

L'ARTICLE 1437 DU *CODE CIVIL DU QUÉBEC*: DE L'ART DE LIRE UN ARTICLE QUI SURPREND

*Élise Charpentier**

INTRODUCTION.....	235
I. L'ÉCLAIRAGE DE L'HISTOIRE DU DROIT	238
II. L'ÉCLAIRAGE DU DROIT ALLEMAND.....	242
CONCLUSION: L'INTERPRÉTATION PROPOSÉE	246

Professeure adjointe à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Les professeurs Paul-André Crépeau, Daniel Jutras et Benoit Moore ont commenté une version antérieure de ce texte. Je tiens à les en remercier.

Le titre – un peu obscur – de cette contribution a été choisi en hommage au professeur Pineau qui maîtrise si bien, entre autres choses, l'art de formuler des titres aussi justes que percutants. Il renvoie le lecteur à une chronique de celui-ci : « Transport aérien international : de l'art d'éviter l'application d'une législation internationale qui déplaît »¹. Afin de dissiper l'ambiguïté de ce titre, précisons d'emblée qu'il sera essentiellement ici question du texte adopté à l'article 1437 du *Code civil du Québec* qui se lit comme suit :

Art. 1437. La clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible.

Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi; est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci.

Non seulement l'article 1437 C.c.Q. définit-il la clause abusive, il illustre cette définition par un exemple qui fait référence à l'obligation essentielle et à la dénaturation du contrat. La définition que donne l'article 1437 C.c.Q. de la clause abusive est articulée à partir de deux notions : le désavantage et la bonne foi. La doctrine ayant décrit la portée de ces notions, c'est l'illustration de ce qui peut constituer une clause abusive qui nous intéresse tout particulièrement². Quelques remarques suffiront

1. (1978) 38 *R. du B.* 665. Dans le même esprit, on aurait pu fusionner quelques-uns des titres de ses articles et intituler ce texte « Quelques réflexions sur une notion qui n'a pas fait de ravages en matière contractuelle » (« Quelques réflexions sur la formule Lloyd du contrat d'assistance maritime », (1965) 25 *R. du B.* 528; « La discrétion judiciaire a-t-elle fait des ravages en matière contractuelle », dans Services de la formation permanente, Barreau du Québec, *La réforme du Code civil cinq ans plus tard*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 141), ou encore reprendre simplement le titre qu'il donnait à l'un de ses textes : « Chronique méchante de méchante législation », (1971) 6 *R.J.T.* 355).
2. Voir, entre autres, Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, n^{os} 239 et suiv. et, pour un aperçu des clauses ayant été qualifiées d'abusives par la jurisprudence, voir le tableau qu'en a dressé Nathalie VÉZINA, « Réactions judiciaires à quelques nouveautés du droit des obligations », dans Services de formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit civil (1995)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 71, aux pages 92 et suiv.

à montrer en quoi l'utilisation des notions d'« obligation essentielle » et de « nature du contrat » est de prime abord déroutante³.

À partir de la distinction, opérée par Pothier, entre les trois catégories de choses dont sont formés les contrats : celles qui sont de leur essence, celles qui découlent de leur nature et celles qui leur sont accidentelles⁴, la doctrine contemporaine a remis en lumière l'existence des trois catégories d'obligations découlant du contrat⁵.

Selon l'opinion généralement admise, les obligations essentielles sont celles sans lesquelles le contrat ne peut subsister. Comme les règles d'ordre public, elles s'imposent donc aux parties; l'impossibilité d'y déroger est fondée sur la nécessité de respecter l'essence du contrat. À ce sujet, la position de Pothier était très claire : « [f]aute de l'une de ces choses, ou il n'y a point du tout de contrat, ou c'est une autre espèce de contrat »⁶.

Dans ce contexte, l'identification des obligations essentielles a pour principale fonction de déterminer si un contrat existe et, lorsque c'est le cas, de le qualifier en fonction des règles relatives aux contrats nommés. Par ailleurs, une obligation peut être *de facto* essentielle à la formation d'un contrat donné. L'obligation essentielle peut en effet être conçue à

partir de la constatation factuelle de son caractère indispensable. Ainsi, en principe, l'accord sur les éléments accessoires, comme les modalités de paiement, n'est pas une des conditions de formation du contrat⁷, mais cet élément peut néanmoins être essentiel à la formation du contrat projeté⁸. Un élément peut donc être essentiel à l'existence du contrat et accessoire quant à sa qualification, étant donné qu'en l'absence de ces obligations accessoires, les parties ne se seraient pas engagées. Ces obligations se trouvent dans des contrats dont on ne retient que les obligations principales pour les fins de la qualification, comme le contrat de services assorti de la fourniture de matériaux, l'échange avec soulte et la donation avec charge.

