

Des hauts et des bas du droit des obligations qui s'écrit
Jean-Louis Baudouin, *Les obligations*, 2^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1983. 693 pp. [cart. : 45 \$]

Pierre Legrand, jr

Volume 15, numéro 1, 1984

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1059574ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1059574ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer ce compte rendu

Legrand, P. (1984). Compte rendu de [Des hauts et des bas du droit des obligations qui s'écrit / Jean-Louis Baudouin, *Les obligations*, 2^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1983. 693 pp. [cart. : 45 \$]]. *Revue générale de droit*, 15(1), 182–212. <https://doi.org/10.7202/1059574ar>

Jean-Louis BAUDOIN, *Les obligations*, 2^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1983. 693 pp. [cart. : 45 \$]

Des hauts et des bas du droit des obligations qui s'écrit

INTRODUCTION

La mission du chroniqueur bibliographique se voit diversement appréciée selon que l'on considère qu'il lui faille se borner à présenter, ou que sa tâche lui impose en outre le commentaire analytique. Sans qu'elles nous conduisent à laisser en plan la première dimension, deux raisons militent ici en faveur de l'adoption d'une perspective que nous souhaitons résolument et authentiquement critique.

Tout d'abord — et c'est là un compliment à l'auteur —, il nous paraît qu'il serait vain de décrire par le menu un volume avec lequel les juristes du Québec sont maintenant si familiers. Les quelque treize dernières années ont en effet permis à l'ouvrage de M. Baudouin de se gagner la confiance de la communauté juridique, et l'ont sans contredit affirmé, à ce jour, comme le meilleur produit de la littérature québécoise en la matière. Aussi, les lettres de noblesse que le texte a su mériter à son auteur nous dispensent-elles de souligner rien d'autre, à ce niveau, que les modifications — parfois d'importance — qui ont été apportées à la première édition. En second lieu, nous croyons qu'il importe de repenser, dans le contexte de l'avancement du droit civil au Québec, le genre littéraire de la chronique bibliographique ainsi que nous le connaissons. Trop souvent, nous semble-t-il, les auteurs de tels exercices choisissent d'opter pour une déconcertante facilité, limitant leurs efforts à une brève esquisse de l'ouvrage sous examen, et confinant leurs remarques à deux ou trois points de droit substantif sans oublier, tradition obligeant, quelques questions formelles. Concises à outrance, ces revues acceptent trop, sans suffisamment interroger. L'on a pu écrire que « [n]otre critique juridique n'[était] malheureusement trop souvent que sèche analyse des œuvres »¹.

Si le fait nous apparaît évident, les causes en sont toutefois moins claires. Faut-il y voir la crainte de froisser un collègue? Y aurait-il ici certaine « affaire de famille »? Ou, plus simplement, convient-il de constater un mépris pour l'entreprise même, considérée par beaucoup comme dénuée de rentabilité au plan professionnel? Si tels sont les motifs, mentionnons — comme s'il devait être toujours nécessaire de le préciser — que la critique constructive ne doit en aucune façon s'attacher, ni être perçue comme s'attachant, à la personne de l'auteur, mais bien à sa seule œuvre, et encore dans un contexte éminemment objectif de discussion scientifique. Ajoutons que le véritable épanouissement du droit, au Québec comme ailleurs, dépend dans une large mesure de l'entrechoquement des idées, de la vitalité des débats. En ce sens, la chronique bibliographique se présente comme l'une des voies privilégiées que nous ayons de stimuler la réflexion juridique³. Qu'il nous soit

¹ *Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol*, t. I, 4^e éd. par G. RIPERT & J. BOULANGER, Paris, L.G.D.J., 1948, p. viii.

² Nous empruntons l'expression à P.-G. JOBIN, « Les réactions de la doctrine à la création du droit civil québécois par les juges : les débuts d'une affaire de famille » in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges*, Paris, Économica, 1980, pp. 65.

³ Voir, pour une défense du genre, R.A. MACDONALD in "Reviews of Books", (1981) 31 *U.T.L.J.* 436 [chronique sur S.M. WADDAMS, *Introduction to the Study of Law*, Toronto, Carswell, 1979], p. 437, n. 5, référant à D.F. CAVERS, "Book Reviews in Law Reviews : An Endangered Species", (1979) 77 *Mich. L.R.* 327.

permis de dire que c'est en tant que modeste contribution à ce qui doit rapidement devenir un effort davantage soutenu, que nous envisageons la présente collaboration.

Ainsi qu'on le souligne avec raison, une analyse de texte ne peut, en toute justice pour l'auteur, négliger les objectifs qu'il s'est lui-même fixés⁴. À cet égard, M. Baudouin énonce, en préface de son ouvrage, qu'il souhaite voir celui-ci remplir trois fonctions, soit « [d']être utile à la fois aux étudiants de nos facultés et aux confrères dans la pratique et [de servir] à stimuler davantage la production doctrinale civiliste⁵ ». Ces diverses dimensions feront l'objet d'une analyse commune, laquelle portera d'abord sur la structure générale de l'ouvrage, puis sur l'exposition de la matière même.

I. DE LA STRUCTURE GÉNÉRALE DE L'OUVRAGE

Rappelant les origines étymologiques du terme, M. J. Carbonnier indique justement que « [l]e *com-mentateur* [est] avant tout celui qui pense *avec*, qui pense de compagnie avec un texte dans l'intimité duquel il est entré⁶ ». L'observation nous incite à suivre aussi fidèlement que possible l'ordonnement des matières tel que l'a voulu M. Baudouin. Aussi, ce plan de travail nous amène-t-il à traiter d'abord du titre même de l'ouvrage, lequel nous paraît prêter le flanc à de sérieuses critiques.

Annonçant un traitement des « obligations », sans autre précision, l'auteur entreprend par la suite d'évacuer une importante partie de la matière⁷, restreignant l'essentiel de sa couverture aux institutions du contrat et du « quasi-contrat⁸ ». L'on n'ignore pas que ce découpage, également adopté par d'autres juristes⁹, reflète le programme d'enseignement en vigueur dans certaines facultés de droit québécoises¹⁰. Il ne nous paraît cependant pas qu'il y ait là justification. La conception du sujet proposée par M. Baudouin nous semble, avec respect, de nature à fausser la perception d'ensemble de la théorie des obligations. On présente ce qui doit constituer un tout — et que les auteurs français, par exemple, ne songeraient guère à scinder¹¹ — comme deux parties dont la relation demeure, sinon elliptique, à tout le moins voilée¹². Qu'en est-il?

L'on se gardera, d'entrée de jeu, de ne voir ici que vaine logomachie. Aucun juriste ne saurait minimiser l'importance qu'a eue, sur sa façon de concevoir le droit des

⁴ Voir R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, *supra*, note 3, p. 438.

⁵ J.-L. BAUDOUIN, *Les obligations*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1983, p. 2.

⁶ J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Paris, Deffrénois, 1979, p. 166 [les italiques sont de l'auteur].

⁷ Voir J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, n° 31, p. 37 & n° 502, p. 289. *Adde*, dans le contexte particulier des dommages-intérêts : n° 713, pp. 400-1.

⁸ Voir, pour le compagnon à l'ouvrage en rubrique, J.-L. BAUDOUIN, *La responsabilité civile délictuelle*, Montréal, P.U.M., 1973.

⁹ Voir J. PINEAU, *Théorie des obligations*, Montréal, Thémis, 1979; J. PINEAU & M. OUELLETTE, *Théorie de la responsabilité civile*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 1980; A. LAROCHE, *Les obligations*, t. I : « Théorie générale des contrats; quasi-contrats », Ottawa, Éditions U.O., 1982. *Adde* : A. & R. NADEAU, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1971. Mais, voir M.A. TANCELIN, *Théorie du droit des obligations*, Québec, P.U.L., 1975; L. PERRET, *Précis de responsabilité civile*, Ottawa, Éditions U.O., 1979.

¹⁰ Voir P.-G. JOBIN in « Livres nouveaux », (1980) 25 *R. de d. McGill* 636 [chronique sur J. PINEAU, *op. cit.*, *supra*, note 9], p. 636.

¹¹ Voir *infra*, notes 18 & 19.

¹² Il ne nous paraît pas que les parallèles brièvement établis sous les rubriques des obligations de « moyens » et des dommages-intérêts suffisent à dissiper la confusion. Voir J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, n° 25, p. 34 & n° 730, p. 409, respectivement.

obligations — et, à travers lui, le droit civil —, la présentation qu'en a d'abord faite son professeur à la licence. Aussi, le problème mérite-t-il que l'on s'y attarde en cherchant, tout d'abord, à en cerner les causes. Nous serions tenté, à première vue, de soupçonner une influence du *common law*¹³. En effet, les systèmes de cette tradition juridique abordent depuis longtemps la matière des obligations en catégories distinctes et pratiquement étanches. Cette approche a également prévalu dans certaines juridictions dites de droit « mixte », telles l'Écosse et la Louisiane¹⁴. Le même phénomène se manifesterait-il dans le contexte qui nous intéresse, et ce malgré la spécificité culturelle et linguistique particulière au Québec? L'hypothèse demeure difficilement vérifiable. Sachant toutefois les incursions passées du *common law*, atteignant tant à la lettre qu'à l'esprit du droit québécois des obligations¹⁵, l'on ne peut qu'être frappé par la similitude soulignée. Il convient donc, dans cette perspective, d'indiquer le mouvement idéologique qui tend présentement à opérer un rapprochement des différents chefs de responsabilité civile que constituent, en *common law*, les rubriques de *contract*, *tort* et, éventuellement, *restitution*¹⁶. Il s'avérerait parfaitement paradoxal qu'au moment où le *common law* remet en question l'autorité de la classification, un droit des obligations d'origine authentiquement civiliste s'entête, sous cette influence même, à perpétuer la politique du « démembrement ».

¹³ Cette expression sera préférée aux termes de « droit anglo-saxon », aujourd'hui généralement confinés dans leur application au droit primitif de l'Angleterre. Voir H., L. & J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. I, vol. 1 : « Introduction à l'étude du droit », 6^e éd. par F. CHABAS, Paris, Montchrestien, 1980, n° 57, p. 90, n. 2.

L'on favorisera en outre l'emploi du masculin, celui-ci évoquant l'idée d'un système de droit. Le genre féminin connoterait davantage la loi, ce à quoi l'expression de « *common law* » ne correspond précisément pas. Voir J. GILISSEN, *Introduction historique au droit*, Bruxelles, Bruylant, 1979, p. 183, n. 2. M. J.-L. BAUDOIN paraît, à cet égard, recourir indifféremment à l'une ou l'autre forme. Voir, e.g., *op. cit.*, *supra*, note 5, n° 114, p. 93 (« du *Common Law* ») & n° 355, p. 222 (« la *Common Law* »).

¹⁴ Voir, pour l'Écosse, e.g., D.M. WALKER, *The Law of Contracts and Related Obligations in Scotland*, Londres, Butterworths, 1979; Id., *The Law of Delict in Scotland*, 2^e éd., Edimbourg, Green, 1981. Mais, voir Id., *Principles of Scottish Private Law*, t. II, 3^e éd., Oxford, O.U.P., 1983. Pour la Louisiane, voir, e.g., *Louisiana Civil Law Treatise*, ts VI & VII : « Obligations », par S. LITVINOFF; t. XII : « Tort Doctrine », par F.F. STONE, St-Paul, West, 1969, 1975 & 1977. *Adde* : S. LITVINOFF, *The Law of Obligations in the Louisiana Jurisprudence*, Baton Rouge, L.S.U. Law Center, 1979.

¹⁵ Voir, pour une contribution sur cette question, e.g., P.-A. CRÉPEAU, « Les enjeux de la révision du Code civil » in A. Poupart (éd.), *Les enjeux de la révision du Code civil*, Montréal, Faculté de l'éducation permanente de l'Université de Montréal, 1979, pp. 11, aux pp. 15-6, 34-5, et les références y citées.

¹⁶ Voir, en droit anglais, P.S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, O.U.P., 1979, *passim*, et spéc. pp. 716-79; Id., *An Introduction to the Law of Contract*, 3^e éd., Oxford, O.U.P., 1981, p. 2. *Adde* : Id., « Contracts, Promises and the Law of Obligations », (1978) 94 L.Q.R. 193. Cf. A.S. BURROWS, « Contract, Tort and Restitution — A Satisfactory Division or Not? », (1983) 99 L.Q.R. 217.

Voir, en outre, pour le droit américain, G. GILMORE, *The Death of Contract*, Columbus, Ohio State U.P., 1974, pp. 87-103. *Adde* : M.J. HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, Cambridge, Harvard U.P., 1977, et spéc. pp. 160-210. Pour le *common law* canadien, voir S.M. WADDAMS, *The Law of Contracts*, Toronto, Canada Law Book, 1977, pp. 8-11; G.B. KLIPPERT, *Unjust Enrichment*, Toronto, Butterworths, 1983, pp. 61-7; B.J. REITER, « Contracts, Torts, Relations and Reliance » in B.J. REITER & J. SWAN (éds), *Studies in Contract Law*, Toronto, Butterworths, 1980, pp. 235. Cf. M.G. BRIDGE, « The Overlap of Tort and Contract », (1982) 28 *McGill L.J.* 872, et spéc. pp. 873 & 913-4.

La matière sous étude, croyons-nous, ne se prête absolument pas à la distinction proposée¹⁷. Les ouvrages de droit français offrent, à cet égard, un modèle qu'il conviendrait d'épouser. Ceux-ci sont consacrés, ou à la théorie de l'obligation, alors analysée dans ses dimensions contractuelle et extra-contractuelle¹⁸, ou encore au seul aspect de la responsabilité civile, également discuté sous ces deux facettes¹⁹. Telle approche a le mérite de conserver au sujet sa cohésion comme son unité organique. Les implications pédagogiques ont déjà été évoquées. Mentionnons cependant que les dernières années ont vu l'apparition d'une variante de la méthode française traditionnelle par le biais du recours au sous-titre. Ainsi, le *Traité de droit civil*, publié sous la direction de M. J. Ghestin, consacre-t-il trois ouvrages aux obligations²⁰, portant tous cet intitulé et respectivement sous-titrés *Le contrat*²¹, *La responsabilité*²² et *Sources, transmission, extinction*²³. Il ne s'agit pas ici de commenter sur les dénominations mais bien sur la méthode. Rendue nécessaire, dans ce cas précis, par l'importance de l'œuvre et la répartition des matières entre les différents collaborateurs, elle comporte ses inconvénients. L'on songe, notamment, aux nombreux renvois d'un volume à l'autre, ainsi qu'à l'artificialité de la présentation tripartite. Il demeure que l'adoption de la technique du sous-titre par M. Baudouin se fut certes présentée comme un moindre mal²⁴. L'auteur eut ainsi annoncé plus exactement son projet de limiter, dans le cadre de l'ouvrage qui nous intéresse, son traitement du droit des obligations aux seuls thèmes du contrat et du « quasi-contrat ».

C'est la conformité de cette intention même aux tendances du droit moderne — législatives, jurisprudentielles et doctrinales — qu'il importe en dernier lieu de discuter. Le problème de la relation entre les régimes de responsabilité civile a récemment retenu l'attention à ces divers niveaux. Ainsi, le législateur québécois éliminait l'une des injustifiables distinctions techniques qui survivent encore en autorisant le créancier d'une

¹⁷ Voir P.P.C. HAANAPPEL in "Book Reviews", (1981) 26 *McGill L.J.* 654 [chronique sur J. PINEAU & M. OUELLETTE, *op. cit.*, *supra*, note 9], p. 654.

¹⁸ Voir, *e.g.*, pour les ouvrages les plus importants, J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. IV : « Les obligations », 11^e éd., Paris, P.U.F., 1982; G. MARTY & P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. II, vol. 1 : « Les obligations », Paris, Sirey, 1962; H., L. & J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1 : « Obligations », 6^e éd. par F. CHABAS, Paris, Montchrestien, 1978; B. STARCK, *Droit civil [.] Obligations*, Paris, Librairies Techniques, 1972; A. WEILL & F. TERRÉ, *Droit civil [.] Les obligations*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1980.

¹⁹ Voir H. LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, 6^e éd. par P. AZARD, Paris, Dalloz, 1962; P. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1982; H., L. & J. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 6^e éd. par A. TUNC; t. III, vol. 1, 6^e éd. par F. CHABAS, Paris, Montchrestien, 1965 & 1978; R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1951; A. TUNC, *La responsabilité civile*, Paris, Économica, 1981.

²⁰ Voir, en outre, J. FLOUR & J.-L. AUBERT, *Droit civil [.] Les obligations*, t. I : « L'acte juridique »; t. II : « Le fait juridique », Paris, Armand Colin, 1975 & 1981.

²¹ Voir J. GHESTIN, *Traité de droit civil*, t. II : « Les obligations [.] Le contrat », Paris, L.G.D.J., 1980.

