

REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2021 EN DROIT DES OBLIGATIONS

Gabriel-Arnaud Berthold

Volume 123, Number 2, 2021–2022

REVUE SÉLECTIVE DE JURISPRUDENCE 2021

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1091722ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1091722ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Berthold, G.-A. (2021). REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2021 EN DROIT DES OBLIGATIONS. *Revue du notariat*, 123(2), 457–480.
<https://doi.org/10.7202/1091722ar>

REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2021 EN DROIT DES OBLIGATIONS

Gabriel-Arnaud BERTHOLD*

INTRODUCTION	459
1. Le contrat d'adhésion et ses clauses abusives : retour sur le délicat exercice de détermination de l'abus du pouvoir de stipuler	459
1.1 L'appréciation <i>de l'effet</i> de la clause	462
1.2 L'appréciation de l'effet <i>abusif</i> de la clause	466
2. Entre contrat et loi : l'importance du type « contractuel » dans la détermination des pouvoirs des « parties »	468
3. Le contrat « de gré à gré » et ses obligations sans sanctions : l'obligation comme limite au pouvoir de la volonté ?	473
4. En guise de conclusion : l'intérêt des tiers au contrat comme frontière à la mise en œuvre des droits contractuels	478

* Professeur, Département des sciences juridiques, Université du Québec à Montréal. Je remercie Roséline Messier-Jean pour son aide précieuse dans la recherche documentaire et la sélection des décisions pertinentes.

INTRODUCTION

Une fois de plus, cette année¹, les tribunaux de la province n'ont pas fait relâche. Le contentieux contractuel a même été plutôt fertile. La Cour d'appel, la Cour supérieure et la Cour du Québec ont eu l'occasion de revisiter plusieurs principes de la théorie générale des obligations applicables tant à la formation, qu'à l'exécution et à l'extinction des obligations contractuelles².

Fait de plus en plus courant, depuis 1994, plusieurs de ces décisions ont en commun de s'intéresser, de près, à la distribution des droits et obligations entre les parties au contrat. Cette revue annuelle ne pouvant évidemment, et par définition, couvrir l'ensemble de ces décisions, j'ai donc décidé de discuter de quelques-uns de ces arrêts qui, les uns comme les autres, étudient le rapport du droit civil à la volonté et aux pouvoirs qu'elle octroie – ou non – aux parties contractantes.

1. Le contrat d'adhésion et ses clauses abusives : retour sur le délicat exercice de détermination de l'abus du pouvoir de stipuler

Georges Dereux écrivait, au début du siècle dernier, qu'au moment de rédiger le titre sur les obligations, les auteurs du Code civil français « avaient principalement en vue des actes juridiques

-
1. Une erreur, due à un changement de dernière minute dans la formulation de la phrase, s'est glissée à la page 107 de ma « Revue de la jurisprudence 2020 en droit des obligations », publiée dans le premier numéro du volume 123 de la Revue. Il faut lire « de ce dernier » au lieu de « du subrogé », à la fin du deuxième paragraphe.
 2. Dont les décisions : *Ville de Salaberry-de-Valleyfield c. Construction NRC inc.*, 2021 QCCA 844; *Bouffard c. Paul*, 2021 QCCA 695, 2021 QCCA 786; *Hubert c. Procureur général du Québec*, 2021 QCCA 1527; *Duchesne c. Tremblay*, 2021 QCCA 1295; *Noël c. Bérard*, 2021 QCCA 299; *Steve Brown Machineries Solutions (SBMS) inc. c. Groupe Sutton Excellence inc.*, 2021 QCCA 302; *Groupe Bennett Fleet inc. c. Hydro-Québec*, 2021 QCCA 842. Voir aussi, en matière de restitution dans le contexte d'une simulation, la décision *Duchesne c. Tremblay*, 2021 QCCA 1295, commentaire : Maurice TANCELIN et Daniel GARDNER, *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 13^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2022, p. 377 à 380. Par ailleurs, sur les modalités de la restitution et le pouvoir du juge de la refuser, voir : *Murray c. Prestige Gabriel Ouest*, 2021 QCCA 1394.

dont toutes les clauses seraient pesées, discutées et, au moment de la mise en œuvre de l'acte, acceptées et voulues par les parties »³. Fidèles à la perspective politique dominant l'époque, les rédacteurs de ce Code convoquaient ainsi la volonté rationnelle et libre comme source du pouvoir des parties contractantes. Pour eux, cette volonté donnait à toute personne capable le pouvoir de protéger ses intérêts.

Si ce pouvoir fut largement admis, en théorie, dans les faits, les limites à sa mise en œuvre furent tellement nombreuses et évidentes, qu'elles ne furent ignorées qu'un certain temps. Il ne fallut en effet que quelques années aux juristes français, après le début de l'industrialisation de leur pays, pour comprendre qu'en l'absence d'un pouvoir *réel* de coconstruire l'accord de volonté, il est souvent difficile, si ce n'est impossible pour bien des contractant-e-s d'assurer que l'accord auquel ils ou elles n'ont pu qu'adhérer soit « juste », c'est-à-dire, *a minima*, non préjudiciable⁴. Un siècle plus tard, le constat de ces « juristes inquiets »⁵ est toujours valide : aussi puissante puisse-t-elle être, dans le contrat de gré à gré, la volonté d'une personne est simplement impuissante, lorsque les termes du contrat lui sont imposés.

Loin d'ignorer ce constat consubstantiel à ce type de contrat qu'on a déjà qualifié, à juste titre, de contrat « par adhésion »⁶, les député-e-s de l'Assemblée nationale du Québec ont, en 1991, voté

-
3. Georges DEREUX, « De la nature juridique des “contrats d'adhésion” », (1910) 34 *RTD Civ.* 503, 503. Au Québec, Gérard TRUDEL, « Des frontières de la liberté contractuelle », dans A. POPOVICI (dir.), *Problèmes de droit contemporain. Mélanges Louis Baudouin*, Montréal, P.U.M., 1974, 217, p. 220, ajoutait que ceux du *Code civil du Bas-Canada* en écrivaient les lignes pour encadrer la conduite d'habitants d'une société « rurale », où « l'artisanat primait la grande industrie, les personnes gardaient leur pouvoir de réflexion et cette égalité de force qui permettaient la discussion et la négociation d'entente où chacun défendait à chances égales ses propres intérêts ».
 4. La critique la mieux développée et la plus complète des principes fondamentaux du droit civil et de leur effet sur la diffusion des pouvoirs, dans le contrat, est certainement celle que publie Emmanuel GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Rousseau, 1912. La critique se retrouve principalement à la partie II de la thèse.
 5. Marie-Claire BELLEAU, « Les juristes inquiets : classicisme juridique et critique du droit au début du XX^e siècle en France », (1999) *C. de D.* 577.
 6. Georges DEREUX, « De la nature juridique des “contrats d'adhésion” », (1910) 34 *RTD Civ.* 503, p. 50. Un auteur québécois a récemment convoqué ce terme : Marc-Antoine PICOTTE, *Adhérer ou adhérer : essai sur la notion de contrat (par adhésion)*, Montréal, Université de Montréal, mémoire de maîtrise, 2018.

un texte pour pallier ses effets préjudiciables les plus importants⁷. C'est, plus précisément, pour éviter qu'une partie à qui l'on impose les termes d'un contrat ne dispose *que* du refus de contracter, comme moyen d'éviter les effets d'un exercice abusif de ce pouvoir d'imposer les termes du contrat, que ces député-e-s ont adopté le texte que l'on retrouve aujourd'hui à l'article 1437 du *Code civil du Québec*.