Qu'elle soit conçue comme une obligation essentielle à l'existence d'un contrat, comme une obligation permettant de qualifier un contrat ou comme une obligation essentielle pour les parties, l'obligation essentielle ne joue aucun rôle particulier dans le cadre de l'article 1437 C.c.Q. puisque, comme le précise le texte de cet article, la cause (abusive) ne met pas en cause l'existence ou la qualification du contrat, mais elle le dénature⁹. En définitive, on voit mal quel peut être le rôle de la notion d'obligation essentielle à laquelle l'article 1437 C.c.Q. renvoie, car il y est question d'une clause « si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci ».

Qu'en est-il de la notion de « dénaturation du contrat » ? Pour déterminer sa portée, on peut d'abord consulter la doctrine actuelle. Or, on ne trouve pas de référence à la dénaturation du contrat mais plutôt aux obligations qui découlent de la nature du contrat. À ce sujet, les auteurs qui abordent la question s'inspirent généralement des idées de Pothier¹⁰. Celui-ci a défini les choses qui sont de la nature du contrat comme :

3. Voir Adrian POPOVICI, « Le nouveau Code civil et les contrats d'adhésion », dans CONFÉRENCES MEREDITH LECTURES 1992, *Le franchisage*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, 137, 154, note 62, et Benoît MOORE, « À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois », (1994) 28 *R.J.T.* 177, 225. *Contra* : voir Nathalie Croteau, qui estime que l'article 1437 C.c.Q. *in fine* « est la codification d'un principe jurisprudentiel bien établi dans notre droit ». Nathalie GROTEAU, « Le contrat d'adhésion, ses mécanismes d'application et ses implications sur la pratique notariale », (1994) 1 *C.P. du N.* 107, 124.
4. Selon Pothier, on doit cette distinction aux juriconsultes des XVI^e et XVII^e siècles, même si Cujas (1522 - 1590) ne distinguait dans les contrats que les choses essentielles et accidentelles. Voir Robert Joseph POTHIER, *Traité des obligations*, dans *Oeuvres de Pothier*, 2^e éd., t. II, Paris, Cosse et Marchal, 1861, p. 6. Cette distinction entre les choses qui sont contenues dans un contrat trouve probablement son origine dans l'interprétation d'un texte d'Ulpien. Voir Paul-Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1929, p. 567.
5. En se fondant sur le texte de l'article 1024 du *Code civil du Bas Canada*, repris à l'article 1434 C.c.Q., le professeur Crépeau a démontré l'importance de la nature du contrat – et de l'équité; l'usage et la loi – comme source d'obligation contractuelle (voir Paul-André CRÉPEAU, « Le contenu obligationnel d'un contrat », (1965) 43 *R. du B. can.* 1; voir aussi Pierre LEGRAND, « L'obligation implicite contractuelle : aspects de la fabrication du contrat par le juge », (1991) 22 *R.D.U.S.* 109).
6. R.J. POTHIER, *op. cit.*, note 4, p. 6.

7. Voir, par exemple, l'article 1708 C.c.Q.

8. C'est en outre ce que confirme le critère relatif à la suffisance du contenu de l'offre qui avait été dégagé par la doctrine (voir, notamment, J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.* note 2, n° 39) et qui est codifié à l'article 1388 C.c.Q. Le législateur y spécifie que l'offre est une proposition contenant tous les éléments essentiels du contrat projeté (voir à ce sujet Jean-Luc AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1970; Anne LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence du contrat*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1992; Gilles GOUBEUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1969).

9. Notons que la validité du contrat ne dépend pas de sa qualification et l'absence de l'un des éléments essentiels à la formation du contrat entraîne la nullité de celui-ci sans le secours de l'article 1437 C.c.Q.

10. Voir P.-A. CRÉPEAU, *loc. cit.*, note 5, 6, 13 et suiv.; Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 450, p. 367.

« [...] celles qui, sans être de l'essence du contrat, font partie du contrat, quoique les parties contractantes ne s'en soient point expliquées, étant de la nature du contrat que ces choses y soient renfermées et sous-entendues. [...] Elles diffèrent des choses qui sont de l'essence du contrat, en ce que le contrat peut subsister sans elles, et qu'elles peuvent être exclues du contrat par la convention des parties [...] »¹¹.

Outre les situations où le législateur les a rendues impératives, il semble acquis que les parties peuvent convenir d'exclure les obligations qui découlent de la nature du contrat¹².

