

L'article 48 de la *Charte québécoise* et le *Code civil du Québec* pour contrer l'exploitation de la personne âgée : pour une lecture harmonieuse

Christine Morin, Frédéric Levesque et Louis Turgeon-Dorion

La protection juridique des personnes âgées contre l'exploitation financière

Volume 46, numéro hors-série, 2016

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1036160ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1036160ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Morin, C., Levesque, F. & Turgeon-Dorion, L. (2016). L'article 48 de la *Charte québécoise* et le *Code civil du Québec* pour contrer l'exploitation de la personne âgée : pour une lecture harmonieuse. *Revue générale de droit*, 46, 51-97.
<https://doi.org/10.7202/1036160ar>

Résumé de l'article

L'article 48 de la *Charte des droits et libertés de la personne* protège toute personne âgée ou toute personne handicapée contre l'exploitation. Après avoir été ignoré pendant un certain temps, le texte de loi fait maintenant couler beaucoup d'encre, particulièrement sur sa relation avec le *Code civil du Québec*. Plusieurs auteurs, dont certains se consacrent principalement à l'étude des droits et libertés de la personne alors que d'autres concentrent leurs recherches en droit civil, se sont interrogés sur les interactions entre ces deux lois. Il existe une division entre les approches de ces auteurs, dont les causes sont parfois, selon les auteurs du présent article, davantage symboliques que juridiques. Nous souhaitons donc exposer notre compréhension de l'harmonie qui existe entre la *Charte québécoise* et le *Code civil* en matière de protection juridique des personnes âgées. Il s'agit là d'une conception renouvelée à la lumière de la jurisprudence des 30 dernières années, d'un retour sur l'historique de l'adoption de la *Charte des droits et libertés de la personne*, d'une étude décloisonnée de mécanismes de protection prévus par le *Code civil* et d'une incursion en droit comparé.

L'article 48 de la *Charte québécoise* et le *Code civil du Québec* pour contrer l'exploitation de la personne âgée : pour une lecture harmonieuse

CHRISTINE MORIN, FRÉDÉRIC LEVESQUE ET LOUIS TURGEON-DORION*

RÉSUMÉ

L'article 48 de la Charte des droits et libertés de la personne protège toute personne âgée ou toute personne handicapée contre l'exploitation. Après avoir été ignoré pendant un certain temps, le texte de loi fait maintenant couler beaucoup d'encre, particulièrement sur sa relation avec le Code civil du Québec. Plusieurs auteurs, dont certains se consacrent principalement à l'étude des droits et libertés de la personne alors que d'autres concentrent leurs recherches en droit civil, se sont interrogés sur les interactions entre ces deux lois. Il existe une division entre les approches de ces auteurs, dont les causes sont parfois, selon les auteurs du présent article, davantage symboliques que juridiques. Nous souhaitons donc exposer notre compréhension de l'harmonie qui existe entre la Charte québécoise et le Code civil en matière de protection juridique des personnes âgées. Il s'agit là d'une conception renouvelée à la lumière de la jurisprudence des 30 dernières années, d'un retour sur l'historique de l'adoption de la Charte des droits et libertés de la personne, d'une étude décloisonnée de mécanismes de protection prévus par le Code civil et d'une incursion en droit comparé.

MOTS-CLÉS :

Exploitation, personne âgée/ainée, capacité, consentement, Charte des droits et libertés de la personne, Code civil du Québec.

* **Christine Morin** est notaire et professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval. Elle est également titulaire de la Chaire de recherche Antoine-Turmel sur la protection juridique des aînés. **Frédéric Levesque** est avocat et professeur adjoint à la Faculté de droit de l'Université Laval. Ils sont tous deux membres du Groupe de recherche en droit des services financiers de la Faculté de droit de l'Université Laval, lequel a obtenu une subvention du Fonds pour l'éducation et la saine gouvernance de l'Autorité des marchés financiers pour le projet « La protection juridique des aînés contre l'exploitation financière », dans lequel s'inscrit le présent texte. M^e **Louis Turgeon-Dorion** est avocat et titulaire d'une maîtrise avec mémoire en droit civil de l'Université Laval (LL.M.).

ABSTRACT

Section 48 of the Charter of Human Rights and Freedoms protects every aged and every handicapped person against exploitation. After receiving little attention for some time, the legislation is now widely discussed, especially in its relationship with the Civil Code of Québec. Several authors have questioned the interactions between these two laws, some from the standpoint of human rights and freedoms, and others with a focus on civil law. According to the authors of this paper, the division between these two approaches is caused essentially by factors that are more symbolic than legal. The purpose here is, as a result, to present our understanding of the consistency of Quebec's Charter and Civil Code with respect to the legal protection of aged persons. This is an updated approach based on jurisprudence from the last 30 years, an open-plan study of several protection mechanisms in the Civil Code, and a foray into comparative law.

KEY-WORDS:

Exploitation, elderly person/senior, capacity, consent, Charter of Human Rights and Freedoms, Civil Code of Québec.

SOMMAIRE

Introduction.....	53
I. D'où l'on vient.....	54
A. Une naissance non planifiée et une enfance discrète.....	55
B. L'adolescence ou l'interprétation de l'article 48 de la <i>Charte</i>	61
II. Où l'on va.....	66
A. Grandir dans un environnement sain ou quelques notions de droit civil et d'harmonie	67
B. La nature a horreur du vide: les lacunes du <i>Code civil</i> en matière de nullité contractuelle.....	75
1. Retomber en enfance ou les règles en matière de capacité.....	76
2. Être maître de ses décisions ou les règles en matière de consentement	82
Conclusion.....	95

INTRODUCTION

Quarante ans après l'adoption de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹ et plus de vingt ans après l'adoption du *Code civil du Québec*², plusieurs auteurs se sont interrogés sur les interactions entre ces deux lois³. Certains se consacrent principalement à l'étude des droits et libertés de la personne, alors que d'autres concentrent leurs recherches en droit civil. Une auteure a souligné la division entre les approches : celle des « fondamentalistes » ou « chartistes »⁴ de la *Charte* et celle des « privatistes » du *Code civil*⁵. À son avis, cette division a pour effet d'évacuer le rôle respectif de la *Charte* et du *Code civil* dans leur relation d'« harmonie »⁶, notamment quant à l'expression du droit commun⁷. On note une forme d'incompréhension mutuelle entre les

1. RLRQ c C-12 [*Charte*].

2. *Code civil* ou CcQ.

3. Entre autres : Stéphane Bernatchez, « Un tribunal spécialisé pour résister à l'approche civiliste en matière de droits de la personne » (2012) 42 RDUS 203; Christian Brunelle, « Pour une restructuration de la Charte québécoise » (2015) RQDI (numéro hors série) 199 aux pp 209–10; Daniel Gardner et Dominique Goubau, « L'affaire *Vallée* et l'exploitation des personnes âgées selon la Charte québécoise : quand l'harmonie fait défaut » (2005) 46 C de D 961; Jean-François Gaudreault-Desbiens, « Les chartes des droits et libertés comme louves dans la bergerie du positivisme? Quelques hypothèses sur l'impact de la culture des droits sur la culture juridique québécoise » dans Bjarne Melkevik, dir, *Transformation de la culture juridique québécoise*, Sainte-Foy (Qc), Presses de l'Université Laval, 1998, 83; Frédérique Sabourin, « L'arrêt *Vallée* de la Cour d'appel : commentaire de la *Charte québécoise* à la rescousse du *Code civil* en matière d'exploitation des personnes âgées » (2005-06) 36 RDUS 309; Mélanie Samson, *Les interactions de la Charte des droits et libertés de la personne avec le Code civil du Québec : une harmonie à concrétiser*, coll « Minerve », Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013 [Samson, *Les interactions de la Charte*]; Mélanie Samson, « L'interprétation harmonieuse de la Charte québécoise et du *Code civil du Québec* : un sujet de discordance pour le Tribunal des droits de la personne et les tribunaux de droit commun? » dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Le Tribunal des droits de la personne : 25 ans d'expérience en matière d'égalité*, vol 405, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2015, 183 [Samson, « L'interprétation harmonieuse de la Charte »]; Mélanie Samson et Louise Langevin, « Revisiting Quebec's *Jus Commune* in the Era of the Human Rights Charters » (2015) 63:3 Am J Comp L 719.

4. L'expression « chartiste » a été utilisée par Bernatchez, *supra* note 3 à la p 205, n 2.

5. Les expressions « fondamentalistes » et « civilistes » sont empruntées à France Allard, « La *Charte des droits et libertés de la personne* et le *Code civil du Québec* : deux textes fondamentaux du droit civil québécois dans une relation d'« harmonie ambiguë » » (2006) R du B (numéro hors série) 33 à la p 79.

6. La disposition préliminaire du *Code civil* réfère expressément à cette harmonie.

7. Allard, *supra* note 5 à la p 79. Encore récemment, une auteure expliquait :

L'article 48 de la *Charte* et la protection qu'il accorde doivent trouver leur place entre les recours déjà prévus par le droit civil et le droit criminel, ainsi qu'en relation avec les autres droits protégés par la *Charte*. Alors que la Cour d'appel a affirmé la primauté de l'article 48 de la *Charte* sur les règles du *Code civil du Québec*, il nous semble qu'il importe d'abord de réfléchir à l'harmonie souhaitable entre ces dispositions.

groupes d'auteurs⁸. Des deux côtés, certains arguments apparaissent parfois plus symboliques ou idéologiques que juridiques⁹.

Dans cette étude, nous tentons un rapprochement en proposant notre compréhension de l'harmonie qui règne entre la *Charte* et le *Code civil* en matière de protection juridique des personnes âgées. Nous croyons que notre proposition peut être qualifiée de « mitoyenne ». Notre conception est fondée sur une étude historique de l'adoption de la *Charte des droits et libertés de la personne*, sur la jurisprudence des 30 dernières années, sur une étude décloisonnée de différents mécanismes de protection offerts par le *Code civil du Québec* et sur une incursion en droit comparé. Il ressort de cette étude que le *Code civil* contient des lacunes que l'article 48 de la *Charte* peut combler. Les balises servant à appliquer l'article 48 de la *Charte* doivent toutefois demeurer claires pour ne pas porter atteinte à la sécurité juridique.

I. D'OU L'ON VIENT

L'intention du législateur revêt une importance fondamentale en matière d'interprétation législative. Pour comprendre l'harmonie du *Code civil* et de la *Charte* en matière de protection des personnes âgées, il est utile de revenir sur le contexte de l'adoption de l'article 48 de la *Charte* (A). Nous serons alors mieux outillés pour étudier l'interprétation et l'application de cette disposition par la jurisprudence et pour déterminer si celles-ci sont conformes aux objectifs initiaux du législateur (B)¹⁰.

Marie-Hélène Dufour, « Définitions et manifestations du phénomène de l'exploitation financière des personnes âgées » (2014) 44:2 RGD 235 à la p 304.

8. La professeure Samson observe « qu'après avoir entretenu un rapport d'indifférence, voire de conflit, le droit civil et les droits de la personne sont maintenant sur la voie de la réconciliation ». Mélanie Samson, « Droit civil et droits de la personne au Québec et en France : conflit et réconciliation » (2009) 2 *Jurisdoctrina* 99 à la p 102.

9. Sur le droit comme pensée symbolique, voir Denis Alland et Stéphane Rials, dir, *Dictionnaire de la culture juridique*, coll « Quadrige-Lamy », Paris, Presses Universitaires de France, 2003 à la p 1459, où on explique que la pensée scientifique naît d'une dialectique de l'expérience et de l'abstraction. Le savoir du juriste, notamment, serait construit à partir d'un champ culturel normatif préexistant. Ainsi, le « fondamentaliste » ou « chartiste » construit son savoir à partir de la *Charte* et des décisions rendues en vertu de celle-ci. Il s'agit de son « matériau de départ ». Au contraire, le « privatiste » a recours au *Code civil* et à sa jurisprudence pour construire et développer sa pensée.

10. Quelques passages sont inspirés de Christine Morin, « La progression de la Charte québécoise comme instrument de protection des personnes âgées » dans *Le Tribunal des droits de la personne : 25 ans d'expérience en matière d'égalité*, supra note 3, 87 à la p 115.

A. Une naissance non planifiée et une enfance discrète

Lorsqu'on étudie les différents travaux parlementaires et projets de loi qui ont mené à l'adoption de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*, on remarque que le droit de toute personne âgée — ou de toute personne handicapée — d'être protégée contre toute forme d'exploitation, de même que le droit d'une telle personne à la protection et à la sécurité que doivent lui apporter sa famille ou les personnes qui en tiennent lieu¹¹ ne sont pas particulièrement revendiqués à l'époque.

L'adoption d'une charte québécoise des droits semble résulter davantage du projet d'un groupe d'intellectuels québécois que d'une demande de la population. L'idée d'adopter une telle charte est généralement attribuée au professeur Jacques-Yvan Morin, qui aurait abordé le sujet au début des années soixante¹². Sa proposition de charte ne comporte cependant aucune protection particulière pour les personnes âgées ou handicapées¹³. Elle prévoit par ailleurs une section importante consacrée aux droits économiques et sociaux. Elle réserve en effet à ces droits une place plus importante que celle qui leur a été ultimement réservée dans la *Charte*¹⁴.

L'Office de révision du Code civil (ORCC) a, en partie, repris l'idée du professeur Morin en 1966. Le Comité des droits civils de l'ORCC proposa l'inclusion d'une déclaration des droits civils dans un titre spécial au début du *Code civil*¹⁵. Le but poursuivi par le Comité était « de consacrer dans le Code certains droits de la personne d'une manière suffisamment précise pour que tribunaux et juristes puissent les appliquer dans les faits et suffisamment succincte pour leur donner valeur

11. *Charte*, *supra* note 1, art 48.

12. Jacques-Yvan Morin, « Une charte des droits de l'Homme pour le Québec » (1963) 9 RD McGill 273; Alain-Robert Nadeau, « La *Charte des droits et libertés de la personne*: origines, enjeux et perspectives » dans Alain-Robert Nadeau, dir, *La Charte québécoise: origines, enjeux et perspectives*, (2006) R du B (numéro hors série) 1 à la p 7. Émile Colas a également formulé le souhait que le gouvernement du Québec adopte une déclaration des droits de l'Homme. Émile Colas, « Les droits de l'Homme et la constitution canadienne » (1958) 18 R du B 317.

13. J-Y Morin, *supra* note 12 à la p 308 (arts 12 et s).

14. Brunelle, *supra* note 3 à la p 206.

15. Québec, Office de révision du Code civil, *Rapport sur les droits civils*, par le Comité des droits civils, Montréal ORCC, 1966 à la p 1 [ORCC, *Rapport sur les droits civils*]; Québec, Office de révision du Code civil, *Rapport sur les droits civils*, rapport IV, par le Comité des droits civils, Montréal ORCC, 1968 aux pp 4 et 8 [ORCC, *Rapport IV*].

éducative»¹⁶. L'insertion de cette déclaration dans le *Code civil* rejoignait une préoccupation importante de l'ORCC, soit de faire de la reconnaissance de la personne humaine, de l'affirmation et de la protection de sa dignité des traits saillants du nouveau *Code*¹⁷.

Même si certaines des dispositions proposées par l'ORCC ne faisaient que reprendre des droits existants dans le *Code civil*, l'ORCC « n'a pas hésité, le cas échéant, à compléter le droit existant lorsque l'action du législateur lui a paru nécessaire pour combler les lacunes de la jurisprudence ou remédier à ses hésitations et mettre le droit en accord avec les préoccupations contemporaines »¹⁸. On remarque cependant que le projet de l'ORCC ne prévoyait aucune protection particulière pour les personnes âgées ou handicapées ni un article semblable à l'article 48 de la *Charte*. Le rapport du Comité des droits civils faisait toutefois état « que le projet soumis par le Comité ne saurait tenir lieu d'une charte complète des droits de l'Homme, notamment à l'égard des droits d'ordre politique, social et économique »¹⁹.

