

Consolidation et rupture: les ambiguïtés de la réforme des contrats nommés

Pierre Legrand jr.

Volume 30, Number 4, 1989

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042985ar>
DOI: <https://doi.org/10.7202/042985ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Legrand jr., P. (1989). Consolidation et rupture: les ambiguïtés de la réforme des contrats nommés. *Les Cahiers de droit*, 30(4), 867–908.
<https://doi.org/10.7202/042985ar>

Article abstract

As it appears from the reform on the law of obligations proposed by the Québec Legislature, nominate contracts are called upon to play a central role in contemporary private law. The relevant provisions purport for the most part to consolidate existing solutions. Thus the reform advocates an increased publicization of private law, the Legislature thereby stressing the themes of contractual solidarity and objectivation of the contract. This phenomenon is accompanied by an accentuated fragmentation of the law of contracts into eighteen separate compartments. It is, however, as regards the formulation of the reform that the break with the civilian tradition is most acutely felt. Both on account of the style, borrowed from the common law tradition, and of the language, opaque and incoherent, the Legislature is casting a doubt on the credibility of its own efforts of codification.

Consolidation et rupture : les ambiguïtés de la réforme des contrats nommés

Pierre LEGRAND jr *

Les contrats nommés occupent, avec la réforme du droit des obligations que nous propose le législateur québécois, une place de choix en droit privé contemporain. Le droit positif qui est mis de l'avant fait, pour l'essentiel, œuvre de consolidation. L'on note ainsi un mouvement de publicisation accru du droit privé, le législateur reprenant à cet égard les thèmes de la solidarité contractuelle et de l'objectivation du contrat. Ce phénomène se double d'une atomisation prononcée du droit des contrats, la matière de ceux-ci se voyant divisée en dix-huit blocs étanches. Il demeure que c'est cependant sur le plan de l'expression de la réforme que les ruptures avec la tradition civiliste sont les plus fortement ressenties. Tant en raison du style, emprunté à la tradition de common law que de la langue, opaque et incohérente, le législateur met en danger la crédibilité même de son entreprise de codification.

As it appears from the reform on the law of obligations proposed by the Québec Legislature, nominate contracts are called upon to play a central role in contemporary private law. The relevant provisions purport for the most part to consolidate existing solutions. Thus the reform advocates an increased publicization of private law, the Legislature thereby stressing the themes of contractual solidarity and objectivation of the contract. This phenomenon is accompanied by an accentuated fragmentation of the law of contracts into eighteen separate compartments. It is, however, as regards the formulation of the reform that the break with the civilian tradition is most acutely felt. Both

* Professeur, Faculté de droit, Université d'Ottawa. Les références sont à jour au 15 mai 1989.

on account of the style, borrowed from the common law tradition, and of the language, opaque and incoherent, the Legislature is casting a doubt on the credibility of its own efforts of codification.

	<i>Pages</i>
1. Le contenu de la réforme : consolidation	872
1.1. La publicisation du contrat	873
1.2. L'atomisation du contrat	884
2. L'expression de la réforme : rupture	887
2.1. Les superfétations de la codification	888
2.2. La « malfrancisation » de la codification	899
Conclusion	903

On n'eut pas convié un juriste romain à s'adonner à l'exercice auquel nous nous livrons en faisant état des réflexions que nous suggère la lecture de l'Avant-projet de *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations* en matière de contrats nommés¹. Pour un juriste romain, il eut été, en effet, impensable d'offrir un commentaire sur l'ensemble du droit des contrats, voire sur un groupe de contrats déterminé². Ainsi se profile une distinction entre l'époque romaine et l'époque contemporaine. Mais il convient d'apercevoir également un parallèle entre ces deux périodes. Comme il le faisait en matière de délits civils, le droit romain avait mis l'accent sur les types individuels de contrats³. Le comparatiste Alan Watson parle de l'« effet de bloc » ainsi créé⁴. Parce que le « bloc » de règles apparaît comme le type institutionnel en droit romain, il en découle une prédominance marquée du

1. Voir Avant-projet de *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, déposé à l'Assemblée nationale le 23 décembre 1987, tit. II, art. 1756-2716 [ci-après : Avant-projet de Loi].

2. Voir Alan WATSON, *The Making of the Civil Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1981, p. 17.

3. Voir généralement Paul F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd. par Félix Senn, Paris, Rousseau, 1929, t. I, p. 461-610 et t. II, p. 611-47.

4. Voir WATSON, *supra*, note 2, p. 16-17 et généralement, p. 14-22.

contrat nommé⁵. Comme l'écrit Watson, « [e]ach individual type of contract, such as stipulation, loan for use, or loan for consumption, sale, hire, or mandate, [has] its own *sui generis* body of rules »⁶. S'agissant du droit romain, on ne traite donc pas d'un droit *du* contrat mais bien d'un droit *des* contrats. Dans cette affirmation d'une théorie des contrats individuels aux dépens d'une théorie générale du contrat paraît résider le parallèle avec notre époque.

À l'ère classique, les contrats nommés avaient moins d'importance, ce qui s'explique par la large place qui était alors faite à la liberté contractuelle⁷. Ainsi que l'écrivent Philippe Malaurie et Laurent Aynes, le régime des contrats nommés ne présente alors, pour les juges comme pour les parties, qu'un « intérêt secondaire, de pure commodité »⁸. Aujourd'hui, comme la liberté contractuelle se réduit peu à peu à une peau de chagrin, les contrats nommés jouent à nouveau — ainsi qu'en droit romain — un rôle primordial en droit privé. Qu'on juge plutôt de l'ampleur de cette renaissance. Des 1467 articles de la réforme que nous propose le législateur québécois, 960 se rapportent au « grand aggiornamento des contrats [nommés] »⁹. Du Livre cinquième du *Code civil du Québec* en devenir, consacré au droit des obligations, le titre deuxième, dévolu à la matière des contrats nommés, représente ainsi plus de 65 %. Ce titre se divise à son tour en dix-huit chapitres — en dix-huit « blocs » de règles, dirait-on dans les meilleures traditions du droit romain — lesquels portent sur autant de contrats distincts¹⁰. Ces « blocs » de règles sont, à l'image du droit romain des contrats, indépendants et auto-suffisants¹¹. Ils recourent, pour l'essentiel, la matière contenue aux titres cinquième à quinzième du Livre troisième du *Code civil du Bas Canada* — dévolus principalement aux contrats civils — de même qu'aux titres

5. Le grand intérêt de la matière des contrats nommés à l'époque romaine est souligné par Gabriel LEPOINTE, *Les obligations en droit romain*, Paris, Domat Montchrestien, 1955, p. 65 ; Paul OURLIAC et Jehan de MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, t. I : *Les obligations*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1969, n° 13, p. 26-27. Voir aussi Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Cours de droit civil* [...] *Les contrats spéciaux*, 2^e éd., Paris, Cujas, 1988, n° 29, p. 30 ; Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil*, t. II : *Les obligations* [...] *Le contrat : formation*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1988, n° 23, p. 15.

6. WATSON, *supra*, note 2, p. 17.

7. Voir GHESTIN, *supra*, note 5, n° 23, p. 15 et n° 39, p. 28.

8. MALAURIE et AYNES, *supra*, note 5, n° 29, p. 30.

9. Philippe RÉMY, « La jurisprudence des contrats spéciaux », dans *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Paris, Presses universitaires de France, 1986, p. 109.

10. Au fait, le nombre de contrats envisagés au titre deuxième de l'Avant-projet est plus élevé encore. Ainsi le chapitre consacré à la vente se termine par un examen de divers contrats assimilés tels l'échange (art. 1854–1857), la dation en paiement (art. 1858–1860) et le bail à rente (art. 1861–1864).

11. Voir WATSON, *supra*, note 2, p. 18-19.

troisième à sixième du Livre quatrième, portant sur les contrats commerciaux y inclus le contrat d'assurance ¹².

Il faut bien voir que ce titre consacré aux contrats nommés que l'on retrouve à l'Avant-projet de Loi n'est pas présenté de façon désarticulée. Plutôt, il s'intègre à un ensemble, dénommé « Code civil », instrument par excellence de la mise en lumière d'une théorie positiviste et séculière du droit. Et en tant qu'il s'harmonise au Code, le titre des contrats nommés en illustre de façon prééminente les traits saillants. L'une de ces caractéristiques concerne l'alignement du style législatif du Code civil que nous propose le législateur québécois sur celui des systèmes juridiques de common law, lequel n'avait jamais été aussi marqué. Certes, « [l]a pureté du droit civil québécois est une fiction » ¹³. Mais, à ce jour, l'infléchissement du Code civil vers la tradition de common law n'avait pas porté le phénomène d'« acculturation juridique » aussi loin ¹⁴. Le « métissage » ¹⁵ qui nous est proposé se rapproche en effet des lois anglaises ou encore de la législation des provinces anglo-canadiennes ; l'Avant-projet n'est pas non plus sans rappeler la facture des *Restatements* américains.

Si le code civil allemand de 1900 représente la victoire de l'université et le code civil français de 1804 celle du prétoire ¹⁶, l'Avant-projet qui nous est offert illustre le triomphe du technocrate et de sa prose. Il tranche en cela avec le projet de réforme déposé par l'Office de révision du Code civil en 1978 auquel la bureaucratie a jugé à propos d'opérer ce qui paraît bien être d'irrémissibles mutilations. À considérer l'Avant-projet à la lumière du projet de réforme de 1978, il est loisible d'observer combien les bureaucrates ont travaillé à « mettre en morceaux ce qui permettait le jeu consolant des reconnaissances » ¹⁷.

Faut-il s'inquiéter de cet état de choses ? Il convient de répondre par l'affirmative. Non pas parce que la codification caractériserait le droit civil. Comme on le sait, c'est l'un des poncifs de l'étude comparative du droit que

12. Cette division prévalant dans le *Code civil du Bas Canada* ne paraît d'ailleurs pas étanche puisqu'on y retrouve au titre onzième du Livre troisième, par exemple, le contrat de société.

13. Maurice TANCELIN, « Comment un droit peut-il être mixte ? », dans Frederick P. Walton, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas Canada*, Toronto, Butterworths, 1980, p. 25.

14. Henri LÉVY-BRUHL, *Sociologie juridique*, 5^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1976, p. 117-19 ; Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1978, nos 13-15, p. 235-46.

15. CARBONNIER, *id.*, n° 15, p. 241-42.

16. Il s'agit du *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) et du Code Napoléon.

17. Michel FOUCAULT, « Nietzsche, la généalogie, l'histoire », dans *Hommage à Jean Hyppolite*, Paris, Presses universitaires de France, 1971, p. 160.

d'affirmer qu'un code est de l'essence d'un système de droit civil. Or, il importe de faire justice à cette idée puisque le phénomène de codification n'est tout simplement pas la marque du droit civil¹⁸. Par exemple, avant que le Code Napoléon n'entre en vigueur, le droit français était tout de même un droit civil. Par ailleurs, on retrouve des *Civil Codes* en Californie et dans l'État de New York, juridictions de common law s'il en est. Et l'on sait des civilistes tout à fait authentiques, dont von Savigny offre peut-être le plus beau cas, qui n'ont pas cru aux mérites de la codification¹⁹.

Pourquoi, dès lors, s'attarder à la forme du Code? Plutôt parce que, dans sa forme actuelle, le *Code civil du Québec* apparaît, de façon tout à fait inquiétante, comme un véritable codage. Il est un lieu commun d'affirmer que la mise en textes du droit doit suggérer son accessibilité. Depuis les temps les plus anciens, le phénomène de rédaction permettrait en effet que le droit soit connu des justiciables. En outre, l'écrit opérerait comme un frein aux interprètes du droit, qu'ils soient avocats ou juges. Mais il convient de débusquer ce mythe et de bien voir qu'un écrit tel le Code civil, non seulement sert l'exercice du pouvoir, mais constitue finalement cet exercice même²⁰. La mise en textes du droit entraîne un voilement de la règle de droit de nature à frustrer le motif démocratique derrière le droit écrit. Il y a assujettissement du justiciable par le simple fait du caractère occulte du texte, la pratique interprétative traitant celui-ci comme une synthèse d'information plus ou moins cryptique. En d'autres termes, l'écriture crée un besoin d'interprètes. Aussi note-t-on qu'une constante historique du droit écrit a été sa protection

18. Voir par exemple WATSON, *supra*, note 2, p. 3; John H. MERRYMAN, *The Civil Law Tradition*, 2^e éd., Stanford, Stanford University Press, 1985, p. 26. Cette même idée était déjà vigoureusement exprimée par Frederick H. LAWSON, *A Common Lawyer Looks at the Civil Law*, Westport (Conn.), Greenwood Press, 1977, p. 47 [réimpr. de l'édition originale de 1953].

19. Ce qui est vrai, et qui transcende l'objet de notre discussion, c'est qu'un code civil joue un rôle tout à fait central dans une culture civiliste comme source ultime de la légitimité autour de laquelle toutes les autres activités doivent s'organiser. Et ceci demeure malgré le fait que le temps soit révolu où un professeur pouvait affirmer — comme, dit-on, l'aurait fait Bugnet — que, ne connaissant rien du droit civil, il n'enseignait que le Code civil. Quoique l'attitude des tribunaux, de nos jours, nous démontre bien que la codification n'est pas la seule source de droit, il n'en reste pas moins qu'une codification exprime, dans un système de droit civil, une idéologie sous-jacente. C'est en ce sens que le Code conserve sa primauté dans le système juridique, les sources interprétatives secondaires devant s'y rattacher et y puiser leur légitimité. En ce sens, le Code civil français se distingue des *Civil Codes* californien et new-yorkais. Voir généralement MERRYMAN, *id.*, p. 26–33; Peter GOODRICH, *Reading the Law*, Oxford, Basil Blackwell, 1986, p. 37–40.

20. Voir par exemple André GLUCKSMANN, *Les maîtres penseurs*, Paris, Grasset, 1980, p. 37–70.

par des classes d'interprètes professionnels²¹. C'est ainsi que Michel Foucault a pu parler d'un véritable « pouvoir » de l'écrit²².

L'on peut penser dès lors qu'une accentuation de l'hermétisme a pour effet de privilégier les chasses gardées de l'oligarchie en place, de maintenir tissée serrée la nasse du corporatisme. La maîtrise du Code devient un symbole qui confère une supériorité sociale. Ainsi une codification comme celle qui nous est proposée éloigne le droit des gens — quand on prétendait l'en rapprocher — et le rend plus ou moins caché²³. Jacques Derrida a pu écrire qu'il n'y a pas de grands-prêtres sans hiéroglyphes non plus que d'hiéroglyphes sans une pratique de la prêtrise qui soit bien portante²⁴. On assiste à la « dépossession de l'individu par la technique ; car le droit est une technique »²⁵. Pour ces raisons, la forme du Code civil doit, elle aussi, se faire objet de réflexion.

