

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION
DES LOIS AU CANADA

SECTION CIVILE

STRATÉGIE EN MATIÈRE DE DROIT
COMMERCIAL

LA NULLITÉ DES CONTRATS
EN DROIT QUÉBÉCOIS

APERÇU ET COMPARAISON AVEC LA COMMON LAW
DES CONTRATS ILLÉGAUX

par

Michelle Cumyn
Université Laval*

Regina (Saskatchewan)
22-26 août 2004

Contexte

[1] En 1991, l'Assemblée nationale du Québec a adopté le *Code civil du Québec* (« *Code civil* »), lequel est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994. Le *Code civil* est le résultat de 40 ans de recherches et de consultations approfondies menées par les plus grands juristes québécois¹. Il contient une reformulation complète du droit civil des personnes, de la famille, des successions, des biens, des obligations, des priorités et des hypothèques, de la preuve, de la publicité des droits et du droit international privé. Plusieurs dispositions du *Code civil* ont pour but d'harmoniser le droit québécois avec les conventions internationales ou avec la common law des autres provinces canadiennes².

[2] Vu l'adoption récente d'un tout nouveau *Code civil*, dans la plupart des domaines du droit civil et commercial, aucun besoin urgent de réforme ne se fait actuellement sentir au Québec. La Conférence est tout de même d'avis qu'une législation uniforme dans le domaine du droit civil ou commercial devrait prendre en compte le point de vue du droit civil et toute disposition pertinente du *Code civil*. La rédaction d'une législation harmonisée est une bonne occasion d'échanges entre juristes des deux traditions juridiques. Il est à tout le moins plausible que le *Code civil* contiendra des solutions intéressantes pour les provinces de common law, tandis que la rédaction d'une législation harmonisée donne aux juristes du Québec l'occasion de faire un examen critique de leur propre législation et de suggérer des façons de la mettre à jour³.

[3] Je suis très reconnaissante à Arthur Close et aux autres membres de la Section civile de m'avoir donné l'occasion de discuter avec eux du droit des contrats illégaux, dans le cadre de l'élaboration d'une proposition de Loi uniforme sur les contrats illégaux (« LUCI »). J'ai trouvé nos échanges très stimulants et c'est avec joie que j'accueille la chance qui m'est maintenant donnée de présenter et de réexaminer le droit québécois à la lumière de la LUCI.

[4] Le présent document, qui sera présenté à Regina à l'occasion de la réunion d'août 2004 de la Section civile, décrit le droit du Québec en matière de nullité des contrats. S'y ajoutent les commentaires spécifiques au droit québécois que j'ai préparés et qui ont été intégrés à la proposition de LUCI présentée par Arthur Close. Les dispositions pertinentes du *Code civil* sont reproduites dans les deux langues en annexe au présent document.

Nullité

[5] Tout contrat qui n'est pas conforme aux conditions nécessaires à sa formation ou à sa validité peut être frappé de nullité (art. 1416 *C.c.Q.*).

[6] Deux variétés de règles peuvent entraîner la nullité d'un contrat. Les premières concernent la procédure de formation du contrat : l'offre et l'acceptation, la détermination de l'objet, l'intention de créer des relations juridiques, la capacité, le dol, l'erreur, la crainte, la lésion, etc.⁴ Les secondes portent sur l'ordre public, qu'il soit d'origine législative ou fondé sur des impératifs généraux d'ordre moral ou politique reconnus par les tribunaux. Bien entendu, ces deux catégories peuvent se chevaucher, car certaines dispositions d'ordre public règlent la procédure de formation du contrat.

Règle d'interprétation bienveillante

[7] Dans le cas d'une loi qui interdit directement ou indirectement certains actes qui pourraient faire l'objet d'un contrat, il existe au Québec une règle d'interprétation bienveillante. Un contrat qui contrevient à un texte législatif n'est frappé de nullité que si le texte de loi stipule explicitement qu'un tel contrat est nul ou si l'atteinte des objectifs de la loi l'exige. Si cette règle n'a pas été codifiée dans le *Code civil*, il est cependant évident que les tribunaux la reconnaissent⁵.

[8] Afin de déterminer si la nullité est nécessaire à l'atteinte des objectifs d'un texte de loi, le tribunal doit prendre en considération l'existence éventuelle d'autres recours ou sanctions prévus par ce texte législatif et assurant le respect de la loi. Le tribunal doit également évaluer les risques associés au maintien ou à l'annulation du contrat pour toutes les parties en cause. Il serait souhaitable d'incorporer cette règle au *Code civil*.

