

REVUE DE JURISPRUDENCE EN DROIT DES OBLIGATIONS

Daniel GARDNER

Volume 110, Number 1, March 2008

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1045564ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1045564ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

GARDNER, D. (2008). REVUE DE JURISPRUDENCE EN DROIT DES OBLIGATIONS. *Revue du notariat*, 110(1), 97–124. <https://doi.org/10.7202/1045564ar>

REVUE DE JURISPRUDENCE EN DROIT DES OBLIGATIONS

Daniel GARDNER*

1. SUIVI DES CHRONIQUES ANTÉRIEURES	99
2. CONTRAT DE CONSOMMATION, CLAUSE EXTERNE ET CLAUSE COMPROMISSOIRE	102
3. MANDAT GÉNÉRAL ET MANDAT EN PRÉVISION DE L'INAPTITUDE	111
4. LIBERTÉ CONTRACTUELLE ET LIBERTÉ DE RELIGION	113
5. GARANTIE LÉGALE CONTRE LES VICES CACHÉS ET OBLIGATION DE RENSEIGNEMENT	118
EN GUISE DE CONCLUSION : DEUX DÉCISIONS DE LA COUR SUPRÊME	121

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval.

En 2007, la Cour suprême du Canada a rendu quelques décisions qui, sans modifier fondamentalement l'orientation de la jurisprudence en droit des obligations, apportent des précisions utiles en plusieurs domaines. C'est le cas en ce qui concerne les clauses externes et les contrats de consommation, la validité des clauses contractuelles mettant en jeu un droit garanti par les chartes, les frontières respectives de la garantie contre les vices cachés et l'obligation de renseignement. Nous analyserons également quelques décisions des tribunaux inférieurs qui ont une influence directe sur la rédaction de certaines clauses, que ce soit dans les contrats de mandat ou de vente d'entreprise.

Comme à l'habitude, le notaire pressé pourra se contenter de lire la première partie de chacune des sections du présent texte : il y trouvera un résumé de la décision ainsi que de brefs commentaires sur son impact pour la pratique notariale. Le notaire curieux poursuivra sa lecture avec la section « Pour aller plus loin », qui apparaît sous la plupart des rubriques, question de replacer la décision dans son contexte et de voir quel impact elle pourrait avoir sur l'évolution du droit.

Mais commençons d'abord par un suivi de nos chroniques de jurisprudence antérieures.

1. SUIVI DES CHRONIQUES ANTÉRIEURES

Des décisions de justice traitées dans les chroniques antérieures, deux d'entre elles nécessitent un suivi, d'inégale importance.

Dans notre chronique de l'année dernière, nous avons signalé une décision refusant d'autoriser l'exercice d'un recours collectif concernant les quittances hypothécaires¹. S'appuyant sur les articles 1568 et 3065 C.c.Q., le demandeur prétendait que ces dispositions nouvelles avaient modifié l'usage plus que centenaire qui impose au débiteur la charge d'acquitter les frais reliés à la préparation de cette quittance ; il désirait que l'on impose dorénavant cette

1. *Trudel c. Banque Nationale du Canada*, 2006 QCCS 1172. Voir (2007) 109 R. du N. 53, 56 à 59.

charge aux institutions financières. En accord avec la décision de première instance, nous avons écrit que « le recours était voué à l'échec ». C'est également l'avis de la Cour d'appel, qui rejette le pourvoi dans une courte décision rendue le 19 mars 2007. En ce qui concerne l'argument tiré de l'article 3065 C.c.Q., on peut y lire que « [l]e créancier doit faire inscrire la quittance, moyennant qu'on lui en avance les frais, *et non pas la rédiger* »². Bref, rien de nouveau sous le soleil pour le notaire, qui continuera à réclamer les frais de préparation et d'enregistrement de la quittance à l'emprunteur. Il lui suffira d'insister sur les joies que procure la fin d'un emprunt hypothécaire, afin de faire mieux passer sa note d'honoraires.

La seconde décision, de plus grande importance, concerne les clauses de non-concurrence dites « à paliers » ou « à entonnoir ». Rappelons que la pratique a tenté d'assurer la validité de ces clauses par une rédaction plus ouverte, en laissant au tribunal le soin d'en fixer les paramètres. Ainsi, la durée de la clause de non-concurrence pourra être formulée dans les termes suivants :

La durée de la présente clause est de cinq (5) ans à partir de la signature du contrat. Elle pourra cependant être réduite à :

- quatre ans ou, si jugée illégale
- trois ans ou, si jugée illégale
- deux ans ou, si jugée illégale
- un an

La même technique de rédaction est utilisée en ce qui concerne le montant de la pénalité attachée à la violation de la clause. L'idée est donc de concevoir une clause comportant plusieurs prohibitions distinctes, dont la portée ou la quotité pourrait être réduite à mesure que le tribunal invaliderait sa partie la plus contraignante. Or, un arrêt de la Cour d'appel d'avril 2004 avait jugé illégales de telles clauses, dans le cadre d'un contrat de travail³. Une décision rendue exactement trois ans plus tard écarte, à tort selon nous, l'autorité de cet arrêt sous prétexte que la clause « à paliers » en question est incluse dans une convention d'actionnaires et non dans un contrat de travail :

2. *Trudel c. Banque Toronto-Dominion*, 2007 QCCA 413, par. 5 (italiques ajoutés).

3. *Drouin c. Surplec inc.*, [2004] R.J.Q. 1125 (C.A.). Voir nos commentaires rapportés à (2006) 108 R. du N. 75, 78 à 80.

Il importe de préciser que cet arrêt [*Drouin c. Surplec inc.*] est venu régler un litige entre un employeur et un employé liés par un contrat de travail incluant une clause de non-concurrence, et portait sur l'interprétation des articles 2088 et 2089 du *Code civil du Québec*.⁴

Ayant jugé que l'arrêt *Drouin* n'était « pas applicable au présent dossier », le tribunal indique que « la jurisprudence est partagée » (par. 18) quant à la validité d'une telle clause dans une convention d'actionnaires. S'appuyant sur des décisions de la Cour supérieure rendues en 1990 et 1996, donc bien avant l'affaire *Drouin*, le tribunal conclut finalement à la validité de la clause et lui donne son plein effet.

Cette réduction de la portée de l'arrêt *Drouin* est, à notre avis, injustifiée. En effet, ce n'est pas le critère de *raisonnabilité* de l'article 2089 C.c.Q. qui était en jeu dans cette affaire mais bien la notion centrale d'*objet de l'obligation*. Lorsque le juge Chamberland dit que la rédaction de la clause « doit toujours se faire en respectant la règle posée par l'article 1373 C.c.Q. »⁵, il indique que la décision est valable pour tous les types de clauses de non-concurrence ou de non-sollicitation. L'article 1373 C.c.Q. prévoit que la prestation attendue du débiteur (en l'espèce, une obligation de ne pas faire quelque chose) doit être « déterminée ou déterminable », ce qui n'est pas le cas avec une clause de non-concurrence « à paliers ». L'article 1373 C.c.Q. étant applicable à tous les contrats, nommés et innommés, la distinction appliquée dans l'affaire *Brico-Lamine* est manifestement *contra legem*.

Il est évident que de telles clauses ne pouvaient disparaître du jour au lendemain dans les contrats présentement en vigueur au Québec. Il est également évident que la décision rapportée ici, rendue par une greffière spéciale de la Cour du Québec, ne saurait avoir une grande portée sur l'orientation future de la jurisprudence. Mais ce que l'on doit rappeler au notaire soucieux de rédiger des clauses non litigieuses, c'est que la validité d'une clause de non-concurrence « à paliers » ou « à entonnoir » est plus que suspecte depuis la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Drouin* et ce, peu importe le type de contrat où elle apparaît. Personnellement, nous déconseillons tout simplement son emploi dans les contrats notariés. À tout le moins, l'obligation de conseil du notaire devrait l'inciter à informer son client des dangers pouvant résulter de

4. *Brico-Lamine inc. c. Barrette*, 2007 QCCQ 3470, par. 13.

