

LES DOMMAGES-INTÉRÊTS EN CAS D'INEXÉCUTION DE CONTRAT: UNE COMPARAISON ENTRE LE DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS ET LA COMMON LAW ANGLO- CANADIENNE

Jocelyn Dubé*

INTRODUCTION

[B]reaches of primary obligations give rise to substituted secondary obligations on the part of the party in default, and, in some cases, may entitle the other party to be relieved from further performance of his own primary obligations. These secondary obligations of the contract breaker and any concomitant relief of the other party from his own primary obligations also arise by implication of law [...]. The contract, however, is just as much the source of secondary obligations as it is of primary obligations; and like primary obligations that are implied by law secondary obligations too can be modified by agreements between the parties [...].

Every failure to perform a primary obligation is a breach of contract. The secondary obligation on the part of the contract breaker to which it gives rise by implication [...] is to pay monetary compensation to the other party for the loss sustained by him in consequence of the breach; but with [...] exceptions, the primary obligations of both parties so far as they have not yet been fully performed remain unchanged. This secondary obligation to pay compensation (damages) for non-performance of primary obligations I will call the "general secondary obligation"¹.

Cet extrait du Juge Wilberforce représente une conception théorique du recours en dommages-intérêts pour inexécution de contrat, ou du droit à la réparation sous forme de compensation monétaire, et du fondement juridique des clauses d'exclusion ou de limitation de responsabilité.

* LL.B. (droit civil) Université du Québec à Montréal, LL.B. (common law) Université d'Ottawa, membre du Barreau du Québec.

¹ *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 556 (H.L.), juge Wilberforce [*Photo Production*].

Ainsi, il existe une ligne de démarcation entre ce que sont les droits et obligations des parties, d'une part, pendant l'exécution du contrat et, d'autre part, à partir du moment où il y a inexécution. Lorsque survient un litige entre deux parties à un contrat, c'est ce dernier aspect qui, soudainement, prime. Quant au contenu obligationnel pendant l'exécution du contrat, il est, dans une plus large mesure, caractérisé par la certitude. N'est-ce pas la fonction même du contrat? Paradoxalement, ce n'est que lorsque survient l'inexécution du contrat que les parties en litige sont préoccupées par le remède approprié. Et bien que la question des dommages-intérêts soit une composante essentielle à la théorie de la cause en matière contractuelle, elle semble être prise pour acquis ou laissée au dépourvu.

L'objet premier de cet exposé est de présenter les principes et les règles applicables en la matière dans une perspective de droit comparé et selon la méthodologie propre à chacun de ces deux systèmes de droit. En common law, le droit applicable s'élabore sous forme d'énoncés jurisprudentiels. En droit civil, les dispositions pertinentes du *Code civil du Québec* seront principalement étudiées, de même que les arrêts importants qui vinrent les interpréter ou, encore, qui en sont à l'origine. De plus, des références doctrinales seront davantage présentes sur les questions de droit civil compte tenu de rôle traditionnel de la doctrine en droit civil.

Au niveau de la structure du présent exposé, on remarquera que le traitement de l'obligation de minimiser le préjudice, en droit civil et en common law, n'apparaît pas dans des sections correspondantes. Il s'agit de demeurer constant avec l'approche utilisée qui ne vise à traiter les questions ni sous l'angle exclusif de la common law, ni sous celui du droit civil.

Quant à la terminologie employée, le lecteur pourra quelquefois se sentir un peu étranger face à un certain vocabulaire, et ce à deux niveaux. Premièrement, les systèmes, en soi, n'associent pas les mêmes idées ou concepts aux mêmes mots ou expressions. Par exemple, les acteurs universels, selon la terminologie du droit civil, sont le créancier et le débiteur. Tous les rapports, même extra-contractuel, sont exprimés en ces termes. En common law, ils sont surtout utilisés pour exprimer le rapport où l'une des parties doit une somme d'argent à une autre. Deuxièmement, la tradition de common law s'est depuis longtemps transmise en langue anglaise, quoique la common law en français soit devenue une réalité canadienne. Ainsi, pour le civiliste de langue française, certains concepts de common law exprimés en français ne le rejoindront pas. À cela s'ajoute la réforme du Code civil qui a uniformisé et modernisé la terminologie juridique. Par exemple, la responsabilité est «extra-contractuelle» et non plus délictuelle.

Le sujet est divisé en trois grandes parties. Comme le sujet porte sur le recours en dommages-intérêts, et non uniquement sur leur évaluation (partie II), il est inévitable d'aborder les conditions qui donnent ouverture au recours (partie I). De façon générale, que ce soit en common law ou en droit civil, le succès d'un recours en responsabilité dépend de la preuve de trois éléments: (i) inexécution du contrat ou faute contractuelle; (ii) préjudice; (iii) lien de causalité. Le présent exposé ne traite pas des deux premières conditions. Ces deux conditions doivent être prises pour acquis. Certains des aspects traités, tel la causalité et l'obligation de minimiser le préjudice, peuvent paraître, à première vue, d'une seconde importance mais leur ignorance peut être fatale à un recours en dommages-intérêts. En ce sens, il s'agit de véritables conditions du recours.

Il aurait pu en être de même pour la question des clauses d'exclusion ou de limitation de responsabilité (partie III). En effet, l'absence d'une telle clause dans le contrat pourrait être considérée comme une condition au recours. Le traitement de ces clauses n'a pas été inclus dans la première partie car d'une part, ce ne sont pas tous les contrats qui contiennent de telles clauses et, d'autre part, la clause d'exonération est un sujet assez complexe en soi et mérite un traitement à part.

I. CONDITIONS D'OUVERTURE

Droit civil

Le recours en dommages-intérêts trouve son fondement dans les principes généraux de la responsabilité civile. La responsabilité civile d'une personne est engagée lorsque trois conditions sont rencontrées: (i) faute, (ii) préjudice, (iii) lien de causalité entre la faute et le préjudice. En droit civil québécois, la responsabilité civile est contractuelle² ou extra-contractuelle³. La nature du régime applicable,

² Art. 1458 C.c.Q.

³ Art. 1457 C.c.Q. L'expression «responsabilité légale» est souvent employée pour désigner la responsabilité extra-contractuelle. Une telle appellation origine sans doute de l'art. 1372 C.c.Q. qui édicte que l'«obligation naît du contrat et de tout autre acte ou fait auquel la loi attache d'autorité les effets d'une obligation». Les expressions «responsabilité extra-contractuelle» et «responsabilité légale» ont été associées pour des raisons historiques qui remontent au *Code civil français*. Sous le *Code civil du Québec*, une telle association peut paraître inopportune en ce qu'elle confond «obligation légale» (art. 1372 C.c.Q.) et «responsabilité extra-contractuelle» (art. 1457 C.c.Q.). Il faut, en effet, se rappeler que certaines conceptions telles les délits, les quasi-délits et les quasi-contrats ont été abandonnées avec la réforme du Code civil. La gestion d'affaires ou l'enrichissement injustifié, que le Code qualifiait autrefois de quasi-contrats, peuvent être qualifiées, sous le nouveau Code, d'obligations qui naissent de

qu'il soit contractuel ou extra-contractuel, n'a pas d'importance au stade des conditions d'ouverture du recours en dommages-intérêts; les seuls éléments à considérer sont la faute, le préjudice et le lien de causalité.

En matière contractuelle, ce principe se trouve énoncé à l'art. 1458 C.c.Q.:

1458. Toute personne a le devoir d'honorer les engagements qu'elle a contractés. Elle est, lorsqu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice, corporel, moral ou matériel, qu'elle cause à son cocontractant et tenue de réparer ce préjudice; ni elle ni le cocontractant ne peuvent alors se soustraire à l'application des règles du régime contractuel de responsabilité pour opter en faveur de règles qui leur seraient plus profitables.

On notera par ailleurs que l'art. 1458 C.c.Q. réfère non pas à des *dommages-intérêts* mais à une *réparation*. Le législateur a prévu que la réparation pourrait prendre une forme autre que celle de l'octroi de dommages-intérêts. Le recours en dommages-intérêts ne prendrait donc pas directement sa source dans l'art. 1458 C.c.Q. Cette source, on la trouve plutôt à l'art. 1590 C.c.Q., sous le vocable «exécution par équivalent»:

1590. L'obligation confère au créancier le droit d'exiger qu'elle soit exécutée entièrement, correctement et sans retard.

Lorsque le débiteur, sans justification, n'exécute pas son obligation et qu'il est en demeure, le créancier peut, sans préjudice de son droit à l'exécution par équivalent de tout ou partie de l'obligation:

1° Forcer l'exécution en nature de l'obligation;

2° Obtenir, si l'obligation est contractuelle, la résolution ou la résiliation du contrat ou la réduction de sa propre obligation corrélatrice;

3° Prendre tout autre moyen que la loi prévoit pour la mise en oeuvre de son droit à l'exécution de l'obligation.

la loi au sens de l'art. 1372 C.c.Q.—donc d'obligations *légales*—sans pour autant entrer dans le champ de la responsabilité extra-contractuelle, à strictement parler, que semble viser l'art. 1457 C.c.Q. La jurisprudence et la doctrine semblent prendre pour acquis que l'expression «responsabilité extra-contractuelle» remplace ce qui était antérieurement appelé la «responsabilité délictuelle» dont le champ d'application couvrait également les quasi-délits.

Le recours en dommages-intérêts en cas d'inexécution de contrat repose donc d'abord sur l'existence d'une cause d'action en responsabilité civile contractuelle. Une telle cause d'action existera si le demandeur peut prouver la faute, le préjudice et le lien de causalité, à la suite de quoi il pourra obtenir une réparation sous forme de dommages-intérêts.

A. Choix des recours

On aura remarqué, à la lecture de l'art. 1590 C.c.Q., que le choix de la forme appropriée de la réparation appartient au créancier⁴. On constate également que le droit à l'exécution en nature apparaît en tête de liste. Le législateur québécois, sous l'empire du *Code civil du Bas-Canada*, avait opté pour une approche qui se situe à mi-chemin entre la common law, où le recours en dommages-intérêts est la règle et l'exécution forcée (*specific performance*) l'exception, et le droit français où l'exécution forcée semble être la règle⁵. À cet égard, les remarques du professeur Jean-Louis Baudouin⁶, commentant l'art. 1065 C.c.B.-C.⁷, l'actuel art. 1590 C.c.Q., sont fort instructives:

Le droit québécois occupe, lui, une position curieuse. Les articles 1065 et 1066 C.c. rédigés en des termes différents des articles 1142, 1143 et 1144 du Code Napoléon, reconnaissent le droit à l'exécution en nature, le plaçant sur le même pied que le recours en dommages, mais limitant son exercice aux «*cas qui le permettent...*». Le Code civil reprend d'ailleurs la même expression. Une étude de la jurisprudence révélait, jusqu'à récemment, une réticence caractérisée des tribunaux à accorder l'exécution forcée en nature, même s'il existe des exemples de son octroi. Certaines

⁴ *Lachance c. Brissette* (1930), 49 B.R. 321.

⁵ Georges Ripert et Jean Boulanger, *Traité de droit civil, d'après le traité de Paniol*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1956- aux n° 1601 et s.; Henri Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 2, Paris, Monchrestien, 1966 aux n° 932 et s.; Wilfrid Jeandier, «L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire» 75 R.T.D. civ. 700 [à paraître en 1976].

⁶ J. L. Baudouin, *Les obligations*, 4^e éd., Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1993.

⁷ L'art. 1065 C.c.B.-C. était ainsi formulé: «Toute obligation rend le débiteur passible de dommages en cas de contravention de sa part; dans les cas qui le permettent, le créancier peut aussi demander l'exécution de l'obligation même, et l'autorisation de la faire exécuter au dépens du débiteur, ou la résolution du contrat d'où naît l'obligation; sauf les exceptions contenues dans ce code et sans préjudice à son recours pour les dommages-intérêts dans tous les cas». Une telle formulation ne brille pas par sa clarté. D'abord, selon la ponctuation et la grammaire employées, on pourrait croire que l'exécution en nature forcée ne peut-être faite que par un tiers. Ensuite, le législateur emploie à la fois le terme «dommages» et le terme «dommages-intérêts».

décisions, probablement (malgré ce qu'en pense un auteur [M. Tancelin]), à cause de l'influence du régime anglais de l'injonction, procédure exceptionnelle et de droit strict, ont même clairement laissé entendre que le recours en exécution forcée n'était pas la règle générale et que normalement, le manquement à une obligation ne donnait droit qu'à des dommages, position semblable à celle de la common law. De plus, en pratique, le créancier préfère lui-même souvent se contenter de dommages-intérêts. Toutefois, le choix du recours appartient au créancier et non au débiteur⁸.

L'art. 1590 C.c.Q., cependant, ne reprend pas la même formulation que l'art. 1065 C.c.B.-C. et, en plaçant le recours en exécution en nature forcée en tête de liste, le législateur renoue avec la tradition civiliste. Et bien que l'expression «dans les cas qui le permettent», ait été reprise⁹, celle-ci ne fait pas partie intégrante de la disposition introductive des recours en cas d'inexécution de l'obligation, contrairement à l'ancien Code, ce qui n'en fait, pour ainsi dire, qu'une restriction au recours en exécution en nature forcée sans pour autant lui attribuer un caractère exceptionnel¹⁰.

B. Causalité

L'art. 1607 C.c.Q., qui fait suite et précise l'art. 1590 C.c.Q., pose le principe selon lequel ne sont pas admissibles à une réparation sous forme de dommages-intérêts tous les préjudices, et ce même s'ils sont conséquents à la faute du débiteur. Seul le préjudice qui résulte d'une *suite immédiate et directe* du défaut du débiteur est admissible:

1607. Le créancier a droit à des dommages-intérêts en réparation du préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel, que lui cause le défaut du débiteur et qui est une suite immédiate et directe.

⁸ Baudouin, *supra* note 7 au n° 742; Jean-Louis Baudouin, «L'exécution spécifique des contrats en droit québécois» (1959) 5 McGill L.J. 108. Voir *Grand'Mère(Ville de) c. L'Hydraulique de Grand'Mère* (1908), 17 B.R. 83; *Royal Bank of Canada c. Propriétés Cité Concordia limitée*, [1983] R.D.J. 524 (C.A.); Rosalie Jukier, «The Emergence of Specific Performance as a Major Remedy in Quebec Law» (1987) 47 R. du B. 47. Voir aussi *Dupré Quarries Ltd. c. Dupré*, [1934] R.C.S. 528; *Quebec County Railway Company c. Montcalm Land Company Limited* (1928), 46 B.R. 262.

⁹ Art. 1601 C.c.Q.

¹⁰ Voir *AVI Financial Corporation (1985) Inc. c. Novergaz Inc.*, [1997] Q.J. No. 3287 (QL) (C.S.) [Novergaz].

L'art. 1607 C.c.Q. vient donc qualifier ou préciser la nature du lien de causalité nécessaire pour que, ultimement, la responsabilité du débiteur soit engagée. Par le fait même, on constate que la causalité dont il est question à l'art. 1458 C.c.Q. n'est pas n'importe laquelle. Cette dernière disposition, qui, en termes généraux, jette les bases de la responsabilité civile contractuelle, doit être lue conjointement à l'art. 1607 C.c.Q. On pourrait donc parler d'une causalité générale ou de fait, laquelle existerait du seul fait de l'inexécution de l'obligation contractuelle et serait sans effets juridiques, et d'une causalité spécifique ou légale, laquelle serait liée au préjudice admissible et serait génératrice de responsabilité.

La difficulté réelle consiste en la détermination de la suite *immédiate et directe*. Sous l'ancien droit français, l'approche indiquée avait été illustrée par Pothier¹¹, à l'aide d'un exemple devenu classique. Il s'agit du cas où une personne vend sciemment un cheval morveux qui communique sa maladie aux autres chevaux de l'acheteur. Les pertes de récolte qui s'en suivraient et les pertes d'occasions de gains qui en résulteraient ne seraient que des conséquences médiatees et éloignées du dol¹². Mignault¹³ synthétise de la façon suivante: «La loi ne veut pas que les juges, marchant de déductions en déductions, suivent le dol du débiteur dans toutes ses ramifications; ils doivent négliger les conséquences médiatees et éloignées, et ne s'attacher qu'au dommage auquel il a pu seul donner naissance, qui en est une suite *directe et immédiate*»¹⁴.

L'art. 1607 C.c.Q. est ainsi commenté par le professeur Jean-Louis Baudouin: «L'article 1607 C.c. prévoit que le débiteur n'est tenu que des dommages qui constituent une suite immédiate et directe de l'inexécution. Le législateur a simplement voulu affirmer ainsi la nécessité d'un lien de causalité étroit entre la faute et le dommage. Il a voulu éviter que le débiteur ne soit tenu des conséquences et des effets éloignés de sa faute et éliminer le «dommage par ricochet»»¹⁵.

¹¹ *Des obligations*, t. 2, Bugnet, 1861.

¹² *Ibid.* aux n° 166-167. Voir aussi Mazeaud et Mazeaud, *Traité de la responsabilité civile*, t. 5, 1901 aux pp. 419-420 et René Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français: civil, administratif, professionnel, procédural*, t. 2, 2^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1951 à la p. 27.

¹³ P.-B. Mignault, *Le droit civil canadien basé sur les "Répétitions écrites sur le code civil" de Frédéric Mourlon avec revue de la jurisprudence de nos tribunaux*, t. 5, Montréal, C. Théoret, 1901.

¹⁴ *Ibid.* aux pp. 420-21.

¹⁵ *Supra* note 6 au n° 778.

L'enseignement de la doctrine a été retenu par la Cour d'appel du Québec. Dans l'affaire *Boutin c. Paré*¹⁶, il était justement question de la vente dolosive d'une vache malade qui a contaminé le troupeau, occasionnant à l'acheteur des pertes de profit. La Cour a condamné le défendeur à indemniser le demandeur pour la perte de la bête mais elle a refusé d'indemniser le demandeur pour la perte des autres bêtes contaminées et les pertes de profits. Voici la façon dont le juge Bissonnette aborde la question de la causalité:

Etablir, avec certitude, la ligne de démarcation entre cette partie du préjudice, qui est indéniable, et cette autre partie qui, en quelque sorte, naît ou découle de la première, n'est pas un problème facilement résoluble. Mais depuis fort longtemps on s'entend sur une règle fort logique et qui, sous son aspect social, veut que le débiteur ne soit pas puni pour les conséquences indirectes de sa faute et que, dans l'appréciation de celle-ci, plus on s'éloigne de la cause initiale du dommage, plus rigoureuses doivent être les exigences du juge sur la preuve qui lui est soumise, afin de s'assurer que d'autres causes successives susceptibles de porter préjudice ont pu se former indépendamment de la faute ou de la conduite du débiteur, car lui imposer la réparation d'un préjudice dont sa faute n'est pas uniquement, nécessairement et exclusivement la cause, ce serait non seulement méconnaître les principes de justice et d'équité, mais ce serait faire de l'auteur de cette faute, non pas un simple débiteur devant la loi, mais une victime de la justice¹⁷.

Dans l'arrêt *Vocisano c. Concrete Column Clamps Limited*¹⁸, la Cour d'appel est allée dans le même sens. Le défendeur détenait la moitié des parts d'une compagnie dont il était administrateur et président-directeur général. Ce dernier se prêtait à la fraude fiscale, et éventuellement la compagnie fit faillite. La compagnie poursuivit le défendeur en dommages-intérêts. La Cour jugea que trop d'hypothèses auraient vraisemblablement pu mener la compagnie à la faillite. Cet arrêt souligne, en outre, l'importance de la question du fardeau de preuve. L'approche de la Cour semble suggérer que l'existence *hypothétique* d'une, voire même plusieurs autres causes, en soi, n'est pas fatale. Ce sont les autres causes *réelles* qui, elles, davantage, attaquent le caractère déterminant ou le caractère immédiat et direct de la cause alléguée.

Une telle approche est tout à fait en accord avec les principes ordinaires de la responsabilité civile, lesquels requièrent à la partie demanderesse de prouver chacun

¹⁶ [1959] B.R. 459 [*Boutin*].

¹⁷ *Ibid.* aux pp. 465-466.