Comme l'a écrit Voltaire, « [i]l y a toujours un sens dans lequel on peut condamner un écrit, et un sens dans lequel on peut l'approuver »²⁶. Étant entendu que la généralisation est une dangereuse nécessité, nous choisissons, dans l'ensemble, d'approuver sur le fond et de sanctionner sur la forme. En d'autres termes, nous choisissons d'approuver la consolidation (1) et de sanctionner la rupture (2).

1. Le contenu de la réforme : consolidation

Le droit positif qui est mis de l'avant par le législateur au titre des contrats nommés fait, pour l'essentiel, œuvre de consolidation. Le législateur réitère, en reprenant les thèmes de la solidarité contractuelle et de l'objectivation du contrat, son attachement à l'édification d'un ordre public économique et social de protection, lequel a comme objectif de protéger le faible, c'est-à-dire, principalement, le demandeur de produits mobiliers ou de services et le demandeur de logement²⁷. Ici comme ailleurs, la généralisation est toutefois périlleuse et l'on constate que le contenu de la réforme est également l'occasion d'innovations voire de césures conceptuelles. Ce mouvement de

21. Voir généralement GOODRICH, *supra*, note 19, p. 21-32.

22. Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975, p. 185-96, *passim*.

23. Voir GOODRICH, *supra*, note 19, p. 27.

24. Voir Jacques DERRIDA, « Scribble (writing-power) », (1979) 58 *Yale French Studies* 117, p. 125.

25. Jean CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Paris, Defrénois, 1979, p. 274.

26. VOLTAIRE, « Préface du poème sur "Le désastre de Lisbonne" », sous la direction de Louis Moland, *Œuvres complètes de Voltaire*, t. IX, Paris, Garnier, 1877, p. 466.

27. Voir généralement GHESTIN, *supra*, note 5, nos 122 à 128-4, p. 114-21.

publicisation accrue du contrat (1.1) se double d'un phénomène d'atomisation (1.2). Intégrant à la codification des contrats nommés qu'il propose un ensemble d'« extravagantes »²⁸, le législateur n'en procède pas moins à une parcellisation du droit des contrats, divisant la matière de ceux-ci en dix-huit « blocs » étanches. L'on imagine facilement l'importance qu'acquiert, dans ce contexte, l'entreprise de qualification.

1.1. La publicisation du contrat

Le fait de la publicisation du contrat soulève la problématique des causes de l'intervention législative, lesquelles paraissent, d'emblée, difficiles à scruter, voire carrément insondables. Ainsi que le souligne Philippe Rémy, « [l]e grouillement contemporain des contrats [nommés] fait d'abord apercevoir le désordre »²⁹. Dans certains cas, bien sûr, la création n'est qu'apparente puisque le législateur se borne parfois à codifier une pratique déjà très répandue. Il en va ainsi, par exemple, du contrat de crédit-bail³⁰. À d'autres égards, il est franchement question pour le législateur d'insérer dans la codification du droit nouveau. Qu'on songe notamment au contrat de transport. Certes, le *Code civil du Bas Canada* discute la question du « transport des passagers par bâtiment marchand » dans le cadre d'un titre du Livre quatrième dévolu aux « lois commerciales »³¹. L'Avant-projet de Loi institue, quant à lui, un nouveau contrat nommé en vertu duquel il propose de réglementer, dans une première partie, l'organisation des principes généraux tels les droits et obligations des parties puis, dans une seconde partie, les règles particulières au transport maritime de biens³².

Comment, dès lors, s'y retrouver ? Pourquoi la réglementation de tel contrat et non de tel autre ? Pourquoi, globalement, une réglementation si touffue ? S'agit-il de régir les contrats les plus fréquents afin de faciliter leurs transactions aux parties ? Jacques Ghestin voit, en effet, dans la prolifération des contrats nommés un développement qui « [t]raduit [t] l'existence d'un important besoin de la pratique »³³. Pierre Hébraud, pour sa part, rappelle que les types principaux de contrats satisfont aux « besoins essentiels de

28. Jean CARBONNIER, « Introduction », dans *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Paris, Presses universitaires de France, 1986, p. 31. L'auteur parle de l'émergence d'« extravagantes », c'est-à-dire de lois non intégrées à la codification, comme illustrant un phénomène de « décodification ».

29. RÉMY, *supra*, note 9, p. 110.

30. Avant-projet de Loi, art. 1903-1909.

31. Art. 2461-67 du *Code civil du Bas Canada*.

32. Avant-projet de Loi, art. 2088-2143.

33. GHESTIN, *supra*, note 5, n° 23, p. 16.

l'homme et de la vie en société »³⁴. S'agit-il, encore, de réglementer ces contrats dans le cadre desquels l'ordre public de protection risque d'être le plus sérieusement interrogé? C'est du moins ce qu'avance Philippe Jestaz qui, se référant à un législateur qui « cherche à lancer des produits » en créant des « modèles de contrats »³⁵, retient chez lui un désir de « canaliser les débordements de la prospérité, pour redresser des pratiques considérées comme dangereuses »³⁶.

En tout état de cause, il faut bien constater que les origines de la publicisation du droit privé, et donc du contrat, ne sont pas récentes. Dès la fin du dix-neuvième siècle, le juriste français Charles Beudant remarquait « la propension [...] à faire prédominer [...] l'action de l'État sur l'initiative individuelle »³⁷. Le phénomène même du contrat nommé, dont on a pu souligner les origines reculées³⁸, constitue, au demeurant, une entorse au principe de la liberté contractuelle. Il y a déjà là, en effet, pénétration de cette « sphère privée », traditionnellement réservée aux parties, dont traite le philosophe allemand Friedrich von Hayek³⁹. Pénétration relativement discrète, certes, dans la mesure où, ainsi qu'à l'ère classique, « les règles spéciales à chaque type de contrat n[ont] qu'une portée relativement réduite en raison de leur caractère supplétif »⁴⁰, ce dont témoigne, par exemple, le Code Napoléon. Pénétration notablement plus marquée toutefois lorsque, comme en droit contemporain, les dispositions mises de l'avant par le législateur sont bien souvent à caractère impératif. N'est-ce pas « [l]a meilleure façon de lancer un produit [que] de le rendre obligatoire »⁴¹? Cette « détermination

34. Pierre HÉBRAUD, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », dans *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, p. 435. L'auteur voit d'ailleurs là la raison même de ce qu'il identifie comme la « stabilité et [l']universalité relatives » de ces contrats, lesquelles, ajoute-t-il, « seraient surprenantes si le contrat était tout entier issu d'une volonté aux possibilités indéfiniment diversifiées et renouvelées ».

35. Philippe JESTAZ, « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », dans *L'évolution contemporaine en droit des contrats*, Paris, Presses universitaires de France, 1986, p. 118.

36. *Id.*

37. Charles BEUDANT, *Le droit individuel et l'État*, 2^e éd., Paris, Rousseau, 1891, p. 1. Voir aussi René SAVATIER, *Du droit civil au droit public*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1950; Georges RIPERT, *Le déclin du droit*, Paris, L.G.D.J., 1949, nos 11-20, p. 37-66; et plus récemment Jean-Louis BAUDOIN, « Codification : méthode législative », dans *Codification : valeurs et langage*, Québec, Conseil de la langue française, 1985, p. 55-57.

38. Voir *supra*, texte accompagnant notes 3-6.

39. Friedrich A. VON HAYEK, *The Constitution of Liberty*, Chicago, University of Chicago Press, 1960, p. 139-40.

40. GHESTIN, *supra*, note 5, n° 91, p. 82.

41. JESTAZ, *supra*, note 35, p. 118.

autoritaire du contenu du contrat », identifiée par Jacques Ghestin⁴², se fait à ce point sentir que cet auteur a pu constater qu'entre les contrats individuels innomés et la théorie générale du contrat s'insérait une véritable « législation des contrats [nommés] »⁴³. Dans les mots de Philippe Jestaz :

Le contrat n'est plus un espace de volonté libre offert à l'esprit créateur des parties. Mais chaque contrat tend à devenir un espace de forme stricte, conçu, voire imposé par le législateur, et qui condamne ou absout, au demeurant doté autoritairement d'un équilibre artificiel.⁴⁴

C'est que cette publicisation du contrat dont nous traitons est orientée. Il y a, pourrait-on dire, toujours avec Philippe Jestaz, « prolifération du social »⁴⁵. L'on note, en effet, « une véritable tendance, qui cherche à plaquer sur l'économie de marché une superstructure socialisante ou peut-être une idéologie du juste prix »⁴⁶. Divers exemples, parmi de nombreux autres que l'on pourrait recenser, peuvent être offerts de ce paternalisme (ou, si l'on préfère, « maternalisme ») impératif. Considérons d'abord le contrat de vente, dont le tribun Grenier a pu dire que « [c]'est la convention qui donne le plus de prise aux moyens de se tromper, qu'un intérêt sordide ne suggère que trop souvent » et dont il ajoutait que « [s]on organisation est donc l'un des objets les plus importants qui puissent être offerts à l'attention du législateur »⁴⁷. Ainsi aux articles 1794 à 1804 se voient introduites dans le droit commun de la vente des dispositions sur la vente à tempérament qui avaient été jusque-là confinées au cadre du contrat de consommation. Toujours dans le domaine de la vente, l'Avant-projet de Loi est à l'effet que tout vice affectant le bien qui serait apparent aux yeux d'un expert mais qui ne l'est pas pour l'acheteur diligent fait l'objet de la « garantie de qualité » du vendeur puisqu'aucune obligation n'est faite à l'acheteur de recourir aux services d'un expert. La portée de cette garantie de qualité, prévue à l'article 1774, paraît dès lors très large et semble vouloir profiter toujours plus à l'acheteur à mesure qu'il se révèle davantage néophyte en la matière.

Par ailleurs, dans le contrat de louage, l'on note une transposition aux baux commerciaux du régime de propriété résidentielle que l'on retrouve à l'article 1664.4 du *Code civil du Bas Canada*. L'article 1921 fait ainsi état

42. GHESTIN, *supra*, note 5, p. 128.

43. *Id.*, n° 91, p. 82.

44. JESTAZ, *supra*, note 35, p. 134.

45. *Id.*, p. 128.

46. *Id.*, p. 133-34.

47. GRENIER, sous la direction de Pierre Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, Paris, Au Dépôt, 1827, p. 181. Voir généralement, sur l'Avant-projet de Loi en matière de vente, Jacques DESLAURIERS, « Commentaires sur les propositions concernant la vente », (1988) 29 *C. de D.* 931.

d'une interdiction de toute clause en vertu de laquelle le locataire assumerait la responsabilité du préjudice causé sans sa faute au bien loué. En matière de contrat de transport, le législateur, ne s'écartant toutefois pas en cela du droit existant, tient le transporteur à une obligation rigoureuse, communément qualifiée d'« obligation de résultat »⁴⁸, tant en matière de transport de personnes (y inclus les objets et bagages confiés au transporteur) que de transport de biens⁴⁹.

L'article 2166 de l'Avant-projet de Loi, eu égard au contrat d'œuvre, offre encore une illustration de l'orientation sous-jacente à l'intervention législative qui nous occupe⁵⁰. Aux termes de cette disposition, le professionnel qui subit un préjudice lui résultant de l'utilisation d'un bien fourni par le client en est responsable s'il n'a pas informé le client du défaut recélé par le bien. L'on se demande pourquoi cette responsabilité pour défaut n'est pas celle du client lui-même en vertu de sa qualité de propriétaire du bien. Il semble en outre particulièrement onéreux d'imputer au professionnel une telle responsabilité lorsque le défaut du bien est caché.

Il est une autre instance de protection impérative du justiciable qu'il convient de mentionner, soit l'obligation de renseignement incombant au professionnel partie au contrat d'œuvre. Le législateur exige du professionnel qu'il communique à son client « toutes les informations nécessaires ou utiles relativement au contrat »⁵¹. Ceci impliquerait notamment, comme en témoigne le texte de l'article pertinent, que soient transmises au client toutes précisions quant aux différentes phases du travail à exécuter et quant aux matériaux requis et que lui soit communiquée la teneur des dispositions de l'Avant-projet se rapportant à ses droits en matière de contrat d'œuvre⁵². Le fardeau de démontrer qu'il a été satisfait à cette obligation incombe au professionnel lui-même⁵³. Le législateur n'opère-t-il pas ici une surprotection du client? D'une part, l'on s'étonne que le fardeau de démontrer l'adéquation de l'information ne repose pas sur les épaules du client. En effet, il nous paraît que c'est ce dernier qui est le mieux placé pour établir la non-pertinence des informations reçues dans la mesure où celles-ci demeurent, à tout le moins dans une certaine mesure, tributaires de son état d'esprit et de ses connaissances.

48. Voir, pour quelques réflexions terminologiques, notre étude, « Des hauts et des bas du droit des obligations qui s'écrit », (1984) 15 *R.G.D.* 181, p. 189-91 [chronique bibliographique sur Jean-Louis BAUDOIN, *Les obligations*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1983].

49. Avant-projet de Loi, art. 2096, 2097 et 2109. Dans le cas du transport de biens, une constatation par écrit est en outre exigée : art. 2100.

50. Le contrat d'œuvre est défini à l'Avant-projet de Loi, art. 2158. Cet article précise en outre le sens à prêter au terme « professionnel ».

51. Avant-projet de Loi, art. 2162, par. 1.

52. Avant-projet de Loi, art. 2162, par. 1-2.

53. Avant-projet de Loi, art. 2162, par. 3.

D'autre part, l'on peut croire que la portée de l'obligation de renseignement prévue à l'Avant-projet est trop large. Dans un souci de juste répartition des responsabilités entre les parties au contrat, il nous semble approprié de confiner l'obligation de renseignement du professionnel aux faits qui, se rapportant à l'objet même du contrat, sont, à la connaissance du professionnel, de nature à influencer sur la décision du client de conclure le contrat dans les termes qui lui sont proposés. Quant aux autres circonstances, le client aurait ainsi l'obligation de *se renseigner*⁵⁴.

Les obligations de renseignement entérinées par la réforme qui nous est proposée ne s'arrêtent cependant pas là. Ainsi l'article 2416 de l'Avant-projet de Loi, au chapitre du cautionnement, impute une obligation de renseignement du créancier à la caution eu égard à « tout renseignement utile sur l'obligation principale et son exécution, ainsi que sur les faits qu'il connaît et qui peuvent porter préjudice à la caution »⁵⁵. Aux termes de l'article 2426, au paragraphe 2, il n'est pas permis à la caution de renoncer à l'avance à son droit au renseignement. S'agissant du contrat d'assurance, l'article 2478, au paragraphe 2, fait obligation à l'assureur de poser des « questions spécifiques au preneur sur les circonstances reliées au risque qu'il estime importantes ». Cette disposition fait office de dérogation majeure au premier paragraphe du même article, lequel impose au preneur et à l'assuré de « déclarer toutes les circonstances connues de lui qui sont de nature à influencer de façon importante un assureur dans l'établissement de la prime, l'appréciation du risque ou la décision de l'accepter ». L'on a pu suggérer que l'obligation de l'assuré était dès lors à toutes fins utiles limitée à l'obligation de répondre aux questions de l'assureur⁵⁶. Si tel est le cas, et reconnaissant que l'assureur transige avec un courtier plutôt qu'avec l'assuré lui-même et qu'il ne peut en outre guère prétendre à une expertise dans l'ensemble des sphères de l'activité humaine, n'est-ce pas là imposer un fardeau par trop onéreux à l'assureur⁵⁷ ?