Formation ou exécution contraires à l'ordre public

[9] En droit civil, on ne fait aucune distinction quant à la manière dont un contrat contrevient aux règles de l'ordre public. La seule considération pertinente est de savoir si, au moment de sa formation, le contrat est contraire à l'ordre public, compte tenu de ses dispositions et de l'intention commune des parties⁶.

Distinction entre nullité absolue et nullité relative

[10] Le droit québécois établit entre la nullité absolue et la nullité relative une distinction fondamentale qui ressemble beaucoup à celle que fait la common law entre le contrat nul (*void*) et le contrat annulable (*voidable*)⁷. Pour l'essentiel, cette distinction s'établit comme suit. Si la nullité est relative, une seule partie, celle en faveur de qui elle est invoquée, peut faire annuler le contrat; cette partie peut aussi choisir de confirmer le contrat (art. 1420 *C.c.Q.*). Si la nullité est absolue, toute personne qui a un intérêt juridique suffisant peut faire prononcer la nullité du contrat (art. 1418 *C.c.Q.*). Même une partie qui est coupable d'avoir sciemment enfreint la loi peut invoquer la nullité absolue d'un contrat, qu'elle se soit « repentie » ou non, car il y va de l'intérêt public que le contrat soit annulé. Nous verrons plus loin que cette partie peut être sanctionnée par le refus d'un tribunal d'ordonner la restitution en sa faveur.

Distinction entre l'ordre public de protection et l'ordre public de direction

[11] Au cours du XX^e siècle, les civilistes français, suivis par la doctrine québécoise, ont établi la distinction entre les règles de l'ordre public qui visent à protéger une partie contractante, comme les lois sur la protection du consommateur, et les règles de l'ordre public qui existent dans l'intérêt général, comme le droit pénal⁸. Cette distinction a pour conséquence essentielle que la nullité est relative dans le premier cas et absolue dans le deuxième. Les contrats qui sont contraires à l'ordre public peuvent donc être soit « nuls », soit « annulables ». Cette distinction est maintenant codifiée (art. 1417 et 1419 *C.c.Q.*). Il est intéressant de constater qu'à quelques occasions, la common law a adopté une solution semblable : le fait de contrevenir à un texte de loi établi pour protéger une partie vulnérable pourrait rendre un contrat annulable, plutôt que nul⁹.

[12] La distinction entre ordre public de direction et ordre public de protection est utile pour expliquer pourquoi la nullité d'un contrat, dans certains cas (ceux relevant de l'ordre public de protection), ne doit agir qu'en faveur de la partie protégée, qui peut aussi choisir de confirmer le contrat.

[13] Je crois que la nullité relative d'un contrat ne devrait pouvoir s'appliquer que si la partie protégée a subi un préjudice en raison de la violation de la loi¹⁰. La raison en est que la partie protégée ne devrait pas avoir la possibilité d'invoquer une infraction technique à une règle établie pour sa protection afin d'éviter l'application d'un contrat, s'il est prouvé qu'en l'occurrence, cette partie n'a nullement souffert de cette violation.

[14] La distinction entre l'ordre public de protection et l'ordre public de direction s'est révélée difficile à appliquer dans certains cas où la loi protège les intérêts d'un groupe : les meilleurs exemples en sont la législation du travail et celle qui limite ou réglemente l'exercice de certains métiers ou professions. Dans un sens, cette législation a pour but de protéger la partie la plus vulnérable d'une relation contractuelle (le travailleur dans les relations de travail, le consommateur dans un contrat de vente ou de service); mais elle vise aussi à réglementer l'activité sociale et économique dans l'intérêt général. L'art. 347 du *Code criminel* concernant les taux d'intérêt criminels est un autre bon exemple de cette difficulté.

[15] Bien que la distinction soit parfois difficile à établir dans la pratique, il demeure utile et pertinent de se demander si une disposition législative vise à protéger la plus vulnérable des parties contractantes, un groupe plus large ou les intérêts de l'ensemble de la société. Dans le premier cas, la sanction qui s'impose est la nullité relative; dans les deuxième et troisième cas, la sanction qui s'impose est la nullité absolue¹¹.

Effets de la nullité : restitution, compensation et dommages-intérêts

[16] Le contrat n'est pas considéré nul en soi. Il est réputé valide tant qu'un tribunal n'en prononce pas la nullité (art. 1416 *C.c.Q.*). Même la nullité relative doit être déclarée par le tribunal à la demande de la partie protégée – à moins, bien sûr, que les parties ne conviennent d'annuler le contrat sans recourir à un tribunal. En pratique, la nullité d'un contrat est souvent invoquée par une partie comme moyen de défense à une action fondée sur le contrat.

