

Économie subjective
c. Utilité et intérêt du contrat.
Réflexions sur les notions
de liberté, de responsabilité et
de commutativité contractuelles,
à la suite de la codification du
devoir de bonne foi

*Marie Annik GRÉGOIRE**

Résumé

Cette étude vise à établir une forme d'analyse qui aura pour but de définir et de légitimer les préceptes de justice qui devraient guider l'intervention judiciaire au sein des relations contractuelles. Pour arriver à cette fin, l'auteure identifie certains principes qu'elle juge fondamentaux dans la théorie contractuelle: la justice commutative, la commutativité contractuelle, les droits subjectifs et les intérêts légitimes. Elle étaye les rapports qui existent entre chacune de ces notions fondamentales pour conclure que, pour s'avérer conforme aux principes de justice commutative, la commutativité contractuelle ne doit pas être fondée sur une équivalence monétaire des prestations mais sur le respect d'une norme reposant sur la coexistence paisible des droits et intérêts. Il s'agit, en quelque sorte, d'une

Abstract

This study aims to propose a model of analysis that will seek to define and legitimize the precepts of justice that should guide judicial intervention in contractual relationships. For this purpose, the author identifies certain principles that she considers fundamental in the theory of contract: notably, commutative justice, contract commutability, subjective rights and legitimate interests. She discusses the relationship between each of these basic concepts to conclude that, in order to be coherent with principles of commutative justice, contract commutability must not be based on the monetary equivalent of the exchange

* Docteure en droit civil (McGill). Professeure adjointe à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

normalisation des rapports contractuels qui cessent d'être purement subjectifs. Cette constatation entraîne plusieurs conséquences: l'ajout des circonstances de l'exécution et l'extinction du contrat, et non plus de sa seule formation, aux possibilités de contrôle judiciaire, une meilleure légitimation d'un tel contrôle et la reconnaissance de la bonne foi comme instrument privilégié d'une commutativité contractuelle plus juste. D'ailleurs, la dernière partie de l'étude est consacrée à l'examen pratique de certaines interventions judiciaires fondées sur la bonne foi afin d'illustrer les préceptes identifiés.

between the parties, but rather, on a normative standard founded upon the peaceful coexistence of rights and interests. Hence, these contractual relations are no longer purely subjective. Accordingly, the circumstances of execution and termination of contracts must be considered, in addition to their mere creation, and to the possibilities of judicial review. Furthermore, a better legitimization of the judicial review must be afforded, in addition to the recognition of the good faith principle as a privileged instrument for a fairer contractual commutability. In fact, the last part of this study is devoted to examining existing judicial interventions in which good faith was invoked, in order to best illustrate the principles delineated therein.

Plan de l'article

Introduction	15
I. Une théorie contractuelle cohérente	17
A. La motivation contractuelle	19
B. La liberté contractuelle	21
C. La commutativité contractuelle	26
D. Les droits subjectifs	30
E. Les sanctions	40
F. Bilan de la première partie	41
II. De la théorie à la pratique	43
A. <i>Banque Nationale du Canada c. Soucisse</i>	43
B. <i>Banque de Montréal c. Bail</i>	44
C. <i>Provigo distribution Inc. c. Supermarché A.R.G.</i>	47
Conclusion	48

Au fond, le droit ne trouve son contenu, propre et spécifique, que dans la notion du juste, notion primaire, irréductible et indéfinissable, impliquant essentiellement, ce semble, non pas seulement les préceptes élémentaires de ne faire tort à personne (neminem laedere) et d'attribuer à chacun le sien (suum cuique tribuere), mais la pensée plus profonde d'un équilibre à établir entre des intérêts en conflit, en vue d'assurer l'ordre essentiel au maintien et au progrès de la société humaine¹.

Au cours de nos enseignements, nous avons pu constater qu'il existe une contradiction dans le message que nous livrons à nos étudiants. Ainsi, nous enseignons que le contrat ne peut plus se justifier par la seule théorie de l'autonomie de la volonté. Nous dénonçons les injustices de cette théorie². Il est en effet difficile de soutenir qu'un contrat reflète l'exercice libre de la volonté de chacune des parties. Dans les faits, une des parties est le plus souvent en mesure de dominer son cocontractant, notamment dans la négociation et la rédaction des stipulations contractuelles. On en veut pour exemple les contrats d'adhésion, qui constituent la majorité des conventions signées, et dont certaines dispositions désavantagent parfois outrageusement une des parties.

Parallèlement à ces dénonciations légitimes, plusieurs juristes continuent néanmoins à insister sur le principe de l'immutabilité contractuelle, tant pour les parties que pour le pouvoir judiciaire. On dénonce l'intervention des juges qui cherchent à rééquilibrer un contrat injuste³, le juge

¹ François GÉNY, *Science et technique en droit positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t.1, Paris, Sirey, 1914, n° 16, p. 50.

² Pour de telles critiques, voir, notamment : Stéphanie BIMES-ARBUS, « L'évolution de la commutativité contractuelle », R.R.J. 2001.1371, n° 12 et suiv. Voir aussi Laurence FINLANGER, *L'équilibre contractuel*, t. 366, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2002, n° 116 ; Emmanuel GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé: contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Éditions Arthur Rousseau, 1912, p. 371 et suiv. ; Sophie LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, t. 335, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2000, n° 726 et suiv. ; Denis MAZEAUD, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », dans Luc GRYNBAUM et Marc NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, coll. « Études juridiques », Paris, Economica, 2004, p. 57, à la page 64 ; Véronique RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, Paris, P.U.F., 1980, p. 133 ; Louise ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », (1999) 44 R.D. McGill 903, 907.

³ On en veut pour preuve le débat sur la notion de lésion entre majeurs lors de l'adoption du *Code civil du Québec*, débat qui s'est soldé par le retrait de l'accès plus général

n'étant censé appliquer le contrat que selon l'intention des parties, et avec pour seule réserve l'ordre public. Les critiques de l'intervention judiciaire reposent principalement sur deux arguments. Premièrement, on note que celle-ci risque de nuire à l'économie du contrat, entraînant une situation encore plus injuste que celle que l'on cherche à corriger⁴. Un tel argument démontre bien que, malgré les critiques, l'équilibre contractuel se conçoit encore d'une manière subjective, liée à la volonté manifestée par les parties au moment de la conclusion du contrat⁵. On hésite à examiner cet équilibre selon des facteurs objectifs, basés sur une conception socialement raisonnable du contrat, puisque cela serait perçu comme une atteinte à la commutativité voulue par les parties. On nuirait, en d'autres termes, à la liberté contractuelle manifestée par l'exercice du consentement⁶.

Le deuxième argument, quant à lui, porte sur la nature d'une intervention judiciaire. Il veut qu'une intervention judiciaire ordonnant à la partie avantagée de veiller à un meilleur équilibre contractuel au profit de la partie désavantagée équivaille à lui faire la charité et ne puisse reposer que sur des valeurs de nature altruiste. Or, le droit privé québécois n'a pas pour fondement de telles valeurs altruistes⁷. Le modèle québécois est celui d'une société libérale. Ses préceptes se formulent essentiellement en devoirs qui visent à assurer la liberté, la propriété et la sécurité⁸. Le citoyen

à la lésion comme vice de consentement, pour ne lui laisser que l'accès restreint qu'on lui connaît maintenant (art. 1405 C.c.Q.). Il est important de mentionner que l'Office de révision du Code civil prévoyait la possibilité d'invoquer la lésion pour toute personne lésée. Pour une présentation générale des débats ayant mené à la version actuelle des articles 1405 et 1406 C.c.Q., voir Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd. par Jean PINEAU et Serge GAUDET, Montréal, Éditions Thémis, n° 104, p. 214-218.

⁴ C'est d'ailleurs l'argument le plus souvent invoqué pour rejeter la théorie de l'imprévision en droit québécois. Voir, par exemple, J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 3, n° 285, p. 515-521.

⁵ S. BIMES-ARBUS, préc., note 2, n° 3; Paul-André CRÉPEAU avec la collab. d'Élise CHARPENTIER, *Les Principes d'UNIDROIT et le Code civil du Québec: valeurs partagées?*, Scarborough, Carswell, 1998, p. 82 et suiv.

⁶ Voir une critique sur le rapprochement « dogmatique » entre la liberté contractuelle et le principe de l'autonomie de la volonté, même au péril de la protection des consommateurs: Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, n° 70, p. 65.

⁷ Voir, notamment: Nicholas KASIRER, « Agapè », R.I.D.C. 2001.575.

⁸ François EWALD, *Histoire de l'État providence. Les origines de la solidarité*, 2^e éd., Paris, Grasset & Fasquelle, 1996, p. 19.

doit respecter une série de devoirs généraux tels que ceux de ne pas nuire à autrui ou de ne pas empiéter sur ses droits⁹. L'idéologie libérale n'oblige pas à agir de manière positive à l'égard des intérêts d'autrui. Par exemple, nous n'avons aucune obligation de donner le moindre sou au mendiant ou même à notre fratrie. Le droit québécois ne comporte pas une obligation générale de donner à autrui, de le favoriser au détriment de soi-même. Pour qu'une telle obligation existe, il est nécessaire qu'elle soit spécifiquement prévue par la loi, comme l'est par exemple, l'obligation alimentaire entre conjoints de droit ou entre descendants au premier degré¹⁰. Il en est de même du devoir de porter secours à autrui lorsque sa vie est menacée¹¹.

I. Une théorie contractuelle cohérente

Pour notre part, nous avons de la difficulté à accepter l'argumentation des détracteurs de l'intervention judiciaire au contrat. En fait, si chacun de ces arguments nous semble, *prima facie*, abstraitement fondé en droit québécois, leur application ou leur interprétation nous apparaît comme un détournement des principes fondamentaux du droit des contrats. Ainsi, il nous semble théoriquement acceptable de penser que l'équilibre subjectif conçu par les parties au contrat doit effectivement être sauvegardé lorsque les parties pouvaient effectivement, au moment de sa formation, veiller à la sauvegarde de leurs intérêts, tant en ce qui concerne sa conclusion qu'en ce qui concerne son élaboration. Cependant, nous croyons que ce principe est mal adapté lorsque la situation factuelle d'une des parties fait en sorte que son cocontractant lui impose toutes les dispositions contractuelles et qu'il ne lui reste aucune autre possibilité que celle d'accepter ou de refuser le contrat dans son ensemble. De même, s'il est vrai que le droit québécois ne comporte pas un devoir général d'avantager autrui, nous croyons qu'une intervention judiciaire qui vise à empêcher une partie d'abuser de sa situation privilégiée pour nuire à autrui n'est autre chose qu'une manifestation des principes généraux de vie sociale.

De plus, le rejet de l'intervention judiciaire au sein des relations contractuelles a pour résultat d'entraîner de nombreuses injustices, en

⁹ *Id.*

¹⁰ Art. 585 C.c.Q.

¹¹ Art. 2 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12.

cautionnant les conséquences de l'application stricte des préceptes de la théorie de l'autonomie de la volonté, pourtant maintes fois dénoncée. Pour ainsi dire, on critique mais on refuse de concevoir la relation contractuelle autrement que par ses préceptes traditionnels. En quelque sorte, on pourrait affirmer que les juristes modernes ont pour maxime que « le contrat est juste parce qu'il a été voulu et cela même s'il est injuste »¹².

Nous sommes plutôt d'avis que cautionner l'injustice objective au sein de la relation contractuelle au nom de la sécurité des transactions et de l'économie subjective du contrat nuit dans les faits à sa véritable fonction d'échanges et de créations de richesses¹³. La théorie traditionnelle du contrat a été élaborée alors que les écarts entre les parties étaient moins flagrants, les principaux contractants étant des personnes physiques issues de la bourgeoisie. Mais dans une situation où le contexte social s'est diversifié, nous croyons que l'ordre social doit avoir à cœur que le contrat soit un instrument envisagé dans l'intérêt des deux parties et non pas comme un instrument possible d'exploitation d'autrui. Comme le mentionnait le défunt doyen Carbonnier : « [...] il y a *faute*, acte illicite, *délit* à profiter de la situation embarrassée ou de l'inexpérience de l'autre, à l'exploiter »¹⁴.

