

Université de Montréal

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

par

Gabriel-Arnaud Berthold

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures pour l'obtention
du grade de maître en droit (LL. M.)

© Gabriel-Arnaud Berthold
2015

Université de Montréal
Faculté de droit

Ce mémoire, intitulé :

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

présenté par :

Gabriel-Arnaud Berthold

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

pr. Élise Charpentier, présidente-rapporteure
pr. Brigitte Lefebvre, membre du jury
pr. Benoît Moore, directeur de recherche

qui lui a décerné la mention « exceptionnel »

Résumé

Peut-on donner d'une clause et reprendre de l'autre? Si deux siècles de décisions et de commentaires contradictoires empêchent de répondre à cette question avec la certitude et l'assurance auxquelles nous a habitué la doctrine civiliste, il est tout de même possible d'affirmer que le droit civil prohibe la clause qui permet à un contractant de se dédire *totale*ment de son engagement. Privant l'engagement de son cocontractant de toute raison, et le contrat dans lequel elle se trouve de toute fonction, cette clause *contracticide* se heurte en effet à une notion fondamentale du droit commun des contrats : la cause.

C'est pour éviter que ne soient validés les contrats qui ne présentent aucun intérêt pour l'une ou l'autre des parties que le législateur québécois a choisi d'importer – et de conserver, dans son article introductif du Livre des obligations, cette notion que l'on dit la plus symbolique du droit français des obligations. En effet, bien que son rôle soit fréquemment assumé par d'autres mécanismes, la cause demeure la gardienne des fonctions du contrat synallagmatique. À ce titre, elle permet non seulement d'annuler les contrats qui ne codifient aucun échange, mais également, et surtout, de contrôler ceux dont le contenu ne permet pas de matérialiser les avantages négociés. Octroyant au juge le pouvoir d'assurer que le contrat contienne les outils nécessaires et adaptés à la réalisation de l'opération qu'il a pour fonction de mettre en œuvre, la cause lui offre donc le moyen de garantir l'adéquation entre la fin et ses moyens, bref de contrôler la cohérence matérielle du contrat.

Mots-clés : contrat synallagmatique; cause; immunisation contractuelle; cohérence matérielle; clauses « contracticides »; exclusion et limitation d'obligations; exclusion et limitation de responsabilité; nullité partielle; clauses réputées non-écrites.

Abstract

Can one provision take away what another has given? While two hundred years of contradictory decisions and commentaries renders this question difficult to answer with certainty and confidence – two things we've grown accustomed to from civil law doctrine, we can safely assert that civil law prohibits provisions allowing a contracting party to *completely* renege on his obligations. By depriving the co-contractor's undertaking of all reasons, and the contract of its purpose, such "contract-killing" provision runs counter to a fundamental concept of general contract law: "la cause".

This notion, which constitutes the first article of the "Obligations" book and which is said to be one of the most important of French contract law, was imported and kept by Quebec legislature to ensure that contracts providing no benefits to one of the parties would not be validated. Although its role is often fulfilled by other mechanisms, "la cause" remains the "guardian" of synallagmatic contracts. As such, it can not only nullify contracts without valuable consideration, but it can also, and especially, control those whose content can't form the negotiated benefits. By giving judges the power to ensure that contracts contain the tools needed to achieve its objectives, "la cause" offers them the best way to guarantee the alignment of end and means. In other words, it offers judges a way to control the material coherence of contracts.

Keywords : synallagmatic contract; cause; immunization by contract; material coherence; « contract-killing » provisions; exclusion and limitation of obligations; exclusion and limitation of liability; partial nullity; provisions deemed unwritten.

Remerciements

D'emblée, je demande à celles et ceux que j'oublie de nommer ici de bien vouloir me pardonner; vous être trop nombreux à avoir alimenté la réflexion dont ce mémoire n'est que le reflet imparfait. À vous toutes et tous, merci.

Mille mercis à ma famille, Lorraine, Daniel, Alain, Sylvie et les autres padé-e-s, pour votre amour, votre compréhension et votre soutien. Ce mémoire s'ajoute à la longue liste de projets que je n'aurais ni envisagés, ni entamés ni, évidemment, complétés sans vous. Merci à mes ami-e-s, pour m'avoir supporté tout ce temps, sans jamais vraiment savoir quoi ni pourquoi d'ailleurs! Vous m'avez permis de demeurer *assez* sain d'esprit. Idem pour Nathalie, Catherine(s), Solange et Amélie – je ne t'ai pas oublié! Merci à Vincent « Pipé », Jérémie et Charlotte pour les idées, les réflexions, les discussions – passées et à venir j'espère. Vous êtes inspirant-e-s et parfois même éblouissant-e-s. Merci aux professeurs Bélanger, Lacoursière et Belley, ainsi qu'à monsieur le juge LeBel et à madame Poudrier-LeBel, pour vos enseignements riches, vos conseils sages et votre aide précieuse. Idem pour les professeurs Charpentier et Lefebvre qui ont, qui plus est, généreusement accepté de juger et de commenter cet essai. Si l'enseignement demeure « le plus beau métier du monde », c'est, à ne pas en douter, parce qu'il est pratiqué par des personnes comme vous.

En ces temps où les politiques en matière d'éducation semblent soumises aux « principes » d'efficacité et d'utilité, je ne peux qu'être reconnaissant envers les différents organismes et fondations qui ont accepté de financer cet *essai* – probablement peu utile. Je pense au Conseil de Recherches en Sciences Humaines du Canada – CRSH, à la fondation Desjardins, ainsi qu'à la Faculté de droit et à la Faculté des études supérieures de l'Université de Montréal. Je suis, par ailleurs, particulièrement honoré d'avoir reçu l'appui financier d'une fondation qui véhicule et promeut des valeurs qui me sont chères : la Fondation Claude Masse.

Heureusement, nous sommes nombreux à adhérer à ces valeurs de justice et d'équité. Je soupçonne mon directeur de maîtrise, le professeur Benoît Moore, de faire partie du lot. Je te remercie, cher Benoît, pour ton appui professionnel – et parfois personnel, sans condition ni compromis; pour ta générosité, ta grande disponibilité et ton engagement constant envers tes étudiant-e-s et les amis de la Chaire – que tu rassembles d'ailleurs régulièrement autour d'un bon verre de ton désormais célèbre « vin de l'amitié »! Merci, Benoît, pour tes commentaires toujours pertinents et tes conseils avisés, pour ton ouverture intellectuelle et pour ta gentillesse contagieuse.

Enfin, la dernière, mais non la moindre : Mariella. Je n'aurais pas assez de la centaine de pages qui suit pour te témoigner toute ma gratitude. Merci pour tout. Je t'aime, voilà c'est dit écrit!

INTRODUCTION

PARTIE I – LA CAUSE COMME GUIDE DE LA COHÉRENCE MATÉRIELLE DU CONTRAT

Section I – L’opération contractuelle, reflet de l’intérêt économique des parties	8
1.1 De l’opération typique, reflet d’intérêts génériques	8
A. Du XVII au XXe siècle : la cause comme notion purement objective	9
B. XXe siècle : la redécouverte du processus de motivation	13
1.2 À l’opération atypique, reflet d’intérêts spécifiques	16
A. Une recherche des finalités contractuelles et concrètes	17
B. L’analyse de l’économie de l’opération : entre objectivisme et subjectivisme	20
Section II - De l’intérêt économique à la cause juridique	26
2.1. L’opération économique dicte ses moyens juridiques	27
2.2. L’opération économique impose ses moyens juridiques	32
Conclusion de Partie	35

PARTIE II – LA CAUSE COMME LIMITE À L’INCOHÉRENCE MATÉRIELLE DU CONTRAT

Section I - La cause protège la cohérence	37
1.1. La protection de l’échange, fonction traditionnelle de la cause	37
A. L’échange - et la satisfaction des besoins - comme fonctions du contrat synallagmatique	37
B. La protection des fonctions du contrat par la cause	42
1.2 La protection de la cohérence matérielle du contrat, fonction renouvelée de la cause	47
A. Cause et protection de la cohérence objective du contrat	48
a. Les stipulations de non-recours	48
b. Les stipulations de non-engagement	50
B. Cause et protection de la cohérence subjective du contrat	54
a. De certaines stipulations limitant l’engagement	54
b. De certaines stipulations excluant ou limitant la responsabilité	57
Section II – La cause impose la cohérence	71
2.1. La survie plutôt que la mort	71
2.2 La réalité plutôt que la fiction	76
A. La réfection par requalification	77
B. La réfection par l’élimination de la clause contradictoire	78
Conclusion de Partie	85
CONCLUSION	87
BIBLIOGRAPHIE	I

1. Peut-on donner d'une clause et reprendre de l'autre? « S'obliger et ne pas s'obliger »¹? « Devoir et ne pas devoir »²? Si la question chatouille l'esprit du juriste, la réponse aura de quoi le surprendre : il n'existe, dans le *Code civil du Québec*, aucune disposition prohibant cela *expressément* et de manière *générale*. Bien entendu, on y retrouve, ici et là, quelques règles et standards refroidissant parfois les velléités du stipulant trop avare pour se souvenir de l'adjectif qui suit naturellement et inévitablement la liberté qu'il revendique excessivement : contractuelle. Mais rien de général. Est-ce à dire que mis à part la prohibition de la *plus grande stupidité*³, pour reprendre l'expression sans appel de Pothier, l'immunisation contractuelle est laissée au bon « vouloir » des parties ? Qu'au mieux, elle n'obéit qu'aux distinctions byzantines⁴ que laisse trop souvent l'air du temps sur nos lois que l'on dit *techniques et sans âme*⁵. Pas nécessairement.

2. À vrai dire, si la *mosaïque* des régimes spéciaux⁶ a probablement occulté le principe⁷, il n'est pas à douter que le « droit commun contient les ressources nécessaires pour stigmatiser »⁸ l'immunisation exagérée, celle qui en permettant à une partie de « s'engager et ne pas s'engager »⁹, rend incohérent l'*instrumentum* et prive de ses moyens l'échange qu'il a pourtant pour mission de codifier. Paradoxalement, c'est dans un mouvement qui, au regard du développement des droits de tradition britannique, frise l'anachronisme, qu'en France, on redécouvrit récemment tout le potentiel qu'offrent encore aujourd'hui la théorie générale et le droit commun du contrat. En effet, à mesure que le principe du *fundamental breach of contracts* perdait de sa vigueur dans les pays du *Commonwealth*¹⁰, c'est dans le droit commun de la République que puisèrent les différentes chambres de la Cour de cassation pour créer ou, à tout le moins, intellectualiser une règle prohibant l'incohérence que créent parfois ce type de clauses¹¹.

3. À la différence du *devoir* de cohérence comportementale, cette **règle de cohérence matérielle** du contrat s'intéresse uniquement à l'*instrumentum* et à l'opération qu'il cristallise. Détachée de

¹ *BNP Paribas (Canada) c. Ikea Property Ltd.*, 2005 QCCA 297, par. 17.

² Henri MAZEAUD et Léon MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 4^e édition, t.3, Paris, Sirey, 1950, p. 651, no. 2521.

³ C.c.Q., art. 1474.

⁴ Au Québec, on pense par exemple à l'article 10 de la *Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ. c. P-40.1.

⁵ Catherine THIBIERGE-GUELFFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », (1997) *RTD Civ.* 357, par. 18.

⁶ Laurent AYNÈS, « Droit français », dans Jacques GHESTIN (dir.), *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe, Acte du Colloque des 13 et 14 décembre 1990*, Paris, L.G.D.J., 1990, 7, no. 1.

⁷ Philippe JESTAZ, « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », dans *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, 273, p. 274 [ci-après, « L'obligation et la sanction »].

⁸ Horatia MUIR WATT, « Préface », Dimitri HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, t.1., Aix-en-Provence, P.U.M., 2001, p. 7 [ci-après : *Le principe de cohérence*]; Jean-Marie GUÉGUEN, « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », (1999) *Dalloz* 352, p. 355, par. 22; Bertrand FAGES et Jacques MESTRE, « Effets du contrat », (2000) *RTD Civ.* 325, pp. 326; Benoît MOORE, « La clause abusive : Dix ans après », (2003) 63 *R. du B.* 59, pp. 81 et 82.

⁹ Henri CAPITANT, François TERRÉ et Yves LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t.2, « Obligations, Contrats spéciaux et Sûretés », Paris, Dalloz, 2008, p. 128, no. 25.

¹⁰ Au Canada, la doctrine a reçu son « coup de grâce » dans *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69.

¹¹ La notion de règle étant entendue ici comme « la conjonction de deux fonctions possibles de la norme : le tracé et la mesure », Catherine THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure : pour une distinction entre normes et règle de droit », (2008) 51 *Arch. Phil. Droit*, 341, à la p. 356.

la phase d'exécution, insensible à la conduite des parties, elle a pour seule fonction d'assurer l'adéquation entre les énoncés performatifs qui forment le corps du contrat et la finalité qu'il a concrètement pour but de matérialiser. Prohibant la contradiction de la fin par ses moyens, de l'ensemble par une de ses composantes, cette règle rend inopérantes les stipulations dont l'effet est de priver l'opération économique d'un ou de l'ensemble de ses moyens de réalisation. Concrètement, elle empêche donc que soient appliquées les *clauses immunisatrices* qui soulagent une des parties des obligations nécessaires à la réalisation de l'échange que traduit le contrat¹².

4. En parcourant la jurisprudence québécoise, on s'aperçoit que ces clauses contradictoires sont, ici aussi, rayées des contrats par les magistrats. Seule différence, l'intervention prétorienne semble moins systématique et, surtout, moins ordonnée qu'elle ne peut l'être en France. Or, sans faire aveu d'une quelconque adhésion à l'absolutisme d'un « dogme légaliste » ou au monisme des ses « forces créatrices »¹³, le poids de la tradition civiliste impose tout de même sa logique systémique. Pour mieux comprendre les tenants et aboutissants du mouvement, et ainsi éviter l'incertitude qui le guette, il importe donc de cerner sur quelle *base juridique* les prêteurs s'appuient pour justifier leur contrôle de l'incohérence matérielle du contrat.

5. À ce chapitre si, les tribunaux québécois et français sont peu loquaces, le juriste en mal de repères trouvera une lueur de réconfort dans l'abondance des écrits sur le sujet. Mais cette lueur n'est qu'étincelle, car ici, comme ailleurs, le rationalisme juridique est victime de ses excès d'enthousiasme. Volonté¹⁴, interprétation¹⁵, bonne foi¹⁶, force obligatoire¹⁷, notion de contrat¹⁸,

¹² La notion de « clause immunisatrice » est ici entendue dans son sens large. Voir : Geneviève VINEY et Patrice JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, 3^e édition, Paris, L.G.D.J., 2011, pp. 397 et suivantes.

¹³ Sur lesquelles : Philippe JESTAZ, « Source délicieuse (Remarques en cascades sur les sources du droit), (1993) *RTD Civ.*, 73.

¹⁴ Entre autres : P. JESTAZ, « L'obligation et la sanction », préc., note 7, p. 294. Voir aussi : *Sigma Construction inc. c. Ievers*, 1995 CanLII 4787 (QCCA) (J. Baudouin).

¹⁵ Entre autres : Claude FERRON, « Les clauses de non-responsabilité en responsabilité civile contractuelle et délictuelle », (1984) 44 *R. du B.* 3, pp. 55 et suiv. Voir aussi : Marie Annik GRÉGOIRE, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice contractuelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, coll. « Minerve », 2010, pp. 197 et suiv. *Contra* : Lazar SARNA, *Traité de la clause de non-responsabilité*, Toronto, Richard de Boo Limited, 1975, p. 164; Pascal LOKIEC, « Le droit des contrats et la protection des attentes », (2007) *Dalloz* 321, IIA.

¹⁶ En fait mention, par exemple, Etienne MONTERO, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité », dans Marcel FONTAINE et Geneviève VINEY (dirs.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Étude de droit comparé*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 421, no. 35; Marcel FONTAINE, « Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : synthèse et perspectives », dans Marcel FONTAINE et Geneviève VINEY (dirs.), *id.*, p. 1047, no. 67 : « [l]a bonne foi s'oppose à ce qu'un contractant invoque à son profit la convention-loi après avoir lui-même vidé le contrat de sa substance ».

¹⁷ Geneviève HELLERINGER, *Les clauses du contrat. Essai de typologie*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 536, 2012, pp. 175 et 176, nos. 321 à 323; Dimitri HOUTCIEFF, « L'essentiel est dans la contradiction », (2010) 28 *J.C.P.G.*, 787; « Plaidoyer pour un affinement réaliste du contrôle des clauses limitatives de réparation portant sur les obligations essentielles », (2008) 3 *R.D.C.*, 1034, no. 8.

¹⁸ Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 7^e édition, Vol. 1. « Principes généraux », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, pp. 1167 et 1168, no. 1-1384. *Contra* : Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 2^e édition, Montréal, Thémis, 2012, p. 567, no. 1064.3, note 173.

économie¹⁹, objet²⁰, principe général de droit civil²¹ ou de common law²², si ce n'est, encore plus laconiquement, simple exigence de droit²³ ou de « logique juridique »²⁴ : autant de sources ayant, pour la plupart, le mérite de pouvoir soutenir une argumentation entraînant, mais qui, *à elles seules*, ne semblent pouvoir saisir toute la complexité de la règle de cohérence matérielle.

6. Est-ce dire qu'une telle source n'existe pas? Que notre droit commun ne connaît pas de notion suffisamment malléable pour encadrer ce phénomène? L'étude des fonctions de guide et de mécanisme de contrôle de la réciprocité des engagements de la cause dite « de l'obligation » permet de croire que non. En effet, la réunion naturelle²⁵, quoique souvent esquivée, de ces deux fonctions semble en faire *la* notion du droit commun « capable de regrouper en totalité les idées que renferme »²⁶ cette règle de cohérence.

¹⁹ Sébastien PIMONT, *L'économie du contrat*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2004, préf. Jean BEAUCHARD; Gâelle MEILHAC-REDON et Franck MARMOZ, « Cause et économie du contrat, un tandem au service de l'interdépendance des contrats », (2000) 260 *L.P.A.* 12.

²⁰ Xavier THUNIS, « Une notion fuyante : l'obligation essentielle du contrat », dans B. DEBUISSON et al., *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, De Boeck et Larcier, 2003, 521, pp. 540 et 541, nos. 19 et 20.

²¹ D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence*, préc., note 8. Du même auteur : « Le manquement à une obligation essentielle entraîne l'éradication de la clause limitative d'indemnisation ne dérivant pas d'une source réglementaire ou législative », (2007) 36 *J.C.P.G.*, II 10145. « Essai de maïeutique juridique : la mise au jour du principe de cohérence », (2009) 47 *J.C.P.G.*, 463. Voir aussi : L. AYNÈS, « Droit français », préc., note 6, p. 10.

²² Claude MASSE, « La responsabilité civile », dans Chambre des Notaires et Barreau du Québec, *La réforme du Code civil*, t.2. « Obligations, contrats nommés », Québec, P.U.L., 1993, pp. 316 et suiv., no. 96. Voir aussi : Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, no. 1107.

²³ Jacques MESTRE, « L'exigence de cohérence », (2011) 3 *RJ. Com* 211.

²⁴ Léo DUCHARME, « La limitation contractuelle de la responsabilité civile : ses principes et son champ d'application », (1957) 3 *C. de D.* 39, p. 56; *Ménard c. Duquette*, [1980] C.P. 341, J.E. 80-652, p.7. *Rapp.* Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd., par Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, Cowansville, Yvon Blais, 2013, p. 1078, no. 871 : « D'après nous, il n'est pas illogique de bloquer l'effet d'une clause exonératoire privant le contrat de son effet essentiel, car elle le dénature et la liberté contractuelle ne saurait aller jusqu'à l'absurde » [ci-après : P.G. JOBIN et N. VÉZINA].

²⁵ Il n'est pas anodin, d'ailleurs, de noter qu'il s'agit là de la seule constante du discours doctrinal sur la cause. Cette dualité de fonction expliquerait même la raison pour laquelle la cause de l'obligation a été conservée dans le *Code civil du Québec*, voir : MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaire du ministre de la justice*, t.1, « Commentaires sous l'article 1371 C.c.Q. », Québec, Publications du Québec, 1993, p. 458 : « (...) s'attachant au pourquoi objectif d'un engagement, elle permet de déterminer la nature et la portée de cet engagement et, par là, celle du lien d'obligation créé ou de l'acte juridique conclu ». Sur la conjonction des fonctions, on consultera, de manière générale : Jacques GHESTIN, *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français. Principes directeurs, consentement, cause et objet*, Montréal, Institut de droit comparé de l'Université McGill, 1982, pp. 254 et suiv. [ci-après : *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français*]; Alain SÉRIAUX, *Manuel de droit des obligations*, Paris, P.U.F., coll. « Droit », 2006, pp. 55 et suiv., no. 48 et suiv. Sur la fonction de qualification, voir, entre autres, François TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Paris, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 2., 1957, préf. Robert LE BALLE, pp. 230 et suiv.; Guillaume WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 253, 1997, pp. 97 et suiv., nos. 98 et suiv.; Jacques GHESTIN, *La formation du contrat*, 3^e édition, coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J., 1993, p. 834 et suiv., no. 835 [ci-après, *Formation du contrat*]. Pour une critique de l'utilisation de la cause « du contrat » comme instrument de qualification en droit québécois contemporain, voir : Pascal FRÉCHETTE, « La qualification des contrats : aspects théoriques », (2010) 51 *C. de D.* 117, pp. 133 et suiv.

²⁶ Philippe DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, Thèse, Faculté de droit d'économie et de sciences d'Aix Marseille III, 1981, p. 195, no. 159. Voir aussi les pp. 200 et suiv., nos. 166 et suiv. [ci-après : *Les clauses allégeant les obligations*]. L'auteur parle de la seule notion « capable de regrouper en totalité les idées que renferme le nom générique d'obligation fondamentale et de donner ainsi la compréhension de cette notion ». Dans le même sens, au Québec voir : D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 18, p. 568, no. 1064.5; Benoît MOORE, « Les clauses abusives : dix ans après », préc., note 8, p. 82; Ghislain TABI TABI, *Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel*, Thèse, Québec, Faculté de Droit, Université Laval, 2011, p. 216; Voir aussi. P.G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 24, no. 361, p. 445. *Rapp.* L.

7. Traduction en termes juridiques, et binaires, d'une finalité économique et unitaire, la cause permet d'abord au juge de mesurer la géométrie de l'opération et d'établir la cohérence nécessaire de l'acte qui la traduit (Partie I). Le cas échéant, elle lui octroie également les pouvoirs nécessaires pour limiter l'effet des stipulations contradictoires et redonner au contrat sa cohérence nécessaire (Partie II).

SARNA, préc., note 15, p. 164. En France, voir : Paul ESMEIN, « Les clauses de non responsabilité », (1926) 25 *RTD Civ.* 321, pp. 322 et suiv.; Philippe DELEBECQUE, « Que reste-t-il du principe de validité des clauses de responsabilité? », (1997) 8 *Dalloz Affaires* 235; « Pour ou contre les clauses limitatives de réparation? », (2008) 3 *R.D.C.* 979, nos. 6 et 8; « Prérogative contractuelle et obligation essentielle », (2011) 2 *R.D.C.* 681, no. 2; Philippe DELEBECQUE et Denis MAZEAUD, « Les clauses de responsabilité : clauses de non responsabilité, clauses limitatives de réparation, clauses pénales. Rapport français », dans M. FONTAINE et G. VINEY, préc., note, 16, p. 381, no. 25. Bertrand FAGES, *Le comportement du contractant*, Aix-en-Provence, P.U.M., 1997, préf. Jacques MESTRE, p. 332; Denis MAZEAUD, « Au nom de la cause : feu la liberté contractuelle des maîtres du temps... », (1997) 5 *Defrénois* 333; « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle? », dans *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, P.U.F., 1999, p. 616; « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin? », dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, 135, p. 144, no. 18; « Le nouvel ordre contractuel », (2003) 1 *R.D.C.* 295, no. 13; « La cause », dans Yves LEQUETTE (dir.), *1804-2004, le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 463 et suiv.; « Les dix commandements du droit français contemporain des contrats », 4^e *Conférences Roger Comtois*, Montréal, Thémis, 2005, pp. 17 et 18; « Cause de l'obligation », (2007) 3 *R.D.C.* 707; « Clause limitative de réparation », (2007) 4 *R.D.C.* 1121; « Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga? », (2010) *Dalloz* 1832, no. 6. Alain SÉRIAUX, « L'affaire *Chronopost* : arrêt de principe ou accident de parcours? Variations sur le bon usage de la notion d'obligation essentielle », (1997) *Dalloz* 121, no. 6 – en partie; Jacques MESTRE, « Rapport de synthèse » dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD, *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris, Economica, 1998, 157, p. 161; Jean-Pascal CHAZAL, « Théorie de la cause et justice contractuelle : À propos de l'arrêt *Chronopost* (Cass. com. 22 oct. 1996) », (1998) 29 *JCPG I* 152; J.-M. GUÉGUEN, préc., note 8; B. FAGES et J. MESTRE, « Effets du contrat », préc., note 8, pp. 326; Philippe STOFFEL-MUNCK, « La codification du droit de la consommation », dans Benoît MOORE, *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, 1269, p. 1290, no. 36; Sophie GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, Paris, Economica, coll. « Recherches Juridiques », 2006, pp. 279 à 281, nos. 543 et suiv.; Jacques GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2006, pp. 187 et suiv., nos. 272 et suiv.; [ci-après : *Cause et validité*]; Anne-Sylvie COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, Paris, Lexis Nexis, 2006, préf. Éric LOQUIN, pp. 220 et suiv.; Philippe SIMLER, « La sanction de l'absence de cause », dans *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 409 et suiv.; P. LOKIEC, préc., note 15, II A.; Caroline BARNAUD, « Variations autour de l'évolution jurisprudentielle des clauses limitatives de réparation », (2010) *L.P.A.* no. 195, 6; Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Éric SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, t.1 « L'acte juridique », 11^e édition, Paris, Armand Colin, 2004., pp. 192 et suiv.; François TERRÉ, Philippe SMILER et Yves LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, 9^e éd., Paris, Dalloz, coll. « Précis / Droit privé », 2005, pp. 351 et suiv., nos 342 et suiv.; Philippe LE TOURNEAU et al., *Droit de la responsabilité et des contrats*, 9^e édition, coll. « Dalloz Action », Paris, Dalloz, 2012-2013, pp. 484, no. 1101, p. 499, no. 1178. Pour un aperçu général de l'évolution de la jurisprudence française sur le sujet, voir : H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, préc., note 9, pp. 120 et suiv., nos. 16 et suiv.; *Voir aussi* : Denis MAZEAUD, « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », (2008) *Dalloz* 1176.

Partie I – La cause comme guide de la cohérence matérielle du contrat

8. Si vous avez compris la cause, disait le professeur Rouast, c'est qu'on vous l'a mal expliquée! D'une richesse sémiotique rarement égalée²⁷, la notion et sa théorie portent assez mal le poids d'une histoire mouvementée²⁸. « Complication inutile et [...] source de confusions »²⁹ pour certains, théorie vague « et si inexacte »³⁰ pour d'autres, son étude, confessait « sans détour » Gérard Trudel au milieu du XX^e siècle, est pour tous « l'occasion nécessaire de mesurer la faiblesse de notre intelligence »³¹. Difficile, en effet, de circonscrire une théorie dont l'image et le contenu semblent avoir plus souffert que profiter du développement des droits savants³². Parce qu'on ne peut s'empêcher de le souligner, si un Code est toujours influencé par ses interprètes³³, la cause, elle, est tout juste ce que juges et auteurs ont bien voulu en faire³⁴.

9. Notion « la plus symbolique »³⁵ du droit des contrats, la cause est, *dans son acception la plus généreuse*, la raison, le motif, le but « qui met en mouvement l'acte volontaire »³⁶. À ce titre, elle traduit « la raison pour laquelle un débiteur s'engage »³⁷, l'objectif à atteindre qui le pousse « à entrer dans un contrat »³⁸, bref « ce en vue de quoi [il] accepte de se soumettre à une obligation »³⁹. Répondant, en ce sens, au célèbre *cur debetur?* d'Oudot⁴⁰, le concept matérialise

²⁷ Pour l'histoire des idées doctrinales et politiques de la cause, voir : D. MAZEAUD, « La cause », préc., note 26.

²⁸ J. GHESTIN, *Cause et validité*, préc., note 26, p. 6. Voir aussi : Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, V. 24, Paris, Auguste Durand, 1868, p. 324, no. 344, écrivait : « Ce n'est pas un sujet d'une clarté parfaite; et, chose remarquable! contrairement à ce qui arrive d'ordinaire, dans le droit privé, comme dans toutes les sciences, l'histoire, loin d'éclairer la théorie, a peut-être elle-même un peu contribué à l'obscurcir ».

²⁹ ED. FUZIER-HERMAN, *Code civil annoté*, t.2, « art. 711 à 1167 », Paris, Larose & Forcel, 1891-1898, p. 1027.

³⁰ François LAURENT, *Principes de droit civil*, t.16, Bruxelles, Bruylant, 1875, p. 161, no. 119.

³¹ Gérard TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, t.7, Montréal, Wilson & Lafleur, 1946, p. 108.

³² André ROUAST, « À propos d'un livre sur la cause des obligations », (1923) 22 *RTD Civ.*, 395 : « La notion de cause indiquée par l'article 1108 comme une condition essentielle pour la validité d'une convention est célèbre par les obscurités qu'a accumulées un siècle de commentaires aussi ingénieux que stériles ». Voir aussi : J. GHESTIN, *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français*, préc., note 25, p. 260. Plus récemment, le professeur Forray parlait d'une définition purement conceptuelle de la cause, aux contours tracés par « l'opinion doctrinale », Vincent FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Paris, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 480, 2007, p. 393, no. 547. Le professeur M. TANCELIN, préc., note 22, no. 266, relatant les différentes conceptions doctrinales de la cause, notait « l'attitude négative de la pratique en face d'une notion jugée incompréhensible, sans doute parce que mal nommée et enseignée de façon inutilement compliquée ». Voir aussi : Michelle CUMYN, « Contracts », dans Aline GRENON et Louise BÉLANGER-HARDY, *Elements of Quebec Civil Law : a Comparison with the Common Law of Canada*, Toronto, Thomson Carswell, 2008, 239, p. 254, relève, pour sa part, la méfiance des juristes civilistes face à une notion probablement trop près de celle de *consideration* de common law; Jean-Louis BAUDOIN, *Traité élémentaire de droit civil. Les obligations*, Montréal, P.U.M., 1970, p. 128, no. 225 [ci-après : (1970)] : « La jurisprudence québécoise s'est toujours à bon escient méfiée de cette notion controversée et s'est toujours tenue résolument à l'écart des controverses doctrinales ».

³³ Voir, entre autres : Marc BILLAU, « La doctrine et les codes – Quelques réflexions d'un civiliste français », (2005) 46 *C. de D.* 445, et plus particulièrement les pp. 457 et suiv.

³⁴ En ce sens, voir : M. TANCELIN, préc., note 22, no. 267, *in fine*.

³⁵ Denis MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », (2003), préc., note 26, no. 13.

³⁶ G. TRUDEL, préc., note 31, à la p. 109.

³⁷ Christian LARROUMET, *Les obligations. Le contrat*, t.3., 1^{ère} partie, 6^e édition, coll. « Droit civil », Paris, Économica, 2007 p. 440, no. 440. Angers LAROUCHE, *Les obligations*, t.1 « Théorie générale des contrats; quasi-contrats », Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1982, p. 188.

³⁸ Judith ROCHFELD, « La cause », (2012) *Rép. Civ. Dalloz*, p. 6 [ci-après : (2012)].

³⁹ *Id.*

ainsi cette idée maintes fois centenaire suivant laquelle « [a]ucun être raisonnable ne s'impose intentionnellement un fardeau sans raison »⁴¹.

10. Dans le contexte précis du *contrat synallagmatique à titre onéreux*⁴², le concept prend toutefois le sens plus restreint d'*intérêt essentiellement économique*⁴³. Si, dans ce type de relation, chaque personne accepte de limiter le champ de sa liberté, c'est, en effet, parce qu'elle souhaite « obtenir un profit qui compense la charge de son obligation »⁴⁴, voire, selon la lettre du *Code Civil du Québec*, un « avantage en échange de son obligation »⁴⁵. Traduction technique de cet intérêt économique, la cause des *Codes* québécois et français est toutefois souvent présentée comme n'étant que le *but immédiat*⁴⁶, la *contreprestation*⁴⁷, voire, encore plus laconiquement, la simple *contrepartie* attendue de chacune des parties⁴⁸. Or, bien qu'elle ne soit pas totalement

⁴⁰ A. ROUAST, préc., note 32, p. 395. Voir aussi : Frédéric MOURLON, *Répétition écrites sur le Code civil contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, t.2., 11^e édition, par CH. DEMANGEAT, Paris, Garnier Frères, 1881, p. 597, no. 1102.

⁴¹ François LANGELIER, *Cours de droit civil de la province de Québec*, t.3., Montréal, Wilson & Lafleur, 1907, pp. 362 et 363. « S'obliger sans but », écrivait Capitant, « ne pourrait être que l'acte d'un fou », Henri CAPITANT, *De la cause des obligations (Contrats, Engagements unilatéraux, legs)*, Paris, Dalloz, 1923, p. 5, no. 1; Emmanuel GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Arthur Rousseau Éditeur, 1912, p. 432.

⁴² Selon un auteur, la division des contrats unilatéraux et bilatéraux recoupe parfaitement celle des contrats à titre gratuit et des contrats à titre onéreux, François CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, Paris, Economica, coll. « Recherches Juridiques », 2008, pp. 182 et suiv. Voir aussi : Alain SÉRIAUX, « La notion de contrat synallagmatique », dans Gilles GOUBEUX et al. (dirs.), *Études offertes à Jacques Ghestin : le contrat au début du XX^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, 777, p. 783, qui note que « la définition légale (du contrat à titre onéreux) s'avère bien proche de celle des contrats synallagmatiques ». Pour l'évolution des idées en ce domaine, voir : Jean-Michel POUGHON, *Histoire doctrinale de l'échange*, Paris, L.G.D.J., coll « Bibliothèque de droit privé », t. 194, 1997, préf. Jean-Pierre BAUD, pp. 153 et 154, nos. 237 et suiv.

⁴³ Jean CARBONNIER, *Droit civil*, vol. II, coll. « Thémis », Paris, P.U.F., 2004, p. 2018, no. 973. Dans les autres contrats, rien n'empêche qu'il ait également une valeur « psychologique » ou « morale », René DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Vol. 1 « Source des obligations », t.I., Paris, Rousseau & Cie, 1923, pp. 8 et suiv., no. 5. Sur l'évolution de la doctrine française et la perception de la cause comme expression d'une valeur, voir : Jean-Michel POUGHON, *Histoire doctrinale de l'échange*, *id.*, pp. 149 et suiv., nos. 233 et suiv.; Judith ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 311, préf. Jacques GHESTIN, 1999, pp. 92 à 94, nos. 98 et 99 [ci-après : *Cause et type de contrat*].

⁴⁴ Georges MASSOL, *La lésion entre majeurs en droit québécois*, coll. « Minerve », Montréal, Yvon Blais, 1989, préf. Jean-Louis BAUDOIN, p. 52 (mes soulignés). Voir aussi : Harold NEWMAN, « The doctrine of Cause and Consideration in the Civil Law », (1952) 30 *R. du Bar. Can.* 662, pp. 688 et 689; F. CHÉNEDÉ, préc., note 42, *passim*.

⁴⁵ C.c.Q., art. 1381, al. 1. Pour l'exprimer très simplement, on ne pourrait concevoir « qu'un individu qui n'est pas animé par une intention libérale puisse se trouver obligé sans rien recevoir en contrepartie », F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 26, p. 349, no. 339; J. GHESTIN, *La formation du contrat*, préc., note 25, p. 859, no. 859; F. LANGELIER, préc., note 41, p. 363. Voir aussi : Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t.2, 2^e édition, par Georges RIPERT, avec le concours de Jean BOULANGER, Paris, L.G.D.J., 1947, p. 111, no. 298, pour qui l'engagement sans contrepartie serait « l'œuvre d'un fou » [ci-après : G. RIPERT et J. BOULANGER]; F. LAURENT, préc., note 30, p. 152, no. 112.

⁴⁶ Charles AUBRY et Charles RAU, *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae*, T.3., 2^e Partie, Livre premier, 3^e édition, Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 1856, § 345 ; F. MOURLON, préc., note 40, p. 596, no. 1101; Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t.5, Montréal, Théoret éditeur, Librairie de droit et de jurisprudence, 1901, p. 200; Robert Warden LEE, « Cause and Consideration in the Quebec Civil Code », (1915-1916) 25 *Yale L.J.* 536, p. 538.

⁴⁷ Entre autres, H. CAPITANT, préc., note 41, p. 7, no. 1; G. RIPERT et J. BOULANGER, préc., note 45, p. 110, no. 296.

⁴⁸ Duranton écrivait, par exemple, « [E]n un mot, la cause de l'obligation de l'une des parties, dans les contrats à titre onéreux, c'est la chose que l'autre lui a donnée, ou lui donne, ou lui donnera », M. DURANTON, *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, 3^e édition. Revue et corrigée, T.X, Alex-Gobelet, Paris, 1834, p. 343, no.

inexacte, cette perspective – qui est, dans les faits, une importation maladroite de la *consideration* de common law, rend un hommage beaucoup trop partiel à la notion⁴⁹. En effet, on enseigne, depuis Domat⁵⁰, que la cause de l'obligation ne réside pas tant dans la contrepartie que dans l'obligation dont cette contrepartie est l'objet définitif. En ce sens, on peut lire, au Québec comme en France, que dans le contrat synallagmatique, « les obligations réciproques se servent mutuellement de cause »⁵¹ ou, pour le dire autrement, qu'« une partie s'oblige envers son cocontractant parce que ce dernier s'oblige à son égard »⁵².

11. Partant, *parce que la cause des obligations du créancier réside toujours dans les obligations de son débiteur, elle en épouse nécessairement les formes. N'ayant ni identité ni substance propres*⁵³, révélant « toujours autre chose qu'elle même »⁵⁴, sa géométrie est donc

326; C. DEMOLOMBE, préc., note 28, p. 326, no. 347 et p. 340, no. 362; F. LAURENT, préc., note 30, p. 149, no. 110. Voir aussi : F. CHÉNEDÉ, préc., note 42, p. 202, no. 218; Jean-Joseph BEAUCHAMP, *Le Code Civil de la Province de Québec Annoté*, t.1., « articles 1 à 1202 », Montréal, L.G.D.J., Théoret éditeur, 1904, p. 837. Voir aussi : *Dame Roy v. Beaudoin*, (1922) 33 B.R. 220, p. 221; Antonio PERRAULT, *Traité de droit commercial*, t.3., Montréal, Édition privée, 1940, p. 316; J.-L. BAUDOIN (1970), préc., note 32, p. 135; A. LAROUCHE, préc., note 37, p. 189; Rémy LIBCHABER, « Contrats et conventions », (2007) 13 *Defrénois* 1042, p. 1043; Rémy CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, Paris, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 213, 1990, préf. Pierre CATALA, p. 38, no. 78.

⁴⁹ Jean-Gabriel Castel écrivait d'ailleurs que « Actually, the use of the word "consideration" in the text [of the Civil Code] is improper, as it suggests that which is known by the common law as consideration. There is little in common between the "cause" of the Civil law and the "consideration" of the common law except that the former includes the latter », Jean-Gabriel CASTEL, *The Civil Law System of the Province of Quebec*, Toronto, Butterworths, 1962, p. 108.

⁵⁰ Domat écrivait qu'il « se fait un commerce où rien n'est gratuit et l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre », Jean DOMAT, *Œuvres complètes*, nouvelle édition revue et corrigée par Joseph RÉMY, t.1, « Les lois civiles dans leur ordre naturel », Paris, Firmin Didot, 1828, pp. 122 et 123.

⁵¹ Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t.1. « Contrat et engagement unilatéral », 2^e édition, Paris, P.U.F., 2010, p. 406 (mes italiques). Voir aussi : F. MOURLON, préc., note 40, p. 597, no. 1102; René DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Vol. 1 « Source des obligations », t. II, Paris, Rousseau & Cie, 1923, p. 531, no. 744; Henri MAZEAUD, Jean MAZEAUD et Léon MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t.2, vol.1 « Obligations : théorie générale », 9^e éd., par François CHABAS, Paris, Montchrestein, 1998, p. 265, no. 263; J. CARBONNIER, préc., note 43, p. 2019; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, préc., note 26, pp. 192 et suiv.; F. TERRÉ, P. SIMLER ET Y. LEQUETTE, préc., note 26, p. 349, no. 340; Gâel PIETTE, *La correction du contrat*, t.1., Aix-Marseille, P.U.A.M., 2004, préf. Michel MENJUCQ, p. 260, no. 501; *Cass. Com.*, 9 juin 2009, no 08-11420, commentaire D. MAZEAUD, « Cause objective », (2009) 4 *R.D.C.* 1345.

⁵² D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 18, p. 565, no. 1063.1 (mes italiques). Voir aussi : P.-B. MIGNAULT, préc., note 46, p. 201; G. TRUDEL, préc., note 31, pp. 109, 114 et 115; A. RIVES HALL, « Cause or Consideration », (1945) 23 *R. du Bar. Can.* 831, p. 831; Louis BAUDOIN, *Le droit civil de la province de Québec : modèle vivant de droit comparé*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953, p. 707. Pour reprendre la formule de J. Émile BILLETTE, *La cause des obligations et prestations*, Montréal, Édition privée, 1933, no. 61, la cause d'une partie réside dans « la prestation immédiate ou l'obligation de l'autre partie y compris son objet »; Ferdinand ROY, « Des contrats », dans Coll., *Le droit civil français : livre-souvenir des journées du droit civil français*, Montréal, Sirey-Barreau de Montréal, 1936, 261, p. 268. Plus récemment : *Senza inc. c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, 2007 QCCA 1335, par. 43 : « chacune des obligations est la cause objective de l'autre au sens de l'article 1371 C.c.Q. »; P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 24, p. 443, no. 358; Vincent KARIM, *Les obligations*, vol. 1, 3^e édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, p. 5; M. TANCELIN, préc., note 22, no. 265. Anne-Françoise DEBRUCHE, Yan CAMPAGNOLO et Sébastien GRAMMOND, *Quebec Contract Law*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011, no. 255. *Contra* : Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e édition, par Jean PINEAU et Serge GAUDET, Montréal, Thémis, 2001, p. 293, no. 147 [ci-après J. PINEAU et S. GAUDET], pour qui : « (...) [l']obligation de l'une des parties a pour cause la prise en considération d'une contreprestation, la pensée de l'engagement à venir. Une partie s'oblige parce qu'elle a en vue la contreprestation dont l'autre deviendra débiteur » (mes italiques).

⁵³ V. FORRAY, préc., note 32, p. 438; Christian ATIAS, *Précis élémentaire de contentieux contractuel*, 3^e édition, Aix-en-Provence, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, pp. 250 et suivs., nos. 335 et suivs. [ci-après : *Précis*].

nécessairement tributaire de celle des obligations qu'elle reflète (Section II). Calculée, puis taillée à la mesure de celles-ci, sa mesure précise ne peut ainsi être découverte qu'au regard de chaque opération contractuelle précise (Section I).

Section I – L'opération contractuelle, reflet de l'intérêt économique des parties

12. En tant que technique, le contrat a, d'abord et avant tout, pour mission de servir une fin qui le dépasse; instrument de matérialisation d'une opération qui promet ou, à tout le moins, annonce un résultat donné, il constitue un système objectif autour duquel gravite la volonté des contractants. Longtemps cantonné à ne refléter que des intérêts *typiques* (1.1.), il est aujourd'hui vecteur des intérêts les plus divers (1.2.).

1.1 De l'opération typique, reflet d'intérêts génériques

13. Bien que l'on puisse en déceler l'idée générale dans le droit romain tardif⁵⁵, c'est aux canonistes que revient le mérite d'avoir, les premiers, considéré *la raison de l'engagement* des parties dans l'examen de la validité des conventions⁵⁶.

14. Pour ceux-ci, si le consentement suffit à obliger, encore doit-il reposer « sur une cause qui le justifie »⁵⁷; après tout, le débiteur se rendant « coupable d'une faute s'il [vient] à manquer à son engagement »⁵⁸, la moindre des choses n'est-elle pas de rechercher si « cet engagement [est] fondé »⁵⁹? Économiquement justifié s'il consacre un échange⁶⁰ d'une équivalence relative⁶¹, l'engagement bilatéral doit également être conforme aux préceptes moraux de l'époque⁶². Or,

⁵⁴ R. LIBCHABER, « Contrats et conventions », préc., note 48, 1042; G. TRUDEL, préc., note 31, à la p. 109 : dans « tout contrat, la cause se présente sous des jours différents ». Voir aussi les pages 114 et 115; Louis BERNARD, « De la cause dans les contrats », (1958) 9 *Thémis* 12, p. 18.

⁵⁵ Georges CHEVRIER, *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations*, Paris, Sirey, 1929, pp. 3 à 6; F. P. WALTON, « Cause and Consideration in Contracts », (1925) 41 *L. Q. Rev.* 306, pp. 311 à 314.

⁵⁶ H. CAPITANT, préc., note 41, pp. 114 et suiv.; Jean-Louis GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, P.U.F., coll. « Droit fondamental », 1992, p. 165, no. 148; Jean-Philippe LÉVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e édition, Coll. « Précis/Droit privé », Paris, Dalloz, 2010, p. 866, no. 572; Emmanuelle CHEVREAU, Yves MAUSEN et Claire BOUGLÉ, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, Éditions Litec - JurisClasseur, 2007, pp. 142 à 145. *Contra* : Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t.2., 6^e éd., Paris, L.G.D.J., 1912, pp. 342 et 343, référerait plutôt à Domat comme créateur de la théorie; sa position sera corrigée plus tard par G. RIPERT et J. BOULANGER, préc., note 45, p. 105, no. 287.

⁵⁷ David DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Corpus « Histoire du droit », Paris, Economica, 2007, pp. 330 et 331; J. GHESTIN, *Cause et validité*, préc., note 26, p. 17; C. LARROUMET, préc., note 37, p. 446, no. 446.

⁵⁸ F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 26, p. 346, no. 335.

⁵⁹ *Id.*; James GORDLEY, *The philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, Clarendon Press, 1991, conclut, à la p. 73 : « promises are enforceable in principle if they are made for a good *causa* and accepted by the promisee ».

⁶⁰ H. J. et L. MAZEAUD et F. CHABAS, préc., note 51, p. 264; D. DEROUSSIN, préc., note 57, p. 331; J.-L. GAZZANIGA, préc., note 56, p. 165, no. 148.

⁶¹ Élise CHARPENTIER, « Les fondements théoriques de la transformation du rôle de l'équilibre des prestations contractuelles », (2004) 45 *C. de D.* 69, pp. 72 et suiv. Voir aussi : J. GORDLEY, préc., note 59, pp. 13-14; 65-67; 94 et suiv.; E. CHEVREAU, Y. MAUSEN et C. BOUGLÉ, préc., note 56, p. 143; TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 26, p. 346, no. 335.

⁶² D. DEROUSSIN, préc., note 57, p. 329; Georges RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e édition, Paris, L.G.D.J., 1949, p. 65. Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Paris, Defrénois, 2011, 5^e édition, p. 307, no. 613; Le professeur C. ATIAS, *Précis*, préc., note 53, pp.

l'amoralité étant, le plus souvent, dissimulée, il ne suffit pas, « aux yeux de ceux qui interrogent les consciences et traquent le pêché, d'éliminer les contrats dont l'objet est illicite ou immoral »⁶³; encore doivent-ils pouvoir sonder les objectifs, les intentions, les mobiles, bref les motifs des parties⁶⁴.

15. Occultés par les grands jurisconsultes et les auteurs classiques (A), cette conception de la cause et son mode d'appréciation seront remis de l'avant au XXe siècle (B).

A. Du XVII au XXe siècle : la cause comme notion purement objective

16. À l'instar de leurs prédécesseurs de l'époque médiévale⁶⁵, les grands jurisconsultes français des XVII^e et XVIII^e siècle ne reconnaîtront pas la validité des actes purement abstraits⁶⁶. Pour être valides, les engagements devront donc être causés. Promoteur, en ce sens, de l'idée canoniste, ils s'en éloigneront toutefois grandement, en justifiant la force obligatoire des engagements sur le fondement rationnel et laïque de l'école romaine⁶⁷. Domat, par exemple, ne recherchera « l'existence de la cause [que] dans les données objectives de la convention et non dans la volonté de celui qui s'oblige »⁶⁸. Neutralisant ainsi « la charge subjective immanente »⁶⁹ à la notion, les grands jurisconsultes refuseront de traiter la cause et les motifs sur un pied d'égalité: que ce soit pour apprécier la licéité des conventions ou leur force obligatoire, le juge devra ainsi se contenter de « découvrir la cause dans les données objectives du contrat »⁷⁰. La

253 et 254, no. 342, explique que : « [...] l'exécution [du contrat] peut être exigée, au besoin, en ayant recours à la contrainte, s'il peut recevoir la consécration et l'appui du juge, une sélection s'impose. Le droit ne peut accueillir, pour les entériner, tous les contrats sans distinction. Les moyens qu'il offre aux parties ne peuvent être mis au service de tous les objectifs poursuivis, de toutes les opérations, voire de toutes les machinations ». Dans le même sens, sur l'importance de la bonne foi dans la formation du contrat au Moyen âge, voir : Élise CHARPENTIER, « Le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat », (1996) 26 *R.D.U.S.* 299, pp. 316 et 317.

⁶³ C. ATIAS, *Précis*, préc., note 53, p. 254, no. 342.

⁶⁴ *Id.*, p. 254, no. 342; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 26, p. 347, no. 335; J. GHESTIN, *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français*, préc., note 25, p. 263.

⁶⁵ Sur la doctrine de la cause développé par les canonistes, telle qu'interprétée par Bartolus et Baldus, voir : J. GORDLEY, préc., note 59, pp. 49 et suiv.

⁶⁶ Jean-Louis GAZZANIGA, « Domat et Pothier. Le contrat à la fin de l'ancien régime », (1990) 12 *Droits* 37, p. 42. Quoique similaire, il existe des différences entre les présentations de Domat et de Pothier, voir : J. GHESTIN, *Cause et validité*, préc., note 26, pp. 18 et suiv.; D. DEROUSSIN, préc., note 57, pp. 346 et suiv.; Voir aussi les développements de René-Marie RAMPÉLBERG, « Le contrat et sa cause : aperçus historique et comparatif sur un couple controversé », dans Pauline RÉMY-CORLAY et Dominique FENOUILLET (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats. Actes du colloque organisé les 30 et 31 janvier 2003 par l'Institut Charles Dumoulin de la Faculté Jean Monnet, Paris XI*, Paris, Dalloz, 2003, 19, pp. 22 et suiv., qui prétend que la conception finaliste de Domat repose sur une assimilation erronée des contrats innomés et des contrats nommés du droit romain.

⁶⁷ S. PIMONT, préc., note 19, p. 38, no. 32; David GILLES, « Les *Lois civiles* de Jean Domat, prémices à la Codification. Du Code Napoléon au *Code civil du Bas Canada* », (2009) 43 *R.J.T.* 1, p. 22; Brian YOUNG, *The Politics of Codification. The Lower Canadian Code of 1866*, Montréal, McGill-Queen's, 1994, p. 159.

⁶⁸ J. GHESTIN, *Formation du contrat*, préc., note 25, p. 822.

⁶⁹ S. PIMONT, préc., note 19, pp. 37 et 38, no. 32. Voir aussi : J. PINEAU et S. GAUDET, préc., note 52, p. 289, no. 142 ; G. RIPERT et J. BOULANGER, préc., note 45, p. 105, no. 287.

⁷⁰ G. RIPERT et J. BOULANGER, *id.*, p. 105, no. 287; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 26, p. 347, no. 335; H. J. et L. MAZEAUD et F. CHABAS, préc., note 51, p. 264 écrivent: « Cela ne signifie pas que Domat, qui s'est donné pour mission de faire pénétrer dans les règles romaines du droit des obligations les principes de la morale chrétienne, valide les conventions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs; il en affirme au contraire la nullité; mais il ne vise par là que les contrats dont l'objet est illicite ou immoral [...] ».

quête canoniste des intentions fera alors place à une finalité **purement objective**⁷¹. Il « se fait un commerce où rien n'est gratuit et [où] l'engagement de l'un est le fondement de l'engagement de l'autre »⁷² écrira Domat. Dans les contrats intéressés, ajoutera éventuellement Pothier, « la cause de l'engagement que contracte l'une des parties est ce que l'autre partie lui donne ou s'engage à lui donner ou le risque dont elle se décharge »⁷³.

17. Intégrée, sans trop de détails, en droit français⁷⁴, reconduite, sans justification ni plus de précision en droit québécois⁷⁵, cette conception défendue par Domat, Pothier et leurs successeurs⁷⁶, sera reprise par une doctrine toujours davantage préoccupée à restreindre l'emprise du juge sur le contrat qu'à reconnaître la volonté « réelle » des contractants⁷⁷. Tributaire d'une conception s'inscrivant « à l'apogée du libéralisme économique »⁷⁸, où, de l'aveu même de Cambacérès, l'Homme « n'est pas heureux s'il n'est pas libre dans les choix de ses jouissances »⁷⁹, la cause sera alors instrumentalisée⁸⁰ : il faut « restreindre les pouvoirs des

⁷¹ G. RIPERT et J. BOULANGER, *id.*, p. 106, no. 289. Voir aussi : J.-M. GUÉGUEN, préc., note 8, p. 352; D. GILLES, préc., note 67, p. 22; J. GHESTIN, *Cause et validité*, préc., note 26, p. 19; C. ATIAS, *Précis*, préc., note 53, p. 255, no. 345; J. PINEAU et S. GAUDET, préc., note 52, p. 289, no. 142.

⁷² J. DOMAT, préc., note 50, p. 122 et p. 134, no. 2. Domat, pour qui la cause varie en fonction des méta-catégories que reflète, pour l'essentiel, la classification de notre droit contemporain. G. RIPERT et J. BOULANGER, *id.*, p. 105, no. 287, « Les deux obligations se soutiennent mutuellement et se servent, comme le dit Domat, de « fondement » l'une et l'autre ».

⁷³ Robert-Joseph POTHIER, *Œuvres complètes de Pothier, Traité des obligations*, t.1., Paris, Thomine et Fortic, 1821, p. 41, no. 42; E. CHEVREAU, Y. MAUSEN et C. BOUGLÉ, préc., note 56, p. 144; J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, préc., note 56, p. 869.

⁷⁴ *C.civ.*, art. 1131 à 1133; G. RIPERT et J. BOULANGER, préc., note 45, pp. 105 et 106, no. 288; J. GHESTIN, *Cause et validité*, préc., note 26, p. 21, no. 26.

⁷⁵ *Acte concernant le Code civil du Bas Canada*, S.P.C. 1865, c.41, art. 982, 984, 989 et 990. G. TRUDEL, préc., note 31, pp. 34 et 35. Non seulement le code québécois ne définira pas la notion et sa géométrie, mais au surplus, il y substituera souvent l'anglicisme « considération », ce qui aura pour effet d'intégrer en droit québécois un concept totalement étranger à la tradition civiliste : la *consideration* de common law. Pernicieuse, cette codification sera, plus souvent qu'autrement, source de confusions prétoriennes. Sur le sujet, voir : P.-B. MIGNAULT, préc., note 46, p. 200; L. BAUDOIN, préc., note 52, pp. 710 à 715; M. TANCELIN, préc., note 22, no. 267; Maurice TANCELIN et Daniel GARDNER, *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 10^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, p. 139. Sur le lien général entre le *Code Napoléon* et le *Code civil du Bas-Canada*, voir : Louis PERRET, « L'évolution du *Code civil du Bas-Canada* ou d'une codification à l'autre : réflexion sur le Code civil et son effet sur la codification », (1989) 20 *R.G.D.* 719, pp. 721 et suiv.

⁷⁶ Pour certains auteurs, les écrits de Pothier semblent avoir été plus influents que ceux de Domat, ce dernier ayant conservé une dichotomie lexicale (cause/motifs) faisant obstacle à une théorie générale, voir : D. GILLES, préc., note 67, p. 22.; J. GHESTIN, *Cause et validité*, préc., note 26, p. 21, no. 26; F.P. WALTON, préc., note 55, pp. 316 et 317. *Contra* : F. TERRÉ, P. SMILER et Y. LEQUETTE, préc., note 26, p. 347, no. 335, écrivent : « [...] il n'est pas douteux que le code civil n' a pas entendu modifier la position des juristes des XVIIe et XVIIIe siècles; les articles 1131 à 1133 reproduisent d'ailleurs les formules de Domat et de Pothier ». De manière générale, sur l'influence des deux jurisconsultes sur la doctrine du XIXe siècle, voir : J.-L. GAZZANIGA, « Domat et Pothier. Le contrat à la fin de l'ancien régime », préc., note 66, pp. 42 et suiv.

⁷⁷ G. RIPERT et J. BOULANGER, préc., note 45, p. 106, no. 289.

⁷⁸ P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, 5^e, préc., note 62, p. 308, no. 615; J. GHESTIN, *Formation du contrat*, préc., note 25, p. 825, no. 825; S. PIMONT, préc., note 19, p. 38, no. 32. *Rapp.*, au Québec, B. YOUNG, préc., note 67, p. 158. Portalis, lui-même, dira : « [e]n général, les hommes doivent pouvoir traiter librement sur tout ce qui les intéresse. Leurs besoins les rapprochent ; leurs contrats se multiplient autant que leurs besoins. Il n'y a point de législation dans le monde qui ait pu déterminer le nombre et fixer la diversité des conventions dont les affaires humaines sont susceptibles », Jean-Étienne-Marie PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Bordeaux, Éditions Confluences, coll. « Voix de la cité », 2004, préf. Michel Massenet, p. 57.

⁷⁹ V. CAMBACÉRÈS, « Rapport fait à la convention nationale sur le 2^e projet de code civil », dans P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, t.1., Paris, Videcoq, 1836, 99, pp. 107 et 108. Sur

tribunaux, afin d'éviter toute tentative d'intrusion de leur part dans la sphère contractuelle »⁸¹, car après tout, si « l'homme est vraiment libre de se lier, il n'a pas à rendre des comptes des raisons pour lesquelles il le fait »⁸².