Bien que nous comptions par la suite ne référer qu'à ce volume, nous mentionnerons que l'ensemble des idées exprimées dans l'ouvrage a été repris par l'auteur en deux versions condensées, soit sous forme de monographie et d'article. Voir, ainsi, *Le contrat*, Montréal, Institut de droit comparé de l'Université McGill, 1982; « L'utile et le juste dans les contrats » in Archives de philosophie du droit, *L'utile et le juste*, Paris, Sirey, 1981, pp. 35.

²² Voir G. VINEY, *Traité de droit civil*, t. IV : « Les obligations [.] La responsabilité : conditions », Paris, L.G.D.J., 1982.

²³ À paraître, sous la plume de M. J. Ghestin.

²⁴ Voir, en ce sens, A. LAROCHE, *op. cit.*, *supra*, note 9 : « Théorie générale des contrats; quasi-contrats ».

obligation contractuelle à réclamer une indemnité d'intérêt²⁵. De son côté, la Cour suprême du Canada paraissait affirmer l'interdépendance des régimes²⁶. Par ailleurs, la doctrine française a dernièrement suggéré — et, avec respect, de façon beaucoup plus probante que n'a su le faire notre Cour suprême — que les différences traditionnellement retenues entre les deux ordres de responsabilité civile mériteraient d'être sérieusement reconsidérées²⁷.

Ainsi qu'il a cependant été indiqué²⁸, la division demeure, dans une certaine mesure, inévitable. Il convient qu'il en soit ainsi. L'on se reportera aux pénétrantes observations de M. A. von Mehren qui, dans un contexte de droit comparé, avait récemment l'occasion d'insister sur les différences fondamentales — et non purement techniques — persistant entre les institutions contractuelle et extra-contractuelle. Définissant cette dernière relation comme englobant la sphère des "rules or customs [which] are required to govern interferences by one individual with the private sphere of another", et le contrat comme référant aux « voluntary transfers of resources from the private sphere of one individual to that of another²⁹ », l'auteur faisait ressortir les fonctions, à la base dissemblables, de l'un et l'autre mécanisme :

The law of tort³⁰ serves to delineate, as does the law of property, the domain of private right; tort is thus a precondition for a regime of private ordering. Contract builds on the basis thus provided, but its basic task is different — to facilitate private ordering and to deal with the problems that arise in the course of such ordering³¹.

De même, M. von Mehren souligne que les phénomènes typiquement contemporains, tels l'avènement de l'assurance, n'ont certes pas contribué à minimiser l'ampleur des disparités relevées :

Tort rules today typically take into account the high probability, if not the certainty, that losses assigned in the first instance to individuals will be shifted to groups; contract rules must, on the other hand, be developed on the premise that typically the individual party will definitively bear all or a large part of any loss placed on him. This difference between the liability problem in contemporary tort and contract law is rooted in the tremendous diversity of the kinds and degrees of risk involved in contractual relations, a diversity which makes very difficult, if not impossible, the categorization required for insurance operations³².

L'on peut néanmoins, avec Mme G. Viney³³, considérer qu'il n'y a pas lieu d'ériger la distinction en *summa divisio*. Pour cet auteur, celle-ci doit plutôt faire place à

²⁵ Voir *Loi modifiant la Loi sur les poursuites sommaires, le Code de procédure civile et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1982, c. 32, art. 59, ajoutant au Code civil l'article 1078.1.

²⁶ Voir *Wabasso Ltd c. The National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 R.C.S. 578. Voir, à ce sujet, e.g., P.P.C. HAANAPPEL, « La relation entre les responsabilités civiles contractuelle et délictuelle : l'arrêt Wabasso en droit québécois et en droit comparé », (1982) 34 *Rev. int. dr. comp.* 103; P.-G. JOBIN, « Wabasso : un arrêt tristement célèbre », (1982) 27 *R. de d. McGill* 813; M. TANCELIN, « Option et cumul : une mauvaise querelle », (1982) *R. de d. McGill* 834.

²⁷ Voir G. VINEY, *op. cit.*, *supra*, note 22, n^{os} 161-245, pp. 193-300.

²⁸ Voir *id.*, n^{os} 235-7, pp. 279-83.

²⁹ A. VON MEHREN, "A General View of Contract" in *International Encyclopedia of Comparative Law*, t. VII : "Contracts in General", Tübingen & La Haye, Mohr & Nijhoff, 1982, p. 3.

³⁰ Le terme « tort » n'est pas ici confiné au concept tel qu'entendu en *common law*. Il marque plutôt la référence à l'ensemble de la responsabilité civile extra-contractuelle, dans une optique de droit comparé.

³¹ A. VON MEHREN, *op. cit.*, *supra*, note 29, p. 3.

³² *Id.*, p. 4.

³³ Voir *supra*, note 28.

un nouvel aménagement bipartite, soit une première catégorie dite de « droit général » et une seconde comprenant un ensemble de « régimes spéciaux de responsabilité civile³⁴ ». Cette dernière classe consisterait en un regroupement de régimes autonomes de responsabilité professionnelle commandés par la « spécificité de la situation » ou « l'activité qui donne lieu à la responsabilité³⁵ ». L'on note que les critères retenus impliquent une mise en sourdine de la traditionnelle opposition entre les ordres classiques de responsabilité civile. Pour Mme Viney, en effet, cette « catégorie d'exception » se justifie en ce que le manquement à une obligation professionnelle comporte le plus souvent des conséquences préjudiciables qui atteignent le client co-contractant aussi bien que le tiers, au sens où il est couramment entendu. L'on ne saurait donc plus favoriser l'application de deux régimes distincts « alors qu'en fait l'identité de la victime ne dépend que du hasard et ne mériterait généralement d'influencer ni le traitement infligé au défendeur ni la générosité de l'indemnisation accordée à la personne lésée³⁶ ».

Cette nouvelle construction théorique n'a pas — l'on s'en doute — que des adhérents³⁷. Elle connaît tout de même déjà au moins une application en droit de la vente, où l'on passait récemment d'une distinction selon les actions traditionnelles à un traitement suivant la qualité des parties³⁸. Le droit québécois qui s'annonce paraît de même avoir cherché à atténuer la distinction classique entre les régimes³⁹, bien qu'il n'ait pas entendu l'éliminer complètement⁴⁰. Comme le souligne Mme Viney, le *Projet de Code civil* adopte du reste certaines dispositions fondées sur la qualité des parties⁴¹. Aussi, dans ce contexte, faut-il ardemment souhaiter que les auteurs québécois délaissent maintenant une division de la matière qui, outre le fait d'être conceptuellement erronée, révèle, dans son caractère anachronique, une mésadaptation aux interrogations que le droit contemporain des obligations adresse au juriste.

Ces développements nous conduisent à traiter de l'introduction générale à l'ouvrage, à travers laquelle M. Baudouin paraît avoir poursuivi deux objectifs précis soit,

³⁴ Cette division fonde d'ailleurs le plan de l'ouvrage de Mme G. VINEY. Voir *op. cit.*, *supra*, note 22, n° 2, p. 2.

³⁵ *Id.*, n° 245, p. 299.

³⁶ *Id.*, n° 243, p. 293.

³⁷ Voir G. DURRY in « Bibliographie », (1982) 80 *Rev. trim. dr. civ.* 745 [chronique sur G. VINEY, *op. cit.*, *supra*, note 22], p. 746.

³⁸ Voir J. GHESTIN, *Conformité et garanties dans la vente*, Paris, L.G.D.J., 1983, nos 251-339, pp. 239-354.

³⁹ Voir OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, t. I : « Projet de Code civil »; t. II, vol. 2 : « Commentaires », Québec, Éditeur officiel du Québec, 1978, Livre cinquième : « Des obligations », art. 3, pp. 335 & 572, respectivement [ci-après : *Projet ; Commentaires*].

Aussi, peut-on s'étonner de la forme qu'ont revêtue les contributions à un colloque précisément dévolu à une présentation critique du *Projet*. Voir C. FABIEN, « De la responsabilité délictuelle, vers le régime des obligations légales relatives au comportement envers autrui »; A. LAROUCHE, « Les obligations » in A. POUPART, *op. cit.*, *supra*, note 15, pp. 37 & 81.

⁴⁰ Voir, ainsi, *e.g.*, la distinction persistant au niveau de l'évaluation des dommages-intérêts in *Projet*, art. 295, p. 379. Cf. G. VINEY, *op. cit.*, *supra*, note 22, n° 236, p. 280. Voir, également, *Projet*, Livre neuvième : « Du droit international privé », arts 21 & 31, pp. 600-1 & 603. Les *Commentaires* indiquent clairement que l'on n'a pas entendu retenir la théorie dite du « centre de gravité » en matière extra-contractuelle. Voir p. 997. Mais, voir J.-L. BAUDOUIN, « Chronique de droit civil québécois », (1983) 81 *Rev. trim. dr. civ.* 218, n° 8, p. 223, où cet auteur parle d'une « abolition » des différences entre les régimes.

⁴¹ Voir G. VINEY, *op. cit.*, *supra*, note 22, n° 245, p. 298, n. 112, où l'auteur réfère aux articles 102 et 103 du *Projet*, organisant un régime particulier de responsabilité du fabricant. Voir p. 349.

d'une part, de situer le progrès du droit des obligations dans le cadre des influences extra-juridiques agissantes⁴², et d'autre part, de présenter certains concepts fondamentaux, notamment les grandes classifications de l'obligation⁴³. Mentionnons dès l'abord qu'il y avait là, à nos yeux, un exercice périlleux dont l'auteur s'est fort honorablement acquitté, encore que de façon trop concise.

Dans un premier temps, M. Baudouin brosse, en quelques paragraphes, un tableau des grandes lignes de force qui, aux niveaux moral, politique, économique et social, ont marqué l'évolution du droit des obligations tant au plan proprement historique que dans le contexte de la période moderne. L'étudiant, puisque l'on peut croire qu'il constitue, en l'espèce, l'interlocuteur privilégié, ne pourra que tirer profit d'un tel éclairage sur une matière trop souvent présentée au coin de la technique. Pour cette raison, nous aurions souhaité que ces développements se soient vus plus approfondis. Il semble, par ailleurs, qu'un désir de préserver l'accessibilité de l'exposé, en lui maintenant ses caractères de généralité et de simplicité, ait parfois conduit l'auteur à commettre certains énoncés dont il nous eut certes paru sage de restreindre la portée.

M. Baudouin nous permettra d'offrir une illustration particulièrement frappante. L'on retrouve, au texte, une affirmation selon laquelle certains principes, dont on avance « l'indemnisation sans égard à la faute » en guise d'exemple, « ont fait de tels progrès qu'il est *probable* qu'à long terme, ils deviennent [...] la règle générale⁴⁴ ». Telle constatation nous semble lourde de conséquences. Si elle doit être faite, elle commande certes d'être solidement étayée. L'on ne nous tiendra pas rigueur de référer à nouveau à l'ouvrage capital de Mme Viney. Discutant le rôle de la faute en matière de responsabilité civile, l'auteur y démontre de façon convaincante que le principe en est maintenant acquis. Malgré sa reconnaissance et son approbation de certains cas de responsabilité objective, la doctrine souhaite, en effet, clairement retenir la faute comme fondement du régime général de responsabilité civile⁴⁵. Aussi, le débat contemporain s'oriente-t-il maintenant sur la portée que l'on doit reconnaître au concept. Deux options principales se font jour. D'une part, M. A. Tunc prône la reconnaissance d'un « droit des accidents », sphère à l'intérieur de laquelle la faute céderait le pas à la notion dite de « risque⁴⁶ ». Mme Viney retient, quant à elle, le critère de dangerosité. Pour cet auteur, « il semble que la notion de « danger pour la sécurité des personnes et des biens » soit la plus propre à définir les activités qui méritent d'être soustraites au régime exigeant la preuve d'une faute de l'auteur du dommage pour justifier la réparation⁴⁷ ».

La discussion nous paraît, au premier abord, interroger sérieusement l'affirmation brutale de M. Baudouin à laquelle nous nous objectons. L'on se serait, à tout le moins, attendu à une discussion plus touffue et, notamment, à une réfutation des arguments généralement avancés à l'encontre de la théorie de la responsabilité sans faute, tant au plan moral (méconnaissance de la psychologie humaine), social (paralysie des initiatives; insouciance généralisée consécutive à la présence de l'assurance) que juridique (difficulté de définir la causalité matérielle et d'établir le fondement théorique de la doctrine⁴⁸).

⁴² Voir J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, n^{os} 1-6, pp. 19-22.

⁴³ Voir *id.*, n^{os} 7-39, pp. 22-39.

⁴⁴ *Id.*, n^o 6, p. 22 [nos italiques].

⁴⁵ Voir G. VINEY, *op. cit.*, *supra*, note 22, n^o 56, p. 75.

⁴⁶ Voir *id.*, n^o 55, pp. 71-3; A. TUNC, *op. cit.*, *supra*, note 19, *passim*. *Adde*, pour une récente discussion contextuelle, A. TUNC, « Accidents de la circulation : faute ou risque ? », D.1982.103.

⁴⁷ G. VINEY, *op. cit.*, *supra*, note 22, n^o 59, p. 78.

⁴⁸ Voir, pour ces développements, J. CARBONNIER, *op. cit.*, *supra*, note 18, n^o 87, pp. 348-9. Voir, de plus, pour une présentation récente des arguments généralement avancés dans le cadre de ce débat, A. TUNC, *op. cit.*, *supra*, note 19, n^{os} 119-59, pp. 97-131. *Adde*,

N'aurait-on pu, de même, légitimement espérer une considération du *Projet de Code civil* qui, en son article 94 du Livre cinquième, maintient, sous une nouvelle forme, le principe général de la responsabilité pour faute⁴⁹ ?

La deuxième partie de l'introduction intéresse, nous l'avons souligné, les concepts et classifications. Il est heureux que, discutant la notion de droits extra-patrimoniaux, l'auteur ait cru bon de référer aux *Charte des droits et libertés de la personne*⁵⁰, et *Charte canadienne des droits et libertés*⁵¹. L'on peut, avec confiance, prédire que l'interaction de ce nouveau droit statutaire fondamental avec le droit commun des obligations suscitera, dans un avenir prévisible, bon nombre de questions inédites⁵². Aussi importe-t-il que la communauté juridique y soit dès maintenant sensibilisée. Nous entendons néanmoins que l'essentiel de notre propos porte sur les classifications modernes des obligations suivant leur objet et selon les sources, ainsi qu'elles sont développées dans l'ouvrage en rubrique.

S'il est vrai que la jurisprudence française a eu l'occasion de discuter la classification des obligations dites de « moyens » et de « résultat » à de nombreuses reprises⁵³, pouvant compter sur le soutien de contributions doctrinales d'envergure⁵⁴, tel n'a pas été le lot du droit québécois. Jusqu'à tout récemment, les tribunaux n'avaient pas encore véritablement approfondi la question. Une reconnaissance du principe général de la classification avait paru suffire, et l'on se gardait bien — consciemment ou non — de développer plus avant. La doctrine, de son côté, n'a, à ce jour, produit aucune recherche d'ensemble traitant, non seulement des caractères généraux de la distinction, mais également des multiples problèmes spécifiques d'application qu'elle peut soulever. Une étude isolée, parue il y a près de vingt ans déjà, s'est efforcée de promouvoir le développement

pour une discussion contextuelle en droit québécois : notre étude, « Vaccination par l'État : droit de la santé et théorie des obligations juridiques », (1981) 26 *R. de d. McGill* 880, pp. 903-23.

⁴⁹ Voir *Projet*, art. 94, pp. 347-8; *Commentaires*, pp. 565 & 629.

Ce principe même s'est vu récemment réitéré in *Le Procureur général de la Province de Québec c. Lapierre*, C.A. (Montréal, 500-09-000 935-791, 26 octobre 1983, pp. 11-2 (M. le juge McCarthy).

⁵⁰ L.R.Q., c. C-12.

⁵¹ *Canada Act 1982*, c. 11 (U.K.), Ann. B, Partie I. Il est curieux que M. J.-L. BAUDOIN, bien que mentionnant cette loi, n'en ait pas indiqué la référence. Voir *op. cit.*, *supra*, note 5, n° 8, p. 23.

⁵² Voir, généralement, *e.g.*, L. PERRET, « De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec », (1981) 12 *R.G.D.* 121.

⁵³ Diverses critiques ont été adressées à la dénomination, et certains substituts ont été mis de l'avant. M. A. Tunc a notamment confronté la distinction « moyens »/« résultat », soulignant que le recours aux « moyens » d'exécution originellement envisagés par les parties au contrat doit être perçu comme l'expression même du résultat qu'elles recherchent véritablement. Ainsi, la conformité aux « moyens » serait, en soi, une finalité propre. Voir « La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence », J.C.P. 1945.I.449, n° 15, n. 35. Ne pourrait-on ici objecter que cette explication masque une réalité, à savoir que les parties au contrat insistent naturellement sur l'une ou l'autre dimension des actes envisagés, ceux-ci étant alors *prioritairement* (au contraire d'*exclusivement*) désirés pour eux-mêmes ou perçus comme intermédiaires ? Cf. *id.*, n° 13.