¹⁸ [1959] B.R. 230 [*Vocisano*].

des éléments constitutifs de son fardeau de preuve selon la balance des probabilités. L'art. 2804 évoque ce principe:

2804. La preuve qui rend l'existence d'un fait plus probable que son inexistence est suffisante, à moins que la loi n'exige une preuve plus convaincante.

En générale, les éléments constitutifs du fardeau de preuve en matière contractuelle sont la faute, le préjudice et le lien de causalité immédiat et direct entre la faute et le préjudice.¹⁹ Ainsi, la partie demanderesse n'a qu'à prouver la causalité selon la balance des probabilités. À cet égard, notons l'extrait suivant de l'arrêt *Dionne c. Therrien*:²⁰ «In order to succeed, Therrien was obliged to establish, at least on a balance of probabilities, that if Dionne had disclosed the material facts Dale & Company would have accepted the risk»²¹.

Sur la base de ce qui précède, la demanderesse n'a donc pas à prouver qu'aucune des autres causes hypothétiques n'est la cause principale, mais seulement la cause alléguée. Évidemment, plus il y aura de causes hypothétiques, moins la prépondérance de la preuve favorisera la cause alléguée, tel que l'illustre l'arrêt *Vocisano*²².

C. Obligation de minimiser le préjudice

S'il ne fait aucun doute que l'obligation de minimiser son préjudice fait partie du droit civil québécois, il est moins clair, sur le plan conceptuel, si une telle obligation doit être rattachée à la notion de faute, dans la mesure où l'on impose une norme de conduite à la victime, ou à la notion de la causalité, dans la mesure où la partie en défaut n'est tenue de réparer que le préjudice qui est une suite directe et immédiate

¹⁹ Art. 1458, 1607 C.c.Q.

²⁰ [1975] C.A. 1.

²¹ *Ibid.* à la p. 2.

²² *Supra* note 18.

de l'inexécution fautive²³. D'origine doctrinale et jurisprudentielle²⁴, le devoir de minimiser son préjudice a été codifié à l'art. 1479 C.c.Q. à l'occasion de la réforme de 1994:

1479. La personne qui est tenue de réparer un préjudice ne répond pas de l'aggravation de ce préjudice que la victime pouvait éviter.

Cette disposition s'applique tant en matière contractuelle qu'extra-contractuelle et elle se trouve sous une section intitulée «Du partage de la responsabilité». Il a été vu que tant la faute que la causalité sont des conditions de la responsabilité civile. Analysé sous cet angle, l'art. 1479 C.c.Q. ne ferait que préciser les principes énoncés aux articles 1458 et 1607 selon lesquels la responsabilité de la partie fautive n'est pas engagée pour le préjudice qui n'est pas une suite immédiate et directe de l'inexécution fautive. Une telle explication, toutefois, ne distingue pas entre la faute et la causalité. Par ailleurs, l'insertion de l'obligation de minimiser son préjudice sous une section qui traite, de façon générale, du partage de la responsabilité, suggère qu'une personne peut être responsable envers elle-même, ce qui justifierait le partage de la responsabilité. Ceci semble contraire aux conditions générales de la responsabilité civile contractuelle qui exigent que le préjudice soit causé à une personne autre que soi-même²⁵. On ne peut être débiteur de soi-même en responsabilité civile.

L'autre angle d'analyse consiste à rapprocher le devoir de minimiser son préjudice de la notion de causalité. Dans *Boutin*²⁶, le raisonnement de la Cour est en grande partie basé sur le fait que l'acheteur, une fois informé de la contamination de la bête qu'il a achetée, aurait pu et aurait dû retirer les vaches contaminées et les envoyer à l'abattoir, et c'est la raison pour laquelle il n'a pu être indemnisé pour la perte des bêtes contaminées: «Quand le demandeur constata ou qu'il lui fut dit que la vache qu'il avait achetée était susceptible de contaminer son troupeau, il devait

²³ Voir aussi Baudouin, *supra* note 6 au n° 782: «Agir autrement constitue, en droit civil, un comportement fautif parce que contraire à la conduite d'une personne normalement prudente et diligente. De plus, il est difficile alors de prétendre que les dommages ont été réellement causés par le fait du débiteur, même si celui-ci en est à l'origine».

²⁴ *Mile End Milling Company c. Peterborough Cereal Company*, [1924] R.C.S. 120; *Mailly c. Hull* (cité) *Commissaires d'écoles* (1937), 62 B.R. 278; *Boutin*, *supra* note 16; *Genesse Transport Inc. c. General Plastics Co. Ltd.*, [1976] C.A. 273; *Lévesque c. Garant*, [1988] R.J.Q. 1506 (C.A.).

²⁵ Art. 1457-1458 C.c.Q.

²⁶ *Supra* note 16.

alors, indépendamment de la faute de son vendeur, chercher à réprimer l'étendue du préjudice qu'il ne pouvait pas envisager et prévoir»²⁷. Une telle approche dénote une relation étroite entre la causalité et l'obligation de minimiser son préjudice. D'ailleurs, la Cour cite René Savatier²⁸, lequel, dans un exemple analogue, qualifie la causalité requise de la façon suivante: «et encore, sauf à tenir compte des précautions qui eussent pu la limiter, une fois la maladie constatée»²⁹.

Cette approche n'est pas sans fondement car l'aggravation de son propre préjudice contredit nécessairement l'idée que la portion du préjudice qui résulte de cette aggravation soit attribuable à—donc causé par—l'inexécution de la partie fautive. Elle fait en outre ressortir la différence entre ce qui constitue la cause du préjudice et ce qui en n'est que l'occasion. Concevoir le manquement le plus grossier à l'obligation de minimiser son préjudice comme opérant une rupture du lien de causalité plutôt que comme donnant lieu à la responsabilité civile «partagée» de la victime semble en accord avec les principes fondamentaux de la responsabilité civile. Il est à se demander si l'art. 1479 C.c.Q. n'aurait pas dû, en fait, constituer un deuxième alinéa de l'art. 1607 C.c.Q.³⁰

²⁷ *Ibid.* à la p. 464.

²⁸ Savatier, *supra* note 12.

²⁹ *Ibid.* à la p. 27.

³⁰ Sous le C.c.B.-C., la doctrine était d'avis que le devoir de minimiser son préjudice découlait implicitement de l'art. 1075 C.c.B.-C., lequel a été repris en substance à l'art. 1607 C.c.Q.: voir L. Faribault, *Traité de droit civil du Québec*, t. 7, Montréal, Wilson & Lafleur, 1957 au n° 465; Mignault, *supra* note 13 à la p. 418 et s.; F. Langelier, *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. 3, Montréal, Wilson & Lafleur, 1905-1911 à la p. 525. Par contre, le choix du législateur peut s'expliquer par une volonté d'altérer le rôle traditionnellement secondaire, en droit civil, du devoir de minimiser son préjudice et de l'élever au rang de principe juridique autonome. Voir Anne Michaud, «Mitigation of damage in the context of remedies for breach of contract» (1984) 15 R.G.D. 293 à la p. 339 où l'auteure fait état du rôle traditionnel, en droit civil et en common law, réservé au devoir de minimiser son préjudice. Les propos sont d'autant plus intéressants qu'il furent tenus avant la codification du principe dans le *Code civil du Québec*:

Since codification [du Code civil du Bas-Canada], in order to be raised to the level of abstraction of a legal principle in civil law, the concept of mitigation would have to be made the object of an express and general provision in the Code. However, at the present time, there is no evidence that such a process is going to take place. Indeed mitigation, although it undoubtedly exists in civil law, remains poorly developed on a practical level [...]. The only explanation I may offer to account for this state of affairs is that considerations which give mitigation its primordial importance in common law, namely efficiency and avoidance of waste, are much less important in civil law. The two basic concepts which govern the civil law of remedies for breach of contract are the moral obligatory force of contracts and the predominance of enforced performance over monetary compensation.

On peut conclure de l'analyse qui précède que le critère de la suite immédiate et directe posé à l'art. 1607 C.c.Q. est la seule causalité qui puisse satisfaire aux exigences de la responsabilité civile et à laquelle, donc, il est fait référence, en termes généraux, à l'art. 1458 C.c.Q. De plus, il existe une obligation de minimiser son préjudice qui, au plan conceptuel, dans le cadre de la responsabilité civile, entretient une relation étroite avec la causalité et qui doit donc être prise en compte préalablement à l'étape de l'évaluation des dommages-intérêts.

Common law

Il a été indiqué, dans la section précédente, que le recours en dommages-intérêts, en droit civil, repose sur les principes généraux de responsabilité civile, que cette dernière soit qualifiée de contractuelle ou d'extra-contractuelle, et que règle générale, il existe une unicité entre ces deux régimes. En common law, bien qu'il existe une responsabilité délictuelle (*tort liability*) et une responsabilité contractuelle, ces régimes ont conservé une indépendance plus marquée historiquement³¹ que ne connaît pas le droit civil en raison de son principe d'unicité de régimes³². En matière

La proposition de l'auteur nous semble bien expliquer le phénomène selon lequel l'approche préconisée traditionnellement, dans chacun des systèmes de droit, a joué un rôle important sur le développement du devoir de minimiser son préjudice. À cet égard, la situation du droit civil québécois, surtout depuis la réforme du Code, présente certaines particularités. En effet, il est maintenant clair, avec l'art. 1590 C.c.Q., que l'exécution forcée en nature conserve ou retrouve son caractère traditionnellement prédominant en droit civil. Cependant, cela n'a pas empêché le législateur de codifier le devoir de minimiser le préjudice. Le fait est que le recours en dommages-intérêts, pour des raisons liées au contexte socio-économique et historique, jouit, pareillement, d'un caractère prédominant en droit civil québécois. Dans la mesure où le statut dont jouit l'obligation de minimiser le préjudice est fonction de considérations d'ordre économique, tel la rentabilité, la productivité maximal, la maximisation des ressources, la place que lui a réservé le législateur dans le Code est à la hauteur de telles attentes et est ainsi justifié.

³¹ A. G. Guest, dir., *Chitty on Contracts*, 26^e éd., vol. 1, London, Sweet & Maxwell, 1989 aux n^o 5-7 [*Chitty*].

³² Le droit des délits de la common law est quelque peu différent, dans son approche, que le droit de la responsabilité extra-contractuelle du droit civil. D'abord, il existe plusieurs sortes de délits, ou délits nommés, dont les barrières, pour des raisons historiquement liées à la procédure, sont relativement étanches et qui obéissent à des règles différentes. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle l'on parle de droit *des délits*. Une telle catégorisation ou classification est étrangère aux principes de la responsabilité extra-contractuelle en droit civil. Ensuite, la common law distingue entre les délits intentionnels et les délits non-intentionnels, distinction qui emporte peu d'effet en droit civil et qui est désormais généralement éliminée du droit civil québécois depuis la réforme. Enfin, en ce qui a trait plus précisément aux dommages-intérêts, la common law insiste plus sur le critère de la prévisibilité du

de dommages-intérêts, cependant, les tribunaux ont maintes fois affirmé l'existence d'une certaine unicité des régimes délictuels et contractuels³³. De façon générale, il faut un manquement à un devoir, délictuel ou contractuel, un préjudice et une causalité de fait. De plus, comme il en sera fait état dans la deuxième partie, le préjudice compensable en matière contractuelle a été restreint aux pertes encourues ainsi qu'aux pertes financières si ces dernières répondent à l'expectative raisonnable des parties *dans le cours normal des choses*. On constate néanmoins une remarquable similitude des deux systèmes en ce qui a trait au recours en dommages-intérêts.

A. Choix des recours

Il est difficile, en common law, d'aborder toute question touchant les recours sans souligner l'importance du principe de la force obligatoire du contrat qui prend lui-même sa source dans le principe de la liberté contractuelle. Il est souvent dit que le contrat est une transaction ayant un caractère obligatoire, ce qui implique qu'une telle transaction est opposable non seulement aux parties et, dans une certaine mesure aux tiers, mais également aux tribunaux³⁴. Le principe de la force obligatoire du contrat autorise donc les parties à prévoir quels recours leur seront ouverts en cas d'inexécution du contrat³⁵. Lorsque les parties n'auront pas prévu les recours en cas d'inexécution du contrat, la common law supplée à la volonté des parties en leur imposant le recours en dommages-intérêts et, par le fait même, vient restreindre les

préjudice en matière de responsabilité délictuelle que ne le fait le droit civil qui aborde davantage le problème sous l'angle de la notion de faute où, en outre, la notion de causalité joue un plus grand rôle.

³³ *H. Parsons (Livestock) Ltd. c. Utley Ingham & Co. Ltd.*, [1978] Q.B. 791 (C.A.) [*H. Parsons*]; *Asamera Oil Corporation Ltd. c. Sea Oil & General Corporation*, [1979] 1 R.C.S. 633 [*Asamera Oil*].

³⁴ Michael Furmston, dir., *The Law of Contract*, London, Butterworths, 1999 au n° 1.40 [Furmston]. Le principe de la force obligatoire, dans sa forme idéale, ne peut être plus clairement exprimé que sous le *Code Napoléon*, à l'art. 1134 qui édicte que «[l]es conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites [...]».

³⁵ *Chitty*, *supra* note 31 à la p. 1115; M. P. Furmston, *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, 14e éd., London, Butterworths, 2001 à la p. 658 [*Cheshire, Fifoot et Furmston*]. Une telle élection de recours, en droit civil québécois, serait légale dans la mesure où l'art. 1590 C.c.Q., qui prévoit les recours en cas d'inexécution de l'obligation, serait jugé supplétif de volonté (art. 9 C.c.Q.). On peut toutefois supposer que vu la possibilité de renoncer à la responsabilité civile elle-même, donc à tous recours, au moyen d'une clause d'exonération valide, *a fortiori* il serait loisible de choisir par quel moyen sera mise en oeuvre cette responsabilité civile.

choix qui autrement s'offriraient à la partie victime de l'inexécution³⁶. Il s'agit de la règle générale car ce n'est qu'exceptionnellement que la Cour ordonnera une injonction ou l'exécution forcée (*specific performance*) par la partie fautive³⁷. Ces deux derniers recours sont issus de l'*equity* et ils ne s'offrent pas de plein droit, les recours en *equity* étant, de par leur nature, discrétionnaires³⁸.

B. Causalité

L'existence d'un lien de causalité de fait est une condition *sine qua non* de la responsabilité. L'affaire *Quinn c. Burch Bros.(Builders) Ltd.*³⁹ fait ressortir l'importance de la question de la causalité. Les défendeurs s'étaient engagés à fournir au demandeur une échelle devant servir à la réalisation de certains travaux. Les défendeurs n'ont jamais livré l'échelle. Le demandeur s'est alors servi d'une sorte de chevalet pour tenir lieu d'échelle. Le demandeur chuta et subit un préjudice corporel. Le juge Sellers conclut de cette façon: «I think that his accident was in no way caused by the breach of contract and did not arise in any circumstances in which the defendants can be held to blame»⁴⁰.

Le juge Danckwerts tranche ainsi: «The failure of the defendants to provide the equipment required may have been the occasion of the accident but was not the

³⁶ *Photo Production*, *supra* note 1, juge Wilberforce.

³⁷ Voir *Asamera Oil*, *supra* note 33. Voir généralement *Cheshire, Fifoot et Furmston*, *supra* note 35 à la p. 658.

³⁸ Ces règles se reflètent sensiblement en droit civil québécois. L'injonction, prévue à l'art. 751 C.p.c., est aussi considérée comme un recours exceptionnel par les tribunaux. Cependant, ce caractère exceptionnel n'emporte pas la même discrétion qu'en *equity*. Quant à l'exécution forcée par le débiteur, que le créancier peut choisir en vertu de l'art. 1590 C.c.Q., l'art. 1602 C.c.Q. vient préciser que le tribunal peut l'ordonner seulement *dans les cas qui le permettent*. Toutefois, cette discrétion n'est pas la même qu'en *equity* car il s'agit d'un droit *prima facie* du créancier ou de la partie innocente, considéré sur le même pied d'égalité que le recours en dommages-intérêts: voir *Novergaz*, *supra* note 10. L'exécution forcée n'est pas exceptionnelle en droit civil québécois; elle est plutôt sujette à certaines restrictions. Il semblerait que le caractère exceptionnel et discrétionnaire de l'*equity* et le caractère plutôt restrictif du droit civil québécois soient justifiés par des raisons de politique sociale qui ne sont pas les mêmes, ce qui pourrait expliquer l'approche adoptée dans chacun des systèmes. La justification, en droit civil, viserait entre autres les atteintes aux libertés individuelles, alors que la justification, en *equity*, reposerait sur des motifs d'efficacité économique et de promotion du commerce.

³⁹ [1966] 2 Q.B. 370 [*Quinn*].

⁴⁰ *Ibid.* à la p. 391.

cause of the accident»⁴¹.

L'arrêt *Quinn* est en outre un exemple classique de la distinction cruciale à faire entre, d'une part, une rupture de contrat qui constitue l'*occasion* du préjudice, et d'autre part, une rupture de contrat qui constitue la *cause* du préjudice.

Le concept de causalité, comme condition de la responsabilité contractuelle, remonte aussi loin, sinon plus loin, que la règle de la prévisibilité raisonnable du préjudice dans le cours normal des choses, ayant trait au type de préjudice compensable en common law, autre condition généralement requise en matière contractuelle⁴². L'arrêt *Hadley v. Baxendale*⁴³ est généralement considéré comme l'autorité première sur la règle de la prévisibilité raisonnable dans le cours normal des choses. Néanmoins, la nécessité d'un lien de causalité ressort implicitement des propos suivants de la Cour:

Now we think the proper rule in such a case as the present is this: —Where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally, i.e., according to the usual course of things, from such a breach of contract itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it⁴⁴.

Nature de la causalité ou causalité requise

L'arrêt *Hadley* et ses suites seront traités davantage plus bas relativement à la notion de prévisibilité. La distinction entre les concepts de causalité et de prévisibilité raisonnable dans le cours normal des choses n'est pas évidente. À tout le moins, l'on peut prétendre que la causalité et la prévisibilité raisonnable dans le cours normal des choses sont des notions distinctes et indépendantes au plan conceptuel. Cette idée est

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Voir ci-dessous aux pp. 21 et s.

⁴³ (1854), 9 Exch. 341, 156 E.R. 145 [*Hadley*].

⁴⁴ *Ibid.* à la p. 354.

bien illustrée dans *McGregor on Damages*⁴⁵: «Damage may be too remote in one of two ways: either because it is not caused by the defendant's act, or because, even if so caused, it is not within the scope of the protection afforded to the plaintiff»⁴⁶. Les propos du Lord Reid, dans l'arrêt *Koufos c. C. Czarnikow Ltd.*⁴⁷ appuient une telle proposition: «In cases like *Hadley v. Baxendale* or the present case it is not enough that in fact the plaintiff's loss was directly caused by the defendant's breach of contract.»⁴⁸.

Il ne faudrait pas se méprendre en interprétant cet extrait comme posant un test de la causalité qui nécessiterait un caractère direct. Ce serait là confondre la causalité requise en common law avec celle qui l'est en droit civil. En droit civil, la causalité doit présenter un caractère direct et il s'agit d'une question de droit⁴⁹. L'extrait ci-dessus ne fait que rappeler que si, en dépit du lien de causalité de fait, le préjudice n'était pas raisonnablement envisageable dans le cours normal des choses au moment de la conclusion du contrat, la responsabilité ne sera pas engagée selon la règle énoncée dans l'affaire *Hadley*⁵⁰.

⁴⁵ Harvey McGregor, *McGregor on Damages*, 16^e éd., London, Sweet & Maxwell Limited, 1997 au n° 815.

⁴⁶ *Ibid.* au n° 813.

⁴⁷ [1967] 3 W.L.R. 1491 (H.L.) [*Koufos*].

⁴⁸ *Ibid.* à la p. 1502.

⁴⁹ *Lawson c. Laferrière*, [1991] 1 R.C.S. 541. Cette décision traite en outre de la théorie de la perte de chance en droit civil. Pour connaître la position des tribunaux anglais sur la notion de perte de chance, voir *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority*, [1987] A.C. 751 (H.L.); *Allied Maples Group Ltd. v. Simmons & Simmons*, [1995] 4 All ER 907 (C.A.).