18. Fiers promoteurs de l'épistème volontariste du droit civil⁸³, les « partisans de la théorie classique » insisteront ainsi « sur la distinction de la cause et du motif »⁸⁴; forçant le juge « à respecter le for interne »⁸⁵, on lui interdira de « s'aventurer dans la mer des motifs »⁸⁶. La cause devra alors être recherchée dans les éléments objectifs et visibles de l'acte, voire, plus simplement, dans les « termes de l'échange (...) qui apparaissent à la lecture »⁸⁷. Ainsi, noteront les Murlon, Duranton, Demolombe, Laurent, Demogue, Dabin, Mignault et les autres, « la cause de chacune des obligations réciproques qu'ils engendrent, étant inhérente à la convention elle-même, comme son objet avec lequel elle se confond, elle s'y trouve (...) toujours nécessairement exprimée »⁸⁸.

19. Épurée de tout motif personnel, *recherchée uniquement dans le texte*, la cause deviendra ainsi tributaire des seules obligations qui se trouvent au contrat. Or, *les mêmes contrats servant les mêmes fins, et les mêmes obligations portant les mêmes contrats*, la notion sera naturellement, réduite à une simple raison spécifique, stéréotypée, normale, voire identique pour tous les

l'influence du libéralisme économique sur les projets de Cambacérès, voir : Jean-Michel POUGHON, « Cambacérès. Des approches du Code civil », (2009) 19 *Histoire de la justice* 161, pp. 168 à 170.

⁸⁰ V. FORRAY, préc., note 32, pp. 388 et 389, no. 539; Alex WEILL et François TERRÉ, *Droit civil. Les obligations*, 2^e édition, Paris, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 1975, p. 304, no. 273.

⁸¹ G. PIETTE, préc., note 51, p. 260, no. 500.

⁸² J. GHESTIN, *Formation du contrat*, préc., note 25, p. 825, no. 825; J. PINEAU et S. GAUDET, préc., note 52, p. 289, no. 142. Pour une critique d'époque de cette conception, voir : G. RIPERT, préc., note 62, pp. 59 et suivs.

⁸³ Sur la question, sous le C.c.B.C., voir : Gérard TRUDEL, « Des frontières de la liberté contractuelle », dans Adrian POPOVICI (dir.), *Problèmes de droit contemporain. Mélanges Louis Baudouin*, Montréal, P.U.M., 1974, 226, pp. 229 et suiv. Voir aussi : Brigitte LEFEBVRE, « L'évolution de la justice contractuelle en droit québécois : une influence marquée du droit français quoique non exclusive », dans Jean-Louis NAVARRO et Guy LEFEBVRE (dirs.), *L'acculturation en droit des affaires*, Montréal, Thémis, 2005, 191, pp. 198 et suiv.; Benoît MOORE, « La réforme du droit de la consommation et l'équité contractuelle », dans Françoise MANIET, *pour une réforme du droit de la consommation au Québec. Actes du colloque des 14 et 15 mars 2005. Fondation Claude Masse*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, 113, pp. 114 et 115.

⁸⁴ F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préc., note 25, p. 236, no. 251. À titre d'exemple, au Québec, voir : J.-É. BILLETTE, préc., note 52, pp. 38 à 42; F. ROY, préc., note 52, p. 268; *Oliver Salvas v. Henri Vassal*, (1896-1897) 27 R.C.S. 68, p. 81; *Dame Roy v. Beaudoin*, (1922), préc., note 48, p. 221; *Royal Institution for advancement of learning v. P. Lyall and Sons co.*, [1937] 62 B.R. 125, p. 131.

⁸⁵ G. RIPERT et J. BOULANGER, préc., note 45, p. 106, no. 289.

⁸⁶ J. PINEAU et S. GAUDET, préc., note 52, p. 289, no. 142. Dans le même sens, voir : H. NEWMAN, préc., note 44, pp. 664 et 665.

⁸⁷ J. ROCHFELD, (2012), préc., note 38, p. 4; S. PIMONT, préc., note 19, pp. 39 et 40, no. 33. Voir aussi : *Salvas c. Vassal*, préc., note 84, p. 80 (J. Girouard). Dans le même sens, plus tard, voir : *Campbell Auto c. Bonin*, [1945] R.C.S. 175, p. 178 (J. Rinfret).

⁸⁸ C. DEMOLOMBE, préc., note 28, p. 340, no. 362; M. DURANTON, préc., note 48, p. 343, no. 326; F. MOURLON, préc., note 40, no. 1106; F. LAURENT, préc., note 30, p. 223, no. 165; R. DEMOGUE, t. II, préc., note 51, p. 531, no. 744 et p. 561, no. 758; Voir aussi : J.-J. BEAUCHAMP, préc., note 48, p. 837. Commentant l'article 989 C.c.B.C., P.-B. MIGNAULT, préc., note 46, p. 204, écrit : « (...) se peut-il que l'acte qui constate une convention ne contienne point l'énonciation de la cause? Cela est évidemment impossible, lorsque la convention relatée dans l'acte est un contrat *synallagmatique*. On ne peut, en effet, relater un contrat *synallagmatique* dans un acte qu'à la condition d'y mentionner les obligations de chacune des parties; or, chacune de ces obligations sert la cause de l'autre. Donc tout acte qui contient la preuve d'un contrat *synallagmatique* énonce en même temps et nécessairement la *cause* de chacune des obligations auxquelles ce contrat donne naissance ».

contrats de même type⁸⁹. Ainsi, écriront par exemple Aubry et Rau, dans les contrats intéressés, « la cause pour chacune des parties se trouve dans l'avantage qu'elle entend se procurer, *eu égard à la nature de la convention* »⁹⁰. La raison pour laquelle « l'une des parties a contracté une obligation envers l'autre », ajoutera Demolombe quelques années plus tard, « est évidemment subordonnée à la nature différente des divers contrats »⁹¹.

20. De fait, en faisant « de la cause un élément objectif, prédéterminé et identique par type de contrat donné, par opposition aux mobiles « variables », « éloignés », « occasionnels » », écrit la professeure Rochfeld, on cantonnera « le contrôle judiciaire aux seuls aspects externes de l'acte »⁹². Or, en refusant au juge de « chercher ailleurs que dans les éléments matériels du contrat la cause des engagements »⁹³, en cherchant à déterminer l'opération envisagée par induction des seuls termes de l'échange plutôt que par déduction du but effectivement poursuivi et de son économie concrète, on favorisera la multiplication des moules contractuels, aux dépens de la volonté concrète des parties⁹⁴. Faisant varier la cause *avec les contrats et non pas avec les contractants*, on la détachera donc du réel⁹⁵, tout en trahissant un des effets principaux du principe de la liberté des conventions : « la liberté des finalités, des buts dans lesquels on décide de contracter »⁹⁶.

21. Pourtant, n'est-ce pas « contradictoire d'affirmer la force obligatoire du contrat formé par le seul échange des consentements et, dans le même temps, d'estimer possible de prédéfinir l'ensemble des opérations contractuelles et de les catégoriser »⁹⁷? C'est même à se demander si, sous l'impulsion d'une peur insurmontable de l'intervention prétorienne, la doctrine consensualiste n'aurait pas trahi sa logique naturelle? Car si « le principe de la liberté des conventions » implique que « les hommes doivent pouvoir traiter librement sur tout ce qui les intéresse »⁹⁸ et que ce faisant, « le droit peut avoir confiance dans les contrats libres »⁹⁹, encore

⁸⁹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, préc., note 26, p. 187, no. 255.

⁹⁰ C. AUBRY et C. RAU, préc., note 46, p. 219, § 345. Au Québec, voir : *Salvas c. Vassal*, préc., note 84, p. 81. Voir aussi : M. TANCELIN, préc., note 22, no. 270. Au tournant des années cinquante, L. BAUDOUIN, préc., note 52, p. 701, notait que la doctrine en était « arrivée à établir que la cause devient impersonnelle, c'est-à-dire indépendante de la personnalité des parties contractantes, elle ne dépend que de la nature du contrat ».

⁹¹ C. DEMOLOMBE, préc., note 28, p. 325, no. 346 – l'auteur réfère alors à la distinction entre les contrats synallagmatiques et unilatéraux, mais ses développements dans le cadre du contrat synallagmatique reprennent exactement la même logique.

⁹² J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préc., note 43, pp. 129 et 130, no. 136.

⁹³ G. RIPERT et J. BOULANGER, préc., note 45, p. 106, no. 289.

⁹⁴ Planiol, lui-même, notera que « tout contrat doit rentrer dans [une des] catégories admises, Marcel PLANIOL, « Classification synthétique des contrats », (1904) *Revue critique de législation et de jurisprudence* 470, p. 480. *Rapp.* : G. RIPERT et J. BOULANGER, *id.*, p. 110, no. 296.

⁹⁵ F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préc., note 25, p. 236, no. 251

⁹⁶ Muriel FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », dans Gilles GOUBEUX et al. (dirs.), *Études offertes à Jacques Ghestin : le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris. L.J.D.J., 2001, 301, p. 308.

⁹⁷ V. FORRAY, préc., note 32, p. 406, no. 564; G. RIPERT et J. BOULANGER, préc., note 45, p. 105, no. 287, relevaient d'ailleurs le même paradoxe en commentant la position de Domat qui, en restreignant l'analyse de la cause aux éléments objectifs du contrat, empruntait à une conception romaine totalement opposée au consensualisme.

⁹⁸ J.-É.-M. PORTALIS, préc., note 78, p. 57: « En général, les hommes doivent pouvoir traiter librement sur tout ce qui les intéresse. Leurs besoins les rapprochent ; leurs contrats se multiplient autant que leurs besoins. Il n'y a

faut-il qu'il s'en donne les moyens. Or, l'exaltation classique « de la puissance de la volonté de s'engager seule »¹⁰⁰ véhiculée par une méfiance d'autant plus grande de « l'intervention » prétorienne et de « l'insécurité » qui, affirmait-on, en résultait nécessairement, aura elle-même limitée sa propre théorie. Enfermant ainsi la volonté des parties, les privant de la liberté qui leur était promise, les auteurs classiques limiteront « à tel point les éléments subjectifs utilisés pour déterminer le concept de cause, [et s'écarteront] tellement des données subjectives concrètes, que la cause ne sera plus qu'une donnée psychologique « aussi abstraite que possible » »¹⁰¹.

B. XXe siècle : la redécouverte du processus de motivation

22. Grandement affaiblie par une série d'attaques virulentes¹⁰², cette théorie instrumentale de la cause sera affinée, puis modulée¹⁰³; une partie de la conception dominante des juristes du XIXe siècle sera toutefois conservée. Posant ainsi les bases de l'acception moderne¹⁰⁴, la majorité des juristes de la première moitié du XXe siècle lui reconnaîtra une facette subjective qui, en définitive, sera dédiée à l'examen de la licéité du contrat¹⁰⁵. En ce qui concerne l'analyse de son *existence*, toutefois, on maintiendra toute la vigueur de son appréciation « tout-à-fait objective »¹⁰⁶.

23. En continuant ainsi de faire valser les obligations, et donc leur cause, avec le type de contrat, on conservera cette cause qui ne varie pas au gré des finalités propres à chacune des parties, mais bien en fonction de la nature du contrat, bref de l'opération qu'il codifie et du but qu'il permet d'atteindre. Le créancier, écrira en ce sens Capitant dans sa célèbre réplique doctorale aux anti-causalistes, « connaît toujours, ou presque toujours, la cause de l'obligation de son débiteur, parce que, en principe, cette cause résulte de la nature du contrat conclu »¹⁰⁷. Dans le même sens, ajoutera quelques décennies plus tard le professeur Terré, à « première vue, on détermine (...) la

point de législation dans le monde qui ait pu déterminer le nombre et fixer la diversité des conventions dont les affaires humaines sont susceptibles ».

⁹⁹ E. GOUNOT, préc., note 41, p. 384.

¹⁰⁰ J. ROCHFELD (2012), préc., note 38, p. 4.

¹⁰¹ F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préc., note 25, pp. 234 et 235.

¹⁰² Ernst, Dabin, Laurent et Planiol, entre autres, qui reprochaient à la cause d'être une notion à la fois inutile et fautive; *Voir aussi*. A.N.J. ERNST, « La cause est-elle une condition essentielle pour la validité des conventions? », dans *Coll. Bibliothèque du Jurisconsulte et du Publiciste*, t.1., Liège, Lemarié, 1826, 250; M. PLANIOL, préc., note 56, pp. 345 et suiv., nos 1037 et suiv.; F. LAURENT, préc., note 30, pp. 150 et 151, no. 111. Au Québec, il semble que seul Antonio Perrault et Jean-Louis Baudouin aient milité en faveur de l'abandon de la cause, A. PERRAULT, préc., note 48, p. 316; J.-L. BAUDOIN (1970), préc., note 32, p. 133. Pour un résumé sur l'opposition causalistes – anti-causalistes, *voir* : J. PINEAU et S. GAUDET, préc., note 52, pp. 291 et suiv.; D. DEROUSSIN, préc., note 57, pp. 362 et 363.

¹⁰³ D. DEROUSSIN, préc., note 57, p. 365.

¹⁰⁴ Sur laquelle, J. GHESTIN, *Cause et validité*, préc., note 26, p. 90 et suiv., nos 129 et suiv.; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 18, pp. 562 et suiv., nos 1061 et suiv.

¹⁰⁵ À notre connaissance, au Québec, seul le doyen et juge en chef Ferdinand Roy conservera une perspective purement objective, F. ROY, préc., note 52, p. 268. *Voir aussi* : *Dame Roy v. Beaudoin*, préc., note 48.

¹⁰⁶ L. BERNARD, préc., note 54, p. 18. On notera toutefois que l'auteur critique la perspective de l'époque sur l'objectivisation des motifs. *Voir aussi* : J. É. BILLETTE, préc., note 52, no. 60.

¹⁰⁷ H. CAPITANT, préc., note 41, p. 11, no. 4.

cause d'après la catégorie, plus que la catégorie d'après la cause »¹⁰⁸.

24. Reprenant une logique opératoire du contrat qu'avaient popularisée - sans trop s'en douter - les auteurs classiques, les juristes de la première moitié du XX^e siècle pousseront toutefois l'analyse plus loin¹⁰⁹. Cherchant à rapprocher la notion de son acception première, ils redécouvriront et réaffirmeront les liens qu'avait tracés la théorie canoniste entre la raison et la fin, et entre les moyens et les buts : si le contrat est un acte de volonté, il est également un acte motivé; et si une personne *accepte* de limiter sa liberté, c'est parce qu'elle a pour *but* d'être compensée¹¹⁰.

25. Ouvertement tributaire de cette perspective utilitaire et finaliste, l'angle d'analyse de la notion sera naturellement modifié. La vision restrictive des penseurs du XIX^e siècle sera dès lors tranquillement dépassée, pour être remplacée par une appréciation toujours objective, mais plus dynamique. L'analyse du **processus sous-jacent de motivation** prendra alors de l'ampleur, pour éventuellement soutenir toute l'appréciation de la géométrie de la cause¹¹¹. Ripert et Boulanger, par exemple, écriront que « [toute] raison de vouloir est nécessairement tendue vers l'avenir »¹¹², avant d'ajouter, surtout, que « [la] cause n'est autre chose que le *motif déterminant* de l'obligation »¹¹³. De notre côté de l'Atlantique, Trudel notera que « [le] *motif* ne s'oppose pas à la cause, il ne la contredit pas; il s'y trouve au contraire tout entier »¹¹⁴.

26. Sa nature même étant retrouvée, la cause se détachera alors de la simple contrepartie superficielle, pour devenir l'expression *juridique* de ce qui *motive* une personne à s'engager, bref son *intérêt* au contrat¹¹⁵. Mais cela ne veut pas dire, pour autant, que cette motivation doive

¹⁰⁸ F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préc., note 25, p. 236, no. 252; J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préc., note 43, p. 6, no. 6.

¹⁰⁹ La « théorie moderne de la cause » écrivait le professeur Baudouin, « reprend en quelque sorte la théorie classique mais en l'expliquant », J.-L. BAUDOUIN (1970), préc., note 32, p. 132, no. 232.

¹¹⁰ D. DEROUSSIN, préc., note 57, p. 365, commentant la thèse de H. CAPITANT, écrit : « [c]onsentir, c'est vouloir ou au moins espérer atteindre un certain but : c'est une réalité, et non pas une simple promesse, que chaque partie a en vue au moment de contracter ».

¹¹¹ J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préc., note 43, pp. 131 et suiv., nos. 138 et suiv.; J.T. DELOS, « La théorie de l'institution », (1931) *Archives de Philosophie du droit et de sociologie juridique* 97, p. 138.

¹¹² G. RIPERT et J. BOULANGER, préc., note 45, p. 110, no. 296 (mes italiques); J. GHESTIN, *Cause et validité*, préc., note 26, pp. 67 et 68, nos. 104 et 105.

¹¹³ G. RIPERT et J. BOULANGER, *id.* (italiques originaux).

¹¹⁴ G. TRUDEL, préc., note 31, t.7., p. 111 (mes italiques). L. BAUDOUIN, préc., note 52, pp. 702 et 703, ajoutera, quelques années plus tard, qu'en « imposant la notion de cause, le législateur a cherché à mettre en harmonie la loi psychologique et la loi juridique. Il a puisé dans la première cette idée maîtresse que la majeure partie de nos actes est mûe par un phénomène volontaire, qu'ainsi donc les motifs qui nous poussent à agir peuvent devenir des éléments juridiques s'ils présentent un *caractère de constance* (...) » (mes italiques).

¹¹⁵ Dans le contrat bilatéral, l'intérêt est le plus souvent économique, voir : H. CAPITANT, préc., note 41, p. 7, no. 1 : « En résumé, toute personne qui s'oblige volontairement poursuit un but d'ordre économique ou pécuniaire, et elle ne s'oblige que pour arriver à l'atteindre ». G. RIPERT et J. BOULANGER, préc., note 45, p. 113, no. 303 « En déniant à la volonté le pouvoir de s'obliger sans cause, le Code met en œuvre cette idée que les activités juridiques s'assignent des fins égoïstes ». G. TRUDEL, *id.*, p. 113 : « [l]es contrats onéreux se caractérisent par un ensemble de choses qu'une personne veut obtenir d'une autre »; F. LANGELIER, préc., note 41, p. 363. Dans les autres contrats, rien n'empêche qu'il ait également une valeur « psychologique » ou « morale », R. DEMOGUE, t.I, préc., note 43, pp. 8 et suiv., no. 5. *Voir aussi*. Sur l'évolution de la doctrine française et la

nécessairement être subjective ni, même, subjectivée¹¹⁶. Au contraire, si dans les contrats de même nature, la cause demeure une donnée objective, c'est « parce que le processus de motivation lui-même devient uniformisé, collectif, et vécu comme objectivé »¹¹⁷. Toutes « les parties à des contrats d'une même espèce », écrira ainsi Boyer dans ses fameux développements sur la cause-catégorique, « ont un comportement psychologique dans une certaine mesure identique »¹¹⁸. Animées d'une même volonté, la « volonté contractuelle »¹¹⁹, en acceptant de mener à bien une opération *générique*, elles sont ainsi présumées être motivées par une fin *générique*. Le « choix d'une qualification vaut [alors] présomption de l'intérêt attendu par [chacune d'elles] »¹²⁰.

27. Si, donc, chez la majorité des auteurs de la première moitié du XXe siècle, la cause demeure cette raison stéréotypée, horizontale, impersonnelle et terne, ce n'est pas tant en raison d'une quelconque influence exogène, mais bien davantage parce qu'elle reflète un objectif normal¹²¹, constant¹²², objectivé¹²³, régulier et traditionnel, bref une finalité aisément circonscrite par l'étude du terrain somme toute assez restreint des relations économiques¹²⁴. Ce faisant, en mettant ainsi l'emphase sur le processus sous-jacent que traduit la notion juridique cause de l'obligation, les juristes de l'époque redonneront à la notion son sens premier : la raison pour laquelle une personne s'engage, voire, plus spécifiquement, son *intérêt au contrat*. La cause des *Codes* redeviendra alors *la traduction juridique du résultat que promet une opération encadrée par*

perception de la cause comme expression d'une valeur, voir : J.-M. POUGHON, *Histoire doctrinale de l'échange*, préc., note 42, pp. 149 et suiv., nos. 233 et suiv.

¹¹⁶ Le degré de subjectivisation de la cause variera avec les auteurs, voir : D. DEROUSSIN, préc., note 57, pp. 365 et suiv. ; J. GHESTIN, *Cause et validité*, préc., note 26, pp. 54 et suiv., nos. 77 et suiv. ; *Formation du contrat*, préc., note 25, pp. 826 et suiv., nos. 827 et suiv.

¹¹⁷ J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préc., note 43, p. 132, no. 140.

¹¹⁸ Louis BOYER, *La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, Paris, Sirey, 1947, p. 196. *Rapp.* : H. CAPITANT, préc., note 41, p. 19, no. 8 : « le but poursuivi par chaque contractant est toujours le même, quelle que soit la personnalité des contractants ».

¹¹⁹ J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, *id.* p. 132, no. 140. Voir aussi : P. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations*, préc., note 26, pp. 209 et 210, réfère à la cause catégorique de Boyer comme étant la « situation concrète que présuppose le contrat, la matière du contrat, à partir de laquelle va œuvrer la volonté des parties » ; J.-T. DELOS, préc., note 111, p. 139.

¹²⁰ S. PIMONT, préc., note 19, p. 43, no. 37 ; V. FORRAY, préc., note 32, p. 408, no. 569 ; J. GHESTIN, *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français*, préc., note 25, p. 65 : « Ces opérations correspondent à des mécanismes qui permettent de répondre aux besoins essentiels de l'homme dans sa vie sociale ».

¹²¹ E. GOUNOT, préc., note 41, p. 186 : « Interpréter législativement un contrat, c'est rechercher ce que requiert le but normal de ce contrat, envisagé à travers les exigences de la justice et de l'intérêt général », H. CAPITANT, préc., note 41, p. 19, no. 8. *Rapp.* : G. TRUDEL, « Des frontières de la liberté contractuelle », dans Adrian POPOVICI (dir.), préc., note 83, p. 226 : « Si l'on voulait maintenant voir du normal dans les dispositions du Code civil régissant les divers types de contrats où l'on n'a traditionnellement aperçu que du supplétif, il s'ensuivrait des normes utiles sur la nature, l'intensité et le bilan des liens juridiques que des personnes nouent par leur consentement » ; J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préc., note 43, pp. 112 et suiv., nos. 115 et suiv. ; V. FORRAY, *id.*, p. 412, no. 574.

¹²² Louis BAUDOUIN, *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec*, Paris, Dalloz, 1967, p. 696.

¹²³ L. BERNARD, préc., note 54, p. 18.

¹²⁴ E. GOUNOT, préc., note 41, p. 186 ; H. CAPITANT, préc., note 41, p. 11, no. 4. Au Québec, dans le même sens, voir : L. BAUDOUIN, *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec*, préc., note 122, pp. 724 et 725. C'était déjà le cas avant les codifications, selon le professeur Jean-Michel POUGHON, « Une constante doctrinale : l'approche économique du contrat », (1990) 12 *Droits* 47, p. 53, qui affirme qu'à la veille de celle de 1804 : « [l]es contrats, c'est-à-dire les échanges de prestations qualifiés juridiquement, ne sont que la traduction juridique des fonctions économiques les plus usuelles ».

l'amalgame du droit statique des textes et l'expérience dynamique des prétoires, bref le résultat global « que le contrat, d'après sa qualification, doit apporter [aux parties] »¹²⁵.

28. Dans ce contexte, l'abandon d'une perspective arithmétique et « tatillonne »¹²⁶ de l'acte conventionnel - une cause pour chaque obligation - s'explique aisément. Pour le dire ainsi, si une personne s'engage, c'est parce qu'elle sait qu'elle retirera les bénéfices que lui promet le *type* de contrat qu'elle signe. Or, c'est l'*ensemble* des obligations qu'impose ce système typique à chacun des contractants qui permettra à l'opération d'être réalisée et, au final, aux parties d'obtenir l'avantage *typique* qu'elles convoitent. Dans ce contexte, la raison de l'engagement de chacun réside non pas dans chacune des obligations prises séparément, mais bien dans le résultat de cet *ensemble*¹²⁷. De fait, lorsqu'il en vérifie l'existence, le juge se borne « à rechercher si l'ensemble des obligations d'une partie a, *globalement*, une cause réelle »¹²⁸.

29. Ceci étant dit, si la logique sous-jacente à *l'appréciation* de la cause développée au cours des siècles favorise une perspective globale de l'acte, elle a surtout pour effet de mettre la table à une conception moins abstraite de la notion. En fait, la dynamique qui, dans une perspective finaliste, lie la cause, le résultat recherché et la nature de l'engagement rend difficile, voire impossible *l'appréciation* purement impersonnelle de la motivation. Après tout, si l'on est libre de s'engager et de poursuivre autant de fins que nous le permet le monde vécu, comment peut-on limiter cette poursuite à une série prédéfinie d'opérations¹²⁹?

1.2 À l'opération atypique, reflet d'intérêts spécifiques

30. Novatrice, en ce qu'elle met de l'avant le processus sous-jacent, voire l'idée même de la cause, l'analyse objectiviste de la doctrine dominante du XXe siècle restera tout de même grandement influencée par le passé. Limitant l'analyse des motivations aux catégories connues, elle fera ainsi fi des « contrats qui n'entrent dans aucun type prédéterminé »¹³⁰. Heurtant « la nature des choses »¹³¹, trahissant le « phénomène contractuel »¹³², elle conduira à un « système

¹²⁵ Marie-Élodie ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, Paris, Economica, coll. « Recherche Juridiques », 2002, préf. Laurent AYNÈS, p. 95, no. 136.

¹²⁶ Jean CARBONNIER, *Flexible droit*, 8^e édition, Paris, L.G.D.J., 1995, p. 312.

¹²⁷ G. TRUDEL, préc., note 31, p. 130; J. GHESTIN, *Cause et validité*, préc., note 26, pp. 98 et 99; Marie-Pierre BAUDIN-MAURIN, « Pour une approche empirique de la notion d'obligation essentielle du contrat (À partir de l'exemple du contrat de *Chronopost*) », (2002) 4 *R.R.J.* 1859, p. 1875; Muriel FABRE-MAGNAN, « Droit des obligations », (1997) 19 *JCPG I* 4002, no. 3.

¹²⁸ Philippe STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit privé », t.337, 2000, préf. Roger BOUT, p. 321, no. 388; Jacques GHESTIN, « L'absence de cause de l'engagement : absence de la contrepartie convenue », (2007) 41 *J.C.P.* I.177, no. 19.

¹²⁹ Dans un article qui restera célèbre, le professeur Paul-André CRÉPEAU, « Le contenu obligationnel d'un contrat », (1965) 43 *R. du B. Can.* 1, p. 5, écrivait d'ailleurs que : « les parties contractantes peuvent façonner leurs rapports contractuels et librement fixer, *au gré de leurs besoins et de leurs intérêts légitimes*, les frontières du cercle contractuel » (mes italiques).

¹³⁰ J. GHESTIN, *Cause et validité*, préc., note 26, p. 102, no. 142.

¹³¹ G. TRUDEL, préc., note 31, p. 112.

¹³² J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préc., note 43, p. 215, no. 235. L'absence de discussion, dans les traités, sur la variabilité de la cause dans le Contrat du droit commun, création des parties, parle d'elle-même.

clos »¹³³ où le consensualisme sera, « au mieux, cantonné à un domaine résiduel »¹³⁴. Un temps satisfaisante, cette perspective devra éventuellement céder le pas à une analyse moins mécanique, et plus près des réalités économiques¹³⁵. En effet, la complexification des relations économiques semée au XIXe siècle, puis accélérée aux lendemains de la Seconde Guerre¹³⁶, forcera les juristes à, tranquillement, repenser l'appréciation du contrat et, surtout, à relativiser l'exigence d'abstraction de la cause¹³⁷.

31. Favorisant la redécouverte, quoique relative et généralement temporaire¹³⁸, du Contrat, création des parties¹³⁹, cette nouvelle perspective inspirée « par un mode d'articulation davantage pluraliste qu'unitaire »¹⁴⁰, et secondée - au Québec à tout le moins - par un certain mutisme calculé du législateur¹⁴¹, promeut une appréciation des échanges plus réaliste (B) et redonne aux intérêts qu'ils consacrent leur facette génétiquement concrète (A).

A. Une recherche des finalités contractuelles et concrètes

32. Quoique l'espace d'une crise doctrinale, on ait cru percevoir dans cette appréciation plus proactive des motivations une sensibilité prétorienne aux raisons lointaines et subjectives poussant chacun à s'engager, voire aux motifs *purement* personnels du plaignant¹⁴², on en

¹³³ Jean HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 117, Paris, L.G.D.J., 1971, p. 272, no. 154.

¹³⁴ V. FORRAY, préc., note 32, p. 417, no. 584.

¹³⁵ Comme l'écrivait, il y a quelques années, le juge LeBel : « [l]a pratique judiciaire comme celle du droit, révèle souvent que les engagements effectivement conclu dans le monde réel présentent ce trait troublant et désagréable pour le logicien classificateur de chevaucher plusieurs domaines du droit ou, au moins, des titres forts divers du Code civil », Louis LeBEL, *Incertitudes contractuelles – Incertitudes judiciaires*, 5^e Conférence Albert-Mayrand, Montréal, Thémis, 2004, p. 22.

¹³⁶ Sur les conventions « inédites », Michel Cabrillac écrivait, à la fin des années 70, que « (l)e champ en est si vaste qu'en dresser un inventaire serait aussi fastidieux qu'illusoire. Il est peut être plus éclairant d'observer que la création de formules contractuelles passe par les mêmes cheminements que la création industrielle », Michel CABRILLAC, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », dans *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, 235, p. 236.

¹³⁷ Le phénomène des « groupes » de contrats est un exemple flagrant de cette nécessité. Sur la question, en droit québécois, voir : Pierre-Gabriel JOBIN, « Comment résoudre le casse-tête des groupes de contrats », (2012) 46 *R.J.T.* 9, p. 22; P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 24, pp. 586 à 589, no. 490; De manière plus générale, voir : Louise ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », (1999) 44 *R.D. McGill* 903, pp. 938 et suiv.

¹³⁸ Le droit civil a fait a fait du contrat innomé une chose rare, subsidiaire, relative et transitoire, voir : F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préc., note 25, pp. 453 et suiv.; M.-É. ANCEL, préc., note 125, p. 118, no. 166.

¹³⁹ L. LeBEL, préc., note 135, p. 22. Voir aussi : Philippe JESTAZ, « Les rapports privés comme source du droit privé », dans Nicholas KASIRER et Pierre NOREAU, *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Thémis, 2002, 13, p. 29; M.-É. ANCEL, *id.*, pp. 101 à 103, nos. 145 et 146. De manière générale, voir : L. ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », préc., note 137.

¹⁴⁰ Jean-Guy BELLEY, « La théorie générale des contrats. Pour sortir du dogmatisme », (1985) 26 *C. de D.* 1045, p. 1052.

¹⁴¹ En effet, alors que l'*Avant-projet* de 1987 (art. 1412) et le *Projet de loi* 125 (art. 1368) intégraient tous deux la nécessité d'une raison ou cause « objective et impersonnelle », le *Code civil du Québec* a, pour reprendre les termes du professeur Tancelin, « heureusement abandonné ce vocabulaire doctrinal aux articles 1371 et 1410 », Maurice TANCELIN, *Sources des obligations. L'acte juridique légitime*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 107, note 222.

¹⁴² Le motif purement personnel étant ce que veut réaliser le créancier avec l'objet de la prestation de son débiteur, voir : Ambroise COLIN et Henri CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 7^e éd., t.2, Paris, Dalloz,

viendra rapidement à comprendre que tel n'est pas l'idée; après tout, *l'accord de volonté* demeurant le « moteur » du contrat¹⁴³, l'élément efficient sans lequel il ne pourrait naître, encore faut-il que chacune des parties sache à quoi elle s'engage. De fait, s'il est vrai que le juge se fait parfois stipulant, l'addition de prestations et des modalités qui en résulte provient davantage d'une inflation de sa sensibilité aux *résultats que promet l'opération économique concrète*¹⁴⁴ que d'une subjectivisation de la raison de l'engagement de chacun, en soi.

33. À ce chapitre, d'ailleurs, l'appréciation n'est guère différente de celle imposée au cours des siècles précédents. Ainsi, si la géométrie de la cause peut encore, et toujours, varier au rythme d'une catégorie, d'une sorte, d'un type – dont la découverte, faut-il le rappeler, demeure une prérogative purement prétorienne¹⁴⁵, c'est parce que ceux-ci matérialisent des intérêts catégoriques, typiques, communs, qui ont, au fil des siècles, été objectivisés, voire normalisés¹⁴⁶. Ainsi, que le contrat qui les unit soit un bail commercial standard ou un contrat d'entreposage de produits réfrigérés¹⁴⁷, une transaction¹⁴⁸ ou un contrat de fourniture d'alarme¹⁴⁹, une convention complexe de franchise¹⁵⁰ ou une simple leçon de ski¹⁵¹, en adoptant un cadre contractuel donné, les parties s'accordent encore et toujours à poursuivre « la fin remplie par cette catégorie »¹⁵² ou, pour le dire autrement, à rechercher le résultat que promet une opération économique connue des

1932, pp. 54 et 55, nos. 57 et 58. À titre d'exemples d'auteurs argumentant en ce sens, voir : D. MAZEAUD, « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel », préc., note 26, p. 143, no. 16; « La cause », préc., note 26, pp. 460 et suiv.; A. SÉRIAUX, « L'affaire *Chronopost* », préc., note 26, no. 5. À la suite d'une décision, Cass. Civ., 1^{ère}, 3 juillet 1996, Bull. no. 286, p. 200, on a même prétendu que les raisons propres à l'une des parties étaient suffisantes pour insuffler au contrat sa date de péremption, voir : Philippe REIGNÉ, « De l'absence de cause à la cause impossible », (1997) *Dalloz* 500; Pour d'autres perspectives, voir : F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 26, pp. 352 et 353, no. 342.

¹⁴³ G. WICKER, préc., note 25, p. 37 et suiv., nos. 25 et suiv.; Jacques GHESTIN, « Le contrat en tant qu'échange économique », (2000) 92 *Revue d'économie industrielle* 81, p. 85, no. 8.

¹⁴⁴ Daniel COHEN, « Contrats et obligations », (1997) 28 *J.C.P.G.* 336, p. 337; Philippe DELEBECQUE, « Contrats et conventions » (1996) 17 *Deffrénois* 1015, parlant d'une « conception concrète du contrat (...) qui est dans l'air du temps »; J.-P. CHAZAL, préc., note 26, no.6; G. PIETTE, préc., note 51, pp. 293 et suiv., nos. 554 et suiv.; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 26, p. 352, no. 342; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, préc., note 26, pp. 192 et 193, no. 262; J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préc., note 43, pp. 86 à 88, nos. 92 et 93. *Rapp.* : L. LeBEL, préc., note 135, p. 7.

¹⁴⁵ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 18, pp. 960 à 962, nos. 1735 et suiv.; M. TANCELIN, préc., note 22, no. 325.

¹⁴⁶ P. JESTAZ, « L'obligation et la sanction », préc., note 7, p. 294, parle d'une « volonté-type »; P. LOKIEC, préc., note 15, I A; Xavier DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1995, p. 125, no. 54.

¹⁴⁷ *Le Conseil des Ports Nationaux v. Swift Canadian Company Limited*, [1953] B.R. 730, cité dans L. SARNA, préc., note 15, p. 164.

¹⁴⁸ *Banque Toronto-Dominion c. Reisler*, J.E. 2002-1317, 2002 CanLII 31054 (QC CS), par. 45.

¹⁴⁹ *Ferme Franky 2004 inc. c. 9059-4094 Québec inc. (Alarmes Pierre Fortier)*, 2012 QCCS 4738, confirmée par 2014 QCCA 848; *Le Procureur Général du Québec c. Protectron inc.*, [2006] J.E. 2006-150 (C.Q.), par. 27.

¹⁵⁰ *Provigo Distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*, 1997 CanLII 10209 (QCCA); *Bertico inc. c. Dunkin' Brands Canada Ltd.*, 2012 QCCS 2809 (en appel).

¹⁵¹ *Stations de la Vallée de St-Sauveur inc. c. M.A.*, 2010 QCCA 1509, par. 20.

¹⁵² S. GAUDEMET, préc., note 26, p. 223, no. 443; G. HELLERINGER, préc., note 17, p. 38, no. 82; H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, préc., note 9, p. 129, no. 26; J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préc., note 43, pp. 141 et suiv., nos. 152 et suiv., dont le no. 154, où l'auteure écrit que les parties « cherchent à atteindre un but contractuel par le moyen prédéterminé le permettant et connu comme tel ». C'est d'ailleurs toujours le rôle de la qualification que de déterminer l'opération économique que les parties « ont souhaité réaliser d'un commun accord », D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 18, p. 955, no. 1727.

juristes qui en ont déjà construit l'amalgame technique¹⁵³.

34. Ceci étant dit, le contrat étant un outil fonctionnel de réalisation d'un échange *donné*, une méthode n'ayant d'existence propre qu'en combinant des besoins concrets, il est presque pléonastique d'affirmer que sa géométrie est *nécessairement* façonnée par son contexte spécifique¹⁵⁴. De fait, si la fin poursuivie ne correspond pas *exactement* à une catégorie *précise* – ce qui est très fréquemment le cas, la cause des obligations qu'il fait naître n'est pas pour autant inexistante; elle est simplement *contractuelle*¹⁵⁵, *convenue*¹⁵⁶, voire *atypique*¹⁵⁷.

35. Encore inexplorée par le droit posé, la raison de l'engagement de chaque partie sera déduite du résultat d'un échange connu, mais quelque peu modifié, d'une opération hybride ou, encore plus radicalement, d'un but n'ayant pas encore été colonisé par le juge ou la loi¹⁵⁸. Le contrat de vente d'un terrain, pour reprendre quelques exemples maintes fois cités, deviendra ainsi un contrat de vente d'un terrain *sur lequel pourra être construit une maison*¹⁵⁹; le contrat de livraison, un contrat de livraison *dans un délai donné*¹⁶⁰; et le contrat de location d'immeuble commercial, un contrat de location d'un immeuble *pouvant abriter une brasserie*¹⁶¹.

36. Dans tous ces cas, la catégorisation s'avérant « inapte à offrir une structure juridique idoine »¹⁶², c'est une appréciation casuistique et concrète de *l'économie particulière de*

¹⁵³ S. PIMONT, préc., note 19, p. 43, no. 37; P. JESTAZ, « L'obligation et la sanction », préc., note 7, p. 294; J. ROCHFELD, *id.*, pp. 141 à 145, nos. 151 à 155; C. ATIAS, *Précis*, préc., note 53, p. 255, no. 345; V. FORRAY, préc., note 32, p. 417, no. 583; M.-É. ANCEL, préc., note 125, p. 103, no. 147. L. BAUDOIN, *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec*, préc., note 122, pp. 696, 697 et 725. *Rapp. François GENDRON, L'interprétation du contrat*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 123.

¹⁵⁴ Paul Henri ANTONMATTEI et Jacques RAYNAUD, *Droit civil. Contrats spéciaux*, 5^e éd., Paris, Lexis Nexis, coll. « Manuel », 2007, p. 1, no. 2 : « Le contrat, source d'obligations, ne trouve traduction qu'à travers une opération particulière qui imprime à l'accord de volonté des spécificités appelant un régime propre ». Dans le même sens, voir : G. PIETTE, préc., note 51, p. 307, no. 582; S. PIMONT, préc., note 19, p. 207, no. 307; À cet effet, l'article 1412 C.c.Q. édicte que : « L'objet du contrat est l'opération juridique envisagée par les parties au moment de sa conclusion, telle qu'elle ressort de l'ensemble des droits et obligations que le contrat fait naître ».

¹⁵⁵ J. GHESTIN, *Cause et validité*, préc., note 26, *passim*.

¹⁵⁶ Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU et Yves-Marie SERINET, *La formation du contrat*, t.2. « L'objet et la cause – les nullités », 4^e édition, Paris, L.G.D.J., 2013, pp. 397 et suivs.

¹⁵⁷ Le terme englobe ici l'intérêt qui découle d'une opération totalement inconnue du droit posé, qu'il soit codifié ou prétorien, ou d'une opération connue, mais modalisé pour répondre à un besoin particulier, voir : J. ROCHFELD, (2012), préc., note 38, p. 25, no. 74; *Cause et type de contrat*, préc., note 43, pp. 213 et suiv., nos 230 et suiv.

¹⁵⁸ Le terme « hybride » est emprunté au professeur Philippe JESTAZ, « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », dans *Journées René Savatier. L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Paris, P.U.F., 1985, 117, p. 121. Les auteurs ne s'entendent pas sur la terminologie relative aux contrats qui ne sont pas décrits explicitement par le Législateur. Pour une typologie québécoise, voir Pascal FRÉCHETTE, « La qualification des contrats : aspects pratiques », (2010) 51 *C. de D.* 375. En droit français, on consultera le traité de Jérôme HUET, George DECOCQ, Cyril GRIMALDI et Hervé LÉCUYER, avec la collaboration de Juliette MOREL-MAROGER, *Les principaux contrats spéciaux*, 3^e édition, coll. « Traité des contrats », sous la direction de Jacques GHESTIN, Paris, L.G.D.J., 2012; P.-H. ANTONEMATTEI et J. RAYNAUD, préc., note 154; M. CABRILLAC, préc., note 136, pp. 236 et suiv., nos. 3 et suiv.

¹⁵⁹ J. É. BILLETTE, préc., note 52, no. 67.

¹⁶⁰ *Id.* Voir aussi : *Cass. Com.*, 22 octobre 1996, *Bull.* 1996 IV, no 261. *Rapp.* : *Cass. Com.*, 17 juillet 2001, pourvoi no. 98-15678.

¹⁶¹ *Cass., Civ.* 3^e, 1 juin 2005, no. 04-12200; *Cass., Com.*, 9 juin 2009, no 08-10350, obs. Denis MAZEAUD, « Clause évasive de responsabilité », (2009) *R.D.C.* 1359.

¹⁶² S. PIMONT, préc., note 19, p. 110, no. 162.

l'opération litigieuse qui permettra au juge de mesurer sa géométrie réelle, concrète et convenue¹⁶³, et d'en déduire éventuellement celle des intérêts qu'elle permet de réaliser¹⁶⁴.

B. L'analyse de l'économie de l'opération : entre objectivisme et subjectivisme

37. C'est le texte même du contrat qui, dans un premier temps, permettra au juge de prendre acte de la finalité à laquelle il doit donner vie. Toutefois, au contraire des ententes typiques où la nature se découvre aussi rapidement que ses éléments banalisants¹⁶⁵, dans les conventions *sui generis*, il n'y trouvera généralement pas d'opération dont il connaît *l'exacte* nature¹⁶⁶. Il en cherchera donc la portée en scrutant la géométrie de l'ensemble des obligations des parties, telle que façonnée par *les modalités* de l'engagement traduites dans *l'instrumentum*¹⁶⁷.

38. En favorisant l'extériorisation et la mutualisation¹⁶⁸, ces mécanismes permettent en effet

¹⁶³ S. PIMONT, *id.*, pp. 110 et 111, nos. 162 et 163; G. MEILHAC-REDON et F. MARMOZ, *id.*, II, A : « l'économie du contrat désigne (...) la finalité d'une opération contractuelle »; M. FABRE-MAGNAN, préc., note 51, p. 434 : « [l]a notion « d'économie du contrat » sert à identifier la finalité du contrat dans l'esprit et donc dans l'accord des parties »; J. ROCHFELD, (2012), préc., note 38, p. 27, no. 80. *Rapp.* : Jacques GHESTIN, « En relisant « De la cause des obligations » de Henri Capitant », dans François COLLART-DUTILLEUL et al. (dir.), *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit : mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Paris, Dalloz, 2005, 113, p. 121, no. 10, selon qui : « il faut procéder à une interprétation de la volonté commune des parties, afin de déterminer l'objet concret de la contrepartie convenue ».

¹⁶⁴ G. RIPERT et J. BOULANGER, préc., note 45, p. 108, no. 292 : « L'étude de l'économie du contrat ne peut être qu'un moyen de déceler la cause »; J. ROCHFELD, (2012), préc., note 38, p. 27, no. 80 : l'identification de la finalité « inconnue ou peu répandue dans la pratique contractuelle » que rend possible l'analyse de l'économie du contrat, permet au juge « de saisir l'intérêt poursuivi par chaque contractant »; Rache BLOUCH, *Le forçage, du contrat à la théorie générale*, Aix-Marseille, P.U.A.M., 2011, préf. Dominique FENOUILLET, p. 264, no. 374; Ana ZELCEVIC-DUHAMEL, « La notion d'économie du contrat en droit privé », (2001) 9 *J.C.P.G.* I, 300, no. 4 : « l'économie du contrat contribue utilement à mettre en évidence la contre-prestation ». *Rapp.* : Élise CHARPENTIER, « La donation verte : un fruit pas tout à fait mûr », dans Benoît MOORE et Générosa BRAS MIRANDA, *Mélanges Adrian Popovici. Les couleurs du droit*, Montréal, Thémis, 2010, 31, p. 46 : « Pour déterminer quelles sont les obligations qui découlent de la nature d'un contrat, il faut en analyser l'économie particulière ».

¹⁶⁵ Dans ces cas « typiques », le juge *induira* la fin poursuivie en regard de ses moyens juridiques, voir : P. FRÉCHETTE, « La qualification des contrats : aspects théoriques », préc., note 25, pp. 136 et suiv.

¹⁶⁶ Sauf dans certains types d'hybrides connus, où le Législateur offre au juge un critère de distinction ; ex : 2103, al. 3 C.c.Q. Voir aussi. *Emballages Alpha inc. c. Industries Rocand inc.*, 2011 QCCA 1114, demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême rejetée, 2012 CanLII 4163 (CSC).

¹⁶⁷ La *condition*, entendu toutefois dans un sens plus large que celui des articles 1497 C.c.Q. ou 1168 C.civ., semble l'outil contractuel de prédilection pour la « mutualisation » des motifs, *Cass. Com.*, 11 avril 2012, no. 11-15429, *Gaz. Pal.* 5 juillet 2012, *commentaire* Yves-Marie LAITHIER, « L'appréciation erronée de l'utilité économique de la contrepartie convenue n'est pas, en principe, une cause de nullité du contrat », (2012) 4 *R.D.C.* 1175. *Rapp. Aéroports de Montréal c. Hôtel de l'aéroport de Mirabel inc.*, [2003] R.J.Q. 2479 (C.A.), par. 36 (condition implicite toutefois). J.-É. BILLETTE, préc., note 52, par. 69, écrivait que la condition « est un élément de la prestation ». Dans la vente, « elle fait partie de la prestation exigée du vendeur, et devient avec elle cause du paiement ou de l'obligation de payer ». Dans sa première mouture, le professeur Baudouin, parlant du « motif déterminant qui a poussé la partie à contracter », écrivait : « comme ce motif appartient au for intérieur, chaque fois qu'il est extériorisé et fait partie du contrat, il devient une *condition* de l'engagement », J.-L. BAUDOUIN (1970), préc., note 32, p. 136, no. 237. G. TRUDEL, préc., note 31, pp. 113 à 115.

¹⁶⁸ Entre autres, voir : *Cass. Com.*, 9 juin 2009, no. 08-11240; *Cass. Com.*, 11 avril 2012, no. 11-15429, *Gaz. Pal.* 5 juillet 2012, *obs.* Y.-M. LAITHIER, *id.*, 1175 : « le motif ne doit pas seulement être connu de l'autre partie (...) mais convenu ». Voir aussi. *Cass. Civ. 1^{ère}*, 13 février 2001, *Bull. civ. I* n. 31, cité et commenté par G. PIETTE, préc., note 51, pp. 313 et 314, no. 592 et p. 316, no. 598; J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préc., note 43, pp. 249 à 254, nos. 275 à 279; M. É. ANCEL, préc., note 125, p. 95, no. 136; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 26, pp. 353 et 354, no. 342; J. GHESTIN, « En relisant « De la cause des obligations » de Henri Capitant », préc., note 163, p. 124, no. 13 : « le motif déterminant de l'une des parties devra non seulement être connu, non seulement avoir été pris en compte par l'autre partie, mais celle-ci devra s'être elle

aux parties d'intégrer à ce « territoire commun »¹⁶⁹ - que Capitant nommait le « champ contractuel »¹⁷⁰ - les raisons personnelles et atypiques les ayant poussées à s'engager, de modifier conséquemment la nature et la portée de l'opération et, par effet de rebond, de façonner la géométrie des intérêts qu'elle codifie¹⁷¹.

39. N'en déplaise à Capitant¹⁷², toutefois, la recherche purement objective – en ce sens qu'elle « renvoie à ce qui ressort des termes mêmes » de l'*instrumentum*¹⁷³ - atteindra rapidement sa limite. Le raisonnement prétorien, comme l'opération dont il cherche le sens, ayant, en effet, « sa base dans la réalité »¹⁷⁴, la recherche des finalités n'est jamais le résultat unique « de la constatation rudimentaire »¹⁷⁵ des caractéristiques de l'*instrumentum*; elle « implique une appréciation de ce que doivent être, compte tenu des besoins, intérêts et objectifs en cause, les relations des parties »¹⁷⁶. Dans ce contexte, le juge sera fréquemment appelé à dépasser le papier, pour mieux retrouver l'échange qu'il camoufle¹⁷⁷. Scrutant en arabesque, voguant entre interprétation et qualification¹⁷⁸, c'est souvent dans les éléments extérieurs à l'*instrumentum* qu'il

même engagée à lui donner satisfaction par l'exécution de son propre engagement ». Au Québec, J. É. BILLETTE, préc., note 52, no. 73, écrivait que « [c]e qui est convenu entre les parties, n'est jamais un motif, car le motif cesse d'être tel dès qu'il cesse d'être unilatéral, dès qu'il devient un élément du contrat. Ce élément du contrat fait partie intégrante des prestations ou obligations y contenues, les seules choses qui puissent être dans le contrat ». G. TRUDEL, préc., note 31, à la p. 113, ne mentionnait que la nécessité pour le créancier de manifester son besoin particulier et, pour le débiteur, de le connaître, pour qu'il conditionne toute la relation.

¹⁶⁹ G. PIETTE, *id.*, p. 311, no. 588.

¹⁷⁰ H. CAPITANT, préc., note 41, p. 11, no. 4.

¹⁷¹ Y.-M. LAITHIER, préc., note 167, 1175, « [I]es parties sont en effet libres de définir l'objet de la contrepartie comme elles l'entendent et d'élargir le champ de leur accord. Ainsi, des motifs a priori extérieurs à l'objet du contrat peuvent y être intégrés d'un commun accord »; M. É. ANCEL, préc., note 125, p. 95, no. 136 : « La finalité poursuivie par chaque contractant (...) est celle qu'ils se sont mutuellement fait connaître, celles qu'ils ont fait entrer dans le « champ contractuel » selon l'expression de Capitant »; A. SÉRIAUX, *Manuel de droit des obligations*, préc., note 25, p. 56, no. 49. *Rapp.* : P. FRÉCHETTE, « La qualification des contrats : aspects théoriques », préc., note 25, p. 146.

¹⁷² H. CAPITANT, préc., note 41, p. 19, no. 8, qui, parlant de l'invariabilité de la cause, soutenait qu'elle « apparaît à la seule inspection du contrat ».

¹⁷³ M. FABRE-MAGNAN, préc., note 51, p. 405.

¹⁷⁴ C. ATIAS, *Précis*, préc., note 53, p. 131, no. 171 – sur le raisonnement qualificatif.

¹⁷⁵ *Id.*

¹⁷⁶ *Id.*; *Rapp.* C. BARNAUD, préc., note 26, no. 30. Déjà, en 1933, J.-É. BILLETTE, préc., note 52, nos. 62 et suivs., soulevait cette possibilité.

¹⁷⁷ C.c.Q., art. 1425, *in fine*; C. Civ., art.1156. Sur la distinction entre le contrat et l'*instrumentum*, dans *Hadley Shipping Co. c. Eagle Star Insurance of Canada*, J.E. 80-566, p. 8 : le juge Barbeau rappelait d'ailleurs que les « principes de droit qui nous régissent enseignent qu'il ne faut pas confondre un contrat avec l'écrit qui en constate les termes. Le contrat c'est l'entente entre les parties, l'écrit n'en est que la preuve ». Plus récemment, voir : *Rouge Resto-bar inc. c. Zoom Média inc.*, 2013 QCCA 443 et *Québec (Agence du revenu) c. Services Environnementaux AES inc.*, [2013] 3 RCS 838. Pour reprendre l'expression du professeur Terré : « ce que font les parties prévaut sur ce qu'elles disent »; F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préc., note 25, p. 419, no. 522; H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, préc., note 26, p. 129, no. 26. Voir toutefois l'effet potentiel de la clause d'intégralité sur le contenu implicite du contrat en droit québécois, Christine LEBRUN, « La clause d'intégralité », (2007-2008) 67 *R. du B.* 39, pp. 56 et suiv.

¹⁷⁸ Pour autant qu'on puisse réellement distinguer les deux processus : « La distinction entre l'interprétation et la qualification est un non-sens en pratique car les deux phases du raisonnement poursuivi par le juge ne sont ni successive, ni dissociables dans le déroulement de sa pensée », Jacques DUPICHOT, « Pour un retour aux textes : défense et illustration du petit guide-âne des articles 1156 à 1164 du Code civil », dans *Études offertes à Jacques Flour*, coll. « Les Mélanges », Paris, Defrénois, 1979, 179, p. 183. *Rapp.* : D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 18, pp. 955 et 956, no. 1728; M. TANCELIN, préc., note 22, no. 326.

retrouvera les *modalités implicites* de l'engagement¹⁷⁹; c'est là qu'il découvrira *l'opération concrète* que veulent réaliser les parties¹⁸⁰.

40. Laissant volontiers cette étude méthodique et quelque peu casuistique de l'interprétation contractuelle à des esprits plus brillants et certainement plus perspicaces¹⁸¹, on se contentera, pour le moment, de souligner l'influence sur cette quête prétorienne d'une perspective *rationnelle* du « sujet » de droit qui, en plus de traverser l'ensemble du droit privé¹⁸², se marie assez naturellement à une approche finaliste des relations contractuelles¹⁸³.

41. Mise de l'avant, à l'époque classique, pour justifier l'appréciation abstraite des intérêts, la rationalité présumée des acteurs s'émancipera éventuellement de son référent statique, pour se rapprocher des finalités concrètes des parties¹⁸⁴. Parce que « l'acte libre est un acte de raison » écrivait Gounot au début du XXe siècle, « il apparaît, vu de l'extérieur, comme un acte *normal* »¹⁸⁵ voué à répondre à des besoins *raisonnables*¹⁸⁶. Face intelligible de « cette rationalité

¹⁷⁹ La publicité, les usages, les pourparlers, les représentations et le prix ne sont que quelques exemples d'éléments qui, bien qu'elles freinent les aspirations divinatoires de certains, servent le juge dans sa quête. C'est sur la base de ses éléments externes au contrat (la publicité en l'espèce) que la Cour de cassation, dans l'arrêt *Chronopost*, transforma un contrat de livraison terrestre en un contrat de livraison *avant midi*, l'expéditeur ayant payé une prime à cet effet précis, *Cass. Com.*, 22 octobre 1996, *Bull.* 1996 IV, no 261 (voir : *infra*, Partie II, Section I, 1.2.). De manière générale, en matière d'interprétation, voir : P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 24, pp. 500 à 504, nos. 418 et suiv.; D. LLUELLES et B. MOORE, *id.*, pp. 883 et suiv., nos. 1599 et suiv.; Sébastien GRAMMOND, « Interprétation du contrat », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Obligations et responsabilité civile*, fasc. 6, Montréal, Lexis Nexis, Feuilles Mobiles, nos. 25 et suiv.; F. GENDRON, préc., note 153, pp. 96 et 97.

¹⁸⁰ L'analyse de la convention au regard de son économie n'a pas pour fin d'imposer une volonté prétorienne, mais de déterminer la mesure de l'opération *telle que voulue par les parties*, S. PIMONT, préc., note 19, p. 64, no. 76 (mes italiques); Jacques MESTRE, « Obligations et contrats spéciaux », (1996) *RTD Civ.* 892, p. 903; Françoise LABARTHE, « La formation du contrat », (1997) 16 *JCP I* 4015, no. 6-5; G. HELLERINGER, préc., note 17, p. 172, no. 310. En remarques liminaires à sa section sur l'article 1013 C.c.B.C., G. TRUDEL, préc., note 31, p. 270, écrivait : « Le premier article de cette section est le résultat direct de l'économie du contrat : l'obligation conventionnelle repose uniquement sur la volonté libre, elle ne doit pas venir d'une intervention extérieure ».

¹⁸¹ Vincent CARON, « Jalons pour une théorie pragmatique de l'interprétation du contrat: du temple de la volonté à la pyramide de sens », *Thèse de Doctorat*, Université de Montréal, 2014.

¹⁸² La rationalité du sujet, qui, en droit, s'appréhende souvent sous son angle négatif « de raisonabilité », se déploie dans un mouvement beaucoup plus évident dans d'autres sphères du droit privé qu'en droit des contrats. Pour ne donner que cet exemple, l'approche rationnelle innerve le droit de la responsabilité civile. Sur ce sujet, voir : Han-Ru ZHOU, « Le test de la personne raisonnable en responsabilité civile », (2001) 61 *R. du B.* 451, dont les pp. introductives; Louise LANGEVIN, « Mythes et réalités : la personne raisonnable dans le livre « Des Obligations » du *Code civil du Québec* », (2005) 46 *C. de D.* 353. *Rapp.* Dans l'appréciation du standard de Bonne foi, Brigitte LEFEBVRE, « La bonne foi : notion protéiforme », (1996) 26 *R.D.U.S.* 321.

¹⁸³ À titre de simple exemple, dans son troisième projet de Code civil, V. CAMBACÉRÈS, préc., note 79, p. 170, citant Pothier, écrira qu'il est « indispensable » que la convention « ait une cause » et qu'une « convention sans cause serait un *acte dérisoire* » (mes italiques). On se rappellera d'ailleurs de l'opposition systématique entre l'acte causé et l'acte « d'un fou » de la doctrine du XIXe et du XXe siècle, par exemple : F. LAURENT, préc., note 30, p. 152, no. 112; H. CAPITANT, préc., note 41, p. 5, no. 1; E. GOUNOT, préc., note 41, p. 432.; G. RIPERT et J. BOULANGER, préc., note 45, p. 111, no. 298. Dans le même sens, voir : P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 24, p. 442, no. 356.