5. *Drouin c. Surplec inc.*, précité, note 3, par. 14.

l'inclusion d'un tel genre de clause dans une convention d'actionnaires ou dans tout autre contrat de nature commerciale ou civile.

2. CONTRAT DE CONSOMMATION, CLAUSE EXTERNE ET CLAUSE COMPROMISSOIRE

Même si les Québécois sont parmi les Canadiens qui utilisent le moins Internet pour effectuer des transactions commerciales, le nombre de ces transactions est en croissance exponentielle et les entreprises qui ne fonctionnent qu'en utilisant ce nouveau moyen, de plus en plus nombreuses. Le fabricant d'ordinateurs Dell est l'une de ces entreprises qui opèrent partout sur la planète à partir de la Toile. La Cour suprême a eu à se prononcer sur la validité de la clause compromissoire incluse dans l'entente imposée par Dell à ses clients⁶. Elle a par la même occasion fourni des précisions sur la notion de « clause externe » au sens de l'article 1435 C.c.Q.

Les faits sont relativement simples. Le 4 avril 2003, le site Internet anglais de Dell indique des prix anormalement bas pour deux modèles d'ordinateurs portables. Dès le lendemain, Dell est informée des erreurs et bloque l'accès aux pages de commande erronées par l'adresse usuelle ; elle publie de plus un avis de correction. Contournant les mesures prises par Dell en empruntant un autre lien qui lui permet d'accéder aux pages de commande sans passer par la voie usuelle, un consommateur (M. Dumoulin) commande un ordinateur au prix inférieur indiqué. Devant le refus de Dell d'honorer la commande, l'Union des consommateurs et l'acheteur astucieux déposent une requête en autorisation d'exercer un recours collectif. Dell demande le renvoi de la demande à l'arbitrage en vertu de la clause faisant partie des conditions de vente, qui se lit comme suit :

Arbitrage. Une réclamation, un conflit ou une controverse (par suite d'un contrat, d'un délit civil ou autrement dans le passé, qui survient à l'heure actuelle ou qui surviendra dans le futur, y compris ceux qui sont prévus par la loi, ceux qui surviennent en Common Law, les délits intentionnels et les réclamations équitables qui peuvent, en vertu de la loi, être soumis à l'arbitrage obligatoire) contre Dell [...] devra être réglé de façon exclusive et définitive par voie d'arbitrage obligatoire organisée par le National Arbitration Forum.

6. *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34.

En Cour supérieure, la juge Langlois conclut que la convention d'arbitrage prévoyant un arbitrage organisé par le National Arbitration Forum, un organisme établi aux États-Unis et régi par le droit américain, dérogeait à l'art. 3149 C.c.Q. qui se lit comme suit :

Les autorités québécoises sont, en outre, compétentes pour connaître d'une action fondée sur un contrat de consommation ou sur un contrat de travail si le consommateur ou le travailleur a son domicile ou sa résidence au Québec ; *la renonciation du consommateur ou du travailleur à cette compétence ne peut lui être opposée.* (italiques ajoutés)

La Cour d'appel refuse également de donner effet à la clause d'arbitrage, mais pour des motifs différents. Selon la juge Lemelin, les « conditions de la vente » prévoyant la convention d'arbitrage constituaient une clause externe au sens de l'art. 1435 C.c.Q. La clause relative à l'arbitrage n'ayant pas été expressément portée à la connaissance de M. Dumoulin et Dell n'ayant pas démontré que le consommateur en avait par ailleurs eu connaissance, on ne pouvait lui donner effet.

Ces décisions sont renversées à la majorité par la Cour suprême, qui reconnaît la validité de la clause relative à l'arbitrage en l'espèce, avec la dissidence des juges LeBel, Bastarache et Fish.

Le cœur du débat en Cour suprême

Le cœur du débat portait sur l'application de l'article 3149 C.c.Q., cité ci-dessus, aux faits de l'espèce. Parlant pour la majorité, la juge Deschamps conclut par la négative :

[66] Les juristes qui ont travaillé à la réforme du *Code civil*, ainsi que le ministre de la Justice en poste lors de l'adoption du *Code civil du Québec* et de nombreux auteurs canadiens et étrangers reconnaissent que l'extranéité est une condition préalable à l'application des règles en matière de compétence internationale des autorités québécoises. L'ordonnement effectué lors d'une codification et la règle selon laquelle une disposition doit être interprétée en harmonie avec son contexte commandent une interprétation de l'art. 3149 C.c.Q. qui le limite aux cas présentant un élément d'extranéité.

Selon elle, cet élément d'extranéité faisait défaut dans le cadre de ce litige, puisque « [s]i le choix de l'arbitrage comme mode de règlement des conflits était constitutif d'extranéité, cela reviendrait à dire que l'arbitrage constitue, par lui-même, un lien de rattachement avec un territoire donné, ce qui est tout à fait contradictoire

avec l'essence même de l'institution de l'arbitrage, c'est-à-dire la neutralité ». (par. 52)

Les juges dissidents ne voient pas les choses de cette façon et concluent « que la clause d'arbitrage suffit en soi à déclencher l'application de l'art. 3148, al. 2, et par le fait même, de ses exceptions, notamment l'art. 3149 » (par. 204). Il ne reste donc qu'à se demander « ce qu'est une autorité québécoise » au sens de la disposition. Pour le juge LeBel, cela « doit s'entendre du décideur situé au Québec qui tient sa compétence du droit québécois » (par. 214). À partir de là, « un arbitre consensuel ne saurait être qualifié d'autorité québécoise pour l'application de l'art. 3149 C.c.Q. Par conséquent, Dell ne peut avoir gain de cause en l'espèce en tentant d'opposer à M. Dumoulin la clause d'arbitrage exclusif. » (par. 216)

Nous ne nous attarderons pas plus longtemps sur ce débat puisque le législateur a réglé la question pour l'avenir, en modifiant la *Loi sur la protection du consommateur* en décembre 2006⁷ :

11.1 Est interdite la stipulation ayant pour effet soit d'imposer au consommateur l'obligation de soumettre un litige éventuel à l'arbitrage, soit de restreindre son droit d'ester en justice, notamment en lui interdisant d'exercer un recours collectif, soit de le priver du droit d'être membre d'un groupe visé par un tel recours.

Le consommateur peut, s'il survient un litige après la conclusion du contrat, convenir alors de soumettre ce litige à l'arbitrage.

Ainsi, la clause de renvoi à l'arbitrage est dorénavant nulle dans tous les contrats visés par la *Loi sur la protection du consommateur*. On notera que même les arbitrages « internes » sont visés par la prohibition, c'est-à-dire ceux où le commerçant voudrait imposer au consommateur le recours à une instance arbitrale établie au Québec, tel le Centre canadien de l'arbitrage commercial dont le siège social est à Québec.

7. L.Q. 2006, c. 56, art. 2. Dans *Le Guillou c. Filiatrault*, 2007 QCCS 5042, la disposition nouvelle a été appliquée même si la mise en demeure avait été envoyée cinq mois avant l'adoption de la loi modificatrice, au motif que « la mise en demeure du 27 juillet 2006 ne visait qu'une partie de la réclamation » (par. 12) et que l'action avait été finalement intentée en juillet 2007 : « Par conséquent, la loi nouvelle s'applique à cette situation juridique et la stipulation ayant pour effet d'imposer à Le Guillou l'obligation de soumettre un litige éventuel à l'arbitrage est interdite » (par. 14). Décision en appel, avec audition prévue le 29 février 2008.