⁵⁰ Voir ci-dessous aux pp. 25 et s. ainsi que la distinction faite dans l'arrêt *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377 à la p. 474, [1994] 9 W.W.R. 609 [*Hodgkinson*] où les juges Sopinka et McLachlin traitent de la prévisibilité sous deux rubriques distinctes: «causation» et «contemplation»: «therefore, two considerations have emerged in the legal analysis associated with the measure of damages, causation and the reasonable contemplation of the parties.» L'impact de la notion de prévisibilité sur le concept de causalité se fait également sentir en droit civil. Toutefois, l'architecture du *Code civil* permet une dissociation plus aisée. La causalité est rattachée à la qualité du lien entre la faute et le préjudice (suite immédiate et directe, art. 1607 C.c.Q.), alors que la prévisibilité est rattachée à l'évaluation des dommages-intérêts (art. 1613 C.c.Q.). Le Code en fait deux choses clairement distinctes. En common law, il a été vu que la distinction existe, mais leur rapport semble plus étroit et, peut-être est-ce le corollaire, moins bien défini. Voir par ex. le texte des articles 48 et 49 de la *Loi sur la vente d'objets*, L.R.O. 1990, c. S.1 qui, tout en codifiant la règle de *Hadley*, emploient le terme «directement», suggérant ainsi une conception assez originale, sinon unique, de la signification de caractère direct. On se souviendra que la règle de *Hadley* fait référence aux termes «contemplation» et «arising naturally». Voir ci-dessous à la p. 21.

Cependant, même si une causalité *de facto* suffit, il peut s'avérer difficile de la déterminer en pratique, voire même de la distinguer de la notion de prévisibilité. Ces préoccupations ne sont pas nouvelles, comme l'illustrent les propos suivants du juge Salmon, dans l'affaire *Quinn*⁵¹:

The true nature of causation has long been debated by philosophers and lawyers. I do not think it is necessary or desirable to add to the anthology of phrases that have been used with a view to describing the true nature of causation. Foreseeability of possible injury is no doubt the true criterion where negligence is an issue: *Thurogood v. Van den Berghs & Jurgens Ltd.* Similarly, when the question arises as to whether damages are too remote—damages, be it observed, which are admitted to have been caused by a breach of contract—the test is whether the damages which were actually sustained were reasonably foreseeable at the time the contract was entered into as likely to result from its breach: *Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newman Industries, Coulson & Co. Ltd.* Although the foreseeability test is a handmaiden of the law, it is by no means a maid-of-all-work. To my mind, it cannot serve as the true criterion when the question is, how was the damage caused? It may be a useful guide, but it is by no means the true criterion⁵².

Le juge Salmon jette un regard intéressant sur la nature de la causalité et son rapport avec la règle de la prévisibilité raisonnable dans le cours normal des choses. En effet, celui-ci nous dit au moins ce que la causalité n'est pas: la prévisibilité; il peut y avoir causalité sans y avoir prévisibilité⁵³. Cette conclusion est déjà étayée par la jurisprudence dont les arrêts *Hadley*⁵⁴ et *Koufos*⁵⁵. À l'inverse, la prévisibilité peut exister sans la causalité, comme dans l'affaire *Quinn*; il y aurait pu être prévisible, voire raisonnablement prévisible, qu'en raison de la rupture du contrat, le demandeur serait contraint d'utiliser un moyen autre que l'échelle pour faire ses travaux. Pourtant, le préjudice qui résulte de la chute n'a pas été causé, d'un point de vue juridique, par la rupture du contrat: «There is always a temptation to fall into the fallacy of post hoc ergo propter hoc; and that is no less a fallacy even if what happens afterwards could have been foreseen before it occurred»⁵⁶.

⁵¹ *Supra* note 39.

⁵² *Ibid.* aux pp. 393-394.

⁵³ Comparer *supra* note 46.

⁵⁴ *Supra* note 43.

⁵⁵ *Supra* note 47.

⁵⁶ *Quinn*, *supra* note 39 à la p. 395.

La jurisprudence confirme que l'existence d'un lien causal est une condition *sine qua non* de la responsabilité contractuelle à être distinguée de la prévisibilité du préjudice, condition additionnelle et distincte. Le fait qu'une causalité de fait soit suffisante en principe n'élimine pas le rôle qu'elle peut être appelée à jouer comme moyen de limiter la responsabilité.

II. ÉVALUATION DES DOMMAGES-INTÉRÊTS

Droit civil

A. Principe de la compensation

Une fois la faute, le préjudice et la causalité démontrés, il faut établir la nature ou le type de dommages-intérêts que le demandeur est en droit de recouvrer ou, plus précisément, le *préjudice compensable* ou *admissible*, à la suite de quoi une évaluation ou un calcul précis sera effectué. En responsabilité civile, la caractéristique principale des dommages-intérêts recouvrables, ou du préjudice admissible, est son rôle compensatoire et de réparation intégrale. Le principe, qui s'applique tant en matière contractuelle qu'extra-contractuelle, est énoncé à l'art. 1611 C.c.Q.:

1611. Les dommages-intérêts dus au créancier compensent la perte qu'il subit et le gain dont il est privé.

Dans l'arrêt *Wertheim v. Chicoutimi Pulp Company*⁵⁷, traitant spécifiquement d'une matière contractuelle, le Comité judiciaire du Conseil Privé a posé le principe en ces termes: «And it is the general intention of the law that, in giving damages for breach of contract, the party complaining should, so far as it can be done by money, be placed in the same position as he would have been if the contract had been performed»⁵⁸.

Une interprétation stricte du principe de la compensation pourrait empêcher le créancier de récupérer les pertes de profits ou d'autres pertes «conséquentes» à l'inexécution. En faisant référence aux notions de *perte subie* et de *privation de gain*,

⁵⁷ [1911] A.C. 301 [*Wertheim*].

⁵⁸ *Ibid.* à la p. 307. Voir aussi *Bonner c. Cantin* (1922), 32 B.R. 52.

le législateur, à l'art. 1611 C.c.Q., adopte une conception assez large de ce que constitue une compensation adéquate.

B. Prévisibilité

L'art. 1613 C.c.Q. pose une limite au principe de la compensation, soit la prévisibilité des dommages-intérêts:

1613. En matière contractuelle, le débiteur n'est tenu que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir au moment où l'obligation a été contractée, lorsque ce n'est point par sa faute intentionnelle ou par sa faute lourde qu'elle ne s'est point exécutée; même alors, les dommages-intérêts ne comprennent que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution.

Comme il faut lire l'art. 1613 C.c.Q. avec l'art. 1611 C.c.Q., le test applicable se pose comme suit: les dommages-intérêts qui sont recherchés en raison de la perte subie ou de la privation de gain devaient, au moment de la conclusion du contrat, soit être prévus, soit être raisonnablement prévisibles. Voici comment la Cour suprême a appliqué ce test en matière de privation de gain.

Dans l'arrêt *Remer Bros. Investment Corporation c. Robin*⁵⁹, la demanderesse achète une terre appartenant au défendeur. Ce dernier, après plusieurs mois, n'avait toujours pas délivré les titres à la demanderesse, laquelle décida d'intenter une action en résolution de contrat et en dommages-intérêts. Elle réclama la différence entre le prix de vente arrêté au contrat, soit \$31 000 et la valeur réelle de l'immeuble, soit \$97 750 et elle eut gain de cause. La différence considérable entre les deux prix était due à la hausse des prix du marché dans la région. La question ultime était de savoir si la demanderesse pouvait réclamer cette différence de prix en alléguant que la hausse du prix du marché était prévisible au moment de la conclusion du contrat.

Dans un premier temps, le juge Fauteux considère ce type de dommage comme une privation de gain et donc compensable, respectant les termes de l'art. 1611 C.c.Q.: «En l'espèce, le dommage de l'appelante est proportionnel au gain dont elle a été privée par suite de la contravention et équivaut à la différence entre le prix fixé

⁵⁹ [1966] R.C.S. 506. Voir également *Roy c. Simard* (1927), 43 B.R. 538, conf. par [1928] R.C.S. 328.

au contrat et le prix représentant la valeur au marché de cette terre, au temps de la contravention»⁶⁰.

Venant à la question de la prévisibilité, dont la règle était alors énoncée à l'art. 1074 C.c.B.-C., l'actuel art. 1613 C.c.Q., le juge poursuit:

Reste à considérer si ce gain ou ce dommage de \$47, 750, que la preuve justifie, était prévisible à la formation du contrat, en juin 1953. La prévisibilité du dommage, envisagée au jour du contrat, doit s'apprécier *in abstracto*. Il ne s'agit pas, en effet, du dommage que le débiteur a pu prévoir, mais «*qu'on a pu prévoir*», dit l'art. 1074, du *Code Civil*, ce qui veut dire: que le type abstrait du bon père de famille, de l'homme prudent et avisé a pu prévoir. Mazeaud et Tunc, *Responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, 5 éd., vol. 3, p. 514, n° 2381-2⁶¹.

Le juge conclut que l'on pouvait prévoir la hausse éventuelle des prix au moment de la formation du contrat, et que le préjudice subit était «substantiellement à la mesure de celui que la preuve justifie».

C. *Prévisibilité et causalité*

Le droit civil accorde une importance à distinguer la question de la causalité de celle de la prévisibilité. L'architecture du *Code civil du Québec* est d'ailleurs conçue de telle sorte que la causalité—du préjudice—ait trait aux conditions de la responsabilité alors que la question de la prévisibilité—des dommages-intérêts—étant rattachée à l'évaluation des dommages-intérêts, *i.e.* la conséquence du préjudice, ait plutôt trait aux effets de la responsabilité civile. De plus, la notion de causalité étant rattachée à celle de *préjudice* (art. 1458, 1607 C.c.Q.) et la notion de prévisibilité étant rattachée à celle de l'évaluation des dommages-intérêts (art. 1613 C.c.Q.), on peut se demander s'il est opportun, tel qu'il appert de l'extrait ci-haut, de parler de *prévisibilité du préjudice* ou du *dommage*. Cette dernière notion existe davantage en responsabilité extra-contractuelle ou délictuelle, plus particulièrement en matière de négligence en common law. Il serait plus approprié, dans les circonstances, de parler de *prévisibilité des dommages-intérêts*.

⁶⁰ *Ibid.* à la p. 511.

⁶¹ *Ibid.* à la p. 512.

Il faut en outre remarquer que l'art. 1613 C.c.Q., par l'exception qu'il crée en cas de faute intentionnelle ou lourde, établit en termes exprès la distinction entre la causalité et la prévisibilité. Dans l'arrêt *Quebec Land Company c. Giguère*⁶², le juge Flynn en fait état: «L'on ne peut réclamer, en fait, de dommages que ceux dont l'inexécution de l'obligation est une cause directe et immédiate, et cela à tout événement. Et quand il n'y a pas de dol ou de mauvaise foi de la part du débiteur, ou du vendeur, l'on ne peut réclamer que les dommages prévus ou que l'on a pu prévoir»⁶³.

D'un point de vue de droit comparé, il est intéressant de noter les propos suivant du juge Bissonnette, dans l'arrêt *Vocisano*⁶⁴ dont il a été question dans la section portant sur la causalité:

En Common law, la règle est sensiblement la même. Baudouin [Droit civil de la Province de Québec (1953), p. 581] nous la rappelle en disant que les dommages recouvrables sont ceux qui découlent de l'ordre normal des choses. La différence qu'on doit relever entre les deux systèmes juridiques, semble-t-il, c'est que dans notre droit comme dans le droit français, on retient avec raison et prudence la distinction entre le dommage prévisible et le dommage, suite directe et immédiate, tandis que, sous le common law, tout en étant plus rigoureux pour le débiteur, on paraît les confondre⁶⁵.

Cette assertion, si elle est vraie en droit civil, pêche par sa généralité et sa simplicité en ce qui a trait à la common law. Il est vrai, en common law, que le préjudice compensable en matière contractuelle est celui qui découle de l'ordre normal des choses. Cependant, il a été démontré que la causalité, en common law, jouit d'un statut indépendant de la règle de la prévisibilité raisonnable dans le cours normal des choses. La confusion, si confusion il y a, vient du rapport étroit entre les deux notions. La section qui suit traite davantage de ce rapport.

⁶² (1926), 41 B.R. 551.

⁶³ *Ibid.* à la p. 557.

⁶⁴ *Supra* note 18.

⁶⁵ *Ibid.* aux pp. 251-252.

Common law

A. Principe de la compensation

Le principe de la compensation est à la base des règles applicables pour l'évaluation des dommages-intérêts. Ce principe est fermement établi depuis l'affaire *Robinson c. Harman*⁶⁶, rendue par la Cour de l'Échiquier: «The next question is, what damages is the plaintiff entitled to recover? The rule of the common law is, that where a party sustains a loss by reason of a breach of contract, he is, so far as money can do it, to be placed in the same situation, with respect to damages, as if the contract had been performed»⁶⁷.

Ce principe est également bien ancré en jurisprudence canadienne. L'arrêt *Wertheim*⁶⁸ rendu par le Comité judiciaire du Conseil Privé fait autorité en common law même s'il s'agissait d'une question de droit civil émanant du Québec. Plus récent et d'égale importance est l'arrêt *Asamera Oil*⁶⁹, lequel sert de pont à l'application des règles élaborées par les tribunaux anglais en matière d'évaluation des dommages-intérêts contractuels. Le principe de la compensation est ainsi repris par le juge Estey: «The calculation of damages relating to a breach of contract is, of course, governed by well-established principles of common law. Losses recoverable in an action arising out of the non-performance of a contractual obligation are limited to those which will put the injured party in the same position as he would have been had the wrongdoer performed what he promised»⁷⁰.

B. Prévisibilité raisonnable: Hadley v. Baxendale

Assez tôt après avoir rendu son arrêt en 1848 dans l'affaire *Robinson*, la Cour de l'Échiquier, dans l'affaire *Hadley*⁷¹, vint définir le cadre et la portée du principe de la compensation par la règle de la prévisibilité raisonnable dans le cours normal des choses. Il s'agit d'une règle qui vient permettre d'identifier le type de préjudice

⁶⁶ (1848), 1 Exch. 849.

⁶⁷ *Ibid.* à la p. 854.

⁶⁸ *Supra* note 57.

⁶⁹ *Supra* note 33.

⁷⁰ *Ibid.* à la p. 645. Suivi dans *Hodgkinson*, *supra* note 50.

⁷¹ *Supra* note 44.

compensable. En d'autres termes, il s'agit de la façon par laquelle se mesure la notion de «proximité» du préjudice, *i.e.* son degré d'éloignement (*remoteness*). La règle fut posée en ces termes:

Now we think the proper rule in such a case as the present is this;—Where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally, *i.e.*, according to the usual course of things, from such a breach of contract itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it. Now, if the special circumstances under which the contract was actually made were communicated by the plaintiffs to the defendants, and thus known to both parties, the damages resulting from the breach of such a contract, which they would reasonably contemplate, would be the amount of injury which would ordinarily follow from a breach of contract under these special circumstances so known and communicated⁷².

Par ailleurs, la règle de la prévisibilité raisonnable du préjudice ne s'étend pas à l'intensité ou l'étendue du préjudice. Si le genre ou le type de préjudice était envisageable, prévisible ou susceptible de se produire dans le cours normal des choses, le défendeur ne peut opposer le fait qu'il n'était pas raisonnablement prévisible que son inexécution allait lui coûter aussi chère. Dans l'arrêt *Hodgkinson*⁷³, cette précision à la règle de *Hadley* fut posée en ces termes:

Further, it is well established that damages must be foreseeable as to kind, but not extent; as such any distinction based on the unforeseeability of the *extent* of the market fluctuations must be dismissed; see *H. Parsons (Livestock) Ltd v. Uttley, Ingham & Co.*, [1978] Q.B. 791 at 813; *Asamera*, *supra*, at p. 655. See also S.M. Waddams, *The Law of Damages* (2nd ed. 1991), at paras. 14.280 and 14.290⁷⁴.

Selon l'enseignement classique, il y a lieu de distinguer la question de l'expectative raisonnable du préjudice de la question de l'évaluation monétaire de

⁷² *Ibid.* aux pp. 354-355.

⁷³ *Supra* note 50.

⁷⁴ *Ibid.* aux pp. 454-55.

ce préjudice, *i.e.* le calcul des dommages-intérêts⁷⁵. Ainsi, l'arrêt *Hadley* aurait, par la règle de la prévisibilité raisonnable dans le cours normal des choses, déterminé la nature ou le type de préjudice pouvant faire l'objet d'une indemnisation, alors que l'arrêt *Robinson*, par le principe de la compensation intégrale, aurait jeté les bases applicables en matière d'évaluation des dommages-intérêts.

Une autre façon d'entrevoir les choses est de considérer la règle de la prévisibilité comme une limite au principe de la compensation⁷⁶. La jurisprudence semble vouloir emprunter cette voie. Le principe de la compensation et de sa limite intrinsèque fut posé en ces termes dans l'arrêt *Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newman Industries Ltd.*⁷⁷:

It is well settled that the governing purposes of damages is to put the party whose rights have been violated in the same position, so far as money can do so, as if his rights had been observed [...]. This purpose, if relentlessly pursued, would provide him with a complete indemnity for all loss de facto resulting from a particular breach, however improbable, however unpredictable. This, in contract at least, is recognized as too harsh a rule.⁷⁸

Concevoir la règle énoncée dans l'arrêt *Hadley* comme une limite à celle énoncée dans l'arrêt *Robinson* correspond le mieux, semble-t-il, à ce en quoi consiste réellement et à ce dont il est référé comme l'évaluation des dommages-intérêts. Cette proposition ressort des propos suivants du juge Haldane dans l'arrêt *British Westinghouse Electric and Manufacturing Company, Limited v. Underground Electric Railways Company of London, Limited*⁷⁹:

The quantum of damage is a question of fact, and the only guidance the law can give is to lay down general principles [...].

[...] I think that there are certain broad principles which are quite well settled. The first is that, as far as possible, he who has proved a breach of a bargain to supply

⁷⁵ *Cheshire, Fifoot et Furmston, supra* note 35 aux pp. 658-661. Voir également *Chaplin c. Hicks*, [1911] 2 K.B. 786 (C.A.); *Boys c. Chaplin*, [1968] 2 Q.B. 1.

⁷⁶ Sir Guenter Treitel, *The Law of Contract*, 10^e éd., London, Sweet & Maxwell, 1999 à la p. 898.

⁷⁷ [1949] 2 K.B. 528, [1949] 1 All E.R. 997 (C.A.) [*Victoria Laundry*].

⁷⁸ *Ibid.* à la p. 539. Voir aussi *H. Parsons, supra* note 33.

⁷⁹ [1912] A.C. 673 [*British Westinghouse Electric*].

what he contracted to get is to be placed, as far as money can do it, in as good a situation as if the contract had been performed.

The fundamental basis is thus compensation for pecuniary loss naturally flowing from the breach⁸⁰.

Cette conception permet d'écarter la distinction artificielle entre, d'un côté, le type et l'étendu des dommages-intérêts recouvrables et, d'un autre côté, le calcul, à strictement parler, des dommages-intérêts. Le Conseil Privé, dans l'arrêt *Wertheim*⁸¹, l'avait déjà fait remarquer: «That is a ruling principle. It is just a principle. The rule which prescribes as a measure of damages the difference in market prices [...] is merely designed to apply this principle.»⁸²

Le vocabulaire employé à l'art. 49(2) de la *Loi sur la vente d'objets*⁸³ de l'Ontario, qui codifie la règle de l'arrêt *Hadley*, appuie également cette proposition:

Le montant des dommages-intérêts correspond à la perte directement et naturellement imputable, dans le cours normal des choses, à l'inexécution du contrat par le vendeur.

Le principe de la compensation du préjudice et le calcul précis du montant des dommages-intérêts sont les deux envers d'une même médaille appelée «évaluation des dommages-intérêts»⁸⁴. Différentes techniques d'évaluation peuvent exister, mais, en dernière analyse, il reste que toute méthode, technique ou «règle» de calcul n'est que l'application du principe de la compensation du préjudice raisonnablement prévisible dans le cours normal des choses afin d'évaluer les dommages-intérêts⁸⁵.

⁸⁰ *Ibid.* aux pp. 688-689.

⁸¹ *Supra* note 57.

⁸² *Ibid.* à la p. 307.

⁸³ *Supra* note 50.