L'on peut croire que ces « dissections » n'auraient qu'un rôle limité au sein du modèle proposé par Mme G. VINEY. Voir *infra*, note 54.

⁵⁴ Voir, notamment, pour une énumération sommaire de cette doctrine, H., L. & J. MAZEAUD, *op. cit.*, *supra*, note 19, t. I, n° 103-2, p. 114, n. 8. Voir, en outre, la récente contribution de G. VINEY, *op. cit.*, *supra*, note 22, nos 519-55, pp. 626-65. Cet auteur réfère, par exemple, à l'influence des considérations d'équité sur la qualification de l'obligation par les tribunaux. Voir, sur cette question, nos 547-55, pp. 650-65.

de cette classification par le biais d'un examen de ses traits déterminants⁵⁵. L'analyse nous paraît maintenant appeler des observations additionnelles et, à certains égards, de nouvelles conclusions. Un examen de la problématique telle qu'elle se présente actuellement s'avère d'autant plus nécessaire à l'heure où certains tribunaux, bien que désireux de recourir à la distinction et de cautionner les effets pratiques qu'elle commande, paraissent éprouver de sérieuses difficultés à la maîtriser⁵⁶.

Il est regrettable que M. Baudouin n'ait pas retenu l'occasion qui lui était offerte de contribuer davantage encore au débat⁵⁷. Pour notre part, nous nous permettons de soumettre à la réflexion certains commentaires s'adressant respectivement aux aspects terminologique, pratique et théorique de la classification. Il nous paraît que les difficultés qui seront soulignées illustrent autant d'aspects de la question sur lesquels la doctrine devra, poussée par de pressants impératifs pratiques, bientôt se pencher. En effet, si ce n'est qu'en 1965 que M. Paul-A. Crépeau pouvait soutenir qu'une revue des recueils permettait « d'affirmer que la distinction proposée [...] était] acceptée en jurisprudence québécoise⁵⁸ », il est aujourd'hui loisible à M. Baudouin d'avancer que « [d]epuis quelques années, la jurisprudence québécoise se sert de plus en plus de cette distinction⁵⁹ ».

À l'instar de certains juristes, l'auteur mentionne que celle-ci permet « de mesurer exactement l'intensité du devoir obligationnel du débiteur⁶⁰ ». En vertu de cette thèse, les deux types d'obligations mentionnés précédemment présentent une « intensité » différente. Selon sa définition courante, le terme exprime un « [d]egré d'activité, de force ou de puissance⁶¹ ». Faut-il comprendre que certaines obligations s'avèrent plus fortes, plus puissantes — et partant, plus contraignantes — que d'autres ? Tel serait le cas, notamment, lorsque le contenu de la relation juridique imposerait au débiteur l'exécution d'une obligation de résultat (par exemple, la livraison d'un colis). Nous soumettons qu'une telle interprétation ne saurait prévaloir. En effet, les deux sortes d'obligations nous paraissent, en droit, commander la même rigueur. La force du lien juridique noué y est, dans les deux cas, identique⁶². Soutenir que certaines obligations contraignent davantage que d'autres équivaut à remettre en cause la notion d'obligation juridique même. Or, « *obligatio est iuris vinculum*⁶³ ». Aussi, en l'absence d'explication plus approfondie par les partisans de cette appellation, serait-il sage de ne pas les tenir à un aboutissement aussi énorme. Quelle autre interprétation, moins radicale, peut-on, dès lors, légitimement prêter au terme « intensité » ?

L'on sait que les deux types d'obligations sous étude révèlent certaines différences majeures quant aux modalités d'exonération du débiteur. Rappelons simplement qu'il s'avère plus difficile à un débiteur de justifier d'une non-exécution de son obligation de « résultat » que de son obligation de « moyens ». Le terme « intensité » ne voudrait-il pas ainsi référer à la facilité plus ou moins grande avec laquelle celui-ci peut s'exonérer

⁵⁵ Voir P.-A. CRÉPEAU, « Le contenu obligationnel d'un contrat », (1965) 43 *R. du B. can.* 1.

⁵⁶ Voir, e.g., *Ouellet c. Robichaud Métal Inc.*, [1980] C.P. 129.

⁵⁷ Voir J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, n^{os} 25-7, pp. 33-6. *Adde* : n^{os} 715-8, pp. 401-3.

⁵⁸ P.-A. CRÉPEAU, *loc. cit.*, *supra*, note 55, p. 33.

⁵⁹ J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, n^o 25, p. 33.

⁶⁰ *Id.*, n^o 26, p. 35 [nos italiques]. *Adde* : n^o 715, pp. 401-2 : « Le devoir contractuel, tout comme d'ailleurs le devoir légal, peut être plus ou moins exigeant ou intense pour le débiteur » [nos italiques]. Voir, également, P.-A. CRÉPEAU, *loc. cit.*, *supra*, note 55, p. 29; M.A. TANCELIN, *op. cit.*, *supra*, note 9, n^o 1, p. 3; mais, voir n^o 375, p. 249.

⁶¹ *Le Petit Robert* [...] *Dictionnaire alphabétique & analogique de la langue française*, Paris, Société du Nouveau Littre, 1977, *vbo* intensité [ci-après : *Le Petit Robert*].

⁶² Voir A. TUNC, *loc. cit.*, *supra*, note 53, n^o 6, n. 16; n^o 22.

⁶³ *Inst.*, Just., III, 13, pr. [*De oblig.*].

de l'inexécution de son obligation, dans un ensemble de circonstances donné? Le lien obligationnel se ferait ainsi métaphoriquement plus « hermétique » dans un cas que dans l'autre, d'où une « intensité » plus forte de l'obligation. Il demeure que ces extrapolations, rendues nécessaires par le silence décevant des auteurs sur la question, ne paraissent guère suffisantes pour justifier juridiquement la désignation par eux retenue. Si celle-ci pourra, en vertu de son caractère imagé, se voir utilisée dans le contexte limité de l'exonération de responsabilité civile, elle ne saurait toutefois asseoir l'une des classifications importantes de l'obligation en droit contemporain.

Deux observations s'imposent au plan pratique. D'abord, le temps paraît révolu d'ériger « l'obligation du médecin envers son patient » en archétype de l'obligation de « moyens⁶⁴ ». L'on a pu indiquer que de nombreuses obligations médicales sont maintenant jurisprudentiellement reconnues comme exigeant la satisfaction d'un résultat⁶⁵. Il n'y a qu'un pas à traiter de ce dernier type d'obligation même, du point de vue de l'exonération du débiteur. C'est là l'objet de notre seconde remarque. M. Baudouin écrit que le débiteur « pour dégager sa responsabilité, doit aller au-delà d'une preuve de simple absence de faute, c'est-à-dire démontrer que l'inexécution ou le préjudice subi provient d'un cas fortuit, d'une force majeure ou du fait d'un tiers⁶⁶ ». Cet exposé rend fidèlement compte du droit positif. Doit-il cependant en aller ainsi? L'on se demande, en effet, ce qui peut, dans un système juridique fondé sur la faute, expliquer que le débiteur ne soit en mesure de se libérer en démontrant une absence de faute de sa part, laissant ainsi les faits douteux à la charge du créancier. Comment justifier, en d'autres termes, qu'un débiteur doive supporter le fait inexpliqué, étant dès lors contraint à endosser une responsabilité civile, bien qu'il se trouve en mesure de faire la preuve de son absence de faute⁶⁷? Le dilemme aurait certes pu bénéficier des remarques autorisées de l'auteur de l'ouvrage sous étude.

Cette interrogation rejoint notre critique finale, touchant au fondement théorique de l'obligation dite de « garantie ». La question est nette : comment peut-on traiter d'une telle notion au sein d'un système juridique dont le droit commun repose toujours sur la faute, qu'elle soit prouvée ou présumée⁶⁸? Il y a là une équivoque qui nous paraît irréductible. L'instauration de cette troisième catégorie nous semble essentiellement reposer sur une confusion théorique en ce que l'obligation de « garantie » a également pour objet, tout comme l'obligation de « résultat », la finalité de la prestation. M. Baudouin n'en parle-t-il d'ailleurs pas comme d'une « obligation de résultat renforcée⁶⁹ »? Aussi, conviendrait-il, dans cette perspective, de mettre de l'avant une classification binaire en seules obligations de « moyens » et de « résultat », ces dernières se ramifiant en obligations « ouvertes » ou « fermées » selon que le débiteur jouisse, ou non, d'une faculté d'exonération.

⁶⁴ J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, n° 25, p. 34.

⁶⁵ Voir, généralement, J. CARBONNIER, *op. cit.*, *supra*, note 18, n° 73, p. 279. Voir, de plus, F. CHABAS, « Vers un changement de nature de l'obligation médicale », J.C.P. 1973.I.2541, nos 4 *et seq.*; J. PENNEAU, *Faute civile et faute pénale en matière de responsabilité médicale*, Paris, P.U.F., 1975, n° 24, p. 22, n. 2; Id., *La responsabilité médicale*, Paris, Sirey, 1977, nos 31-2, pp. 36-8 [ci-après : *Responsabilité*]. Pour le droit québécois, voir A. BERNARDOT & R.P. KOURI, *La responsabilité civile médicale*, Sherbrooke, Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 1980, n° 113, p. 75.

⁶⁶ J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, n° 26, p. 35.

⁶⁷ Voir, pour ces développements, J. CARBONNIER, *op. cit.*, *supra*, note 18, n° 75, pp. 285-6.

⁶⁸ Mais, voir P.P.C. HAANAPPEL, « Faute et risque dans le système québécois de la responsabilité civile extra-contractuelle », (1978) 24 *R. de d. McGill* 635, dont nous ne saurions accepter les conclusions.

⁶⁹ J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, n° 25, p. 34.

La classification des obligations selon leur source, de son côté, fait traditionnellement office de *summa divisio*. Au vu du rôle de premier plan qu'elle se voit ainsi appelée à occuper dans l'élaboration d'une théorie générale de l'obligation juridique, cette distinction doit, nous semble-t-il, répondre à certains impératifs rigoureux. Il ne saurait être question, à cet égard, que de divisions reposant sur des prémisses absolument exactes. Celles-ci devraient, de plus, tendre à la simplicité et, par-dessus tout, s'avérer véritablement utiles à l'explicitation et à la compréhension du droit positif⁷⁰. L'on n'ignore pas, en effet, qu'à la base, la fonction d'une classification juridique n'est pas de créer le droit, mais plutôt de le bien refléter en en permettant une rationalisation, et partant, un meilleur entendement. Dans la mesure seulement où cet objectif se voit atteint, peut-on légitimement parler de l'utilité d'une structure donnée. Le juriste ne se satisferait guère, non plus, de vaines abstractions intellectuelles dénuées d'incidences concrètes. Ultimement, la mise en place d'un ordre rationnel doit ainsi déboucher sur une meilleure pratique du droit⁷¹. De telles considérations, mettant en valeur l'importance conceptuelle fondamentale d'une classification et la nécessité d'y accoler une signification pratique certaine, ont inspiré la critique moderne à l'égard du regroupement des obligations selon leur source mis de l'avant par le Code civil⁷².

La doctrine contemporaine y a notamment substitué une distinction bipartite opérée entre l'acte et le fait juridique⁷³. M. Baudouin adopte, à l'instar du *Projet de Code civil*⁷⁴, l'essence de cette classification, comme en témoigne sa répartition des matières de l'ouvrage en deux parties principales sous ces intitulés⁷⁵. D'origine allemande⁷⁶, la thèse de l'acte juridique (*Rechtsgeschäft*) entend récupérer toute manifestation de volonté tendant à un effet de droit quelconque⁷⁷. La nature et la portée de celui-ci s'avèrent, en théorie, précisément déterminées par la volonté du sujet de droit. Quant au fait juridique, il s'adresse à un événement (ou fait), volontaire (le délit) ou non (le « quasi-délit »), dont les effets de droit sont déterminés, dans leur nature comme dans leur mesure, par la loi. Le « quasi-contrat », tel que communément entendu, est également recoupé par cette catégorie⁷⁸.

⁷⁰ Voir H., L. & J. MAZEAUD, *op. cit.*, *supra*, note 18, n° 26, p. 18, où ces auteurs écrivent qu'« une classification ne présente d'intérêt que si elle permet d'expliquer les différences qui séparent les régimes juridiques des obligations de telle et telle catégorie. »

⁷¹ Pour une mise en valeur de cette dimension « pratique » de la question, voir G. MARTON, « Obligations de résultat et obligations de moyens », (1935) 34 *Rev. trim. dr. civ.* 499, n° 7, p. 510.

⁷² Voir, principalement, M. PLANIOL, « Classification des sources des obligations », (1904) 33 *Rev. crit. lég. jur.* 224.

⁷³ Voir, e.g., J. FLOUR & J.-L. AUBERT, *op. cit.*, *supra*, note 20; G. MARTY & P. RAYNAUD, *op. cit.*, *supra*, note 18.

⁷⁴ Voir *Projet*, art. 3, p. 335; *Commentaires*, pp. 571-2 & 605.

⁷⁵ Voir J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, pp. 45 (« Les actes juridiques ») & 289 (« Les faits juridiques »).

⁷⁶ Voir, e.g., J. CARBONNIER, *op. cit.*, *supra*, note 18, n° 10, pp. 47-8. Voir, de plus, A. RIEG, « Le contrat dans les doctrines allemandes du XIX^e siècle » in *Archives de philosophie du droit, Sur les notions du contrat*, Paris, Sirey, 1968, pp. 31; R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté* [...] *Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Paris, Pichon, 1901. Cf. A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris, L.G.D.J., 1961.

⁷⁷ Faut-il préciser que, comme l'indique M. J. Carbonnier, il est ici question de l'acte juridique au sens de *negotium* (opération juridique) plutôt que d'*instrumentum* (titre écrit). Voir *Droit civil*, t. I : « Introduction [...] Les personnes », 14^e éd., Paris, P.U.F., 1982, n° 42, p. 204.

⁷⁸ Voir, pour ces développements, J.-L. AUBERT, *Introduction au droit*, Paris, P.U.F., 1979, pp. 106-21. *Adde* : J. CARBONNIER, *op. cit.*, *supra*, note 18, n° 5, p. 30.

Sur la foi de ce court résumé, M. Baudouin nous pardonnera d'interroger à nouveau l'aménagement de la matière, cette fois dans le cadre précis de la seconde partie du volume portant sur « les faits juridiques ». Comment y peut-on, en effet, motiver une étude du « quasi-contrat » menée, pour ainsi dire en vase clos, indépendamment des autres faits juridiques, et notamment des délit et « quasi-délit⁷⁹ » ? Mm. J. Flour et J.-L. Aubert avaient pourtant pu « relever les affinités profondes qui existent entre ces deux sources [de faits juridiques]. L'une et l'autre tendent à rétablir un patrimoine dans l'état auquel un événement antérieur avait porté atteinte sans qu'il y ait eu à cela de justification⁸⁰ ». La séparation des sujets mise de l'avant par l'auteur ne paraît pas ici rendre justice à la similitude soulignée. Aussi, dans la mesure où la distinction doit être reçue, en aurait-on souhaité un exposé plus rigoureux au plan théorique. En outre, M. Baudouin risque, à cet égard, d'encourir le reproche d'avoir considéré, à tort, le « quasi-contrat » comme un appendice de l'institution contractuelle, alors que Planiol, pour ne citer que cet auteur, a depuis longtemps démontré l'erreur que recelait l'association⁸¹. L'abandon du terme même de « quasi-contrat » dans le *Projet de Code civil* se veut, en ce sens, significatif⁸². Somme toute, nous confrontons un danger de confusion qu'il nous faut considérer malheureux dans un ouvrage destiné pour partie à guider l'apprentissage de la matière par l'étudiant.

Il demeure, toutefois, que si la classification sous examen a été abondamment exposée et utilisée⁸³, elle ne s'est pas pour autant trouvée à l'abri de la critique⁸⁴. D'aucuns ont d'ailleurs, à des degrés divers, refusé de la cautionner⁸⁵. Pour notre part, nous acceptons la justesse de cette dernière position. La division proposée nous paraît en effet receler une faille majeure en ce que les deux éléments de l'antinomie qui la fonde n'engendrent pas des obligations reposant sur un même plan. Dès lors, l'opposabilité des concepts, telle que suggérée, nous semble-t-elle injustifiée. Notre critique endorse d'abord une définition irréprochable offerte par Mm. Flour et Aubert, selon lesquels « [o]n appelle source d'une obligation *le fait qui lui donne naissance*⁸⁶ ». Dans le cas de l'acte juridique, ce fait sera, par exemple, le contrat. Quant au fait juridique à proprement parler, il s'agira notamment du délit ou, plus elliptiquement, de la faute extra-contractuelle. Contrairement à ce que l'on pourrait être tenté d'y voir, il y a là asymétrie théorique. En effet, l'obligation à laquelle le contrat donne naissance en est d'abord une d'exécution (ainsi, conserver la chose prêtée ou livrer le colis). Ce n'est que subsidiairement que les parties auront elles-mêmes prévu, par exemple par le biais de clauses limitatives de responsabilité, les modalités

⁷⁹ Voir J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, n° 502, p. 289, où l'auteur paraît admettre la difficulté au plan théorique.

