

L'ordre public en droit économique : contrats, concurrence, consommation

Vincent Karim

Volume 40, numéro 2, 1999

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043548ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043548ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Karim, V. (1999). L'ordre public en droit économique : contrats, concurrence, consommation. *Les Cahiers de droit*, 40(2), 403–435.
<https://doi.org/10.7202/043548ar>

Résumé de l'article

Malgré les efforts déployés par le législateur lors de la réforme du *Code civil du Québec*, la notion d'ordre public demeure vague, floue et difficile à définir en des termes précis. La disparition de la notion de bonnes moeurs n'a pas en effet réglé toutes les questions controversées soulevées sous l'empire de l'ancien Code civil ni dissipé toute la confusion qui régnait. Certaines questions se posent toujours relativement à la distinction entre l'ordre public de direction et l'ordre public de protection, entre l'ordre public économique et l'ordre public politique et social, ainsi qu'au sujet des sanctions applicables en cas de violation d'une disposition d'ordre public en vigueur au moment de la formation du contrat ou d'une disposition qui prend effet alors que le contrat est déjà formé et en cours d'exécution. Les nouvelles dispositions traitant de l'ordre public, malgré leur multiplication et leur précision, n'apportent pas de réponses claires quant à leur applicabilité rétroactive, quant aux effets particuliers qu'engendre la nullité absolue qui frappe un contrat fait en violation de ces dispositions, ni quant aux conditions de la validité d'une renonciation à une règle d'ordre public. La doctrine et les tribunaux conservent leur rôle traditionnel, leur intervention étant toujours requise pour clarifier certaines ambiguïtés persistantes et pour répondre à certaines interrogations qui surgissent dans des situations tout à fait exceptionnelles et imprévisibles à la suite de la réforme du *Code civil du Québec*.

L'ordre public en droit économique : contrats, concurrence, consommation*

Vincent KARIM* *

Malgré les efforts déployés par le législateur lors de la réforme du Code civil du Québec, la notion d'ordre public demeure vague, floue et difficile à définir en des termes précis. La disparition de la notion de bonnes mœurs n'a pas en effet réglé toutes les questions controversées soulevées sous l'empire de l'ancien Code civil ni dissipé toute la confusion qui régnait. Certaines questions se posent toujours relativement à la distinction entre l'ordre public de direction et l'ordre public de protection, entre l'ordre public économique et l'ordre public politique et social, ainsi qu'au sujet des sanctions applicables en cas de violation d'une disposition d'ordre public en vigueur au moment de la formation du contrat ou d'une disposition qui prend effet alors que le contrat est déjà formé et en cours d'exécution. Les nouvelles dispositions traitant de l'ordre public, malgré leur multiplication et leur précision, n'apportent pas de réponses claires quant à leur applicabilité rétroactive, quant aux effets particuliers qu'engendre la nullité absolue qui frappe un contrat fait en violation de ces dispositions, ni quant aux conditions de la validité d'une renonciation à une règle d'ordre public. La doctrine et les tribunaux conservent leur rôle traditionnel, leur intervention étant toujours requise pour clarifier certaines ambiguïtés persistantes et pour répondre à certaines interrogations qui surgissent dans des situations tout à fait exceptionnelles et imprévisibles à la suite de la réforme du Code civil du Québec.

* L'auteur tient à remercier M^c Michel Sheffer, M. Guissepe Anello et M^{me} Marie L. Dufort pour leur contribution. Le texte qui suit constitue la version remaniée d'un rapport présenté dans le cadre des Journées libanaises de l'Association Henri-Capitant, en mai 1998.

** L.L. D., avocat et professeur de droit, Université du Québec à Montréal.

Despite efforts made by the legislator in reforming the Civil Code of Québec, the concept of public order remains vague, imprecise and difficult to define in specific terms. The disappearance of the good morals concept did not, indeed, put to rest all the controversial questions raised under the former Civil Code, nor dissipate all the confusion then current. Some questions persist relating to the distinction between directive public order and protective public order, between economic public order and public, political and social order, as well as the question of penalties applicable in the case of a breach of public order provisions at the time a contract is formed or a provision that takes effect once the contract is formed and being executed. The new provisions dealing with public order, despite their increase in numbers and precision, do not provide clear answers regarding their retroactive applicability, as to the specific effects brought on by absolute nullity that strikes down a contract formed in breach of these provisions, nor with regard to the conditions of validity of waiving a rule of public order. Doctrine and the courts maintain their traditional role in that their intervention is always required for clarifying certain persistent ambiguities and answering certain questions that arise in extraordinary and unpredictable situations in the reform of the Civil Code of Québec.

	<i>Pages</i>
1. L'ordre public dans le droit des contrats	407
1.1 L'ordre public et la théorie générale des contrats	407
1.1.1 La notion d'ordre public	407
1.1.1.1 La définition de la notion d'ordre public	407
1.1.1.2 La classification de la notion d'ordre public	410
2. Le régime	417
2.1 Les sanctions	417
2.1.1 La sanction d'une règle d'ordre public en vigueur au moment de la formation du contrat	418
2.1.1.1 La nullité des contrats dont la cause est prohibée par l'ordre public	418
2.1.1.2 La nullité des contrats dont l'objet est contraire à l'ordre public	419
2.1.1.3 Les effets particuliers de la nullité absolue qui sanctionne la violation d'une disposition d'ordre public politique et moral	420

2.1.2 La sanction d'une règle d'ordre public survenant en cours de contrat : la sanction est-elle applicable en dehors d'une loi expressément rétroactive, et si oui, sur quelle base ?	428
2.2 La renonciation à une règle d'ordre public	431
Conclusion	434

La notion d'ordre public n'est pas nouvelle dans le système juridique québécois ; elle y a été introduite dès la première codification du Code civil par un législateur soucieux de protéger les intérêts de la collectivité. Par son intervention, ce dernier s'assure que des cocontractants ne dérogent ni ne portent atteinte aux valeurs sociales, placées au-dessus des simples intérêts personnels.

L'ordre public soumet donc l'individu au respect de certaines règles supérieures visant le maintien de l'organisation sociale, au détriment de sa liberté contractuelle et de l'autonomie de sa volonté, principes pourtant chers au droit contractuel.

Cependant, dans certains cas, l'ordre public vise précisément à protéger les intérêts de l'individu. Bien que les intérêts de la société ne soient pas remis en question, le législateur édicte des règles pour régir les relations juridiques des cocontractants dont la force économique est inégale afin d'assurer une certaine protection à la partie économiquement la plus faible.

Dans un premier temps, nous allons examiner l'ordre public dans le droit général des contrats. Nous traiterons, dans un second temps, de l'ordre public dans certains contrats spéciaux. Nous excluons donc de notre champ d'étude l'ordre public en droit commercial national et en droit commercial international. Avant d'aborder ces questions, quelques remarques s'imposent toutefois sur l'évolution du concept d'ordre public.

Sous l'empire du *Code civil du Bas Canada*, le législateur distinguait l'ordre public des bonnes mœurs. Dans le nouveau Code civil québécois, il ne retient que la notion d'ordre public et fait disparaître celle de bonnes mœurs, devenue complètement désuète et dépassée.

Au début du siècle, les bonnes mœurs, imprégnées de la morale chrétienne, étaient considérées comme des règles éthiques devant être respectées par la société québécoise alors sous grande influence religieuse¹.

1. J.-L. BAUDOIN, *Les obligations*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 77.

La jurisprudence assimilait comme portant atteinte aux bonnes mœurs², donc à la morale chrétienne, les contrats contraires à la morale sexuelle ou les actes incitant à un acte immoral³ ou répréhensible⁴.

Les valeurs sociales du début du siècle ne correspondant pas aux valeurs sociales de la fin de celui-ci, et l'emprise de la religion s'étant fortement estompée, la notion de bonnes mœurs a forcément évolué pour être de ce fait complètement évacuée du corpus législatif.

Ainsi, l'union de fait n'étant pas reconnue par la religion catholique, le législateur n'en faisait pas mention dans ses lois, bien que certains individus aient, depuis quelques décennies, choisi ce mode de vie. Il fallut attendre la libéralisation des mœurs, et l'effritement de l'influence de l'Église, pour que le législateur reconnaisse ultimement ce type d'union.

Une autre raison, outre la mise au rancart de la religion, explique la disparition de la notion de bonnes mœurs : l'emploi indifférencié des notions de bonnes mœurs et d'ordre public par la doctrine, la jurisprudence et le législateur. Par exemple, aux yeux des tribunaux, un contrat contraire aux bonnes mœurs contrevenait forcément à l'ordre public, les deux notions étant presque interchangeables.

Pour mettre fin à une certaine confusion, la doctrine a raffiné la distinction : les bonnes mœurs sont définies comme « des règles imposées par la morale sociale à une époque donnée⁵ », tandis que l'ordre public, quant à lui, est assimilé au « caractère des règles juridiques qui s'imposent pour des raisons de moralité ou de sécurité impératives dans les rapports sociaux⁶ ». Ainsi, les bonnes mœurs ont été incluses dans une notion nouvelle et plus vaste, soit celle d'ordre public, et c'est sous ce vocable que le législateur en a retenu un peu l'essence. En effet, comme nous le verrons plus loin, il est faux de prétendre que la notion d'immoralité a disparu du droit civil québécois. Le législateur interdit toujours le contrat immoral, c'est-à-dire celui qui peut concerner, non seulement un objet illégal ou hors commerce, mais aussi porter atteinte à la dignité de la société.

2. *Bruneau c. Laliberté*, (1901) 19 C.S. 425 (assurance d'une maison de prostitution); *Lecker c. Balthazar*, (1909) 15 R.J. 1; *Noël c. Brunet*, (1915) 48 C.S. 119 (location d'une maison de prostitution).

3. *Webster c. Kelly*, (1891) M.L.R. 7 C.S. 25; *Hébert c. Sauvé*, (1932) 38 R.L. 410.

4. *J. Donat Langelier ltée c. Demers*, (1928) 66 C.S. 120 (location d'un piano à une maison de prostitution).

5. CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 63.

6. *Id.*, pp. 405-406.

L'ancienne notion de bonnes mœurs survit donc, mais sous un vocable différent. Elle peut être maintenant désignée tantôt comme l'ordre public social, tantôt comme l'ordre public politique et moral. La problématique est importante, et nous y reviendrons pour souligner les effets de la nullité d'un contrat fait en violation de l'ordre public social ou de l'ordre public politique et moral, ceux-ci n'étant pas les mêmes que ceux qui sont produits par la nullité d'un contrat qui contrevient tout simplement à l'ordre public général, bien qu'il s'agisse, dans les deux cas, d'une nullité absolue.

1. L'ordre public dans le droit des contrats

1.1 L'ordre public et la théorie générale des contrats

1.1.1 La notion d'ordre public

La notion d'ordre public revêt plusieurs aspects dont il est difficile de circonscrire les contours. En fait, l'ordre public tire sa source des lois qui en traitent expressément ou implicitement ; autrement, c'est le tribunal qui se prononce sur le caractère d'ordre public d'une disposition quelconque.