Dans cette perspective, puisque les obligations qui découlent de la nature du contrat peuvent être exclues de celui-ci, il est difficile d'imaginer ce qui pourrait entraîner sa « dénaturation » ou quelle serait « la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci ». De même si, comme le professeur Pineau, on considère que la nature du contrat n'est pas une source d'obligations mais plutôt une notion qui renvoie à la qualification du contrat, le sens du texte de l'article 1437 C.c.Q. demeure un mystère¹³. Or, l'éclairage des enseignements de l'histoire du droit (I) et du droit comparé (II) peut contribuer à concevoir autrement l'obligation essentielle et la nature du contrat et, du coup, permettre de donner un sens à cette partie de l'article qui nous occupe.

I. L'ÉCLAIRAGE DE L'HISTOIRE DU DROIT

Les notions d'« obligation essentielle » et de « dénaturation du contrat » utilisées à l'article 1437 C.c.Q. avaient un autre sens avant la définition qu'en donnait Pothier. En effet, les juristes ayant précédé Pothier concevaient autrement le contrat et les obligations qui en découlaient. À partir du Moyen Âge et jusqu'au XVII^e siècle, la spécificité de la doctrine portant sur la distinction entre les diverses obligations formant le contrat se situait dans le fait que les contrats étaient d'abord définis comme des actes de justice commutative ou de bienfaisance. Parmi les actes de justice commutative, on trouvait, par exemple, la vente et le cautionnement. La finalité du contrat – la réalisation d'un acte de justice commutative ou de bienfaisance – apparaissait comme la pierre angulaire à partir de laquelle les obligations des parties pouvaient être identifiées. Ainsi, un contrat donnait naissance à des obligations qu'on pouvait infé-

rer des concepts utilisés dans la définition du contrat, de même que celles qui étaient nécessaires à l'accomplissement de sa finalité.

Tout en reconnaissant que les obligations des contractants pouvaient découler de l'essence ou de la nature du contrat, c'est à la lumière de la finalité du contrat que les juristes ayant précédé Pothier déterminaient quelles étaient les obligations qui liaient les parties. Comme l'a souligné le professeur Gordley :

« [T]here was a limit to how extensively the parties could modify the natural terms of their contract by express agreement. If the parties added a provision that would remove the "natural effect" of the type of contract they had entered into, the provision was void since to remove the "natural effect is to remove the species". Indeed, "agreements that cannot attain their due end according to the nature given them are deemed to be imperfect", and cannot be enforced until the imperfection is removed. Thus, for Baldus, as for Thomas, the nature of an agreement depended on its end, and any provisions the parties made had to be consistent with this end. »¹⁴

La référence à la notion d'« équité naturelle », qu'on trouve dans le commentaire de Domat relatif aux obligations qui découlent de la nature du contrat, procède également de l'idée que la finalité du contrat doit être respectée. Le texte de Domat précise bien que

« [I]es conventions obligent, non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à tout ce que demande la nature de la convention, et à toutes les suites que l'équité, les lois et l'usage donnent à l'obligation où l'on est entré; de sorte qu'on peut distinguer trois sortes d'engagement dans les conventions: ceux qui sont exprimés, ceux qui sont des suites naturelles des conventions, et ceux qui sont réglés par quelque loi ou quelque coutume. [E]t toutes ces suites des conventions sont comme des pactes tacites et sous-entendus, qui en font partie; car les contractants consentent à tout ce qui est essentiel à leur engagement »¹⁵.

Contrairement à Pothier, Domat ne distingue pas les obligations selon qu'elles sont accidentelles ou qu'elles découlent de l'essence ou de la nature du contrat. Il distingue plutôt les obligations qui résultent de la

11. R.J. POTHIER, *op. cit.*, note 4, p. 7.

12. *Supra*, note 10.

13. Voir J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 2, n° 230.

14. James GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 64.

15. Jean DOMAT, « Les lois civiles dans leur ordre naturel », dans *Oeuvres complètes de J. Domat*, sous la direction de J. Rémy, t. 1, Paris, Alex-Gobelet Libraire, 1835, p. 134.

volonté des contractants (« qui sont exprimé[s] »), les obligations qui résultent de la loi (« qui sont réglé[s] par quelque loi ou quelque coutume »), et celles qui sont des « suites naturelles des conventions »¹⁶. Il précise ensuite que « [c']est par l'équité naturelle que l'associé est obligé de prendre soin de l'affaire commune, qui est en ses mains; que celui qui emprunte une chose pour en user doit la conserver; que le vendeur doit garantir ce qu'il a vendu, quoique les conventions n'en expriment rien »¹⁷. Or, ces obligations découlant de l'équité naturelle seraient, dans la perspective de Pothier, qualifiées d'obligations relevant de l'essence du contrat (quant à l'obligation de l'associé de prendre soin de l'affaire commune et à celle de l'emprunteur de conserver la chose) ou d'obligation découlant de sa nature (quant à la garantie du vendeur). À la lecture de ce passage, on voit bien ce qui sépare Domat de Pothier. Chez Pothier, les obligations qui découlent de l'essence du contrat sont distinctes de celles qui découlent de sa nature, tandis que la distinction n'apparaît pas clairement chez Domat.