Ce conflit de valeurs nous a poussée à tenter de rechercher de nouveaux fondements à la théorie contractuelle, le tout dans l'élan des principes directeurs codifiés au *Code civil du Québec*. On le sait, et d'ailleurs les commentaires du ministre de la Justice de l'époque sont aussi limpides à cet égard, le *Code civil du Québec* a pour préoccupation une plus grande justice contractuelle, notamment par la reconnaissance du principe de la bonne foi¹⁵. L'occasion était belle pour tenter de définir ces nouveaux pré-

¹² Voir, notamment : Christian LARROUMET, « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », D. 1997.chr.145 qui écrit, entre autres : « L'application [l'intervention judiciaire] est dévastatrice en ce qu'elle a pour effet, en développant le contrôle du contrat par le juge, de ruiner la liberté contractuelle ».

¹³ Plusieurs reconnaissent qu'il s'agit d'une des principales utilités du contrat : voir, notamment, Paul-André CRÉPEAU, « La fonction du droit des obligations », (1998) 43 R.D. McGill 729, 732 et suiv.; Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, n° 248, p. 223; Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, n° 119, p. 53; Catherine THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ. 1997.357, 368.

¹⁴ Jean CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, 22^e éd., t. 4, Paris, PUF, 2000, p. 165.

¹⁵ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, Québec, Publications du Québec, 1993, par exemple sous l'empire des articles 1375 et 1434

ceptes afin de guider les acteurs judiciaires dans la quête d'une meilleure équité contractuelle.

Nos recherches et analyses de diverses situations contractuelles nous ont amenée à dégager quatre assises nous apparaissant essentielles à la compréhension des relations contractuelles de type synallagmatique, soit celles où les échanges sont définis comme étant mutuels et dans l'intérêt des deux parties. Ces assises sont les suivantes, et nous les décrirons plus amplement dans les paragraphes qui suivent :

- A./ La motivation contractuelle ;
- B./ La liberté contractuelle ;
- C./ La commutativité contractuelle ;
- D./ Les droits subjectifs.

A. La motivation contractuelle

Cette première assise réfère à l'utilité du contrat synallagmatique. Lorsqu'il conclut un contrat, un contractant vise principalement à améliorer son sort¹⁶. Les droits qu'il obtient, il compte le plus souvent les utiliser dans son intérêt et celui de ses proches. Cela peut sembler simpliste mais, psychologiquement, un contractant conclut un contrat dans son intérêt et non pas avec une quelconque visée d'amélioration de la société dans laquelle il vit. Personne ne conclut un contrat en pensant : «Voici ma contribution à l'intérêt social ! ». La nature humaine est ainsi faite, chacun veut améliorer sa propre situation¹⁷ !

Pourtant, plusieurs auteurs ont développé des théories qui ont pour fondement des principes d'utilité sociale. Nous pouvons inclure parmi celles-ci plusieurs théories fondées sur l'analyse économique du droit ou même la fameuse théorie du « juste et de l'utile » du professeur français

C.c.Q.

¹⁶ Anne-Sylvie COURDIER, *Le solidarisme contractuel*, Thèse de doctorat en droit, Université de Bourgogne, 2003[microfiches], n° 53 et suiv.; Philippe DELEBECQUE et Frédéric-Jérôme PANSIER, *Droit des obligations. Contrat et quasi-contrat*, 2^e éd., Paris, Litec, 2001, n° 261 ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 13, n° 1997, p. 1085; Judith ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, t. 311, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1999, notamment n° 81.

¹⁷ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 13, n° 1997, p. 1085; Ph. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, préc., note 16; J. ROCHFELD, préc., note 16.

Jacques Ghestin. Toutes ces théories fondent l'utilité du contrat non pas sur une utilité personnelle, mais sur l'utilité sociale du contrat. Jacques Ghestin affirme d'ailleurs qu'un contrat peut être inutile à l'un des contractants sans que cela puisse par ailleurs affecter sa validité. Or, si ces propos peuvent s'avérer dans un véritable contexte de liberté, ils nous semblent dangereux lorsque le contrat conclu est, comme c'est le cas la plupart du temps, un contrat d'adhésion...

Par ailleurs, ces conceptions de l'utilité contractuelle nous semblent incompatibles avec une théorie contractuelle qui veut aller au-delà de la simple dissertation théorique pour tenter d'influencer les comportements. En effet, aucune de ces théories n'a réussi à déterminer la méthode par laquelle le tribunal peut recourir à l'utilité sociale dans l'examen de la validité d'un contrat particulier. Comment ce critère doit-il être prouvé et jugé? Les auteurs qui soutiennent une telle théorie ne peuvent que se référer à une fiction théorique et conclure que tous les contrats légalement conclus sont utiles socialement. Mais une telle prétention a-t-elle déjà fait l'objet d'une étude? Peut-on vraiment affirmer qu'un contrat qui avantage outrageusement une partie en situation d'hégémonie sur l'autre est véritablement utile socialement? Il est d'ailleurs intéressant de noter que les exemples qui sont donnés par Jacques Ghestin au soutien de ses propos démontrent plutôt que l'on ne peut écarter l'utilité individuelle d'un contrat particulier. Ainsi, il tente d'argumenter que l'on peut faire la démonstration de l'utilité sociale du contrat en se contentant de faire la preuve de la qualité du consentement de chacune des parties ou de celle de l'importance des besoins individuels satisfaits grâce au contrat¹⁸. Pourtant, à partir de ces exemples, la présomption d'utilité sociale d'un contrat particulier nous apparaît un peu trop rapidement établie. Les éléments soumis par le professeur Ghestin nous semblent plutôt faire la preuve de l'importance de l'intérêt personnel du contrat. D'ailleurs, le professeur Ghestin lui-même admet que le bien commun passe par la satisfaction des intérêts de chaque personne¹⁹. En d'autres termes, il démontre, bien malgré lui, qu'un juge ne peut éviter de se prononcer sur l'utilité individuelle d'un contrat s'il veut par ailleurs se prononcer sur l'utilité sociale de celui-ci, en supposant qu'une telle déclaration soit possible.

¹⁸ Voir, notamment, les n^{os} 230-238, p. 205-213 : J. GHESTIN, préc., note 13.

¹⁹ « Laisser aux individus un pouvoir d'initiative dont ils recueilleront les fruits sous forme d'avantages personnels est un moyen de les faire collaborer à la recherche du bien commun » : *id.*, n^o 250, p. 224.

Il semble donc clair qu'au-delà des discours théoriques et des débats universitaires, une théorie contractuelle visant les contrats synallagmatiques ne peut écarter l'assise de l'intérêt individuel²⁰. C'est donc celui-ci que nous avons décidé de favoriser dans notre analyse.

Le critère de l'utilité individuelle s'analysera en parallèle avec la prochaine assise qu'est la liberté contractuelle. Ainsi, comme nous le verrons, un contractant jouissant d'une grande liberté dans la sauvegarde de ses intérêts contractuels ne pourra se plaindre d'un contrat défavorable à ceux-ci. Par contre, plus la liberté d'un contractant sera restreinte, plus il appartiendra à son cocontractant avantage de veiller à ce que le contrat soit équitablement utile aux deux parties.

B. La liberté contractuelle

La liberté a traditionnellement été la pierre d'assise de la théorie contractuelle en droit civil québécois. Même si le *Code civil du Québec* a pour prétention d'instaurer de nouveaux fondements contractuels afin d'assurer une plus grande moralité contractuelle, il faut par ailleurs constater que ses dispositions insistent toujours sur l'importance d'un consentement libre et éclairé comme élément de validité et de conclusion du contrat²¹. La liberté contractuelle est encore perçue comme un élément essentiel du contrat²². Dans notre langage de juristes, il est d'ailleurs courant d'affirmer que le contrat se forme par la « rencontre des volontés » et celle-ci n'est que la manifestation de la liberté contractuelle.

²⁰ François OST, *Droit et intérêt*, vol. 2, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 13

²¹ Le *Code civil du Québec* prévoit que « le consentement doit être libre et éclairé » (art. 1399).

²² Voir les commentaires du professeur Tancelin à cet effet : M. TANCELIN, préc., note 6, n° 59, p. 59. Il est intéressant de noter que ce même principe de liberté revient dans des documents à saveur internationale, tels que Unidroit, au paragraphe 1.1 des principes d'UNIDROIT, INSTITUT NATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ, *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, Unidroit, 1994 [« Unidroit »] ou dans les efforts d'uniformisation du droit européens des contrats : COMMISSION DU DROIT EUROPÉEN DES CONTRATS, *Principes du droit européen des contrats*, vol. 2, trad. Georges ROUHETTE, avec le concours d'Isabelle de LAMBERTERIE, Denis TALLON et Claude WITZ, Paris, Société de législation comparée, 2003, à l'article 1.102.

Dans la philosophie libérale dans laquelle baigne le droit des obligations québécois, la liberté est envisagée comme un instrument de mesure, notamment par l'importance donnée au consentement. Dans un contexte d'égalité entre les parties, l'exercice libre de la volonté est probablement le meilleur instrument pour juger de l'utilité subjective d'un contrat²³: « Quand quelqu'un décide quelque chose à l'égard d'un autre, il est toujours possible qu'il lui fasse quelque injustice; mais toute injustice est impossible dans ce qu'il décide pour lui-même. »²⁴ On conclut un contrat dans son intérêt et cette conclusion se fait par l'exercice du consentement, qui n'est autre chose que la manifestation extérieure de la volonté. L'exer-

²³ Philippe STOFFEL-MUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprévision: vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, Aix-en-Provence, PUAM, 1994, n° 49. Certains auteurs attribuent cette conception à la théorie du contrat social de Rousseau, voulant que tous les humains soient égaux et libres et donc n'utiliseront pas cette liberté à leurs dépens, voir notamment: Rosalie JUKIER, « *Banque Nationale du Canada v. Houle* (S.C.C.): Implications of an Expanded Doctrine of Abuse of Rights in Civilian Contract Law », (1992) 37 R.D. McGill 221, 241.

²⁴ Emmanuel KANT, *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit*, trad. Jules BARNI, Paris, Durand, 1854, p. 169, tel que cité dans S. BIMES-ARBUS, préc., note 2, 1372, n° 9. Bien entendu, la doctrine kantienne de l'autonomie de la volonté est principalement philosophique. Il faut noter que l'attribution à Kant des concepts juridiques de la théorie de l'autonomie de la volonté est par ailleurs controversée en doctrine, voir: V. RANOUIL, préc., note 2, p. 9 et suiv. et p. 53 et suiv., pour qui la vision kantienne de l'autonomie de la volonté est purement philosophique et ne signifie que « le libre choix qu'a l'homme de se donner comme sienne la loi morale et de s'y soumettre [...] », ce qui, pour elle, n'a aucune commune mesure avec le concept juridique de l'autonomie de la volonté qui « signifie que la volonté est la source et la mesure des droits subjectifs ». Cependant, l'auteure reconnaît que Kant a contribué indirectement par certaines de ses formules, à l'essor du volontarisme au sein de la science juridique, notamment celles voulant qu'une personne ne puisse être soumise qu'à la loi qu'elle se donne elle-même ou avec d'autres, qu'une personne ne puisse se faire injustice à soi-même, que le plus grand droit subjectif soit la liberté et que le but principal de la loi doive justement être de gérer la coexistence de l'exercice des libertés individuelles. En ce sens, l'auteure reconnaît que Kant a fait de la volonté la source unique du droit, mais refuse de lui reconnaître une influence autre sur la doctrine de l'autonomie de la volonté. Voir au même effet, E. GOUNOT, préc., note 2, notamment p. 54 et suiv.; Élise CHARPENTIER, *L'équilibre des prestations: une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat?*, Thèse de doctorat, Montréal, Faculté de droit, Université McGill, 2001, p. 5 et suiv.; Emmanuel PUTMAN, « Kant et la théorie du contrat », R.R.J. 1996.685; Georges ROUHETTE, « La force obligatoire du contrat. Rapport français », dans Denis TALLON et Donald HARRIS (dir.), *Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises*, Paris, L.G.D.J., 1987, p. 27, aux n° 13 et suiv. Voir aussi, pour un résumé de ces critiques: M. TANCELIN, préc., note 6, n° 61 et suiv., p. 59 et suiv.

cice libre de la volonté suppose et démontre l'intérêt du contractant. La volonté joue, dans cette mesure, les deux rôles de justification et d'élément fondamental de la force obligatoire du contrat²⁵. Le contrat doit être respecté puisqu'il a été voulu. Il est par ailleurs voulu parce qu'il représente le meilleur intérêt subjectif de chaque partie.