En 1971, à la suite du dépôt de la version définitive du rapport du Comité des droits civils de l'ORCC, les professeurs Paul-André Crépeau et Frank Scott, qui faisaient partie du Comité, reçurent le mandat de rédiger un avant-projet de loi qui couvrirait non seulement les droits civils, mais également les droits politiques, les droits judiciaires et les droits économiques et sociaux²⁰. Malgré l'élargissement du mandat des rédacteurs, on ne trouve toujours pas de protection particulière pour les personnes âgées ou les personnes handicapées dans l'avant-projet. À propos de la section 4 de l'avant-projet portant sur les droits culturels et sociaux, les rédacteurs expliquent qu'elle contient des droits dont la reconnaissance est désormais mieux assurée dans les constitutions modernes et qui « imposent aux gouvernements des devoirs à l'égard des particuliers ou des groupes de personnes »²¹. Ils mentionnent également qu'ils auraient pu ajouter d'autres droits

16. ORCC, *Rapport sur les droits civils*, supra note 15 à la p 1; ORCC, *Rapport IV*, supra note 15 à la p 4.

17. André Morel, « La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne » (1987) 21 RJT 1 à la p 5 [Morel, « La Charte québécoise »].

18. ORCC, *Rapport sur les droits civils*, supra note 15 à la p 1; ORCC, *Rapport IV*, supra note 15 à la p 4. Voir également Morel, « La Charte québécoise », supra note 17 à la p 5.

19. ORCC, *Rapport sur les droits civils*, supra note 15 à la p 5; ORCC, *Rapport IV*, supra note 15 à la p 8.

20. Morel, « La Charte québécoise », supra note 17 à la p 7.

21. ORCC, *Rapport IV*, supra note 15 à la p 599.

analogues dans cette section, mais qu'il leur a paru nécessaire d'en limiter le nombre et de n'inclure que ceux qui sont généralement reconnus et adaptés au milieu québécois, étant donné le caractère particulier de ces droits²². À la lecture des commentaires des auteurs sur les différents articles de cette section, on remarque effectivement que la plupart des droits qui s'y trouvent étaient déjà reconnus par une loi ou par la jurisprudence, ce qui peut contribuer à expliquer l'absence d'un article semblable à l'article 48 de la *Charte*.

Trois ans plus tard, soit le 29 octobre 1974, le ministre de la Justice dépose un projet de loi sur les droits et libertés de la personne qui, sans reprendre intégralement le rapport Crépeau-Scott, est assez fidèle à son plan et à son contenu²³. Le projet de loi de 1974 ne comporte toujours pas d'équivalent de l'article 48 de la *Charte*. L'objectif du projet de loi est alors double :

d'un côté, exprimer en un texte à portée éducative une synthèse des valeurs démocratiques et sociales acquises au Québec dans la lignée des traditions politiques ou juridiques de la France, de l'Angleterre et des États-Unis, sans en arrêter pour autant le développement ultérieur, et, d'un autre côté, accorder une protection véritable à ceux dont les droits ou libertés sont violés, en prévoyant des voies de recours efficaces et innovatrices²⁴.

Le projet de loi 50 est déféré à la Commission permanente de la justice en janvier 1975. C'est à ce moment qu'on soulève, pour la première fois, l'opportunité d'inclure, dans la loi, une protection particulière des personnes âgées et handicapées. Dans un mémoire sur le projet de loi, la Ligue des droits de l'Homme explique que les personnes âgées ou handicapées doivent être considérées comme une minorité et, qu'à ce titre, elles doivent bénéficier d'une protection particulière²⁵. Cette préoccupation de la Ligue des droits de l'Homme à l'égard des personnes âgées n'est pas nouvelle puisque, dès 1973, la Ligue avait fait une telle proposition dans un projet de charte qu'elle

22. *Ibid.*

23. PL 50, *Loi sur les droits et libertés de la personne*, 2^e sess, 30^e lég, Québec, 1974 (présentation le 29 octobre 1974).

24. Morel, « La Charte québécoise », *supra* note 17 à la p 10.

25. Québec, Assemblée nationale, Commission parlementaire de la justice, *Mémoire sur le projet de loi 50 : Loi sur les droits et libertés de la personne*, par la Ligue des droits de l'Homme, Montréal, janvier 1975 aux pp 12 et 38 [Québec, *Mémoire sur le projet de loi 50*].

avait diffusé dans différents quotidiens²⁶. Bien que cette partie du mémoire de la Ligue n'ait pas été discutée en commission, on peut facilement concevoir qu'elle est l'une des sources d'inspiration de l'article 48 de la *Charte*.

L'Association du Québec pour les déficients mentaux a également fait des recommandations qui apparaissent comme des sources d'inspiration de l'article 48 de la *Charte*. Dans son mémoire, l'Association propose que la loi dispose que : « Toute personne a droit à la protection et à la sécurité que doivent lui apporter sa famille ou les personnes qui en tiennent lieu » [nos soulignements]²⁷. Cette proposition de l'Association est discutée en commission parlementaire, notamment la question des personnes visées par l'expression sa famille « ou les personnes qui en tiennent lieu ». L'Association explique alors que lorsqu'il est question de personnes handicapées, la société doit assumer certaines responsabilités financières et sociales²⁸.

Lors de la réinscription du projet de loi 50 au feuillet, le 26 mars 1975, est apparue dans le projet de charte la première proposition concrète relative à la protection de « toute personne âgée ou toute personne atteinte d'une infirmité ou souffrant d'une déficience ou d'une maladie mentale »²⁹. Cette proposition a été retenue, puis adoptée à l'unanimité par les membres de l'Assemblée nationale, tout

26. Ce projet de charte a été recopié à la fin du mémoire présenté à la Commission. Québec, *Mémoire sur le projet de loi 50*, *ibid* aux pp 12 et 38. La disposition proposée prévoyait ce qui suit :

13. Les personnes âgées, en raison même de leur âge et de leur expérience, ont droit à une considération particulière des pouvoirs publics, de la collectivité et de leur famille. L'État doit leur apporter l'assistance dont ils [*sic*] peuvent avoir besoin et faire appel à eux [*sic*] dans l'organisation de la société, et, plus particulièrement, ils [*sic*] doivent être partie à toute décision qui les concerne.

27. Le projet de loi prévoyait uniquement que « Tout enfant a droit à la protection et à la sécurité que doivent lui apporter sa famille ou les personnes qui en tiennent lieu ». Québec, *Mémoire sur le projet de loi 50*, *ibid* à la p 13.

28. Québec, Assemblée nationale, Commission permanente de la justice, « Étude du projet de loi 50 : Loi concernant les droits et les libertés de la personne » dans *Journal des débats de la Commission permanente de la justice*, vol 16, n° 8 (23 janvier 1975) aux pp B-440 et B-441.

29. PL 50, *Charte des droits et libertés de la personne*, 3^e sess, 30^e lég, Québec, 1975 (étude détaillée le 26 mars 1975), art 46. Plutôt que de référer à « toute personne handicapée », l'article 46 utilise alors l'expression « personne atteinte d'une infirmité ou souffrant d'une déficience ou d'une maladie mentale ». Ce vocabulaire a été remplacé en 1978 : *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées*, LQ 1978, c 7, art 113. Malheureusement, l'étude du projet de loi en commission parlementaire nous éclaire peu sur l'inspiration et sur la portée de cet article selon la compréhension des députés de l'époque. Cet article a été adopté sans discussion. Québec, Assemblée nationale, Commission permanente de la justice, « Étude du projet de loi 50 : Charte des droits et libertés de la personne » dans *Journal des débats de la Commission permanente de la justice*, vol 16, n° 155 (26 juin 1975) à la p B-5129.

comme l'ensemble de la *Charte*, le 27 juin 1975. Celle-ci est entrée en vigueur par proclamation le 28 juin 1976³⁰.

S'il est généralement affirmé que les lois sont en retard par rapport aux demandes et aux besoins de la population ou qu'elles naissent à la suite du constat de problèmes sociaux³¹, cette affirmation doit être nuancée lorsqu'il s'agit de la protection des personnes âgées en vertu de la *Charte*. Si l'on se fie aux documents parlementaires, aux travaux et à la doctrine durant la période qui a précédé l'adoption de la *Charte*, la protection juridique des personnes âgées ne semble pas faire partie des priorités pour les auteurs des différents projets et mémoires qui ont mené à son adoption. Bien entendu, on peut présumer que, déjà, à l'époque, des personnes âgées étaient exploitées et avaient besoin de protection. Néanmoins, le phénomène semblait assurément moins discuté et signalé qu'il ne l'est aujourd'hui. D'autres droits économiques et sociaux étaient alors priorisés. L'article 48 de la *Charte* a d'ailleurs mis un certain temps à prendre sa place dans la jurisprudence. Malgré son entrée en vigueur, il a fallu attendre plusieurs années avant que la disposition ne soit invoquée devant les tribunaux³².

Quant à sa valeur et à sa portée, comme cette disposition a été insérée au chapitre des droits économiques et sociaux, elle n'est pas visée par l'article 52 de la *Charte* qui prévoit qu'aucune disposition d'une loi ne peut déroger aux articles 1 à 38, « sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément

30. Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 30^e légis, 3^e sess, vol 16, n^o 52 (27 juin 1975) aux pp 1619–21 (adoption du PL 50: *Charte des droits et libertés de la personne*, LQ 1975, c 6). Bien qu'il y ait eu une réforme de la *Charte* en 1982, l'article 48 n'a pas été modifié.

31. Robert D Bureau, Katherine Lippel et Lucie Lamarche, « Développement et tendances du droit social au Canada (1940-1984) » dans Ivan Bernier et Andrée Lajoie, dir, *Le droit de la famille et le droit social au Canada*, vol 49, Études préparées pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1986, 79 à la p 98; Marie-Pierre Marmier-Champenois et Jacques Commaille, « Sociologie de la création de la norme: l'exemple de changements législatifs intervenus en droit de la famille » dans Institut de recherches juridiques comparatives, *La création du droit. Aspects sociaux*, Paris, Centre national de la recherche scientifique, 1981, 135 à la p 194; Malcolm Spector et John I Kitsuse, *Constructing Social Problems*, New York, Aldine de Gruyter, 1987 aux pp 8, 82–86.

32. *Commission des droits de la personne c Brzozowski*, [1994] RJQ 1447 (TDP), 1994 CanLII 1792 (QC TDP) [*Brzozowski*]. Le professeur Morel avait observé l'entrée discrète de la *Charte* dans la jurisprudence en général. André Morel, « L'originalité de la Charte québécoise en péril » dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif* (1993), vol 45, Cowansville (QC), Yvon Blais, 1993, 65. Plus précisément, à propos de l'article 48 de la *Charte*, voir Gardner et Goubau, *supra* note 3 à la p 963; Hélène Guay, « Abus et maltraitance envers les aînés: quel est l'apport du droit? » (2014) 73 R du B 265 à la p 315.

que cette disposition s'applique malgré la Charte»³³. La Cour suprême a d'ailleurs relevé le caractère « symbolique » des droits économiques et sociaux, en ajoutant, cependant, que parmi les droits économiques et sociaux, l'article 48 de la *Charte* constitue la seule disposition législative créant un droit positif qui ne comporte pas d'obligation pour l'État de prendre des mesures pour donner effet aux droits visés, tout en soustrayant ces mesures du contrôle judiciaire³⁴. La Cour a ajouté qu'il semble possible de distinguer l'article 48 de la *Charte* des autres droits économiques et sociaux parce qu'il ne requiert pas l'adoption d'un régime spécial pour assurer son application³⁵. La Cour suprême relève ici la singularité de la protection de toute personne âgée prévue par la *Charte*.

Par ailleurs, la portée symbolique de l'article 48 est certes indéniable, précisément en raison de son inclusion dans la *Charte*. L'inscription d'un droit dans la *Charte* suppose qu'il ne s'agit plus simplement de régir des rapports privés, mais bien d'exprimer et de promouvoir des valeurs sociales jugées fondamentales³⁶. En effet, alors que la disposition préliminaire du *Code civil* prévoit que celui-ci régit les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens, le préambule de la *Charte* réfère plutôt au « bien-être général » et au respect des libertés et droits fondamentaux par la « volonté collective ». La *Charte* met ainsi en évidence la dimension collective ou d'intérêt public de la protection des personnes âgées, et ce, en harmonie avec le *Code civil*³⁷ et le *Code de procédure civile*³⁸. Elle le fait d'abord au premier alinéa, en disposant que toute personne âgée « a droit d'être

33. Voir également Brunelle, *supra* note 3 aux pp 206–07.

34. *Gosselin c Québec (PG)*, 2002 CSC 84 aux para 92 et 96, [2002] 4 RCS 429. Rappelons cependant que cet arrêt discute principalement d'aide sociale et de l'application de l'article 45 de la *Charte*.

35. *Ibid* au para 92. Sur le sujet, voir également David Robitaille, « Les droits économiques et sociaux dans les relations État-particuliers après 30 ans d'interprétation : normes juridiques ou énoncés juridiques symboliques » (2006) R du B (numéro hors série) 455 à la p 490.

36. La jurisprudence reconnaît son statut quasi constitutionnel, voir *Béliveau St-Jacques c Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 RCS 345 au para 42, 1996 CanLII 208 (CSC) [*Béliveau St-Jacques*].

37. Voir la Disposition préliminaire du *Code civil* : « Le *Code civil du Québec* régit, en harmonie avec la *Charte des droits et libertés de la personne* (chapitre C-12) et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens ».

38. La disposition préliminaire du nouveau *Code de procédure civile* prévoit ce qui suit : « Le *Code de procédure civile* établit les principes de la justice civile et régit, avec le *Code civil* et en harmonie avec la *Charte des droits et libertés de la personne* ». Malgré l'absence de pareille mention dans le *Code de procédure civile* qui était en vigueur jusqu'en 2015, la Cour d'appel avait expliqué qu'« [à] l'instar des textes du *Code civil du Québec* pour lesquels la Disposition préliminaire le

protégée contre toute forme d'exploitation ». Elle le fait ensuite au second alinéa, en affirmant que toute personne âgée « a aussi droit à la protection et à la sécurité que doivent lui apporter sa famille ou les personnes qui en tiennent lieu »³⁹. La disposition est de surcroît considérée comme relevant de l'ordre public⁴⁰. Par l'article 48 de la *Charte*, l'État envoie un message qui vise à orienter les comportements dans un objectif d'intérêt public. La *Charte* remplit ainsi une fonction pédagogique, notamment en exprimant la désapprobation sociale à l'égard de l'exploitation des personnes âgées⁴¹.

Outre les aspects symboliques et pédagogiques de l'article 48 de la *Charte*, il faut reconnaître sa portée juridique puisqu'il est invoqué avec succès devant les tribunaux depuis quelques années.

B. L'adolescence ou l'interprétation de l'article 48 de la *Charte*

Si la décision *Brzowski* est généralement considérée comme le jugement « fondateur » en matière de protection des personnes âgées en vertu de la *Charte*⁴², c'est l'arrêt *Vallée* qui a affirmé pour la première

précise, les articles du *Code de procédure civile* doivent, en principe, être lus en harmonie avec la *Charte québécoise* : *Turmel c Turmel*, 2010 QCCA 653 au para 47.

39. Soulignons ici que les mêmes mots sont employés dans la *Charte* lorsqu'il s'agit de la protection des enfants. L'article 39 de la *Charte* dispose : « Tout enfant a droit à la protection, à la sécurité et à l'attention que ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu peuvent lui donner ». L'article 34 du *Code civil* va aussi dans ce sens.

40. *Coutu c Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, JE 98-2088 (CA Qc), 1998 CanLII 13100 (QC CA). Voir également : Marc-André Dowd, « L'exploitation des personnes âgées ou handicapées : où tracer les limites de l'intervention de l'État? » dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Pouvoirs publics et protection (2003)*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003, 55 et EYB 2003DEV321.

41. Soulignons qu'un des objectifs de l'ORCC, de même que des professeurs Crépeau et Scott, était de donner une valeur « éducative » aux droits de la personne. Morel, « La *Charte québécoise* », *supra* note 17 à la p 10. Rappelons également que d'autres droits de la personne âgée, comme de toute personne, sont protégés par la *Charte* aux articles 1 à 38 et que ces droits fondamentaux participent à la fondation du droit à la protection de la personne âgée. Voir aussi : *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Payette*, 2006 QCTDP 14 [Payette]; Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, *L'exploitation des personnes âgées, vers un filet de protection resserré*, Rapport de consultation et recommandations sur l'exploitation des personnes âgées, Québec, 2001 à la p 71.

42. *Brzowski*, *supra* note 32. L'affaire *Coutu* a aussi été qualifiée de « jugement fondateur » du Tribunal des droits de la personne en matière de protection des personnes âgées et handicapées contre l'exploitation : Maurice Drapeau, *Contre l'exploitation des personnes âgées ou handicapées*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2014 à la p 9. Voir *Commission des droits de la personne et Coutu*, [1995] RJQ 1628 (TDP), conf par AZ-98011734 (Azimut) (CA Qc).

fois en 2005 le caractère autonome et distinct de cette protection prévue par la *Charte*. La Cour d'appel avait alors déclaré :

[L]’article 48 de la *Charte* constitue une disposition de droit substantiel qui confère à la personne âgée le droit strict d’être protégée contre toute forme d’exploitation. Il englobe donc tant les droits énoncés au *Code civil* que ceux qui n’y sont pas prévus, dans la mesure où une personne âgée est victime d’exploitation.