Nulle part dans son chapitre consacré aux conventions on ne trouve de commentaire permettant de penser que Domat ait, comme Pothier, considéré que les obligations « suites naturelles des conventions » aient été facultatives, que les contractants aient été totalement libres de les exclure du contrat. Ainsi, Domat écrivait :

« [O]n peut changer les engagements naturels et ordinaires des conventions, et les augmenter ou diminuer, et même y déroger. Ainsi, dans les contrats de vente, dépôt, société et autres, les lois ont réglé de quelle manière l'un répond à l'autre de sa faute ou de sa négligence; mais on peut se charger plus ou moins du soin et de la diligence, selon qu'il en est convenu. Ainsi, le vendeur quoique naturellement obligé à la garantie, peut se décharger de toute garantie, autre que de son fait. Et ces conventions ont le fondement de leur équité sur les motifs particuliers des contractants. Ce vendeur, par exemple, est déchargé de la garantie, parce qu'il donne à un moindre prix. La liberté d'augmenter ou de diminuer les engagements, est toujours bornée à ce qui se peut dans la bonne foi [...] »¹⁸

16. Il n'est pas étonnant qu'on ne trouve pas l'équivalent du texte de Domat chez Pothier puisque le commentaire de Pothier se trouve sous l'intitulé « Des trois choses qu'on doit distinguer dans chaque contrat », alors que celui de Domat fait partie d'une section intitulée « Des engagements qui suivent naturellement des conventions, quoiqu'ils n'y soient pas exprimés ».

17. J. DOMAT, *op. cit.*, note 15, p. 134.

18. *Id.*, p. 140 et suiv. [nous soulignons]

De même, au titre de la vente, Domat reprend cette idée que la garantie est une suite du contrat de vente. Il explique d'abord que la garantie peut être naturelle ou de droit puisque le vendeur y est obligé de droit. Puis, il précise que la garantie peut également être conventionnelle puisqu'on peut augmenter ou diminuer la garantie naturelle¹⁹. Au sujet des garanties conventionnelles, il souligne que ces conventions « ont leur justice sur ce qu'on achète plus ou moins cher, ou sur d'autres vues [...] »²⁰

On peut donc penser que Domat ne considérait pas que les contractants étaient complètement libres d'exclure les obligations découlant de la nature du contrat, qu'ils pouvaient les exclure dans la seule mesure où cette exclusion était équitable. Une telle position est d'ailleurs conforme à celle adoptée par les juristes ayant précédé Domat. Pour ceux-ci, les obligations découlant de la nature du contrat ne s'imposaient pas toujours aux parties, celles-ci pouvaient les modifier, mais elles devaient respecter la nature (la finalité) du contrat. La nature et la finalité du contrat étaient liées, comme l'a bien démontré le professeur Gordley :

« The parties could set aside the terms natural to their contract by an express provision in the contract. The natural terms are means to the end of their contract and, as Thomas said, under particular circumstances the means most appropriate to an end will vary. Nevertheless, they could not do so in a way opposed to the nature of the contract itself. [T]he parties could agree that the seller would not be liable for undisclosed defects. They could do so, however, only if the seller reduced the price so as to preserve equality. »²¹

Dans cette perspective, les obligations qui découlent de la finalité du contrat incluraient donc celles qui découlent de sa nature. Puisque les moyens utilisés pour réaliser une entente sont aussi variés que les situations dans lesquelles un contrat est formé, les parties seraient, en principe, tenues de toutes les obligations nécessaires à la réalisation de la finalité du contrat. Dans la mesure où les contractants respecteraient la finalité du contrat, ils demeureraient libres d'exclure les obligations qui découlent de sa nature, toute déviation de celles-ci devant toutefois respecter la finalité du contrat²². À cet égard, la doctrine de Pothier illustre la réduction du rôle des obligations découlant de la nature du contrat qui s'est opérée au fil des siècles. En effet, celui-ci considérait que les obligations

19. *Id.*, p. 181.

20. *Id.*, p. 182.

21. J. GORDLEY, *op. cit.*, note 14, p. 110.

22. *Id.*, p. 64 et 110. De plus, les obligations qu'on pourrait qualifier d'« accidentelles » doivent également respecter la finalité du contrat.

qui découlent de la nature du contrat pouvaient toujours être exclues. Il ne limitait pas l'exclusion à des circonstances particulières où la finalité du contrat était néanmoins préservée.

