québec, 1993, commentaire sous l'article 1407 C.c.Q., p. 854 (nos italiques).

41 *Verrelli c. Brave*, [1994] R.D.I. 85 (C.S.) (en appel).

pour justifier une annulation de contrat et le remboursement de la somme versée. »⁴²

Ainsi, même si dans les deux cas, on ne réfère pas à l'article 1407 C.c.Q., il est clair que l'on reconnaît un principe général de vice du consentement résultant de l'absence de bonne foi et pouvant être sanctionné comme tel.

Cet inventaire de diverses opinions nous permet de confirmer que, peu importe la solution proposée, aucune ne nous satisfait complètement. Elles ont toutes le désavantage d'imposer, à l'analyse de l'obligation de bonne foi, le carcan des critères du vice du consentement. On subordonne ainsi cette obligation de bonne foi à la qualité du consentement. Or, si le législateur voulait ainsi soumettre l'analyse de la bonne foi lors de la formation du contrat aux critères relatifs aux vices du consentement, pourquoi lui aurait-il accordé les places privilégiées qu'elle occupe au tout début de notre Code civil⁴³ ainsi qu'au tout début du livre Des Obligations⁴⁴ ? Nous croyons que cette insistance du législateur démontre bien qu'il faut s'abstenir d'analyser l'obligation de bonne foi lors de la formation du contrat sous le seul éclairage des vices du consentement. Il faut relocaliser la bonne foi pour la sortir du carcan des vices du consentement. Cette émancipation est nécessaire pour que la bonne foi s'impose vraiment comme une composante essentielle de la formation du contrat et constitue le premier critère d'analyse d'une saine relation contractuelle.

2. LA SANCTION AUTONOME FONDÉE SUR L'ARTICLE 1375 C.C.Q.

Puisque l'article 1375 C.c.Q. exige que les contractants adoptent une attitude empreinte de bonne foi, qu'en est-il lorsque celle-ci fait défaut ? Sommes-nous cantonnés aux seuls articles relatifs aux vices du consentement, ou pouvons-nous, plutôt, sanctionner par un recours fondé sur un cadre différent, le contractant qui fait preuve d'absence de bonne foi lors de la formation et de l'élaboration du contrat ? En d'autres termes, un

42 *Cadioux c. St-A. Photo Corporation*, REJB 1997-00638 (C.S.) (en appel).

43 Art. 6 et 7 C.c.Q.

44 Art. 1375 C.c.Q.

juge peut-il intervenir au contrat, en ne se fondant que sur l'article 1375 C.c.Q., pour rétablir l'équilibre entre les parties lorsque la bonne foi est absente à quelque stade de la vie contractuelle ?

Ces questions semblent assez controversées en doctrine et peu se disent clairement en faveur d'une sanction spécifique fondée sur le cadre autonome de l'article 1375 C.c.Q. Certains auteurs sont même d'avis qu'un tel cadre de sanction, autonome des autres institutions juridiques classiques, comme les vices du consentement, n'aurait pour conséquences que de favoriser une insécurité et une instabilité contractuelle nuisant à l'institution sociale qu'est le contrat⁴⁵.

Néanmoins, on commence à observer une certaine ouverture de quelques auteurs vers cette possibilité d'analyser la bonne foi comme une institution autonome comportant ses propres règles de sanctions. Par exemple, dans la 4^e édition de son traité, intitulé *Les obligations*, Jean-Louis Baudouin s'exprime ainsi :

« Dans les situations où le défaut de respecter l'obligation d'information n'a pas, pour autant, entraîné l'apparition d'un vice de consentement suffisant pour permettre l'application de l'article 1407 C.c., il resterait, à notre avis, un recours général basé sur les dispositions désormais claires de l'article 1375 C.c. à condition, bien entendu, de pouvoir démontrer la contravention à l'obligation de bonne foi. »⁴⁶

45 Voir notamment, François-Xavier LUCAS, obs. sous Civ. 1^{re}, 16 mai 1995, J.C.P. 1996.II.22736; pour une analyse critique de ce courant, en droit québécois, voir : Brigitte LEFEBVRE, « Liberté contractuelle et justice contractuelle : le rôle accru de la bonne foi comme norme de comportement », dans *Développements récents en droit des contrats (2000)*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 49 et en droit français, voir : Denis MAZEAUD « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », dans *L'avenir du droit, mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Presses universitaires de France, 1999, p. 603.

46 Jean-Louis BAUDOUIN, *Les obligations*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, n° 278, p. 162. Il faut cependant noter que cette idée n'est pas reprise dans la 5^e édition de l'ouvrage. Cela s'explique peut-être par le fait que cette édition a été réécrite par le professeur Pierre-Gabriel Jobin qui est particulièrement sensible à la stabilité contractuelle. Ainsi, s'il reconnaît que l'intervention des juges s'avère nécessaire en certaines occasions, il souhaite que cette intervention soit par ailleurs régularisée par des mécanismes de contrôle : Pierre-Gabriel JOBIN, « La stabilité contractuelle et le Code civil du Québec : un rendez-vous tumultueux », dans *Mélanges Paul-André Crépeau*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 417.

Il est vrai, comme le souligne le professeur Lluelles, que Jean-Louis Baudouin ne précise pas le type de recours qui pourrait effectivement sanctionner une violation des principes de l'obligation de bonne foi⁴⁷. Serait-ce un simple recours en dommages ou pourrait-on envisager un recours permettant au juge d'intervenir au contrat, par exemple par la réduction de certaines obligations ou la réécriture de certaines clauses, pour rétablir l'équilibre contractuel entre les parties ? Un tel recours pourrait-il permettre au juge de prononcer la nullité du contrat ? Jean-Louis Baudouin ne le spécifie pas⁴⁸.

Au Québec, d'autres auteurs⁴⁹ se prononcent ouvertement en faveur d'une sanction spécifique fondée sur la seule obligation de bonne foi exigée à l'article 1375 C.c.Q. Pour eux, la bonne foi lors de la formation du contrat est aussi essentielle, en vertu de l'article 1375 C.c.Q., que la qualité du consentement. De plus, la présence de la bonne foi aux articles 6 et 7 C.c.Q. démontre bien que cette obligation est une règle d'ordre public qui doit être respectée. Ainsi, pour Vincent Karim, l'absence de cette bonne foi lors de la formation du contrat constitue un « vice de contrat » qui peut résulter en une nullité du contrat en vertu de l'article 1416 C.c.Q.⁵⁰. Il reprend en quelque sorte, sans la nommer, la théorie proposée par le professeur Didier Lluelles sur les vices innomés de formation du contrat⁵¹.

47 Didier LLUELLES et Benoît MOORE (coll.), *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1998, n° 930, p. 527-528.

48 Malgré cette absence de spécification, il faut noter que, dans la décision *Bolduc c. Decelles*, [1996] R.J.Q. 805 (C.Q.), le juge Lavergne a interprété ce même texte comme autorisant la nullité des contrats.

49 Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 58 et suiv. et 217 et suiv.; Vincent KARIM, « La règle de la bonne foi prévue dans l'article 1375 du *Code civil du Québec* : sa portée et les sanctions qui en découlent » (2000) 41 *C. de D.* 435, 458.

50 Vincent KARIM, « La règle de la bonne foi prévue dans l'article 1375 du *Code civil du Québec* : sa portée et les sanctions qui en découlent » (2000) 41 *C. de D.* 435, 458.

51 Didier LLUELLES et Benoît MOORE (coll.), *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1998, n° 926, p. 526.

En France, une certaine doctrine⁵² observe que l'idée d'une obligation générale et d'ordre public de bonne foi fait peu à peu son chemin en matière contractuelle. Cette obligation tire sa source de l'article 1134, al. 3 du *Code civil français*, qui prévoit que les conventions doivent être exécutées de bonne foi⁵³. Or, comme le soulignent les auteurs, bien que l'on ne parle, dans cet article, que d'exécution du contrat, les tribunaux français semblent de plus en plus enclins à reconnaître une obligation de bonne foi au stade même de la formation du contrat. D'ailleurs, en 1995, la Cour de cassation en a surpris plusieurs en permettant l'annulation d'un contrat de cautionnement sur la base autonome d'un manquement à l'obligation de bonne foi lors de la formation du contrat, sans faire référence au dol⁵⁴.

Cette thèse du recours autonome propre à l'obligation de bonne foi soulève cependant une question : quels sont les fondements justifiant une intervention judiciaire au contrat, alors que, dans la plupart des cas, l'obligation de bonne foi n'a pas été expressément prévue par les parties ? Cette première question entraîne invariablement la question suivante : quel rôle sommes-nous prêts à concéder à l'obligation de bonne foi lors de la formation et de l'élaboration des contrats ? Un

52 Voir notamment Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, n° 255 et suiv., p. 231 et suiv.; Henri MAZEAUD, Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD et François CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome II, vol. 1, « Obligations, théorie générale », 9^e éd. par François Chabas, Paris, Montchrestien, 1998, n° 159, p. 157; Pierre BONASSIES, *Le dol dans la conclusion des contrats*, th. Lille, 1955, p. 410; Jean-François ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé. Des atteintes à la bonne foi, en général, et de fraude, en particulier (fraus omnia corrumpit)*, Collection de la Faculté de droit, Université libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 2000, n° 363, p. 833.

53 Il faut souligner que selon les commentaires du ministre de la Justice sur l'article 1375 C.c.Q., l'article 1134 al. 3 a servi de fondement juridique lors de la rédaction de l'article 1375, voir : MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, Québec, Publications du Québec, 1993, commentaire sous l'article 1375 C.c.Q., p. 832.

54 Civ. 1^{re}, 16 mai 1995, J.C.P. 1996.II.22736, avec les commentaires de François-Xavier LUCAS. Voir, par ailleurs, sur cette décision : Henri MAZEAUD, Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD et François CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome II, vol. 1, « Obligations, théorie générale », 9^e éd. par François Chabas, Paris, Montchrestien, 1998, n° 159, p. 157.

simple rôle interprétatif ou un rôle complétif⁵⁵ ? Certes, la loi prévoit que la bonne foi doit gouverner tous les stades de la vie contractuelle. Mais elle ne spécifie pas les conséquences liées à son non-respect. La question n'est pas simple puisque les auteurs ne s'entendent pas sur le rôle qui doit être conféré à la bonne foi⁵⁶ et sur le cadre des sanctions appropriées. Ces questions ne sont donc pas sans intérêt puisqu'elles nous permettront de déterminer et de justifier la place que nous voulons réserver à la bonne foi dans le champ contractuel.

Ainsi, peut-on prévoir des sanctions qui n'auraient pour seul fondement que le principe autonome de la bonne foi ? Mais dans un tel cas, comment justifier ces sanctions puisque les articles 6, 7 et 1375 C.c.Q. ne prévoient aucune sanction ? À notre avis, un tel cadre de sanctions autonomes se justifie par les fondements même de la force obligatoire des contrats, doctrine qui a fortement évolué ces dernières années et qui pourrait conférer à la bonne foi un rôle important à titre de fondement contractuel.