¹⁸⁴ En matière d'interprétation, voir : P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *id.*, pp. 495 à 497, no. 415. *Rapp.* : S. GRAMMOND, préc., note 179, no. 25. On notera d'ailleurs que la majorité des articles codifiant des règles d'interprétation soutiennent, d'une manière ou d'une autre, cette perspective. Par exemple, les contractants ne s'engagent jamais pour rien (1428 C.c.Q.; 1157 C.civ.) et ne se contredisent pas (1427 C.c.Q.; 1161 C.N.) de manière générale, sur la raisonabilité des acteurs dans le *Code civil du Québec*, voir : L. LANGEVIN, préc., note 182, pp. 370 et suiv.

¹⁸⁵ E. GOUNOT, préc., note 41, pp. 382.

¹⁸⁶ Voir : X. DIEUX, préc., note 146, pp. 125 et 126, no. 54. Voir, dans le même sens : F. LANGELIER, préc., note 41, p. 362.

pratique, propre à un contexte et une société donnés »¹⁸⁷, la raison se dévoile donc lorsque chaque partie « défend un intérêt pour lequel tout individu raisonnable aurait pu faire, ou pourrait du moins comprendre, le sacrifice [consenti] »¹⁸⁸.

42. C'est donc en se substituant à cet archétype rationnel et raisonnable, à cet homme « attentif et sage » si cher à Portalis¹⁸⁹, que le juge dépourvu d'énoncé performatif pourra déterminer la portée de l'opération que les parties souhaitaient mettre en œuvre, pour ensuite en induire les intérêts que l'acte devrait codifier¹⁹⁰.

43. C'est ainsi, à titre d'exemple, qu'appelé à se prononcer sur une des conséquences de l'échec commercial – et politique – de l'aéroport de Mirabel, le juge Dalphond, concluait à la présence, dans une opération où le seul but était de « desservir les passagère et passagers »¹⁹¹ de l'aéroport, d'une condition implicite « d'achalandage ». Commentant cet aspect, il écrivait alors :

[i]l me semble évident que l'une des considérations principales du bail est l'existence d'un achalandage à Mirabel suffisant pour couvrir l'investissement et faire un profit raisonnable. On ne peut, sans friser la pure argutie, sérieusement soutenir que quelqu'un accepterait d'exploiter un hôtel dans une zone inhabitée tout en pensant que, du jour au lendemain, son locateur peut impunément concentrer à Dorval les vols sur lesquels il compte pour rentabiliser son entreprise¹⁹².

C'est ainsi, également, que l'année suivante, à l'argument de l'appelante qui prétendait que la cause de son engagement à un contrat de démarchage résidait non pas simplement dans l'obligation de son cocontractant de lui présenter une occasion d'affaire, mais bien dans celle de lui en présenter une *qu'elle ne connaissait pas déjà*¹⁹³, le même magistrat répondait alors: « il m'apparaît peu réaliste de retenir qu'en signant la lettre d'engagement, l'appelante, une société qui étudie chaque année des dizaines de projets d'acquisition, était disposée à s'engager à payer pour obtenir les détails d'une possibilité d'acquisition qu'elle connaissait déjà »¹⁹⁴, avant d'ajouter ne

¹⁸⁷ J. ROCHFELFD, *Cause et type de contrat*, préc., note 43, p. 121, no. 126

¹⁸⁸ *Id.*

¹⁸⁹ J.-É.-M. PORTALIS, préc., note 78, p. 61 : « Un homme qui traite avec un autre homme, doit être attentif et sage ; il doit veiller à son intérêt, prendre les informations convenables, et ne pas négliger ce qui est utile. L'office de la loi est de nous protéger contre la fraude d'autrui, mais non pas de nous dispenser de faire usage de notre propre raison ».

¹⁹⁰ J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préc., note 43, pp. 518 à 521, nos. 575 et 576. Dans le même sens, en matière d'interprétation, voir : Pierre-Gabriel JOBIN, « La modernité du droit commun des contrats dans le Code civil : quelle modernité? », (2000) 52:1 *R.I.D.C.* 50, pp. 62 et 63; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 18, pp. 896 et 897, nos. 1619 et 1620; S. PIMONT, préc., note 19, p. 198, no. 292.

¹⁹¹ *Hôtel de l'aéroport de Mirabel inc. c. Aéroports de Montréal*, [2002] R.J.Q. 1721 (C.S.), par. 76.

¹⁹² *Aéroports de Montréal c. Hôtel de l'aéroport de Mirabel inc.*, préc., note 167, par. 34. Voir aussi. É. CHARPENTIER, « La donation verte : un fruit pas tout à fait mûr », dans B. MOORE et G. BRAS MIRANDA, préc., note 164, pp. 46 et 47. Appelé à statuer dans un litige en tous points similaire, le juge Wéry écrivait « [p]eut-on sérieusement soutenir que Leasehold aurait construit en 1975 littéralement au milieu des champs un immeuble spécialement adapté au traitement du fret aérien, si ce n'était de l'engagement implicite de l'auteur d'ADM d'exploiter un aéroport international de passagers à Mirabel pendant la durée du Bail? », *Leasehold Construction Corporation c. Aéroports de Montréal*, [2005] R.J.Q. 2071 (C.S.), par. 40.

¹⁹³ *Platinum Equity Holdings I.I.c. c. Gerald Abelson Holdings Inc.*, J.E. 2004-1310 (C.A.), par. 35.

¹⁹⁴ *Id.*, par. 49.

pas savoir « comment on pourrait faire grief à l'appelante de ne pas avoir requis l'insertion d'une telle clause au contrat. Selon moi, cela s'avérait superflu en l'espèce »¹⁹⁵. C'est ainsi, également, que dans une décision devenue célèbre, la Cour de cassation annulait la convention de création et d'exploitation d'un *point club vidéo*, l'exécution de cette convention étant « vouée à l'échec dans une agglomération de 1314 habitants »¹⁹⁶.

44. Ces quelques exemples suffisent, il semble bien, pour s'apercevoir qu'en appréciant l'économie d'une opération au regard d'éléments tant internes qu'externes à l'*instrumentum*, le droit prétorien s'efforce de donner vie à ce constat de Carbonnier suivant lequel le droit postule que « toute démarche d'un être *raisonnable* est déterminée par un intérêt *patrimonial* »¹⁹⁷. En sortant du cadre strict d'*appréciation* strictement objective des motivations, on reconnaît donc que les raisons pour s'engager varient aussi souvent que les contrats qui les codifient¹⁹⁸, ce qui, pour reprendre les mots de Trudel, n'est qu'une « paraphrase de la proposition bien admise : les *engagements* d'un contractant sont la cause des *engagements* de l'autre contractant »¹⁹⁹.

45. Porte ouverte, pour certains, à ce standard « menaçant » qu'est l'équité casuistique²⁰⁰, vecteur, pour d'autres, d'une logique plus tribulaire des « attentes » des parties que de leur volonté partagée²⁰¹, cette quête proactive et circonstancielle de la portée des opérations contractuelles a, en plus de rendre au Contrat sa majuscule²⁰², le mérite d'émanciper le droit des lourdes distinctions de papier dont il fut longtemps le terrain de prédilection. Enrayant *de facto* cette discrimination classique fondée sur « la différence contractuelle » qui gangrenait un système unificateur à l'idéologie colonisatrice (se targuant pourtant, et assez paradoxalement, d'être ouvert et inclusif), l'appréciation concrète et réaliste de l'économie de l'opération redonne au contrat son sens réel et sa fonction première : un moyen d'échange « que les parties ont voulu se

¹⁹⁵ *Id.*, par. 50.

¹⁹⁶ *Cass. Com.*, 3 juillet 1996, no. 94-14800. Voir, dans le même sens, *Cass. Com.*, 15 février 2000, no. 97-19793, obs. Jacques MESTRE et Bertrand FAGES, « Le texte de la clause invoquée était contradictoire avec l'économie générale du contrat », (2000) *RTD. Civ.* 325.

¹⁹⁷ J. CARBONNIER, préc., note 43, p. 2029, no. 979 (mes italiques).

¹⁹⁸ En « matière de fictions de volontés », écrit le professeur Wicker, « c'est bien parce que le but subjectif, *l'utilité particulière* pour le sujet, peut être déduit de la situation de fait que l'ordre juridique peut reconstruire sa volonté à partir de ces données objectives que sont les faits matériels d'exécution, l'existence d'un usage ou encore l'économie de la convention », G. WICKER, préc., note 25, p. 103, no. 104 (mes italiques).

¹⁹⁹ G. TRUDEL, préc., note 31, pp. 114 et 115. Voir aussi, du même auteur, « Réflexions sur la cause », (1945) 5 *R. du B.* 253, p. 259. *Rapp.* : MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaire du ministre de la justice*, t.1, « Commentaires sous l'article 1371 C.c.Q. », Québec, Publications du Québec, 1993, p. 458 : « raison objective, impersonnelle et abstraite qui explique qu'une personne soit tenue par un lien d'obligation, indépendamment de tout motif *purement* personnel ».

²⁰⁰ Sur les obligations implicites en général : Pierre LEGRAND Jr., « L'obligation implicite contractuelle : aspects de la fabrication du contrat par le juge », (1991) 22 *R.D.U.S.* 109, pp. 138 et suiv. *Rapp.* P. FRÉCHETTE, « La qualification des contrats : aspects théoriques », préc., note 25, p. 127.

²⁰¹ P. LOKIEC, préc., note 15; Geneviève VINEY, « Responsabilité civile », (1994) 50 *J.C.P.G.* I. 3809, VI A. p. 12; Denis MAZEAUD, « La confiance légitime et l'estoppel », (2006) 58 *R.I.D.C.* 363, pp. 377 à 379; Laurent AYNÈS, « À propos de la force obligatoire du contrat », (2003) 1 *R.D.C.* 323 : « La notion féconde de « champ contractuel », qui délimite les attentes réciproques, montre précisément que l'obligation n'est pas mesurée à ce qui a été voulu, mais ce qui a été reçu comme promesse ». Voir aussi : X. DIEUX, préc., note 146, pp. 123 et suiv., nos. 52 et suiv.

²⁰² P. JESTAZ, « L'obligation et la sanction », préc., note 7, p. 290 : « Le principe du consensualisme postule que le juriste s'attache à la volonté réelle plutôt qu'aux termes utilisés par les parties ».

donner pour coller à la réalité de leur relation »²⁰³.

46. Dans un tel contexte, « l'essence de l'acte », la réalité sur laquelle s'est arrêtée la « volonté contractuelle » et, éventuellement, les moyens qui permettront de la mettre en œuvre, se découvrent donc dans cette « combinaison variable d'éléments objectifs et subjectifs »²⁰⁴ qui, au final, dépasse la « somme des volontés de chaque contractant pour en représenter la synthèse »²⁰⁵. Permettant de « mieux appréhender la richesse et la flexibilité de l'institution dans le monde contemporain »²⁰⁶, une telle perspective, « plus sensible à l'investigation des réalités contractuelles »²⁰⁷, reconnaît que « pour restituer à l'acte juridique sa dimension humaine »²⁰⁸, voire sa constance matérielle, il convient d'en apprécier la géométrie en fonction d'« éléments subjectifs, et non seulement des éléments objectifs »²⁰⁹. Bref, à un étalement prédéterminé de types, la perspective concrète substitue une série infinie d'opérations dont il reviendra au juge de prendre la mesure.

47. **Conclusion de section** - Bien qu'au fil des ans, on en ait remplacé l'idée motrice, la *méthode* de détermination et d'appréciation de la motivation des contractants ne semble pas, en soi, avoir été grandement modifiée. « Saisi dans sa dimension instrumentale », le contrat est « tendu vers la réalisation d'un but économique »²¹⁰. « Débiteur et créancier [ayant] un but commun, la réalisation des effets de l'acte »²¹¹, il n'est plus, aujourd'hui, le théâtre de l'affrontement permanent qu'il fut longtemps²¹². Reprenant, en ce sens, la pensée thomasienne²¹³, l'analyse

²⁰³ *BCOMC Canada inc. c. Regroupement des cabinets de courtage d'assurance du Québec*, 2013 QCCS 3, par. 115.

²⁰⁴ G. WICKER, préc., note 25, pp. 98 et 97 (respectivement), no. 98. Voir aussi : H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, préc., note 9, p. 129, no. 26; M.-É. ANCEL, préc., note 125, pp. 211 et suiv. S. PIMONT, préc., note 19, pp. 43 et suiv., nos. 38 et suiv. Pour un exemple en droit québécois d'opposition entre visions analytiques et opératoires, *compa* la dissidence et la majorité dans *Banque Canadienne Nationale c. Donato Mastracchio*, [1961] B.R. 1, conf. par [1962] S.C.R. 53, critique de A. L. STEIN, « The Safety Deposit Vault or Leased Metal Box : The Responsibility of a Bank to its Customer », (1972) 18 *R.D. McGill* 45.

²⁰⁵ G. MEILHAC-REDON et F. MARMOZ, préc., note 19, II A – parlant de l'économie du contrat. Dans le même sens, voir : P. LOKIEC, préc., note 15.

²⁰⁶ L. LeBel, préc., note 135, p. 7.

²⁰⁷ *Id.*

²⁰⁸ G. WICKER, préc., note 25, p. 103, no. 104.

²⁰⁹ *Id.* Voir aussi : J. GHESTIN, « L'absence de cause de l'engagement : absence de la contrepartie convenue », préc., note 128, no. 4. C'était là, d'ailleurs, la prémisse du Doyen Jacques MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Thèse, Toulouse, 1920, qui faisait de la cause « l'équivalent voulu ». Pour un résumé de cette conception, on consultera : S. PIMONT, préc., note 19, pp. 74 et suiv., nos. 95 et suiv.; D. DEROUSSIN, préc., note 57, pp. 366 et 367.

²¹⁰ V. FORRAY, préc., note 32, p. 416, no. 583; S. PIMONT, préc., note 19, p. 207, no. 307.

²¹¹ R. CABRILLAC, préc., note 48, p. 40, no. 82. Voir aussi : L. LeBEL, préc., note 135, pp. 30 et suiv.

²¹² L. AYNÈS, « À propos de la force obligatoire du contrat », préc., note 201pp. 323 et 324; F. CHÉNEDÉ, préc., note 42, pp. 58 et 59, no. 52; G. HELLERINGER, préc., note 17, p. 158, no. 287: « chaque partie poursuit des fins qui lui soient propres ne remet pas en cause le fait que les parties s'unissent par le contrat dans un projet partagé, auquel l'une et l'autre trouve un intérêt ».

²¹³ Sur le sujet, J. GORDLEY, préc., note 59, p. 23, écrit : « for Thomas and the late scholastics, contract, like marriage, is defined by an end that is once the immediate end of the parties and a means to their ultimate end. Since contract is defined by the immediate end of the parties, the definition expresses the minimum the parties must know in order to contract. It also identifies an end to be served by other obligations that belong to the contract although the parties may not have had them consciously in mind. Moreover, since this end is itself a means to the parties' ultimate end, contract can be analysed in accordance with an ultimate standard that goes

présuppose donc encore, et toujours, que les parties s'entendent à réaliser une opération « dont elles attendent la satisfaction de certains intérêts »²¹⁴. Différence de taille, toutefois, l'opération d'aujourd'hui *ne s'apprécie* plus uniquement de manière objective, à travers le seul prisme d'une série prédéfinie de prestations : le dialogue est plus ouvert, plus inclusif, plus près de la réalité de l'opération économique et des intérêts concrets qu'elle permet de satisfaire.

48. Lorsque vient le temps de contrôler l'existence de ces intérêts, la tentation est alors forte de faire l'économie des moyens, en s'arrêtant uniquement à rechercher la « substance » ou l'« essence » de l'opération, pour redécouvrir, comme on le propose sur le Vieux Continent, la cause *du contrat*, dans un sens qui en trahit toutefois l'acception classique²¹⁵ : « la finalité de la structure contractuelle dans son ensemble »²¹⁶, « l'opération à réaliser »²¹⁷ ou « le but contractuel commun »²¹⁸. Mais pour naturelle et nécessaire que puisse être cette perspective globale d'un contrat-ensemble acquérant « son autonomie par rapport à ses composantes »²¹⁹, à l'étape de la *détermination* de la portée de l'opération et, par voie de conséquence, des finalités de chacune des parties, elle est, lorsque vient le temps de *contrôler juridiquement* leur intérêt, incompatible avec le langage binaire du droit civil et de ses *Codes*.

Section II - De l'intérêt économique à la cause juridique

49. Dans un des classiques qu'il nous aura généreusement légué, le professeur Crépeau écrivait que le droit des obligations n'est autre chose que « la vie de tous les jours mise en équation juridique »²²⁰. Soulignant, de ce seul trait, la fine ligne séparant les deux univers, le président de l'office de révision du *Code civil* nous rappelait que bien que la vie et le droit soient intimement liés, on y parle des langues différentes²²¹. Unitaire et globale, l'opération contractuelle est, dans les *Codes*, généralement binaire et morcelée. Sa présentation, pour reprendre les mots du professeur Louis Baudouin, y est en effet « marquée d'une sorte d'ordonnance logique bipartite :

beyond the conflicting interests of the parties. The basic features of this account of contract consequently depend on a metaphysic of essences linked to ends ».

²¹⁴ H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, préc., note 9, p. 129, no. 26. Sur le rôle entre l'intérêt et l'appréciation de l'engagement, voir : G. WICKER, préc., note 25, pp. 105 et suiv., nos. 107 et suiv.

²¹⁵ J. PINEAU et S. GAUDET, préc., note 52, p. 302, no. 153 : « (...) la raison qui détermine *l'une ou l'autre* des parties » à conclure le contrat. *Compa* : C.c.Q., art. 1410, al. 1 : « La cause du contrat est la raison qui détermine *chacune* des parties à le conclure » (mes italiques).

²¹⁶ J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat* préc., note 43, p. 458, no. 504 ; (2012) préc., note 38, p. 7 ; V. FORRAY, préc., note 32, p. 411, no. 573. La vision défendue par la professeure Rochfeld se rapproche grandement de la notion d'objet du contrat qu'intègre le *Code Civil du Québec*, à son article 1412. Sur l'objet du contrat, en France, voir : M. FABRE-MAGNAN, préc., note 51, pp. 355, 356 et 435.

²¹⁷ J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, *id.*, p. 458, no. 504 ; P. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, préc., note 26, p. 210, pour qui la cause est la traduction de la situation préexistante du contrat (l'opération économique).

²¹⁸ D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », préc., note 26, no. 13. Au Québec, voir les propos du juge Dalphond, pour qui il ne faut pas confondre la « cause du contrat et le contenu de celui-ci », dans : *Platinum Equity Holdings I.I.c. c. Gerald Abelson Holdings Inc.*, J.E. 2004-1310 (C.A.), pars. 46 et suivants.

²¹⁹ M. CABRILLAC, préc., note 136, p. 236, no. 3, parlant plus généralement des contrats atypiques.

²²⁰ Paul-André CRÉPEAU, « La fonction du droit des obligations », (1998) 43 *R.D. McGill* 729, p. 732 ; *Rapp.* J.-M. POUGHON, « Une constante doctrinale », préc., note 124, p. 57, citant J.-F. OVERSTAKE.

²²¹ Demogue l'avait d'ailleurs déjà souligné, en 1923, R. DEMOGUE, t.1, préc., note 43, p. 27, no. 13.

droits et devoirs d'une partie, droits et devoirs de l'autre »²²².

50. Codification d'une théorie figée « dans les acquis du passé »²²³, le contrat synallagmatique des *Codes* appelle ainsi nécessairement la *division*. Tributaire d'une technique binaire traduisant l'opération économique en un vulgaire, mais « immense puzzle d'obligations »²²⁴, le modèle géométrique abstrait²²⁵ et plutôt « élémentaire »²²⁶ des codifications réduit la convention « à une somme d'obligations »²²⁷ imputée à chacun des contractants et juxtaposée sans que l'on puisse « en déceler toujours l'unité »²²⁸. Somme toute individualiste, ce modèle force le passage de la raison commune à la raison individuelle; conjuguant la réalité au singulier, la décrivant dans l'altérité, il a effectivement tendance à oublier la fin, pour ne retenir que des moyens. Traitant souvent d'une partie, son patrimoine, ses droits, ses créances, devoirs, obligations, responsabilités, etc., il ne s'arrête, que très rarement – *et nommément* – à l'ensemble et à son but. Dans ce contexte, à l'image du contrat dont elle explique la raison d'être, l'opération n'est pas suffisamment *intelligible* pour être contrôlée *juridiquement*; elle doit donc être traduite et divisée en *prestations* qui seront réparties entre les parties (2.1.). À titre d'outils de mise en œuvre de l'opération, pour être effectives, ces prestations devront nécessairement s'imposer aux parties à qui elles ont été assignées (2.2.).

2.1. L'opération économique dicte ses moyens juridiques

51. Simple traduction juridique de l'opération économique, le contenu du contrat synallagmatique à titre onéreux en est toujours, et naturellement, tributaire²²⁹. Pour ainsi dire, c'est cette opération économique et son économie spécifique qui insuffle au contrat son contenu

²²² L. BAUDOIN, *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec*, préc., note 122, p. 724. Dans le même sens : M. TANCELIN, préc., note 22, no. 400.1.

²²³ Christian ATIAS, « L'équilibre renaissant de la vente », (1993) *Dalloz* 1, no. 2. Une théorie « obnubilée par la figure classique du contrat marchand et imprégnée d'une morale de l'obligation plus tributaire de l'ancienne mentalité religieuse qu'adéquante à l'esprit du calcul économique d'aujourd'hui », Jean-Guy BELLEY, « Sans foi, ni loi : l'indépendance contractuelle », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, 203, p. 220.

²²⁴ Philippe MALINVAUD, *Droit des obligations*, 10^e édition, Paris, Lexis Nexis, coll. « Manuel », 2007, p. 2, no. 3.

²²⁵ Rémy LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », dans *Mélanges Jean-Luc Aubert. Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Paris, Dalloz, 2005, 211, p. 223.

²²⁶ C. ATIAS, *Précis*, préc., note 53, p. 40, no. 29; R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », *id.*, p. 222. Voir aussi : P.-G. JOBIN, « La modernité du droit commun des contrats dans le Code civil : quelle modernité? », préc., note 190, p. 67, parle d'un code « classique ».

²²⁷ C. ATIAS, « L'équilibre renaissant de la vente », préc., note 223, no. 1. *Voir aussi* : G. TRUDEL, préc., note 31, à la p. 109, qui parle d'un « ensemble de relations ».

²²⁸ C. ATIAS, *Précis*, préc., note 53, p. 40, no. 29.

²²⁹ Voir, à cet effet, J.-M. POUGHON, « Une constante doctrinale », préc., note 124, p. 58, qui conclut « à la permanence de la conception économique du contrat, filtre juridique des échanges de biens et de services, défini souvent comme un échange de valeurs ». C'est d'ailleurs l'idée que codifie l'article 1434 C.c.Q. Toutefois, en ne se préoccupant que de la « nature », le libellé de l'article *restraint* la déduction aux contrats que le droit posé connaît et dont il a déjà construit l'armature technique. *Voir cependant* la conclusion fort intéressante de la professeure Élise CHARPENTIER, « L'article 1437 du Code Civil du Québec : de l'art de lire un article qui surprend », dans B. MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, préc., note 223, 233, aux pp. 246 et 257, de même que les commentaires des professeurs D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 18, p. 845, no. 1547. On retrouverait, par ailleurs, cette logique dans le standard de l'article 1437, al. 2 C.c.Q., *voir* : B. MOORE, « La clause abusive : dix ans après », préc., note 8, p. 79.

technique et oblige chacun des contractants à assumer « l'ensemble des obligations nécessaires pour l'atteindre »²³⁰. Dans ce contexte, définir « le contenu fondamental du contrat », pour reprendre les mots du professeur Delebecque, « c'est rechercher les éléments centraux, spécifiques, qui traduisent l'opération »²³¹. Façonnées par cette opération qui « impose sa loi »²³², dicte la « cohérence interne »²³³ de l'acte et « aide à s'y orienter »²³⁴, **les obligations, leur objet et leur géométrie sont donc tributaires de l'opération spécifique que les parties ont réellement souhaité réaliser**²³⁵.

52. Pas surprenant, dès lors, de constater la multiplication des références aux obligations essentielles²³⁶, fondamentales²³⁷, nécessaires²³⁸, principales²³⁹, déterminantes²⁴⁰,

²³⁰ J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préc., note 43, p. 91, no. 97 et pp. 163, nos. 166 et suiv.; (2012), préc., note 38, p. 7, no. 13. P. JESTAZ, « L'obligation et la sanction », préc., note 7, p. 279; C. ATIAS, *Précis*, préc., note 53, p. 258, nos. 350 et 351; R. LIBCHABER, « Contrats et conventions », préc., note 48, 1042; M.-É. ANCEL, préc., note 125, p. 103; S. GAUDEMET, préc., note 26, p. 57, no. 100; Carole AUBERT DE VINCELLES, « Plaidoyer pour un affinement réaliste du contrôle des clauses limitatives de réparation portant sur les obligations essentielles », (2008) 3 *R.D.C.* 1034, no. 3; H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, préc., note 9, p. 129, no. 26.

²³¹ P. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, préc., note 26, p. 198, no. 164.

²³² C. ATIAS, *Précis*, préc., note 53, p. 258, no. 351.

²³³ J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préc., note 43, p. 191, no. 198; D. MAZEAUD, « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel », préc., note 26, p. 145, no. 19; D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence*, préc., note 8, p. 390, no. 461.

²³⁴ R. LIBCHABER, « Contrats et conventions », préc., note 48, 1042.

²³⁵ Déjà, en 1912, Maurice PICARD et André PRUDHOMME, « De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations », (1912) *RTD. Civ.* 61, p. 66, écrivait que les « obligations essentielles sont celles dont l'existence est nécessaire à la formation du contrat ». Vingt ans plus tard, Paul DURAND, *Des conventions d'irresponsabilité*, Paris, Éditions Godde, 1932, p. 236, no. 92, notait qu'il « n'existe pas, dans un contrat, d'obligation essentielle en soi, mais seulement celles que les parties ont qualifié implicitement comme telles, parce qu'elles dépendent du but qu'elles veulent atteindre ». Dans le même sens, voir : Boris STARCK, « Observations sur le régime juridique des clauses de responsabilité ou limitatives de responsabilité », (1974) 25 *Dalloz* 157, p. 158, no. 13; P. JESTAZ, « L'obligation et la sanction », préc., note 7, p. 279; L. BAUDOIN, *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec*, préc., note 122, p. 725; Denis MAZEAUD, « Faute lourde de la société de télésurveillance qui ne prévient pas son client alors que le système d'alarme a fonctionné à deux reprises » (1998) *Dalloz* 200, no. 7 [ci-après « Faute lourde... »]: c'est « soit de l'analyse objective du contrat, soit de l'examen de la volonté des parties » que se découvre le « minimum contractuel »; du même auteur, voir : « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel », préc., note 26, p. 143; M.-É. ANCEL, préc., note 125, pp. 96 et suiv., nos. 138 et suiv.; J. ROCHFELD, (2012), préc., note 38, p. 7, no. 12 : « (...) si la cause des différentes obligations se définit comme ce qui est attendu en échange de chacun des engagements, la finalité du contrat permet de les identifier. (...) La finalité d'une opération induit ainsi, de la part de chacun des contractants, qu'il endosse l'ensemble des obligations nécessaires à sa poursuite : les causes de chaque obligations sont liées à la cause du contrat ». *Rapp.* : É. CHARPENTIER, « L'article 1437 du Code Civil du Québec : de l'art de lire un article qui surprend », dans B. MOORE (dir.), préc. note 229, 233, pp. 246 et 247; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 18, p. 845, no. 1547.

²³⁶ Au Québec, on notera les écrits du professeur Pierre-Gabriel JOBIN, dont *Le Louage*, 2^e édition, coll. « Traité de droit civil », Cowansville, Yvon Blais, 1996, no. 179. Voir aussi : C. FERRON, préc., note 15, p. 57; D. LLUELLES et B. MOORE, *id.*, pp. 1857 et suiv., nos. 2978 et suiv.; Nathalie VÉZINA, « Le trajet convergent de la responsabilité civile contractuelle et du contrat de transport de personne en droit québécois : premier bilan de l'itinéraire », dans B. MOORE, *Mélanges Jean Pineau*, préc., note 223, 577, pp. 600 et 601; Nicole L'HEUREUX et Marc LACOURSIÈRE, *Droit de la consommation*, 6^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2011, p. 75. En France, nombreuses sont les utilisations de la notion d'obligation essentielle qui a l'avantage « d'avoir reçu l'imprimatur de la Cour de cassation », Bertand FAGES, « Bibliographie commentée », (2003) 55:2 *R.I.D.C.* 443. On retiendra, entre autres : M. PICARD et A. PRUDHOMME, *id.*; H. MAZEAUD et L. MAZEAUD, préc., note 2, p. 650; B. STARCK, préc., note 235, p. 158, no. 13; S. GAUDEMET, préc., note 26, pp. 223 et suiv., nos. 442 et suiv.; M.-P. BAUDIN-MAURIN, préc., note 127; Brigitte DAILLE-DUCLOS, « Clauses limitatives de responsabilité – Un nouvel avenir? », (2010) 38 *JCPE* 1814, no. 26 : « Finalement, l'obligation essentielle apparaît être l'obligation-clé du contrat, en considération de laquelle les parties ont signé ce contrat ». En droit belge, voir l'étude de X. THUNIS, préc., note 20. Voir aussi : la thèse de Nélia CARDOSO-ROULOT, *Les obligations*

caractéristiques²⁴¹, minima²⁴², première(s)²⁴³ et autres éléments essentiels²⁴⁴ dont la distinction littérale ne cache que grossièrement la *monosémie fonctionnelle*²⁴⁵ : **assurer « la réalisation de l’objectif économique poursuivi par les parties »**²⁴⁶.

53. Évidemment, on aura rapidement saisi, ici comme ailleurs²⁴⁷, l’opportunité de souligner les difficultés classificatoires qu’implique une hiérarchisation, semble-t-il, inhérente à l’adjectivisation du substantif. Le premier réflexe serait alors d’attaquer le mythe à sa racine en rappelant qu’ici, comme dans toute tentative de lecture du dialogue contractuel, la distance qui sépare le positiviste de son « paradis de la certitude »²⁴⁸ est probablement inévitable²⁴⁹. Mais, parce qu’elle emprunte à la même logique que sa critique, la réponse serait tout aussi lacunaire.

essentielle en droit privé des contrats, Paris, L’Harmattan, 2009 – qui en fait toutefois une obligation « purement abstraite et objective », p. 28, no. 7.

²³⁷ P. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, préc., note 26, pp. 169 et suiv.; P. JESTAZ, « L’obligation et la sanction », préc., note 7; Ruth SEFTON-GREEN, *La notion d’obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise*, Paris, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 336, 2000, préf. Jacques GHESTIN. Plus près d’ici : P. FRÉCHETTE, « La qualification des contrats : aspects théoriques », préc., note 25, pp. 136 et suiv.; *Provigo Distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*, préc., note 150.

²³⁸ J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préc., note 43, pp. 317 et suiv.

²³⁹ C. MASSE, préc., note 22, pp. 316 et suiv., no. 96. Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 6^e édition, avec la collaboration de Nathalie VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, pp. 952 et 953, no. 930; *Lozeau c. Vacances Tour Mont-Royal 2007 QCCQ 2573*, par. 28; J.-L. BAUDOIN et P. DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, préc., note 18, pp. 1167 et 1168, no. 1-1384, parlent d’exclusion de « l’objet principal ». Dans le même sens : l’« objet majeur », *Factory Mutual Insurance Company c. Richelieu Métal Québec inc.*, 2012 QCCS 4334, par. 49, décision confirmée par 2013 QCCA 446.

²⁴⁰ Cyril GRIMALDI, « Les clauses portant sur une obligation essentielle », (2008) 4 *R.D.C.* 1095, no. 3.

²⁴¹ M.-É. ANCEL, préc., note 125, pp. 104 et suiv., nos. 150 et suiv.

²⁴² L. BAUDOIN, *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec*, préc., note 122, p. 724.

²⁴³ M. TANCELIN, préc., note 22, no. 1107.

²⁴⁴ J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préc., note 43, entre autres, pp. 148 et suiv., no. 159; G. WICKER, préc., note 25, p. 101, no. 103.

²⁴⁵ V. FORRAY, préc., note 32, p. 412, no. 574, fait d’ailleurs le rapprochement; D. MAZEAUD, « Faute lourde... », préc., note 235, p. 200, no. 7 : « Pour autant même si l’habillage change, l’idée qui sous-tend la jurisprudence sur ce point, demeure identique ».

²⁴⁶ Geneviève VINEY, « Rapport de synthèse », dans Jacques GHESTIN (dir.), *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe, Acte du Colloque des 13 et 14 décembre 1990*, Paris, L.G.D.J., 1990, 327, p. 338; P. DURAND, préc., note 235, p. 236, no. 92; P. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, préc., note 26, p. 198, no. 164 ; « Que reste-t-il du principe de validité des clauses de responsabilité? », préc., note 26, p. 237 : « assurer la réalisation des éléments objectifs du contrat considéré »; Philippe DELEBECQUE et Frédéric-Jérôme PANSIER, *Droit des obligations*, t.1., « Contrats et quasi-contrat », 5^e éd., Paris, Lexis Nexis, coll. « Objectif Droit », 2010, p. 198, no. 323. En introduction de section, restreignant son objet aux seules catégories, M.-É. ANCEL, préc., note 125, p. 96, no. 138, écrit : « L’instrument des parties est (...) largement recouvert aujourd’hui par ses fonctions économiques. Il n’est guère étonnant alors de voir apparaître les concepts d’obligation essentielle ou de prestation caractéristique, prétendant incarner la finalité économique propre à une catégorie contractuelle ». S. PIMONT, préc., note 19, p. 230, 351 : « Lorsque la jurisprudence assure une protection des clauses essentielles de la déclaration, c’est en réalité la fonction économique du contrat dont elle prend la défense »; G. WICKER, préc., note 25, p. 101, no. 103.

²⁴⁷ Au Québec, voir : C. FERRON, préc., note 15, p. 57; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 18, p. 1858, no. 2980; P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 24, p. 1078, no. 871; Nathalie VÉZINA, « Cas d’exonération et partage de responsabilité en matière contractuelle », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Obligations et responsabilité civile*, Fascicule 31, Montréal, Lexis Nexis Canada, feuilles mobiles, par. 28. En France, voir : M. FABRE-MAGNAN, préc., note 51, p. 661; D. HOUTCIEFF, « Le manquement à une obligation essentielle... », préc., note 21; Thomas GÉNICON, « Le régimes des clauses limitatives de réparation : état des lieux et perspectives », (2008) 3 *R.D.C.* 982, par. 8 et 9; Y.-M. LAITHIER, « L’avenir des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité contractuelle – Rapport français », (2010) *RDC* 1091, II, 3 b).

²⁴⁸ L. LeBEL, préc., note 135, p. 11; Sur « l’idéal de clarté conceptuelle et de certitude » du positivisme juridique, voir : Luc TREMBLAY, « Positivisme et Herméneutique juridique », (2012) 46 *R.J.T.* 249, pp. 256 et suiv.

²⁴⁹ L. LeBEL, *id.*, pp. 11 à 15; 34 et 35. Dans le contexte particulier de son étude, P. DURAND, préc., note 235, p. 235, no. 92, admettait d’ailleurs « qu’il est presque impossible de formuler une règle générale ».

54. On serait alors tenté de dire que s'il est vrai qu'il n'est pas toujours aisé de déterminer quelle obligation est, dans un contrat, plus « fondamentale » que l'autre²⁵⁰, c'est probablement parce que cette hiérarchie est inexistante²⁵¹? Que l'empressement à dilapider l'innovation prétorienne a masqué toute la subtilité et l'hétérogénéité du concept même de contrat. Que loin d'être homogène, le contrat transporte un ensemble de « normes de nature différente »²⁵² parmi lesquelles certaines – *les obligations et leurs modalités* – sont seulement « destinées à mettre en œuvre l'opération économique »²⁵³, alors que les autres – *les devoirs comportementaux* – ont « une vocation plus générale et une nature morale »²⁵⁴, qui assure le bon déroulement de la relation contractuelle²⁵⁵. On dira alors que le contrat contient toute une sphère normative, qui, bien qu'elle s'impose aux parties et serve à assurer l'exécution de l'opération, n'est pas, pour autant, « obligationnelle »²⁵⁶; et que dans toute cette normativité, l'obligation est certes le centre, mais un centre dont la circonférence est beaucoup plus restreinte qu'on veut bien le prétendre²⁵⁷.

²⁵⁰ T. GÉNICON, « Le régimes des clauses limitatives de réparation : état des lieux et perspectives », préc., note 247, par. 8 et 9; B. STARCK, préc., note 235, p. 158, no. 14.

²⁵¹ P. JESTAZ, « L'obligation et la sanction », préc., note 7, p. 295, avait eu l'intuition en parlant de l'obligation fondamentale en tant que potentielle « logomachie ». Au Québec, la professeur Charpentier note d'ailleurs que la hiérarchisation de Pothier – dont s'inspirent plusieurs détracteurs de la notion d'obligation essentielle et de ses déclinaisons – n'apparaît pas dans les écrits de Domat, É. CHARPENTIER, « L'article 1437 du Code Civil du Québec : de l'art de lire un article qui surprend », dans B. MOORE, *Mélanges Jean Pineau*, préc., note 229, p. 239 à 241. On notera d'ailleurs que la notion d'obligation accessoire a eu plusieurs sens au cours des siècles. C. AUBRY et C. RAU, préc., note 46, no. 304, parlait de l'obligation accessoire comme celle dépendant d'une autre obligation; ils citent, à titre d'exemple, l'obligation de réparation, conséquence légale de l'inexécution, serait l'obligation accessoire. P. DURAND, préc., note 235, p. 235, no. 92, au contraire, écrivait que: « [q]uand on oppose les obligations accessoires et les obligations essentielles, ce n'est que d'un point de vue formelle, pour indiquer que les unes sont expressément stipulées et les autres imposées par présomption de leur volonté ». Voir aussi : D. COHEN, préc., note 144, p. 337 B), pour une critique de la théorie dans le cadre des contrats dont le débiteur n'a la charge que d'une seule obligation.

²⁵² P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, préc., note 128, p. 142. Voir aussi : Adrian POPOVICI, *La couleur du mandat*, Montréal, Thémis, coll. « Droit privé », 1995, p. 288, Schéma no. 5.

²⁵³ P. STOFFEL-MUNCK, *id.* Dans le même sens, voir : S. PIMONT, préc., note 19, p. 230, no. 351.

²⁵⁴ P. STOFFEL-MUNCK, *id.*

²⁵⁵ S. PIMONT, préc., note 19, p. 231, no. 352, parle des stipulations accessoires comme étant celles sans lesquelles « la fonction économique de l'acte est réalisable ». Plus loin, p. 232, no. 353, il ajoute que pour « déterminer l'importance d'une obligation, c'est l'opération économique qui forme le cœur de la convention qu'il faut directement analyser ».

²⁵⁶ À titre liminaire, voir : Pascal ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », (1999) *RTD. Civ.*, 771; Judith ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, coll. « Thémis », Paris, P.U. F., 2011, p. 448, no. 13; Daniel GARDNER et Benoît MOORE, « La responsabilité civile dans la tourmente », (2007) 48 *C. de D.* 543, pp. 555 et suiv.

²⁵⁷ Voir, entre autres, Patrick WÉRY, *Droit des obligations*, Vol. 1, « Théorie générale du contrat », Bruxelles, Larcier 2010, p. 17, no. 7 : « (...) la doctrine a la fâcheuse tendance d'employer le concept d'obligation à tout propos ». Pour de tels exemples, voir : Thomas GÉNICON, « Clause limitative : l'embellie ? », (2008) *R.D.C.* 262 et C. GRIMALDI, préc., note 240, no. 7; qui semblent confondre l'obligation et ses modalités. *Rapp.*, au Québec, la très contestable « obligation » de traiter les soumissionnaires équitablement, *Régie d'assainissement des eaux du bassin de La Prairie c. Janin Constructions (1983) inc.*, [1999] R.J.Q. 929, 1999 CanLII 13754 (QC CA); *Walsh & Brais inc. c. Montréal (Communauté urbaine)*, [2001] R.J.Q. 2164 (C.A.); *3051226 Canada inc. c. Aéroports de Montréal*, 2008 QCCA 722, par. 54. Le professeur Pascal ANCEL, « Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois », (2011) 45 *R.J.T.* 87, p. 96, écrivait d'ailleurs : « Dans une vue approximative des choses, les devoirs paraissent avoir un contenu plus général, plus flou, moins précis que les obligations stricto sensu ; surtout, alors que l'obligation relie deux personnes déterminées, un créancier et un débiteur, entre lesquels existe une relation préalable, les devoirs, qui correspondent à des règles de conduite générales de la vie en société, s'imposent a priori à toute personne, et envers quiconque avec qui elle peut entrer en relation ». *Rapp.* D. GARDNER et B. MOORE, *id.*, pp. 557 et 558. Au devoir de bonne foi – et ses complément, les devoirs de loyauté et de coopération, on serait tenté d'ajouter les devoirs de renseignement,

55. Vue ainsi, l'adjectivisation de l'obligation n'est probablement rien d'autres qu'une « logomachie »²⁵⁸ inutile, un « détour plutôt qu'un raccourci »²⁵⁹ pour rappeler ce que l'on semble parfois avoir oublié : éléments fonctionnels, les obligations - et leurs modalités - sont le **moyen** de circonscrire et d'imposer les actions précises que devront – ou non – poser chacune des parties pour que se réalise la fin qu'elles ont fixée²⁶⁰. Dans tous les cas, l'obligation qui, dans un contrat donné, participe à cette quête, est autant essentielle, fondamentale ou nécessaire que ses voisines; et s'il advenait qu'elle ne le soit pas, elle ne serait pas moins essentielle, moins fondamentale ou plus accessoire : elle serait simplement ineffective et, de là, inutile.

56. Quoi qu'il en soit, quel que soit l'adjectif que l'on accole à l'obligation, dans une perspective fonctionnelle, ce qui demeure crucial, c'est que l'ensemble des obligations, voire, plus spécifiquement, le contenu obligationnel du contrat se décline, se « modalise » et varie nécessairement avec son objet²⁶¹. Pour le dire ainsi, les parties « ont avant tout en vue la réalisation d'une opération d'ordre économique dont les obligations figurant au contrat dessinent les contours et les modalités »²⁶². Moyens pour atteindre une fin, ces obligations sont la traduction, en termes binaires et juridiques, d'une finalité unitaire et économique. C'est à ce titre qu'elles constituent la source de l'engagement de chacune des parties, *la cause juridique de leurs propres obligations*²⁶³.

57. Partant, en tentant de concilier le texte, l'architecture générale et la théorie des *Codes*, on peut prétendre que si, dans le contrat synallagmatique à titre onéreux, la cause des obligations de chacun réside encore et toujours dans l'ensemble des obligations de l'autre²⁶⁴, c'est parce qu'une

d'information et de sécurité qui, sauf contrat dont ils seraient l'objet (ex : un contrat entre un promoteur d'évènement et une agence de sécurité), ne créent ni lien direct entre deux personnes ni prestation déterminée.

²⁵⁸ P. JESTAZ, « L'obligation et la sanction », préc., note 7, p. 295.

²⁵⁹ D. HOUTCIEFF, « Le manquement à une obligation essentielle... », préc., note 21; *Le principe de cohérence*, préc., note 8, p. 373, no. 438 : « Au pire, il s'agit d'une notion inutile, dont la fonction pourrait être assumée par la cause ». Voir aussi : R. SEFTON-GREEN, préc., note 237, pp. 334 et suiv., nos. 594 et suiv.

²⁶⁰ L'obligation retrouve ainsi sa vraie et unique nature de « moyen pour arriver à un but », H. CAPITANT, préc., note 41, p. 8. C'est « la loi des finalités qui est l'explication de toutes les obligations » écrivait R. DEMOGUE, préc., t.1, note 43, p. 18, no. 8. L'obligation, notaient A. COLIN et H. CAPITANT, préc., note 142, p. 54 : « est le moyen, la cause est la fin visée »; P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, préc., note 128, p. 142 ; S. PIMONT, préc., note 19, p. 230, no. 351.

²⁶¹ C.c.Q., 1412. Objet que l'on découvre souvent, en France, sous le vocable de « cause de la convention » : D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence*, préc., note 8, p. 399, no. 472; J. ROCHFELD, (2012), préc., note 38, p. 7, no. 12.

²⁶² P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, préc., note 128, p. 141. Dans le même sens : L. BAUDOIN, *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec*, préc., note 122, p. 725.

²⁶³ J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préc., note 43, p. 458, no. 504, pour qui : « (la) cause du contrat est la finalité de la structure contractuelle dans son ensemble ou encore l'opération à réaliser. Celle de l'obligation représente la vision analytique, c'est-à-dire du côté de chacune des parties, des obligations nécessaires pour poursuivre cette fin. La finalité, cause du contrat, désigne ainsi chacune des causes de l'obligation » ; (2012), préc., note 38, p. 7, no. 12; En 1912, M. PICARD et A. PRUDHOMME, préc., note 235, p. 66, écrivaient que la « notion de cause, voilà dans un contrat synallagmatique le critérium précis de l'obligation essentielle » : J.-M. GUÉGUEN, préc., note 8, p. 354 : l'obligation essentielle est « [c]elle en l'absence de laquelle le contrat perd sa raison d'être, sa cause ». *Rapp.* : P. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, préc., note 26, p. 210, no. 174; « Pour ou contre les clauses limitatives de réparation ? », préc., note 26, no.8.

²⁶⁴ *Supra*, par. 10.

fois réunis, ces ensembles d'obligations permettent la mise en œuvre de l'opération concrète, telle que négociée - ou, à tout le moins, « redécouverte » par le juge, et qui, une fois réalisée, fournira aux parties l'avantage économique escompté. *Pour constituer une cause juridique valable et suffisante, l'ensemble des obligations que distribue le contrat à chacune des parties doit donc avoir une géométrie suffisante pour permettre l'exécution de l'opération économique envisagée*²⁶⁵. Qui plus est, cet ensemble doit s'imposer.

2.2. L'opération économique impose ses moyens juridiques

58. Parce qu'il doit permettre l'atteinte du but visé, l'engagement de chacune des parties au contrat *bilatéral* ne doit pas être illusoire²⁶⁶ : il doit être **obligatoire**²⁶⁷. Bien qu'elle puisse prendre plusieurs formes²⁶⁸, en droit posé, c'est la contrainte - en définitive, étatique - qui donne aux engagements ce caractère obligatoire²⁶⁹; c'est elle qui, au final, fige la promesse du débiteur

²⁶⁵ En ce sens, voir en autres : G. WICKER, préc., note 25, p. 101, no. 103, pour qui la « cause du contrat est constituée par tous [les éléments] en l'absence desquels la réalisation du but contractuel devient impossible ». Voir aussi : D. MAZEAUD, « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel », préc., note 26, p. 143, no. 15; « Cause de l'obligation », préc., note 26; J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préc., note 43, p. 157, nos. 164 et suiv.; pp. 283 et 284, nos. 319 et 320; S. GAUDEMET, préc., note 26, pp. 279 et suiv., nos. 544 et suiv.; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, préc., note 26, p. 193, no. 262; L. BAUDOUIN, *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec*, préc., note 122, p. 698. « L'interdépendance marquée par la cause établit l'intégration de la totalité des obligations des parties dans ce qui forme l'acte juridique ».

²⁶⁶ G. PIETTE, préc., note 51, no. 561; J.-M. GUÉGUEN, préc., note 8, p. 354, no. 12. *Rapp.* : R. SEFTON-GREEN, préc., note 237, pp. 271 et 272, nos. 467 et 470. On peut supposer que c'est ce que Capitant entendait lorsqu'il écrivait que la cause de l'un se trouve dans l'exécution de l'obligation de l'autre : A. COLIN et H. CAPITANT, préc., note 142, p. 55, no. 58.

²⁶⁷ Suivant une perspective répandue dont plusieurs reconnaîtront l'empreinte germanique, l'obligation « se compose de deux éléments : la relation de créance et de dette, (*Schuld*) (...) et la relation de contrainte et de responsabilité (*Haftung*) », Fabio KONDER COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Paris, Dalloz, 1964, p. 19, nomme ces deux éléments devoir et engagement. Voir aussi. Nooman M. K. GOMAA, *Théorie des sources des obligations*, Paris, L.G.D.J., 1968, préf. Jean CARBONNIER, p. 255, no. 287 : pour qu'il y ait une obligation, « il faut deux parties (créancier et débiteur), une prestation à effectuer par l'une au profit de l'autre, et enfin la possibilité de l'exécution forcée dans le cas où le débiteur manque à l'exécution volontaire »; Anne-Sophie DUPRÉ-DALLEMAGNE, *La force contraignante du rapport d'obligation (Recherche sur la notion d'obligation)*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2004, préf. Philippe DELEBECQUE, p. 19, parle d'un « rapport d'obligation assorti d'un rapport de contrainte ». De manière plus générale, voir : F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 26, pp. 1 et 2., no. 2; M.-É. ANCEL, préc., note 125, pp. 70 et suiv., nos. 94 et suiv. J.-L. GAZZANIGA, préc., note 56, pp. 18 et 19, nos. 7 et 8; M. TANCELIN, préc., note 22, no. 877; J. PINEAU et S. GAUDET, préc., note 52, pp. 11 et suiv., nos. 5 et suiv.; J.-L. BAUDOUIN, (1970), préc., note 32, p. 9; P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 24, pp. 27 et 28, no. 18. Pour une conception plus imagée – et d'autant plus compréhensible, voir : A. POPOVICI, préc., note 252, pp. 287 et 288.

²⁶⁸ À titre d'exemple, on notera la force d'attraction de certaines sanctions « ajuridiques » - tel que la réputation - dans le commerce de détail. À ce sujet, voir : Lucian A. BEBCHUK et Richard A. POSNER, « One-sided Contracts in Competitive Consumer Markets », (2005-2006) 104 *Michigan Law Review*, 827; Douglas G. BAIRD, « The Boilerplate Puzzle », (2005-2006) 104 *Michigan Law Review*, 933; Shmuel I. BECHER, « Asymmetric Information in Consumer Contracts: The Challenge That Is Yet to Be Met », (2008) 45 *American Business Law Journal*, 728; Jason Scott JOHNSTON, « The Return of Bargain : an Economic Theory of How Standard-Form Contracts Enable Cooperative Negotiation Between Businesses and Consumers », (2005-2006) 104 *Michigan Law Review*, 857.

²⁶⁹ B. STARCK, préc., note 235, p. 159, no. 25. C'est la possibilité pour le créancier de s'adjoindre la force étatique qui marque le véritable critère de l'obligation « civile », voir : D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 18, p. 15, no. 11; A. POPOVICI, préc., note 252, p. 512; P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 24, pp. 28 et 29, no. 19; TANCELIN, préc., note 22, no. 16; G. TRUDEL, préc., note 31, p. 18; C. AUBRY et C. RAU, préc., note 46, no. 307; N. M. K. GOMAA, préc., note 267, p. 255, no. 287; J. CARBONNIER, préc., note 43, p. 1918, no. 922; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 26, pp. 1 et 2., no. 2; M. FABRE-MAGNAN, préc., note 51, p. 2. Sur la distinction entre les obligations civiles et les obligations naturelles, le ministre, dans ses commentaires sous l'article 1554, écrivait : « L'obligation dont l'existence est nécessaire à la validité du paiement peut être tout

et matérialise le désir qu'elle crée chez son créancier.

59. Complément générique, permanent et immuable de ce que Savigny disait être « la véritable obligation »²⁷⁰, la sanction a d'abord une fonction mobilisatrice. C'est elle qui, avant tout, incite chacune des parties à s'engager. « Jamais » notait en ce sens Gounot, « un vendeur ne se dessaisirait de sa chose, un prêteur de ses deniers, jamais un propriétaire ne livrerait la jouissance de son immeuble ou une personne quelconque ses services, si le phénomène juridique de l'obligation ne leur garantissait la réception en retour de l'équivalent escompté et promis »²⁷¹. Le débiteur, ajoutait Capitant quelques années plus tard, « ne consentirait certainement pas à s'obliger, s'il savait que le résultat qu'il se propose ne sera pas obtenu »²⁷².

60. Élément de réconfort psychologique, la contrainte a également, et surtout, pour fonction endogène d'*assurer l'exécution des promesses* : l'engagement « de l'un étant le fondement de celui de l'autre » écrivait Domat, « le premier effet de la convention est que chacun des contractants peut obliger l'autre à exécuter son engagement »²⁷³. En octroyant ainsi au créancier le pouvoir d'exiger l'exécution de la prestation qui en est l'objet²⁷⁴, l'*obligation* lui permet de *s'assurer*, d'une manière ou d'une autre²⁷⁵, l'obtention d'un résultat, ou, à tout le moins, de forcer le débiteur à faire tout ce qui s'impose, selon le standard du moment, pour atteindre un « résultat aléatoire dans l'esprit des parties »²⁷⁶. Après tout, si le contrat est un outil de prévision, la première des anticipations qu'assurent les obligations qui en constituent la charpente est certainement celle de l'exécution ou, à tout le moins, d'une tentative d'exécution des diverses

autant civile que naturelle, la principale distinction entre les deux réside dans le fait que la première est susceptible d'exécution forcée, alors que la seconde ne connaît qu'une exécution volontaire de la part du débiteur » (mes soulignés), MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaire du ministre de la justice*, t.1, « Commentaires sous l'article 1554 C.c.Q. », Québec, Publications du Québec, 1993.

²⁷⁰ « Au point de vue du caractère et du degré d'efficacité, il faut distinguer les obligations pourvues et celles dépourvues d'action (*civiles et naturelles*) : cette distinction est la plus importante des trois (...). L'essence de l'obligation consiste en un état d'assujettissement (...). La manière régulière pour forcer à l'exécution cette liberté assujettie et contrainte, est l'action; aussi l'obligation pourvue d'action (protégée par elle) est-elle par excellence l'obligation proprement dite, la véritable obligation », M. De SAVIGNY, *Le droit des obligations*, t.1, Paris, Auguste Durand, 1863, par. G. DÉRARDIN et P. JOZON, p. 47.

²⁷¹ E. GOUNOT, préc., note 41, p. 355. Ainsi, notait Mourlon à titre d'exemple, « si le vendeur s'oblige à transférer la propriété de la chose qu'il vend, et à livrer, c'est qu'il veut obliger l'acheteur à lui payer une somme d'argent », F. MOURLON, préc., note 40, p. 597, no. 1102 (mes italiques).

²⁷² H. CAPITANT, préc., note 41, p. 7, no. 2.

²⁷³ J. DOMAT, préc., note 50, p. 134; C. AUBRY et C. RAU, préc., note 46, no. 297; A.-S. DUPRÉ-DALLEMAGNE, préc., note 267, p. 141, no. 153 : « La contrainte inhérente au rapport d'obligation donne au créancier les moyens d'obtenir du débiteur son exécution, de le forcer à s'exécuter ». Vu ainsi, il n'est donc pas inexact d'affirmer qu'« [u]ne obligation dépourvue de sanction n'en est pas une », B. STARCK, préc., note 235, p. 159, no. 25. Dans le même sens, voir : P. ESMEIN, préc., note 26, p. 323 : « Qu'est-ce qu'un engagement si ce n'est la promesse de faire ce qui est humainement possible, eu égard aux circonstances, pour procurer un certain résultat? Si une des parties n'y est point tenue, comment parler encore d'engagement de sa part? »; A. POPOVICI, préc., note 252, p. 512 : comment « parler d'une obligation contractuelle que (et si) je ne suis pas obligé d'exécuter »; *Southern Canada Power Co. Ltd. v. Conserverie de Napierville Ltée*, [1967] B.R. 907, p. 912, obs. L. SARNA, préc., note 15, p. 163; *BNP Paribas (Canada) c. Ikea Property Ltd.*, préc., note 1, par. 72.

²⁷⁴ La formule est d'ailleurs pléonastique, puisque c'est le propre du créancier que de pouvoir exiger l'exécution, R. DEMOGUE, t.1., préc., note 43, p. 2, no. 2; C. AUBRY et C. RAU, préc., note 46, no. 296.

²⁷⁵ C.c.Q., art. 1590. Voir la décision de la majorité dans *Glykis c. Hydro-Québec*, 2004 CSC 60.

²⁷⁶ Jean-Marc MOUSSERON, *Technique contractuelle*, 4^e édition, par Pierre MOUSSERON, Jacques RAYNARD et Jean-Baptiste SEUBE, Levallois, Éditions Francis Lefebvre, 2010, p. 259. On reconnaît ici la distinction de principe entre obligation de moyen et de résultat.

prestations qui en forment le contenu. Évidemment, l'idée n'est ni de mépriser l'habileté des stipulants ni, surtout, de nier tout effet aux obligations ajuridiques. Bien au contraire. Mais reste qu'en dernier ressort, seule la contrainte de l'État, permettra de *forcer* l'exécution des prestations nécessaires pour réaliser l'opération convoitée. Marquant la distinction positiviste classique entre morale et droit²⁷⁷, le rapport de contrainte et de sujétion joue donc « un rôle décisif dans la réalisation du but de l'obligation : la satisfaction d'un intérêt du créancier protégé par la loi »²⁷⁸.

61. Parce que le respect de la parole donnée, en elle-même et pour elle-même, relève souvent de « l'angélisme »²⁷⁹, c'est cette assurance « ultimement judiciaire contre les risques d'inexécution »²⁸⁰ qui permettra au créancier, dans une pluralité de scénarios, de combler les attentes qu'il a partagées avec son cocontractant. Certes, ces attentes peuvent être pourvues plus tard²⁸¹, mais en tant que phénomène juridique, elles sont « cristallisées »²⁸² dans le temps et « fixées »²⁸³ dans l'*instrumentum*. Le contrat étant, sous cette forme, l'acte « par lequel les parties choisissent d'assujettir l'avenir au présent »²⁸⁴, tout « se joue [donc] à l'instant de la formation »²⁸⁵. « Promettre par contrat » écrivait Gounot, « c'est opérer un transfert à terme, comme contrepartie de quelque avantage actuel ou futur »²⁸⁶. En s'engageant, le débiteur ne se contente donc ni de dire ni de constater : il fait. L'énoncé n'en est pas un de simple volonté : il génère l'action. Il est, en ce sens, *performatif*.