Au lendemain de la mise en œuvre de cette disposition destinée à limiter les pouvoirs d'une des « parties » au « contrat » d'adhésion⁸, les tribunaux de la province ont, avec l'aide certaine de quelques autrices et auteurs⁹, construit une méthode d'appréciation du caractère abusif des clauses que peut contenir ce type de contrat. À défaut d'avoir trouvé une véritable « règle générale régissant les clauses abusives »¹⁰, ces différents acteurs ont certainement réussi à établir les coordonnées cruciales et déterminantes dans l'appréciation du *standard* que constitue le caractère abusif de la clause. L'idée étant d'inhiber les « pratiques contractuelles » abusives, qui ne sont pas « généralement acceptées *par la société* »¹¹, il importe ainsi, nous dit-on, de sonder les valeurs et principes de celle-ci, pour y trouver les limites à la puissance contractuelle de celles et ceux qui stipulent les clauses du contrat d'adhésion. Loin de la science – faut-il y aspirer ? –, et peut-être tout aussi loin de l'équité – peut-on y aspirer ? –, le droit québécois semble tout de même près d'avoir trouvé son principe. Or, s'il n'en questionne pas l'idée, l'arrêt *Banque de Nouvelle-Écosse c. Davidovit*¹² crée un doute sur sa portée.

7. Benoît MOORE, « Le contrôle des clauses abusives : entre formation et exécution du contrat », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 461, 465; Élise CHARPENTIER, « La notion de contrat d'adhésion et l'article 1379 du Code civil du Québec », dans Gaël CHANTEPIE et Mathias LATINA (dir.), *Le contrat d'adhésion. Perspectives franco-québécoises*, Paris, Dalloz, p. 75, aux p. 75 à 77. Dans le même sens, voir : 6362222 *Canada inc. c. Prelco inc.*, 2021 CSC 39, par. 48 et 49.

8. Le juge Moore le dit en des termes plus élégants, en soulignant qu'on « a adapté le régime contractuel à cette réalité en limitant l'*imperium* de la partie forte, notamment par le contrôle des clauses abusives », *Postras c. Concession A25*, 2021 QCCA 1182, par. 48.

9. Voir, en ce sens, la bibliographe générale proposée par Benoît MOORE, dans Benoît MOORE (dir.), *Code civil du Québec : Annotations – Commentaires*, 6^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2021, p. 1338 et 1339.

10. Benoît MOORE, « À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois », (1994) 28 *R.J.T.* 177.

11. *Association pour la protection automobile (APA) c. Banque de Montréal*, 2021 QCCA 676, par. 46.

12. *Banque de Nouvelle-Écosse c. Davidovit*, 2021 QCCA 551.

Siégeant en appel d'une décision rendue en novembre 2018¹³, par l'honorable juge Bachand – alors à la Cour supérieure, la Cour d'appel est appelée à juger de la justesse des motifs et des conclusions de ce dernier, eu égard à la validité d'une stipulation contenue dans un contrat de services bancaires pour entreprises (« Business Banking Services Agreement »). Cette clause, stipulée dans ce contrat qui lie la Banque à l'entreprise du défendeur, impose à ce dernier, à titre de caution personnelle, l'obligation de rembourser les sommes prêtées en cas de défaut de son entreprise, de même que l'obligation de payer « all of the costs and expenses we incur to get the money the customer owes us, including any costs and expenses of collecting from the guarantor including without limitation legal fees on a solicitor and his/her own client basis »¹⁴.

Donnant raison au défendeur qui s'objecte aux demandes d'exécution de la Banque, le juge de première instance conclut au caractère abusif de cette clause pour deux raisons qui, dit-il, se complètent¹⁵. En programmant l'obligation de l'indemniser des frais et honoraires engagés pour faire valoir ses droits, elle donne un avantage important à la Banque. Cet avantage unilatéral a pour effet principal de décourager le débiteur à faire valoir les siens devant un tribunal civil, le privant ainsi concrètement de la faculté d'accéder librement à la justice civile. Infirmant cette décision, l'honorable juge Schragger déclare la clause valide, mais ordonne, à la suite d'un contrôle de sa raisonabilité, la diminution de l'obligation qui en est l'objet¹⁶. En quelques mots, pour le juge qui écrit au nom de la Cour d'appel, le caractère unilatéral de la clause n'est pas suffisant pour la rendre abusive et l'effet répulsif sur lequel le juge du fond fonde son raisonnement ne s'étant pas concrétisé, dans les faits, il n'existe pas réellement.

1.1 L'appréciation de l'effet de la clause

Les éléments essentiels de la démarche sont désormais bien connus : la personne adhérente qui invoque le caractère abusif d'une clause¹⁷ doit convaincre le tribunal qu'elle la désavantage de « manière excessive et déraisonnable »¹⁸. L'évaluation de ce

13. *Banque de Nouvelle-Écosse c. Davidovitch*, 2018 QCCS 5097.

14. *Ibid.*, par. 31.

15. *Ibid.*, par. 33 à 44.

16. *Banque de Nouvelle-Écosse c. Davidovitch*, 2021 QCCA 551, par. 39 à 53.

17. *Martineau c. Société Canadian Tire Ltée*, 2011 QCCA 2198.

18. Art. 1437, al. 2 C.c.Q.

caractère excessif et déraisonnable est tantôt objective, c'est-à-dire qu'elle convoque l'analyse de l'effet qu'a la clause sur l'équilibre interne du contrat et des prestations auxquelles il donne naissance, tantôt subjective; dans ce dernier cas, elle a pour objet l'effet que peut avoir ou, dans de plus rares occasions, qu'a eu la clause sur les intérêts de l'adhérent¹⁹. Subjective, en ce sens qu'elle ne s'intéresse pas à l'effet interne de la clause, elle n'est pas, pour autant, et nécessairement, personnalisée : l'étude des effets de celle-ci sur les intérêts respectifs des parties se fait le plus souvent *in abstracto*²⁰.

Cette posture d'analyse, qui semble tout à fait conforme à l'idée que traduit l'article 1437 C.c.Q., nous rappelle donc, d'abord, que c'est *l'effet de la clause* qu'il convient de contrôler, et non pas la clause en elle-même²¹. À en croire la jurisprudence récente et la plupart des autrices et auteurs, l'examen de cet effet passe par ce que l'on nomme une appréciation « pragmatique » de la clause. Cette « analyse », dit-on, « ne doit pas se limiter aux circonstances et aux faits ayant entouré la conclusion du contrat, mais doit s'étendre aussi au contexte factuel ayant entouré sa mise en application »²². En réalité, cet article épousant la logique de masse des contrats d'adhésion, il affecte ce qui, de ces contrats, s'applique à *tous les adhérents*, c'est-à-dire l'effet de son texte.

Dans ce contexte, la *manière* dont une clause est appliquée, dans les faits précis, par la personne qui en est créancière, c'est-à-dire la manière dont se comporte cette dernière, au moment de l'exécution du contrat, ne change rien. Ce qui importe, comme le soulignait la juge Thibault, quelques jours seulement après la décision commentée, c'est « [l']examen *des effets de cette clause* »²³. Un examen qui, certes, puisqu'il vise à déterminer le caractère excessif des effets d'une clause, eu égard à ce qui serait considéré comme abusif, *dans les mêmes circonstances*, ne peut et ne doit pas faire

19. *Procureur général du Québec c. Kabaktian-Kechichian*, [2000] R.J.Q. 1730 (C.A.), par. 55; Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2018, nos 1838 et 1839. Voir, dans le même sens, Nathalie CROTEAU, *Le contrat d'adhésion : de son émergence à sa reconnaissance*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, p. 123 à 128.

20. Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2018, n^o 1841.

21. *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, par. 229; *2786591 Canada inc. c. Fabrice Mesangé inc.*, 2021 QCCA 629, par. 139.

22. Vincent KARIM, *Les obligations*, 5^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2020, n^o 2265; plus généralement, voir les nos 2256 et s.

23. *2786591 Canada inc. c. Fabrice Mesangé inc.*, 2021 QCCA 629, par. 139.

abstraction de son *contexte* d'application. Mais un examen qui *porte* uniquement sur *l'effet de cette clause in abstracto*, et non pas sur le comportement de la personne qui l'applique, conformément d'ailleurs, ou non, à ce que dit son texte.

C'est donc dire que si le comportement de cette personne créancière, dans l'exécution du contrat, n'est pas pertinent, en lui-même, il en va de même de celui de la personne qui adhère au contrat. Ainsi, la Cour ne peut s'en remettre au fait que, concrètement, en raison des démarches de cette dernière, l'effet abusif de la clause n'a pas eu lieu, pour déduire qu'un tel effet *n'existe pas* ou *ne peut exister*. Pourtant, c'est ce que fait la Cour d'appel, en l'espèce, lorsqu'elle déduit du fait que le défendeur a fait valoir ses droits, celui de l'inexistence de l'effet répulsif de la clause contestée. En effet, pour la Cour d'appel, le fait que le défendeur-intimé ait décidé de s'opposer aux demandes de la banque demanderesse, bref qu'il ait choisi de défendre ses droits, malgré l'existence de cette clause d'honoraires extrajudiciaires à l'objet indéterminé, et qu'il ait dès lors pu bénéficier d'une audience devant un juge civil impartial ayant entendu l'ensemble des arguments présentés constitue, en soi, la démonstration que la clause n'a pas eu l'effet paralysant reproché²⁴. Or, rappelons-le, s'il ne s'est pas concrétisé, dans les faits, ce n'est pas parce qu'il n'existe pas : c'est simplement parce que le défendeur a pris le risque – un risque important – que bien d'autres personnes adhérant au même contrat n'auraient pas pris. En d'autres mots, la conduite de l'adhérent ne rend pas la clause moins paralysante pour autant.

Quoi qu'il en soit, si l'article 1437, alinéa 2 C.c.Q. ne vise pas à contrôler le comportement des personnes qui contractent, dans l'exécution du contrat, il laisse tout de même aux tribunaux un large pouvoir d'appréciation dans la détermination *de l'effet* qu'a le texte d'une clause sur les droits et obligations des personnes adhérentes. Or, ici, comme dans bien d'autres types de contentieux, la profondeur de l'analyse semble surtout fonction d'une dichotomie autre que celle, fictive, entre formation et exécution des obligations; elle relève en effet davantage de la division entre perspectives formelles et réalistes de l'effet de la clause. En l'espèce, d'ailleurs, cette division ne pourrait être plus claire.

24. *Banque de Nouvelle-Écosse c. Davidovit*, 2021 QCCA 551, par. 25.

Pour la Cour d'appel, l'article 1373 C.c.Q., auquel on reconnaît désormais la vertu de permettre au tribunal de contrôler la raisonnablement de l'exercice d'un droit de créance indéterminé²⁵, de même que l'article 1617, alinéa 3 C.c.Q., qui prévoit explicitement que le créancier d'un prêt d'argent peut « stipuler qu'il aura droit à des dommages-intérêts additionnels [à ceux compensant le retard dans l'exécution de l'obligation du débiteur], à condition de les justifier », constituent, en eux-mêmes, deux limites importantes au pouvoir du créancier de déterminer unilatéralement la valeur de sa créance. Suffisantes, ces limites annihilent l'effet répulsif qu'attribue à la clause l'intimé, puisqu'elles limitent le risque auquel il est exposé. De fait, elle n'empêche pas *formellement* celui ou celle qui adhère de défendre ses droits et ne prive ni l'un ni l'autre de son droit d'accéder à la justice.

Au contraire, pour le juge des faits, le droit de demander l'examen de la raisonnablement de la créance, *a posteriori*, ne change rien à l'effet concret de cette clause : non seulement ce droit ne supprime en rien le fait qu'elle programme un désavantage procédural important entre les parties, mais aussi le caractère indéterminé de son objet, au moment de la formation du contrat, ne congédie en aucun cas le risque financier qu'encourt la personne adhérente si elle décide de défendre ses droits. Or, dans la part la plus grande et la plus réaliste des cas, ce simple risque de devoir assumer des honoraires dont on ne connaît pas la valeur limite grandement les vellétés en ce sens; à défaut de pouvoir déterminer la valeur des honoraires, elle a plutôt avantage à ne pas s'opposer, quitte à « accepter » des conditions moins avantageuses que celles que lui donne le droit objectif. Pis encore, elle devra parfois, pour éviter d'augmenter sa dette, simplement abdiquer ses droits et « accepter » de payer l'ensemble des honoraires sur lesquels elle n'a d'ailleurs aucun contrôle *a priori*²⁶. Dans un cas comme dans l'autre, l'existence de moyens procéduraux de contrôle de l'exécution de la clause ne fait donc pas disparaître son effet « réel » sur les intérêts de la personne qui en est débitrice, intérêts dont l'importance sociétale, faut-il le rappeler, fait en sorte qu'ils sont protégés par un droit objectif d'accéder à la justice civile.

25. *Groupe Van Houtte inc. (A.L. Van Houtte ltée) c. Développements industriels et commerciaux de Montréal inc.*, 2010 QCCA 1970, par. 124.

26. *Banque de Nouvelle-Écosse c. Davidovitch*, 2021 QCCA 551, par. 40.

Avec égards, cette position réaliste du juge de première instance semble beaucoup plus conforme à la raison d'être de l'article 1437 C.c.Q.²⁷. Après tout, c'est bien contre un *effet abusif réel* de la clause que l'on protège la personne qui adhère aux volontés de sa cocontractante.

1.2 L'appréciation de l'effet abusif de la clause

Dans tous les cas, quoi que l'on puisse penser des mérites des motifs de la Cour d'appel quant à l'existence d'un effet désavantageux, on sait qu'il n'est pas suffisant, pour annuler ou réduire l'objet d'une clause, qu'elle ait un *effet* sur la portée des droits, des obligations et, de ce fait, sur les intérêts de l'adhérent-e. Pour pouvoir le faire, encore faut-il que la clause la désavantage d'une « manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de la bonne foi »²⁸. Derrière la perspective d'analyse choisie, qu'il s'agisse de contrôler la raisonnable de l'équilibre interne des prestations ou le caractère excessif de son effet sur les intérêts de la personne qui adhère, les tribunaux sont donc guidés par un facteur d'appréciation : la bonne foi. L'idée étant alors, semble-t-il, de déterminer si « une personne diligente et raisonnable »²⁹ aurait ou non inclus une telle clause au contrat, il conviendra de décider si la stipulation s'écarte « *manifestement* des pratiques contractuelles généralement acceptées par la société »³⁰.

À ce sujet, faut-il le rappeler, les pratiques généralement acceptées *par la société* ne sont pas – et ne devraient pas être – synonymes de celles généralement adoptées *par l'industrie*³¹. Au mieux, les secondes peuvent-elles être constitutives des premières, mais

27. Cette lecture réaliste des effets de la clause est, en ce sens, confirmée par les motifs concurrents du juge Brown, dans l'arrêt *Uber Technologies inc. c. Heller*, 2020 CSC 16, rendu avant la décision commentée de la Cour d'appel en 2020.