2.1 La force obligatoire des contrats

Traditionnellement, on a considéré que le dogme de l'autonomie de la volonté justifiait la force obligatoire des contrats⁵⁷. Ainsi, parce que les parties avaient librement conclu un contrat, ce dernier devait obligatoirement s'appliquer aux parties comme la loi de celles-ci. On présumait que chacun concluait librement le contrat au mieux de ses intérêts. Dans ces conditions, le contrat ne pouvait qu'être juste pour les parties, puisqu'il représentait nécessairement l'équilibre des intérêts entre les parties⁵⁸. En effet, qui accepterait

55 Par exemple, sommes-nous prêts à permettre au juge d'intervenir au contrat au nom de la bonne foi ?

56 Par exemple, certains auteurs français affirment que l'article 1134 al. 3 C.c.fr., pendant de l'article 1375 C.c.Q. en droit français, « est une disposition technique, dépourvue de signification substantielle, qui annonce l'article suivant (...) ». Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, *Les obligations*, 1. *l'acte juridique*, 8^e éd., Paris, Armand Colin, 1998, n° 386, p. 280.

57 Jacques GHESTIN, « La notion de contrat », D. 1990.chron.147.

58 Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, n° 225, p. 202.

de se lier par un contrat qui ne serait pas avantageux ? Cette présomption était irréfragable, et le contrat ne pouvait être modifié unilatéralement par un juge ou l'une des parties⁵⁹. Le contrat était considéré comme la loi des parties, qui devaient le respecter à la lettre, sans possibilité de modification, sauf d'un commun accord⁶⁰.

Il est facile de constater les faiblesses d'une telle théorie. Ce n'est pas parce qu'un contrat a été conclu par les parties qu'il se révèle juste. D'abord, peut-on parler d'une véritable égalité, sociale ou économique, entre les parties lors de la conclusion d'un contrat ? Il n'est, effectivement, pas rare de constater que les parties n'ont pas, dans les faits, le même pouvoir de négociation et qu'une partie peut ainsi profiter, pour ne pas dire abuser, de son pouvoir accru pour imposer à l'autre des conditions contractuelles qui ne sont pas avantageuses pour cette dernière. Le plus fort impose souvent sa loi et sa volonté au plus faible. En posant le postulat théorique que tous sont égaux et peuvent ainsi négocier sur un pied d'égalité, on favorise clairement celui qui détient une supériorité sur le plan économique, informationnel, personnel, voire psychologique, au détriment de son cocontractant moins avantagé⁶¹. Or, on conçoit parfaitement maintenant que des parties puissent conclure un contrat dans une situation d'inégalité des forces en présence⁶².

59 Brigitte LEFEBVRE, « Liberté contractuelle et justice contractuelle : le rôle accru de la bonne foi comme norme de comportement », dans *Développements récents en droit des contrats (2000)*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, 56.

60 Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 35.

61 Cela a, d'ailleurs, été souligné par les membres de l'Office de révision du Code civil : « On concevait fort peu alors qu'un déséquilibre de la puissance économique des contractants puisse être un élément susceptible de fausser le libre jeu de la liberté contractuelle et ainsi contrecarrer la justice des conventions ». OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 2, tome 2, Québec, Éditeur officiel, 1977, p. 561; voir aussi : Monique OUELLETTE, « L'égalité sous le Code civil : la réalité et l'espoir », dans *Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne - Les journées Maximilien - Caron 1990*, Montréal, Éditions Thémis, 1991, p. 13 et 19 et suiv.

62 Voir notamment à ce sujet : Jean PINEAU, « La discrétion judiciaire a-t-elle fait des ravages en matière contractuelle ? », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *La réforme du Code civil, cinq ans plus tard*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 141.

D'ailleurs, les notions de contrats de consommation et d'adhésion et le choix du législateur d'accorder une plus grande protection à certaines parties dans le cadre de ces contrats⁶³ illustrent éloquemment l'éloignement de cette théorie de la réalité des faits.

La notion de contrat d'adhésion rappelle aussi, comme l'a notamment démontré le professeur Ghestin, que la négociation du contrat entre les parties n'est pas essentielle à la formation du contrat⁶⁴. Le postulat posé par la théorie de l'autonomie de la volonté n'est donc plus considéré comme exact en doctrine et, à notre avis, avec raison. En effet, une bonne partie des contrats que nous concluons quotidiennement sont certainement d'adhésion. On ne peut que les accepter tels quels, sans aucune possibilité de négociation. Dans un tel contexte, il devient impossible d'affirmer sérieusement que le contrat conclu représente l'équilibre entre les intérêts divergents des parties. L'autonomie de la volonté ne peut plus masquer cette réalité contextuelle des contrats et justifier des inégalités contractuelles flagrantes.

C'est pour ces raisons que la majorité de la doctrine, tant québécoise que française, reconnaît que le contrat tire plutôt sa force obligatoire de la loi⁶⁵, bien que l'on reconnaisse un rôle important au consentement et à l'accord des volontés

63 Voir notamment les articles 1435, 1436, 1437 C.c.Q., ainsi que la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1.

64 Voir Jacques GHESTIN, « La notion de contrat », D. 1990.chron.147, 151-152.

65 Voir, notamment en droit français : Ambroise COLIN et Henri CAPITANT, *Traité de droit civil*, t. II, Paris, Librairie Dalloz, 1959, n° 815, p. 455; François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 1999, n° 24 et suiv., p. 30 et suiv.; Jacques GHESTIN, « La notion de contrat », D. 1990.chron.147, 154; Catherine THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *Rev. trim. dr. civ.*, 1997.357, p. 365; en droit québécois : Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 38 et suiv.; Brigitte LEFEBVRE, « Liberté contractuelle et justice contractuelle : le rôle accru de la bonne foi comme norme de comportement », dans *Développements récents en droit des contrats (2000)*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, 53-55; Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les Obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 82 et suiv., p. 103 et suiv.

dans la formation des contrats⁶⁶. Sans la reconnaissance légale, la partie qui désire faire exécuter la convention conclue ne bénéficie que d'une sanction morale et non d'une sanction légale. Autrement dit, le contrat ne peut s'imposer aux parties que parce que la loi lui donne un tel effet en permettant la sanction judiciaire et l'exécution de celui-ci. L'article 1434 C.c.Q. prévoit d'ailleurs que le « contrat *valablement* formé » oblige les parties. Or, les conditions de validité du contrat sont justement définies par la loi. Cette simple constatation est suffisante pour démontrer la soumission de la force obligatoire des contrats à la loi. Celle-ci constitue ainsi une norme de droit positif supérieure au contrat et peut donc intervenir sur ce dernier pour le régler, effectuer les aménagements nécessaires ou même le prohiber⁶⁷ dans certains cas⁶⁸.

Le législateur fait donc le choix conscient de ne pas faire reposer la force obligatoire des contrats sur la seule autonomie des volontés. Il se permet d'intervenir dans l'institution que constituent les contrats, par le mécanisme de la loi, pour tenter de rééquilibrer les forces en présence, notamment afin de protéger la partie plus faible et d'empêcher que celle-ci soit systématiquement exploitée par le biais des relations contractuelles⁶⁹. Comme le souligne le professeur Ghestin⁷⁰ et d'autres auteurs contemporains⁷¹, cette prise de position du législateur

66 Voir, sur le rôle de l'autonomie des volontés lors de la conclusion du contrat, Jacques GHESTIN, « La notion de contrat », D. 1990.chron.147, 150 et suiv., où l'auteur met en relief le fait que, bien qu'elle ne constitue pas le fondement du contrat, le contrat ne peut être formé que par la volonté des parties, même en l'absence de toute négociation. Ainsi, l'accord des volontés devient-il le critère essentiel de la formation du contrat.

67 Par exemple, le contrat de gestation pour autrui (art. 541 C.c.Q.).

68 Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 38 et suiv. et Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les Obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 82 et suiv., p. 103 et suiv.

69 Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les Obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 84, p. 104 et Jacques MESTRE, « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *Rev. trim. dr. civ.* 1986.100.

70 Jacques GHESTIN, « La notion de contrat », D. 1990.chron.147, 150; Jacques GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », D. 1982.chron. 1.

se justifie par l'utilité sociale que le législateur reconnaît au contrat et l'idéal de justice vers lequel il veut faire tendre les relations contractuelles.

La force obligatoire des contrats crée un climat de confiance favorisant les échanges économiques et le crédit⁷². Il s'avère donc utile au développement de la société. C'est parce qu'il reconnaît et sanctionne le respect de la parole donnée que le législateur favorise le crédit et les échanges de biens et de services sur lesquels repose le développement économique de notre société⁷³. Sans cette force obligatoire, le contrat ne saurait favoriser ces relations économiques. C'est en ce sens que l'utilité sociale constitue un des fondements à la force obligatoire des contrats. Et c'est le droit positif qui consacre cette utilité, puisque le législateur donne force obligatoire à la convention en fournissant aux contractants des moyens de contrainte judiciaire.

Cependant, les auteurs s'entendent pour dire que cette seule utilité sociale n'est pas suffisante pour justifier la force obligatoire des contrats. Parce qu'elle est en quelque sorte extérieure aux parties, cette seule utilité sociale ne favoriserait pas l'implication personnelle de celles-ci au contrat⁷⁴. Il est important, pour que chacun respecte sa parole, que le contrat puisse comporter une certaine utilité personnelle, sinon à quoi bon s'engager ? C'est pourquoi les auteurs sont d'avis

71 Voir notamment, Catherine THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *Rev. trim. dr. civ.*, 1997.357, 376 et suiv.; en droit québécois : Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, 38 et suiv., Brigitte LEFEBVRE, « Liberté contractuelle et justice contractuelle : le rôle accru de la bonne foi comme norme de comportement », dans *Développements récents en droit des contrats (2000)*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, 55 et suiv. ; Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les Obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 82-85, p. 103-105.

72 Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, n° 248 et suiv., p. 222 et suiv.

73 *Id.*, n° 248-249, p. 223; Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 41.