⁸⁴ Le *Code civil du Québec* traite la règle de la compensation et la règle de la prévisibilité raisonnable aux art. 1611 et 1613 respectivement, sous la même section intitulée «De l'évaluation des dommages-intérêts».

⁸⁵ «A number of detailed rules have been developed to calculate compensatory damages. However, [...] these rules are only applications of the general compensatory principle; these rules are slaves, compensation is the master.»: Furmston, *supra* note 34 au n°. 8.3. Voir *Ruxley Electronics and*

Connaissance imputée et connaissance réelle

La question de la causalité et son rapport avec la notion de prévisibilité ont été discutés dans la première partie. Toutefois, certaines précisions doivent être apportées concernant la question de la prévisibilité raisonnable dans le cours normal des choses. La règle de l'affaire *Hadley* réfère à un critère objectif et nécessite un examen attentif des circonstances de chaque espèce. Ces circonstances varieront selon la nature du contrat, les usages, les pratiques établies et d'autres facteurs que les parties contractantes sont présumées ou censées connaître. L'applicabilité pratique ou le bon fonctionnement du test de l'affaire *Hadley* nécessite donc qu'un minimum de connaissances soi imputé aux parties contractantes. Autrement, il en résulterait une incertitude juridique quant à l'étendue des dommages-intérêts recouvrables en cas d'inexécution du contrat, voire même un encouragement à une telle inexécution, ce qui irait à l'encontre du commerce et des considérations de principe derrière la règle de l'affaire *Hadley*.

La règle de la connaissance imputée n'est qu'un minimum et la connaissance réelle des parties doit également être prise en considération par le tribunal. Cette règle fut énoncée en ces termes dans l'affaire *Hadley*:

Now, if the special circumstances under which the contract was actually made were communicated by the plaintiffs to the defendants, and thus known to both parties, the damages resulting from the breach of such a contract, which they would reasonably contemplate, would be the amount of injury which would ordinarily follow from a breach of contract under these special circumstances so known and communicated⁸⁶.

Aussi, les connaissances des parties étant susceptibles d'évoluer tout au long de leur relation contractuelle, les dommages prévisibles peuvent donc varier au fil de l'exécution du contrat. Par conséquent, la règle de la connaissance réelle s'applique non seulement au moment de la conclusion du contrat, mais tout au long de son exécution de sorte que la responsabilité d'une partie peut s'accroître au fur et à mesure qu'elle acquiert de la nouvelle information.

Construction Ltd. c. Forsyth, [1995] 3 All ER 268 (H.L.); *South Australia Asset Management Corporation c. York Montague Ltd.*, [1996] 3 All ER 365 (H.L.).

⁸⁶ *Supra* note 43 aux pp. 354-355. Voir également *Victoria Laundry*, *supra* note 77. Au Canada, voir *Asamera Oil*, *supra* note 33.

La connaissance de la possibilité d'un préjudice exceptionnel dû à la connaissance réelle des parties soulève un problème d'allocation des risques, surtout si cette connaissance réelle survient en cours d'exécution du contrat et surtout si cette connaissance réelle résulte de changements plus ou moins prévisibles au moment de la conclusion du contrat. Comment gérer ce genre de risque? La règle de la connaissance réelle, poussée à son extrême, fait de la partie fautive l'assureur de la partie victime de l'inexécution.

C. *Prévisibilité raisonnable et causalité*

L'arrêt *Hadley* a donné lieu à diverses interprétations qui peuvent prêter à confusion. Deux critères ressortent néanmoins avec constance dans la jurisprudence: la nécessité d'un lien causal et la prévisibilité raisonnable du type de préjudice dans le cours normal des choses. Les propos du Lord Reid, dans l'arrêt *Koufos*⁸⁷, illustrent une telle proposition:

In cases like *Hadley v. Baxendale* or the present case it is not enough that in fact the plaintiff's loss was directly caused by the defendant's breach of contract. It clearly was so caused in both. The crucial question is whether, on the information available to the defendant when the contract was made, he should, or the reasonable man in his position would, have realised that such loss was sufficiently likely to result from the breach of contract to make it proper to hold that the loss flowed naturally from the breach or that loss of that kind should have been within his contemplation⁸⁸.

La dichotomie «causalité/expectative raisonnable» se fait encore plus marquer dans l'arrêt *Hodgkinson*⁸⁹ rendu par la Cour suprême du Canada. Les juges Sopinka et McLachlin évoquent d'abord le principe de la compensation et son application en droit canadien. Faisant ensuite référence à l'arrêt *Hadley*⁹⁰, les juges se tournent vers la limite de la prévisibilité dont ils traiteront sous les deux rubriques distinctes de la causalité et de la prévisibilité raisonnable du préjudice dans le cours normal des choses:

⁸⁷ *Supra* note 47.

⁸⁸ *Ibid.* à la p. 1502.

⁸⁹ *Supra* note 50.

⁹⁰ *Supra* note 43.

[L]a Chambre des lords a statue que l'auteur de l'inexécution de contrat était responsable des pertes qui pouvaient raisonnablement être considérées, à la conclusion du contrat, comme une conséquence probable de l'inexécution. En conséquence, deux considérations se dégagent de l'analyse juridique du calcul des dommages-intérêts: la causalité et la prévisibilité raisonnable par les parties⁹¹.

Par ailleurs, il a été indiqué que la règle de *Hadley* constitue une limite au principe de la compensation et que ce dernier principe n'entre en ligne de compte qu'à l'étape de l'évaluation des dommages-intérêts. Or, si l'on en est à l'étape de l'évaluation des dommages-intérêts, logiquement, le lien de causalité a déjà été établi. Il est par conséquent naturel que les deux concepts s'entremêlent et s'estompent au fur et à mesure que le préjudice devient de moins en moins prévisible ou susceptible de se produire dans le cours normal des choses. La prévisibilité du type de préjudice, on l'a vu, constitue l'instrument de mesure de la notion de *remoteness*, laquelle représente l'idée de proximité ou de degré d'éloignement du préjudice. Or, la notion de degré d'éloignement peut prêter à confusion en ce sens qu'elle peut se concevoir tant au niveau de sa prévisibilité qu'au niveau de la causalité⁹².

L'on pourrait être tenté d'associer la notion de proximité—donc celle de prévisibilité—à celle de causalité vu l'emploi fréquent des termes *proximate cause*, en matière délictuelle, cette expression qui, elle aussi, représente l'idée de *remoteness*. Les expressions *proximate cause* et *remoteness*, en délits du moins, sont interchangeable et désignent toutes deux l'idée de degré d'éloignement du préjudice. C'est pourquoi il ne faut pas confondre les notions de causalité et *proximate cause*. Cette confusion peut en outre s'expliquer par l'évolution jurisprudentielle en matière de négligence. En effet, il fut un temps où la causalité directe était l'instrument de mesure du degré d'éloignement du préjudice⁹³. La causalité directe en délits est une notion qui fut abandonnée avec l'arrêt *The Wagon Mound (No. 1)*⁹⁴, où la Cour a clairement rejeté une notion de proximité du préjudice

⁹¹ *Supra* note 50 à la p. 474.

⁹² Cette idée est bien illustrée par M^cGregor, *supra* note 45, au n° 813: «Damage may be too remote in one of two ways: either because it is not caused by the defendant's act, or because, even if so caused, it is not within the scope of the protection afforded to the plaintiff.»

⁹³ *Re Polemis*, [1921] 3 K.B. 560.

⁹⁴ *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co. Ltd.*, [1961] A.C. 388, [1961] 1 All E.R. 404 (P.C.) [*The Wagon Mound (No. 1)*].

fondée sur le caractère *direct* en faveur de la prévisibilité du type de préjudice. Selon la Cour, la politique sociale ne devrait pas accabler une partie d'une responsabilité pour un préjudice imprévisible même s'il s'agit d'une conséquence directe ou naturelle de la faute. De plus, la Cour indique que le critère du caractère direct est trop difficile d'application sur le plan pratique.

Une telle difficulté d'application est bien illustrée par le juge Cardozo dans un extrait devenu célèbre:

What is a cause in a legal sense, still more what is a proximate cause, depends in each case upon many considerations [...]. Any philosophical doctrine of causation does not help us. A boy throws a stone into a pond. The ripples spread. The water level rises. The history of that pond is altered to all eternity. It will be altered by other causes also. [...] Each is proximate in a sense it is essential. But that is not what we mean by the word. Nor on the other hand do we mean sole cause. There is no such thing.

[...] A murder at Sarajevo may be the necessary antecedent to an assassination in London twenty years hence. [...]

A cause, but not the proximate cause. What we do mean by the word "proximate" is that, because of convenience, of public policy, of a rough sense of justice, the law arbitrarily declines to trace a series of events beyond a certain point. This is not logic. It is practical politics.[...]

There are no fixed rules to govern our judgment. [...] There is in truth little to guide us other than common sense.

There are some hints that may help us. The proximate cause, involved as it may be with many other causes, must be, at the least, something without which the event would not happen. The court must ask itself whether there was a natural and continuous sequence between cause and effect. Was the one a substantial factor in producing the other? Was there a direct connexion between them, without too many intervening causes? [...] Clearly we must so consider, for the greater the distance either in time or space, the more surely other causes intervene to affect the result. [...]

Once again, it is all a question of fair judgment, always keeping in mind the fact that we endeavour to make a rule in each case that will be practical and in keeping with the general understanding of mankind⁹⁵.

Il faut bien prendre note que cet extrait ne constitue pas l'état du droit. Le juge Cardozo s'appuie sur *Re Polemis*⁹⁶, à une époque où la notion de proximité (*remoteness* ou *proximate cause*) se mesurait non pas en terme de prévisibilité, mais en terme de caractère direct du préjudice. Dans ce contexte, il est normal que les notions de *proximate cause* et de cause directe se côtoient. L'extrait révèle également que la notion de *proximate cause* peut prêter à confusion en ce sens que, selon l'époque, elle correspond soit à la notion de caractère direct, soit à la notion de prévisibilité. Les expressions *proximate cause* et *remoteness* peuvent être vues comme les deux envers d'une même médaille dépendamment du point de vue selon lequel l'on se situe. Sous l'angle de l'acte fautif, la réalité se conçoit plus aisément par la notion de *proximate cause*, tandis que sous l'angle du préjudice, la réalité se perçoit davantage par la notion *remoteness (of damage)*. À cette seule et même réalité, *i.e.* la proximité, doit donc correspondre un seul instrument de mesure. Cet instrument, à ce jour, c'est la prévisibilité raisonnable.

De la même manière, en droit des contrats, l'arrêt *Hadley* a élaboré l'instrument de mesure pour la proximité du préjudice. Il s'agit de la prévisibilité raisonnable dans le cours normal des choses.

D. Obligation de minimiser le préjudice

L'arrêt *British Westinghouse Electric*⁹⁷ est l'autorité la plus couramment citée sur l'obligation de minimiser son préjudice. Dans cette affaire, le contrat intervenu entre les parties prévoyait la vente et la livraison par le défendeur de turbines à vapeurs et d'alternateurs à haute vitesse devant servir à l'exploitation d'un chemin de fer. La machinerie s'avère de qualité inférieure à celle prévue au contrat, ce qui occasionne des dépenses supplémentaires dues à une perte de productivité. La machinerie, déjà vieille de plusieurs années, est alors remplacée par une machinerie qui s'avère si performante que, économiquement, la situation s'avère plus avantageuse pour

⁹⁵ *Palsgraf c. Long Island Railroad Co.*, 162 N.E. 99, 248 N.Y. 339 (1928).

⁹⁶ *Supra* note 93. L'arrêt *Re Polemis* fut écarté dans l'arrêt *The Wagon Mound (No.1)*.

⁹⁷ *Supra* note 79.

l'acheteur. Ce dernier intente une action contre le vendeur à qui il réclame, d'une part, les dépenses résultant de la perte de productivité et, d'autre part, le coût de remplacement de la nouvelle machinerie.

La Cour doit répondre à deux questions. Premièrement, est-ce que, dans l'évaluation des dommages-intérêts, il faut tenir compte de l'avantage global dont peut bénéficier le demandeur de façon à réduire le montant qu'il peut recouvrer. Deuxièmement, le coût de remplacement de la machinerie peut-il être recouvré dans les circonstances. Le juge Haldane commence d'abord par un exposé sommaire des principes de droit applicables:

The fundamental basis is thus compensation for pecuniary loss naturally flowing from the breach; but this first principle is qualified by a second, which imposes on a plaintiff the duty of taking all reasonable steps to mitigate the loss consequent on the breach, and debars him from claiming any part of the damage which is due to his neglect to take such steps.

[...] But when in the course of his business he has taken action arising out of the transaction, which action has diminished his loss, the effect in actual diminution of the loss he has suffered may be taken into account even though there was no duty on him to act⁹⁸.

L'extrait qui précède indique vers quelle direction pointe l'analyse du juge. Celui-ci répondra à la première question soulevée ci-dessus par l'affirmative et à la deuxième par la négative:

I think the principle which applies here is that which makes it right for the jury or arbitrator to look at what actually happened, and to balance loss and gain. The transaction was not *res inter alios acta*, but one in which the person whose contract was broken took a reasonable and prudent course quite naturally arising out of the circumstances in which he was placed by the breach. Apart from the breach of contract, the lapse of time had rendered the appellants' machines obsolete, and men of business would be doing the only thing they could properly do in replacing them with new and up-to-date machines⁹⁹.

⁹⁸ *Ibid.* à la p. 689.

⁹⁹ *Ibid.* à la p. 691.

L'analyse du juge renseigne sur la portée et le fondement de l'obligation de minimiser son préjudice. D'abord, du point de vue de la politique sociale ou de l'ordre public, elle démontre que le but ultime du droit des contrats est moins de punir la partie fautive que de compenser la victime, ce qui peut, en outre, expliquer l'étroite relation entre le principe de la compensation et l'obligation de minimiser son préjudice. Sur le plan strictement économique, on constate, encore une fois, que la common law est très sensible aux pertes et à l'inefficacité, peu importe qui doit l'assumer entre les parties. Il semble que, aux yeux de la common law, la meilleure façon de minimiser de tels coûts sociaux est d'imposer à la victime une responsabilité considérablement onéreuse puisqu'elle est la première partie à prendre connaissance de cette perte et donc la première susceptible d'intervenir. Le mieux elle le fera, le moins les parties en souffriront et le mieux la société s'en portera.

Par ailleurs, la Cour considère que l'obligation de minimiser le préjudice agit comme limite à la règle de l'arrêt *Hadley*. Cette proposition a reçu l'aval de la Cour suprême du Canada¹⁰⁰. La règle de l'arrêt *Hadley* étant elle-même une limite au principe de la compensation énoncé dans l'arrêt *Wertheim*¹⁰¹, l'obligation de minimiser son préjudice demeure donc intrinsèquement liée au principe de la compensation. En fait, on pourrait affirmer que l'obligation de minimiser son préjudice constitue la face cachée de la règle de *Hadley*. Ainsi, les mesures que doit prendre la victime doivent être celles que prendrait une personne raisonnable dans le cours normal des choses selon ce que les parties pouvaient s'attendre au moment de la conclusion du contrat: «The subsequent transaction, if to be taken into account, must be one arising out of the consequences of the breach and in the ordinary course of business»¹⁰².

La Cour suprême du Canada a adopté et réitéré à maintes reprises cette règle, notamment dans l'affaire *Karas c. Rowlett*¹⁰³. Dans cette affaire, le demandeur avait conclu avec le défendeur un bail commercial de cinq ans, renouvelable et avec droit

¹⁰⁰ *Asamera Oil, supra* note 33 à la p. 661; *Apeco of Canada Ltd c. Windmill Place*, [1978] 2 R.C.S. 385 à la p. 389 [*Apeco of Canada*]; *Langille v. Keneric Tractor Sales Limited*, [1987] 2 R.C.S. 440 à la p. 456.

¹⁰¹ *Supra* note 57.

¹⁰² *British Westinghouse Electric, supra* note 79 à la p. 690. Voir *Cheshire, Fifoot & Furmston, supra* note 35 à la p. 684: «In relation to the computation of damages, mitigation is substantially an aspect of remoteness, since it is within the contemplation of the parties that the plaintiff will take reasonable steps to mitigate his loss.» Voir également *Radford c. De Froberville*, [1977] 1 W.L.R. 1262, [1978] 1 All E.R. 33 {Ch. D.}.

¹⁰³ [1944] R.C.S. 1.

de premier refus en cas de vente de l'immeuble par le défendeur. Le défendeur, pendant que le bail est en vigueur, représente frauduleusement au demandeur qu'il désire vendre l'immeuble et lui fait une offre que le demandeur refuse. Suite à cette offre, en apparence conforme aux termes et conditions du bail, le demandeur ouvre deux autres commerces qu'il exploite de façon rentable. L'un des arguments du défendeur est que les profits tirés des deux autres commerces auraient dû être déduits des pertes encourues par le demandeur. Le juge Kerwin exprime ainsi son désaccord devant un tel argument:

I am also unable to agree with this. In breach of contract cases the rule was stated in *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. v. Underground Electric Railways* by Viscount Haldane with the concurrence of all the Lords present that "the subsequent transaction, if to be taken into account, must be one arising out of the consequences of the breach and in the ordinary course of business". [...]

The respondent did not know of the fraud until after he had opened the Rendezvous and acquired the White Cross, and these transactions, therefore, did not arise out of the consequences of the breach¹⁰⁴.

Une transaction subséquente à la rupture du contrat ne sera donc pas prise en compte par le juge des faits sauf si elle est une conséquence de la rupture et qu'elle intervient dans le cours normal des choses.

E. Pertes physiques et pertes économiques

Jusqu'à présent, la jurisprudence étudiée aborde la question de l'évaluation des dommages-intérêts selon que le préjudice subi était raisonnablement envisagé par les parties au moment de la conclusion du contrat. Aucune distinction ne s'est faite sentir entre les pertes qui sont *physiques*, *i.e.* corporelles ou matérielles, et celles qui sont *économiques* ou *financières*, *i.e.* une dépense ou une privation de gain non conséquente à une perte physique. En d'autres termes, le test employé pour les deux types de perte est le même, soit le lien de causalité et la prévisibilité raisonnable du

¹⁰⁴ *Ibid.* à la p. 18. Voir également *Apeco of Canada*, *supra* note 100 (louage commercial); *Asamera Oil*, *supra* note 33 (valeurs mobilières).

préjudice¹⁰⁵. En matière de négligence, ce type de pertes financières qualifiées, en anglais, de *pure economic loss*, ne reçoit la même protection par la common law¹⁰⁶.

L'opportunité de distinguer entre pertes *physiques* et pertes *financières* en matière contractuelle a été soulevée dans l'arrêt *H. Parsons*¹⁰⁷. Une telle distinction résulte elle-même d'une autre distinction, celle-ci touchant, comme on vient de la voir, les différences entre les régimes contractuels et délictuels, qui s'est amorcée dans l'arrêt *Koufos*¹⁰⁸ où la Cour avait fait allusion au critère de la prévisibilité raisonnable en matière délictuelle (*reasonable foreseeability*) et en matière contractuelle (*reasonable contemplation*). Dans l'arrêt *H. Parsons*, la Cour fut unanime à conclure à l'absurdité d'une telle proposition, bien qu'elle fut déchirée sur l'opportunité de distinguer entre les pertes *physiques* et pertes *financières*. C'est dans cet esprit d'unicité de régimes, si l'on peut dire ainsi, que Lord Denning en arrive à juger opportun de distinguer entre les pertes *physiques* ou *matérielles* et les pertes dites *économiques*:

I find it difficult to apply those principles universally to all cases of contract or to all cases of tort: and to draw a distinction between what a man "contemplates" and what he "foresees". I soon begin to get out of my depth. I cannot swim in this sea of semantic exercises [...]. I go back with relief to the distinction drawn in legal theory by Professors Hart and Honoré in their book *Causation in the Law* (1959), at pp. 281-287. They distinguish between those cases in contract in which a man has suffered no damage to person or property, but only *economic loss*, such as, loss of profit or loss of opportunities for gain in some future transaction: and those in which he claims damages for an injury *actually done* to his person or *damage actually done* to his property (including his livestock) or for ensuing expense (*damnum emergens*) to which he has actually been put. In the law of *tort*, there is emerging a distinction between economic loss and physical damages: [...] It has been much considered by

¹⁰⁵ Tel que mentionné, en application de la deuxième règle de *Hadley*, le degré d'expectative raisonnable variera selon l'information ou les connaissances que le cocontractant en défaut détenait au moment de la conclusion du contrat, mais le test, à la base, demeure le même pour les pertes économiques. Voir *Asamera Oil, ibid.* à la p. 645.