La distinction se fait entre l'ordre public politique qui protège les institutions telles l'administration de la justice, les lois d'organisation de l'État⁷ et des corporations professionnelles, ainsi que la famille, et l'ordre public économique qui s'applique à l'échange de biens et de services. L'ordre public est qualifié de direction lorsqu'il sert à promouvoir une direction politique ou économique déterminée. On le dira de protection quand son but principal est de protéger l'individu.

1.1.1.1 La définition de la notion d'ordre public

Le législateur québécois n'a jamais caractérisé dans un code ou dans une loi la notion d'ordre public. Il est très difficile de déterminer ce concept avec précision en raison de son incessante évolution. Comme le rappelait en 1986 la Cour suprême du Canada, il s'agit par définition d'un concept fluide, évolutif, qui doit s'interpréter en tenant compte de la réalité contemporaine, tout en respectant la terminologie employée par le législateur⁸.

7. J.-L. BAUDOIN, *op. cit.*, note 1, pp. 79-81.

8. *Potash c. Royal Trust Co.*, [1986] 2 R.C.S. 351, 358 et suiv. ainsi que 368 et suiv. ; principes réitérés par la Cour supérieure du Québec dans *Banque Royale du Canada c. Caisse populaire de Rock Forest*, [1992] R.J.Q. 987 (C.S.), 994.

Dans la détermination de ce qui est d'ordre public, le législateur intervient souvent directement dans les textes législatifs en l'indiquant précisément, que ce soit par la mention des mots « ordre public » ou par ceux de « réputée non écrite ou sans effet » lorsque la clause d'un contrat contrevient à cette notion ou encore par la mention de « nullité absolue » comme sanction à certains actes⁹. Dans un tel contexte, nous sommes en présence d'un ordre public textuel, c'est-à-dire de source conceptuelle.

Cependant, il arrive souvent que les termes employés par le législateur ne permettent pas de conclure au caractère impératif de la disposition, car on ne retrouve aucune indication dans la disposition qui précise si celle-ci est d'ordre public ou simplement supplétive de volonté. Dans une telle situation, il revient au tribunal de décider si une telle loi ou une telle disposition intéresse l'ordre public. Nous sommes alors en présence d'un ordre public virtuel, c'est-à-dire de source fonctionnelle, bien entendu si le tribunal décide de son caractère d'ordre public¹⁰.

Dans une décision rendue en 1954, la Cour supérieure du Québec résumait les principes de droit régissant l'ordre public. Selon elle, est d'ordre public « toute règle de droit stricte dont le caractère impératif ressort du texte même, à tel point qu'il n'est pas nécessaire de l'interpréter¹¹ ». Par contre, en l'absence d'une telle règle, il faut recourir à l'interprétation afin de déterminer s'il s'agit d'une stipulation d'ordre public ou non.

9. L'article 440 C.c.Q. mentionne que « les contrats de mariage doivent être faits par acte notarié en minute, à peine de nullité absolue » ; l'article 1216, al. 1 C.c.Q., quant à lui, énonce que « la clause tendant à empêcher celui dont le bien est inaliénable de contester la validité de la stipulation d'inaliénabilité ou de demander l'autorisation de l'aliéner est réputée non écrite ». Il en est de même pour le contrat d'hypothèque immobilière et la donation. En effet, les articles 2693 C.c.Q. et 1824, al. 1 C.c.Q. se lisent ainsi : « L'hypothèque immobilière doit, à peine de nullité absolue, être constituée par acte notarié en minute » (art. 2693) ; « La donation d'un bien meuble ou immeuble s'effectue, à peine de nullité absolue, par acte notarié en minute ; elle doit être publiée » (art. 1824, al. 1).

10. Les articles 2089 et 2095 C.c.Q. concernant les clauses de non-concurrence illustrent ce type de dispositions jugées d'ordre public par les tribunaux. Ainsi, comme le dispose le texte même de l'article 2089, une clause de non-concurrence sera contraire à l'ordre public si elle n'est pas délimitée quant à la durée, au territoire et à la nature des activités. Selon la jurisprudence, la liberté de l'individu étant de droit naturel et d'ordre public, elle doit se concilier avec la liberté de contracter ; force est de constater que ces dispositions codifient l'enseignement jurisprudentiel développé en vertu de l'ancien Code civil qui ne contenait aucune disposition à cet effet ; voir : *Dominion Blank Book Co. c. Harvey*, (1941) 79 C.S. 274 ; *169914 Canada inc. c. 2638-9833 Québec inc.*, [1992] R.J.Q. 2181 (C.S.) ; *Cameron c. Canadian Factors Corp.*, [1971] R.C.S. 148. Pour un exemple de clause de non-concurrence ne violant pas l'intérêt public, voir : *Groupe Quebecor inc. c. Grégoire*, J.E. 86-760, 1-28.

11. *Brique Citadelle ltée c. Gagné*, [1954] C.S. 262, 269-270.

À la lecture de la jurisprudence, on peut dégager les critères à appliquer pour déterminer si les dispositions d'une loi dont le législateur ne mentionne pas expressément si elles relèvent de l'ordre public revêtent ce caractère. Dans un premier temps, il faut délimiter le but ou l'objectif visé par la disposition et, en cas de difficulté à le déceler, le tribunal peut se référer au contexte historique qui a amené le législateur à l'adopter. Dans un deuxième temps, on doit déterminer s'il y a des raisons sérieuses qui justifient la remise en question du principe de la liberté contractuelle et de la libre négociation. Dans un troisième temps, il faut équilibrer les intérêts en présence et, pour ce faire, on doit tenir compte non seulement des intérêts respectifs des parties en cause, mais aussi des intérêts de la collectivité. Cette dernière étape doit se faire à la lumière du but visé par le législateur dans la disposition en question et des raisons ou motifs sérieux qui justifient, d'une part, d'imposer une restriction au principe de l'autonomie de la volonté et, d'autre part, d'attribuer à la disposition législative le caractère d'ordre public¹².

De ce qui précède, nous pouvons conclure que l'ordre public est une notion mixte : tout d'abord textuelle, lorsque le législateur l'indique clairement, et ensuite virtuelle, lorsque les tribunaux déterminent le caractère impératif d'une disposition alors que le législateur se montre silencieux à cet égard.

Rappelons que, dans certains cas, les tribunaux sont appelés à se prononcer sur la validité de l'engagement ou de la clause contractuelle en l'absence d'une disposition législative traitant de tels clauses ou engagements. En effet, la notion d'ordre public ne se limite pas au concept législatif, mais elle peut être également constituée par décisions judiciaires puisque les tribunaux ont, même en cas de vide législatif, « le devoir de le sanctionner et de le modeler en prenant en compte les valeurs fondamentales de la société à un moment donné de son évolution¹³ ».

À titre illustratif, on peut citer le concept de l'ordre public en matière de clauses de non-concurrence dans les contrats de travail qui, avant d'être intégré à la législation québécoise¹⁴, était de création jurisprudentielle. En effet, comme on peut le constater à la lumière de l'affaire *Cameron*¹⁵, ce processus créatif a été utilisé afin d'imposer des limites précises et raisonnables, pour les rendre conformes à l'ordre public, à des clauses cherchant à restreindre la liberté de travail d'un employé dans l'avenir.

12. *Banque Royale du Canada c. Caisse populaire de Rock Forest*, précité, note 8, 994 et 995.

13. *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561 (C.A.), 2570, J.E. 95-1848 (C.A.).

14. Voir les articles 2089 et 2095 C.c.Q.

15. *Cameron c. Canadian Factors Corp.*, précité, note 10.

1.1.1.2 La classification de la notion d'ordre public

La doctrine a toujours établi une distinction entre l'ordre public politique et l'ordre public économique.

L'ordre public politique

Par l'ordre public politique, le législateur cherche à assujettir les activités des citoyens à certaines règles supérieures visant le bon fonctionnement de la société¹⁶. Les principales institutions ciblées demeurent l'État et la famille¹⁷.

L'ordre public au service de l'État

L'ordre public de cette nature tend à protéger certaines institutions essentielles de la société, tel l'État. Dans la défense de l'intérêt de ce dernier, le législateur empêche les particuliers de déroger à certaines lois qu'il juge indispensables pour maintenir l'ordre social¹⁸. D'autre part, grâce aux lois sur l'administration de l'État, il rend invalides les contrats d'influence politique, les contrats visant la corruption des fonctionnaires et toute activité par laquelle on cherche à frauder le système de financement de l'État ou le système électoral¹⁹.

L'ordre public au service de la famille

Cet ordre public, de nature sociale, protège d'autres institutions essentielles, telle la famille. À titre d'exemple, selon l'article 585 C.c.Q., les époux et les parents en ligne directe ses doivent des aliments. Les tribunaux ont interprété cet article comme interdisant à un conjoint de renoncer aux aliments pour les enfants²⁰. Jusqu'à tout récemment, les parties pouvaient prévoir les modalités de paiement concernant les pensions alimentaires,

16. B. LEFÈVRE, « Quelques considérations sur la notion d'ordre public à la lumière du Code civil du Québec », dans *Développements récents en droit civil (1994)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 149, à la page 152.

17. Par exemple, le législateur, à l'article 440 C.c.Q., exige que le contrat de mariage soit fait par acte notarié, sous peine de nullité absolue, ce qui protège à la fois non seulement les futurs époux mais également les tiers (créanciers des époux) quant à leurs droits. Il en va de même pour l'hypothèque et la donation ; voir *supra*, note 10 pour le texte de ces dispositions.

18. Ainsi, on ne pourrait pas, par convention, échapper à la réglementation des lois fiscales ; voir à cet effet *Lessard c. Labonté*, [1963] C.S. 247 (contrat visant à frauder le fisc).

19. Par exemple, voir *Cormier c. Tremblay*, [1964] C.S. 518.

20. Voir, par exemple, *Droit de la famille - 2185*, [1995] R.D.F. 294 (C.S.).

mais, depuis l'entrée en vigueur de la *Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires*, elles sont soumises à cette loi d'ordre public²¹.

Cependant, malgré le cadre rigide dressé par le législateur, les parties peuvent, à l'intérieur de ces limites, conclure des conventions ; par exemple, lors d'une séparation ou d'un divorce, elles pourront prévoir, par contrat devant être homologué par le tribunal, le partage des biens et la garde des enfants²².

L'ordre public peut également être à la fois au service de la famille et veiller à la protection de certaines valeurs morales. Par exemple, le législateur québécois interdit les conventions de mères porteuses²³. En effet, les conventions de procréation ou de gestation pour le compte d'autrui, par lesquelles une personne s'engage envers une autre à engendrer ou à porter un enfant, sont nulles de nullité absolue, que celles-ci aient été faites à titre onéreux ou gratuit. C'est à bon droit que le législateur cherche à interdire aux parties de se prévaloir de l'exécution de ces conventions spéciales, ou de la demander, puisqu'il est « contraire à l'ordre public de permettre que la filiation d'un enfant soit déterminée par une convention²⁴ ».

Le législateur, par l'adoption de cette disposition, a mis de côté ce moyen pour contrecarrer l'infécondité de la femme, de façon à épouser d'autres valeurs morales. On peut se demander si c'est au nom des mêmes valeurs morales que les futures générations assoupliront peut-être un jour les règles du jeu en ce domaine, ce qui prouvera bien que la notion d'ordre public est une notion évoluant dans le temps et revêtant de ce fait une certaine élasticité.