74 Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 42.

que le contrat doit aussi être juste pour avoir force obligatoire⁷⁵. Pour le professeur Ghestin, cela signifie que la justice contractuelle fait naître chez le créancier des droits de créance qui visent à maintenir ou rétablir l'équilibre entre les patrimoines⁷⁶. Ainsi, pour avoir une force obligatoire, le contrat ne doit pas détruire l'équilibre qui existait entre les patrimoines avant la conclusion du contrat. Il s'agit ainsi d'une justice commutative voulant que chacune des parties reçoive l'équivalent de ce qu'elle apporte au contrat⁷⁷. Un tel fondement supérieur de justice contractuelle pourrait permettre au juge d'intervenir dans les relations contractuelles des parties et modifier le contrat pour qu'il soit conforme à ce fondement⁷⁸. C'est ici que la bonne foi s'impose en quelque sorte comme un fondement du contrat puisqu'une telle justice contractuelle comprend nécessairement le respect de l'obligation de bonne foi⁷⁹. Il nous faut cependant retenir qu'une telle intervention ne peut se faire que sous l'égide du fondement même de la force obligatoire des contrats : la loi. Ainsi, une telle intervention sera injustifiée si elle est expressément exclue par le

-
- 75 Voir, notamment, Jacques GHESTIN, « La notion de contrat », D. 1990.chron.147, 150 ; Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, n° 250-251, p. 225-226; Catherine THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *Rev. trim. dr. civ.*, 1997.357, 367-368; Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 38 et suiv. et Brigitte LEFEBVRE, « Liberté contractuelle et justice contractuelle : le rôle accru de la bonne foi comme norme de comportement », dans *Développements récents en droit des contrats (2000)*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, 55 et suiv.
- 76 Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, n° 252 et suiv., p. 226 et suiv.
- 77 *Id.*; Paul-André CRÉPEAU et Élise M. CHARPENTIER (coll.), *Les Principes d'UNIDROIT et le Code civil du Québec : valeurs partagées ?*, Cowansville, Carswell, 1998, p. 40.
- 78 Catherine THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *Rev. trim. dr. civ.*, 1997.357, 368.
- 79 Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, n° 255 et suiv., p. 231 et suiv.; Jacques MESTRE, « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *Rev. trim. dr. civ.* 1986.100, 101; Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 43.

législateur⁸⁰. Mais hormis ce cas particulier, le législateur a certainement offert aux juges une série de mesures permettant de rétablir cet équilibre contractuel. On a qu'à penser aux dispositions relatives aux contrats de consommation ou d'adhésion. De telles mesures sont autant de démonstration de cette justice contractuelle qui ne peut tolérer que le contrat puisse servir d'outil d'exploitation de la partie la plus faible. Nous pensons que l'importance accordée lors de la rédaction du *Code civil du Québec* à l'obligation d'agir selon les exigences de la bonne foi démontre bien l'intention du législateur d'élever cette obligation au rang d'élément déterminant dans l'atteinte de cet objectif de justice contractuelle.

La question qui se pose alors est celle de l'apparence de conflits d'intérêts entre les fondements d'utilité et de justice. Si l'idée de justice contractuelle permet aux juges d'intervenir au contrat, ne met-on pas ainsi en péril la sécurité des transactions, élément engendrant l'utilité sociale ? On peut être de cet avis si l'on considère que le contrat, une fois conclu, doit être maintenu à tout prix. Mais dans une autre optique, on peut aussi considérer que si les parties agissent de façon à conclure un contrat juste, elles favorisent l'absence de judiciarisation de leur relation contractuelle⁸¹. En effet, si toutes les parties sont satisfaites du contrat, les chances qu'une d'entre elles fasse appel aux tribunaux sont minimales. Nous croyons donc pouvoir affirmer sans trop nous tromper que le taux de satisfaction de toutes les parties est très lié au bénéfice que chacune retire du contrat. Or, c'est justement ce que vise la justice contractuelle en favorisant l'équilibre des prestations des parties. Par le fait même, les parties, satisfaites de leur relation contractuelle, s'assurent, dans bien des cas, de maintenir de meilleures relations contractuelles à long terme et d'assurer une plus grande prospérité. En d'autres termes, nous croyons que le respect de la justice contractuelle permet une plus grande utilité sociale du contrat plutôt que le péril de la sécurité juridique.

80 On pourrait notamment penser à la lésion, qui constitue une erreur indifférente du consentement et qui ne peut donc pas être sanctionnée comme telle.

81 Jacques MESTRE, « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *Rev. trim. dr. civ.* 1986.100, 101.

Comme le soulignent plusieurs auteurs, l'idée de justice contractuelle sous-tend et impose des valeurs telles que la loyauté et la coopération⁸². Dans cette vision de justice contractuelle, le contrat n'est plus vu comme une jonction d'intérêts contradictoires mais bien comme une union d'intérêts où chacune des parties doit faire preuve de justice contractuelle envers l'autre⁸³. On comprend mieux alors l'idée de collaboration, de loyauté et donc de confiance mutuelle nécessaires entre les contractants. Cette confiance est très certainement liée à la bonne foi⁸⁴ puisque c'est cette dernière qui est la base du respect de la parole donnée⁸⁵. En favorisant

- 82 Voir notamment : Brigitte LEFEBVRE, « Liberté contractuelle et justice contractuelle : le rôle accru de la bonne foi comme norme de comportement », dans *Développements récents en droit des contrats (2000)*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, 60 et suiv.; François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 1999, n° 414 et suiv., p. 403 et suiv.; Denis MAZEAUD « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », dans *L'avenir du droit, mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Presses universitaires de France, 1999, p. 610 et suiv.; Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, n° 255, p. 231 et suiv.; Catherine THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, 357, 365 et suiv. et Jacques MESTRE, « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *Rev. trim. dr. civ.* 1986, 100, 101.
- 83 Alain SÉRIAUX, *Droit des obligations*, 2^e éd., Paris, P.U.F., 1998, n° 55 p. 231; Brigitte LEFEBVRE, « Liberté contractuelle et justice contractuelle : le rôle accru de la bonne foi comme norme de comportement », dans *Développements récents en droit des contrats (2000)*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, 59; *contra* : François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 1999, n° 414, p. 404; il est par ailleurs intéressant de noter que, pour Jean-François Romain, le test du respect de la bonne foi devrait inclure l'appréciation du respect de l'intérêt de son contractant comme l'on voudrait que le sien soit respecté, en fonction des circonstances propres à l'espèce : Jean-François ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé. Des atteintes à la bonne foi, en général, et de fraude, en particulier (fraus omnia corrumpit)*, Collection de la Faculté de droit, Université libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 2000, n° 362, p. 830.
- 84 Brigitte LEFEBVRE, « Liberté contractuelle et justice contractuelle : le rôle accru de la bonne foi comme norme de comportement », dans *Développements récents en droit des contrats (2000)*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, 57.
- 85 Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, n° 255, p. 231.

davantage cette confiance mutuelle, cette loyauté et cette coopération entre les parties par le canal de la bonne foi contractuelle, on contribue très certainement à une plus grande utilité sociale du contrat puisque l'on diminue ainsi les chances de rupture et de judiciarisation du contrat. La sécurité juridique est ainsi conciliée avec la justice contractuelle et le nécessaire rééquilibrage du contrat⁸⁶. En d'autres termes, le lien contractuel peut devenir, grâce à la bonne foi, assez flexible pour s'adapter et assurer sa survie par le respect du fondement de la justice contractuelle⁸⁷. Toutefois, pour arriver à cette fin, il faut s'assurer que la bonne foi est analysée et interprétée de façon à vraiment favoriser la justice contractuelle.

De même, dans cette vision moderne du contrat, si la bonne foi est absente lors de la formation et de l'élaboration du contrat, on peut certainement parler d'absence d'un des fondements du contrat. Il devient alors possible de qualifier cette absence de bonne foi contractuelle comme un vice de contrat. Or, une telle atteinte au fondement même du contrat mérite certainement d'être sanctionnée.

Nous tenterons d'illustrer nos propos par un exemple relativement récent, tiré du droit de la construction, et qui démontre bien l'évolution des principes régissant la force obligatoire de contrats et les influences bénéfiques de cette évolution.

2.1.1 L'ÉVOLUTION DU DROIT DE LA CONSTRUCTION

En droit de la construction, de nombreux entrepreneurs, se considérant lésés par l'insuffisance ou l'inexactitude des données géotechniques mises à leur disposition par les donneurs d'ouvrage, ont tenté de faire réajuster leur contrat en fonction des coûts supplémentaires engendrés par des travaux imprévus résultant des conditions réelles de sol. Le plus souvent, les contrats de construction prévoyaient des clauses stipulant que les informations géotechniques mises à la disposition

86 Catherine THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, 357, 382.

87 *Id.*, 362.

des soumissionnaires lors de l'appel d'offres n'étaient nullement garanties, que chaque soumissionnaire était responsable de leur interprétation et qu'il devait effectuer ses propres sondages géotechniques pour établir, à sa satisfaction, les conditions exactes du sol. On niait ainsi à l'entrepreneur le droit de réclamer quelque somme supplémentaire à sa soumission en se fondant sur des conditions géotechniques inexactes ou incomplètes ou sur des erreurs dans les plans et devis. Néanmoins, sur le terrain, on sait qu'il est souvent pratiquement impossible pour un entrepreneur, au stade de la soumission, d'investir les sommes nécessaires pour faire ses propres sondages géotechniques. De plus, dans certains cas, les lieux ne sont pas accessibles aux soumissionnaires ou le temps disponible est nettement insuffisant pour effectuer les sondages. Les entrepreneurs ont donc, à de nombreuses reprises, plaidé qu'ils n'avaient d'autre choix que de se fier à l'information donnée par le maître de l'ouvrage. Dans ces conditions, une information inexacte ou insuffisante peut induire les entrepreneurs en erreur sur les ressources nécessaires à l'exécution des travaux et ainsi entraîner des coûts supplémentaires imprévus et parfois fort élevés.

Jusqu'à tout récemment, les tribunaux, malgré l'aspect léonin de ces clauses contractuelles, ont refusé d'intervenir pour modifier la teneur du contrat. Ils spécifiaient que le contrat étant la loi des parties, tant les parties que les tribunaux étaient liés par ces clauses, même si celles-ci pouvaient s'avérer draconiennes. Ainsi, à moins de prouver un vice du consentement, la force majeure ou l'impossibilité d'exécution⁸⁸, les actions prises par les entrepreneurs étaient rejetées par les tribunaux au nom du rigorisme contractuel.

On retrouve la manifestation de cette école de pensée dans l'arrêt de la Cour suprême *The King c. Paradis & Farley Inc.*⁸⁹. Le contrat de construction à l'origine du litige contenait les clauses décrites ci-haut. L'entrepreneur réclamait à Travaux publics Canada une somme additionnelle suite aux

88 Voir à ce sujet l'arrêt *Hydro-Semence Inc. c. Sera Inc.*, [1980] C.A. 142.

89 *The King c. Paradis & Farley Inc.*, [1942] R.C.S. 10. Il s'agit de l'appel d'un jugement de la Cour de l'Échiquier du Canada, concernant un contrat de construction d'un quai à Rimouski.

difficultés rencontrées lors du forage des pieux. Celles-ci résultaient de la présence de roc non annoncé dans les documents de soumission. La Cour suprême s'exprima ainsi :

« Held, reversing the judgment of the Exchequer Court of Canada, that, in view of the terms of the contract, which is the law of the parties and by which this Court is bound, the respondent's petition of right should be dismissed. The respondent tendered to furnish and drive the piles in a soil the nature of which it agreed to investigate, and which the appellant did not guarantee, but merely indicated with some reserves as being of a certain kind or nature.

(...)

The risk was upon the respondent, and having assumed it, it must necessarily bear all the consequences, financial or others, if it misjudged the works to be performed and miscalculated the cost of the enterprise ».