¹⁰⁶ *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works* (1973), [1974] R.C.S. 1189, 40 D.L.R. (3^e) 530 [Rivtow]; *Winnipeg Condominium Corporation No.36 c. Bird Construction Co. Ltd.*, [1995] 1 R.C.S. 85; *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165, 146 D.L.R. (4^e) 577. Pour un aperçu général de l'évolution et des distinctions de la position anglaise, voir *Murphy c. Brentwood District Council*, [1990] 2 All E.R. 908 (H.L.).

¹⁰⁷ *Supra* note 33.

¹⁰⁸ *Supra* note 48.

the Supreme Court of Canada in *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works and Walkem Machinery & Equipment Ltd.* [1973] 6 W.W.R. 692 [...].

It seems to me that in the law of *contract*, too, a similar distinction is emerging. It is between loss of profit consequent on a breach of contract and physical damage consequent on it. [...]

In the second class of case—the physical injury or expense case—the defaulting party is liable for any loss or expense which he ought reasonably to have *foreseen* at the time of the breach as a possible consequence, even if it was only a *slight* possibility. You must assume that he is aware of his breach, and then you must ask: ought he reasonably to have foreseen, at the time of the breach, that something of this kind might happen in consequence of it? This is the test which has been applied in cases of tort ever since *The Wagon Mound* cases [1961] A.C. 388 and [1967] 1 A.C. 617. But there is a long line of cases which support a like test in cases of contract¹⁰⁹.

Pour comprendre le raisonnement du Lord Denning, il faut rappeler l'importance des arrêts *The Wagon Mound (No. 1)*¹¹⁰ et *The Wagon Mound (No. 2)*¹¹¹ en matière de négligence et connaître leur impact. L'arrêt *The Wagon Mound (No.1)* vint renverser un état du droit qui prévalait depuis une quarantaine d'années suite à l'arrêt *Re Polemis*¹¹². Dans *Re Polemis*, il avait été jugé que, dans la mesure où la prévisibilité d'un quelconque préjudice était présente, la partie fautive était responsable de toutes les pertes qui sont une conséquence directe de l'acte négligent, et ce même si le type de préjudice actuel n'était pas raisonnablement prévisible. Il s'agissait en fait de l'adoption de la théorie de la cause directe, plus familière au droit civil, qui soulève tant de difficulté et de débats en common law. Dans *The Wagon Mound (No.1)*, la Chambre des lords rejette cette théorie. Selon la Cour, la partie fautive ne peut être tenue responsable que pour le type de préjudice qui était raisonnablement prévisible au moment de la faute. Dans *The Wagon Mound (No.2)*, la cour n'est venue que préciser sa pensée, notamment en ce qui a trait au soi-disant degré de prévisibilité requis. La Cour a indiqué que le test était celui de la prévisibilité raisonnable du préjudice comme *possible* de survenir.

¹⁰⁹ *H. Parsons, supra* note 33 aux pp. 802-803.

¹¹⁰ *Supra* note 94.

¹¹¹ *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. The Miller Steamship Co.*, [1967] 1 A.C. 617, (*sub nom. Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. The Miller Steamship Co.*) [1966] 2 All E.R. 709 (P.C.) [*The Wagon Mound (No. 2)*].

¹¹² *Supra* note 93.

C'est donc dans cette perspective qu'il est possible d'apprécier la teneur des propos du Lord Denning dans *H. Parsons* lorsque, dans les extraits précités, il s'exprime en terme de *possibilité* du préjudice, faisant ainsi référence à *The Wagon Mound (No.2)*. La règle de la prévisibilité raisonnable du préjudice était déjà bien établie en contrat avec la règle de *Hadley*. Cependant, l'analyse de Lord Denning s'apprécie surtout dans sa tentative de mettre à contribution les développements du droit de la négligence en matière de *degré* de prévisibilité du préjudice.

Par ailleurs, Lord Denning donne les exemples de la responsabilité du fabricant et de la responsabilité hospitalière où, dans un cas comme dans l'autre, les dommages peuvent être de nature contractuelle, par rapport au cocontractant, et délictuelle, par rapport à un tiers. Dans le cas de pertes physiques, soit, par exemple, des dépenses ou des dommages corporels, il est absurde, selon le juge Denning, que l'un ou l'autre des deux créanciers soit plus avantagé du simple fait du régime de responsabilité applicable:

Instances could be multiplied of injuries to persons or damages to property where the defendant is liable for his negligence to one man in contract and to another in tort. Each suffers like damage. The test of remoteness is, and should be, the same in both. [...]

The present case falls within the class of case where the breach of contract causes physical damage. The test of remoteness in such cases is similar to that in tort. The contractor is liable for all such loss or expense as could reasonably have been foreseen, at the time of the breach, as a possible consequence of it. [...] The makers are liable for the loss of the pigs that died and of the expenses of the vet and such like, but not for the loss of profit on future sales or future opportunities of gain¹¹³.

L'analyse de Lord Denning, dans la mesure où elle s'appuie sur *The Wagon Mound (No.2)*, est relativement facile à suivre et présente une certaine logique. Cependant, sa référence à l'arrêt *Rivetow*¹¹⁴, dans l'autre extrait précédant, enlève à la cohérence de l'analyse. En effet, l'arrêt *Rivetow*, arrêt de principe en matière de négligence, porte sur la question de l'établissement de l'obligation de diligence en matière de négligence, question tout à fait distincte de celle du type de préjudice compensable. La confusion peut s'expliquer en raison que ces moyens de limiter la responsabilité se fondent tous sur le concept de proximité du préjudice. En d'autres

¹¹³ *H. Parsons*, *supra* note 33 à la p. 804.

¹¹⁴ *Supra* note 106.

termes, l'arrêt *Rivetow* porte sur l'impact de la proximité du préjudice économique, donc sur l'existence même d'une obligation de diligence, alors que les arrêts *The Wagon Mound (No.1)* et *The Wagon Mound (No.2)* portent sur l'impact de la proximité du préjudice sur le type de préjudice qui peut faire l'objet d'une compensation. Il s'agit de deux façons bien distinctes, en common law, de limiter la responsabilité civile.

L'arrêt *Rivetow*, à l'époque, confirmait la règle selon laquelle, en négligence, les pertes dites purement économiques, *i.e.* non consécutives à une perte corporelle ou matérielle, n'étaient pas compensables car la relation entre les parties n'était pas suffisamment étroite pour donner naissance à une obligation de diligence. Or, l'existence d'une obligation de diligence entre les parties est essentielle à une action en négligence¹¹⁵. À cet égard, la référence à l'arrêt *Rivetow* que fait Lord Denning est quelque peu superflue puisque, en contrat, les pertes sont, en règle générale, économiques. En droit des contrats, ce type de perte est compensable pas tant parce qu'il existe un lien suffisamment étroit entre les parties, ce qui est difficile de nier, mais plutôt par l'application simple de la règle de *Hadley*.

Il reste que l'analyse de Lord Denning peut s'avérer utile en matière de préjudice corporel et, peut-être même, matériel. Il serait absurde, sur le plan de la politique social, et contraire au bon sens que la règle de *Hadley* puisse servir de refuge en cas de préjudice corporel¹¹⁶. Cependant, il faut préciser que certaines formes de préjudice non économique et de nature psychologique sont *a priori* exclues en matière

¹¹⁵ *Ann's c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.); *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, [1984] 5 W.W.R. 1.

¹¹⁶ Dans *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228 [*B.D.C. Ltd.*], l'analyse du juge Estey suggère que lorsque la responsabilité contractuelle et délictuelle sont concomitantes, les règles du régime le plus strict devraient trouver application. Dans *B.D.C. Ltd.*, le demandeur s'est fait livrer une lettre en retard, lui faisant ainsi perdre une occasion d'affaire. Il a poursuivi la compagnie de livraison en négligence en l'absence de lien contractuel. La Cour a rejeté l'action au motif qu'il s'agissait d'une perte purement économique non compensable. Le juge Estey, faisant l'analogie avec l'affaire *Hadley*, en matière contractuelle, où, là aussi, il s'agissait d'un retard de livraison occasionnant des pertes financières, conclut que la compagnie de courrier ne peut être tenue responsable en l'absence de connaissance de sa part des circonstances spéciales de la livraison, faisant ainsi référence à la deuxième règle de *Hadley*. Cette analyse, à la manière de Lord Denning dans *H. Parsons*, semble, encore une fois, confondre obligation de diligence et proximité du préjudice. Le juge se sert en effet de la règle de *Hadley*, laquelle n'a strictement rien à voir avec la question de l'établissement d'une obligation de diligence en matière de négligence, dans le but de vérifier l'existence d'un lien spécial ou suffisamment étroit de nature à donner lieu à une obligation de diligence dans le cadre d'une action en négligence.

commerciale comme ne faisant pas partie de l'attente raisonnable des parties en application de la règle de *Hadley*¹¹⁷.

L'opinion de Lord Denning, non pas sur la conclusion mais sur le raisonnement, à savoir l'applicabilité des règles délictuelles lorsqu'il s'agit de pertes physiques, n'est pas partagée par les autres membres du banc. Le juge Orr n'est pas prêt à adhérer à une telle doctrine:

I agree with Lord Denning M.R. and also with Scarman L.J., whose judgment I had the opportunity of reading, that this appeal should be dismissed, but with respect to Lord Denning M.R. I would dismiss it for the reasons to be given by Scarman L.J. and not on the basis that a distinction is to be drawn for the present purposes between loss of profits and physical damage cases. I have not been satisfied that such a distinction is sufficiently supported by the authorities¹¹⁸.

Le juge Scarman opine comme suit:

My conclusion in the present case is the same as that of Lord Denning M.R. but I reach it by a different route. I would dismiss the appeal. I agree with him in thinking it absurd that the test for remoteness of damage should, in principle, differ according to the legal classification of the cause of action, though one must recognise that parties to a contract have the right to agree on a measure of damages which may be greater, or less, than the law would offer in the absence of agreement. I also agree with him in thinking that, notwithstanding the interpretation put on some dicta in *C. Czarnikow Ltd. v. Koufos*, [1969] A.C. 350, the law is not so absurd as to differentiate between contract and tort save in situations where the agreement, or the factual relationship, of the parties with each other requires it in the interests of justice. I differ from him only to this extent: the cases do not, in my judgment, support a distinction in law between loss of profit and physical damage. Neither do I think it necessary to develop the law judicially by drawing such a distinction¹¹⁹.

La majorité n'est donc pas prête à s'éloigner de l'approche traditionnelle de façon à appliquer un test différent selon la nature des pertes, *i.e.* selon qu'elles sont physiques ou économiques.

¹¹⁷ M^cGregor, *supra* note 45 à la p. 548, n° 815.

¹¹⁸ *H. Parsons*, *supra* note 33 aux pp. 804-805.

¹¹⁹ *Ibid.* à la p. 806.

La Cour suprême du Canada, dans *Asamera Oil*¹²⁰, ne paraît pas s'être prononcée directement sur cette controverse. La Cour n'est pas tant concernée par cette question et son analyse demeure relativement superficielle:

These principles were most recently discussed in *Parsons (Liverstock) Ltd v. Uttley Ingham & Co. Ltd.*, where subject to qualifications raised in the judgment, it was concluded by all members of the Court of Appeal that the appropriate legal rules relating to remoteness will not depend upon the classification of the action as being done under contract or tort¹²¹.

En conclusion, la double règle énoncée dans l'arrêt *Hadley* trouve toujours application, peu importe la nature de la perte. Les dommages-intérêts recouvrables sont ceux qui étaient raisonnablement prévisibles dans le cours normal des choses au moment de la conclusion du contrat, en fonction de la connaissance présumée ou réelle des parties.

L'analyse qui précède indique que, en common law, à l'instar du droit civil, le principe de la compensation gouverne l'évaluation des dommages-intérêts. En matière contractuelle, la règle de la prévisibilité raisonnable du préjudice survenant dans le cours normal des choses, qui se distingue de la causalité, constitue une limite au principe de la compensation qui s'apprécie selon un test objectif, lequel tient compte de l'information réelle portée à la connaissance des parties. La victime a également l'obligation de minimiser son préjudice, lequel entretient un lien étroit avec le principe de la compensation. Les avantages qu'en tire la victime doivent être pris en considération dans l'évaluation des dommages-intérêts si les actes ont été posés dans le cours normal des choses, *i.e.* en raison de l'inexécution du contrat. Ces principes s'appliquent indistinctement aux pertes physiques et aux pertes économiques.

III. CLAUSES D'EXCLUSION ET DE LIMITATION DE RESPONSABILITÉ

Droit civil

A. Principe

¹²⁰ *Supra* note 33.

¹²¹ *Ibid.* à la p. 646. Voir Michael H. Whincup, *Contract Law and Practice, the English System and Continental Comparisons*, 2^e éd. Rév. et agg., Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992 ¶13.10. Pour un commentaire de l'arrêt *H. Parsons*, voir Notes (1978) 94 Law Q. Rev. 169 à la p. 171.

Le Code permet, sauf exceptions, à une personne d'exclure ou de limiter sa responsabilité pour un préjudice matériel, c'est-à-dire un préjudice autre que corporel ou moral. Le principe est énoncé à l'art. 1474 C.c.Q. qui codifie la jurisprudence antérieure:

1474. Une personne ne peut exclure ou limiter sa responsabilité pour le préjudice matériel causé à autrui par une faute intentionnelle ou une faute lourde; la faute lourde est celle qui dénote une insouciance, une imprudence ou une négligence grossière¹²². Elle ne peut aucunement exclure ou limiter sa responsabilité pour le préjudice corporel ou moral causé à autrui.

En droit civil québécois, le droit d'exclure sa responsabilité n'a pas toujours reposé sur des assises aussi solides que peut laisser entendre l'introduction récente de l'art. 1474 C.c.Q. en raison du rôle dominant de la notion d'ordre public dans la tradition civiliste. Si l'art. 1474 C.c.Q. codifie une jurisprudence antérieure, ce n'est qu'à la fin du 19^e siècle que la jurisprudence québécoise s'est fixée, avec l'arrêt *Glengoil Steamship Co. v. Pilkington*¹²³ rendu par la Cour suprême du Canada. Dans cette affaire, le demandeur contracte avec le transporteur maritime, le défendeur, afin que des caisses de verre soient livrées à Montréal en provenance de Belgique. Les caisses furent embarquées en bon ordre et bonnes conditions apparents, mais la cargaison est arrivée endommagée au port de destination. Le transporteur, par une clause contenue au connaissance, avait exclu sa responsabilité. Le demandeur plaidait qu'une telle clause était nulle et sans effet au Québec car contraire à l'ordre public.

La Cour d'appel du Québec avait jugée qu'une telle clause était contraire à l'art. 1676 C.c.B.-C. qui édicte que les «avis» limitant la responsabilité du transporteur sont inopposables lorsque le préjudice résulte de leur faute. Le jugement de la Cour suprême fut rendu sous la plume du juge Taschereau, lequel a exprimé son désaccord avec une telle interprétation de l'art. 1676 C.c. B.-C. Selon le juge Taschereau, il y

¹²² La notion de faute lourde origine du droit français. Pothier lui avait donné la définition suivante: «[...] faute lourde consiste à ne pas apporter aux affaires d'autrui le soin que les personnes les moins soigneuses et les plus stupides ne manquent pas d'apporter à leurs affaires.»

¹²³ (1897), 28 R.C.S. 146 [*Glengoil Steamship*]. Pour de plus amples commentaires sur l'arrêt *Glengoil Steamship* et une étude approfondie des clauses de non-responsabilité, voir Lazar Sarna, *Traité de la clause de non-responsabilité*, Toronto, Richard de Boo Limited, 1975 et Jacques Perrault, *Des stipulations de non-responsabilité*, Montréal, Imprimerie Modèle Ltée, 1939.

aurait lieu de distinguer le simple *avis du contrat exprès* excluant la responsabilité, ce que art. 1676 C.c. B.-C. ne prohibe nullement dans le second cas.

Quant à la question de l'ordre public, le juge Taschereau ne juge pas nécessaire de trancher la question puisqu'il conclut que la portée de la clause devait être restreinte à la période couvrant le transport une fois les biens embarqués. Ainsi, le juge retint la responsabilité du transporteur et ce, à l'étape de l'embarquement et non durant le transport.

On constate donc que le juge a disposé de l'affaire selon les règles d'interprétation des contrats, plutôt que d'aborder de front à la question de l'ordre public. Il l'a néanmoins fait en *obiter*. Notons l'approche de droit comparé utilisée par le juge Taschereau:

It strikes one as an astounding proposition, to say the least, that what is undoubtedly licit in England, under the British flag, which covers over two-thirds of the maritime carrying trade of the world, should be immoral and against public order in the Province of Quebec, and that what is sanctioned by law in six of the Provinces of this Dominion, should be prohibited in the seventh because of its immorality. [...]

The jurisprudence in France, though perhaps formerly not uniform, now sanctions the validity of such a contract. However, as we have come to the conclusion that the appeal fails upon another ground, I will not here dwell more at length upon this question, nor on the issue with Gray, the captain, upon the more difficult question, under the law of the Province of Quebec [...]. [Le juge cite une série d'autorités françaises et énonce le droit applicable en Louisiane, Écosse et Italie.]

In Germany and in Belgium the law on the subject is the same. Therefore, it may be fairly asked, can there be anything immoral or against public order in a law that rules not only England, but also Scotland, Italy, Belgium and Louisiana, where the laws are derived from the same sources as those of the Province of Quebec?¹²⁴

Pourtant, l'arrêt *Glengoil Steamship* est généralement vu comme ayant posé le principe selon lequel une clause d'exonération de responsabilité n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public¹²⁵. Il reste que la décision, en elle-même, n'a pas affirmé

¹²⁴ *Ibid.* aux pp. 155-158.

¹²⁵ Voir les propos du juge en chef Rinfret dans *Canada c. Canada Steamship Lines Limited*, [1950] R.C.S. 532 à la p. 540: «Since the decision of this Court in the case of *The Glengoil Steamship Company v. Pilkington* the matter, in the Province of Quebec, must be taken to have been settled that a clause of

une telle proposition, si ce n'est que par un *obiter*. La question peut paraître académique étant donné que le législateur est censé avoir codifié le principe à l'art. 1474 C.c.Q. Or, deux remarques s'imposent. D'abord, on remarque que cette disposition du Code est formulée par la négative. En effet, ce n'est que par une interprétation *a contrario* que l'on conclut au droit d'une personne d'exclure sa responsabilité pour une faute ordinaire ou non caractérisée. L'art. 1474 C.c.Q. ne referme donc pas une autorisation expresse, ce qui aurait été simple à faire pour le Législateur. Ensuite, l'arrêt *Glengoil Steamship* s'inscrit dans un contexte de droit maritime, domaine de droit qui jouit d'un statut assez particulier et qui s'accommode mal des conflits de lois.

Le législateur québécois semble d'ailleurs être allé à l'encontre de l'interprétation de la Cour suprême donnée à l'art. 1676 C.c.B.-C. en interdisant désormais, à l'art. 2070 C.c.Q., que le transporteur puisse, par convention, s'exonérer du préjudice résultant des pertes survenues aux biens pendant le transport. Le législateur semble avoir pris bonne note de la distinction faite par le juge Taschereau entre l'*avis* qui exclut la responsabilité et le *contrat* qui l'exclut. Il semble de donc que la portée de l'arrêt *Glengoil Steamship* se soit davantage manifestée dans un domaine particulier du droit des obligations, soit le contrat de transport¹²⁶, que dans le domaine de la responsabilité contractuelle en général. Il est à se demander si le législateur n'a pas voulu laisser irrésolue, mises à part les autres exceptions prévues ailleurs dans le Code¹²⁷ où il s'aurait impérial de trancher, la question de savoir si une clause d'exonération totale de responsabilité est contraire à l'ordre public en droit civil québécois¹²⁸. Sur ce point, l'art. 1474 C.c.Q. n'aurait

that character is neither illegal nor void, and that the jurisprudence, both in France and in the Province of Quebec, now sanctions the validity of such a contract». Voir aussi *Vipond c. Furness, Withy and Company* (1916), 54 R.C.S. 521; *Canadian National Railway Company c. Montréal (Cité de)* (1927), 43 B.R. 409.