En ce sens, l’article 48 de la *Charte* ajoute aux dispositions du *Code civil du Québec* une dimension supplémentaire : d’une part, elle étend la protection aux personnes âgées victimes d’exploitation sans égard à la validité de leur consentement ou à l’existence d’un régime de protection et d’autre part, elle vise toute forme d’exploitation et ne se limite pas au seul contrôle des actes juridiques et obligations contractés par les personnes âgées⁴³.

Dans cette affaire, il était question de M. Marchand, un homme âgé de 81 ans qui avait été exploité financièrement par une dame de 47 ans, M^{me} Vallée, dont il était amoureux. M^{me} Vallée travaillait comme serveuse à la résidence pour personnes âgées où habitait M. Marchand, en plus de faire de l’entretien ménager dans quelques appartements, notamment celui de M. Marchand. De 1998 à 2001, celui-ci avait versé à M^{me} Vallée des sommes d’argent, en plus de lui faire plusieurs cadeaux. En septembre 2001, il avait été déclaré inapte. À la suite de ces événements, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse avait déposé une demande introductive d’instance devant le Tribunal des droits de la personne. Ce dernier avait conclu que M^{me} Vallée avait exploité une personne âgée, violant ainsi l’article 48 de la *Charte*, et l’avait condamnée à payer à M. Marchand une indemnité de 36 599 \$ pour dommages matériels, de 20 000 \$ pour dommages moraux et de 10 000 \$ pour dommages punitifs. La décision a été portée en appel.

La Cour d’appel a confirmé l’interprétation du premier alinéa de l’article 48 de la *Charte*, faite par le Tribunal des droits de la personne. La Cour a salué cette interprétation qui, a-t-elle expliqué, permet

43. *Vallée c Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2005 QCCA 316 aux para 23–24, [2005] RJQ 961 (CA) [Vallée].

d'introduire une idée de moralité dans les relations avec une personne âgée et, ainsi, de tempérer les injustices qui pourraient en découler⁴⁴. Elle a toutefois refusé d'accorder des dommages-intérêts punitifs. Soulignons que le juge Hilton, qui était dissident en Cour d'appel, s'est dit d'accord avec les juges majoritaires relativement au fait que « le droit prévu à l'article 48 de la *Charte des droits et libertés de la personne* constitue effectivement un droit distinct de ceux conférés à une personne âgée ou handicapée par le *Code civil du Québec* »⁴⁵. Il a ajouté que la *Charte* est « un instrument de protection des intérêts vulnérables, et comme tel, devrait offrir une protection plus large que le *Code civil* à ces personnes »⁴⁶.

La jurisprudence a établi trois éléments qui caractérisent la notion « d'exploitation » au sens de la *Charte*, soit : 1) une mise à profit; 2) d'une position de force; 3) au détriment d'intérêts plus vulnérables⁴⁷. Pour ce qui est de l'âge de la personne « âgée », la jurisprudence n'a retenu aucun seuil d'âge objectif précis pour le définir⁴⁸. L'expression « personne âgée » réfère simplement à une « personne d'un âge plus avancé »⁴⁹, une personne « que l'âge a rendue[s] vulnérable[s] et qui peu[ven]t s'inscrire dans un rapport de dépendance, qu'elle soit physique, économique, affective ou psychologique, au même titre que toutes les exploitations interdites par la *Charte* »⁵⁰. Le tribunal doit ainsi étudier la situation globale de la personne, au cas par cas⁵¹.

Cette interprétation, confirmée par la Cour d'appel, est reprise par l'ensemble des tribunaux depuis. Dès lors qu'il est question d'une personne âgée exploitée, l'article 48 de la *Charte* peut être invoqué devant toute instance judiciaire. La Cour d'appel a d'ailleurs eu l'occasion de

44. *Ibid* aux para 36–38.

45. *Ibid* au para 69.

46. *Ibid*.

47. *Brzowski*, *supra* note 32; *Vallée*, *supra* note 43 au para 80.

48. *Brzowski*, *supra* note 32. Mentionnons que dans cette affaire, le Tribunal a conclu que tant les dommages moraux que punitifs réclamés étaient transmissibles aux héritiers de la personne décédée qui a subi une atteinte à l'un ou l'autre de ses droits protégés par la *Charte*.

49. *Brzowski*, *ibid*; *Vallée*, *supra* note 43 aux para 78–79.

50. *Commission des droits de la personne c Gagné*, [2003] RJQ 647 au para 90 (TDP), 2002 CanLII 6887 (QC TDP).

51. Le constat est similaire en France, où on observe que le rôle du juge dans la définition de la vulnérabilité est fondamental. Voir Muriel Rebourg et Elsa Burdin, « La vulnérabilité dans l'espace juridique : la situation des personnes du grand âge » dans Axelle Brodriez-Dolino et al, dir, *Vulnérabilités sanitaires et sociales*, Rennes, PUR, 2014, 65.

réitérer le caractère autonome de la protection de la personne âgée prévue par la *Charte*, notamment dans les décisions *Christiaenssens*⁵² et *Turcotte*⁵³.

Dans l'affaire *Christiaenssens*, la Cour d'appel a condamné M^{me} Rigault à payer la somme de 156 780 \$ à une dame âgée et vulnérable à qui elle avait conseillé d'investir ses économies dans un projet d'investissement « insensé » et « rocambolesque ». Le juge Chamberland a expliqué que puisque M^{me} Christiaenssens était une personne âgée et vulnérable, M^{me} Rigault aurait dû avoir à l'esprit la protection prévue par la *Charte* et ajuster sa conduite en fonction de cette réalité. Il a ajouté que « l'intensité de son obligation citoyenne de prudence et de diligence envers M^{me} Christiaenssens était accrue en raison de l'âge avancé de celle-ci »⁵⁴. De son côté, le juge Tessier s'est dit en accord avec les motifs et la conclusion formulés par son collègue le juge Chamberland. Soulignant que l'opération organisée par M^{me} Rigault était entourée de circonstances suspectes impliquant son ex-mari, il a conclu que la conduite de M^{me} Rigault avait créé une présomption de manœuvres fautives ou d'irrégularités qui « opère un déplacement du fardeau de preuve sur les épaules de M^{me} Rigault, à qui incombe dorénavant le fardeau d'établir de façon prépondérante la légitimité de cette opération », par analogie avec les règles de preuve en matière de testament rédigé dans des circonstances analogues⁵⁵. À la suite de ce déplacement du fardeau de la preuve, c'est M^{me} Rigault qui devait établir la légitimité de l'opération, ce qu'elle a échoué à faire. La Cour en est donc venue à la conclusion que M^{me} Rigault avait « manqué aux règles de conduite qui, suivant les circonstances et notamment l'âge avancé de M^{me} Christiaenssens, s'imposaient à elle » et que, par conséquent, elle était responsable du préjudice subi par M^{me} Christiaenssens⁵⁶.

Pour ce qui est de l'arrêt *Turcotte*, la Cour d'appel y a rappelé d'emblée que les « articles 48 et 49 de la *Charte* servent de fondement juridique à un recours pour faire cesser toute forme d'exploitation et compenser la victime pour le préjudice subi »⁵⁷. La Cour a cependant précisé qu'il existe des « relations intimes » entre l'article 48 de la *Charte*

52. *Christiaenssens c Rigault*, 2006 QCCA 853 au para 51, [2006] RRA 626 (CA) [*Christiaenssens*].

53. *Turcotte c Turcotte*, 2012 QCCA 645 au para 43, JE 2012-832 (CA) [*Turcotte*].

54. *Christiaenssens*, *supra* note 52 au para 52.

55. *Ibid* au para 103.

56. *Ibid* aux para 72 et 107.

57. *Turcotte*, *supra* note 53 au para 36.

et les dispositions du *Code civil*⁵⁸. Entre autres, elle a mentionné que la capacité ou l'aptitude de la personne âgée demeure un « indice précieux » à considérer au moment d'évaluer s'il y a eu exploitation au sens de l'article 48 de la *Charte*⁵⁹. Dans cette affaire, l'âge avancé de Joseph Turcotte (72 ans) était invoqué par certains de ses enfants pour contester la validité de donations qu'il avait consenties à l'un de ses fils et à la conjointe de ce dernier. Les autres enfants, contrariés par ces donations qui, selon eux, résultaient de l'exploitation du donateur par les donataires, avaient saisi la Cour supérieure en vue de réclamer une somme de 131 600 \$. La requête a été rejetée tant par la Cour supérieure que par la Cour d'appel.

Bien qu'elle ait jugé que les enfants de M. Turcotte pouvaient exercer le recours prévu par la *Charte* à titre d'héritiers⁶⁰, la Cour d'appel a conclu qu'il n'y avait ni disproportion ni déséquilibre entre les prestations permettant de conclure à l'exploitation d'une personne âgée⁶¹. Selon la Cour, il n'existait aucune preuve de manœuvres douteuses ou oppressives exercées par les donataires dans le but d'exploiter feu Joseph Turcotte et il n'y avait pas davantage de preuve d'une influence indue. Afin de dissiper toute ambiguïté, la Cour a ajouté que même si toute personne âgée a droit d'être protégée contre toute forme d'exploitation, elle conserve le droit d'aliéner ses biens à sa convenance, notamment lorsqu'approche la fin de sa vie⁶². La Cour d'appel a également souligné que l'article 48 de la *Charte* a été « conçu dans une perspective de protection de la personne âgée, mais non dans celle d'une perte de droits »⁶³ et a expliqué que l'application de l'article 48 de la *Charte* n'entraîne pas la perte du droit de donner, mais plutôt une « limite à ce droit, et ce, en fonction des circonstances de chaque affaire »⁶⁴. Nous ajoutons que toute personne majeure est présumée capable et apte à consentir. Par conséquent, celle-ci demeure libre de disposer de ses biens comme elle le souhaite, quel que soit son âge.

58. *Ibid* au para 43.

59. *Ibid*.

60. *Ibid* aux para 37–38.

61. *Ibid* aux para 46–47.

62. *Ibid* au para 47.

63. *Ibid*.

64. *Ibid* au para 48.

L'objectif premier de l'article 48 de la *Charte* ne consiste ni à priver la personne âgée de sa liberté ni même à punir l'exploiteur⁶⁵. La raison d'être de cette disposition législative est de protéger la personne âgée vulnérable, qui est victime d'exploitation, et de déclarer que toute personne âgée a droit à la protection et à la sécurité que doivent lui apporter sa famille ou les personnes qui en tiennent lieu⁶⁶. Est-il besoin de rappeler que l'autonomie de la volonté est un principe cardinal du droit québécois? Considérant que les dynamiques familiales sont variées et que chacun a ses propres motivations pour disposer de ses biens d'une façon plutôt que d'une autre, les tribunaux doivent se garder d'intervenir, à moins d'une contravention à la loi. Il existe certes des restrictions à la liberté de disposer de ses biens, mais elles sont expressément explicitées dans la loi. Dans le cas de l'article 48 de la *Charte*, la preuve de l'exploitation est impérative.

II. OÙ L'ON VA

Ce retour sur le passé de la *Charte* nous invite à revenir sur certains éléments en lien avec le passé du *Code civil* ou, plus exactement, à rappeler quelques notions de droit civil (A). Nous appliquerons ensuite ces principes à travers le prisme d'une étude décloisonnée de différents mécanismes de protection prévus par le *Code civil* en matière de nullité contractuelle (B). Nous verrons que l'article 48 de la *Charte*

65. La Cour d'appel a expliqué que :

[54] L'exploitation d'une personne vulnérable peut résulter de comportements divers. Elle peut emprunter des formes subtiles, y compris les réticences, les omissions et les silences. Ici, elle découle notamment du fait que M^{me} Vallée a « cultivé » l'état de dépendance de M. Marchand au point où ce dernier s'est littéralement dépouillé pour la retenir, alors que celle-ci n'a jamais sérieusement partagé les projets d'avenir que caressait M. Marchand » [nos soulignements] : *Vallée*, *supra* note 43 au para 54.

Voir également *Payette*, *supra* note 41 au para 165, où le Tribunal précise que « l'exploitation prévue à l'article 48 de la *Charte* s'applique à toute personne et ne requiert pas que cette personne reçoive un bénéfice direct de l'exploitation. Il faut seulement que l'acte soit accompli au détriment de la personne âgée ». Bien entendu, l'exploiteur peut aussi être puni grâce à l'application combinée des articles 48 et 49 de la *Charte*, en vertu desquels il pourra être condamné à verser des dommages-intérêts punitifs. *Ampleman c Lachance*, 2013 QCCQ 3137; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Courchesne*, 2013 QCTDP 24; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Fiset*, [1998] RJQ 305, 1998 CanLII 31 (QC TDP) [Fiset]; *MC c Service d'aide à domicile Bélanger inc*, 2011 QCCS 4471; *Québec (Sous-ministre du Revenu) c TM*, 2009 QCCS 861.

66. Comme nous l'avons expliqué précédemment, la preuve d'une forme « d'exploitation » est impérative pour appliquer le premier alinéa de l'article 48 de la *Charte*. *Vallée*, *supra* note 43 au para 46.

peut combler certaines brèches dans le *Code civil*, contribuant ainsi à l'harmonie entre la *Charte* et le *Code civil*.

A. Grandir dans un environnement sain ou quelques notions de droit civil et d'harmonie

L'affaire *Vallée* est assurément celle qui a déclenché les passions à propos de l'article 48 de la *Charte* et l'a mis à l'avant-plan de l'actualité. Deux positions s'opposent en doctrine. La vision « civiliste », principalement soutenue par les professeurs Gardner et Goubau, et la vision « fondamentaliste » ou « chartiste », appuyée par les professeurs de droits et libertés de la personne. Nous pouvons résumer ainsi les positions des deux groupes. Selon notre lecture, les professeurs de droits et libertés semblent disposés à mettre de côté le *Code civil* et à régler tous les conflits potentiels impliquant des personnes âgées en utilisant l'article 48 de la *Charte*, en raison de la primauté de celle-ci. À cet égard, le professeur Bernatchez déplore la « soumission, encore observable aujourd'hui, des droits de la personne au droit civil »⁶⁷. Il explique qu'étant donné le statut quasi constitutionnel de la *Charte*, celle-ci « devrait marquer une dérogation, voire une rupture importante par rapport à diverses règles du droit commun »⁶⁸. Selon cette vision, les tribunaux possèdent de vastes pouvoirs lorsqu'ils appliquent l'article 48 de la *Charte*⁶⁹.

De leur côté, les civilistes voient davantage la *Charte*, et surtout ses articles 39 à 48, comme un exposé de grands principes non normatifs, comme un idéal à atteindre, comme de grandes valeurs que le *Code civil* met en œuvre à travers ses dispositions. Relativement à l'arrêt *Vallée*, les professeurs Gardner et Goubau expliquent que :

la Cour mélange capacité, vice du consentement, droit garanti par la *Charte* et octroi de dommages-intérêts dans un raisonnement qui contribue à diminuer la portée de la Constitution de droit privé qu'est censé représenter le *Code civil* [nos soulignements]⁷⁰.

67. Bernatchez, *supra* note 3 à la p 207.

68. *Ibid* à la p 208. Il traite également de la « propension tentaculaire de l'approche civiliste », qu'il voit comme « une menace potentielle à l'originalité de la *Charte* québécoise ».

69. *Ibid*; Gaudreault-Desbiens, *supra* note 3; Samson, *Les interactions de la Charte*, *supra* note 3; Samson, « L'interprétation harmonieuse de la *Charte* », *supra* note 3 aux pp 196 et s.

70. Ils rappellent également que :

la *Charte des droits et libertés de la personne* devait à l'origine constituer le titre préliminaire du futur *Code civil* du Québec (une « déclaration des droits civils »), et que l'interprétation

Ils craignent que l'article 48 de la *Charte* soit « vu comme un blanc-seing permettant de gommer des sections entières du Code civil consacrées au droit des obligations et au droit des personnes »⁷¹. Selon leur compréhension de l'arrêt *Vallée*, il aurait été possible de venir en aide à M. Marchand en utilisant les règles du *Code civil*⁷². Comme on l'a vu précédemment, les tribunaux n'ont cependant pas suivi l'argumentaire des professeurs Gardner et Goubau et ont continué à utiliser l'article 48 de la *Charte* à titre de droit substantif et autonome.