⁸⁰ J. FLOUR & J.-L. AUBERT, *op. cit.*, *supra*, note 20, t. II, n° 506, p. 5.

⁸¹ Voir M. PLANIOL, *loc. cit.*, *supra*, note 72, pp. 226-9.

⁸² Voir *Projet*, Titre premier, Chap. II, Secs II ; III ; IV, pp. 349-53.

⁸³ Voir *supra*, note 73. *Addé*, e.g. : G. CORNU, *Droit civil* [.] *Introduction* [.] *Les personnes — Les biens*, Paris, Montchrestien, 1980, n°s 122-43, pp. 54-61 ; H., L. & J. MAZEAUD, *op. cit.*, *supra*, note 13, n°s 258-79, pp. 317-40 ; A. WEILL & F. TERRÉ, *Droit civil* [.] *Introduction générale*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1979, n°s 300-41, pp. 305-38.

⁸⁴ Voir, e.g., N.M.K. GOMAA, *Théorie des sources de l'obligation*, Paris, L.G.D.J., 1968, n°s 230-5, pp. 199-203 ; J. GHESTIN, *op. cit.*, *supra*, note 21, n° 1, p. 1.

⁸⁵ Voir, ainsi, de nombreux exposés du droit des obligations où il n'est pas recouru à la distinction. L'on comptera, e.g., P. GUIHO, *Cours de droit civil*, t. IV : « Les obligations », Lyon, L'Hermès, 1979 ; M. LE GALCHER-BARON, *Droit civil* [.] *Les obligations*, 4^e éd. par P. LEVEL, Paris, Francis Lefebvre, 1982 ; H., L. & J. MAZEAUD, *op. cit.*, *supra*, note 18 ; B. STARCK, *op. cit.*, *supra*, note 18 ; A. WEILL & F. TERRÉ, *op. cit.*, *supra*, note 18. *Addé* : J. CARBONNIER, *op. cit.*, *supra*, note 18.

⁸⁶ J. FLOUR & J.-L. AUBERT, *op. cit.*, *supra*, note 20, t. I, n° 51, p. 35 [les italiques sont des auteurs].

d'indemnisation conséquentes à une inexécution éventuelle de son obligation par le débiteur. Cette obligation de « réparation » n'est pas le propre de l'entente contractuelle. Par opposition, cependant, c'est précisément à ce type d'obligation que le délit donnera naissance. De fait, il ne saurait être question, en ce cas, de génération d'obligation d'exécution puisque celle-ci (par exemple, la prudence envers autrui ou la surveillance de l'enfant), imposée par la loi, préexiste au délit — lequel n'en constitue que la violation⁸⁷.

Aussi, si l'on doit maintenant chercher à établir une véritable dichotomie entre deux éléments de même ordre, faut-il considérer, d'une part, les obligations primaires (ou d'exécution), et d'autre part, les obligations que nous qualifierons de secondaires — au sens de « deuxième phase dérivant de la première » (ou de réparation)⁸⁸. Quant à cette catégorie-là, on en opposera ainsi les sources : contrat et loi. Pour les secondes, le contraste sera le même, bien que le champ d'application de la loi s'avère ici beaucoup plus vaste. L'on a déjà indiqué, en effet, qu'il n'est pas courant pour les parties au contrat de régler les modalités d'indemnisation du préjudice. En outre, le pouvoir même que conservent celles-ci de se soustraire à la juridiction du tribunal en matière d'évaluation du dommage se voit sévèrement contrôlé par la loi qui interdit notamment la clause pénale. L'on note avec intérêt que cette opposition entre obligations primaires et secondaires a, depuis longtemps, retenu l'attention des juristes de *common law*⁸⁹. Il semble qu'elle ait été récemment ramenée à l'avant-plan par une décision de la *House of Lords* britannique⁹⁰. Cette référence au droit comparé amène d'emblée à préciser qu'il faut entendre par les deux types discutés des obligations, non pas facultatives non plus qu'alternatives, mais bien complémentaires. L'on ne saurait, en effet, accepter sans réserve l'énoncé bien connu de Holmes, selon lequel « [t]he duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it, — and nothing else⁹¹ ». Il nous paraît que l'école du *legal realism* fait ici bien peu de cas de la nécessaire autorité, tant au plan social que juridique, qu'il importe de maintenir à l'institution contractuelle⁹².

Nous complétons ces remarques en confrontant brièvement la critique adressée à Planiol alors que l'éminent juriste suggérait également une distinction originale fondée sur l'opposition entre le contrat et la loi. Mentionnons simplement que, s'il est vrai que « seule la loi a le pouvoir de modifier l'ordonnement juridique, spécialement de créer des obligations⁹³ », il n'en demeure pas moins que son intervention dans le contrat n'est qu'indirecte⁹⁴, dans la mesure où elle n'agit que pour *sanctionner* un accord, pour lui

⁸⁷ Voir, en ce sens, *Commentaires*, p. 571.

Ainsi, ne saurait-on concevoir la « responsabilité civile » comme une source d'obligations d'exécution. Mais, voir, e.g., M.A. TANCELIN, *Jurisprudence sur les obligations*, t. III, 2^e éd., Québec, P.U.L., 1982, p. 983.

⁸⁸ *Le Robert méthodique* [...] *Dictionnaire méthodique du français actuel*, Paris, Le Robert, 1982, *vbo* secondaire.

⁸⁹ L'on en paraît trouver les premières traces chez O.W. HOLMES, *The Common Law*, Boston, Little, Brown, 1883, pp. 298-301. Cf. certains éléments de la théorie défendue par J. Grandmoulin en 1892 in G. VINEY, *op. cit.*, *supra*, note 22, n° 163, pp. 194-5.

⁹⁰ Voir *Photo Production Ltd v. Securicor Transport Ltd*, [1980] A.C. 827, pp. 848-50 (Lord DIPLOCK). *Adde* : C. *Czarnikow Ltd v. Koufos (The Heron II)*, [1966] 2 Q.B. 695 (C.A.), pp. 730-1 (DIPLOCK L.J.).

⁹¹ O.W. HOLMES, 'The Path of the Law', (1897) 10 *Harv. L.R.* 457, p. 462.

⁹² Holmes se présente, plus précisément, comme l'un des précurseurs de ce qui deviendra éventuellement le mouvement dit du 'American Legal Realism'. Voir Lord LLOYD, *Introduction to Jurisprudence*, 4^e éd., Londres, Stevens, 1979, pp. 451 *et seq.*

⁹³ J. CARBONNIER, *op. cit.*, *supra*, note 18, n° 5, p. 32.

⁹⁴ Voir H. MAZEAUD, « Essai de classification des obligations », (1936) 35 *Rev. trim. dr. civ.* 1, n° 17, pp. 16-7.

donner en quelque sorte son visa⁹⁵. Aussi importe-t-il de ne pas hypertrophier son rôle.

II. DE L'EXPOSITION DE LA MATIÈRE

Au delà des assises fondant l'ouvrage en rubrique, il importe maintenant de nous attarder au corps même de l'œuvre. Celui-ci concerne successivement le contrat — l'un des trois « piliers » du droit⁹⁶ —, l'acte unilatéral et le « quasi-contrat classique ». L'auteur enchaîne avec deux livres portant respectivement sur les effets, ainsi que l'« extinction et transmission des obligations ». Comme le plan, la démarche retenue demeure, dans l'ensemble, fidèle à celle déjà éprouvée dans l'édition de 1970. Sur une question particulière, M. Baudouin présente ainsi, dans un premier temps, l'état du droit positif, parfois par le biais d'un court prélude à caractère historique. Il s'appuie, pour ce faire, sur une documentation conventionnelle touffue. Les renvois à la législation québécoise sont fréquents et réfèrent le plus souvent à la dernière refonte de lois. L'on note également une discussion au texte de nombreuses dispositions de la *Loi sur la protection du consommateur*⁹⁷. Nous pouvons légitimement croire que le praticien du droit sera reconnaissant à M. Baudouin de cette heureuse initiative. La jurisprudence, de son côté, a été revue et mise à jour. Celle-ci, abondante, n'encourt cependant pas à l'auteur le reproche de ne présenter qu'une collection d'arrêts⁹⁸. La révision des références — et leur accroissement — s'avère cependant plus sensible au niveau des textes doctrinaux. Faut-il en chercher l'explication dans une doctrine civiliste québécoise qui se serait récemment voulue davantage prolifique? Outre les renvois en note, M. Baudouin fait suivre chaque chapitre d'une bibliographie, plus ou moins étoffée selon les matières⁹⁹. Ce procédé appelle quelques observations.

Qu'il nous soit d'abord permis d'affirmer que l'on ne saurait faire porter notre critique sur l'aspect purement quantitatif. Nous rencontrons ici le lieu privilégié d'application d'une locution juridique aux termes de laquelle *ce qui abonde ne vicie point*. Il n'y a pas lieu, selon nous, de constater un conflit entre les aspects herméneutique et heuristique du « travail doctrinal¹⁰⁰ ». La surenchère de matériel nous paraît toutefois commander certaines modalités de présentation. L'on peut croire que, tant l'étudiant que le praticien, auraient pu profiter, sinon d'une bibliographie commentée — ce qui demeure d'emblée la solution par excellence —, à tout le moins d'une organisation plus rigoureuse des documents proposés. Le hasard nous conduit à examiner la bibliographie qui clôt le chapitre traitant du « rôle de la volonté dans le contrat¹⁰¹ ». L'on y retrouve pêle-mêle, ordonnés par le seul nom des auteurs, quelques thèses de doctorat françaises, deux à trois études de *common law*, certaines recherches en droit comparé (traitant tour à tour de divers aspects des droits suisse, allemand et anglais) ainsi qu'un ouvrage général de philosophie du droit,

⁹⁵ Voir M. PLANIOL, *loc. cit.*, *supra*, note 72, p. 226.

⁹⁶ J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 5^e éd., Paris, L.G.D.J., 1983, p. 165.

⁹⁷ L.R.Q., c. P-40.1. Nous nous étonnons que l'ouvrage en rubrique persiste à assortir la présentation de cette loi d'une référence maintenant caduque (*i.e.*, « L.Q. 1978, c. 9 »).

⁹⁸ Voir, à cet égard, les remarques de C. ATIAS, « La mission de la doctrine universitaire en droit privé », J.C.P.1980.I.2999, n^{os} 7-8. *Adde* : J.-B. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage personnel et d'habitation*, t. I, 2^e éd., Dijon, Lagier, 1836, p. xviii.

⁹⁹ Cf. A. LAROCHE, *op. cit.*, *supra*, note 9, où l'auteur paraît avoir cherché à réduire les références doctrinales au minimum. D'importantes études s'avèrent, en conséquence, laissées pour compte.

¹⁰⁰ Mais, voir A. PIÉDELÈVRE, *Introduction à l'étude du droit*, Paris, Masson, 1981, p. 97.

¹⁰¹ Voir J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, pp. 75-6.

sans omettre une étude interdisciplinaire de droit civil et pénal. L'illustration entend mettre en relief l'importance tout à fait variable des documents mentionnés, relativisme qui n'est malheureusement pas souligné par l'auteur. De même, certains ouvrages sont répétés en plusieurs bibliographies sans qu'il soit jamais mentionné à quelle partie spécifique de l'œuvre le lecteur doive, dans un contexte donné, s'adresser. En outre, l'on se demande parfois si l'auteur n'a pas trop voulu. Bien que quelques thèses françaises rédigées à l'orée du siècle demeurent pertinentes — et l'on songe notamment à la recherche de M. J. Radouant sur le cas fortuit et la force majeure, toujours considérée comme un classique¹⁰² —, en va-t-il véritablement de même pour toutes celles que nous offrent les bibliographies de l'ouvrage¹⁰³? Permettons-nous de suggérer qu'un certain élagage au profit, peut-être, d'une plus grande insistance sur les textes récents, n'aurait guère coûté.

Alors que la première édition s'arrêtait à l'exposé du droit positif, celle-ci offre en sus une discussion ponctuelle, souvent détaillée, des dispositions du *Projet de Code civil*, tel que soumis au législateur par l'Office de révision du Code civil. Cette initiative doit être saluée comme l'une des additions les plus louables au nouvel ouvrage. Étudiant comme praticien y trouveront sans contredit leur profit. La formule même qu'a retenue l'auteur vaut d'être soulignée. Celle-ci a en effet l'insigne mérite de ne pas confondre les droits positif et normatif, dans la mesure où la discussion sur ces derniers aspects se voit conduite comme un examen indépendant, sous une rubrique clairement annoncée. Le lecteur eut cependant gagné à une exploitation enrichie du filon. L'on aurait ainsi souhaité que, plus souvent, M. Baudouin choisisse « de discuter la valeur de ces règles et [qu'il cherche] les améliorations susceptibles de leur être apportées¹⁰⁴ ». Mm. H. et L. Mazeaud écrivent encore leur espoir « qu'un jour [vienne] où l'étude de la règle de droit *de lege ferenda* [ait], dans l'enseignement, une place égale à celle donnée au commentaire du droit positif »¹⁰⁵. Cette ambition n'aura pas été ici réalisée.

Confinant dès lors l'essentiel de notre réflexion à la présentation qui est faite du droit positif, nous mentionnerons trois qualités maîtresses, lesquelles nous semblent caractériser l'exposé offert par l'ouvrage en rubrique. Il s'agit des éléments d'orientation¹⁰⁶, de correction¹⁰⁷, et de lucidité. L'on n'ignore pas que l'aménagement du sujet dans le cadre d'une structure ordonnée (titre, sous-titre, chapitre, section et ainsi de suite¹⁰⁸), de flot continu et de maniement aisé constitue un défi que trop d'ouvrages à caractère didactique ne savent relever avec suffisamment de brio. M. Baudouin échappe d'emblée à une telle critique : l'auteur, par son plan serré, a su guider sans dérouter. Il faut bien insister que nos commentaires antérieurs concernant la répartition d'ensemble des matières interpellait le dessinateur de l'ouvrage, et non son exécution même. Cette dernière nous semble, par ailleurs, marquée au coin de la correction. Le terme pourra surprendre, dans la mesure où le droit sera perçu en tant qu'« une science, non pas exacte évidemment, car tout est

¹⁰² Voir J. CARBONNIER, *op. cit.*, *supra*, note 18, n° 75, p. 286. Curieusement, cette thèse n'est toutefois pas citée par M. J.-L. Baudouin. *Adde*, pour une étude récemment ramenée au premier plan : E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, th. Dijon (1912).

¹⁰³ Voir, e.g., J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, pp. 258 (« DESBLEUMORTIERS, J., *La simulation par l'emploi d'un tiers*, Paris, Chaix, 1916 ») & 436 (« THOUREAU, E., *De la clause pénale*, Paris, Librairie Générale, 1883 »).

¹⁰⁴ H., L. & J. MAZEAUD, *op. cit.*, *supra*, note 13, p. 10.

¹⁰⁵ *Id.*, n° 22, pp. 46-7.

¹⁰⁶ Voir *Le Petit Robert*, *vbo* orientation : « Action de donner une direction déterminée. »

¹⁰⁷ Voir *id.*, *vbo* correction : « Qualité de ce qui ne s'écarte pas des règles. »

¹⁰⁸ Voir, pour la « Table des matières », J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, pp. 3-14.

relatif et contingent en matière juridique, mais une science humaine étudiant des interactions sociales ou étatiques¹⁰⁹ ». Il est, pour cette raison, indéniable que certaines des interprétations suggérées par l'auteur nous paraissent prêter à controverse. Aussi s'avérerait-il spécieux d'entreprendre ici de scruter l'ouvrage en cherchant à en décortiquer les moindres énoncés. Notre propos se veut beaucoup plus général. Une lecture du volume nous a convaincu que la présentation de la matière y est honnête, bien que personnelle, et réalisée avec un souci constant de refléter avec précision l'état courant du droit sur une question déterminée. Il y a là, somme toute, une œuvre fiable. Finalement, l'exposé — parfois nécessairement technique — est mené dans un style simple et engageant, à l'endroit duquel le lecteur étudiant, par exemple, ne pourra que réagir favorablement¹¹⁰.

Si ce sont là les remarques que nous inspire l'ouvrage appréhendé dans sa globalité, il serait faire offense à l'auteur que de ne pas maintenant discuter les nécessaires atténuations aux éloges sincèrement offertes. Sous chacun des chefs mentionnés, il se trouve en effet quelque dérogation qu'illustrent certains exemples tirés du volume en rubrique. Les commentaires qui suivent sont rédigés dans l'espoir qu'ils pourront peut-être, éventuellement, profiter à une édition ultérieure du texte. Ils nous fournissent incidemment l'occasion de mettre en lumière certains remaniements et additions d'importance que l'auteur a opérés pour les fins de la présente reprise.