D'autres solutions retenues dans le domaine de l'assurance se révèlent être nettement destinées à favoriser le client plutôt que son assureur. En cas de cession du contrat d'assurance de biens, l'assureur se voit ainsi imposer une obligation de contracter. S'il est vrai que l'assureur pourra éventuellement faire procéder à une résiliation du contrat, il demeure que celui-ci n'a pas, à

54. Voir notre étude, « Pre-Contractual Disclosure and Information : English and French Law Compared », (1986) 6 *Oxford J. Leg. Stud.* 322, p. 338-39.

55. Ces renseignements sont fournis à la demande de la caution : voir Avant-projet de Loi, art. 2416.

56. Voir BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire sur l'Avant-projet de Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations* [...] *De la rente et des assurances*, 1988, p. 30-31.

57. Voir *id.*, p. 31.

l'origine, le choix de son assuré⁵⁸. C'est précisément cette situation de contrainte pour l'assureur qu'avait expressément voulu éviter l'Office de révision du Code civil en invoquant le caractère *intuitu personae* du contrat d'assurance⁵⁹. L'article 2573 empêche, pour sa part, l'assureur d'opposer au tiers lésé les exceptions qu'il aurait pu faire valoir contre l'assuré relativement à des faits survenus après le sinistre. L'assureur doit, à cet égard, se rabattre sur une action récursoire contre son assuré.

Ce rapide panorama omet de mentionner qu'il y a, par contre, dans l'Avant-projet, des articles qui détonnent, n'allant pas aussi loin qu'on l'eut voulu dans la protection offerte au demandeur de produits mobiliers ou de services. Il en est ainsi, par exemple, de l'article 1776 qui, en matière de vente, traite du bon fonctionnement du bien. Cette disposition prévoit une garantie contre les vices survenus prématurément par rapport à des biens identiques, que ces défauts se soient révélés antérieurement ou postérieurement à la date du contrat de vente. Vu l'arrêt *Kravitz*⁶⁰, il est toutefois étonnant que le législateur n'ait pas jugé à propos d'imputer cette responsabilité, non seulement au vendeur professionnel, mais aussi au fabricant, au fournisseur et au distributeur. Pourquoi, par ailleurs, s'agissant de dépôt hôtelier, limiter, comme le font les articles 2367 et 2368 de l'Avant-projet de Loi, la responsabilité de l'hôtelier à un multiple pré-déterminé du prix de la chambre⁶¹ ?

Au-delà de l'édiction de droit substantif impératif, le formalisme institutionnalisé s'offre comme une autre forme d'intervention de l'État, c'est-à-dire une autre technique de protection. Or, le législateur fait largement usage des formes à l'Avant-projet⁶². Encore convient-il de ne pas pécher par excès. Si l'on applaudit à l'initiative du législateur qui élimine la forme notariée en matière de donation de créance ou de droit personnel, l'on regrette qu'il choisisse de maintenir cette exigence eu égard à la donation immobilière ainsi qu'en fait foi l'article 1883. Nous pouvons comprendre et n'avons aucune peine à endosser le souci du législateur qui cherche à protéger le justiciable

58. Avant-projet de Loi, art. 2546. Voir généralement Claude BELLEAU, « Le droit nouveau proposé en matière d'assurance terrestre », (1988) 29 C. de D. 1037, p. 1052-53.

59. Voir OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, t. II: *Commentaires*, vol. 2, Québec, Éditeur officiel, 1978, p. 798 *sub* art. 972 et 973.

60. Voir *General Motors Products of Canada Ltd. c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790.

61. La responsabilité de l'hôtelier est fixée à dix fois le prix de la chambre au cas de perte ou de détérioration des effets personnels ou bagages. Quant aux biens qui lui sont confiés, sa responsabilité s'accroît à cinquante fois le prix de la chambre.

62. Voir par exemple Avant-projet de Loi, art. 1804 (vente à tempérament), 1839 et 1840 (contrat préliminaire à la vente d'immeuble résidentiel), 1841 à 1843 (circulaire en matière de vente d'immeuble résidentiel), 1954 (bail d'un logement), 2100 (contrat de transport d'un bien) et 2713 (convention d'arbitrage).

prêt à s'engager dans une transaction d'importance. Mais nous comprenons mal que l'atteinte de cet objectif doive passer par le maintien en place de privilèges corporatistes désuets, conférant à une certaine oligarchie l'exclusivité dans la préparation de certains actes. Il nous paraît que la protection désirée pourrait être obtenue par le biais d'un formalisme qui exigerait tout simplement que la donation d'un bien immobilier soit constatée par écrit. Dans la mesure où il est possible, par le recours au formalisme, d'éveiller l'attention des parties en leur assurant un délai de réflexion avant l'accomplissement de la solennité⁶³, la constatation par écrit suffit amplement pour atteindre cette fin. La reconnaissance d'une obligation de conseil à la charge du notaire, dont celui-ci ne peut, du reste, en rien revendiquer le monopole, n'autorise pas davantage l'exigence de la forme notariée.

Malgré les doutes exprimés à ce sujet par la Cour suprême du Canada dans son arrêt *Dolphin Delivery*⁶⁴, l'État, ce n'est toutefois pas que le législateur mais c'est en outre le judiciaire. La publicisation des contrats nommés passe ainsi, également, par l'octroi d'un pouvoir d'intervention accru au juge. En matière de louage, l'article 1965 de l'Avant-projet de Loi autorise la clause de réajustement de loyer dans les cas où la durée du bail excède douze mois. L'article 2009 permet toutefois aux parties de s'adresser au tribunal pour faire réviser le caractère excessif ou insuffisant du réajustement. Un pouvoir est ainsi conféré aux tribunaux de réaménager le contrat. Une autre instance de ce phénomène est offerte par le texte de l'article 2402 relatif au contrat de prêt. Ici encore, le juge peut intervenir et procéder à une révision du contrat lorsque les circonstances le justifient. Il est du plus haut intérêt de noter que le droit proposé accepte donc, et ce, au contraire de ce qui est généralement perçu, que la révision du contrat peut se faire tout aussi nécessaire en matière commerciale que dans le domaine des contrats non commerciaux. La doctrine de la réfaction du contrat, depuis longtemps reçue en droit français, nous montre d'ailleurs qu'il est possible de concilier les impératifs de sécurité et de justice contractuelles⁶⁵.

63. Voir par exemple William C. WHITFORD, «The Functions of Disclosure Regulation in Consumer Transactions», [1973] *Wisc. L. Rev.* 400, où l'auteur note qu'une majorité de consommateurs voient la signature du contrat comme une simple formalité dans la mesure où ils se sentent déjà liés une fois conclu l'engagement verbal, que peu d'entre eux lisent le contrat avant de procéder à le signer et qu'un plus petit nombre encore comprennent ce qu'ils lisent.

64. Voir *Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 580 c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, p. 600 (M. le juge McIntyre).

65. Voir notre étude, «Judicial Revision of Contracts in French Law: A Case-Study», (1988) 62 *Tul. L. Rev.* 963, p. 1035-37.

Il faut voir que la publicisation dont il est question ne se manifeste pas que dans les circonstances où le législateur estime devoir assurer la protection des justiciables réputés les plus faibles. L'on constate ainsi l'édiction d'une réglementation impérative, largement indépendante de considérations d'ordre public de protection, en matière de contrat de société. Le législateur fait ici valoir des mécanismes détaillés de régie interne de la personne morale, lesquels paraissent nettement d'inspiration corporative. Le droit mis de l'avant va jusqu'à régir le détail des modalités de vote⁶⁶. Ainsi malgré l'article 2250 qui paraît vouloir maintenir le principe de la liberté contractuelle, l'interventionnisme étatique se fait lourdement sentir. Il en va d'ailleurs de même en ce qui a trait à la cessation de la société. L'on note, par exemple, aux termes des articles 2289 à 2291 de l'Avant-projet de Loi que la société en nom collectif peut rester en existence sans qu'il soit nécessaire d'obtenir l'accord de toutes les parties au contrat⁶⁷. Ici encore, la primauté de la volonté individuelle est évincée au profit d'un dirigisme étatique serré.

Cette publicisation du contrat s'accompagne de deux phénomènes, aperçus par Philippe Malaurie et Laurent Aynes. D'abord, nous assistons à une « dématérialisation » du contrat⁶⁸. Par exemple, alors qu'à l'époque du Code Napoléon le louage d'ouvrage avait pour objet des prestations strictement matérielles, le contrat d'œuvre proposé par l'Avant-projet envisage, comme avant lui le contrat d'entreprise, d'avoir parfois comme objet la seule activité intellectuelle⁶⁹. Puis, nous observons une « neutralisation » du contrat⁷⁰. En effet, un contrat tel la vente ne sert plus, comme dans le passé, une seule fin, soit l'échange de valeurs. Il connaît plutôt de multiples usages qui l'entraînent au-delà de sa nature. Le contrat de vente est devenu, à titre d'illustration, un important mécanisme de financement d'achat de produits mobiliers. Il n'en reste pas moins que la légitimité de sa place au livre des obligations ne saurait être sérieusement contestée, ce qui n'est pas le cas, par exemple, du contrat de crédit-bail dont on aurait pu croire qu'il participait davantage de la notion de sûreté.

Transportant la réflexion sur un plan davantage abstrait, il nous est donné de noter que le dirigisme étatique dont il est question traduit l'idée sous-jacente de la recherche d'un consensus, d'une conciliation. En quête d'une moralisation accrue, le droit transcende ainsi la polarisation ou

66. Avant-projet de Loi, art. 2273 (société en nom collectif) et 2315 (société en participation).

67. Voir BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire sur l'Avant-projet de Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations* [...] *Du mandat, de la société et de l'association*, 1988, p. xxi-xxii.

68. MALAURIE et AYNES, *supra*, note 8, n° 46, p. 43.

69. Avant-projet de Loi, art. 2160.

70. MALAURIE et AYNES, *supra*, note 8, n° 47, p. 43-44.

démarcation apparente qu'il opère entre les parties au contrat. Déjà, Demogue avait présenté la relation contractuelle dans cette perspective :

Les contractants forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale. Alors à l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur tend à se substituer une certaine union.⁷¹

Plus récemment, François Ewald écrivait qu' :

[a]u contrat a succédé le consensus. [...] Le consensus est plus de l'ordre du fait que de la volonté. Il se décline avec interdépendance et solidarité. [...] Le consensus exprime un lien, une interdépendance au-delà des désaccords. Inversement, le consensus permet d'affirmer sa différence, son altérité, sans que cela doive aliéner le principe d'une solidarité. [...] l'idée de consensus suppose la recherche d'une unité sur la base du conflit, d'une division constitutive.⁷²

S'il faut en croire un courant de pensée féministe, le droit civil aurait, en ayant favorisé la coopération ou le compromis — l'altruisme étatique — aux dépens du conflit, développé une expérience beaucoup plus étroitement reliée à celle de la femme. Mary Joe Frug a bien exprimé les contours de l'idéologie mise de l'avant :

traditional contract doctrine, by treating the parties as if they had an adversarial relationship, implicitly rejects the more cooperative way in which many women have traditionally experienced power and knowledge. The major form of power available to most women, given the kind of work they have done, has been the power to nurture and share. Women primarily occupied with family responsibilities have learned to live in the context of relationships that are trusting and interdependent. In this sphere, many women do not respect or adhere to the traditional male view of power as force, authority, and domination.⁷³

Catharine MacKinnon exprime la même réalité en des termes néanmoins plus colorés : « combat [i]s a peculiarly ejaculatory means of conflict resolution »⁷⁴.

L'on a pu, à bon droit, identifier l'émergence, dans ce contexte, d'un « general duty to respect the interest of others »⁷⁵, c'est-à-dire un « general

71. René DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. VI : *Effets des obligations*, Paris, Rousseau, 1931, n° 3, p. 9.

72. François EWALD, *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986, p. 516-17.

73. Mary JOE FRUG, « Re-Reading Contracts : A Feminist Analysis of a Contracts Casebook », (1985) 34 *Am. U. L. Rev.* 1065, p. 1133.

74. Catharine A. MACKINNON, *Feminism Unmodified*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1987, p. 74. Voir aussi du même auteur, « Feminist Discourse, Moral Values, and the Law — A Conversation » (1985) 34 *Buff. L. Rev.* 11, p. 27.

75. Hugh COLLINS, « The Decline of Privacy in Private Law », sous la direction de Peter Fitzpatrick et Alan Hunt, *Critical Legal Studies*, Oxford, Basil Blackwell, 1987, p. 102. Voir aussi Roberto M. UNGER, *Law in Modern Society*, New York, Free Press, 1976, p. 209.

duty substitut[ing] closer bonds of social solidarity than those recognized by the ideals of private autonomy »⁷⁶. Pour parler le langage des *entitlements*⁷⁷, la conséquence de l'avènement de ce « devoir positif de collaboration »⁷⁸ est qu'il n'est maintenant plus permis à une partie de considérer un *entitlement* tel la liberté de conclure un contrat aux termes qui lui conviennent, si désavantageux soient-ils, comme acquis⁷⁹. Cette « prédominance de l'esprit collectif »⁸⁰ se retrouve, au titre des contrats nommés, clairement exprimée, par exemple, dans la réglementation des contrats de transaction et d'arbitrage, institutions intrinsèquement dévolues à l'évitement de l'institution conflictuelle qu'est le tribunal. L'article 2715 de l'Avant-projet de Loi, qui énonce que la clause d'arbitrage survit au contrat nul, exprime bien la primauté de ce principe de conciliation. Il en va de même du recours à l'initiative personnelle que permet le nouveau droit en matière de vente lorsque le bien meuble n'a pas été livré en-deçà d'un délai raisonnable⁸¹ ou encore si le paiement n'est pas effectué en-deçà d'un délai raisonnable⁸².

Allant dans le sens de cette concertation, la reconnaissance par le législateur de ce que la partie réputée la plus faible doit également porter sa part de responsabilité se manifeste à divers égards. L'on songe ainsi au contrat d'œuvre, en vertu duquel le législateur exige le dépôt en fiducie, par le client, des sommes affectées à la construction ou à la rénovation d'ouvrages résidentiels lorsque celles-ci dépassent 3,000 \$⁸³. Il a d'ailleurs été suggéré que ce fardeau pouvait se révéler trop lourd pour un client profane⁸⁴. Par ailleurs, l'Avant-projet de Loi est à l'effet que le client doit, s'agissant du contrat d'œuvre, accepter un ouvrage qui ne serait que substantiellement complété dès lors qu'il soit en état de servir à l'usage auquel on le destine⁸⁵. Telle disposition présente l'insigne avantage d'éviter les abus qui pourraient être

76. UNGER, *id.*, p. 207. Voir aussi *id.*, p. 210.

77. Voir généralement Guido CALABRESI et A. Douglas MELAMED, « Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral », (1972) 85 *Harv. L. Rev.* 1089, *passim*.