Le législateur va ainsi plus loin qu'en matière d'élection de domicile, où l'intervention d'un notaire rend superflue la protection autrement accordée au consommateur :

22.1 Une élection de domicile en vue de l'exécution d'un acte juridique ou de l'exercice des droits qui en découlent est inopposable au consommateur, sauf si elle est faite dans un acte notarié.⁸

Ce dernier article avait été ajouté afin d'éviter qu'un commerçant puisse échapper à la L.P.C. en rattachant artificiellement le contrat à un autre système juridique. Seule la présence d'un notaire, officier public impartial, a rassuré le législateur et permis d'apporter une exception à l'interdiction générale. Il est symptomatique de constater que la même mesure d'exception n'a pas été reprise, 14 ans plus tard, avec le nouvel article 11.1.

Pour en revenir à cet article 11.1, on remarque que le second alinéa tempère la portée de l'interdiction, en permettant au consommateur de se soumettre volontairement à une telle procédure *après* la survenance d'un différend avec le commerçant. À titre d'exemple, un litige avec un concessionnaire automobile peut, encore aujourd'hui, être soumis au processus d'arbitrage en vertu du Programme d'arbitrage pour les véhicules automobiles du Canada (PAVAC), puisque le consommateur ne s'est pas engagé à procéder ainsi lors de la signature du contrat mais bien postérieurement, lorsqu'un litige est survenu avec le concessionnaire.

La notion de clause externe

Au-delà de cette question de la validité des clauses compromissaires en droit de la consommation, l'arrêt *Dell* est intéressant pour les éclaircissements apportés à l'article 1435 C.c.Q. :

1435. La clause externe à laquelle renvoie le contrat lie les parties.

Toutefois, dans un contrat de consommation ou d'adhésion, cette clause est nulle si, au moment de la formation du contrat, elle n'a pas été expressément portée à la connaissance du consommateur ou de la partie qui y adhère, à moins que l'autre partie ne prouve que le consommateur ou l'adhérent en avait par ailleurs connaissance.

8. L'article 22.1 a été introduit dans la foulée de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57, art. 671.

Cette disposition, votée en 1991 et entrée en vigueur en 1994, montre à quel point les choses évoluent rapidement dans le domaine de l'informatique. Au début des années 90, le commerce électronique ne faisait pas encore partie des possibilités offertes aux consommateurs et c'est pourquoi le législateur ne donne aucune définition du mot « externe » employé dans l'article 1435 : il était alors évident qu'une clause externe était une clause qui n'apparaissait pas dans la version « papier » du contrat remise au consommateur ou à l'adhérent.

L'utilisation du Web pose un problème d'un autre ordre. Dans l'affaire *Dell*, la preuve indiquait que l'entreprise plaçait un hyperlien menant aux « conditions de vente » au bas de chacune des pages de magasinage de son site. En cliquant sur l'hyperlien, l'utilisateur voyait alors apparaître un texte, en lettres majuscules, dont le premier paragraphe se terminait ainsi : « Le présent document renferme une clause de règlement de conflits ». Il suffisait alors de faire défiler le texte pour trouver, à son alinéa 13c), tous les détails sur la clause d'arbitrage. Un tel hyperlien constitue-t-il une clause externe au sens de l'article 1435 C.c.Q. ? Sur ce point, les juges divergent d'opinion même s'ils en arrivent au même résultat, soit de reconnaître que la clause lie le consommateur en l'espèce.

Pour la juge Deschamps, parlant pour la majorité, l'article 1435 C.c.Q. n'est tout simplement pas applicable en l'espèce. Elle motive sa solution comme suit :

[100] Dès que le consommateur active le lien, la page contenant les conditions de vente, dont la clause d'arbitrage, apparaît sur son écran. En ce sens, cette clause n'est pas plus difficile d'accès pour le consommateur que si on lui avait remis une copie papier de l'ensemble du contrat comportant des conditions de vente inscrites à l'endos de la première page du document.

[101] À mon avis, l'accès du consommateur à la clause d'arbitrage n'est pas entravé par la configuration de cette clause dont il peut lire le texte en cliquant une seule fois sur l'hyperlien menant aux conditions de vente. La clause d'arbitrage ne constitue donc pas une clause externe au sens du *Code civil du Québec*.

Parlant pour les juges minoritaires, le juge LeBel adopte une position plus nuancée :

[237] Un commentaire de S. Parisien permet de mieux comprendre quand on peut considérer qu'un document relié par hyperlien a été

expressément porté à la connaissance du consommateur au moment de la formation du contrat : « [u]n lien hypertexte vers le document incorporé par référence devrait satisfaire à cette condition s'il est fonctionnel et évident » (« La protection accordée aux consommateurs et le commerce électronique », dans *Guide juridique du commerçant électronique* (2001), p. 106). Voilà une façon raisonnable d'aborder la question ; cette solution est plus réaliste qu'une conclusion générale voulant que les documents liés par hyperlien soient toujours, ou jamais, externes. Si on l'applique aux faits de l'espèce, il s'agit de déterminer si, par son emplacement et sa visibilité sur la page Web, l'hyperlien en cause est caché à tel point qu'on peut affirmer à juste titre qu'il est externe.

[238] Il est vrai, comme l'a dit la Cour d'appel, que l'hyperlien menant aux conditions de la vente était en petits caractères en plus d'être situé au bas de la page de configuration. La preuve a démontré que Dell place un hyperlien menant aux conditions de vente au bas de chacune des pages de magasinage de son site, se conformant ainsi aux normes de l'industrie. De fait, c'est cet endroit que recommandait à l'époque le Bureau de la consommation d'Industrie Canada (*Votre commerce dans Internet : Gagner la confiance des consommateurs – Un guide pour la protection des consommateurs à l'intention des commerces en direct*, p. 10). On peut donc supposer que les consommateurs qui se livraient alors au commerce électronique se seraient attendus à trouver les conditions de vente de l'entreprise au bas de la page Web. À la lumière de ce qui précède, nous concluons que l'hyperlien vers les conditions de vente était évident pour M. Dumoulin. De plus, la page de configuration contenait un avis selon lequel la vente était assujettie aux conditions de vente, accessibles par hyperlien, les portant ainsi expressément à la connaissance de M. Dumoulin.

Bref, alors que la juge Deschamps refuse de qualifier un hyperlien de « clause externe » au sens de l'article 1435 C.c.Q., le juge LeBel ouvre la voie à une telle qualification. S'il refuse d'invalider la clause en l'espèce, c'est parce qu'il juge que le consommateur « en avait par ailleurs connaissance » en raison de la facilité de consultation de l'hyperlien, ce qui constitue la porte de sortie autorisée par le Code civil en faveur du commerçant.

En ce qui nous concerne, nous préférons la position plus nuancée exprimée par le juge LeBel. Assimiler un hyperlien à une clause apparaissant à l'endos d'un contrat et en faisant donc intrinsèquement partie, comme semble le faire la juge Deschamps, peut conduire à une situation extrême où l'article 1435 C.c.Q. ne serait jamais applicable à de tels contrats. Il serait trop facile pour un commerçant de multiplier les hyperliens et de rendre ainsi la lecture complète des conditions du contrat impossible en pratique.

Les critères d'*évidence* et de *fonctionnalité* de l'hyperlien, adoptés par le juge LeBel, traduisent probablement mieux la réalité des contrats proposés par voie électronique : seules les clauses trop difficiles d'accès pour une personne raisonnable seraient susceptibles d'être examinées sous la loupe de l'article 1435 C.c.Q. Mais il faut bien voir que l'on glisse ainsi vers le concept de clause *illisible* ou *incompréhensible*, qui fait l'objet d'une disposition particulière dans le *Code civil du Québec*, l'article 1436.

À l'évidence, la jurisprudence n'a donc pas encore terminé son travail d'interprétation des dispositions nouvelles, plus d'une douzaine d'années après leur entrée en vigueur.