28. Art. 1437, al. 2 C.c.Q. Le fait de desservir, « même nettement » (*Beaulne c. Valeurs mobilières Desjardins inc.*, 2013 QCCA 1082, par. 24), cette dernière n'est pas, en soi, suffisant pour permettre de prononcer une telle sanction civile.

29. Vincent KARIM, *Les obligations*, 5^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2020, n° 2245.

30. *Association pour la protection automobile (APA) c. Banque de Montréal*, 2021 QCCA 676, par. 46; *9018-5646 Québec inc. c. Société des loteries vidéo du Québec*, 2008 QCCS 5831, par. 41.

31. *Pitil c. Grégoire*, 2018 QCCA 1879; *Beaulne c. Valeurs mobilières Desjardins inc.*, 2013 QCCA 1082, par. 23 et s. À ce titre, le rapport d'expert comparant de telles clauses est irrecevable, parce que non pertinent : *Premier Tech ltée c. Dollo*, 2015 QCCA 1159.

elles n'en donnent pas la mesure³². La conclusion coule de source : c'est bien contre l'exercice abusif d'un pouvoir d'imposer sa volonté que l'article 1437 C.c.Q. protège les personnes qui n'en sont pas titulaires³³; or, que ce pouvoir unilatéral soit exercé directement, par le biais de la stipulation dans le contrat imposé par un seul acteur de l'industrie, ou qu'il le soit indirectement, par le détour d'une détermination « industrielle » du standard de « l'abus », c'est-à-dire par une pratique, une mesure ou une clause qu'imposent tous les acteurs de l'industrie, et qui s'impose à toutes les personnes qui adhèrent aux contrats qu'ils écrivent, par le jeu de l'article 1437 C.c.Q., rien ne change. La volonté « du plus fort » est imposée; celle « du plus faible » est ignorée. Dans ce contexte, en plus d'usurper le rôle qui revient au juge de première instance³⁴, le fait d'affirmer – comme le fait la Cour d'appel dans cette décision – l'importance d'une « certaine acceptabilité dans la société *et dans la sphère commerciale en particulier* »³⁵ du genre de clause en litige pour déterminer de sa validité semble illégitime³⁶.

À l'inverse, et pour cette même raison qu'il convient de déterminer ce qui s'éloigne des pratiques généralement acceptées par la société, on reconnaîtra généralement qu'une stipulation dont l'effet est de priver la personne qui adhère d'un droit que se réserve, par ailleurs, la personne ayant rédigé les termes du contrat, constitue une pratique qui peut s'éloigner de ce qu'exige la bonne foi³⁷. En d'autres termes, s'il n'est pas prohibé d'emblée, l'unilatéralisme de la clause contestée contribue à semer le doute sur sa raisonnabilité, une personne raisonnable ne stipulant probablement pas une clause aussi désavantageuse pour la personne à qui elle est imposée. En l'espèce, avec égards pour la décision de la Cour d'appel, il semble bien que le caractère unilatéral de cette mesure importante du contenu normatif du contrat liant les parties constitue un tel indice du caractère excessif et déraisonnable de l'effet de cette

32. Dans le même sens, en matière d'attentes relatives à la qualité des biens, voir *Fortin c. Mazda inc.*, 2016 QCCA 31, par. 111.

33. Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 425; Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2018, n^o 1856.

34. *Cloutier c. Familiprix inc.*, 2014 QCCA 1959, par. 13.

35. *Banque de Nouvelle-Écosse c. Davidovit*, 2021 QCCA 551, par. 37.

36. Vincent KARIM, *Les obligations*, 5^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2020, n^{os} 2278 et 2280.

37. *9018-5646 Québec inc. c. Société des loteries vidéo du Québec*, 2008 QCCS 5831, par. 41.

clause³⁸. Un indice qui, cela va de soi, doit être confirmé par une étude plus poussée des effets de la clause en question sur les intérêts de la personne qui adhère, mais un indice tout de même important.

Dans tous les cas, si l'article 1437 C.c.Q. vise, en quelque sorte, à renverser la tendance qu'a fait naître le décalage entre la théorie classique du contrat et la réalité des personnes qui contractent, en donnant aux personnes qui adhèrent au contrat un pouvoir que ne pouvait leur garantir le simple fait « d'accepter ou de refuser » de signer, il ne vise pas, pour autant, à donner au tribunal le pouvoir d'imposer sa propre conception de « l'abus », dans le jeu contractuel. La règle à cet effet est claire, les juges doivent « se garder d'apprécier la clause selon [leurs] propres critères »³⁹. Pour récupérer les mots du juge Deschênes, imprimés dans une décision bien connue en matière d'ordre public, « [p]lutôt que de se fier à son propre jugement, la Cour recourra donc à divers éléments externes qui devraient lui permettre de juger objectivement »⁴⁰ de son caractère abusif ou non. Avec égards, il est plutôt difficile de réconcilier cette leçon de bon sens avec ce qu'écrit le juge d'appel, dans la décision commentée, lorsqu'il affirme que « [*my sense of morality is not shocked by the obligation to compensate the creditor for its fees incurred to enforce the performance of its right* »⁴¹.

2. Entre contrat et loi : l'importance du type « contractuel » dans la détermination des pouvoirs des « parties »

On le comprend bien, c'est pour pallier l'absence de pouvoir d'une partie sur la détermination de l'objet du contrat, de ses normes et de la portée des prestations respectives, que l'on a édicté

38. À ce titre, le raisonnement de la Cour, qui exclut cet aspect de son analyse sous prétexte que la clause est stipulée dans un contrat de prêt, par ailleurs, unilatéral est loin d'être convaincant. Si ce contrat est unilatéral, pour des raisons qu'une analyse historique de cette « relique du droit romain », Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 64, explique très bien – l'obligation du prêteur est déjà exécutée –, il n'en est pas moins bilatéral dans ses effets. En d'autres termes, le contenu normatif du contrat est logiquement bilatéral.

39. *Ibid.*, p. 426.

40. *Cataford c. Moreau*, [1978] C.S. 933, 936, cité dans Maurice TANCELIN et Daniel GARDNER, *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 13^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2022, p. 175.

41. *Banque de Nouvelle-Écosse c. Davidovitch*, 2021 QCCA 551, par. 37.

l'article 1437 C.c.Q.⁴². En d'autres mots, la logique de distribution inégale des pouvoirs inhérente à ce genre de contrat imposé par une personne, à son avantage, imposait un encadrement différent⁴³, au cœur duquel se trouve cet article⁴⁴.

Dans un tel contexte, pour que la question du caractère abusif d'une clause se pose, encore faut-il que cette dernière soit stipulée dans un contrat de consommation ou d'adhésion – ce qui revient le plus souvent au même. Or, si le maintien, par la jurisprudence consumériste, de la très anachronique théorie de la commercialité et l'émergence concurrente, dans le *Code civil du Québec*, de la théorie de l'entreprise, privent le contrat de consommation d'une définition claire et aisément applicable⁴⁵, la rédaction somme toute précise de l'article 1379 de ce *Code* a donné à l'acception juridique du concept de contrat d'adhésion une certaine lisibilité : le « contrat est d'adhésion », nous dit-on, « lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées »⁴⁶. De fait, si elle se heurte parfois à des contextes factuels hybrides, qui rendent l'exercice pratique périlleux, la qualification du *genre* de contrat qu'est celui par *adhésion* ne cause pas, en soi, de problèmes théoriques particuliers.