78. Jacques MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français », dans *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Paris, Presses universitaires de France, 1986, p. 53-54 et spécialement, p. 53.

79. Voir UNGER, *supra*, note 75, p. 207.

80. MESTRE, *supra*, note 78, p. 41.

81. Avant-projet de Loi, art. 1783 et 1788.

82. Avant-projet de Loi, art. 1790.

83. Avant-projet de Loi, art. 2189-2195.

84. Voir BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire sur l'Avant-projet de Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations* [...] *Du contrat de travail et du contrat d'œuvre*, 1988, p. xv.

85. Avant-projet de Loi, art. 2175.

faits de la règle de droit par le client⁸⁶. Toujours dans le domaine du contrat d'œuvre, les articles 2197 et 2198 de l'Avant-projet de Loi imposent un fardeau très lourd au client sur le plan des remèdes. En effet, sa responsabilité civile peut se faire des plus onéreuses en cas de résiliation du contrat de sa part, et ce peu importe les motifs de résiliation, alors qu'une résiliation à l'initiative du professionnel, si elle est opérée pour un « motif sérieux », ne confère aucune protection au client. L'examen d'autres contrats offrirait d'autres exemples de situations dans lesquelles la partie réputée vulnérable se voit imposer un fardeau relativement lourd par le législateur : qu'on songe notamment à l'élimination de la solidarité des associés eu égard aux dettes contractées à l'endroit des tiers en matière de contrat de société en participation⁸⁷.

Avec cette publicisation du contrat, l'on s'écarte d'une perception classique de l'entente contractuelle comme vue de l'intérieur, c'est-à-dire perçue exclusivement à travers les parties l'ayant conclue et ayant à l'exécuter. De question strictement privée qu'il était, le contrat devient une entité objective, distincte des individus qui y sont partie. Le contrat se voit attacher une valeur intrinsèque, laquelle est, du reste, souvent considérable. Pour cette raison, le législateur estime qu'il mérite une protection accrue et décide, pour ainsi dire, de le prendre sous son aile. Il a été justement noté que ce phénomène se manifeste tout particulièrement eu égard aux contrats dits « de situation », c'est-à-dire dans le cadre de ces contrats ayant un impact à long terme du point de vue de la partie contractante, qu'elle soit individu ou entreprise⁸⁸. Le contrat apparaît ainsi comme, à la fois, un « élément de richesse [...], un élément de valeur pour l'exploitation »⁸⁹, et « l'instrument de la "stratégie" de l'entreprise »⁹⁰. Somme toute, le nouveau droit des contrats nommés illustre comment des individus qui concluent une entente contractuelle

86. Il a toutefois été suggéré, de manière quelque peu alarmiste nous semble-t-il, qu'une disposition de ce genre encouragerait l'incompétence : voir BARREAU DU QUÉBEC, *supra*, note 84, p. 31. C'est là faire peu de cas, croyons-nous, de la réalité du non-droit aux termes de laquelle il est des impératifs commerciaux de nature non juridique qui s'imposent au professionnel et lui dictent sa conduite.

87. Avant-projet de Loi, art. 2322.

88. 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, p. 238-39 ; MESTRE, *supra*, note 78, p. 56. Il convient ici d'établir un parallèle avec la distinction qu'opère Ian Macneil entre deux types de contrats, qu'il qualifie de « discrete » et de « relational » : Ian R. MACNEIL, *The New Social Contract*, New Haven, Yale University Press, 1980, p. 10-35.

89. Paul DURAND, « Préface », sous la direction de Paul Durand, *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Paris, L.G.D.J., 1960, p. iii.

90. Laurent AYNES, *La cession de contrat*, Paris, Economica, 1984, n° 4, p. 12.

donnent par là naissance à un type d'objet incorporel, ayant une valeur monétaire intrinsèque, qui ne leur appartient pas exclusivement⁹¹.

Avec sagacité, Tony Honoré a écrit que notre quête d'une sécurité accrue pour le co-contractant davantage vulnérable ne devait pas nous faire oublier « the paradoxical fact that the interests of the weakest often depend on the security of the strong »⁹². Au terme de notre revue de certaines des principales dispositions de l'Avant-projet de Loi illustrant, au titre des contrats nommés, le phénomène de publicisation du contrat, il nous paraît que le législateur a, malgré tout, encore su se garder « de cette maladie de notre époque qui consiste à toujours rechercher la responsabilité d'un professionnel, quel qu'il soit »⁹³. Certes, le titre des contrats nommés se fait protecteur du justiciable, mais il nous semble qu'il serait excessif de prétendre que celui-ci se trouve du coup placé sur la route de la servitude juridique⁹⁴.

1.2. L'atomisation du contrat

Au-delà de la publicisation du contrat, un deuxième mouvement illustre le thème de la consolidation précédemment identifié. Déjà, dans le Code civil première manière, il nous est donné d'observer que « le droit positif ne reconnaît pas la catégorie unitaire du contrat, mais fait accueil à une série de types contractuels »⁹⁵. Telle particularisation du droit des contrats se voit raffermie par l'Avant-projet de Loi, reflétant sans doute en cela une « complexification » accrue du droit civil⁹⁶.

Cette segmentation traduit, au premier chef, une concrétisation de la conception du contrat. Ainsi, et tout comme en droit romain⁹⁷, il ne s'agit plus de parler *du* contrat mais bien *des* contrats, chacun d'entre eux étant envisagé comme une opération concrète dont les effets sont commandés davantage par la nature même de l'opération que par la volonté des parties. En ce sens, cette législation mettant de l'avant de nouveaux modèles de contrats se rapproche de la pratique des contrats-types⁹⁸. Comme l'indique Jacques Ghestin, il y a là juste retour des choses. En effet, « [d]e ce que

91. MESTRE, *supra*, note 78, p. 58.

92. Tony HONORÉ, *The Quest for Security: Employees, Tenants, Wives*, Londres, Stevens, 1982, p. 117.

93. Philippe LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1976, n° 1300, p. 450.

94. Nous paraphrasons Friedrich A. VON HAYEK, *The Road to Serfdom*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1944.

95. Georges ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, t. I (thèse Paris, 1965), n° 219, p. 629.

96. BAUDOUIN, *supra*, note 37, p. 54.

97. Voir *supra*, texte accompagnant note 6.

98. Voir GHESTIN, *supra*, note 5, n° 91, p. 82.

l'accord des volontés est l'instrument d'opérations socialement utiles il résulte également que ce sont ces opérations elles-mêmes, au moins autant que les volontés instrumentales, qui constituent l'essentiel »⁹⁹. Cet auteur en conclut que :

Le centre de gravité du contrat, d'abord placé dans le consentement, puis par réaction dans l'ordre public, se situerait alors de façon plus équilibrée dans les « éléments réalistes, matérialistes du contrat ». ¹⁰⁰

L'on aura reconnu ici l'un des thèmes-moteurs de l'étude critique que Georges Rouhette consacrait à la notion de contrat au milieu des années soixante ¹⁰¹.

Il est donc permis d'entendre cette parcellisation poussée du contrat en contrats comme une insistance du droit sur l'opération qui tend à réaliser le contrat plutôt que sur les volontés qui en déterminent les conditions. Ce n'est, du reste, que dans une telle optique que les contrats nommés prennent leur sens véritable. En effet, dans une analyse strictement consensualiste :

[L]eur liste n'apparaît que comme le résultat de circonstances contingentes, sans valeur en face du principe de la liberté contractuelle. Leur réglementation semble faite, pour partie d'une vaine répétition des règles du droit commun, pour une autre, d'une accumulation de dérogations purement empiriques, sinon arbitraires. ¹⁰²

Ainsi que le souligne Jacques Ghestin, cette réglementation impérative, typique de chaque contrat, « tend à rendre à la qualification des contrats nommés son importance »¹⁰³. Cette affirmation se vérifie d'autant plus qu'on a pu observer que « le droit des contrats [nommés] est [...] soumis à la loi d'entropie »¹⁰⁴. « D'un contrat à l'autre, les frontières deviennent floues, les qualifications hésitantes », bref « toutes les formes en viennent à se ressembler »¹⁰⁵.

Il serait exagéré de prétendre que, dans ses aspects substantifs, la réforme des contrats nommés ne fait que consolider le droit positif en vigueur. Parmi l'ensemble de démarcations qui se produisent par rapport au droit actuel, l'on en retient qui sont à vocation davantage générale. Nous songeons, par

99. *Id.*, n° 175, p. 182.

100. *Id.* L'auteur se réfère ici à Jean CARBONNIER, *Flexible droit*, 6^e éd., Paris, L.G.D.J., 1988, p. 291.

101. Voir ROUHETTE, *supra*, note 95, *passim*.

102. HÉBRAUD, *supra*, note 34, p. 435.

103. GHESTIN, *supra*, note 5, n° 23, p. 16.

104. JESTAZ, *supra*, note 35, p. 134.

105. *Id.*

exemple, à l'institution du contrat d'œuvre¹⁰⁶, lequel prétend opérer une fusion conceptuelle des contrats de louage de services et d'entreprise, dont on aurait pu croire, d'ailleurs, qu'ils renvoyaient à des réalités distinctes tant sur le plan juridique que d'un point de vue purement pratique. Nous pensons également au développement d'un contrat de transport¹⁰⁷. À cet égard, Gérard Cornu souligne l'intérêt d'une réflexion sur la notion d'espèce : « [les figures nouvelles o]nt-elles un corps *sui generis* ou ne sont-elles [...] que le produit de déménagements terminologiques »¹⁰⁸ ?

D'autres remises en question du droit existant concernent des règles ponctuelles. Ainsi en matière de vente, le droit proposé est à l'effet que le transfert de risques soit dorénavant lié à la délivrance plutôt qu'au transfert de propriété. C'est là la teneur de l'article 1514, au paragraphe 2¹⁰⁹. En matière de donation, l'Avant-projet sanctionne l'obligation du donataire à titre particulier aux dettes du donateur¹¹⁰. Les dispositions consacrées au contrat de louage reconnaissent, quant à elles, la possibilité d'un octroi de dommages-intérêts punitifs en cas de reprise de possession effectuée de mauvaise foi¹¹¹. Par ailleurs, l'Avant-projet de Loi élimine, au chapitre du contrat de travail, la notion de juste cause en matière de résiliation unilatérale du contrat, pourtant bien ancrée dans la jurisprudence, et qu'avait prudemment préservée l'Office de révision du Code civil¹¹². Le législateur y substitue la notion de « motif sérieux »¹¹³.

Le contrat d'œuvre, quant à lui, se démarque de façon notable du droit existant en ne regroupant qu'autour de deux pôles — œuvres matérielles et œuvres intellectuelles — l'ensemble des ouvrages visés à l'Avant-projet de

106. Avant-projet de Loi, art. 2158 à 2201. Voir généralement, sur l'Avant-projet en matière de contrat d'œuvre, Thérèse ROUSSEAU-HOULE, « Le contrat d'œuvre : un chef-d'œuvre ? », (1988) 29 C. de D. 993.

107. Avant-projet de Loi, art. 2088 à 2143.

108. Gérard CORNU, « Introduction », dans *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Paris, Presses universitaires de France, 1986, p. 100.

109. Cette même suggestion a été mise de l'avant en Ontario par la ONTARIO LAW REFORM COMMISSION, *Report on Sale of Goods*, t. I, Toronto, Ministry of the Attorney General, 1979, p. 266-69.

110. Avant-projet de Loi, art. 1889. L'on a pu souligner à bon droit que cette idée de succession à la personne n'était guère pertinente en matière de donation à titre particulier en ce qu'elle se révélait notamment incompatible avec le principe de l'effet relatif du contrat : voir BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire sur l'Avant-projet de Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations* [...] *De la vente et de la donation*, 1988, p. vi. Voir généralement, sur l'Avant-projet de Loi en matière de donation, Mireille D. CASTELLI, « Les donations », (1988) 29 C. de D. 953.

111. Avant-projet de Loi, art. 2026.

112. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, t. I : *Projet de Code civil*, Québec, Éditeur officiel, 1978, art. 679.

113. Avant-projet de Loi, art. 2152.

Loi¹¹⁴. Tel arrangement soulève la difficulté d'une catégorisation de l'œuvre artistique ou de l'exploit sportif. La démarcation de la jurisprudence actuelle est d'autant plus nette que le critère devant permettre une distinction des catégories entre elles relève, non plus de l'objet de l'ouvrage — comme c'est le cas en vertu du droit existant — mais bien du *mode d'exécution* de l'ouvrage. C'est, dès lors, ce mode d'exécution même qui déterminera la portée des obligations devant être imputées au débiteur. Ainsi le médecin qui opère un patient, exécutant donc une tâche principalement matérielle, se verrait tributaire d'une « obligation de résultat »¹¹⁵, conclusion qui, faut-il le préciser, va nettement à l'encontre de la jurisprudence dominante en vigueur¹¹⁶. S'agissant toujours du contrat d'œuvre, l'Avant-projet de Loi prévoit en outre un mécanisme, que n'envisage pas le droit existant, aux termes duquel le client a la possibilité de retenir à même le prix du contrat les sommes nécessaires au paiement des créances des collaborateurs du professionnel¹¹⁷.

Le droit du contrat de société proposé par le législateur ne reconnaît la personnalité morale à une société que si celle-ci est immatriculée, ainsi que le précise l'article 2251 de l'Avant-projet. En l'absence d'immatriculation, le statut de la société ne sera que purement contractuel; elle pourra alors agir comme société en participation régie par son seul acte constitutif. Cette société n'ayant pas de patrimoine distinct, le recours du tiers devra alors être exercé contre les associés eux-mêmes. Il faut bien voir, toutefois, que l'article 2322 éliminant la règle de solidarité des associés, chacun d'entre eux ne sera tenu que jusqu'à concurrence de son apport. Curieusement, la règle de la responsabilité solidaire des administrateurs continue à gouverner l'association qui, elle, n'est pas même dotée de la personnalité morale¹¹⁸. De telles inconséquences ont conduit un intervenant à dire de cette réforme qu'elle relevait « de l'arbitraire le plus complet »¹¹⁹.

2. L'expression de la réforme : rupture

Si le contenu de la réforme des contrats nommés est donc marqué, dans son ensemble, au coin de la continuité et de l'affermissement de tendances déjà observées dans notre droit positif, l'expression de la réforme opère, pour

114. Avant-projet de Loi, art. 2160.

115. Voir *supra*, note 48.

116. Voir généralement BARREAU DU QUÉBEC, *supra*, note 84, p. ix-xi.

117. Avant-projet de Loi, art. 2187.

118. Avant-projet de Loi, art. 2343.

119. BARREAU DU QUÉBEC, *supra*, note 67, p. xxv. Voir généralement, sur l'Avant-projet de Loi en matière de société, Nabil N. ANTAKI, « Commentaires concernant le contrat de société », (1988) 29 *C. de D.* 1019.

sa part, une rupture fortement ressentie avec la tradition civiliste. Il s'agit là d'une cassure qui, à notre avis, mérite d'être vigoureusement dénoncée.