¹²⁶ La quasi-totalité des décisions sur la validité d'une clause d'exonération, dont celles à la note qui précède, portent sur le transport de marchandises.

¹²⁷ Voir les art. 1732-1733, 1893, 1900, 2092 C.c.Q.

¹²⁸ Dans *Fenêtres St-Jean Inc. c. Banque Nationale du Canada*, [1990] R.J.Q. 632 à la p. 637 (C.A.) [*Fenêtres St-Jean*], le juge Baudouin de la Cour d'appel du Québec commet un *obiter dictum* dans lequel il la validité intrinsèque d'une clause totale d'exonération est questionnée: «Sans me prononcer sur la validité intrinsèque d'une clause de non-responsabilité, qui se veut la négation même de l'obligation assumée et qui peut donc faire douter du sérieux et de la volonté même de l'engagement contractuel, je suis d'opinion que la faute, étant ici une faute lourde, empêche d'invoquer le bénéfice de la clause en question.»

donc pas su—ou voulu—remédier à l'ambiguïté qui régnait antérieurement au Québec.

B. Limites

Horsmis la question de l'ordre public, le droit d'exclure ou de limiter sa responsabilité comporte d'importantes limites qui sont absentes de la common law. En effet, l'art. 1474 C.c.Q. interdit d'exclure sa responsabilité en cas de faute lourde causant un préjudice matériel et, en tous les cas, pour le préjudice moral et le préjudice corporel. La théorie de la faute lourde rejoint la théorie de l'inexécution fondamentale, en common law, selon laquelle une inexécution allant au cœur des engagements contractés rendrait inapplicable une clause d'exclusion de responsabilité. Cette théorie a finalement été rejetée en Angleterre et, semble-t-il, au Canada au nom du principe de la liberté contractuelle. Au Québec, l'interdiction de s'exonérer pour sa faute lourde démontre une divergence de conception de la liberté contractuelle ou, à tout le moins, constitue une limite d'ordre public visant à protéger certains intérêts ou, encore, une application préventive de la théorie de l'abus de droit contractuel.

En permettant les clauses de non-responsabilité, l'art. 1474 C.c.Q. réaffirme, par le fait même, le principe de la force obligatoire du contrat ou de l'immutabilité des obligations. Ce principe, en droit civil québécois moderne, n'a pas la même portée qu'en common law. Le principe comporte, en effet, un caractère relatif sous l'influence constante de deux idéologies: la liberté contractuelle et la moralité ou justice contractuelle. Au Québec, cette moralité contractuelle s'est fait fortement ressentir depuis les années 1980 et aujourd'hui, indiscutablement, elle transcende tout le domaine des obligations. Sous le nouveau Code, l'abus de droit et la bonne foi ont été élevés au rang d'obligations générales¹²⁹. Cette codification s'inscrit dans la lignée de deux arrêts majeurs rendus au début des années 1990, l'arrêt *Banque Nationale du Canada c. Houle*¹³⁰, portant sur l'abus de droit contractuel, et l'arrêt *Banque de Montréal c. Commission hydroélectrique du Québec*¹³¹, portant sur l'obligation générale de bonne foi et le devoir de renseignement qui en résulte.

¹²⁹ Voir les art. 6-7, 1375 C.c.Q.

¹³⁰ [1990] 3 R.C.S. 122 [*Houle*].

¹³¹ [1992] 2 R.C.S. 554 [*Banque du Montréal*].

L'idée d'apporter certaines limites à liberté contractuelle est à la base du raisonnement adopté dans ces deux arrêts. Dans l'arrêt *Houle*, le juge L'Heureux-Dubé explique les fondements de la théorie de l'abus de droit contractuel:

Mais, de façon plus fondamentale, la théorie de l'abus des droits contractuels remplit aujourd'hui une importante fonction à la fois sociale et économique, celle d'un contrôle nécessaire des droits contractuels. Bien qu'elle puisse représenter un écart par rapport à la conception absolutiste des décennies antérieures, qu'illustre la célèbre maxime «la volonté des parties fait loi», elle s'inscrit dans la tendance actuelle à concevoir les droits et obligations sous l'angle de la justice et de l'équité¹³².

Dans l'arrêt *Banque de Montréal*, le juge Gonthier, après avoir esquissé une théorie générale de l'obligation de renseignement qui devrait tenir compte de trois critères: (i) connaissance réelle ou présumée de l'information par la partie débitrice de l'obligation, (ii) nature déterminante de cette information, et (iii) impossibilité du créancier de l'obligation de se renseigner soi-même, ou la confiance légitime du créancier envers le débiteur, il en justifie ainsi la nécessité:

L'apparition de l'obligation de renseignement est reliée à un certain rééquilibrage au sein du droit civil. Alors qu'auparavant il était de mise de laisser le soin à chacun de se renseigner et de s'informer avant d'agir, le droit civil est maintenant plus attentif aux inégalités informationnelles, et il impose une obligation positive de renseignement dans le cas où une partie se retrouve dans une position informationnelle vulnérable¹³³.

L'arrêt *Régie d'assainissement des eaux du bassin de La Prairie c. Janin Construction (1983) Ltée*¹³⁴, rendu par la Cour d'appel du Québec indique que c'est sur cette toile de fond qu'il faudra désormais décider si une clause de non-responsabilité sera jugée valide, du moins à l'intérieur d'un contrat d'adhésion. Dans cette affaire, le demandeur était entrepreneur et s'était vu accorder sa soumission par le défendeur suite à un appel d'offres. L'entrepreneur rencontra des conditions de sol et de roc imprévues et qui ne correspondaient pas aux renseignements contenus aux documents d'appel d'offres. Les changements dans

¹³² *Houle*, *supra* note 130 à la p. 145.

¹³³ *Banque de Montréal*, *supra* note 131 à la p. 587.

¹³⁴ [1999] R.J.Q. 929 (C.A.) [*Janin Construction*].

les travaux lui ont occasionné des coûts supplémentaires pour lesquels il a présenté une réclamation additionnelle au propriétaire de l'ouvrage, le défendeur. Ce dernier a refusé pour le motif qu'il était clairement indiqué, par une clause de non-responsabilité contenue dans les documents d'appel d'offres, que les renseignements fournis n'étaient pas garantis en cas d'erreur ou de divergences. La question est donc de savoir si l'on peut, par convention, exclure l'obligation de renseignement.

La Cour aborde la question sous l'angle du contrat d'adhésion. D'abord, elle conclut que le contrat régissant les parties en est un d'adhésion au sens de l'art. 1379 C.c.Q. pour, ensuite, conclure que la clause de non-responsabilité est abusive au sens de l'art. 1437 C.c.Q.: «il paraît déraisonnable et contraire à l'obligation générale de bonne foi de dénuer de tout effet l'obligation de renseignement ainsi assumée»¹³⁵.

Ces articles se lisent comme suit:

1379. Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées.

Tout contrat qui n'est pas d'adhésion est de gré à gré.

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

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

Dans un contrat de gré à gré, on peut se demander si l'exclusion du devoir de renseignement ou, encore, l'exclusion de l'obligation générale de bonne foi seraient valides et non contraire à l'ordre public. L'arrêt *Janin Construction* n'a pas répondu à cette question.

En common law, par exemple, l'étape pré-contractuelle est régie, entre autres, par la doctrine des déclarations (*representation*) inexactes, négligentes ou frauduleuses de sorte qu'une faute à ce stade entraînerait une responsabilité

¹³⁵ *Ibid.* à la p. 942.

délictuelle. Toutefois, la common law n'interdit pas, en général, aux parties d'exclure leur responsabilité en cas de fausses déclarations à l'étape pré-contractuelle. Évidemment, la clause de non-responsabilité devra être bien rédigée de façon à couvrir un tel délit ou une telle conduite.

Dans l'affaire *Fenêtres St-Jean*¹³⁶, la Banque était poursuivie pour avoir fourni à un créancier des informations erronées sur la situation financière d'un débiteur. Toutefois, la Banque avait exclu sa responsabilité en cas de renseignements «inexactes ou incomplets». D'abord, les parties avaient soumis à la Cour l'arrêt *V.K. Mason Construction Ltd. c. Banque de Nouvelle-Écosse*¹³⁷ rendu par la Cour suprême du Canada en appel d'une décision rendu par la Cour d'appel de l'Ontario portant sur la doctrine de la déclaration faite par négligence dans un contexte similaire. Voyant en cet arrêt de common law canadienne une «incontestable autorité morale», la Cour d'appel du Québec jugea opportun de s'en tenir à «l'analyse civiliste classique», *i.e.* faute, préjudice et lien de causalité.

Ensuite, une fois la faute de la Banque prouvée, la Cour écarta l'application de la clause en question en concluant que la Banque avait commis une «faute lourde» en communiquant des renseignements erronés et une opinion sur la santé financière de l'entreprise non-conforme à la réalité, la Cour précisant au passage qu'elle ne se prononçait pas sur la validité intrinsèque d'une clause de non-responsabilité en droit québécois. De façon intéressante, la Cour indiqua également qu'«une conduite de ce genre [...] paraît pouvoir difficilement être couverte par une clause générale de non-responsabilité», mettant donc de l'avant une interprétation stricte et *contra proferentem*.

C. Connaissance de la clause

Pour faire jouer le principe de la liberté contractuelle et avant même d'avoir recours à ses limites, encore faut-il qu'il y ait consentement quant à l'inclusion de la clause d'exclusion ou de limitation de responsabilité au contrat. Le fait que le contrat contenant la clause en question porte la signature de la personne à qui l'on veut l'opposer ne signifie pas nécessairement un consentement en toute connaissance de cause. Le Code civil exige le consentement comme condition de fond à la validité de l'obligation contractuelle; il n'édicte nullement que la signature apposée à l'acte

¹³⁶ *Supra* note 128.

¹³⁷ (1985), 1 R.C.S. 271.

juridique contenant une telle obligation constitue une preuve irréfutable de consentement. C'est dans ce contexte que les tribunaux québécois ont jugé que la clause d'exclusion de responsabilité doit avoir été portée à l'attention de la victime de l'inexécution du contrat pour la lui rendre opposable¹³⁸.

Common law

La question des clauses d'exonération de responsabilité a traditionnellement été analysée sous trois angles: (i) le consentement; (ii) la portée de la clause; (iii) l'inégalité contractuelle¹³⁹. La première approche repose sur le principe de la force obligatoire du contrat. Si les parties ont consenti de façon libre, volontaire et éclairée, les tribunaux n'interviendront pas, le contrat étant la loi des parties. La seconde approche se fonde sur la volonté implicite des parties de restreindre—ou d'étendre—la portée de la clause à ce qui découle expressément ou implicitement des termes du contrat. Elle en fait une simple question d'interprétation du contrat.¹⁴⁰ La troisième approche reconnaît l'existence de l'inégalité contractuelle économique, informationnelle ou autre des parties. Elle est le complément de la première approche en ce qu'elle se veut égalitaire au plan pratique et non seulement au plan idéal.

*Cheshire, Fifoot et Furmston*¹⁴¹ ont tiré six grandes propositions qui se dégagent de la jurisprudence¹⁴²:

¹³⁸ *Omer Barré Verdun Ltée c. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1968] B.R. 726; *Place Crémazie Parking Limitée c. Migneron*, [1971] C.A. 813; *Girard c. National Parking Ltd.*, [1971] C.A. 328; *Safeway Parking Ltd. c. Marsan*, [1976] C.A. 97; *Garage Touchette Limitée c. Metropole Parking Inc.*, [1963] C.S. 231.

¹³⁹ Voir par ex. *Furmston*, *supra* note 34 au no 3.53; *Treitel*, *supra* note 76 aux pp. 197 et s.

¹⁴⁰ En anglais: *rule of construction*.

¹⁴¹ *Supra* note 35 aux pp. 173-189.

¹⁴² Voir aussi *George Mitchell (Chesterhall) Ltd. c. Finney Lock Seeds Ltd.*, [1983] Q.B. 284 (C.A.) [*George Mitchell*].

- (1) At the outset of its inquiry the court must be satisfied that the particular document relied on as containing notice of the excluding or limiting term is in truth an integral part of the contract. [...] ¹⁴³.
- (2) If the document is to be regarded as an integral part of the contract, it must next be seen if it has, or has not, been signed by the party against whom the excluding or limiting term is pleaded. If it is unsigned, the question will be whether reasonable notice of the term has been given. [...] ¹⁴⁴.
- (3) If the document is signed it will normally be impossible or at least difficult, to deny its contractual character, and evidence of notice, actual or constructive, is irrelevant. [...] ¹⁴⁵.
- (4) [...] [C]lear words must be used if they are designed to excuse one party from a serious breach of contract. Similarly, clear words must be used if one party is to be excused from the results of his negligence. [...] ¹⁴⁶.
- (5) [...] [W]hether the term can operate to protect a person who is not a party to the contract. [...] ¹⁴⁷.
- (6) If a person contracts to deliver or to do one thing and he delivers or does another, he has failed to perform his contractual duty.

Les trois premières propositions abordent le problème sous l'angle du consentement; les trois autres sur la portée et l'étendue de la clause. L'angle d'approche relatif à l'inégalité contractuelle reste à combler en common law et c'est la raison pour laquelle il ne semble pas exister de proposition générale ou d'énoncé de principe clair à cet égard. Cependant, les tribunaux seront de plus en plus enclin, semble-t-il, à invalider les clauses d'exonération de responsabilité abusives, voire

¹⁴³ *Cheshire, Fifoot et Furnston, supra* note 35 à la p. 173. Ainsi, l'inscription d'un avis d'exclusion de responsabilité figurant sur un simple reçu serait inopposable à la partie innocente: *Chapelton c. Barry Urban District Council*, [1940] 1 K.B. 532, [1940] 1 All E.R. 356 (C.A.).

¹⁴⁴ Voir *Parker c. South Eastern Railway Company*. (1877), 2 C.P.D. 416 aux pp. 422-423 [*Parker*]; *Olley c. Marlborough Court Limited*. [1949] 1 K.B. 532, [1949] 1 All E.R. 127 (C.A.).

¹⁴⁵ Voir *L'Estrange c. Graucob, Limited*, [1934] 2 K.B. 394 (Div. Ct.) [*L'Estrange*].

¹⁴⁶ Voir *White c. John Warrick & Co. Ltd.*, [1953] 1 W.L.R. 1285, [1953] 2 All E.R. 1021 (C.A.).

¹⁴⁷ Voir *Adler c. Dickson*, [1955] 1 Q.B. 158, [1954] 3 All E.R. 397 (C.A.).

même déraisonnables, en vertu de la doctrine de l'iniquité¹⁴⁸ ou de la clause dite inique.

La première approche est relativement simple à comprendre puisqu'elle se limite à déterminer si la partie innocente a consenti à la clause d'exonération. Il s'agit de l'approche classique et elle n'appelle aucunement à l'interprétation du contrat. Par contre, les deux autres approches méritent certains commentaires en raison de l'évolution assez récente du droit. Il est nécessaire de recourir à la deuxième approche dans des cas similaires à ceux des propositions (4) et (6) émises ci-haut. Les questions soulevées dans ce genre de situations se posent de diverses façons: La clause d'exclusion vise-t-elle le cas d'inexécution reproché? Si le contrat ne contient aucune spécification à cet égard, peut-on inférer qu'il était de la volonté des parties de limiter l'application de la clause aux inexécutions mineures? Lorsque l'inexécution est fondamentale ou très grave ou s'il y a purement et simplement absence d'inexécution, les tribunaux doivent-ils sanctionner la clause d'exonération? Y a-t-il lieu de traiter différemment les cas d'inexécution intentionnelle un peu à la manière du droit civil pour la faute lourde? Enfin, les tribunaux devraient-ils mettre de côté une clause claire et nette et valablement consentie si elle est déraisonnable ou si elle résulte d'une inégalité de pouvoir de négociation?

A. Consentement ou incorporation de la clause externe

Le consentement constitue l'avant-garde d'une stratégie globale d'invalidation d'une clause d'exonération en ce sens que cette méthode d'analyse se situe à mi-chemin entre l'étape de la détermination du contenu obligationnel et celle de l'interprétation du contrat au sens restreint. En effet, il est toujours possible d'argumenter que, en dépit du fait que le contrat soit valablement formé, la clause en question n'en fait pas partie. Cette proposition peut paraître contradictoire ou relever de la fiction, mais la tendance des tribunaux à vouloir limiter l'impact de telles clauses a mené ceux-ci à les invalider au motif que, bien qu'elles apparaissent dans le document, la partie victime de l'inexécution n'y a pas effectivement consentie. Posé autrement, le «vrai» contrat peut être moindre que le document qui prétend en constater les termes.

Les tribunaux se sont donc donnés la liberté de sortir du cadre, en apparence consensuel, de l'écrit en distinguant les cas impliquant un document contractuel signé des cas où le document n'est pas signé. Dans le cas d'un document non signé,

¹⁴⁸ En anglais: *doctrine of unconscionability*.

les tribunaux tiennent compte de certains facteurs tels la possibilité raisonnable de prendre connaissance du contenu du document avant le début de l'exécution des obligations, le fait que le stipulant ait fait des efforts raisonnables pour porter la clause à l'attention de la victime et qu'il pouvait raisonnablement croire à son consentement, et de la réalité commerciale¹⁴⁹. Les tribunaux tiennent également compte des rapports antérieurs entre les parties¹⁵⁰.

Dans le cas du document signé, l'approche classique est de considérer la signature comme une preuve concluante du consentement, tel que l'illustre la célèbre affaire *L'Strange*¹⁵¹. Dans cette affaire, le demandeur achète une machine distributrice à cigarettes. Le contrat contient une clause d'exonération générale qui couvrait tout défaut. Alléguant que la machine est impropre à l'usage pour lequel elle est destinée, l'acheteur poursuit le vendeur en garantie. La Cour rejette l'action sur la base que la clause était incorporée au contrat et que le demandeur en avait sans doute pris connaissance avant la conclusion du contrat compte tenu de sa signature. La Cour adopte donc l'approche classique du consentement¹⁵². Ce cas illustre bien comment, traditionnellement, la jurisprudence aborde un problème du genre.

La règle classique a été modifiée au Canada. Dans l'arrêt *Tilden Rent-A-Car Co. v. Clendenning*¹⁵³, la Cour d'appel de l'Ontario a statué que la signature ne crée qu'une présomption ou une sorte de préclusion, mais qu'elle ne fait pas obstacle au droit de démontrer l'absence de consentement. Au même titre que pour les documents non signés, l'auteur de la clause devra démontrer qu'il a fait des efforts raisonnables pour porter la clause à l'attention de la victime et qu'il était raisonnable de croire à son consentement.

Tel qu'indiqué, la méthode fondée sur le consentement ne constitue pas, en soi, une méthode fondée sur l'interprétation du contrat et de la clause d'exonération. Elle vise plutôt à savoir si la clause fait partie ou doit être considérée comme faisant partie du contrat. S'il est jugé qu'elle en fait partie, l'étape suivante est celle de son

¹⁴⁹ *Parker*, *supra* note 144; *Thornton v. Shoe Lane Parking Ltd.*, [1971] 2 Q.B. 163 (C.A.); *Union Steamships Limited c. Barnes*, [1956] R.C.S. 843.

¹⁵⁰ *McCutcheon v. David McBrayne Ltd.*, [1964] 1 W.L.R. 125 (H.L.) [*McCutcheon*]; *Hollier v. Rambler Motors A.M.C. Ltd.*, [1972] 2 Q.B. 71 (C.A.); *British Crane Hire Corporation Ltd. v. Ipswich Plant Hire Ltd.*, [1974] 1 All E.R. 1059 (C.A.).

¹⁵¹ *Supra* note 145.

¹⁵² Suivi dans *McCutcheon*, *supra* note 150.

¹⁵³ (1978), 18 O.R. (2^e) 601, 4 B.L.R. 50 (C.A.).

interprétation, *i.e.* de son sens et de sa portée en fonction de la nature de l'inexécution en cause.