En réalité, un des problèmes théoriques les plus importants que crée toute la notion de contrat d'adhésion se trouve, plus largement, dans la reconnaissance de son *type*⁴⁷. Saleilles le posait en ces termes, au tout début du 20^e siècle : ces « contrats qui n'ont du contrat que le nom [...] dans lesquels il y a prédominance exclusive

42. Benoît MOORE, « Le contrôle des clauses abusives : entre formation et exécution du contrat », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, 461, 465.

43. *Contra* : *Banque de Nouvelle-Écosse c. Davidovit*, 2021 QCCA 551, par. 26 et 36.

44. Celui-ci est devancé par les dispositions de la *Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ, c. P-40.1, et complété par les art. 1435 et 1436 C.c.Q.

45. Pierre-Claude LAFOND, *Droit de la protection du consommateur : théorie et pratique*, 2^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2022, n^{os} 135 à 143.

46. Art. 1379, al. 1 C.c.Q. À la lisibilité de l'article qui élude les principales questions d'interprétation, s'ajoutent « différentes présomptions de contrat d'adhésion » (Benoît MOORE, dans B. MOORE (dir.), *Code civil du Québec. Annotations – Commentaires*, 6^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2021, p. 1282), dont l'effet est de limiter grandement le contentieux sur la qualification du contrat, Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 78 et 79.

47. De sa nature, peut-on également dire : Georges DEREUX, « De la nature juridique des “contrats d'adhésion” », (1910) 34 *RTD Civ.* 503.

d'une seule volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà par avance, unilatéralement, sauf adhésion de ceux qui voudront accepter la loi du contrat, et s'emparer de cet engagement déjà créé sur soi-même, [peuvent être appelés], faute de mieux, les contrats d'adhésion. [...] C'est le cas de [...] tous ces contrats qui revêtent comme un caractère de loi collective et qui, les Romains le disaient déjà, se rapprocheraient beaucoup plus de la Lex que de l'accord de volontés⁴⁸ ».

Si, donc, pour les prêteurs romains, l'unilatéralisme inhérent au contrat d'adhésion semblait l'éloigner du type contractuel, tel n'est plus le cas, aujourd'hui⁴⁹. Au contraire, réaffirmait récemment le juge Moore, au nom de la Cour d'appel, dans l'arrêt *Poitras*⁵⁰, le type contractuel du contrat d'adhésion « ne fait plus aucun doute »⁵¹; du moins, il n'en fait plus si l'on accepte « qu'un contrat puisse exister même si l'une des parties s'est soumise au contenu unilatéralement déterminé par l'autre »⁵². Mais il y a plus. Ce qui distingue réellement le contrat d'adhésion d'une autre forme d'organisation des rapports privés et qui, semble nous dire la Cour d'appel, le rapproche d'autant du type contractuel, se trouve ailleurs, dans la *qualité* du stipulant. C'est, dans tous les cas, ce que l'on déduit de cette décision, dont l'essentiel des faits – pour ce qui nous intéresse – se résume ainsi⁵³.

L'appelant, qui emprunte presque quotidiennement le pont de l'autoroute 25, au nord de l'île de Montréal, désire entamer une action collective contre la société qui en a la charge, une société en commandite qui exploite le pont dans le cadre d'un partenariat public-privé avec le ministère des Transports du Québec, afin d'obtenir remboursement de frais de recouvrement d'une certaine valeur. Ces frais, qui sont autorisés et limités par un règlement provincial, s'ajoutent à ceux que doit payer toute personne empruntant

48. Raymond SALEILLES, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (Art. 116 à 144)*, Paris, Pichon, 1901, p. 229 et 230, n° 89. La citation est inversée pour des fins de lisibilité, mais le propos demeure identique.

49. Sur le débat relatif au type contractuel du contrat d'adhésion, au Québec, voir : Nathalie CROTEAU, *Le contrat d'adhésion : de son émergence à sa reconnaissance*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, p. 33 à 41.

50. *Poitras c. Concession A25*, 2021 QCCA 1182.

51. *Ibid.*, par. 48.

52. *Ibid.*, par. 48.

53. *Ibid.*, par. 4 à 14.

le pont en question, mais ils ne sont facturés qu'à celles qui ne paient pas les frais de passage en temps. Les frais de passage sont, dans tous les cas, facturés dès qu'une personne emprunte le pont. Cherchant à obtenir le remboursement de ces frais, l'appelant plaide divers moyens, dont deux reposent essentiellement sur les conséquences légales de l'existence d'un contrat entre les usagers du pont et la société qui en a la responsabilité. En deux mots, les frais imposés le seraient en contravention de la *Loi sur la protection du consommateur*⁵⁴, le contrat serait lésionnaire et les clauses du contrat permettant d'en déterminer la portée seraient abusives. Bref, le contenu et les normes du contrat seraient contraires à une série de principes contractuels que consacre le droit québécois.

Évidemment, on le constate rapidement, pour que ces moyens soient efficaces, encore faut-il qu'il existe entre les parties un contrat. Or, nous dit le juge Moore, pour qu'un contrat puisse être considéré comme tel, « il est nécessaire de s'éloigner des caractéristiques traditionnelles de celui-ci bien au-delà de la seule soumission d'une partie à la volonté de l'autre »⁵⁵. À l'absence de faculté, pour l'offrant, de refuser de contracter et à la délégation légale de sa créance en faveur de l'État, s'additionne une autre caractéristique qui, à elle seule, emporte distinction : le contenu obligationnel et normatif du contrat est imposé par un acteur public, l'État. En d'autres termes, « lorsque le contrat ne serait par hypothèse composé que d'obligations *légales*, la matrice contractuelle perd beaucoup de son sens »⁵⁶.

La thèse n'est pas inusitée, mais le mérite de ces motifs est de l'exprimer clairement : en droit québécois, le critère du contrat ne se trouve pas tant dans la possibilité de négocier ou non les termes du rapport que dans la source de ceux-ci. Pour sa part, et bien que le texte de l'article 1379 C.c.Q. tend à nous le faire oublier, le contrat d'adhésion est donc celui qu'impose une personne privée, « l'une des parties »⁵⁷ au contrat, à une autre personne, également partie à ce contrat : « [e]n mettant l'accent sur la phase finale de l'adhésion à des « stipulations imposées », l'article 1379 C.c.Q. passe sous silence l'essentiel, qui est l'édiction de ces normes par des personnes physiques ou morales *privées*, agissant à l'instar des institutions *publi-*

54. RLRQ, c. P-40.1.

55. *Ibid.*, par. 49.

56. *Ibid.*, par. 51.

57. Art. 1379, al. 1 C.c.Q.

ques »⁵⁸. Dit ainsi, si le contrat d'adhésion est du type contractuel, en dépit du fait qu'il s'éloigne de la logique de distribution volontaire des pouvoirs du contrat de gré à gré, c'est parce que sa source – privée – l'éloigne de manière encore plus drastique de ce qui semble constituer sa seule alternative, la loi publique. Érigé par des acteurs privés, il n'est contrat qu'à défaut de mieux⁵⁹.