Ce type de propos a été à maintes occasions⁹⁰ repris par la suite, les tribunaux se soumettant à « la loi des parties » même en reconnaissant le caractère injuste de ces clauses :

« Que ces clauses soient léonines, cela est indéniable; c'est bien à regret que le juge y a donné effet. Avec égards, je me permets de calquer les propos du juge Beetz (p. 664) dans l'affaire relativement récente *Corpex (1997) Inc. c. R.* et de dire qu'elles sont « d'une rigueur impitoyable pour l'entrepreneur en ce qu'ils (les contrats) stipulent que ce dernier ne doit pas se fier aux renseignements fournis par le propriétaire ou qu'il doit se renseigner lui-même sur la condition des lieux ou encore qu'il soit effectivement renseigné sur les conditions du sol.

Face à des causes semblables, la Cour suprême a refusé d'indemniser, sur la base d'un quantum meruit, un entrepreneur induit en erreur et s'en est tenue au texte draconien du contrat dans l'affaire *R. c. Paradis & Farley Inc.*.

(...)

90 Voir, notamment, les décisions : *Atlas Construction Co. c. Ville de Montréal*, [1954] C.S. 350; *Grant Mills Ltd. c. Universal Pipeline Welding Ltd.*, [1975] C.S. 1203; *Corpex (1977) Inc. c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 643 et *H. Cardinal Construction Inc. c. Dollard-des-Ormeaux (Ville de)*, J.E. 87-970 (C.A.).

L'appelante était libre de soumissionner ou de ne pas soumissionner. »⁹¹

On reconnaît ainsi la teneur des propos tenus par les fervents de la force obligatoire des contrats fondée sur l'autonomie des volontés. Parce qu'il avait la liberté contractuelle de contracter, l'entrepreneur qui a donné son consentement au contrat ne peut plus en changer les termes sans le consentement de son cocontractant. Les termes de ce contrat sont exécutoires. Il ne peut demander au juge d'intervenir. Il est pourtant facile de critiquer une telle école de pensée. Premièrement, il est clair que dans nombre de contrats, notamment ceux qui ont fait l'objet de cette jurisprudence, le maître de l'ouvrage est professionnellement plus apte que l'entrepreneur à obtenir certains renseignements concernant le chantier, de par son expertise ou celle de ses ingénieurs. L'entrepreneur est donc clairement désavantagé sur le plan informationnel. Ensuite, les termes du contrat sont le plus souvent imposés à l'entrepreneur par le maître de l'ouvrage sans qu'il lui soit possible d'y négocier autre chose que le prix. D'ailleurs, même les tribunaux ont admis que les termes du contrat étaient souvent impitoyables pour l'entrepreneur. Il est donc facile de constater que, dans les faits, il y a absence totale d'égalité entre les parties, égalité qui est pourtant le postulat de la théorie de l'autonomie des volontés.

Un tel contrat peut-il se justifier en fonction des fondements du juste et de l'utile ? D'abord, il peut paraître utile que les prix fixes de contrats de construction importants soient respectés, surtout quand ces contrats sont financés à même les fonds publics. Ainsi, les maîtres d'ouvrage publics, et par le fait même les contribuables au sens large, ont certainement avantage à ce que l'aspect forfaitaire du contrat soit respecté. Des exemples malheureux, comme celui de la construction du Stade olympique de Montréal, pourront ainsi être évités. Cependant, il faut s'interroger sur cette philosophie lorsque des coûts supplémentaires, importants et imprévus, résultent de documents inexacts ou incomplets. Dans plusieurs de ces cas, ces coûts entraînent l'insolvabilité de l'entrepreneur avec

91 *H. Cardinal Construction Inc. c. Dollard-des-Ormeaux (Ville de)*, J.E. 87-970 (C.A.), 12-13.

des conséquences sociales importantes. On peut parler d'importants retards dans les travaux, de travaux plus ou moins bâclés et peu sécuritaires ou de faillite de l'entrepreneur. Toutes ces conséquences ont un impact social très négatif.

En présence de telles circonstances, qui auraient pu être évitées si toutes les parties avaient agi de bonne foi, il apparaît difficile de parler de justice contractuelle. Nous l'avons déjà mentionné, cette notion de justice implique une obligation de bonne foi contractuelle, incluant la loyauté et la coopération, entre les parties pour rééquilibrer les forces en présence. Or, il est clair qu'en faisant assumer à l'entrepreneur tout le risque contractuel, sans s'acquitter de son devoir de coopération et de renseignement, le maître de l'ouvrage ne peut certainement pas prétendre à une justice contractuelle. En vertu de la vision moderne du contrat, la philosophie rigoureuse des contrats de construction devait ainsi être réformée.

C'est ce que la Cour suprême s'est efforcée de faire dans un premier temps dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Bail*⁹², rendu en 1992, avant l'entrée en vigueur du Code civil. Dans cette affaire, il est reproché à Hydro-Québec de ne pas avoir fourni tous les renseignements qu'elle avait en sa possession et qui rendaient prévisibles les difficultés rencontrées lors de l'exécution des travaux. Ces difficultés, impossibles à déceler avec les documents fournis, ont entraîné l'insolvabilité d'un sous-contractant.

Le juge Gonthier, au nom de la Cour, condamne Hydro-Québec à payer les dommages subis suite à son défaut de renseigner adéquatement les soumissionnaires et l'entrepreneur général. Il souligne qu'il est possible d'esquisser une obligation de renseignement en se fondant sur l'obligation de bonne foi contractuelle reconnue dans l'arrêt *Houle*⁹³. De plus, il mentionne que l'apparition de cette obligation est reliée à un certain rééquilibrage au sein du droit civil qui se veut maintenant plus attentif aux inégalités informationnelles⁹⁴. En ce sens, la partie qui alloue les risques ne doit pas contribuer à en fausser l'évaluation par la partie qui va les assumer⁹⁵. Nous

92 *Banque de Montréal c. Bail*, [1992] 2 R.C.S. 554.

93 *Banque nationale du Canada c. Houle*, [1990] 3 R.C.S. 122.

94 *Banque de Montréal c. Bail*, [1992] 2 R.C.S. 554, 587.

95 *Id.*, 591.

retrouvons donc, dans ces propos du juge Gonthier, les aspects de la justice contractuelle « commutative ou corrective » telle qu'exposée par le professeur Ghestin.

Récemment, cette même philosophie a été reprise dans l'arrêt *Régie d'assainissement des eaux du bassin de La Prairie c. Janin Construction (1983) Ltée*⁹⁶, où la Cour d'appel a rappelé les principes, exposés par le juge Gonthier, voulant que la bonne foi contractuelle impose, au nom d'un rééquilibrage, une obligation de renseignement. Ainsi, malgré la présence au contrat d'une clause indiquant que le maître de l'ouvrage ne garantit pas les informations géotechniques soumises et que l'entrepreneur est responsable de se procurer les données nécessaires, la Cour d'appel a accueilli une réclamation de l'entrepreneur pour des coûts supplémentaires engendrés par des conditions de sol différentes de celles annoncées. La Cour souligne que le maître de l'ouvrage aurait dû faire tous les forages appropriés et qu'il ne pouvait fausser l'évaluation du risque par une information incomplète. Ainsi, malgré une clause contractuelle claire, la Cour d'appel se permet d'intervenir au contrat au nom de l'obligation de bonne foi et de sa composante, l'obligation de renseignement. On peut donc constater une évolution certaine des valeurs contractuelles au nom de la bonne foi ou si l'on préfère, de la justice contractuelle. On procède au nécessaire rééquilibrage des forces en présence. Avec une telle solution, nul doute que l'on évite des coûts sociaux importants engendrés par la faillite de l'entrepreneur ou d'un de ses sous-contractants pour des travaux inévitables et qui auraient dû être effectués et payés de toute façon. Ce rééquilibrage des forces en présence est donc nettement à l'avantage de tous.

2.2 Les sanctions appropriées

2.2.1 LES CONDITIONS D'APPLICATION

La reconnaissance progressive, dans les contrats de construction, d'une obligation de renseignement constitue une

96 *Régie d'assainissement des eaux du bassin de La Prairie c. Janin Construction (1983) Ltée*, [1999] R.J.Q. 929, (C.A.). Voir aussi au même effet, *Walsh & Brais Inc. c. Montréal (Communauté urbaine de)*, REJB 2001-26438 (C.A.).

illustration particulièrement convaincante de l'interventionnisme croissant des tribunaux au nom de la justice et de la bonne foi contractuelles. Il faut cependant noter que, dans notre démonstration, la sanction au manquement de l'obligation de bonne foi s'est limitée à l'octroi de dommages. Ainsi, le débiteur de l'obligation de bonne foi qui n'exécute pas correctement cette obligation se voit condamner à des dommages-intérêts si cette inexécution a causé des dommages au créancier de l'obligation de bonne foi. On se base alors sur les principes régissant la responsabilité civile et on indemnise en conséquence pour le dommage causé. Personne ne niera d'ailleurs que l'inexécution d'une obligation puisse entraîner la responsabilité civile du débiteur de l'obligation. Il n'y a rien de nouveau dans ce principe, sinon le fait de reconnaître expressément l'existence d'une obligation de bonne foi. Néanmoins, l'octroi d'une somme d'argent, préconisé par la responsabilité civile, ne permet que de réparer les dommages déjà causés et s'avère donc inefficace pour établir des relations contractuelles harmonieuses et empreintes de moralité contractuelle⁹⁷. Elle est compensatoire sans plus.

Nous avons aussi constaté que par le biais des vices du consentement, les juges se permettent une plus grande intervention judiciaire au contrat. Ainsi, on a même parfois annulé certains contrats en spécifiant que l'atteinte à l'obligation de bonne foi favorisait la preuve du vice du consentement. Or, nous avons démontré que ce courant jurisprudentiel dénaturait les différentes notions de vices du consentement. En ce sens, il est nécessaire de distinguer la notion de bonne foi des vices classiques du consentement. Ces derniers sont trop spécifiques pour permettre une juste analyse de la notion de bonne foi.

Il faut donc se demander s'il n'est pas possible de sanctionner de façon autonome l'obligation de bonne foi favorisant l'atteinte d'une plus grande moralité contractuelle au stade de la formation et de l'élaboration du contrat. Cela devrait être encore plus vrai maintenant que la bonne foi contractuelle est une obligation expressément reconnue au Code civil. De plus, à titre de fondement contractuel, la bonne foi devrait être présente

97 Jacques MESTRE, « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *Rev. trim. dr. civ.* 1986.100, 101.

tout au long des relations contractuelles entre les parties. L'absence de ce fondement justifie très certainement le juge à intervenir au contrat, dans les limites du droit positif, afin de favoriser la moralité contractuelle. Mais, se pose alors toujours l'éternel problème du type de sanction et des critères d'application de cette sanction autonome.