Si on revient à l'affaire *Vallée*, la Cour d'appel aurait probablement pu trancher le litige en utilisant uniquement le *Code civil*. Au-delà de cette question, sur le plan symbolique, le paragraphe suivant peut être déstabilisant pour un civiliste :

l'article 48 de la *Charte* constitue une disposition de droit substantiel qui confère à la personne âgée le droit strict d'être protégée contre toute forme d'exploitation. Il englobe donc tant les droits énoncés au *Code civil* que ceux qui n'y sont pas prévus, dans la mesure où une personne âgée est victime d'exploitation⁷³.

Si la juge Thibault va dans le sens de la jurisprudence du Tribunal des droits de la personne en affirmant le caractère substantif de l'article 48, elle ne cite cependant aucune source, aucun jugement, aucune autorité supérieure. Elle ne fait aucune référence au droit français ou romain ni à la common law. Le civiliste ne peut qu'être désorienté. Sur le plan théorique et traditionnel⁷⁴, un code doit prévoir d'une façon

« en harmonie » des deux textes prend alors tout son sens. C'est seulement à cette condition qu'il est possible de comprendre la Disposition préliminaire du *Code civil*, qui parle d'harmonie et non de primauté d'un texte sur l'autre. Gardner et Goubau, *supra* note 3 à la p 973.

71. *Ibid.*

72. *Ibid* aux pp 971–73. Voir également Sabourin, *supra* note 3. Pour une autre vision, voir Adrian Popovici, « De l'impact de la *Charte des droits et libertés de la personne* sur le droit de la responsabilité civile : un mariage raté? » dans Conférence Meredith, *La pertinence renouvelée du droit des obligations : retour aux sources*, présentée à la Faculté de droit de l'Université McGill, 12 mars 1999, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1999, 49.

73. *Vallée*, *supra* note 43 au para 23.

74. Nous sommes pleinement conscients que la dynamique de la codification et du droit civil a évolué. Nous présentons les caractéristiques traditionnelles pour illustrer l'éloignement conceptuel entre les civilistes et les fondamentalistes et pour montrer à quel point le civiliste traditionnel peut être désorienté à la lecture de la jurisprudence relative à l'article 48 de la *Charte*.

rationnelle et structurée les règles à l'égard d'un sujet donné⁷⁵. Ce corps complet de règles crée alors une sécurité juridique⁷⁶. Un code civil doit être encore plus achevé qu'un simple code sectoriel puisqu'il constitue le droit commun et le fondement de tout système juridique de droit civil.

Rappelons qu'il existe traditionnellement trois grandes caractéristiques propres à tout code civil : la généralité, l'unité et la permanence⁷⁷. Le principe de la généralité décrit l'aspect « droit commun » propre à tout code civil⁷⁸. Un code civil constitue le droit commun, qu'il faut interpréter de façon large et libérale, en ayant en tête qu'il est censé couvrir toutes les situations imaginables, en tout ou en partie⁷⁹. Les analogies sont possibles et même souhaitables⁸⁰. De son côté, le principe de l'unité décrit l'aspect « complétude » de tout code civil⁸¹. Un code est complet en lui-même et forme un tout⁸². Le code doit être lu dans son ensemble, car il crée un corps complet dont il n'est pas souhaitable de sortir⁸³. Le code doit tout prévoir, ce qui nous ramène encore une fois au principe de l'interprétation large et libérale, si chère au droit civil. Enfin, le principe de la permanence décrit l'aspect « intemporel » d'un code civil et sa relative stabilité⁸⁴. Un code civil doit, par définition, être en vigueur longtemps⁸⁵. Son interprétation doit être évolutive, ce qui nous ramène encore à l'interprétation large et libérale.

75. Voir notamment Rémy Cabrillac, *Les codifications*, Paris, Dalloz, 2002; Jean-Louis Bergel, « Spécificité des codes et autonomie de leur interprétation » dans *Le nouveau Code civil : interprétation et application – Journées Maximilien Caron 1992*, Montréal, Thémis, 1993, 3; Paul-André Crépeau, « Une certaine conception de la recodification » dans Serge Lortie, Nicholas Kasirer et Jean-Guy Belley, dir, *Du Code civil du Québec : contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Thémis, 2005, 23 à la p 40; Sylvio Normand, « Le Code civil et l'identité » dans Lortie, Kasirer et Belley, *ibid*, 619 aux pp 622–23 et 638. Voir également le numéro 46 de la revue *Les Cahiers de droit*, publié en 2005 et consacré au thème « Codes et codification ».

76. Marie-Josée Longtin, « Le style civiliste et la loi » dans Nicholas Kasirer, dir, *Le droit civil, avant tout un style?*, Montréal, Thémis, 2003, 163 à la p 198.

77. John EC Brierley, *Quebec Civil Law. An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery, 1993 à la p 99; Marie-Josée Longtin, « La réforme du Code civil : la gestion d'un projet » dans Lortie, Kasirer et Belley, *supra* note 75, 163 aux pp 177–78.

78. *Ibid* à la p 188.

79. Brierley, *supra* note 77 aux pp 99–106.

80. *Ibid* aux pp 140–41 et 146.

81. *Ibid* aux pp 99–101 et 106.

82. *Ibid* à la p 102; Crépeau, *supra* note 75 à la p 40.

83. Brierley, *supra* note 77 à la p 138.

84. *Ibid* à la p 99.

85. Pierre J Dalfond, « Le style civiliste et le juge : le juge québécois ne serait-il pas le prototype du juge civiliste de l'avenir? » dans Kasirer, *supra* note 76, 81 à la p 87.

Ainsi, pour un civiliste traditionnel, la *Charte* est davantage perçue comme une loi particulière qui déroge au droit commun que comme une loi fondamentale qui doit, en harmonie avec le *Code civil*, régir les rapports entre les individus. De leur côté, les fondamentalistes prônent la supériorité de la *Charte*, voire presque l'élimination du *Code civil* dans certains cas. À notre avis, il est possible d'adopter une position mitoyenne respectueuse des deux instruments législatifs que constituent le *Code civil* et la *Charte*, une vision qui respecte davantage le libellé de la disposition préliminaire du *Code civil* et l'harmonie. Dans un texte portant sur l'exécution forcée des contrats, un domaine où le *Code civil* et la *Charte* s'harmonisent difficilement en doctrine et en pratique, l'un des coauteurs du présent texte a formulé sa vision de l'harmonie :

À vrai dire, la Cour oppose plutôt, à tort selon nous, le droit commun à la *Charte*. Selon la Cour, le droit commun et l'arrêt *Dupré Quaries* ne s'appliquent pas en présence d'un recours fondé sur la *Charte*, ce qui voudrait dire *a contrario* que la décision s'appliquerait toujours en droit commun. À notre avis, il faut plutôt voir l'adoption de ces dispositions spéciales qui permettent l'exécution forcée comme une évolution de la société et par ricochet du droit civil lui-même, bien que ces règles soient prévues dans des législations particulières. D'ailleurs, la *Charte des droits et libertés de la personne* devait à l'origine être le titre préliminaire du *Code civil du Québec*. La *Charte* est en grande partie l'œuvre de l'Office de révision du Code civil. À notre avis, le droit du travail et la *Charte* témoignent d'une évolution de la société en matière de protection des droits et libertés et des travailleurs, évolution qu'il ne faut pas opposer au droit civil, mais qui doit plutôt l'influencer et même y être incorporée. L'article 1601 CcQ doit être interprété à la lumière de ces développements législatifs⁸⁶.

Il en va de même pour l'article 48 de la *Charte*. Selon nous, il s'agit d'une règle de droit civil, une règle qui régit les rapports entre les personnes, la solution la moins injuste, l'état des mœurs de la société québécoise, même si elle ne se trouve pas dans le *Code civil*, mais bien dans une loi particulière, de surcroît fondamentale. Dans l'affaire *Vallée*, la juge Thibault y va d'un énoncé qui rejoint le nôtre :

86. Frédéric Levesque, « La libération progressive de l'octroi de l'exécution forcée en nature (à propos de l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *Joli-Cœur c Joli-Cœur Lacasse* de 2011) » (2013) 47 RJT 407 aux pp 418-19.

En ce sens, l'article 48 de la *Charte* ajoute aux dispositions du *Code civil du Québec* une dimension supplémentaire : d'une part, elle étend la protection aux personnes âgées victimes d'exploitation sans égard à la validité de leur consentement ou à l'existence d'un régime de protection et d'autre part, elle vise toute forme d'exploitation et ne se limite pas au seul contrôle des actes juridiques et obligations contractées par les personnes âgées⁸⁷.

Comme le *Code civil* ne peut réalistement, à lui seul, tout régler et tout prévoir, sa disposition préliminaire invite à référer aux principes généraux du droit et à la *Charte*⁸⁸. En ce sens, l'article 48 de la *Charte* constitue également une règle d'interprétation qui permet d'élargir la portée de certaines dispositions du *Code civil*. Plusieurs décisions ont utilisé l'article 48 en ce sens⁸⁹.

A priori, un civiliste peut légitimement craindre que la reconnaissance de l'article 48 de la *Charte* à titre de droit substantif entraîne une multitude d'annulations d'actes juridiques autrement légaux⁹⁰. Dans les faits, on observe au contraire que les tribunaux font preuve de prudence et de vigilance lorsqu'il est question de l'article 48 de la *Charte*⁹¹. Signalons d'ailleurs que des craintes semblables avaient été formulées lors de l'introduction de la lésion⁹² comme sanction de droit commun en matière de protection du consommateur, et qu'elles ont

87. Vallée, *supra* note 43 au para 24.

88. Jean Pineau, « La réforme d'un Code civil » dans Lortie, Kasirer et Belley, *supra* note 75, 233 à la p 255. Brierley explique que les autres lois peuvent être considérées comme des « *vehicles of interpretation* » du *Code civil* : Brierley, *supra* note 77 à la p 135.

89. Pour des exemples, voir *Gubner c Dahan*, [2006] RJQ 903 (CQ), 2005 CanLII 48946 (QC CQ); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Venne*, 2010 QCTDP 9; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Poirier*, 2008 QCTDP 27, AZ-50516122.

90. Voir en ce sens Gardner et Goubau, *supra* note 3.

91. Voir notamment *Caron c 9037-4679 Québec Inc*, 2010 QCCS 2205; *Juteau c Lepage*, 2009 QCCS 4575; *Périllat c Laroche*, 2012 QCCS 3201; *Construction Réa Canada Inc c D'Hovan*, 2008 QCCQ 7826; *Daher c Miudo*, 2013 QCCQ 11057.

92. Rappelons que lors de la réforme du *Code civil*, tant le Barreau que la Chambre des notaires s'étaient opposés au principe de la sanction de la lésion, craignant « l'infantilisation juridique ». L'expression a été utilisée par le Barreau. Voir Québec, Assemblée nationale, Sous-commission des institutions, « Consultation générale sur l'Avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations », *Journal des débats : commissions parlementaires*, 25 octobre au 8 novembre 1988 aux pp SCI-257 et s, et Chambre des notaires du Québec, *Mémoire portant sur « L'avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations »*, Montréal, octobre 1988 à la p 22, dont les propos sont rapportés par Élise Charpentier, « Les fondements théoriques de la transformation du rôle de l'équilibre des prestations contractuelles » (2004) 45 C de D 69 aux pp 88-90.

été réfutées⁹³. En effet, tout consommateur peut soulever que le produit acheté était beaucoup trop cher (prestations disproportionnées) ou encore que sa situation financière ne lui permettait pas de faire un tel achat (obligation excessive, abusive ou exorbitante). Mis à part une décision de principe de la Cour d'appel qui concernait un homme — M. Carbonneau, pour les initiés —, qui ne possédait pas de chalet ni d'accès à un lac et qui avait acheté un bateau de plaisance de luxe⁹⁴, peu de contrats ont été annulés en vertu de ce « droit civil spécial » inséré dans une loi particulière destinée à protéger des personnes vulnérables. Dans ce cas, le *Code civil* seul ne pouvait pas venir en aide à l'acheteur du bateau. L'adoption de ces dispositions spéciales n'a pas bouleversé la sécurité juridique pour autant.

Qui plus est, parmi les décisions qui ont appliqué l'article 48 de la *Charte* pour venir en aide à une personne âgée, peu l'ont utilisé dans une dynamique contractuelle traditionnelle, soit pour annuler un contrat ou un autre acte juridique en bonne et due forme⁹⁵. La majorité des décisions ont plutôt utilisé l'article 48 dans une dynamique de responsabilité civile (contractuelle ou extracontractuelle), le plus souvent en corrélation avec l'article 49 de la *Charte*. Les juges ont reconnu la présence d'exploitation et ont condamné l'exploiteur à verser des dommages-intérêts à la victime. Les juges ont agi de cette manière dans quelques cas devenus des classiques, comme l'affaire *Brzowski*⁹⁶. Le dispositif du jugement ne contient aucune conclusion qui annule un contrat, mais octroie plutôt des dommages, dans la pure tradition d'un recours en responsabilité civile. Il en est de même dans l'affaire *Vallée*⁹⁷. Dans l'affaire *Christiaenssens*, le juge réfère à peu de chose près au critère du « bon père de famille »⁹⁸. Parmi les décisions phares mentionnées précédemment, seule l'affaire *Turcotte* appréhende véritablement le litige dans une dynamique de nullité contractuelle. En

93. Voir Nicole L'Heureux et Marc Lacoursière, *Droit de la consommation*, 6^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011 aux pp 64–72; Maurice Tancelin et Daniel Gardner avec la collaboration de Frédéric Levesque, *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 11^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2013 à la p 114.

94. *Gareau Auto c Banque canadienne impériale de commerce*, [1989] RJQ 1091 (CA) aux pp 1095–98, 1989 CanLII 594 (QC CA).

95. Voir *Commission des droits de la personne c Bradette Gauthier*, 2010 QCTDP 10 au para 129 (annulation d'un testament) [*Bradette Gauthier*]. Voir aussi *Deschênes c Limoges*, 2013 QCCQ 6429 au para 131 (modifications des conditions de vente d'une maison).

96. *Brzowski*, *supra* note 32.

97. *Vallée*, *supra* note 43.

98. *Christiaenssens*, *supra* note 52 au para 52.

première instance, le juge Jean Bouchard, maintenant à la Cour d'appel, pose bien le problème :

Les demandeurs requièrent du Tribunal qu'il ordonne aux défendeurs de leur remettre la somme de 131 600 \$, laquelle représente les dons faits à ces derniers par feu Joseph Turcotte dans les mois précédant son décès. On aura compris que la principale question que le Tribunal doit trancher est de déterminer si ces dons sont l'expression de la volonté libre et éclairée de Joseph Turcotte, ce que les demandeurs contestent⁹⁹.

On observe ici que les trois recours contre les exploiters ont été accueillis sur la base de l'article 48 de la *Charte* — *Brzowski, Vallée et Christiaenssens* —, mais que la Cour d'appel a rejeté la demande d'annulation des donations fondée sur l'article 48 dans l'affaire *Turcotte*.

Cette façon de juger dans une dynamique de responsabilité civile est conforme à l'arrêt classique en la matière, l'affaire *Béliveau St-Jacques*, rendu par la Cour suprême en 1996¹⁰⁰. La disposition préliminaire du *Code civil du Québec* énonce que celui-ci et la *Charte* régissent *en harmonie* le droit privé québécois. Le fait de violer l'un des droits garantis par la *Charte* constitue ou aide à établir la faute en vertu de l'article 1457 CcQ. Bien que dans la *Charte*, le législateur énonce et précise les droits qu'il considère comme les plus fondamentaux de notre société, celle-ci ne constitue pas le droit commun. Pour le juge Gonthier, dont les propos représentent encore l'état du droit positif, la *Charte* tire son origine du *Code civil du Bas Canada* et de l'article 1053 CcBC (maintenant remplacé par le *Code civil du Québec* et l'article 1457 CcQ) et elle ne crée pas un système parallèle d'indemnisation¹⁰¹. Pour obtenir une indemnisation en vertu de l'article 49 de la *Charte*, le comportement du défendeur doit respecter les critères de

99. *Turcotte*, *supra* note 53 au para 1.

100. *Béliveau St-Jacques*, *supra* note 36 aux para 118–28. Voir également *de Montigny c Brossard (Succession)*, [2010] CSC 51 au para 44, [2010] 3 RCS 64 [Brossard].