Doit-on rappeler que la notion d'ordre public dans ce domaine varie d'un pays à l'autre et selon les cultures ? Ainsi, plusieurs États américains reconnaissent actuellement la légalité de telles conventions, même à titre onéreux.

L'ordre public au service de l'individu

En ce qui concerne l'ordre public au service de l'individu, le législateur a prévu plusieurs lois visant précisément à protéger l'individu qui entre en relation contractuelle avec d'autres. Ainsi, la *Loi sur la protection du consommateur* est le meilleur exemple d'une loi édictée pour protéger le

21. *Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires*, L.Q. 1995, c. 18.

22. Voir, à titre d'exemple, *Droit de la famille – 685*, [1989] R.D.F. 527 (C.A.).

23. L'article 541 C.c.Q. se lit ainsi : « Les conventions de procréation ou de gestation pour le compte d'autrui sont nulles de nullité absolue. »

24. G. RÉMILLARD, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 327.

consommateur, ce dernier étant généralement dans une position d'infériorité devant le commerçant. Les dispositions régissant le bail résidentiel sont un autre exemple de dispositions dont la plupart sont édictées pour protéger le locataire.

Les droits extrapatrimoniaux de l'individu sont également protégés par le législateur ; ces droits de la personnalité, intimement liés à la personne qui les possède, ne peuvent faire l'objet de commerce, ni s'évaluer pécuniairement, ni être cédés ou transférés²⁵, sous peine de contrevenir à l'ordre public²⁶.

L'ordre public économique

L'ordre public économique s'occupe de la « réglementation directe des échanges de richesses et de services²⁷ ».

Contrairement à l'ordre public politique qui vise plutôt, nous l'avons vu précédemment²⁸, l'interdiction des contrats, l'ordre public économique tend davantage à déterminer le contenu des contrats²⁹.

On répertorie deux types d'ordre public économique, celui de direction et celui de protection. Il convient ici d'en traiter brièvement l'application.

L'ordre public de direction

L'ordre public de direction vise la protection de l'intérêt public en général et tente d'imprégner aux agissements des individus une direction politique, sociale ou économique déterminée ; il permet donc d'assurer l'implantation d'une politique d'économie dirigée.

25. Voir, à titre d'exemple, *Faillite de Laprairie Shopping Centre Ltd. c. Samson Bélaire, Deloitte & Touche inc.*, REJB 98-4687 (C.S.).

26. J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 1, pp. 43-44 ; à titre d'exemples, voir les articles suivants : « Toute personne est titulaire de droits de la personnalité, tels le droit à la vie, à l'inviolabilité et à l'intégrité de sa personne, au respect de son nom, de sa réputation et de sa vie privée. Ces droits sont incessibles » (art. 3 C.c.Q.) ; « On ne peut renoncer à l'exercice des droits civils que dans la mesure où le permet l'ordre public » (art. 8 C.c.Q.) ; « Dans l'exercice des droits civils, il peut être dérogé aux règles du présent code qui sont supplétives de volonté ; il ne peut, cependant, être dérogé à celles qui intéressent l'ordre public » (art. 9 C.c.Q.) ; « Toute personne est inviolable et a droit à son intégrité. Sauf dans les cas prévus par la loi, nul ne peut lui porter atteinte sans son consentement libre et éclairé » (art. 10 C.c.Q.).

27. Voir G. RÉMILLARD, *op. cit.*, note 24, à l'article 1417 C.c.Q., p. 860.

28. Voir *supra*, section 1.1.1.2.

29. J. GHESTIN, « Les obligations : Le contrat : formation », dans *Traité de droit civil*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1988, p. 122.

La disposition est d'ordre public de direction lorsque la règle prévue transcende le seul intérêt individuel et s'attache davantage à l'intérêt collectif. Dans ce cas, la renonciation à son application n'est pas permise par l'une ou l'autre des parties au contrat parce que l'intérêt visé par le législateur est celui de la société dans son ensemble. C'est pourquoi toute violation de cette disposition sera sanctionnée par la nullité absolue³⁰. À titre d'exemples, le législateur a édicté des règles visant à protéger la libre concurrence ainsi que les limitations aux prix et aux salaires afin de contrer l'inflation³¹.

Le législateur prévoit expressément la nullité absolue comme sanction du contrat contrevenant à l'ordre public de direction³², et elle peut être invoquée par toute personne ayant un intérêt né et actuel. De plus, un tel contrat ne peut être confirmé par les parties contractantes, car il n'est pas dans l'intérêt général que des actes contrevenant à des dispositions d'ordre public de direction produisent des effets juridiques au même titre que des actes valides. Ainsi, un contrat portant sur une transaction de drogue est nul de nullité absolue, l'objet du contrat étant illégal et contraire à l'ordre public social.

L'ordre public de protection

Contrairement à l'ordre public de direction, la partie que la loi vise à protéger peut renoncer au bénéfice qu'elle lui garantit. On reconnaît ce type d'ordre public à la lecture du texte législatif qui vise la protection d'intérêts particuliers ou privés, généralement ceux de la partie la plus démunie dans un rapport de forces entre cocontractants³³. On trouve plusieurs lois sujettes à ce type d'ordre public, notamment les lois concernant la protection du consommateur³⁴, les lois établissant des exigences en matière de

30. Art. 1417 C.c.Q.; voir à cet effet C. MURRAY, « Règles particulières au bail d'un logement », dans BARREAU DU QUÉBEC, *Obligations et contrats*, « collection de droit », t. 5, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 227.

31. Voir, à ce sujet, la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), c. C-34, art. 1, L.R.C. (1985), c. 19 (2^e supp.), art. 19; la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, S.C. 1984, c. 25; ainsi que la *Loi anti-inflation*, S.C. 1974-75-76, c. 75, art. 14, et la *Loi anti-dumping*, S.R.C. 1970, c. A-15.

32. Art. 1417 et 1418 C.c.Q.

33. C. MURRAY, *op. cit.*, note 31, pp. 227-228; voir également au même effet P.-A. CÔTÉ, *Interprétations des lois*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, pp. 231-232.

34. En plus de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1, le C.c.Q. édicte dans ses articles 1436 et 1437 la nullité d'une clause illisible ou abusive dans un contrat de consommation ou d'adhésion. Voir également la *Loi sur l'intérêt*, L.R.C. (1985), c. I-15, loi d'ordre public de protection puisqu'elle vise à protéger uniquement ceux qui doivent payer de l'intérêt dans des circonstances très particulières, notamment pour

permis et de qualification professionnelle, les lois sur les relations et les normes de travail, les lois touchant le logement résidentiel³⁵.

La loi³⁶, la doctrine et la jurisprudence admettent en principe que la partie en faveur de laquelle la protection est établie peut renoncer à la protection ou au droit que la loi lui accorde. Ce principe est valable dans la mesure où la loi n'interdit pas expressément une telle renonciation. Par exemple, la *Loi sur les normes du travail*³⁷ en son article 93³⁸ édicte qu'il est impossible de déroger aux conditions de travail prévues dans cette loi. L'employeur peut cependant accorder à son employé des conditions plus avantageuses que les normes minimales indiquées dans cette loi³⁹. Soulignons toutefois que seul le salarié peut personnellement renoncer à une condition imposée par la *Loi sur les normes du travail* dans la mesure où l'avantage qui lui sera accordé en contrepartie n'aura pas pour effet de diminuer les conditions de travail des autres salariés⁴⁰. Outre la *Loi sur les normes du travail*, la *Loi sur la protection du consommateur*⁴¹ prohibe expressément une telle renonciation. En effet, les articles 261⁴² et 262⁴³ de cette loi interdisent au consommateur de renoncer à un droit édicté par cette loi.

empêcher l'usure. Une entente dérogeant à une loi d'ordre public de protection est entachée de nullité relative et celui que cette loi a pour objet de protéger peut renoncer au bénéfice que la loi lui confère : 2861-9435 *Québec inc. c. Tardif*, J.E. 95-1569 (C.S.).

35. *Garcia Transport ltée c. Cie trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 499, 523.

36. Voir l'article 1420 C.c.Q.

37. *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1, art. 93.

38. *Ibid.* :

Sous réserve d'une dérogation permise par la présente loi, les normes du travail contenues dans la présente loi et les règlements sont d'ordre public.

Une disposition d'une convention ou d'un décret qui déroge à une norme du travail est nulle de plein droit.

39. Voir à cet effet l'article 94 de la *Loi sur les normes du travail*, précitée, note 37, qui dispose ceci : « Malgré l'article 93, une convention ou un décret peut avoir pour effet d'accorder à un salarié une condition de travail plus avantageuse qu'une norme prévue par la présente loi ou les règlements. » Et ce, pour autant que l'avantage accordé au salarié n'a pas pour effet de diminuer les conditions de travail des autres salariés. Voir aussi R.P. GAGNON, *Le droit du travail du Québec – pratiques et théories*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996.

40. Voir *General Motors du Canada c. Syndicat national des travailleurs et travailleuses de l'automobile, de l'aérospatiale et de l'outillage agricole du Canada, section locale 1163*, (1994) T.A. 776, D.T.E. 94T-974 (T.A.).

41. *Loi sur la protection du consommateur*, précitée, note 34.

42. *Id.*, art. 261 : « On ne peut déroger à la présente loi par une convention particulière. »

43. *Id.*, art. 262 : « À moins qu'il n'en soit autrement prévu dans la présente loi, le consommateur ne peut renoncer à un droit qui lui confère la présente loi. »

Quand la renonciation à l'application d'une disposition d'ordre public est permise, elle ne peut cependant être valide que lorsqu'elle intervient après l'acquisition du droit par la personne que cette loi cherche à protéger. Ainsi, la renonciation à demander la nullité d'un contrat qui viole une disposition d'ordre public de protection sera sans effet si elle intervient avant la formation du contrat entre les parties. Pour qu'elle soit valide, elle doit être consentie par la partie en faveur de laquelle la nullité est établie, après l'acquisition du droit à la nullité. Ce dernier ne peut être acquis qu'une fois le contrat formé, puisque celui-ci ne peut violer l'ordre public avant sa formation, le droit à la nullité ne pouvant alors être acquis pour qu'il puisse faire l'objet d'une renonciation valide⁴⁴.

La sanction de la violation de l'ordre public de protection est la nullité relative. Celle-ci ne pourra être invoquée que par la personne que la loi entend protéger⁴⁵. S'il peut sembler simple, du moins sur le plan théorique, d'établir la distinction entre la nullité relative et la nullité absolue, il n'en est pas toujours de même en pratique, puisqu'une même disposition peut à la fois viser l'intérêt général et l'intérêt particulier. À titre d'exemples, les articles 1411 et 1413 du *Code civil du Québec* qui sanctionnent la nullité d'un contrat dont l'objet ou la cause sont contraires à l'ordre public ne précisent pas le caractère de la nullité. Dorénavant, pour déterminer le caractère de la nullité, il faut examiner, à l'aide des nouveaux critères d'ordre public de direction et d'ordre public de protection, les dispositions de la loi afin de déterminer si le législateur entend protéger l'intérêt général ou les intérêts particuliers.