À ce stade crucial d'établissement des principes d'un nouveau cadre de sanctions juridiques, il est impératif de garder en mémoire la finalité de l'obligation de bonne foi. Ce n'est qu'à cette condition que nous ne risquons pas de donner à l'obligation de bonne foi une interprétation qui en fasse un « instrument d'iniquité et d'insécurité juridique »⁹⁸. L'application de cette sanction devrait ainsi favoriser les relations contractuelles harmonieuses, la justice contractuelle et la responsabilisation de chacun dans la gestion de ses intérêts. À notre avis, cela ne peut se faire que si certaines conditions sont respectées. Nous avons déjà traité des deux premières, soit le respect des limites du droit positif et l'obligation de chacun de veiller à ses affaires. Ces conditions sont générales et devraient s'appliquer à toutes les fois où l'on invoque la bonne foi, peu importe le stade contractuel. Nous ne nous y attardons pas davantage sauf pour rappeler que ces conditions sont en accord tant avec les enseignements de la Cour suprême qu'avec les fondements de la force obligatoire des contrats.

En matière de formation et d'élaboration du contrat, une composante de l'obligation de bonne foi se démarque particulièrement. L'obligation d'information revêt alors une importance capitale. Nous traitons donc des conditions spécifiques à cette obligation. Ainsi, pour donner ouverture à une obligation d'information pouvant être sanctionnée comme telle, l'information faisant l'objet de l'obligation de renseignement doit être *déterminante*. Cette proposition semble simple en soi, pourtant, il s'agit à notre avis de l'élément le plus erronément interprété par la jurisprudence lorsque l'on y discute de l'obligation d'information. Il mérite donc toute notre attention.

98 François-Xavier LUCAS, obs. sous Civ. 1^{re}, 16 mai 1995, J.C.P. 1996.II.22736, 467; voir, au même effet, les commentaires de Philippe MALAURIE, qui s'inquiète du fait que cette obligation, si elle n'est pas utilisée avec discernement et mesure, soit source de malhonnêteté et puisse constituer un « truc » pour s'affranchir d'un contrat : Philippe MALAURIE, obs. sous Com., 27 février 1996, D.1996.juris. 518.

Il convient en premier lieu de spécifier ce que nous devons comprendre par le terme « information déterminante ». Si l'on s'en tient au sens commun de ce terme, est déterminant « ce qui détermine une action », ce qui est « décisif »⁹⁹. Pour une certaine jurisprudence, l'information déterminante est synonyme d'information pertinente au consentement¹⁰⁰. Pour notre part, nous trouvons insuffisant ce critère de la simple pertinence. Certes, pour être déterminante, une information doit certainement être pertinente¹⁰¹ mais l'inverse n'est pas toujours vrai. Ainsi, nous pouvons facilement concevoir qu'une information puisse être pertinente sans être pour autant déterminante. Ainsi, si je vends mon immeuble, il peut être pertinent que je mentionne à l'acheteur l'âge avancé du chauffe-eau. Cette information a cependant peu de chance d'être déterminante. La question demeure donc entière.

Nous pourrions être portée à adopter une analyse très classique et conclure que l'aspect déterminant de l'information ne peut être analysé qu'en fonction de son impact sur le consentement. Serait alors déterminante l'information qui a directement influencé le consentement du créancier de l'obligation d'information et a amené ce dernier à exprimer un consentement contraire à ses intérêts¹⁰². Cette première définition est certainement pertinente. Néanmoins, dans l'optique où nous voulons justement libérer l'obligation d'information du joug des vices du consentement, cette seule méthode d'analyse nous paraît insuffisante. Il faut aller au-delà de l'impact sur le consentement. Sinon, nous risquons de cantonner l'obligation d'information découlant de l'article 1375 C.c.Q. dans un duplicata de la théorie des vices de consentement. Nous ne limitons donc pas notre analyse aux règles particulières des vices du consentement.

Une auteure française propose une distinction que nous trouvons intéressante. À l'instar de ce que nous soumettons,

99 *Le petit Larousse illustré*, 1996, V° « déterminant ».

100 Voir notamment les décisions *Vince-Iafa Construction Inc. c. Magil Construction Ltée*, [1997] R.J.Q. 149 (C.S.) et *Compagnie Trust Royal c. Entreprises B.M. St-Jean*, REJB 1997-00768 (C.S.).

101 Muriel FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 221, Paris, L.G.D.J., 1992, n° 169 et suiv., p. 132 et suiv.

102 *Id.*, n° 281, p. 224-225.

cette auteure propose de ne pas river la sanction de l'obligation de renseignement à la seule influence que l'information en cause a sur le consentement¹⁰³. À son avis, une information peut avoir une incidence sur l'exécution du contrat et, en ce sens, mérite aussi de faire l'objet d'une obligation de renseignement¹⁰⁴. Prenons, par exemple, un contrat de construction où le type de sol, connu du maître de l'ouvrage, nécessite une machinerie particulière mais ne coûtant pas plus cher que la machinerie régulièrement utilisée. Si l'entrepreneur n'utilise pas cette machinerie en premier lieu parce qu'il ignore les conditions réelles du sol et qu'il s'embourbe dans le sol, subissant ainsi des coûts supplémentaires pour dégager la première machine et faire venir la deuxième, ce n'est pas son consentement qui est affecté, puisqu'on peut penser qu'il aurait tout de même conclu le contrat, mais bien plutôt l'exécution du contrat. Pourtant, il apparaît clair que le maître de l'ouvrage, en n'informant pas l'entrepreneur dès le départ des conditions de sol, n'a pas respecté son obligation d'information lors de la formation du contrat et que ce défaut peut faire l'objet de sanctions. C'est ce type de situations qui permettent à Mme Fabre-Magnan de distinguer les informations en fonction de l'intérêt qu'elles ont pour le « destinataire ou en d'autres termes, selon les conséquences de l'inexécution de l'obligation d'information pour son créancier. Le régime juridique pourra ainsi être mieux adapté au dommage effectivement subi par ce dernier »¹⁰⁵.

Pour notre part, en nous inspirant de la théorie de Mme Fabre-Magnan, nous croyons qu'une information peut être qualifiée de déterminante si sa présence ou son absence compromet l'équilibre du contrat, allant ainsi à l'encontre des principes de justice contractuelle étudiés précédemment. La méthode d'analyse que nous proposons est ainsi basée sur une étude du déséquilibre engendré par l'inexécution de l'obligation de bonne foi. Elle consiste à inclure de façon hypothétique au contrat les informations qui auraient dû, en principe, être révélées¹⁰⁶ et analyser les conséquences de cette intervention

103 *Id.*

104 *Id.*

105 *Id.*, 225.

106 Concernant la théorie de l'effet obligatoire de l'information, voir : Muriel FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 221, Paris, L.G.D.J., 1992, n° 641 et suiv., p. 509 et suiv.

sur l'équilibre du contrat : le débiteur de l'obligation d'information tire-t-il un avantage de la rétention de l'information allant à l'encontre des exigences de la bonne foi ? Cette question nous conduit invariablement à considérer l'envers de la médaille et à observer le préjudice que le défaut de respecter l'obligation d'information cause au créancier de cette dernière. Si ce préjudice rompt l'équilibre du contrat, il faut, à notre avis, sanctionner l'inexécution de l'obligation de bonne foi.

Le fardeau de preuve de ce déséquilibre appartiendra à celui qui s'en plaint, conformément aux principes généraux de la preuve¹⁰⁷. Pour assurer une certaine crédibilité au processus, il faut que l'on puisse conclure à un préjudice à partir de faits prouvés qui démontrent un déséquilibre réel et concret¹⁰⁸. L'analyse des effets de l'inclusion hypothétique de l'information au contrat nous permet de répondre à la question suivante : la connaissance de l'information rompt-elle l'équilibre du contrat ? Si la réponse est affirmative, il est clair à notre avis que l'information s'avérerait déterminante et qu'une sanction s'impose, dans les limites du droit positif. Il en serait ainsi, par exemple, pour des conditions de sol qui risquent de nuire à certains travaux et qui n'ont pas été dénoncées à l'entrepreneur par le maître de l'ouvrage. Par contre, si la connaissance de cette information ne procure aucun avantage indu au débiteur ou aucun préjudice réel au créancier de l'obligation de bonne foi, la simple inexécution de cette obligation ne pourra, à notre avis, faire l'objet d'aucune sanction, puisque le critère du caractère déterminant de l'information ferait alors défaut. En d'autres termes, si la justice contractuelle n'est pas affectée, parce que l'information ne change pratiquement rien au contrat, nous voyons mal comment un juge pourrait justifier son intervention. Nous verrons plusieurs exemples d'une telle situation en matière de cautionnement.

Cette règle ainsi proposée peut sembler simple. Le manquement à l'obligation d'information doit causer un préjudice

107 Art. 2803 C.c.Q.

108 Voir, à ce sujet, la décision *Banque nationale du Canada c. 2640-9375 Québec Inc.*, B.E. 99-BE1188 (C.S.), qui spécifie bien que la preuve du préjudice résultant apparemment de l'obligation de bonne foi ne doit pas relever de l'hypothèse.

réel au créancier de celle-ci pour être sanctionné¹⁰⁹. Pourtant, une certaine jurisprudence n'hésite pas à sanctionner ce qu'elle considère comme un manquement à l'obligation de bonne foi même si l'équilibre n'est pas rompu. Un des cas les plus troublants est certainement la décision *Banque Laurentienne du Canada c. Mackay*¹¹⁰. Il s'agit d'un cas mettant en cause le débiteur hypothécaire dont le prêt est assumé par le nouvel acheteur de la maison. Ce prêt est par la suite renouvelé, à des taux d'intérêts plus avantageux, sans que M. Mackay, débiteur original, en soit informé. Une année plus tard, la Banque entreprend des procédures pour se faire rembourser le prêt et poursuit M. Mackay, solidairement avec le débiteur ayant assumé le prêt. Devant ces faits, le juge Pierre Béliveau libère M. Mackay de toutes obligations envers la Banque. Il énonce que la preuve d'un préjudice n'est pas nécessaire à la sanction de l'obligation d'information. La Banque devait informer le débiteur original du renouvellement du prêt et le fait que ce dernier ait été contracté à des conditions plus avantageuses n'a aucune pertinence. La faute de la Banque de ne pas avoir avisé M. Mackay doit être sanctionnée qu'il y ait préjudice ou non. Ce faisant, le juge Béliveau instaure un régime de responsabilité contractuelle stricte où le simple manquement à l'obligation de bonne foi peut être sanctionné, y compris par l'annulation de la convention, même en l'absence de tout élément dommageable. Nous ne pouvons évidemment pas souscrire à pareil raisonnement. En effet, si l'on justifie l'intervention judiciaire au contrat en vertu de la justice commutative, nous voyons mal comment cette intervention peut être justifiée lorsque cette justice commutative n'est nullement affectée. D'ailleurs, un arrêt récent de la Cour d'appel confirme la nécessité d'un préjudice afin de conclure à un manquement à l'obligation de renseignement¹¹¹. Des opinions telles que celle véhiculée dans la décision *Mackay* devraient définitivement être écartées.