Un postulat permet de mieux saisir le lien entre l'exercice libre de la volonté et la présomption d'intérêt du contractant : la liberté entraîne la responsabilité du contractant. Chacun est maître de la gestion de ses intérêts et a la responsabilité de veiller à ceux-ci²⁶. Généralement, et à moins qu'une relation particulière n'existe entre elles (mandat, tutelle ou autre), une personne ne peut se plaindre du fait qu'une autre n'a pas spontanément pris en charge ses intérêts. Chaque personne est responsable de la gestion de ses affaires et ne peut faire porter à autrui sa propre négligence à le faire. Cette responsabilité est d'ailleurs garante de la liberté contractuelle. Si nous devons prendre positivement en charge les intérêts d'autrui dans l'exercice de notre volonté contractuelle, nous ne pourrions dire que nous sommes entièrement libres de gérer nos intérêts propres. Les intérêts d'autrui agiraient comme une contrainte importante et seraient incompatibles avec un exercice libre.

D'ailleurs, plusieurs notions de droit civil s'expliquent par cette responsabilité. Nous pouvons notamment penser à l'obligation d'information et ses conditions d'application. Pour qu'un contractant puisse se prétendre créancier d'une obligation d'information, il doit démontrer qu'il est en situation de vulnérabilité informationnelle. Une telle vulnérabilité implique qu'il ne peut aisément obtenir l'information voulue ou qu'il existe un tel lien de confiance entre les contractants qu'il est raisonnablement en droit de s'attendre à ce que toutes les informations importantes lui soient transmises en bonne et due forme. Lorsqu'il lui est raisonnablement possible de trouver l'information lui-même, un contractant ne peut se plaindre de sa négligence à ne pas s'informer. Le même

²⁵ François GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1954, n° 172 ; V. RANOUIL, préc., note 2, p. 71.

²⁶ Thierry REVET, « Les apports au droit des relations de dépendance », *RTD com.* 1997.37, 42 ; voir aussi une telle déclaration dans : *Banque de Montréal c. Bail*, [1992] 2 R.C.S. 554, 587. Il faut noter que des auteurs dénoncent cette philosophie qu'ils jugent « irresponsable » : André BÉLANGER et Ghislain TABI, « Vers un repli de l'individualisme contractuel ? L'exemple du cautionnement », (2006) 47 *C. de D.* 429, 471.

principe s'applique en matière d'erreur inexcusable lorsqu'un contractant tente de se prévaloir d'un vice de consentement.

Tous les préceptes rattachés à la théorie de l'autonomie de la volonté peuvent apparaître louables et appropriés lorsqu'un contractant bénéficie effectivement de la liberté nécessaire à la saine gestion de ses intérêts. Ils paraissent malheureusement inappropriés dans le contexte actuel où la situation des contractants a évolué sans que le principe et la définition d'un consentement libre aient par ailleurs fait l'objet d'une adaptation conséquente²⁷. Nous savons maintenant que la théorie de l'autonomie de la volonté est généralement source d'injustice puisque son postulat de liberté repose lui-même sur un postulat immuable d'égalité des parties contractantes²⁸ à assurer effectivement une saine sauvegarde de leurs intérêts personnels. Toutes les personnes, physiques ou morales, sont considérées égales entre elles dans leur capacité de négociation et d'élaboration du contrat²⁹. Ainsi, dans sa capacité à veiller à ses intérêts, la simple personne physique est considérée comme l'égale d'une société commerciale importante, même si les contrats de cette dernière ont été soigneusement élaborés par des avocats chevronnés. Toutes les parties étant, d'une manière irréfutable, présumées égales dans leur capacité à exercer leur liberté, on prétend alors que le contrat représente la véritable manifestation de l'exercice de la liberté individuelle, avec toutes les conséquences juridiques qu'une telle conclusion peut entraîner.

Pourtant, la liberté contractuelle suppose que nous ne soyons pas soumis à la volonté d'autrui lors de la conclusion du contrat. Or, la réalité démontre qu'il existe le plus souvent des écarts importants entre les par-

²⁷ M. TANCELIN, préc., note 6, n° 63.1 et suiv., p. 61 et suiv.

²⁸ Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 6^e éd. par Pierre-Gabriel JOBIN avec la collab. de Nathalie VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, n° 90; É. CHARPENTIER, préc., note 24, p. 8; Brigitte LEFEBVRE, « La justice contractuelle: mythe ou réalité? » (1996) 37 *C. de D.* 17, 19.

²⁹ Voir, à ce sujet, la dénonciation qu'en fait l'auteur de common law Geoffrey Samuel en spécifiant que cette égalité fictive, qui touche même les personnes morales dans leurs relations avec les personnes physiques notamment, a pour conséquence d'obliger le législateur à intervenir pour protéger *de facto* les personnes physiques, en leur octroyant pratiquement un statut d'incapables: Geoffrey SAMUEL, *Understanding Contractual and Tortious Obligations*, Exeter, Law Matters, 2005, n° 1.3. D'ailleurs, une lecture de la *Loi de la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1 et, notamment, de son article 8 sur la lésion subjective, est assez éloquente à cet égard.

ties³⁰ dans leur capacité à gérer le contenu contractuel et le Code civil s'est mal adapté à cette inégalité factuelle des parties³¹. Il continue à considérer que la liberté contractuelle ne réside que dans l'absence de vices stricts de consentement. Pourtant, la notion même de contrat d'adhésion, qui est reconnue au Code civil, est incompatible avec une théorie qui prône que la liberté agit comme gardienne de la saine satisfaction des intérêts des contractants. Un tel contrat est en quelque sorte une réglementation privée qu'une des parties impose à l'autre³². On ne peut sérieusement prétendre qu'un contractant qui se trouve dans l'incapacité à participer à l'élaboration du contenu contractuel et qui n'a d'autre choix que de se faire imposer toutes les conditions contractuelles puisse assurer sainement la gestion de ses intérêts. Il nous semble manifestement déviant d'affirmer que ce contractant doit assumer l'entière responsabilité de ses choix au risque de compromettre l'économie contractuelle. Le contractant le plus faible n'a souvent plus la possibilité d'être le meilleur défenseur de ses intérêts³³ et l'immutabilité contractuelle n'est souvent source de protection que pour la partie forte, qui peut ainsi bénéficier, à son unique profit, de l'inégalité factuelle des parties³⁴. Interprétée de manière restrictive, l'immutabilité contractuelle devient, dans plusieurs cas, source d'injustice puisqu'elle permet de tolérer des déséquilibres manifestes et l'asservissement d'une partie à une autre³⁵. Cela démontre bien l'inadéquation de l'équation liberté = justice contractuelle dans le contexte actuel et un examen des assises contractuelles modernes doit, à notre avis, tenir compte de cette réalité. C'est ainsi qu'à notre avis, nous devrions à l'avenir adopter comme

³⁰ J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, préc., note 28, n° 90; Nooman M. K. GOMAA, *Théorie des sources de l'obligation*, t. 88, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1968, n° 13; B. LEFEBVRE, préc., note 28, 20.

³¹ M. TANCELIN, préc., note 6, n° 64, p. 62.

³² Pascal ANCEL, « La force obligatoire. Jusqu'où faut-il la défendre? », dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 163, à la page 174.

³³ Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Éric SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, t. 1 « L'acte juridique », 11^e éd. par Jean-Luc AUBERT et Éric SAVAUX, Paris, Armand Collin, 2004, n° 108; Christophe JAMIN, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Droit et patrimoine* 1998.46, 57.

³⁴ A. BÉLANGER et G. TABI, préc., note 26, notamment 438; S. BIMES-ARBUS, préc., note 2, n° 12; C. THIBIERGE-GUELFUCCI, préc., note 13, 376.

³⁵ Voir S. BIMES-ARBUS, préc., note 2, n° 12 et Jean-Pascal CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin? », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), préc., note 32, p. 99, à la page 125.

principe général de droit, une opinion émise récemment par la Cour suprême du Canada: «C'est la protection du consommateur qui prime la liberté contractuelle, et non le contraire.»³⁶

Nous sommes donc d'avis que le niveau de responsabilité de chacun des contractants dans la sauvegarde de ses intérêts devra être proportionnel au degré réel de liberté dans la gestion de ceux-ci. Par ailleurs, le degré de responsabilité de chacune des parties influencera directement la légitimité de l'intervention judiciaire. Une partie soumise devrait pouvoir aisément faire appel à la protection sociale qu'offrent les tribunaux. Cette constatation nous amène à examiner la notion de commutativité contractuelle, puisque c'est par cette analyse que le juge pourra assurer une certaine protection des intérêts des deux parties.

C. La commutativité contractuelle

Cette assise comporte deux dimensions différentes. Toutes deux nous apparaissent essentielles à une saine justice contractuelle. La première concerne la définition de la commutativité contractuelle. La seconde réfère à l'importance du juge dans le respect des préceptes de justice. Nous examinerons chacune de ces dimensions en commençant par définir la commutativité contractuelle.

Le contrat de type synallagmatique comporte des échanges entre deux personnes. Les caractéristiques du lien étroit entre les deux parties impliquées dans la relation obligationnelle nous permettent d'affirmer qu'à première vue ce droit relève essentiellement de la justice commutative³⁷.

³⁶ *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec c. Proprio Direct Inc.*, [2008] 2 R.C.S. 195, par. 38.

³⁷ THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, trad. française par M. S. GILLET, Paris, Revue des jeunes, 1932, IIa – IIae, quest. 61, art. 3; voir aussi ALAIN SÉRIAUX, *Droit des obligations*, 2^e éd., Paris, PUF, 1998, n° 228; ERNEST J. WEINRIB, *The Idea of Private Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1995 (dans ce cas, la théorie complète du livre est fondée sur cette idée); VICTOIRE LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, t. 1, Aix-en-Provence, PUAM, 2000, n° 77. Il faut noter que certains auteurs voient cependant une justice distributive dans certains actes précis de droit privé tels que le contrat de partage (qui, par ailleurs, n'est pas un contrat nommé en droit civil québécois), mais reconnaissent que la majeure partie des actes ou situations juridiques de droit privé relèvent plutôt de la justice commutative: notamment, JEAN CARBONNIER, *Droit civil: Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, Paris, PUF, 2004, n° 51. Voir

On tient pour acquis que les individus impliqués sont égaux et que cette égalité se reflète dans leurs échanges. En principe, les critères intrinsèques de chacun des individus, tels leur rang social ou leur fortune, ne devraient pas leur permettre d'obtenir une plus grande part du gâteau ou des privilèges particuliers. Chacun devrait obtenir l'équivalent de ce qu'il offre en échange.