101. *Béliveau St-Jacques*, *supra* note 36 aux para 118–19:

[L]’art 1053 CcBC, avant l’avènement de la *Charte*, pouvait fonder la responsabilité pour violation de droits fondamentaux aujourd’hui protégés. Notre Cour en a plusieurs fois fait application, par exemple quant à la liberté de conscience et de religion (*Chaput c Romain*, [1955] RCS 834). En ce sens, l’art 1053 a même déjà été qualifié de véritable charte des droits (M Caron, « Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne? » (1978) 56 R du B can 197 à la p 199; voir également L Perret, « De l’impact de la *Charte des droits et libertés de la personne* sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec » (1981) 12 RGD 121). [...]. La *Charte* a malgré tout grandement contribué à préciser la portée des libertés fondamentales reconnues en droit québécois.

l'article 1457 CcQ. Il doit être jugé fautif, au sens civiliste du terme. À notre avis, il ne fait aucun doute qu'une personne ayant exploité une personne âgée commet immanquablement une faute civile. Une personne raisonnable, prudente et diligente, qui se soucie d'autrui, le « bon père de famille » du *Code civil du Bas Canada*, n'exploite pas une personne âgée.

La présence de l'article 48 dans la *Charte* permet également à la victime d'exploitation de demander des dommages-intérêts punitifs. En présence d'une atteinte illicite et intentionnelle, l'article 49, al 2 de la *Charte* permet l'octroi de tels dommages¹⁰². Il convient de rappeler que l'objectif des dommages punitifs va à l'encontre des fondements du droit civil et de la distinction entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale. Les dommages punitifs cherchent à punir une personne qui a adopté un mauvais comportement. Ils ont également pour but de dissuader quiconque d'adopter un comportement semblable. Le droit civil vise surtout à rétablir l'équilibre rompu, à remettre la victime dans l'état dans lequel elle se serait trouvée, n'eût été l'intervention extérieure. L'article 1621, al 1 CcQ est clair : des dommages punitifs ne peuvent être octroyés que si la loi en prévoit l'attribution. Il ne s'agit pas d'une sanction de droit commun, mais bien d'une mesure exceptionnelle et extraordinaire. Il faut toujours recenser une source législative, un texte de loi qui permet l'octroi de dommages punitifs, tel l'article 49 de la *Charte*.

La faute intentionnelle, nécessaire pour obtenir des dommages punitifs en vertu de la *Charte*, est en principe difficile à prouver, même si la Cour suprême a adouci le critère dans un *obiter dictum*¹⁰³. En présence d'un désir, d'une volonté de causer les conséquences de sa conduite fautive, d'une intention claire de causer un préjudice, la faute sera intentionnelle. Elle le sera aussi lorsqu'une personne agit en toute connaissance des conséquences, immédiates et naturelles, ou au moins extrêmement probables que sa conduite engendrera. Dans le célèbre arrêt *St-Ferdinand*, une grève illégale dans un hôpital avait privé de soins des personnes handicapées mentalement. Selon la juge L'Heureux-Dubé, il s'agissait d'une atteinte « voulue » à la dignité des

102. L'octroi est possible même si la personne aînée ne souffre d'aucun préjudice du fait de l'exploitation : *Brossard*, *supra* note 100 aux para 38–46.

103. *Québec (Curateur public) c Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 RCS 211 au para 121, 1996 CanLII 172 (CSC).

patients¹⁰⁴. Ce passage soulève la question suivante : les personnes qui exploitent des personnes âgées veulent-elles intentionnellement leur faire du mal ou veulent-elles plutôt « simplement » s'enrichir à leurs dépens ? Depuis quelques années, la Cour d'appel semble vouloir empêcher une « américanisation » du système judiciaire québécois en matière de dommages. Elle diminue régulièrement les indemnités octroyées en première instance pour des dommages compensatoires et punitifs¹⁰⁵. Les cas publicisés sont généralement peu représentatifs de la réalité et en pratique, les condamnations à des dommages punitifs importants demeurent rares. Rappelons ici les commentaires de la juge Thibault dans l'affaire *Vallée* : « À mon avis, la preuve ne justifiait pas l'octroi de dommages punitifs, compte tenu de la situation patrimoniale de M^{me} Vallée et de l'étendue de la réparation à laquelle celle-ci est tenue »¹⁰⁶.

Ainsi, l'article 48 de la *Charte* a une portée somme toute assez modeste en matière de nullité contractuelle. Néanmoins, dans certaines hypothèses, la disposition permet de combler un vide.

B. La nature a horreur du vide : les lacunes du *Code civil* en matière de nullité contractuelle

Qu'il soit étudié isolément ou qu'il soit comparé au droit français ou canadien-anglais (common law), le *Code civil* a une approche classique et traditionnelle en matière de nullité contractuelle en présence d'un comportement répréhensible. Nous croyons que le *Code civil* a besoin d'être complété ou réinterprété dans ce domaine. L'article 48 de la *Charte* semble être prédestiné à épouser cette cause.

Le *Code civil du Québec* prévoit plusieurs règles qui permettent d'obtenir la nullité d'un contrat pour protéger des personnes vulnérables qui y sont parties. Dans le cadre de ce texte portant sur l'exploitation des aînés, nous restreindrons notre étude à deux de ces mécanismes, soit la capacité (1) et le consentement (2). Après avoir

104. *Ibid* au para 124.

105. Pour un bon exemple de jugement sur cette question, rendu par le juge Dalphond, voir l'un des dossiers impliquant l'animateur de radio Jeff Fillion : *Genex Communications inc c Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2009 QCCA 2201 aux para 85–105, [2009] RJQ 2743 (CA). Après avoir établi le caractère extraordinaire des dommages punitifs, le juge Dalphond prend chacun des critères de l'article 1621 CcQ pour en déterminer le quantum, qu'il diminue à 60 000 \$.

106. *Vallée*, *supra* note 43 aux para 66–67.

rappelé leurs caractéristiques essentielles, nous exposerons leurs lacunes et tenterons de dégager comment l'article 48 de la *Charte* peut faire évoluer le droit.

1. *Retomber en enfance ou les règles en matière de capacité*

L'article 1385 CcQ prévoit que le « contrat se forme par le seul échange de consentement entre des personnes capables de contracter ». La capacité est la règle, l'incapacité, l'exception¹⁰⁷. Lorsqu'une personne est incapable, un tiers est nommé pour la protéger et pour agir à sa place. Le but du régime des incapacités est de protéger des personnes vulnérables. La capacité contractuelle peut être définie comme l'aptitude juridique requise de chaque partie à un contrat. Pour une personne physique, cette capacité s'apprécie par rapport à son âge (mineur) ou à son aptitude psychologique à comprendre ce qu'elle fait.

Il n'est pas nécessaire qu'un régime de protection soit ouvert à l'égard d'une personne pour qu'elle soit déclarée incapable de contracter. Il existe des *incapables de fait*. Certains devraient bénéficier d'un régime de protection, mais cette catégorie vise davantage les personnes souffrant d'une aberration temporaire ou légère. Il y a lieu de reproduire l'extrait pertinent de l'article 986 CcBC sur le sujet :

Sont incapables de contracter : [...] []es personnes aliénées ou souffrant d'une aberration temporaire causée par maladie, accident, ivresse ou autre cause, ou qui, à raison de la faiblesse de leur esprit, sont incapables de donner un consentement valable.

La règle sur les incapables de fait est maintenant prévue à l'article 1398 CcQ : « Le consentement doit être donné par une personne qui, au temps où elle le manifeste, de façon expresse ou tacite, est apte à s'obliger » [nos soulignements]. Le temps où se manifeste le consentement, c'est celui de la conclusion du contrat.

Dans l'arrêt *Thibodeau*¹⁰⁸, une décision classique rendue à une époque où le vocabulaire était différent, la Cour suprême a eu l'occasion de poser les jalons de l'application de cette catégorie d'*incapables*

107. Arts 4 et 154 CcQ.

108. *Thibodeau v Thibodeau*, [1961] SCR 285 aux pp 288–90, 1960 CanLII 90 (SCC). Voir Benoît Moore, « Considérations terminologiques sur les notions d'aptitude et de capacité » dans Louise Langevin et Christelle Landheer-Cieslak, dir, *La personne humaine, entre autonomie et vulnérabilité. Mélanges en l'honneur d'Édith Deleury*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2015, 389 aux pp 396–97.

de fait. Le juge Taschereau énonce que pour trouver application, la règle n'exige pas que le demandeur soit « frappé d'insanité totale » ou « qu'il soit détenu dans un asile d'aliénés ». Dans cet arrêt, la Cour conclut que M. Thibodeau « était sûrement un malade mental », mais il « n'était pas un parfait aliéné ». Le juge Taschereau résume ainsi l'état d'esprit nécessaire pour faire annuler un contrat : « si en un mot il ne possède pas le pouvoir de contrôler son esprit, son acte sera nul faute de consentement valide ». L'incapacité n'a pas à être totale et permanente. Le problème soulevé par cette catégorie d'incapables en est un de *preuve*. Il faut démontrer que la personne était inapte à consentir au moment de la conclusion du contrat. À l'inverse, l'article 48 de la *Charte* n'exige pas une telle preuve d'inaptitude concomitante à la conclusion du contrat. La personne âgée peut être parfaitement consciente de ce qu'elle fait, mais avoir l'impression de ne pas avoir le choix de le faire¹⁰⁹. Ce n'est pas ce que vise l'article 1398 CcQ. Le fardeau de preuve est lourd et il incombe à la partie qui invoque cette incapacité de fait, c'est-à-dire la personne âgée ou encore ses héritiers (voir l'article 2803 CcQ)¹¹⁰. L'incapacité de fait de l'article 1398 CcQ demeure d'ailleurs peu utilisée par les tribunaux pour annuler un contrat¹¹¹.

Le *Code civil* prévoit toutefois un système de protection plus structuré pour la personne qui ne possède pas la capacité juridique de contracter. Les mineurs sont automatiquement protégés en raison de leur âge¹¹². Mis à part l'incapacité de fait, une personne majeure ne

109. Dans *Fiset*, *supra* note 65 au para 28, il est expliqué que M^{me} Hamel admet que « sous les pressions de monsieur Fiset et de sa conjointe, elle a signé un certain nombre de documents pour "avoir la paix", pour "ne pas les contrarier", pour "éviter d'être abandonnée" et pour l'empêcher d'être obligée "de rester seule" sans aide ».

110. La présentation d'une preuve *prima facie* d'incapacité permet de renverser le fardeau de la preuve. Dans une illustration classique, une dame de 97 ans a fait don d'une somme de 200 000 \$ à deux personnes. Le liquidateur de la succession présente une preuve *prima facie* d'incapacité. L'âge ne crée pas en soi une présomption d'incapacité ni une preuve *prima facie*. Par contre, un âge vénérable cumulé à un autre motif sera souvent suffisant. Les bénéficiaires de la donation ont réussi à démontrer que la dame, bien que diminuée, était lucide au moment des transactions : *Dupaul c Beaulieu*, [2000] RJQ 1186 (CS) aux pp 1193–95. Pour d'autres exemples en matière de libéralités, voir *Bertrand c Opération Enfant Soleil*, [2004] RJQ 1089 (CA), 2004 CanLII 20540 (QC CA); Christine Morin, « Libéralités et personnes âgées : entre autonomie et protection » (2013) 59:1 RD McGill 141.

111. Pour une rare illustration de contrat annulé, voir *Therrien c. Grenier*, 2013 QCCS 2740 aux para 33–38 et 87–100, où le vendeur d'un immeuble souffrait de troubles cognitifs, de démence mixte et d'alcoolisme. Pour un cas classique de refus, voir *DB c IM*, 2013 QCCQ 12451 au para 69 : « elle ne peut d'un côté affirmer qu'elle ne se rappelle plus de rien en raison des médicaments qu'elle prenait et, de l'autre, invoquer avec une lucidité retrouvée, le contexte de crainte et de menaces l'ayant amenée à se rendre chez Stein Monast pour signer le billet ».

112. Art 153 CcQ.

bénéficie normalement d'une protection juridique particulière que si un régime de protection a été ouvert à son égard ou que son mandat de protection en prévision d'incapacité a été homologué¹¹³. Le *Code civil* prévoit ainsi des normes particulières en fonction de seuils d'âge objectifs déterminés, mais uniquement pour protéger la *jeunesse*¹¹⁴. Ce n'est toutefois pas le cas lorsqu'il est question de la *vieillesse*. La personne âgée doit se rabattre sur les régimes de protection.

Le *Code civil* permet que soit nommé un représentant légal au majeur « inapte à prendre soin de lui-même ou à administrer ses biens, par suite, notamment, d'une maladie, d'une déficience ou d'un affaiblissement dû à l'âge qui altère ses facultés mentales ou son aptitude physique à exprimer sa volonté » [nos soulignements]¹¹⁵. L'âge avancé constitue donc un des éléments qui peuvent conduire à l'ouverture d'un régime de représentation et à la mise en place de certaines mesures protectrices de la personne âgée, mais l'âge *en soi* n'est pas la cause de l'incapacité¹¹⁶. L'incapacité est prévue comme une mesure de protection, pour éviter que ces personnes ne soient *exploitées* par des gens sans scrupule. Elles ne font toutefois pas l'objet d'une interdiction totale de contracter; elles pourront, dans certaines hypothèses, demander le secours du tribunal si elles subissent un *préjudice*, si elles sont victimes de lésion¹¹⁷.

Il existe trois régimes de protection différents, en plus du mandat de protection en cas d'incapacité. L'article 291 CcQ prévoit qu'un conseiller est nommé au majeur si celui-ci, bien que généralement capable ou habituellement apte à prendre soin de lui-même et à administrer ses biens, a besoin, pour certains actes ou temporairement, d'être assisté ou conseillé dans l'administration de ses biens. Il s'agit de

113. Arts 4, 154 et 256 et s CcQ. Au moment d'écrire ces lignes, le *Code civil* utilisait l'expression « mandat donné en prévision de l'incapacité du mandant » (arts 2166–74). Depuis janvier 2016, il faut plutôt référer au « mandat de protection ». Voir PL 28, *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, 1^{re} sess, 40^e lég, Québec, 2014 (sanctionné le 21 février 2014), LQ 2014, c 1, art 778(6).

114. Arts 43, 62, 66, 130, 153, 156, 167 et 246 CcQ. Le *Code civil* protège également la jeunesse en fonction des circonstances ou du contexte. Par exemple, le mineur peut contracter seul pour satisfaire ses besoins ordinaires et usuels, compte tenu de son âge et de son discernement (art 157 CcQ).

115. Art 258, al 1 CcQ.

116. La situation est comparable en France; voir Muriel Rebourg, « L'autonomie en matière personnelle à l'épreuve du grand âge » dans Marie Mercat-Bruns, dir, « *Vieillesse, âge et capacité: réflexions sur une notion et bilan d'une réforme* », (2014) 68:2 *Retraite et Société* 63 à la p 65.

117. Art 1406 CcQ.

la protection minimale¹¹⁸. Il n'existe aucune protection particulière pour les actes antérieurs à la nomination du conseiller. Le seul recours possible est celui de l'article 1398 CcQ. Les actes postérieurs à la nomination du conseiller et que le majeur ne pouvait accomplir seul seront réductibles ou annulables en faisant la preuve d'un préjudice¹¹⁹. La protection est mince, mais le majeur pourvu d'un conseiller est censé avoir conservé une capacité intellectuelle certaine.

L'article 285 CcQ prévoit l'ouverture d'une tutelle au majeur s'il est établi que son inaptitude à prendre soin de lui-même ou à administrer ses biens est partielle ou temporaire et qu'il a besoin d'être représenté dans l'exercice de ses droits civils. C'est le jugement de tutelle qui détermine, au cas par cas, à l'ouverture de la tutelle et même postérieurement, le degré de capacité du majeur, soit les actes que le majeur peut passer seul et ceux pour lesquels il doit être accompagné¹²⁰. L'article 287 CcQ énonce que les règles relatives à l'exercice des droits civils du mineur s'appliquent au majeur en tutelle, sous réserve des adaptations nécessaires. D'une manière générale, les actes postérieurs à l'ouverture de la tutelle et que le majeur ne pouvait conclure seul seront annulables ou réductibles en apportant la preuve d'un préjudice. De leur côté, les actes antérieurs à la tutelle et qui sont maintenant interdits seront annulables sur preuve de la notoriété de l'inaptitude de l'incapable ou de la connaissance de celle-ci par l'autre partie¹²¹. La preuve d'un préjudice n'est pas nécessaire. Cette notion de notoriété est inadaptée dans notre société moderne, compte tenu de la dépersonnalisation des rapports de voisinage. La preuve est, en pratique, difficile à faire pour le majeur protégé.