109 Voir, notamment, *Trust La Laurentienne du Canada c. Losier*, J.E. 2001-254 (C.A.); *Caisse populaire de La Prairie c. Burrows*, REJB 2000-19829 (C.S.) et *Crown Life Insurance Co. c. 2329-7294 Québec Inc.*, REJB 1999-14465 (C.S.).

110 *Banque Laurentienne du Canada c. Mackay*, REJB 1998-09646 (C.S.). Il faut noter que postérieurement à la rédaction de ce texte, cette décision a par ailleurs été infirmée en appel : REJB 2002-28379 (C.A.).

111 *Trust La Laurentienne du Canada c. Losier*, J.E. 2001-254 (C.A.).

Au même titre, nous nous questionnons sur certaines décisions où les juges ont reconnu un préjudice sans que la partie se plaignant n'en ait apporté la moindre preuve convaincante. Ce type de décisions est particulièrement fréquent en matière de cautionnement. Le cas classique est celui où la caution est poursuivie en paiement du prêt qu'elle a cautionné et fonde sa défense sur l'absence d'avis des renouvellements des prêts¹¹². L'article 2354 C.c.Q. est pourtant très clair. La caution ne peut être déchargée de son cautionnement par la simple prorogation du terme de l'obligation principale. Le respect des limites fixées par la loi devrait normalement interdire à un juge de sanctionner, par une libération de la caution, la simple prorogation du terme. Malgré tout, nous retrouvons des décisions où l'on oppose une fin de non-recevoir au créancier de l'obligation principale qui tente de recouvrer la dette auprès des cautions sous prétexte que, n'ayant pas informé la caution avant de renouveler le prêt, il a manqué à son obligation de renseignement¹¹³.

De plus, l'article 2345 C.c.Q. prévoit expressément que le créancier principal doit répondre aux demandes d'information de la caution relatives à l'obligation principale. Il est donc difficile d'envisager comment une caution peut se trouver en

112 Bien que ces décisions discutent de renouvellements, nous croyons que nous pouvons les assimiler aux règles relatives à la formation des contrats. Voir, à ce sujet, Muriel FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 221, Paris, L.G.D.J., 1992, n° 323, p. 256.

113 Par exemple, dans la décision *Entreprises B.M. St-Jean*, le juge Tellier est d'avis qu'en ne faisant pas intervenir les cautions au renouvellement du prêt, le créancier leur donne « des raisons sérieuses de croire (...), par son silence, [qu'elles ont été] libérées de leurs engagements ». Il annule donc le cautionnement sur cette base. Or, on peut se demander en quoi le manque d'information ici a causé un déséquilibre dans le contrat de cautionnement si ce n'est celui de rappeler aux cautions que, malgré leur fausse impression de libération, elles peuvent être obligées de payer aux lieu et place du débiteur principal! L'obligation de veiller à ses affaires, le respect des dispositions législatives et la condition d'information déterminante n'étant pas rencontrés, l'intervention du juge Tellier ne pouvait en aucun cas être justifiée : *Compagnie Trust Royal c. Entreprises B.M. St-Jean*, REJB 1997-00768 (C.S.) 7.

situation de vulnérabilité informationnelle¹¹⁴. Elle n'a en effet qu'à s'informer auprès du créancier de l'obligation principale pour que celui-ci soit obligé de répondre à ses questions.

D'autres décisions se justifient en mentionnant que si la caution avait connu la prorogation du prêt, elle aurait pu éviter l'accumulation des intérêts en tentant de rembourser le prêt ou en poursuivant le débiteur à cet effet, ce qui n'est plus possible une fois que le débiteur est insolvable¹¹⁵. En plus d'être encore une fois un moyen inapproprié d'éviter l'application de l'article 2354 C.c.Q., ce type de raisonnement ne pêche pas par excès de rigueur dans l'analyse du préjudice subi par l'absence de renseignement. L'article 2359 C.c.Q. prévoit qu'une caution peut agir contre le débiteur « lorsque la dette est devenue exigible par l'arrivée de son terme, abstraction faite du délai que le créancier a, sans le consentement de la caution, accordée au débiteur ». Ainsi, la caution, qui doit connaître au moins la première échéance du prêt, bénéficie de toute façon d'un recours contre le débiteur principal. L'inclusion de l'information au contrat ne change strictement rien à la situation de la caution si, effectivement, elle voulait protéger ses intérêts. Il est difficile de comprendre comment la caution peut prétendre subir un préjudice parce que le prêt a

114 Voir les décisions suivantes, où l'on a justement reconnu cette absence de vulnérabilité informationnelle pour peu que la caution respecte son devoir de s'informer : *Trust La Laurentienne du Canada c. Losier*, J.E. 2001-254 (C.A.); *Compagnie de fiducie Guardian cessionnaire de c. Gestion André Audet Inc.*, [1997] A.Q. no. 1107 (C.Q.) et *Dussault c. Fortin*, J.E. 98-1913 (C.Q.). Certains pourraient, par ailleurs, prétendre que la caution profane ne connaissant probablement pas l'article 2345 C.c.Q. pourrait se retrouver en situation de vulnérabilité informationnelle. Cependant, à notre avis, le fait de ne pas connaître cet article n'empêche nullement une caution qui suit ses affaires de près de poser des questions. Mais, il serait peut-être possible de réconcilier ces deux positions contradictoires en obligeant les banques à informer les cautions de la possibilité qui leur est donnée de s'informer de l'état de l'obligation principale.

115 Voir, par exemple, à ce sujet les décisions : *Trust La Laurentienne du Canada c. 2970-9951 Québec Inc.*, REJB 1999-11182 (C.S.) (infirmée en appel pour absence de préjudice de la caution, *Trust La Laurentienne du Canada c. Losier*, J.E. 2001-254 (C.A.)); *Banque Laurentienne du Canada c. Adeclat*, REJB 1999-13740 (C.S.), *Caisse populaire de Sorel c. Beauchemin*, REJB 1998-08754 (C.S.) et *Caisse populaire Les Chutes c. Matteau*, [1992] R.J.Q. 1693 (C.Q. Ch.civ.).

été renouvelé sans son consentement, alors que le *Code civil du Québec* lui donne le droit de poursuivre le débiteur en recouvrement de l'obligation malgré le renouvellement. Si la caution n'exerce pas son droit, alors qu'elle peut le faire en vertu de l'article 2359 C.c.Q., elle ne peut logiquement se plaindre d'un préjudice pour ce motif !

Un autre exemple d'analyse erronée de la preuve du préjudice subi par la caution se trouve dans la décision *Groupe Permacon Inc. c. Fata*¹¹⁶. Dans cette décision, alors qu'il y est clairement et justement établi, en tout début de décision, que la preuve du préjudice appartient à celui qui se plaint d'un manquement à l'obligation d'information, nous sommes en fait en présence d'une démonstration tout à fait contraire. Cette cause concerne le renouvellement d'un prêt, que le juge qualifie de « nouveau prêt ». Après avoir reproché à la demanderesse de ne pas avoir respecté son obligation d'information quant à ce « deuxième prêt », le juge Verdy libère la caution parce que celle-ci, à son avis, ne peut être tenue responsable d'un engagement pris à son insu et qui aggrave sa garantie. Or, le juge conclut que cette aggravation de garantie découle de l'augmentation du taux d'intérêts. Ainsi, en l'absence¹¹⁷ de toute preuve relative au taux d'intérêt du premier prêt, la Cour le fixe à 5% (soit le taux légal) et conclut qu'il y a aggravation de garantie puisque le « nouveau prêt » a plutôt un taux de 18%. Il ajoute que si la caution avait été informée de ces nouvelles modalités, elle aurait pu payer pour éviter ce nouveau taux d'intérêt.

Naturellement, cette analyse soulève des questions. D'abord, comment le juge peut-il conclure à une aggravation du taux d'intérêt en l'absence de preuve du taux d'intérêt du « premier prêt » ? Si la caution voulait démontrer qu'il y avait aggravation du taux d'intérêt, elle devait assurément en faire la preuve. Elle devait démontrer son préjudice, et ce fardeau de preuve incluait certainement la preuve du taux d'intérêt du premier prêt. Il s'agit clairement d'une première erreur importante d'analyse du juge Verdy. Il faut ensuite se demander si

116 *Groupe Permacon Inc. c. Fata*, REJB 1997-00730 (C.Q.).

117 Il s'agit de la conclusion à laquelle arrive le juge Verdy qui mentionne dans son jugement : « Faute de preuve du taux antérieur... ».

le fait d'avoir un taux d'intérêt plus élevé pour un prêt renouvelé peut être considéré comme un préjudice. Les avis sont partagés sur la question¹¹⁸. Pour notre part, nous ne croyons pas que l'augmentation du taux d'intérêt lors d'un renouvellement puisse être considérée comme un préjudice pour la caution. Une caution s'attend certainement à ce que le prêt soit renouvelé avec le taux d'intérêt du marché, même si ce taux est plus élevé que le taux du prêt original. Ensuite, un cautionnement constitue l'accessoire d'un contrat principal où le taux d'intérêt est lui-même un accessoire. Ainsi, même informée du renouvellement, la caution ne peut se plaindre d'un taux d'intérêt concurrentiel et imposé de bonne foi. De toute façon, nous l'avons déjà mentionné, elle peut toujours demander paiement en vertu de l'article 2359 C.c.Q. lors d'un renouvellement. Au demeurant, si l'augmentation du taux d'intérêt devait être considérée comme un préjudice, il faudrait se contenter de réduire ce taux au taux d'intérêt initial, et non pas libérer la caution pour la totalité de la créance¹¹⁹.

Le raisonnement adopté par le juge Verdy nous amène aussi à la question inévitable du lien de causalité entre le défaut d'information et le prétendu préjudice. Même informée, la caution n'aurait pu éviter l'application du nouveau taux d'intérêt. Il s'agit donc d'un cas où l'inclusion de l'information ne change aucunement l'équilibre du contrat. Le juge Verdy, par contre, y voit un préjudice en disant que si elle avait connu le nouveau taux d'intérêt, la caution aurait eu la possibilité de rembourser le montant du prêt afin d'éviter ces frais supplémentaires. Cependant, cette simple hypothèse n'est pas suffisante pour conclure au préjudice. Il faut que la caution démontre qu'elle aurait effectivement pu payer et que telle aurait été son intention. Or, trouve-t-on, dans ce jugement,

118 Voir, notamment, *Caisse populaire de La Prairie c. Burrows*, REJB 2000-19829 (C.S.); *Banque Laurentienne du Canada c. Mackay*, REJB 1998-09646 (C.S.); *Trust La Laurentienne du Canada c. 2970-9951 Québec Inc.*, REJB 1999-11182 (C.S.) et *Banque de Montréal c. Renaud*, REJB 1999-12826 (C.S.).