[17] L'annulation d'un contrat a pour conséquence que le contrat est privé d'effets juridiques pour l'avenir. Aucune poursuite ne peut donc être intentée pour obtenir l'exécution en nature ou par équivalent du contrat. Il faut, de plus, en défaire tous les effets déjà réalisés au moment du prononcé de la nullité. Cela implique que chacune des parties doit restituer à l'autre les prestations qu'elle a reçues aux termes du contrat (art. 1422 *C.c.Q.*). S'il est impossible aux parties de restituer en nature les prestations qu'elles ont reçues – parce qu'il s'agissait d'un contrat de service, par exemple – le tribunal peut ordonner la restitution par équivalent, selon la valeur du service rendu, afin d'empêcher tout enrichissement injustifié (art. 1699, 1700, 1701, 1707 *C.c.Q.*).

LA NULLITÉ DES CONTRATS DANS LE DROIT QUÉBÉCOIS

[18] Si des biens ont fait l'objet d'un transfert de propriété aux termes du contrat annulé, le tribunal anéantit rétroactivement ce transfert de propriété. Si, par contre, la propriété de ces biens a déjà été transférée à un tiers, le tribunal n'annule pas le transfert de propriété effectué par le contrat, mais ordonne plutôt la restitution par équivalent (art. 1701 *C.c.Q.*).

[19] Dans le cas où l'une des parties au contrat frappé de nullité a commis une faute telle qu'il est possible de la tenir responsable de la nullité du contrat et du préjudice que celle-ci occasionne à son cocontractant, ce dernier peut réclamer des dommages-intérêts en vertu de l'article 1457 *C.c.Q.*, qui se lit comme suit :

1457. Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.

Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à son devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel.

[20] Une réclamation en dommages-intérêts comprend alors les dépenses encourues sur la foi du contrat, auxquelles pourraient même s'ajouter la perte des bénéfices attendus du contrat (art. 1611 *C.c.Q.*).

[21] Parce que le contrat est réputé valide au départ et qu'il ne peut être annulé que par un tribunal ou une entente entre les parties, les effets d'un contrat invalide peuvent se voir confirmés avec le temps. Le délai de prescription de l'action en nullité d'un contrat est de trois ans à compter de la connaissance de la cause de nullité par la personne qui l'invoque (art. 2927 *C.c.Q.*). Il n'y a cependant pas de prescription du droit d'invoquer la nullité comme moyen de défense à une action (art. 2882 *C.c.Q.*).

Refus d'ordonner la restitution en faveur d'une partie coupable

[22] Comme nous l'avons mentionné, la restitution en nature ou par équivalent est la règle lorsqu'un tribunal prononce la nullité d'un contrat. Fait toutefois exception à cette règle le cas d'un contrat frappé de nullité absolue dont l'une des parties a agi de manière

répréhensible. Cette exception survient généralement dans des cas de conduite frauduleuse, malhonnête, immorale ou constituant une violation délibérée de la loi. Cette règle s'explique du fait que si les tribunaux ordonnaient toujours la restitution dans le cas d'un contrat contraire à l'ordre public de direction, la sécurité juridique des parties s'en trouverait assurée. Le risque associé à la conclusion d'un tel contrat serait réduit d'autant et la loi perdrait de son pouvoir de dissuasion¹².

[23] En conséquence, les tribunaux du Québec refusent souvent d'ordonner la restitution en faveur d'une partie coupable¹³. Cette exception est toujours en vigueur dans le droit québécois, bien qu'elle ne soit pas clairement codifiée. L'article 1699, à son deuxième alinéa, donne seulement au tribunal le droit de refuser la restitution des prestations dans des cas exceptionnels¹⁴.

Formalités

[24] Le droit québécois établit une distinction claire entre les formalités qui sont des règles de preuve, les formalités qui sont requises pour rendre certains droits opposables à des tiers et les formalités qui conditionnent la validité d'un contrat. Certaines de ces dernières relèvent de l'ordre public de direction, par exemple lorsqu'elles existent à des fins de contrôle administratif ou fiscal. Dans ce cas, tout contrat non conforme à la formalité prescrite est frappé de nullité absolue.

[25] D'autres formalités qui conditionnent la validité d'un contrat relèvent de l'ordre public de protection. Par exemple, la loi impose parfois l'inclusion de certaines clauses dans un contrat pour que la partie protégée dispose d'informations importantes, ou la loi exige que lui soit remise un double du contrat, pour qu'elle ait tout le loisir d'en prendre connaissance. Dans ces cas, le contrat non conforme à la formalité prescrite est frappé de nullité relative. Comme nous l'avons vu, cela signifie que seule la partie protégée peut se prévaloir de la nullité, si elle le souhaite. Qui plus est, elle ne devrait pas obtenir gain de cause s'il est établi qu'en l'occurrence, l'absence de la formalité requise n'a eu d'impact ni sur sa décision de contracter, ni sur l'équité des conditions du contrat.