62. Gardien de l'intangible « sécurité juridique », le caractère contraignant inhérent à l'obligation civile - voire, plus largement, à toute la norme contractuelle - assure ainsi la transition de « l'imaginé au réel »²⁸⁷; transformant le désir en créance, il crée, dès sa naissance, un avantage patrimonial dont profitera le créancier²⁸⁸. Pas étonnant, sous cet angle, que l'on dise du *droit de créance* qu'il « constitue une valeur dans le patrimoine de son titulaire »²⁸⁹. C'est sans grande surprise, non plus, que malgré une hésitation grandissante, l'on admette encore et toujours que

²⁷⁷ Nicholas KASIRER, « Honour Bond », (2001) 47 *RD McGill* 237, sur l'absence de sanction du devoir imposé à l'enfant par l'article 597 C.c.Q., p. 244.

²⁷⁸ F. KONDER COMPARATO, préc., note 267, p. 49, no. 30.

²⁷⁹ M.-A. GRÉGOIRE, préc., note 15, p. 63.

²⁸⁰ J.-G. BELLEY, « Sans foi, ni loi : l'indépendance contractuelle », préc., note 223, p. 221.

²⁸¹ C.c.Q., art. 1372, al. 2.

²⁸² Le mot est emprunté au professeur J.-G. BELLEY, « Sans foi, ni loi : l'indépendance contractuelle », préc., note 223, p. 222, note 37.

²⁸³ M.-É. ANCEL, préc., note 125, p. 95, no. 135.

²⁸⁴ R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », préc., note 225, p. 224. *Voir aussi* : J. M. MOUSSERON et al., préc., note 276, p. 249 : dans le contrat, le « futur exprime au premier degré la prévision et, au second degré, la contrainte »; Comme le soutient le professeur Larroumet, s'il « y a engagement, il y a exécution attendue de cet engagement, tout engagement étant évidemment pris pour être exécuté », C. LARROUMET, préc., note 37, p. 459; M.-É. ANCEL, préc., note 125, p. 95, no. 135 parle de « l'acte d'engagement ».

²⁸⁵ R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », *id.*, p. 224.

²⁸⁶ E. GOUNOT, préc., note 41, p. 354.

²⁸⁷ Jean-Marc MOUSSERON, « La gestion des risques par le contrat », (1988) 87 *RTD. Civ.* 481, p. 482.

²⁸⁸ Alain SÉRIAUX, « Le futur contractuel », dans *Le droit et le futur*, Paris, P.U.F., 1985, p. 83; C. AUBRY et C. RAU, préc., note 46, no. 296, parlait, plus justement, d'un droit personnel. *Voir aussi* : *BNP Paribas (Canada) c. Ikea Property Ltd.*, préc., note 1, par. 72.

²⁸⁹ P. WÉRY, préc., note 257, p. 15, no. 6.

c'est à la formation du contrat que doivent être contrôlés les intérêts²⁹⁰. Pas surprenant, enfin, que la tradition demeure, et qu'on dise encore et toujours de la cause des obligations du créancier qu'elle est le reflet spéculaire des *obligations* du débiteur; après tout, une personne *s'obligeant* parce qu'une autre *s'engage* à son tour, on conçoit facilement que la cause de ces engagements dépasse la simple contrepartie, objet de la prestation du cocontractant.

63. Conclusion de section – À titre d'outil *juridique*, le contrat bilatéral est constitué d'une foule de normes qui ont pour fonction d'assurer la juste exécution d'une opération *économique* donnée. Parmi ces normes, se trouvent les obligations. Transformant le désir en réalité, ces obligations ont pour rôle de forcer ou, à tout le moins, de favoriser la réalisation de l'opération qui permettra d'atteindre le résultat escompté par chacune des parties. À ce titre, pour pouvoir mener à bien leur mission, elles doivent être présentes en nombre suffisant dans le contrat, avoir une circonférence adéquate, et être distribuées efficacement entre les parties. À défaut, l'opération est menacée, le résultat escompté illusoire, et la cause de l'engagement de l'une ou l'autre des parties, inexistante.

Conclusion de Partie

64. Reflétant encore et toujours les obligations du cocontractant, la cause « des obligations » d'une partie n'a ni identité ni contenu propres. Pour le dire ainsi, si, dans le contrat synallagmatique à titre onéreux, sa géométrie *s'apprécie* de manière objective, c'est parce qu'elle est nécessairement et inlassablement tributaire de la géométrie de l'ensemble des obligations de son cocontractant qui, elle, est taillée en fonction de l'opération typique ou atypique que souhaitent mettre en œuvre les parties. Sous cet angle, mais sous cet angle seulement, la cause demeure la « raison objective, impersonnelle et abstraite qui explique qu'une personne soit tenue par un lien d'obligation, indépendamment de tout motif purement personnel »²⁹¹; conservant tout le flegme de ses ancêtres, elle n'est encore « subjective [que] par l'étroitesse des liens qui l'unissent au consentement »²⁹². Différence de taille, toutefois, avec la cause d'autrefois, celle d'aujourd'hui n'est plus vouée à *refléter* une série prédéterminée d'obligations découlant d'opérations fixées et encadrées par une dogmatique abstracisante. Dans une perspective fonctionnelle du contrat, on reconnaît en effet que les parties s'entendent d'abord à réaliser une opération *spécifique* « dont elles attendent la satisfaction de certains intérêts »²⁹³, pour ensuite

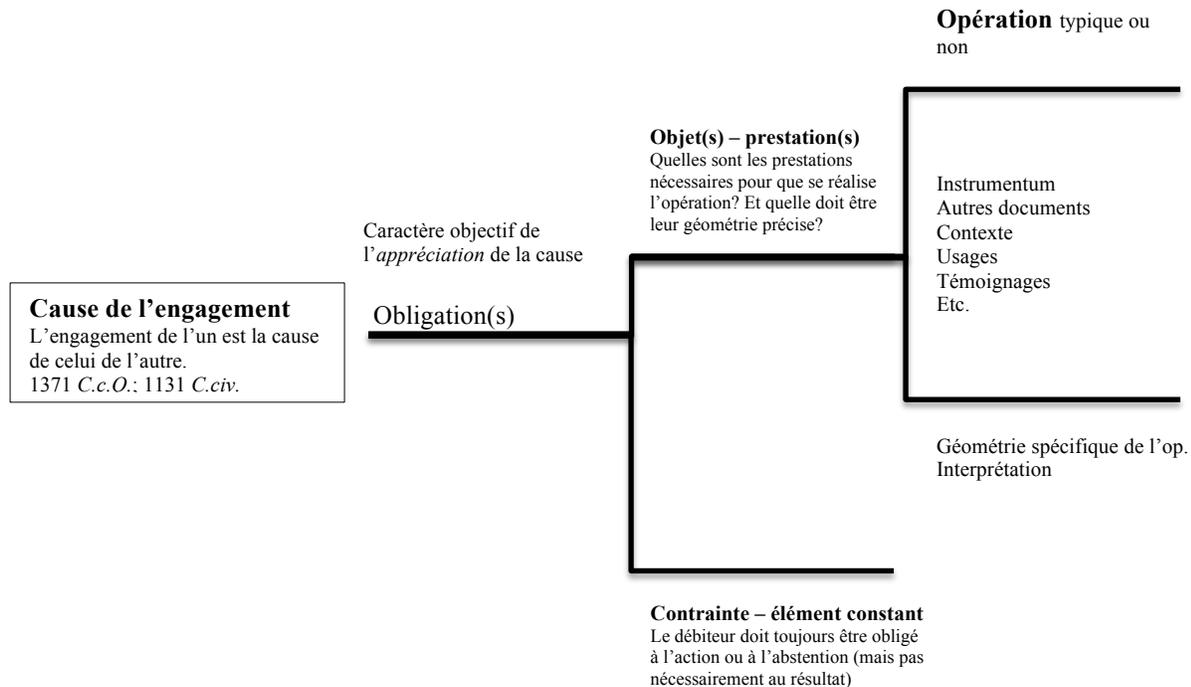
²⁹⁰ C. LARROUMET, préc., note 37, p. 460, no. 470; J. GHESTIN, *La formation du contrat*, préc., note 25, pp. 888 à 890, no. 878. A. SÉRIAUX, *Manuel de droit des obligations*, préc., note 25, p. 57; M. FABRE-MAGNAN, préc., note 51, pp. 418 à 421 : si l'intérêt disparaît postérieurement, c'est un autre régime qui prendra la relève, ex: *Aéroports de Montréal c. Hôtel de l'aéroport de Mirabel inc.*, préc., note 167, par. 51; *Cass. Civ. 1^{re}*, 17 juin 2008, pourvoi no. 07-15477, obs. Denis MAZEAUD, (2008) 4 RDC 1133.

²⁹¹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaire du ministre de la justice*, t.1, « Commentaires sous l'article 1371 C.c.Q. », Québec, Publications du Québec, 1993, p. 458; Cf. Sous-commission, 18 septembre 1991, SCI-471 et SCI-472, à la demande de la Chambre des notaires et du Barreau.

²⁹² V. FORRAY, préc., note 32, p. 374, no. 515. *Rapp.* : L. BAUDOUILIN, *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec*, préc., note 122, p. 696.

²⁹³ H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, préc., note 9, p. 129, no. 26.

déduire de cette opération un ensemble d'obligations *nécessaires à sa réalisation*. Parce qu'il est déterminé en fonction de cette finalité concrète et spécifique, l'ensemble d'obligations qui échoit à chacune des parties n'est ni abstrait ni impénétrable; il est, au contraire, tributaire du choix des parties et, surtout, de l'opération qu'elles souhaitent mettre en œuvre. **La réflexion est donc maintenant spéculaire et concrète.**



65. Si la cause des obligations de l'un réside encore et toujours dans l'ensemble des obligations de l'autre, c'est donc parce que cumulés, ces deux ensembles d'obligations permettent de mettre en œuvre l'opération qui fournira à chacune des parties l'avantage escompté. Dans ce contexte, que les obligations nécessaires à l'exécution de l'opération soient programmées par l'addition de l'expérience prétorienne ou qu'elles nécessitent une détermination ponctuelle ne change rien; dans tous les cas, non seulement devront-elles être *stipulées* à l'acte, *imposées* et *correctement distribuées*, mais aussi leur géométrie devra-t-elle être *adaptée* à la fin poursuivie. À défaut, la traduction de l'entente vers l'*instrumentum* sera viciée, l'avantage que promettait l'exécution de l'opération illusoire et l'engagement de celui qui devait en bénéficier *sans cause*. Dans ce contexte, juger de l'existence d'une cause « ne revient donc pas à évaluer si le but visé a été atteint, mais si le but visé, dès la conclusion du contrat, pouvait être atteint, étant donné le contenu de l'acte »²⁹⁴.

²⁹⁴ J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préc., note 43, p. 283, no. 319.

Partie II – La cause comme limite à l'incohérence matérielle du contrat

66. Dans sa fonction de *guide*, la cause permet au juge de *mesurer* la cohérence matérielle du contrat. Reflétant les moyens nécessaires à sa mise en œuvre, elle est la traduction juridique et binaire de l'opération économique qui promet ou, à tout le moins, annonce aux parties le résultat qu'elles recherchent. Sous cet angle, elle constitue donc *l'étalon* permettant de mesurer l'adéquation entre l'opération économique et sa traduction juridique. Dans sa fonction de *mécanisme* de protection de la réciprocité des engagements, maintenant, la cause que codifie l'article 1371 *C.c.Q.* permet, à l'instar de celle que l'on retrouve à l'article 1131 *C. civ.*, de *maintenir* cette adéquation. Pour le dire ainsi, elle donne au juge les ressources nécessaires pour limiter l'incohérence qu'insufflent parfois au contrat certaines stipulations. Sous cet angle, elle octroie à ce dernier les moyens nécessaires pour protéger (Section I) et imposer (Section II) la cohérence matérielle du contrat.

Section I - La cause protège la cohérence

67. En tant que condition de validité des conventions, la cause a pour fonction d'assurer que le contrat bilatéral codifie bel et bien un échange et, *a fortiori*, qu'il matérialise l'avantage négocié par chacune des parties. À ce titre, elle est, depuis toujours, l'instrument qu'offre au juge le droit commun pour annuler les contrats en manque de réciprocité (1.1.). S'ajustant à l'air du temps, elle est aujourd'hui mise à profit pour priver de valeur les clauses qui transforment le contrat en un mouvement unilatéral ou le privent de tout intérêt pour l'une ou l'autre de ses parties (1.2.).

1.1. La protection de l'échange, fonction traditionnelle de la cause

68. Gardienne de la réciprocité, la cause a toujours eu pour rôle (B) de protéger l'échange et, par-delà, les intérêts qu'il a pour but de satisfaire (A).

A. L'échange - et la satisfaction des besoins - comme fonctions du contrat synallagmatique

69. Héritage de l'individualisation des sociétés, le concept de propriété, source et fin de la séparation des ressources, force à concevoir – et vivre – une partie importante des relations humaines sous l'angle de la division²⁹⁵. Biens, efforts, savoir, espace et temps sont ainsi conçus comme des « choses »²⁹⁶ *appartenant* à une personne, « être de besoins »²⁹⁷, qui, sauf rares exceptions, peut autant en jouir que s'en départir.

70. *Le contrat, outil de réalisation d'un échange* - Dans la Grèce antique d'Aristote,

²⁹⁵ Voir : Rodolfo SACCO, « À la recherche de l'origine de l'obligation », (2000) 44 *Arch. phil droit* 33, p. 40.

²⁹⁶ J.-M. MOUSSERON et al., préc., note 276, p. 157.

²⁹⁷ Jean-Michel POUGHON, « 1804-2004 : D'une lecture civiliste de l'économique à une lecture économique du droit civil », (2006) 46 *C. de D.* 427, p. 433.

c'est le *Sunnalagmata* volontaire²⁹⁸, un « acte de justice commutative »²⁹⁹ qui permet l'échange « des biens, des richesses [et] des services »³⁰⁰ ou, pour le dire ainsi, le « va-et-vient de biens entre patrimoines privés »³⁰¹. Outil de « coopération entre humains »³⁰², l'échange ne fait toutefois pas encore l'objet d'une construction juridique catégorique et systématique. Ce n'est, en effet, qu'à l'époque classique que graduellement, *le contrat* devient un « phénomène économique général »³⁰³. Outil prédominant de transmission des ressources, le modèle juridique de l'échange se contente toutefois de s'adapter, voire de se plier aux mouvements et besoins économiques les plus fréquents³⁰⁴. Seules les circulations communes et répandues sont ainsi capturées par le droit qui, du même coup, se refuse à reconnaître une myriade d'autres mouvements bilatéraux³⁰⁵.

71. Sélectif, le droit de l'Empire ne sera toutefois pas éternellement rébarbatif; au fil des ans, il s'ouvrira tranquillement à la diversité, jusqu'à en être éventuellement tributaire. Une « nouvelle étape sera alors franchie et une classification des contrats, fondée sur un critère économique, sera élaborée, à l'intérieur même de l'ordre juridique »³⁰⁶; la classification traditionnelle des contrats nommés et innommés s'effaçant graduellement, « une présentation davantage économique, opposant les contrats à titre onéreux aux contrats à titre gratuits, [lui sera] substituée »³⁰⁷. Justifié par la quête d'un avantage, d'une valeur que possède autrui, le contrat à titre onéreux sera, de fait, perçu comme l'outil porteur d'un échange patrimonial.

72. Transportée par les canonistes³⁰⁸, la fonction générique du contrat à titre onéreux ne sera en rien modifiée par les interprétations subséquentes. À la suite de Pufendorf³⁰⁹, Domat, dans ses remarques d'ouverture sur le chapitre « Des engagements », écrira que: « [l]'usage des conventions est une suite naturelle de l'ordre de la société civile, et des liaisons que Dieu forme entre les hommes. Car comme il a rendu nécessaire, pour tous leurs besoins, l'usage réciproque de

²⁹⁸ Jean-Michel POUGHON, « Une constante doctrinale », préc., note 124.

²⁹⁹ É. CHARPENTIER, « Les fondements théoriques de la transformation du rôle de l'équilibre des prestations contractuelles », préc., note 61, pp. 71 et 72. Pour un exposé actualisé des théories de la justice commutative, voir : Ernest J. WEINRIB, « Corrective Justice in a Nutshell », (2002) 52 *U of T. L. Journal* 349.

³⁰⁰ J.-M. POUGHON, « Une constante doctrinale », préc., note 124, p. 47. L'échange est entendu ici « comme un concept d'une extrême généralité, englobant toute opération de transfert réciproque d'objets (...) [qui] reflète ainsi le monde des rapports bilatéraux », J.-M. POUGHON, *Histoire doctrinale de l'échange*, préc., note 42, p. 26, no. 52.

³⁰¹ A. SÉRIAUX, « La notion de contrat synallagmatique », préc., note 42, p. 779. En ce sens, le *sunnalagmata* partage la fonction du contrat à titre onéreux contemporain. Voir aussi : E. CHARPENTIER, « Les fondements théoriques de la transformation du rôle de l'équilibre des prestations contractuelles », préc., note 61, p. 71, note 3; F. CHÉNEDÉ, préc., note 42, p. 114.

³⁰² R. SACCO, préc., note 295, p. 35.

³⁰³ J.-M. POUGHON, « Une constante doctrinale », préc., note 124, pp. 49 et 50; J.-L. GAZZANIGA, préc., note 56, pp. 117 et suiv.

³⁰⁴ J.-M. POUGHON, *id.*, p. 49; J.-L. GAZZANIGA, préc., note 56, pp. 125 et suiv.; E. CHEVREAU, Y. MAUSEN et C. BOUGLÉ, préc., note 56, pp. 66 et suiv.

³⁰⁵ J.-M. POUGHON, « Une constante doctrinale », préc., note 124, p. 49.

³⁰⁶ *Id.*, p. 51.

³⁰⁷ *Id.*

³⁰⁸ Par exemple, chez Thomas, l'engagement était voué soit à échanger, soit à donner, J. GORDLEY, préc., note 59, p. 12. Voir aussi la p. 23, où l'auteur conclut que le contrat, chez Thomas, dépend des fins qu'il poursuit.

³⁰⁹ M.-É. ANCEL, préc., note 125, p. 91, no. 128, écrit : « Pufendorf, partisan du consensualisme, vit dans le contrat un moyen d'échange de biens, échange rendu nécessaire, et de droit naturel, par la faiblesse humaine »; J.-M. POUGHON, *Histoire doctrinale de l'échange*, préc., note 42, p. 86, no. 143.

leur industrie et de leur travail, et les différents commerces des choses, c'est principalement par les conventions qu'ils s'en accommodent»³¹⁰. Cambacérés, quelques décennies plus tard, ira même jusqu'à affirmer que « [l]'homme, quoique propriétaire de sa personne et de ses biens, ne peut jouir pleinement du bonheur qu'il a le droit d'attendre de la société, si elle ne lui accorde, ou plutôt si elle ne lui laisse le droit de disposer à son gré de cette double propriété », avant d'ajouter que « de là naît le droit de contracter »³¹¹. À cela, Portalis se contentera d'ajouter que le contrat, comme la succession, « sont les grands moyens d'acquérir ce qu'on n'a point encore; et de disposer de ce que l'on a »³¹².

73. Bien que légèrement camouflée par la vision volontariste qui laissera son empreinte sur une partie des XIXe et XXe siècles, cette perspective économique du contrat synallagmatique survivra aux codifications française³¹³ et québécoise³¹⁴ : « *Donnant, donnant* », diront ainsi Ripert et Boulanger, « telle est la loi qui domine le contrat »³¹⁵. Calqué sur cette figure connue depuis Rome qui traduit encore et toujours le *syllagma*³¹⁶, le contrat de droit commun aura donc pour fonction systémique la mise en œuvre d'un échange – souvent instantané - de valeurs³¹⁷. Il sera, pour le dire ainsi, un outil *performatif* dont la fonction *juridique* est de permettre la circulation des biens et des services.

74. Retrouvant cette fonction juridique, la doctrine contemporaine insiste de plus en plus sur le caractère purement opératoire du contrat. La convention ne se conçoit plus tant comme un ensemble d'obligations, que comme le support d'une opération économique dont les obligations, modalités, conditions et autres devoirs comportementaux ne sont que des nécessités fonctionnelles, des moyens permettant l'atteinte d'une fin particulière³¹⁸. Dans le même ordre d'idée, les théoriciens développent et approfondissent une nouvelle typologie contractuelle, plus sensible et plus près de la réalité, qui *a priori*, oppose les commutations aux distributions³¹⁹, la

³¹⁰ J. DOMAT, préc., note 50, p. 121.

³¹¹ V. CAMBACÉRÈS, préc., note 79, pp. 107 et 108.

³¹² J.-É.-M. PORTALIS, préc., note 78, p. 56.

³¹³ C. civ., art. 1106; J. GHESTIN, « Le contrat en tant qu'échange économique », préc., note 143, pp. 83 et 84; « La notion de contrat », (1990) 12 *Droits* 1, p. 21 : « Dans le Code civil, le contrat synallagmatique est précisément celui qui réalise un échange ». *Rapp.* : Jacques MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français », dans *Journées René Savatier. L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Paris, P.U.F., 1985, 41, pp. 56 à 58.

³¹⁴ Par exemple, G. TRUDEL, préc., note 31, p. 113 : « [l]es contrats se caractérisent par un ensemble de choses qu'une personne veut obtenir d'une autre en lui concédant une compensation ».

³¹⁵ G. RIPERT et J. BOULANGER, préc., note 45, p. 113, no. 303.

³¹⁶ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, préc., note 256, p. 434 ; A. SÉRIAUX, « La notion de contrat synallagmatique », préc., note 42, pp. 779 et 780.

³¹⁷ J. ROCHFELD, *id.*, pp. 436 et 437. J.-M. POUGHON, *Histoire doctrinale de l'échange*, préc., note 42, pp. 126 à 134, nos. 199 à 211; pp. 153 à 155, nos. 237 à 239; « Une constante doctrinale », préc., note 124, p. 56; A. SÉRIAUX, « La notion de contrat synallagmatique », préc., note 42, p. 782; J. GHESTIN, « La notion de contrat », préc., note 313, p. 21.

³¹⁸ Contrat et économie seraient, en ce sens, complémentaires : Louise ROLLAND, « Les frontières de l'ordre contractuel : les traçages économiques et juridiques », (2006) 47 *C. de D.* 13, p. 14 à 19. *Rapp.* : J.-M. POUGHON, *Histoire doctrinale de l'échange*, préc., note 42, pp. 154 et 155, no. 239.

³¹⁹ Voir : J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, préc., note 256, pp. 449 et 450 F. CHÉNEDE, préc., note 42, pp. 47 et suiv., 73 et suiv., 112 et 113.

transaction à la relation³²⁰, le contrat au statut³²¹. Bien que leur objet fasse plus souvent place à l'effort et au risque qu'à la circulation de valeurs à proprement parler, et quoique l'opération qu'ils proposent soit moins directe, plus dissipée et certainement plus fluctuante que le traditionnel échange instantané, ces modèles n'en remettent pas pour autant en question la fonction première. À vrai dire, leur multiplication ne fait qu'amplifier la perspective du contrat-outil qui, malgré les diverses formes qu'il peut prendre, reste « l'instrument privilégié » de l'échange³²², le « moyen privilégié de faire passer des biens d'une personne à une autre »³²³ et « d'assurer la prestation de divers services »³²⁴.

75. *Le contrat, outil de satisfaction des besoins* – S'il est l'outil grâce auquel « les échanges de richesses peuvent se réaliser »³²⁵, le contrat est également, et surtout, l'instrument qui permet de satisfaire ou, plus exactement, de tenter de satisfaire les besoins des parties. Après tout, pourquoi échanger si ce n'est pour satisfaire un besoin?

76. Loin d'être novatrice, cette perspective *économique* du contrat se dessine d'ailleurs déjà dans les textes du *Digeste*. En effet, si l'échange y est « une opération que l'on envisage toujours sous un angle juridique », note à cet effet le professeur Poughon, « il apparaît également comme un acte conçu en fonction des préoccupations économiques de chacun des contractants »³²⁶. Cession réciproque d'objets dans sa forme juridique, l'échange est alors conçu, sous sa forme économique, comme étant la « cession de l'inutile et du superflu en vue de l'acquisition de l'utile », bref l'opération qui « procure un avantage à chacune des parties »³²⁷.

77. Reprise à l'époque médiévale, cette conception économique de l'échange fera son chemin jusque dans le *Code civil français*. Cambacérès dira ainsi du droit de contracter qu'il « n'est que la faculté de choisir les moyens de son bonheur »³²⁸, avant d'ajouter que les « hommes ne traitent

³²⁰ L. ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », préc., note 137, pp. 920 et suiv. ; J.-M. MOUSSERON, « La gestion des risques par le contrat », préc., note 287, p. 481, no. 1 : « S'il est vrai que l'homme diffère de l'animal en ce qu'il a mémoire et projet, le contrat est l'instrument distinctif de la société humaine en ce qu'il inscrit une opération économique dans la durée ».

³²¹ R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », préc., note 225, p. 224.

³²² J. GHESTIN, *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français*, préc., note 25, p. 65. Voir, dans le même sens : D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 18, pp. 5 et suiv. Un peu plus loin, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 24, p. 81, no. 54; M. TANCELIN, préc., note 22, no. 53; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 26, p. 27; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, 5^e, préc., note 62, p. 181, no. 400; M. FABRE-MAGNAN, préc., note 51, pp. 10 à 13; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, préc., note 26, p. 35, no. 61. Voir aussi : Paul-André CRÉPEAU, « Réflexions sur la définition législative du contrat », dans Jean-Guy BELLEY (dir.), *Colloque du trentenaire / Thirtieth Anniversary Conference 1975-2005, Regards croisés sur le droit privé / Cross-Examining Private Law*, Cowansville, Yvon Blais, 2008, 235, pp. 246 à 248 qui en note également les autres fonctions.

³²³ P.-A. CRÉPEAU, « La fonction du droit des obligations », préc., note 220, p. 749, no. 23.

³²⁴ *Id.*

³²⁵ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 18, p. 5, no. 1.1; Voir aussi : C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », préc., note 5, no. 12.

³²⁶ J.-M. POUGHON, *Histoire doctrinale de l'échange*, préc., note 42, p. 33, no. 62.

³²⁷ *Id.*

³²⁸ V. CAMBACÉRÈS, préc., note 79, p. 108.

entre eux que pour s'assurer des avantages »³²⁹. Pour sa part, Portalis n'abordera pas la question de front, mais la lecture de son discours classique laisse à penser que l'idée est, chez lui, sous-jacente à sa conception des relations humaines. Ainsi, c'est en opposant l'intérêt égoïste à l'intérêt commun qu'il tracera la différence entre le mariage et la société de droit commun : « [d]ans les sociétés ordinaires, on stipule pour soi, sur des intérêts obscurs et privés, et comme arbitre souverain de sa propre fortune »³³⁰.

78. Aux XVIII^e et XIX^e siècle, les économistes réaffirmeront l'aspect fonctionnel du contrat qui ne sera considéré qu'en sa qualité de moyen d'échange « où chacun cède l'inutile pour acquérir l'utile »³³¹ et contracte « pour réaliser ses désirs »³³² et satisfaire ses besoins. La pensée économique colonisera alors tranquillement l'esprit des juristes ; « la jouissance individuelle » deviendra, dès lors, « le fondement de toute opération juridique »³³³. Toute « personne qui s'oblige volontairement », écrira ainsi Capitant au début du XX^e siècle, dans sa réplique aux anticausalistes, « poursuit un but d'ordre économique ou pécuniaire, et elle ne s'oblige que pour arriver à l'atteindre »³³⁴. Les contrats à titres onéreux, ajoutera Trudel quelques décennies plus tard, « se caractérisent par un ensemble de choses qu'une personne veut obtenir d'une autre en lui concédant une compensation »³³⁵. Dans le même sens, Demogue dira des obligations en général, qu'elles « existent pour donner satisfaction aux créanciers »³³⁶. Plus éloquent encore, Gounot, dans sa fronde contre l'autonomie de la volonté, écrira que du contrat qu'il « n'est pas quelque chose qui se justifie à soi-même et qui porte en soi sa propre raison d'être ». Il n'est, ajoutera-t-il, « qu'un *instrument* de la vie sociale, le moyen naturel de *la satisfaction réciproque des besoins humains* »³³⁷.

79. Loin d'être marginalisée, cette perspective individualiste du contrat, outil de satisfaction des besoins, est aujourd'hui tellement répandue qu'elle permet d'affirmer, sans peur de se tromper, que « chacune des parties consent à l'autre des droits subjectifs, en sacrifice des ses propres intérêts mais en considération d'intérêts futurs pouvant être assouvis en contrepartie »³³⁸. Variant au gré des contractants, ces intérêts sont le résultat de ce qui aura été négocié, imposé ou, encore plus fréquemment, accepté par le juge chargé de les apprécier³³⁹. Dans tous les cas, quelle que soit la nature des intérêts que tend à matérialiser une opération donnée, c'est à la cause, condition de validité de *tout* contrat, que revient le rôle de les protéger.

³²⁹ *Id.*, p. 169.

³³⁰ J.-É.-M. PORTALIS, préc., note 78, p. 42.

³³¹ J.-M. POUGHON, « Une constante doctrinale », préc., note 124, p. 54.

³³² J. GHESTIN, « Le contrat en tant qu'échange économique », préc., note 143, p. 84, no. 5.

³³³ J.-M. POUGHON, « Une constante doctrinale », préc., note 124, p. 54.

³³⁴ H. CAPITANT, préc., note 41, p. 7, no. 1.

³³⁵ G. TRUDEL, préc., note 31, p. 113.

³³⁶ R. DEMOGUE, t. 1, préc., note 43, p. 18, no. 8.

³³⁷ E. GOUNOT, préc., note 41, p. 351 (mes italiques).

³³⁸ Judith ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », dans G. GOUBEUX et al. (dirs.), *Études offertes à Jacques Ghestin : le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, 747, p. 747.

³³⁹ *Supra*, Partie I, Section I, 1.2.

B. La protection des fonctions du contrat par la cause

80. Dans l'ancien droit romain – qui, nous l'avons vu, ne connaît « pas de notion générale de contrat »³⁴⁰, et où seuls existent les contrats formels³⁴¹, le but de l'opération, ainsi que ses raisons d'être, ne sont que très rarement pris en compte par le système juridique. La formalité, « vêtement » de l'obligation, étant, en effet, suffisante, en elle-même, pour obliger le débiteur à s'exécuter, ce dernier est lié, quoiqu'il advienne³⁴², et quand bien même sa prestation n'est pas compensée³⁴³.

81. Exception faite d'une série restreinte de mécanismes prétoriens de neutralisation des engagements sans contrepartie³⁴⁴ et de ce qui semble être une timide intégration de la notion en droit tardif³⁴⁵, le but ayant poussé les parties à contracter ne sera pas davantage considéré par les prêteurs des époques classique et tardive³⁴⁶. Ignorée des époques franques et féodales³⁴⁷, la cause devra donc attendre les temps médiévaux pour être consacrée à titre de principe³⁴⁸. Libérant le consentement des lourdes formalités jusque-là requises pour octroyer aux échanges leur caractère obligatoire³⁴⁹, la cause deviendra alors son seul complément, voire « le vêtement qui transforme

³⁴⁰ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, préc., note 256, p. 466, no. 24; J. GHESTIN, *Cause et validité*, préc., note 26, p. 136, no. 197.

³⁴¹ Paul-Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e édition, par Jean-Philippe LÉVY, Paris, Dalloz, 2003, p. 485. E. CHEVREAU, Y. MAUSEN et C. BOUGLÉ, préc., note 56, p. 40, parlent d'un « formalisme interne ». Ils notent que « cela ne signifie pas pour autant que ce type d'*actus* est exclusif de toute volonté. Au contraire, dans un système qui, au début, ne reconnaît pas à l'expression de deux volontés le pouvoir de créer des engagements juridiquement contraignants, et qui, par la suite, borne la naissance d'obligations *ex consensu* aux seuls contrats consensuels, le formalisme a une fonction importante. En raison de son caractère abstrait, il sert de cadre juridique à l'expression des volontés particulières, à condition toutefois de respecter le rituel à la lettre ». Dans le même sens, voir : C. ATIAS, *Précis*, préc., note 53, pp. 251 et 252, nos. 338 et 339.

³⁴² F. TERRÉ, P. SMILER et Y. LEQUETTE, préc., note 26, p. 345, no. 335; E. CHEVREAU, Y. MAUSEN et C. BOUGLÉ, *id.*, p. 49; P.-F. GIRARD, préc., *id.*, p. 485.

³⁴³ Tel sera le cas de celui s'étant engagé à rembourser un prêt, malgré qu'il n'ait jamais reçu la somme d'argent promise. Au III^e siècle apparaîtra cependant l'exception « non numeratae pecuniae », laquelle permet à l'emprunteur de nier avoir reçu la somme. Cette négation renverse la charge de la preuve. Il revient alors au prêteur de prouver qu'il a bien « livré » la somme, D. DEROUSSIN, préc., note 57, pp. 323 et 324.

³⁴⁴ L'exception de dol, par exemple, permettra au débiteur d'une *stipulation* sans contrepartie de figer l'action du créancier lui réclamant l'exécution de cette obligation. Par ailleurs, l'action de *condictio* – aux fondements extracontractuels – obligera le créancier à restituer au débiteur, sur demande, le paiement qu'il a exécuté et ce, « que la promesse ait été exécutée sans cause dès l'origine ou que cette cause vienne par la suite à manquer du fait de l'absence de la contrepartie voulue ». Timide intégration, s'il en est, car la cause ne sera toujours pas créatrice de l'obligation; elle « intervien[dra] plutôt comme un moyen de corriger au nom de l'équité les injustices les plus criantes auxquelles le caractère abstrait de la stipulation pouvait donner lieu », D. DEROUSSIN, *id.*, p. 323; G. CHEVRIER, préc., note 55, p. 5.

³⁴⁵ P.-F. GIRARD, préc., note 341, pp. 484 à 487. Cette intégration est cependant très limitée, voir : D. DEROUSSIN, préc., note 57, pp. 325 à 327; J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, préc., note 56, p. 866; R.-M. RAMPENBERG, préc., note 66, p. 25.

³⁴⁶ G. CHEVRIER, préc., note 55, p. 6 : des « textes romains ne dérivait aucune théorie de la cause ». R.-M. RAMPENBERG, *id.*, à la p. 22 : « [à] l'époque de l'apogée du droit classique romain, (...) tout en conservant son acception d'origine d'action en justice, *causa* peut aussi signifier selon les contextes : situation, condition, statut, régime juridique, caractère spécifique, nature ». Voir aussi : J. GHESTIN, *Cause et validité*, préc., note 26, p. 12; G. RIPERT et J. BOULANGER, préc., note 45, pp. 103 et 104, no. 284.

³⁴⁷ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN et C. BOUGLÉ, préc., note 56, pp. 107 et 108.

³⁴⁸ J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, préc., note 56, p. 866.; F. TERRÉ, P. SMILER et Y. LEQUETTE, préc., note 26, p. 346, no. 335.

³⁴⁹ Martin BOODMAN, John E.C. BRIERLEY et Roderick A. MACDONALD (dirs.), *Quebec Civil Law. An introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Edmond Montgomery, 1993, p. 409, no. 438.

le simple échange de consentement en contrat »³⁵⁰.

82. Équitable, en ce qu'elle assure une réciprocité minimale³⁵¹, et beaucoup plus efficace, en ce qu'elle facilite les échanges³⁵², cette construction canoniste permettra de combiner « la sécurité que procure la forme stricte avec la souplesse que garantit le consentement nu »³⁵³. Ne restera alors qu'à ce que « [l']autorité du droit romain, ébranlée par la critique historique, s'effac[e] devant l'ordre naturel révélé par la raison »³⁵⁴, pour que le concept trouve sa nouvelle place dans le droit français : une condition de validité de formation des conventions.

83. En faisant ainsi de la cause une telle condition³⁵⁵, les rédacteurs du *Code Napoléon* et du *Code civil du Bas-Canada*, écriront donc un droit commun qui comporte « un contrôle judiciaire de l'équilibre des engagements et des raisons qui les justifient »³⁵⁶. Mécanisme de prohibition des abstractions infertiles et ineffectives³⁵⁷, la notion deviendra, en effet, « dépositaire du synallagma dans lequel elle trouve son essence »³⁵⁸. Permettant au juge d'encadrer le consentement et d'en vérifier l'existence³⁵⁹, elle servira donc de mécanisme de contrôle de l'existence et de la véracité de l'échange que doit codifier tout contrat bilatéral.

84. Première « pièce du mécanisme contractuel »³⁶⁰, « matrice »³⁶¹ de la relation bilatérale, la cause matérialise encore aujourd'hui ce pont entre les engagements, « au cœur de notre

³⁵⁰ D. DEROUSSIN, préc., note 57, p. 331. Sur les liens entre la cause et la disparition du formalisme, V. FORRAY, préc., note 32, p. 390, no. 543; C. ATIAS, *Précis*, préc., note 53, p. 252, nos. 338 et 339.

³⁵¹ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN et C. BOUGLÉ, préc., note 56, p. 143.

³⁵² C. ATIAS, *Précis*, préc., note 53, p. 252, no. 339.

³⁵³ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN et C. BOUGLÉ, préc., note 56, p. 143.

³⁵⁴ G. CHEVRIER, préc., note 55, p. 187 : « C'est à partir du XVI^e siècle seulement, que la doctrine transforma la technique des contrats. Elle ne se contenta plus de choisir et d'utiliser des matériaux d'emprunt; elle s'efforça d'élever un système sur des bases neuves. L'autorité du droit romain, ébranlée par la critique historique, s'effaça devant l'ordre naturel révélé par la raison. Notre théorie [sur la cause] est un exemple frappant de cette évolution. Ne connaissant par les bornes que lui imposaient des classifications surannées, elle devint commune à tous les contrats. Son centre se déplace : elle gravitait autour des preuves; elle tient maintenant à la formation des conventions. La synthèse est achevée au XVIII^e siècle; elle passera, sans changement, dans le Code Civil ».

³⁵⁵ C. civ., Livre III, Titre III, Chapitre II « Des conditions essentielles pour la validité des conventions », art. 1108 et 1131; C.c.B.C., Livre III, Titre III, Chapitre I, Section I « De ce qui est nécessaire pour la validité des contrats ».

³⁵⁶ C. ATIAS, *Précis*, préc., note 53, p. 251, no. 336; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, 5^e, préc., note 62, p. 311. V. CAMBACÈRES, préc., note 79, p. 108, parlera d'un « remplacement par équipollent ». De même, dans son troisième projet, il ajoutera, p. 170, citant Pothier, écrira qu'il est « indispensable » que la convention « ait une cause » et qu'une « convention sans cause serait un acte dérisoire ». J.-É.-M. PORTALIS, préc., note 78, p. 60, parle plutôt de réciprocité et d'égalité dans les contrats civils.

³⁵⁷ C. AUBRY et C. RAU, préc., note 46, no. 345; A. COLIN et H. CAPITANT, préc., note 142, pp. 53 et 54, no. 57; H. J. et L. MAZEAUD et F. CHABAS, préc., note 51, pp. 278 et 282; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, 5^e, *id.*, p. 303, no. 604; J. PINEAU et S. GAUDET, préc., note 52, p. 296, no. 149. À ce titre, on notera, avec d'autres, que dans les systèmes où la raison des engagements n'est pas une condition de validité des contrats, la cause réapparaît toujours, d'une manière ou d'une autre. Comme l'écrit Goubeaux : « quand on met la cause à la porte, elle rentre par la fenêtre », Gilles GOUBEAUX, « Leçon de cause. À propos de l'ouvrage de Jacques Ghestin : *Cause de l'engagement et validité du contrat*, publié aux éditions LGDJ », (2007) *RTD Civ* 47, no. 12. *Rapp.* : J. GHESTIN, *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français*, préc., note 25, p. 265 et 266.

³⁵⁸ V. FORRAY, préc., note 32, p. 374, no. 515.

³⁵⁹ H. CAPITANT, préc., note 41, p. 37, no. 16.

³⁶⁰ P. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, préc., note 26, p. 209.

³⁶¹ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 18, p. 564, no. 1063; C. ATIAS, *Précis*, préc., note 53, p. 249, no. 332 : « notion clé »; J. GHESTIN, *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français*, préc., note 25, p. 259.

conception du contrat »³⁶². Construisant la connexité *dans le syllagma*, elle « exprime l'interdépendance des prestations qui [le] caractérise »³⁶³ et permet, « par extension, d'en contrôler l'existence »³⁶⁴. C'est elle, donc, qui limite les raisons pour lesquelles « l'homme peut user de sa liberté naturelle pour se donner à lui-même une loi spéciale qui amoindrirait sa liberté juridique »³⁶⁵. Décuplant, de ce seul fait, l'importance de l'épithète que l'on accole très souvent à la « liberté » (*contractuelle*), la cause en trace les limites; fixant « les raisons pour lesquelles [la volonté] pourra se forger un lien obligatoire »³⁶⁶, elle force le juge à s'assurer que les parties ne méprennent pas la fonction du contrat à *titre onéreux*, bref à vérifier qu'il produise, comme il se doit, un échange. Dans ce contexte, la cause constitue le mécanisme général de contrôle de l'existence d'un échange et, par effet d'entraînement, de l'efficacité juridique du contrat synallagmatique³⁶⁷.

85. Si, donc, il est vrai que la cause permet au juge de contrôler l'échange, dans un système libéral reposant sur le binôme droits/responsabilités individuels, qui « cherche l'épanouissement des intérêts de chacun dans les échanges »³⁶⁸ et où, selon les mots de Portalis, les lois « se rapportent aux personnes ou aux biens, et aux biens *pour l'utilité des personnes* »³⁶⁹, il n'est pas exagéré de prétendre que ce faisant, c'est d'abord et avant tout les effets de cet échange sur les personnes qui y sont parties – ou, plus exactement, sur leur patrimoine – que permet de contrôler le mécanisme de la cause³⁷⁰. En « déniait à la volonté le pouvoir de s'obliger sans cause » écrivaient d'ailleurs en ce sens Ripert et Boulanger, « le Code met en œuvre cette idée que les activités juridiques s'assignent *des fins égoïstes* : on n'a droit à une prestation qu'à la condition de consentir un sacrifice »³⁷¹. L'« obligation », notait, dans le même sens, Demogue dans son chapitre sur la cause, « ne doit pas être sanctionnée lorsqu'elle est manifestement inutile pour celui qui l'assume »³⁷². Inutile, ajoutait-il, elle « l'est lorsqu'elle ne s'explique pas par les désirs courants des hommes : d'abord un des plus intenses : le désir d'acquiescer soit un objet existant,

³⁶² H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, préc., note 9, p. 116.

³⁶³ P. SIMLER, « La sanction de l'absence de cause », préc., note 26, p. 412.

³⁶⁴ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 18, p. 567, no. 1064.3; J. PINEAU et S. GAUDET, préc., note 52, p. 296 et 297, no. 149; Louis PERRET, « Une philosophie nouvelle des contrats fondée sur l'idée de justice contractuelle », (1980) 11 *R.G.D.* 537, p. 570; C. LARROUMET, préc., note 37, p. 439, no. 440.

³⁶⁵ G. TRUDEL, préc., note 31, p. 34.

³⁶⁶ *Id.*, p. 38.

³⁶⁷ Le professeur J. GHESTIN, *Formation du contrat*, préc., note 25, p. 859, no. 859, écrivait d'ailleurs : « Un individu, qui n'est pas animé d'une intention libérale, ne peut se trouver obligé sans rien recevoir en échange. Un tel engagement irait, en effet, à l'encontre du but économique et social des contrats. Le droit positif ne peut admettre l'efficacité d'un acte qui méconnaît sa finalité sociale d'échange »; C. ATIAS, *Précis*, préc., note 53, p. 270, no. 378.

³⁶⁸ Marie Annik GRÉGOIRE, « La lésion qualifiée : est-il possible de nuire impunément à autrui en droit québécois? », (2009) 50 *C. de D.* 301, p. 304.

³⁶⁹ J.-É.-M. PORTALIS, préc., note 78, p. 25 (mes italiques).

³⁷⁰ En effet, on peut certes critiquer sa manière parfois assez malhabile de le faire, mais il reste – et l'affirmation frôle le pléonisme – que c'est aux *acteurs* que le droit des contrats s'adresse; c'est à eux qu'il reconnaît *des droits subjectifs* et c'est leurs *intérêts* qu'il tend à protéger. À ce sujet, pour une critique du critère *ghestien* d'utilité sociale du contrat, voir : Marie Annik GRÉGOIRE, « Économie subjective c. Utilité et intérêt du contrat. Réflexions sur les notions de liberté, de responsabilité et de commutativité contractuelles, à la suite de la codification du devoir de bonne foi », (2010) 44 *R.J.T.* 11, p. 19.

³⁷¹ G. RIPERT et J. BOULANGER, préc., note 45, p. 113, no. 303.

³⁷² R. DEMOGUE, t. II, préc., note 51, p. 540, no. 746.

soit une chose future (...), soit une chance aléatoire, soit un avantage assez précaire d'usage ou de possession »³⁷³.

86. Reconnaissant que, dans le contrat « intéressé », ce « n'est pas tant la manifestation de la volonté que l'intérêt qu'elle fait valoir qui est la base de l'engagement »³⁷⁴ des parties ou, pour le dire plus simplement, que celles-ci ne contractent que pour satisfaire leurs propres besoins³⁷⁵, les articles 1371 *C.c.Q.* et 1131 *C.civ.* ne font, au final, que « reprendre ce constat et le couler dans une exigence juridique »³⁷⁶. En témoigne, par ailleurs, le caractère relatif de la nullité qui en sanctionne l'absence, de même que la tendance récente de la jurisprudence française³⁷⁷, la cause, dans sa fonction « mécanique », permet donc au juge de contrôler *l'intérêt particulier* d'un contrat donné pour ses parties³⁷⁸, voire son *utilité concrète*³⁷⁹. Reconnue, malgré l'opposition de plusieurs³⁸⁰, au Code de 1991³⁸¹, elle reste ainsi - ici, comme en France - l'outil qu'offre le droit commun au juge pour contrôler l'intérêt contractuel³⁸². Théoriquement large, ce pouvoir reste toutefois grandement tributaire de la portée même de la notion, laquelle variera au fil des ans.

87. Au XIX^e siècle, la cause de l'obligation d'une partie est généralement présentée comme n'étant rien d'autres que l'objet de l'obligation de l'autre partie, voire, pour reprendre les termes

³⁷³ *Id.*

³⁷⁴ G. WICKER, préc., note 25, p. 105, no. 107.

³⁷⁵ En ce sens : C. AUBRY et C. RAU, préc., note 46, no. 345 (mes italiques); F. LANGELIER, préc., note 41, p. 363; Voir aussi : J. CARBONNIER, préc., note 43, p. 2018, no. 973; C. LARROUMET, préc., note 37, p. 447, no. 447. Au Québec, *rapp.* : M. TANCELIN, préc., note 22, no. 265. Un auteur, F. CHÉNEDÉ, préc., note 42, p. 171, propose que : « [d]ans tous les contrats intéressés, la cause de l'obligation est l'avantage économique qui vient compenser dans le patrimoine du débiteur la perte occasionnée par l'exécution de sa prestation »; J. GHESTIN, *Cause et validité*, préc., note 26, pp. 74 et 75, no. 113 : « Le rôle de la volonté, mue par la recherche d'une utilité particulière, est l'instrument privilégié de la liberté et de la responsabilité des individus, qui en est le complément nécessaire. C'est cette utilité particulière, cet intérêt propre, qui détermine chacune des parties à s'engager ». Du même auteur : « Le contrat en tant qu'échange économique », préc., note 143, p. 86, no. 9.

³⁷⁶ J. ROCHFELD (2012), préc., note 38, p. 11, no. 27.

³⁷⁷ Voir, *infra*, 1.2.

³⁷⁸ P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, 5^e, préc., note 62, p. 311, no. 622.

³⁷⁹ J. GHESTIN, *Cause et validité*, préc., note 26, p. 137, no. 198.

³⁸⁰ À titre d'exemple, au procès verbal de la 118^e réunion du « Comité du droit des obligations » de l'OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL (6 novembre 1970, p. 2), les membres, à la grande majorité, proposent « de ne pas conserver la cause comme élément nécessaire à la formation du contrat ». Plus tard, Marcel GUY, alors président du comité, dans son *Rapport sur les obligations*, Montréal, 1975, p. 38, proposa de supprimer du Code la notion de cause, celle-ci *n'étant plus nécessaire*, la réciprocité étant reconnue ailleurs au Code.

³⁸¹ *C.c.Q.*, art. 1371. Voir aussi : MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaire du ministre de la justice*, t.1, « Commentaires sous l'article 1371 *C.c.Q.* », Québec, 1993, p. 458; Jean PINEAU, « Théorie des obligations », dans *La réforme du Code Civil : Obligations, contrats nommés*, textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, Québec, P.U.L., 1993, p. 26 et 27; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 18, p. 564, no. 1063; J. PINEAU et S. GAUDET, préc., note 52, pp. 296 et 297, no. 149; V. KARIM, préc., note 52, p. 6. La professeure Cumyn note toutefois que la notion de cause de l'obligation est souvent ignorée des juristes québécois : M. CUMYN, « Contracts », préc., note 32, p. 254. *Contra*. P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 24, pp. 447 et 448, no. 364. Voir toutefois le changement d'opinion du professeur P.-G. JOBIN, dans « Comment résoudre le casse-tête d'un groupe de contrats », préc., note 137. Pour un aperçu synthétique d'une débat qui fait couler beaucoup d'encre en France, voir : R. LIBCHABER, « Contrats et conventions », préc., note 48.

³⁸² J. GHESTIN, *Formation du contrat*, préc., note 25, p. 826, no. 826 : « En France, les dispositions formelles du Code civil, et surtout l'utilisation faite par la jurisprudence de cette notion interdisent son rejet ». Au contraire du Québec, en France, la cause est probablement « surexploitée ». Voir : Xavier LAGARDE, « Sur l'utilité de la théorie de la cause », (2007) *Dalloz* 740; F. CHÉNEDÉ, préc., note 42, pp. 271 et suiv., nos. 288 et suiv.

de Duranton, « *la chose que l'autre lui a donnée, ou lui donne, ou lui donnera* »³⁸³. À ce titre, en l'absence d'une politique de prohibition de la lésion³⁸⁴, seuls peuvent être annulés les contrats dont l'une ou l'autre des prestations est *totale*ment dépourvue d'objet³⁸⁵. Axé sur la matérialité d'une *valeur* à échanger, le concept ne permet donc qu'un contrôle *minimal* et *superficiel* des intérêts³⁸⁶.

88. Malmenée par les critiques des anticausalistes de la fin du XIXe et du début du XXe siècle³⁸⁷, cette conception restrictiviste sera éventuellement abandonnée, et la notion raffinée. Partant de sa manifestation la plus évidente, les causalistes du XXe siècle souligneront une distinction qu'avaient négligé leurs prédécesseurs : à titre de raison attirant l'engagement d'une personne, la cause ne peut logiquement être limitée au simple objet de la prestation qu'attend cette dernière. Aussi cette prestation doit-elle *s'imposer* à son débiteur, à défaut de quoi l'avantage qu'elle promet demeure illusoire. Ne pouvant, dès lors, se contenter de vérifier la présence d'objets dans chacune des prestations, le juge devra maintenant pousser plus loin l'analyse du contrat et déterminer si les deux contractants se sont effectivement *obligés* à exécuter ces prestations. Mécanisme technique matérialisant la fusion des droits et obligations, la notion de cause donnera alors vie à cette litote introductive d'Aubry et Rau suivant laquelle « à tout droit correspond une obligation »³⁸⁸.

89. Reprenant cette perspective à son compte, la doctrine contemporaine y ajoute aujourd'hui une dimension concrète. Redécouvrant la logique sous-jacente du *processus de détermination* de son contenu dans les contrats typiques, auteurs et tribunaux, nous l'avons vu, constatent de plus en plus que la cause de l'un ne réside pas uniquement dans les obligations de l'autre : dans une perspective fonctionnelle du contrat, elle est figée « dans une réalité tangible, dans un ensemble

³⁸³ M. DURANTON, préc., note 48, p. 343, no. 326 (mes italiques).

³⁸⁴ E. CHARPENTIER, « Les fondements théoriques de la transformation du rôle de l'équilibre des prestations contractuelles », préc., note 61, pp. 79 et 80; G. TRUDEL, préc., note 31, pp. 130 et 131. Voir, en ce sens, H. NEWMAN, préc., note 44, p. 669.

³⁸⁵ Dabin, dans sa critique de la notion, posera ainsi la question : « [i]magine-t-on que, dans une vente, la partie qui veut acheter se trouve obligée, alors que l'objet qu'elle désire n'existerait pas? », Jean DABIN, *La théorie de la cause. Étude d'Histoire et de jurisprudence*, Bruxelles, Pierre Van Fleteren, 1919, p. 292, no. 305. Même Demogue, pourtant bien conscient de l'inexactitude technique de l'acception de ses prédécesseurs, se limitera à mentionner la possibilité d'annuler un contrat si l'objet de la prestation de l'autre partie est « inexistant », R. DEMOGUE, t. II, préc., note 51, p. 531, no. 744. L'idée n'est évidemment pas fautive; elle n'est toutefois qu'un épiphénomène, une représentation réduite de la réalité, J. GHESTIN, *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français*, préc., note 25, p. 261. Au Québec, cette opinion dominera le XXe siècle, voir : J.-L. BAUDOIN, (1970), préc., note 32, p. 135; Daniel JACOBY, « La cause », Rapport présenté à l'Office de la Révision du Code civil, Comité du droit des obligations, Montréal, Septembre 1970, document B/E/10, p. 1. Louis PERRET, « Une philosophie nouvelle des contrats fondée sur l'idée de justice contractuelle », préc., note 364, p. 568. *Rapp.* : A. LAROUCHE, préc., note 37, p. 189, pour qui la cause du contrat à titre onéreux est la « contrepartie ». Voir aussi A. PERRAULT, préc., note 48, p. 316.

³⁸⁶ J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préc., note 43, p. 95, no. 101.

³⁸⁷ Entre autres, A.N.J. ERNST, dans un article publié en 1826, intitulé « La cause est-elle une condition essentielle pour la validité des conventions? », dans Coll. *Bibliothèque du Jurisconsulte et du Publiciste*, t.1., Liège, Lemarié, 1826, 250; F. LAURENT, préc., note 41, pp. 150 et 151, no. 111; M. PLANIOL, préc., note 56, pp. 345 à 350, nos. 1037 à 1041. Au Québec, voir : A. PERRAULT, préc., note 48, p. 316; J.-L. BAUDOIN (1970), préc., note 32, p. 135.

³⁸⁸ C. AUBRY et C. RAU, préc., note 46, no. 296.

de données réelles, dans une technique composée des obligations nécessaires (...) à la réalisation du but »³⁸⁹. Cause de l'engagement de chacune des parties, ces obligations « nécessaires » ne sont alors que la *traduction juridique* de ce but *économique* souvent générique, mais parfois plus spécifique. Or, pour être fidèle et, par-delà effective, cette traduction doit être cohérente; elle doit contenir les outils qui permettront que se réalise l'opération et que soit atteint le résultat qu'elle promet, à défaut de quoi l'engagement de l'une ou l'autre des parties risque de ne pas être causé.

90. Dans ce contexte, si le mécanisme de la cause permet encore et toujours au juge d'annuler les engagements sans contrepartie, il lui offre également le pouvoir d'invalider les clauses qui privent l'*instrumentum* de la cohérence nécessaire pour que se matérialisent les avantages que promet l'opération qu'il a pour mission de codifier.

1.2 La protection de la cohérence matérielle du contrat, fonction renouvelée de la cause

91. L'analyse de la jurisprudence le démontre bien, l'incohérence n'est pas étrangère au rapport d'altérité. Bien au contraire, elle s'y invite fréquemment. Le plus souvent, cependant, la divergence entre l'entente et le contrat qui la constate n'est que légère; un égarement qui rend la relation *ambigüe*, et qu'une vue ou un angle sauront rapidement atténuer³⁹⁰. D'autres fois, par contre, l'infidélité est plus insidieuse. C'est le cas, notamment, lorsqu'une stipulation a pour effet de décharger un des contractants du fardeau d'exécuter une partie ou l'ensemble des obligations qui sont pourtant nécessaires à la réalisation de l'opération. Même proactive, la conciliation via l'interprétation est alors parfois impossible; la trahison est trop claire, trop évidente et la contradiction trop directe pour être contournée. Rendant l'*instrumentum* incohérent, privant l'opération de ses moyens et laissant à la seule discrétion du débiteur la matérialisation de l'avantage que doit en tirer le créancier, ces clauses atteignent le *cœur* même de l'engagement du premier et privent de raison celui du second.

92. Parfois saisies, mais plus souvent négligées par la législation spécialisée³⁹¹, ces clauses n'échappent toutefois pas au contrôle de cette notion fondamentale du droit commun des contrats que constitue la cause de l'obligation. En effet, la contradiction qu'elles insufflent au contrat est parfois tellement importante qu'elle a pour effet de priver de toute réciprocité la relation, et de toute cause l'engagement de l'une des parties. L'incohérence qu'elles créent est alors **objective**, dans la mesure où en le privant de tous ses moyens d'exécution, elle empêche que le contrat, *quelle qu'en soit l'économie particulière*, cristallise un échange (A). En revanche, l'empreinte de ces clauses n'est parfois mesurable qu'au regard de *l'économie particulière de l'opération* que

³⁸⁹ J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préc., note 43, p. 281, no. 318 et pp. 275 à 285.

³⁹⁰ Respectivement, C.c.Q., art. 1425 à 1429 et art. 1432; C.Civ., art. 1156 à 1161 et art. 1162.

³⁹¹ Pour un aperçu de l'évolution des régimes « spéciaux » en droit québécois : Jacques PERRAULT, *Des stipulations de non-responsabilité*, Édition privée, Montréal, 1937. Voir aussi : P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 24, pp. 072 et suivs., nos. 867 et suivs; C. FERRON, préc., note 15, pp. 26 et suiv. En droit français, voir : P. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, préc., note 26, pp. 11 et suiv.; plus récemment, voir : A.-S. COURDIER-CUISINIER, préc., note, pp. 232 et suiv., nos. 359 et suiv.

fige leur convention. La contradiction dont elles sont responsables est alors **subjective**: l'échange reste théoriquement possible, mais la clause a pour effet de faire perdre à l'opération *spécifique* qu'elle a pour mission de codifier tout son *intérêt* pour le créancier (B).

A. Cause et protection de la cohérence objective du contrat

93. Certaines clauses d'immunisation ont une portée parfois tellement large qu'elles ont pour effet de priver le contrat de tous les outils nécessaires à la mise en œuvre de sa fonction systémique : l'échange. Excluant les prestations du débiteur nécessaires à la réalisation de l'opération générique, leur sanction ou, pis encore, l'un et l'autre de ces éléments constitutifs de l'obligation civile, ces stipulations libèrent le débiteur du devoir de poser les actions nécessaires à la réalisation de l'échange, **quel qu'en soit l'objet spécifique**, et privent de cause l'engagement réciproque de son créancier.

a. Les stipulations de non-recours

94. La première de ces clauses est celle qui prive le créancier de *tout recours*, quel qu'il soit, pour sanctionner l'inexécution, par son débiteur, des obligations nécessaires à la réalisation de l'opération.