Le chapitre portant discussion du « rôle de la volonté dans le contrat » retient d'abord notre attention¹¹¹. M. Baudouin y traite avec éloquence du principe de l'autonomie tant dans ses fondements philosophiques que dans ses ramifications juridiques. Chacun de ces développements fait à l'histoire une place digne de mention. Ce qui n'est certes pas dire que l'auteur ait omis de tenir compte de la doctrine la plus moderne, comme en témoigne par exemple son exposé des multiples qualités aujourd'hui reconnues au concept d'ordre public¹¹². Il nous semble toutefois que la critique adressée par certains juristes à la notion d'autonomie se fait plus fondamentale que n'a paru le montrer M. Baudouin. La présentation aurait-elle été trop simplifiée ?

Il est vrai que d'aucuns, comme M. J. Carbonnier, énoncent toujours que « [l]e principe est la liberté [... et] l'ordre public [...] une exception¹¹³ ». Traitant de la dernière notion, cet auteur n'en admet pas moins que « son importance s'est accrue considérablement avec la socialisation du droit civil¹¹⁴ ». Le rôle progressivement plus important du « civisme contractuel » n'a toutefois pas constamment reposé sur les mêmes fondements¹¹⁵. Ainsi, l'on a pu dire que « [j]usque vers 1970, il s'agissait surtout de dirigisme économique. Depuis lors, une autre finalité a surgi et est devenue prépondérante : la protection du consommateur¹¹⁶ ». Il serait maintenant question d'« une tendance au *dirigisme contractuel*¹¹⁷ ». L'on songe notamment à l'édiction par le législateur de règles impératives dans divers contrats (tels le louage de choses et l'assurance¹¹⁸). « L'ordre public contractuel

¹⁰⁹ A. PIÉDELIEVRE, *op. cit.*, *supra*, note 100, p. 36.

¹¹⁰ Cf. M.A. TANCELIN, *op. cit.*, *supra*, note 9. *Adde* : F. VALLÉE-OUELLET in « Livres nouveaux », (1977) 23 *McGill L.J.* 153 [chronique sur M.A. TANCELIN, *op. cit.*, *supra*, note 9], pp. 155-6.

¹¹¹ Voir J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, n^{os} 53-86, pp. 58-76.

¹¹² Voir *id.*, n^{os} 81-5, pp. 70-4.

¹¹³ J. CARBONNIER, *op. cit.*, *supra*, note 18, n^o 43, p. 200.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ C'est par cette expression que M. J. Carbonnier recoupe la notion de conformité du contrat à l'ordre public et aux bonnes mœurs. *Id.*, n^o 32, p. 129.

¹¹⁶ *Id.*, n^o 6, p. 36.

¹¹⁷ La terminologie est de J. DUPICHOT, *Le droit des obligations*, Paris, P.U.F., 1978, p. 10 [nos italiques].

¹¹⁸ Voir arts 1600 *et seq.* & 2468 *et seq.* C.c., respectivement. L'on pourra en outre, comme le fait M. J.-L. Baudouin, choisir de traiter d'un « contrat de consommation », tel

est devenu, pour une bonne part, «dispositif». Il ne se borne plus à interdire, il aménage autoritairement¹¹⁹ ». L'on réfute le mot de Fouillée¹²⁰, et l'on proclame avec Ripert le retour aux idées des canonistes, à cette « vieille morale qui fait reposer le contrat sur la justice et non la justice sur le contrat¹²¹ ». Ce phénomène de « socialisation » ne se manifeste d'ailleurs pas qu'à l'intérieur du cercle contractuel. Il est maintenant question d'une importante théorie de l'abus de droit¹²², et plus fondamentalement, l'on constate, au plan extra-contractuel, un « déclin de la responsabilité individuelle » et une prise en charge collective des risques par le biais du mécanisme de l'assurance¹²³.

Sur la base de telles constatations, certains auteurs français ont encore approfondi la réflexion, notamment au plan contractuel. D'une part, M. J. Ghestin affirme que « [l']autonomie de la volonté n'est pas l'explication unique, ni même principale, des textes régissant le contrat¹²⁴ ». Ce principe aurait en effet « davantage inspiré l'interprétation doctrinale du Code civil, que ce code lui-même¹²⁵ ». L'on a d'ailleurs démontré que l'expression d'« autonomie de la volonté » (ou autre locution s'en rapprochant) ne se retrouve ni dans les discours prononcés lors de la préparation du Code et de sa présentation au Corps législatif, ni chez les Exégètes¹²⁶. Aussi, Mlle V. Ranouil a-t-elle pu parler d'une longue période d'autonomie de la volonté « impliquée¹²⁷ ». L'on accepte facilement l'importance de telles constatations pour le droit québécois des obligations. Bien que notre Code ne se veuille à de nombreux égards guère plus qu'un « faux frère » de son parent français¹²⁸, il en a néanmoins, dans le contexte qui nous intéresse particulièrement, subi l'influence profonde. De même, les grandes idées véhiculées par la doctrine française du dix-neuvième siècle ont bientôt rejoint nos ouvrages¹²⁹. Poursuivant sa pensée, M. Ghestin

que régit par les prescriptions de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1. Voir *op. cit.*, *supra*, note 5, nos 49-50, pp. 53-5. *Adde*, généralement : N. L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, Montréal, Yvon Blais & Sorej, 1981.

¹¹⁹ G. VINEY, *op. cit.*, *supra*, note 22, n° 491, p. 588.

¹²⁰ Voir A. FOUILLÉE, *La science sociale contemporaine*, 2^e éd., Paris, Hachette, 1885, p. 410 : « qui dit contractuel dit juste » [les italiques sont de l'auteur].

¹²¹ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1949, n° 73, p. 127.

¹²² Voir, e.g., J. GHESTIN & G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil*, t. I : « Introduction générale », 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1983, nos 693-740, pp. 612-62, où les auteurs intègrent cette discussion à leurs développements portant sur « [l]e respect des finalités du système juridique ». Voir p. 611.

L'on soulignera brièvement que le principe de l'applicabilité de cette doctrine au domaine contractuel ne fait aujourd'hui plus de doute. Voir, notamment, A. MAYRAND, « L'abus des droits en France et au Québec », (1974) 9 *R.J.T.* 321, pp. 331 *et seq.*; et, plus récemment, J. GHESTIN, « L'abus dans les contrats », *Gaz.Pal.*1981.2.379.

¹²³ Voir, primordialement, G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Paris, L.G.D.J., 1965 [ci-après : *Déclin*]. *Adde* : Id., « De la responsabilité personnelle à la répartition des risques » in *Archives de philosophie du droit, La responsabilité*, Paris, Sirey, 1977, pp. 5; Id., *op. cit.*, *supra*, note 22, *passim*.

¹²⁴ J. GHESTIN, *op. cit.*, *supra*, note 21, n° 52, p. 30.

¹²⁵ *Id.*, n° 36, p. 21.

¹²⁶ Voir V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, Paris, P.U.F., 1980, pp. 76-8. *Adde* : J. FLOUR & J.-L. AUBERT, *op. cit.*, *supra*, note 20, t. I, nos 106 & 109, pp. 76-7.

¹²⁷ V. RANOUIL, *op. cit.*, *supra*, note 126, pp. 71-83. Le recours au terme se justifie, selon cet auteur, jusqu'aux environs de 1880.

¹²⁸ L'expression est de G. CORNU, *op. cit.*, *supra*, note 83, n° 308, p. 129.

¹²⁹ Voir, e.g., P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, Montréal, Théoret & Wilson & Lafleur, 1895-1916. Ce texte est explicitement fondé sur les « Répétitions écrites sur le Code civil », de F. Mourlon. *Adde*, pour une liste chronologique des représentants de

soutient que le principe de la liberté contractuelle à l'époque de la codification napoléonienne répondait principalement à des préoccupations de justice, de loyauté et de sécurité¹³⁰. L'importance que conservent ces notions au sein du droit actuel conduit l'auteur à réfuter l'idée que l'autonomie de la volonté fonde — et ait jamais authentiquement fondé — la force obligatoire du contrat. Il convient, selon M. Ghestin, « d'adhérer à une analyse plus concrète du contrat, compris davantage comme l'instrument des échanges entre les hommes, que comme l'expression de volontés autonomes¹³¹ ». Cette approche doit reposer sur une perception de l'ordre public conçu, non pas dans le rôle tributaire que lui réserve l'interprétation volontariste (c'est-à-dire comme facteur d'exception¹³²), mais bien en tant que principe véritablement agissant et directeur permettant un contrôle de la conformité du contrat au droit objectif dans sa double dimension de droit positif et de justice contractuelle ou commutative¹³³. L'incompatibilité de cette construction avec le modèle classique n'aura pas échappé au juriste¹³⁴.

Le système mis de l'avant autorise Mme G. Viney à revendiquer, par exemple pour l'obligation de sécurité, non pas un fondement volontariste, mais bien des assises d'« équité et de bonne foi contractuelle (conçues comme des notions autonomes par rapport à la volonté¹³⁵) ». L'on n'ignore pas qu'un mouvement en ce sens aurait l'heur d'accroître le rôle de la jurisprudence, auquel l'ensemble du processus de réalignement mentionné serait déjà fort redevable¹³⁶. Aussi, cette remarque doit-elle paver la voie à une discussion sur les mérites respectifs des divers mécanismes de contrôle de la conformité de la relation contractuelle au nouvel ordre public. Nous songeons, par exemple, aux possibilités offertes par le texte législatif et la discrétion judiciaire¹³⁷. Si M. Baudouin a su adroitement dégager les facteurs essentiels de l'évolution qu'a connue le droit des obligations en la matière au cours des récentes années, il n'a pas cru bon de présenter — ne serait-ce que sommairement — des idées que l'on pourrait ironiquement qualifier de « révolutionnaires ». Dans la mesure où celles-ci occuperont, dans les prochaines années, une place de choix au cœur des débats¹³⁸, il est malheureux que les étudiants n'en aient pas été instruits.

l'école dite « exégétique » au Québec : S. NORMAND, « Une analyse quantitative de la doctrine en droit civil québécois », (1982) 23 *C. de D.* 1009, p. 1015, n. 2.

¹³⁰ Voir J. GHESTIN, *op. cit.*, *supra*, note 21, n° 52, p. 31.

¹³¹ *Id.*, p. v.

¹³² Voir, pour un exposé de cette thèse, *id.*, n° 160, pp. 119-20.

¹³³ Ce principe de justice sera, en outre, lui-même complété de celui de bonne foi. Voir, pour l'ensemble de ces développements, *id.*, n°s 172-92, pp. 131-49.

¹³⁴ Comme l'a bien souligné M. J. Ghestin, il ne s'agit cependant pas d'aller nier le rôle de l'accord de volontés. Celui-ci « garde [...] une place importante. » Ainsi, « [c]'est lui qui reste l'élément spécifique du contrat et, à ce titre, son critère. » *Id.*, n° 187, p. 145.

¹³⁵ G. VINEY, *op. cit.*, *supra*, note 22, n° 516, p. 624.

Dans ce contexte, Mme G. Viney mentionne également une obligation pour les parties d'observer la « norme fondamentale du contrat ». L'on aura notamment établi un parallèle avec la doctrine du *fundamental breach of contract* que connaît le *common law*. Voir, généralement, *id.*, n°s 488-9, pp. 585-7. *Adde*, pour le *common law* : G.H. TREITEL, *The Law of Contract*, 6^e éd., Londres, Stevens, 1983, pp. 174-90, et spéc. pp. 181-90.

¹³⁶ Voir, généralement, sur les principales sphères d'influence de la jurisprudence, G. VINEY, *op. cit.*, *supra*, note 22, n°s 497-518, pp. 595-626.

¹³⁷ Voir, *e.g.*, dans un contexte de droit anglais, G.H. TREITEL, *Doctrine and Discretion in the Law of Contract*, Oxford, O.U.P., 1981.

¹³⁸ Voir, ainsi, pour une application des idées défendues par M. J. Ghestin dans le cadre particulier du droit québécois, L. PERRET, « Une philosophie nouvelle des contrats fondée sur l'idée de justice contractuelle », (1980) 11 *R.G.D.* 537. Voir, de plus,

Le thème de « la formation des contrats¹³⁹ », auquel l'auteur voudra bien nous autoriser à consacrer maintenant certains développements, nous paraît appeler quelques observations eu égard à la condition de fond que constitue le consentement. Nous considérons tout d'abord l'intégrité de celui-ci. Deux brèves observations de l'auteur doivent être préalablement soulignées. La première nous est importante pour sa contribution à la systématisation d'un sujet souvent par trop laborieux. M. Baudouin mentionne ainsi qu'« il n'existe en réalité que deux vices de consentement : l'erreur et la crainte¹⁴⁰ », le dol ne constituant en fait qu'une erreur provoquée¹⁴¹. L'auteur souligne de plus que « [c]onformément à la tendance jurisprudentielle récente [...], le *Projet [de Code civil]* admet désormais que le silence ou la réticence puissent être constitutifs de dol selon les circonstances, laissant aux tribunaux le soin de le décider selon les particularismes de chaque espèce¹⁴² ». C'est toutefois sur le concept de lésion, appelé à un rôle de premier plan par la doctrine moderne¹⁴³, que l'on insistera plutôt. Cette réflexion s'inscrit naturellement dans le prolongement des remarques précédentes ayant trait à l'émergence d'un nouvel ordre public directeur, non plus d'exception mais bien de principe.

En guise d'avant-propos à une discussion détaillée illustrant les diverses tendances qui se sont fait jour dans l'histoire — ancienne comme récente —, M. Baudouin indique, avec raison croyons-nous, que la notion aurait tout aussi bien pu figurer au chapitre de la capacité ou, mieux encore, au titre de l'objet du contrat¹⁴⁴. L'auteur ajoute, en effet, « qu'en accord avec la critique faite par les auteurs modernes, la lésion est devenue bien plus une mesure de « justice commutative » qu'une extension de la théorie des vices de consentement¹⁴⁵ ». Il entreprend malgré tout, à l'instar du *Projet de Code civil*¹⁴⁶, de

P.P.C. HAANAPPEL, "Contract Law Reform in Quebec", (1982) 60 *Can. Bar. Rev.* 393, pp. 401-8, où l'auteur souligne un affranchissement du droit québécois à l'égard du concept de l'autonomie de la volonté tel que classiquement entendu. *Adde* : M. TANCELIN, « La justice contractuelle : expérience et perspectives au Québec », (1978) 30 *Rev. int. dr. comp.* 1009.

La diffusion des principes sous-tendant ce courant idéologique serait, du reste, des plus larges. Ainsi, l'on a pu écrire, dans un cadre de droit comparé, que "[c]ontractual justice rather than contractual freedom is the material function and principle of contract law throughout the world today." K. ZWEIGERT & H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, t. II : "The Institutions of Private Law", Amsterdam, North-Holland, 1977, p. 7.

¹³⁹ Voir J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, n^{os} 87-348, pp. 77-218.

¹⁴⁰ *Id.*, n^o 123, p. 97.

¹⁴¹ Voir, en ce sens, *Projet*, arts 29 & 31, p. 339; *Commentaires*, pp. 613-4. *Adde* : J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, n^o 152, pp. 111-2.

¹⁴² J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, n^o 168, p. 121 [nos italiques]. Voir *Projet*, art. 32, p. 339; *Commentaires*, p. 614.

¹⁴³ Voir, *e.g.*, J. GHESTIN, *op. cit.*, *supra*, note 21, n^{os} 566-78, pp. 463-75.

Plus modestement, la notion explique en outre l'intérêt qui s'attache à certaines classifications contemporaines du contrat. Voir, ainsi, sur les contrats à titre onéreux et à titre gratuit, J. CARBONNIER, *op. cit.*, *supra*, note 18, n^o 8, pp. 44-5; et, pour les contrats commutatifs et aléatoires, *id.*, n^o 8, p. 45; J. GHESTIN, *op. cit.*, *supra*, note 21, n^{os} 558-60, pp. 452-7.

¹⁴⁴ Voir J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, n^o 187, p. 129.

¹⁴⁵ *Ibid.* Mais, voir P.-G. JOBIN, « Les prochaines dispositions sur l'exploitation », (1979) 10 *R.G.D.* 132, pp. 134-6.

¹⁴⁶ Voir *Projet*, art. 29, p. 339; *Commentaires*, p. 613. *Cf.* *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1, arts 8 & 9. Voir, sur ces derniers textes, J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, n^o 198, pp. 136-7. *Adde* : C. MASSE, « L'équité contractuelle » in *Meredith Memorial Lectures 1979* [...] *The New Consumer Protection Act of Quebec*, Toronto, De Boo, 1980, pp. 48.

traiter de la question sous cette dernière rubrique, mentionnant que « [l]a lésion, qu'elle soit objective ou subjective, fait naître l'idée que le contrat a été conclu par une personne dont le consentement n'était pas libre¹⁴⁷ ». Cette dernière affirmation soulève le problème de sa justesse.