Signalons en terminant que dans le site Web de l'entreprise Dell, consulté en décembre 2007, la clause d'arbitrage est maintenant annoncée dans la page *principale* qui doit être remplie par l'acheteur potentiel. Les détails quant au contenu de la clause d'arbitrage apparaissent, quant à eux, en cliquant sur un hyperlien. Toutefois, en raison du nouvel article 11.1 de la *Loi sur la protection du consommateur*, cette clause est dorénavant sans effet pour le consommateur québécois, ce qui inclut la plupart des notaires opérant à titre personnel ou à des fins professionnelles. Rappelons que la notion de consommateur comprend :

- le notaire qui acquiert de l'équipement informatique pour des fins personnelles ;
- le notaire achetant en son nom personnel un tel équipement pour son bureau, puisqu'il ne perd pas sa qualité de consommateur pour autant. Plus de détails dans la section qui suit.

Pour aller plus loin

Nous avons signalé plus tôt la modification législative de décembre 2006, qui rend dorénavant illégale la clause compromissoire dans un contrat soumis à la *Loi sur la protection du consommateur*. Deux autres modifications apportées à la loi méritent une mention, susceptible d'intéresser le « notaire-consommateur ».

La première concerne l'abrogation de l'article 5c) de la loi. Cet alinéa écartait l'application de la plupart des dispositions de la loi pour le « contrat relatif à tout service de télécommunication ». La majorité d'entre vous possédant un téléphone cellulaire, sans

oublier la fourniture d'un accès Internet pour votre bureau, vous connaissez sans doute les dangers et les pièges inclus dans de tels contrats, dont il était souvent impossible d'obtenir une copie. La loi s'applique dorénavant à ces ententes, notamment en ce qui concerne le droit d'en obtenir une version papier, le calcul des frais de crédit et les garanties. Bien sûr, on ne doit pas s'attendre à ce que les clauses léonines de ces contrats disparaissent du jour au lendemain. Toutefois, l'abrogation de l'article 5c) devrait contribuer à « civiliser » la teneur de ce genre de contrat. Ainsi, l'insertion usuelle d'une clause d'arbitrage est en principe dorénavant interdite, ce qui évitera au consommateur d'avoir à se présenter devant l'arbitre pour faire la preuve du caractère abusif de cette clause⁹. Nous écrivons *en principe* parce que les grandes entreprises de téléphonie qui opèrent à l'échelle nationale ne manqueront pas de contester la constitutionnalité de plusieurs des dispositions de la loi québécoise, les télécommunications étant un domaine de compétence mixte, fédérale-provinciale.

En terminant sur ce premier point, il n'est pas inutile de rappeler que l'article 1e) de la *Loi sur la protection du consommateur* définit le consommateur comme étant la « personne physique, sauf un commerçant qui se procure un bien ou un service pour les fins de son commerce ». Cela signifie que le notaire opérant en son nom personnel peut profiter des avantages de la loi puisqu'il n'est pas un commerçant¹⁰. Toutefois, une société de gestion n'étant pas une personne physique, les contrats conclus par l'entremise de celle-ci ne bénéficient pas de la protection de la loi.

La deuxième modification digne de mention concerne l'introduction d'une nouvelle section dans la L.P.C., relative aux contrats à distance. Les articles 54.1 à 54.16, entrés en vigueur avec un an de retard (le 15 décembre 2007) par rapport aux autres disposi-

9. C'est exactement ce que la Cour suprême a imposé au consommateur qui poursuivait une entreprise de téléphonie, dans une affaire rendue le même jour que l'arrêt *Dell : Rogers sans-fil inc. Muroff*, 2007 CSC 35. La Cour a jugé que l'article 11.1 « ne s'applique pas aux situations juridiques qui, comme en l'espèce, avaient pris fin au moment de son entrée en vigueur » (par. 19).

10. Signalons que cela ne vaut que pour la notion de consommateur sous la L.P.C. En effet, pour les fins de l'application du *Code civil du Québec*, un consommateur est une personne physique qui acquiert ou loue un bien « à des fins personnelles, familiales ou domestiques » (art. 1384), ce qui exclut les contrats relatifs au bureau du notaire. Il y a donc, au Québec, deux catégories de consommateurs sur le plan juridique. Et on se demande ensuite pourquoi le justiciable ne s'y retrouve plus.

tions mentionnées ci-dessus, adaptent la loi aux réalités nouvelles. En 1978, la vente par un commerçant itinérant constituait un fléau qu'il fallait réglementer. Vous vous souvenez des vendeurs d'encyclopédies et d'aspirateurs ? Ils ont aujourd'hui été remplacés par les Témoins de Jéhovah qui ne sont pas (malheureusement ?) des commerçants au sens de la loi. Dans le monde commercial, les nouveaux intrus sont les « cybercommerçants », ce qui explique la tentative du législateur de colmater les brèches les plus apparentes dans la loi existante.

Parmi les dispositions nouvelles, on signalera que le consommateur dispose dorénavant d'un délai de sept jours pour révoquer le contrat lorsque le commerçant ne respecte pas les obligations que lui impose la loi (art. 54.8). Notons également que le commerçant doit transmettre au consommateur un exemplaire du contrat dans les 15 jours suivant sa conclusion (art. 54.7), ainsi que l'introduction d'une mesure d'inspiration européenne, la *rétrofacturation* :

54.14 Lorsque le commerçant est en défaut de rembourser le consommateur conformément à l'article 54.13, le consommateur qui a effectué le paiement au moyen d'une carte de crédit peut, dans les 60 jours suivant le défaut, demander à l'émetteur de cette carte la rétrofacturation de toutes les sommes payées en vertu du contrat et de tout contrat accessoire, de même que l'annulation de tous les frais portés à son compte en relation avec ces contrats.

Sans cette disposition, et cela est encore vrai pour tous les contrats qui ne sont pas conclus en utilisant un ordinateur, la compagnie émettrice de la carte de crédit n'est pas responsable des manquements du commerçant. On peut donc affirmer que d'une certaine manière, le consommateur est aujourd'hui mieux protégé lorsqu'il achète un bien à distance plutôt qu'en personne. Une refonte générale de la *Loi sur la protection du consommateur* permettra probablement de rétablir la situation, le législateur ayant pour le moment paré au plus pressé.

En terminant, nous ne pouvons que déplorer le retard du droit québécois de la consommation par rapport au droit européen. Ainsi, en matière de téléphonie mobile, alors que nous venons à peine de soumettre les entreprises distributrices à notre loi de protection du consommateur, un projet de loi français de décembre 2007 propose d'accorder au client, même s'il a souscrit à un contrat de deux ans, un droit de résiliation après 12 mois en payant un tiers des mensualités restantes (celles-ci ne devant pas dépasser un certain plafond

qui sera fixé par décret). On est loin des clauses pénales et autres clauses fantaisistes de résiliation qui ont encore cours dans certains contrats imposés aux consommateurs québécois.

3. MANDAT GÉNÉRAL ET MANDAT EN PRÉVISION DE L'INAPTITUDE

Continuons notre chronique en attirant l'attention du notaire sur un genre tout à fait différent de clause contractuelle. Il s'agit de la « clause d'inaptitude » que l'on retrouve parfois dans une procuration générale et qui pourrait, selon certains, continuer de recevoir application malgré la présence d'un mandat en prévision de l'inaptitude. De ces deux mandats, lequel doit avoir préséance ? Les tribunaux ont commencé à se prononcer là-dessus, en accord avec la doctrine dominante.

Nous prendrons prétexte d'une affaire jugée en 2004 mais qui n'a été répertoriée qu'en décembre 2006 pour faire le point sur la question, en simplifiant les faits : madame a accordé une procuration bancaire à son mari et a également signé un mandat en prévision de l'inaptitude. Lorsque madame devient inapte, monsieur néglige pendant près de deux ans de faire homologuer le mandat et les enfants décident alors de demander l'ouverture d'un régime de protection pour leur mère. Monsieur réitère sa demande d'homologation du mandat, qui lui est refusée au motif que cela ne serait pas dans le meilleur intérêt de son épouse. Il veut alors s'autoriser de la procuration bancaire pour confirmer la validité des actes posés pendant l'instance. La Cour supérieure lui donne tort :

[43] Madame B... a le droit de signer une procuration bancaire en faveur de son conjoint. Toutefois, cette procuration cesse de produire ses effets lorsqu'une personne devient inapte ; sauf évidemment le mandat donné par une personne majeure en prévision de son inaptitude lequel doit être homologué par le Tribunal (art. 2166 et s. C.c.Q.).