119 Art. 2341 C.c.Q. Voir, à ce sujet, la décision *Caisse populaire de La Prairie c. Burrows*, REJB 2000-19829 (C.S.).

même une simple affirmation de la caution qu'elle aurait effectivement pu et voulu rembourser la dette ? En avait-elle les moyens ? La caution devait certainement faire cette preuve afin d'être libérée. Il n'est pas suffisant pour le juge d'émettre cette hypothèse pour libérer la caution. La preuve du préjudice doit s'appuyer sur des faits prouvés. De plus, ce raisonnement du juge Verdy cache une logique défailante. En effet, si on conclut qu'effectivement il y a un préjudice, suite à l'absence de connaissance de l'information, parce que la caution aurait pu, si elle avait su, rembourser la totalité de la dette pour éviter la hausse du taux d'intérêt, on implique qu'elle est tout au moins responsable des obligations contractées en vertu du premier prêt, au taux d'intérêt original. On ne peut donc pas la libérer complètement de toute obligation. Au mieux, peut-on réduire le taux d'intérêt du prêt renouvelé au taux d'intérêt original.

2.2.2 LES SANCTIONS PROPOSÉES

Les décisions discutées ci-haut sont autant d'exemples de mauvaises applications des critères pour juger de la pertinence d'une sanction pour un manquement à l'obligation de bonne foi. En l'absence de déséquilibre contractuel réel, le juge ne doit pas intervenir au contrat et doit respecter la volonté des parties. Mais qu'en est-il lorsqu'il est démontré que l'absence d'information cause effectivement un déséquilibre important ? Dans un tel cas, la partie lésée doit-elle tout de même supporter le contrat et se contenter de dommages ? Nous ne le pensons pas. Nous croyons que la reconnaissance d'un cadre de sanctions spécifiques à la bonne foi peut justement permettre au juge d'intervenir au contrat par la mesure la plus appropriée selon les circonstances. À ce titre, le juge doit bénéficier d'un large éventail de mesures. En permettant ainsi au juge de prononcer la sanction la plus appropriée en fonction des circonstances, le droit civil optimisera les pouvoirs délégués aux juges par la codification de l'obligation de bonne foi¹²⁰.

120 Alain SÉRIAUX, *Droit des obligations*, 2^e éd., Paris, P.U.F., 1998, n° 55 p. 231.

Pour notre part, outre les dommages, qu'il serait, à notre avis, toujours possible d'obtenir, nous envisageons trois types de mesures. Par ailleurs, nous tenons à souligner qu'un juge pourra fort bien juger que d'autres mesures s'avèrent appropriées selon les circonstances¹²¹.

Puisque nous discutons de sanctions relatives à l'absence de bonne foi lors de la formation et de l'élaboration du contrat, la première sanction à laquelle nous pensons est la nullité de contrat. Mais, cette idée soulève la question suivante : est-il possible d'invoquer la nullité d'un contrat pour un motif qui ne soit pas spécifiquement prévu par la loi, c'est-à-dire sans faire appel aux institutions traditionnelles que sont le dol, l'erreur ou le vice du consentement dont nous avons traité précédemment ? À cette question, tant les auteurs français que les auteurs québécois reconnaissent en droit civil un principe de « nullité virtuelle », c'est-à-dire une nullité qui n'est pas expressément prévue par une disposition spécifique de la loi¹²². Pour le professeur Lluelles, cette nullité pourrait se fonder sur l'article 1416 C.c.Q. :

121 Par exemple, l'absence de bonne foi pourrait avoir un impact sur l'octroi des dépens. Ainsi, dans l'arrêt *J.-A. Martin & Fils c. Hercules Auto Parts Inc.*, [1996] R.R.A. 332, la Cour d'appel a rejeté la réclamation contre le courtier, puisque la réclamation contre la compagnie d'assurance avait été accueillie, mais sans frais puisque le courtier avait manqué à son devoir de renseignement.

122 Voir, sur cette question, Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les Obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 387, p. 323; Didier LLUELLES et Benoît MOORE (coll.), *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1998, n° 926, p. 526; Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, *Les obligations, I. l'acte juridique*, 8^e éd., Paris, Armand Colin, 1998, n° 331, p. 231; Henri MAZEAUD, Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD et François CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome II, vol. 1, « Obligations, théorie générale », 9^e éd. par François Chabas, Paris, Montchrestien, 1998, n° 296, p. 300; Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil, les obligations, le contrat : formation*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1988, n° 728, p. 866-869.

« [...] cet article consacre le principe, bien établi, de la *nullité virtuelle* : il n'est point besoin qu'un texte spécifique frappe de nullité le contrat qui ne répond pas aux exigences de formation ; la liberté du contractant ayant été malmenée, il est difficile de dire que ce contrat repose sur une base légitime. »¹²³

L'article 1375 C.c.Q. impose une condition impérative de bonne foi aux parties lors de la formation du contrat. Ainsi, en l'absence de bonne foi à ce stade, on peut certainement affirmer que le contrat « n'est pas conforme aux conditions nécessaires à sa formation »¹²⁴ et qu'il peut, par conséquent, être frappé de nullité. On pourrait alors parler d'un vice du contrat, qui mérite certainement tout autant une sanction

123 Didier LLUELLES et Benoît MOORE (coll.), *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1998, n° 926, p. 526; Cette idée de nullité sur la seule base de l'obligation de bonne foi fait doucement son chemin dans la doctrine et la jurisprudence québécoises. Ainsi, en plus du professeur Luelles, cette théorie a été reprise récemment par Vincent Karim qui y ajoute cependant deux conditions : celui qui se plaint d'un manquement à l'obligation de bonne foi se doit d'être lui-même sans reproche, avoir les « mains propres », et le manquement dont il se plaint doit avoir « été déterminant dans la conclusion du contrat ou dans l'acceptation des stipulations principales ». Nous nous interrogeons par ailleurs sur ces conditions exposées par Vincent Karim. Ainsi, si nous acceptons la proposition voulant qu'un manquement concernant des considérations secondaires ne puisse justifier une annulation du contrat, nous rappelons nos propos relatifs au caractère déterminant de l'obligation de bonne foi : à notre avis, une information peut se révéler déterminante en fonction de son influence sur l'équilibre du contrat, et non pas seulement en fonction de son influence sur le consentement. Pour ce qui est de la théorie des « mains propres », nous questionnons aussi la démarche de M. Karim qui introduit ainsi dans la notion d'obligation civiliste de bonne foi, un principe d'*Equity*. Vincent KARIM, « La règle de la bonne foi prévue dans l'article 1375 du *Code civil du Québec* : sa portée et les sanctions qui en découlent » (2000) 41 *C. de D.* 435, 458. Voir aussi les décisions *Groupe Sutton Accès Inc. c. Côté*, REJB 2000-17691 (C.Q.) et *Remax de l'Estuaire c. Lauzier*, REJB 1998-08146 (C.Q.). D'autres décisions, quant à elles, reconnaissent un principe de nullité fondé sur l'obligation de bonne foi, mais sans faire référence à la théorie du vice de contrat. Par exemple, on retrouve cette nullité « autonome » dans la décision *Gingras c. Abergel*, REJB 1999-13306 (C.Q.). Dans cette cause, la juge Sasseville de la Cour du Québec s'interroge sur la moralité contractuelle de la partie demanderesse lors de la formation du contrat. Concluant à la mauvaise foi de sa part, elle souligne que l'article 1375 C.c.Q. impose une obligation de bonne foi lors des négociations et annule le contrat sur cette base.

124 Art. 1416 C.c.Q.

qu'un vice du consentement¹²⁵ d'autant plus que, sous réserve des dispositions relatives à l'imprévision, rien dans notre droit n'interdit au juge d'intervenir au contrat en vertu de l'obligation de bonne foi lors de la formation du contrat et d'en prononcer la nullité sur cette seule base légale. Naturellement, cette mesure implique que le manquement à l'obligation d'information ait effectivement eu lieu au stade de la formation du contrat¹²⁶, sinon on ne pourra prétendre que le « contrat (...) n'est pas conforme aux conditions nécessaires à sa formation ».

Cette théorie du « vice du contrat » pourrait aussi servir de base de sanction à l'inexécution de l'obligation de bonne foi résultant en un déséquilibre économique important. Nous l'avons déjà mentionné, l'article 1405 C.c.Q. interdit de faire de la lésion entre majeurs un vice du consentement. Cependant, nous ne croyons pas que cet article puisse empêcher de sanctionner un vice du contrat suite à un manquement à l'obligation de bonne foi, si ce vice du contrat n'est pas relatif à un vice du consentement. Ainsi, le même raisonnement s'appliquerait : est-ce qu'il y a eu manquement à l'obligation de bonne foi ou, en d'autres termes, est-ce que les normes objectives d'un comportement de bonne foi d'une personne raisonnable ont été respectées ? En cas de manquement, est-ce que le débiteur de cette obligation en subit un préjudice, même économique, au point où l'équilibre du contrat s'en trouve rompu ? Si oui, l'inexécution de l'obligation de bonne foi a probablement trait à un élément déterminant du contrat. Cette deuxième condition est donc remplie et on peut prétendre à un véritable manquement à l'obligation de bonne foi lors de la formation du contrat. À notre avis, le fait que ce préjudice soit d'ordre économique n'a aucune importance puisqu'on ne conclut pas ici à un vice du consentement¹²⁷ mais bien à un vice du contrat. Dans le cas où, effectivement,

125 Didier LUELLES et Benoît MOORE (coll.), *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1998, n° 926, p. 526.

126 Comme nous l'avons déjà mentionné, nous assimilons à la formation du contrat les renouvellements ou prorogation de celui-ci. Voir Muriel FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 221, Paris, L.G.D.J., 1992, n° 323, p. 256.

127 L'article 1405 C.c.Q. est donc respecté.

il y a manquement à l'obligation de bonne foi lors de la formation du contrat, l'article 1416 C.c.Q. permet, à notre avis, l'annulation du contrat même si le déséquilibre engendré est d'ordre économique¹²⁸. Ce n'est pas le vice de consentement que l'on sanctionne ici, mais la faute du cocontractant. Par analogie, si l'on permet l'annulation du contrat pour une erreur économique résultant du dol¹²⁹, à notre avis, il devrait en être de même pour l'erreur économique résultant de l'absence de bonne foi.

On peut donc constater que, lentement mais sûrement, on est prêt à reconnaître un principe de sanctions autonomes, fondé sur l'article 1375 C.c.Q., à l'absence de bonne foi lors des négociations d'un contrat. Cette sanction consistera parfois en l'annulation du contrat. Cependant, l'annulation du contrat n'est pas toujours la sanction appropriée si, par exemple, il est impossible de remettre les parties dans leur état initial ou si l'annulation du contrat n'est pas à l'avantage de celui qui se plaint d'un manquement à l'obligation de bonne foi. Dans de tels cas, bien que l'équilibre contractuel soit rompu, il faut envisager des sanctions permettant de rétablir cet équilibre, tout en maintenant le lien contractuel. Nous en proposons deux.

128 Vincent Karim partage d'ailleurs cet avis. Voir Vincent KARIM, « La règle de la bonne foi prévue dans l'article 1375 du *Code civil du Québec* : sa portée et les sanctions qui en découlent » (2000) 41 *C. de D.* 435, 455-457. Voir cependant, l'opinion du professeur Lluelles pour qui l'erreur économique ne devrait être sanctionnée qu'en cas de dol ou de « lésion absolue » : Didier LLUELLES et Benoît MOORE (coll.), *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1998, n° 927-932, p. 526-530. Il faut cependant noter que le professeur Lluelles ne se prononce pas sur la possibilité d'analyser l'erreur économique sous l'angle du vice du contrat.