Les notions d'« obligation essentielle » et d'« obligation découlant de la nature du contrat » ont évolué au fil du temps et cette évolution s'est accompagnée d'une diminution de leur importance dans la théorie du contrat. Pourtant, la notion de finalité du contrat telle qu'elle était conçue avant Pothier peut nous aider à donner un sens à l'article 1437 C.c.Q. En effet, dans leur conception du contrat, certaines clauses peuvent être contraires à sa finalité : nous dirions plutôt qu'elles peuvent avoir pour effet de dénaturer le contrat.

II. L'ÉCLAIRAGE DU DROIT ALLEMAND

La référence à l'obligation essentielle et la dénaturation du contrat, dans le contexte du contrôle des clauses abusives, n'est pas unique au droit positif québécois. Bien qu'un auteur considère que l'article 1437 C.c.Q. tire sa source dans la doctrine du *fundamental breach of contract* de la common law²³, nous ne croyons pas que la comparaison soit particulièrement éclairante. Les notions de la common law ont été développées en réponse aux effets parfois injustes des clauses limitatives de responsabilité et, en conséquence, elles sont difficilement applicables à d'autres types de clause²⁴. Par ailleurs, en raison de sa complexité, cette doctrine pose de nombreux problèmes d'application qui ont amené le juge en chef Dickson, dans l'affaire *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltd.*²⁵, à dire qu'il était « fortement enclin à lui donner le coup de grâce ».

En revanche, étant donné la similitude entre le texte de l'article 1437 du *Code civil du Québec* et celui de l'article 9 de la *Loi sur le règlement du droit des conditions générales du 9/12/1976*, l'étude du droit alle-

23. Voir, entre autres, Pierre-Gabriel JOBIN, « La révision du contrat par le juge dans le Code civil », dans Ernest CAPARROS (dir.), *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 399, aux pages 415 et suiv.

24. En ce sens, voir aussi B. MOORE, *loc. cit.*, note 3, 226.

25. [1989] 1 R.C.S. 426, 462 :

« À cause de la complexité inutile engendrée par le principe de l'inexécution fondamentale, de l'incertitude en droit qu'elle produit et de la nature rudimentaire de ce principe comme moyen de prévenir l'inéquité, je suis fortement enclin à lui donner le coup de grâce et, au besoin, à recourir explicitement à la théorie de l'iniquité. À mon avis, il y a beaucoup à gagner à aborder directement la question de la protection des plus faibles contre l'exploitation des plus forts, plutôt que de s'en remettre au principe juridique artificiel de l'"inexécution fondamentale". »

mand peut peut-être contribuer à élucider le sens de l'article du Code civil. Le parallèle entre les textes est frappant, ils se lisent comme suit :

Art. 1437. La clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible.

Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi; est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci.

Art. 9 (1) Les dispositions des conditions générales d'affaires sont inefficaces lorsque, contrairement aux impératifs de la bonne foi, elles désavantagent le partenaire contractuel du stipulant de manière déraisonnable.

(2) Dans le doute, il y a lieu d'admettre un désavantage déraisonnable lorsqu'une disposition :

1. n'est pas compatible avec les idées fondamentales de la réglementation dont elle s'écarte, ou
2. limite des droits et obligations essentiels résultant de la nature du contrat de telle sorte que la réalisation du but contractuel est menacée.²⁶

26. Alfred RIEG, « Les clauses abusives et la protection du consommateur - République Fédérale d'Allemagne », (1982) 34 *R.I.D.C.* 905, 926. D'autres traductions un peu différentes ont été proposées.

Celle de Dahmane BEN ABDERRAHMANE, *Le droit allemand des conditions générales, des contrats dans les ventes commerciales franco-allemandes*, Paris, L.G.D.J., 1985, p. 165, se lit comme suit :

« (1) Des clauses de conditions générales sont inefficaces si à l'encontre des exigences de la bonne foi elles désavantagent de manière inappropriée le cocontractant du stipulant. (2) dans le doute une stipulation est considérée comme créant un désavantage inapproprié : 1. si elle est incompatible avec les idées fondamentales de la réglementation légale dont elle s'écarte, ou 2. si elle restreint les droits et obligations essentiels résultant de la nature du contrat de telle sorte que la réalisation du but du contrat est menacée. »

Hans-W. MICKLITZ « La loi allemande relative au régime juridique des conditions générales des contrats du 9 décembre 1976 - Bilan de onze années d'application », (1989) *R.I.D.C.* 101, 111, la traduit comme suit :