[45] Le Tribunal partage l'opinion du professeur Fabien [« Le nouveau droit du mandat » dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec. *La réforme du Code civil : obligations, contrats nommés*. Tome 2. P.U.L., 1993. p. 881-954], puisque le législateur a prévu que le majeur qui veut désigner une personne pour gérer ses biens en cas d'inaptitude, doit le faire en respectant les règles énoncées à l'article 2166 C.c.Q.

[46] Il nous faut donc conclure que le majeur devenu inapte, qui a donné un mandat non conforme à ces articles, n'a pas rédigé un mandat en cas d'inaptitude mais un mandat suivant 2130 C.c.Q. qui se termine avec la survenance de l'inaptitude. L'article 2177 C.c.Q. qui prévoit que lorsque le mandant est inapte, toute personne intéressée peut, si le mandat n'est pas fidèlement exécuté, demander au Tribunal de le révoquer, réfère au mandat d'inaptitude puisque le mandat ordinaire prend fin avec l'incapacité.¹¹

Il est à noter que les motifs invoqués dans cette décision, qui doit être approuvée, s'appliquent à n'importe quel type de mandat et non seulement à la procuration bancaire. Le mandat ordinaire prend fin avec l'inaptitude du mandant puisque celui-ci ne peut plus « contrôler » les actes de son mandataire. Les seuls actes autorisés sont ceux visés par l'article 2182 C.c.Q., qui énonce que « [l]orsque le mandat prend fin, le mandataire est tenu de faire ce qui est la suite nécessaire de ses actes ou ce qui ne peut être différé sans risque de perte. » Au-delà de ces actes urgents, on ne saurait permettre à une clause *contractuelle* de déjouer le régime *légal* applicable en cas d'inaptitude du mandant. Les faits de l'arrêt rapporté ci-dessus montrent bien l'utilité de la procédure d'homologation, qui réexamine au stade de l'inaptitude la pertinence de confier au mandataire désigné la gestion des biens et de la personne de l'inapte.

Le second alinéa de l'article 2167.1 dit bien que « [l]'acte par lequel le mandant a déjà chargé une autre personne de l'administration de ses biens continue de produire ses effets malgré l'instance [...] », mais cela n'autorise nullement le mandataire conventionnel à passer outre le mandat en prévision de l'inaptitude qui a été dûment signé par le mandant. Simplement, *pendant l'instance*, il est possible de conserver en vie le mandat conventionnel pour des motifs de commodité, personne ne tentant alors de déjouer les règles impératives du code en la matière.

Pour aller plus loin

Il faut bien avouer que les textes du code auraient pu être rédigés plus clairement. Il était sans doute difficile de le faire, dans un

11. D.S. c. A.D., J.E. 2006-2152 (C.S.). Le professeur Fabien a réitéré cette position dans un texte plus récent : « Le mandat de protection en cas d'inaptitude du mandant : une institution à parfaire », (2007) 1 *C.P. du N.* 405-438. Voir également L. LAFLAMME, « Variations sur des thèmes connus : le mandat en prévision de l'inaptitude et la procuration générale », (2002) 2 *C.P. du N.* 103, 109.

contexte où les assises théoriques du mandat donné en prévision de l'inaptitude sont incertaines. Le problème fondamental vient à notre avis du fait que ce mandat n'est pas un véritable contrat, mais qu'il se rapproche davantage de l'acte juridique unilatéral. Drôle de contrat, en effet, qui peut être conclu sans même que le mandataire soit informé de ce qui se passe : on cherchera en vain « l'accord de volonté » que présuppose tout contrat (art. 1378 C.c.Q.). Ce n'est pas pour rien que le mandataire désigné peut refuser la charge qui lui est confiée, à défaut d'avoir consenti à s'engager (ce qui est une hypothèse bien différente de celle de la révocation de l'article 2174 C.c.Q.). Drôle de contrat, par ailleurs, où le mandant peut changer d'idée avant la survenance de son incapacité et désigner un autre mandataire sans que le premier puisse lui réclamer quoi que ce soit : on se rapproche ici beaucoup plus du testament, acte unilatéral par excellence, que du contrat.

En fait, la nouveauté du mandat en prévision de l'inaptitude, en 1989, ainsi que l'absence d'une théorie globale relative à l'acte juridique unilatéral ont fait que le législateur a placé ce nouvel outil où il a pu, sans trop réfléchir aux conséquences de son choix. Mais si on reconnaît le fait que le mandat en prévision de l'inaptitude a davantage d'affinités avec les régimes de protection du majeur qu'avec les contrats nommés, la solution s'impose d'elle-même : imaginerait-on qu'une clause contractuelle puisse interdire ou mettre de côté le régime de la tutelle ou de la curatelle au majeur ? La même solution doit à notre avis prévaloir en matière de mandat en prévision de l'inaptitude : l'ordre public s'oppose à ce qu'on puisse en écarter l'application par un contrat de mandat ordinaire.

4. LIBERTÉ CONTRACTUELLE ET LIBERTÉ DE RELIGION

Dans la mouvance actuelle de la « constitutionnalisation » du droit civil, on remarque que la Cour suprême du Canada règle de moins en moins ses dossiers à partir des règles de base du droit civil et de plus en plus en appliquant le « droit des chartes ». On n'a qu'à penser à la décision bien connue où la liberté de religion a eu pré-séance sur une clause explicite d'une convention de copropriété¹². Un exemple encore plus frappant vient d'une affaire où la Cour d'appel avait annulé une résolution municipale obligeant une employée à maintenir sa résidence dans les limites de la ville, en appliquant les règles du Code civil relatives au caractère illicite de

12. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551.

l'objet de l'obligation¹³. La Cour suprême, tout en rejetant le pourvoi, ne dit pas un mot à propos du Code civil et juge plutôt que l'obligation de résidence imposée par la ville contrevient sans justification à l'article 5 de la Charte québécoise qui protège le droit à la vie privée¹⁴.

Dans ce contexte, on est surpris de constater que le plus haut tribunal du pays ait choisi, dans une décision rendue le 14 décembre 2007, de valider une stipulation contractuelle au détriment de la liberté de religion de l'un des cocontractants¹⁵.

Les faits de l'affaire peuvent se résumer comme suit. Mariées en 1969, les parties décident de divorcer en 1980. Elles négocient alors une entente relative aux mesures accessoires et, comme elles sont de confession juive, le mari s'engage à demander le divorce religieux (le *get*) auprès des autorités rabbiniques immédiatement après le prononcé du divorce civil. Il faut savoir qu'en vertu de la loi juive, une épouse ne peut obtenir le *get* que si son époux consent à l'accorder. Malgré son engagement formel, l'ex-mari refuse de donner suite à sa promesse. Après neuf ans d'attente, elle lui réclame des dommages-intérêts de 500 000 \$ pour son incapacité à se remarier et pour avoir été empêchée d'avoir des enfants qui seraient considérés comme « légitimes » selon la loi juive. En défense, l'ex-mari prétend que son engagement à accorder le *get* n'est pas valide en droit québécois et que son droit à la liberté de religion le soustrait à l'obligation de payer de tels dommages. Ce n'est qu'en décembre 1995 qu'il consentira finalement à « libérer » son épouse, qui n'abandonne pas pour autant sa réclamation.

La Cour supérieure conclut qu'il s'agit d'une entente valide et exécutoire entre les parties, comme n'importe quel contrat. Elle condamne le défendeur à payer 47 500 \$ à titre de dommages-intérêts, soit 2 500 \$ par année de retard à obtenir le *get* et 10 000 \$ pour l'impossibilité d'avoir des enfants reconnus par la religion juive. Pour la Cour d'appel, il s'agit au contraire d'une obligation de nature religieuse : une telle obligation, qualifiée d'obligation morale, ne peut alors recevoir de sanction civile. La décision de première instance est donc cassée.