129 Plusieurs auteurs mentionnent que l'erreur économique provoquée par le dol du cocontractant peut faire l'objet de sanction : Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1996, n° 85, p. 137; Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les Obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 211, p. 208; Didier LLUELLES et Benoît MOORE (coll.), *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1998, n° 568, p. 300; Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, n° 558, p. 526; François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 1999, n° 221, p. 213; Voir aussi les arrêts *Racicot c. Bertrand*, [1979] 1 R.C.S. 441, 473 et *Tremblay c. Les Pétroles Inc.*, [1961] B.R. 856.

La première est déjà fort utilisée dans les faits. Elle a déjà été discutée et approuvée par la Cour suprême du Canada¹³⁰. Elle consiste à opposer une fin de non-recevoir au débiteur de l'obligation d'information qui tente de profiter de son manquement. Elle peut prendre plusieurs formes, comme l'inopposabilité de certaines clauses du contrat – songeons aux clauses pénales ou limitatives de responsabilité¹³¹ – ou de la totalité du contrat. En refusant au contractant, qui n'a pas respecté son obligation de bonne foi, sa demande pour forcer l'exécution, par son cocontractant, de ses obligations contractuelles, on lui interdit de profiter de son manquement. Sans expressément annuler la clause, on la prive d'effet et on l'écarte, afin de ne pas en permettre l'exécution¹³². Ainsi, normalement, cette fin de non-recevoir devrait, pour rétablir l'équilibre contractuel, n'être appliquée que dans la mesure correspondante à l'inexécution de l'obligation d'information¹³³. Nous devons toutefois admettre que dans bien des cas, opposer une fin de non-recevoir équivaut dans les faits à une annulation du contrat — sans remise en état des parties — en faveur du débiteur de l'obligation contractuelle qui est victime du manquement à l'obligation de bonne foi¹³⁴.

La deuxième solution implique qu'une information erronée ou incomplète ait été transmise au créancier de l'obligation de bonne foi¹³⁵, par le cocontractant ou à sa connaissance, ou que ce dernier profite d'une apparence trompeuse par son silence¹³⁶. Il faut de plus, pour que cette sanction soit

130 Voir l'arrêt *Banque nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339.

131 Muriel FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 221, Paris, L.G.D.J., 1992, n° 592, p. 471.

132 Alain SÉRIAUX, *Droit des obligations*, 2^e éd., Paris, P.U.F., 1998, n° 55, p. 231.

133 Art. 1591 C.c.Q.; Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les Obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 768, p. 601.

134 Voir, par exemple, à ce sujet, *Banque Royale du Canada c. Audet*, REJB 97-03000 (C.Q.).

135 Muriel FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 221, Paris, L.G.D.J., 1992, n° 637, p. 507.

136 *Id.*, n° 654, p. 516.

utile, que ces informations erronées soient avantageuses au contractant trompé¹³⁷. On peut par exemple penser à une publicité qui vante les avantages d'un contrat, alors que la réalité est tout autre, notamment parce que certains aspects de la publicité ne sont pas inclus au contrat. Dans un tel cas, la solution consisterait à inclure cette information dans le cadre obligationnel du contrat, le tout en accord avec les attentes légitimes du créancier de l'obligation d'information¹³⁸. Il s'agit de « l'élargissement du champ contractuel par l'intégration [dans celui-ci] de l'information transmise »¹³⁹, afin de la rendre obligatoire aux parties contractantes. On obligerait ainsi le débiteur de l'obligation d'information à se comporter comme si l'information erronément transmise était conforme à la réalité. Par exemple, en vertu de cette sanction, si un contractant annonce au grand public que tous ses contrats sont annulables sans condition dans un délai de 30 jours en cas d'insatisfaction, il devrait respecter les représentations faites dans cette publicité, même si le contrat prévoit qu'il n'y a aucune possibilité de remboursement et que la vente est finale. En faisant la preuve du contenu de cette publicité, le créancier de l'obligation de bonne foi pourrait faire changer les termes du contrat pour y faire entrer l'information transmise par cette publicité et obliger le débiteur à agir en conséquence. D'ailleurs, cette sanction fait déjà l'objet d'une certaine reconnaissance au Québec, notamment en matière d'assurance où les tribunaux commencent à interpréter certains contrats d'assurance litigieux en fonction des attentes d'un assuré raisonnable quant à la protection offerte¹⁴⁰.

137 *Id.*, n° 637, p. 507.

138 Voir généralement sur cette question : Muriel FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 221, Paris, L.G.D.J., 1992, n° 637-668, p. 507-525; Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, n° 666-674, p. 647-653.

139 Muriel FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 221, Paris, L.G.D.J., 1992, n° 641-656, p. 509-517.

140 Voir, à ce sujet, l'opinion de la juge Deschamps dans *Le Groupe commerce, compagnie d'assurances c. Service d'entretien Ribo Inc.*, [1992] R.R.A. 959 (C.A.); Marie-Chantal THOUIN, *Théorie de l'attente raisonnable : sanction de l'obligation de bonne foi et de renseignement*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1995 et Claude J. BERR, comm. sous civ. 1^{er}, 23 juin 1998, D. 1999.somm. comm. 227.

Mais à quelles conditions cette sanction s'avère-t-elle appropriée ? Nous avons déjà mentionné que l'information erronée doit être avantageuse pour le créancier de l'obligation. Deux autres conditions doivent aussi être remplies. La première concerne l'attente légitime du créancier de l'obligation d'information. Ainsi, le créancier de l'obligation d'information devait légitimement s'attendre à ce que l'information soit incluse au contrat. La seconde condition concerne la possibilité d'exécution en nature de l'obligation. Ainsi, le débiteur de l'obligation doit pouvoir assurer la réalisation matérielle de l'obligation contractuelle relative à l'information transmise¹⁴¹. Voyons ce qu'impliquent plus amplement ces deux conditions. La première condition est en quelque sorte une illustration de l'obligation de se renseigner. Elle impose au créancier de l'obligation d'information la preuve qu'il pouvait raisonnablement et légitimement croire en la force obligatoire de l'information pourtant erronée¹⁴². Cela implique que ce créancier ne savait pas que l'information était erronée et qu'en plus, selon les circonstances propres à l'espèce, il pouvait raisonnablement croire que cette information était vraie. Une information tout à fait farfelue du type « je vous donnerai un million de cadeaux si vous magasinez chez-moi » ne pourrait vraisemblablement pas faire l'objet d'une inclusion obligatoire au contrat.

La deuxième condition est tout aussi fondamentale. Pour que l'inclusion obligatoire de l'information au contrat soit efficace, il faut qu'il soit possible au débiteur de l'obligation de se conformer, par une exécution en nature, à l'effet obligatoire de l'information¹⁴³. En effet, si le débiteur ne peut exécuter l'obligation en fonction de l'information erronée, il apparaît tout à fait inutile de faire entrer cette information – et l'obligation qui en découle – dans le champ contractuel. Un bon exemple de la nécessité de cette condition se trouve dans l'arrêt *F. & I. Holdings Inc. c. 87313 Canada Inc.*¹⁴⁴. Il s'agit d'une affaire où un entrepreneur achète un terrain grevé d'une servitude limitant à 150 le nombre d'unités résidentielles pouvant être construites. Le vendeur a fait parvenir,

141 Muriel FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 221, Paris, L.G.D.J., 1992, n° 656-668, p. 517-525.

142 *Id.*, n° 658, p. 517.

143 *Id.*, n° 664, p. 512-522.

144 *F & I Holdings Inc. c. 87313 Canada Ltée*, [1996] R.J.Q. 851 (C.A.).

tant à l'acheteur qu'au courtier chargé de la vente, des documents indiquant que ce nombre était plutôt de 388 unités. Il s'agit donc effectivement d'une information erronée. Cependant, même si l'on incluait cette information au contrat, elle ne serait d'aucune utilité pour l'acheteur puisque le vendeur ne peut, malgré tout, être forcé à exécuter le contrat en fonction de cette information et permettre la construction de 388 unités. Il est donc aisé de comprendre l'importance de la possibilité d'exécution de l'obligation par le débiteur.

Lorsque ces conditions sont réunies, cette solution peut se révéler très intéressante et, à notre avis, devrait être favorisée de préférence à celles qui ne privilégient pas le maintien du lien contractuel. Ainsi, en cas de manquement à l'obligation de bonne foi, on ne serait plus ainsi cantonné à l'octroi de dommages, et l'on favoriserait réellement l'inclusion de l'obligation de bonne foi dans l'élaboration du contrat.

CONCLUSION

Même si le principe de la bonne foi est martelé à plusieurs reprises dans le *Code civil du Québec*, le législateur n'y a prévu aucune sanction spécifique. On peut même affirmer que le législateur s'est méfié des conséquences de ce principe, en excluant spécifiquement certaines situations d'application reconnues de la bonne foi, telle que l'imprévision ou la lésion. À notre avis, cette méfiance du législateur comporte des risques évidents pour la stabilité contractuelle. Nous l'avons vu, en l'absence de sanctions spécifiques, les tribunaux se rabattent sur les grandes institutions connues en droit civil afin de sanctionner l'inexécution de l'obligation de bonne foi. En matière de formation et d'élaboration des contrats, le manquement à la bonne foi, par sa composante, l'obligation de renseignement, est souvent assimilé à un vice du consentement. Nous avons pu constater que, pour effectuer ce rapprochement, les juges dénaturent souvent tant la notion de bonne foi que celle des vices du consentement. Ce type d'analyse erronée nuit malheureusement plus à la stabilité contractuelle que l'obligation de bonne foi elle-même.

Nous concluons donc qu'il faut cesser d'analyser l'inexécution de l'obligation de bonne foi lors de la formation et de l'élaboration du contrat comme un vice du consentement.

Nous devrions plutôt l'envisager comme un vice du contrat. En effet, la bonne foi s'impose comme un des fondements contractuels, nécessaires à l'atteinte de la justice contractuelle. Si la bonne foi fait défaut lors de la formation et de l'élaboration du contrat, et que ce manquement rompt l'équilibre contractuel, nous croyons que le contrat est alors affecté d'un vice qui doit être sanctionné. Cette sanction devrait être laissée à la discrétion du juge, afin d'être la plus appropriée selon les circonstances. Outre les dommages, nous envisageons pour notre part la nullité du contrat, la fin de non-recevoir et, le cas échéant, l'inclusion obligatoire de l'information dans le champ contractuel. Il s'agit d'un cadre de sanctions spécifiques à la bonne foi qui est elle-même une notion spécifique. C'est en balisant efficacement la sanction du manquement à l'obligation de bonne foi lors de la formation et de l'élaboration du contrat que nous concilierons les fondements de sécurité et de justice contractuelles.