Si de nombreux auteurs s'entendent pour dire que le contrat est normalement une illustration des principes de justice commutative, tous ne s'entendent pas sur les implications de ces principes au sein de la relation contractuelle. Traditionnellement, on a considéré que la justice commutative impliquait l'égalité mathématique des prestations respectives³⁸. Ces auteurs se concentrent sur la valeur monétaire des prestations³⁹. Ainsi, un pain valant 3,50 \$ au prix courant devrait être payé 3,50 \$. Le contrat est ainsi juste puisqu'il respecte les principes de justice commutative. On retrouve souvent de tels préceptes sous l'appellation de « juste prix ». Pourtant, notre exemple soulève déjà, à notre avis, certaines difficultés. Qu'entend-on par les notions de valeur et de juste prix payé? La valeur marchande, la valeur subjective fixée par les parties, un coût de revient plus bénéfiques, une autre valeur? On le constate, l'égalité mathématique des prestations n'est pas des plus faciles à déterminer⁴⁰ et peut mener à de nombreux débats.

aussi Michelle CUMYN, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité: étude historique et comparée des nullités contractuelles*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, notamment aux n^{os} 341 et suiv. Pour une définition de ces notions, voir: CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues: Les obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, sous les termes « justice », « justice commutative » et « justice distributive ».

³⁸ Voir notamment T. D'AQUIN, préc., note 37, IIa – IIae, quest. 61, art. 2; Ph. STOFFEL-MUNCK, préc., note 23, n^o 47; Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1999, p. 31; James GORDLEY, « Contract Law in the Aristotelian Tradition », dans Peter BENSON (dir.), *The Theory of Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 265, à la page 267; Pierre KAYSER, « La justice selon Aristote », R.R.J. 1996.313, 318; A. SÉRIAUX, préc., note 37, n^o 228.

³⁹ Voir J.-L. BERGEL, préc., note 38, p. 31; J. GHESTIN, préc., note 13, n^{os} 252 et suiv.; J. GORDLEY, préc., note 38, à la page 267; P. KAYSER, préc., note 38, 318; A. SÉRIAUX, préc., note 37, n^o 228.

⁴⁰ L. FIN-LANGER, préc., note 2, n^o 289.

De plus, le respect des principes de justice commutative basée sur l'égalité économique comporte une autre difficulté. La complexification des relations contractuelles a entraîné une multiplication de clauses régissant non seulement la prestation principale, mais aussi la relation des parties. Pensons aux clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité ainsi qu'aux clauses pénales ou de résiliation unilatérale. Souvent, nous lisons que de telles clauses ont été consenties en échange d'un avantage, telle une baisse de prix. Cependant, dans un contexte où le contenu contractuel est le plus souvent imposé par une partie à l'autre, il semble de moins en moins vrai que de telles clauses soient consenties en échange d'une juste contrepartie. En réalité, nous pouvons affirmer que ce type de clauses s'intègre mal dans une commutativité définie par une seule valeur monétaire et mathématique des prestations.

C'est pour cette raison que nous préférons examiner l'équité au sein de la commutativité contractuelle en fonction d'une commutativité que nous qualifierons de normative. Cette commutativité réfère à « une juste répartition des charges et des profits »⁴¹ du contrat. Autrement dit, la commutativité contractuelle s'établit par l'étude des normes qu'elle impose à chacune des parties. Elle consiste à examiner l'ensemble des droits et devoirs de chacune des parties, soit autant les clauses relatives à la prestation principale que celles relatives à la relation des parties. Cet examen permet ainsi d'inclure les clauses pénales ou de résiliation unilatérale.

La première dimension de la commutativité contractuelle, telle que nous la concevons, réfère donc à une commutativité normative qui permet l'examen de l'ensemble des droits et devoirs des parties.

La seconde dimension de la notion de commutativité contractuelle insiste sur la nécessité de l'intervention judiciaire pour faire respecter les

⁴¹ A.-S. COURDIER, préc., note 16, notamment, n^{os} 224 et suiv. Cette juriste définit les charges et profits de la manière suivante (n^o 227) : « Le terme charge s'entend comme les divers éléments de l'objet du contrat qui sont en "défaveur" d'une partie, ceux dont le "poids" lui incombe. Il s'agit entre autres des obligations dont elle est débitrice, des peines privées qui lui seront appliquées en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution de ses obligations, des clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité qui lui feront supporter totalement ou en partie l'inexécution ou l'exécution défailante des obligations incombant à son cocontractant. Quant au terme "profits", il vise les éléments stipulés en faveur d'une partie. Ils sont par exemple les obligations dont elle est créancière, les peines privées dont elle a la maîtrise, la condition suspensive stipulée à son bénéfice ».

droits de chacune des parties, un aspect que les partisans de l'immutabilité contractuelle absolue, sauf dans les cas d'atteinte à l'ordre public, préfèrent occulter⁴². Les principes de justice commutative ne peuvent trouver application sans l'intervention judiciaire. Dans la mesure où l'on considère que les parties sont égales, il n'est pas possible de permettre à l'une de celles-ci de se faire justice elle-même. Cela irait à l'encontre même du fondement d'égalité. Il faut donc faire appel à un tiers, représentant de la société et mandaté par elle pour sanctionner les écarts aux préceptes régissant la vie sociale. Déjà, Aristote, dans ses écrits sur la justice commutative, prévoyait que cette dernière supposait la présence d'un arbitre neutre, tiers des parties impliquées⁴³. Une véritable « source de justice », selon sa propre terminologie.

Aussi, l'intervention judiciaire, par la plus grande égalité entre les rapports de force qu'elle peut instaurer, est essentielle au respect des principes de justice commutative⁴⁴. C'est la crainte d'une sanction judiciaire qui favorise le respect des normes. Sans celle-ci, une partie plus forte pourra toujours dicter les règles de conduite comme elle l'entend. Comme le dit si bien le professeur Popovici, « qui dit absence de sanction, dit absence de droit »⁴⁵. Le respect des droits de la partie la plus faible passe par l'intervention judiciaire. Nous pouvons donc conclure que la justice commutative légitime l'intervention judiciaire. En l'absence d'une telle intervention, les préceptes de justice commutative apparaissent virtuellement théoriques, sans possibilités d'application concrète.

⁴² Voir, notamment : C. LARROUMET, préc., note 12, pour qui la volonté des parties doit être souveraine, ce qui ne pourra être le cas en cas d'intervention judiciaire. Voir, pour un exposé de ces critiques : J. CARBONNIER, préc., note 14, n° 16 ; J. GHESTIN, préc., note 13, n° 185, p. 164 et suiv. ; C. THIBIERGE-GUELFUCCI, note 13, 364.

⁴³ Aristote voyait dans le juge un intermédiaire essentiel au maintien de la justice commutative : « Voilà pourquoi, lorsque surgit une contestation, on a recours au juge. Aller devant le juge, c'est se mettre en face de la notion même de juste, car l'idéal du juge, c'est d'être le juste personnifié. [...] Le juge, donc, restaure l'égalité » : ARISTOTE, *L'éthique à Nicomaque*, livre V, traduction par René Antoine GAUTHIER et Jean Yves JOLIF, Paris, Publications universitaires, 1970, n° 1132, art. 19-24 ; voir aussi une explication sur ce point vue d'Aristote dans E.J. WEINRIB, préc., note 37, p. 65.

⁴⁴ T. D'AQUIN, préc., note 38, n° IIa – IIae, quest. 61, art. 2.

⁴⁵ ADRIAN POPOVICI, « De l'impact de la *Charte de droits et libertés de la personne* sur le droit de la responsabilité civile : un mariage raté ? », dans *La pertinence renouvelée du droit des obligations : Back to Basics, Conférences Meredith 1998-1999* tenues à l'Université McGill le 12 mars 1999, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 49, à la page 72.

Cela dit, il nous reste à identifier certains facteurs d'évaluation. Lorsqu'une partie est manifestement avantagée en ayant, dans les faits, imposé sa volonté à l'autre partie, ne devrait-on pas interpréter le contrat avec des principes fondés sur une commutativité moins subjective⁴⁶ et avec un souci de garantir la bonne foi, l'équité et la protection de la partie la plus faible⁴⁷? C'est ce que l'on souhaite, mais il reste à préciser comment atteindre un tel résultat. Dans la prochaine section, nous étudierons ainsi la possibilité d'instaurer au sein de la théorie contractuelle de tels principes fondés sur une commutativité plus objective par l'analyse de ce que nous avons identifié comme le quatrième pilier, soit la notion de droits subjectifs.

D. Les droits subjectifs

La notion de droit subjectif est particulièrement importante en droit civil: elle constitue un élément dominant de la relation contractuelle. En effet, le contrat peut être perçu comme un instrument visant l'échange ou la création de droits subjectifs. Il apparaît donc qu'une théorie juridique qui serait incompatible avec cette notion pourrait difficilement se justifier et faire l'objet d'une application pratique.

Si l'existence même du droit subjectif a fait longtemps l'objet de débats⁴⁸, la controverse sur ce sujet a laissé place à celle portant sur la défi-

⁴⁶ S. BIMES-ARBUS, préc., note 2; voir de même, sur la promotion du raisonnable comme élément de justice contractuelle: P.-A. CRÉPEAU, préc., note 5, p. 132 et suiv.

⁴⁷ V. RANOUIL, préc., note 2, p. 134.

⁴⁸ Parmi les plus célèbres attaques, nous retrouvons celles d'un auteur français dont les théories niant l'existence des droits subjectifs ont cependant fait l'objet de nombreuses critiques: LÉON DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Félix Alcan, 1912 et LÉON DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, vol. 1, 3^e éd., Paris, Boccard, 1927. Cet auteur considérait la notion de droits subjectifs comme étant « métaphysique ». Voir notamment, dans son ouvrage « *Transformations* », les pages 8 et suiv.; voir plus amplement sur la conception de cet auteur: JEAN DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 32; JACQUES GHESTIN et GILLES GOUBEAUX avec la collab. de Muriel FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil: introduction générale*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1994, n° 178; OCTAVIAN IONESCU, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 11. Pour certaines critiques des théories de Duguit, voir: PAUL CUCHE, *En lisant les juristes philosophes*, Paris, J. de Gigord, 1919, p. 22 et suiv. et 75 et suiv.; J. DABIN, ouvrage précédemment cité, p. 27 et suiv.; FRANÇOIS GÉNY, *Science et technique en droit positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. 2, Paris, Sirey, 1927, n° 133; PAUL ROUBIER,

inition de cette notion. En fait, la seule chose qui semble faire l'unanimité au sujet du droit subjectif est qu'il existe pratiquement autant de définitions que d'auteurs qui ont tenté de le définir⁴⁹. Loin de nous l'idée de prétendre que les lignes qui suivent fourniront en primeur la définition. Par contre, nos recherches ont permis d'établir certaines caractéristiques qui semblent bénéficier d'un certain consensus. Parmi ces caractéristiques, nous retrouvons la notion d'intérêt protégé. Le droit subjectif protège un intérêt, ou autrement dit, un avantage conféré à une personne en particulier. Le droit subjectif peut en ce sens se concevoir comme la reconnaissance publique de cet intérêt. Une telle reconnaissance implique que l'intérêt pourra faire l'objet d'une protection sociale, d'où l'appellation d'intérêt protégé.