Sans qu'il soit question d'une « greffe juridique » en bonne et due forme ¹²⁰, il demeure que les rédacteurs de la réforme ont choisi de privilégier un style législatif dont on peut affirmer qu'il a traditionnellement été l'apanage des systèmes juridiques participant de la tradition de common law. C'est ce style de rédaction législative que Peter North décrit, de façon succincte, dans les termes suivants : « The draftsman is instructed to deal with every small point, block every loop-hold [sic], tie up every loose end. The result is legislation of great complexity and length » ¹²¹. L'on a ainsi jugé opportun de prendre parti pour l'éphémère aux dépens de l'intemporalité, pour la verbosité aux dépens du laconisme. Notre critique considérera d'abord ce que nous désignerons comme les superfétations — tous ces éléments inutiles — de la codification (2.1). Mais la rupture que marque, eu égard aux contrats nommés, la forme de l'Avant-projet avec la tradition civiliste doit être dénoncée d'un autre point de vue. Non seulement le titre des contrats nommés tel que mis de l'avant pèse-t-il du poids de l'inutile, mais encore cet inutile se voit-il mal exprimé. Seul un néologisme paraît pouvoir rendre avec précision l'idée que nous souhaitons exprimer. Aussi traiterons-nous de la « malfrancisation » de la codification (2.2).

2.1. Les superfétations de la codification

Il n'est guère difficile de constater que le législateur a, à l'Avant-projet, oublié que, comme à toute orthodoxie, il sied au Code civil un ton dogmatique. N'a-t-on pas pu écrire que le Code civil, c'était un peu la constitution du droit privé ¹²² ? Dans son désir de faire « œuvre de regroupement » afin de pallier au « fractionnement du droit civil » ¹²³, le législateur a choisi de sacrifier à l'une des afflictions les plus caractéristiques de la modernité la rationalité formelle bien entendue ¹²⁴. Ce piège dans lequel l'Avant-projet de Loi est tombé de

120. Voir Alan WATSON, *Legal Transplants*, Edimbourg, Scottish Academic Press, 1974.

121. Peter NORTH, « Is Law Reform Too Important to Be Left to Lawyers? », (1985) 5 *Leg. Stud.* 119, p. 123. Voir généralement, pour une comparaison du style de rédaction des lois prévalant en droit anglais avec diverses juridictions de tradition civiliste, William DALE, *Legislative Drafting: A New Approach*, Londres, Butterworths, 1977.

122. Voir Frederick H. LAWSON, « A Common Law Lawyer Looks at Codification », dans *id.*, *Many Laws* [.] *Selected Essays*, t. I, Amsterdam, North-Holland, 1977, p. 48.

123. BAUDOIN, *supra*, note 37, p. 57 et 53, respectivement.

124. Cette locution de « rationalité formelle » est empruntée à Max Weber. Pour le sociologue allemand, la notion de « rationalité » connaît deux sens. Est « rationnel », d'abord, ce qui est régi par des règles ou principes identifiables et opère à un certain degré de généralité. Ainsi un système juridique qui se présente comme une collection hétérogène d'arrêts ou de décrets qu'on ne peut agencer par rapport à un nombre limité de règles identifiables n'est pas

plain-pied, c'est l'encombrement. Ainsi que le dit si justement Jean Carbonnier, le justiciable moderne transporte avec lui la sensation d'être encombré : encombrement des routes et des files d'attente, des magasins à rayons et des garde-robes, des fourrières et des boîtes postales, des bibliothèques et des stations balnéaires ¹²⁵. Il y a déluge de publicité, excès d'information. Le philosophe Jean-François Revel n'a-t-il pas récemment identifié une ère de la connaissance inutile ¹²⁶ ?

L'encombrement dont fait état le Code civil au titre des contrats nommés se manifeste à deux égards : il y a, d'une part, inflation du nombre de dispositions et, d'autre part, enflure de l'envergure des dispositions comprises individuellement. Dans ce contexte, Jean Carbonnier, parlant de ce qu'il désigne comme un « mauvais style législatif », stigmatise « la rage de tout dire » ¹²⁷. Certes, on ne confronte pas, avec l'Avant-projet, que ce soit au titre des contrats nommés ou ailleurs, des excès tels que ceux dont faisait état la codification prussienne où l'on pouvait, par exemple, retrouver des dispositions traitant de la sexualité des hermaphrodites ou de l'allaitement maternel ¹²⁸. Il

« rationnel ». Dans la seconde acception wébérienne, le mot « rationnel » renvoie au caractère systématique de l'ordre juridique, c'est-à-dire à une intégration par l'ordre juridique de l'ensemble des propositions juridiques en un tout à la fois logiquement clair, cohérent et sans lacune. Dès lors, un ordre juridique qui connaît tant la régie par les règles que la systématisation est « rationnel » dans les deux sens du terme tel qu'entendu par Weber. Par contre, le seul fait qu'un ordre juridique soit régi par des règles n'implique pas qu'il soit systématique. En effet, si la rationalité, comprise dans sa première acception, exige une certaine analyse juridique — c'est-à-dire la formulation de règles de portée générale par le biais d'une précision des caractéristiques factuelles potentiellement pertinentes d'un point de vue juridique — elle requiert, entendue dans son deuxième sens, davantage que cela. La rationalité ainsi comprise demande, en effet, outre une analyse juridique, une organisation des règles en un ensemble cohérent. Telle dichotomie soulève la possibilité d'une situation où un degré relativement élevé d'analyse juridique coïnciderait avec un degré relativement faible de systématisation. On aboutirait alors à ce que Anthony Kronman désigne du nom de « highly comprehensive schemes of legal casuistry » fondés sur des associations d'éléments à simple caractère paratactique, c'est-à-dire reposant sur la mise bout à bout de dispositions sans lien de coordination ou de subordination. L'on constate ainsi que la formulation de règles de portée générale agit comme une condition nécessaire, mais non suffisante, pour l'élaboration d'un système juridique rationnel : voir Anthony T. KRONMAN, *Max Weber*, Londres, Edward Arnold, 1983, p. 72-95 et spécialement, p. 72-75. Voir aussi David M. TRUBEK, « Max Weber on Law and the Rise of Capitalism », [1972] *Wisc. L. Rev.* 720, p. 727-31 ; Dirk KASLER, *Max Weber*, Chicago, University of Chicago Press, 1988, p. 146-48.

125. Voir CARBONNIER, *supra*, note 25, p. 272.

126. Jean-François REVEL, *La connaissance inutile*, Paris, Grasset, 1988.

127. CARBONNIER, *supra*, note 25, p. 277.

128. Ces textes étaient partie à une codification des droits des territoires prussiens en un code de l'empire prussien ordonnée par l'empereur Frédéric II. Le code, en date de 1794, compte quelque 17,000 articles : voir GOODRICH, *supra*, note 19, p. 37 ; Konrad ZWEIGERT et Hein

reste que le législateur québécois paraît avoir fait fi de ce qu'il est des sujets dont il est inopportun de traiter à l'intérieur d'un Code civil.

Comme on l'a noté au siècle des Lumières, « [l]e secret d'ennuyer est celui de tout dire »¹²⁹. Mais les dangers de la manie du détail vont plus loin et conduisent à une métamorphose sans précédent du style de codification. Et ce n'est pas que le législateur n'ait pas été prévenu. Déjà, en effet, l'on avait pu souligner, à bon droit, qu'il importait de redonner au Code « les qualités de clarté et de concision que les modifications alluvionnaires lui ont trop souvent fait perdre »¹³⁰. Déjà, l'on avait pu recommander au législateur québécois d'« éliminer, dans l'avenir, les rédactions alambiquées dont [il] a, dans le passé, parfois truffé le Code civil lorsqu'il souhaitait le modifier »¹³¹.

Malgré ces exhortations, il nous faut bien constater aujourd'hui un appauvrissement marqué du style de codification. Du pragmatisme qu'avait mis de l'avant l'Office de révision du Code civil¹³², l'on passe ainsi à une « vaste législation à objet technique, aux amples dimensions et à la minutie réglementaire »¹³³. À lire l'Avant-projet de Loi, on pourrait facilement croire que le législateur opère dans un vide juridique total. Or, en privilégiant la forme technocratique de l'activité codificatrice, le législateur pêche contre le génie du Code civil. Traditionnellement, un code civil a su, en effet, favoriser le maintien d'un certain niveau de généralité sur le plan de la rédaction et s'assurer que les principes qui y sont exprimés dominent leur application par les tribunaux. C'est cette réalité de la codification que rendait Portalis au *Discours préliminaire* en des termes qui méritent d'être repris dans leur entier :

Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours : et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit, à chaque instant, quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau.

Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges.

KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 2^e éd., t. I : *The Framework*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 143-44.

129. VOLTAIRE, « Discours en vers sur l'homme [...] Sixième discours [...] Sur la nature de l'homme », *supra*, note 26, p. 419.

130. Paul-A. CRÉPEAU, « La renaissance du droit civil canadien », sous la direction de Jacques Boucher et André Morel, *Le droit dans la vie familiale* [...] *Livre du centenaire du Code civil*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970, p. xxiv.

131. BAUDOIN, *supra*, note 37, p. 60.

132. Voir OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *supra*, note 112.

133. MALAURIE et AYNES, *supra*, note 8, n^o 20, p. 23.

L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière.

C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application.¹³⁴

Plus près de nous, Gérard Cornu nous rappelle que « [l]a cohérence c'est encore, et peut-être surtout, la sobriété »¹³⁵.

Il est dommage que le législateur ait si cruellement laissé pour compte cette vérité et ait plutôt choisi de favoriser la multiplication indue des dispositions, les répétitions inutiles du droit commun, l'exaltation du paragraphe, l'enfilade des définitions, la précision, enfin, de détails dont l'interprétation a traditionnellement relevé des tribunaux ou des parties elles-mêmes. Outre le fait qu'« [à] vouloir éviter les lacunes, on cour[e] le risque opposé du double emploi »¹³⁶, il est fort probable que l'on observe bientôt que leur application par les tribunaux domine les principes sous-jacents à la codification mise de l'avant.

Comment s'expliquer ce pullulement de règles de droit, ce grouillement de mots ? A-t-on, par exemple, voulu favoriser chez le justiciable le sentiment de sécurité qui lui résulterait d'un accès direct à la norme, c'est-à-dire d'une connaissance de ses droits ? D'emblée, il convient de noter que François Terré voit là une arme à double tranchant. Cet auteur souligne ainsi l'un des dangers d'une plus grande accessibilité du Code civil par le justiciable. En effet, affirme Terré, rendre le Code accessible au justiciable, c'est aussi lui faire croire qu'il comprend tout, ce qui constitue une grave méprise. L'inaccessibilité du Code présente dès lors l'avantage de faire prendre conscience au justiciable de la réalité des choses, soit qu'il n'y connaît rien¹³⁷. En tout état de cause, n'a-t-on pas, si l'accessibilité était bel et bien l'objectif poursuivi, carrément raté la cible ? Cette interrogation est suscitée par une autre question que soulevait Jean Carbonnier, lequel, observant à juste titre que le justiciable est la mesure de toute chose, se demandait si sa capacité de connaissance et d'obéissance était à la hauteur d'un tel déluge d'articles¹³⁸. Dans les mots de Jeremy Bentham :

[e]very man has his determinate measure of understanding : the more complex the law, the greater the number of those who cannot understand it. Hence it will

134. PORTALIS, sous la direction de Fenet, *supra*, note 47, t. I, p. 469-70.

135. Gérard CORNU, « Codification contemporaine : valeurs et langage », dans *Codification : valeurs et langage*, Québec, Conseil de la langue française, 1985, p. 40.

136. JESTAZ, *supra*, note 35, p. 127.

137. Voir François TERRÉ, dans *Codification : valeurs et langage*, Québec, Conseil de la langue française, 1985, p. 121.

138. Voir CARBONNIER, *supra*, note 25, p. 272.

be less known; it will have less hold upon men; it will not occur to their minds on the occasions on which it ought, or, what is still worse, it will deceive them, and give birth to false expectations.¹³⁹

Faut-il, par ailleurs, voir dans cette décision du législateur de mettre de l'avant des dispositions aussi détaillées qu'il ne le fait à l'Avant-projet de Loi, notamment au titre des contrats nommés, un choix en faveur de l'évacuation du processus judiciaire comme mécanisme de particularisation de la règle de droit? A-t-on voulu encadrer la discrétion du juge? Certes, l'on a pu observer que, dans le cadre de la tradition jurisprudentielle largement inspirée du common law qui prévaut au Québec, les juges se sentent autorisés à prendre des libertés avec les textes législatifs auxquelles on ne s'attendrait normalement pas dans un système juridique de tradition civiliste¹⁴⁰. « Des textes codifiés qui ne tiendraient pas compte de cette particularité nationale », a-t-on écrit, « seraient voués à l'échec »¹⁴¹. Si l'adoption de cette réflexion doit nous commander de ne pas retenir des formulations indument vagues et générales, c'est-à-dire une brièveté de mauvais aloi¹⁴², l'on ne saurait pour autant abandonner le style du code au profit du style statutaire anglais¹⁴³. Par exemple, les notions dites « à contenu variable »¹⁴⁴, c'est-à-dire les notions floues, ont leur place dans le Code civil, étant entendu qu'il ne doit pas y être abusivement recouru.

Comme le souligne encore Maurice Tancelin, le style législatif à l'anglaise est « impropre à la formulation d'un droit commun »¹⁴⁵. En effet, si la législation d'une juridiction de common law apparaît comme une dérogation au droit commun et se doit donc de circonscrire aussi minutieusement que possible la portée de cet écart, le Code civil constitue, quant à lui, ce droit commun même. D'où la possibilité, d'une part, et la nécessité, d'autre part, pour un code d'opérer à un certain degré de généralité.

139. Jeremy BENTHAM, « Principles of the Civil Code », sous la direction de John Bowring, *The Works of Jeremy Bentham*, t. I, New York, Russell & Russell, 1962, I, p. 324. Cf. Jean-Jacques ROUSSEAU, « Fragments politiques », sous la direction de Bernard Gagnebin et Marcel Raymond, *Œuvres complètes*, t. III, Paris, Gallimard, 1959, IV, 6 : « Tout État où il y a plus de lois que la mémoire de chaque citoyen n'en peut contenir est un État mal constitué, et tout homme qui ne sait pas par cœur les lois de son pays est un mauvais citoyen ».

140. Voir TANCELIN, *supra*, note 13, p. 32.

141. *Id.*

142. Voir en ce sens BAUDOIN, *supra*, note 37, p. 54 : « l'expression législative doit quand même être suffisamment précise, et le Code ne doit pas seulement contenir que des principes généraux ».

143. Voir TANCELIN, *supra*, note 13, p. 32.

144. Voir généralement, sous la direction de Chaïm PERELMAN et Raymond VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, *passim*.