« (1) Des clauses de conditions générales sont inefficaces si elles désavantagent de manière anormale le consommateur au mépris des principes de la bonne foi et de l'équité. (2) dans le doute, il convient de présumer qu'un tel préjudice anormal existe, dès lors qu'une disposition 1. n'est pas compatible avec les principes fondamentaux de la réglementation légale, à laquelle elle déroge, ou 2. restreint à un tel point les droits et obligations essentiels relevant de la nature du contrat, qu'il semble compromis que la finalité du contrat puisse être atteinte. »

La structure des textes est comparable. Les deux textes définissent d'abord la clause abusive comme une clause qui désavantage (de façon excessive, déraisonnable ou inappropriée) l'une des parties contrairement aux exigences de la bonne foi; ils précisent ensuite qu'une telle clause est inefficace (nulle ou réductible). Dans les deux cas, on fait référence à l'obligation essentielle, à la nature du contrat et aux règles applicables au contrat. Alors qu'au Québec, la fin du deuxième alinéa (« la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci ») est considérée comme un exemple ou une illustration de la définition de la clause abusive, en Allemagne, on dit du second paragraphe qu'il avait pour objet de préciser le premier, considéré ambigu²⁷.

À partir de solutions jurisprudentielles antérieures à l'adoption de l'article 9, la doctrine allemande a d'abord considéré que le premier alinéa du second paragraphe visait la clause qui n'était pas « compatible avec les idées fondamentales de la réglementation dont elle s'écarte » lorsqu'elle n'était pas conforme à l'esprit des règles supplétives normalement applicables au contrat. La jurisprudence relative à l'article 9 est allée plus loin : « les tribunaux ont pratiquement transformé le droit dispositif [supplétif] en droit impératif »²⁸. Dans cette perspective, on tend, en Allemagne, à qualifier d'abusives une clause dès qu'elle déroge non pas à l'esprit de l'ensemble des règles applicables, mais à l'une d'elles.

La jurisprudence allemande n'a pas précisé le sens de l'expression « lorsqu'une disposition limite des droits et obligations essentiels résultant de la nature du contrat de telle sorte que la réalisation du but contractuel est menacée », qu'on trouve au second alinéa du second paragraphe. La doctrine a proposé diverses interprétations. Le professeur Rieg estime que cette partie de l'article est également une codification de la jurisprudence qui ne donnait pas d'effet aux clauses des contrats types par lesquelles le stipulant limitait ou excluait sa responsabilité pour inexécution d'une « obligation fondamentale »²⁹. Une grande variété d'obligations était considérée fondamentale³⁰.

27. Voir A. RIEG, *loc. cit.* note 26, 928; Norbert REICH et Hans-W. MICKLITZ, *Consumer Legislation in the Federal Republic of Germany*, New York, Van Nostrand Reinhold, 1981, p. 271; voir aussi D. BEN ADERRAHMANE, *op. cit.*, note 26, p. 166.

28. Voir H.-W. MICKLITZ, *loc. cit.*, note 26, 111.

29. Voir A. RIEG, *loc. cit.*, note 26, 929.

30. Par exemple « celle du dépositaire de ne remettre la marchandise déposée qu'à la personne juridiquement qualifiée pour la recevoir, ou celle du vendeur d'un véhicule automobile de faire procéder à la vérification du véhicule avant la livraison » (A. RIEG, *loc. cit.*, note 26, 929 et suiv.).

À ce sujet, les observations de Reich et Micklitz relatives au sens de l'obligation essentielle résultant de la nature du contrat sont un peu différentes³¹. Elles s'inspirent d'une lecture de l'ensemble du paragraphe 2 de l'article 9. Dans l'esprit de ces auteurs, on peut déterminer des droits et obligations découlant de la nature d'un contrat innommé comparables à ceux prévus par les règles supplétives applicables aux contrats nommés³². Ainsi, la seconde partie du paragraphe 2 requiert que soient identifiés les droits et obligations qui découlent de la nature d'un contrat innommé, pour ensuite évaluer si une clause « restreint à un tel point les droits et obligations essentiels relevant de la nature du contrat, qu'il semble compromis que la finalité du contrat puisse être atteinte »³³. Cette interprétation rejoint la position de M. Ben Abderrahmane qui, après avoir analysé le texte et les travaux préparatoires, conclut que les deux paragraphes ne sont pas destinés à s'appliquer aux mêmes contrats : le premier sous-paragraphe régirait les contrats nommés tandis que le second viserait les contrats innommés³⁴.