Le tribunal saisi d'une demande en nullité d'un contrat qui contrevient à une disposition impérative doit donc procéder à une analyse de l'objectif fixé par le législateur en créant cette règle impérative qui limite la liberté contractuelle. Si le tribunal, à la suite de cette analyse, arrive à la conclusion que le but visé par le législateur est de protéger l'intérêt général, la sanction de la violation de la disposition doit être la nullité absolue. Par contre, lorsque la règle est imposée par le législateur pour protéger l'intérêt

44. La Cour suprême, dans l'arrêt *Garcia*, précité, note 35, 529-530, s'est exprimée comme suit à cet égard : « La règle générale veut que la renonciation ne soit valide que si elle intervient après que la partie, en faveur de laquelle la loi a été édictée, a acquis le droit qui découle de cette loi. Pour conclure [...] cette renonciation n'est valide que si elle est consentie après l'acquisition de droit et non avant. »

45. Art. 1419 et 1420 C.c.Q. ; voir également *Belgo-Fisher (Canada) Inc. c. Lindsay*, [1988] R.J.Q. 1223 (C.A.) ; *Garcia Transport ltée c. Cie Trust Royal*, précité, note 35. Dans l'arrêt *Belgo-Fisher*, précité, la loi était d'ordre public parce qu'elle visait à protéger ceux qui, à l'occasion d'opérations immobilières, doivent recourir aux services d'intermédiaires.

de certains particuliers, même si elle a un caractère d'ordre public, la sanction doit être la nullité relative⁴⁶.

Dans certains cas, une disposition peut viser à la fois les intérêts particuliers et ceux de la société⁴⁷. À titre d'exemple, la garantie du constructeur relative à la solidité de l'immeuble est à la fois d'ordre public de protection et de direction. Cette disposition a pour objet d'assurer la qualité et la solidité de l'œuvre érigée, dans un souci de ne pas compromettre la sécurité tant du maître de l'ouvrage que du public en général⁴⁸. Par conséquent, toute renonciation à cette garantie est illégale et sans effet. Il en est de même pour la règle relative au logement impropre à l'habitation prévue dans l'article 1913 C.c.Q. Cette règle est considérée comme étant d'ordre public de direction car elle porte non seulement sur la protection du locataire et sa famille mais aussi sur celle du public. Le tribunal peut à l'occasion de tout litige relatif au bail déclarer d'office qu'un logement est impropre à l'habitation⁴⁹.

En matière d'assurances, l'article 2415 C.c.Q. rend nulle toute clause qui accorde au preneur, à l'assuré, à l'adhérent ou au titulaire du contrat moins de droits que les dispositions du chapitre consacré aux assurances. Il en est de même pour une clause qui concerne l'intérêt d'assurance ou le

46. V. KARIM, *Commentaires sur les obligations*, t. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 154 ; voir également *Belgo-Fisher (Canada) Inc. c. Lindsay*, précité, note 45 ; *Pomerleau c. 2319-8419 Québec inc.*, [1989] R.J.Q. 137 (C.S.), [1989] R.D.I. 11 (C.S.) ; *Mousseau c. Société de gestion Paquin ltée*, [1994] R.J.Q. 2004 (C.S.), J.E. 94-1296 (C.S.) (en appel). Dans l'arrêt *Pomerleau*, précité, la *Loi favorisant la réforme du cadastre québécois* a été jugée d'ordre public parce que son but ultime est la protection d'un secteur particulier d'individus, les propriétaires d'immeubles et les tiers qui veulent y acquérir un intérêt ou qui, par une disposition spéciale de la loi, sont titulaires des privilèges et des hypothèques.

47. *Banque Royale du Canada c. Caisse populaire de Rock Forest*, précité, note 8 ; par exemple, il a été jugé que l'article 1655 C.c.Q. vise à protéger à la fois les intérêts particuliers du débiteur et ceux de la société ; en effet, cette disposition empêche les créanciers de priver leurs débiteurs du bénéfice d'une réduction du taux d'intérêt et elle permet également le maintien d'une libre concurrence entre les institutions financières afin de promouvoir le développement économique de la société.

48. *General Signal Ltd., Division Ceilcote Canada c. Allied Canada Inc., Division Allied Chemical*, J.E. 94-1091 (C.A.) ; voir aussi *Ferme Richard Brault enr. c. Constructions D.M. Primeau inc.*, J.E. 96-1800 (C.Q.) ; l'article 2118 C.c.Q. se lit ainsi : « À moins qu'ils ne puissent se dégager de leur responsabilité, l'entrepreneur, l'architecte et l'ingénieur qui ont, selon le cas, dirigé ou surveillé les travaux, et le sous-entrepreneur pour les travaux qu'il a exécutés, sont solidairement tenus de la perte de l'ouvrage qui survient dans les cinq ans qui suivent la fin des travaux, que la perte résulte d'un vice de conception, de construction ou réalisation de l'ouvrage, ou, encore, d'un vice du sol. »

49. Art. 1917 C.c.Q.

droit des tiers en fait d'assurance responsabilité. Le législateur en matière d'assurances terrestres cherche donc à protéger non seulement le preneur mais aussi d'autres personnes pouvant être visées par le contrat d'assurance, notamment les tiers. Cette disposition d'ordre public a une portée générale permettant ainsi au tribunal d'intervenir pour invalider ou déclarer inopposable toute stipulation pouvant contrevenir à une disposition prévue dans le chapitre relatif aux assurances et qui accorde moins de droits aux personnes intéressées par le contrat d'assurance que la disposition en question (adhérent, preneur, assuré, bénéficiaire, tiers dans un contrat d'assurance responsabilité).

Il en est ainsi lorsqu'une clause prévoit que le contrat n'entrera en vigueur que lors de la livraison de la police d'assurance vie ; cette clause est illégale et sans effet lorsque la date de la livraison de la police est postérieure à la mise en vigueur de celle-ci prévue par la loi. Par contre, les parties peuvent convenir d'une date de prise d'effet antérieure à la date d'entrée en application prévue par la loi puisque cette clause favorise l'assuré⁵⁰. Dans le même ordre d'idées, l'article 2441 C.c.Q. rend inopérante toute clause d'exclusion pour cause de suicide au-delà d'une période de deux ans d'assurances ininterrompue. Bien que ces dispositions en matière d'assurance soient d'ordre public, ce dernier ne peut être que celui de protection, et la nullité d'une clause ne peut être invoquée que par les personnes que la loi protège.

Enfin, dans certains cas, il est difficile de mettre en évidence l'intérêt visé par la disposition d'ordre public. Il faut alors trouver quel fondement est prédominant en l'espèce pour déterminer le caractère de la nullité qui sanctionne sa violation. En cas de doute, le législateur a créé une présomption en faveur de la nullité relative des contrats⁵¹.

2. Le régime

2.1 Les sanctions

Soulignons d'abord souligner qu'une distinction doit être clairement établie entre un contrat frappé de nullité pour une cause quelconque et un contrat frappé de nullité parce qu'il contrevient à une disposition d'ordre public.

50. Voir les articles 2425 et 2426 C.c.Q. ; *Chablis Textiles c. London Life*, [1996] 1 R.C.S. 1.

51. Art. 1421 C.c.Q. : « À moins que la loi n'indique clairement le caractère de la nullité, le contrat qui n'est pas conforme aux conditions nécessaires à sa formation est présumé n'être frappé que de nullité relative. »

En effet, dans certains cas, le contrat peut être annulable sans qu'il contrevienne à une disposition d'ordre public. Il en est ainsi d'un contrat entaché d'un vice de consentement comme l'erreur, le dol, la crainte, l'incapacité et la lésion. D'autres contrats peuvent également être annulables lorsqu'ils contreviennent à une disposition d'ordre public. Dans ce cas, la cause de nullité est la violation d'une disposition d'ordre public, alors que, dans le premier cas, la cause de nullité du contrat est le vice de consentement et non pas la violation d'une disposition d'ordre public⁵².

En d'autres termes, tout contrat frappé de nullité n'est pas nécessairement contraire à l'ordre public, tandis que tout contrat contrevenant à l'ordre public sera frappé de nullité.

Faut-il rappeler que le *Code civil du Québec* prévoit dans ses dispositions certaines formalités à observer ainsi que des conditions à remplir relativement à la formation et à la validité des contrats et que la plupart de ces dispositions ne sont pas nécessairement d'ordre public ?

2.1.1 La sanction d'une règle d'ordre public en vigueur au moment de la formation du contrat

Le *Code civil du Québec* contient plusieurs dispositions prévoyant la nullité des contrats contrevenant à l'ordre public. Nous nous limiterons ici à en examiner quelques-unes.

2.1.1.1 La nullité des contrats dont la cause est prohibée par l'ordre public

Le législateur prévoit la nullité du contrat dont la cause est prohibée par l'ordre public⁵³ ; cependant, il ne précise pas le caractère de la nullité qui sanctionne un tel contrat. Pour déterminer la nature de la nullité qui frappe le contrat, les tribunaux doivent appliquer les critères prévus par les articles 1416 et 1421 du Code civil⁵⁴.

La cause du contrat contraire à l'ordre public politique et social doit être sanctionnée par une nullité absolue, puisque l'intérêt général est en

52. Voir, à titre illustratif, les articles 1398 à 1407 C.c.Q.

53. Art. 1411 C.c.Q.

54. Ces articles se lisent ainsi : « Tout contrat qui n'est pas conforme aux conditions nécessaires à sa formation peut être frappé de nullité » (art. 1416 c.c.Q.) ; « À moins que la loi n'indique clairement le caractère de la nullité, le contrat qui n'est pas conforme aux conditions nécessaires à sa formation est présumé n'être frappé que de nullité relative » (art. 1421 C.c.Q.).

jeu⁵⁵. Le contrat est alors réputé n'avoir jamais existé⁵⁶ et chacune des parties doit restituer à l'autre les prestations reçues⁵⁷.

En général, la convention est illégale lorsqu'elle contrevient par sa cause à une disposition impérative d'une loi ou viole un principe légal d'ordre public⁵⁸. Ainsi, une convention ayant pour but de permettre à l'un des cocontractants une évasion fiscale ou de se mettre à l'abri de poursuites de ses créanciers est une convention illégale puisque sa cause est contraire à l'ordre public général⁵⁹.

2.1.1.2 La nullité des contrats dont l'objet est contraire à l'ordre public

Le législateur prévoit également la nullité des contrats dont l'objet est contraire à l'ordre public⁶⁰. Ainsi, un contrat de donation de biens futurs s'oppose à l'ordre public⁶¹, tout comme le sont la renonciation à une prescription non acquise⁶² et la convention de procréation ou de gestation pour le compte d'autrui⁶³.

Dans certaines situations, le législateur prohibe expressément l'objet de certains contrats, tandis que dans d'autres il laisse le soin aux tribunaux de décider ce qui est contraire à l'ordre public. Lorsque l'objet du contrat nuit à la protection de l'intérêt général, les tribunaux doivent sanctionner la convention et la déclarer nulle d'une nullité absolue⁶⁴; dans l'hypothèse où l'objet du contrat va seulement à l'encontre de certains intérêts particuliers, alors la nullité ne peut être invoquée que par les personnes en faveur de qui elle est établie, et elle n'est que relative⁶⁵.