Dans tous les cas, la Cour eut-elle retenu le type contractuel pour qualifier le rapport juridique entre l'appelant et les intimés, dans cette affaire, que cela n'aurait probablement rien changé au résultat. Du moins, c'est ce qu'on déduit d'une décision étonnamment peu citée de la Cour d'appel qui semble avoir établi que la clause stipulée dans un contrat réglementé ne peut être abusive⁶⁰. Rejetant une thèse alors bien connue, selon laquelle l'article 1437 C.c.Q. s'appliquerait au contrat qu'impose le Législateur, « lorsque ce dernier légifère ou adopte un règlement [...] dans le seul but d'établir les paramètres d'une relation "privée" »⁶¹, la Cour adoptait en effet, à cette occasion, une lecture beaucoup plus stricte, voire beaucoup plus traditionnelle des prérogatives de l'État « contractant », selon laquelle ce type de contrat échapperait au pouvoir de contrôle que donne aux tribunaux cette disposition.

Quoi que l'on puisse penser d'une telle conclusion, le contrat réglementé n'est pas le seul qui échappe au contrôle de l'article 1437 C.c.Q. Le contrat de gré à gré du droit commun⁶² est, lui aussi, immunisé contre cette disposition qui, disait-on à tort au siècle dernier, constitue une atteinte à la liberté contractuelle⁶³.

58. Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, n^o 513.

59. Emmanuel GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Rousseau, 1912, dont la p. 292.

60. Il faut dire que la décision n'est pas des plus compréhensibles; la Cour semble tantôt qualifier différemment le type de relation encadrée par le contrat, tantôt mettre de côté purement et simplement l'applicabilité des dispositions pertinentes du *Code civil* : *Ifergan c. Société des loteries du Québec*, 2014 QCCA 1114, par. 49 et 54.

61. *Ibid.*, par. 50.

62. Art. 1378 C.c.Q.

63. Voir toutefois les liens intéressants que faisait Hélène BRICKS, *Les clauses abusives*, Paris, L.G.D.J., 1982, p. 26 à 30, entre la clause abusive et l'absence de cause.

3. Le contrat « de gré à gré » et ses obligations sans sanctions : l'obligation comme limite au pouvoir de la volonté ?

Il en a été question, dans le contrat de gré à gré, la volonté des parties est, dit-on, suffisamment puissante pour leur permettre d'orienter le contenu du contrat, et d'ainsi protéger leurs intérêts respectifs⁶⁴. Dans ce contexte, il n'est ni utile ni pertinent de pallier l'absence de volonté en donnant aux personnes contractantes qui en sont privées un pouvoir d'influer autrement sur le contenu du contrat, cette volonté leur donnant – en principe du moins – tout le pouvoir dont elles ont besoin. « Qui dit contractuel dit juste », dit-on encore aujourd'hui⁶⁵.

Prenant acte de cette acception parfois caricaturale des principes de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle, les tribunaux de la province ont, durant une longue période, refusé de sortir du strict cadre de la volonté pour invalider des clauses dont l'effet est de priver une des parties au contrat de gré à gré de l'avantage que semblait par ailleurs lui promettre ce contrat ou, *a minima*, de la certitude que l'autre partie ferait ce qui s'impose, raisonnablement, pour le lui fournir. Il fallut donc attendre les lendemains de la Deuxième Guerre pour que le Législateur leur force la main, en leur imposant de contrôler ce que l'on considérait alors comme « l'équité » du contrat⁶⁶.

Aussi louable fût-elle, cette étape inaugurale d'une série de lois, de règlements et, éventuellement, de décisions visant à injecter une dose de réciprocité dans les relations contractuelles eut paradoxalement pour effet de contribuer à canaliser le débat autour d'une seule et même chose, la protection de la volonté des parties. Or, ce faisant, l'ensemble de ces mesures législatives et prétoriennes eut pour effet de mettre dans l'angle mort du discours juridique un aspect, si ce n'est une fonction aussi essentielle qu'ancienne du droit des obligations contractuelles : *programmer* des échanges de

64. Voir, en ce sens, *a contrario*, les motifs de la Cour suprême dans la décision 6362222 *Canada inc. c. Prelco inc.*, 2021 CSC 39, par. 53.

65. Cette formule a été utilisée à tort et à travers, mais le sens qu'on lui donne aujourd'hui traduit bien cette idée, Louis ROLLAND, « "Qui dit contractuel, dit juste." (Fouillée)... en trois petits bonds, à reculons », (2006) 51 *R.D. McGill* 765.

66. Albert MAYRAND, « De l'équité dans certains contrats. Nouvelle section du code civil », dans Germain BRIÈRE *et al.* (dir.), *Lois nouvelles*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1965, p. 51.

valeurs ou, pour le traduire dans le langage du droit, des obligations réciproques⁶⁷.

Heureusement, dira-t-on, certain-e-s juges eurent tout de même le réflexe de regarder, de temps à autre, dans le rétroviseur du droit des obligations contractuelles, pour y retrouver cette fonction pourtant si évidente. On eut donc l'idée de tantôt interpréter les clauses du contrat pour s'assurer qu'il produise un effet – un échange de valeurs, dans le cadre du contrat bilatéral –, tantôt y voir des termes implicites qui assurent cette fonction, tantôt prohiber certaines clauses purement potestatives qui laissaient au débiteur tout l'arbitraire nécessaire pour refuser d'exécuter ses obligations. Plus récemment encore, on redécouvrit cette fonction en veillant cette fois à priver d'effet les clauses d'immunisation contractuelle qui, soit effaçaient du contrat l'ensemble des obligations qu'était « naturellement » tenu d'exécuter le débiteur, soit privaient celles-ci de leur caractère obligatoire.

C'est ainsi que l'on vit réapparaître, dans la jurisprudence récente, une conception objective – à défaut de meilleur terme – du contrat et de sa fonction, dont l'essentiel est de nous rappeler qu'en droit civil, un contrat bilatéral doit *obliger* les parties à échanger ou, au moins, à prendre les moyens raisonnables pour échanger, et qu'une clause privant leurs « obligations » de cet effet doit, en conséquence, être biffée du contrat. Derrière la multitude de fondements juridiques – il faut le dire, parfois inventifs – convoqués par les tribunaux pour justifier cette conception, se retrouvait donc une même et grande idée : qu'importe la volonté subjective des personnes qui le forment, un contrat bilatéral doit toujours programmer un échange, qu'importe la volonté subjective des parties qui le forment, un contrat doit toujours être, d'une certaine façon, utile⁶⁸.

A priori, cette idée, que l'on a traduite dans ce que l'on a, peut-être trop rapidement, qualifié de principe du « manquement à des obligations essentielles », semblait en voie d'être reconnue, au Québec. Simple et, si on veut bien déférer aux fondements politiques

67. Paul-André CRÉPEAU, « La fonction du droit des obligations », (1998) 43 R.D. McGill 729.

68. Pour un aperçu de la transformation de la conception de la fonction du contrat, au cours des siècles, voir : Gabriel-Arnaud BERTHOLD, *Peut-on donner d'une clause et reprendre de l'autre ? Essai sur la cause comme instrument de contrôle de la cohérence matérielle du contrat*, coll. « Minerve », Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015, nos 69 à 79.

du droit civil, cohérente, l'idée était d'ailleurs, au même moment, reconnue officiellement par les Français⁶⁹, c'est-à-dire les mêmes qui, faut-il le souligner, nous ont légué une série de principes fondamentaux d'encadrement des rapports civils. Sans être un argument, en soi, ce fait filial pouvait donc au moins nous laisser croire que les développements du droit québécois n'étaient pas sans fondement. Ne manquait plus qu'une décision « de principe », pour confirmer ou infirmer cette tendance.