La curatelle vise les cas lourds et permanents. La protection est maximale et l'incapable ne peut rien faire seul. L'article 281 CcQ énonce que le tribunal ouvre une curatelle s'il est établi que l'inaptitude du majeur à prendre soin de lui-même et à administrer ses biens est totale et permanente. Les actes postérieurs à la curatelle sont annulables ou réductibles sans avoir à prouver que l'incapable a subi un préjudice¹²².

118. Le conseiller intervient comme le ferait le tuteur au mineur simplement émancipé (art 293, al 2 CcQ), sauf indication contraire du tribunal (art 293, al 1 CcQ). Les actes que le mineur simplement émancipé peut accomplir sont principalement exposés aux articles 172 à 174 CcQ.

119. Art 294 CcQ.

120. Art 288 CcQ.

121. Art 290 CcQ.

122. Art 283 CcQ.

Les actes antérieurs à la curatelle sont annulables ou réductibles si « l'incapacité était notoire ou connue du cocontractant »¹²³. On se retrouve devant le même problème de preuve signalé pour le majeur en tutelle. La preuve est tout de même facilitée par l'apparence dégagée par l'incapable, avec qui il peut être difficile de conclure un contrat.

Il existe une dernière forme de protection, le mandat de protection (mandat donné en prévision de l'incapacité du mandant)¹²⁴. Il s'agit d'un régime sur mesure et particulier. C'est le majeur qui décide à l'avance des personnes qui agiront à sa place s'il devient inapte à s'occuper de ses affaires. Les actes antérieurs à l'homologation du mandat sont réductibles ou annulables comme pour les majeurs en tutelle ou en curatelle, soit sur la preuve de la notoriété de l'incapacité ou la connaissance de celle-ci par le cocontractant¹²⁵. Pour les actes postérieurs à l'homologation, la solution n'est pas certaine en raison de l'absence de dispositions législatives à ce sujet. S'agit-il là d'un oubli du législateur ou un désir de laisser au tribunal le soin de déterminer si la seule preuve de l'homologation du mandat suffit à obtenir la nullité (comme pour le majeur en curatelle) ou si la preuve d'un préjudice subi doit également être faite (comme pour le majeur en tutelle)? Il pourrait y avoir lieu de moduler la règle selon le degré d'incapacité du mandant¹²⁶.

La présentation de ces différents régimes de protection fait ressortir que ceux-ci ne sont pas adaptés à une personne âgée victime d'exploitation, même à celle qui bénéficie d'un tel régime. Le fardeau de preuve est lourd et certains critères hérités du droit romain sont dépassés. L'aspect novateur de la protection prévue dans la *Charte* réside dans le fait qu'elle vise toute personne âgée, que celle-ci bénéficie ou non d'un régime ou d'un mandat de protection. L'article 48 de la *Charte* met à la disposition de la personne âgée qui est victime d'exploitation une voie additionnelle, qui s'ajoute à ce que prévoit le *Code civil*. Si toute personne qui est déclarée inapte ou dont le mandat de protection a été homologué peut être considérée comme vulnérable,

123. Art 284 CcQ.

124. Arts 2166–74 CcQ.

125. Art 2170 CcQ.

126. Le juge Georges Taschereau procède de cette façon dans *FD et DB (Succession de)*, 2010 QCCS 2412 aux para 19–24. Voir également : Christine Morin, « La capacité de tester : tenants et aboutissants » (2011) 41:1 RGD 143 au para 22.

l'inverse n'est pas automatiquement vrai. L'un des avantages de la protection prévue dans la *Charte* est que pour profiter de l'article 48, la personne âgée n'a pas à entrer dans la catégorie juridique des « majeurs protégés » à la suite de l'ouverture d'un régime de protection. La *Charte* rompt donc clairement avec les régimes de protection prévus dans le *Code civil*, de manière à assurer une protection effective de toute personne âgée vulnérable qui est exploitée.

Rappelons par ailleurs que l'article 986 du *Code civil du Bas Canada* prévoyait que certaines personnes ne pouvaient contracter « en raison de leurs relations ensemble, ou de l'objet du contrat ». Il existe encore des dispositions en ce sens dans le *Code civil du Québec*. Certaines de ces incapacités de contracter peuvent venir en aide aux personnes âgées. L'article 48 de la *Charte* permet toutefois d'accroître la protection des personnes aînées dans certains cas où les conditions d'application des dispositions prévues par le *Code civil* sont difficiles à remplir ou sont interprétées de façon restrictive par les tribunaux. Par exemple, les articles 761 et 1817 CcQ prévoient la nullité des donations et des legs faits au propriétaire, à l'administrateur, au salarié ou au membre d'une famille d'accueil, sauf s'il s'agit du conjoint ou d'un proche parent¹²⁷. Les tribunaux ont jugé que ces articles sont inapplicables lorsque le legs ou la donation a été fait à un bénévole¹²⁸, à un membre de la famille du salarié de l'établissement de santé¹²⁹ ou à une personne qui fournit des soins sans être salariée d'un établissement de santé¹³⁰. Ces dispositions ont également été jugées inapplicables lorsque le legs ou le don a été fait avant que la personne ne soit accueillie dans un établissement de santé ou après qu'elle en est sortie¹³¹. Dans tous ces cas, l'article 48 de la *Charte* peut s'avérer d'un secours certain pour la personne âgée exploitée, puisque le champ d'application de cette disposition est plus étendu.

127. Voir Christine Morin et Louis Turgeon-Dorion, « Les articles 761 et 1817 du Code civil : mesures de protection des aînés vulnérables » dans *Droit des personnes et des successions en bref*, chronique n° 11, La Référence, décembre 2014, EYB 2014REP1621.

128. *Pietrandrea c Larivière*, [2005] RJQ 735, conf par 2006 QCCA 1560.

129. *Labbé c Laflamme*, [1997] RJQ 1054 (CS).

130. *Kalabishko c Hiritsch*, 2013 QCCS 1744, conf par 2014 QCCA 1996; *Bourgeois c Dagenais*, 2013 QCCS 10, conf par 2014 QCCA 1990.

131. Voir notamment *Gamble (Succession de)*, 2010 QCCS 4171; *Aubry c Acosta*, [2001] RJQ 423 (CS), JE 2001-339 (CS) (règlement à l'amiable, 31 août 2001, n° 500-09-010643-013 (CA)).

2. Être maître de ses décisions ou les règles en matière de consentement

Une personne peut posséder la capacité de contracter, mais encore faut-il qu'elle s'engage de son plein gré et sans contrainte dans la relation contractuelle. L'article 1399, al 1 CcQ prévoit que le « consentement doit être libre et éclairé ». Les vices du consentement reconnus par le législateur sont relativement restreints dans le *Code civil*, afin d'assurer la sécurité du commerce juridique. Même si les tribunaux sont plus enclins qu'auparavant à reconnaître les vices du consentement, leur application demeure l'exception¹³². La théorie des vices de consentement a été élaborée en droit romain et a peu évolué depuis¹³³. Les vices de consentement ont vocation à s'appliquer non seulement en matière contractuelle (acte juridique bilatéral), mais aussi lorsqu'il s'agit de s'assurer de la validité de tous les actes juridiques unilatéraux, par exemple un testament¹³⁴. Le *Code civil* prévoit quatre vices du consentement, qui peuvent être utiles, entre autres, pour la protection d'une personne âgée vulnérable : l'erreur simple, l'erreur provoquée par le dol, la crainte et la lésion.

La lésion se rapporte davantage à la capacité qu'au consentement. Comme nous l'avons vu, il s'agit essentiellement d'une condition pour déterminer si une personne couverte par un régime de protection peut demander la nullité de son contrat. Elle doit démontrer un préjudice, soit essentiellement une disproportion entre les prestations. Dans l'arrêt *Vallée*, la Cour d'appel distingue expressément l'article 48 de la *Charte* d'avec la lésion, tout en reconnaissant « qu'elle [l'exploitation visée par l'article 48 de la *Charte*] s'en rapproche en réprouvant toute forme d'abus dont peuvent être victimes les personnes âgées, un abus qui peut se manifester par une disproportion, un déséquilibre important et injuste dans leurs rapports avec autrui »¹³⁵.

De son côté, l'erreur est habituellement définie comme une représentation erronée de la réalité¹³⁶. Elle est une représentation fautive

132. Voir également Charpentier, *supra* note 92; Ghislain Tabi Tabi, « La remise en cause contemporaine du volontarisme contractuel » (2012) 53:3 C de D 577 à la p 610.

133. Maurice Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2009 au para 171.1.

134. *Felix & Norton International c Canada (PG)*, 2009 QCCS 919 aux para 29–41, JE 2009-710.

135. *Vallée*, *supra* note 43 au para 41.

136. Pour ce paragraphe et le suivant sur l'erreur, voir Frédéric Levesque, *Précis de droit québécois des obligations*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014 aux para 98–104 [Levesque, *Précis de droit*].

que se fait une personne de la réalité contractuelle dans laquelle elle s'est engagée. Il y a absence de concordance entre les consentements. Les deux cocontractants sont habituellement de bonne foi, sinon il s'agira d'un dol, et l'exploitation est étrangère au concept. L'erreur a un caractère essentiellement subjectif: il faut s'interroger sur l'état d'esprit dans lequel une partie a voulu contracter. Par conséquent, la preuve est souvent difficile à faire. Le sens *juridique* du mot « erreur » est beaucoup plus restreint que son sens *commun*.

Il existe trois types d'erreurs reconnus par le *Code civil*: l'erreur sur la nature du contrat (par exemple, s'agit-il d'une vente ou d'une donation? d'une lettre de recommandation ou d'un cautionnement?); l'erreur sur l'objet de la prestation (la personne qui ne reçoit pas le produit qu'elle pensait acheter); et l'erreur portant sur tout élément essentiel qui a déterminé le consentement (une personne achète une copropriété de luxe pour ne pas entendre ses voisins et l'immeuble est mal insonorisé). Pour ces trois catégories d'erreur, le fardeau de la preuve incombe évidemment à celui qui veut faire annuler le contrat¹³⁷. Il doit prouver que cette erreur a été déterminante dans son consentement. La preuve peut être faite par tous moyens, mais le plus souvent, seul le témoignage de la partie induite en erreur sera disponible. Le champ d'application de l'erreur simple est en pratique limité aux gens peu scolarisés, aux néophytes des affaires et aux contrats complexes. Qui plus est, une personne ne peut se prévaloir d'une erreur que sa négligence rend inexcusable¹³⁸.

Alors que l'exploitation est parfois implicite, cachée ou voilée, le dol¹³⁹ est une fraude civile en bonne et due forme. Le dol consiste dans des manœuvres frauduleuses émanant intentionnellement d'un contractant et ayant déterminé son partenaire à conclure le contrat. Malgré sa place parmi les vices du consentement, le dol suppose un comportement répréhensible de la part de l'un des cocontractants. Il y a erreur, mais cette erreur a été provoquée. La partie lésée peut demander la nullité du contrat, sanction traditionnelle des vices du consentement, et un supplément en dommages-intérêts. Aujourd'hui, le plus souvent, elle demandera plutôt la réduction de son obligation

137. Art 2803 CcQ.

138. Art 1400, al 2 CcQ; *Légaré c Morin-Légaré*, [2002] RJQ 2237 (CA) aux para 58–66, 2002 CanLII 41210 (QC CA).

139. Pour ce paragraphe portant sur le dol, voir Levesque, *Précis de droit*, *supra* note 136 aux para 105–15.

corrélative. Les manœuvres peuvent consister en une véritable mise en scène, qui rapproche le dol de la fraude criminelle. Le geste du cocontractant n'a toutefois pas besoin d'être aussi grave. Le dol peut consister en un simple mensonge, un silence ou une réticence. L'auteur du dol doit avoir eu l'intention de tromper son cocontractant. Il n'y a pas dol si un contractant a fourni à son partenaire des renseignements erronés par ignorance ou même par négligence. Les manœuvres dolosives doivent être d'une importance telle que sans elles, le cocontractant n'aurait pas conclu le contrat ou l'aurait conclu à des conditions différentes. Le dol doit avoir été déterminant dans le consentement. La preuve sera encore une fois difficile à établir.

Bien sûr, le fait de pouvoir invoquer l'erreur et le dol peut venir en aide à une personne âgée si elle respecte les conditions d'ouverture des recours. Néanmoins, le fardeau de preuve est lourd et les trames factuelles touchant des personnes âgées victimes d'exploitation s'insèrent difficilement dans ces deux mécanismes permettant d'annuler un contrat ou un acte juridique. La personne âgée *sait* le plus souvent ce qu'elle fait, mais elle n'a pas le loisir de refuser, ce qui nous amène à examiner la crainte comme motif de nullité du contrat.

La crainte est la notion civiliste qui se rapproche le plus de l'exploitation prévue à l'article 48 de la *Charte*. À la différence de l'erreur et du dol qui vicie le caractère éclairé du consentement — le cocontractant ne peut plus donner un consentement éclairé, car il ne connaît pas la vérité —, la crainte attaque la liberté du cocontractant à consentir. Pourtant, la crainte civiliste ne permet pas vraiment de protéger les personnes âgées victimes d'exploitation au sens de l'article 48 de la *Charte* en raison de l'interprétation qui en est faite. Le droit civil québécois a d'ailleurs une pente à remonter en matière de crainte. Traditionnellement, la crainte n'était pas punie en droit romain¹⁴⁰. Lorsqu'elle a finalement été sanctionnée, la crainte (*metus*) n'a pas été traitée comme un vice du consentement, mais comme un délit. Le niveau de crainte exigé était encore plus élevé à l'époque. Afin d'être reconnue, la crainte devait être de « nature à faire impression sur un homme très ferme »¹⁴¹. Aujourd'hui, l'article 1402 CcQ pose les conditions d'application de la crainte : la crainte doit résulter d'une violence

140. Paul Frédéric Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd par Félix Senn, présentée par Jean-Philippe Lévy, Paris, Dalloz, 2003 à la p 445.

141. André-Edmond Giffard et Robert Villers, *Droit romain et ancien droit français (obligations)*, 4^e éd, Paris, Dalloz, 1976 aux para 267 et 374.

ou d'une menace faite par le cocontractant ou à la connaissance de ce dernier; il doit y avoir crainte d'un préjudice sérieux et la crainte doit vicier le consentement.

Il existe une différence entre la crainte et la violence. La crainte est le vice du consentement lui-même, alors que la violence et la menace sont la *source* de la crainte¹⁴². La crainte purement subjective est normalement insuffisante, puisqu'elle doit nécessairement résulter de faits extérieurs. Le simple fait de se sentir menacé ne suffit pas¹⁴³. La violence et la menace doivent être illégitimes. Il n'est pas possible d'avoir recours à la crainte lorsqu'un créancier menace d'exercer un recours auquel il a droit, puisque cette menace est légitime. L'article 1403 CcQ nuance toutefois cette règle : la crainte peut résulter de l'exercice *abusif* d'un droit ou de son autorité¹⁴⁴. La menace ou la violence n'ont pas besoin d'être explicites. Elles peuvent très bien être implicites; c'est notamment le cas de la crainte qui résulte d'un climat de terreur¹⁴⁵. En outre, bien que la violence soit traditionnellement physique, elle peut être morale ou psychologique. Par exemple, le consentement de la personne qui fait donation d'un bien à son conjoint en raison des menaces de ce dernier de mettre fin à leur relation est vicié par la crainte d'une violence morale¹⁴⁶.

La crainte doit être celle « d'un préjudice sérieux ». Il faut éviter que la moindre crainte chez une personne influençable ne permette d'annuler le contrat. Il s'agit d'un critère essentiellement objectif. Est-ce qu'une personne normale aurait été intimidée? Certains éléments subjectifs peuvent et doivent toutefois être considérés : l'âge, le sexe, la vulnérabilité du contractant. Par exemple, certaines personnes, en raison de leur âge, sont plus susceptibles d'être influencées par la

142. Didier Lluellas et Benoît Moore, *Droit des obligations*, 2^e éd, Montréal, Thémis, 2012 au para 714.

143. Jean Pineau, Danielle Burman et Serge Gaudet, *Théorie des obligations*, 4^e éd par J Pineau et S Gaudet, Montréal, Thémis, 2001 au para 96.