95. Contracticides, ces stipulations de non-recours révulsent depuis longtemps les tribunaux. À titre d'exemple, il y a déjà plus d'un siècle et demi, la Cour de cassation française invalidait une stipulation d'un bail dans laquelle le locataire renonçait « à former pendant tout le cours d'un bail aucune réclamation en dommages-intérêts envers le bailleur et à intenter contre lui aucune action quelconque, devant quelques tribunaux ou cours que ce soit, pour quelque cause que ce puisse être »³⁹². Affranchissant, selon les dires des membres de la Cour, le locateur « de tout engagement, de toute responsabilité, même de la responsabilité de ses faits personnels », cette clause privait de toute cause l'engagement du locataire³⁹³. En effet, notait le professeur Esmein quelques décennies plus tard, si le débiteur pouvait se libérer ainsi de toutes les conséquences de l'« inexécution provenant de sa faute, l'engagement se trouverait pris et la prestation fournie par l'autre partie sans l'équivalent sérieux sur lequel elle comptait (...). En d'autres termes son engagement ou sa prestation serait pour elle sans cause »³⁹⁴.

96. Beaucoup plus récemment, la Cour supérieure du Québec biffa d'un contrat de louage une

³⁹² *Req.*, 19 janvier 1863, *D.* 1863, I, 248, citée dans P. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, préc., note 26, p. 203.

³⁹³ J. GHESTIN, *La formation du contrat*, préc., note 25, p. 844, no. 846. Dans le même sens, voir : P. DURAND, préc., note 235, no. 89, pp. 229 et 230; P. ESMEIN, préc., note 26, p. 324; P. DELEBECQUE, *id.*, pp. 202 et 203, et 221 et suivantes; J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préc., note 43, pp. 436 et 437; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 26, p. 351; H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, préc., note 9, p. 115; P. LE TOURNEAU et al., préc., note 26, p. 485, no. 1114. Voir aussi : *Cass. Com.*, 5 octobre 1981, *Bull. Civ.*, IV, no. 340, p. 270. *Contra* : R. SEFTON-GREEN, préc., note 237, p. 291, no. 509; C. LARROUMET, préc., note 37, pp. 705 et 706., no. 638.

³⁹⁴ P. ESMEIN, préc., note 26, pp. 323 et 324.

stipulation de désistement et renonciation à « toute revendication, existante ou future », « à toute retenue et compensation » contre le locateur, ainsi qu'à toute demande de diminution d'obligations ou de résiliation du contrat³⁹⁵, parce qu'une telle clause, notait la juge Moreau, a « pour conséquence de priver le locataire *de toute jouissance* »³⁹⁶ du bien loué, bref de la raison pour laquelle il s'est engagé. Suivant la même logique, le juge Crête refusait, quelques années auparavant, de valider deux clauses de renonciation à tout recours contre le locateur, ces stipulations constituant, aux yeux de ce dernier, « une négation même du contenu essentiel du contrat de bail [...], à savoir, *fournir le local contre le paiement d'un loyer (...)* »³⁹⁷.

97. C'est, il semble bien, en recourant à la même idée que, bien des années auparavant, la Cour d'appel suivie, en ce sens, de la Cour suprême, refusait d'épouser la thèse de l'assureur d'un transporteur maritime selon laquelle une clause de transfert intégral des risques du transport vers l'expéditeur empêcherait ce dernier de poursuivre son cocontractant, et ce, même en cas de manquement à son obligation de transporter les biens ou, plus précisément, de « fournir un bâtiment en bon état de navigabilité »³⁹⁸. Admettre que la clause puisse avoir une telle portée, écrivait alors le juge Deschênes, ce serait « abattre le contrat lui-même à sa racine »³⁹⁹. Suivant la même logique, le juge Crête refusait récemment d'appliquer une clause suivant laquelle le mandant renonçait à poursuivre son mandataire pour « all claims of any kind whatsoever »⁴⁰⁰. Valider une telle stipulation, soutenait-il alors, « équivaldrait à nier tout aspect synallagmatique au contrat »⁴⁰¹, à dégager la société mandataire « des obligations essentielles qu'elle a pourtant convenu d'assumer »⁴⁰², et donc, à priver de cause l'engagement du mandant.

98. Si, donc, ces clauses sont invalidées par les tribunaux, c'est parce qu'en permettant à une personne « d'assumer une obligation et [de] s'en faire exonérer absolument en même temps »⁴⁰³, elles privent le créancier de son droit à l'exécution des obligations qu'impose pourtant l'opération économique sur laquelle les parties se sont entendues. Or, « aucune stipulation ne saurait déposséder un contractant du droit d'obtenir l'exécution de l'engagement qui constitue l'essence

³⁹⁵ *Société de gestion Complain (1980) inc. c. Bell Distribution inc.*, 2009 QCCS 288, pars. 44 et 53, appel rejeté 2011 QCCA 320.

³⁹⁶ *Id.*, par. 54 (mes italiques). Voir aussi : *Placements de Lavoie inc. c. 9154-1490 Québec inc.*, 2012 QCCQ 669, par. 108; *Gestion Solvic ltée. c. Amusements Daniel inc.*, J.E. 96-298 (C.S.), appel rejeté (C.A. 1999-02-10), pp. 21 et 22; *Planchers Mistral Inc. c. Groupe Immobilier Oxford*, 2004 CanLII 5869 (QC CS); *Beaulieu c. Falardeau*, 2010 QCCQ 4744.

³⁹⁷ *Gestion Solvic ltée. c. Amusements Daniel inc.*, *id.*, p. 22. Au contraire, seront validées les clauses qui, ne faisant que limiter la renonciation à poursuivre, n'ont pas pour effet de libérer le locateur de ses obligations ou de l'absoudre de tout manquement à celles-ci : *Madill c. Sommer Building*, [1978] R.C.S. 999; *Leblond c. Dionne*, 2006 QCCA 341; *Investissements René St-Pierre inc. c. Zurich, compagnie d'assurances*, 2007 QCCA 1269.

³⁹⁸ *Western Assurance Co. c. Desgagnés*, [1973] C.A. 299, décision confirmée par [1976] 1 R.C.S. 286. *Rapp.* : *Mediterranean Shipping Company, s.a. c. Courtiers Breen ltée*, 2011 QCCA 2173; *Torrance et al., v. Allan*, (1862) 6 L.C.J. 190; *Harris & al. v. Edmonstone & al.*, (1860) 4 L.C.J. 40.

³⁹⁹ *Western Assurance Co. c. Desgagnés*, *id.*

⁴⁰⁰ *Samen Investments Inc. c. Monit Management Ltd.*, 2010 QCCS 2618, par. 80, appel accueilli en partie sur une autre question, 2012 QCCA 1821.

⁴⁰¹ *Id.*

⁴⁰² *Id.*

⁴⁰³ *Bois franc royal hardwood ltée. c. Les industries J.S.P. inc.*, 1988 CanLii 909 (C.A.).

du contrat et en contrepartie duquel il s'est lui-même obligé (...), [à défaut de quoi] *l'engagement de celui-ci perd sa cause* »⁴⁰⁴. Injectant une dose massive de potestativité dans le contrat, ces clauses ne sont toutefois pas les seules à créer des contradictions qui confisquent à l'un des contractants tout l'intérêt qu'il pouvait normalement attendre de la relation. Les stipulations qui suppriment du contrat toutes les obligations qu'attribue pourtant l'opération générique à une des parties ont également cet effet contracticide.

b. Les stipulations de non-engagement

99. Bien que leur nature hautement contradictoire, si ce n'est souvent « caricaturale »⁴⁰⁵, participe à leur désaffection, on retrouve tout de même, dans la jurisprudence, quelques exemples de clauses *excluant toutes les actions que l'une des parties se doit normalement de poser pour que soit mise en œuvre l'opération contractuelle*⁴⁰⁶. Permettant à l'une des parties de ne s'engager à rien en retour de tout, ces stipulations se heurtent à la limite générale et transversale qu'érige la théorie de la cause.

100. En matière de louage, par exemple, les parties ont une grande liberté pour délimiter l'étendue des obligations qui découlent de l'opération locative, « à condition toutefois qu'elles ne portent pas atteinte, en [les] restreignant exagérément, à l'usage qui peut être attendu de la chose »⁴⁰⁷. Dans ce contexte, le juge invalidera la stipulation qui exclut *totalemment* l'obligation du locateur de fournir la jouissance paisible du bien loué⁴⁰⁸. On refusera également de reconnaître la valeur de la clause « d'agrégation » (ou « d'acceptation » du bien « tel quel ») dont l'effet est le même⁴⁰⁹ et de valider celle libérant totalement le locateur de son obligation d'entretien des lieux⁴¹⁰. Ce dernier « ayant entrepris de fournir la libre jouissance des lieux », écrivait à ce sujet le professeur Durnford, « si ceux-ci sont inhabitables ou inadaptés à l'usage pour lequel ils sont destinés, le maintien de la clause libérant ce dernier de son obligation de réparation aurait pour

⁴⁰⁴ H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, préc., note 9, p. 115. *Rapp.* : D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 18, pp. 1851 et 1858, nos. 2968 et 2980.

⁴⁰⁵ P. JESTAZ, « L'obligation et la sanction », préc., note 7, p. 276.

⁴⁰⁶ Voir, Philippe DELEBECQUE, « Régime de la réparation », dans *JurisClasseur France*, coll. « Droit civil », *Obligations et responsabilité civile*, fasc. 210, Paris, Lexis Nexis, Feuilles Mobiles, no, 39.

⁴⁰⁷ J. HUET et al., préc., note 158, p. 673, no. 21162. Voir aussi : J. CARBONNIER, « Contrats spéciaux », (1947) *RTD Civ.* 64, p. 66.

⁴⁰⁸ Voir, entre autres, *Equilease Ltée. c. Bouffard*, [1979] C.S. 191, J.E. 79-85, p. 11; *Boulevard Dodge Chrysler c. Daimler Chrysler Canada inc.*, 2007 QCCS 2428. P.-G. JOBIN, préc., note 236, p. 445, no. 179. Bernard LAROCHELLE, *Le louage immobilier non résidentiel*, 2^e édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2007, p. 22; Frederic LEVESQUE, *Précis de droit québécois des obligations*, Cowansville, Yvon Blais, 2014, p. 257, no. 494. *Contra* : *Karrum Realities Inc. c. Ama Investments Inc.*, 2007 QCCA 880, par. 35. En France, voir : *Soc.* 25 octobre 1946, *Dalloz* 1947, p. 88, note Jean CARBONNIER, « Contrats spéciaux », *id.*, pp. 65 et 66. *Cass., Civ.*, 3^e, 5 juin 2002, no. 00-19037, *Bull. Civ.* 1992, III, no. 88 ; *Rouen* 15 septembre 1993, *R.J.D.A.* 1993, no. 1021, citée dans C. LARROUMET, préc., note 37, p. 700, no. 635.

⁴⁰⁹ P.-G. JOBIN, *id.*, p. 450, no. 181 – et décisions citées à la note 49. Pierre-Gabriel JOBIN, « Les règles impératives dans le louage commercial », dans *Meredith Memorial Lectures*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, 177, p. 182; Thérèse ROUSSEAU-HOULE, *Précis du droit de la vente et du louage*, 2^e édition, Québec, P.U.L., 1986, pp. 312 à 314.

⁴¹⁰ Voir, en ce sens : *9073-4088 Québec inc. c. 9087-1658 Québec inc.*, J.E. 2002-644, pars. 32, 124 et 125. *A contrario*, dans la décision *Fried c. Blum*, J.E. 78-738 (C.S.), le juge Ryan n'invalide pas la clause laissant au locateur le soin « d'entretenir les lieux loués de façon convenable et prendre les mesures nécessaires afin de prévenir ou réparer [les défauts énumérés], lorsqu'avisé », mais la rend inefficace.

effet de nier *la raison même du contrat* »⁴¹¹.

101. Dans le même ordre d'idée, c'est, selon plusieurs⁴¹², la théorie de la cause qui inspira la Première chambre civile de la Cour de cassation à biffer la clause de non-obligation stipulée sur le billet d'un parc de stationnement de Montpellier dont l'effet était de libérer l'exploitant de son obligation de fournir la libre jouissance du bien⁴¹³. En soulageant ainsi la société propriétaire du parc de son obligation de mettre à la disposition du locataire un emplacement de stationnement dont il pourrait « jouir paisiblement », cette clause vidait de substance son engagement et privait corrélativement la relation contractuelle « de son intérêt pour le créancier »⁴¹⁴.

102. C'est, semble-t-il, la même idée que matérialisent les dispositions des *Codes* qui réputent non-écrites les stipulations du contrat de société dont l'effet est de priver des profits générés par la société l'un ou l'autre des associés⁴¹⁵. En effet, en prohibant ces clauses « que l'équité a flétrie sous le nom de léonine(s) »⁴¹⁶, ces dispositions empêchent que soit vidée de sa substance l'obligation de partage qui échoit à chacun des associés⁴¹⁷. Protégeant, de fait, la raison d'être ou, plus précisément, la cause de l'obligation « d'apport » de chacun des sociétaires⁴¹⁸, ce n'est donc pas tant parce qu'elles « dénatur(ent) la société »⁴¹⁹ que doivent être biffées ces clauses, mais bien parce qu'elles privent de ses moyens l'échange que doit codifier le contrat de société et, par le fait même, de cause l'engagement du sociétaire discriminé⁴²⁰. Dans le même sens, c'est cette idée que mettent de l'avant les tribunaux lorsqu'ils extirpent du contrat de mandat la clause

⁴¹¹ John W. DURNFORD, « The Landlord's Obligation to Repair and the Recourses of the Tenant », (1966) 44 *Can. Bar. Rev.* 477, p. 499 – et note 86 (mes italiques) : « [t]he landlord, in leasing, has undertaken to furnish enjoyment of the premises – and if they are uninhabitable and unfit for the use for which they were leased and if the landlord's clause liberating him from his obligation to repair were maintained under such circumstances, *the whole basis of the contract would be defeated* ». Voir aussi, du même auteur : « The Liability of the Landlord for the Acts of Co-Tenants », (1968) 14 *McGill Law Journal* 1, p. 12; F. LONGUEVILLE SNOW, *The Law of Landlord and Tenants in the Province of Québec*, Publication privée, Montréal, 1896, pp. 19 et 20; Jacques DESLAURIERS, *Vente, louage, contrat d'entreprise ou de service*, 2^e édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2013, pp. 382 et 389.

⁴¹² Parmi lesquels, Nathalie DION, « Responsabilité d'un parc de stationnement automobile à la suite d'une inondation », (1995) *Dalloz* 214 (p. 3 du document disponible en ligne). D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle? », préc., note 26, p. 616; P. LE TOURNEAU et al., préc., note 26, p. 485, no. 1104.

⁴¹³ *Cass. Civ.* 1^{ère}, 23 février 1994, *Bull. Civ.*, I, no. 76, p. 59, obs. Patrice JOURDAIN, « Responsabilité de l'exploitant d'un parc de stationnement privé : l'obligation de conférer la jouissance paisible », (1994) *RTD Civ.* 616; Geneviève VINEY, « Responsabilité civile », (1994) *JCP G*, I 3809.

⁴¹⁴ G. VINEY, *id.*, no. 15. Pour reprendre les propos du professeur Delebecque, on « doit comprendre que l'obligation générale d'assurer la jouissance du preneur qui est l'obligation centrale du contrat de bail, peut être atténuée, [...] mais il ne faudrait pas aller au-delà, supprimer toute obligation, faute de quoi le contrat serait privé de tout fondement [pour celui qui s'engage] », P. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, préc., note 26, pp. 221 et 222.

⁴¹⁵ C.c.Q., art. 2203 C.c.Q; C.civ., art. 1844-1, al.2.

⁴¹⁶ Raymond Théodore TROPLONG, *Du Contrat de société civile et commerciale*, t.2, Paris, Hingray, 1843, p. 96.

⁴¹⁷ C.c.Q., 2186, al.1 *in fine*. et 2201; C.civ., art. 1832.

⁴¹⁸ C.c.Q., 2186, al.1 et 2198, al.1; C.civ., art. 1832. Voir, en ce sens, Charline BOUCHARD, *Le contrat de société et le contrat d'association*, coll. « Commentaires sur le Code civil du Québec », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 149.

⁴¹⁹ *Proulx c. Alary*, 2004 CanLII 6751 (QCCA), par. 18.

⁴²⁰ Voir, en ce sens, P. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, préc., note 26, p. 279, no. 247 – et la note. Voir aussi : P. JESTAZ, « L'obligation et la sanction », préc., note 7, p. 282. Dans le même sens, voir les commentaires du juge Tellier dans *Vince-lafa Construction inc. c. Magil Construction ltée*, [1997] R.J.Q. 149 (C.S.), par. 4 *in fine*, décision infirmée sur un autre point, par J.E. 2000-1317 (C.A.).

laissant à la *pleine discrétion* du mandataire le soin de poser les actions nécessaires à la réalisation de sa mission⁴²¹. En effet, valider une telle clause dont l'effet est de permettre au mandataire « de ne rien faire du tout »⁴²², pour reprendre les mots du juge Crête, ce serait « vider les engagements d'une entente synallagmatique de toute leur substance »⁴²³.

103. Loin de limiter leur intervention à un type déterminé de contrat, les tribunaux véhiculent également cette idée lorsqu'ils refusent de valider les stipulations du contrat de service qui soulagent le prestataire de l'obligation de réaliser l'ouvrage ou de fournir le service pour lequel il a été retenu⁴²⁴, libèrent le vendeur de son obligation de délivrance du bien faisant l'objet de sa prestation⁴²⁵, déchargent le transporteur de son obligation de transporter⁴²⁶ ou, encore, exonèrent la banque de son obligation de surveillance des coffrets de sécurité⁴²⁷. Dans tous ces cas, bien que la fonction de la cause soit, ici comme en France, fréquemment usurpée par le droit balkanisé des contrats spéciaux, l'idée sous-jacente reste la même : si ces clauses sont supprimées, c'est parce qu'en éludant les obligations du débiteur au point de lui permettre de ne rien donner en échange de l'avantage qu'il retirera de l'exécution des obligations de son cocontractant, elles confisquent à ce dernier *tout* l'avantage corrélatif que lui promet l'opération typique, voire, plus simplement, tout contrat *bilatéral*⁴²⁸.

104. Dépassant le champ restreint des clauses d'exclusion *stricto sensu*, cette logique s'applique *mutatis mutandis* aux stipulations qui, en *assignant* de manière inadéquate les obligations

⁴²¹ *Samen Investments Inc. c. Monit Management Ltd.*, 2010 QCCS 2618, par. 32, appel accueilli en partie sur une autre question, 2012 QCCA 1821.

⁴²² *Id.*, par. 40. Voir dans le même sens, le paragraphe 80. Aussi : *Samen Investments Inc. c. Monit Management Ltd.*, 2014 QCCA 826, par. 121. *Contra* : *Gaz Propane Rainville inc. c. Mbox Solutions inc.*, 2010 QCCS 265.

⁴²³ *Id.*, par. 40.

⁴²⁴ À titre d'exemple, sera invalidée la clause contenue dans le contrat de fourniture d'électricité suivant laquelle le fournisseur d'électricité déclare ne *jamais* garantir *fournir* un courant électrique. En vidant de toute substance l'obligation du fournisseur, cette stipulation a, en effet, pour conséquence de priver de cause l'engagement du client, J. ROCHFELD, (2012), préc., note 38, p. 23, no. 67; P. DELEBECQUE, « Pour ou contre les clauses limitatives de réparation », préc., note 26, no. 8. Au Québec, voir, *a contrario*, *Southern Canada Power Co. c. Conserverie de Napierville Ltée.*, (1967) B.R. 907 (C.A.) – où une clause mixte de *limitation* d'obligations et d'*exclusion* de responsabilité n'avait pas pour effet de vider de toute substance l'obligation de fournir l'électricité, mais bien d'en faire une obligation de moyens; *Tolhurst Oil Ltd. c. Dame Donna Marie Olive Johnston*, (1976) C.A. 124, AZ-706011042 (C.A.) – où les parties à un contrat de fourniture d'huile pour le chauffage s'étaient entendues pour « fixer *une limite* à l'obligation » du fournisseur et non pas à supprimer simplement son obligation de fournir l'huile. Voir aussi les propos du juge Fish, alors de la Cour d'appel, dans *Allende Mutual Insurance Company c. Hydro-Québec*, 2001 CanLII 14721, [2001] J.Q. no. 6023 (C.A.), par. 46. En France, voir : *Cass., Com.*, 18 décembre 2007, pourvoi no. 04-16069, *Bull. Civ.*, IV, no. 261; Xavier DELPECH, « Fourniture d'électricité : clause limitative de responsabilité », (2008) *Dalloz* 154; T. GÉNICON, « Clause limitative de réparation : l'embellie? », préc., note 257; Patrice JOURDAIN, « Clauses restrictives de responsabilité et obligation essentielle : une précision et des incertitudes », (2008) *RTD. Civ.* 310; Philippe STOFFEL-MUNCK, « Responsabilité civile – Chronique », (2008) *JCP G*, I, 125, no. 14.

⁴²⁵ J. HUET et al., préc., note 158, p. 226; H. MAZEAUD et L. MAZEAUD, préc., note 2, p. 651, no. 2520. Pour divers exemples, voir : P. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, préc., note 26, pp. 216 et suivs.

⁴²⁶ L'exemple est emprunté à C. LARROUMET, préc., note 37, p. 699, no. 635.

⁴²⁷ Voir, en ce sens, Nicole L'HEUREUX, Edith FORTIN et Marc LACOURSIÈRE, *Droit bancaire*, 4^e édition, Cowansville, Yvon Blais, 2004, p. 199.

⁴²⁸ En ce sens : D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 18, p. 1858, no. 2980. Voir aussi : C. LARROUMET, préc., note 37, p. 699, no. 635. Dans le même sens, voir : P. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, préc., note 246, p. 198.

nécessaires à la mise en œuvre de l'échange, libèrent totalement le débiteur du devoir de les exécuter. En France, par exemple, fut écartée la clause d'un contrat d'entretien automobile qui imposait au propriétaire du véhicule l'obligation de veiller... au bon entretien de son véhicule⁴²⁹. Dans le même sens, fut jugée sans effet la stipulation assignant au locataire d'un espace commercial l'obligation de veiller à toutes les rénovations, incluant réparations « au gros oeuvre [qui] constituent une modification de la structure de la chose louée »⁴³⁰. Dans un cas comme dans l'autre, en assignant au créancier les obligations du débiteur qui sont pourtant nécessaires à la réalisation de l'opération typique sur laquelle s'est arrêtée la volonté contractuelle, la clause en empêche la mise en œuvre, neutralise l'avantage auquel pouvait prétendre le créancier et, de fait, prive de cause son engagement.

105. Conclusion de paragraphe – En libérant totalement le débiteur de l'obligation d'exécuter les prestations que dicte l'opération sur laquelle s'est arrêtée la volonté commune, ces clauses ne font pas que délimiter la portée de l'opération. Bien au contraire, en négligeant la fonction systémique du contrat, elles permettent à l'une des parties d'empêcher la mise en œuvre de l'opération qu'il doit codifier et, *a fortiori*, privent de toute cause l'engagement de celui qui ne reçoit rien en retour de sa prestation⁴³¹. De fait, en prohibant ces stipulations immunisatrices dont le seul effet est de contredire totalement, voire plus simplement, de trahir la raison expliquant l'*instrumentum* dans lequel elles se retrouvent, le mécanisme de la cause redonne toute sa richesse à l'opération et, par effet d'entraînement, toute sa portée aux intérêts objectifs qu'elle promet aux parties.

106. Garantissant un « équilibre contractuel minimum en ce sens qu'elle permet d'éviter qu'à l'obligation souscrite par un contractant réponde une *absence d'engagement* de son cocontractant »⁴³², la cause joue ainsi son rôle technique premier : protéger la fonction du contrat synallagmatique, c'est-à-dire la production d'un échange. Par effet d'entraînement, elle veille également au respect des intérêts premiers des parties au contrat. De fait, contrairement à l'ellipse trop souvent colportée, ce n'est pas tant parce qu'elles vident de substance les obligations nécessaires du débiteur, ni même parce qu'elles dénaturent l'opération que ces clauses contracticides sont éradiquées du contrat, mais bien davantage parce qu'en faisant ainsi, elles

⁴²⁹ Plus exactement, la clause assignait au client le soin de prémunir l'automobile, incluant le radiateur, contre les risques de gel. Or, écrit le professeur Jestaz, « si le [contrat d'entretien] ne comprend pas au minimum les opérations destinées à éviter une avarie aussi grave que l'éclatement du radiateur, on se demande en quoi il consiste », P. JESTAZ, « L'obligation et la sanction », préc., note 7, p. 282.

⁴³⁰ Cass., Civ. 3^e, 28 mai 2008, no. 06-20403, (2008) *Dalloz* 1622. Voir aussi: Cass., Civ. 3^e, 29 septembre 2010, no. 09-69337, *Bull. Civ.* III, no. 173, commentaire Yves ROUQUET, « Grosses réparations : transfert de la charge au preneur », (2010) *Dalloz* 2360. Voir, dans le même sens, N. DION, préc., note 412, (p. 4 du document disponible en ligne). À ce chapitre, dans un contrat de location résidentiel, écrivait Faribault - avant que le type ne soit colonisé par le droit spécial, une « clause générale d'exonération en faveur du locateur ne peut (...) le dispenser de faire les réparations requises pour que la maison soit habitable », Léon FARIBAULT, *Traité de droit civil du Québec*, t. 12, « Du louage », Montréal, Wilson & Lafleur, 1951, p. 92.

⁴³¹ P. DELEBECQUE, « Prérogative contractuelle et obligation essentielle », préc., note 26, no. 9; J. ROCHFELD, (2012), préc., note 38, p. 23, no. 67.

⁴³² Denis MAZEAUD, « Au nom de la cause : feu la liberté contractuelle des maîtres du temps... », préc., note 26, p. 333.

empêchent la réalisation de l'opération et, de fait, *privent le créancier de tout l'avantage qu'il devait en retirer*.

107. Longtemps utilisée, en ce sens, pour protéger l'utilité *objective* du contrat, la cause sera éventuellement mise à contribution pour en contrôler l'utilité concrète. Question de rendre hommage à la fonction économique ou, à tout le moins, à la conséquence première de la fonction juridique du contrat à titre onéreux, elle deviendra, en effet, au tournant du XXe siècle, l'outil de protection de l'intérêt *subjectif* du contrat.

B. Cause et protection de la cohérence subjective du contrat

108. Nous en avons fait mention, le contrat a pour fonction ou, à tout le moins, pour effet de satisfaire les besoins concrets de contractants. Or, à moins de prétendre qu'il doit être « figé pour l'éternité dans un rôle épisodique de garantie abstraite contre l'absence pure et simple de contrepartie »⁴³³, le mécanisme de la cause peut très bien servir à contrôler ces intérêts concrets. Déjà, on l'a vu, au stade de *l'appréciation* de la portée de l'opération, on constate une certaine sensibilité des juges qui ne se contentent pas simplement de « lire » dans *l'instrumentum* l'opération telle qu'elle y est stipulée; ils vont plus loin, quitte même à induire d'un ensemble d'éléments internes et externes à l'acte les raisons ayant « rationnellement » motivé l'engagement des parties. De là, ils évaluent la portée de l'opération *économique*, puis en déduisent la cause *juridique* de l'engagement de chacun des contractants, c'est-à-dire les obligations qui permettront de mettre en œuvre cette opération.

109. Ceci étant dit, si la cause est protectrice des intérêts personnels, c'est aussi, et surtout, sous sa forme de mécanisme de contrôle de la réciprocité des engagements. En effet, elle permet alors d'empêcher qu'un des contractants invoque, à son profit, une clause dont l'effet est de vider de leur substance les obligations nécessaires à la mise en œuvre de **l'opération spécifique** qui, une fois réalisée, confèrera au créancier *l'avantage concrètement escompté*. C'est, à tout le moins, ce que propose la jurisprudence française qui, sur la base de la cause, répute non-écrite les clauses d'immunisation qui ne prohibent pas *tout* échange, mais qui, en revanche, ont pour effet priver le contrat de toute *utilité pratique* pour le créancier qui les subit.

a. De certaines stipulations limitant l'engagement

110. La première de ces clauses est celle qui réduit tellement la circonférence des prestations du débiteur qu'elle les empêche de servir la fin que leur impose pourtant *l'économie précise* du contrat dans lequel elles sont stipulées.

111. À en croire la doctrine française, c'est au tout début des années quatre-vingt-dix que la Cour de cassation aurait, pour la première fois, utilisé la cause pour contrôler ce type de

⁴³³ P. DELEBECQUE et Denis MAZEAUD, préc., note, 26, p. 381, no. 25.

stipulations⁴³⁴. Appelée à examiner la validité de la clause *Claims made* (« clause de réclamation ») dans le contrat d'assurance responsabilité civile, sa 1^{ière} Chambre civile jugea nulle cette stipulation « contenue dans de nombreux contrats d'assurance » dont l'effet est de ne garantir « que les réclamations survenues pendant la période de validité de la police »⁴³⁵. S'autorisant expressément de l'article 1131 du *Code civil français*, les magistrats déclarèrent en effet qu'une telle stipulation « aboutit à priver l'assuré du bénéfice de l'assurance en raison d'un fait qui ne lui est pas imputable » et ce « au profit de l'assureur qui [perçoit alors] des primes sans contrepartie »⁴³⁶.

112. Pourtant, à en rester à une conception traditionnelle, il n'est pas inexact de prétendre que l'engagement des preneurs n'était pas dépourvu de cause. Après tout, en échange du paiement de leurs primes, ceux-ci obtenaient bel et bien une protection contre le risque matérialisé *et* déclaré *durant* la période de couverture. Toutefois, en prenant soin d'examiner le contexte factuel et législatif pertinent, on constate rapidement qu'au fond, ce que sanctionnèrent les juges en réputant non-écrite la clause de réclamation, c'est le fait qu'elle contredisait *l'économie particulière du contrat d'assurance de responsabilité* qui a ou, à tout le moins, avait alors pour objet de couvrir les dommages occasionnés *durant* la période de couverture, et non pas seulement ceux *déclarés* à cette occasion⁴³⁷. De fait, en transformant l'obligation de couverture du dommage intervenu durant la période couverte en une obligation de couverture de celui causé *et* déclaré durant cette période, cette stipulation retranchait « de l'obligation de couverture les risques pour lesquels la police [avait] été *spécialement conclue* »⁴³⁸. Privant cette fin *précise* de ses moyens de mise en œuvre, elle anéantissait la raison de l'engagement des preneurs⁴³⁹.

113. Témoin de premier plan de l'impact d'une sensibilité prétorienne grandissante à la géométrie concrète de l'opération, et de son utilité pour les contractants, les décisions françaises

⁴³⁴ Voir, entre autres, F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 26, p. 351, qui traitent des décisions de 1990 sous le thème de la « subjectivisation » de la cause.

⁴³⁵ J. GHESTIN, *Cause et validité*, préc., note 26, p. 328.

⁴³⁶ Cass., Civ., 1^{ière}, 19 décembre 1990, *Bull. civ.*, I, no. 303, p. 212; Gaz. Pal. 1991, 1, pan., pp. 81 et 82; D. 1991, I.R., p. 13, obs. Jacques MESTRE, « Des engagements nécessairement causés à ceux relativement abstraits », (1991) *RTD Civ.* 325. Voir aussi : Cass. Civ. 1^{ière}, 3 février 1993, J.C.P. 1993, II, 22048; Cass. Civ. 1^{ière}, 16 décembre 1997, *Bull. Civ. I*, no. 370; Cass. Civ. 1^{ière}, 9 novembre 1999, *Bull. Civ. I*, no. 293; Cass. Civ. 1^{ière}, 9 mars 1999, *Bull. Civ.*, no. 82.

⁴³⁷ Entre autres, l'article L. 124-1 du *Code des assurances* qui édicte que « Au sens du présent chapitre, constitue un sinistre tout dommage ou ensemble de dommages causés à des tiers, engageant la responsabilité de l'assuré, résultant d'un fait dommageable et ayant donné lieu à une ou plusieurs réclamations », mais n'indique rien relativement au moment où doit intervenir la réclamation. D'ailleurs, quelques années après ces décisions, le législateur français a modifié le *Code* pour y ajouter l'article L. 124-5 qui édicte, entre autres, que « la garantie est, selon le choix des parties, déclenchée soit par le fait dommageable, soit par la réclamation ». Voir aussi : J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préc., note 43, p. 159, no. 164.

⁴³⁸ B. FAGES, *Le comportement du contractant*, préc., note 26, p. 336, no. 621 (mes italiques).

⁴³⁹ Voir, en ce sens, Cass. Civ., 1^{ière}, 16 décembre 1997, *Bull. Civ. I*, no. 370 : « Attendu que les primes pour la période qui se situe entre la prise d'effet du contrat d'assurance et son expiration a pour contrepartie nécessaire la garantie des dommages qui trouvent leur origine dans un fait qui s'est produit pendant cette période; que toute clause qui tend à réduire la durée de la garantie de l'assureur à un temps inférieur à la durée de la responsabilité de l'assuré est génératrice d'une obligation sans cause ». Dans le même sens : J. GHESTIN, *Cause et validité*, préc., note 26, p. 345, no. 533.

extirpant de certains contrats d'assurance la clause de réclamation ne sont pas sans rappeler quelques arrêts importants des tribunaux de la belle province. Dans *Hadley Shipping*⁴⁴⁰, par exemple, le juge Barbeau refusait de donner effet à une clause d'exclusion de couverture des dommages aux biens entreposés à l'extérieur stipulée dans une police ayant pourtant été contractée spécifiquement dans le but de couvrir le risque de dommage causé aux biens entreposés *sur les quais*. La preuve démontrant que le preneur, un armateur devant soulager son bateau d'une partie de sa cargaison de sucre, s'était engagé à payer la prime précisément dans le but d'obtenir une telle couverture, et que l'assureur connaissait cette motivation particulière, la clause évasive était nécessairement en *contradiction* avec l'« intention commune véritable » des parties. Trahissant la fin du contrat dans lequel elle était stipulée, elle devait, dès lors, être neutralisée.

114. Dans le même sens, dans *Factory Mutual Insurance Company*⁴⁴¹, le juge Sénéchal refusait de lire dans une stipulation d'un contrat dont « l'un des objets majeurs » était de couvrir la responsabilité civile d'un entrepreneur, une exclusion pour les dommages causés aux tiers par la faute de ce dernier. Admettre que l'exclusion s'applique, écrivait alors le magistrat, ce serait « enlever l'essentiel de la protection qui *constituait la raison pour laquelle l'assuré a consenti à payer la prime* » et, donc, reconnaître que ce dernier s'était engagé à payer « pour rien »⁴⁴². Enfin, dans l'arrêt *Ribo*, la juge Deschamps, alors de la Cour d'appel, écrivait que « [l']assureur ne peut, d'une part, dire qu'il protège l'assuré contre les dommages survenant à l'occasion de l'exercice de son activité et, d'autre part, exclure de la couverture tous les biens sur lesquels il exerce une activité quelconque à l'occasion de l'exploitation de son commerce »⁴⁴³. Après tout, accepter une telle exclusion, concluait-elle, reviendrait à permettre à l'assureur de « percevoir une prime sans contrepartie »⁴⁴⁴ et, par effet spéculaire, à admettre la validité de l'engagement non causé.

115. Terrain certes fertile, le domaine de l'assurance n'est toutefois pas le seul à fournir des exemples où sont réputées non-écrites des clauses n'ayant pas nécessairement pour fin de soulager le débiteur de l'ensemble de ses obligations, mais dont telle est la conséquence *au regard de l'économie particulière de la convention*. Dans le contrat de louage, par exemple, sera supprimée la clause qui ne libère pas totalement le bailleur de son obligation de fournir la libre

⁴⁴⁰ *Hadley Shipping Co. c. Eagle Star Insurance Co.*, J.E. 80-566 (C.S.), appel accueillie dans le but de modifier le quantum, (C.A., 1983-08-03).

⁴⁴¹ *Factory Mutual Insurance Company c. Richelieu Métal Québec inc.*, 2012 QCCS 4334, par. 49, décision confirmée par 2013 QCCA 446.

⁴⁴² *Id.*, par. 49.

⁴⁴³ *Le Groupe de Commerce, Compagnie d'assurance c. Service d'entretien Ribo Inc.*, [1992] R.R.A. 959 (C.A.) (J. Deschamps). Voir aussi : *Ateliers Martin Paradis Inc. c. Groupe Desjardins (Le), assurances générales*, [1991] R.R.A. 158 (C.Q.); *Cartier Transport Inc. c. Pneus & Équipement Sentinelle Inc.*, [1980] C.S. 3; *Desjardins c. Chabot*, [1987] R.R.A. 702 (C.P.).

⁴⁴⁴ *Id.* Voir aussi : *Groupe Pétrolier Nirom inc. c. Compagnie d'assurances du Québec*, [1995] J.Q. no. 3366, J.E. 96-236, no. 44; *Michaud c. Société Mutuelle d'assurance générale du comté de Rivière-du-loup*, [1997] R.R.A. 629 (C.Q.); Didier LLUELLES et Christianne DUBREUIL, *Droit des assurances. Arrêts commentés et textes normatifs*, 5^e édition, Montréal, Thémis, 2005, p. 556.

jouissance du bien loué, mais qui, en ne laissant au locataire « qu'un simple droit de camper »⁴⁴⁵, prive de tout intérêt son engagement. À ce titre, sera réputée non-écrite la stipulation d'acceptation « sans réserve » des lieux contenue dans un contrat de location d'un immeuble *destiné à l'exploitation d'un hôtel ou d'un restaurant* qui permet au bailleur de ne pas exécuter les travaux nécessaires pour que l'immeuble puisse « servir la fin à laquelle il est destiné »⁴⁴⁶, c'est-à-dire l'exploitation d'un hôtel ou d'un restaurant⁴⁴⁷. Dans le même sens, sera rayée la clause d'un contrat d'affichage publicitaire dans un magazine suivant laquelle la date de parution promise n'est « donnée qu'à titre indicatif » et qui réserve à la rédaction « la faculté de faire paraître les insertions [publicitaires] au numéro suivant chaque fois qu'elle le jugera utile »⁴⁴⁸. L'économie de l'opération spécifique modulant alors les obligations de la revue de manière à leur imposer un terme au-delà duquel leur exécution n'est d'aucune utilité pour le client, la clause qui empêche la matérialisation de cet intérêt doit être invalidée. Enfin, sera biffée d'un contrat de *forage d'un puits de 12 mètres*, parce que privant de tout intérêt l'engagement du créancier, la stipulation qui met à la charge du client l'obligation de « vérifier la profondeur de l'ouvrage »⁴⁴⁹.

116. Dans tous ces cas, en permettant toujours la mise en place d'un certain échange, les stipulations immunisatrices ne vident pas de *toute* substance les obligations du débiteur. Toutefois, en les amputant de la matière nécessaire pour que se réalise l'opération *spécifique* sur laquelle s'est arrêtée la volonté des parties, elles empêchent « que l'intérêt, en vue duquel le créancier avait contracté, soit préservé »⁴⁵⁰. Insufflant au contrat une contradiction telle qu'elle met en danger la fin qui l'explique, ces stipulations ne sont pas les seules à assécher les obligations du débiteur au point qu'elles ne puissent plus étancher la soif de son créancier; c'est également là l'effet potentiel de plusieurs clauses excluant ou limitant le paiement par équivalent.

b. De certaines stipulations excluant ou limitant la responsabilité

117. La clause de non-responsabilité permet à une partie de stipuler « qu'elle ne sera pas responsable à l'égard de l'autre du dommage que celle-ci souffrira éventuellement et dont elle devrait sans cela l'indemniser »⁴⁵¹. Au même titre, la clause limitative de responsabilité permet au débiteur d'encadrer les conditions de déclenchement du paiement par équivalent ou d'imposer un plafond au montant des dommages et intérêts qu'il pourrait être appelé à payer à son créancier.

⁴⁴⁵ L'expression est empruntée à Jean Carbonnier, et citée dans R. SEFTON-GREEN, préc., note 237, p. 268.

⁴⁴⁶ 9073-4088 Québec inc. c. 9087-1658 Québec inc., J.E. 2002-644, pars. 124 et 125. Voir, dans le même sens : J. DESLAURIERS, préc., note 411, pp. 382 et 389.

⁴⁴⁷ Cass. Civ., 3e, 5 juin 2002, no. 00-19037, Bull. Civ. III, no. 123. Dans le même sens, voir : Cour d'appel de Reims, 1^{er} avril 1993, J.C.P. 1994, G.IV., 798, décision citée dans J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préc., note 43, p. 106, no. 111.

⁴⁴⁸ Cour d'appel de Versailles, 12^e ch., 1^{er} sect., 28 janvier 1999, Société EDL communication publique c/ Société SERGIM, inédit, arrêt cité dans Jacques MESTRE, « Le renforcement des noyaux durs des contrats », (1999) RTD Civ. 622.

⁴⁴⁹ Cour d'appel de Toulouse, 23 octobre 2001, LPA, 13 mai 2002, no. 95, p. 12, citée dans J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, préc., note 156, pp. 498 et 499 – note 122. Voir aussi : J. GHESTIN, *Cause et validité*, préc., note 26, pp. 206 et 207, no. 299.

⁴⁵⁰ Denis MAZEAUD, « Clauses de responsabilité : et toujours modérément! », (2013) *Dalloz* 2142.

⁴⁵¹ P. ESMEIN, préc., note 26, p. 313.

Dans un cas comme dans l'autre, ces clauses n'affectent donc que l'octroi de dommages-intérêts et ne concernent pas les autres sanctions⁴⁵².

118. Si l'*efficacité* des ces stipulations est, en droit commun, conditionnée par le comportement des parties aux différents stades de la vie contractuelle⁴⁵³, leur *validité* est, pour sa part, tributaire de leur effet sur les obligations nécessaires à la mise en oeuvre de l'opération et, par effet de réflexion, sur la cause de l'engagement des parties au contrat. Du moins, c'est ce qui s'induit d'une série de décisions de la Cour de cassation. En effet, c'est sous le visa de la « bonne vieille cause »⁴⁵⁴ que depuis plus de vingt ans, les différentes chambres du plus haut tribunal français contrôlent ces stipulations immunisatrices.

119. Entamé en 1990, ce mouvement de prohibition des stipulations *contracticides* ne recevra sa consécration définitive que six ans plus tard, avec le « célébrissime »⁴⁵⁵ arrêt *Chronopost*⁴⁵⁶. Le 14 mai 1991, une société de professionnels nantaise remet à *Chronopost*, une société « spécialiste du transport rapide »⁴⁵⁷, un colis contenant une soumission devant être livrée à Paris le lendemain. Contrevenant aux conditions de célérité et de ponctualité qu'elle s'était elle-même imposées, *Chronopost* ne livre toutefois le colis que le surlendemain, soit le 16 mai. Accusant, en raison de ce retard, une perte de plus de 400 000 Francs, la société expéditrice poursuit l'entreprise de livraison. En défense, cette dernière invoque une clause limitant sa responsabilité au prix du transport retardé. Rejetée en première instance, puis reçue par la Cour d'appel de Rennes, cette défense est finalement écartée par la Cour de cassation. De l'avis de la Chambre commerciale, en immunisant presque entièrement la société de livraison contre tout manquement à son obligation de délivrance *dans les délais requis et promis*, la clause de limitation de responsabilité vide de substance l'objet de cette obligation et, du même coup, prive de cause l'engagement du client⁴⁵⁸. À ce titre, elle doit être rayée du contrat.

120. Tantôt approuvée, d'autres fois critiquée, cette décision novatrice donnera à la cause une « seconde jeunesse »⁴⁵⁹. Plus qu'une simple garantie abstraite de réciprocité, la notion sera

⁴⁵² D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 18, p. 1850, no. 2968.

⁴⁵³ C.c.Q., art. 1474; C.civ., art. 1150.

⁴⁵⁴ J. MESTRE, « Des engagements nécessairement causés à ceux relativement abstraits », préc., note 436, p. 325.

⁴⁵⁵ D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », préc., note 26, no. 13.

⁴⁵⁶ Cass. Com., 22 octobre 1996, Bull. 1996 IV, no 261. Voir, aussi : Cour d'appel de Paris, 28 avril 2000, R.J.D.A. 2000, no. 865; Cass. Civ. 1^{ère}, 22 Juin 2004, pourvoi no. 01-00444, (2005) R.D.C. 270; Cass. Com., 30 mai 2006, pourvoi no. 04-14974, obs. Yves-Marie LAITHIER, « L'éradication de la clause limitative de réparation en cas de manquement à une obligation essentielle : « Chronopost », dix ans après », (2006) R.D.C. 1075; Cass. Com., 5 juin 2007, pourvoi no. 06-14832, obs. Denis MAZEAUD, « Clause limitative de réparation », (2007) R.D.C. 1121.

⁴⁵⁷ P. DELEBECQUE, « Que reste-t-il du principe de validité des clauses de responsabilité? », préc., note 26, p. 236.

⁴⁵⁸ P. DELEBECQUE, *id.*, p. 236; J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, préc., note 156, p. 497, no. 743; J. GHESTIN, *Cause et validité*, préc., note 26, p. 204, no. 292; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 26, p. 352; H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, préc., note 9, pp. 111 et suiv., no. 157. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, préc., note 26, p. 192, no. 262; M. FABRE-MAGNAN, préc., note 51, p. 662.; P. LE TOURNEAU et al., préc., note 26, pp. 499 et 500, no. 1178.

⁴⁵⁹ J. MESTRE, « Des engagements nécessairement causés à ceux relativement abstraits », préc., note 436, p. 325. Pour un aperçu rapide de l'évolution de la jurisprudence, voir : D. MAZEAUD, « Clauses de responsabilité : et toujours modérément! », préc., note 450; B. DAILLE-DUCLOS, préc., note 236.

désormais utilisée pour assurer *l'équilibre structurel et concret* du contrat⁴⁶⁰. Mécanisme permettant l'éradication des stipulations dont l'effet est de priver d'intérêt concret le contrat pour une de ses parties, elle marquera alors « la limite extrême du pouvoir des contractants »⁴⁶¹.

121. Dans un arrêt de 2001⁴⁶², par exemple, la chambre commerciale de la Cour de cassation approuvera la décision de la Cour d'appel de Paris qui, sous le visa de l'article 1131 *C. civ.*, invalida une clause limitant la responsabilité d'une société de maintenance informatique pour manquement à son obligation de fournir des services *dans un délais donné*. La société débitrice s'étant engagée à intervenir dans les « 48 heures chrono », écrira la Cour, la clause revenait « à priver d'effet [son] obligation essentielle »⁴⁶³ et, par effet de réflexion, à vider de toute substance la cause de l'engagement du client. Dans le même sens, c'est sur la base de la cause que dans la première manche de l'affaire *Faurecia*⁴⁶⁴, la chambre commerciale de la Cour annulera la clause d'un contrat de fourniture d'un logiciel de gestion informatique limitant la responsabilité du prestataire manquant à son obligation « essentielle » de fournir le produit demandé. Au contraire, dans l'arrêt *EDF*⁴⁶⁵, la cour suprême française approuvera la Cour d'appel de Aix dans son refus d'invalider une clause stipulée dans un contrat de fourniture d'électricité et « limitant l'indemnisation pour la seule coupure *inopinée* de courant ». Ne vidant pas de toute sa substance l'engagement du fournisseur de service, cette stipulation ne privait pas de cause celui de son client⁴⁶⁶. Dans le même sens, quelques années plus tard, appelée à statuer sur l'arrêt de renvoi de l'affaire *Faurecia*⁴⁶⁷, la Chambre commerciale refusera cette fois de supprimer la clause limitative de responsabilité, preuve ayant été faite que cette dernière ne confisquait pas tout effet à l'engagement du débiteur et, par delà, ne privait pas de cause l'engagement de son créancier⁴⁶⁸.

122. Héritières de l'arrêt *Chronopost*, ces décisions feront, au même titre que leur génitrice,

⁴⁶⁰ C. ATIAS, *Précis*, préc., note 53, p. 258.

⁴⁶¹ P. DELEBECQUE, « Que reste-t-il du principe de validité des clauses de responsabilité? », préc., note 26, p. 237.

⁴⁶² *Cass. Com.*, 17 juillet 2001, pourvoi no. 98-15678, obs. Grégoire LOISEAU, « La jurisprudence Chronopost se confirme », (2002) *JCP G* 27, I 148.

⁴⁶³ *Cass. Com.*, 17 juillet 2001, premier moyen.

⁴⁶⁴ *Cass. Com.*, 13 février 2007, pourvoi no. 05-17407, *Bull. Civ. IV*, no. 43, (« Faurecia I ») obs. D. MAZEAUD, « Cause de l'obligation », préc., note 26; Bertrand FAGES, « Manquement à une obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », (2007) *RTD Civ.* 567.

⁴⁶⁵ *Cass. Com.*, 18 décembre 2007, pourvoi no. 04-16069, *Bull. Civ. IV*, no. 261, obs. X. DELPECH préc., note 424; T. GÉNICON, « Clause limitative de réparation : l'embellie? », préc., note 257; P. JOURDAIN, « Clauses restrictives de responsabilité et obligation essentielle : une précision et des incertitudes », préc., note 424; P. STOFFEL-MUNCK, « Responsabilité civile – Chronique », préc., note 424, no. 14.

⁴⁶⁶ Voir, Philippe DELEBECQUE, « Pour ou contre les clauses limitatives de réparation », préc., note 26, no. 8; X. DELPECH, *id.*, I b).

⁴⁶⁷ *Cass. Com.*, 29 juin 2010, pourvoi no. 09-11841, *Bull. Civ. IV*, no. 115 (« Faurecia II »), obs. Bertrand FAGES, « Comment Faurecia 2 renoue avec Chronopost 1 », (2010) *RTD Civ.* 555; Denis MAZEAUD, « Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga? », préc., note 26; Xavier DELPECH, « Clause limitative de réparation et obligation essentielle », (2010) *Dalloz* 1832; C. BARNAUD, préc., note 26, no. 195; B. DAILLE-DUCLOS, préc., note 236; D. HOUTCIEFF, « L'essentiel est dans la contradiction », préc., note 17; Philippe STOFFEL-MUNCK, « Faurecia 3 : la Cour de cassation restaure l'efficacité des clauses limitatives de réparation dans les contrats informatiques », (2010) 10 *Comm. com. électr.* 99. Voir aussi l'éditorial « Clausons! », (2010) *Dalloz* 1697 de Félix ROME (sous son pseudonyme).

⁴⁶⁸ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, préc., note 156, p. 500 ; D. MAZEAUD, *id.*, no 7.

l'objet de nombreuses critiques. Le recours à la notion de cause, particulièrement, sera à la source des commentaires les plus acerbes. Le professeur Larroumet, par exemple, soutiendra que les obligations du débiteur et, par le fait même, la cause de l'engagement du créancier, ne disparaissent pas du simple fait que « les parties ont stipulé une clause supprimant [sa] responsabilité en cas d'inexécution »⁴⁶⁹. Dans le même ordre d'idées, les professeurs Lluelles et Moore écrivent d'ailleurs que contrairement aux clauses de non-recours, les clauses élusives ou limitatives de responsabilité ne mettent pas le débiteur « à l'abri d'une condamnation à l'exécution en nature ou à la résolution du contrat, voire à la réduction de l'obligation corrélative du cocontractant »⁴⁷⁰. Or, dans la mesure où le manquement aux obligations que couvre la clause litigieuse demeure « sanctionnable » via l'un ou l'autre de ces recours, les prestations du débiteur sont toujours obligatoires et pourvues d'objet⁴⁷¹. De fait, la clause évasive ou limitative de responsabilité ne vidant pas directement ou indirectement de leur substance les obligations nécessaires à la mise en œuvre de l'opération, l'engagement du créancier reste toujours causé⁴⁷².

123. Certes valable, cette objection semble toutefois manquer de nuance. S'il est évident que la clause évasive ou limitative de responsabilité n'a ni *directement* ni *nécessairement* pour effet de priver de substance les obligations du débiteur et donc, de cause l'engagement de son créancier, l'examen de la *géométrie particulière* qu'insufflent à ces obligations *l'économie précise* de l'opération met parfois en lumière un tel effet. Il est, en effet, de nombreuses opérations contractuelles qui impliquent une manière, une méthode ou un moment précis d'exécution des obligations qui en constituent la technique. En permettant l'atteinte d'un résultat précis, ces différentes modalités traduisent l'utilité économique particulière de la convention pour ses parties. De fait, l'exécution en nature qui n'intervient pas dans ce cadre précis ne présente bien souvent aucun intérêt pour le créancier. Ainsi, pour reprendre l'exemple de « l'illustrissime »⁴⁷³ arrêt *Chronopost*, dans une opération de livraison *rapide* d'un colis, l'obligation de livrer est modulée de telle manière que si elle n'est pas exécutée avant l'heure indiquée par le client et acceptée par le prestataire, la prestation du livreur n'a plus aucun intérêt pratique pour l'expéditeur⁴⁷⁴. Dans le même sens, dans un contrat d'entreposage de viande, l'exécution en nature de l'obligation de conserver cette viande au frais et à l'abri perd tout son sens une fois la

⁴⁶⁹ C. LARROUMET, préc., note 37, p. 701, no. 635; « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », (1997) *Dalloz* 145, no. 3; A. SÉRIAUX, « L'affaire *Chronopost* », préc., note 26, no. 4; D. COHEN, préc., note 144.

⁴⁷⁰ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 18, p. 1851, no. 2968. Dans le même sens : Y.-M. LAITHIER, « L'éradication de la clause limitative de réparation... « *Chronopost* », dix ans après », préc., note 456, (p. 3 de 4 du document en version électronique); « L'avenir des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité contractuelle – Rapport français », (2010) *R.D.C.* 1091; T. GÉNICON, « Le régimes des clauses limitatives de réparation : état des lieux et perspectives », préc., note 247, no. 12.

⁴⁷¹ *Contra* : C. FERRON, préc., note 15, pp. 56 et 57; L. AYNÈS, « Droit français », préc., note 6, p. 10; E. MONTERO, préc., note 16, p. 421.

⁴⁷² Voir, en ce sens, H. MAZEAUD et L. MAZEAUD, préc., note 2, p. 679, no. 2540.

⁴⁷³ D. MAZEAUD, « Clause évasive de responsabilité », préc., note 161.

⁴⁷⁴ Voir aussi : J.-É. BILLETTE, préc., note 52, p. 45, no. 67.

nourriture contaminée par de l'ammoniac servant à réfrigérer l'entrepôt⁴⁷⁵. Enfin, dans le contrat de vente d'une robe de mariage, la délivrance de la robe *le lendemain* des noces n'est d'aucune utilité pour le couple marié.

124. Or, lorsque, comme dans ces exemples, le créancier n'a, en raison de *l'économie précise du contrat*, plus aucun intérêt à demander l'exécution en nature des obligations de son débiteur, le seul moyen utile⁴⁷⁶, réel⁴⁷⁷ ou pratiquement applicable⁴⁷⁸ d'exécution de ces obligations est le paiement *par équivalent*. Plus encore, nous disent les tenants de l'aspect contractuel de la responsabilité civile, le « rachat de la loi contractuelle »⁴⁷⁹, selon l'heureuse expression du doyen Carbonnier, est, en fait, *le seul* moyen envisageable de paiement⁴⁸⁰. De fait, **lorsque le paiement par équivalent reste le seul mode d'exécution des obligations du débiteur, la stipulation qui l'exclut purement et simplement a pour effet concret de vider de toute substance l'engagement de ce dernier et, par effet de miroir, de priver de cause celui de son créancier**⁴⁸¹.

125. Loin d'être inusitée, cette manière de concevoir la dynamique entre l'opération, son économie particulière et ses moyens de mise en œuvre n'est pas étrangère aux décisions des tribunaux québécois qui, bien qu'ils ne s'appuient pas directement sur la cause, rayent du contrat les clauses immunisatrices qui tendent à confisquer au créancier tout l'intérêt que lui promet l'économie spécifique de l'opération contractuelle sur laquelle s'est arrêtée la volonté commune.

126. C'est, à tout le moins, ce qui ressort des décisions qui invalident les clauses qui, dans le contrat d'entreposage, exonèrent l'exploitant de toute responsabilité pour les « pertes ou dommages causés [aux biens du client] résultant d'un incendie, d'explosif, de vandalisme, d'inondation, de vol *ou de quelque cause que ce soit* »⁴⁸². L'exécution en nature de l'obligation

⁴⁷⁵ *Empire Cold Storage Co. c. Cie de Volailles Maxi Itée.*, [1995] R.R.A. 846, J.E. 95-1986 (C.A.); *Le Conseil des Ports Nationaux c. Swift Canadian Company Limited*, [1953] B.R. 730; *Poisonnerie Bari c. Gestion Inter-parc inc. (National Tilden)*, J.E. 2002-322 (QC CS) (clause externe).

⁴⁷⁶ C. AUBERT DE VINCELLES, préc., note 230, no. 8.

⁴⁷⁷ D. MAZEAUD, « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », préc., note 26, no. 16.

⁴⁷⁸ B. STARCK, préc., note 235, p. 159, no. 25; J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préc., note 43, p. 441, no. 485.

⁴⁷⁹ J. CARBONNIER, préc., note 43, p. 2230, no. 1100.

⁴⁸⁰ Voir, en ce sens, Denis TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », (1994) *RTD Civ.* 223, p. 226, pour qui la responsabilité consécutaire à l'inexécution emporte toujours condamnation à payer sous forme de dommages et intérêts, parfois sous forme d'exécution en nature, mais « jamais la résolution judiciaire ». Voir aussi : D. GARDNER et B. MOORE, préc., note 256, pp. 554 et 555.

⁴⁸¹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, préc., note 26, p. 193, no. 262; M. FABRE-MAGNAN, préc., note 51, p. 662; P. LE TOURNEAU et al., préc., note 26, p. 491, no. 1136; P. DELEBECQUE, « Que reste-t-il du principe de validité des clauses de responsabilité? », préc., note 26, p. 237, no. 12. *Rapp.* : L. DUCHARME, préc., note 24, pp. 55 et 56.