Absence de la capacité ou du pouvoir requis pour conclure un contrat

[26] C'est là un domaine difficile du droit québécois. La sanction la plus courante est la nullité relative. Cela s'explique du fait que les règles restreignant la capacité qu'a une personne de conclure un contrat ou le pouvoir qu'a son représentant de conclure un

LA NULLITÉ DES CONTRATS DANS LE DROIT QUÉBÉCOIS

contrat en son nom ont généralement pour but principal de protéger cette personne. La partie protégée peut donc faire annuler le contrat ou choisir de confirmer celui-ci¹⁵. Dans certains cas rares, cependant, l'absence de capacité ou de pouvoir peut entraîner une nullité absolue (voir par ex. l'art. 161 *C.c.Q.*).

[27] Dans les cas où la nullité relative est un recours possible, certaines exceptions particulières peuvent empêcher son application (voir par ex. les art. 447, 1323, 1362, 2162 et 2163 *C.c.Q.*). Ces exceptions visent généralement à protéger le cocontractant qui s'est fié de bonne foi au fait que la partie protégée semblait avoir la capacité de passer un contrat ou que son représentant semblait avoir les pouvoirs requis (théorie de l'apparence)¹⁶.

[28] L'une des difficultés rencontrées au Québec concerne l'application de la doctrine de l'*ultra vires*, qu'on invoque parfois dans le domaine du droit des sociétés par actions, bien qu'elle soit difficile à concilier avec les principes du droit civil. Il n'est pas justifié d'avoir recours à la doctrine de l'*ultra vires* au Québec¹⁷.

Clauses illégales : nullité partielle, réduction de l'obligation et révision du contrat

[29] Si le contrat contient une ou plusieurs clauses illégales, celles-ci peuvent être retranchées du contrat, dont la validité est maintenue, à la condition qu'il n'apparaisse pas que ces clauses sont une partie essentielle du contrat. Cette sanction – la nullité partielle – est désormais codifiée à l'art. 1438 *C.c.Q.*, qui se lit comme suit :

1438. La clause qui est nulle 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.

Il en est de même de la clause qui est sans effet ou réputée non écrite.

[30] L'article 1438, en autorisant la nullité partielle du contrat, à la condition que celui-ci soit divisible, établit une règle qui s'apparente à la doctrine de la divisibilité en common law (*severance*), qui applique la technique dite du « trait de crayon bleu ». S'il est possible de supprimer la portion illégale d'un contrat sans que cette suppression ne dénature celui-ci, alors la nullité partielle est la solution adéquate.

[31] Dans *New Solutions Financial Corp. c. Transport North American Express Inc.*, une cause récente émanant de l'Ontario, mettant en cause la validité d'un prêt dont le taux d'intérêt contrevenait à l'art. 347 du *Code criminel*, la Cour suprême du Canada a statué que le tribunal devrait avoir une discrétion accrue allant au-delà de la doctrine traditionnelle de la divisibilité en common law¹⁸. Le jugement majoritaire affirme qu'un juge peut, si les circonstances s'y prêtent, appliquer la « divisibilité fictive », qui consiste à réduire la portée d'une clause illégale dans la mesure nécessaire pour la rendre légale. Il reste à voir si ce recours à la divisibilité fictive se limite aux causes portant sur une violation de l'art. 347 du *Code criminel* ou s'il est maintenant offert comme recours général en common law au Canada¹⁹.

[32] Le jugement majoritaire dans l'affaire *New Solutions* souligne le caractère artificiel de la technique du trait de crayon bleu, car la possibilité de recourir à la nullité partielle et la mesure dans laquelle le retrait de la clause illégale affectera l'équilibre des prestations des parties, dépendent dans une large mesure des hasards de la rédaction et de la forme d'expression employée dans la convention²⁰. Il faut cependant remarquer que l'introduction de la divisibilité fictive créera une nouvelle forme d'artifice, ce qui amènera probablement les tribunaux à envisager un degré d'interventionnisme encore plus élevé, soit la révision du contrat par le juge. En effet, la divisibilité fictive permet au tribunal de réduire une obligation trop onéreuse. Dans certains cas, cependant, la loi impose un seuil minimal plutôt que maximal (la législation sur les normes du travail en est un bon exemple). Ne faudrait-il pas donner au tribunal le pouvoir d'augmenter les obligations prévues par le contrat afin d'atteindre ce seuil minimal? Si on acceptait ce principe, on aurait atteint la position selon laquelle un tribunal a le pouvoir de réviser les conditions d'un contrat afin de le rendre conforme à la loi. On pourrait d'ailleurs envisager cette solution dans le contexte de la LUCI²¹.