144. Dans une affaire célèbre, un employeur avait « forcé » un salarié à acheter son matériel et à devenir entrepreneur indépendant, sous peine de congédiement. Le juge a bien fait la distinction entre la crainte légitime, qui peut être présente dans toute négociation, et la crainte illégitime, en l'espèce véritable menace pour le travailleur, « si l'intention d'intimidation devient prépondérante et absorbe en quelque sorte la légitimité intrinsèque » du geste envisagé : *JJ Joubert c Lapierre*, [1972] CS 476 aux pp 479–81. Pour un exemple de crainte légitime, voir *Yip c Pneus Supérieurs inc*, 2013 QCCS 4858 aux para 51–66, JE 2013-1863 (CS).

145. Lluellas et Moore, *supra* note 142 au para 722.0

146. Vincent Karim, *Les obligations*, 4^e éd, vol 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 2015 au para 1145 [Karim, *Les obligations*].

crainte¹⁴⁷. Un état de subordination entre les parties constitue un élément important qui doit être pris en compte¹⁴⁸. La crainte doit s'apprécier au moment de la conclusion de l'acte juridique, mais il est possible d'avoir recours à des éléments antérieurs à l'acte pour en faire la preuve¹⁴⁹. Comme l'indique l'article 1402 CcQ, le préjudice appréhendé peut se rapporter tant à la victime ou à ses biens, qu'à un tiers ou aux biens d'un tiers. Il n'est pas nécessaire que le tiers connaisse la menace, mais le cocontractant doit réellement craindre pour ce tiers¹⁵⁰. Conformément à l'article 1407 CcQ, la victime pourra demander l'annulation du contrat et des dommages-intérêts, ou la réduction de ses obligations.

Comme nous l'avions annoncé, les critères d'ouverture à une contestation fondée sur la crainte sont stricts. Le concept demeure ancré dans ses origines, soit la violence ou les menaces physiques. Avec l'évolution de la société et des mœurs, avec le raffinement dont font preuve les exploités, la conception classique de la crainte devrait peut-être être revue. En présence d'une personne âgée victime d'exploitation, la sécurité du commerce juridique n'offre pas ou plus de fondement logique à la rigidité de la crainte. Le droit civil français et la common law, sources premières du droit privé québécois, peuvent nous servir de modèles dans une conception renouvelée de la crainte¹⁵¹. Le droit québécois s'est d'ailleurs souvent inspiré de ces traditions pour faire évoluer ses propres concepts¹⁵².

Le vice de violence, l'équivalent de la crainte en droit français, est généralement abordé de façon traditionnelle par les auteurs français. Certains d'entre eux font toutefois une application « moderne » du vice de violence — *la violence économique* — qui, bien qu'elle ne fasse pas encore l'unanimité, a été retenue à quelques reprises par la Cour de

147. Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina, *Baudouin et Jobin : Les obligations*, 7^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013 au para 245.

148. Karim, *Les obligations*, supra note 146 au para 1152.

149. Lluellas et Moore, supra note 142 au para 768.

150. *Ibid* au para 726.

151. Pour l'exemple du Brésil, voir Ana Paula Ariston Barion Pérès et Thierry Fossier, « Vulnérabilité ou affaiblissement : quel statut civil pour la personne âgée? Les exemples français et brésilien » (2005) 10 *Droit de la famille* aux para 18–19.

152. Les dommages-intérêts punitifs en sont un exemple. Sur le sujet, voir Daniel Gardner, « Les dommages-intérêts : une réforme inachevée » (1988) 29 *C de D* 883 à la p 905. Pour un second exemple classique, voir Frédéric Levesque, *L'obligation in solidum en droit privé québécois*, coll « Minerve », Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010.

cassation¹⁵³. Ce concept a été introduit afin d'élargir la conception traditionnelle de la violence et d'incorporer la notion d'*economic duress* de la common law¹⁵⁴. Le professeur Jacques Ghestin définit la violence économique comme suit :

[L]e fait, pour une personne, d'abuser de sa puissance économique au détriment d'une autre ou d'exploiter abusivement la situation économique défavorable dans laquelle se trouve la victime pour l'amener à conclure un contrat dans l'intérêt, principalement, de l'auteur de l'abus. Ainsi entendue, la violence économique repose sur la double considération, d'une part, d'un abus de situation de dépendance et, d'autre part, du profit que son auteur en retire¹⁵⁵.

L'auteur explique que l'abus d'une situation de dépendance est primordial, puisque c'est cet abus qui donne un caractère illégitime à la contrainte et qui permet ainsi de la qualifier de violence¹⁵⁶. Il faut, d'une part, déterminer si l'une des parties, selon les circonstances, a exploité la situation de dépendance dans laquelle se trouvait l'autre et, d'autre part, déterminer si la partie en situation de faiblesse avait un autre choix que celui de conclure l'acte¹⁵⁷.

Contrairement à la vision classique de la crainte, il n'est pas nécessaire que celui qui tire indûment profit de la situation ait pris part à la contrainte, mais son comportement doit tout de même présenter un caractère fautif¹⁵⁸. Ghestin explique d'ailleurs qu'il suffit « qu'une partie abuse de la situation de faiblesse de l'autre pour lui faire prendre, sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, un engagement qu'elle n'aurait pas contracté en l'absence de cette contrainte »¹⁵⁹. La violence économique demeure un concept émergent en droit français et dont la place est incertaine, puisqu'elle ne fait l'unanimité ni en

153. Jacques Ghestin, Grégoire Loiseau et Yves-Marie Serinet, *La formation du contrat*, t 1 « Le contrat. Le consentement », 4^e éd, J Ghestin, dir, coll « Traité de droit civil », Paris, LGDJ Lextenso, 2013 aux pp 1217, 1232 et 1241 et s.

154. Muriel Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t 1 « Contrat et engagement unilatéral », 3^e éd, coll « Thémis droit », Paris, Presses Universitaires de France, 2012 à la p 368.

155. Ghestin, Loiseau et Serinet, *supra* note 153 au para 1503.

156. *Ibid.*

157. *Ibid* au para 1504.

158. *Ibid.*

159. *Ibid* au para 1508. Voir également : Fabre-Magnan, *supra* note 154 aux pp 360–61; François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11^e éd, coll « Précis. Droit privé », Paris, Dalloz, 2013 au para 248.

doctrine ni en jurisprudence¹⁶⁰. Par contre, les différents projets de réforme du droit français des obligations proposent de codifier en bonne et due forme l'ouverture observée dans la jurisprudence¹⁶¹.

Dans une optique semblable, tout en reconnaissant le caractère désuet des vices du consentement, principalement issus du droit romain, la doctrine française propose d'autres solutions. Dans sa thèse de doctorat, Carole Ouerdane-Aubert de Vincelles suggère un nouveau vice du consentement : le vice de faiblesse. Celui-ci ne constitue toutefois pas un cinquième type de vice du consentement, puisque l'auteure propose plutôt de regrouper les vices en deux catégories : l'erreur et la faiblesse¹⁶². Selon elle, les vices du consentement classiques ne sont plus adaptés à la réalité d'aujourd'hui, puisque « la particulière vulnérabilité de certains contractants profanes — du fait de leur âge, de la maladie, ou d'un état de nécessité — qui altère leurs perceptions et

160. Ghestin, Loiseau et Serinet, *supra* note 153 aux pp 1245 et s. Voir aussi aux pp 1217, 1232 et 1241 et s.

161. À titre d'illustration, le nouvel article 1114-3 du *Code français* proposé par le Rapport Catala prévoit ce qui suit :

Art 1114-3. Il y a également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, si l'autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif. La situation de faiblesse s'apprécie d'après l'ensemble des circonstances en tenant compte, notamment, de la vulnérabilité de la partie qui la subit, de l'existence de relations antérieures entre les parties ou de leur inégalité économique.

Avant-projet de réforme du droit des obligations (arts 1101 à 1386 du *Code civil*) et du droit de la prescription (arts 2234 à 2281 du *Code civil*), Rapport à M. Pascal Clément, garde des Sceaux, ministre de la Justice, le 22 septembre 2005. Pour les références aux autres projets, voir Rémy Cabrillac, *Droit des obligations*, 11^e éd, Paris, Dalloz, 2014 au para 70. Voir également l'article 122-8 du *Code de la consommation* français, qui prévoit qu'un contrat conclu avec un vendeur itinérant ou dans quelques autres situations limitrophes « est nul et de nul effet » lorsque « quiconque aura abusé de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne ». Voir Alexandre Stylios, « La réponse criminelle et pénale à l'exploitation financière des personnes âgées en France et au Canada » dans Raymonde Crête, Ivan Tchotourian et Marie Beaulieu, dir, *L'exploitation financière des personnes âgées : prévention, résolution et sanction*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014, 397 aux pp 415-17.

162. Carole Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, vol 19, coll « Nouvelle bibliothèque de thèses », Paris, Dalloz, 2002 au para 408. Au Québec, la Cour d'appel a expliqué, à propos de l'article 48, que :

Les personnes âgées ont besoin d'être protégées contre toute forme d'exploitation, pas d'être jetées dans les griffes de gens sans scrupule. M^{me} Rigault devait ajuster sa conduite envers sa cliente/amie en fonction de cette réalité. L'intensité de son obligation citoyenne de prudence et de diligence envers M^{me} Christiaenssens était accrue en raison de l'âge avancé de celle-ci.

Christiaenssens, *supra* note 52 au para 52. Voir également *Myers Hall c Watson*, 2015 QCCQ 3100 au para 186 : « Une personne prudente et diligente, respectueuse des personnes âgées et handicapées et de leur vulnérabilité, n'aurait pas agi de cette façon ».

favorise les incitations et le harcèlement contractuels par des personnes peu scrupuleuses, ne permet ni la reconnaissance d'un dol ni celle d'une violence » [nos soulignements]¹⁶³. Elle suggère donc, afin de répondre au besoin de protection des personnes dont le consentement peut être affecté par leur vulnérabilité, d'adopter le vice de faiblesse comme vice du consentement. Le vice de faiblesse serait soumis à deux conditions : « un *état de faiblesse*, d'infériorité dont aurait profité le contractant pour obtenir un avantage indu, manifesté par un *déséquilibre contractuel* au détriment du plus faible » [italiques dans l'original]¹⁶⁴. On remarque que ces critères se rapprochent de ceux utilisés par les tribunaux québécois pour l'application de l'article 48 de la *Charte*.

Pour ce qui est de l'*état de faiblesse*, celui-ci pourrait résulter d'une vulnérabilité propre au contractant ou « d'un rapport de domination dû à une infériorité économique qui fait présumer l'état de faiblesse de la victime »¹⁶⁵. Dans le premier cas, la faiblesse pourrait résulter soit de l'environnement extérieur du contractant (violence, procédés contractuels agressifs, urgence ou nécessité), soit d'une vulnérabilité qui lui est inhérente, c'est-à-dire une faiblesse qui affecte ses capacités de raisonnement, sans qu'il soit nécessairement visé par un régime de protection¹⁶⁶. Cette vulnérabilité inhérente à la victime pourrait notamment être due à l'âge ou à la maladie. L'auteure explique qu'en présence de personnes vulnérables, les vices du consentement actuels ne peuvent généralement pas trouver application et que pour ce qui est de la crainte, les « conditions liées notamment à l'exigence d'un sentiment de *crainte d'un mal considérable* font obstacle » [italiques dans l'original] à son application¹⁶⁷. Le *Code civil* ne pourrait donc pas tout régler. Dans le deuxième cas, celui de l'infériorité économique, l'auteure note que la faiblesse ne prend pas sa source dans la fragilité interne de la victime, mais dans la relation contractuelle avec l'autre partie¹⁶⁸. Quant au *déséquilibre contractuel*, l'auteure le définit comme étant de la lésion. Celle-ci peut être objective ou subjective. Les définitions de la lésion proposées par l'auteure sont assez semblables à

163. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *supra* note 162 au para 438.

164. *Ibid* au para 439.

165. *Ibid* au para 443.

166. *Ibid* aux para 446–50.

167. *Ibid* au para 451.

168. *Ibid* aux para 452 et s.

celles de l'article 1406 du *Code civil du Québec*. La thèse de l'auteure commence à avoir un certain écho en jurisprudence et en doctrine françaises¹⁶⁹.

Dans la même optique et contrairement au droit civil québécois, la common law canadienne tente par différents moyens d'aider les contractants vulnérables victimes d'exploitation. Certains recours élaborés par la common law se rapprochent de l'interprétation donnée par les tribunaux québécois à l'article 48 de la *Charte*. L'approche méthodologique en matière de vices du consentement n'est pas la même en common law qu'en droit civil, mais, au bout du compte, le droit substantif diffère peu. La common law canadienne tend toutefois à se rapprocher davantage du droit français que du droit québécois en matière de vulnérabilité. Il s'agit donc d'un autre argument qui justifie une interprétation plus libérale de la crainte civiliste ou encore l'utilisation de l'article 48 de la *Charte* comme substitut à la crainte.

La notion de *duress* en common law vise le cas où une personne force son cocontractant à conclure le contrat par la violence ou des menaces de violence. Cette notion correspond ainsi à la crainte du droit civil québécois. Si, traditionnellement, la common law restreignait le recours en *duress* aux seuls cas de violence physique ou d'emprisonnement, son champ d'application est désormais étendu aux cas où la violence vise les biens et à l'*economic duress*¹⁷⁰. Le concept d'*economic duress* est maintenant reconnu comme un vice du consentement en common law, mais la simple pression commerciale est insuffisante¹⁷¹. Lorsqu'il a reconnu l'existence du recours en *economic duress*, le Conseil privé a énoncé ses conditions d'application comme suit :

Duress, whatever form it takes, is a coercion of the will so as to vitiate consent [...]. [I]n a contractual situation commercial pressure is not enough. There must be present some factor which could in law be regarded as a coercion of his will so as to vitiate his consent. [...]. In determining whether there was a coercion of will such that there was no true consent, it is material to inquire whether the person alleged to have been coerced did or did not

169. Rebourg et Burdin, *supra* note 51, citant : Cass civ 2^e, 5 octobre 2006, n^o 04-11.179, (2007) D Jur 2215.

170. Gerald Henry Louis Fridman, *The Law of Contract in Canada*, 6^e éd, Toronto, Carswell, 2011 aux pp 304 et 306; Bruce MacDougall, *Introduction to Contracts*, Markham, Lexis, 2007 aux pp 215-16.

171. Angela Swan et Jakub Adamski, *Canadian Contract Law*, 3^e éd, Markham, Lexis, 2012 à la p 104.

*protest; whether, at the time he was allegedly coerced into making the contract, he did or did not have an alternative course open to him such as an adequate legal remedy; whether he was independently advised; and whether after entering the contract he took steps to avoid it*¹⁷².

Il existe une controverse à savoir si la pression exercée doit nécessairement être illégitime. Les tribunaux exigeaient normalement que ce soit le cas, mais un jugement de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a écarté ce critère¹⁷³. La question demeure donc ouverte en common law canadienne. Cependant, en Angleterre et ailleurs dans les pays du Commonwealth, il est reconnu que la pression doit être illégitime¹⁷⁴. Dans tous les cas, pour que le recours en *economic duress* puisse trouver application, il est essentiel que la pression appliquée sur la victime soit élevée au point qu'elle la contraigne à consentir¹⁷⁵. Un auteur explique d'ailleurs que le niveau de pression exigé par les tribunaux est si élevé qu'il est rarement atteint et qu'il est donc peu fréquent que l'*economic duress* soit invoquée avec succès, même dans les cas extrêmes¹⁷⁶. Il ajoute que lorsque les critères de l'*economic duress* sont remplis, il est généralement possible d'invoquer un autre recours pour faire annuler le contrat¹⁷⁷.

L'*undue influence* est peut-être plus pertinente aux fins de notre étude. Il s'agit d'un recours créé par l'*equity* en réponse aux conditions exigeantes du recours en *duress*¹⁷⁸. Un auteur donne la définition suivante de l'*undue influence*: « *Undue influence has been defined as the unconscientious use by one person of power possessed by him over another in order to induce the other to enter a contract* »¹⁷⁹. Contrairement à la *duress* qui s'intéresse aux circonstances entourant la conclusion du contrat, l'*undue influence* concerne la relation entre les parties

172. *Pao On v Lau Yiu Long*, [1979] 3 All ER 65 à la p 78 (Hong Kong, PC). La doctrine réfère invariablement à ce passage lorsqu'elle traite de l'*economic duress*: Fridman, *supra* note 170 aux pp 309–10; MacDougall, *supra* note 170 aux pp 218–20; John D McCamus, *The Law of Contracts*, coll « Essentials of Canadian Law », Toronto, Irwin Law, 2005 aux pp 371–76; Swan et Adamski, *supra* note 171 à la p 102.