⁴⁸² *Union canadienne (L'), compagnie d'Assurances c. Mini entrepôt Longueuil inc.*, 2011 QCCQ 7058, par. 97 (mes italiques). Dans le même sens, voir : *Safeway Parking Ltd. c. Richard Marsan*, [1976] C.A. 97; *Brunelle c. 9124-5704 Québec inc.*, [2004] J.Q. 4921 (C.Q.); *Pruneau c. Société d'agriculture du comté de Richmond*, 2006 QCCQ 12523; *Empire Cold Storage Co. c. Cie de Volailles Maxi Itée.*, [1995] R.R.A. 846, J.E. 95-1986 (C.A.); *Le Conseil des Ports Nationaux c. Swift Canadian Company Limited*, [1953] B.R. 730; *Poisonnerie Bari c. Gestion Inter-parc*

de garde qui échoit à l'entreposeur n'étant tout simplement plus possible une fois ces biens détruits ou disparus, la clause empêchant la mise en œuvre du paiement par équivalent a pour effet de priver de toute force obligatoire l'engagement de ce dernier et, par le fait même, de cause celui de son cocontractant. Pour cette raison, elle doit être réputée non-écrite.

127. Dans le même sens, furent supprimées les clauses excluant la responsabilité des compagnies d'aviation en cas de manquement à leur obligation « d'assurer le transport *dans les délais prévus* »⁴⁸³ ou niant celle de l'agence de voyage en cas de non-disponibilité de l'hôtel promis⁴⁸⁴. Dans ce dernier cas, le voyageur s'étant engagé expressément à fournir à ses clients une chambre dans un hôtel donné et d'une qualité précise, il ne pouvait, du même coup, s'absoudre de toute responsabilité en cas de manquement à cette obligation. En effet, la « substitution dans une autre ville [n'ayant] aucun *intérêt* »⁴⁸⁵ pour les créanciers, la clause ne pouvait mettre de côté le seul moyen restant d'exécution des obligations en considération desquelles ils s'étaient engagés : les dommages-intérêts.

128. Toujours dans le domaine du contrat de service, fut supprimée la clause exonérant une agence de publicité de toute responsabilité pour non-exécution de sa prestation, soit celle de publier, à l'endroit et, surtout, *au moment convenus*, l'annonce de sa cliente⁴⁸⁶. Cette date étant « une considération essentielle, sinon déterminante »⁴⁸⁷ pour la cliente, la publication postérieure ne présentait plus aucun intérêt pour cette dernière. De fait, l'exécution par équivalent demeurant le seul mode effectif de paiement, une clause ne pouvait le prohiber, à défaut de quoi l'engagement du prestataire serait dépourvu de tout objet, et celui de sa cliente de toute cause⁴⁸⁸.

129. Bien que, contrairement à celles provenant du Vieux Continent, ces décisions ne furent pas rendues expressément sous le visa de la cause, l'idée sous-jacente, elle, reste la même : si ces clauses furent invalidées, c'est parce qu'*au regard de l'économie précise de la convention*, elles vidaient de toute substance l'engagement du débiteur et donc, privaient de tout intérêt

inc. (National Tilden), J.E. 2002-322 (QC CS) (clause externe). Sur l'obligation de garde de l'entreposeur, voir : *Scottish and York Insurance Co. c. G. Gagné Transport Inc.*, [1990] R.R.A. 61 (C.A.).

⁴⁸³ Voir : Sébastien GRAMMOND, « La règle sur les clauses abusives sous l'éclairage du droit comparé », (2010) 51 *C. de D.*, p. 108 – et les décisions citées.

⁴⁸⁴ *Lozeau c. Vacances Tour Mont-Royal*, 2007 QCCQ 2573. Dans le même sens, voir : *Desfossés c. Royal Vacances*, [1996] R.L. 501 (C.Q.); *Gosselin c. 102150 Canada inc.*, [1996] J.E. 96-730 (C.Q.); *Vincelli c. Boschi*, [1982] C.P. 179.

⁴⁸⁵ *Lozeau c. Vacances Tour Mont-Royal*, *id.*, par. 25.

⁴⁸⁶ *Lefebvre (Diane Lefebvre DD denturologie) c. Agenda Résidentiel DLB inc.*, 2013 QCCQ 4143.

⁴⁸⁷ *Id.*, par. 22.

⁴⁸⁸ La même logique peut être déduite des décisions où les juges refusèrent de valider la clause permettant au contracteur d'exclure sa responsabilité en cas de mauvaise, voire même de non-exécution de sa prestation dans les règles de l'art, alors même que seule demeurerait la possibilité de paiement par équivalent. À titre d'exemple, voir : *Thériault c. Dumas*, J.E. 2000-1961 (C.Q.) – où l'exécution par équivalent semblait être le seul mode d'exécution effectif. *Rapp.* : *Ménard c. Duquette*, [1980] C.P. 341, J.E. 80-652 – où le juge Brassard de la Cour provinciale écrivait qu'il « est évident », notait à cet effet un juge de la Cour provinciale, « que le contracteur ne peut s'engager d'une part à respecter les règles de l'art et d'autre part exclure sa responsabilité si l'installation ne serait (*sic*) pas conforme aux règles de l'art ».

l'engagement du créancier.

130. En éliminant ces clauses, les tribunaux reconnaissent donc qu'il importe de protéger l'échange et les intérêts qu'il met en œuvre⁴⁸⁹. Mettant de l'avant le fait qu'une « obligation n'existe que pour être exécutée »⁴⁹⁰ que, pour le dire dans les termes du *Code*, « [l']obligation confère au créancier le droit d'exiger qu'elle soit exécutée entièrement, correctement et sans retard »⁴⁹¹, ils soulignent ainsi que le créancier a le *droit* d'être *payé* en échange de son propre paiement⁴⁹². Or, à défaut de toute possibilité de paiement en nature ou de rachat par équivalent, en raison, respectivement, de l'économie du contrat et de la stipulation évasive, le débiteur n'a plus rien à exécuter, et son créancier plus rien à recevoir; dépossédant ce dernier du « droit d'obtenir l'exécution de l'engagement (...) en contrepartie duquel il s'est lui-même obligé »⁴⁹³, la stipulation immunisatrice prive de cause son engagement.

131. Axée sur la géométrie concrète de l'opération – et des obligations qui en sont le moyen de mise en œuvre, cette perspective a l'avantage d'offrir une explication satisfaisante aux décisions réputant non-écrites les clauses qui n'excluent pas totalement l'exécution par équivalent, mais encadrent ses conditions de « mise en œuvre » ou, le cas échéant, en limitent l'objet au point de lui faire perdre tout intérêt. C'est le cas, par exemple, de la décision *Chronopost* où la clause litigieuse limitait l'indemnisation au prix du transport. C'est le cas, également, mais *a contrario*, cette fois, de l'arrêt *Edf* et de la seconde manche de l'affaire *Faurecia*⁴⁹⁴, où les limites étaient soit plus ciblées, soit plus élevées⁴⁹⁵. Au Québec, enfin, c'est ce que l'on peut déduire d'une décision où fut invalidée une clause limitant à 50 000\$ la responsabilité contractuelle d'une firme spécialisée en décontamination⁴⁹⁶ ou, encore, des jugements qui réputent non-écrites les clauses limitant à un pourcentage variable du prix des services rendus la responsabilité de la centrale d'alarme en cas de manquement à son obligation d'aviser les personnes compétentes lors du déclenchement de l'alarme⁴⁹⁷. Dans ces cas, comme dans bien d'autres, il semble en effet être

⁴⁸⁹ Grégoire LOISEAU, « La jurisprudence Chronopost se confirme », (2002) *JCP G* I 148, no. 18; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, préc., note 26, p. 193, no. 262; P. DELEBECQUE et D. MAZEAUD, préc., note 26, p. 380; D. MAZEAUD, « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel », préc., note 26, p. 144, no. 18; « La confiance légitime et l'estoppel », préc., note 201, p. 378, no. 17.

⁴⁹⁰ D. GARDNER et B. MOORE, préc., note 256, p. 555.

⁴⁹¹ C.c.Q., art. 1590.

⁴⁹² Ce qui exclut, de ce seul fait, la restitution des prestations consécutives à la résolution ou à la réduction de l'obligation qui n'est pas un mode de paiement, mais bien, comme son nom l'indique, un mode de *restitution* de la prestation de l'autre partie.

⁴⁹³ H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, préc., note 9, p. 115.

⁴⁹⁴ *Supra*, par. 120.

⁴⁹⁵ Voir, dans le même sens que l'arrêt *EDF*, la décision de la Cour de cassation dans *Cass. Civ. 3e*, 23 mai 2013.

⁴⁹⁶ *Axa Assurances inc. c. Assurances générales des Caisses Desjardins*, 2009 QCCS 862, décision confirmée par 2011 QCCA 584. *Rapp.* : *Lemieux c. 9110-9595 Québec inc.*, 2008 QCCQ 12211, décision infirmée en partie sur un autre point 2012 QCCA 1829.

⁴⁹⁷ *Ferme Franky 2004 inc. c. 9059-4094 Québec inc. (Alarmes Pierre Fortier)*, 2012 QCCS 4738, confirmée par 2014 QCCA 848; *Huot c. Systèmes de sécurité Nasa inc.*, [2001] J.E. 2001-2126 (C.Q.); *Le Procureur Général du Québec c. Protectron inc.*, [2006] J.E. 2006-150 (C.Q.). Voir aussi : *Impact Graphics Ltd. c. B.P.G. Central Security Corp.*, [1995] J.E. 95-2174 (C.S.); *Affiliated FM Insurance Company c. Martin Veilleux inc.*, 2009 QCCS 827 - qui traitent la question sous l'angle de la négligence grossière ou de la faute lourde. *Comp.* : *Alliance Assurance Company Limited et al. c. Dominion Electric Protection Company Limited*, [1970] R.C.S. 168, p. 172.

question de priver d'effet les clauses limitatives « dérisoires », en ce sens qu'elles atrophient la géométrie des prestations du débiteur ou de leur objet au point de ne laisser au créancier *à peu près rien*⁴⁹⁸.

132. Évidemment, à appliquer les enseignements du passé, on pourrait prétendre que dès que la clause en question fixe une limite « pécuniaire, celle-ci n'est pas dérisoire »⁴⁹⁹; que du moment où le débiteur s'engage à exécuter son obligation par équivalent, quelle que soit la portée de l'objet de celle-ci, cela suffit⁵⁰⁰; et qu'au final, l'engagement du créancier n'est pas dépourvu de cause. Or, ce serait là négliger le fait qu'en exigeant que les obligations – et leur contenu – aient une *géométrie suffisante* pour servir les fins qui en expliquent l'existence même, la théorie de la cause offre au juge les pouvoirs nécessaires pour éliminer ces clauses dérisoires⁵⁰¹. Ainsi, sans vouloir, ni pouvoir, établir un critère transversal et absolu, on dira que la circonférence que laisse aux obligations du débiteur la clause limitative sera dérisoire si elle est en « disproportion flagrante »⁵⁰² avec celle des obligations préexistantes qui, faut-il le rappeler, matérialisent tout l'intérêt du créancier au contrat⁵⁰³.

133. Centrée sur la matérialité de l'objet des obligations du débiteur, cette perspective cède parfois sa place à une analyse orientée davantage vers leur caractère contraignant de l'engagement du débiteur. Selon certains auteurs, en supprimant le caractère contraignant de l'engagement du débiteur ou, pour le dire ainsi, en lui donnant un « tour potestatif »⁵⁰⁴, la clause évasive ou limitative de responsabilité diminue « le niveau de vigilance auquel s'astreint le

⁴⁹⁸ Voir, en ce sens, J. CARBONNIER, préc., note 43, p. 2228, no. 1099 – et les décisions citées; P. LE TOURNEAU et al., préc., note 26, p. 501, no. 1179 – et les décisions citées; J. GHESTIN, *Cause et validité*, préc., note 26, pp. 192 et 193, nos. 278 et 279; J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préc., note 43, p. 443, no. 487; S. GAUDEMET, préc., note 26, p. 253, no. 500; M. FABRE-MAGNAN, « Droit des obligations », préc., note 127no. 5; D. MAZEAUD, « Cause de l'obligation », préc., note 26, (p. 3 de 4 de la version électronique); « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », préc., note 26, no. 6; B. STARCK, préc., note 235, p. 161, no. 36.

⁴⁹⁹ P. ESMEIN, préc., note 26, p. 326.

⁵⁰⁰ A. SÉRIAUX, « L'affaire *Chronopost* », préc., note 26, no. 4.

⁵⁰¹ D'ailleurs, note le professeur Simler, « l'absence de contrepartie *sérieuse* a toujours été assimilée à l'absence de contrepartie ». Il parle alors de la vente, mais il précise ensuite que cela s'applique également « à tous les engagements à titre onéreux dont la cause réside dans une prestation ou un avantage extrinsèque à l'acte », P. SIMLER, « La sanction de l'absence de cause », préc., note 26, p. 421. Dans le même sens, voir J. CARBONNIER, préc., note 43, p. 2228, no. 1099 – et les décisions citées; J. GHESTIN, *Cause et validité*, pp. 174 à 180, nos. 256 à 264; J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préc., note 43, pp. 96 à 112, nos. 102 à 114 et p. 443, no. 487; T. GÉNICON, « Le régime des clauses limitatives de réparation : état des lieux et perspectives », préc., note 247, no. 13. Au Québec, voir : D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 18, pp. 568 et 569, no. 1064.5 – citant *Yoskovitch c. Tabor*, [1995] R.J.Q. 1397; M. CUMYN, « Contracts », préc., note 32, p. 254.

⁵⁰² P. DELEBECQUE et D. MAZEAUD, préc., note 26, p. 380.

⁵⁰³ Dans la mesure où la clause limite le montant des dommages, certains auteurs proposent de mesurer la disproportion au regard du préjudice prévisible au moment de la formation du contrat, conformément à la règle de l'article 1150 C. civ. (1613 C.c.Q.). Voir : C. AUBERT DE VINCELLES, préc., note 230, no. 11; Y.-M. LAITHIER, *L'éradication de la clause limitative de réparation... « Chronopost », dix ans après*, préc., note 456; J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préc., note 43, p. 443, no. 487.

⁵⁰⁴ D. HOUTCIEFF, « L'essentiel est dans la contradiction », préc., note 17, (p. 4 de 6 du document électronique); H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, préc., note 9, p. 121; J. ROCHFELD, (2012), préc., note 38, p. 23, no.68; G. VINEY et P. JOURDAIN, préc., note 12, p. 447, no. 186.

débiteur »⁵⁰⁵ et lui permet de ne pas mettre « toute la diligence requise »⁵⁰⁶ pour l'exécution de son engagement. Transformant celui-ci en une « simple illusion perdue »⁵⁰⁷ pour le créancier, cette stipulation lui « fait [donc] perdre toute portée et toute valeur »⁵⁰⁸. Faisant reposer l'exécution sur la simple magnanimité du débiteur, elle substitue la mise en œuvre de l'obligation à son bon vouloir, prive le créancier de l'assurance que lui promet l'obligation, transforme sa créance en un simple mirage et, au final, prive de cause son engagement⁵⁰⁹. Suivant cette perspective, ce n'est donc plus tant l'existence même de l'obligation qui est directement concernée que le « sérieux » ou le « réalisme » de sa sanction pour le débiteur⁵¹⁰; pour être validée, la clause doit maintenir « une pression financière suffisante pour [inciter le débiteur] à fournir le degré de diligence auquel l'équilibre de l'opération l'engageait »⁵¹¹.

134. S'il en est, le problème de cette thèse réside dans son traitement *sélectif* du caractère prophylactique de l'obligation. En faisant passer l'*effet* incitatif de l'obligation loin devant sa *nature* contraignante, le raisonnement est, en effet, axé non pas sur le fait que le débiteur est obligé, mais bien davantage sur celui qu'il est *incité*. Or, en raisonnant ainsi, on néglige le fait que par opposition au créancier pour qui la contrainte - élément inhérent et permanent de l'obligation civile - sert uniquement *l'exécution* des prestations, pour le débiteur, elle a une fonction corrélatrice plus large : elle *sanctionne* l'inexécution ou la mauvaise exécution des prestations que le contrat lui impose. De fait, contrairement au créancier pour qui le mot sanction est uniquement synonyme d'exécution et de réparation, pour le débiteur, les équivalents sont plus nombreux : la sanction englobe non seulement *tous* les moyens dont dispose le créancier pour *forcer* l'exécution de la convention, mais également tous ceux qui lui permettent d'en requérir *l'extinction* et, par delà, de demander la restitution de ce qu'il a déjà payé⁵¹². Dans ce contexte, il devient difficile, sinon impossible, de soutenir que l'exécution par équivalent est le *seul* incitatif

⁵⁰⁵ Olivier DESHAYES, « Clauses limitatives de responsabilité contractuelle et réparation des risques d'inexécution », (2008) *R.D.C.* 1008, no. 9.

⁵⁰⁶ S. GAUDEMET, préc., note 26, p. 253, no. 500; P. STOFFEL-MUNCK, « Responsabilité civile – Chronique », (2008), préc., note 424, no. 13.

⁵⁰⁷ D. MAZEAUD, « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », préc., note 26, no. 16. *Rapp.* : G. VINEY et P. JOURDAIN, préc., note 12, p. 447, no. 186; D. MAZEAUD, « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », préc., note 26, no. 16.

⁵⁰⁸ Ce sont les termes utilisés par la Cour d'appel de Caen, dans l'arrêt de renvoi de la décision *Chronopost, Caen*, 5 janvier 1999, no. 963691, sur lequel S. PIMONT, préc., note 19, p. 240, no. 365; S. GAUDEMET, préc., note 26, p. 213, no. 426.

⁵⁰⁹ Voir, en ce sens : P. ESMEIN, préc., note 26, pp. 323 et 324; B. STARCK, préc., note 235; J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préc., note 43, p. 441, no. 485. *Rapp.* : C. FERRON, préc., note 15, pp. 56 et 57; D. MAZEAUD, « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », préc., note 26, no. 9.

⁵¹⁰ Voir, en ce sens, Denis MAZEAUD, « Clauses de responsabilité : et toujours modérément! », préc., note 450, nos. 2 et 5; B. STARCK, préc., note 235, p. 160, no. 32.

⁵¹¹ Philippe STOFFEL-MUNCK, « Faurecia 3 : la Cour de cassation restaure l'efficacité des clauses limitatives de réparation dans les contrats informatiques », préc., note 467 (p. 6 de 7 de la version électronique); P. LE TOURNEAU et al., préc., note 26, p. 500, no. 1178. Dans le même sens : D. HOUTCIEFF, « Le manquement à une obligation essentielle... », préc., note 21.

⁵¹² C'est le cas, par exemple, de la restitution consécutive à la résolution du contrat qui, faut-il le rappeler, est une *sanction de droit* (M. TANCELIN, préc., note 22, p. 250, no. 357). Contraignante, cette sanction demeure toujours à la disposition du créancier. Elle est, de fait, et au même titre que pourrait l'être l'exécution en nature ou par équivalent, *incitative*.

« réel »⁵¹³ qu'a le débiteur. S'exposant, le cas échéant, à la possibilité d'être condamné à restituer les prestations reçues, celui-ci conserve en effet « un intérêt à exécuter correctement ses engagements »⁵¹⁴.

135. Souligné par certains⁵¹⁵, l'aspect quelque peu tronqué de cette perspective prophylactique, voire sa redondance potentielle avec les articles privant d'*efficacité* les clauses en cas de « faute lourde ou intentionnelle »⁵¹⁶, fait perdre de son lustre à cette thèse. En érigeant un standard volatile là où l'histoire a assis une règle immuable, elle dilue une notion qui s'y porte pourtant bien mal : l'obligation. Qui plus est, et surtout, en faisant de l'incitatif un étalon de mesure, voire un véritable *critère* de l'obligation, elle néglige le fait qu'il ne s'agit, au final, que d'un simple *effet* de celle-ci⁵¹⁷. Quoi qu'il en soit, elle demeure partagée par plusieurs.

136. *Conclusion sur les clauses excluant ou limitant la responsabilité* - Pour pallier l'incertitude « atterrante » qu'injecte dans la théorie une intervention prétorienne axée sur l'économie précise et concrète de l'opération, les auteurs de l'hexagone proposent donc une analyse axée tantôt sur l'utilité concrète, pour le créancier, que laisse à l'engagement de son cocontractant le passage de la stipulation immunisatrice, tantôt sur l'effet de cette dernière sur le caractère incitatif de cet engagement pour le débiteur⁵¹⁸. Ainsi, sauf à accepter qu'un moyen puisse trahir la fin particulière qui l'explique, et qu'un engagement puisse être dépourvu de cause, aucune stipulation évasive ou limitative de responsabilité ne saurait supprimer la substance de l'engagement précis de celui qu'elle protège, ou déposséder celui qu'elle défavorise « du droit [d'en] obtenir l'exécution »⁵¹⁹.

137. *Conclusion de paragraphe* – Dans tous les cas, si certaines clauses immunisatrices sont supprimées du contrat, c'est parce qu'elles ont pour effet de le priver des obligations nécessaires à la mise en œuvre de l'opération *particulière* qui en explique l'existence même. Or, en faisant ainsi, elles privent de tout « espèce d'avantage »⁵²⁰ l'engagement du créancier et trahissent la raison *spécifique* pour laquelle il s'est engagé. De fait, en prohibant ces stipulations sous le visa de la cause, les tribunaux empêchent « que l'une des parties ne parvienne, par des moyens détournés, à déséquilibrer la convention prévue [et] à lui retirer *l'utilité que l'autre partie avait*

⁵¹³ D. MAZEAUD, « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », préc., note 26, no. 16.

⁵¹⁴ E. MONTERO, préc., note 16, p. 411, no. 25; *Rapp.* : B. STARCK, préc., note 235, p. 160, no. 32 – au sujet de la clause limitative.

⁵¹⁵ *Supra*, note 470.

⁵¹⁶ *Supra*, note 453.

⁵¹⁷ Philippe MALAURIE, « L'effet prophylactique du droit civil », dans *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy. Études de droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 2004, 669.

⁵¹⁸ Comme l'écrit le professeur Mazeaud, « la vitalité de la clause [est] appréciée au regard de son influence, soit sur l'engagement du contractant qui s'en prévaut, soit sur celui du contractant qui s'en défie », D. MAZEAUD, « Clauses de responsabilité : et toujours modérément! », préc., note 450, no. 6; P. LE TOURNEAU et al., préc., note 26, p. 500, no. 1178.

⁵¹⁹ H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, préc., note 9, p. 115; D. MAZEAUD, *id.*, no. 6.

⁵²⁰ G. RIPERT et J. BOULANGER, préc., note 45, p. 112, no. 300.

en vue »⁵²¹. Empêchant que ne soient validés des « contrats qui sont objectivement équilibrés mais qui apparaissent subjectivement déséquilibrés, dans la mesure où l'équilibre initialement prévu par les contractants se révèle impossible à atteindre pour des raisons (...) internes au contrat »⁵²², le mécanisme de la cause semble donc maintenant pouvoir être employé pour effectuer un contrôle de l'*utilité concrète* de l'opération pour ses parties.

138. Conclusion de Section – En tant que condition de validité des engagements, la cause a pour fonction de garantir la réciprocité des engagements *bilatéraux*. À ce titre, elle protège l'échange et les intérêts qu'il cristallise. Longtemps utilisée pour endiguer les atteintes immédiates et directes à ces intérêts, elle est aujourd'hui mise à contribution pour en contrôler les attaques indirectes, soit celles qui menacent les moyens d'exécution de l'opération. Elle permet, écrit en ce sens le professeur Mazeaud, d'éviter que, « par le jeu des clauses relatives aux obligations ou à la responsabilité, le contrat ne devienne un leurre pour le créancier parce qu'en définitive il « ne renferme pas les obligations qui sont de son essence » et « n'engendre pas « un lien de droit pour contraindre [le débiteur] à les exécuter »⁵²³.

139. En témoignent les décisions recensées, lorsqu'une telle clause est stipulée au contrat, la distinction « ténue »⁵²⁴, « superficielle »⁵²⁵, « byzantine »⁵²⁶, « irritante »⁵²⁷, souvent difficile⁵²⁸, voire parfois impossible à opérer⁵²⁹, entre les stipulations affectant la source de l'obligation et celle agissant à sa sortie fait aujourd'hui place à une seule et unique préoccupation : **la cohérence entre le contenu de l'acte et la finalité qu'il a pour objet de mettre en oeuvre**. Comme l'écrivait Durand, au tournant des années trente, les contractants « ne peuvent rien stipuler qui soit inconciliable avec les fins qu'ils recherchent »⁵³⁰.

⁵²¹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, préc., note 26, p. 193, no. 262.

⁵²² D. MAZEAUD, « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel », préc., note 26, p. 142, no. 15.

⁵²³ D. MAZEAUD, « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel », préc., note 26, p. 144.

⁵²⁴ B. STARCK, note 235, p. 158, no. 15.

⁵²⁵ P. DELEBECQUE, « Régime de la réparation », préc., note 406, no. 31.

⁵²⁶ P.-G. JOBIN, *Louage*, préc., note 236, no. 179 - note 16.

⁵²⁷ P. JESTAZ, « L'obligation et la sanction », préc., note 7, p. 277.

⁵²⁸ P. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, préc., note 26, pp. 18 et suiv. Voir aussi : L. AYNÈS, « Droit français », préc., note 6, p. 7; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, 5^e, préc., note 62, p. 528, no. 979; E. MONTERO, préc., note 16, p. 398, no. 7; X. THUNIS, préc., note 20, p. 525. Pour un exemple en droit québécois : *Tolhurst Oil. v Dame Dona Marie Olive Johnston*, (1975) C.A. 124, no. 09-000603-72, AZ-76011042, p. 10.

⁵²⁹ Dimitri HOUTCIEFF, « Le régime des clauses limitatives de responsabilité est-il satisfaisant ? », (2008) 3 *RDC* 1020, no. 2. Voir, à titre d'exemple, *Cass. Civ. 1^{re}*, 22 nov. 1978, no. 77-12.241, *Bull Civ I*, no. 358, *JCP* 1979, 19139, note G. VINEY.

⁵³⁰ P. DURAND, préc., note 235, p. 236, no. 92; Voir aussi : P. JESTAZ, préc., note 7, pp. 294 : « la volonté contractuelle ne saurait se contredire elle-même »; G. HELLERINGER, préc., note 17, p. 158, no. 289 : une clause, « même claire et précise, ne devrait pouvoir produire aucun effet lorsqu'elle est stipulée en contradiction avec ce sur quoi les parties se sont mises d'accord et engagées », voir aussi p. 177, no. 327. Largement véhiculée, cette règle de cohérence semble tellement naturelle qu'elle n'a eu aucun problème à franchir les frontières parfois étanches des systèmes, voire même des époques juridiques. En témoigne, à ce chapitre, l'affaire *Torrance c. Allan*, rendue *cinq ans avant la mise en vigueur du Code civil du Bas-Canada*, où le juge Berthelot écrivait que contrairement à une autre stipulation qui, elle, est « une contradiction manifeste » de l'« obligation principale » du débiteur, la condition insérée dans le *bill of lading* permettant au transporteur de décaler légèrement la date du transport est valide parce qu'elle « n'est pas en contradiction de ce qui est de l'essence du contrat de fret », *Torrance et al., v. Allan*, 30 octobre 1861, Cour supérieure, Montréal, décision

140. Reposant sur la contradiction de la fin par ses moyens, de l'ensemble par une de ses parties, cette **règle de cohérence matérielle** empêche aux parties de stipuler une clause qui, comme le disent plusieurs, prive le contrat de sa substance et « neutralis[e] la réalisation de l'objectif qui avait présidé à [sa] conclusion »⁵³¹. Quel que soit le type de stipulation immunisatrice en cause, son addition au contrat est donc encore possible, mais elle ne sera *valide* qu'à condition de ne pas faire disparaître la substance ou, pour le dire autrement, l'essence du contrat⁵³².

141. Ceci étant dit, la substance, l'essence ou la finalité de l'opération constituant des figures de références *juridiquement inintelligibles*, parce qu'unitaires, c'est, comme nous l'avons vu précédemment⁵³³, leur traduction juridique - soit les obligations nécessaires à la mise en œuvre de cette opération spécifique - qui servira au juge d'étalon pour calculer la contradiction. Pour éviter l'ellipse que commettent parfois certains⁵³⁴, on dira donc que c'est *l'effet* concret de la clause suspecte sur les obligations nécessaires à l'atteinte de l'opération envisagée qui permettra au prêteur de *mesurer* cette contradiction entre l'opération voulue et sa traduction juridique⁵³⁵.

publiée dans (1862) 6 L.C.J. 190, p. 194 (mes italiques). Voir aussi, dans le même sens, l'extrait cité à la p. 42 dans *Harris & al. v. Edmonstone & al.*, 12 décembre 1859, Cour supérieure, Montréal, décision publiée dans (1860) 4 L.C.J. 40 (J. Berthelot).

⁵³¹ D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », préc., note 26, no. 13.

⁵³² J. CARBONNIER, préc., note 43, p. 2229, no. 1100; P. DURAND, préc., note 235, pp. 231 et 232, no. 91; L. AYNÈS, « Droit français », préc., note 6, p. 10. La « liberté contractuelle », pour reprendre les mots du professeur Mazeaud, « s'arrête là où commence l'essence » du contrat, D. MAZEAUD, « Faute lourde », préc., note 235; « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel », préc., note 26, p. 144; « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », préc., note 26, par. 15 : « Le critère qui doit conduire le juge à décider si la clause est valable ou réputée non écrite ne réside pas dans la nature de l'obligation dont elle aménage la sanction de l'inexécution, mais dans l'effet que produit la clause sur *la portée de l'engagement contractuel du débiteur* »; « Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga? », préc., note 26, no. 6; « Les dix commandements du droit français contemporain des contrats », préc., note 26, pp. 17 et 18; P. DELEBECQUE, « Que reste-t-il du principe de validité des clauses de responsabilité? », préc., note 26, p. 237, no. 12; « Prérrogative contractuelle et obligation essentielle », préc., note 26, no. 1; D. HOUTCIEFF, « Le manquement à une obligation essentielle... », préc., note 21, p. 5; « L'essentiel est dans la contradiction », préc., note 17, 1.1; H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, préc., note 9, pp. 122 et 123, no. 19; L. DUCHARME, préc., note 24, p. 55, no. 34; J.-L. BAUDOUIIN et P. DESLAURIERS, préc., note 18, pp. 1167 et 1168, no. 1-1384; N. VÉZINA, « Le trajet convergent de la responsabilité civile contractuelle et du contrat de transport de personne en droit québécois : premier bilan de l'itinéraire », préc., note 236, p. 600; P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 24, p. 1078, no. 871.

⁵³³ *Supra*, Partie I, Section II.

⁵³⁴ D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence*, préc., note 8, pp. 389, 390 et 399 et suiv. pour qui la cohérence du contrat peut se calculer à partir de la « portée de l'engagement », sans toutefois préciser davantage la notion, ce qu'on lui reprochera d'ailleurs : B. DAILLE-DUCLOS, préc., note 236, no. 35.

⁵³⁵ Même Paul DURAND qui avait pourtant « découvert » la distinction entre clauses élusives et exonératoires, reconnaissait la nécessité « qu'il y ait une contradiction formelle entre le contenu du contrat et l'allègement des obligations du débiteur pour que la nullité soit prononcée », préc., note 235, p. 232, no. 90. Philippe STOFFEL-MUNCK, « Faurecia 3 : la Cour de cassation restaure l'efficacité des clauses limitatives de réparation dans les contrats informatiques », préc., note 467 : « [I]a Cour de cassation retient donc un seul critère préalable pour régler la valeur de la clause : contredit-elle ou non la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur? » p. 5 de 7 du document électronique). Voir aussi, entre autres : P. JESTAZ, « L'obligation et la sanction », préc., note 7, pp. 278 et 282; C. FERRON, préc., note 15, p. 57; C. MASSE, préc., note 22, p. 317, no. 96; P. DELEBECQUE, « Que reste-t-il du principe de validité des clauses de responsabilité », préc., note 26, p. 237, no. 11; « Pour ou contre les clauses limitatives de réparation? », préc., note 26, no.8; « Régime de la réparation », préc., note 406, no. 45; R. SEFTON-GREEN, préc., note 237, pp. 287 et suiv., nos 503 et suiv.; D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence*, *id.*, pp. 384 et suiv., nos. 455 et suiv.; « L'essentiel est dans la contradiction », préc., note 17, 1.1; « Le manquement à une obligation essentielle... », préc., note 21, p. 5; Y.-M. LAITHIER, « L'éradication de la clause limitative de réparation... « Chronopost », dix ans après », préc., note 456; T. GÉNICON, « Clause limitative : l'embellie » préc., note 257; P. STOFFEL-MUNCK, « Responsabilité civile – Chronique », préc., note 424, par. 14; C. AUBERT DE VINCELLES, préc., note 230, no. 6; D. MAZEAUD,

142. Pour reprendre les termes du professeur Jestaz, dans un texte qui s'est rapidement adjoint l'épithète de « classique », la vraie question consiste ainsi « à savoir si la clause met à néant l'obligation fondamentale » ou, plus exactement, la ou les obligations nécessaires à la mise en œuvre de l'opération sur laquelle s'est arrêtée la volonté des parties⁵³⁶? Si tel est le cas, **en vidant de leur objet ou en rendant facultative l'exécution des prestations du débiteur qui permettent la mise en œuvre de l'opération contractuelle, les clauses contradictoires anéantissent la cause de l'engagement de son créancier**⁵³⁷. Or, nous l'avons vu, c'est cette

« Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », préc., note 26, *passim*; « Clause évasive de responsabilité », préc., note 161; C. BARNAUD, préc., note 26, no. 24; B. DAILLE-DUCLOS, préc., note 236, no. 38; G. HELLERINGER, préc., note 17, p. 169; A.-S. COURDIER-CUISINIER, préc., note 26, p. 231, no. 358, pp. 240 et suiv., nos. 368 et suiv.; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 26, pp. 602 et suiv., nos. 610 et suiv.; P. LE TOURNEAU et al., préc., note 26, p. 484, no. 104, p. 491, no. 1136 et p. 499, no. 1178; J. ROCHFELD, (2012), préc., note 38, p. 9, no. 17.

⁵³⁶ P. JESTAZ, « L'obligation et la sanction », préc., note 7, p. 278. À la p. 282 le professeur Jestaz ajoute : « [c]e qui caractérise l'obligation fondamentale, c'est que la convention des parties peut en restreindre – un peu – l'étendue, mais non la priver de tout contenu ». B. STARCK, préc., note 235, p. 158, no. 13 : « Le contenu du contrat dépend de la libre volonté des contractants (...); il paraît alors naturel de leur permettre de le façonner à leur gré dès lors qu'ils ne portent pas atteinte à une obligation *essentielle* (inhérente à la nature du contrat) ». P. DELEBECQUE, « Que reste-t-il du principe de validité des clauses de responsabilité », préc., note 26, p. 237, pars.11 et 12; « Prérogative contractuelle et obligation essentielle », préc., note 26, no. 9 : les clauses allégeant les obligations « ont pour limite l'obligation fondamentale du contrat et perdent plus précisément leur validité lorsqu'elles affectent cette obligation au point de ne plus pouvoir constituer la contrepartie attendue du contrat ». *Voir aussi* : Y.-M. LAITHIER, « L'éradication de la clause limitative de réparation... » *Chronopost*, dix ans après », *id.*; B. DAILLE-DUCLOS, préc., note 236, no. 38; D. HOUTCIEFF, « L'essentiel est dans la contradiction », préc., note 17, no. 1.1; P. STOFFEL-MUNCK, « Faurecia 3 : la Cour de cassation restaure l'efficacité des clauses limitatives de réparation dans les contrats informatiques », *id.* (p. 5 de 7 du document électronique); F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 26, p. 602, no. 610; M. FABRE-MAGNAN, préc., note 51, p. 660 et suiv.; P. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, préc., note 246, p. 198, no. 325. Dans le même sens, au Québec, voir : L. DUCHARME, préc., note 24, p. 55, no. 34, écrivait : « Les parties, dans leur contrat, pourront émonder la responsabilité contractuelle telle que définie par la loi, de ce qu'elle a d'arbitraire et d'interprétatif mais elles ne pourront toucher à l'essentiel. Nous considérons comme arbitraire (...) tout ce qui peut être retrancher *sans supprimer le principe de l'obligation même* »; Ludovic MENECHIAN, *Le sort juridique des clauses de non-responsabilité contractuelle comparé à celui réservé aux clauses limitatives de responsabilité contractuelle*, Mémoire de maîtrise, Université de Montréal, 1966, pp. 18 et 19 : « Ce qui est nécessaire, c'est de prendre soin de ne pas supprimer l'une des obligations essentielles pour la formation du contrat »; C. FERRON, préc., note 15, p. 57; C. MASSE, préc., note 22, p. 317, no. 96. Louise LANGEVIN et Nathalie VÉZINA, « Les obligations », dans *Collection de droit 2012-2013*, École du Barreau du Québec, Vol. 5, *Obligations, contrats et prescription*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 101; P.-G. JOBIN, *Le louage*, préc., note 236, p. 445, no. 179. Au Québec, lorsque que la clause laisse place à l'interprétation, *son effet sur les obligations du débiteur* est également un critère important, par exemple : *Banque Canadienne Nationale c. Donato Mastracchio*, [1962] S.C.R. 53, p. 63 : « (...) so to construe this portion of the clause would be to render the obligation of the appellant, defined in the first portion of the clause, virtually nugatory »; *Voir aussi. Exportations Consolidates Bathurst Limitée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Company*, [1980] 1 S.C.R. 888, p. 901 : « (...) une interprétation qui va à l'encontre des intentions des parties et du but pour lequel elles ont l'origine conclu une opération commerciale doit être écartée en faveur d'une interprétation de la police qui favorise un résultat commercial raisonnable ». *Samen Investments Inc. c. Monit Management Ltd.*, 2010 QCCS 2618, par. 80 : « (...) une telle interprétation équivaudrait à nier tout aspect synallagmatique au contrat et elle le viderait de son contenu obligationnel ». Il en va de même dans l'interprétation des clauses de résiliation, *voir* : *Sigma Construction inc. c. levers*, 1995 CanLII 4787 (QCCA) (J. Baudouin) : « [o]n peut, en effet, difficilement imaginer que le vendeur ait entendu se réserver un droit de résiliation pur et simple, selon son bon vouloir puisque ceci mettrait en cause sa volonté même de conclure le contrat ».

⁵³⁷ Dit autrement, si les clauses incohérente peuvent être éradiquées, c'est « parce qu'elles privent de cause l'obligation souscrite par le créancier, dans la mesure où elles neutralisent l'objet de l'obligation essentielle contractée par le débiteur (...) », D. MAZEAUD, « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », préc., note 26, par. 9; « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel », préc., note 26, p. 144; « Le nouvel ordre contractuel », préc., note 26, no. 13; « Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga ? », préc., note 26, no. 6; D. HOUTCIEFF, « Le manquement à une obligation essentielle... », préc., note 21 : « [s]omme toute, il s'agit de vérifier que la clause limitative de responsabilité ne dessèche pas la cause de l'obligation »; P. STOFFEL-MUNCK, « La codification du droit de la consommation », dans B. MOORE, *Mélanges Jean-Louis Baudouin*,

atteinte directe aux intérêts de ses sujets qu'empêche le droit privé.

143. Dans tous les cas, en assurant qu'en échange de ce qu'elle reçoit, chaque partie exécutera l'ensemble de ses obligations nécessaires à l'atteinte du but contractuel, le *mécanisme* de la cause permet de garantir « que l'échange envisagé est possible *ab initio* »⁵³⁸. Dans ce contexte, qu'elle soit destinée à affecter l'obligation même ou sa sanction, une clause immunisatrice privera de cause l'engagement de celui qui la subit si elle a *pour effet* de vider de leur substance les obligations du débiteur qui sont pourtant nécessaires à la réalisation de cette opération. À ce stade, l'idée n'est donc pas de savoir si les prestations réciproques seront ou ont été réalisées, mais plutôt de vérifier si elles *doivent* être exécutées⁵³⁹. L'*instrumentum* contient-il les outils nécessaires à la mise en œuvre de l'opération économique qu'il a pour fonction de consacrer? Au contraire, une de ses clauses permet-elle au débiteur de ne pas exécuter la ou les prestations nécessaires à l'atteinte de sa finalité? Si tel est le cas, cette stipulation contredit la raison d'être particulière de l'acte dans lequel elle est codifiée et prive de cause l'engagement de celui contre qui elle est stipulée. Pour cette raison, elle doit être neutralisée.

préc., note 26, p.1290, no. 36; C. BARNAUD, préc., note 26, no. 24; P. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, préc., note 26, p. 202, no. 168; J. ROCHFLED, *Cause et type de contrat*, préc., note 43, *passim*; (2012), préc., note 38, p. 19, no. 54, pp. 21 à 25, nos. 62 à 72; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, préc., note 26, pp. 192 et 193, no. 262; P. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, préc., note 246, p. 198, no. 325 : les contractants « ne peuvent pas éliminer l'obligation fondamentale, faute de quoi le contrat ainsi conclu n'a plus aucune justification »; H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, préc., note 9, p. 115; M. FABRE-MAGNAN, préc., note 51, pp. 662 à 664; P. LE TOURNEAU et al., préc., note 26, p. 485, no. 1104, pp. 499 à 501, no. 1178. Voir aussi : Stéphane OBELLIANNE, *Les sources des obligations*, Aix-Marseille, P.U.A.M., coll. « Institut de Droit des Affaires », 2009, pp. 204 et suiv., nos. 197 et suiv.

⁵³⁸ M.-É. ANCEL, préc., note 125, p. 93, no. 132.

⁵³⁹ Juger « de l'existence d'une cause ne revient donc pas à évaluer si le but visé a été atteint, mais si le but visé, dès la conclusion du contrat, pouvait être atteint, étant donné le contenu de l'acte et sans égard pour les actes et réalisations concrètes qui en découleront », J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préc., note 43, p. 283, no. 319; C. BARNAUD, préc., note 26, no. 15.

Section II – La cause impose la cohérence

144. La théorie de la cause permet de limiter la contradiction matérielle du contrat. Mais permet-elle d'éradiquer sa source? À en rester à une lecture synthétique du droit positif, on pourrait croire que non, sa lecture classique ne donnant au juge qu'un pouvoir de vie ou de mort sur le contrat. Tributaire d'une certaine conception des relations contractuelles, cette politique du *tout ou rien* fait cependant graduellement place à une vision plus nuancée. À l'image de sa théorie générale, le droit positif contemporain tempère la rigueur des effets de l'absence de cause (2.2), en préférant la survie du contrat à sa mort (2.1.).

2.1. La survie plutôt que la mort

145. D'une politique du « tout ou rien » - Pour casuistique qu'elle soit⁵⁴⁰, la théorie civiliste traditionnelle réserve la nullité à l'acte entaché d'un vice de formation. Dans l'hypothèse d'une absence de cause de l'obligation⁵⁴¹, l'acte est donc annulable⁵⁴². Sous cet angle, l'absence de cause « frappe de mort la totalité de la convention »⁵⁴³ qui est réputée n'avoir jamais existé⁵⁴⁴ et, donc, n'avoir jamais produit d'effets⁵⁴⁵.

146. Drastique, cette sanction s'explique aisément lorsque remise en contexte. Il en a été question⁵⁴⁶, le contrôle de la cause des *Codes* québécois et français, qui, sur ce point, reprennent l'essentiel de la conception des grands juristes, a longtemps été porté uniquement sur l'analyse de l'existence de la *contrepartie*, voire, plus simplement, de la présence d'un *objet* dans l'obligation réciproque. Axé sur la matérialité d'une *valeur négociée* à échanger, le concept, tel que conçu à l'époque, ne permet donc qu'un contrôle *minimal et superficiel* des intérêts. Forcé à ne vérifier que la présence d'une contrepartie échangeable - aussi infime soit-elle, privé des outils que lui offrirait une politique de prohibition de la lésion, le juge ne peut que constater l'absence *totale* de cette contrepartie et en tirer les seules conclusions possibles : soit le contrat codifie une donation - qui, souvent, requiert une forme particulière⁵⁴⁷, soit, au contraire, l'engagement du

⁵⁴⁰ Mustapha MEKKI, « Nullité et validité en droit des contrats: un exemple de pensée par les contraires », (2006) *RDC* 679, p. 679 [ci-après « Nullité et validité »].

⁵⁴¹ Bien qu'elle ne soit pas indiquée à l'article 1416, la cause de l'obligation est une condition implicite de formation du contrat ; elle agit à sa source même, puisqu'elle en détermine l'existence, art. 1385, al. 1, *in limine*. L'article 1416 couvrirait donc « assurément » cette situation d'absence d'une condition de formation, D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 18, p. 591, no. 1095.

⁵⁴² En ce sens, Serge GAUDET, « Inexistence, nullité et annulabilité du contrat: essai de synthèse », (1995) 40 *RD. McGill* 291, p. 357; D. LLUELLES et B. MOORE, *id.*, pp. 596 à 599, nos. 1101 et suiv. *Contra* J. PINEAU et S. GAUDET, préc., note 52, p. 346, no. 189 *in fine* qui font une distinction entre le défaut de cause dans le contrat synallagmatique et unilatéral. L'indétermination propre à une catégorisation binaire des intérêts (particulier/général) n'empêche toutefois pas de prétendre que, dans le contrat synallagmatique, l'absence de cause pourrait être frappée d'une nullité absolue, dans la mesure où c'est la fonction économique de ce genre de contrat qui est atteinte, voir : Gaël CHANTEPIE, « Sanction par nullité absolue de la vente à prix consentie sans prix sérieux », (2008) *Dalloz* 954.

⁵⁴³ P. WÉRY, préc., note 257, p. 301; C.c.Q., art. 1416.

⁵⁴⁴ C.c.Q., art. 1422, al. 1.

⁵⁴⁵ M. TANCELIN, préc., note 22, pp. 214 et 215, no. 298.

⁵⁴⁶ *Supra*, par. 87

⁵⁴⁷ *Investissements Simsue inc. c. Systèmes d'affaires multiples MBS Itée.*, 2007 QCCS 3469, pars. 24 à 27.

créancier n'est pas causé⁵⁴⁸. L'impossibilité de contrôler la géométrie et d'ajuster *l'objet* des prestations dictée par la méfiance incessante du droit posé envers l'intervention prétorienne semble donc rendre illusoire tout contrôle *médiat* des intérêts⁵⁴⁹. Peu, voire aucune place n'est alors laissée au dégradé; deux tons s'opposent, et ils semblent impossibles à rompre.

147. *Vers une politique du « tout ou moins »?* – Impensable pour un temps, illusoire pour longtemps, ce contrôle indirect des intérêts fondé sur la théorie de la cause fait toutefois tranquillement son entrée dans le monde des possibles. En effet, si elle est toujours de mise en cas d'absence *totale d'objet* dans la prestation du cocontractant⁵⁵⁰, la nullité complète de l'acte pour absence de cause n'est plus inévitable. Au contraire, la réparation faisant aujourd'hui place à la prévention⁵⁵¹, l'annulation perd du terrain aux profits de la réfection⁵⁵². Or, pour utile qu'il puisse être, cet assouplissement du caractère jupitérien de la nullité n'est pas sans surprendre les adeptes d'une logique formelle⁵⁵³. À vrai dire, c'est même l'aspect de la « mutation » de la théorie qui surprend le plus, car non seulement ne s'agit-il pas de la sanction réservée classiquement à l'absence de cause, mais aussi, dit-on, est-ce une mesure « normalement entre les mains du législateur »⁵⁵⁴. Mais est-ce vraiment le cas? L'éradication de la seule clause incohérente doit-elle être permise *explicitement* par un texte ou la théorie de la cause suffit-elle en elle-même?

⁵⁴⁸ G. RIPERT et J. BOULANGER, préc., note 45, p. 111, no. 298 : « ou l'absence de contre-prestation a été voulue et le contrat doit être qualifié de donation, ou elle n'a pas été voulue et l'on est en présence de l'œuvre d'un fou ». Voir aussi. p. 113, no. 302 : « Cette nullité est commandé par le principe du consensualisme. Le contrat ne peut être maintenu si la volonté n'a pas eu une raison suffisante de s'obliger ». J. ROCHFELD, *Caus et type de contrat*, préc., note 43, p. 380, no. 420. Dans le même sens, R. LIBCHABER, « Contrats et conventions », préc., note 48, 1042. À titre d'exemple récent : *Motors Insurance Corp. c. Tangorra*, 2003 CanLii 33184 (QCCS), par. 107. La seule exception possible étant les rares cas de divisibilité de l'acte, voir : G. TRUDEL, préc., note 31, p. 130.

⁵⁴⁹ Parce qu'en faisant ainsi, « il faudrait modifier l'économie du contrat pour y inclure la contre-prestation qui manque, mais alors on referait le contrat », G. RIPERT et J. BOULANGER, préc., note 45, p. 114, no. 304.

⁵⁵⁰ *Cass. Civ.*, 1^{ère}, 7 février 1990, *Bull. Civ.*, I, no. 38, p. 29 : « Lorsque l'obligation d'une partie est dépourvue d'objet, l'engagement du contractant est nul, faute de cause », citée dans J. GHESTIN, *Formation du contrat*, préc., note 25, p. 820, no. 815; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 26, p. 419, no. 419. Dans le contexte de l'indivisibilité de l'article 1438 : J. PINEAU et S. GAUDET, préc., note 52, p. 365, no. 204.

⁵⁵¹ J. GHESTIN, *Cause et Validité*, préc., note 26, p. 184, no. 270; P. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, préc., note 26, pp. 214 et suiv., nos. 178 et suiv.; du même auteur : « Que reste-t-il du principe de validité des clauses de responsabilité? », préc., note 26, p. 236; G. PIETTE, préc., note 51, p. 358, no. 682; S. GAUDEMET, préc., note 26, pp. 204 et suiv., nos. 408 et suiv.; R. SEFTON-GREEN, préc., note 237, p. 273, nos. 471 et suiv.; Vincent COTTEREAU, « La clause réputée non écrite », (1993) 28 *JCP G* I.3691, no. 27; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 18, p. 568, no. 1064.5; G. TABI TABI, *Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel*, préc., note 26, p. 216; *Rapp.* : P.G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 24, no. 361, p. 445.

⁵⁵² J.-P. CHAZAL, préc., note 26, no. 10.

⁵⁵³ M. FABRE-MAGNAN, « Droit des obligations », préc., note 127, no. 5, par. 5 : « La solution peut surprendre dans la mesure où elle conduit, sur le fondement de l'absence de cause, à annuler et réputer non-écrite une seule clause du contrat »; R. SEFTON-GREEN, préc., note 237, p. 278; D. COHEN, préc., note 144, p. 338, pour qui il s'agit d'une méthode prétorienne de « police du contrat » qui va « délibérément au-delà des textes »; A. SÉRIAUX, « L'affaire *Chronopost* », préc., note 26, no. 7; M.-É. ANCEL, préc., note 125, pp. 240 et suiv., nos. 321 et suiv.; F. CHÉNEDÉ, préc., note 42, p. 250, no. 270.

⁵⁵⁴ P. DELEBECQUE, « Que reste-t-il du principe de validité des clauses de responsabilité? », préc., note 26, p. 236; D. COHEN, *id.*, p. 337; G. PIETTE, préc., note 51, pp. 548 et suiv., nos. 1039 et suiv. Voir aussi les propos de M.-E. ANCEL, *id.*, aux pp. 204 et suiv.

148. Pour incertaine que puisse être cette réponse⁵⁵⁵, notons simplement que *si rien ne le prévoit expressément, rien ne l'interdit pour autant*. Au contraire, même, l'éradication de la clause incohérente semble assez fidèle à une théorie générale des nullités qui, dans l'hypothèse d'absence de cause, laisse au créancier *désintéressé* le soin de veiller à ses propres intérêts⁵⁵⁶. En effet, la responsabilisation⁵⁵⁷ qu'impose une conception individualiste et, par le fait même, autonomiste des relations économiques et sociales, n'appartenant pas exclusivement au stade de la formation des conventions, si l'annulabilité offre au créancier un droit de critique⁵⁵⁸, c'est à lui - et à lui seul - que revient le choix de l'exercer⁵⁵⁹. De fait, si le droit admet que ce dernier est le mieux à même de veiller à ses propres intérêts, il serait, dans l'hypothèse où il juge que déduction faite de la clause immunisatrice excessive, l'opération lui est utile, pour le moins paradoxal de l'empêcher d'exercer la seule mesure qu'il juge apte à protéger ses intérêts. Quitte à reprendre la maxime dans un contexte qui frôle toutefois l'antinomie historique : « qui peut le plus, peut le moins »⁵⁶⁰.

149. Par ailleurs, dans une perspective fonctionnelle du contrat où les parties s'entendent sur une opération donnée et où la cause de l'engagement de chacun réside dans les *obligations* de l'autre qui *permettent l'exécution* de cette opération, le juge qui neutralise la clause incohérente ne fait que reconnaître qu'en supprimant du contrat une de ces obligations, la clause prive de cause l'engagement du créancier. Or, en corrigeant une traduction infidèle, il ne s'ingère pas : il restaure plutôt « la réalité de l'opération contractuelle qui avait été convenue »⁵⁶¹ et empêche que le contrat soit privé de son rôle premier : l'échange. À y regarder de plus près, on se rend donc rapidement compte qu'en effaçant la stipulation contradictoire du contrat, le juge annihile « l'incompatibilité entre sa nature et les relations instaurées par les parties »⁵⁶²; rétablissant la réalité de la norme générale que celles-ci se sont fixées⁵⁶³, il lui redonne « tout son sens »⁵⁶⁴.

⁵⁵⁵ « À cette question, il n'est pas de réponse assurée » se contente de noter Y.M. LAITHIER, « L'avenir des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité contractuelle – Rapport français », préc., note 247, II, B.

⁵⁵⁶ C.c.Q., arts. 1420 et 1421. En ce sens, S. GAUDET, préc., note 542, p. 357; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 18, p. 570, no. 1064.7; P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 24, p. 449, no. 365; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, 5^e, préc., note 62, p. 311, no. 622. *Contra* : J. PINEAU et S. GAUDET, préc., note 52, p. 346, no. 189 *in fine* pour qui le défaut de cause est, en fait, un défaut d'objet, défaut qui devrait être sanctionné de nullité absolue, parce que violant la fonction du contrat : l'échange. Dans le même sens, G. CHANTEPIE, « Sanction par nullité absolue de la vente à prix consentie sans prix sérieux », préc., note 542, II A : L'indétermination propre à une catégorisation binaire des intérêts (particulier/général) n'empêche pas de prétendre que, dans le contrat synallagmatique, l'absence de cause pourrait être frappée d'une nullité absolue, dans la mesure où c'est la fonction économique de ce genre de contrat qui est atteinte.

⁵⁵⁷ Voir, sur le sujet, l'excellent texte de Louise ROLLAND, « « Qui dit contractuel dit juste. » (Fouillé)... en trois petits bonds, à reculons », (2006) 51 *RD. McGill* 765. Voir aussi : M. A. GRÉGOIRE, « La lésion qualifiée », préc., note 368, pp. 305 et 306.

⁵⁵⁸ C.c.Q., arts. 1416 et 1421.

⁵⁵⁹ *Rapp.* : M. TANCELIN, préc., note 22, no. 322.

⁵⁶⁰ Dans un sens semblable, toutefois, voir : Pierre-Yves GAUTHIER, « Où la cour de cassation applique la règle « Qui peut le plus, peut le moins » pour l'inexécution d'une transaction », (2013) *RTD Civ.* 138, pp. 139 et suiv.

⁵⁶¹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, préc., note 26, p. 193. Dans le même sens, voir : G. VINEY, « Rapport de synthèse », préc., note 246, p. 343.

⁵⁶² C. ATIAS, *Précis*, préc., note 53, p. 246, no. 327; G. HELLERINGER, préc., note 17, p. 177, no. 327.

⁵⁶³ P. JESTAZ, « L'obligation et la sanction », préc., note 7, p. 295 : « Le juge n'applique pas une interdiction venue de l'extérieur (...) il se borne à constater qu'on ne saurait vouloir une chose et son contraire »; P. DELEBECQUE,

150. Pour l'exprimer en termes volontaristes, on dira donc qu'au lieu d'induire de la clause contradictoire le fait quelque peu paradoxal que les parties à un contrat *synallagmatique* n'ont pas voulu procéder à un *échange*, l'intervention prétorienne *dicte* le contraire: le contrat n'est rien d'autre qu'un outil et à ce titre, il est conçu pour produire un effet. De fait, à moins d'absence totale et immédiate de contrepartie, *on préférera présumer que les obligations de chacun ont une cause*, bref qu'en s'engageant dans une relation *synallagmatique*, les parties ont *nécessairement* voulu recevoir quelque chose en échange de leur appauvrissement. Face à cette présomption « irrefragable », ce n'est pas l'échange, mais la stipulation qui en contredit la portée qui devra être neutralisée⁵⁶⁵.

151. Ceci étant dit, il faut tout de même se garder d'induire de la règle de cohérence matérielle du contrat une norme purement volontariste, car à s'y arrêter deux instants, on voit bien que la protection va plus loin, qu'elle s'exerce, en fait, « contre la volonté privée »⁵⁶⁶ *d'une des parties*, tout en restant, cependant, en osmose avec la volonté commune, arrêtée sur une opération donnée, et dont le résultat a *motivé* l'action des contractants. Comme l'exprimait Durand dans l'entre deux Guerres, « devant la volonté formellement exprimée sur l'objet principal »⁵⁶⁷, *la stipulation contradictoire est appelée à disparaître*.

152. D'ailleurs, pour reprendre le doute soulevé par le professeur Lokiec, il est pour le moins difficile « d'être convaincu *par l'éradication* des clauses *claires et non équivoques* contraires aux attentes des contractants sur le fondement de l'interprétation »⁵⁶⁸ de l'intention des parties. Pis encore, et surtout, l'éradication ciblée est difficilement conciliable avec la règle rationaliste et quelque peu étourdissante – voire utopiste - de l'article 1428 C.c.Q., mais non moins fondamentale dans un système autonomiste où les contractants ne « parlent pas pour ne rien dire »⁵⁶⁹ et où leur rationalité supposée « exclut qu'elles aient délibérément choisi une clause inopérante »⁵⁷⁰. La mesure cadre, en effet, moins avec la volonté individuelle qu'avec la cause de l'obligation qui *impose* les obligations nécessaires à l'exécution de l'opération commune⁵⁷¹. Quoi qu'il en soit, l'idée reste la même : on « reconnaît », écrit une auteure, « qu'il est nécessaire de trouver une sanction intermédiaire entre la nullité totale du contrat (sanction radicale) et le

« Prérogative contractuelle et obligation essentielle », préc., note 26, no. 1; C. ATIAS, *Précis, id.*, p.258, nos. 351 et 352.