B. Portée de la clause d'exonération

1. Inexécution fondamentale ou grave

S'interroger sur la portée d'une clause d'exonération c'est s'interroger sur la gravité de l'inexécution. On peut d'abord se demander si la clause d'exonération, du point de vue légal, peut porter sur ce qui constitue l'essence même de l'obligation. La notion d'inexécution fondamentale¹⁵⁴ a servi d'appui, dans le passé, à l'argument selon lequel une clause d'exonération serait invalidée en de pareilles circonstances¹⁵⁵. Cette doctrine fut rejetée dans l'arrêt *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime S.A. v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale*¹⁵⁶. La Chambre des lords a aboli ce qui n'était qu'une «soi-disant» règle de droit pour conclure que la doctrine de l'inexécution fondamentale ne peut servir que de règle d'interprétation. Elle reconnaît, par le fait même, la possibilité d'une dénegation totale de responsabilité, malgré la plus mauvaise des inexécutions, à condition d'une intention claire des parties. Moins l'intention sera évidente d'exclure une inexécution de plus en plus grave, plus la Cour restreindra la portée de la clause en présument que les parties ne voulaient pas lui donner une portée aussi large¹⁵⁷.

Le rejet de la doctrine de l'inexécution fondamentale du contrat et, surtout, le raisonnement qui en est à la base, rendent légales les clauses équivalant à une dénegation totale de responsabilité. En effet, l'approche de la Cour se fonde sur la volonté présumée des parties, comme le démontre l'arrêt *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime S.A.*:

One may safely say that the parties cannot, in a contract, have contemplated that the clause should have so wide an ambit as in effect to deprive one party's stipulations of all contractual force: to do so would be to reduce the contract to a mere

¹⁵⁴ En anglais: *fundamental breach of contract*.

¹⁵⁵ *Harbutt's "Plasticine" Ltd. c. Wayne Tank and Pump Co. Ltd.*, [1970] 1 Q.B. 447, [1970] 1 All ER 225 (C.A.).

¹⁵⁶ [1967] 1 A.C. 361, [1966] 2 W.L.R. 944, [1966] 2 All E.R. 61 (H.L.) [*Suisse Atlantique*]. Voir aussi *Photo Production*, *supra* note 1.

¹⁵⁷ *Chitty*, *supra* note 31 au n° 14-007.

declaration of intent¹⁵⁸.

Une telle approche confirme, encore une fois, que la question à résoudre en est une d'interprétation du contrat et elle n'obéit pas à une règle de droit substantif. Comme la conclusion de la Cour se fonde sur la volonté présumée des parties, rien n'empêche les parties de prévoir une clause d'exonération totale de façon claire et univoque de façon à écarter une telle présomption¹⁵⁹. Le principe de la force obligatoire du contrat est réaffirmé; se borner à démontrer que l'inexécution est telle qu'elle enlève au contrat sa force exécutoire est de faire une règle de droit à partir de ce qui, en réalité, est une question d'interprétation et, par le fait même, équivaldrait à plaider la doctrine de l'inexécution fondamentale¹⁶⁰. L'argument fondé exclusivement sur le principe de la force obligatoire du contrat est insuffisant puisque la validité de la clause d'exonération tend aussi à se justifier par ce même principe¹⁶¹.

2. Autres cas d'inexécution

Le professeur Treitel définit la champ d'application du principe de la règle d'interprétation selon trois catégories: (i) la nature du terme violé, *i.e.* s'il s'agit d'une clause de condition, de garantie ou innommée; (ii) les conséquences de l'inexécution; (iii) la manière dont l'inexécution s'est faite, par exemple si elle est

¹⁵⁸ *Suisse Atlantique*, *supra* note 156 à la p. 432; voir aussi *Tor Line A.B. c. Alltrans Group of Canada Ltd*, [1984] 1 W.L.R. 48 (C.L.).

¹⁵⁹ *Suisse Atlantique*, *ibid.* à la p. 427; *George Mitchell*, *supra* note 142; Treitel, *supra* note 76 aux pp. 213-14. En raison de *Suisse Atlantique*, aucune présomption de non-applicabilité à l'inexécution fondamentale jouerait en faveur de la partie innocente: *Chitty*, *supra* note 31 au n°962. *Contra* Treitel, *supra* note 76 aux pp. 206-07.

¹⁶⁰ L'arrêt *George Mitchell*, *supra* note 142, ferme résolument la porte à l'argument.

¹⁶¹ En droit civil québécois, aucune distinction n'est faite entre les divers degrés d'inexécution. La gravité de l'inexécution n'a donc aucune importance. Par ailleurs, une clause d'exonération totale est valide, mais elle n'aura aucun effet si l'inexécution résulte d'une faute intentionnelle ou lourde (art. 1474 C.c.Q.). Le principe de la force obligatoire du contrat permet une dénégation totale de responsabilité, sujet à un examen *ex post facto* du caractère de la faute. Une telle approche allège, en quelque sorte, le fardeau de preuve de la partie lésée car, autrement, il lui faudrait prouver que son débiteur n'a jamais eu l'intention d'honorer ses engagements. Bref, il lui faudrait prouver le dol ou la fraude. Ainsi, un débiteur dont les déclarations initiales sont honnêtes au moment de la conclusion du contrat, pourra intentionnellement, pendant la durée du contrat, ne pas exécuter son obligation s'il trouve une activité plus profitable ailleurs, sauf qu'il ne pourra pas bénéficier de la clause d'exonération et il devra indemniser la parties victime de l'inexécution.

intentionnelle.

La première catégorie inclurait également l'inexécution fondamentale dont il est discuté plus haut. Elle inclurait aussi la piètre exécution d'une obligation mais qui, néanmoins, demeure dans le cadre du contrat¹⁶². La seconde catégorie concernerait, entre autres, les cas d'exécution totalement différente de l'obligation envisagée ou, encore, l'exécution si mauvaise, qu'elle équivaut à une absence d'exécution ou ne procure aucune utilité au créancier de l'obligation. Il est parfois référé à ce genre d'inexécution comme la «*four corners rule*»¹⁶³. Ce dernier type de situation a en effet donné lieu à une certaine jurisprudence qui limiterait la portée d'une clause d'exonération de responsabilité dans de telles situations. L'exemple le plus cité est celui du détournement de cargo en matière de transport maritime¹⁶⁴.

Une telle classification des cas d'inexécution semble avoir peu d'utilité quant à savoir si, dans telles ou telles circonstances, les clauses d'exonération, en soi, sont légales. Le principe énoncé dans les arrêts *Suisse Atlantique* et *Photo Production* est clair et simple: les clauses d'exonération de responsabilité sont légales en vertu du principe de la force obligatoire du contrat; la seule possibilité d'en restreindre la portée est de démontrer que la clause ne correspond pas, en tout ou en partie, à la volonté des parties. La règle de l'interprétation demeure.

Ceci étant dit, les classifications ci-hautes peuvent aider la Cour à déterminer l'intention des parties à la lumière des cas visés par chacune de ces catégories. Si la doctrine de l'inexécution fondamentale n'est qu'une règle d'interprétation du contrat vu dans son ensemble, il peut en être dit autant pour le degré d'inexécution, pour les conséquences de l'inexécution, et pour la manière dont l'inexécution survient. Toute classification ne peut, au mieux, que permettre de tirer certaines présomptions quant aux intentions des parties, comme la Cour l'a fait dans *Suisse Atlantique* mettant en cause un cas d'inexécution fondamentale, mais une telle classification, il nous semble, ne saurait créer de règles de droit.

¹⁶² Voir *Chanter c. Hopkins* (1838), 4 M. & W. 399, 150 E.R. 1484 (Ex. Ct.).

¹⁶³ *Chitty, supra* note 31 à la p. 575, au n° 14-008.

¹⁶⁴ Trois motifs sont fréquemment invoqués au soutien d'une telle approche: le manquement à cette obligation constitue une inexécution fondamentale, la volonté présumée des parties exclurait ce cas du champ d'application de la clause et, enfin, l'expéditeur ne peut, pour bénéficier de sa couverture d'assurance, se permettre que les biens transitent par une autre route que celle prévue au contrat. Ce dernier motif se fonde sur la gestion ou la répartition des risques: voir *Treitel, supra* note 76 à la p. 209.

Le test devrait être le suivant: quelle portée faut-il donner à la clause d'exonération, compte tenu du contrat interprété dans son ensemble, du genre d'inexécution, *i.e.* sa nature, ses conséquences et sa manière, et des présomptions que l'on peut en tirer dans les circonstances quant à l'intention des parties, sans perdre de vue qu'une clause de dénégation totale de responsabilité est légale bien que plus une la clause tend à une exclusion totale, plus elle se doit d'être interprétée restrictivement, voire même *contra proferentem*, à moins d'indications contraires¹⁶⁵. Cette dernière approche fut adoptée par les juges Oliver et Kerr dans l'arrêt *George Mitchell*¹⁶⁶, rendu après les arrêts *Suisse Atlantique* et *Photo Production*. Voici comment le juge Oliver traite du cas de l'inexécution totale ou qui sort du cadre contractuel:

Now it is clear that the breach of contract which admittedly occurred was a breach of such nature as to constitute, using the expression used in the authorities prior to *Suisse Atlantique* [...] "a fundamental breach". To deliver as winter cabbage seed something that was not even vegetable seed in any commercial sense clearly went to the very root of the contract [...].

The discharge of that obligation is limited to replacing "the defective seeds or plants" or to refunding payments made in respect of "the defective seeds or plants." A motor bicycle delivered in purported fulfilment of a contract to sell a car is not a defective car. It is simply something which does not fall within the contract at all. [...] I do not find that what I may call section 1 of the conditions assists the defendant.

The matter does not, however, end there. Section 2 of the conditions is directed to the total exclusion of any liability [...]. In so far as there is any "rule" applicable here it is simply a rule of construction that a provision intended to give exemption from the consequences of a fundamental breach of contract must [...] « be expressed in clear and unambiguous terms »¹⁶⁷.

Le juge en arrive à la conclusion que la clause ne porte pas sur le genre d'inexécution en cause. Le raisonnement du juge laisse entrevoir une approche désintéressée quant à la nature et les conséquences de l'inexécution. En d'autres

¹⁶⁵ Voir *George Mitchell*, *supra* note 142 aux pp. 303-304.

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ *Ibid.* aux pp. 303, 305-306.

termes, la «*four corners rule*» est assimilée, à toutes fins pratiques, à la doctrine de l'inexécution fondamentale et elle reçoit le même traitement.

Les propos du juge Kerr vont dans le même sens:

[I]f there is a contract for sale of apples or of cheese, but the contract goes on to provide, clearly and expressly, that the seller is to be under no liability in damages if he delivers pears or chalk instead, then there is in my view no rule of law or of construction which disentitles the seller from relying on that provision¹⁶⁸.

Par ailleurs, le juge Kerr se dit d'avis que les décisions portant sur les cas de déviation, lesquels sont associés à l'inexécution qui sort du cadre du contrat, résultent de l'interprétation du contrat et non de l'application d'une règle de droit¹⁶⁹.

Quant au Lord Denning, il adopte la théorie, plus avant-gardiste, de la raisonnable. Celui-ci est d'avis que la common law des contrats devrait revêtir le même esprit du *Sale of Goods Act 1979* et du *Unfair Contract Terms Act 1977* et que les classifications traditionnelles devenues indûment compliquées devraient être abandonnées:

To my mind it heralds a revolution in our approach to exemption clauses [...] [W]e should do away with the multitude of cases on exemption clauses. We should no longer have to go through all kinds of gymnastic contortions to get round them. We should no longer have to harass our students with the study of them. We should set about meeting a new challenge. It is presented by the test of reasonableness¹⁷⁰.

Selon Lord Denning, cette «révolution», en common law, a été enclenchée avec les affaires *Photo Production*¹⁷¹ et elle se justifie par l'analyse de la répartition des risques. Lord Denning va loin en ce qu'il propose d'abandonner une règle d'interprétation au profit d'une norme qui se rapproche davantage d'une règle de droit. Le succès futur d'une telle proposition s'expliquera, en partie, du fait de savoir

¹⁶⁸ *Ibid.* à la p. 310.

¹⁶⁹ *Ibid.* à la p. 311.

¹⁷⁰ *Ibid.* à la p. 299.

¹⁷¹ *Photo Production, supra* note 1; *Ailsa Craig Fishing Co.Ltd. c. Malvern Fishing Co. Ltd.*, [1983] 1 W.L.R. 964, [1983] 1 All. E.R. 101 (H.L.).

si le rejet de la doctrine de l'inexécution fondamentale était lié aux réticences des tribunaux à admettre toute règle de droit ou, plutôt, au fait que ce que l'on prétendait être une règle de droit n'était, en réalité, rien de plus qu'une question d'interprétation. À tout événement, il est à se demander si une telle approche serait recevable au Canada où, à cet égard, la situation législative n'est pas la même qu'en Angleterre où les tribunaux ont dû faire preuve d'initiative.

La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Beaufort Realities (1964) Inc. c. Belcourt Construction (Ottawa) Limited*¹⁷², adopte la même position que les arrêts *Suisse Atlantique* et *Photo Production* et rejette la doctrine de l'inexécution fondamentale. Dans *Hunter Engineering Company Inc. c. Syncrude Canada Ltée*¹⁷³, la Cour suprême réitère sa position mais elle pousse l'analyse plus loin et discute de la validité des clauses d'exonération dans le cadre d'une entente où les rapports contractuels sont inégaux. Cet aspect est traité dans la section C.

3. Inexécution intentionnelle ou faute lourde

Tout ce qui a été dit dans la présente section vaut également en ce qui concerne l'inexécution intentionnelle ou délibérée. Contrairement au droit civil¹⁷⁴, il n'existe aucune règle de droit qui prive d'effet une clause d'exonération en cas d'inexécution délibérée ou faute lourde¹⁷⁵. Les tribunaux devront donc vérifier l'intention des parties, au moment de la conclusion du contrat, afin de mesurer la portée de clause et de décider si elle s'applique à ce genre d'inexécution¹⁷⁶. L'interdiction de l'inexécution intentionnelle conviendrait à un droit guidé par l'«efficacité» et l'analyse économique. Quand on songe aux recours de victime de l'inexécution, le fait que la common law privilégie le recours en dommages-intérêts et interdise, en principe, l'exécution forcée encourage, en quelque sorte, une partie à rompre un contrat au bénéfice d'activités plus profitables. Quant à la victime, elle ne perd pas

¹⁷² [1980] 2 R.C.S. 718.

¹⁷³ [1989] 1 R.C.S. 426 [*Hunter Engineering*]

¹⁷⁴ Art. 1474 C.c.Q. Voir John D. Crothers, «Faute lourde and the Perfectly Drafted Exclusion Clause: A «civil» Response to a «common» Problem with Special Reference to Contracts for the Provision of Security Services» (1985) 26 C. de D. 881.

¹⁷⁵ *Suisse Atlantique*, supra note 156.

¹⁷⁶ *Chitty*, supra note 31 au n° 14-015; Treitel, supra note 76 à la p. 211.

vraiment dans la mesure où une compensation monétaire la placera dans le même état que si le contrat avait été exécuté.

C. Inégalité contractuelle

L'approche qui précède ne porte pas atteinte au principe de la force obligatoire du contrat. Au contraire, s'agissant d'une méthode qui s'appuie sur les règles d'interprétation du contrat, on cherche à donner effet à l'intention des parties. On a remarqué que les tribunaux sont très réticents à établir une règle de droit restreignant l'usage de clauses d'exonération. Certes, les tribunaux ont développé un moyen de limiter les abus¹⁷⁷, mais il ne s'agit pas encore d'une règle de droit reflétant une vision selon laquelle il ne peut y avoir de liberté contractuelle sans égalité contractuelle. En ce sens, une doctrine fondée sur l'égalité contractuelle ne porterait pas vraiment atteinte au principe de la liberté contractuelle.

Ce souci de justice ou de moralité contractuelle se reflète à travers certaines interventions ponctuelles du législateur anglais. Cependant, cette législation ne s'applique pas de façon générale à tous les contrats. La common law offre peu de solutions à la problématique des inégalités contractuelles dans les situations où la Législature n'est pas intervenue. La jurisprudence anglaise demeure relativement statique et c'est à se demander si ce ne sont justement pas les interventions du législateur dans des domaines bien précis qui en sont à l'origine. Sous réserve de la

¹⁷⁷ Lord Denning, dans l'affaire *George Mitchell*, *supra* note 142 à la p. 297, croit néanmoins que les tribunaux faisaient indirectement ce qu'ils clamaient ne pas pouvoir faire directement au nom du principe idolâtré de la liberté contractuelle:

«Faced with this abuse of power—by the strong against the weak [...]—the judges did what they could to put a curb upon it. They still had before them the idol, “freedom of contract.” They still knelt down and worshipped it, but they concealed under their cloaks a secret weapon. They used it to stab the idol in the back. This weapon was called “the true construction of contract.” They used it with great skill and ingenuity. They used it so as to depart from the natural meaning of the words of the exemption clause and to put upon them a strained and unnatural construction. In case after case, they said that the words were not strong enough to give the big concern exemption from liability [...]. If a ship deviated from the contractual voyage, the owner could not rely on the exemption clause. If a warehouseman stored the goods in the wrong warehouse, he could not pray in aid the limitation clause. If the seller supplied goods different in kind from those contracted for, he could not rely on any exemption from liability.»

On comprend mieux pourquoi le raisonnement adopté par Lord Denning emprunte une voie totalement différente, soit celle du test de raisonnabilité.

ligne suivie par Lord Denning dans *George Mitchell*, il n'existe pas, dans la common law anglaise, une théorie fondée sur la raisonnabilité d'une clause d'exonération ou, comme il se développe au Canada, une théorie de l'iniquité.

1. Théorie de l'iniquité

Les tribunaux canadiens ont été appelés à jouer un rôle plus important qu'en Angleterre qui pourrait être attribué à l'absence de législation similaire à celle du *Unfair Contract Terms Act 1977* bien que les législatures provinciales¹⁷⁸ prohibent les clauses d'exonération de responsabilité dans les contrats de consommation¹⁷⁹. Il ressort clairement de l'arrêt *Hunter Engineering*¹⁸⁰ que la jurisprudence canadienne amorce une tangente différente qu'en Angleterre et qu'un esprit de justice ou de moralité contractuelle se fait de plus en plus ressentir. Ces préoccupations se reflètent bien à travers les propos suivants du professeur Waddams:

The doctrine of fundamental breach has, however, many serious deficiencies as a technique of controlling unfair agreements. The doctrine requires the court to identify the offending provision as an "exemption clause", then to consider the agreement apart from the exemption clause, to ask itself whether there would have been a breach of that part of the agreement and then to consider whether that breach was "fundamental". These enquiries are artificial and irrelevant to the real questions

¹⁷⁸ Voir par ex. *Consumer Protection Act*, R.S.O. 1990, c.31, art. 34(1); *Sale of Goods Act*, R.S.B.C. 1996, c. 410, art. 20; *Consumer Product Warranty and Liability Act*, S.N.B. 1978, c. C-18.1., art. 24-26.

¹⁷⁹ Le législateur québécois est allé un peu plus loin que ses homologues en étendant la clause abusive au contrat d'adhésion et non uniquement au contrat de consommation et en se risquant même à esquisser une définition générale de la clause abusive et à offrir un exemple de ce que peut constituer une clause abusive (art. 1437 C.c.Q.). On peut se demander si l'origine de cette plus grande ouverture résulterait du fondement sur lequel repose l'interdiction de la clause abusive, avoué explicitement par législateur à l'art. 1437 C.c.Q. par les termes «allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi». En droit civil, la bonne foi est un devoir général (art. 6 C.c.Q.) qui gouverne la conduite des parties même à la naissance de l'obligation (art. 1375 C.c.Q.). Comme une telle obligation est, selon l'analyse classique, inexistante en common law, l'absence de bonne foi à l'étape précontractuelle mettant en cause, notamment, une clause d'exonération de responsabilité ne peut constituer le fondement de la doctrine d'iniquité. Il reste que le critère de déraisonnabilité est présent tant en vertu de la doctrine de la clause inique en common law qu'en vertu de la doctrine de la clause abusive en droit civil.

¹⁸⁰ *Supra* note 173.

at issue. An exemption clause is not always unfair and there are many unfair provisions that are not exemption clauses¹⁸¹.