La transposition en droit québécois de la position allemande, voulant que les clauses modifiant l'« image directrice » que le droit supplétif donne des contrats nommés soient inefficaces, ferait en sorte que, dès qu'une clause serait contraire aux obligations, légales ou prétorienne, qui découlent de la nature du contrat, elle entraînerait sa dénaturation. Si cette interprétation était retenue, toutes les obligations découlant de la nature du contrat auraient un caractère obligatoire dans les contrats d'adhésion et de consommation, même si elles ont généralement, dans la théorie générale du contrat, un caractère supplétif. Cette interprétation semble confirmée par les *Commentaires* du ministre de la Justice qui, pour illustrer la définition de la clause abusive, donnent l'exemple de « la

31. Voir N. REICH et H.-W. MICKLITZ, *op. cit.*, note 27, p. 271 :

« The Act places two factors side by side: the essential basic ideas of the statutory regulation and the essential rights and duties that result from the nature of the contract. Thus, Art. 9, para. 2 AGBG assigns the non-coagent statutory provision a model function even if the term itself is not used. [...] The legislator's reference to the models of the Civil code cannot mean that the effectiveness of those provisions shall be renewed. Rather, the courts must continue standardising contracts in order to then bring out the individual rights and duties that are so important to each type of contract as to prevail over any amendment in standard form. Art. 9, para. 2 AGDG now lays down that in case of doubt in the event of any deviation from the model so developed an unfair injury should be assumed. »

32. Ces obligations correspondent en partie aux obligations précédemment identifiées comme des obligations prétorienne supplétives.

33. L'expression est tirée de la traduction française que M. Micklitz propose dans un autre texte, voir H.-W. MICKLITZ, *loc. cit.*, note 26.

34. Voir D. BEN ABDERRAHMANE, *op. cit.*, note 26, p. 181.

clause contraire au régime contractuel prévu par le législateur »³⁵. L'interprétation peut aller au-delà de cet exemple pour étendre au contrat innommé l'application de cette partie de l'article 1437 C.c.Q. : la clause contraire aux obligations découlant de la nature du contrat, telles qu'elles sont définies par les tribunaux, serait ainsi également considérée comme étant abusive. Cette extension est indispensable, sans quoi il faudrait conclure que seuls les contrats nommés peuvent être dénaturés. Cette interprétation de l'article 1437 C.c.Q. ne devrait, toutefois, pas être retenue sans être nuancée, puisque si telle avait été l'intention du législateur, il n'aurait pas utilisé les expressions « obligation essentielle » et « dénaturation », mais simplement « obligation qui découle de la nature du contrat » ou « obligation prévue par le régime supplétif ».

CONCLUSION : L'INTERPRÉTATION PROPOSÉE

À partir de l'éclairage de l'histoire du droit et du droit allemand, l'obligation essentielle à laquelle fait référence l'article 1437 C.c.Q. pourrait être entendue comme une obligation découlant de la nature du contrat. D'autant plus que le texte de cet article précise que les obligations essentielles « découlent des règles gouvernant habituellement le contrat ». En droit positif, les règles qui gouvernent les contrats sont impératives ou supplétives, la notion de « règles gouvernant habituellement le contrat » est inconnue. Or, il serait étonnant que des règles impératives puissent être considérées comme des « règles gouvernant habituellement le contrat », car elles gouvernent toujours le contrat. Par contre, tel pourrait être le cas des règles supplétives, car elles s'appliquent en l'absence de dispositions contraires ou incompatibles. Les notions de « règles gouvernant habituellement le contrat » et de « règles supplétives » ne sont donc pas en opposition. Cependant, puisque l'expression « règles gouvernant habituellement le contrat » ne renvoie pas d'emblée à la notion de « règles supplétives », c'est cette expression qu'il aurait fallu employer, tout en précisant que ces règles peuvent être établies par les tribunaux.

Si cette position offre une solution, celle-ci n'est que partielle en ce qu'elle ne peut s'appliquer qu'aux contrats nommés. Faut-il en conclure que l'article 1437 C.c.Q. ne s'applique pas aux contrats innommés. Certes pas. Faute de régime légal à l'aune duquel on puisse évaluer le caractère abusif d'une clause, on peut néanmoins identifier les obligations que la jurisprudence a reconnues comme découlant de la nature des contrats

innommés ou encore s'inspirer de la notion d'« attente légitime »³⁶. Cette position se situe d'ailleurs dans le même esprit que la doctrine française actuelle qui estime que les interventions des tribunaux relativement aux clauses de non-responsabilité sont motivées par le souci du respect d'un « minimum contractuel », par l'idée que le contrat doit correspondre aux attentes légitimes du créancier, qu'il ne peut être vidé de sa substance³⁷.

Cette lecture de l'article 1437 C.c.Q. ne doit toutefois pas être comprise comme rendant nécessairement impératives les obligations décou-

36. Le respect des attentes légitimes des parties est en effet un critère susceptible d'ouvrir la voie à des solutions cohérentes.