À cet égard, il est intéressant de noter que l'auteur allemand Rudolph von Jhering a reçu ses lettres de notoriété par ses réflexions sur la notion de droit subjectif comme « intérêt juridiquement protégé ». Il a développé sa pensée en voulant contrer une certaine doctrine qui mettait plutôt l'accent sur la prérogative exercée⁵⁰. Pour Jhering, l'exercice même d'une prérogative ne pouvait, à lui seul, expliquer la motivation du titulaire du droit subjectif à bénéficier de ce dernier. Personne ne conclut un contrat pour le seul plaisir d'exercer sa liberté⁵¹. En ce sens, nos conclusions rejoignent celles de Jhering : c'est l'avantage retiré du contrat qui motive l'action. De plus, Jhering a justement remarqué que même les incapables, tels les jeunes enfants, pouvaient être titulaires de droits subjectifs même s'ils ne bénéficiaient pas par ailleurs de la capacité d'exercice de ces derniers⁵². Il a logiquement conclu que le droit subjectif devait se concevoir non pas comme

Droits subjectifs et situations juridiques, Paris, Dalloz, 1963, n° 1, p. 80-81 et p. 81-82 ; voir aussi Gaston MORIN, « L'œuvre de Duguit et le droit privé », *Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique* 1932.153, spécialement aux pages 157 et suiv. ; Louis LE FUR, « Le fondement du droit dans la doctrine de Léon Duguit », *Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique* 1932.175, 181 et 182 ; Achille MESTRE, « Remarques sur la notion de propriété d'après Duguit », *Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique* 1932.163, 164 et suiv.

⁴⁹ Henri, Léon et Jean MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t.1, vol. 1, 10^e éd., par François CHABAS, Paris, Montchrestien, 1991, n° 155. Voir aussi du même avis, A. POPOVICI, préc., note 45, 71, n° 57.

⁵⁰ Voir les exposés sur les théories du pouvoir de volonté dans J. DABIN, préc., note 48, p. 56 et suiv. et J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, préc., note 48, n° 189.

⁵¹ Rudolph von JHERING, *L'esprit du droit romain*, t. 4, 3^e éd., trad. O. de MEULENAERE, Paris, Chevalier-Marescq, 1888, p. 321.

⁵² *Id.*, p. 321 et suiv.

la capacité à vouloir mais bien comme la capacité à profiter⁵³. Autrement dit, l'utilité, plutôt que la volonté, devait être la substance du droit⁵⁴. Cette analyse lui a permis de conclure que la jouissance du bien est un élément primordial du droit subjectif et prime sur la volonté⁵⁵ : « Jouir d'un droit sans en disposer peut se concevoir ; disposer sans jouir est impossible »⁵⁶.

Que peut-on penser de cette analyse de Jhering ? De toute évidence, Jhering a su mettre en lumière une caractéristique importante du droit subjectif, d'où la popularité de sa conception du droit subjectif en tant qu'*intérêt juridiquement protégé*. L'intérêt du titulaire est un fondement important du droit subjectif. Par contre, cette analyse ne suffit pas, à notre avis, pour définir la notion de droit subjectif. Il existe des intérêts qui sont juridiquement protégés, mais qui ne méritent pas pour autant la qualification de droits subjectifs. Nous pouvons penser notamment à l'intérêt de l'enfant. Il s'agit d'un intérêt reconnu et juridiquement protégé, mais qui ne peut pas, par ailleurs, être qualifié de droit subjectif. Cet intérêt ne comporte aucune prérogative d'action et s'inscrit plutôt comme une directive, une politique, visant à assurer un certain contrôle des prérogatives d'autrui. Ainsi, dans l'exercice de leurs prérogatives, les parents sont tenus d'agir en fonction des intérêts de l'enfant. Leur liberté fait donc l'objet d'un contrôle en fonction de cette directive d'action. Or, au contraire, notre analyse nous amène à conclure que le seul contrôle de l'exercice d'un droit subjectif porte sur l'exercice raisonnable du droit. Le droit subjectif comporte donc d'autres caractéristiques qui lui permettent de se distinguer d'un simple intérêt protégé.

À notre avis, la distinction entre un simple intérêt protégé et un droit subjectif est liée à la prérogative d'action conférée par le droit subjectif. Cette prérogative est un espace dans lequel le titulaire peut user de son droit en toute liberté. Cet espace n'a pour autre limite que le devoir de ne pas nuire indûment à autrui, ce qui implique notamment le devoir de respecter les droits subjectifs d'autrui⁵⁷. Ainsi, le titulaire du droit subjectif est libre d'exercer sa prérogative à sa guise : il peut l'utiliser à son avantage

⁵³ *Id.*, p. 325.

⁵⁴ *Id.*, p. 327.

⁵⁵ *Id.*, p. 337 et 338.

⁵⁶ *Id.*, p. 338.

⁵⁷ *Ciment du St-Laurent Inc. c. Barrette*, [2008] 3 R.C.S. 392.

exclusif⁵⁸. Cela est d'ailleurs logique puisque, rappelons-le, l'intérêt du titulaire est une caractéristique primordiale du droit subjectif. Il apparaît donc normal de conclure que le titulaire est libre d'exercer ou non sa prérogative dans son intérêt propre⁵⁹. Un intérêt imposé ou directive impérative d'action ne peut signifier un exercice libre de la prérogative.

Pour plusieurs auteurs, c'est justement cette dernière caractéristique d'exercice libre qui permet de distinguer la notion de droit subjectif de la notion de pouvoir. Un pouvoir s'exerce dans l'intérêt partiel ou total d'autrui⁶⁰. C'est cet intérêt, plutôt que celui du détenteur du pouvoir, qui doit être priorisé. Nous pouvons même affirmer que la réalisation de cet intérêt est la condition d'action du titulaire du pouvoir⁶¹. Cet exercice pourra d'ailleurs faire l'objet d'un contrôle afin de s'assurer que cette priorité est respectée. Dans le cas contraire, on parlera d'abus de pouvoir. Cette situation est assez fréquente: qu'il suffise de penser au cas du mandat, où le mandataire est tenu d'agir dans l'intérêt exclusif du mandant. De même, les administrateurs et dirigeants d'une personne morale sont tenus d'agir dans l'intérêt de cette dernière. Pour utiliser la terminologie appropriée, nous devrions dire que le mandant et la personne morale sont titulaires d'un droit subjectif, mais que le mandataire et l'administrateur sont détenteurs d'un pouvoir.

Une telle distinction entre les notions de pouvoir et de droit subjectif est importante puisqu'elle affecte la liberté d'action. Ainsi, le titulaire d'un droit subjectif est libre d'exercer ou de ne pas exercer sa prérogative. Il lui est par exemple possible d'assurer l'exécution forcée d'une obligation par le débiteur de cette dernière, mais par ailleurs, on ne pourra lui reprocher de s'abstenir s'il ne désire pas exercer son droit. Par contre, le détenteur d'un pouvoir ne bénéficie pas d'une telle liberté puisque ces actions sont soumises aux directives de l'intérêt. Il doit agir au meilleur de celui-ci et

⁵⁸ Madeleine CANTIN-CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, n° 91; J. DABIN, préc., note 48, p. 217 et suiv.; P. ROUBIER, préc., note 48, p. 144 et 145.

⁵⁹ P. ROUBIER, préc., note 48, p. 19; Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Économica, 1985, n° 32.

⁶⁰ Voir notamment M. CANTIN-CUMYN, préc., note 58, n° 91 et suiv.; J. CARBONNIER, préc., note 37, n° 162; J. DABIN, préc., note 48, p. 221 et suiv.; E. GAILLARD, préc., note 59, nos 235-239; T. REVET, préc., note 26, nos 6 et suiv.; P. ROUBIER, préc., note 48, p. 144 et 145.

⁶¹ E. GAILLARD, préc., note 59, n° 33.

pourra, par exemple, entraîner sa responsabilité s'il omet de prendre un recours nécessaire à la sauvegarde des intérêts de son protégé.

Ainsi, nous pouvons conclure que l'exercice libre conféré par le droit subjectif est incompatible avec un devoir d'agir en priorisant les intérêts d'autrui sur ses propres intérêts. Nous possédons la prérogative de favoriser nos intérêts dans l'exercice de nos droits. Certes, il nous faut par ailleurs respecter les limites de l'exercice raisonnable socialement, mais à l'intérieur de ces balises, le titulaire du droit subjectif peut agir dans son seul et unique intérêt⁶².

Une autre conclusion peut s'inférer de ces constatations. Nous avons montré que le droit subjectif est une prérogative exercée d'une manière libre. Nous avons, par ailleurs, tenté de démontrer que la liberté entraîne la responsabilité: il n'est pas possible de se plaindre de la négligence d'autrui à veiller à nos intérêts. Il revient à chacun de veiller à ses propres affaires. Il est donc possible de conclure que le droit subjectif est une prérogative exclusive. Seul son titulaire ou son représentant pourra l'exercer. Cela explique que l'on ne peut généralement nous forcer à profiter d'un droit subjectif⁶³. De la même façon, les principes d'intérêt judiciaire ou de nullité relative peuvent aussi se justifier par la prérogative exclusive du droit subjectif. Ces principes exigent l'action personnelle du titulaire du droit et son choix d'exercice ou d'abstention doit être respecté.

Nous l'avons par ailleurs mentionné, la liberté d'action conférée par le droit subjectif n'est pas illimitée. Les contraintes de la vie sociale entraînent avec elles des limites dans l'exercice des droits afin d'assurer une certaine paix sociale. La libre utilisation d'un droit est toujours socialement circonscrite afin d'éviter qu'il soit exercé contre autrui ou la commu-

⁶² J. DABIN, préc., note 48, p. 217 et suiv.; M. CANTIN-CUMYN, préc., note 58, n° 91; P. ROUBIER, préc., note 48, p. 144-145; E. GAILLARD, préc., note 59, n° 32.

⁶³ Cela explique d'ailleurs que les recours qui permettent de sauvegarder les droits des créanciers en s'immisçant dans le patrimoine du débiteur sont d'application stricte. De tels recours se heurtent à la liberté fondamentale du débiteur et au principe selon lequel nul n'a le devoir d'agir dans l'intérêt d'autrui. Ainsi, un débiteur n'a pas le devoir de faire fructifier son patrimoine pour mieux avantager ses créanciers. À ce sujet, voir, notamment: *Duchesne c. Demers*, [2004] R.J.Q. 2909, par. 37 et 38 (C.A.) et, plus généralement, sur la protection du patrimoine: Marie Annik GRÉGOIRE, « Protection du droit à l'exécution de l'obligation », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Obligations et responsabilité civile*, fasc. 12, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles.

nauté⁶⁴. C'est ainsi que chacun est tenu de respecter les droits d'autrui et qu'aucun droit, même celui de propriété, n'est d'une portée absolue. Il doit toujours s'exercer dans le respect des prérogatives légitimes d'autrui. Un tel devoir de respect se traduit par la norme de l'exercice raisonnable du droit. Toute prérogative doit donc être exercée selon des standards objectifs. C'est d'ailleurs ce qu'énoncent les articles 6 et 7 du *Code civil du Québec* lorsqu'ils codifient le devoir de bonne foi dans l'exercice des droits et définissent cette bonne foi par un standard d'exercice raisonnable du droit⁶⁵.

Du reste, plusieurs auteurs insistent sur le rôle du droit objectif comme gardien de la paix sociale. L'auteur allemand Emmanuel Kant n'échappe pas à la règle en écrivant que le droit objectif « vise à assurer la coexistence des libertés ». Telle serait donc l'utilité du standard d'exercice raisonnable du droit. Cette formule, très populaire, a par ailleurs marqué les fondements de la théorie contractuelle. Pourvu que l'exercice de la volonté soit « libre », il n'apparaît pas nécessaire de se préoccuper de l'intérêt qu'il procure à ses protagonistes. D'ailleurs, pareil examen pourrait à la limite constituer une atteinte à la saine coexistence des libertés, puisqu'elle compromettrait celle-ci en imposant le jugement d'un tiers, alors que l'exercice de l'intérêt se veut une prérogative exclusive de son titulaire. Ainsi, pourrait-on penser que le respect de la saine coexistence des libertés suppose la reconnaissance du caractère exclusivement subjectif de la commutativité contractuelle.