Dans *Hunter Engineering*, le juge en chef Dickson fait siens les propos du professeur Waddams et son analyse suit le même raisonnement. Ce faisant, le juge en chef Dickson met de l'avant une théorie de l'iniquité:

À cause de la complexité inutile engendrée par le principe de l'inexécution fondamentale, de l'incertitude en droit qu'elle produit et de la nature rudimentaire de ce principe comme moyen de prévenir l'inéquité, je suis fortement enclin à lui donner le coup de grâce et, au besoin, à recourir explicitement à la théorie de l'iniquité. [...] Si d'après son interprétation juste, le contrat écarte la responsabilité pour le genre d'inexécution qui s'est produit, la partie fautive sera généralement soustraite à la responsabilité. Ce n'est que lorsque le contrat est inique, comme cela pourrait se produire dans les cas où il y a inégalité de pouvoir de négociation entre les parties, que les tribunaux devraient modifier les conventions que les parties ont formées librement¹⁸².

Le juge Wilson, pour sa part, se dit d'avis que la théorie de l'iniquité constitue une approche reconnue en common law lorsque la clause est déraisonnable *et* que ce caractère déraisonnable résulte de l'inégalité de pouvoir de négociation¹⁸³. Cependant, le juge Wilson va plus loin que ne le fait le juge en chef Dickson en favorisant une approche fondée exclusivement sur le caractère raisonnable de la clause: «L'autre façon possible de dissiper l'incertitude consisterait à introduire dans

¹⁸¹ S.M. Waddams, *The Law of Contracts*, 4^e éd., Toronto, Canada Law Book, 1999 au n° 479 [Waddams, *Law of Contract*]. Voir aussi S.M. Waddams, «Unconscionability in Contracts» (1976) 39 *Mod. L. Rev.* 369.

¹⁸² *Hunter Engineering*, *supra* note 175 à la p. 462. Le professeur Waddams se positionne en faveur d'une théorie de l'iniquité (Waddams, *The Law of Contracts*, *ibid.* au n° 474 [notes omises]): «It is submitted that the only workable criterion is a rule of unconscionability, for exclusions can be perfectly fair and limitations very unfair. The techniques of strict construction, though effective in individual cases are transitory.» À l'appui de cette proposition, celui-ci renvoie aux motifs de Lord Denning, dans l'arrêt *George Mitchell*, lequel se dit en faveur d'un test de raisonabilité. Cependant, avec l'arrêt *Hunter Engineering*, subséquent à l'édition dans laquelle le professeur Waddams fait ce commentaire, il existe un profond désaccord entre les juges Wilson et Dickson à savoir si une théorie de l'iniquité devrait être fondée sur un critère de raisonabilité. La jurisprudence canadienne semble aborder davantage la théorie de l'iniquité sous l'angle de l'inégalité des rapports contractuels que sous l'angle de la raisonabilité d'une clause qui, il faut l'admettre, théoriquement, pourrait découler d'une entente ne présentant aucune inégalité de pouvoir de négociation entre les parties.

¹⁸³ *Hunter Engineering*, *ibid.* à la p. 512. Voir *Waters c. Donnelly* (1884), 9 O.R. 391 (Ch.).

le droit une exigence de «caractère raisonnable», afin que les tribunaux puissent refuser d'appliquer les clauses d'exclusion en stricte conformité avec leurs termes si cela devait être injuste et déraisonnable»¹⁸⁴.

Celle-ci appuie la position selon laquelle la règle de l'interprétation «juste et raisonnable» aurait été remplacée par une règle de droit substantif¹⁸⁵ du caractère raisonnable de la clause: «j'estime que les principes d'*equity* sur lesquels cette théorie [de l'iniquité] repose sont assez généraux pour viser bon nombre de situations de fait qui ont, peut-être à juste titre, donné lieu à l'application du critère «juste et raisonnable» dans des cas d'inexécution fondamentale»¹⁸⁶.

L'approche proposée du juge Wilson donne beaucoup plus de discrétion au tribunal que celle proposée par le juge en chef Dickson et elle permet, à la limite, d'invalider une clause d'exonération même en l'absence d'inégalité de pouvoir de négociation¹⁸⁷. Par ailleurs, elle pourrait être perçue comme réintroduisant par la porte arrière la doctrine de l'inexécution fondamentale. Le juge en chef Dickson manifeste son désaccord avec l'approche préconisée par le juge Wilson de cette façon:

Par contre, je ne partage pas la façon dont le juge Wilson aborde le principe de l'inexécution fondamentale. Je suis plutôt porté à suivre la voie tracée par la Chambre des lords dans l'arrêt *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827, et à considérer l'inexécution fondamentale comme une question d'interprétation du contrat. Je ne suis pas en faveur d'exiger, comme le propose le juge Wilson, que la cour évalue s'il serait raisonnable de mettre à exécution les conditions du contrat après en avoir déjà établi le sens en fonction des principes ordinaires d'interprétation des contrats. À mon avis, les tribunaux ne doivent pas modifier la convention des parties et je suis porté à remplacer le principe de l'inexécution fondamentale par une règle qui oblige les parties à respecter les conditions de leur contrat pourvu qu'il ne soit pas inique¹⁸⁸.

¹⁸⁴ *Hunter Engineering, ibid.* à la p. 508.

¹⁸⁵ Voir M. H. Ogilvie, «The Reception of *Photo Production Ltd v. Securicor Transport Ltd in Canada: Nec Tamen Consumebatur*» (1982) 27 McGill L.J. 424 à la p. 441.

¹⁸⁶ *Hunter Engineering, supra* note 173 à la p. 513.

¹⁸⁷ *Ibid.* aux pp. 515-516.

¹⁸⁸ *Ibid.* aux pp. 455-46.

La théorie de l'iniquité, en mettant l'emphase sur les rapports de force des parties en présence, répond mieux, à mon avis, aux préoccupations sociales. De plus, elle ne vise pas, en soi, les clauses d'exonération; elle cherche à rétablir l'équilibre que l'on suppose exister à l'étape de la négociation, alors qu'il est inexistant en pratique dans certains cas. C'est donc dire que d'autres types de clauses pourraient être invalidés sur la base de la théorie de l'iniquité. Quant au caractère juste et raisonnable de la clause, il pourrait, selon moi, intervenir, à l'intérieur du cadre de la théorie de l'iniquité, afin de déterminer si, dans les circonstances, la clause d'exonération devrait être maintenue. Il s'agirait d'une approche quelque peu analogue aux lois actuelles qui ont toutes le même trait commun, soit celui du caractère raisonnable de la clause. Il ne faut pas perdre de vue qu'une clause, d'exonération ou autre, n'est pas invalide du seul fait qu'elle se situe à l'intérieur d'un contrat où l'une des parties est plus vulnérable par rapport à l'autre. Ce qui semble répugner à la morale ou à la justice contractuelle, c'est l'exploitation de cette vulnérabilité, notamment par l'usage déraisonnable ou abusif, par une partie, de sa position dominante¹⁸⁹.

2. Bonne foi et divulgation de renseignements

La Common law n'a pas suivi le même chemin que le droit civil relativement aux obligations de bonne foi, du devoir général d'information, et aux clauses abusives du contrat d'adhésion. La Common law, dans sa vision classique, n'impose pas aux parties qui se proposent de conclure une entente une obligation générale de bonne foi¹⁹⁰. Aussi, il n'existe pas vraiment d'obligation positive de renseignement gouvernant la conduite des parties qui se proposent de transiger¹⁹¹. Pour des raisons

¹⁸⁹ Cette intégration de la théorie de l'iniquité et du caractère raisonnable d'une clause semble être l'approche choisie par deux législatures provinciales. Au Nouveau-Brunswick les clauses d'exonération des contrats de consommation sont valides, contrairement à la plupart des autres provinces, mais elles sont soumises au critère du caractère juste et raisonnable. Au Québec, le critère utilisé est celui de la clause abusive dans les contrats d'adhésion et de consommation (art. 1437 C.c.Q.). L'art. 1437 C.c.Q. ne vise pas expressément les clauses d'exonération. La Cour d'appel, dans l'arrêt *Janin Construction*, *supra* note 134, a jugé que cette disposition peut permettre d'invalider une clause d'exonération. Par ailleurs, il existe, au Québec, une loi en matière de protection du consommateur.

¹⁹⁰ *Walford c. Miles*, [1992] 2 A.C. 128, [1992] 2 W.L.R. 174, [1992] 1 All E.R. 453 (H.L.); *Interfoto Picture Library Ltd. c. Stiletto Visual Programmes Ltd.*, [1989] Q.B. 433 à la p. 439, [1988] 1 All E.R. 348 (C.A.); *Estate-Guard Services of Canada Ltd. c. Loewen Management Corp.* (1989), 38 B.C.L.R. (2^e) 362 (C.A.); Michael G. Bridge, «Does Anglo-Canadian Contract Law Need a Doctrine of Good Faith?» (1984) 9 Can. Bus. L.J. 385.

¹⁹¹ *Cheshire, Fifoot et Furmston*, *supra* note 35 à la p. 302.

de politiques sociales qui reflètent une vision économique classique et libérale, la règle «*caveat emptor*», qui pourrait se résumer à «chacun pour soi», est la doctrine qui préside à l'étape précontractuelle¹⁹². Sous réserve des remarques précédentes sur de la théorie de l'iniquité, aucune règle, *a priori*, ne commande aux tribunaux d'invalider une clause limitative de responsabilité à l'égard d'un manquement à la bonne foi ou à l'égard du défaut d'avoir fourni l'information nécessaire à un consentement libre et éclairé, même si ces devoirs étaient assumés, dans le contrat, par la partie fautive. Les propos suivants du professeur Waddams¹⁹³ suggèrent que la bonne foi pourrait avoir un impact dans le cadre d'une théorie de l'iniquité:

There is a relationship between good faith, interpretation and unconscionability. There is said to be no general doctrine of good faith in English law, but the cases suggest that good faith is an important factor in the process of interpretation. With good faith as a guide to interpretation, and unconscionability as a ground for relief when interpretation fails, English and Canadian law goes a long way towards the control of unfair agreements¹⁹⁴.

Par ailleurs, à l'heure de la mondialisation, on peut s'attendre à ce que la Common law subisse l'influence des systèmes de droit continental¹⁹⁵ d'autant plus que, sur le plan international, les modèles proposés par UNIDROIT et par la Communauté Européenne comportent l'obligation générale de bonne foi. Aux États-Unis, l'obligation générale de bonne foi fait partie du droit des contrats¹⁹⁶. Si la common law anglo-canadienne emboîte le pas, restera à savoir si elle optera pour une application du principe de la bonne foi à l'étape de l'exécution seulement¹⁹⁷ ou, plutôt, pour une application plus large couvrant également l'étape de la négociation, à la manière du *Uniform Commercial Code* et de l'art. 1375 C.c.Q. prévoyant que

¹⁹² *Ibid.* En common law, l'étape précontractuelle est encadrée par d'autres théories, notamment les déclarations inexactes frauduleuses ou faites par négligence, la préclusion fondée sur la promesse et l'abus de confiance.

¹⁹³ Waddams, *Law of Contract*, *supra* note 181.

¹⁹⁴ *Ibid.* à la p. 339.

¹⁹⁵ Furmston, *supra* note 34 au n° 1.77 et s.

¹⁹⁶ *Uniform Commercial Code*, § 1-203 (1995); American Law Institute, *Restatement of the Law, Second, Contracts*, 2^e éd., St. Paul, American Law Institute Publishers, 1965, § 205 (1981). Sur la possibilité d'exclure l'obligation de bonne foi, voir Clayton P. Gillette, «Limitations on the Obligation of Good Faith» [1981] *Duke L.J.* 619.

¹⁹⁷ Selon Lord Reid, dans l'arrêt *White and Carter (Councils) Ltd. c. McGregor*, [1962] A.C. 413 (H.L.), il n'existerait aucune règle obligeant les parties à exercer leurs droit contractuels de façon raisonnable.

la bonne foi doit gouverner la conduite des parties à la naissance, à l'exécution et à l'extinction des obligations contractuelles.

CONCLUSION

La structure du présent exposé a été déterminée en fonction de l'approche suivie, *i.e.* une approche comparative. Comme il l'a été souligné en introduction, la tâche n'a pas été facile car des mots et expressions communs aux deux systèmes de droit peuvent revêtir une signification ou une importance bien différente, sans compter les problèmes de traduction. Sur ce dernier point, une étude comparée du droit civil et de la common law démontre que la langue joue un rôle primordial dans l'expression de la pensée juridique. De plus, il est important de demeurer sensible aux particularités de chacun des systèmes.

Par ailleurs, on remarque une certaine relativité des concepts au niveau d'un système de droit par rapport à un autre. Ainsi, même si l'obligation de minimiser le préjudice existe dans les deux systèmes, la place et l'importance que lui accordent chacun des systèmes n'apparaît pas être la même. En droit civil, l'obligation de minimiser son préjudice se conçoit davantage au niveau de la causalité qu'à l'étape de l'évaluation des dommages-intérêts ou de la prévisibilité des dommages-intérêts. En common law, la règle de la prévisibilité raisonnable du préjudice dans le cours normal des choses emporte celle de minimiser son préjudice. La common law considère cette obligation comme une limite à la règle de la prévisibilité. En droit civil, cette obligation est complètement détachée de la règle de la prévisibilité, le meilleur exemple étant que la première se trouve à l'art. 1479 C.c.Q. et le second à l'art. 1613 C.c.Q. Cette distinction se reflète donc dans la structure du présent exposé. Ainsi, l'obligation de minimiser le préjudice, en common law, a été traitée au niveau des dommages-intérêts recouvrables ou, si l'on préfère, au niveau de l'évaluation des dommages-intérêts. En droit civil, même s'il ne s'agit pas d'une condition du recours, elle devait être traitée à ce niveau compte tenu de sa relation avec la notion de causalité qui, elle, est une condition du recours.

La relativité des concepts entre les deux systèmes se perçoit également lorsque arrive la question de l'évaluation des dommages-intérêts. La règle de la prévisibilité du préjudice est commune aux deux systèmes. De plus, dans les deux cas, elle entretient une relation étroite avec le principe de la compensation. En common law, la règle de la prévisibilité raisonnable est conçue en terme de limite au principe de la compensation. Le Code civil ne l'admet pas expressément mais on peut suggérer qu'il en est de même étant donné la proximité des deux règles (art. 1611, 1613

C.c.Q.). Il serait difficile de concevoir la chose autrement d'autant plus l'arrêt *Wertheim* rendu par le Conseil Privé fait autorité dans les deux systèmes de droit quant au principe de la compensation.

Un certain relativisme se fait par ailleurs sentir quant au sens à donner à l'expression «évaluation des dommages-intérêts». Le Code civil regroupe sous ce grand couvert le principe de la compensation et la règle de la prévisibilité. En common law, certains termes, tels «*assessment of damages*» et «*measure of damages*» peuvent avoir un sens strictement relié aux techniques de calcul des dommages-intérêts et se distingueraient, en ce sens, du principe de la compensation et de la règle de la prévisibilité raisonnable. La tendance récente, toutetefois, ne va pas en ce sens et semble considérer cette distinction comme les deux envers d'une même médaille. Ce problème conceptuel et terminologique aurait pu être contourné par une approche neutre en intitulant la deuxième partie du présent exposé «dommages-intérêts recouvrables». Le fait qu'une telle approche n'appartienne ni trop à la common law, ni trop au droit civil, constitue à la fois son avantage et son désavantage. Son avantage, il a été expliqué, est d'échapper au piège du relativisme des systèmes. Son désavantage, bien que son intitulé ne soit pas tant innovateur et fréquemment utilisé par les tribunaux, est sa généralité nécessaire et, donc, son imprécision.

En plus que certains concepts soient relatifs d'un système à un autre, on remarque une fluidité des concepts à l'intérieur d'un même système. Aussi anciennes que puissent être les notions, leurs rapports les unes entre les autres demeurent mal compris. Pour reprendre le cas de l'obligation de minimiser le préjudice en droit civil, sous l'empire du C.c.B.-C., la jurisprudence l'avait rattachée, au plan conceptuel, à la notion de causalité. Sous le C.c.Q., elle semble toujours l'être, mais dans une moindre mesure, étant davantage rattachée à la conduite de la victime. Du côté de la common law, il en est de même des rapports entre la causalité et la prévisibilité raisonnable du préjudice. La common law des contrats éprouve de la difficulté à mettre de l'avant une théorie cohérente qui distingue les deux notions. Puisqu'en common law l'obligation de minimiser le préjudice est liée à la prévisibilité raisonnable du préjudice, son rapport avec la causalité est nécessairement moins bien défini. Évidemment, ces préoccupations sont théoriques. En pratique, le résultat est le même dans la mesure où la common law considère la causalité, la prévisibilité raisonnable du préjudice et l'obligation de minimiser le préjudice comme des moyens différents de limiter soit la responsabilité, soit le type de préjudice compensable ou, si l'expression est permise, les «dommages-intérêts recouvrables», conférant ainsi aux tribunaux une marge de manœuvre appréciable.

Dans un ordre d'idées plus global, une analyse comparative a l'avantage de renseigner non pas uniquement sur son sujet d'étude, en l'occurrence le recours en dommages-intérêts, mais sur les systèmes de droit eux-mêmes. Ceci permet, en retour, de mieux comprendre et expliquer le sujet étudié. La common law, en général, est grandement influencée par l'analyse économique. Une certaine idéologie libérale se reflète dans le droit des contrats. Ainsi, il a été vu que, contrairement au droit civil, une partie ne peut exiger l'exécution en nature de l'obligation si une compensation pécuniaire peut suffire à réparer le tort causé. Il en est ainsi puisque, du point de vue de la common law, ce qui intéresse les parties ce n'est pas les biens et services qu'ils échangent mais, présument, les gains qu'ils en tirent. On conçoit donc qu'une partie sera satisfaite si, en cas d'inexécution du contrat, on lui remet une somme d'argent qui en tient lieu. D'autre part, du point de vue socio-économique, si une partie rompt son contrat en faveur d'une activité plus profitable, l'avantage de la société serait plus grand. De la même manière, la common law impose un devoir de minimiser le préjudice avant tout dans le but d'éviter les pertes économiques et de promouvoir l'efficacité économique. D'un certain point de vue, on peut avancer que la common law est plus «efficiente» que le droit civil. Aussi, on peut expliquer le rôle moins important et moins bien défini, sur le plan historique, de l'obligation de minimiser le préjudice en droit civil lorsque comparé à la common law. En revanche, le droit civil accorde une plus grande importance au principe de l'autonomie de la volonté et à la puissance de la volonté dans la création de l'obligation contractuelle, par exemple en rendant obligatoire et susceptible d'exécution forcée, contrairement à la common law classique, la promesse dite «gratuite» et la stipulation pour autrui. L'autonomie de la volonté constitue le fondement du principe selon lequel un créancier peut choisir et exiger de son débiteur l'exécution en nature *forcée* de l'obligation.

Le libéralisme économique et le laisser-faire ont rendu sacro-saint le principe de la liberté contractuelle en common law. Si le législateur québécois n'a jamais voulu affirmer dans une codification, à l'instar de son homologue français, que le contrat est la loi des parties, il reste qu'en droit civil, la liberté contractuelle est un principe, lequel est contrôlé par la notion d'ordre public. En matière de responsabilité contractuelle, la question des clauses de non-responsabilité demeure plus sensible en droit civil qu'en common law. Il semble relativement difficile d'admettre, en droit civil québécois, qu'une partie puisse, dans un même acte, à la fois s'obliger et ne pas s'obliger. De plus, plusieurs limites de droit commun ont été imposées par le législateur, notamment en ce qui concerne les cas d'inexécution intentionnelle et en matière de transport ou les cas de faute lourde. Une limite supplémentaire et potentiellement utile s'ajoute en droit civil, celle de la clause abusive du contrat d'adhésion. En common law, la théorie du contrat inique, semble-t-il, sera appelée

à jouer un rôle semblable, bien qu'elle semble avoir un rayonnement plus large, un peu à la manière de la notion d'ordre public en droit civil. Enfin, la réforme du Code civil a été l'occasion de promouvoir une philosophie dite de «moralité contractuelle», déjà reconnue comme constituant une trame de fond en matière de contrat.