13. *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561 (C.A.), 2570 à 2573.

14. *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, par. 93 et s.

15. *Bruker c. Marcovitz*, 2007 CSC 54.

Cette victoire de l'ex-mari ne sera qu'éphémère puisque la Cour suprême accueille le pourvoi. Parlant pour la majorité de sept juges, la juge Abella « ne considère pas l'aspect religieux de l'obligation contenue au par. 12 de l'entente comme un obstacle à sa validité civile. Certes, une personne ne peut être forcée à exécuter une obligation morale, mais le *Code civil* n'empêche nullement une personne de transformer ses obligations morales en obligations juridiquement valides et exécutoires » (par. 51).

Ce qui est intéressant dans la suite de la décision, c'est l'adoption inhabituelle d'une grille d'analyse où les règles du droit commun des contrats sont d'abord appliquées, avant de passer à l'examen des dispositions de la *Charte des droits et libertés de la personne*. C'est ce que fait en l'espèce la juge Abella, en se référant à l'article 1385 C.c.Q. qui pose les quatre conditions de formation du contrat (capacité, consentement, objet et cause) et en insistant sur la notion d'objet. Après avoir cité l'article 1413 C.c.Q. qui prévoit qu'« [e]st nul le contrat dont l'objet est prohibé par la loi ou contraire à l'ordre public », elle poursuit :

[59] Il n'y a donc que deux restrictions à l'objet d'un contrat : il ne doit pas être prohibé par la loi ni être contraire à l'ordre public. Conformément au principe de la liberté contractuelle, les parties conservent une grande latitude en matière d'objet légalement permmissible. [...]

[60] Par conséquent, à moins que M. Marcovitz n'ait raison d'affirmer que l'objet du par. 12 de l'entente est contraire à l'ordre public, l'interprétation de l'« opération juridique » visée à l'art. 1412 n'exclut pas cet objet et l'obligation contractuelle est valide et exécutoire.

[62] Je conviens qu'il peut très bien exister des ententes comportant des aspects religieux qui seraient contraires à l'ordre public. Cela dépendra manifestement, dans chaque cas, de la nature de l'engagement et, plus particulièrement, de la mesure dans laquelle la promesse est compatible avec nos lois, nos principes et nos valeurs démocratiques. Une entente relative au règlement d'un litige concernant la garde d'un enfant et qui porte atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant, ou une entente qui viole nos lois relatives à l'emploi, pourront être jugées contraires à l'ordre public.

[63] Toutefois, je n'ai aucun doute pour ce qui est de l'engagement de M. Marcovitz à accorder le *get*. Cet engagement est conforme – et non contraire – à l'ordre public. [...]

[64] En conséquence, puisque l'objet n'est pas contraire à l'ordre public et que toutes les autres conditions de validité d'un contrat conforme au droit québécois sont présentes, l'obligation contractuelle contenue au par. 12 de l'entente est valide et juridiquement exécutoire en droit québécois.

Cette première étape étant franchie, il restait à se demander si le fait de forcer l'exécution par équivalent de l'entente allait à l'encontre de la liberté de religion de M. Marcovitz, protégée par l'article 3 de la Charte québécoise. Pour la juge Abella, il est clair que « son refus d'accorder le *get* était fondé moins sur une conviction religieuse que sur le fait qu'il était fâché contre M^{me} Bruker [...] selon la loi juive, il *pouvait* refuser de l'accorder, mais c'est tout autre chose de dire qu'un principe religieux l'a empêché de respecter une obligation légale qu'il a volontairement conclue et dont il s'est prévalu des avantages négociés » (par. 69).

Après avoir fait référence à la jurisprudence étrangère (notamment française, américaine et israélienne) ayant accordé des dommages-intérêts dans un cas semblable, la juge Abella conclut qu'il n'y a « aucune raison de modifier le montant des dommages-intérêts » de 47 500 \$ accordés par le juge de première instance (par. 97).

Voilà donc une décision qui permet de valider une obligation contractuelle, volontairement consentie et tout à fait licite, sans interférence indue de la part du « droit des chartes ». Le lecteur nous permettra un commentaire d'ordre général. Au-delà des faits de l'espèce, la grille d'analyse adoptée par le juge Abella devrait servir d'exemple dans les litiges futurs. Un problème de droit civil doit d'abord se résoudre en appliquant les règles de droit commun, *i.e.* le *Code civil du Québec*, pour ensuite vérifier si elles sont en harmonie avec la *Charte des droits et libertés de la personne*. C'est ce que prévoit explicitement la Disposition préliminaire du Code civil et c'est ce qui est trop souvent oublié, comme dans l'affaire *Godbout* précitée, où l'on confond le droit commun et les chartes.

En ce qui concerne plus particulièrement la pratique notariale, la décision est rassurante en ce qu'elle place l'ordre public au centre du débat quant à la légalité et la portée de la clause contractuelle. À partir du moment où une partie accepte d'aménager l'exercice de droits qui relèvent de ses croyances personnelles tels les préceptes de sa religion, il faut conclure qu'elle a accepté de limiter sa liberté et qu'elle ne peut ensuite échapper à ses obligations en invoquant les droits fondamentaux de la personne. En qualifiant d'obligation

morale la promesse volontairement assumée par M. Marcovitz en l'espèce, la Cour d'appel ouvrait une dangereuse voie de contestation à des clauses contractuelles librement consenties, où les droits de la personne joueraient davantage le rôle d'échappatoires que de gardiens des valeurs fondamentales de notre société.

Pour aller plus loin

Nous terminerons l'analyse de cette décision avec deux remarques, l'une touchant davantage l'application des règles du droit positif alors que l'autre sera de nature plus générale.

La première remarque concerne le choix des sanctions qui s'offrent à la créancière de l'obligation inexécutée. Madame Bruker aurait-elle pu demander l'exécution même de l'obligation, autrement dit forcer M. Marcovitz à se présenter devant un tribunal formé de rabbins pour lui accorder le *get* ? Cette sanction n'a jamais été recherchée par l'ex-épouse même si elle multiplia les démarches, entre 1980 et 1989, afin qu'il donne suite à sa promesse. De prime abord, on pourrait penser que l'exécution en nature de cette obligation n'aurait pas été accordée, le tribunal ne se trouvant pas devant un des « cas qui le permettent » suivant l'article 1601 C.c.Q. : la participation personnelle du débiteur serait ici trop forte pour qu'on puisse le contraindre à agir. Il est d'ailleurs symptomatique de constater que la jurisprudence étrangère citée par la juge Abella ne contient que des cas où des dommages-intérêts ont été accordés.

On signalera toutefois le contexte particulier à l'intérieur duquel ce genre de convention se réalise : il ne s'agit pas d'un simple contrat mais d'une convention qui est entérinée par un tribunal. La procédure d'homologation rend cette convention immédiatement exécutoire, comme une décision de justice. On pourrait dès lors prétendre que le défaut de s'y conformer constitue une forme d'outrage au tribunal et que l'exécution forcée de l'obligation serait envisageable (art. 50 C.p.c.). Chose certaine, l'intervention du tribunal au stade de la conclusion de l'entente rend plus plausible une telle forme d'exécution en nature.

Sur un plan plus général, on remarquera comment le « droit des chartes » prend souvent toute la place dans les débats de ce genre. Ce n'est pas pour rien que la juge Abella « signale tout d'abord que les parties ont plaidé cette affaire sans aucunement tenir compte de l'incidence de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* le 1^{er} jan-

vier 1994 et des problèmes de droit transitoire qui pouvaient se poser. Tout au long des procédures, ni les parties ni les tribunaux inférieurs n'ont fait allusion au *Code civil du Bas-Canada* » (par. 48). La perte du sens de la codification est à notre avis manifeste : la spécialisation (dans la pratique) et le découpage des matières (dans les facultés de droit) sont les deux principaux facteurs qui expliquent que le Code civil est devenu une loi comme une autre, avec toutes les incertitudes que cela engendre sur le plan juridique.