[33] Dans *New Solutions*, la Cour suprême du Canada indique clairement qu'un tribunal peut continuer de choisir parmi une gamme de recours qui va de l'application intégrale de la doctrine de l'illégalité, ce qui empêcherait le créancier de réclamer même le remboursement du capital du prêt, à l'application de la divisibilité fictive. Pour choisir le recours approprié, la cour de common law doit prendre en considération les facteurs suivants : 1) les objectifs visés par la disposition législative, 2) la question de savoir si l'une des parties, ou les deux, ont enfreint la loi sciemment ou intentionnellement, 3) la position de négociation relative des parties et le caractère abusif du contrat à l'égard de la partie plus vulnérable, et 4) la possibilité qu'une des parties tire un profit injustifié de l'application de la doctrine de l'illégalité. Si les tribunaux adoptent la divisibilité fictive

LA NULLITÉ DES CONTRATS DANS LE DROIT QUÉBÉCOIS

comme recours possible d'application générale, ils devront prendre ces facteurs en considération. C'est également l'approche suivie par la proposition de LUCI (voir les art. 5(1)g) et 6(1)).

[34] En ce qui concerne le droit québécois, deux questions se posent à la lumière de ce qui précède. Faudrait-il modifier l'article 1438 *C.c.Q.* afin de donner aux tribunaux le pouvoir général de réduire les obligations d'une partie, voire de réviser un contrat contraire à l'ordre public? Dans quelle mesure les quatre facteurs définis par la Cour suprême dans *New Solutions* sont-ils mis en application dans le droit québécois?

[35] Même si je suis favorable à ce que les tribunaux disposent du pouvoir général de reformuler un contrat contraire à l'ordre public, il est peu probable que cette solution soit adoptée au Québec dans un proche avenir. L'approche retenue consiste à donner aux tribunaux un pouvoir général de prononcer la nullité partielle d'un contrat dont certaines clauses sont illicites, suivant une approche semblable à la technique du « trait de crayon bleu » (art. 1438 *C.c.Q.*), tout en réservant la possibilité pour les tribunaux de réduire les obligations d'une partie ou de réviser les termes du contrat à certains cas particuliers. Mon propos n'est pas d'entreprendre l'examen exhaustif de ceux-ci, mais voici quelques exemples.

[36] La clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible (art. 1437 *C.c.Q.*). Le montant de la peine stipulée en vertu d'une clause pénale peut également être réduit, que celle-ci soit insérée ou non dans un contrat de consommation ou d'adhésion (art. 1623 *C.c.Q.*).

[37] En France, les tribunaux ont longtemps exercé le pouvoir de réduire la portée de la clause de non-concurrence qui est invalide parce que trop générale. Cette solution n'a cependant pas été adoptée au Québec²². La nullité partielle est donc le seul recours disponible.

[38] L'article 2332 *C.c.Q.* stipule que dans le cas d'un prêt d'argent, le tribunal peut prononcer la nullité du contrat, ordonner la réduction des obligations qui en découlent ou, encore, réviser les modalités de leur exécution dans la mesure nécessaire pour éviter une injustice, eu égard au risque et à toutes les circonstances²³.

[39] Si on examine la façon dont les tribunaux du Québec exercent leur pouvoir d'annuler, de réduire ou de réviser une clause ou une obligation illégale, on remarque

qu'ils tendent à traiter ces recours très différemment, en fonction de la nature de la règle – à savoir si elle se rapporte à l'ordre public de protection ou de direction. Dans le premier cas, la décision du tribunal vise à corriger le déséquilibre créé par le contrat, dans la mesure nécessaire pour empêcher la partie la plus vulnérable de subir une injustice. Dans le deuxième cas, le tribunal se préoccupe davantage de promouvoir le respect de la loi par la dissuasion, ce qu'il peut faire en refusant d'ordonner la restitution en faveur d'une partie coupable, comme nous l'avons souligné plus haut²⁴.

[40] Pour conclure, les quatre facteurs que note la Cour suprême dans *New Solutions* jouent aussi un rôle dans la façon dont les tribunaux de droit civil appliqueront les recours de la nullité partielle, de la réduction d'une obligation ou de la révision du contrat, selon le cas. Cependant, la méthode suivie dépend de la distinction fondamentale que le droit civil établit entre l'ordre public de protection et l'ordre public de direction.

Conclusion

[41] Pour résumer ce qui précède, il est utile de faire la distinction entre la nullité d'un contrat et celle de l'une de ses clauses.

[42] En présence d'un contrat qui contrevient à l'ordre public, le droit civil suit la démarche suivante :

[43] Première étape – La règle d'interprétation bienveillante

La loi prescrit-elle explicitement la nullité dans ce cas?
Sinon, la nullité est-elle une sanction ou un recours adéquat?