L'article 1484 de l'avant-projet de loi portant réforme au C.c.Q. du droit des obligations précisait d'ailleurs que la clause ne devait pas priver l'une des parties de ses attentes légitimes (cet article se lisait comme suit :

« [L]a clause abusive d'un contrat d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en naît réduite. Est abusive toute clause qui, dans l'exécution d'un contrat, désavantage l'une des parties d'une manière excessive ou la prive de ses attentes légitimes, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi, est présumée être celle qui est si éloignée des obligations essentielles qui découlent normalement de la nature du contrat ou de sa réglementation légale qu'elle dénature celui-ci »).

La notion d'attente légitime, bien connue en matière d'assurance, est « fondée sur le caractère socialement indésirable d'une clause ou d'une exclusion de la police ou de l'absence de fondement technique à cette clause ou exclusion. [...] Elle permet d'aller directement à l'encontre de clauses du contrat qui n'ont rien d'ambigu mais qui sont contraires aux intérêts de l'assuré. » (Claude BELLEAU, « L'interprétation des contrats suivant la théorie des attentes légitimes de l'assuré et l'arrêt Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris », (1992) 60 *Assurances* 79, 82; voir aussi Didier LLEUELLES, *Précis des assurances terrestres*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 109; Jean-Guy BERGERON, *Les contrats d'assurances*, t. 1, Sherbrooke, Éditions SEM, 1989, p. 113 et suiv. et p. 176 et suiv.).

La disparition de la référence textuelle à cette doctrine à l'article 1437 C.c.Q. n'implique pas que les clauses contraires aux attentes légitimes de l'une des parties ne puissent pas être annulées ou réduites, d'autant plus que les *Commentaires* du ministre de la Justice précisent que des clauses peuvent être abusives « parce qu'elles vont à l'encontre du régime contractuel escompté » par l'une des parties (MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *op.cit.*, note 35). On pourrait donc penser que la clause contraire aux attentes légitimes de l'une des parties est abusive car elle dénature le contrat. Dans le même sens voir Didier LLEUELLES, *op. cit.*, note 36, p. 110 et suiv.; B. MOORE, *loc. cit.*, note 3, 226 et suiv.

37. Voir Geneviève VINEY, *Les obligations – La responsabilité : effets*, Paris, L.G.D.J., 1988, n° 190, p. 259. De même, Josserand estimait que seule l'interprétation restrictive des clauses particulières (comme les clauses de non-garantie ou les pactes commissaires) était conforme à la nature du contrat (Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Paris, Dalloz, 1927, p. 163 et suiv.). Dans le même esprit, voir Denis MAZEAUD, « La protection par le droit commun », dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD

35. Voir le commentaire du ministre de la Justice relatif à l'article 1437 C.c.Q. dans GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, Québec, Publications du Québec, 1993.

lant de la nature du contrat, comme c'est le cas sous l'empire de la loi allemande. Les parties devraient conserver la liberté de les modifier dans la mesure où elles respectent un certain équilibre entre les prestations, tout comme elles pouvaient le faire selon les juristes ayant précédé Pothier. L'article 1437 C.c.Q. précise, en effet, que la clause est abusive lorsqu'elle est « *si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci* »³⁸, une clause éloignée des obligations essentielles n'est donc pas nécessairement abusive. Il faut s'interroger sur les effets de cette exclusion. Pour qu'une clause soit abusive, il faut qu'elle entraîne la dénaturation du contrat. Cette notion de dénaturation n'a pas un sens juridique particulier : elle pourrait être liée à l'idée du respect de la finalité du contrat, à l'équilibre des prestations. Ainsi, une clause excluant totalement et sans contrepartie une obligation découlant de la nature du contrat serait vraisemblablement abusive puisque le contrat ne serait alors pas le résultat d'un accord de volonté, mais le reflet de l'imposition de la volonté du plus fort au plus faible. Par contre, la clause pourrait être valide si elle limitait l'étendue d'une obligation découlant de la nature du contrat (par exemple, une garantie) en contrepartie d'une réduction des obligations de l'autre partie (par exemple, le paiement d'un prix moindre).

En conséquence, l'« obligation essentielle découlant des règles gouvernant habituellement le contrat » pourrait être comprise comme celle qui découle de la nature du contrat; et la clause « si éloignée » de cette obligation entraînerait la dénaturation du contrat lorsqu'elle aurait pour effet de faire de celui-ci un acte très déséquilibré.

(dir.), *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris, Economica, 1998, p. 33, à la page 45; Philippe JESTAZ, « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », dans Pierre RAYNAUD (dir.), *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz/Sirey, 1985, p. 273, à la page 282.

38. Nous soulignons.