55. *Sauvé c. St-Laurent (Ville)*, [1956] B.R. 70; *Tremblay c. Chartrand*, [1957] B.R. 456; *L'Espérance c. Dubreuil*, [1969] R.L. 531 (C.P.).

56. Voir *Biéga c. Druker*, [1982] C.A. 181.

57. Art. 1422 C.c.Q. : « Le contrat frappé de nullité est réputé n'avoir jamais existé. Chacune des parties est, dans ce cas, tenue de restituer à l'autre les prestations qu'elle a reçues. »

58. *Pageau c. Lebel*, [1958] C.S. 320; *Castonguay c. Villemaire*, [1959] C.S. 401; *Cormier c. Tremblay*, précité, note 19; *Gagnon c. Fairfay Corporation Ltd.*, [1978] C.P. 158; *Cataford c. Moreau*, [1978] C.S. 933.

59. *Bock et Tétreau inc. c. Corp. Eagle Lumber Ltée*, J.E. 93-1041 (C.A.); *Durand c. Drolet*, [1994] R.L. 300 (C.A.), J.E. 93-1493 (C.A.).

60. Voir l'article 1413 C.c.Q.

61. Voir l'article 1818 C.c.Q.

62. Voir l'article 2883 C.c.Q.

63. Voir l'article 541 C.c.Q. et aussi nos commentaires, *supra*, section 1.1.1.2.

64. Voir les articles 1417 et 1418 C.c.Q.; l'article 1417 ne vise que les dispositions d'ordre public de direction : voir B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 17, p. 157.

65. Voir les articles 1419 et 1420 C.c.Q.

La Cour d'appel a conclu qu'un engagement pris par un employé envers son employeur à l'effet d'établir et de maintenir sa résidence dans les limites de la ville, à défaut de quoi il serait congédié, est nul puisqu'il est contraire à l'ordre public⁶⁶. Un tel engagement a été en effet jugé comme violation de la vie privée de la personne, car il restreint la liberté de l'employé de pouvoir choisir de résider où bon lui semble. Cet engagement, bien qu'il ne contrevienne pas à la *Charte des droits et libertés de la personne*, s'oppose donc à l'ordre public⁶⁷.

De même, la convention contenant une clause par laquelle les copropriétaires indivis renoncent à leur droit de demander le partage des droits indivis est illégale et contraire à l'ordre public puisqu'elle viole le principe bien établi dans le droit québécois selon lequel nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision⁶⁸.

2.1.1.3 Les effets particuliers de la nullité absolue qui sanctionne la violation d'une disposition d'ordre public politique et moral

Les effets de la nullité d'un contrat fait en violation de l'ordre public politique et moral ne seront pas identiques à ceux de la nullité d'un contrat allant à l'encontre de l'ordre public économique, même s'il s'agit d'une disposition d'ordre public de direction, et cela, bien qu'il soit question d'une nullité absolue dans les deux cas. Ainsi, dans le cas d'un contrat contrevenant à une disposition d'ordre public politique et social, les tribunaux ne s'intéressent pas à la partie lésée et ne lui accordent aucune protection ni aucun secours lui permettant d'être remise en état précontractuel lorsque celle-ci a été sciemment partie à l'infraction commise en violation de l'ordre public. La jurisprudence⁶⁹ a déjà appliqué l'adage *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* et elle crée une exception au principe de la restitution en distinguant entre le contrat nul parce qu'il est contraire à l'ordre

66. *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, précité, note 13. Il est à noter, au sujet de cette affaire, que la Cour suprême (*Longueuil (Ville de) c. Godbout*, [1997] 3 R.C.S. 844) a confirmé la décision de la Cour d'appel en concluant cependant que, dans ce cas précis, l'employeur ne peut imposer de limite territoriale quant au lieu de résidence de son employé sans contrevenir sans justification à l'article 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12. Voir également *Brasserie Labatt ltée c. Villa*, [1995] R.J.Q. 73 (C.A.).

67. *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, précité, note 13, p. 2570.

68. V. KARIM, *op. cit.*, note 46, p. 130; à l'inverse, certains types de contrats sont valides parce qu'ils ne sont plus jugés comme immoraux ou allant à l'encontre de l'ordre public. Songeons ici à la stérilisation volontaire : le droit civil du Québec ne s'oppose plus à la conclusion d'un contrat en semblable matière; *Cataford c. Moreau*, précité, note 58.

69. Voir *Guay c. Vézina*, (1920) 58 C.S. 104, 110; pour une application plus récente par la Cour d'appel, voir *Bouchard c. Bluteau*, J.E. 85-337 (C.A.).

public économique et celui qui est nul parce qu'il contrevient à l'ordre public politique et social (autrefois les bonnes mœurs). De son côté, la partie lésée à la suite de la déclaration de nullité d'un contrat portant atteinte à l'ordre public économique pourra être remise en état précontractuel⁷⁰.

Pendant, il y a lieu de mentionner que dans certains cas les tribunaux ont ordonné la restitution même si le contrat avait été conclu en violation de l'ordre public politique et moral. Par exemple, dans l'affaire *The Consumer Cordage Company c. Nicholas K. Connolly and Michael Connolly*⁷¹, le juge Girouard, reprenant à son compte les propos de plusieurs juristes français, notamment ceux de Laurent dans son volume 16, n° 164 :

Aux termes de l'article 1131 [du Code civil français], l'obligation sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet, or, n'est-ce pas lui donner un effet très important que d'empêcher la répétition ? L'ordre public et la moralité ne seraient-ils pas blessés si celui qui a retiré un bénéfice d'une convention que la loi réprouve pouvait le conserver ? Voilà la vraie turpitude, pour nous servir du langage traditionnel, il n'y a qu'une manière de prévenir ce scandale, c'est de donner l'action en répétition dans tous les cas⁷².

Une partie de la doctrine fait une distinction entre les contrats immoraux et les contrats illicites. Dans le premier cas, il ne faut pas accorder la restitution, mais tout simplement appliquer le principe *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Dans le second cas, la restitution doit être ordonnée lorsque le paiement a été fait en vertu d'un contrat illicite. Le même raisonnement doit s'appliquer lorsque la partie qui réclame la restitution est une victime qui n'a joué aucun rôle immoral. Par contre, la restitution doit être refusée à un cocontractant qui est partie à une infraction criminelle lors de la conclusion du contrat. Il ne doit pas avoir de recours civil pour répéter ce qu'il a payé⁷³.

En cas d'immoralité partagée, il n'y a pas lieu à la restitution non plus, et l'adage *In pari causa, cessat repetio* trouve application. Dans les affai-

70. V. KARIM, *op. cit.*, note 47, p. 159.

71. *Consumer Cordage Company c. Connolly*, [1901] 31 R.C.S. 294.

72. *Ibid.*, 305. Le juge Girouard édicte en ses propres termes ce qui suit (p. 302) : « There may possibly be cases where the sense of justice would be shocked as to close its eyes and ears and turn the rascals out of court the moment the true character of the suit is revealed, for instance, a demand to recover back moneys paid to commit murder and atrocious crimes, although I do not wish to express any opinion upon a supposition of that kind. No case of this description can be found in the reports, and there is little probability that, in the future more than in the past, criminals of this class will ever soil the precincts of courts of justice, for they would have to face a cross-demand by the State for confiscation. »

73. *Dugal c. Villaume*, J.E. 96-1566 (C.Q.).

res *Bouchard c. Bluteau*⁷⁴ et *J. Donat Langelier Ltée c. Demers*⁷⁵, les juges ont statué que lorsque les deux parties à l'acte agissaient en toute connaissance de l'objet illicite et contraire aux bonnes mœurs, alors ni l'une ni l'autre n'avait droit à la restitution des prestations. « Si l'un a, au cours de la transaction criminelle acquis un avantage aux dépens de l'autre, la justice n'en reconnaît pas l'existence et se désintéresse du sort de la personne frustrée, qui, devant elle, n'est pas victime mais complice⁷⁶. »

Sous l'empire du *Code civil du Bas Canada*, certains arrêts estiment donc nécessaire de sanctionner la conduite immorale du cocontractant qui réclame la remise en état. Il en est de même dans les cas où les deux parties sont complices et connaissent que leur contrat est prohibé par la loi ou viole une disposition du *Code criminel*. Toutefois, la jurisprudence moderne refuse d'appliquer systématiquement l'adage *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* et ordonne la restitution lors même que l'engagement pêche contre les règles du *Code criminel*⁷⁷. Ainsi, dans l'affaire *Nadeau c. Doyon*⁷⁸, le tribunal, reprenant les propos du juge Baudouin, arriva à la conclusion que « refuser la remise en état est équivalent à ajouter une seconde immoralité à la première, en accordant, sans droit, une partie du bénéfice de l'engagement nul à l'un des contractants⁷⁹ ». Il en fut de même dans l'arrêt

74. *Bouchard c. Bluteau*, précité, note 69, aussi cité dans J.-L. BAUDOUIN et V. KARIM, *Jurisprudence en matière d'obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 1990, p. 43.

75. *J. Donat Langelier Ltée c. Demers*, [1988] R.J.Q. 120 (C.S.) aussi cité dans J.-L. BAUDOUIN et V. KARIM, *op. cit.*, note 74, p. 265.

76. *Bouchard c. Bluteau*, précité, note 69, p. 47. Selon la Cour d'appel : « La loi et la doctrine font une distinction entre les paiements faits en vertu de contrats contraires à l'ordre public et ceux faits en vertu de contrats prohibés par la loi comme contraires aux bonnes mœurs et aux dispositions du droit criminel. Dans l'un ou l'autre des cas, les contrats sont nuls, mais avec des conséquences différentes. Si le contrat est contraire à l'ordre public ou constitue une violation d'une disposition d'ordre public, le contrat est nul, mais chaque partie peut répéter ce qu'elle a payé, la nullité du contrat les replace dans le même état qu'elles étaient auparavant. Mais si l'obligation a une cause contraire aux bonnes mœurs ou aux dispositions du droit criminel, aucun des contractants ne peut répéter ce qui a été payé en vertu de ce contrat » (p. 6 du texte intégral).

77. Voir J.-L. BAUDOUIN, *Les obligations*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, pp. 221-222, n^o 324.

78. *Nadeau c. Doyon*, [1993] R.J.Q. 2267 (C.Q.).

79. J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 77, pp. 221-222, n^o 324. G. RÉMILLARD, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Les publications du Québec, 1993, p. 1057, va aussi dans ce sens : l'exception d'immoralité « conduit bien souvent à une seconde immoralité [...] l'enrichissement indu de l'une des parties » ; voir aussi C. LARROUMET, *Droit civil*, t. 3 : « Les obligations : le contrat », 3^e éd., Paris, Economica, 1996, n^o 580, p. 570 ; P.G. JOBIN, *Le louage*, coll. « Traité de droit civil », 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, n^o 49, p. 140.

*Dugal c. Villaume*⁸⁰, où la demanderesse par manque de clairvoyance a adhéré à un système pyramidal sans être l'instigatrice de l'infraction mais plutôt une victime vénale et, à ce titre, elle a eu droit au remboursement.