[44] Deuxième étape – La distinction entre l'ordre public de protection et l'ordre public de direction

S'agit-il d'une nullité relative ou absolue?
S'il s'agit d'une nullité relative, la partie qui invoque la nullité est-elle justifiée de le faire?

[45] Troisième étape – La restitution, la compensation et les dommages-intérêts

Chacune des parties doit restituer en nature les avantages qu'elle a reçus en vertu du contrat.
Le tribunal ordonne la restitution par équivalent monétaire dans la mesure nécessaire pour empêcher tout enrichissement injustifié.

LA NULLITÉ DES CONTRATS DANS LE DROIT QUÉBÉCOIS

Il peut également accorder des dommages-intérêts dans certains cas.

[46] **Quatrième étape – Le refus d’ordonner la restitution en faveur d’une partie coupable**

Une partie coupable peut se voir privée de la restitution de sa prestation.

[47] Dans le cas d’une clause ou d’une obligation contraire à l’ordre public, une solution qui permet le maintien du contrat est généralement préférable à la nullité du contrat tout entier. On peut arriver à ce résultat par trois méthodes qui correspondent à des degrés croissants d’intervention judiciaire : la nullité partielle (divisibilité suivant la technique du « trait de crayon bleu »), la réduction (« divisibilité fictive ») et la révision du contrat. On peut dire qu’en common law canadienne, la réduction semble être devenu un recours d’application générale, à l’instar de la divisibilité traditionnelle. Il reste à savoir si la LUCI devrait aller encore plus loin en admettant les trois solutions et si le Québec devrait adopter une position semblable.

* Je suis très reconnaissante à Mme Maude Gagné pour son aide des plus utiles à la recherche.

¹ Le premier code civil du Québec, le *Code civil du Bas-Canada*, modelé sur le *Code Napoléon*, a été adopté en 1866. C’est dans les années 1960 qu’ont débuté les travaux visant à recodifier le droit civil du Québec. En 1977, l’Office de révision du Code civil, présidé par le professeur Paul-André Crépeau de l’Université McGill, a produit un premier projet complet de Code civil, assortie de commentaires (Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, Québec, Éditeur officiel, 1978). D’autres projets ont été produits, puis commentés par divers groupes, avant d’être retravaillés par un comité d’experts dirigé par le professeur Jean Pineau, de l’Université de Montréal, menant finalement au dépôt du projet de loi.

² Le droit de la vente s’inspire en partie de la Convention de Vienne; les règles qui régissent le droit international privé, des conventions de La Haye. Le droit des priorités et des hypothèques a été l’objet d’un remodelage substantiel à la lumière des lois sur les sûretés mobilières des autres provinces canadiennes. Le *Code civil du Québec* autorise également l’utilisation de fiducies dans un contexte commercial, alors que le *Code civil du Bas-Canada* n’autorisait la création de fiducies que dans le contexte des dons et des testaments. Dans le *Code civil du Québec*, les institutions inspirées de la common law, notamment les priorités et hypothèques, ont néanmoins été refondues dans un moule civiliste. Elles sont donc civilistes dans leur structure de base, mais elles tendent à s’aligner sur la common law dans leurs applications. Voir Québec, *Commentaires du ministre de la Justice*, Publications du Québec, 1993, vol. I, p. 748, 1083 et s.; vol. II, p. 1673 et s., 1950 et s.

³ En 1992, l’Assemblée nationale du Québec avait résolu de mettre sur pied un institut québécois de la réforme du droit ayant notamment pour mandat de conseiller le gouvernement sur les modifications à apporter au *Code civil*. Malheureusement, cet institut n’a jamais vu le jour.

⁴ La majeure partie des règles qui régissent la procédure de formation du contrat sont énoncées aux articles 1385 et s. du *C.c.Q.*

⁵ La *Loi d’interprétation*, L.R.Q., c. I-16, art. 41.3, stipule en fait que « [l]es lois prohibitives emportent nullité quoiqu’elle n’y soit pas prononcée ». Néanmoins, les tribunaux favorisent l’interprétation bienveillante : P.-G. Jobin, « Les effets du droit pénal ou administratif sur le contrat : où s’arrêtera l’ordre

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

public? » (1985) 45 *R. du B.* 655; J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2001 par J. Pineau et S. Gaudet, no 170; *Fortin c. Chrétien*, [2001] 2 R.C.S. 500, p. 511 : « bien que les art. 1411 et 1413 *C.c.Q.* fassent naître une présomption d'invalidité de l'opération juridique qui contrevient à une loi prohibitive, cette présomption peut être renversée lorsqu'il apparaît que les objectifs poursuivis par le législateur exigent que soient examinés la nature, les circonstances et les effets de cette opération juridique ». Une codification de la règle d'interprétation bienveillante permettrait de clarifier l'état du droit sur cette question.