Il ne nous paraît pas qu'au sein d'une conception objective, la notion de consentement doive jouer le rôle qui lui est ici assigné. Il faut voir, en effet, que l'équivalence des prestations devient en soi une condition de validité du contrat¹⁴⁸. Ce serait, soumettons-nous, fausser l'analyse que d'incorporer ainsi l'idée d'un consentement présumément vicié, tel que classiquement entendue. L'objectif d'atteindre à une justice commutative ne paraît guère s'accommoder d'un recours à ces éléments « implicites ». Au demeurant, la conception « mixte » qu'adopte le *Projet de Code civil* nous semble, en dépit de l'aspect subjectif retenu, reposer fondamentalement sur un donné objectif, soit le déséquilibre des prestations¹⁴⁹. M. Baudouin pouvait lui-même écrire que « [p]our le *Projet*, l'exploitation est à la base de la lésion¹⁵⁰ ». Le rattachement de la lésion aux vices de consentement dans le traitement de la matière des obligations pose dès lors question. N'aurait-on pas été bien avisé de reléguer ici à l'arrière-plan une tradition reposant sur le postulat d'une hégémonie de l'autonomie de la volonté ? Il nous semble que, dans le contexte des développements proposés par la doctrine contemporaine, il eut été pleinement loisible à l'auteur d'aller de l'avant sans risquer d'encourir l'objection d'hérésie.

Au delà du problème de sa relation avec l'une ou l'autre des grandes conditions de fond à la formation du contrat, l'on a récemment discuté la lésion du point de vue du « remède » offert à la partie lésée¹⁵¹. Celui-ci consiste historiquement en une action en rescision à laquelle s'ajoute, dans un cadre moderne, une action en révision ou nullité du contrat¹⁵². M. J. Carbonnier commente en ces termes le rendement du mécanisme principal :

Quelque formule qu'on en donne, la rescision pour lésion n'apparaît plus aujourd'hui comme l'instrument le plus efficace de la justice contractuelle. Elle est trop individualiste. On accorde une action à l'individu, mais osera-t-il s'en servir ? Les procédés d'économie dirigée (contrôle des prix, salaire minimum), avec un système de droit public, un appareil répressif pour en garantir l'exécution, semblent plus aptes à réaliser une justice contractuelle de masse¹⁵³.

Nous transportons ici le débat plus loin que n'a probablement entendu le poursuivre M. Baudouin. L'on conviendra toutefois des attraits que présente l'examen d'un problème donné dans ses multiples implications. L'une de ces dimensions fondamentales demeure certes d'interroger dans quelle mesure un « remède » quelconque reflète effectivement les objectifs poursuivis par l'institution juridique dont il entend assurer l'ultime efficacité.

M. Baudouin indique que l'on se confine traditionnellement à exiger du consentement qu'il existe et soit intègre. À la lumière des récents développements, consacrant notamment la reconnaissance d'une obligation pré-contractuelle de renseignement, l'auteur propose d'ajouter une troisième condition de validité, soit que le consentement s'avère également « informé et réfléchi¹⁵⁴ ». L'on ne critiquera pas ici la terminologie

¹⁴⁷ J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, n° 187, p. 129.

¹⁴⁸ Voir, généralement, J. GHESTIN, *op. cit.*, *supra*, note 21, n°s 540-78, pp. 440-75, où cet auteur traite de la lésion au titre de « [l]a valeur de l'objet » du contrat. Cf. J. FLOUR & J.-L. AUBERT, *op. cit.*, *supra*, note 20, t. I, n°s 238-49, pp. 173-83.

¹⁴⁹ Voir *Projet*, art. 37, pp. 339-40. Cf. *Commentaires*, p. 615.

¹⁵⁰ J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, n° 219, p. 146 [nos italiques].

¹⁵¹ Voir, sur l'emploi de cette terminologie, *infra*, au texte accompagnant la note 166.

¹⁵² Voir *Projet*, art. 38, al. 1, p. 340; *Commentaires*, pp. 615-6.

¹⁵³ J. CARBONNIER, *op. cit.*, *supra*, note 18, n° 38, p. 150.

¹⁵⁴ Voir J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, n°s 223-33, pp. 151-5.

employée. Mentionnons simplement que la formule classique, qui faisait en sorte que le consentement doive être un acte éclairé et libre¹⁵⁵, aurait, nous semble-t-il, pu récupérer avantageusement les concepts d'information et de réflexion. C'est toutefois au phénomène même de l'obligation de renseignement dans la phase précédant la conclusion du contrat que nous nous attarderons maintenant.

Si M. Baudouin est justifié de parler d'un essor récent de ce type de responsabilité aux plans jurisprudentiel et législatif¹⁵⁶, l'on aurait souhaité qu'il mentionne que la doctrine témoigne pourtant d'un âge respectable. Ainsi, Ihering traitait déjà, au dix-neuvième siècle, de l'existence de certaines obligations dans la conduite des pourparlers préalables au contrat, dont la violation constituait une faute et donnait ouverture à l'action en responsabilité civile¹⁵⁷. Pour cet auteur, celle-ci serait de nature contractuelle, peu importe, du reste, qu'un contrat se soit éventuellement formé ou non¹⁵⁸. L'on a maintenant délaissé la théorie de la *culpa in contrahendo*¹⁵⁹, et choisi de favoriser l'avènement d'une véritable « déontologie de la négociation¹⁶⁰ ». L'ensemble des contributions doctrinales récentes accepte ainsi que la faute pré-contractuelle donne lieu à une responsabilité extra-contractuelle¹⁶¹. Aussi, a-t-on pu souligner que l'un des intérêts de ce nouveau droit est précisément de compléter utilement la théorie des vices de consentement en permettant de doubler l'annulation du contrat d'une possibilité de dommages-intérêts¹⁶². L'on aurait souhaité que l'auteur de l'ouvrage en rubrique épilogue, dans ce contexte, sur ce recours que reconnaît précisément le *Projet de Code civil* en son article 38 du Livre cinquième¹⁶³.

Notre seul reproche aux développements consacrés successivement à la théorie générale des nullités et aux nullités en matière contractuelle¹⁶⁴, par ailleurs menés de façon remarquable, en est un de terminologie. M. Baudouin coiffe en effet ces deux chapitres d'un intitulé qui annonce « les *sanctions* des conditions de formation du contrat¹⁶⁵ ». Il nous semble que le terme « sanctions », avec ce qu'il connote de punitif, n'a guère sa place en droit civil des obligations. Aussi, M. A. Tunc, s'inspirant du terme « *remedies* »

¹⁵⁵ Voir, pour l'adoption de ces termes, *Projet*, art. 27, p. 338.

¹⁵⁶ Voir J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, n° 227, p. 153.

¹⁵⁷ Voir, pour ces développements, J. CARBONNIER, *op. cit.*, *supra*, note 18, n° 17, pp. 77-8. Comme l'indique cet auteur (n° 18, p. 85), la première synthèse doctrinale discutant spécifiquement de l'obligation pré-contractuelle de renseignement serait redevable à M. DE JUGLART, « L'obligation de renseignements dans les contrats », (1945) 43 *Rev. trim. dr. civ.* 1.

¹⁵⁸ Voir J. GHESTIN, *op. cit.*, *supra*, note 21, n° 938, pp. 801-2.

¹⁵⁹ Voir, *e.g.*, dans un contexte de droit comparé, F. KESSLER & E. FINE, « *Culpa in Contrahendo*, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study », (1964) 77 *Harv. L.R.* 401.

¹⁶⁰ L'expression est de J. SCHMIDT, « La sanction de la faute précontractuelle », (1974) 72 *Rev. trim. dr. civ.* 46, n° 50, p. 72. Une récente étude s'est, en outre, attachée à l'exploration d'une dimension particulière du phénomène. Voir, ainsi, P. JOURDAIN, « Le devoir de «se» renseigner », D.1983.139.

¹⁶¹ Voir, sur l'ensemble de la question, *e.g.*, J. GHESTIN, *op. cit.*, *supra*, note 21, n°s 457-508, pp. 373-412; *Id.*, *op. cit.*, *supra*, note 38, n°s 95-142, pp. 103-32; G. VINEY, *op. cit.*, *supra*, note 22, n°s 196-200, pp. 229-36; A. WEILL & F. TERRÉ, *op. cit.*, *supra*, note 18, n° 157, pp. 182-4.

¹⁶² Voir J. GHESTIN, *op. cit.*, *supra*, note 21, n° 485, pp. 395-6; et, généralement, n°s 937-49, pp. 801-12.

¹⁶³ Voir *Projet*, art. 38, al. 2, p. 340. Mais, voir J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, n°s 345-8, pp. 217-8.

¹⁶⁴ Voir J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, n°s 301-37, pp. 195-214.

¹⁶⁵ *Id.*, p. 195 [nos italiques].

tel qu'employé en *common law*, a-t-il fort judicieusement proposé l'introduction dans la langue juridique française du mot « remèdes », concept qui aurait l'heur de rendre plus fidèlement compte du rôle véritable joué par les tribunaux auprès des parties impliquées dans des différends contractuels¹⁶⁶. Il y a lieu d'endosser sans réserve la suggestion avancée.

Ces commentaires nous amènent, au titre de « l'effet des contrats¹⁶⁷ », à traiter du chapitre dévolu aux « force obligatoire et contenu obligationnel du contrat¹⁶⁸ ». Il s'agit là d'une partie de l'ouvrage dont l'auteur énonce en préface qu'elle a été particulièrement remaniée pour les fins de la présente édition¹⁶⁹. L'on constate, par exemple, un traitement notablement plus étendu de la théorie de l'imprévision. Nous ne saurions douter que ce développement reflète un mouvement vers la reconnaissance d'un « pouvoir de réfection par le juge¹⁷⁰ », dont M. Baudouin offre, dans un contexte voisin, certaines illustrations récentes¹⁷¹. L'on ne pourra, non plus, passer sous silence l'innovation du *Projet de Code civil* qui, en matière de lésion, met de l'avant le « supplément monétaire équitable¹⁷² ». Le parallèle avec l'« indemnité d'imprévision » du droit administratif français vient ici notamment à l'esprit¹⁷³. Ces situations doivent, s'il n'en tient qu'à l'auteur de l'ouvrage en rubrique, demeurer extraordinaires. M. Baudouin écrit, en effet, qu'« [i] est certain que l'admission en bloc de la théorie de l'imprévision nuirait à la stabilité du régime contractuel. Elle ne peut, au fond, servir que de mécanisme d'appoint ou de recours dans des situations exceptionnelles et particularisées¹⁷⁴ ». L'on nous permettra de questionner une affirmation qui, parce que trop tranchée, risque de porter à confusion, et de générer chez l'étudiant une perception excessivement rigoureuse du contrat.

Notre réflexion s'inspire à nouveau d'un mot de M. J. Carbonnier, selon lequel « il est permis de trouver que notre droit manque d'indulgence dans l'appréciation de l'impossibilité¹⁷⁵ ». Le juriste considère en effet généralement que « [l]a sécurité des affaires, qui postule la stabilité des contrats, paraît être ici en conflit avec l'équité ou même, plus rigidement, avec la justice commutative¹⁷⁶ ». Affirmant que la facilité apparente du dilemme est trompeuse, M. Carbonnier poursuit :

Les affaires, au contraire, pourraient bien gagner en sécurité si les parties étaient certaines de pouvoir obtenir une révision équitable du contrat, en cas de bouleversement réellement imprévisible. La preuve en est dans la généralisation actuelle des clauses d'échelle mobile ou de révision, par où les milieux commerciaux se sont précisément efforcés d'atteindre à une plus grande sécurité. Au reste, réviser la convention est souvent lui donner sa seule chance d'être exécutée ; or, l'intérêt économique du pays est, en général, plus attaché à l'exécution des contrats qu'à leur inexécution¹⁷⁷.

¹⁶⁶ Voir A. TUNC, *op. cit.*, *supra*, note 19, n° 10, p. 16, n. 1, renvoyant à une préface de l'auteur in SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE, *Code de commerce uniforme des États-Unis*, trad. par C. LAMBRECHTS, Paris, Armand Colin, 1971, p. 17. Nous tenons à exprimer notre profonde gratitude à M. le professeur A. Tunc qui a bien voulu nous transmettre les éléments de cette dernière référence.

¹⁶⁷ J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, p. 219.

¹⁶⁸ Voir *id.*, n°s 352-71, pp. 221-8.

¹⁶⁹ Voir *id.*, p. 1.

¹⁷⁰ *Id.*, n° 343, p. 216.

¹⁷¹ Voir *id.*, n°s 339-44, pp. 215-7. Cf. *Projet*, arts 76 & 306, pp. 345 & 381.

¹⁷² Voir *Projet*, art. 40, p. 340; *Commentaires*, p. 616.

¹⁷³ Voir, généralement, e.g., A. DE LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, t. III, Paris, L.G.D.J., 1956, n°s 991-1002, pp. 116-29; M. WALINE, *Droit administratif*, 9^e éd., Paris, Sirey, 1963, n°s 1245-64, pp. 730-7.

¹⁷⁴ J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, n° 361, p. 224.

¹⁷⁵ J. CARBONNIER, *op. cit.*, *supra*, note 18, n° 3, p. 22.

¹⁷⁶ *Id.*, n° 69, p. 260.

¹⁷⁷ *Id.*, n° 69, pp. 260-1. Cf. R. FABRE, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », (1983) 81 *Rev. trim. dr. civ.* 1.

Certains développements de droit comparé tendent d'ailleurs à confirmer cet auteur dans ses vues. Comme M. Baudouin le souligne lui-même¹⁷⁸, le droit allemand a élaboré une féconde théorie de la révision du contrat en se fondant sur une interprétation des plus larges de la notion de bonne foi (*Treu und Glauben*)¹⁷⁹. De même, le droit américain reconnaît une doctrine dite d'« *impracticability of performance* »¹⁸⁰, aux termes de laquelle il sera éventuellement ouvert à une partie au contrat d'obtenir la révision d'une obligation devenue pour elle trop onéreuse, par exemple en raison d'un événement extérieur tel un cataclysme naturel ou une inflation galopante. Le droit anglais demeure, à cet égard, plus réticent mais sait, dans le cadre de la théorie de la *frustration of the contract*, faire sa place à une nécessaire flexibilité lorsque les circonstances le commandent¹⁸¹. Une conception plus étendue de la notion de *frustration* paraît d'ailleurs s'y être récemment confirmée¹⁸².

Les raisons de ces divergences demeurent obscures. L'on a cependant tenté d'expliquer la plus grande flexibilité du droit allemand en avançant que ce système juridique avait eu à affronter, notamment à l'issue du premier conflit mondial, une série de catastrophes socio-économiques n'ayant connu leur pareil ni en Angleterre, ni en France. L'interventionnisme judiciaire se serait ainsi présenté, dans ce contexte, comme une réponse, d'abord ponctuelle, à ces profondes difficultés¹⁸³. Quoi qu'il en soit, il demeure que l'on peut aujourd'hui, avec M. R. David, constater « combien les arguments invoqués en France [adde : Québec] contre la « théorie de l'imprévision » perdent de leur force, lorsque l'on voit les deux principales nations commerçantes d'Europe, l'Angleterre et l'Allemagne [adde : États-Unis], consacrer sous des noms divers, et avec des modalités diverses, ce qui est l'essentiel de cette théorie »¹⁸⁴. Si l'on doit maintenant tenter une récupération de la doctrine, il convient d'en interroger d'abord le fondement. Sur ce plan, le droit comparé éclaire à nouveau. L'on se demande, en effet, si le critère de prévisibilité mérite d'être retenu, à la différence, par exemple, des systèmes de droit anglais et américain où le recours au concept de *frustration* ne se voit généralement pas assujéti à une situation d'*unforeseeability*¹⁸⁵. Nous soumettons qu'il serait plus exact — sinon plus honnête — de passer d'une notion d'imprévision à une théorie de la révision de l'entente contractuelle¹⁸⁶. Le terme serait ici compris au sens où l'entendait déjà M. A. Tunc qui, dans un autre

¹⁷⁸ Voir J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, n° 360, p. 224.

¹⁷⁹ Voir J. CARBONNIER, *op. cit.*, *supra*, note 18, n° 51, p. 201. Voir, de plus, pour un bref historique des différentes théories ayant successivement prévalu en droit allemand (et, notamment, du concept de *Geschäftsgrundlage*), K. ZWIEGERT & H. KÖTZ, *op. cit.*, *supra*, note 138, pp. 189-95; N. HORN, H. KÖTZ & H.G. LESER, *German Private and Commercial Law* [.] *An Introduction*, Oxford, O.U.P., 1982, pp. 135-45. Adde : J.P. DAWSON, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1968, pp. 465-74; A.T. VON MEHREN & J.R. GORDLEY, *The Civil Law System*, 2^e éd., Boston, Little, Brown, 1977, pp. 1073-99.

¹⁸⁰ Voir *Restatement of Contracts*, 2d (1981), § 261-72. Voir, de plus, *e.g.*, E.A. FARNSWORTH, *Contracts*, Boston, Little, Brown, 1982, pp. 670-705.

¹⁸¹ Voir, *e.g.*, G.H. TREITEL, *op. cit.*, *supra*, note 135, pp. 648-99; mais, voir pp. 662-5.