173. *NAV Canada c Greater Fredericton Airport Authority Inc*, 2008 NBCA 28 au para 53, tel que cité dans Swan et Adamski, *supra* note 171 à la p 108.

174. Fridman, *supra* note 170 aux pp 309–12; Swan et Adamski, *supra* note 171 à la p 104.

175. Fridman, *supra* note 170 aux pp 309–11; Swan et Adamski, *supra* note 171 aux pp 103–04.

176. MacDougall, *supra* note 170 à la p 221.

177. *Ibid.*

178. Fridman, *supra* note 170 à la p 312.

179. MacDougall, *supra* note 170 à la p 222.

qui concluent le contrat. Il faut remplir deux conditions pour y avoir recours. D'abord, il faut qu'il y ait une relation entre les parties, susceptible de faire place à l'influence nécessaire et, ensuite, que cette influence soit utilisée par la partie « forte » afin d'amener la partie « faible » à conclure¹⁸⁰. Il faut non seulement démontrer l'existence de l'influence, mais également que la partie a abusé de cette influence. Comme l'a expliqué le Conseil privé, « *Equity does not save people from the consequences of their own folly; it acts to save them from being victimised by other people* »¹⁸¹. Il existe deux catégories d'*undue influence*: l'*actual undue influence* et la *presumed undue influence*. La distinction est importante quant au fardeau de preuve: dans le premier cas, la victime devra prouver qu'il y a eu abus d'influence, alors que dans le second cas, une fois la relation entre les parties prouvée, il reviendra au défendeur de renverser la présomption d'abus d'influence¹⁸². Il est maintenant reconnu que certains types de relations donnent ouverture à la présomption d'*undue influence*, comme la relation parent-enfant, *trustee-beneficiary*, juriste-client, docteur-patient et tuteur-pupille¹⁸³.

L'*unconscionability* est également un concept d'*equity*. Il a été adopté par la jurisprudence canadienne dans les années soixante¹⁸⁴. Cette théorie vise les cas où, bien qu'il n'y ait pas eu de *misrepresentation*, de *duress* ou d'*undue influence*, « *the conduct of one party in obtaining the assent of the other to a particular contract was of such character that a court might well consider that to uphold the ensuing contract would be to perpetrate an injustice and produce an unfair result* »¹⁸⁵. Ainsi, ce n'est pas le consentement qui est attaqué, mais plutôt l'aspect déraisonnable et inéquitable de la transaction¹⁸⁶. Il ne s'agit toutefois pas d'une

180. *Ibid*; Swan et Adamski, *supra* note 171 à la p 903.

181. *National Commercial Bank (Jamaica) Ltd v Hew*, [2003] UKPC 51 au para 33 (Jamaica, PC), tel que cité dans MacDougall, *supra* note 170 à la p 222.

182. Fridman, *supra* note 170 aux pp 313 et 318.

183. *Ibid* aux pp 313–14; MacDougall, *supra* note 170 aux pp 223–24.

184. *Ibid* à la p 229.

185. Fridman, *supra* note 170 aux pp 318–19.

186. *Ibid* à la p 320. La Cour d'appel de Colombie-Britannique a décrit de la façon suivante les conditions d'application du recours :

On such a claim the material ingredients are proof of inequality in the position of the parties arising out of the ignorance, need or distress of the weaker, which left him in the power of the stronger, and proof of substantial unfairness of the bargain obtained by the stronger. On proof of those circumstances, it creates a presumption of fraud which the stronger must repel by proving that the bargain was fair, just and reasonable.

Morrison v Coast Finance, (1965) 54 WWR 257 à la p 259 (BCCA), tel que cité dans MacDougall, *supra* note 170 à la p 230; Swan et Adamski, *supra* note 171 à la p 894.

présomption de fraude au sens usuel, mais bien d'une situation analogue à l'abus d'influence ou à une pression abusive ou déloyale¹⁸⁷. Deux éléments sont essentiels au recours en *unconscionability*: une inégalité entre les parties et une disproportion entre leurs prestations. L'inégalité entre les parties peut résulter du fait que l'une d'entre elles est ivre, illettrée, peu instruite ou, plus largement, du fait que l'une est mentalement ou intellectuellement désavantagée et que l'autre connaît cette faiblesse et l'utilise délibérément¹⁸⁸.

Un mot, en terminant, sur le concept d'*inequality in bargaining*. Il a été énoncé dans les motifs dissidents de Lord Denning dans le célèbre arrêt *Lloyd's Bank v Bundy*¹⁸⁹. L'objectif de Lord Denning était alors de créer un seul concept qui engloberait la *duress*, l'*undue influence* et l'*unconscionability*, tout en leur donnant une portée plus large. Si cette théorie a reçu un certain appui au Canada¹⁹⁰, elle n'a généralement pas été acceptée par les auteurs ou par la jurisprudence¹⁹¹. Un auteur note toutefois que les tribunaux canadiens utilisent parfois l'*unconscionability* et l'*inequality in bargaining* comme des notions interchangeables et qu'il n'existe pas une grande différence dans leur façon de traiter les deux concepts¹⁹².

À la lumière de l'article 48 de la *Charte* et du droit comparé (français et common law), une nouvelle lecture de la crainte civiliste semble s'imposer. Pour un juge de common law, il est traditionnellement plus facile de faire évoluer le droit. Il est créateur de droit; c'est le *judge-made law*. En droit civil, ce rôle appartient au législateur et le juge doit en principe suivre le *Code civil*. Ce principe s'est toutefois affaibli avec le temps¹⁹³. Le *Code civil* ne contient pas tout le droit civil¹⁹⁴. Ainsi, plusieurs auteurs québécois sont d'avis que l'erreur, le dol, la crainte

187. *Ibid* à la p 896.

188. Fridman, *supra* note 170 à la p 319; Stephen M Waddams, *The Law of Contracts*, 5^e éd, Toronto, Canada Law book, 2005 au para 515.

189. [1974] 3 All ER 757 à la p 765 (R-U, CA).

190. Voir Waddams, *supra* note 188 au para 515.

191. MacDougall, *supra* note 170 aux pp 233–34; Swan et Adamski, *supra* note 171 à la p 898.

192. Fridman, *supra* note 170 aux pp 323–24.

193. Le juge LeBel observe que le juge québécois est un créateur de droit, mais que les règles du *Code civil* «brident la créativité judiciaire». Louis LeBel, «La loi et le droit: la nature de la fonction créatrice du juge dans le système de droit québécois» (2015) 56:1 C de D 85 à la p 92.

194. Le juge a un certain pouvoir créateur en droit civil lorsqu'il doit interpréter certaines dispositions du *Code civil*. Comme le souligne le juge Dalphond: «Avec le temps, le Code civil devient de plus en plus obsolète sous certains aspects, ce qui invite le juge civiliste à être de plus en plus créateur». Dalphond, *supra* note 85 aux pp 87–88.

et la lésion, prévus à l'article 1399 CcQ, ne sont pas les seuls vices du consentement. Il est possible d'envisager l'article 48 de la *Charte* comme l'un de ces vices innommés en matière de consentement. Dans une optique semblable, cette disposition peut contribuer à la reconnaissance de vices innommés.

La doctrine ne s'entend cependant pas sur la source législative des vices innommés. La majorité se fonde sur la notion de bonne foi et sur les articles 6, 7 et 1375 du *Code civil*¹⁹⁵. Pour ces auteurs, la bonne foi, en accord avec l'article 1375 CcQ, est une condition essentielle à la formation du contrat, et en l'absence de cette bonne foi, il y a « vice du contrat » et possibilité de nullité¹⁹⁶. Les articles 6, 7 et 1375 CcQ constitueraient ainsi une source de droits et d'obligations dont l'introduction par le législateur avait pour but de rétablir une justice contractuelle qui n'était pas suffisamment garantie dans le *Code civil du Bas Canada*¹⁹⁷. Les partisans de cette théorie accordent beaucoup d'importance à la place que la bonne foi a prise dans la réforme du *Code civil du Québec*.

L'obligation de négocier de bonne foi, l'obligation d'informer et le fait de ne pas abuser de son droit sont tous, pour ces auteurs, des exemples d'obligations en lien avec la bonne foi et dont le non-respect peut entraîner la nullité du contrat. Ces règles, avec les adaptations nécessaires, s'appliquent aussi aux actes juridiques unilatéraux¹⁹⁸. La professeure Lefebvre explique :

La bonne foi dans la formation du contrat implique un devoir de loyauté qui peut se manifester par l'obligation de ne pas exploiter son cocontractant, de ne pas tirer profit de sa position dominante, de ne pas abuser de son pouvoir de persuasion pour s'avantager indûment. [...]. Moralement du moins,

195. Jobin et Vézina, *supra* note 147 au para 203; Marie-Annik Grégoire, *Le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, coll « Minerve », Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003; 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) 41:3 C de D 435 [Karim, « La règle de la bonne foi »]; Brigitte Lefebvre, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998; Louise Rolland, « La bonne foi dans le *Code civil du Québec*: du général au particulier » (1996) 26 RDUS 378. De leur côté, les professeurs Lluellas et Moore sont d'avis que c'est l'article 1399 CcQ qui permet d'avoir recours à un vice du consentement innommé: Lluellas et Moore, *supra* note 142 aux para 920.

196. Art 1416 CcQ; Grégoire, *supra* note 195 aux pp 60 et 75; Karim, *Les obligations*, *supra* note 146 au para 278; Karim, « La règle de la bonne foi », *supra* note 195 aux pp 457-58.

197. *Ibid* à la p 438.

198. Karim, *Les obligations*, *supra* note 146 au para 976.

la bonne foi la plus élémentaire impose de ne pas profiter indûment des faiblesses de son cocontractant¹⁹⁹.

À notre avis, il y a un lien incontestable à faire entre la bonne foi et l'obligation prévue à l'article 48 de la *Charte*.

CONCLUSION

Nous avons l'impression d'être en présence de « deux solitudes » que nous avons tenté de réconcilier dans ce texte²⁰⁰. À titre de civilistes manifestant un intérêt pour l'utilisation de la *Charte* dans les rapports de droit privé, nous proposons une vision que nous espérons nuancée. Il nous semble clair que dans certaines situations, le *Code civil* ne protège pas adéquatement les personnes âgées victimes d'exploitation²⁰¹. Pourquoi alors se priver d'un outil législatif qui possède des pendants dans des systèmes juridiques proches du nôtre? Qui plus est, les critères d'application de l'article 48 de la *Charte* sont adéquatement balisés et il ressort de l'étude de la jurisprudence que la disposition a surtout été utilisée dans une dynamique de responsabilité civile pour indemniser une victime d'exploitation et non pour annuler une multitude de contrats, ce qui pourrait mettre en danger la sécurité juridique.

Au-delà des débats théoriques et symboliques, soulignons l'existence d'un important clivage en pratique. Lorsqu'une personne âgée est victime d'exploitation, elle peut porter plainte auprès de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse plutôt

199. Lefebvre, *supra* note 195 à la p 220. Dans la même optique Sébastien Grammond, Anne-Françoise Debruche et Yan Campagnolo, *Quebec Contract Law*, coll « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2011 au para 244:

In summary, the limited case law on innominate defects of consent seems to demonstrate a general prohibition on and denunciation of morally reprehensible behaviour, even though the behaviour in question may not necessarily amount to fraud or fear as described in the Civil Code. Consent obtained through the bad faith of a co-contracting party cannot be said to be free and enlightened and does not, in consequence, fulfill the basic elements of a contract. It may therefore constitute grounds for the nullity of the contract or the reduction of obligations. In this fashion, the current trend of Quebec civil law follows the "moral" direction of the canonist: where classic defects of consent fail, good faith has the potential to take it a step further.

200. L'expression « deux solitudes » est de Hugh MacLennan, *Two Solitudes*, Toronto, Collins, 1945. Elle a notamment été reprise par Nathalie Vézina et Françoise Maniet, « La sécurité du consommateur au Québec... deux solitudes : mesures préventives et sanctions civiles des atteintes à la sécurité » (2008) 49:1 C de D 57.

201. Le même constat a été fait relativement aux personnes vulnérables en général. Voir Tabi Tabi, *supra* note 132 aux pp 609 et s.

que de s'adresser directement aux tribunaux de droit commun²⁰². La Commission peut faire enquête sur toute situation qui lui paraît constituer un cas de violation du droit des personnes âgées d'être protégées contre l'exploitation²⁰³. Elle peut favoriser un règlement entre la personne dont les droits auraient été violés ou celui qui la représente, et la personne à qui cette violation est imputée²⁰⁴. La Commission peut également signaler au Curateur public tout besoin de protection qu'elle estime être de la compétence de ce dernier²⁰⁵. Qui plus est, lorsqu'elle juge qu'une personne âgée est ou a été exploitée, la Commission peut entreprendre les procédures appropriées et prendre en charge tous les frais²⁰⁶. Elle peut s'adresser au tribunal afin d'obtenir d'urgence une mesure propre à faire cesser la menace ou le risque, si elle a des raisons de croire que la vie, la santé ou la sécurité d'une personne visée par un cas d'exploitation est menacée, ou s'il y a risque de perte d'un élément de preuve²⁰⁷.

La Commission n'a toutefois pas l'exclusivité du recours à la *Charte*. La Cour d'appel l'a clairement exprimé. Cette dernière a signalé que bien qu'un recours en vertu de l'article 48 de la *Charte* puisse être exercé par la Commission au bénéfice de la victime devant le Tribunal des droits de la personne, « il peut l'être également par la victime et, le cas échéant, par ses héritiers (arts 625 et 1610 CcQ) devant les tribunaux de droit commun »²⁰⁸. À ce jour, encore peu de victimes plaident l'article 48 de la *Charte* devant les tribunaux de droit commun, que ce soit de façon autonome ou complémentaire au *Code civil*.

202. *Charte*, *supra* note 1, art 74. Voir Claire Bernard, « Le droit des personnes âgées d'être protégées contre l'exploitation : nature et portée de l'article 48 de la *Charte des droits et libertés de la personne* », présentée au colloque de la Chaire du notariat de l'Université de Montréal : « L'exploitation des aînés : problématiques et pistes de solution », 3 novembre 2005 aux pp 6–8, en ligne : CDPDJ <www.cdpedj.qc.ca/Publications/exploitation_interpretation_article_48.pdf>.

203. *Charte*, *supra* note 1, art 71(1).

204. *Ibid*, art 71(2).

205. *Ibid*, art 71(3).

206. *Ibid*, arts 80 et 84 (*a contrario*). Rappelons que lorsqu'il est question de la protection d'une personne âgée ou handicapée contre l'exploitation, la Commission n'est pas tenue d'obtenir le consentement de la victime pour s'adresser à un tribunal. *Charte*, *supra* note 1, art 83.

207. *Ibid*, art 81. Voir Drapeau, *supra* note 42 à la p 69.

208. *Turcotte*, *supra* note 53 au para 37. Sur l'intervention de la Commission, malgré le décès de la victime, voir également *Bradette Gauthier*, *supra* note 95; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Khelfaoui*, 2014 QCTDP 16; Bernard, *supra* note 202 à la p 8.

En fait, le problème est encore plus profond. Comme le signalent des auteures, les tribunaux de droit commun ne réfèrent généralement qu'au *Code civil*, et le Tribunal des droits de la personne se contente souvent d'appliquer les dispositions de la *Charte*, sans mentionner le *Code civil*²⁰⁹. Est-ce par habitude, par ignorance ou par préférence? Dans tous les cas, nous incitons à l'harmonie, en espérant qu'avec le temps, viendra la sagesse.

209. Allard, *supra* note 5 à la p 79; Samson, « L'interprétation harmonieuse de la Charte », *supra* note 3 aux pp 90 et s. À titre d'exemple, dans une affaire où le conjoint d'une dame âgée qui avait agi comme mandataire de son épouse était poursuivi pour sa mauvaise administration, c'est de sa propre initiative que le juge Peacock a mentionné que la protection offerte par la *Charte* aurait dû être plaidée puisqu'il s'agissait d'un cas d'exploitation financière d'une personne âgée. Mis à part le juge, personne n'avait évoqué la *Charte* dans cette affaire. *AM (Estate of)*, 2013 QCCS 5541 au para 58.