⁶ J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1998, no 371.

⁷ M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, Cowansville, Yvon Blais, 2002, Paris, L.G.D.J., 2002 (préface de J. Ghestin).

⁸ J. Ghestin, *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat : formation*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1988, no 729 : « Au stade de la *mise en œuvre de la nullité* cette observation conduit à distinguer entre les règles dont le but est la protection de l'*intérêt général*, qui justifieront la *nullité absolue* de l'acte, et celles qui ne visent qu'à protéger un *intérêt particulier*, dont la sanction sera une *nullité relative*. » Voir aussi Pineau et Gaudet, *supra*, note 5, no 182.

⁹ *Advance Rumely Thresher Co. c. Yorga*, [1926] R.C.S. 397; *Dorsch c. Freeholders Oil Co.*, [1965] R.C.S. 670; *Pinsky c. Wass*, [1953] 1 R.C.S. 399; voir cependant *British American Oil Co. c. Kos*, [1964] R.C.S. 167.

¹⁰ La *Loi sur la protection du consommateur* contient une règle explicite à cet égard, bien qu'il incombe au commerçant de prouver que le consommateur n'a subi aucun préjudice du fait que la loi n'a pas été respectée (L.R.Q., c. P-40.1, art. 271). Voir aussi la *Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture*, L.R.Q. c. A-23.001, art. 55; la *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q. c. V-1.1, art. 222; M. Cumyn, *supra*, note 7, no 352.

¹¹ *Fortin c. Chrétien*, *supra*, note 5 ; *Garcia Transport Ltd c. Royal Trust Co.*, [1992] 2 R.C.S. 499.

Dans la plupart des cas, j'ai constaté que les textes de loi qui appellent la nullité absolue ou relative d'un contrat concordent avec la distinction établie dans le *Code civil* entre l'ordre public de direction et l'ordre public de protection. Il reste quelques cas où le choix d'imposer la nullité absolue est contestable : la *Loi sur l'enseignement privé*, L.R.Q. c. E-9.1, art. 68 et 75; la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q. c. N-1.1, art. 82, 93 et 101; la *Loi sur l'aide et l'indemnisation des victimes d'actes criminels*, L.R.Q. c. A-13.2.1, art. 21; la *Loi sur l'assurance automobile*, L.R.Q. c. A-25, art. 12.

¹² Peter Birks parle du risque d'« autodévalorisation » (*self-stultification*) : la loi, en autorisant la restitution de la valeur transférée aux termes d'un contrat illicite, adoucit l'impact de l'illégalité, ce qui contredit la réprobation qu'elle exprime devant le contrat illicite : P. Birks, « Recovering Value Transferred under an Illegal Contract », [2000] *Theoretical Inquiries in Law*, <www.bepress.com/til/default/vol1/iss1/art6>.

¹³ *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. B.D.*, [2002] R.J.Q. 54 (C.A.); *Les Amusements St-Gervais inc. c. Legault*, J.E. 2000-550 (C.A.) ; *Allard c. Socomar International (1995) inc.*, J.E. 2001-588 (C.S.) (confirmé en appel : AZ-03019587).

¹⁴ La règle s'exprime généralement sous la forme de deux maximes latines : *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (nul ne peut invoquer sa propre turpitude) et *In pari causa turpitudinis cessat repetitio* (si les deux parties sont coupables, aucune ne peut récupérer son dû). L'intention du législateur semble avoir été d'écarter l'application de cette règle à l'art. 1699, al.2 *C.c.Q.* : « [L]e principe de la restitution des prestations, applicable dans toutes les situations visées, exclut ainsi un courant jurisprudentiel qui tend à refuser aux parties le droit à la restitution ou à la remise en état lorsque l'acte en cause est immoral. Une telle tendance, qui s'appuie, entre autres, sur l'adage que nul ne peut invoquer sa

LA NULLITÉ DES CONTRATS DANS LE DROIT QUÉBÉCOIS

propre turpitude, n'a pas paru devoir être conservée, car elle conduit bien souvent à ajouter une seconde immoralité à la première, en provoquant l'enrichissement indu de l'une des parties » (Québec, *Commentaires du ministre de la Justice*, supra, note 2, vol. I, p. 1056-1057). Cela n'a pas empêché les tribunaux de continuer d'appliquer cette règle, bien que son caractère exceptionnel soit maintenant mieux reconnu, à la lumière de l'art. 1699. Voir Baudouin et Jobin, supra, note 6, no 787 ; Pineau et Gaudet, supra, note 5, no 219; V. Karim, *Les obligations*, 2^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 2002, p. 822 et s. Voir aussi la *Loi sur les produits et les équipements pétroliers*, L.R.Q., c. P.-29.1, art. 13.