⁵⁶⁴ S. OBELLIANNE, préc., note 537, p. 205, no. 198.

⁵⁶⁵ *Rapp.* : P. ESMEIN, préc., note 26, p. 324.

⁵⁶⁶ C. ATIAS, *Précis*, préc., note 53, p. 253.

⁵⁶⁷ P. DURAND, préc., note 235, p. 236, no. 92.

⁵⁶⁸ P. LOKIEC, préc., note 15, II A (mes italiques).

⁵⁶⁹ F. GENDRON, préc., note 153, p. 88.

⁵⁷⁰ C. ATIAS, *Précis*, préc., note 53, p. 52, no. 44, parlant de l'article 1157 C. civ., équivalent de l'article 1428 C.c.Q.

⁵⁷¹ Dans une perspective plus moraliste, mais tout aussi éloignée de la volonté, les professeurs Terré et Lequette soulignent qu'« à de nombreuses reprises, la jurisprudence n'a pas [...] hésité à limiter la nullité à la clause litigieuse, même si celle-ci était déterminante aux yeux des parties, dès lors que la nullité totale se retournait contre celui que la loi ou le juge entendait protéger », H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, préc., note 9, p. 157, no. 21.

maintien du contrat entier (absence de sanction) »⁵⁷².

153. Influences - On dira parfois de cette préférence pour la survie de l'échange qu'elle est inspirée du droit social⁵⁷³, voire qu'elle reflète une application de vagues préceptes moraux, mais plus généralement encore, on y décèlera une position teintée de pragmatisme où le juge est davantage préoccupé par l'intérêt économique et l'effectivité de la convention, que par la matérialisation de simples volontés ambiguës⁵⁷⁴. Préoccupation constante du droit des contrats⁵⁷⁵, l'effectivité de l'échange a longtemps été identifiée à l'intangibilité des volontés; le devoir de respecter la promesse donnée⁵⁷⁶, comme la possibilité de s'y faire forcer⁵⁷⁷, l'indifférence aux jugements de valeurs prétoriens, comme la perméabilité au monde extérieur⁵⁷⁸ ont ainsi longtemps servi la réalisation des échanges. Or, bien que toujours influent, le principe d'intangibilité perd aujourd'hui de son importance. Le lien contractuel devient plus « souple, plus adaptable, [et] par là-même moins cassant »⁵⁷⁹. L'idée n'est alors plus tant de favoriser une lecture *stricto sensu* de la recette, mais d'assurer qu'elle produise ses effets escomptés⁵⁸⁰. Lorsque le contrat est menacé, le droit posé se préoccupe ainsi de plus en plus de sa survie⁵⁸¹ : les clauses qui privent de bénéfices l'associé ou anéantissent la créance de l'adhérent sont effacées⁵⁸², et l'échange maintenu; le créancier en droit de résilier peut continuer d'échanger, mais exiger que sa prestation soit diminuée⁵⁸³; le juge peut clarifier l'objet d'une convention litigieuse et refuser d'annuler l'échange qu'elle codifie⁵⁸⁴; enfin, il peut aujourd'hui limiter la

⁵⁷² R. SEFTON-GREEN, préc., note 237, p. 278.

⁵⁷³ Sur l'éradication de la clause : A. SÉRIAUX, « L'affaire *Chronopost* », préc., note 26, no. 8. Mais son application au 19^e siècle suffit à affaiblir le point de vue.

⁵⁷⁴ Parlant plus spécifiquement de la nullité : M. MEKKI, « Nullité et validité », préc., note 540; Catherine GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Paris, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 218, 1992, préf. Jacques GHESTIN, pp. 291 et suiv., nos. 493 et suiv. De manière plus générale : S. GAUDEMET, préc., note 26, pp. 30 et suiv., nos. 50 et suiv.; Ghislain TABI TABI, « La remise en cause contemporaine du volontarisme contractuel », (2012) 53 *C. de D.* 577, p. 606.

⁵⁷⁵ P.-A. CRÉPEAU, « Fonction du droit des obligations », préc., note 220, pp. 750 et suiv.

⁵⁷⁶ Cela est d'autant plus vrai dans les systèmes juridiques qui, comme ici, refusent d'appliquer, à titre général, les principes de violation efficace des engagements : voir : Christophe JAMIN, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », (2002) *Dalloz* 901. Voir aussi : David M. DRIESEN, « Contract Law's Inefficiency », (2011) 6 *Virginia Law & Business Review* 301, pp. 308 et suiv.

⁵⁷⁷ C.c.Q., art. 1590.

⁵⁷⁸ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », préc., note 5, no. 10; Voir : *Trudel c. Clairol Inc. of Canada*, [1975] 2 R.C.S. 236; *Rouge Resto-bar inc. c. Zoom Média inc.*, 2013 QCCA 443.

⁵⁷⁹ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *id.*, no 7.

⁵⁸⁰ Gaël CHANTEPIE, « L'efficacité attendue du contrat », (2010) 1 *R.D.C.* 347. Voir aussi : G. TABI TABI, « La remise en cause contemporaine du volontarisme contractuel », préc., note 574, p. 606 ; L. AYNÈS, « À propos de la force obligatoire du contrat », préc., note 201, p. 324.

⁵⁸¹ S. GAUDEMET, préc., note 26, pp. 20 et suiv.; Voir aussi. Patrice JOURDAIN, « À la recherche de la réfaction du contrat, sanction méconnue de l'inexécution », dans *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, 449.

⁵⁸² C.c.Q., art. 2203 et 1437.

⁵⁸³ C.c.Q., art. 1590, al. 2 *in fine*.

⁵⁸⁴ *Groupe Van Houtte inc. (A.L. Van Houtte ltée) c. Développements industriels et commerciaux de Montréal inc.*, 2010 QCCA 1970; Benoît MOORE, « Flexible contrat », dans B. MOORE, *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, préc., note 26, 569. L'absence de flexibilité avait été reprochée au C.c.Q. : P.-G. JOBIN, « La modernité du droit commun des contrats dans le Code civil : quelle modernité ? », préc., note 190, pp. 60 à 62 et 73.

nullité « à ce qui est strictement nécessaire »⁵⁸⁵, sans que l'échange en entier ne soit enterré⁵⁸⁶.

154. Quoi qu'il en soit, aussi rapide et incomplète que puisse être cette lecture d'un phénomène difficilement saisissable⁵⁸⁷, on se bornera à constater qu'au lieu de tourner la page sur une traduction imparfaite, le juge préfère aujourd'hui rendre à l'opération toute sa vigueur, son utilité. L'idée ne semble donc plus de *sanctionner* l'absence de conformité du contrat avec la réalité, mais, au contraire, de prendre acte de cette dernière et *d'ajuster*, voire de *réparer* l'erreur qui mine sa traduction juridique. Un coup d'œil rapide permet d'ailleurs de constater que depuis déjà bien longtemps, au Québec, comme en France, les juges confrontés à l'incohérence matérielle préfèrent largement procéder à l'élimination de la contradiction, plutôt que de condamner le contrat en entier⁵⁸⁸. Certes, la suppression n'est pas toujours opérée de la même manière, mais le trait n'en est pas pour autant apâli; il reste prononcé, assez, à tout le moins, pour constater l'existence d'un véritable mouvement de *réfection* du contrat⁵⁸⁹.

155. Évidemment, le phénomène dont il est ici question ne se manifeste pas tant dans la continuité *en faits* de la relation que dans sa concrétisation; chaque partie sera tenue d'accomplir, volontairement ou non, les prestations qui, ensemble, permettront d'atteindre la finalité recherchée et convenue au moment de la formation du contrat. Dans un tel contexte, la réfection ne peut s'arrêter au simple *sauvetage* du contrat; encore faut-il lui rendre toute sa portée, à défaut de quoi les intérêts des parties ne sont pas mieux servis.

2.2 La réalité plutôt que la fiction

156. Comme l'écrivait le professeur Fages, d'une manière qu'il qualifiait lui-même de « tranchante », « à moins de provoquer la requalification du contrat (A), toute clause vidant le contrat de son obligation principale est nulle (B) »⁵⁹⁰.

⁵⁸⁵ P. MALINVAUD, préc., note 224, p. 273 écrit que la « tendance moderne est de limiter la nullité à ce qui est strictement nécessaire ».

⁵⁸⁶ C.c.Q., art. 1438. Parlant de la nullités partielle, le professeur M. TANCELIN, préc., note 22, no. 299, écrit d'ailleurs qu'elle est conforme « à une préoccupation moderne de sauver le contrat chaque fois que c'est possible », préoccupation qui est, selon lui, « entérinée par la Refonte de 1991 ». G. PIETTE, préc., note 51, p. 357, no. 680 : « Rappelons que le contrat, en vertu de ses valeurs économiques et sociales, doit être protégé, et que son anéantissement ne doit être prononcé qu'en dernier recours, lorsque la situation est totalement obérée »; S. GAUDEMET, préc., note 26, pp. 20 et suiv.

⁵⁸⁷ Voir M. MEKKI, « Nullité et validité », préc., note 540 (parlant des nullités).

⁵⁸⁸ *Supra*, Partie II, Section I, 1.2. Au Québec, voir aussi: L. PERRET, « Une philosophie nouvelle des contrats fondée sur l'idée de justice contractuelle », préc., note 364, pp. 564 et 565. En France, voir : H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, préc., note 9, p. 124, no. 21.

⁵⁸⁹ Mouvement qui s'inscrit plus largement dans la mutation de la théorie générale des obligations. Sur le *favor contractus* en droit québécois des contrats, voir : P.-G. JOBIN, « La modernité du droit commun des contrats dans le Code civil : quelle modernité ? », préc., note 190; L. ROLLAND « Les frontières de l'ordre contractuel : les traçages économiques et juridiques », préc., note 318.

⁵⁹⁰ B. FAGES, *Le comportement du contractant*, préc., note 26, p. 331. Dans le même sens, P. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, préc., note 26, p. 211, no. 175 : « Une clause portant sur l'obligation fondamentale du contrat n'est pas toujours nulle. Elle reste valable si l'allègement qu'elle réalise aboutit à disqualifier le contrat ».

A. La réfection par requalification

157. Dans un scénario de requalification⁵⁹¹, l'intervention prétorienne précède l'analyse de la validité juridique des éléments du contrat⁵⁹². Au lieu d'analyser la valeur de la clause potentiellement contradictoire par rapport à son ensemble, le juge tente de déterminer la viabilité de cet ensemble en y intégrant la clause immunisatrice. Travaillant en amont, *sur le dénominateur*, il opère, de fait, une modification du point de référence de l'ensemble de l'acte. Conformément aux principes codifiés, il interprète donc la clause dans son contexte⁵⁹³, en tentant de lui octroyer un sens⁵⁹⁴. Procédant ainsi, il ne modifie pas les volontés, il change « simplement le support afin de mieux l'adapter au but voulu »⁵⁹⁵.

158. Loin d'effrayer les tribunaux⁵⁹⁶, l'opportunité d'opérer une telle requalification de *l'instrumentum* est tributaire de l'objectif poursuivi; en renommant l'acte, le juge doit « l'aligner » sur l'opération réellement envisagée par les parties⁵⁹⁷. Ainsi, si le contrat « peut produire les effets voulus par les parties dans une autre qualification, le juge (...) changera la qualification »⁵⁹⁸. À défaut, si la norme de substitution ne correspond à l'activité que les parties ont réellement voulu mener à terme, il ne pourra le faire⁵⁹⁹. Après tout, si l'on décide de sauver l'acte, ce n'est certainement pas par pur plaisir, mais bien, au contraire, parce qu'on reconnaît que son absence de conformité avec l'opération souhaitée par les parties doit être corrigée, à défaut de quoi les moyens dépassent la fin.

159. Dans ce contexte, on comprend facilement qu'en cas de litige, le champ d'application de la réfection par requalification soit plutôt restreint; à toutes fins pratiques, elle ne pourra être imposée que pour remédier à une simple erreur de qualification, voire, moins souvent, à une

⁵⁹¹ On parle également de « dénaturation » et /ou de « disqualification », en ordre J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préc., note 43, pp. 384 et suiv., nos. 427 et suiv.; P. DELEBECQUE, *id.*, pp. 284 et suiv.; X. THUNIS, préc., note 20, p. 525, no. 5. On peut rapprocher de cette requalification la « conversion par réduction », processus qui consiste à *annuler* l'acte et le reconstruire à partir des éléments qui traduisent toujours l'opération souhaitée, F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préc., note 25, pp. 209 et suiv., nos. 224 et suiv.; S. GAUDEMET, préc., note 26, p. 52, no. 94; P. DURAND, préc., note 235, p. 232, no. 91, parlait de validation « sous un angle nouveau ».

⁵⁹² F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, *id.*, p. 420, no. 524; Marie-Andrée RAKOTOVAHINY, « Le maintien forcé du contrat ou l'éviction de la volonté individuelle », (2011) 153 *L.P.A.* 6, par. 10.

⁵⁹³ C.c.Q., art. 1427.

⁵⁹⁴ C.c.Q., art. 1428.

⁵⁹⁵ P. FRÉCHETTE, « La qualification des contrats : aspects théoriques », préc., note 25, p. 151. *Voir aussi* : H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, préc., note 9, p. 128, no. 25.

⁵⁹⁶ Ce type de validation est fréquent en pratique, voir : P. FRÉCHETTE, « La qualification des contrats : aspects théoriques », *id.*, pp. 151 et suiv. *Voir aussi* : Rémy CABRILLAC, « La motivation dans les contrats en droit français », dans B. MOORE, *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, préc., note 26, p. 240, no. 16; Rachel BLOUGH, *Le forçage, du contrat à la théorie générale*, Aix-en-Provence, P.U.M., 2011, préf. Dominique FENOUILLET, pp. 433 et suiv., nos. 596 et suiv.

⁵⁹⁷ J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préc., note 43, p. 385, no. 430.

⁵⁹⁸ C. LARROUMET, préc., note 37, p. 699, no. 635.

⁵⁹⁹ P. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, préc., note 26, p. 312; J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préc., note 43, pp. 386 et suiv.

simulation illicite⁶⁰⁰. « Subsidaire »⁶⁰¹, cette reconstruction par modification du point de référence du contrat ne doit toutefois pas être confondue avec la requalification plus traditionnelle. Dans ce cas, la recherche de l'opération souhaitée par les parties permet un ajustement de la norme interne, *non pas au seul regard de la clause problématique, mais au regard d'un ensemble de données, internes comme externes à l'acte*. Il n'est donc pas impossible que le juge impose une nouvelle norme de référence, quitte, même, à ce qu'elle mette au jour une contradiction que l'on avait, jusque là, ignorée. Dans ce dernier cas, comme dans toutes les hypothèses où la requalification est inadéquate, le juge devra intervenir autrement.

B. La réfection par l'élimination de la clause contradictoire

160. On a eu l'occasion de le souligner, dans la théorie classique, à moins de provoquer requalification, la clause qui contamine l'opération au point d'en nier l'utilité pour le créancier rend nul le contrat dans son ensemble. L'absence de cause, dit-on, « ne permet pas la survie du contrat par l'éradication de la clause qui la provoque »⁶⁰². Radicale, cette sanction ne semble toutefois pas absolue. En effet, elle cède de plus en plus fréquemment sa place à une solution plus conciliante : la suppression de la clause contradictoire qui entraîne l'insuffisance des obligations du débiteur.

161. Subtilement opérée en droit québécois, cette relativisation des sanctions de l'absence de cause est, dans le contexte particulier de l'immunisation contractuelle, beaucoup plus explicite de l'autre côté de l'Atlantique⁶⁰³. On retrouve, en France, une série de décisions⁶⁰⁴, qui exprime un abandon clair de l'absolutisme de la nullité. La suppression de l'ensemble du texte fait en effet place à un caviardage ciblé, une sanction vectrice des objectifs d'utilité et d'efficacité du contrat⁶⁰⁵ et, par le fait même, mieux adapté aux impératifs d'une législation moderne, pragmatique et inclusive⁶⁰⁶.

162. Techniquement, l'éradication est mise en oeuvre soit par une annulation judiciaire, soit par

⁶⁰⁰ Dans la mesure, évidemment, où le but de l'opération réelle n'est pas lui-même prohibé, P. FRÉCHETTE, « La qualification des contrats : aspects théoriques », préc., note 25, pp. 153 et 154.

⁶⁰¹ P. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, préc., note 26, p. 312.

⁶⁰² A.-S. COURDIER-CUISINIER, préc., note 26, p. 229, no. 356; D. COHEN, préc., note 144, p. 337.

⁶⁰³ À tel point qu'on écrit que : « (...) la régularisation du contrat par amputation d'une clause faisant disparaître la cause de nullité est une technique aujourd'hui classique en droit positif », J. GHESTIN, *Cause et validité*, préc., note 26, p. 185, no. 270.

⁶⁰⁴ Pour un trait rapide de la jurisprudence française depuis 1990, voir : G. PIETTE, préc., note 51, pp. 358 et suiv., nos. 683 et suiv.; pp. 548 et suiv., nos. 1039 et suiv.; P. SIMLER, « La sanction de l'absence de cause », préc., note 26, pp. 424 et suiv. Voir aussi : *supra* Partie II, Section I, 1.2.

⁶⁰⁵ Philippe DELEBECQUE, « Effets de l'annulation d'une clause limitative de responsabilité », (2002) *Dalloz* 2836, no. 1; J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préc., note 43, p. 402, no. 449; M.-A. RAKOTOVAHINY, préc., note 592, pars. 18 et 19; Voir aussi : M. TANCELIN, préc., note 22, p. 215, no. 299.

⁶⁰⁶ Pour ne pas dire post-moderne, M. MEKKI, « Nullité et validité », préc., note 540; Voir aussi, du même auteur, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 411, préf. Jacques GHESTIN, 2004, pp. 571 et suiv., nos. 959 et suiv.; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, préc., note 574, p. 291, no. 491.

une déclaration d'inexistence. Quoi qu'en disent certains⁶⁰⁷, ces deux techniques présentent des distinctions qui leur méritent un traitement séparé⁶⁰⁸.

163. Nullité partielle - La validité d'un acte juridique peut être mise en péril de deux manières. De front, d'abord, lorsqu'une condition de sa formation est simplement *manquante*; le contrat doit alors être annulé⁶⁰⁹. De côté, ensuite, lorsque les conditions de formation sont présentes, mais que l'une ou l'autre n'est pas conforme au droit posé. Dans ce cas, la technique d'invalidation la plus fréquente⁶¹⁰ est la nullité partielle, c'est-à-dire l'annulation de la seule clause problématique⁶¹¹.

164. Au Québec, l'hypothèse de la nullité partielle d'un acte a été expressément codifiée au premier alinéa de l'article 1438 du *Code* de 1991. S'appliquant, vraisemblablement, à tous les contrats⁶¹², cet « article de droit nouveau »⁶¹³ octroie au juge le pouvoir d'annuler une clause, sans que la convention en entier ne soit emportée. Substituée, sous cet angle, au contrôle prétorien, la déclaration de nullité est-elle, pour autant, libre de toute influence législative? Pour le dire ainsi, si la *déclaration* de nullité partielle est laissée aux soins du juge, la *source* de cette nullité doit-elle, quant à elle, être prévue expressément par le Législateur⁶¹⁴? Si, à ce chapitre, les commentaires du Ministre laissent à penser que le Législateur aurait jaloué ses prérogatives⁶¹⁵, tel ne semble pas être l'interprétation des tribunaux. Pour preuve, les clauses contraires à l'ordre

⁶⁰⁷ Plusieurs auteur-e-s ne font pas de distinction entre ces deux mécanismes : P. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, préc., note 26, p. 213, no. 177; J. GHESTIN, *Cause et validité*, préc., note 26, p. 184, no. 270, pour qui l'élimination d'une clause est « tout à fait conforme à la conception moderne de la nullité, dont le mécanisme de la clause réputée non-écrite n'est qu'une application particulière »; *Voir aussi*. C. LARROUMET, préc., note 37, p. 700, no. 635 : « Si le contrat peut être sauvé par la nullité seulement partielle, on réputera non écrite la clause par laquelle une des parties est dispensée de l'exécution de son obligation »; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, 5^e, préc., note 62, p. 347, no. 716.

⁶⁰⁸ En ce sens, voir : Jérôme KULLMAN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », (1993) *Dalloz* 59; V. COTTEREAU, préc., note 551, nos. 17 et 18; S. GAUDET, préc., note 26, pp. 50 et suiv., nos. 89 et suiv.; J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préc., note 43, pp. 402 et suiv., nos. 448 et suiv.; P. WÉRY, préc., note 257, pp. 301 et suiv.; M. FABRE-MAGNAN, préc., note 51, p. 447, note 3. Au Québec, l'article 1438 C.c.Q. semble mettre les deux procédés sur le même pied d'égalité lorsque vient le temps de juger de l'étendu de la nullité, mais n'en fait pas nécessairement deux synonymes; *Contra* : J. PINEAU et S. GAUDET, préc., note 52, p. 367, no. 205.

⁶⁰⁹ J. PINEAU et S. GAUDET, *id.*, pp. 365, no. 204.

⁶¹⁰ Alexis POSEZ, « La théorie des nullités. Le centenaire d'une mystification », (2011) *RTD Civ.* 647. nos. 73 et suiv., et plus particulièrement no. 77.

⁶¹¹ Philippe SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, Paris, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 101, 1969, p. 26, no. 27; GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, préc., note 574, pp. 286 et suiv., nos 487 et suiv.; J. PINEAU et S. GAUDET, préc., note 52, pp. 364 et 365, no. 203.

⁶¹² D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 18, p. 952, no. 1721. Implicitement : Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, avec la collaboration de Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, 6^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2005, p. 428, no. 414; J. PINEAU et S. GAUDET, préc., note 52, pp. 364 et 365, no. 203. V. KARIM, préc., note 52, pp. 685 à 687. Voir, sur le sujet, l'opinion nuancée du professeur M. TANCELIN, préc., note 22, no. 300.

⁶¹³ Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la justice – Le Code civil du Québec*, t.1., Québec, P.U.Q., 1993, art. 1438

⁶¹⁴ Comme c'est le cas fréquemment ailleurs dans le *Code* : arts. 1435 à 1437, 1801, 1893, 1900, 1901, 1905, 1906, 1910, 2203, 2402, 2414, 2641.

⁶¹⁵ Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la justice – Le Code civil du Québec*, t.1., Québec, P.U.Q., 1993, art. 1438 : « Il fait ainsi écho aux nombreuses dispositions législatives qui décrètent l'absence d'effet d'une clause (...) ».

public sont encore annulées sans même que cette nullité « soit textuellement exprimée »⁶¹⁶.

165. Continuum d'une théorie fidèle au principe de la virtualité⁶¹⁷, l'annulation partielle ne semble donc pas être substituée à l'expression d'un désir précis du Législateur⁶¹⁸. Bien qu'elle soit, en ce sens, libérée de l'emprise d'éléments tiers, elle doit toutefois encore, et toujours, répondre à sa fonction première : sanctionner l'absence de conformité entre la clause et le droit posé⁶¹⁹. Conforme « à la conception moderne la nullité »⁶²⁰, la déclaration de nullité partielle reste, par ailleurs, subordonnée à un certain calcul d'opportunité. La « clause qui est nulle », énonce, en ce sens, l'article 1438 C.c.Q., « ne rend pas le contrat invalide quant au reste, à moins qu'il n'apparaisse que le contrat doive être considéré comme un tout indivisible ».

166. Dans la conception traditionnelle, l'indivisibilité ou, pour le dire ainsi, la mesure de la nullité, est déterminée au regard de l'importance subjective qu'avait la clause, au moment de la formation du contrat⁶²¹, pour la partie qui demande l'annulation de *l'acte en entier*⁶²². Si cette clause n'est pas d'une importance suffisante pour remettre en question la volonté même de s'engager, elle devra être annulée. Au contraire, si la stipulation constitue « une partie essentielle »⁶²³ de la volonté, c'est le contrat, tout indivisible, qui sera effacé. Évidemment, en

⁶¹⁶ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 18, p. 1094, no. 1948; Michelle CUMYN, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité », (2007) 41 *R.J.T.* 1, pp. 43 et 44; *Droit de la famille – 1636*, [1994] R.J.Q. 9 (C.A.), p. 18 (J. Proulx).

⁶¹⁷ En matière de nullités, la virtualité a, ici comme en France, le devant de la scène. Nul besoin d'un texte particulier, donc, pour critiquer un acte. Voir : D. LLUELLES et B. MOORE, *id.*, pp. 590 à 592, nos. 1093 et suiv.; J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 612, p. 415, no. 399; V. KARIM, préc., note 52, p. 503; G. PIETTE, préc., note 51, pp. 552 et 553.

⁶¹⁸ Cela a d'ailleurs toujours été le cas dans la théorie générale : G. TRUDEL, préc., note 31, p. 130, par exemple, substituait l'annulation partielle à divisibilité de l'acte. Sur le développement prétorien de la nullité partielle, voir : F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 26, pp. 420 et suiv., no. 420; Les Cours québécoises éradiquent depuis déjà longtemps des clauses ciblées dans différents types de contrats, sans y être expressément autorisées. Par exemple : *Pauzé c. Gauvin*, [1954] R.C.S. 15, p. 22 (deux contrats distincts en l'espèce, mais le principe est énoncé clairement); *Cameron c. Canadian Factors Corporation Limited*, [1971] R.C.S. 148, p. 162; *Perreault c. Productions Prisma Inc.*, [1976] C.S. 1329, appel rejeté (C.A. 1981-09-18), commentaire : Maurice TANCELIN et Daniel GARDNER, *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 10^e édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, pp. 176 et 177, no. 41.

⁶¹⁹ M. FABRE-MAGNAN, préc., note 51, p. 440. Évidemment, la logique se saisie plus rapidement quand la clause est directement prohibée par le Législateur (Comme c'est le cas, par exemple, pour les articles 1435 à 1437, 1900, 1901, 1905, 1906, 1910, 2203 C.c.Q., etc.) que lorsqu'elle viole la norme interne du contrat. Mais l'impact n'est que superficiel, car si l'on admet que la stipulation, en privant le contrat de ses moyens de réussite, prive de cause les obligations du créancier, on admet qu'elle viole l'article 1371. Voir aussi. J. GHESTIN, *Cause et validité*, préc., note 26, p. 184, no. 270.

⁶²⁰ J. GHESTIN, *id.*, p. 184, no. 270.

⁶²¹ P. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, préc., note 611, pp. 42 et suiv., no. 37 et suiv.; p. 383, no. 314; S. GAUDEMET, préc., note 26, p. 54, no. 97; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 26, p. 420, no. 420; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, 5^e, préc., note 62, p. 348, no. 718.

⁶²² J. PINEAU et S. GAUDET, préc., note 52, p. 366, no. 205; P. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, *id.*, p. 346, no. 283.

⁶²³ P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 24, p. 479, no. 398; P. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, *id.*, pp. 45 et suiv., nos. 40 et suiv.; V. KARIM, préc., note 52, pp. 685 et 686; M. TANCELIN, préc., note 22, no. 399. Sylvette GUILLEMARD, « Les clauses abusives et leurs sanctions : la quadrature du cercle », (1999) 59 *R du B.* 369, p. 381. De manière plus nuancée : J. PINEAU et S. GAUDET, *id.*, pp. 365 et 366, no. 205; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 18, p. 953, no. 1724. Voir aussi : Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la justice – Le Code civil du Québec*, t.1., Québec, P.U.Q., 1993, art. 1438 : « Le premier alinéa pose le principe selon lequel la nullité d'une clause n'entraîne pas nécessairement celle du contrat dans son entier,

matière de clause évasive, le « recours à la notion d'indivisibilité et à la commune volonté des parties », souligne à juste titre le professeur Montero, « présente fréquemment un caractère quelque peu artificiel »⁶²⁴. En effet, le réflexe laisse à penser qu'il « est très exceptionnel qu'une telle disposition apparaisse comme la « condition impulsive et déterminante » de la convention »⁶²⁵. Toutefois, le critère étant tributaire d'une volonté subjective, le contraire n'est pas impossible⁶²⁶. C'est d'ailleurs à ce point précis de l'analyse que les arguments les plus vigoureux d'une perspective comptable du contrat - à son stade avancé d'outil de *d'individualisation des risques*⁶²⁷ - sont susceptibles d'être plaidés. Quoi faire, par exemple, de l'échange auquel s'était engagé le débiteur précisément parce que cette clause rendait sa prestation financièrement viable? En admettant que tel est son droit⁶²⁸, rien ne lui empêcherait alors de requérir, en défense à une demande d'annulation de la clause, l'annulation totale de l'acte.

167. Fermement ancrée dans une théorie volontariste qui condamne le moindre mouvement opérée à l'extérieur de son expression conventionnelle primaire, cette perspective subjectiviste laisse de plus en plus fréquemment le devant de la scène à un critère téléologique⁶²⁹. Suivant ce critère, la sanction devrait être proportionnée davantage à l'objectif de la *règle* qu'elle tend à mettre en oeuvre, que fidèle à la volonté des parties⁶³⁰. *A priori*, l'éradication de l'incohérence viserait donc à redonner à l'acte sa cohérence, et au créancier l'intérêt qu'il pouvait légitimement

sauf si la clause présente manifestement, par rapport à l'ensemble de la convention, un caractère principal et déterminant dans l'intention des parties ».

⁶²⁴ E. MONTERO, préc., note 16, p. 403.

⁶²⁵ G. VINEY et P. JOURDAIN, préc., note 12, pp. 511 et 512, no. 217; E. MONTERO, *id.*, p. 403; A. SÉRIAUX, « L'affaire *Chronopost* », préc., note 26, nos. 6 et 7.

⁶²⁶ A. POSEZ, préc., note 610, no. 74.

⁶²⁷ Voir, entre autres, Y.-M. LAITHIER, « L'éradication de la clause limitative de réparation... « Chronopost », dix ans après », préc., note 456. *Voir aussi* : Pierre ROBINO, « Les conventions d'irresponsabilité dans la jurisprudence contemporaine », (1951) 39 *RTD. Civ.* 1, pp. 12 et 13, no. 13; Sur le contrat comme outil de gestion du risque en droit civil, voir : J.-M. MOUSSERON, « La gestion des risques par le contrat », préc., note 287; Anne-Cécile MARTIN, *L'imputation des risques entre contractants*, Paris, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 508, 2008, préf. Didier FERRIER.

⁶²⁸ Selon certains, c'est la partie pour qui la clause est déterminante qui peut demander la nullité totale de l'acte, J. PINEAU et S. GAUDET, préc., note 52, p. 366, no. 205; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 18, p. 953, no. 1724. Toutefois, Selon le professeur Vincent KARIM, préc., note 52, p. 690, dans le cadre d'un recours fondé sur un contrat d'adhésion, le tribunal devrait refuser d'annuler le contrat en entier à la demande du stipulant en application du principe « nul ne peut profiter de sa propre turpitude », à moins que ce refus ait pour effet de créer un déséquilibre substantiel au détriment du demandeur; *Voir aussi*. E. MONTERO, préc., note 16, p. 404, no. 17, selon qui il serait « choquant que le bénéficiaire de la clause puisse obtenir la nullité du contrat en invoquant la nullité de la clause rédigée par lui-même ».

⁶²⁹ F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 26, pp. 422 et 423, no. 420, proposent une hiérarchie entre ces critères; le critère téléologique primerait sur le critère subjectif; *Voir aussi* : M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préc., note 606, p. 585, no. 993; S. GAUDEMET, préc., note 26, p. 54; M. FABRE-MAGNAN, préc., note 51, pp. 447 et 448. Selon C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, préc., note 574, p. 304, no. 509, « [l']étendue de la nullité ne doit pas dépendre de la volonté des parties mais de la mesure de l'illicéité entachant les effets de l'acte ».

⁶³⁰ C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, *id.*, p. 291, no. 493 : « L'étude du concept de nullité a permis de le définir comme la sanction juridique substantielle et objective consistant en la suppression des effets juridiques de l'acte, dans la mesure nécessaire au rétablissement de la légalité transgressée »; *Voir aussi*. M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, *id.*, p. 581, no. 982; S. GAUDEMET, préc., note 26, p. 54, no. 97; J. PINEAU et S. GAUDET, préc., note 52, p. 367, no. 205; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 18, pp. 953 et 954, no. 1725.

attendre de l'opération convenue⁶³¹. Or, au lieu de corriger les imperfections de la traduction, de redonner au contrat sa juste norme, l'annulation totale aurait l'effet contraire : la disparition de l'intérêt du créancier⁶³².

168. Quoique mieux adapté, ce critère téléologique n'est pas exempt de critique. L'indétermination des limites mêmes d'un objectif qui n'est pas inscrit dans une démarche législative expresse rend, en soi, le calcul autant, sinon plus « artificiel »⁶³³ que sous le régime traditionnel. Sa position hiérarchique incertaine par rapport au critère traditionnel participe, par ailleurs, de l'inintelligibilité de l'ensemble du régime. Mal adaptés aux problèmes que soulève l'immunisation contractuelle, les critères de mesure de l'étendue de la sanction révèlent également, de manière générale, un certain penchant axiologique : lorsque prononcée intégralement, la nullité l'est, en effet, presque exclusivement en faveur du débiteur⁶³⁴. En effet, comment une stipulation qui retire au créancier une partie de l'intérêt qu'il pouvait attendre de l'opération aurait pu le pousser à s'engager? Par ailleurs, comment, dans une philosophie volontariste, où le créancier est le mieux à même de veiller à ses propres intérêts, l'éradication ciblée pourrait ne pas redonner à l'opération l'utilité qu'il pouvait bien y trouver, lorsqu'il s'est engagé? La contradiction entre le but et ses moyens étant alors flagrante, il n'est pas étonnant de constater que d'autres mécanismes d'éradication soient, dans ce contexte, mis de l'avant.

169. Le réputé non-écrit. Plus fidèle au libellé des décisions rendues en la matière⁶³⁵, une partie de la doctrine française soutient que la stipulation qui prive de cause l'obligation du créancier ne doit pas être annulée, mais doit plutôt être réputée non-écrite⁶³⁶. Au premier regard, cette sanction peut sembler n'être qu'un palimpseste de l'annulation partielle. Pourtant, parce que les deux techniques diffèrent de nature, leurs effets sont souvent diamétralement opposés.

170. La nullité partielle suppose qu'une disposition donnée est contraire à une norme donnée. La stipulation est donc bel et bien existante et, à moins que la norme transgressée soit impérative,

⁶³¹ J. GHESTIN, *Cause et validité*, préc., note 26, p. 184, no. 270; G. VINEY, « Rapport de synthèse », préc., note 246, p. 343; P. DELEBECQUE, « Effets de l'annulation d'une clause limitative de responsabilité », préc., note 605: « (...) cette nullité ne saurait cependant affecter le contrat lui-même, car la sanction dépasserait alors l'objectif recherché »; R. SEFTON-GREEN, préc., note 237, p. 278 : « (...) on reconnaît qu'il est nécessaire de trouver une sanction intermédiaire entre la nullité totale du contrat (sanction radicale) et le maintien du contrat entier (absence de sanction) ».

⁶³² V. KARIM, préc., note 52, p. 690 : « ce qui, dans bien des cas, se retournerait contre la partie que la loi a voulu protéger »; G. VINEY et P. JOURDAIN, préc., note 12, p. 512, no. 217; E. MONTERO, préc., note 16, p. 404, no. 17; M.-A. RAKOTOVAHINY, préc., note 592, par. 18.

⁶³³ E. MONTERO, *id.*, p. 403, no. 16. Voir, par exemple, V. KARIM, *id.*, p. 690, selon qui « la nullité d'une clause (...) ne doit pas permettre à la partie qui impose le contrat d'obtenir la nullité de celui-ci, à moins que le maintien du contrat valide après l'annulation de la clause en question ait pour effet de créer une injustice contractuelle et un déséquilibre substantiel entre les prestations des parties contractantes ».

⁶³⁴ Dans le même sens, E. MONTERO, *id.*, p. 404, no. 17.

⁶³⁵ *Cass. Com.*, 22 octobre 1996, *Bull.* 1996 IV, no 261; *Cass. Mixte*, 22 avril 2005, no. 03-14112; *Cass. Com.*, 30 mai 2006, no. 04-14974; *Cass. Com.*, 29 juin 2010, no. 09-11841. Voir aussi les décisions citées *Supra*, Partie II, Section I, 1.2.

⁶³⁶ Sur le particularisme de cette sanction, voir : S. GAUDEMET, préc., note 26, pp. 59 et suiv., nos. 105 et suiv.; V. COTTEREAU, préc., note 551; J. KULLMAN, préc., note 608; G. PIETTE, préc., note 51, p. 544 et suiv., nos. 1031 et suiv.; P. WÉRY, préc., note 257, pp. 306 et suiv., nos. 337 et suiv.

rien n'empêche au créancier de la confirmer⁶³⁷. Au contraire, en ajustant l'*instrumentum* au regard de l'opération, le réputé non-écrit « répute » l'absence d'entrée de la stipulation dans le « champ contractuel »⁶³⁸. Simple « erreur de traduction », la stipulation ne fait donc pas partie du *negotium*; elle est *inexistante*⁶³⁹. Imprimée au contrat, mais « fictivement considérée comme n'ayant jamais existé »⁶⁴⁰, la clause ne peut, de fait, être confirmée juridiquement⁶⁴¹. Privée d'effet obligatoire⁶⁴², elle ne peut davantage immuniser le débiteur; les obligations dont il pensait être déchargé restent ainsi intégrées dans la structure contractuelle choisie⁶⁴³ et, à défaut de les exécuter volontairement, il risque d'y être forcé⁶⁴⁴.

171. Procédant d'une logique différente, la mesure du critère se démarque également largement de celle de la traditionnelle nullité. Sa logique même empêche en effet le débiteur de faire annuler la totalité de la convention : la clause n'ayant jamais existé, celui qui l'invoque ne peut ni plaider son importance ni invoquer que sa suppression de la structure contractuelle rend sa prestation trop onéreuse⁶⁴⁵. Dans ce contexte il n'est pas inexact de prétendre que « le mécanisme du réputé non-écrit opère indépendamment de la volonté des parties »⁶⁴⁶. S'éloignant d'une conception purement volontariste des relations contractuelles, la technique protège ainsi l'entente, son effectivité et son utilité. Plus fonctionnelle, elle évite également « de s'exposer à des divisions jurisprudentielles comparables à celles rencontrées à propos [...] de l'application des critères

⁶³⁷ C.c.Q., art. 1423; C.civ., art. 1388 et suivs.

⁶³⁸ J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préc., note 43, p. 403, no. 450, J. KULLMAN, préc., note 608, p. 61.

⁶³⁹ J. ROCHFELD, *id.*; A. POSEZ, préc., note 610, no. 91; Mustapha MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2^{ème} partie) : l'efficacité des clauses contractuelles », (2007) 2 R.D.C. 239, I, B. Voir aussi : S. GAUDEMET, préc., note 26, p. 57, no. 100 qui ne rapproche toutefois pas le réputé non-écrit de la théorie classique de « l'inexistence », mais d'une hypothèse de nullité « de plein droit », pp. 64 et suiv., nos. 155 et suiv., pp. 72 et suiv., nos. 129 et suiv.; P. WÉRY, préc., note 257, p. 307, no. 338, parle d'une « fiction légale »; Voir aussi : M.-A. RAKOTOVAHINY, préc., note 592, pars. 18 et 19. Pour une distinction entre le réputé non-écrit et la théorie de l'inexistence, voir : G. PIETTE, préc., note 51, pp. 559 et suiv., no. 1057 et suiv.

⁶⁴⁰ D. MAZEAUD, « Au nom de la cause : feu la liberté contractuelle des maîtres du temps... », préc., note 26. Parce qu'elle ne fait que reconnaître cet « état de droit », la déclaration d'inexistence ne nécessite aucune habilitation législative expresse. Le constat de cet absence d'habilitation est d'ailleurs flagrant, en France, où les prêteurs, à commencer par ceux de la plus haute juridiction, applique ce « remède » sans ne jamais référer à une disposition en ce sens. Pour un exemple, en droit québécois, d'application sans habilitation, alors même que la disposition précise l'annulation, *Papineau c. Survivance, cie mutuelle d'assurance-vie*, 2001 CanLII 18444 (QC CQ); Voir aussi. *Leclair c. Compagnie d'assurance Bélair inc.*, 2008 QCCQ 6026, pars. 21 et 22. Un auteur français explique par ailleurs cette utilisation par un simple argument de cohérence de la loi, P. DELEBECQUE, « Que reste-t-il du principe de validité des clauses de responsabilité? », préc., note 26, p. 236 : « il est vrai que si les textes affirment que les clauses abusives sont réputées non-écrites (...), il n'y a aucune raison pour ne pas permettre au juge de prononcer la même sanction lorsqu'une clause n'est pas conforme aux exigences de la théorie de la cause ».

⁶⁴¹ V. COTTEREAU, préc., note 551, no. 23.

⁶⁴² S. GAUDEMET, préc., note 26, p. 73, no. 129.

⁶⁴³ S. GAUDEMET, *id.*, p. 60, no. 107; M. FABRE-MAGNAN, « Droit des obligations », préc., note 127, no. 5, par. 4 : « En réalité, l'annulation de la clause limitative de responsabilité n'a pas tant pour objectif de priver d'effet une clause particulière que de redonner tout son contenu à une obligation que les parties avaient entendu exclure ».

⁶⁴⁴ C.c.Q., art. 1590; J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préc., note 43, p. 405, no. 451; J. KULLMAN, préc., note 608, p. 62; G. PIETTE, préc., note 51, p. 563, no. 1062.

⁶⁴⁵ G. PIETTE, *id.*, pp. 562 et 563, no. 1062; M.-A. RAKOTOVAHINY, préc., note 592, par. 19.

⁶⁴⁶ S. GAUDEMET, préc., note 26, p. 57, no. 100; M.-A. RAKOTOVAHINY, *id.*, pars. 18 et 19; M. MEKKI, « L'efficacité », préc., note 639, I, B.

d'indivisibilité et d'indissociabilité »⁶⁴⁷.

172. Parce qu'au final, elle ne fait que forcer le débiteur à exécuter les prestations nécessaires à l'échange, cette impossibilité d'annuler le contrat en entier est, par ailleurs, beaucoup plus fidèle aux logiques substantive, conventionnelle, et voire même commutative du droit civil des obligations⁶⁴⁸. L'économie d'une étape supplémentaire et d'une foule de considérations extérieures rend, en effet, le calcul de la *réparation* tribulaire de la géométrie du droit, et de rien d'autre. Partant, le créancier retirera de l'exécution du contrat uniquement ce qu'il avait *convenu*, ni plus ni moins⁶⁴⁹.

173. Théoriquement cohérente, cette impossibilité d'annuler l'échange dans son ensemble fait, par ailleurs, du réputé non-écrit une méthode plus dissuasive économiquement que la simple nullité⁶⁵⁰. En effet, le débiteur-stipulant sachant que sous le régime de la nullité, il est possible de faire annuler le contrat affecté d'une clause d'immunisation exagérée, il est conscient qu'au maximum, il devra restituer au créancier sa prestation et qu'à moins d'exception, il retrouvera la sienne. Au contraire, si cette annulation est impossible, il sait qu'il sera obligé, d'une manière ou d'une autre, à exécuter les prestations nécessaires à la survenance de l'échange convenu. Il devra ainsi s'assurer de l'adéquation entre sa prestation, son objet, le prix maximal qu'il lui en coûtera et la valeur qu'il entend lui octroyer sur le marché. De fait, le prix, un des seuls éléments dont dispose, le plus souvent, le créancier dans son processus décisionnel, reflètera plus fidèlement la valeur – au moins minimale – de cette prestation. Le créancier sera alors mieux à même de prendre une « décision éclairée », sans devoir éventuellement assumer un risque qu'il pouvait, le plus souvent, difficilement évaluer⁶⁵¹.

174. La réfection de la traduction au regard de l'opération sur laquelle s'est arrêtée l'intention commune des parties n'a donc pas pour seul effet bénéfique d'éviter au juge d'être taxé d'interventionniste : en éliminant l'interférence créée par une étape supplémentaire de calcul de l'étendu de la réparation, elle assure que l'exécution sera conforme à ce qu'impose l'opération économique envisagée par les parties. Malheureusement, en soumettant, à l'article 1438 *C.c.Q.*,

⁶⁴⁷ V. COTTEREAU, préc., note 551, no. 25; Voir aussi. J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préc., note 43, pp. 406 et 407, no. 452; S. GAUDEMET, préc., note 26, p. 59, no. 106.

⁶⁴⁸ Sur laquelle : M. A. GRÉGOIRE, préc., note 15, pp. 21 à 31; 56 et suiv.; Voir aussi. William DROSS, « Les sanctions en matière contractuelle en droit privé », dans *La sanction : colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2003, préf. Blandine MALLET BRICOUT, 129, pp. 131 et 132.

⁶⁴⁹ *C.c.Q.*, art. 1590, al. 1. Et 1613. Sous réserve, évidemment, du scénario d'inexécution « lourde » ou « intentionnelle » ou, encore, du manque à un *devoir* contractuel (*C.c.Q.*, art. 1458). Ce qui milite, par ailleurs, en faveur – au moins partiellement – de la théorie de la « fausseté de la notion de faute contractuelle » défendue, au Québec, par les professeurs D. GARDNER et B. MOORE, préc., note 256, pp. 555 et suiv.

⁶⁵⁰ En ce sens, voir : V. COTTEREAU, préc., note 551, no. 29. L'idée de dissuasion est d'ailleurs de moins en moins étrangère au droit civil québécois, *De Montigny c. Brossard*, [2010] 3 R.C.S. 64. Voir aussi : P. MALAURIE, « L'effet prophylactique du droit civil », préc., note 517.

⁶⁵¹ Et, advenant le cas où le débiteur prouve qu'il avait informé parfaitement le créancier « rationnel » qui était en mesure d'évaluer le prix exact de la prestation qu'il « achetait » - incluant la possibilité qu'elle ne soit pas exécutée - et donc capable de prendre une décision « éclairée », cet argument pourra être plaidé au moment de la répartition des dommages, suivant la règle de l'article 1613 *C.c.Q.*

le réputé non-écrit aux mêmes critères de calcul que la nullité partielle, le Législateur québécois a écarté ces effets fondamentaux du mécanisme⁶⁵². Le paradoxe est d'ailleurs flagrant, cette *assimilation* précédant de tout juste quelques lettres la reconnaissance – à tout le moins implicite - de la spécificité de la technique. Aurait-il créé, comme l'affirment certains, un « critère purement formel »⁶⁵³ sans aucun effet? À en rester au libellé de l'article, dur de prétendre le contraire⁶⁵⁴. Dans tous les cas, l'abandon à des considérations qui s'éloignent de l'axiome inexécution/réparation, pour se rapprocher des effets de la rénovation de l'acte sur le débiteur n'est pas sans risquer de faire perdre à la sanction toute sa mesure: redonner au contrat sa fonction, réintégrer une norme interne qui milite en ce sens et, du même coup, permettre aux contractants d'en tirer les bénéfices escomptés.

175. Conclusion de sous-section - Alors qu'au Québec, la distinction primordiale entre les deux régimes est minimisée, en France, elle se développe. On y prétendra donc parfois que la clause est *nulle*, d'autres fois qu'elle est *inexistante*, si ce n'est les deux à la fois. *Dans tous les cas, les deux techniques permettent l'éradication ciblée, en se basant simplement sur l'absence de cause.* Dans ces deux cas, donc, le débiteur, sachant que son immunité ne peut aller jusqu'à priver de cause l'engagement de son créancier devra s'assurer de la doser correctement. À défaut, la clause immunisatrice sera privée d'effet et le droit commun reprendra ses droits⁶⁵⁵.

176. Conclusion de Section - Qu'elle soit opérée par annulation ou par fiction, l'éradication de l'incohérence que proposent, depuis bien longtemps, les tribunaux québécois et français, est porteuse d'une théorie générale axée davantage sur l'utilité concrète et l'effectivité des opérations, que sur le respect aveugle de leurs traductions. Aujourd'hui effectuée en application de la théorie de la cause, l'extirpation prétorienne est témoin du renouveau de cette notion phare de la théorie des obligations. À la fois guide et outil de protection de la cohérence, la cause peut dès lors servir pleinement sa mission : protéger l'effectivité des échanges et assurer la satisfaction des besoins qu'ils ont pour mission de combler.

Conclusion de Partie

177. Longtemps cantonné à protéger le contrat contre les atteintes directes à la réciprocité - un rôle, somme toute, assez figuratif, le mécanisme de la cause reprend aujourd'hui les devants de la scène. Permettant au juge de sanctionner les atteintes indirectes à cette réciprocité, il empêche une partie de donner d'une clause et de reprendre de l'autre. Faisant fi des divisions techniques

⁶⁵² Il écarte pourtant ce type de dissonance explicitement à l'article 1608 C.c.Q. Voir aussi : les développements très intéressants de la professeure M. A. GRÉGOIRE, préc., note 15, pp. 24 et 25.

⁶⁵³ J. PINEAU et S. GAUDET, préc., note 52, p. 367, no. 205.

⁶⁵⁴ Par ailleurs, l'article 1435 C.c.Q. traite de « nullité » d'une clause qui n'est pas entrée dans le champ contractuel (clause externe), plutôt que d'inexistence, ce qui milite en faveur de l'assimilation des deux notions en droit posé.

⁶⁵⁵ Au grand bonheur de ceux qui négligent constamment l'adjectif qui suit la liberté (*contractuelle*), la protection contractuelle contre l'inaction sera alors remplacée par la limitation légale des dommages. Voir : C.c.Q., art. 1613; C.civ., art. 1150; D. COHEN, préc., note 144, p. 338; A. SÉRIAUX, « L'affaire *Chronopost* », préc., note 26, no. 9.

qui colonisent tranquillement le droit civil, il agit ainsi sur toute stipulation dont l'effet est d'injecter au contrat une contradiction telle qu'elle l'ampute des éléments nécessaires à la réalisation de sa mission. La cause permet donc au juge d'assurer que l'*instrumentum* produise l'effet attendu de tout contrat bilatéral : un échange. Plus encore, elle l'enjoint de soustraire du contrat la clause qui apparaît cohérente, en ce sens qu'elle semble laisser au débiteur le soin d'exécuter les obligations nécessaires à la réalisation d'un échange, mais dont l'effet pratique est, au regard de l'opération *spécifique* qu'il a pour fonction de consacrer, de priver sa prestation de toute utilité pour son vis-à-vis.

178. Flexible, sensible aux réalités contractuelles, la cause permet ainsi au juge de délaisser le linéaire, sans, pour autant, trahir la rationalité et l'ordre du droit posé. Lui octroyant le pouvoir de limiter et, le cas échéant, de supprimer la clause contradictoire, elle lui donne, au final, les moyens d'assurer que le contrat traduise correctement la fin économique qu'il a pour mission de cristalliser et, ainsi, de veiller à ce qu'il matérialise un avantage pour toutes ses parties. À ce titre, la cause marque « la limite extrême du pouvoir des contractants »⁶⁵⁶.

⁶⁵⁶ P. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, préc., note 26, p. 202, no. 169.

CONCLUSION

179. Dans le contrat synallagmatique, enseigne-t-on depuis Domat, l'engagement du débiteur est la cause de l'engagement de son créancier. Certes juste, cette présentation prêche toutefois par excès de simplicité; elliptique, elle passe sous silence tout le raisonnement qui la sous-tend, c'est-à-dire que si les obligations de l'un justifient celles de l'autre – et vis-versa, c'est parce que ces obligations permettent que soit mise en œuvre une opération économique donnée qui, une fois réalisée, octroiera aux parties l'avantage escompté – et contractualisé. En effet, dans une perspective fonctionnelle du contrat, on reconnaît que les parties s'entendent d'abord à réaliser une opération « dont elles attendent la satisfaction de certains intérêts »⁶⁵⁷. Or, pour que cette opération se réalise, et que les intérêts se matérialisent, les parties se doivent d'exécuter une série déterminée d'obligations. *Nécessaires* à la mise en œuvre de cette opération, ces obligations doivent être stipulées au contrat, avoir une géométrie suffisante, être imposées et être correctement distribuées entre les contractants. À défaut, la traduction de l'entente vers l'*instrumentum* risque d'être totalement incohérente, l'avantage que promettait l'exécution de l'opération illusoire et l'engagement de celui qui devait en bénéficier, sans intérêt.

180. Or, pour éviter que ne soient validés les contrats qui ne présentent aucun intérêt pour l'une ou l'autre des parties, le législateur québécois a choisi d'importer – et de conserver - dans le droit de la province la notion « la plus symbolique »⁶⁵⁸ du droit français des obligations : la cause. Bien qu'à titre de condition de validité des engagements, elle soit, là-bas, aujourd'hui menacée⁶⁵⁹, la cause demeure ici, en théorie comme en pratique, la gardienne des fonctions du contrat synallagmatique. À ce titre, elle permet non seulement d'annuler les contrats qui ne codifient aucun échange, mais également, et surtout, de contrôler ceux dont le contenu ne permet pas de matérialiser le but négocié – et les avantages qu'il promet. En effet, en permettant au juge d'assurer que le contrat contienne les outils nécessaires et adaptés à la réalisation de l'opération qu'il a pour fonction de mettre en œuvre, le mécanisme de la cause offre au juge les pouvoirs pour garantir l'adéquation entre la fin et ses moyens, bref pour contrôler la *cohérence matérielle du contrat*.

181. Somme toute assez fréquente, l'incohérence matérielle survient lorsqu'une clause poursuit une fin *totalem* différente de celle qui explique l'existence même de l'instrument dans lequel elle est stipulée. L'incohérence qu'elle crée peut alors être objective, dans la mesure où en le privant de *tous* ses moyens d'exécution, elle empêche que le contrat - *quelle qu'en soit l'économie particulière*, cristallise un échange. En revanche, son empreinte n'est parfois mesurable qu'au regard de *l'économie particulière de l'opération* que fige la convention dans

⁶⁵⁷ H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, préc., note 9, p. 129, no. 26.

⁶⁵⁸ D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », préc., note 26, no. 13.

⁶⁵⁹ Le dernier Projet de réforme du droit des obligations prévoit en effet l'abandon de la cause en tant que condition de validité du contrat. Voir, à cette effet : <http://www.senat.fr/leg/pjl14-076.html>.

laquelle elle se retrouve. La contradiction dont elle est responsable est alors subjective: l'échange reste théoriquement possible, mais la clause a pour effet de faire perdre à l'opération *spécifique tout* son *intérêt* pour le créancier. Quoi qu'il en soit, parce qu'elle ne fait pas de distinction basée sur la nature de la clause envahissante, mais fonde plutôt son intervention sur l'*effet* de celle-ci sur l'existence, la forme et la distribution des obligations nécessaires à l'atteinte du but fixé par les parties, la cause encadre l'une et l'autre de ces formes d'incohérence.

182. Capable de **guider** le juge dans la recherche de la cohérence entre une opération économique donnée et ses moyens juridiques, la cause lui offre donc le support nécessaire pour déceler et, le cas échéant, **limiter** l'effet de la stipulation qui contredit la norme qu'impose cette opération au point de la transformer en un « fantôme de contrat »⁶⁶⁰. Extirpée « du ghetto dans lequel deux siècles de pensée juridique (...) l'ont confiné »⁶⁶¹, elle n'a donc plus pour seule fonction de limiter les attaques immédiates à la réciprocité des engagements; en permettant au juge de mesurer et de limiter l'incohérence interne du contrat, elle lui offre également les pouvoirs nécessaires pour la prémunir contre les attaques indirectes. Rempart du droit commun, elle fait plus que protéger la cohérence matérielle du contrat; en octroyant au juge le pouvoir de corriger les traductions erronées, elle l'impose. Ce faisant, elle empêche à l'une ou l'autre des parties de donner d'une clause et de (tout) reprendre de l'autre.

⁶⁶⁰ J. CARBONNIER, préc., note 43, p. 2229, no. 1100.

⁶⁶¹ D. MAZEAUD, « Faute lourde », préc., note 235.

BIBLIOGRAPHIE

I - Droit québécois

A. Monographies, traités, précis et thèses

BAUDOUILN, Jean-Louis, *Traité élémentaire de droit civil. Les obligations*, Montréal, P.U.M., 1970, 431 pages.

BAUDOUILN, Jean-Louis et Pierre-Gabriel JOBIN, avec la collaboration de Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, 6^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2005, 1755 pages.

BAUDOUILN, Jean-Louis et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd., par Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, Cowansville, Yvon Blais, 2013, 1934 pages.

BAUDOUILN, Jean-Louis et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 7^e édition, Vol. 1. « Principes généraux », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, 1970 pages.

BAUDOUILN, Louis, *Le droit civil de la province de Québec : modèle vivant de droit comparé*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953, 1366 pages.

BAUDOUILN, Louis, *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec*, Paris, Dalloz, 1967, 1021 pages.

BEAUCHAMP, Jean-Joseph, *Le Code Civil de la Province de Québec Annoté*, t.1., « articles 1 à 1202 », Montréal, L.G.D.J., Théoret éditeur, 1904, 1183 pages.

BILLETTE, J. Émile, *La cause des obligations et prestations*, Montréal, Édition privée, 1933, 157 pages.

BILLETTE, *Traité de droit civil canadien*, t.1 « Donations et testaments », Montréal, Édition privée, 1933, 755 pages.

BOODMAN, Martin, John E.C. BRIERLEY et Roderick A. MACDONALD (dirs.), *Quebec Civil Law. An introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Edmond Montgomery, 1993, 728 pages.

BOUCHARD, Charlaïne, *Le contrat de société et le contrat d'association*, coll. « Commentaires sur le Code civil du Québec », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, 608 pages.

CARON, Vincent, « Jalons pour une théorie pragmatique de l'interprétation du contrat: du temple de la volonté à la pyramide de sens », Thèse, Université de Montréal, 2014.

CASTEL, Jean-Gabriel, *The Civil Law System of the Province of Quebec*, Toronto, Butterworths, 1962, 613 pages.

CÔTÉ, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, *Interprétation des lois*, 4^e édition, Montréal, Thémis, 2009, 865 pages.

DEBRUCHE, Anne-Françoise, Yan CAMPAGNOLO et Sébastien GRAMMOND, *Quebec Contract Law*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011, 313 pages.

FARIBAULT, Léon, *Traité de droit civil du Québec*, t. 12, « Du louage », Montréal, Wilson & Lafleur, 1951, 506 pages.

GENDRON, François, *L'interprétation des contrats*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, 225 pages.

GORDLEY, James, *The philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, Clarendon Press, 1991, 263 pages.

GRÉGOIRE, Marie-Annik, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice contractuelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, coll. « Minerve », 2010, 300 pages.

GUY, Marcel, *Rapport sur les obligations*, Office de Révision du Code Civil, Montréal, 1975.