C'est précisément là que l'absolutisme du droit subjectif revient nous hanter. Le problème avec le principe de la coexistence des libertés, tel qu'il est actuellement appliqué, comporte un inconvénient de taille : il réduit au maximum le standard d'exercice raisonnable dans l'obtention d'un consentement nécessaire à la formation d'un contrat ; on ne laisse ainsi à ce standard que la minuscule ouverture des vices de consentement. Mais en dehors de ces cas très précis que sont la crainte et l'erreur (dolosive ou ordinaire), on ne considérera pas qu'un contractant a pu faire un usage déraisonnable de ses prérogatives contractuelles même s'il a, dans les faits, imposé entièrement sa volonté à l'autre partie, en le forçant, notamment, à adhérer à la totalité du contenu contractuel, sans autre discussion. La

⁶⁴ J. DABIN, préc., note 48, p. 54

⁶⁵ Définition adoptée dans la lignée de l'arrêt *Banque nationale du Canada c. Houle*, [1990] 3 R.C.S. 122.

coexistence des libertés n'est donc pas source de justice au sein de la théorie contractuelle.

De plus, pour notre part, nous croyons que la liberté n'est pas un but en soi. À l'instar de Jhering, dont nous avons déjà évoqué la pensée, il apparaît difficile de prétendre qu'une partie conclut un contrat pour le seul motif d'exercer sa liberté: nous concluons un contrat pour satisfaire nos intérêts, pour améliorer notre sort ou celui de nos proches. C'est pourquoi nous croyons que la liberté n'est que le porte-étendard du véritable fondement du droit privé: assurer la coexistence des intérêts⁶⁶.

Pour l'ensemble de ces raisons, nous ne croyons pas que l'injustice puisse se définir comme un manquement à la seule liberté d'autrui, mais bien comme l'irrespect illégitime des intérêts d'autrui. Nous choisissons donc de paraphraser Kant: le droit vise la coexistence paisible des intérêts. Et, puisque – nous l'avons déjà expliqué – certains intérêts peuvent être qualifiés de droits subjectifs lorsqu'ils comportent aussi l'exercice d'une prérogative exclusive, nous pourrions conclure que le droit objectif a pour mission la coexistence paisible des droits et des intérêts.

Pour résumer le fil de notre réflexion jusqu'à présent, la notion de droit subjectif implique un avantage – un intérêt – au cœur même de la relation contractuelle. Aucun droit subjectif ne peut être considéré comme conférant des prérogatives absolues: tous les droits sont soumis au standard de l'exercice raisonnable⁶⁷. Cette limite intrinsèque implique nécessairement un examen des valeurs sociales⁶⁸, parce que, dans beaucoup de cas, l'exercice d'un droit suppose une certaine nuisance tolérée socialement et ne pouvant être sanctionnée⁶⁹. Pour dire autrement, tout droit

⁶⁶ Voir P.-A. CRÉPEAU, préc., note 13, 733 et suiv.: bien qu'il utilise une terminologie différente, le professeur Crépeau présente la liberté comme le moyen de satisfaire les besoins humains.

⁶⁷ Walter YUNG, *Études et articles*, Genève, Librairie de l'Université Georg et Cie S.A., 1971, p. 112 et 113.

⁶⁸ Chaïm PERELMAN, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », *Archives de philosophie du droit* 1978.35, 38 et suiv.

⁶⁹ Juliana KARILA DE VAN, « Le droit de nuire », *RTD civ.* 1995.533; c'est d'ailleurs ce qu'exprime la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Ciment du St-Laurent Inc. c. Barrette*, préc., note 57, par. 29, lorsqu'elle écrit que, pour être sanctionné, l'exercice d'un droit doit atteindre le stade de « l'abus de droit ». Voir aussi la terminologie même de l'art. 976 C.c.Q. qui énonce que « les voisins doivent accepter les *inconvenients* normaux du voisinage [...] ».

doit être exercé par son titulaire d'une manière qui respecte la coexistence paisible des droits et des intérêts. Si tel est le cas, cet exercice n'entraînera pas la responsabilité de son titulaire. Mais un exercice indu, ne respectant pas la coexistence paisible des droits et intérêts, devra être sanctionné. Ainsi, le veut la paix sociale.

Néanmoins, comme nous l'avons souligné, le contrat a souvent été vu en marge de ces principes généraux. Le contrat étant conçu comme le résultat de la volonté libre des parties, la conduite de ces dernières a traditionnellement été examinée en fonction de la commutativité subjective définie par elles. Devant les résultats inéquitables de cette pratique, la question se pose à savoir s'il est encore approprié de conserver cette interprétation traditionnelle ou s'il est temps d'appliquer le principe de l'exercice raisonnable aux prérogatives contractuelles. Comme le souligne un auteur français : « La liberté contractuelle a été conçue pour des contractants égaux. Là où ils ne le sont pas, il faut rétablir l'équilibre pour éviter que la liberté, si elle jouait à l'état pur, n'aboutisse à des excès inadmissibles. »⁷⁰

À notre avis, la réponse se trouve dans la codification de l'article 1375 C.c.Q., qui prévoit spécifiquement que la bonne foi doit gouverner la conduite des parties, à tous les stades de la relation obligationnelle, ce qui naturellement inclut la relation contractuelle. Plusieurs ont critiqué ce qu'ils concevaient comme un doublon des articles 6 et 7 C.c.Q. Mais, à notre avis, cet article a justement pour mission de modifier la philosophie contractuelle dominante et d'insister sur l'exercice raisonnable des prérogatives contractuelles. Il confirme l'intention du législateur d'écarter l'interprétation traditionnelle fondée sur la commutativité subjective. Ainsi, l'article 1375 C.c.Q. est utile en ce qu'il vient confirmer la légitimité de l'intervention judiciaire au sein de la relation contractuelle en fonction de critères d'évaluation objectifs. Il est communément admis que les notions floues, telles que la bonne foi, constituent, lorsqu'elles sont reconnues par un texte de loi, des délégations de pouvoirs normatifs octroyées au pouvoir judiciaire⁷¹. Ainsi, la codification du devoir de bonne foi à l'article 1375

⁷⁰ Laurent LEVENEUR, « Le solidarisme contractuel : un mythe », dans L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), préc., note 2, p. 173, à la page 190.

⁷¹ Vincente FORTIER, « La fonction normative des notions floues », R.R.J. 1991.755, 756 et 757 ; Georges KHAIRALLAH, « Le “raisonnable” en droit privé français. Développements récents », *RTD civ.* 1984.439, 444 ; Valentin PETEV, « Standards et principes généraux du

C.c.Q. légitime l'intervention judiciaire afin de s'assurer que l'un ou l'autre des contractants ne puisse user de ses prérogatives contractuelles afin de nuire indûment à son cocontractant. Chacun doit exercer ses libertés d'une manière qui respecte les droits et les intérêts de son cocontractant.

Cette codification de l'exercice de bonne foi des prérogatives contractuelles n'est pas sans incidence sur le contenu du contrat. Le devoir de bonne foi s'impose à tous les stades de la vie contractuelle, y compris lors de la formation du contrat. Une partie doit agir d'une manière raisonnable dans son droit de contracter. Comme tout droit, elle ne peut en abuser. Conséquence à notre avis de ce devoir, lorsque les parties sont inégales dans leur capacité à veiller à leurs intérêts dans la négociation du contrat, la partie avantagée doit user de cette supériorité d'une manière qui respecte objectivement les droits et les intérêts de son cocontractant. Le devoir de bonne foi l'exige. Cela implique que l'élaboration du contrat devra s'exécuter avec le souci de ne pas nuire indûment à son cocontractant. Le résultat engendré par un tel devoir sera une commutativité raisonnable dans l'intérêt des deux parties⁷². Autrement dit, le contrat devra être raisonnablement utile pour les deux contractants. Des conditions imposées par la partie avantagée devraient alors faire l'objet d'un test spécifique : auraient-elles pu être raisonnablement acceptées par le cocontractant si ce dernier avait été en mesure de véritablement veiller à ses intérêts ? Si tel n'est pas le cas, de telles clauses devraient être sanctionnées. Nous pourrions alors affirmer qu'il s'agit de clauses entraînant une commutativité déraisonnable. Il serait alors, à notre avis, permis au juge de prétendre

droit », R.R.J. 1998.824, 831 ; Stéphane RIALS, « Les standards juridiques, notions critiques du droit », dans Chaïm PERELMAN et Raymond VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1984, p. 39, à la page 40 ; Annick TRIBES, *Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile*, t. 1 et 2, Thèse de doctorat, Paris, Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris (Paris II), 1975, p. 326 et suiv.

⁷² « Il ne s'agit pas d'assurer une stricte égalité, mais simplement de dire qu'une clause qui confère à l'une des parties un avantage sans contrepartie et qui n'a d'autre justification qu'un rapport de force inégalitaire, est en droit inadmissible. » : François-Xavier TESTU, « Le juge et le contrat d'adhésion », J.C.P. 1993.1.3673, n° 9. Au même effet, S. LE GAC-PECH, préc., note 2, n° 736. Ce critère pourrait contribuer à favoriser le développement de la cause à titre de critère d'évaluation de l'équilibre. Cependant, nous ne croyons pas qu'il s'agisse du seul critère approprié, puisque l'absence de cause est fatale pour le contrat et n'est ainsi peut-être pas idéale lorsque l'on désire conserver le lien contractuel.

qu'elles résultent d'un exercice de la prérogative de contracter, par la partie avantagée, ne respectant pas le devoir de bonne foi.

À ce stade, une précision s'impose. Jusqu'à présent, nous avons traité de la situation la plus courante dans laquelle un des contractants possède un net avantage dans sa position à protéger ses intérêts, en mesure qu'il est d'imposer le contenu contractuel à son cocontractant. Par ailleurs, si les parties se trouvent plus ou moins sur un pied d'égalité dans leur aptitude à négocier leur convention, il faudra respecter cette entente, la subjectivité des parties reprenant toute sa force dans un contexte de véritable liberté. Dans une telle mise en situation, si une partie n'a pas profité de cette opportunité alors qu'il lui était possible de le faire, elle n'aura qu'elle à blâmer et ne pourra se plaindre du fait que son cocontractant lui a causé préjudice. Tout comme l'erreur inexcusable, la négligence à veiller à la saine gestion de ses intérêts constitue une fin de non-recevoir à la recherche d'une aide en justice. Ne l'oublions pas, la liberté entraîne la responsabilité.

Par ailleurs, cette dernière remarque ne concerne, à notre avis, que le contenu contractuel en soi. Le tribunal pourra néanmoins examiner le comportement des parties dans le cadre de l'exécution et de l'extinction du contrat. Le lien débiteur-créancier des obligations créées par le contrat entraîne nécessairement la soumission d'une partie à une autre. Or, si la partie avantagée profite d'une manière déraisonnable de sa situation, elle pourra être sanctionnée. Le contenu contractuel peut être valide, mais son application peut être déraisonnable. Il arrive d'ailleurs régulièrement qu'une clause contractuelle prise hors contexte soit jugée raisonnable, mais que l'exercice des prérogatives qu'elle confère se fasse d'une manière fautive. Nous pouvons ainsi penser aux clauses de rappel de prêt à demande: bien que jugées valides par les tribunaux, ces clauses sont par ailleurs soumises, dans leur exercice, à un préavis raisonnable⁷³. Aucune prérogative, même conférée par contrat, ne peut être utilisée d'une manière absolue ou, autrement dit, d'une manière qui ne respecterait pas le devoir de ne pas nuire indûment à autrui.

⁷³ Voir, notamment : *Banque nationale du Canada c. Houle*, préc., note 65.