Quant aux contrats illicites, la règle qui oblige la restitution par chacune des parties des prestations qu'elle a reçues doit s'appliquer. Cependant, le tribunal a le pouvoir mais pas le devoir d'ordonner la restitution⁸¹. Il devra ainsi juger à la lumière des circonstances s'il y a lieu de refuser la restitution. Ce refus peut parfois s'avérer justifié lorsque les deux parties ont agi de façon illégale et lorsque la situation ne donne pas lieu à un enrichissement injustifié. Une telle situation peut être maintenue, et il s'agira d'une « pénitence ». *A contrario* nous soutenons que, lorsqu'une des deux parties met en preuve son manque de clairvoyance et sa bonne foi dans la conclusion du contrat, il devrait être possible d'obtenir la restitution.

Il ne sera pas inutile de reprendre, dans les six paragraphes qui suivent, des passages de notre volume *Commentaires sur les obligations* traitant de la question⁸².

Rappelons que le contrat immoral est non seulement celui qui porte sur un objet illégal ou hors commerce, mais aussi celui qui va à l'encontre de la morale et porte atteinte à la dignité de la société, telle la location d'une maison de prostitution⁸³. En tout respect pour les tenants de cette opinion, nous ne pouvons nous y soumettre pour les raisons suivantes. Premièrement, le législateur québécois, fidèle à la tradition civiliste, a toujours énoncé de façon générale les règles de droit fondamentales, sans traiter toutes les questions qu'elles pouvaient soulever de façon détaillée, comme c'est le cas dans les pays de common law. Il est donc difficile d'accepter que le législateur, en codifiant une règle jurisprudentielle bien établie en vertu de l'ancien Code qui exigeait la remise en état des parties, avait vraiment l'intention d'exclure les exceptions à cette règle créées par la jurisprudence, d'autant plus qu'il n'a rien exprimé à cet effet dans l'article 1422 C.c.Q. ni nulle part ailleurs dans le nouveau Code civil et que l'on ne peut prêter au législateur une intention qu'il n'a pas exprimée.

Deuxièmement, il est difficile d'admettre que le législateur ait voulu, en édictant l'article 1422 C.c.Q., encourager la conclusion de contrats contrevenant gravement à l'ordre public politique et moral et, surtout, permettre la conclusion de contrats immoraux qui ne peuvent que frustrer, voire susciter l'indignation de l'ensemble de la société.

80. *Dugal c. Villaume*, précité, note 73.

81. Voir J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1996, p. 327.

82. V. KARIM, *op. cit.*, note 47, pp. 160-162.

83. *J. Donat Langelier ltée c. Demers*, précité, note 75.

Troisièmement, nous doutons que l'article 1422, al. 2 C.c.Q. soit d'ordre public en ce sens que la règle de restitution des prestations par chaque partie ne peut être absolue. Nous croyons que les tribunaux, dans leur application de cet article, vont sûrement tenir compte d'autres dispositions et règles qui intéressent l'ordre public. Par ailleurs, le législateur a créé plusieurs exceptions à cette règle sans toutefois les mentionner dans l'article 1422 C.c.Q.⁸⁴.

Nous pensons que la règle prévue par l'article 1422 C.c.Q. demeure une règle générale mais qui diffère de celle de l'ancien Code civil par le simple fait qu'elle se trouve maintenant écrite et lie les tribunaux qui doivent désormais l'appliquer, à moins qu'une situation exceptionnelle ne justifie sa mise à l'écart. Nous songeons à certains cas déjà traités par la jurisprudence⁸⁵ où les deux parties contractantes avaient délibérément et en toute connaissance de cause contrevenu à des dispositions d'ordre public politique et moral ou à des dispositions intéressant la société dans son ensemble (aux dispositions du *Code criminel* par exemple). Appliquer la règle de l'article 1422, al. 2 C.c.Q. à ce genre de contrat revient à encourager certains contractants à contrevenir à n'importe quelle disposition d'ordre public et à mettre en péril la morale même de la société en leur enlevant jusqu'à la crainte de voir sanctionner par le droit civil leurs actes immoraux. Il est impensable que le législateur, en codifiant la règle de l'article 1422 C.c.Q., ait eu à l'esprit une telle intention. Nous croyons que le principe élaboré en matière de restitution dans l'arrêt *Guay c. Vézina*⁸⁶ demeure valable et son application s'impose dans l'intérêt de la justice.

Par ailleurs, bien que les tribunaux aient parfois provoqué l'enrichissement indu de l'une ou l'autre des parties en appliquant les maximes *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* et *In pari causa turpitudinis cessat repetito*, ils ont aussi mis en pratique des règles d'équité afin de sanctionner l'immoralité de l'un des cocontractants qui nuit à l'autre contractant ignorant le caractère immoral du contrat. La jurisprudence récente⁸⁷ semble adopter cette attitude protectionniste.

Quoi qu'il en soit, le législateur a introduit un tempérament important à la règle de la restitution puisque le tribunal a maintenant un large pouvoir

84. Voir à cet effet l'article 1706 C.c.Q.

85. *Bouchard c. Bluteau*, précité, note 69 ; *J. Donat Langelier ltée c. Demers*, précité, note 75.

86. *Guay c. Vézina*, précité, note 69.

87. *McHugh c. Dubé*, [1975] C.P. 158 ; *Marquis c. Promotion & Succès ltée*, [1975] C.P. 104 ; *Normand c. Holiday Magic Ltd.*, [1976] C.S. 116 ; *Bluteau c. Bouchard*, [1978] C.S. 241 ; *Girard c. Véronneau*, [1980] C.A. 534 ; *St-Pierre c. Richard*, J.E. 85-980 (C.P.).

discrétionnaire et peut refuser la restitution ou en modifier l'étendue ou les modalités afin d'empêcher que l'une des parties ne reçoive un avantage injustifié (cf. art. 1699, al. 2 C.c.Q.)⁸⁸.

En somme, deux remarques s'imposent. En premier lieu, les dispositions du *Code civil du Québec* en matière de restitution ne condamnent pas de façon catégorique ou absolue l'application de l'adage *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, puisque la règle prévue dans le deuxième alinéa de l'article 1699 C.c.Q. laisse au tribunal un pouvoir discrétionnaire de refuser la restitution ou d'en modifier plutôt l'étendue ou les modalités⁸⁹. Cette discrétion peut facilement aider le juge lorsque l'une des parties a joué un rôle immoral plus important ou plus grave que l'autre lors de la conclusion du contrat. En second lieu, cet adage ne peut empêcher l'auteur de l'immoralité d'invoquer sa propre turpitude pour demander la nullité de l'acte immoral, car l'article 1418 C.c.Q. oblige maintenant le tribunal à annuler d'office le contrat frappé de nullité absolue⁹⁰.

Par ailleurs, la violation d'une disposition d'ordre public et moral a des conséquences sur la prescription de l'action en nullité. En effet, le caractère absolu d'une nullité rend l'action en nullité imprescriptible dans certaines circonstances. Même si le principe général est le suivant : toute action est prescriptible, nous croyons que le contraire prévaut dans cette situation pour trois raisons.

Premièrement, il est impensable qu'un contrat frappé de nullité absolue devienne valide à l'expiration d'un délai de prescription en raison de sa dérogation à une disposition d'ordre public. Deuxièmement, le contrat qui ne peut être confirmé par la volonté expresse des parties contractantes ne saurait être valide par le seul écoulement du temps et l'expiration d'un délai quelconque. Troisièmement, nous voyons difficilement comment l'action en nullité absolue serait prescriptible et, par conséquent, rejetée pour ce motif par le juge, alors que celui-ci a le devoir de soulever d'office cette nullité sans aucune restriction de temps.

Cependant, certains juristes⁹¹ estiment que le *Code civil du Québec* ne fait plus de distinction entre la prescription de la demande en nullité absolue

88. Ici se termine la citation de notre ouvrage : V. KARIM, *op. cit.*, note 47, pp. 160-162.

89. Voir D. LLUELLES, *Droit québécois des obligations*, t. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1998, n° 3032, p. 724.

90. Voir J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 81, p. 327 ; D. LLUELLES, *op. cit.*, note 89, n° 3031, p. 724.

91. J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, pp. 1021-1022 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 81, p. 296.

et la demande en nullité relative. La prescription sous l'empire du nouveau C.c.Q., et ce, peu importe le type de nullité, est de trois ans.

Selon la doctrine moderne⁹², la théorie soutenue par la doctrine classique, à savoir que le droit d'invoquer la nullité de l'acte entaché de nullité absolue était imprescriptible, ne peut plus être retenue. Bien que la prescription de l'action en nullité d'un acte violant l'ordre public politique et moral ne soit pas souhaitable, cette doctrine soutient que l'on doit admettre la prescription en raison du fait que la nullité d'un tel acte est prévue par un texte législatif. Selon le juge Baudouin⁹³, reconnaître la prescription d'un recours en nullité absolue permet d'assurer la stabilité de la justice. À son avis, la prescription d'un tel recours n'a pas pour effet de rendre valable un contrat qui ne l'est pas, mais plutôt de prévenir les actions réelles ou personnelles que le créancier pourrait vouloir tenter à l'encontre de son cocontractant.

Si nous reprenons le cas de la convention de procréation ou de gestation pour le compte d'autrui, sanctionnée de nullité absolue, il nous semble impensable qu'un tribunal puisse rejeter une demande faite par une femme partie à une telle convention pour le seul motif de l'expiration du délai de prescription. Décider dans un tel sens revient non seulement à mettre en péril l'objectif visé par le législateur, mais également contrevenir à l'ordre public politique et social qui est le fondement même de la disposition rendant illégale une telle convention. Nous sommes d'avis que la mère biologique qui a conclu une convention de procréation peut toujours et en tout temps se présenter devant le tribunal afin d'en demander la nullité et faire valoir ses droits à la filiation (notamment lorsque la convention est le seul document lui permettant d'établir la preuve de la filiation), et ce, malgré l'expiration du délai de prescription⁹⁴.

Il faut toutefois noter que, malgré le caractère absolu de la nullité, l'action en nullité peut être prescrite dans bien des cas. En effet, le juge doit concilier deux principes fondamentaux dans le droit québécois, soit celui qui veut que toute action est prescriptible et celui qui a trait à la notion de contrat nul puisqu'il n'a aucune existence, notion développée en droit français⁹⁵ et par Mignault⁹⁶.

92. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 81, p. 295 ; J.-L. BAUDOIN, *op. cit.*, note 77, p. 324.

93. J.-L. BAUDOIN, *op. cit.*, note 1, p. 220.

94. Voir V. KARIM, *op. cit.*, note 46, p. 141.

95. Voir J. CHEVALLIER, « Obligations en général », (1967) 65 *Rev. trim. dr. civ.* 382 ; voir aussi S. GAUDET, « Inexistence, nullité et annulabilité du contrat : essai de synthèse », (1994-95) 40 *R.D. McGill* 291.