Les faits de l'affaire *Prelco*⁷⁰ semblaient tout indiqués pour que cette décision soit prononcée⁷¹. En 2008, *Prelco*, une société manufacturière œuvrant dans le domaine de la fabrication et de la transformation du verre, fait appel à un cabinet de services-conseils spécialisé dans l'implantation de systèmes de gestion intégrés, *Créatech*. La société cherche à améliorer ses processus de gestion de la production. Le contrat liant les deux entreprises contient la clause d'immunisation suivante :

La responsabilité de Créatech face au client pour les dommages attribuables à quelque cause que ce soit et sans égard à la nature de l'action, qu'elle soit prévue à l'entente ou délictuelle, sera limitée aux sommes versées à Créatech aux termes de l'Entente, à moins que de tels dommages ne résultent de la négligence grossière ou de l'inconduite volontaire de Créatech. Si tels dommages résultent de la déficience des services, la responsabilité de Créatech sera limitée au montant des honoraires payés relativement auxdits services défectueux.

Créatech ne pourra être tenu responsable pour quelconque dommage résultant de la perte de données, de profits ou de revenus ou découlant de l'utilisation de produits ou pour tout autre dommage particulier, consécutif ou indirect relativement aux services et/ou matériaux fournis en vertu de l'Entente, à moins que tel dommage ne résulte de la négligence grossière ou de l'inconduite volontaire de Créatech.

Le temps venu d'exécuter ses obligations, l'entreprise Créatech ne parvient pas à le faire. Les « embûches s'accumulent »⁷² – en raison de ce que la Cour suprême qualifie d'une « faute simple »⁷³ de sa part –, au point où la société manufacturière en vient à résilier le contrat de service la liant à cette dernière et confie à une autre entre-

69. *Code civil français*, art. 1170.

70. 6362222 *Canada inc. c. Prelco inc.*, 2021 CSC 39.

71. *Ibid.*, par. 6 à 15.

72. *Ibid.*, par. 14.

73. *Ibid.*, par. 30.

prise le mandat de pallier les problèmes du système que devait développer Créatech. Elle dépose, qui plus est, un recours en dommages-intérêts pour être indemnisée du dommage résultant de l'exécution fautive des obligations de l'entreprise de conseils, de même que pour le remboursement de sommes payées en trop et pour la perte de certains profits. L'entreprise de conseils dépose une demande reconventionnelle pour le solde impayé du projet.

La Cour supérieure accueille les deux demandes⁷⁴. Dans le cas premier – le seul d'intérêt aux fins de ce commentaire –, le juge détermine que l'entreprise de conseils ayant manqué à son obligation essentielle de bien déterminer l'approche adaptée pour mener à bien sa mission, elle ne peut se prévaloir du bénéfice de la clause d'immunisation. La Cour d'appel rejette l'appel sur cette question, confirmant les motifs de la juge de première instance⁷⁵. De l'avis de la Cour, la « théorie du manquement à une obligation essentielle » à laquelle réfère le juge de première instance s'appliquant, dans le contexte en litige, la clause d'immunisation ne peut être validée. Au contraire, pour la Cour suprême, tel n'est pas le cas : si la « théorie du manquement à une obligation essentielle [...] fait incontestablement partie du droit québécois dans certains contextes juridiques »⁷⁶, elle ne s'applique pas en l'espèce. En effet, écrit le juge Kasserer, au nom de la Cour, « aucun des fondements juridiques de la théorie ne permet de faire échec à la clause de non-responsabilité librement consentie *en l'espèce*, puisque ni l'ordre public, ni l'inexistence de l'obligation ne peuvent être invoqués avec succès *dans le cadre du présent pourvoi* »⁷⁷.

Dans le premier cas, rien de très surprenant. Le précédent date, ses conclusions n'ont pas fait l'objet de grandes discussions⁷⁸ et les décisions récentes de la Cour en matière de liberté contractuelle n'indiquent rien qui puisse laisser croire à une transformation de la conception : les clauses d'immunisation étant valides, en principe, elles ne sont donc ni prohibées par une règle d'ordre public formel ni invalidées par une règle d'ordre public virtuel⁷⁹. En revanche, le recours à « l'inexistence de l'obligation », donc à la cause a de quoi

74. *Ibid.*, par. 16 à 24.

75. *Ibid.*, par. 25 à 29.

76. *Ibid.*, par. 30.

77. *Ibid.*, par. 4 (mes italiques).

78. Maurice TANCELIN et Daniel GARDNER, *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 13^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2022, p. 836 à 841.

79. 6362222 *Canada inc. c. Prelco inc.*, 2021 CSC 39, par. 38 à 70.

surprendre un peu plus. En effet, si la notion a été convoquée par la jurisprudence française, dès la fin du siècle dernier⁸⁰, pour neutraliser les clauses ayant pour effet de vider de sa substance l'obligation essentielle du débiteur, elle n'avait jamais réellement traversé de ce côté de l'océan. Et pourtant, en témoignent les motifs de la Cour suprême, le fondement est tout aussi justifié : « l'art. 1371 C.c.Q. vise les clauses contractuelles qui suppriment ou excluent toutes les obligations du débiteur et, ce faisant, privent l'obligation corrélative de sa cause »⁸¹. De fait, « [l]orsqu'un contrat est assorti de telles clauses, on peut alors dire que la nature réciproque du rapport contractuel est remise en question »⁸².

Reste alors à déterminer ce que peut bien être une clause *qui supprime ou exclut toutes les obligations du débiteur*. Faut-il s'en remettre à une distinction « conceptuelle », pour ne pas dire doctrinale, et déterminer que seule est invalide celle qui les exclut directement, à la manière d'une clause de non-obligation qui supprimerait toutes les prestations du débiteur ? En tel cas, doit-on s'en remettre à une analyse purement objective, dont l'effet serait de ne permettre aux juges d'annuler que la clause qui rase toute prestation sur son passage ? Ou peut-on, au contraire, adopter une position plus réaliste, et reconnaître qu'une clause peut neutraliser – donc indirectement – les obligations, en privant la prestation d'un de ses deux éléments vitaux, sa sanction, à la manière d'une clause de non-recours ? Et, le cas échéant, dans l'étude de cet effet de la clause sur la sanction, le tribunal doit-il se buter à analyser abstraitement cet effet sur la réciprocité des obligations ou doit-il, au contraire, l'étudier dans son contexte, au regard de l'économie générale du contrat, un peu comme il le ferait sous le régime de l'article 1437 C.c.Q. ? Enfin, et bien que cela ne soit absolument pas discuté, en l'espèce, le tribunal doit-il se placer du côté du débiteur ou de celui du créancier pour déterminer *ce que constitue une sanction* ? Bref, doit-on s'en remettre aux seules apparences, en refusant uniquement de donner force obligatoire aux clauses qui évacuent directement toutes les prestations d'une des parties à un contrat bilatéral ou doit-on plutôt chercher à prohiber les clauses qui vident *réellement* de substance l'*engagement* du débiteur, en l'immunisant de

80. À commencer par le célèbre arrêt *Chronopost*, Cass. Comm., 22 octobre 1996, n° 93-18.632.

81. 6362222 *Canada inc. c. Prelco inc.*, 2021 CSC 39, par. 86.

82. *Ibid.*

toute inexécution, même fautive, *des obligations nécessaires à la réalisation du but convenu* ?