¹⁸² Voir, *e.g.*, *Pioneer Shipping Ltd v. B.T.P. Tioxide Ltd (The Nema)*, [1982] A.C. 724 (H.L.); *National Carriers Ltd v. Panalpina (Northern) Ltd*, [1981] A.C. 675 (H.L.). Adde : *Kodros Shipping Corp. of Monrovia v. Empresa Cubana de Fletes (The Evia)*, [1982] 3 W.L.R. 637 (H.L.).

¹⁸³ Voir, en ce sens, K. ZWIEGERT & H. KÖTZ, *op. cit.*, *supra*, note 138, p. 205.

¹⁸⁴ R. DAVID, *Les contrats en droit anglais*, Paris, L.G.D.J., 1973, pp. 401-2.

¹⁸⁵ Mais, voir la critique de G.H. TREITEL, *op. cit.*, *supra*, note 135, pp. 675-6 & 679-82.

¹⁸⁶ Voir, à ce sujet, G. RIPERT, *op. cit.*, *supra*, note 121, n° 84, p. 151.

contexte, expliquait justement qu'il ne s'agit pas sous ce prétexte de tout bouleverser mais bien de tout revoir¹⁸⁷.

Nous ne saurions douter de la pertinence de l'observation, transposée dans le cadre du droit québécois. L'on ne se cachera pas non plus que l'admissibilité d'une telle doctrine doit se voir régie par certaines contraintes. Celles-ci auront l'heur d'opérer une balance entre « la sécurité des affaires » et « la justice commutative¹⁸⁸ ». Ainsi, l'on conviendra que le processus de révision ne saurait conduire à une absolution, judiciaire ou législative, de tentatives par des débiteurs malheureux de se soustraire à des obligations contractuelles dont ils s'avèrent ne plus être satisfaits. Beaucoup de réflexion reste à faire. Il nous paraît cependant que l'idée mise de l'avant s'inscrit favorablement dans le contexte d'un nouvel ordre contractuel reposant sur des notions de justice commutative et de bonne foi¹⁸⁹. L'auteur de l'ouvrage en rubrique aurait ici gagné, soumettons-nous, à une exploration plus poussée des tenants et aboutissants de la théorie, notamment à la lumière des dispositions de l'article 75 du Livre cinquième du *Projet de Code civil*, où l'Office de révision a entendu reconnaître aux tribunaux d'importants pouvoirs d'intervention dans le contrat¹⁹⁰.

M. Baudouin nous permettra d'enchaîner avec le traitement qu'il offre du contenu obligationnel du contrat. En effet, nous retrouvons ici ce qui nous paraît être, avec respect, l'une des importantes omissions rencontrées à la lecture de l'ouvrage. Discutant la portée de l'article 1024 du Code civil, l'auteur n'est pas justifié, croyons-nous, d'éliminer toute relation des récentes décisions de la Cour d'appel du Québec et de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Wabasso*¹⁹¹. L'on n'ignore pas que les tribunaux ont, dans le passé, recouru avec parcimonie à cette disposition du Code civil¹⁹². Aussi, convenait-il tout particulièrement de référer le praticien comme l'étudiant à l'importante discussion qu'en a alors tenue la Cour d'appel, et notamment M. le juge Mayrand¹⁹³. La

¹⁸⁷ Voir A. TUNC, « Préface » in G. VINEY, *Déclin*, p. ii.

¹⁸⁸ *Supra*, note 176.

¹⁸⁹ Voir, en ce sens, G. RIPERT, *op. cit.*, *supra*, note 121, n° 86, p. 153 : « la révision du contrat pour imprévision est inadmissible, si on ne la justifie pas sur cette idée que le contractant ne peut user jusqu'à l'injustice du droit que, juridiquement, lui donne le contrat. »

¹⁹⁰ Voir *Projet*, art. 75, al. 2, p. 345; *Commentaires*, pp. 624-5.

¹⁹¹ Voir, en Cour d'appel, *The National Drying Machinery Co. c. Wabasso Ltd*, [1979] C.A. 279; et, en Cour suprême, *Wabasso Ltd c. The National Drying Machinery Co.*, *supra*, note 26.

¹⁹² Voir, sur cette question, notre étude, « Pour une théorie de l'obligation de renseignement du fabricant en droit civil canadien », (1981) 26 *R. de d. McGill* 207, pp. 246-7, n. 147.

Un relevé statistique laisse cependant croire à une résurgence du recours à cet article du Code civil dans les toutes récentes années. Voir, ainsi, en complément de la référence précédente, *Banque Nationale du Canada c. Dame Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339; *Senex c. La Chambre d'Immeuble de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 555; *La Corporation de la Cité de Sherbrooke c. L'Association agricole des Cantons de l'Est (1967)*, [1981] C.A. 594; *Ciment Indépendant Inc. c. Communauté urbaine de Montréal*, [1982] C.S. 1049; *Marcotte c. Assomption Compagnie mutuelle d'assurance vie*, [1981] C.S. 1102; *Aciers Ralfor Ltée c. Lussier*, [1981] C.S. 1068; *Sterling c. Simpson*, [1981] C.S. 760; *Kaussen c. Scanti Investments Ltd*, [1981] C.S. 191; *Fabrique de la Paroisse de l'Ange-Gardien c. Procureur général de la Province de Québec*, [1980] C.S. 175; *La Co-op d'habitation Villa Marcotte c. La Commission hydroélectrique de Québec (Hydro-Québec)*, [1980] C.S. 843.

¹⁹³ Voir *The National Drying Machinery Co. c. Wabasso Ltd*, *supra*, note 191, pp. 285-6.

Cour suprême n'a pas, quant à elle, choisi de revenir sur cette question précise. Il ne faudrait cependant pas penser que l'importance de ce dernier jugement, dans le contexte qui nous intéresse, s'en trouve amoindrie. La nécessaire reconnaissance d'une obligation contractuelle de renseignement — qui ne pouvait en l'espèce reposer que sur l'article 1024 du Code civil — s'avérait en effet un indispensable pré-requis à une considération du problème de l'option entre les régimes de responsabilité civile¹⁹⁴. Or, l'on sait que la Cour a choisi de s'adresser sans détour à cette dernière question¹⁹⁵. Aussi, faut-il en conclure qu'elle a d'abord dû se satisfaire de l'existence au contrat d'une obligation de renseignement valable. À travers un examen des relations entre les régimes de responsabilité civile, cette décision consacrerait ainsi l'existence d'une obligation de renseignement au contrat de vente et, dans ce cas précis, de fabrication¹⁹⁶. Telle constatation s'inscrit, par ailleurs, dans le cadre de progrès récents qu'a connus le concept d'obligation de renseignement dans nos cours de justice¹⁹⁷. Le petit nombre de décisions rendues annuellement en matière de droit civil par le plus haut tribunal nous paraît en outre expliquer d'autant plus difficilement l'omission soulignée¹⁹⁸.

La deuxième partie de l'ouvrage annonce un traitement des « quasi-contrats classiques », l'auteur voulant par là marquer ses distances avec une terminologie qu'il n'approuve guère mais se juge contraint de conserver¹⁹⁹. La discussion des institutions de gestion d'affaires, paiement de l'indu et enrichissement sans cause se veut ainsi elle-même

¹⁹⁴ Voir P.-A. CRÉPEAU, « Des régimes contractuel et délictuel de responsabilité civile en droit civil canadien », (1962) 22 *R. du B.* 501, p. 530 : « le demandeur ne saurait exercer l'option ou invoquer un cumul que s'il est d'abord en mesure de se présenter comme un créancier contractuel du défendeur. »

¹⁹⁵ Voir *Wabasso Ltd c. The National Drying Machinery Co.*, *supra*, note 26, pp. 582-4 (M. le juge CHOUINARD). Voir, en outre, P.-A. CRÉPEAU, « La responsabilité civile de l'établissement hospitalier en droit civil canadien », (1981) 26 *R. de d. McGill* 673, p. 694, n. 66.

¹⁹⁶ L'on se gardera de confondre ce seul aspect de la reconnaissance avec le problème, subséquent dans l'ordre logique, du respect du régime contractuel de responsabilité civile. Mais, voir J.-L. BAUDOIN, « Chronique de droit civil québécois : session 1980-81 », (1982) 3 *Sup. Ct L.R.* 311, p. 313. *Adde* : Id., « L'affaire *Wabasso* : un débat entre la théorie et la pratique ? », (1982) 27 *R. de d. McGill* 809, p. 811; Id., *loc. cit.*, *supra*, note 40, n° 8, p. 223.

Ne pourrait-on, par ailleurs, affirmer qu'une majorité de la Cour suprême avait déjà consacré l'existence d'une obligation *extra-contractuelle* de renseignement dans l'arrêt *Ross c. Dunstall*, (1921) 62 R.C.S. 393? Mais, voir, pour l'interprétation généralement retenue de ce jugement, *e.g.*, P.-A. CRÉPEAU, *loc. cit.*, *supra*, note 194, pp. 540-1 : « la Cour en vint à la conclusion que l'arme comportait un vice caché ».

¹⁹⁷ Voir nos études, *loc. cit.*, *supra*, note 192, p. 212, n. 10; *loc. cit.*, *supra*, note 48, pp. 923-5. *Adde* : *L. Martin & Fils Inc. c. Les Industries Pittsburg du Canada Ltée*, [1982] C.S. 629; *Plamondon c. J.E. Livernois Ltée*, [1982] C.S. 594; *Fleury c. Olivier McLeod Ltd*, C.S. (Abitibi, 605-05-000 193-76), 8 février 1982 (M. le juge CLICHE); *Didier c. G.S.W. Ltée*, C.S. (St-Hyacinthe, 750-05-000 689-77), 30 juin 1981 (M. le juge DESLANDES). Voir, de plus, pour une importante revue de la question dans un contexte de droit français, G. VINEY, *op. cit.*, *supra*, note 22, nos 502-12, pp. 606-20. *Adde* : J. GHESTIN, *op. cit.*, *supra*, note 38, n° 269, pp. 268-73; A. WEILL & F. TERRÉ, *op. cit.*, *supra*, note 18, n° 357, pp. 399-401.

¹⁹⁸ Voir, pour un compte rendu statistique d'intérêt, P.-A. CRÉPEAU, « Les lendemains de la réforme du Code civil », (1981) 59 *R. du B. can.* 625, p. 635, n. 20.

¹⁹⁹ J.-L. BAUDOIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, p. 294. Le *Projet* a, quant à lui, choisi d'abandonner l'expression. Voir *supra*, note 82.

conventionnelle, et épouse étroitement le discours traditionnellement retenu dans la présentation de cette matière. M. Baudouin écrit, par exemple, au terme de son exposé sur la gestion d'affaires, que celle-ci « au contraire du droit français, reste un phénomène rare dans la pratique²⁰⁰ ». Il en est pourtant un usage récent, dans un contexte de droit médical, dont l'on aurait souhaité voir souligner certains aspects prêtant à controverse. D'aucuns ont, en effet, proposé que ce mécanisme fonde juridiquement la prescription des soins par le médecin au patient inconscient²⁰¹. Pour d'autres juristes, les impératifs de la *Charte des droits et libertés de la personne*²⁰², comme du *Code de déontologie médicale*²⁰³ s'avèrent cependant incompatibles avec la nécessaire liberté d'action du gérant, condition préalable à la reconnaissance d'une authentique gestion d'affaires²⁰⁴. Il est, en outre, une seconde difficulté qui ne paraît pas avoir été, à ce jour, directement confrontée. Ainsi, bien qu'elle demeure couramment acceptée²⁰⁵, il nous semble que la terminologie d'« affaires » ne sied guère aux récents développements dont question. M. A. Mayrand a d'ailleurs pu souligner que « les règles de la gestion d'affaires n'ont été conçues qu'en fonction des intérêts pécuniaires²⁰⁶ ». Ne conviendrait-il pas, dans ce contexte, de songer au recours à une notion élargie de « gestion des intérêts de la personne »? L'on peut croire que le *Projet de Code civil* n'a pas saisi la chance qui lui était ici offerte de refléter, par la désignation retenue, les nouvelles réalités contemporaines²⁰⁷.

Il se trouve toutefois une autre discussion éminemment plus fondamentale au modèle traditionnel que l'on doit finalement aborder, soit le caractère subsidiaire du principe de l'« enrichissement injustifié²⁰⁸ ». Ce rôle accessoire s'est vu confirmé, bien qu'avec certaines hésitations, par la Cour suprême du Canada²⁰⁹. Une référence au droit comparé doit toutefois nous amener à douter de l'opportunité de tel entérinement²¹⁰. Le temps ne serait-il pas maintenant venu de donner son efficacité pratique au principe abstrait qui pose l'enrichissement injustifié — ou « injuste²¹¹ » — comme une source autonome d'obligation? M. J. Carbonnier note que, dans l'état actuel des choses, « [i] est impossible de

²⁰⁰ J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, n° 530, p. 301.

²⁰¹ Voir, en ce sens, L. PERRET in « Comptes rendus », (1981) 26 *R. de d. McGill* 1084 [chronique sur A. BERNARDOT & R.P. KOURI, *op. cit.*, *supra*, note 65], pp. 1089-92.

²⁰² L.R.Q., c. C-12, art. 2.

²⁰³ Voir *Règlement concernant le code de déontologie*, G.O.Q., 1980.II.1878, art. 2.03.47 [médecins].

²⁰⁴ Voir A. BERNARDOT & R.P. KOURI, *op. cit.*, *supra*, note 65, n° 139, pp. 96-8; et, pour le droit français, J. PENNEAU, *Responsabilité*, n° 26, pp. 28-30.

²⁰⁵ Voir, e.g., A. BERNARDOT & R.P. KOURI, *op. cit.*, *supra*, note 70, n° 139, p. 96.

²⁰⁶ A. MAYRAND, *L'inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1975, n° 37, p. 47.

²⁰⁷ Voir *Projet*, Titre premier, Chap. II, Sec. II, p. 349.

²⁰⁸ L'expression est consacrée par le *Projet* in Titre premier, Chap. II, Sec. IV, p. 352.

²⁰⁹ Voir *Cie Immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67, pp. 77 & 83-4 (M. le juge BEETZ). Mais, voir, e.g., G.S. CHALLIES, *The Doctrine of Unjustified Enrichment in the Law of the Province of Quebec*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1952, p. 143 : "In my opinion, in Quebec the action *de in rem verso* is not subsidiary in nature."

²¹⁰ Voir, généralement, J.P. DAWSON, *Unjust Enrichment [.] A Comparative Analysis*, Boston, Little, Brown, 1951.

D'autre part, il a récemment été suggéré, dans un contexte de *common law*, que cette tradition juridique gagnerait de même à recourir au droit civil dans le but d'affiner certaines dimensions du concept d'*unjust enrichment*. Voir G.B. KLIPPERT, *op. cit.*, *supra*, note 16, pp. 369-72.

²¹¹ Voir, pour un emploi (accidentel?) du terme, *Commentaires*, p. 640 *sub art.* 127.

voir dans la théorie un instrument jurisprudentiel de réforme sociale »²¹². Cette situation tranche avec un important développement de droit américain reposant pourtant, similairement, sur un postulat théorique aux termes duquel « [a] person who has been unjustly enriched at the expense of another is required to make restitution to the other »²¹³. La différence déterminante réside toutefois en ce que la portée qu'y a reçue le principe, au plan pratique, fonde aujourd'hui la reconnaissance d'un véritable chef de responsabilité civile, aux côtés du *contract* et du *tort*²¹⁴. La position du droit anglais demeure, à cet égard, plus timorée et l'on n'y connaît pas véritablement de théorie générale de l'*unjust enrichment*²¹⁵. Le *common law* canadien a longtemps paru illustrer davantage cette dernière attitude²¹⁶. Nous ne saurions tenir rigueur à M. Baudouin de n'avoir pas débattu l'idée soulignée²¹⁷, celle-ci s'éloignant notablement du droit positif actuel, comme du droit proposé²¹⁸. Il convenait cependant de l'aérer, ne serait-ce qu'en vue de susciter une discussion pouvant éventuellement conduire à une re-définition en profondeur du rôle de l'enrichissement injustifié au sein d'un droit des obligations que l'on entend maintenant fonder sur des notions de justice commutative et de bonne foi.

Mentionnons cependant une matière, au plan des « remèdes » contractuels, dont on peut légitimement croire que le praticien — davantage encore que l'étudiant — aurait accueilli un traitement plus étoffé. Malgré l'annonce de remaniements apportés au sujet²¹⁹, il ne nous semble pas que M. Baudouin ait suffisamment approfondi l'exposé sur la question des dommages-intérêts²²⁰. Dans un contexte de droit comparé, M. B. Nicholas s'étonnait récemment du peu d'attention dévolue à cette matière par les juristes de tradition civiliste française :

what principally strikes the English lawyer is that the French analysis is relatively undeveloped. A great deal of intellectual effort has been expended in the Common law world, particularly in recent years, on the law of damages, but there has been little to correspond to this in French *doctrine*. Nor is there a rich *jurisprudence*²²¹.