5. GARANTIE LÉGALE CONTRE LES VICES CACHÉS ET OBLIGATION DE RENSEIGNEMENT

Le 22 novembre 2007, la Cour suprême a rendu une décision mettant en jeu les dispositions du *Code civil du Bas Canada* (on en a encore pour une dizaine d'années...). La décision¹⁶ serait donc sans grand intérêt si elle n'apportait une précision sur le domaine respectif d'application de la garantie légale contre les vices cachés (art. 1726 et s. C.c.Q.) et de l'obligation de renseignement découlant des articles 6, 7 et 1375 du même Code, dispositions qui sont utilisées dans le corps du jugement.

Résumons d'abord les faits. Lors de la construction d'une usine de pâte et papier à Windsor en 1984, Domtar acquiert une chaudière de récupération pour la bagatelle de 13,5 millions de dollars. La chaudière est conçue avec un surchauffeur muni d'attaches rigides de type « H » même si, à l'époque, le vendeur connaît les problèmes découlant de l'utilisation de telles attaches et la technologie des attaches souples. Dix-huit mois après la mise en service de la chaudière, des tests révèlent la présence de quelques fuites et de centaines de fissures dans les tubes du surchauffeur, d'où l'action fondée sur la garantie contre les vices cachés puis sur l'obligation de renseignement.

Le juge de la Cour supérieure choisit d'asseoir la condamnation sur une violation de l'obligation de renseignement alors que la Cour d'appel est d'avis qu'il s'agit d'un cas de garantie contre les vices cachés.

Les juges Deschamps et LeBel, qui pour une rare fois parlent de la même voix, donnent raison à la Cour d'appel :

[108] [...] l'obligation générale de renseignement a un champ d'application beaucoup plus vaste que la simple dénonciation d'un vice

16. *ABB Inc. c. Domtar Inc.*, 2007 CSC 50.

caché. Elle englobe toute information déterminante pour une partie à un contrat, comme l'a souligné le juge Gonthier dans l'arrêt *Bail [Banque de Montréal c. Bail ltée, [1992] 2 R.C.S. 554]*, voir p. 586-587. Ainsi, l'on peut aisément concevoir une situation où le vendeur manquerait à son obligation de renseignement sans qu'il soit question de vice caché.

[109] Par ailleurs, dans la mesure où le vendeur manque à son obligation de dénoncer un vice, l'on peut probablement affirmer du même coup qu'il aura aussi violé son obligation générale de renseigner l'acheteur sur un élément déterminant en rapport avec le bien vendu, c'est-à-dire l'existence d'un vice caché. Le présent litige se trouve dans cette dernière situation. Dans la mesure où une partie invoque la garantie du vendeur contre les vices cachés, l'obligation de renseignement se trouve en quelque sorte subsumée dans la grille d'analyse de la responsabilité du vendeur pour vices cachés et le tribunal n'a pas à procéder à une analyse distincte de l'obligation de renseignement du vendeur.

La décision doit être approuvée. En présence d'un régime précis et détaillé relatif à la garantie contre les vices cachés, aussi appelée garantie de qualité, il est inutile de recourir à l'obligation générale de renseignement et d'ainsi allonger les débats. La responsabilité du fabricant et du vendeur professionnel sont de toute façon assez lourdes pour éviter un tel détour.

Pour aller plus loin

Comme l'indiquent les juges Deschamps et LeBel dans leur décision, les règles relatives à la garantie légale contre les vices cachés sont, en matière *contractuelle*, très exigeantes pour le fabricant, qui « est assujéti à la présomption de connaissance la plus rigoureuse et à l'obligation la plus exigeante de dénoncer les vices cachés » (par. 41). Ils ajoutent que « l'expertise de l'acheteur n'a pas pour effet d'annihiler la présomption qui pèse sur le fabricant » (par. 44). Les moyens d'exonération offerts au fabricant sont donc très restreints :

[72] Même si on reconnaît au fabricant la possibilité de réfuter la présomption, le haut niveau de diligence qui lui est imposé rend très limité le spectre des moyens mis à sa disposition. Seulement deux moyens ont été reconnus jusqu'à présent et C.E. [le fabricant en l'espèce] ne les invoque ni l'un ni l'autre. Selon un premier moyen, le fabricant peut réfuter la présomption s'il prouve la faute causale de l'acheteur ou d'un tiers ou encore la force majeure : *Manac inc./Nortex c. Boiler Inspection and Insurance Co. of Canada, [2006] R.R.A. 879*

(C.A.), par. 138 ; *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, p. 902. Le deuxième moyen est celui du risque de développement, mais il demeure controversé en matière contractuelle.

La dernière phrase de cette citation est significative lorsque l'on compare la situation du fabricant à l'égard des *tiers* (art. 1468, 1469, 1473 C.c.Q.). Ce nouveau régime, présenté comme un grand pas en avant dans les *Commentaires du ministre de la Justice*, n'a au fond pas changé grand-chose au sort des victimes en matière extra-contractuelle. En effet, sous l'ancien droit¹⁷ comme sous le *Code civil du Québec*¹⁸, l'exonération basée sur l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la fabrication du bien (ce que l'on appelle le « risque de développement ») est un moyen de défense ouvert au fabricant, alors qu'il « demeure controversé » en matière contractuelle, pour reprendre les termes de la Cour suprême dans l'affaire *Domtar*.

La controverse devrait, à notre avis, être tranchée en écartant clairement ce moyen de défense en matière contractuelle. En effet, le régime de la garantie contre les vices cachés est un régime *légal* qui transcende les règles de la responsabilité civile et ne fait aucune place à la faute parmi les éléments à considérer. L'explication du « bon fabricant » incapable de prévoir que le bien qu'il mettait sur le marché pouvait se révéler dangereux, se justifie peut-être dans un contexte de responsabilité civile où le recours est intenté par des tiers ; cela explique d'ailleurs la place occupée par les articles 1468 et suivants dans le Code. Il en va tout autrement en matière de garantie, institution propre à certains contrats nommés et où la bonne foi et l'absence de conduite fautive n'ont rien à voir avec l'application du régime légal.

En acceptant le moyen de défense tiré du risque de développement en matière contractuelle, on rendrait en fait la situation du fabricant plus favorable que celle du vendeur non professionnel. Il

-
17. *London & Lancashire Guarantee & Accident Co c. Cie F.X. Drolet*, [1944] R.C.S. 82, 86 : « C'est contre le constructeur que l'action est dirigée par des tiers, à qui il incombe de prouver la faute, et celle-ci ne peut être établie que par la preuve de négligence au moment de la construction et de l'installation. [...] Autrefois, on ignorait ces méthodes modernes, et en se servant des moyens et matériaux connus et employés dans le temps, on ne commettait certes pas une négligence. »
18. Art. 1473, al. 2 C.c.Q. : le fabricant « n'est pas tenu, non plus, de réparer le préjudice s'il prouve que le défaut ne pouvait être connu, compte tenu de l'état des connaissances, au moment où il a fabriqué, distribué ou fourni le bien ». Le lien avec l'arrêt cité à la note précédente est évident.

suffit d'imaginer le cas, bien réel, de la vente d'une maison dont les fondations contiennent de la pyrite : alors que le vendeur ne peut à l'évidence échapper aux règles de la garantie vis-à-vis l'acheteur de la maison en plaidant qu'il ignorait la situation, son propre cocontractant, fabricant du béton contenant de la pyrite, serait admis à invoquer le fait que les dangers liés à son utilisation étaient inconnus au moment où il a vendu son produit. En rejetant cette solution inéquitable, on ne fait que reconnaître la différence entre un régime de *garantie* et une règle de *responsabilité* : la notion de conduite raisonnable en tenant compte des circonstances, autrement dit de faute, n'est pertinente que dans le second cas.