96. P.-B. MIGNAULT, *Droit civil canadien*, t. 5, Montréal, C. Théorêt, 1901, p. 237.

Rappelons que la théorie classique des contrats inexistantes était développée en droit français à une époque où le *Code civil* français n'interdisait pas expressément le mariage entre personnes du même sexe ou celui du dément. Les tribunaux français et la doctrine française, pour contourner le principe « Pas de nullité sans texte », ont eu recours à un concept leur permettant de déclarer ces mariages inexistantes⁹⁷. En droit québécois, certains contrats sont interdits expressément par le législateur. Mentionnons la convention de procréation (art. 541 C.c.Q.) et le mariage d'un mineur âgé de moins de 16 ans (art. 373 et 161 C.c.Q.). Bien que ces actes soient entachés de nullité absolue, la loi ne reconnaît absolument pas leur existence, et ce, contrairement à d'autres contrats qui sont également entachés de nullité absolue parce qu'ils ne remplissent pas les conditions requises par la loi pour leur validité (comme le contrat d'hypothèque immobilier (art. 2693 C.c.Q.), le contrat de mariage (art. 440 C.c.Q.), le contrat de donation (art. 1824 C.c.Q.)). Ces contrats qui sont annulables pour un vice de formation sont reconnus par la loi et leur existence n'est pas interdite ni prohibée. D'où la distinction entre les actes frappés d'une nullité absolue parce qu'ils contreviennent à l'ordre public de direction, mais dont l'existence n'est pas interdite par la loi, et les actes frappés d'une nullité absolue, dont l'existence est expressément prohibée par la loi. Dans le premier cas, la prescription du droit d'invoquer la nullité absolue est concevable pour la stabilité de la justice, alors que, dans le second cas, la prescription n'est pas nécessairement souhaitable puisque l'intérêt général qui est le fondement même de l'interdiction de ces actes s'oppose à ce que le droit d'invoquer la nullité absolue s'éteigne par la prescription⁹⁸.

Comme le précise Mignault : « C'est le néant, un simple fait destitué de tout effet civil [...] Rien, ni le temps, ni la volonté expresse des parties, ne peut lui donner la force d'une convention obligatoire : on ne ratifie point le néant [...] Nul aujourd'hui, il le sera toujours⁹⁹. » Ces types de conventions, dont la loi ne reconnaît pas l'existence d'une manière ou d'une autre, ne peuvent être ratifiées par la volonté des parties et leur nullité ne se peut couvrir par le seul effet de l'écoulement du temps, comme nous l'avons déjà mentionné. La nullité absolue peut être invoquée en tout temps, par toute personne ayant intérêt à le faire et le juge a le devoir de la soulever d'office sans aucune limite dans le temps.

97. Pour une analyse complète de la question, voir S. GAUDET, *loc. cit.*, note 95.

98. Voir X. BARRÉ, « Nullité et inexistance ou bégaiements de la technique juridique en France », (1992) 26 *R.J.T.* 21, 28.

99. P.-B. MIGNAULT, *op. cit.*, note 97, p. 237.

En somme, le juge saisi d'une demande en nullité absolue doit, lorsque la question de prescription est soulevée, faire la distinction entre une disposition d'ordre public de direction économique et une disposition d'ordre public de direction politique et social. C'est seulement dans le cas d'un contrat contrevenant à l'ordre public de direction économique que l'action en nullité absolue doit être assujettie à un délai de prescription. Par contre, il doit rejeter tout moyen de défense fondé sur la prescription lorsque la disposition à laquelle contrevient le contrat est d'ordre public politique et social, car la loi ne reconnaît l'existence de ce contrat ni dans le passé ni dans l'avenir et elle l'interdit expressément.

Dans un autre ordre d'idées, soulignons que la clause qui est nulle ne rend pas le contrat invalide quant au reste, à moins qu'il n'apparaisse que le contrat doive être considéré comme un tout indivisible¹⁰⁰.

2.1.2 La sanction d'une règle d'ordre public survenant en cours de contrat : la sanction est-elle applicable en dehors d'une loi expressément rétroactive, et si oui, sur quelle base ?

Soulignons d'abord qu'il est difficile, voire impossible de traiter dans le cadre du présent exposé de cette question de façon complète et d'explorer tous les aspects des problèmes qu'elle soulève. Notre étude se limitera donc à présenter les grands traits du principe de la rétroactivité dans le domaine des contrats. Nous excluons également de notre étude la mise en pratique d'une nouvelle disposition lorsque le législateur stipule expressément son application à des faits accomplis¹⁰¹. Bien que le principe général de la non-rétroactivité ne reçoive en droit canadien et québécois aucune consécration dans un texte législatif¹⁰², les tribunaux l'ont toujours reconnu et affirmé¹⁰³. Ainsi, la Cour suprême du Canada a décidé ceci : « Selon le principe général, les lois ne doivent pas être interprétées comme ayant une portée rétroactive, à moins que le texte de la loi [ne] le décrète expressément et ou *n'exige implicitement une telle interprétation*¹⁰⁴. »

D'après la Cour suprême, lorsque la loi est muette sur le principe général de la non-rétroactivité, il y a possibilité d'interpréter la nouvelle loi ou la nouvelle disposition pour voir s'il y a lieu de lui attribuer une portée rétroactive.

100. Voir l'article 1438 C.c.Q.

101. À titre d'exemple, voir la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57.

102. Voir P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 33, p. 126 et suiv.

103. *Id.*, p. 127.

104. *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271, 279.

La question qui se pose maintenant est de savoir si une disposition d'ordre public, en cas de silence du législateur sur sa mise en pratique rétroactive, peut s'appliquer à un contrat conclu avant son entrée en vigueur. Dans l'affirmative, quels sont les critères à retenir pour déterminer si telle disposition doit avoir un effet rétroactif ? Quatre remarques s'imposent.

Premièrement, en dehors d'une loi expressément rétroactive, comme nous l'avons déjà vu, une nouvelle disposition, même d'ordre public, ne peut en principe s'appliquer à un contrat formé avant son entrée en vigueur. Deuxièmement, en suivant le principe établi par la Cour suprême, même si le texte exige implicitement une interprétation, en cas d'un texte donnant lieu à plusieurs interprétations, on doit opter pour celle qui permet à la nouvelle disposition de prendre seulement effet dans l'avenir. Troisièmement, en dehors d'une disposition expressément rétroactive, la jurisprudence et la doctrine s'accordent pour dire qu'une nouvelle disposition ne peut s'appliquer à une situation survenue avant son entrée en vigueur. Quatrièmement, il y a lieu, lors de la détermination de la rétroactivité, de distinguer entre une disposition d'ordre public de direction et celle d'ordre public de protection.

En effet, certaines dispositions d'ordre public de direction, notamment d'ordre public politique et social, peuvent s'appliquer non seulement aux faits accomplis ou survenus postérieurement à leur entrée en vigueur, mais aussi à la validité du contrat même.

Quant à la validité du contrat, la disposition sera mise en pratique si un vide législatif existait avant son adoption ; au contraire, si une loi traitait auparavant de la validité de la formation d'un contrat, il est inconcevable qu'une nouvelle disposition, même d'ordre public de direction, puisse invalider un contrat conforme à la loi en vigueur lors de sa formation, à moins d'une stipulation expresse prévoyant la rétroactivité¹⁰⁵.

C'est le cas d'une convention de procréation conclue avant l'adoption et l'entrée en vigueur de l'article 541 C.c.Q. Rappelons qu'aucune disposition législative ne traitait de la validité ni des effets d'une telle convention sous l'empire du *Code civil du Bas Canada*. Cette convention déjà en cours avant l'entrée en vigueur de la règle prévue dans l'article 541 C.c.Q. sera sanctionnée par la nullité absolue. Il est impensable qu'un tribunal refuse de sanctionner la violation de cette convention d'ordre public politique et social pour la simple raison que la nouvelle règle d'ordre public établie dans l'article 541 C.c.Q. est postérieure à sa conclusion. Les raisons sérieuses ayant justifié l'adoption de la nouvelle règle, l'incompatibilité de

105. Voir, à titre d'exemple, l'article 1801 C.c.Q. concernant la dation en paiement.

la convention de procréation avec les objectifs visés par le législateur, et les préjudices sociaux en résultant doivent amener le tribunal à conclure à l'application rétroactive de cette règle.

Par contre, s'il s'agit d'une disposition d'ordre public de protection, la nouvelle règle ne pourra régir la forme ni la validité du contrat déjà en cours. En effet, lorsque l'ordre public est de protection, une nouvelle disposition ne peut invalider un contrat déjà conclu avant son entrée en vigueur, sauf si ce dernier est fait dans le but d'échapper à l'application future d'une telle disposition ou de la contourner. Dans ce cas, il faudrait notamment faire la preuve de la mauvaise foi du ou des cocontractants.

Une nouvelle disposition d'ordre public de protection peut cependant invalider une clause contenue dans un contrat conclu antérieurement à son entrée en vigueur, lorsque les faits qui donnent lieu à l'application de cette clause se produisent après la prise d'effet de la nouvelle règle ou lorsque ces faits se produisent avant, mais que la procédure n'a été entamée que postérieurement à celle-ci.

À titre d'exemple, la règle prévue dans le deuxième alinéa de l'article 1604 C.c.Q. est d'ordre public de protection¹⁰⁶. Cette règle, de droit nouveau, invalide une clause résolutoire que les parties auraient pu inclure dans leur contrat. Ainsi, le créancier ne peut procéder à la résolution ni à la résiliation du contrat lorsque le défaut du débiteur est de peu d'importance¹⁰⁷. Il a seulement droit à la réduction de sa propre obligation corrélative, et si celle-ci ne peut avoir lieu, il doit exercer un recours en dommages-intérêts. Le législateur a voulu protéger les droits du débiteur, surtout lorsqu'il s'agit de contrats d'adhésion où l'insertion de clauses résolutoires plus ou moins imposées à l'une des parties est pratique courante. Le législateur cherche par la nouvelle règle à rétablir une certaine équité et justice contractuelle. Ces objectifs, qui constituent le fondement juridique de la nouvelle disposition, doivent également justifier son application à une situation juridique

106. L'article 1604 C.c.Q. se lit ainsi :

Le créancier, s'il ne se prévaut pas du droit de forcer, dans les cas qui le permettent, l'exécution en nature de l'obligation contractuelle de son débiteur, a droit à la résolution du contrat, ou à sa résiliation s'il s'agit d'un contrat à exécution successive.

Cependant, il n'y a pas droit, malgré toute stipulation contraire, lorsque le défaut du débiteur est de peu d'importance, à moins que, s'agissant d'une obligation à exécution successive, ce défaut n'ait un caractère répétitif ; mais il a droit, alors, à la réduction proportionnelle de son obligation corrélative.

La réduction proportionnelle de l'obligation corrélative s'apprécie en tenant compte de toutes les circonstances appropriées ; si elle ne peut avoir lieu, le créancier n'a droit qu'à des dommages-intérêts.

107. *Placements Serge Brabant inc. c. 2751-8778 Québec inc.*, J.E. 95-1621 (C.S.).

survenue alors qu'elle est en vigueur indépendamment de la date de formation du contrat contenant la clause résolutoire.

On peut se demander lorsqu'on décide de la mise en pratique d'une nouvelle disposition d'ordre public par rapport à des faits survenus après son entrée en vigueur, alors que ces derniers résultent d'un contrat conclu antérieurement, s'il s'agit de la rétroactivité ou tout simplement de l'application de l'effet immédiat de la loi. À vrai dire, ce que l'on cherche à ce moment-là, c'est à appliquer la nouvelle disposition à un droit prévu dans un contrat antérieur, mais exercé postérieurement à son entrée en vigueur.