Malheureusement pour les lectrices et les lecteurs, la Cour ne répond pas à toutes ces questions. Si les motifs semblent en effet indiquer qu'une clause de non-obligation, dont l'effet est d'exclure toutes les prestations normalement dues par le débiteur, constitue une telle clause prohibée par l'effet de l'article 1371 C.c.Q.⁸³, ils se font plus timides pour l'ensemble des autres scénarios. Et pour cause, nous dit une Cour prudente, les questions que soulèvent ces scénarios ne se posent pas, en l'espèce. Dans les faits, dit-elle plus spécifiquement, le texte du premier paragraphe de la clause exonératoire pouvant « être assimilé[e] » à une autorisation d'exécution en nature par remplacement, aux frais de l'entreprise défaillante⁸⁴, l'obligation du débiteur n'est pas dépourvue de *toute* sanction. De fait, l'obligation réciproque du créancier n'est pas dépourvue de cause.

Il y a bien des choses à dire sur cette conclusion *de fait* de la Cour suprême, établie sur le fondement d'une forme inédite d'interprétation contractuelle par « assimilation » textuelle, mais « l'essentiel », pour les fins de cette chronique n'est pas là. L'essentiel se trouve en effet ailleurs, dans le principe même que reconnaît cette décision. Car il faut bien le souligner, s'il est posé prudemment, ce principe n'en est pas moins important : si la « volonté » « libre » peut faire bien des choses, elle ne peut aller jusqu'à nier au contrat sa raison d'être, produire des obligations⁸⁵. La liberté « contractuelle » doit toujours s'exercer dans son cadre, le contrat.

4. En guise de conclusion : l'intérêt des tiers au contrat comme frontière à la mise en œuvre des droits contractuels

Les décisions dont il a été question, dans les dernières pages, avaient pour mesure commune un objet, la distribution des pouvoirs *entre parties au contrat*. Elles s'intéressaient donc aux

83. *Ibid.*, par. 76.

84. *Ibid.*, par. 95.

85. Art. 1433, al. 1 C.c.Q. Le contrat bilatéral doit programmer les actions nécessaires à la réalisation du but convenu. Ces actions ou ces inactions peuvent ne pas, en elles-mêmes, engager leur débiteur au résultat, comme c'est le cas de l'ensemble des « obligations » de moyen, mais le débiteur y est tout de même *tenu*.

rappports de pouvoir entre deux ou plusieurs personnes s'étant volontairement soumises à des obligations et partageant le même microcosme contractuel. De manière générale, c'est d'ailleurs là, à l'intérieur des frontières de ce dernier, que se posent les questions relatives à l'exercice du pouvoir des parties et à la manière dont elles peuvent exercer les droits qui en résultent. Mais il est des circonstances qui mettent à l'épreuve l'étanchéité des frontières du microcosme contractuel et qui, de ce fait, enjoignent les juges à se prononcer sur les rapports qu'entretiennent les différents régimes du droit privé des obligations, dans l'encadrement de l'exercice des droits contractuels. La question se pose ainsi : les intérêts des tiers au contrat peuvent-ils constituer une frontière à l'*exercice*, par les parties au contrat, de ces droits contractuels ?

La réponse va de soi, depuis – au moins – une décision bien connue, datant de 1959. Le « tiers, se prévalant de l'inexécution d'un contrat comme d'un pur fait lui causant préjudice », énonçait alors le juge Pratte, au nom de la Cour d'appel, peut « intent[e] au contractant en défaut une action délictuelle, si le fait dont il se plaint n'est pas simplement un manquement à une obligation contractuelle, mais constitue lui-même une faute »⁸⁶. Elle fut réitérée à plusieurs reprises depuis, dans divers contextes, à commencer par celui où l'exercice fautif des droits contractuels, par une partie à un contrat, affecte les droits contractuels d'une autre partie à un autre contrat⁸⁷. Elle fut même légèrement transformée, au début des années 1990, par une décision bien connue du juge Gonthier qui, sur ce point, concluait que l'exercice même non fautif des droits contractuels peut donner naissance à une obligation de réparer le préjudice qu'il cause à un tiers, du moment où il constitue également un manquement au devoir qu'impose ce qui est aujourd'hui devenu l'article 1457 C.c.Q.⁸⁸. Bref, l'*exercice* d'un droit contractuel pouvant également constituer un défaut extracontractuel, l'intérêt des tiers constitue bel et bien une forme de limite à la latitude dont dis-

86. *Boucher c. Drouin*, [1959] B.R. 814, p. 822.

87. C'est le cas d'espèce, dans le fameux arrêt *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122.

88. *Banque de Montréal c. Bail*, [1992] 2 R.C.S. 554, p. 583 : « J'irais même plus loin que le juge Pratte. Se plaçant du point de vue du tiers, en fait, il est tout à fait possible que l'exécution d'un contrat ouvre un recours en responsabilité délictuelle contre une partie contractante, même en l'absence de faute contractuelle et sans égard au contenu obligationnel du contrat en question, si cette partie a manqué à son devoir général d'agir raisonnablement. »

posent les parties, dans la mise en œuvre des droits qu'elles ont pu se ménager, grâce au pouvoir de leur volonté.

La solution semble, en ce sens, générale. Pourtant, va-t-elle jusqu'à couvrir l'hypothèse de l'*omission d'exercer* un droit contractuel au détriment des intérêts d'un tiers ? De manière encore plus précise, une partie à un contrat doit-elle nécessairement exercer des droits contractuels dont elle est créancière, de manière à éviter que son propre cocontractant n'enfreigne un autre contrat, au détriment des intérêts d'une autre personne avec qui ce dernier est également lié par cet autre contrat ? Bref, la partie contractante qui en a la possibilité, doit-elle exercer ses droits de manière à sauvegarder ceux d'un tiers ? Si cette question, que posaient à la Cour d'appel du Québec les appelants, dans l'arrêt *Khader c. SNC-Lavalin inc.*⁸⁹, n'y trouve pas de réponse définitive – la Cour statuant que, selon toute vraisemblance, l'intimée à qui l'on fait ce reproche ne possédait pas ces droits⁹⁰ –, elle demeure tout de même fort pertinente et certainement très importante. Et, à en croire le temps dont se prévalent les juges de la Cour suprême pour répondre à la demande d'autorisation de pourvoi qui leur est parvenue il y a déjà plusieurs mois, il est possible de croire qu'elles et ils y répondront plus tôt que tard.

En tous les cas, en attendant de voir si les juges de cette Cour se saisissent, ou non, de cette question, on notera, sur un point légèrement éloigné de ce qui nous intéresse, que, selon la juge Bich, qui rédige les motifs au nom de la Cour d'appel, il n'y a pas de doute : les personnes *qui n'y sont pas tenues contractuellement* n'ont ni le devoir « de se mêler des relations contractuelles d'autrui pour venir en aide à celui qui affirme être lésé par son propre cocontractant ou dont l'on croit qu'il est victime d'une injustice contractuelle » ni celui « de s'immiscer dans un différend contractuel qui n'est pas le [leur] »⁹¹. En d'autres mots, s'il est aujourd'hui évident que le droit prohibe l'interférence contractuelle, il semble désormais tout aussi évident qu'il n'enjoint pas à l'ingérence contractuelle : de manière générale, nous dit la Cour d'appel, « un tel devoir de « secours contractuel » n'existe pas »⁹². Attendons maintenant de voir si la Cour suprême se saisit de cette décision, pour en consacrer la conclusion.

89. 2021 QCCA 1296.

90. *Khader c. SNC-Lavalin inc.*, 2021 QCCA 1296, par. 131 et 132.

91. *Khader c. SNC-Lavalin inc.*, 2021 QCCA 1296, par. 140.

92. *Ibid.*, par. 140.