²¹² J. CARBONNIER, *op. cit.*, *supra*, note 18, n° 121, p. 504.

²¹³ *Restatement of Restitution* (1937), § 1.

²¹⁴ Voir, e.g., G.E. PALMER, *The Law of Restitution*, t. I, Boston, Little, Brown, 1978, pp. 1-6.

²¹⁵ Voir en ce sens, *Orakpo v. Manson Investments Ltd*, [1978] A.C. 95 (H.L.), p. 104 (Lord DIPLOCK).

Le traitement de *restitution* dans les ouvrages juridiques, sous forme d'un appendice au droit du *contract*, reflète cette situation. Voir, ainsi, *Anson's Law of Contract*, 25^e éd. par A.G. GUEST, Oxford, O.U.P., 1979, pp. 641-78; *Cheshire & Fifoot's Law of Contract*, 10^e éd. par M.P. FURMSTON, Londres, Butterworths, 1981, pp. 574-601; *Chitty on Contracts*, 25^e éd. par A.G. GUEST *et al.*, t. I : "General Principles", Londres, Sweet & Maxwell, 1983, nos 1931-2059, pp. 1063-1158; G.H. TREITEL, *op. cit.*, *supra*, note 135, pp. 785-94. Mais, voir R. GOFF & G. JONES, *The Law of Restitution*, 2^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1978, et spéc. pp. 11-42.

²¹⁶ Mais, voir *Degelman c. Guaranty Trust Co. of Canada*, [1954] R.C.S. 725; et, plus récemment, *Rural Municipality of Storthoaks c. Mobil Oil Canada, Ltd*, [1976] 2 R.C.S. 147; *Petkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834. Adde : G.B. KLIPPERT, *op. cit.*, *supra*, note 16, pp. 369-72; G.H.L. FRIDMAN & J.G. MCLEOD, *Restitution*, Toronto, Carswell, 1982, pp. 3-25.

²¹⁷ Voir, pour les développements proposés quant au caractère subsidiaire du recours, J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, nos 570-1, pp. 320-1.

²¹⁸ Voir *Projet*, art. 130, p. 353.

²¹⁹ Voir J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, p. 1.

²²⁰ Voir *id.*, nos 713-70, pp. 400-36.

²²¹ B. NICHOLAS, *French Law of Contract*, Londres, Butterworths, 1982, p. 219 [les italiques sont de l'auteur]. Voir, de plus, G.H. TREITEL, "Remedies for Breach of Contract

Ne doit-on pas s'inquiéter de cet état de fait à l'heure où « l'indemnisation des dommages [...] est considérée comme l'objectif essentiel de la responsabilité civile²²² » ? Pour cette raison, l'on ne saurait respectueusement accepter que l'auteur ait parfois choisi d'éluider l'analyse au motif que certaines règles s'avèrent difficiles à dégager²²³. Sans qu'il s'agisse pour nous d'opérer de vaine comparaison, l'on reportera tout de même le lecteur à la récente contribution de M. Y. Chartier parue, soulignons-le, postérieurement à la publication de l'ouvrage en rubrique²²⁴. L'on ne peut qu'espérer que la richesse des nombreux développements y soumis marque un prélude à l'intensification de la réflexion civiliste en la matière. Un point de départ d'intérêt pour le juriste québécois soucieux de sonder le domaine consisterait à interroger la pertinence du maintien d'une règle de la limitation du préjudice au sein de notre système de droit civil²²⁵.

Il semble que, comme paraît le suggérer M. Baudouin²²⁶, celle-ci nous vienne de la tradition juridique de *common law*. Elle ne saurait, en tout état de cause, dériver du droit français. M. Nicholas offre à cet effet l'observation suivante :

French law does not think in terms of the common law's "duty" to mitigate. The matter is considered, if at all, as an aspect of the need for a causal link²²⁷.

L'ouvrage de M. Chartier révèle, au demeurant, que cette question de la rupture du lien de causalité par le fait d'omission de la victime n'y est traitée qu'en filigrane, ainsi que l'illustre par exemple le problème du refus de soins médicaux à la suite d'un préjudice corporel²²⁸. L'on en conclut que le droit québécois gagnerait, s'il entend conserver le concept de limitation du préjudice²²⁹, à développer celui-ci et à l'adapter à la structure civiliste. Il nous paraît qu'il lui faille nécessairement, pour ce faire, se ressourcer aux principes directeurs de *common law* en la matière²³⁰, sans que les aménagements finals doivent pour autant déroger aux règles établies du droit civil.

Nos dernières remarques sur le corps de l'ouvrage touchent au livre traitant de l'« extinction et transmission des obligations²³¹ ». M. J. Carbonnier a pu écrire

(Courses of Action Open to a Party Aggrieved)'' in *International Encyclopedia of Comparative Law*, t. VII : "Contracts in General", La Haye & Tübingen, Mouton & Mohr, 1976, n° 100, p. 76.

²²² G. VINEY, *op. cit.*, *supra*, note 22, n° 36, p. 45.

²²³ Voir, e.g., J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, n° 730, p. 409 & n° 732, p. 411.

²²⁴ Voir Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 1983.

²²⁵ Il paraît préférable de recourir à cette expression plutôt que de traiter, en un calque boîteux de la terminologie de *common law*, de « minimisation des dommages ». Cf. R. DAVID, *op. cit.*, *supra*, note 184, n° 432, pp. 420-3, où cet auteur mentionne une « obligation de limiter le préjudice ». Nous ne croyons pas l'emploi du terme justifié dans la mesure où une partie ne saurait être recherchée en inexécution d'un devoir juridique pour n'avoir pas limité le préjudice subi. L'on sait que cette omission se traduira plutôt par une réduction des dommages-intérêts éventuellement accordés.

²²⁶ Voir J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, n° 735, p. 412.

²²⁷ B. NICHOLAS, *op. cit.*, *supra*, note 221, p. 226.

²²⁸ Voir Y. CHARTIER, *op. cit.*, *supra*, note 224, n° 51, pp. 73-4.

²²⁹ M. J.-L. BAUDOUIN paraît vouloir favoriser ce maintien. Voir *op.cit.*, *supra*, note 5, n° 735, p. 413.

²³⁰ Voir, pour de récents exposés, e.g., *McGregor on Damages*, 14^e éd. par H. MCGREGOR, Londres, Sweet & Maxwell, 1980, nos 208-59, pp. 150-89; A.I. OGUS, *The Law of Damages*, Londres, Butterworths, 1973, pp. 85-93. *Adde* : H. STREET, *Principles of the Law of Damages*, Londres, Sweet & Maxwell, 1962, pp. 36-42.

²³¹ J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, p. 473.

qu'« [é]tudier le rapport obligatoire en lui-même, abstraction faite de ses sources, [paraissait] aujourd'hui — sous l'influence du B.G.B. [*Bürgerliches Gesetzbuch*]²³² — une démarche plus rationnelle que celle du [Code civil] qui n'a directement considéré que le rapport obligatoire *ex contractu*²³³ ». Aussi, faut-il saluer l'approche adoptée par M. Baudouin qui a adroitement situé ce livre à la suite des développements consacrés à l'acte et au fait juridique²³⁴. L'on peut certes « convenir [...] que les mécanismes mis au point pour la cession et l'extinction des obligations ne conviennent bien qu'aux obligations contractuelles (et plus spécialement, peut-être, aux promesses de payer des sommes d'argent²³⁵) ». Toutefois, il faut bien admettre que « la victime d'un accident [voulant] céder à un tiers le droit qu'elle a d'obtenir des dommages-intérêts du responsable [devra] utiliser le même mécanisme que le prêteur qui voudrait céder sa créance²³⁶ ». L'idée de « cession de créance » nous conduit naturellement à mentionner le nouveau chapitre que M. Baudouin consacre à la question en fin d'ouvrage²³⁷. Il y a là une addition heureuse, dans la mesure où le sujet s'avère trop souvent escamoté par la doctrine contemporaine en droit des obligations²³⁸. L'on se demande toutefois pourquoi l'auteur n'a pas jugé à propos de discuter concurremment la cession de dette²³⁹, et surtout, quels sont les motifs qui l'ont poussé à traiter de la transmission de l'obligation à la suite des développements consacrés à son extinction. Il nous semble qu'un cheminement inverse se fut révélé davantage conforme à la logique de la matière sous étude. L'on regrette finalement que M. Baudouin n'ait, délibérément²⁴⁰, consacré aucune discussion au mode d'extinction du rapport d'obligation que constitue la prescription²⁴¹.

Il importe de compléter ce tour d'horizon d'un ensemble d'observations formelles. L'on remarque d'abord le soin apporté à la confection d'un appareil de soutien s'étendant sur près de deux cent pages²⁴². Le juriste y retrouve une impressionnante batterie de tables de référence à la législation citée au texte, qu'il s'agisse des Codes civils du Bas-Canada et du Québec (sans oublier le *Projet de Code civil*²⁴³), de la *Loi sur la protection du consommateur*²⁴⁴, du Code de procédure civile²⁴⁵, du Code criminel²⁴⁶, du Code Napoléon²⁴⁷, ou encore des lois statutaires québécoises et canadiennes²⁴⁸. Suit une

²³² La référence est au Code civil allemand du 18 janvier 1896, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900.

²³³ J. CARBONNIER, *op. cit.*, *supra*, note 18, n° 123, p. 511.

²³⁴ Voir J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, n°s 836-939, pp. 475-526.

²³⁵ J. CARBONNIER, *op. cit.*, *supra*, note 18, n° 123, p. 511.

²³⁶ *Id.*, n° 122, p. 509.

²³⁷ Voir J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, n°s 908-39, pp. 512-26.

²³⁸ Voir, ainsi, A. LAROCHE, *op. cit.*, *supra*, note 9; J. PINEAU, *op. cit.*, *supra*, note 9. Mais, voir M.A. TANCELIN, *op. cit.*, *supra*, note 9, n°s 672-82, pp. 444-50.

²³⁹ Voir, sur cette question, *e.g.*, J. CARBONNIER, *op. cit.*, *supra*, note 18, n° 127, pp. 526-31.

²⁴⁰ Voir J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, n° 836, p. 475.

²⁴¹ Cf. M.A. TANCELIN, *op. cit.*, *supra*, note 9, n°s 750-819, pp. 495-536.

²⁴² Voir J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, pp. 527-693.

²⁴³ Voir *id.*, pp. 527-38, 538 & 539-48, respectivement.

²⁴⁴ Voir *id.*, pp. 549-51.

²⁴⁵ Voir *id.*, pp. 551-2.

²⁴⁶ Voir *id.*, p. 552.

²⁴⁷ Voir *id.*, p. 553.

Bien qu'elle demeure l'appellation officielle, l'on note que cette dénomination n'est plus invoquée que pour référer à l'état primitif du texte du Code civil français. Voir, en ce sens, J. GHESTIN & G. GOUBEUX, *op. cit.*, *supra*, note 122, n° 139, p. 98; G. MARTY & P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. I : « Introduction générale à l'étude du droit », 2^e éd., Paris, Sirey, 1972, n° 69, p. 130. Selon M. G. CORNU, la coutume aurait cependant suppléé à la loi, si bien que l'expression officielle serait aujourd'hui « Code civil ». Voir *op. cit.*, *supra*, note 83, n° 291, p. 123.

²⁴⁸ Voir J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, *supra*, note 5, pp. 554-7 & 557-8, respectivement.

imposante table de jurisprudence²⁴⁹, laquelle offre le singulier avantage d'un classement de chacune des décisions sous les noms respectifs des demandeur et défendeur, facilitant d'autant la consultation. Un index analytique détaillé mais léger — la plupart des entrées ne comportant qu'un seul poste — complète le tout²⁵⁰. L'éditeur mérite en outre d'être complimenté quant à la qualité de la correction des épreuves. L'incidence de coquilles nous a semblé marginale, bien que nous ne prétendions guère avoir conduit autre chose qu'une vérification sporadique des références. Celle-ci a surtout eu l'heur de révéler certaines erreurs typographiques dans le nom des auteurs cités en bibliographie²⁵¹. Dans le cadre de nos remarques à l'éditeur, l'on attirera également l'attention sur l'absence d'uniformité des citations à la « liste des auteurs les plus souvent cités²⁵² ». Nous relevons, par ailleurs, certains termes d'emploi douteux²⁵³, deux phrases boiteuses²⁵⁴, un néologisme suspect²⁵⁵, ainsi qu'un cas de terminologie juridique volatile²⁵⁶. Comment, enfin, expliquer que le volume sous examen réfère à des ouvrages dont les éditions citées ont, depuis longtemps déjà, été reprises, parfois à plus d'une occasion²⁵⁷? L'on soulignera, en dernier lieu, la qualité de l'imprimerie et, pour l'édition cartonnée, la bonne facture de la reliure : ces atouts n'ont heureusement pas empêché de maintenir le coût d'achat du volume à la portée de toutes les bourses.

CONCLUSION

Nous n'avons, tout au long des pages qui précèdent, que trop volontiers sacrifié à la coutume qui appelle à signaler les insuffisances de l'ouvrage commenté. Parvenus au terme de notre examen, il nous faut réitérer notre confiance en l'ensemble. Ni nos mentions des failles structurelles que nous avons cru pouvoir déceler, ni nos remarques portant sur les fautes voire l'absence de certains développements n'ont altéré celle-ci. Aussi, nous est-il loisible d'affirmer que M. Baudouin a su offrir une contribution d'envergure au droit québécois des obligations, que l'auteur de demain gagnera à émuler à de nombreux égards. Nous avons pu suggérer que la vocation critique de l'œuvre nous a trop souvent

²⁴⁹ Voir *id.*, pp. 559-662.

²⁵⁰ Voir *id.*, pp. 663-93.

²⁵¹ Voir *id.*, *e.g.*, pp. 75 (« Bonnecasse » pour « Bonnecase »), 301 (« Dawson, T. » pour « Dawson, J.P. »), 323 (« von Cammerer » pour « von Caemmerer ») & 399 (« Sladits » pour « Szladits »). *Adde*, n° 60, p. 61, n. 4 : « Summer Maine » pour « Sumner Maine ».

²⁵² Voir *id.*, pp. 15-6, où l'on confrontera, par exemple, les formes de « Carbonnier », « Marty & Raynaud » et « Mazeaud ».

²⁵³ Voir *id.*, n° 4, p. 21 (« les contrats qu'il *fait* »); n° 14, p. 25 (« une invention qu'il a *faite* ») & n° 761, p. 429 (« *sous* la limite des restrictions »).

²⁵⁴ Voir *id.*, n° 744, p. 420 (« En conséquence, la nullité de l'obligation principale entraîne la nullité de la clause pénale mais non l'inverse. ») & n° 749, p. 423 (« Enfin, s'il s'agit d'une obligation de garantie, la preuve que l'inexécution se situe totalement en dehors du champ de l'obligation assumée. »).

²⁵⁵ Voir *id.*, n° 16, p. 27 & n° 575, p. 327 (« le lien *obligatif* »).

²⁵⁶ Voir *id.*, n° 1, p. 19 (« les contrats *spéciaux* ») & n° 41, p. 46 (« contrats *nommés* »).

²⁵⁷ Voir *id.*, pp. 15 (Carbonnier, 9^e éd. [1976]; mais, 11^e éd. [1982]), 16 (Ourliac & de Malafosse [1957]; mais, 2^e éd. [1969]) & 40 (Savatier [1969]; mais, 4^e éd. [1979]). *Adde* : n° 55, p. 59, n. 2 (Giffard [1958]; mais, 4^e éd. [1976]).

paru céder le pas aux considérations, éminemment pratiques, de présentation du droit positif. L'on gardera toutefois en mémoire le public auquel l'entreprise se voulait d'abord destinée. Nous ne saurions douter qu'étudiant comme praticien trouveront effectivement chacun leur profit dans la présente édition, qu'ils auront d'ailleurs, l'un et l'autre, accueillie avec joie, sinon avec soulagement.

Le droit québécois des obligations peut aujourd'hui compter sur un certain nombre d'ouvrages offerts aux publics des facultés et de la pratique. Il y aurait maintenant lieu d'envisager un renouvellement des objectifs poursuivis. Ainsi, il semble que notre droit ne pourrait que bénéficier d'un véritable « traité » dévolu à l'élaboration d'une authentique théorie « scientifique » des obligations juridiques. L'on peut d'ailleurs légitimement croire qu'une contribution de cet ordre n'a déjà que trop tardé. Nous nous éloignons toutefois de notre présent propos. Cette chronique entendait discuter l'ouvrage en rubrique, tant dans sa structure qu'au plan de l'exposition de la matière. Il faut espérer qu'elle aura, en outre, réussi à susciter un certain intérêt à l'endroit du commentaire bibliographique. Si cela était, il n'y aurait alors pas lieu pour nous d'excuser l'ampleur des développements antérieurs.

Pierre Legrand jr*

* Candidat au doctorat en droit, Merton College, University of Oxford. La rédaction de ce texte a été achevée le 21 décembre 1983.