Mettant en application la nouvelle disposition d'ordre public, le tribunal ne cherche pas à s'immiscer dans le passé, puisque les droits acquis des parties ne seront pas touchés par cette mise en pratique ; au contraire, elle ne modifie que le droit ou la situation prévue par les parties, mais qui n'est exercé ou réalisée qu'après l'entrée en vigueur de la nouvelle disposition. En d'autres termes, la nouvelle règle d'ordre public ne peut régir ou régler que l'exercice futur du droit prévu dans le passé. Cette application ne peut changer une situation juridique déjà accomplie ou les droits acquis des parties, à moins d'une stipulation expresse de rétroactivité dans la loi. Ce principe du respect des droits acquis est souvent confondu avec celui de la non-rétroactivité¹⁰⁸.

En somme, la démarche judiciaire pour décider de l'application d'une nouvelle règle d'ordre public à un contrat en cours se révèle très difficile et fait appel à une volonté et à un raisonnement exceptionnel de la part du juge. Comme l'a déjà mentionné un auteur, que l'on « veuille l'avouer ou non, l'activité du juge paraît résolument créatrice lorsque, faute de directive précise dans la loi, il doit, à l'aide de vagues présomptions d'intention du législateur, trancher les conflits de lois dans le temps¹⁰⁹ ».

2.2 La renonciation à une règle d'ordre public

La renonciation à une règle d'ordre public est une pratique courante dans les relations contractuelles. En effet, une personne peut renoncer à invoquer un droit dont elle est la titulaire ou à se prévaloir d'une disposition qui lui garantit une protection. Pour décider de la validité d'une renonciation, il y a lieu de déterminer d'abord le type d'ordre public établi par la disposition. Dans le cas d'une disposition d'ordre public de direction, la renonciation à l'application de la règle ou au droit qui y est prévu est nulle et sans aucune valeur juridique. Une telle renonciation ne produit

108. P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 33, p. 127 et suiv.

109. *Id.*, p. 125.

aucun effet entre les parties, car il n'est pas dans l'intérêt général que des activités ou des actes contrevenant à des dispositions d'ordre public soient confirmés d'une façon ou d'une autre afin de contourner l'application de la loi et de faire échec à l'atteinte des objectifs recherchés par le législateur.

De plus, le législateur prévoit expressément que le juge doit soulever d'office la question de l'ordre public si ce dernier est de direction. En effet, le tribunal a non seulement le pouvoir de soulever d'office la nullité absolue d'un contrat¹¹⁰, mais il a le devoir de le faire lorsque ce contrat contrevient à une disposition d'ordre public de direction. Au contraire, le tribunal ne dispose d'aucun pouvoir pour invoquer d'office la dérogation d'un contrat à une disposition d'ordre public de protection¹¹¹.

Dans ce dernier cas, la renonciation à son application est possible à certaines conditions. À titre d'exemple, le contractant en faveur de qui la nullité a été établie peut confirmer ou ratifier son contrat, c'est-à-dire renoncer à invoquer sa nullité. Cependant, une telle renonciation ne peut être valide lorsqu'une disposition de la loi l'interdit.

La confirmation ou la ratification peut être tacite ou expresse à condition que la volonté de confirmer soit certaine et évidente¹¹². Rappelons que la confirmation est un acte juridique unilatéral qui ne nécessite pas le consentement de la partie qui en bénéficie. Par sa confirmation, le contractant renonce à l'action en nullité relative qui frappe son contrat. Il s'agit en fait d'un acte par lequel le contractant fait disparaître le vice du contrat dont il aurait pu invoquer la nullité.

Désormais, la confirmation expresse n'est cependant plus soumise aux formalités prévues par l'ancien article 1214 du *Code civil du Bas Canada* ; en effet, le législateur n'a pas repris les exigences de cet article à savoir que l'intention de confirmer le contrat soit faite dans un écrit qui mentionne la cause de nullité et que le consentement du contractant pouvant invoquer la nullité soit donné en toute connaissance de cette cause. La preuve de confirmation expresse risque donc, dans certains cas, d'être plus difficile à faire lorsque la volonté de confirmer résulte d'une déclaration verbale¹¹³.

110. Art. 1418 C.c.Q. : « La nullité absolue d'un contrat peut être invoquée par toute personne qui y a un intérêt né et actuel ; le tribunal la soulève d'office. Le contrat frappé de nullité absolue n'est pas susceptible de confirmation. »

111. Art. 1420 C.c.Q. : « La nullité relative d'un contrat ne peut être invoquée que par la personne en faveur de qui elle est établie ou par son cocontractant, s'il est de bonne foi et en subit un préjudice sérieux ; le tribunal ne peut la soulever d'office. Le contrat frappé de nullité relative est susceptible de confirmation. »

112. Art. 1423 C.c.Q. : « La confirmation d'un contrat résulte de la volonté, expresse ou tacite, de renoncer à en invoquer la nullité. La volonté de confirmer doit être certaine et évidente. »

113. V. KARIM, *op. cit.*, note 46, p. 163.

Pour sa part, la confirmation tacite peut résulter, entre autres, de l'exécution volontaire des obligations de la convention atteinte de nullité par la personne qui aurait pu invoquer celle-ci. Il en est de même lorsque cette personne fait ou accomplit des actes qui laissent croire qu'elle n'a pas l'intention de demander la nullité de son contrat. Ainsi, lorsqu'une partie au contrat reconnaît par un acte l'existence de sa dette, cela implique une renonciation à invoquer la nullité du contrat dont la cause est l'erreur¹¹⁴. Il y a également renonciation tacite lorsqu'un locataire signe un bail contenant une clause compromissaire et, dans sa défense soumise à l'arbitre, n'invoque pas que la clause compromissaire est contraire à l'ordre public¹¹⁵.

Que la confirmation du contrat soit faite par une déclaration écrite ou verbale, la personne en faveur de qui est établie la protection doit auparavant satisfaire, outre la règle exigeant sa capacité de contracter, à deux autres conditions : dans un premier temps, elle doit connaître l'existence de la cause de nullité, et, dans un second temps, avoir l'intention certaine et évidente de corriger le défaut.

Il va donc sans dire que toute renonciation à invoquer la nullité d'un contrat avant sa formation ou contemporaine de celle-ci sera nulle et sans effet puisqu'elle ne peut pas remplir ces deux conditions. En effet, une personne ne peut renoncer au droit de demander la nullité, car un tel droit ne peut être acquis que postérieurement à la formation du contrat. En d'autres termes, la renonciation n'est possible que lorsque le droit est né, et non à l'avance, car le renonçant doit être en mesure de peser le pour et le contre¹¹⁶. La partie la plus faible ne peut faire un choix éclairé entre la protection que la loi lui accorde et la contrepartie que lui offre son cocontractant en échange de la renonciation, tant qu'elle est soumise à des pressions de ce dernier. Celles-ci cessent effectivement une fois le contrat conclu et le droit à la protection né et acquis. C'est à ce moment que la protection commence à produire ses effets, et l'intéressé peut en toute liberté et en connaissance de cause décider d'y renoncer ou de s'en prévaloir.

Ainsi, en matière de bail résidentiel, les tribunaux ont décidé que la renonciation faite à l'avance, lors de la formation du bail, au droit au maintien dans les lieux est inopérante¹¹⁷. L'augmentation du prix du loyer consentie par le locataire par la signature d'un nouveau bail en dehors de la

114. *Id.*, p. 165.

115. Voir *Mousseau c. Société de gestion Paquin ltée*, précité, note 46.

116. *Garcia Transport ltée c. Cie Trust Royal*, précité, note 35 ; *Banque Royale du Canada c. Caisse populaire de Rock Forest*, précité, note 8 ; voir également B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 13, p. 159.

117. *Lepage c. Compagnie de fiducie du Groupe Investors ltée*, [1993] J.L. 206 (R.L.) ; *Bérubé c. 2426-1554 Québec inc.*, [1994] J.L. 238 (C.Q.).

période de reconduction du bail peut être déclarée nulle. Par contre, elle est légale lorsqu'elle intervient durant la période de reconduction, car à ce moment les droits sont acquis et les parties peuvent en convenir librement¹¹⁸.

Conclusion

L'ordre public est un concept évolutif devant s'interpréter, d'une part, en tenant compte de la réalité sociale contemporaine et, d'autre part, en respectant la terminologie employée par le législateur. Même si ce dernier indique parfois le caractère impératif d'une disposition dans le texte même, les tribunaux ont toujours un rôle important à jouer dans ce domaine.

En premier lieu, ils doivent déterminer si l'ordre public est de direction ou de protection afin d'appliquer la sanction qui s'impose à la suite de la violation de la disposition. S'il peut sembler simple, du moins sur le plan théorique, d'établir la distinction entre la nullité relative et la nullité absolue, il n'en est pas toujours de même en pratique, puisqu'une même disposition peut à la fois viser l'intérêt général et l'intérêt particulier. Pour ce faire, il faut procéder à un examen, à l'aide des nouveaux critères d'ordre public de direction et d'ordre public de protection, des dispositions de la loi afin de déterminer si le législateur entend protéger l'intérêt général ou les intérêts particuliers. Il faut alors préciser quel fondement est prédominant en l'espèce pour établir le caractère de la nullité qui sanctionne sa violation. En cas de doute, le législateur a créé une présomption en faveur de la nullité relative des contrats.

En deuxième lieu, il arrive souvent que les termes employés par le législateur ne permettent pas de conclure au caractère impératif de la disposition, car l'on ne trouve aucune indication dans celle-ci qui précise si elle est d'ordre public ou simplement supplétive de volonté. Dans une telle situation, il revient aux tribunaux de décider si une telle disposition intéresse l'ordre public.

En troisième lieu, les tribunaux sont souvent aux prises avec le problème relatif à l'applicabilité d'une disposition d'ordre public à un contrat en cours au moment de l'entrée en vigueur de cette dernière, alors que le législateur ne donne aucune indication quant à la mise en pratique dans le temps ; il existe alors la possibilité d'interpréter la nouvelle loi ou la nouvelle disposition pour voir s'il y a lieu de lui attribuer une portée rétroactive ou une application simultanée.

118. P.G. JOBIN, *op. cit.*, note 79, n° 221, pp. 546-547.

En quatrième lieu, les tribunaux peuvent être appelés à décider de la validité d'un engagement ou d'une clause contractuelle en prenant en considération la notion de l'ordre public telle qu'elle est conçue selon les valeurs fondamentales de la société à un moment donné de son évolution, et cela, même en l'absence d'une loi ou disposition législative traitant de la question qui leur est soumise.

Certes, la tâche à remplir par les tribunaux se révèle difficile et nécessite souvent de la vigilance et de la volonté, d'une part, et un raisonnement compatible avec les objectifs visés par le législateur, conforme au bon sens et à la logique du droit, d'autre part.

En somme, il est évident que le juge doit tenir compte de cet ensemble d'éléments et considérer en tout temps d'abord l'intérêt de la collectivité et ensuite l'intérêt des particuliers, tout en ayant un objectif et un but idéaux, soit la justice sociale et l'équité.