E. Les sanctions

Le devoir de bonne foi a souvent été comparé à la simple faute pour conclure que les deux notions s'incluaient une dans l'autre. Or, à notre avis, bien que l'exercice d'un droit qui ne respecte pas les exigences de la bonne foi soit effectivement fautif, le manquement au devoir de bonne foi peut se distinguer de la faute par le pouvoir d'intervention conféré au juge. Ainsi, en présence d'un manquement au devoir de bonne foi dans l'exercice des prérogatives contractuelles, le juge disposera d'une variété de sanctions⁷⁴ qui ne font normalement pas partie de l'arsenal disponible en réparation d'une simple faute. Ainsi, le juge peut octroyer des dommages-intérêts à la partie lésée : en effet, nous l'avons signalé, le manquement au devoir de bonne foi constitue indubitablement une faute. Par contre, le juge pourra aussi user d'autres moyens permettant de maintenir la relation contractuelle, mais dans une perspective de commutativité objectivement plus acceptable. Ainsi, il pourra procéder à l'invalidation ou à la limitation d'une clause contractuelle⁷⁵. Il pourra opposer une fin de non-recevoir au recours entrepris. Cette mesure, confirmée par la Cour suprême dans le fameux arrêt *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*⁷⁶, a notamment été adoptée la Cour d'appel dans l'arrêt *Confédération des caisses populaires et d'économie Desjardins du Québec c. Services informatiques Decisionone*⁷⁷ pour sanctionner la mauvaise foi de la demanderesse lors de la formation du contrat. Elle n'a donc pu bénéficier des avantages que lui conférerait le contrat à titre de créancière.

⁷⁴ Voir, d'ailleurs, à cet égard, un développement sur certaines sanctions dites spécifiques à la bonne foi, dans : Didier LUELLES, « La bonne foi dans l'exécution des contrats et la problématique des sanctions », (2004) 83 *R. du B. can.* 181, 206-213.

⁷⁵ Voir notamment l'arrêt *Régie d'assainissement des eaux du bassin de La Prairie c. Janin Construction* (1983) Ltée, [1999] R.J.Q. 929 (C.A.), où la Cour d'appel a invalidé, parce qu'abusive au sens de l'article 1437 C.c.Q., une clause très fréquente dans les contrats de construction des organismes publics. Or, pour la Cour, cette clause dénaturait l'obligation essentielle d'information découlant du devoir de bonne foi. Voir aussi à ce sujet, l'analyse fort intéressante de la professeure Élise Charpentier sur l'article 1437 C.c.Q., où elle conclut qu'une clause qui nuit aux intérêts de l'adhérent dans un contrat d'adhésion, au point de déséquilibrer fortement les intérêts des parties, devrait pouvoir être considérée comme abusive puisqu'elle dénaturerait le contrat en lui-même : ÉLISE CHARPENTIER, « L'article 1437 du *Code civil du Québec* : de l'art de lire un article qui surprend », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 233, à la page 248.

⁷⁶ [1981] 2 R.C.S. 339.

⁷⁷ [2004] R.J.Q. 69 (C.A.).

Une autre sanction propre à la bonne foi est couramment utilisée par les tribunaux. Elle est liée à ce que certains ont appelé la fonction complétive de la bonne foi. Ainsi, par cette sanction, le juge imposera des normes aux parties dans le cadre de leur relation afin de rendre plus socialement acceptable la commutativité contractuelle. Ces normes auront le plus souvent pour conséquence d'obliger la partie avantagée à agir en tenant compte des intérêts de son cocontractant. Nous retrouvons d'ailleurs un exemple d'une telle sanction dans l'arrêt *Provigo distribution Inc. c. Supermarché A.R.G.*⁷⁸ que nous examinerons plus en détail dans la prochaine section de cette étude.

F. Bilan de la première partie

Le devoir de bonne foi permet une conciliation des fondements contractuels. Dans une situation où une partie n'est pas véritablement libre de veiller à la saine gestion de ses intérêts, le juge peut intervenir pour assurer un équilibre contractuel raisonnable, le tout dans le respect des intérêts de cette partie. Son intervention n'a pas pour but de déresponsabiliser cette partie en lui conférant un avantage, mais vise plutôt à limiter les prérogatives contractuelles de la partie avantagée afin de s'assurer d'une commutativité contractuelle objective dans l'intérêt des deux parties. Par ailleurs, les bénéfices pour chacune des parties n'auront pas à être égaux puisque le système économique québécois permet et même encourage le profit, mais ils devront être acquis par un exercice raisonnable des prérogatives contractuelles⁷⁹.

Ainsi, il peut devenir nécessaire de concevoir le lien contractuel avec une certaine flexibilité au nom des principes impératifs régissant le droit des contrats. Il faut parfois, pour favoriser une véritable liberté, intégrer au

⁷⁸ [1998] R.J.Q. 47 (C.A.).

⁷⁹ Philippe STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, t. 337, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2000, n° 107. Nous citons aussi le doyen Georges Ripert, qui s'exprimait ainsi en ce qui concerne le profit : « ce qui est défendu par la morale ce n'est pas de s'enrichir aux dépens d'autrui, c'est de s'enrichir *injustement* » [les italiques apparaissent au texte original] : Georges RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1949, n° 147.

contrat les intérêts légitimes de la partie la plus faible, ce qui peut vouloir dire une adaptation du contrat⁸⁰.

C'est, à notre avis, la véritable façon d'assurer le respect du contrat et du principe même de liberté dans la gestion de ses intérêts *pour les deux parties*. Or, une telle liberté s'accompagne nécessairement de la responsabilité de chacun de veiller à ses propres intérêts, comme l'a d'ailleurs mentionné la Cour suprême dans l'arrêt *Bail*⁸¹. C'est cette responsabilité qui justifie la force obligatoire du contrat. Le contrat est obligatoire parce qu'il a été voulu dans un contexte où chacun avait la possibilité et donc la responsabilité de s'assurer de la sauvegarde de ses intérêts. Mais, cette responsabilité ne peut exister sans la liberté, qui est elle-même liée au respect de la coexistence paisible des droits et intérêts en conformité avec les principes de justice commutative.

C'est pourquoi notre démarche se fonde sur la capacité de chacune des parties à gérer la norme contractuelle pour veiller à ses intérêts. Il s'agit de rechercher – ou, si cette recherche s'avère infructueuse, d'imposer – une certaine égalité entre les parties. Puisqu'il est par ailleurs, dans les faits, impossible d'imposer l'égalité là où elle ne se trouve pas, cette égalité passera par le respect de l'intérêt des deux parties. La justice contractuelle doit alors cesser d'être conçue comme une commutativité subjective pour évoluer vers une commutativité objective. Et une telle commutativité n'est possible que par l'acceptation de l'intervention judiciaire. Pareille intervention est par ailleurs légitimée par le devoir de bonne foi. Ce sont donc les fondements mêmes de la théorie contractuelle que l'article 1375 C.c.Q. a modifiés et il est maintenant plus que temps que les juristes s'y adaptent aussi.

⁸⁰ Christophe JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », dans Gilles GOU-
BEAUX (dir.), *Le contrat au début du XXI^e siècle. Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris,
L.G.D.J., 2001, p. 441, à la page 456 ; Denis MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité :
la nouvelle devise contractuelle ? », dans *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à*
François Terré, Paris, PUF, 1999, p. 603, aux pages 631 et suiv. ; F.-X. TESTU, préc.,
note 72, n° 9 et, particulièrement, n° 22.

⁸¹ *Banque de Montréal c. Bail*, préc., note 26, 587.

II. De la théorie à la pratique

Nous l'avons annoncé au début de cette étude, nous ne souhaitons pas développer une théorie qui ne puisse trouver ses assises en pratique. Nous avons donc fait le choix d'analyser certains arrêts connus et significatifs du droit civil québécois pour y démontrer l'application des fondements que nous venons d'analyser. C'est ainsi que seront examinés les arrêts *Banque Nationale du Canada c. Soucisse* et *Banque de Montréal c. Bail* de la Cour suprême du Canada ainsi que l'arrêt *Provigo distribution Inc. c. Supermarché A.R.G.* de la Cour d'appel du Québec.

A. *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*

Les faits de l'affaire *Soucisse*⁸² sont très connus. La Banque fait signer à l'un de ses clients un cautionnement révocable. Cette caution meurt et la Banque continue malgré le décès à prêter des sommes d'argent au débiteur principal. Par ailleurs, elle écrit à la succession de la caution décédée pour l'informer du cautionnement, mais omet de l'informer de son caractère révocable. L'arrêt concerne l'action de la Banque contre la succession afin de récupérer les sommes prêtées tant avant qu'après le décès.

La Cour suprême n'admet l'action qu'en partie, soit les sommes prêtées avant le décès. Elle oppose une fin de non-recevoir pour les débours effectués depuis la mort de la caution en reprochant à la Banque son défaut d'avoir informé la succession de la possibilité de révoquer le cautionnement.

Une telle décision est entièrement en accord avec les assises de liberté, responsabilité et commutativité objective explicitées ci-haut. Il nous semble particulièrement significatif que la Cour ait divisé le recours en fonction de la date du décès de la caution. Avant son décès, la caution a la liberté de révoquer son cautionnement. Comme nous l'avons mentionné, la liberté entraîne la responsabilité. Le choix de la caution de ne pas se prévaloir de cette possibilité doit être respecté. De plus, rien n'indique que la Banque ait fait preuve d'un comportement déraisonnable dans l'exercice de ses prérogatives contractuelles. Les sommes empruntées par le débiteur principal durant cette période doivent donc être remboursées.

⁸² Préc., note 76.

La situation est très différente à la suite du décès. La Banque se trouve alors en situation privilégiée puisqu'elle détient de l'information sur les conditions du contrat alors que la succession se trouve en situation de vulnérabilité informationnelle, au su de la Banque. La succession, de par sa situation, est dans l'incapacité de veiller à ses intérêts d'une manière adéquate. Or, la Banque profite de cette situation en ne fournissant qu'une information partielle pour dissimuler le caractère révocable du cautionnement. La Cour juge qu'en ne fournissant que l'information qu'il était à son avantage de révéler, la Banque a profité de l'inégalité des parties pour nuire aux intérêts de la succession. En utilisant les termes de notre analyse, la Banque n'a pas usé de ses prérogatives d'une manière socialement acceptable et a ainsi contrevenu aux principes de la coexistence paisible des droits et intérêts. Le fait qu'elle ait agi dans un cadre contractuel n'atténue pas ses devoirs à cet égard. Elle se fait donc opposer une fin de non-recevoir à son recours en recouvrement des sommes prêtées depuis la mort de la caution afin qu'elle ne puisse tirer profit de son exploitation déraisonnable.

B. Banque de Montréal c. Bail

Les faits de l'affaire *Bail*⁸³ sont aussi connus. Elle concerne un contrat d'entreprise pour lequel Hydro-Québec agissait comme maître d'ouvrage. Après un appel d'offres, le contrat est octroyé à l'entrepreneur général Bail/Sotrim. Les travaux d'excavations sont confiés au sous-entrepreneur Laprise. Or, ce dernier n'arrive pas à respecter la méthode d'excavation imposée par les documents de soumission. Le sol contient trop d'eau pour une telle méthode. Or, la description du sol fournie par le maître d'ouvrage ne permettait pas d'anticiper de tels problèmes.

En réponse aux plaintes du sous-entrepreneur, Hydro-Québec engage des experts qui proposent une nouvelle méthode d'excavation beaucoup plus dispendieuse. Or, dans ce même rapport, on constate l'erreur dans les documents de soumission quant à la qualité du sol et on fournit de nouvelles données géotechniques. Or, malgré qu'elle soit maintenant en possession d'informations cruciales pour le bon déroulement des travaux, Hydro-Québec ne transmet pas ces nouvelles données à l'entrepreneur général ou au sous-entrepreneur et insiste pour que les travaux continuent

⁸³ Préc., note 26.

tels qu'ils avaient été prévus initialement, à moins que l'entrepreneur et le sous-entrepreneur renoncent aux réclamations passées. L'entrepreneur et le sous-entrepreneur, qui ignorent toujours le contenu du rapport commandé par Hydro-Québec, signent une telle quittance, sauf quant aux coûts reliés à la nouvelle méthode proposée par Hydro-Québec.