C'est du reste ce que reconnaît depuis 1978 la *Loi sur la protection du consommateur*, en prévoyant que « [n]i le commerçant, ni le fabricant ne peuvent alléguer le fait qu'ils ignoraient ce vice ou ce défaut » (art. 53 al. 3), solution qui s'inscrit dans la lignée d'une célèbre affaire de la Cour suprême rendue il y a près d'un siècle¹⁹.

EN GUISE DE CONCLUSION : DEUX DÉCISIONS DE LA COUR SUPRÊME

La chronique de l'année dernière se terminait sur une note moins « notariale » avec un titre identique à celui apparaissant ci-dessus, où nous avons expliqué pourquoi la navigation de plaisance pouvait se révéler une expérience... déplaisante, en raison de la méconnaissance de la législation fédérale en matière de responsabilité maritime. Cette année, c'est la législation en matière d'accidents d'automobile que nous tenterons de démystifier. Prenant prétexte de la sortie du rapport de la commission d'enquête sur la tragédie du viaduc de la Concorde en octobre 2007, nous verrons comment deux décisions de la Cour suprême rendues le même mois permettent d'éclairer un des grands débats suscités par cette enquête très médiatisée.

La population en général et plusieurs juristes en particulier ont été étonnés de constater que l'affaissement du viaduc de la Concorde constituait un « préjudice causé par une automobile » au sens de la *Loi sur l'assurance automobile* et qu'en conséquence, aucune poursuite civile n'était possible contre les responsables potentiels

19. *Ross c. Dunstall*, (1921) 62 R.C.S. 393, juge Mignault, p. 419 : « the manufacturer is not listened to when he pleads ignorance of the defect, for he is held to have guaranteed the product created by him as free from latent defect ».

de cette tragédie²⁰. L'automobile n'a-t-elle pas été que l'occasion du dommage, la véritable cause étant l'écrasement de la structure de béton en raison de vices de conception ? Ce n'est pourtant pas ainsi que le législateur de chacune des provinces canadiennes a conçu sa loi relative aux accidents d'automobile. Dans un but avoué de favoriser l'indemnisation des victimes et de couper court aux longs et coûteux débats visant à déterminer la véritable cause de l'accident, on a étendu la compréhension classique de la causalité pour y faire entrer tous les cas où une automobile est impliquée dans l'accident.

Cela signifie, à titre d'exemple, que le passager d'une automobile blessé par la roue du train d'atterrissage d'un petit avion qui fracasse le pare-brise est bel et bien victime d'un accident d'automobile et non d'un accident d'avion²¹. De même, les blessures résultant de la chute d'une automobile dans un cratère venant de se former sur la route en raison de pluies torrentielles sont causées, au sens de la loi manitobaine, par l'automobile et non par la route elle-même²². Enfin, et c'est ici que nous en arrivons à notre première décision de la Cour suprême d'octobre 2007, le conducteur d'une automobile grièvement blessé par un bloc de béton, qu'un hurluberlu s'amusait à lancer du haut d'un viaduc, est couvert par le régime d'assurance automobile en vigueur en Ontario²³.

On voit ici le lien avec la tragédie du viaduc de la Concorde : si le bloc de béton lancé par un quidam du haut d'un viaduc entre dans le champ de la législation automobile ontarienne, à plus forte raison le béton du viaduc lui-même, qui écrase de malchanceux usagers de la route, entre dans le cadre de la loi québécoise. Même si, dans l'un et l'autre cas, ce n'est pas l'automobile en soi qui est la cause du dommage, c'est bien son usage qui permet d'expliquer l'accident : l'implication de l'automobile suffit à donner ouverture au régime d'indemnisation.

20. L.R.Q., c. A-25, article 83.57, qui prévoit que les indemnités prévues dans la loi « tiennent lieu de tous les droits et recours en raison d'un préjudice corporel et nulle action à ce sujet n'est reçue devant un tribunal ».

21. *Productions Pram inc. c. Lemay*, [1992] R.J.Q. 1738 (C.A.), 1742 : « on ne peut divorcer la détermination du type de causalité qui doit s'appliquer à l'espèce des buts poursuivis par la loi, qui, rappelons-le, est une loi remédiate et à caractère social. »

22. *McMillan c. Rural Municipality of Thompson*, (1997) 144 D.L.R. (4th) 53, 76.

23. *Citadelle, Cie d'assurances générales c. Vytlingam*, 2007 CSC 46, par. 14 : « En l'espèce, il est indubitable que les Vytlingam avaient droit aux indemnités sans égard à la faute, puisqu'ils s'adonnaient à une activité automobile « ordinaire et bien connue » en roulant vers le nord sur l'autoroute 95, et que les blessures qu'ils ont subies étaient liées à cette « utilisation et conduite » ».

Mais alors, où doit s'arrêter la recherche de la causalité lorsque survient un accident impliquant le conducteur ou le passager d'une automobile ? C'est ici que la suite de l'arrêt *Vytlingam* est intéressante : en raison des indemnités limitées prévues par le régime de *no-fault* partiel qui existe en Ontario (où les poursuites civiles demeurent possibles), la question portée devant la Cour suprême était de savoir si l'implication du véhicule qui a servi à transporter les pierres sur les lieux du crime était « suffisante pour que l'assureur ontarien soit tenu, en plus de leur verser les indemnités légales sans égard à la faute, de les indemniser *aussi* en vertu de la protection contre les automobilistes insuffisamment assurés, c.-à-d. de se substituer à M. Farmer [le lanceur de pierres] et de leur verser les dommages-intérêts que celui-ci devrait leur payer » (par. 3). C'est à cette dernière question que le plus haut tribunal du pays a répondu par la négative²⁴, sans toutefois jamais remettre en cause le fait que l'accident subi par les Vytlingam était bel et bien un accident d'automobile au sens de la loi ontarienne.

La même position mesurée est adoptée dans la seconde décision de la Cour suprême, rendue le même jour et mettant également en jeu la législation ontarienne. D'entrée de jeu, le juge Binnie résume parfaitement les faits et la question en litige :

Lorsqu'un chasseur descend de sa camionnette alors qu'il fait nuit, sans éteindre le moteur, et fait preuve de négligence en tirant sur une cible distante de 1 000 pieds qu'il ne peut voir, atteignant ainsi un compagnon de chasse à la jambe en croyant tirer sur un cerf, peut-on dire que la blessure infligée découle, « directement ou indirectement, de l'usage ou de la conduite » du véhicule assuré ?²⁵

Il répond à la question de la façon suivante :

[10] Est-ce que le coup de feu tiré par négligence par M. Wolfe peut honnêtement être considéré comme faisant partie du risque créé par son usage ou sa conduite de la camionnette assurée, ou est-ce que l'usage de la camionnette a simplement fourni une occasion, c'est-à-dire, un moment et un lieu, pour la réalisation du préjudice, sans lien de causalité direct ou indirect avec le fondement juridique de la res-

24. *Ibid.*, par. 35 : « Prétendre qu'il suffit qu'une automobile soit utilisée pour transporter des gens sur le lieu d'un délit ou d'un crime pour que la protection contre les « automobilistes insuffisamment assurés » entre en jeu revient à étirer la protection censément accordée jusqu'à ce qu'elle cède. » On aura deviné que le jeteur de pierres était, comme c'est souvent le cas, insolvable.

25. *Lumbermens Mutual Casualty Co. c. Herbison*, 2007 CSC 47, par. 1.

ponsabilité civile délictuelle de M. Wolfe ? Je crois que la deuxième hypothèse est manifestement la bonne.

Bref, une compréhension plus ouverte du critère de causalité ne doit pas mener à des absurdités. Dit autrement, pour reprendre les paroles du juge Baudouin dans l'arrêt *Productions Pram*²⁶, une interprétation large et libérale doit tout de même « rester plausible et logique eu égard au libellé de la loi » : c'est ce qui ressort des deux décisions de la Cour suprême rapportées ci-dessus.

26. *Productions Pram inc. c. Lemay*, précité, note 21, p. 1741.