JOBIN, Pierre-Gabriel, *Le Louage*, 2^e édition, coll. « Traité de droit civil », Cowansville, Yvon Blais, 1996, 768 pages.

KARIM, Vincent, *Les obligations*, vol. 1, 3^e édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, 1341 pages.

LANGELIER, François, *Cours de droit civil de la province de Québec*, t.3., Montréal, Wilson & Lafleur, 1907, 533 pages.

LANGEVIN, Louise et Nathalie VÉZINA, « Les obligations », dans Collection de droit 2012-2013, École du Barreau du Québec, Vol. 5, *Obligations, contrats et prescription*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012.

LAROCHELLE, Bernard, *Le louage immobilier non résidentiel*, 2^e édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2007, 102 pages.

LAROUCHE, Angers, *Les obligations*, t.1 « Théorie générale des contrats; quasi-contrats », Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1982, 490 pages.

LeBEL, Louis, *Incertitudes contractuelles – Incertitudes judiciaires*, 5^e Conférence Albert-Mayrand, Montréal, Thémis, 2004, 37 pages.

LEGAULT, Georges-A., *La structure performative du langage juridique*, Montréal, P.U.M., 1977, 528 pages.

LEVESQUE, Frederic, *Précis de droit québécois des obligations*, Cowansville, Yvon Blais, 2014, 770 pages.

L'HEUREUX, Nicole, Edith FORTIN et Marc LACOURSIÈRE, *Droit bancaire*, 4^e édition, Cowansville, Yvon Blais, 2004, 1000 pages.

L'HEUREUX, Nicole et Marc LACOURSIÈRE, *Droit de la consommation*, 6^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2011, 911 pages.

LLUELLES, Didier et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 2^e édition, Montréal, Thémis, 2012, 2432 pages.

LLUELLES, Didier et Christianne DUBREUIL, *Droit des assurances. Arrêts commentés et textes normatifs*, 5^e édition, Montréal, Thémis, 2005

MASSOL, Georges, *La lésion entre majeurs en droit québécois*, coll. « Minerve », Montréal, Yvon Blais, 1989, préf. Jean-Louis BAUDOUIN, 143 pages.

MENECHIAN, Ludovic, *Le sort juridique des clauses de non-responsabilité contractuelle comparé à celui réservé aux clauses limitatives de responsabilité contractuelle*, Mémoire de maîtrise, UdeM, 1966.

MIGNAULT, Pierre-Basile, *Le droit civil canadien*, t.5, Montréal, Théoret éditeur, Librairie de droit et de jurisprudence, 1901, 705 pages.

PERRAULT, Antonio, *Traité de droit commercial*, t.3., Montréal, Édition privée, 1940, 1442 pages.

PERRAULT, Jacques, *Des stipulations de non-responsabilité*, Édition privée, Montréal, 1937, 232 pages.

PINEAU, Jean, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e édition, par Jean PINEAU et Serge GAUDET, Montréal, Thémis, 2001, 1006 pages.

POPOVICI, Adrian, *La couleur du mandat*, Montréal, Thémis, coll. « Droit privé », 1995, 634 pages.

ROUSSEAU-HOULE, Thérèse, *Précis du droit de la vente et du louage*, 2^e édition, Québec, P.U.L., 1986, 471 pages.

SARNA, Lazar, *Traité de la clause de non-responsabilité*, Toronto, Richard De Boo Limited, 1975, 278 pages.

SNOW, F. LONGUEVILLE, *The Law of Landlord and Tenants in the Province of Québec*, Publication privée, Montréal, 1896, 170 pages.

TABI TABI, Ghislain, *Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel*, thèse, Québec, Faculté de Droit, Université Laval, 2011, 404 pages.

TANCELIN, Maurice, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, 1092 pages.

TANCELIN, Maurice, *Sources des obligations. L'acte juridique légitime*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, 291 pages.

TANCELIN, Maurice et Daniel GARDNER, *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 10^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, 1273 pages.

TRUDEL, Gérard, *Traité de droit civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, t.7, 1946, 542 pages.

TRUDEL, Gérard, *Traité de droit civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, t.7 bis., 1946, 512 pages.

YOUNG, Brian, *The Politics of Codification. The Lower Canadian Code of 1866*, Montréal, McGill-Queen's, 1994, 254 pages.

B. Articles de périodiques et de collectifs

BELLEY, Jean-Guy, « La théorie générale des contrats. Pour sortir du dogmatisme », (1985) 26 *C. de D.* 1045.

BELLEY, Jean-Guy, « Les incertitudes du contrat », dans Ejan MACKAAY, *Les incertitudes du droit*, Montréal, Thémis, 1999, 1.

BELLEY, Jean-Guy, « Sans foi, ni loi : l'indépendance contractuelle », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, 203.

BERNARD, Louis, « De la cause dans les contrats », (1958) 9 *Thémis* 12.

BURMAN, Danielle, « Le déclin de la liberté au nom de l'égalité », (1990) 24 *R.J.T.* 461.

CHARPENTIER, Élise, « L'article 1437 du Code Civil du Québec : de l'art de lire un article qui surprend », dans B. MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, 233.

CHARPENTIER, Élise, « Le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat », (1996) 26 *R.D.U.S.* 299.

CHARPENTIER, Élise, « La donation verte : un fruit pas tout à fait mûr », dans Benoît MOORE et Générosa BRAS MIRANDA, *Mélanges Adrian Popovici. Les couleurs du droit*, Montréal, Thémis, 2010, 31.

CHARPENTIER, Élise, « Les fondements théoriques de la transformation du rôle de l'équilibre des prestations contractuelles », (2004) 45 *C. de D.* 69.

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

CRÉPEAU, Paul-André, « Le contenu obligationnel d'un contrat », (1965) 43 *R. du B. Can.* 1.

CRÉPEAU, Paul-André, « Réflexions sur la définition législative du contrat », dans Jean-Guy BELLEY (dir.), *Colloque du trentenaire / Thirtieth Anniversary Conference 1975-2005, Regards croisés sur le droit privé / Cross-Examining Private Law*, Cowansville, Yvon Blais, 2008, 235.

CROTHERS, John D., « Faute lourde and the Perfectly Drafted Exclusion Clause : A « civil » Response to a « Common » Problem with Special Reference to Contracts for the Provision of Security Services », (1985) 26 *C. de D.* 881.

CUMYN, Michelle, « Contracts », dans Aline GRENON et Louise BÉLANGER-HARDY, *Elements of Quebec Civil Law : a Comparison with the Common Law of Canada*, Toronto, Thomson Carswell, 2008, 239.

CUMYN, Michelle, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité », (2007) 41 *R.J.T.* 1, pages 43 et 44.

DAO, Claudia, « Les clauses de non-responsabilité en matière de franchisage », (2000) 14 *R.J.E.U.L.* 20.

DESSAULLES, Pierre, « Clauses of Non Liability », (1947) 7 *R. du B.* 142.

DUCHARME, Léo, « La limitation contractuelle de la responsabilité civile : ses principes et son champ d'application », (1957) 3 *C. de D.* 39.

DURNFORD, John W., « The Landlord's Obligation to Repair and the Recourses of the Tenant », (1966) 44 *Can. Bar. Rev.* 477.

DURNFORD, John W., « The Liability of the Landlord for the Acts of Co-Tenants », (1968) 14 *McGill Law Journal* 1.

FERRON, Claude, « Les clauses de non-responsabilité en responsabilité civile contractuelle et délictuelle », (1984) 44 *R. du B.* 3.

FRÉCHETTE, Pascal, « La qualification des contrats : aspects théoriques », (2010) 51 *C. de D.* 117.

FRÉCHETTE, Pascal, « La qualification des contrats : aspects pratiques », (2010) 51 *C. de D.* 375.

GARDNER, Daniel et Benoît MOORE, « La responsabilité civile dans la tourmente », (2007) 48 *C. de D.* 543.

GAUDET, Serge, « Inexistence, nullité et annulabilité du contrat: essai de synthèse », (1995) 40 *RD. McGill* 291.

GILLES, David, « Les *Lois civiles* de Jean Domat, prémices à la Codification. Du Code Napoléon au *Code civil du Bas Canada* », (2009) 43 *R.J.T.* 1, page 22.

GRAMMOND, Sébastien, « Interprétation du contrat », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Obligations et responsabilité civile*, fasc. 6, Montréal, Lexis Nexis, Feuilles Mobiles.

GRÉGOIRE, Marie Annik « La lésion qualifiée : est-il possible de nuire impunément à autrui en droit québécois? », (2009) 50 *C. de D.* 301.

GRÉGOIRE, Marie Annik, « Économie subjective c. Utilité et intérêt du contrat. Réflexions sur les notions de liberté, de responsabilité et de commutativité contractuelles, à la suite de la codification du devoir de bonne foi », (2010) 44 *R.J.T.* 11.

GUILLEMARD, Sylvette, « Les clauses abusives et leurs sanctions : la quadrature du cercle », (1999) 59 *R du B.* 369.

JACOBY, Daniel, « La cause », Rapport présenté à l'Office de la Révision du Code civil, Comité du droit des obligations, Montréal, Septembre 1970, document B/E/10.

JOBIN, Pierre-Gabriel, « Amputer la responsabilité contractuelle? Une tourmente inutile et néfaste », (2009) 50 *C. de D.* 3.

JOBIN, Pierre-Gabriel, « Comment résoudre le casse-tête d'un groupe de contrats », (2012) 46 *R.J.T.* 9.

JOBIN, Pierre-Gabriel, « La modernité du droit commun des contrats dans le Code civil : quelle modernité ? », (2000) 52:1 *R.I.D.C.* 50.

JOBIN, Pierre-Gabriel, « Les règles impératives dans le louage commercial », dans *Meredith Memorial Lectures*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, 177.

KASIRER, Nicholas, « Honour Bond », (2001) 47 *RD McGill* 237.

LANGEVIN, Langevin, « Mythes et réalités : la personne raisonnable dans le livre « Des Obligations » du *Code civil du Québec* », (2005) 46 *C. de D.* 353.

LEBRUN, Christine, « La clause d'intégralité », (2007-2008) 67 *R. du B.* 39.

LEFEBVRE, Brigitte, « La bonne foi : notion protéiforme », (1996) 26 *R.D.U.S.* 321.

LEFEBVRE, Brigitte, « L'évolution de la justice contractuelle en droit québécois : une influence marquée du droit français quoique non exclusive », dans Jean-Louis NAVARRO et Guy LEFEBVRE (dirs.), *L'acculturation en droit des affaires*, Montréal, Thémis, 2005, 191.

LEGRAND Jr., Pierre, « L'obligation implicite contractuelle : aspects de la fabrication du contrat par le juge », (1991) 22 *R.D.U.S.* 109.

LEE, Robert Warden, « Cause and Consideration in the Quebec Civil Code », (1915-1916) 25 *Yale L.J.* 536.

MASSE, Claude, « La responsabilité civile », dans Chambre des Notaires et Barreau du Québec, *La réforme du Code civil*, t.2. « Obligations, contrats nommés », Québec, P.U.L., 1993, 235.

MOORE, Benoît, « Flexible contrat », dans Benoît MOORE, *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Yvon Blais, 2012, 569.

MOORE, Benoît, « La clause abusive : Dix ans après », (2003) 63 *R. du B.* 59.

MOORE, Benoît, « La réforme du droit de la consommation et l'équité contractuelle », dans Françoise MANIET, *pour une réforme du droit de la consommation au Québec. Actes du colloque des 14 et 15 mars 2005. Fondation Claude Masse*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, 113, pages 114 et 115.

MORIN, Michel, « Dualisme, mixité et métissage juridique : Québec, Hong Kong, Macao, Afrique du Sud et Israël », (2012) 57 *RD. McGill* 645.

NEWMAN, Harold, « The doctrine of Cause and Consideration in the Civil Law », (1952) 30 *R. du Bar. Can.* 662.

PERRET, Louis, « L'évolution du *Code civil du Bas-Canada* ou d'une codification à l'autre : réflexion sur le Code civil et son effet sur la codification », (1989) 20 *R.G.D.* 719

PERRET, Louis, « Une philosophie nouvelle des contrats fondée sur l'idée de justice contractuelle », (1980) 11 *R.G.D.* 537.

POUGHON, Jean-Michel, « 1804-2004 : D'une lecture civiliste de l'économie à une lecture économique du droit civil », (2006) 46 *C. de D.* 427.

RIVES HALL, A., « Cause or Consideration », (1945) 23 *R. du Bar. Can.* 831.

ROLLAND, Louise, « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », (1999) 44 *R.D. McGill* 903.

ROLLAND, Louise, « Les frontières de l'ordre contractuel : les traçages économiques et juridiques », (2006) 47 *C. de D.* 13.

ROLLAND, Louise, « « Qui dit contractuel dit juste. » (Fouillé)... en trois petits bonds, à reculons », (2006) 51 *RD. McGill* 765.

ROY, Ferdinand, « Des contrats », dans Coll., *Le droit civil français : livre-souvenir des journées du droit civil français*, Montréal, Sirey-Barreau de Montréal, 1936, 261.

STEIN, A.L. « The Safety Deposit Vault or Leased Metal Box : The Responsibility of a Bank to its Customer », (1972) 18 *R.D. McGill* 45.

TABI TABI, Ghislain, « La remise en cause contemporaine du volontarisme contractuel », (2012) 53 *C. de D.* 577

TREMBLAY, Luc, « Positivism et Herméneutique juridique », (2012) 46 *R.J.T.* 249.

TRUDEL, Gérard, « Des frontières de la liberté contractuelle », dans Adrian POPOVICI (dir.), *Problèmes de droit contemporain. Mélanges Louis Baudouin*, Montréal, P.U.M., 1974, 217.

TRUDEL, Gérard, « Réflexions sur la cause (989 – 990 C.C.) », (1945) 5 *R. du B.* 253.

VÉZINA, Nathalie, « Cas d'exonération et partage de responsabilité en matière contractuelle », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », *Obligations et responsabilité civile*, fasc. 31, Montréal, Lexis Nexis, Feuilles mobiles.

VÉZINA, Nathalie, « Le trajet convergent de la responsabilité civile contractuelle et du contrat de transport de personne en droit québécois : premier bilan de l'itinéraire », dans Benoît MOORE, *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, 577.

ZHOU, Han-Ru, « Le test de la personne raisonnable en responsabilité civile », (2001) 61 *R. du B.* 451.

C. Jurisprudence

Aéroports de Montréal c. Hôtel de l'aéroport de Mirabel inc., [2003] R.J.Q. 2479 (C.A.).

Affiliated FM Insurance Company c. Martin Veilleux inc., 2009 QCCS 827.

Allende Mutual Insurance Company c. Hydro-Québec, 2001 CanLII 14721, [2001] J.Q. no. 6023. (C.A.).

Alliance Assurance Company Limited et al. c. Dominion Electric Protection Company Limited, [1970] R.C.S. 168.

Ateliers Martin Paradis Inc. c. Groupe Desjardins (Le), assurances générales, [1991] R.R.A. 158 (C.Q.).

Axa Assurances inc. c. Assurances générales des Caisses Desjardins, 2009 QCCS 862, décision confirmée par 2011 QCCA 584.

Banque Canadienne Nationale c. Donato Mastracchio, [1961] B.R. 1, conf. par [1962] S.C.R. 53.

Banque Toronto-Dominion c. Reisler, J.E. 2002-1317, 2002 CanLII 31054 (QC CS).

Beaulieu c. Falardeau, 2010 QCCQ 4744.

Bertico inc. c. Dunkin' Brands Canada Ltd., 2012 QCCS 2809.

BNP Paribas (Canada) c. Ikea Property Ltd., 2005 QCCA 297.

BCOMC Canada inc. c. Regroupement des cabinets de courtage d'assurance du Québec, 2013 QCCS 3.

Bois franc royal hardwood ltée. c. Les industries J.S.P. inc., 1988 CanLii 909 (C.A.).

Boulevard Dodge Chrysler c. Daimler Chrysler Canada inc., 2007 QCCS 2428.

Campbell Auto c. Bonin, [1945] R.C.S. 175.

Cartier Transport Inc. c. Pneus & Équipement Sentinelle Inc., [1980] C.S. 3.

Dame Roy v. Beaudoin, (1922) 33 B.R. 220.

De Montigny c. Brossard, [2010] 3 R.C.S. 64.

Desfossés c. Royal Vacances, [1996] R.L. 501 (C.Q.).

Desjardins c. Chabot, [1987] R.R.A. 702 (C.P.).

Droit de la famille – 1636, [1994] R.J.Q. 9 (C.A.).

Emballages Alpha inc. c. Industries Rocand inc., 2011 QCCA 1114, demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême rejetée, 2012 CanLII 4163 (CSC).

Empire Cold Storage Co. c. Cie de Volailles Maxi ltée., [1995] R.R.A. 846, J.E. 95-1986 (C.A.).

Equilease Ltée. c. Bouffard, [1979] C.S. 191, J.E. 79-85.

Exportations Consolidates Bathurst Limitée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Company, [1980] 1 S.C.R. 888.

Factory Mutual Insurance Company c. Richelieu Métal Québec inc., 2012 QCCS 4334, par. 49, décision confirmée par 2013 QCCA 446.

Fried c. Blum, J.E. 78-738 (C.S.),

Gestion Solvic ltée. c. Amusements Daniel inc., J.E. 96-298 (C.S.), appel rejeté (C.A. 1999-02-10).

Glykis c. Hydro-Québec, 2004 CSC 60.

Gosselin c. 102150 Canada inc., [1996] J.E. 96-730 (C.Q.).

Groupe Pétrolier Nirom inc. c. Compagnie d'assurances du Québec, [1995] J.Q. no. 3366, J.E. 96-236 (C.S.).

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

Hadley Shipping Co. c. Eagle Star Insurance of Canada, J.E. 80-566.

Harris & al. v. Edmonstone & al., 12 décembre 1859, Cour supérieure, Montréal, décision publiée dans (1860) 4 L.C.J. 40.

Hôtel de l'aéroport de Mirabel inc. c. Aéroports de Montréal, [2002] R.J.Q. 1721 (C.S.).

Huot c. Systèmes de sécurité Nasa inc., [2001] J.E. 2001-2126 (C.Q.).

Impact Graphics Ltd. c. B.P.G. Central Security Corp., [1995] J.E. 95-2174 (C.S.).

Investissements René St-Pierre inc. c. Zurich, compagnie d'assurances, 2007 QCCA 1269.

Investissements Simsue inc. c. Systèmes d'affaires multiples MBS ltée, 2007 QCCS 3469 (C.S.).

Karrum Realities Inc. c. Ama Investments Inc., 2007 QCCA 880.

Le Conseil des Ports Nationaux v. Swift Canadian Company Limited, [1953] B.R. 730.

Le Groupe de Commerce, Compagnie d'assurance c. Service d'entretien Ribo Inc., [1992] R.R.A. 959 (C.A.).

Le Procureur Général du Québec c. Protectron inc., [2006] J.E. 2006-150 (C.Q.).

Leasehold Construction Corporation c. Aéroports de Montréal, [2005] R.J.Q. 2071 (C.S.).

Leblond c. Dionne, 2006 QCCA 341.

Leclair c. Compagnie d'assurance Bélair inc., 2008 QCCQ 6026.

Lemieux c. 9110-9595 Québec inc., 2008 QCCQ 12211, décision infirmée en partie sur un autre point 2012 QCCA 1829.

Lozeau c. Vacances Tour Mont-Royal, 2007 QCCQ 2573.

Madill c. Sommer Building, [1978] R.C.S. 999.

Mediterranean Shipping Company, s.a. c. Courtiers Breen ltée, 2011 QCCA 2173.

Ménard c. Duquette, [1980] C.P. 341, J.E. 80-652.

Michaud c. Société Mutuelle d'assurance générale du comté de Rivière-du-loup, [1997] R.R.A. 629 (C.Q.).

Monit Management Ltd. c. Samen Investments Inc., 2012 QCCA 1821.

Motors Insurance Corp. c. Tangorra, 2003 CanLii 33184 (QCCS).

Papineau c. Survivance, cie mutuelle d'assurance-vie, 2001 CanLII 18444 (QC CQ).

Placements de Lavoie inc. c. 9154-1490 Québec inc., 2012 QCCQ 669.

Planchers Mistral Inc. c. Groupe Immobilier Oxford, 2004 CanLII 5869 (QC CS).

Proulx c. Alary, 2004 CanLII 6751 (QCCA).

Provigo Distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc., 1997 CanLII 10209 (QCCA).

Québec (Agence du revenu) c. Services Environnementaux AES inc., [2013] 3 RCS 838.

Régie d'assainissement des eaux du bassin de La Prairie c. Janin Constructions (1983) inc., [1999] R.J.Q. 929, 1999 CanLII 13754 (QC CA).

Rouge Resto-bar inc. c. Zoom Média inc., 2013 QCCA 443.

Royal Institution for advancement of learning v. P. Lyall and Sons co., [1937] 62 B.R. 125.

Salvas c. Vassal, (1896-1897) 27 R.C.S. 68.

Samen Investments Inc. c. Monit Management Ltd., 2010 QCCS 2618.

Samen Investments Inc. c. Monit Management Ltd., 2014 QCCA 826.

Scottish and York Insurance Co. c. G. Gagné Transport Inc., [1990] R.R.A. 61 (C.A.).

Senza inc. c. Québec (Sous-ministre du Revenu), 2007 QCCA 1335.

Sigma Construction inc. c. Ievers, 1995 CanLII 4787 (QCCA).

Société de développement du fonds immobilier du Québec inc. c. 9066-6249 Québec inc., 2010 QCCA 300.

Société de gestion Complain (1980) inc. c. Bell Distribution inc., 2009 QCCS 288, appel rejeté 2011 QCCA 320.

Southern Canada Power Co. c. Conserverie de Napierville Ltée., (1967) B.R. 907 (C.A.).

Stations de la Vallée de St-Sauveur inc. c. M.A., 2010 QCCA 1509.

Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie), 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69.

Thériault c. Dumas, J.E. 2000-1961 (C.Q.).

Tolhurst Oil. v Dame Dona Marie Olive Johnston, (1976) C.A. 124, no. 09-000603-72, AZ-76011042 (C.A.).

Torrance et al., v. Allan, 30 Octobre 1861, Cour supérieure, Montréal, décision publiée dans (1862) 6 L.C.J. 190.

Trudel c. Clairol Inc. of Canada, [1975] 2 R.C.S. 236.

Union canadienne (L'), compagnie d'Assurances c. Mini entrepôt Longueuil inc., 2011 QCCQ 7058.

Vince-Iafa Construction inc. c. Magil Construction ltée, [1997] R.J.Q. 149 (C.S.), décision infirmée par J.E. 2000-1317 (C.A.).

Vincelli c. Boschi, [1982] C.P. 179.

Walsh & Brais inc. c. Montréal (Communauté urbaine), [2001] R.J.Q. 2164 (C.A.).

Western Assurance Co. c. Desgagnés, [1973] C.A. 299, décision confirmée par [1976] 1 R.C.S. 286.

Yoskovitch c. Tabor, [1995] R.J.Q. 1397.

3051226 Canada inc. c. Aéroports de Montréal, 2008 QCCA 722.

II – Droit français, Belge, Suisse et américain

A. Monographies, traités, précis et thèses

ANCEL, Marie-Élodie *La prestation caractéristique du contrat*, Paris, Economica, coll. « Recherche Juridiques », 2002, 394 pages, préf. Laurent AYNÈS.

ANTONMATTEI, Paul Henri et Jacques RAYNAUD, *Droit civil. Contrats spéciaux*, 5^e éd., Paris, Lexis Nexis, coll. « Manuel », 2007, 463 pages.

ATIAS, Christian, *Précis élémentaire de contentieux contractuel*, 3^e édition, Aix-en-Provence, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 304 pages.

AUBRY Charles et Charles RAU, *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae*, T.3., 2^e Partie, Livre premier, 3^e édition, Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 1856, 566 pages.

BLOUGH, Rachel, *Le forçage, du contrat à la théorie générale*, Aix-en-Provence, P.U.M., 2011, 555 pages, préf. Dominique FENOUILLET.

BOYER, Louis *La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, Paris, Sirey, 1947, 509 pages.

CABRILLAC, Rémy, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, Paris, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 213, 1990, préf. Pierre CATALA, 416 pages.

CAPITANT, Henri, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, Paris, Dalloz, 1923, 494 pages.

CAPITANT, Henri, François TERRÉ et Yves LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t.2, « Obligations, Contrats spéciaux et Sûretés », Paris, Dalloz, 2008, 941 pages.

CARBONNIER, Jean, *Droit civil*, V.II, Paris, P.U.F., coll. « Thémis », 2004, 2574 pages.

CARBONNIER, Jean, *Flexible droit*, 8^e édition, Paris, L.G.D.J., 1995, 441 pages.

CARDOSO-ROULOT, Nélia, *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, Paris, L'Harmattan, 2009, 652 pages, préf. Éric LOQUET.

CHÉNEDÉ, François, *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, Paris, Economica, coll. « Recherches Juridiques », 2008, 558 pages, préf. Alain GHOZI.

CHEVREAU, Emmanuelle, Yves MAUSEN et Claire BOUGLÉ, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, Éditions Litec - JurisClasseur, 2007, 286 pages.

CHEVRIER, Georges. *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations*, Paris, Sirey, 1929, 260 pages.

COLIN, Ambroise et Henri CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 7^e éd., t.2, Paris, Dalloz, 1932, 1180 pages.

CORNU, Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique. Association Henri Capitant*, Paris, Quadrige/PUF, 2011, 1095 pages.

COURDIER-CUISINIER, Anne-Sylvie, *Le solidarisme contractuel*, Paris, Lexis Nexis, 2006, 741 pages, préf., Éric LOQUIN.

DABIN, Jean, *La théorie de la cause. Étude d'Histoire et de jurisprudence*, Bruxelles, Pierre Van Fleteren, 1919, 334 pages.

DELEBECQUE, Philippe, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, thèse, Faculté de droit d'économie et de sciences d'Aix Marseille III, 1981, 663 pages.

DELEBECQUE, Philippe et Frédéric-Jérôme PANSIER, *Droit des obligations*, t.1., « Contrats et quasi-contrat », 5^e éd., Paris, Lexis Nexis, coll. « Objectif Droit », 2010, 392 pages.

DEMOGUE, René, *Traité des obligations en général*, Vol. 1 « Source des obligations », t.I., Paris, Rousseau & Cie, 1923, 695 pages.

DEMOGUE, René, *Traité des obligations en général*, Vol. 1 « Source des obligations », t.II, Paris, Rousseau & Cie, 1923, 969 pages.

DEMOLOMBE, Charles, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, V. 24, Paris, Auguste Durand, 1868, 667 pages.

DEROUSSIN, David, *Histoire du droit des obligations*, Corpus « Histoire du droit », Paris, Economica, 2007, 916 pages.

DIEUX, Xavier, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1995, 286 pages.

DOMAT, Jean, *Œuvres complètes*, nouvelle édition revue et corrigée par Joseph RÉMY, t.1, « Les lois civiles dans leur ordre naturel », Paris, Firmin Didot, 1828, 508 pages.

DUPRÉ-DALLEMAGNE, Anne-Sophie, *La force contraignante du rapport d'obligation (Recherche sur la notion d'obligation)*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2004, 531 pages, préf. Philippe DELEBECQUE.

DURAND, Paul, *Des conventions d'irresponsabilité*, Paris, Éditions Godde, 1932, préf. Georges RIPERT, 533 pages.

DURANTON, M. *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, 3^e édition. Revue et corrigée, T.X, Alex-Gobelet, Paris, 1834, 632 pages.

FABRE-MAGNAN, Muriel, *Droit des obligations*, t.1. « Contrat et engagement unilatéral », 2^e édition, Paris, P.U.F., 2010, 720 pages.

FAGES, Bertrand, *Le comportement du contractant*, Aix-en-Provence, P.U.M., 1997, 519 pages, préf. Jacques MESTRE.

FENET, P.-A., *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, t.1., Paris, Videcoq, 1836, 523 pages.

FLOUR, Jacques, Jean-Luc AUBERT et Éric SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, t.1 « L'acte juridique », 11^e édition, Paris, Armand Colin, 2004, 417 pages.

FLOUR, Jacques, Jean-Luc AUBERT, Yvonne FLOUR et Éric SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, t.3 « Le rapport d'obligation », 3^e édition, Paris, Armand Colin, 2004, 365 pages.

FORRAY, Vincent, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Paris, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 480, 2007, 654 page, préf. Geneviève PIGNARE.

FUZIER-HERMAN, ED, *Code civil annoté*, t.2, « art. 711 à 1167 », Paris, Larose & Forcel, 1891-1898, 1141 pages.

GAUDEMET, Sophie, *La clause réputée non écrite*, Paris, Économica, coll. « Recherches Juridiques », 2006, 380 pages, préf. Yves LEQUETTE.

GAZZANIGA, Jean-Louis, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, P.U.F., coll. « Droit fondamental », 1992, 296 pages.

GHESTIN, Jacques, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2006, 944 pages.

GHESTIN, Jacques, *La formation du contrat*, 3^e édition, coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J., 1993, 976 pages.

GHESTIN, Jacques, Grégoire LOISEAU et Yves-Marie SERINET, *La formation du contrat*, t.2. « L'objet et la cause – les nullités », 4^e édition, Paris, L.G.D.J., 2013, 1667 pages.

GHESTIN, Jacques, *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français. Principes directeurs, consentement, cause et objet*, Montréal, Institut de droit comparé de l'Université McGill, 1982, 321 pages.

GIRARD, Paul-Frédéric, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e édition, par Jean-Philippe LÉVY, Paris, Dalloz, 2003, 1223 pages.

GOMAA, Nooman M. K., *Théorie des sources des obligations*, Paris, L.G.D.J., 1968, 317 pages. préf., Jean CARBONNIER.

GOUNOT, Emmanuel, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Arthur Rousseau Éditeur, 1912, 470 pages.

GUELFUCCI-THIBIERGE, Catherine, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Paris, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 218, 1992, 626 pages, préf. Jacques GHESTIN.

HAUSER, Jean, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 117, Paris, L.G.D.J., 1971, 339 pages, préf. Pierre RAYNAUD.

HELLERINGER, Geneviève, *Les clauses du contrat. Essai de typologie*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 536, 2012, 470 pages, préc., Laurent AYNÈS.

HOUTCIEFF, Dimitri, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, t.1., Aix-en-Provence, P.U.M., 2001, 559 pages, préface H. MUIR WATT.

HUET, Jérôme, Georges DECOCQ, Cyril GRIMALDI, Hervé LÉCUYER, avec la collaboration de Juliette MOREL-MAROGER, *Les principaux contrats spéciaux*, 3^e édition, Paris, L.G.D.J., coll. « Traité de droit civil », sous la direction de Jacques GHESTIN, 2012, 1684 pages.

KONDER COMPARATO, Fabio, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Paris, Dalloz, 1964, 242 pages, préf. André TUNC.

LARROUMET, Christian, *Les obligations. Le contrat*, t.3., 1^{ière} partie, 6^e édition, coll. « Droit civil », Paris, Économica, 2007, 608 pages.

LARROUMET, Christian, *Les obligations. Le contrat*, t.3., 2^{ième} partie, 6^e édition, coll. « Droit civil », Paris, Économica, 2007, pages 610 à 1033.

LATINA, Mathias, *Essai sur la condition en droit des contrats*, Paris, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 505, 2009, 596 pages, préf., Denis MAZEAUD.

LAURENT, François, *Principes de droit civil*, t.16, Bruxelles, Bruylant, 1875, 610 pages.

LÉVY, Jean-Philippe et André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e édition, Coll. « Précis/Droit privé », Paris, Dalloz, 2010, 1554 pages.

LE TOURNEAU, Philippe et al., *Droit de la responsabilité et des contrats*, 9^e édition, coll. « Dalloz Action », Paris, Dalloz, 2012-2013, 2158 pages.

MALAURIE, Philippe, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Paris, Defrénois, 2011, 5^e édition, 856 pages.

MALINVAUD, Philippe, *Droit des obligations*, 10^e édition, Paris, Lexis Nexis, coll. « Manuel », 2007, 649 pages.

MARTIN, Anne-Cécile, *L'imputation des risques entre contractants*, Paris, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 508, 2008, 382 pages, préf. Didier FERRIER.

MAZEAUD, Denis, « Les dix commandements du droit français contemporain des contrats », 4^e *Conférences Roger Comtois*, Montréal, Thémis, 2005.

MAZEAUD, Henri, Jean MAZEAUD et Léon MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t.2, vol.1 « Obligations : théorie générale », 9^e éd., par François CHABAS, Paris, Montchrestein, 1998, 1353 pages.

MAZEAUD, Henri et Léon MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 4^e édition, t.3, Paris, Sirey, 1950, 1179 pages.

MEKKI, Mustapha, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 411, 2004, 910 pages, préf. Jacques Ghestin.

MOURLON, Frédéric, *Répétition écrites sur le Code civil contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, t.2., 11^e édition, par CH. DEMANGEAT, Paris, Garnier Frères, 1881, 935 pages.

MOUSSERON, Jean-Marc et al., *Technique contractuelle*, 4^e édition, par Pierre MOUSSERON, Jacques RAYNARD et Jean-Baptiste SEUBE, Levallois, Éditions Francis Lefebvre, 2010, 732 pages.

OBELLIANNE, Stéphane, *Les sources des obligations*, Aix-Marseille, P.U.A.M., coll. « Institut de Droit des Affaires », 2009, 612 pages, préf. Dominique FENOUILLET.

PIETTE, Gaël, *La correction du contrat*, t.1, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2004, 378 pages, préf. Michel MENJUCQ.

PIMONT, Sébastien, *L'économie du contrat*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2004, 579 pages, préf. Jean BEAUCHARD.

PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, t.2., 6^e éd., Paris, L.G.D.J., 1912, 1077 pages.

PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, t.2, 2^e éd., par Georges RIPERT, avec le concours de Jean BOULANGER, Paris, L.G.D.J., 1947, 1324 pages.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Bordeaux, Éditions Confluences, coll. « Voix de la cité », 2004, préf. Michel Massenet, 78 pages.

POTHIER, Robert-Joseph, *Œuvres complètes de Pothier, Traité des obligations*, t.1., Paris, Thomine et Fortic, 1821, 511 pages.

POUGHON, Jean-Michel, *Histoire doctrinale de l'échange*, Paris, L.G.D.J., coll « Bibliothèque de droit privé », t. 194, préf. Jean-Pierre BAUD, 1987, 285 pages, préf. Jean-Pierre BAUD.

RADIN, Margaret Jane, *Boilerplate. The fine print, vanishing rights, and the rule of law*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2013, 339 pages.

RIPERT, Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e édition, Paris, L.G.D.J., 1949, 421 pages.

ROCHFELD, Judith, *Cause et type de contrat*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 311, 1999, 632 pages, préf. Jacques GHESTIN.

ROCHFELD, Judith, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, P.U.F., coll. « Thémis », 2011, 576 pages.

SAVIGNY, *Le droit des obligations*, t.1, Paris, Auguste Durand, 1863, par. G. DÉRARDIN et P. JOZON, 438 pages.

SEFTON-GREEN, Ruth, *La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise*, Paris, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 336, 2000, 383 pages, préf. Jacques GHESTIN.

SÉRIAUX, Alain, *Manuel de droit des obligations*, Paris, P.U.F. « Droit », 2006, 257 pages.

SIMLER, Philippe, *La nullité partielle des actes juridiques*, Paris, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 101, 1969, 511 pages.

STOFFEL-MUNCK, Philippe, *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit privé », t.337, Paris, 2000, 649 pages, préf., Roger BOUT.

TERRÉ, François, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Paris, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 2., 1957, 604 pages, préf. Robert LE BALLE.

TERRÉ, François, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Les obligations*, 9^e édition, coll. « Précis / Droit privé », Paris, Dalloz, 2005, 1474 pages.

TROPLONG, Raymond Théodore, *Du Contrat de société civile et commerciale*, t.2, Paris, Hingray, 1843.

WEILL, Alex et François TERRÉ, *Droit civil. Les obligations*, 2^e édition, Paris, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 1975, 1172 pages.

WÉRY, Patrick, *Droit des obligations*, Vol. 1, « Théorie générale du contrat », Bruxelles, Larcier 2010, 927 pages.

WICKER, Guillaume, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 253, 1997, 441 pages, préf. Jacqueline AMIEL-DONAT.

B. Articles de périodiques et de collectifs

Note. Les notes d'arrêts ne sont pas répertoriées à la suite des décisions, mais en fonction de leurs titres respectifs.

ANCEL, Pascal, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », (1999) *RTD. Civ.*, 771.

ANCEL, Pascal, « Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois », (2011) 45 *R.J.T.* 87.

ATIAS, Christian, « L'équilibre renaissant de la vente », (1993) *Dalloz* 1.

AUBERT DE VINCELLES, Carole, « Plaidoyer pour un affinement réaliste du contrôle des clauses limitatives de réparation portant sur les obligations essentielles », (2008) 3 *R.D.C.* 1034.

AYNÈS, Laurent, « À propos de la force obligatoire du contrat », (2003) 1 *R.D.C.* 323.

AYNÈS, Laurent, « Droit français », dans Jacques GHESTIN (dir.), *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe, Acte du Colloque des 13 et 14 décembre 1990*, Paris, L.G.D.J., 1990, 7.

BAIRD, Douglas G., « The Boilerplate Puzzle », (2005-2006) 104 *Michigan Law Review*, 933.

BARNAUD, Caroline, « Variations autour de l'évolution jurisprudentielle des clauses limitatives de réparation », (2010) *L.P.A.* 6, no. 195.

BAUDIN-MAURIN, Marie-Pierre, « Pour une approche empirique de la notion d'obligation essentielle du contrat (À partir de l'exemple du contrat de *Chronopost*) », (2002) 4 *R.R.J.* 1859.

BEBCHUK Lucian A. et Richard A. POSNER, « One-sided Contracts in Competitive Consumer Markets », (2005-2006) 104 *Michigan Law Review*, 827.

BECHER, Shmuel I., « Asymmetric Information in Consumer Contracts: The Challenge That Is Yet to Be Met », (2008) 45 *American Business Law Journal*, 728.

BILLAU, Marc, « La doctrine et les codes – Quelques réflexions d'un civiliste français », (2005) 46 *C. de D.* 445.

CABRILLAC, Michel, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », dans *Mélanges dédiés à Gabriel MARTY*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, 235.

CABRILLAC, Rémy, « La motivation dans les contrats en droit français », dans B. MOORE, *Mélanges Jean-Louis BAUDOIN*, Cowansville, Yvon Blais, 2012, 225.

CARBONNIER, Jean, « Contrats spéciaux », (1947) *RTD Civ.* 64.

CHAZAL, Jean-Pascal, « Théorie de la cause et justice contractuelle : À propos de l'arrêt Chronopost (Cass. com. 22 oct. 1996) », (1998) 29 *JCPG* I 152.

CHANTEPIE, Gaël, « L'efficacité attendue du contrat », (2010) 1 *R.D.C.* 347.

CHANTEPIE, Gaël, « Sanction par nullité absolue de la vente à prix consentie sans prix sérieux », (2008) *Daloz* 954.

COHEN, Daniel, « Contrats et obligations », (1997) 28 *J.C.P.G.* 336.

COTTEREAU, Vincent, « La clause réputée non écrite », (1993) 28 *JCP G* I.3691.

DAILLE-DUCLOS, Brigitte, « Clauses limitatives de responsabilité – Un nouvel avenir? », (2010) 38 *JCPE* 1814

DELEBECQUE, Philippe, « Contrats et conventions » (1996) 17 *Deffrénois* 1015.

DELEBECQUE, Philippe, « Effets de l'annulation d'une clause limitative de responsabilité », (2002) *Daloz* 2836.

DELEBECQUE, Philippe, « Que reste-t-il du principe de validité des clauses de responsabilité? », (1997) 8 *Daloz Affaires* 235.

DELEBECQUE, Philippe, « Pour ou contre les clauses limitatives de réparation? », (2008) 3 *R.D.C.* 979.

DELEBECQUE, Philippe, « Prérogative contractuelle et obligation essentielle », (2011) 2 *RDC* 681.

DELEBECQUE, Philippe, « Régime de la réparation », dans *JurisClasseur France*, coll. « Droit civil », *Obligations et responsabilité civile*, fasc. 210, Paris, Lexis Nexis, Feuilles Mobiles.

DELEBECQUE, Philippe et Denis MAZEAUD, « Les clauses de responsabilité : clauses de non responsabilité, clauses limitatives de réparation, clauses pénales. Rapport français », dans Marcel FONTAINE et Geneviève VINEY (dirs.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Étude de droit comparé*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2001, 361.

DELOS, J.T., « La théorie de l'institution », (1931) *Archives de Philosophie du droit et de sociologie juridique* 97.

DELPECH, Xavier, « Clause limitative de réparation et obligation essentielle », (2010) *Daloz* 1832.

DELPECH, Xavier, « Fourniture d'électricité : clause limitative de responsabilité », (2008) *Daloz* 154.

DESHAYES, Olivier, « Clauses limitatives de responsabilité contractuelle et réparation des risques d'inexécution », (2008) *R.D.C.* 1008.

DION, Nathalie, « Responsabilité d'un parc de stationnement automobile à la suite d'une inondation », (1995) *Dalloz* 214.

DRIESEN, David M., « Contract Law's Inefficiency », (2011) 6 *Virginia Law & Business Review* 301.

DROSS, William, « Les sanctions en matière contractuelle en droit privé », dans *La sanction : colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2003, 129, préf. Blandine MALLET BRICOUT

DUPICHOT, Jacques, « Pour un retour aux textes : défense et illustration du petit guide-âne des articles 1156 à 1164 du Code civil », dans *Études offertes à Jacques Flour*, coll. « Les Mélanges », Paris, Defrénois, 1979, 179.

ERNST, A.N.J., « La cause est-elle une condition essentielle pour la validité des conventions? », dans Coll. *Bibliothèque du Jurisconsulte et du Publiciste*, t.1., Liège, Lemarié, 1826, 250.

ESMEIN, Paul, « Les clauses de non responsabilité », (1926) 25 *RTD Civ.* 21.

FABRE-MAGNAN, Muriel, « Droit des obligations », (1997) 19 *JCPG I* 4002.

FABRE-MAGNAN, Muriel, « L'obligation de motivation en droit des contrat », dans Gilles GOUBEAUX et al. (dirs.), *Études offertes à Jacques Ghestin : le contrat au début du XXIe siècle*, Paris. L.J.D.J, 301.

FAGES, Bertrand, « Bibliographie commentée », (2003) 55:2 *R.I.D.C.* 443.

FAGES, Bertrand, « Comment Faurecia 2 renoue avec Chronopost 1 », (2010) *RTD Civ.* 555.

FAGES, Bertrand, « Manquement à une obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », (2007) *RTD Civ.* 567.

FAGES Bertrand et Jacques MESTRE, « Effets du contrat », (2000) *RTD Civ.* 325.

FONTAINE, Marcel, « Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : synthèse et perspectives », dans Marcel FONTAINE et Geneviève VINEY (dirs.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Étude de droit comparé*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2001, 1019.

GAUTHIER, Pierre-Yves, « Où la cour de cassation applique la règle « Qui peut le plus, peut le moins » pour l'inexécution d'une transaction », (2013) *RTD Civ.* 138.

GAZZANIGA, Jean-Louis, « Domat et Pothier. Le contrat à la fin de l'ancien régime », (1990) 12 *Droits* 37.

GÉNICON, Thomas, « Clause limitative : l'embellie ? », (2008) 2 *R.D.C.* 262.

GÉNICON, Thomas, « Le régimes des clauses limitatives de réparation : état des lieux et perspectives », (2008) 3 *R.D.C.* 982.

GHESTIN, Jacques, « En relisant « De la cause des obligations » de Henri Capitant », dans François COLLART-DUTILLEUL et al. (dir.), *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit : mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Paris, Dalloz, 2005, 113.

GHESTIN, Jacques, « La notion de contrat », (1990) 12 *Droits* 1.

GHESTIN, Jacques, « Le contrat en tant qu'échange économique », (2000) 92 *Revue d'économie industrielle* 81.

GOUBEAUX, Gilles, « Leçon de cause. À propos de l'ouvrage de Jacques Ghestin : *Cause de l'engagement et validité du contrat*, publié aux éditions LGDJ », (2007) *RTD Civ* 47.

GRIMALDI, Cyril, « Les clauses portant sur une obligation essentielle », (2008) 4 *R.D.C.* 1095, n.3.

GUÉGUEN, Jean-Marie, « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », (1999) *Dalloz* 352.

HOUTCIEFF, Dimitri, « Essai de maïeutique juridique : la mise au jour du principe de cohérence », (2009) 47 *J.C.P.G.*, 463.

HOUTCIEFF, Dimitri, « Le manquement à une obligation essentielle entraîne l'éradication de la clause limitative d'indemnisation ne dérivant pas d'une source réglementaire ou législative », (2007) 36 *J.C.P.G.*, 10145.

HOUTCIEFF, Dimitri, « Le régime des clauses limitatives de responsabilité est-il satisfaisant ? », (2008) 3 *RDC* 1020.

HOUTCIEFF, Dimitri, « L'essentiel est dans la contradiction », (2010) 28 *J.C.P.G.*, 787.

HOUTCIEFF, Dimitri, « Plaidoyer pour un affinement réaliste du contrôle des clauses limitatives de réparation portant sur les obligations essentielles », (2008) 3 *R.D.C.*, 1034.

JAMIN, Christophe, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », (2002) *Dalloz* 901.

JESTAZ, Philippe, « Les rapports privés comme source du droit privé », dans Nicholas KASIRER et Pierre NOREAU, *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Thémis, 2002, 13.

JESTAZ, Philippe, « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », dans *Journées René Savatier. L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Paris, P.U.F., 1985, 117.

JESTAZ, Philippe, « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », dans *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, 273.

JESTAZ, Philippe, « Source délicieuse (Remarques en cascades sur les sources du droit) », (1993) *RTD Civ*. 73.

JOHNSTON, Jason Scott, « The Return of Bargain : an Economic Theory of How Standard-Form Contracts Enable Cooperative Negotiation Between Businesses and Consumers », (2005-2006) 104 *Michigan Law Review*, 857.

JOURDAIN, Patrice, « À la recherche de la réfaction du contrat, sanction méconnue de l'inexécution », dans *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, 449.

JOURDAIN, Patrice, « Clauses restrictives de responsabilité et obligation essentielle : une précision et des incertitudes », (2008) *RTD. Civ.* 310.

JOURDAIN, Patrice, « Responsabilité de l'exploitant d'un parc de stationnement privé : l'obligation de conférer la jouissance paisible », (1994) *RTD Civ.* 616.

KULLMAN, Jérôme, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », (1993) *Dalloz* 59.

LABARTHE, Françoise, « La formation du contrat », (1997) 16 *JCP I* 4015.

LAGARDE, Xavier, « Sur l'utilité de la théorie de la cause », (2007) *Dalloz* 740.

LAITHIER, Yves-Marie, « L'appréciation erronée de l'utilité économique de la contrepartie convenue n'est pas, en principe, une cause de nullité du contrat », (2012) 4 *R.D.C.* 1175.

LAITHIER, Yves-Marie, « L'avenir des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité contractuelle – Rapport français », (2010) 3 *R.D.C.* 1091.

LAITHIER, Yves-Marie, « L'éradication de la clause limitative de réparation en cas de manquement à une obligation essentielle : « Chronopost », dix ans après », (2006) 2 *R.D.C.* 1075.

LARROUMET, Christian, « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », (1997) *Dalloz* 145.

LIBCHABER, Rémy, « Contrats et conventions », (2007) 13 *Deffrénois* 1042.

LIBCHABER, Rémy, « Réflexions sur les effets du contrat », dans *Mélanges Jean-Luc Aubert. Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Paris, Dalloz, 2005, 211.

LOISEAU, Grégoire, « La jurisprudence Chronopost se confirme », (2002) *JCP G I* 148.

LOKIEC, Pascal, « Le droit des contrats et la protection des attentes », (2007) *Dalloz* 321.

MALAURIE, Philippe, « L'effet prophylactique du droit civil », dans *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy. Études de droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 2004, 669.

MAZEAUD, Denis, « Au nom de la cause : feu la liberté contractuelle des maîtres du temps... », (1997) 5 *Deffrénois* 333.

MAZEAUD, Denis, « Cause de l'obligation », (2007) 3 *R.D.C.* 707.

MAZEAUD, Denis, « Cause objective », (2009) 4 *R.D.C.* 1345.

MAZEAUD, Denis, « Clauses de responsabilité : et toujours modérément! », (2013) *Dalloz* 2142

MAZEAUD, Denis, « Clause limitative de réparation », (2007) 4 *R.D.C.* 121.

MAZEAUD, Denis, « Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga? », (2010) *Dalloz* 1832.

MAZEAUD, Denis, « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », (2008) *Dalloz* 1176.

MAZEAUD, Denis, « Faute lourde de la société de télésurveillance qui ne prévient pas son client alors que le système d'alarme a fonctionné à deux reprises » (1998) *Dalloz* 200.

MAZEAUD, Denis, « La cause », dans Yves LEQUETTE (dir.), *1804-2004, le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004.

MAZEAUD, Denis, « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin? », dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, 135.

MAZEAUD, Denis, « Le nouvel ordre contractuel », (2003) 1 *R.D.C.* 295.

MAZEAUD, Denis, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle? », dans Coll., *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, P.U.F., 1999, 603.

MEILHAC-REDON, Gâelle et Franck MARMOZ, « Caus et économie du contrat, un tandem au service de l'interdépendance des contrats », (2000) *L.P.A.* 12.

MEKKI, Mustapha, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2^{ième} partie) : l'efficacité des clauses contractuelles », (2007) 2 *R.D.C.* 239.

MEKKI, Mustapha, « Nullité et validité en droit des contrats: un exemple de pensée par les contraires », (2006) *RDC* 679.

MESTRE, Jacques et Bertrand FAGES, « *Chronopost* s'en tire superbement... mais fait école ! », (2005) *RTD Civ.* 779.

MESTRE, Jacques, « Le renforcement des noyaux durs des contrats », (1999) *RTD Civ.* 622.

MESTRE, Jacques, « L'évolution du contrat en droit privé français », dans *Journées René Savatier. L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Paris, P.U.F., 1985, 41.

MESTRE, Jacques, « L'exigence de cohérence », (2011) 3 *RJ. Com.* 211.

MESTRE, Jacques, « Obligations et contrats spéciaux », (1996) *RTD Civ.* 892.

MESTRE, Jacques, «Rapport de synthèse» dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD, *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris, Economica, 1998, 157.

MESTRE, Jacques et Bertrand FAGES, « Le texte de la clause invoquée était contradictoire avec l'économie générale du contrat », (2000) *RTD. Civ.* 325.

MESTRE, Jacques et Bertrand FAGES, « Un *Chronopost* probatoire? », (2005) *RTD Civ.* 133.

MONTERO, Etienne, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité », dans Marcel FONTAINE et Geneviève VINEY (dirs.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Étude de droit comparé*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2001.

MOUSSERON, Jean-Marc, « La gestion des risques par le contrat », (1988) *RTD. Civ.* 481.

PICARD, Maurice et André PRUDHOMME, « De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations », (1912) *RTD. Civ.* 61.

PLANIOL, Marcel, « Classification synthétique des contrats », (1904) *Revue critique de législation et de jurisprudence* 470.

POSEZ, Alexis, « La théorie des nullités. Le centenaire d'une mystification », (2011) *RTD Civ.* 647.

POUGHON, Jean-Michel, « Cambacérés. Des approches du Code civil », (2009) *19 Histoire de la justice* 161.

POUGHON, Jean-Michel, « Une constante doctrinale : l'approche économique du contrat », (1990) *12 Droits* 47.

RAKOTOVAHINY, Marie-Andrée, « Le maintien forcé du contrat ou l'éviction de la volonté individuelle », (2011) *153 L.P.A.* 6

RAMPELBERG, René-Marie, « Le contrat et sa cause : aperçus historique et comparatif sur un couple controversé », dans Pauline RÉMY-CORLAY et Dominique FENOUILLET (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats. Actes du colloque organisé les 30 et 31 janvier 2003 par l'Institut Charles Dumoulin de la Faculté Jean Monnet, Paris XI*, Paris, Dalloz, 2003, 19.

REIGNÉ, Philippe, « De l'absence de cause à la cause impossible », (1997) *Dalloz* 500.

ROBINO, Pierre, « Les conventions d'irresponsabilité dans la jurisprudence contemporaine », (1951) *39 RTD. Civ.* 1.

ROCHFELD, Judith, « La cause », (2012) *Rép. Civ. Dalloz* 1.

ROCHFELD, Judith, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », dans G. GOUBEAUX et al. (dirs.), *Études offertes à Jacques Ghestin : le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, 747.

- ROUAST, André, « À propos d'un livre sur la cause des obligations », (1923) 22 *RTD Civ.* 395.
- ROUQUET, Yves, « Grosses réparations : transfert de la charge au preneur », (2010) *Dalloz* 2360.
- ROBINO, Paul, « Les conventions d'irresponsabilité dans la jurisprudence contemporaine », (1951) 49 *RTD. Civ.* 1.
- SACCO, Rodolfo, « À la recherche de l'origine de l'obligation », (2000) 44 *Arch. phil droit* 33.
- SALKEVER, Stephen G., « Interpreting Rousseau's paradoxe », (1977-1978) 11 *Eighteenth-Century Studies* 204
- SÉRIAUX, Alain, « La notion de contrat synallagmatique », dans Gilles GOUBEAUX et al. (dirs.), *Études offertes à Jacques Ghestin : le contrat au début du XXIe siècle*, Paris. L.J.D.J, 777.
- SÉRIAUX, Alain, « L'affaire *Chronopost* : arrêt de principe ou accident de parcours? Variations sur le bon usage de la notion d'obligation essentielle », (1997) *Dalloz* 121.
- SIMLER, Philippe, « La sanction de l'absence de cause », dans *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Paris, Dalloz, 2006, 409.
- STARCK, Boris, « Observations sur le régime juridique des clauses de responsabilité ou limitatives de responsabilité », (1974) 25 *Dalloz* 157.
- STOFFEL-MUNCK, Philippe, « Faurecia 3 », (2010) *C.C.E.* 99.
- STOFFEL-MUNCK, Philippe, « La codification du droit de la consommation », dans Benoît MOORE, *Mélanges Jean-Louis BAUDOIN*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, 1269.
- TALLON, Denis, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », (1994) *RTD Civ.* 223.
- THIBIERGE, Catherine, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure : pour une distinction entre normes et règle de droit », (2008) 51 *Arch. Phil. Droit*, 341.
- THIBIERGE-GUELFUCCI, Catherine, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », (1997) *RTD Civ.* 357.
- THUNIS, Xavier, « Une notion fuyante : l'obligation essentielle du contrat », dans B. DEBUISSON et al., *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, De Boeck et Larcier, 2003, 521.
- VINEY, Geneviève, « Rapport de synthèse », dans Jacques GHESTIN (dir.), *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe, Acte du Colloque des 13 et 14 décembre 1990*, Paris, L.G.D.J., 1990, 327.
- VINEY, Geneviève, « Responsabilité civile », (1994) 50 *J.C.P.G.* I. 3809.

WALTON, F.P., « Cause and Consideration in Contracts », (1925) 41 *L. Q. Rev.* 306.

WEINRIB, J., Ernest, « Corrective Justice in a Nutshell », (2002) 52 *U of T. L. Journal* 349.

ZELCEVIC –DUHAMEL, Ana, « La notion d'économie du contrat en droit privé », (2001) 9 *J.C.P.G.* I, 300.

C. Jurisprudence

Caen, 5 janvier 1999, no. 963691.

Cass. Civ. 1^{ière}, 3 février 1993, J.C.P. 1993, II, 22048.

Cass. Civ., 1^{ère}, 3 juillet 1996, Bull. no. 286.

Cass. Civ., 1^{ière}, 7 février 1990, *Bull. Civ.*, I, no. 38.

Cass. Civ. 1^{ière}, 9 mars 1999, *Bull. Civ.*, no. 82.

Cass. Civ. 1^{ière}, 9 novembre 1999, *Bull. Civ. I*, no. 293.

Cass. Civ., 1^{ère}, 13 février 2001, Bull. civ. I. n. 31.

Cass. Civ. 1^{ière}, 16 décembre 1997, *Bull. Civ. I*, no. 370.

Cass., Civ., 1^{ière}, 19 décembre 1990, *Bull. civ.*, I, no. 303.

Cass. Civ. 1^{ère}, 22 Juin 2004, no. 01-00444.

Cass. Civ., 1^{ière}, 22 nov. 1978, no. 77-12.241, Bull Civ I, no. 358.

Cass., Civ., 3^e, 5 juin 2002, no. 00-19037, *Bull. Civ. III*, no. 123.

Cass. Civ., 3^e, 2 décembre 2009, no. 08-16903.

Cass., Civ. 3^e, 28 mai 2008, no. 06-20403.

Cass., Civ. 3^e, 29 septembre 2010, no. 09-69337, *Bull. Civ. III*, no. 173.

Cass. Com., 5 octobre 1981, *Bull Civ.*, IV, no. 340.

Cass. Com., 3 juillet 1996, no. 94-14800.

Cass. Com., 5 juin 2007, pourvoir no. 06-14832.

Cass. Com., 9 juin 2009, no 08-10350.

Cass. Com., 9 juin 2009, no 08-11420.

Cass. Com., 11 avril 2012, no. 11-15429, Gaz. Pal. 5 juillet 2012.

Cass. Com., 13 février 2007, no. 05-17407, *Bull Civ. IV*, no. 43.

Cass. Com., 15 février 2000, no. 97-19793.

Cass. Com., 17 juillet 2001, no. 98-15678.

Cass. Com., 18 décembre 2007, no. 04-16069, *Bull Civ.*, IV, no. 261.

Cass. Com., 22 octobre 1996, *Bull.* 1996 IV, no 261.

Cass. Com., 29 juin 2010, no. 09-11841, *Bull. Civ.* IV, no. 115.

Cass. Com., 30 mai 2006, no. 04-14974.

Cass. Mixte, 22 avril 2005, no. 03-14112.

Cour d'appel de Paris, 28 avril 2000, *R.J.D.A.* 2000, no. 865.

Cour d'appel de Reims, 1^{er} avril 1993, *J.C.P.* 1994, G.IV., 798.

Cour d'appel de Toulouse, 23 octobre 2001, *LPA*, 13 mai 2002, no. 95.

Cour d'appel de Versailles, 12^e ch., 1^{er} sect., 28 janvier 1999, inédit.

Req., 19 janvier 1863, *D.* 1863, I, 248.

Rouen 15 septembre 1993, *R.J.D.A.* 1993, no. 1021.