En raison des coûts supplémentaires engendrés, le sous-entrepreneur fait faillite et la Banque de Montréal, qui est créancière de ce que l'on appelle maintenant une hypothèque sur l'universalité des créances, prend action contre l'entrepreneur afin de réclamer les coûts supplémentaires engendrés par le changement de méthode. L'entrepreneur appelle Hydro-Québec en garantie.

En cours d'instance, le sous-entrepreneur en faillite reçoit anonymement une copie des plans et rapports géotechniques dissimulés par Hydro-Québec. Devant les informations qu'ils contiennent, la Banque intente une action en dommages contre Hydro-Québec. Il est allégué que ces renseignements, s'ils avaient été dévoilés en temps opportun, auraient permis aux parties de constater l'erreur des documents de soumission et d'éviter les dommages encourus.

Dans sa décision, la Cour condamne Hydro-Québec à payer la somme de 6 438 674 \$, plus l'indemnité additionnelle, à la Banque de Montréal. Elle conclut que la société d'État a manqué à son devoir de bonne foi en ne respectant pas son obligation d'information à l'égard de l'entrepreneur général tout en sachant pertinemment que ce manquement était tout aussi néfaste au sous-entrepreneur. Ce manquement conscient envers le tiers entraîne la responsabilité extracontractuelle d'Hydro-Québec.

Pour arriver à cette conclusion, la Cour reconnaît qu'il existe une obligation générale d'information en droit privé québécois. Elle reprend à cet effet la doctrine du professeur français Jacques Ghestin sur les conditions d'existence de ce devoir soit : 1) la connaissance réelle ou présumée de l'information par le débiteur de l'obligation de renseignement ; 2) la nature déterminante de l'information et 3) l'impossibilité du créancier de l'obligation d'information de se renseigner lui-même ou la confiance légitime du créancier envers le débiteur justifiant le défaut de se renseigner.

Les critères adoptés par la Cour suprême sont particulièrement intéressants parce qu'ils démontrent l'importance des assises de liberté, responsabilité, motivation contractuelle et commutativité objective que nous

avons décrites plus amplement à la section précédente. Ainsi, la Cour ne tolère pas la négligence : une partie ne devient créancière de l'obligation d'information que dans le cas où les circonstances expliquent son incapacité à se renseigner elle-même. L'obligation d'information ne vise pas à conférer un avantage qui libérerait la partie créancière de son devoir de veiller elle-même à ses intérêts. D'ailleurs, la Cour insiste sur le fait que l'obligation d'information doit être interprétée d'une manière qui ne mette pas en péril la responsabilité de chacun à veiller à ses affaires. Les critères démontrent que les fondements de l'obligation d'information sont de rétablir une certaine capacité de sauvegarde des intérêts d'une partie en situation de vulnérabilité informationnelle. Ils ont pour but d'assurer qu'une partie ne puisse tirer indûment profit de sa situation de supériorité pour modifier le risque assumé par son cocontractant, au péril des intérêts de ce dernier.

Aussi, les critères mentionnent que l'information doit être déterminante. Le jugement ne définit cependant pas le qualificatif. Plusieurs analysent ce critère en fonction du vice de consentement fondé sur l'erreur⁸⁴. Ainsi, serait déterminante l'information assez importante pour justifier un vice de consentement fondé sur l'erreur (et même l'erreur dolosive⁸⁵) lorsqu'elle n'est pas transmise au cocontractant. Pour notre part, et sans nécessairement affirmer que notre angle d'analyse permet d'arriver à des résultats différents, nous préférons lier ce critère à l'évaluation de l'intérêt contractuel. Nous l'avons mentionné, la commutativité objective implique que le contrat soit raisonnablement utile pour les deux parties. Ainsi, dans l'affaire *Bail*, la Cour suprême insiste sur le fait qu'il ne faut pas fausser le risque assumé par l'entrepreneur, ou autrement dit, son intérêt contractuel représenté par les profits engendrés par le contrat. C'est en observant le préjudice à l'intérêt contractuel pour l'une des parties que les cours vont sanctionner le défaut d'information. Nous croyons donc que sera déterminante une information qui modifie l'évaluation de l'intérêt retiré par une partie dans le cadre d'un contrat ou autrement dit, l'utilité contractuelle.

L'arrêt *Bail* est donc l'illustration que les assises de la liberté, de la responsabilité et de l'utilité sont des éléments fondamentaux qu'il faut réconcilier si l'on veut assurer une justice contractuelle cohérente. Pour ne pas

⁸⁴ Voir, notamment, J. GHESTIN, préc., note 13, n^{os} 525 et 526, p. 488-490.

⁸⁵ J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, préc., note 28, n^o 320, p. 359.

être arbitraire, une décision judiciaire doit tenir compte de chacun de ces paramètres.

C. *Provigo distribution Inc. c. Supermarché A.R.G.*

L'affaire *Provigo*⁸⁶ concerne un contrat entre la compagnie Provigo et un de ses franchisés, Supermarché A.R.G. Le contrat de franchise entre les parties prévoit que le franchisé doit s'approvisionner auprès du franchiseur, ce qui en soit n'a rien de particulier. Cependant, en cours de contrat, Provigo ouvre à proximité du franchisé un magasin à grande surface où prévaut une politique de rabais. En plus de constituer une concurrence directe au franchisé, ce magasin offre surtout la marchandise à un prix moins élevé que celui de gros que doit payer le franchisé pour s'approvisionner avec ces mêmes marchandises. Ainsi, le franchisé doit nécessairement vendre sa marchandise plus cher, ce qui naturellement nuit à son achalandage.

Dans sa décision, la Cour d'appel tient à rappeler d'abord que l'on ne peut reprocher au franchiseur de faire concurrence à son franchisé. À la lumière de notre analyse, un tel commentaire nous semble approprié dans une société régie par les principes du libéralisme économique. Par ailleurs, la Cour condamne tout de même le franchiseur pour ne pas avoir agi d'une manière loyale et raisonnable à l'égard de son franchisé. La concurrence qu'il pratique est déloyale. Il est donc responsable des dommages causés à son franchisé. De plus, la Cour impose au franchiseur des obligations positives de coopération, comme celles d'assistance technique et de soutien afin de maintenir pour le franchisé la pertinence du contrat.

Une telle décision est en parfait accord avec les assises étudiées. De par la relation contractuelle entre les parties, le franchiseur est nettement en position de domination. Il a un contrôle quasi absolu sur les intérêts de son franchisé. Dans ces conditions, il doit agir d'une manière à assurer une commutativité objective pour les deux parties. Cette commutativité suppose que la partie dominante fournisse les conditions pour que le contrat soit utile aux deux parties. Naturellement, l'utilité dont discute la Cour d'appel est bien une utilité individuelle et non une utilité virtuelle ou sociale. Encore une fois, on conclut un contrat dans son intérêt.

⁸⁶ Préc., note 78.

Par ailleurs, il est intéressant de noter que la Cour d'appel n'oblige pas le franchiseur à s'assurer que son franchisé fasse effectivement des profits une fois les « conditions gagnantes » implantées. Nous pouvons aisément comprendre pourquoi. Si le franchiseur devait s'immiscer dans les affaires de son franchisé au point de devoir lui garantir des profits, ce serait dans les faits une déresponsabilisation de ce dernier dans la gestion de ses intérêts. Il s'agit pour le franchiseur de restreindre ses prérogatives afin que son franchisé recouvre une possibilité réelle de profiter du contrat. Par la suite, le principe de la saine concurrence demeure et il appartient au franchisé de veiller lui-même à ses intérêts.

*
* *

Nous venons de le constater, lorsqu'elles sont bien comprises et appliquées, les exigences de la bonne foi permettent une véritable justice contractuelle assurant une utilité raisonnable du contrat pour les deux parties. L'intervention judiciaire ne vise pas à faire la charité au contractant défavorisé, mais à assurer la pertinence du contrat pour les deux parties.

Même si le *Code civil du Québec* n'est entré en vigueur qu'en 1994 et qu'on le dit beaucoup plus sensible à la protection de parties privées désavantagées que son ancêtre, nul ne pourra contester que l'idéologie libérale contemporaine y soit encore très présente. Cette idéologie se manifeste, notamment, par l'importance accordée à la volonté comme mode de création des obligations contractuelles. Le contrat se forme encore le plus souvent par le simple échange de consentements, considéré comme la manifestation externe de la volonté d'une personne. Or, à l'heure où un tel échange de consentements n'est le plus souvent qu'une manifestation d'une volonté tronquée, soumise à celle d'une partie avantagée, il est permis de se demander pourquoi le législateur a jugé nécessaire de maintenir cette idéologie. Nous pouvons peut-être prétendre qu'il s'agit, bien qu'il ne soit pas parfait, du meilleur moyen dont le droit dispose pour tenter d'assurer la meilleure sauvegarde des intérêts de chacun. En effet, dans l'idéologie libérale, chacun est considéré comme le meilleur gardien de ses intérêts personnels et a, conséquemment, la responsabilité de veiller à leur sauvegarde. On assurerait ainsi une plus grande justice contractuelle. Liberté, responsabilité et justice sont des assises importantes de la théorie contractuelle.

Malheureusement, la théorie de l'autonomie de la volonté a poussé cette logique un peu trop loin. En refusant de reconnaître que l'égalité effective des parties dans leur pouvoir à assurer la sauvegarde de leurs intérêts est un idéal rarement atteint, cette théorie a transformé cet idéal en présomption irréfragable, nuisant ainsi au principe de justice contractuelle. En décrétant que, dans le large spectre du simple particulier à l'entreprise monopolistique, toutes les parties sont égales et s'équivalent, la théorie de la volonté, qui pourtant se voulait gardienne des principes de justice contractuelle, s'est transformée en un instrument d'injustice contractuelle. Et cette injustice est d'autant plus criante qu'elle n'admet, comme vices contractuels, que les vices de consentement les plus classiquement flagrants.

Puisque chacun conclut un contrat dans son intérêt, il faut penser qu'une partie avantagée dans son pouvoir de contraindre l'autre partie à accepter ses conditions contractuelles n'hésitera pas à favoriser les siens propres. Nous le constatons tous les jours avec les contrats d'adhésion qui sont imposés par les grandes entreprises. Alors que, dans une situation d'égalité, chaque partie devrait être en principe en mesure de gérer librement ses intérêts, la réalité veut que la plupart du temps une partie se trouve soumise à la volonté de son cocontractant.

Dans un tel contexte, le contrat ne peut plus se qualifier uniquement par des fondements basés sur la subjectivité des parties. Nous ne pouvons plus prétendre que le contenu contractuel est la manifestation d'un exercice de volonté réelle des parties. Il devient alors nécessaire de modifier les paradigmes et nous croyons que c'est exactement ce qu'a fait le législateur lorsqu'il a codifié le devoir de bonne foi à l'article 1375 C.c.Q. Comme toute notion floue, la bonne foi légitime une intervention judiciaire. Elle permet ainsi un contrôle des prérogatives contractuelles basé sur des standards objectifs. Et alors qu'elles ont toujours échappé à un tel contrôle, force est maintenant de constater que ce contrôle vise autant les prérogatives liées à l'élaboration du contenu contractuel qu'au comportement adopté par les parties lors de l'exécution et l'extinction du contrat. Comme pour toute prérogative, il s'agit de s'assurer que ce contractant exerce ses prérogatives contractuelles d'une manière raisonnable. Ce n'est que de cette manière que l'on pourra prétendre à une meilleure justice contractuelle.