145. TANCELIN, *supra*, note 13, p. 32-33.

Encore convient-il de déterminer en vertu de quels critères le législateur retiendra-t-il l'inclusion de certaines dispositions au Code et choisira-t-il d'en exclure d'autres ? Comment, donc, s'exercera cette discipline à laquelle on est en droit de s'attendre du législateur ¹⁴⁶ ? M. le juge Jean-Louis Baudouin explique avec raison que le critère déterminant ne doit pas relever de la simplicité ou de la complexité de la règle. Si l'on peut souhaiter que la formulation reste simple, il n'est pas acquis que la substance doive, quant à elle, nécessairement l'être. Et l'on peut songer à des règles tout à fait complexes qui ont néanmoins vocation à participer à l'œuvre de codification. Ainsi que l'écrit cet auteur, « [l]a différence entre forme codifiée et forme législative ordinaire procède d'un autre ordre d'idées » ¹⁴⁷. Cette distinction doit, en effet, plutôt s'opérer eu égard au rôle joué par la règle qui nous intéresse ¹⁴⁸. C'est là que se situe l'« antinomie véritable et nécessaire » entre les deux ordres de règles ¹⁴⁹.

Une règle exprime-t-elle un principe fondamental du droit civil, se veut-elle de portée générale, prétend-t-elle à la stabilité, à une emprise sur le temps ¹⁵⁰ ? Elle a alors sa place dans un code civil. Ainsi selon Frederick Lawson, « [a code] is consciously made to contain only those rules and principles which it is not expected will be easily altered » ¹⁵¹. Pour reprendre les mots de Planiol, un code n'est pas conçu « seulement pour l'usage d'une génération ou pour la satisfaction intellectuelle d'une école » ¹⁵².

A-t-elle plutôt pour objet les modalités d'application du régime ? Elle relève alors du droit statutaire voire de la réglementation ou encore de l'appréciation des tribunaux ou de la doctrine. Traitant des « extravagantes » ¹⁵³, Jean Carbonnier maintient ainsi qu'il convient de laisser les réglementations

146. Jean CARBONNIER écrit que toute loi étant à la fois un bien et un mal, le législateur est appelé à l'auto-limitation : voir *supra*, note 25, p. 281-98.

147. BAUDOUIN, *supra*, note 37, p. 55.

148. Voir généralement *id.*, p. 55 et 57-59 ; LAWSON, *supra*, note 122, p. 45.

149. BAUDOUIN, *supra*, note 37, p. 55.

150. Peter GOODRICH insiste sur le rôle de la codification comme mécanisme établissant d'une manière permanente, aux yeux des justiciables, les règles de droit en cause : voir *supra*, note 19, p. 24. Ainsi que l'observe cet auteur, le Code civil est un moment essentiel et (apparemment) éminemment démocratique de l'évolution du droit. Le droit est en effet alors promulgué au peuple. Or, ce qui est promulgué ne peut être ignoré ou bafoué, ce qui est permanent ne peut être rétracté : voir *id.*, p. 26.

151. LAWSON, *supra*, note 122, p. 48.

152. Marcel PLANIOL, « Inutilité d'une révision générale du Code civil », dans *Le Code civil 1804-1904* [...] *Livre du centenaire*, t. II, Paris, Duchemin, 1969, p. 960 [réimpr. de l'édition originale de 1904]. Nous tenons à exprimer notre gratitude à M. le professeur Louis Perret qui nous a transmis les éléments de cette référence.

153. Voir *supra*, note 28.

de détail dans cet état de lois séparées et de n'en intégrer que les principes au Code civil¹⁵⁴.

Par exemple, l'on retrouve dans l'Avant-projet, aux articles 1839 à 1849, des dispositions ayant trait à la vente d'immeubles résidentiels. Considérées globalement, elles ont sans nul doute leur place dans un code vu leur caractère général. Toutefois, l'on peut croire que les dispositions prévoyant le contenu détaillé du contrat préliminaire et de la circulaire d'information l'accompagnant, donc des articles relatifs à l'aménagement du régime, n'ont aucune raison de se voir intégrées au Code civil¹⁵⁵. De même, au chapitre du contrat de transport, l'on note que le législateur s'est cru obligé, à l'article 2101, de préciser le contenu du connaissance de matière tout à fait détaillée. Par ailleurs, l'article 1948 de l'Avant-projet de Loi, concernant les obligations du locataire en fin de bail eu égard aux additions faites sans le consentement du locateur, paraît avoir pour objectif d'envisager toutes les permutations qu'il est raisonnable d'imaginer. Une autre illustration de ce style de mauvais aloi est offerte par l'article 1965 lequel, autorisant la clause de réajustement de loyer dans le contrat de louage, verse dans l'exemplification. Il eut été plus sage d'éliminer cette liste de critères en fonction desquels le réajustement du loyer peut être établi pour ne retenir qu'une formulation générique. Il en va de même pour les illustrations offertes à l'article 2543 relativement à l'objet de la déclaration mensongère de l'assuré en matière de contrat d'assurance.

Est-il, par ailleurs, utile qu'un Code civil compte, au chapitre du louage, cinq articles portant sur la location d'un terrain pour l'installation d'une maison mobile¹⁵⁶, neuf articles consacrés au bail d'un logement à loyer modique¹⁵⁷, et quatre articles dévolus au bail dans une institution d'enseignement¹⁵⁸? Et pourquoi, s'agissant de contrat de travail, inclure à l'Avant-projet de Loi un article 2155 qui, loin de contribuer à l'établissement des principes fondamentaux qui régissent les relations entre employeur et employé, ne fait que reproduire une règle de caractère relativement accessoire et, du reste, déjà contenue dans la *Loi sur les normes du travail*¹⁵⁹?

Cette instance de superfluité n'est malheureusement pas isolée comme en fait foi, par exemple, l'article 2163 en matière de contrat d'œuvre. Il vaut de rappeler le texte de cette disposition :

Lorsque l'usage ou le contrat le prévoit, le professionnel est tenu de fournir au client des plans et devis, ou de lui indiquer l'endroit où ces documents peuvent être consultés ou le lieu où une œuvre analogue a été exécutée par lui.

154. Voir CARBONNIER, *supra*, note 28, p. 31.

155. Avant-projet de Loi, art. 1840 et 1842, respectivement.

156. Avant-projet de Loi, art. 2052-2056.

157. Avant-projet de Loi, art. 2042-2051.

158. Avant-projet de Loi, art. 2038-2041.

159. Voir *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1, art. 84.

Mais si le contrat a déjà prévu cette situation, l'article est évidemment inutile. Si, par contre, la matière relève de l'usage, l'article 1481 de l'Avant-projet de Loi a déjà prévu que « [l]e contrat lie les parties [...] pour tout ce qui en découle [...] suivant l'usage ». Une autre illustration de répétition indue est offerte en matière de contrat d'œuvre, où l'article 2201, discutant la compensation du co-contractant en cas de résiliation, présente un intérêt pour le moins relatif eu égard à la présence des articles 2197 et 2198.

Au-delà de ces exemples ponctuels, le contrat de société offre une illustration à caractère davantage global de cet excès de détails dont il est question. Nous avons déjà mentionné qu'en ce domaine le législateur choisit de faire fi, dans une large mesure, du principe de liberté contractuelle établi à l'article 2250¹⁶⁰. Bien qu'il s'agisse là d'un champ dans lequel tant la doctrine que la jurisprudence et la pratique ont exercé une influence considérable, le législateur estime ici approprié de faire intervenir une réglementation impérative des plus détaillées. Tout comme il y a intégration de la *Loi sur la protection du consommateur* à l'Avant-projet¹⁶¹, il paraît y avoir incorporation des parties IA et III de la *Loi sur les compagnies*¹⁶². Si l'on peut se féliciter de ce que le législateur québécois ait saisi les dangers du développement d'une législation de droit privé d'importance en marge du Code civil, notamment eu égard au rôle progressivement plus marginal que celui-ci se voit alors inévitablement appelé à jouer, il convient de se demander si l'Avant-projet n'a pas versé dans l'excès contraire. Faut-il faire du Code civil un amalgame de lois disparates ?

Avec raison, Gérard Cornu a pu écrire que :

[l]a vraie codification est réductrice ; elle est simplificatrice et le gain législatif qui ressort de cette opération non inflationniste et même anti-inflationniste, elle l'obtient par un travail qui porte en la forme et au fond, sur tous les matériaux de l'élaboration législative, les concepts et les termes, les techniques et les énoncés.¹⁶³

Peter Goodrich voit, du reste, la perception de la codification par les justiciables comme mécanisme de réduction du droit en une forme cohérente, la fonction politique et idéologique la plus importante du processus de codification¹⁶⁴. À elle seule, l'absence de ce « travail » qu'appelait de ses vœux Gérard Cornu nous explique ainsi pourquoi la codification qui nous occupe est aussi boursoufflée, pourquoi son expression se fait tellement empirique. Et l'on a pu noter l'impact de cet état de choses sur l'espérance de vie même du

160. Voir *supra*, texte accompagnant note 66.

161. Voir *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1 et Avant-Projet de Loi, art. 2717-2878.

162. Voir *Loi sur les compagnies*, L.R.Q., c. C-38.

163. CORNU, *supra*, note 135, p. 41. Voir, pour la même idée, LAWSON, *supra*, note 122, p. 45.

164. GOODRICH, *supra*, note 19, p. 24.

Code civil : « Un code bref, réservé sur les points de doctrine, aura toujours plus de souplesse, et par conséquent plus de durée, qu'un code qui se plaît dans les abstractions et qui développe avec prolixité les formules des principes généraux »¹⁶⁵. Jean Guittou attribue à Descartes une remarque à l'effet que « la multitude des règles est une excuse à la paresse »¹⁶⁶. Et, de fait, l'on semble bien retrouver dans le législateur québécois cet abbé Trublet à l'endroit duquel Voltaire ne ménageait pas ses sarcasmes :

Il compilait, compilait, compilait ;
On le voyait sans cesse écrire, écrire
Ce qu'il avait jadis entendu dire,
Et nous lassait sans jamais se lasser.¹⁶⁷

Il est encore une autre approche que nous croyons pouvoir justement mettre à profit afin de stigmatiser la manie du particulier dont témoigne l'Avant-projet. Faisant prévaloir une perspective de nature économique, M. le juge Richard Posner énonce d'emblée que toute production législative a un prix¹⁶⁸. Dès lors, un choix s'impose au législateur entre la règle à caractère général (par exemple, une interdiction de conduire à une vitesse déraisonnable) et la règle à caractère particulier (ainsi, une interdiction de conduire à une vitesse excédant 60 km/h). Isaac Ehrlich et Posner soulignent que la particularisation de la règle de droit, dont « l'immense masse verbale » que produit notre législateur avec l'Avant-projet offre un bel exemple¹⁶⁹, implique deux types de coûts.

Tout d'abord, il faut compter avec les coûts administratifs du processus législatif conduisant à la particularisation de la règle de droit. Puis, il importe de considérer les coûts de révision. En effet, la règle à caractère particulier devient plus rapidement obsolète qu'une règle à caractère général, ce qui implique des coûts de révision accrus¹⁷⁰. En outre, plus la règle se fait précise, plus elle se rend vulnérable aux lacunes. N'est-ce pas en ce sens que Rousseau a pu écrire qu'« en voulant tout prévoir Justinien a fait un ouvrage inutile »¹⁷¹ ? Une illustration de cette réalité est offerte par l'article 1997 de l'Avant-projet de Loi, lequel, discutant le droit au maintien dans les lieux de la personne

165. PLANIOL, *supra*, note 152, p. 960.

166. JEAN GUITTON, *Le travail intellectuel*, Paris, Aubier, 1986, p. 82.

167. VOLTAIRE, « Le pauvre diable », sous la direction de Moland, *supra*, note 26, t. X, p. 108.

168. Voir RICHARD A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 3^e éd., Boston, Little, Brown, 1986, p. 512.

169. ALAIN FINKIELKRAUT, *La défaite de la pensée*, Paris, Gallimard, 1987, p. 77.

170. Voir ISAAC EHRlich et RICHARD A. POSNER, « An Economic Analysis of Legal Rulemaking », (1974), 3 *J. Leg. Stud.* 257, p. 267-70 et 277-78.

171. ROUSSEAU, « Fragments politiques », sous la direction de Gagnebin et Raymond, *supra*, note 139, IV, 7.

partageant le logement avec le locataire en cas de décès de ce dernier, omet de traiter l'hypothèse du décès du locataire habitant seul. De même, s'agissant du contrat d'assurance, l'article 2520 mentionne que la désignation du conjoint à titre de bénéficiaire est irrévocable à moins qu'il n'en soit stipulé autrement ; le législateur oubliant apparemment que la désignation d'un bénéficiaire est toujours révocable lorsqu'elle s'opère par testament ¹⁷².

Comme le souligne Posner, la question est toujours de savoir si ces inconvénients sont adéquatement tempérés par les bénéfices que l'on peut espérer retirer d'une particularisation de la règle de droit, soit que celle-ci, devenue plus précise, conseillera mieux les tribunaux dans leurs décisions, les parties qui y sont assujetties dans leur comportement et les parties au litige dans leur attitude face à une proposition de règlement hors-cour ¹⁷³. Encore faut-il reconnaître, avec Jean Carbonnier, que, « [l]égislative ou monétaire, l'inflation a toujours cette conséquence que la surabondance des signes entraîne leur dévaluation » ¹⁷⁴. En outre, l'un de ces bénéfices potentiels n'en est véritablement un que si l'on accepte qu'il est heureux de restreindre ainsi la marge de manœuvre du judiciaire. Or, cette décision que paraît faire valoir le législateur avec l'Avant-projet nous semble devoir être interrogée, et ce, en dépit de la spécificité du milieu judiciaire québécois dont on a pu faire état ¹⁷⁵.

La raison que nous voulons avancer à l'encontre de ce développement avait déjà été aperçue par Portalis : « On a moins à redouter l'arbitraire réglé, timide et circonspect d'un magistrat qui peut être réformé [...] que l'arbitraire absolu d'un pouvoir indépendant qui n'est jamais responsable » ¹⁷⁶. Planiol a judicieusement noté que l'abus des réglementations de toutes sortes caractérisait un mauvais système juridique et qu'il n'y avait pas lieu de retirer à la jurisprudence toute action directrice sur la pratique et toute tutelle des intérêts privés : « La législation », écrit Planiol, « doit réserver aux tribunaux un autre rôle que celui d'appréciateur des faits » ¹⁷⁷. Outre que nous ne partageons donc pas le choix législatif que recèle l'Avant-projet, nous ne sommes guère convaincu que l'objectif envisagé par le législateur soit aussi sûrement atteint qu'il y paraît au premier abord.

Vouloir restreindre l'activité créatrice des juges en confinant le réservoir d'énoncés de principes au minimum, c'est oublier que l'interprétation créatrice

172. La révocation du bénéficiaire par testament est d'ailleurs expressément envisagée à l'article 2521 de l'Avant-projet de Loi.