¹⁵ M. Cantin Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*, Yvon Blais, Cowansville, 2000, no 339 et s.

¹⁶ *Ibid.*, no 345 et s.

¹⁷ R. Crête et S. Rousseau, *Droit des sociétés par actions : principes fondamentaux*, Montréal, Thémis, 2002, p. 226 et s. La *Loi d'interprétation*, L.R.C. c. I-21, art. 8.1, stipule que « [l]e droit civil et la common law font pareillement autorité et sont tous deux sources de droit en matière de propriété et de droits civils au Canada et, s'il est nécessaire de recourir à des règles, principes ou notions appartenant au domaine de la propriété et des droits civils en vue d'assurer l'application d'un texte dans une province, il faut, sauf règle de droit s'y opposant, avoir recours aux règles, principes et notions en vigueur dans cette province au moment de l'application du texte ». Voir aussi les art. 300, 321 et s. *C.c.Q.*, la *Loi sur les compagnies*, L.R.Q., c. C-38, art. 123.30 et 123.31, et la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. c. C-44, art. 16(3). Dans *Ville de Repentigny c. Les Habitations de la Rive-Nord inc.*, J.E. 2001-1088, la Cour d'appel a déclaré qu'un contrat dont une disposition débordait le cadre des compétences de la municipalité devait être traitée de la même façon que n'importe quel contrat qui enfreint une règle de l'ordre public.

¹⁸ 2004 R.C.S. 7 [ci-après *New Solutions*].

¹⁹ Le jugement majoritaire précise que « [v]u la souplesse qu'il est souhaitable de reconnaître aux tribunaux en matière de réparations dans les affaires d'illégalité fondées sur l'art. 347 du *Code*, et vu aussi le caractère évolutif du droit relatif aux illégalités du fait de la loi en général et les principes judiciaires sur lesquels repose ce concept, j'estime que les tribunaux peuvent, en droit, recourir à la divisibilité fictive comme réparation dans les litiges découlant de l'art. 347 » (*New Solutions*, no 5). Mais, comme le mentionne le juge Bastarache (dissident), « il n'existe aucune considération juridique ou autre raison de principe justifiant d'appliquer seulement aux taux d'intérêt criminels la nouvelle démarche à laquelle a souscrit ma collègue, en l'occurrence la divisibilité fictive. Cela signifie que d'autres clauses illégales pourraient être reformulées par les tribunaux » (*New Solutions*, no 59).

²⁰ Même s'il est vrai que la doctrine de l'illégalité est susceptible de produire des résultats imprévisibles, voire arbitraires, cela n'est pas nécessairement injuste ou indésirable, car la doctrine doit avoir pour but de promouvoir le respect de la loi par la dissuasion. Dans *New Solutions*, le taux d'intérêt applicable aux termes de l'entente de prêt s'élevait à 90,9 % par an! En appliquant la doctrine de la divisibilité fictive, la Cour suprême a réduit ce taux à 60 %, soit le taux d'intérêt maximal autorisé par le *Code criminel*. Il est indéniable que ce jugement n'aura pas le même pouvoir de dissuasion que s'il avait appliqué la doctrine traditionnelle de la divisibilité, ce qui soulève de nouveau l'argument de l'autodévalorisation (*supra*, note 12).

²¹ Voir par exemple l'*Illegal Contracts Act*, Stat. N.Z. 1970, n^o 129, art. 7(1).

²² L'art. 2089 *C.c.Q.* ne donne pas aux tribunaux le pouvoir de réduire la portée de la clause de non-concurrence d'un contrat de travail, contrairement à une version antérieure : Pineau, et Gaudet, supra, note 5, no 135. Cette solution avait déjà été rejetée par la Cour suprême dans l'affaire *Cameron c. Canadian Factors*, [1971] R.C.S. 148, malgré les solides arguments présentés par le juge Pigeon (dissident). Il reste à voir, dans les cas où les art. 1437 et 2089 *C.c.Q.* sont tous les deux applicables, lequel des deux aura la préséance.

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

²³ On trouve aussi des exemples dans d'autres lois, dont la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q. c. P-40.1, art. 8 et 272; et la *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q. c. V-1.1, art. 214 et s.

²⁴ Ainsi, les approches adoptées diffèrent dans l'application de l'art. 347 du *Code criminel*, qui relève de l'ordre public de direction et de l'art. 2332 *C.c.Q.*, qui relève de l'ordre public de protection.