173. Voir POSNER, *supra*, note 168, p. 513-14.

174. CARBONNIER, *supra*, note 25, p. 274.

175. Voir *supra*, texte accompagnant notes 140-45.

176. PORTALIS, sous la direction de Fenet, *supra*, note 47, t. I, p. 474-75.

177. Voir PLANIOL, *supra*, note 152, p. 962-63 et spécialement, p. 963.

dont ils auront à faire preuve pour appliquer cette panoplie de règles particulières à des situations non envisagées impliquera nécessairement des inventions de l'esprit particulièrement novatrices¹⁷⁸. Par ailleurs, le point de vue selon lequel la précision accrue de la règle aurait l'heur de réduire le coût de chacun des litiges — quantité de questions dont on aurait autrement dû débattre étant évacuées de la discussion —, le nombre de litiges, notamment en raison de la recrudescence des règlements hors-cour à laquelle on peut s'attendre, et, partant, les ressources dévolues à la résolution de l'ensemble des litiges mérite d'être examiné de plus près. La réduction dans les coûts transactionnels entraînée par une plus grande spécificité de la règle de droit paraît, en effet, équivoque.

Outre les coûts afférents à la particularisation même de la règle, dont il a déjà été question¹⁷⁹, il convient de noter que si la diminution de l'incertitude entourant l'état du droit positif a pour corollaire une baisse dans les coûts reliés au procès civil, cette forme de la pratique du droit qu'est la plaidoirie demeure une source relativement mineure du revenu global de la profession juridique. L'activité la plus importante, et la plus rémunératrice, de l'avocat demeure certes l'avis juridique. Or, à cet égard, il faut bien constater que la précision accrue de la règle de droit aura comme conséquence directe un accroissement de la demande pour des services juridiques de la nature de conseils ou opinions. Ainsi les économies de ressources invoquées par les tenants de la particularisation de la règle de droit se feraient, sous ce rapport du moins, des plus mitigées¹⁸⁰.

L'on n'ignore pas qu'il n'est de généralisation qu'outrancière. Ainsi l'on peut certes offrir des instances de textes puisés à l'Avant-projet, notamment des formules définitionnelles, qui nous semblent nettement supérieurs à ceux contenus au *Code civil du Bas Canada*. Les articles 1865 et 1866, dévolus aux définitions fondamentales en matière de donation, font, par exemple, l'objet d'une comparaison avantageuse avec les articles 754 à 756 du *Code civil du Bas Canada*. De même, l'article 2572 de l'Avant-projet précise, mieux que ne le fait l'article 2603 du *Code civil du Bas Canada* tel qu'interprété par la Cour d'appel du Québec, que le tiers lésé peut poursuivre à la fois l'assuré, auteur du préjudice par lui subi, et l'assureur¹⁸¹. En outre, l'on peut invoquer les dispositions de l'Avant-projet relatives au contrat d'affrètement comme une illustration de réorganisation de la matière entraînant d'heureux résultats. Il ne paraît pas faire de doute, en effet, qu'il y a là un exemple de réforme qui

178. Voir GOODRICH, *supra*, note 19, p. 38.

179. Voir *supra*, texte accompagnant notes 169–72.

180. Voir EHRLICH et POSNER, *supra*, note 170, p. 270.

181. Voir BELLEAU, *supra*, note 58, p. 1060.

modernise, en les systématisant et en les simplifiant, les règles pertinentes. Si l'on compare le droit proposé aux articles 2407 à 2460 du *Code civil du Bas Canada*, l'on y constate une importante réduction dans le nombre de dispositions ainsi que des divisions mieux ordonnancées, aux termes desquelles l'on fait suivre, aux articles 2057 à 2087, une présentation des règles de portée générale d'un exposé des textes propres à l'affrètement coque-nue, à temps et au voyage.

2.2. La « malfrancisation » de la codification

À la lecture de l'Avant-projet de Loi, notamment au titre des contrats nommés, il est permis de croire que le législateur québécois ne fut guère animé du souci de probité linguistique auquel le justiciable était en droit de s'attendre. Le langage auquel il est recouru n'est pas compatible avec la langue mesurée qu'on en était venu à associer à l'œuvre de codification d'inspiration napoléonienne. Les conséquences de cette désinvolture ne sont pas négligeables et vont jusqu'à interroger l'efficacité même de la règle de droit. Ainsi l'on a pu écrire, à juste titre, qu'« à [un] système de règles fondé sur un système de valeurs doit correspondre un système linguistique crédible. En effet, si on veut que le système de règles et de valeurs qu'on propose soit accepté, il faut en soigner l'accès premier qui est le langage »¹⁸².

S'agissant de soigner la langue française, il importe, au préalable, de déterminer à quel niveau cette opération doit être menée. Selon Bentham, auquel on serait redevable du terme même de « codification »¹⁸³, un code devait être rédigé dans la langue vernaculaire :

A code [...] would not require schools for its explanation, would not require casuists to unravel its subtilities. It would speak a language familiar to everybody : each one might consult it at his need. It would be distinguished from all other books by its greater simplicity and clearness. The father of a family, without assistance, might take it in his hand and teach it to his children, and give to the precepts of private morality the force and dignity of public morals.¹⁸⁴

Mais il n'y a là qu'utopie. Et Gérard Cornu a bien raison de nous rappeler à la réalité et de souligner que, quoiqu'on en dise, le Code civil ne saura jamais

182. Michel SPARER, « Codification : langage et interprétation », dans *Codification : valeurs et langage*, Québec, Conseil de la langue française, 1985, p. 99-100.

183. Frederick H. LAWSON, « Further Reflexions on Codification », dans *id.*, *The Comparison* [...] *Selected Essays*, t. II, Amsterdam, North-Holland, 1977, p. 90. Voir généralement, sur la notion de « code » dans l'œuvre philosophique de Bentham, Gerald J. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 421-39.

184. BENTHAM, « General View of a Complete Code of Laws », sous la direction de Bowring, *supra*, note 139, t. III, XXXIII *in fine*, p. 209.

rejoindre qu'un auditoire restreint¹⁸⁵. Aussi convient-il d'éviter l'écueil de l'« imprécision vulgaire »¹⁸⁶, car les sacrifices alors consentis eu égard à la rigueur de la langue juridique le seraient, somme toute, en pure perte. De même, l'on voudra contourner le danger posé par un « hermétisme technocratique »¹⁸⁷ du discours juridique qui ferait du Code civil un document parfaitement ésotérique. Oscillant entre ces deux extrêmes, le Code civil doit ainsi, croyons-nous, faire valoir un « langage juridique simplifié »¹⁸⁸.

Qu'entendre par là? D'emblée, notons l'observation de Noël-Jean Mazen à l'effet qu'il y a, entre un langage que peut comprendre l'ensemble des justiciables et le langage juridique simplifié que nous privilégions, une différence de degré plutôt que de nature¹⁸⁹. Au-delà de la nécessaire élimination des latinismes, peut-être se révèle-t-il plus facile de préciser ce que l'on doit entendre par « langage juridique simplifié » en insistant sur ce dont il ne doit pas s'agir, c'est-à-dire en mentionnant les pièges qu'il devra esquiver afin de préserver son intégrité. Et l'on songe ici, outre l'« imprécision vulgaire » et l'« hermétisme technocratique » dont il a été question¹⁹⁰, à une troisième forme du discours, soit le « techno-populisme »¹⁹¹, c'est-à-dire la langue décidément contemporaine, résolument à la mode. Afin de parer au rapide phénomène de désuétude qui se manifesterait alors et qui ferait du Code — autre affliction de la modernité — un objet de consommation à jeter après usage, il convient en effet d'opter plutôt pour une certaine intemporalité du langage¹⁹². Jugée à l'aune de ce « langage juridique simplifié », la codification qui nous intéresse, et notamment son titre dévolu aux contrats nommés, paraît échouer lamentablement. Un examen attentif ne manquera pas de convaincre le lecteur qu'il y a lieu d'appliquer dans toute sa force la critique que faisait Tony Honoré de la législation anglaise et de l'attitude par elle sous-tendue :

All that counts for [the legislator] is that experts, preferably experts alone, can understand the laws. Why should he take the trouble to express with as much

185. Voir CORNU, *supra*, note 135, p. 42.

186. Alain-F. BISSON, « Codification : insertion du droit nouveau », dans *Codification : valeurs et langage*, Québec, Conseil de la langue française, 1985, p. 397.

187. *Id.*

188. Noël-Jean MAZEN, « Codification : langage et interprétation », dans *Codification : valeurs et langage*, Québec, Conseil de la langue française, 1985, p. 114.

189. *Id.* À ce propos, il est intéressant de noter que Elie Halévy, discutant le passage de Bentham déjà cité (voir *supra*, note 184), écrit que « [i]n the last resort, however, Bentham shares the common view of his century, and tends to confound what is rationally simple with what is intelligible to everyone, immediately and without training » : *The Growth of Philosophic Radicalism*, Boston, Beacon Press, 1955, p. 78.

190. Voir *supra*, notes 186-87.

191. BISSON, *supra*, note 186, p. 397.

192. Voir TERRÉ, *supra*, note 137, p. 121.

lucidity and grace he can muster the principles that govern our lives? To him the law is no cherished jewel of national life. It is a chore to be left to the parliamentary draftsman who is allowed to foist on that dumb ox, the citizen, whatever juggled-up mystifications he pleases. It is a boring tangle of technical detail, unlovable and unloved.¹⁹³

Il serait sans doute impertinent de recenser ici tous les exemples rencontrés au hasard de nos lectures de l'Avant-projet de Loi en matière de contrats nommés. Qu'on nous permette toutefois de résumer ainsi nos conclusions, avant de les illustrer de quelques instances : la formule est opaque ; la phrase est ampoulée ; le vocabulaire est incohérent ; la terminologie est hétérogène et manque de rigueur ; la syntaxe fait défaut ; les pléonasmes, non-sens, anglicismes et erreurs grammaticales sont légion. Bref, le législateur québécois ne sait pas écrire son français et, du coup, met en danger la crédibilité même de son entreprise de codification. Jugeons-en.

Il est, donc, des formules opaques. Aussi curieux que cela puisse paraître, la notion de contrat d'assurance est définie, à l'article 2459 de l'Avant-projet, en référence à la notion... d'assurance.

Il est, de plus, des phrases ampoulées. Le premier paragraphe de l'article 1922, consacré au contrat de louage, qui nous tiendra lieu d'illustration, parle par lui-même. On y lit :

L'inexécution d'une obligation par l'une des parties confère à l'autre partie le droit de demander, outre des dommages-intérêts, l'exécution en nature, dans les cas qui le permettent ou, si l'inexécution lui cause à elle-même ou, s'il s'agit d'un bail immobilier, aux autres occupants, un préjudice sérieux, la résiliation du bail.

Il est, par ailleurs, un vocabulaire incohérent comme en fait foi notamment l'article 2467 en matière de contrat d'assurance. L'on y trouve les mots qui suivent : « Le contrat de réassurance par lequel l'assureur se réassure ». Le lecteur aura assurément compris que l'assureur ne se réassure pas mais, plutôt, s'assure. Toujours dans le domaine de l'assurance, l'article 2572 traite, quant à lui, de « l'assureur de celui qui est responsable du préjudice ». Or, aucun procès n'ayant, à ce stade, conclu à une responsabilité civile, c'est bien de l'auteur du préjudice dont il devrait être question à l'Avant-projet de Loi.

Il est, en outre, une terminologie hétérogène et manquant de rigueur. S'agissant du contrat de vente, l'Avant-projet de Loi remplace les expressions, depuis longtemps éprouvées, de garantie de l'acquéreur contre l'« éviction » et contre les « vices cachés » pour y substituer des garanties du « droit de propriété » et de « qualité ». Emploi de nouveaux mots pour désigner une

193. HONORÉ, *supra*, note 92, p. 123.

même réalité? Est-ce là une décision bien judicieuse quand on sait les difficultés d'interprétation, parfois sérieuses, qui ne manqueront pas de s'ensuivre? L'importation, dans l'Avant-projet de Loi, de notions tirées de l'extérieur du Code civil mais affublées d'une désignation différente, soulève une difficulté similaire. Ainsi, alors que la *Loi sur les normes du travail* recourt, en matière de congédiement, à la notion de « préavis »¹⁹⁴, l'Avant-projet de Loi choisit, au chapitre du contrat de travail, de retenir plutôt l'expression « avis de congé »¹⁹⁵.

D'autres variations sur le thème de l'hétérogénéité terminologique peuvent être offertes sans peine. Aux articles 1970 et 1975 à 1977, relatifs au contrat de louage, le législateur paraît établir une synonymie entre les expressions « ne pas être en bon état d'habitabilité » — ces termes renvoyant à une situation où le logement, étant en état d'habitabilité, est, par définition, habitable, tel état d'habitabilité se révélant toutefois mauvais — et « impropre à l'habitation », qui signifie carrément « inhabitable ». Au chapitre du contrat d'œuvre, l'on note l'emploi d'un même mot, « collaborateur », pour désigner des réalités apparemment différentes. Ainsi aux articles 2161 et 2174 de l'Avant-projet de Loi, on ne semble vouloir se référer qu'au sous-entrepreneur alors qu'à l'article 2185, le législateur confère au terme une portée beaucoup plus large, laquelle demeure, du reste, à préciser car on ne sait guère quelles parties doivent être ici incluses. Encore, aux articles 2158, 2164, 2183, 2184 et 2185, le législateur dépeint la même réalité en recourant tour à tour aux notions d'« œuvre », d'« ouvrage », de « service » et de « travail ». Vaines logomachies de notre part? Qu'on se rappelle plutôt l'exhortation de Bentham :

The same ideas, the same words. Never employ other than a single and the same word, for expressing a single and the same idea [...]; for if they vary, it is always a problem to be solved, whether it have been intended to express the same ideas, whereas, when the same words are employed, there can be no doubt but that the meaning is the same. [...] The words of the laws ought to be weighted like diamonds.¹⁹⁶

Il est, avons-nous dit, des erreurs de syntaxe. Par exemple, une lecture fidèle de l'article 1916 est à l'effet que le locateur doit s'assurer que le locataire subira des troubles de droit quant à sa jouissance du bien. De même, l'article 2184, en matière de contrat d'œuvre, entendu littéralement, signifie que le professionnel doit s'assurer que l'ouvrage comportera des maléfactions au moment de sa réception par le client.

194. *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1, art. 82-83.

195. Avant-projet de Loi, art. 2150.

196. BENTHAM, « General View of a Complete Code of Laws », sous la direction de Bowring, *supra*, note 139, t. III, XXXIII, p. 209.

Il est des pléonasmes. À l'article 2241 de l'Avant-projet de Loi, le législateur écrit, par exemple, que le mandant « peut, quand bon lui semble, révoquer le mandat ». Le simple usage du verbe « pouvoir » ne confère-t-il pas suffisamment de latitude au mandant pour qu'il ne soit pas nécessaire d'ajouter l'incidente retenue ?

Il est des non-sens. Lorsque le législateur traite, à l'article 2225 de l'Avant-projet de Loi, d'un acte « exercé » pour le compte du mandant, il veut sans doute traiter d'un acte « exécuté » au nom du représenté.

Il est des anglicismes. Au chapitre consacré au contrat de prêt, l'Avant-projet de Loi édicte ainsi, à l'article 2396, que « [l]e prêteur est sujet à la même responsabilité... ». L'on eut certes préféré l'emploi des participes « assujetti » ou « tenu ».

Il est, enfin, des erreurs grammaticales. À l'article 2237, relatif au contrat de mandat, le terme « prévisibles », s'accordant avec « erreur », devrait s'écrire au singulier. Bentham avait vu juste, qui affirmait que « besides being enlightened, it behoves the legislator either to be or to employ a consummate grammarian »¹⁹⁷.

Au terme de ce bref panorama des aspérités que recèle l'Avant-projet de Loi sur le plan de la langue française, nous ne pouvons guère faire mieux que d'endosser les paroles de Gérard Cornu, lequel pouvait écrire ces phrases :

Au moment fort où elle s'opère, la codification est un acte et même un pacte linguistique. Non seulement par la qualité qu'elle peut imprimer au langage du droit, mais parce que pour la langue qui la porte — ici la langue française — [la codification] a un titre, comme monument du droit et de la langue, à devenir l'un des dépositaires de ses trésors et l'un des messagers de son rayonnement.¹⁹⁸

Conclusion

Cet aperçu, nécessairement impressionniste, de la réforme des contrats nommés, n'est pas, bien sûr, sans soulever de nombreuses questions. Tout d'abord, il appelle à se demander s'il n'y a pas lieu de tenter un ordonnancement de ces divers contrats nommés, « grands » et « petits »¹⁹⁹. Telle catégorisation impliquerait l'identification d'un critère ; à cet égard, l'on a mentionné l'intérêt de l'objet du contrat, compris ici comme l'obligation principale autour de laquelle s'ordonne l'économie du contrat, pour une classification

197. *Id.*, p. 208.

198. CORNU, *supra*, note 135, p. 43.

199. CARBONNIER, *supra*, note 100, p. 292, pour lequel la vente, le louage et la société constituent les « grands » contrats alors que le prêt, le dépôt, le jeu, le mandat, le cautionnement et la transaction représentent les « petits » contrats.

des contrats nommés en fonction de leur utilité sociale²⁰⁰. Et dans la mesure où une systématisation de la matière devrait permettre d'apercevoir des affinités et dissemblances entre les divers contrats, elle permettrait l'émergence d'une théorie générale des contrats nommés²⁰¹.

Il y a là un développement qu'une voix aussi autorisée que celle de Jean Carbonnier a pu appeler de ses vœux²⁰², et dont Philippe Jestaz a précisé le caractère urgent ne fut-ce que « pour mettre un frein à la diaspora du contrat »²⁰³. L'on ne tarde guère à constater que l'exercice présente un intérêt autre que purement didactique lorsqu'on songe aux questions que cette construction pourrait nous aider à résoudre. Par exemple, quels principes d'interprétation y a-t-il lieu de faire valoir en matière de contrats nommés, régimes d'exception? Par ailleurs, les contrats qui se trouvent à l'Avant-projet de Loi ont-ils tous vocation à être « nommés »? Certains d'entre eux ne sont-ils pas trop instables, c'est-à-dire trop tributaires de politiques socio-économiques à caractère nécessairement aléatoire²⁰⁴?

Mais il est encore un autre intérêt à l'élaboration d'une théorie des contrats nommés sur lequel il importe d'insister. En effet, l'explosion des contrats nommés soulève la problématique de l'agencement de ce droit spécial avec le droit général du contrat. Au-delà d'une théorie radicale comme celle proposée par Georges Rouhette, selon lequel une théorie générale du contrat devient impossible puisqu'il n'y a, somme toute, que des contrats nommés²⁰⁵, la position communément reçue sur cette question paraît bien être à l'effet suivant : « le droit commun des contrats [est] en déclin en raison de son inadaptation aux problèmes contemporains. [...] [L]e droit spécial [est] un droit de progrès qui [doit] se dégager de la contrainte d'un droit commun archaïque »²⁰⁶. En d'autres termes, chaque type de contrat s'enfonçant peu à peu dans son particularisme « sous l'attraction de sa spécificité ou par la pesanteur de réglementations de détail », l'accentuation du phénomène de spécialisation retentirait sur la théorie générale du contrat dont on concluerait qu'elle s'étiolle, voire qu'elle se voit carrément évincée²⁰⁷.

200. Voir GHESTIN, *supra*, note 5, n° 513, p. 570, renvoyant à Jean-François OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, Paris, L.G.D.J., 1969, *passim*. Voir aussi Gérard FARJAT, *Droit privé de l'économie*, t. II : *Théorie des obligations*, Paris, Presses universitaires de France, 1975, p. 191-92.

201. Voir CORNU, *supra*, note 135, p. 100.

202. Voir CARBONNIER, *supra*, note 28, p. 31.

203. JESTAZ, *supra*, note 35, p. 135.

204. Cf. Pierre VERGE, « Faut-il "nommer" le contrat de travail? », (1988) 29 C. de D. 977, où l'auteur conclut, pour des raisons autres que celles que nous avons avancées au texte, qu'il y a lieu d'exclure de l'Avant-projet de Loi le chapitre dévolu au contrat de travail.

205. Voir GHESTIN, *supra*, note 5, n° 168, p. 174-75.

206. *Id.*, n° 91, p. 82.

207. Voir CORNU, *supra*, note 135, p. 99.

Les choses sont-elles si simples ? La dissociation entre les deux réalités est-elle aussi marquée qu'on veut le croire ?

Dès l'abord, nous croyons pouvoir affirmer que le droit commun du contrat n'est pas en voie de disparition. Au fait, l'on peut croire qu'il se porte plutôt bien, ragaillardi qu'il se trouve de l'infusion bénéfique d'une réflexion fondamentale en la matière²⁰⁸. Certes, le droit spécial, ne serait-ce que par son ampleur, interroge le droit commun et l'oblige à se repenser. Ainsi, à travers le droit spécial, l'on peut croire que l'ensemble du droit civil des contrats est en voie de se trouver une nouvelle cohérence, laquelle passera nécessairement par l'infléchissement, voire l'abandon, de certains principes directeurs traditionnels du droit commun. Dans les mots de Jacques Ghestin, « [d]'une somme de solutions particulières allant dans le même sens se dégagera un nouveau droit commun »²⁰⁹. Il paraît ainsi acquis que ni le consensualisme ni l'autonomie de la volonté dans leur forme classique ne pourraient aujourd'hui être au cœur d'un droit du contrat qui ferait la place qui lui revient au droit spécial en matière de contrats nommés²¹⁰.

Mais cette influence du droit spécial sur le droit commun connaît son corollaire en ce que le droit commun même contribue à sa manière à l'épanouissement du droit spécial. Ce droit spécial ne se présente-t-il pas parfois, en effet, comme la simple expression particularisée de certaines tendances relevant au premier chef du droit général du contrat ? Qu'on en tienne pour illustrations le regain du formalisme et l'alourdissement de la responsabilité civile des professionnels. Il y a ici deux tendances qui, bien qu'animant les régimes particuliers des contrats nommés ne font, en somme, que propager des mouvements qui inspirent déjà l'évolution d'ensemble du droit du contrat²¹¹.

Ce phénomène de convergence des droits spécial et général se manifeste aussi d'une autre manière. Il est ainsi des dispositions qui, quoique cantonnées dans le cadre relativement étroit d'un contrat nommé donné, ont vocation à s'appliquer à l'ensemble de la matière du contrat. Le droit commun a ainsi, dans le passé, intégré à l'ensemble des obligations contractuelles la distinction entre « obligations de moyens » et « obligations de résultat », laquelle avait d'abord été le propre du contrat médical²¹². Il en va de même de l'« obligation

208. Voir par exemple, sous la direction de Denis TALLON et Donald HARRIS, *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, Paris, L.G.D.J., 1987.

209. GHESTIN, *supra*, note 5, n° 91, p. 83.

210. Voir généralement *id.* ; Jean HAUSER, *Les contrats*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1986, p. 8 et 126 ; CARBONNIER, *supra*, note 28, p. 31.

211. Voir CORNU, *supra*, note 135, p. 99.

212. Voir MALAURIE et AYNES, *supra*, note 8, n° 48, p. 44. Voir aussi Geneviève VINEY, *Traité de droit civil*, t. IV : *La responsabilité : conditions*, Paris, L.G.D.J., 1982, n° 529, p. 634-35.

de sécurité », étendue à tous les contrats impliquant la sécurité des personnes à partir du contrat de transport de voyageurs²¹³. Par ailleurs, l'article 2399 de l'Avant-projet de Loi, lequel reprend les termes de l'article 1779 du *Code civil du Bas Canada*, édicte, en matière de prêt, le principe du nominalisme monétaire. Or, l'on peut croire qu'il s'agit là d'une norme fondamentale à l'ensemble du droit des contrats²¹⁴. Et c'est sans doute en ce sens que l'on peut le mieux justifier l'omission, à l'Avant-projet de Loi, de développements systématiquement consacrés à une obligation de renseignement au titre des contrats nommés.

La convergence dont il est question se double en outre d'un phénomène de coordination. N'est-ce pas, en effet, à partir du droit commun même que seront interprétées les dispositions gouvernant le régime des contrats nommés lorsque le détail de l'une ou l'autre d'entre elles se révélera inapte à répondre à certaines problématiques imprévues ? Ne nous tournerons-nous pas alors, par exemple, du côté des articles 1024 et 1013 du *Code civil du Bas Canada*, respectivement dévolus au contenu obligationnel du contrat et à l'interprétation de l'intention des parties ? C'est d'abord là, écrit Philippe Rémy, que la « régulation judiciaire des contrats [nommés] » puise son inspiration²¹⁵.

Dans cette perspective interactive, les règles spéciales apparaissent comme un parachèvement du droit commun²¹⁶. Et c'est à cette référence obligée au droit général que faisait sans nul doute allusion Frederick Lawson lorsqu'il écrivait, avec un brin d'exagération, que « if the general law of contracts is adequately dealt with, there is no need to provide rules for all the particular contracts »²¹⁷.

Qu'il s'agisse de classification des contrats nommés ou du développement d'une théorie générale passant par l'imbrication de cette matière avec le droit général du contrat, les deux tâches ne devraient pas manquer de susciter une reviviscence du rôle de l'activité jurisprudentielle comme doctrinale. Ainsi que l'indique Jacques Ghestin, « il est dans la nature de la logique juridique que les lois nouvelles ne s'insèrent pas d'elles-mêmes dans un système cohérent propice à l'abstraction »²¹⁸. C'est dès lors aux tribunaux comme aux chercheurs qu'il incombe de procéder à la nécessaire réflexion, aux

213. Voir MALAURIE et AYNES, *id.*, n° 48, p. 44. Voir aussi VINEY, *id.*, n° 500, p. 597-604.

214. Voir CARBONNIER, *supra*, note 28, p. 31. L'auteur a notamment recours à cette observation à l'appui de sa thèse en faveur d'une théorie générale des contrats nommés : voir *supra*, texte accompagnant notes 201-03.

215. RÉMY, *supra*, note 9, p. 111. Voir généralement GHESTIN, *supra*, note 5, n° 91, p. 83.

216. Voir CORNU, *supra*, note 135, p. 99.

217. LAWSON, *supra*, note 122, à la p. 45.

218. GHESTIN, *supra*, note 5, n° 91, p. 83.

inévitables systématisations. C'est en ce sens que l'on peut dire d'un code civil bien conçu qu'il promouvoit l'interventionnisme judiciaire en ce « qu'il laisse aux tribunaux le soin de découvrir les règles d'application de ses principes aux instances particulières »²¹⁹, étant entendu que cette créativité se verra enserrée en-deçà de certaines limites. Les conséquences que peut entraîner sur le plan de la théorie des sources du droit privé l'évolution des contrats nommés ne sont donc aucunement négligeables.

L'archéologie de l'énigmatique déplacement du projet de réforme déposé par l'Office de révision du Code civil en 1978 à l'Avant-projet de Loi qui nous occupe révélerait sans doute force intrigues de couloir. Dans ce contexte, il paraît vain de plaider la cause d'une réhabilitation du projet de 1978. Mais il reste que l'on est en droit d'exiger du législateur qu'il rende à l'œuvre de codification l'intégrité dont l'a spolié la bureaucratie avec l'Avant-projet.

Jean Guitton plaidait, à bon droit, pour qu'un travail intellectuel cherche constamment à se « purifier de l'inutile »²²⁰. L'un des mécanismes de « purification » de l'Avant-projet de Loi serait assurément de faire davantage sa place au non-dit, c'est-à-dire au non-droit²²¹. Et qu'on se garde de penser que le non-droit doit appeler le néant. Comme le précise Jean Carbonnier, il n'a pas même à entraîner le chaos. Plutôt, « [l']hypothèse est que, si le droit est écarté, le terrain sera occupé, est peut-être même déjà occupé d'avance, par d'autres systèmes de régulation sociale »²²². C'est précisément ce type d'argument qui fonde la critique que l'on peut adresser à la réforme du contrat de société à l'Avant-projet de Loi ; le législateur aurait dû, davantage qu'il ne l'a fait, laisser leur place aux solutions développées par la pratique contractuelle et se contenter plus souvent d'interventions à caractère strictement ponctuel²²³.

Dans un argument qui eut gagné à être poursuivi, Tony Honoré reprochait aux lois anglaises leur inintelligibilité et leur carence de mérite littéraire ou intellectuel. Or, s'agissant de la législation et de son style, il y a là, pour Honoré, la pierre angulaire d'une culture juridique bien ressentie :

It may seem a harsh thing to say, but in my view, despite the excellence of many aspects of English law, England does not have a genuine legal culture. For that to exist law-makers and lawyers would have to accept it as their business to make the laws as clear, elegant and rational as they could.²²⁴

219. BAUDOUIN, *supra*, note 37, à la p. 59.

220. GUITTON, *supra*, note 166, p. 82.

221. Voir généralement CARBONNIER, *supra*, note 100, p. 7-83.

222. *Id.*, p. 283.

223. Voir *supra*, texte accompagnant note 66.

224. HONORÉ, *supra*, note 92, p. 119.

Que conclure de ces considérations eu égard à l'existence d'une « culture » juridique québécoise ? La réponse qu'appelle l'interrogation d'Honoré dépasse le cadre de notre recherche. Et cela est d'autant plus vrai qu'une réflexion approfondie nous obligerait à nous demander dans quelle mesure la vacuité de la culture juridique n'illustrerait pas celle de la culture tout court. Ainsi l'Avant-projet de Loi qui nous est proposé ne serait-il pas une image de la société dans laquelle nous évoluons ? En d'autres termes, n'aurions-nous pas le Code civil que nous méritons ? Dans un Québec où l'intervention de l'État est toujours davantage sollicitée, où l'on ne sait plus ni écrire ni parler une langue française qui se respecte, l'Avant-projet de Loi, et notamment son titre dévolu aux contrats nommés, refléterait ces deux réalités. Comme, parfois, le justiciable sous ces rapports, le Code civil ferait ainsi triste figure.