

La notion d'obligation essentielle dans le cadre du contrôle des clauses abusives : Étude des systèmes juridiques français et québécois

*Stéphanie GHOZLAN**

**The Concept of Essential Obligation Under the Control of Abusive Clauses:
the Study of French and Quebec Legal Systems**

**La noción de obligación esencial en el marco de control de las cláusulas
abusivas: Estudio de los sistemas jurídicos de Francia y Quebec**

**A noção de obrigação essencial no quadro do controle de cláusulas abusivas:
estudo dos sistemas jurídicos francês e quebequense.**

控制权利滥用条款中的基本义务概念：法国与魁北克法律制度研究

Résumé

La notion d'obligation essentielle ou fondamentale a été développée en jurisprudence pour répondre à la nécessité de protéger l'essence de l'engagement contractuel et la force obligatoire du contrat. Apparue en droit maritime anglais pour permettre aux tribunaux d'écarter des clauses limitatives de responsabilité en cas d'inexécution atteignant la racine contractuelle et annihilant le bénéfice de l'engagement pour le créancier, elle a

Abstract

The concept of essential or fundamental obligation has been developed in jurisprudence to meet the need to protect the essence of the contractual undertakings and the contract's binding force. Appeared in English maritime law to enable courts to exclude limitation of liability clauses in cases of failure of performance which goes to the root of the contract and negating the benefit of the commitment to the creditor, it has also

* Notaire à Montréal (LL. B., D.D.N., LL. M.).

également été exploitée par la jurisprudence française et québécoise.

Cette analyse vise l'étude du concept d'obligation essentielle, au travers des définitions esquissées en droit français et québécois, et de sa mise en application dans ces deux systèmes juridiques.

En France, elle représente un instrument correcteur d'injustice contractuelle, un outil permettant de réputer non écrites les clauses abusives qui détruisent l'essence contractuelle dans les contrats entre professionnels, palliant ainsi le vide législatif en la matière. Son utilisation fut analogue en jurisprudence québécoise jusqu'à sa codification par le législateur à l'alinéa 2 de l'article 1437 du Code civil du Québec, qui la consacre comme un indice de clause abusive dans un contrat de consommation ou d'adhésion, lorsque la clause en est « si éloignée » qu'elle « dénature » le contrat.

Resumen

La noción de obligación esencial o fundamental ha sido desarrollada en la jurisprudencia para satisfacer la necesidad de proteger la esencia del compromiso contractual y la fuerza obligatoria del contrato. Aparecida en el derecho marítimo inglés para permitir a los tribunales excluir las cláusulas limitativas de responsabilidad por incumplimiento de contrato alcanzando la raíz contractual y anulando el beneficio del compromiso para el acreedor, también ha sido utilizada por la jurisprudencia francesa y quebequense.

Este análisis se enfoca en el estudio del concepto de obligación esencial, a través de definiciones recogidas en dere-

been exploited by French and Quebec jurisprudence.

This analysis is a study of the fundamental obligation concept, through the definitions outlined in French and Quebec law and its implementation in these two legal systems.

In France, it represents a contractual injustice correction instrument, a tool to deem unwritten abusive clauses destroying contractual essence in contracts between professionals, thus overcoming the legislative void in this matter. Its use was similar in Quebec jurisprudence until to its codification by legislative branch in paragraph 2 of Article 1437 of the Civil Code of Quebec, who enshrines it like an indication of abusive clause in a consumer contract or contract of adhesion, when the clause “so departs from the fundamental obligations far” that “it changes the nature of the contract”.

Resumo

A noção de obrigação essencial ou fundamental foi desenvolvida pela jurisprudência para responder à necessidade de proteger a essência do compromisso contratual e a força obrigatória do contrato. Tendo surgido no direito marítimo inglês para permitir aos tribunais de afastar as cláusulas limitativas de responsabilidade em caso de inexecução que atinjam a raiz contratual e anulem o benefício do compromisso para o credor, ela é igualmente explorada pela jurisprudência francesa e quebequense.

Esta análise visa a estudar o conceito de obrigação essencial, por meio das definições esboçadas no direito francês e quebequense e de sua aplicação nestes dois sistemas jurídicos.

cho francés y quebequense, y de la implementación en los dos sistemas jurídicos.

En Francia, ella representa un instrumento de corrección de la injusticia contractual, una herramienta que permite tener por no escritas las cláusulas abusivas que destruyen la esencia contractual en los contratos entre profesionales, compensando así el vacío legislativo en la materia. Su utilización fue análoga en la jurisprudencia quebequense hasta su codificación por el legislador en el párrafo 2 del artículo 1437 del Código Civil de Quebec, que la consagra como un indicio de cláusula abusiva en un contrato de consumo o de adhesión, cuando la cláusula es «tan apartada de las obligaciones fundamentales» que «desnaturaliza» el contrato.

Na França, ela representa um instrumento corretor da injustiça, uma ferramenta que permite dar como não escritas as cláusulas abusivas que destroem a essência contratual nos contratos entre profissionais, remediando assim o vazio legislativo na matéria. Sua utilização foi análoga na jurisprudência quebequense até a sua codificação pelo legislador na alínea 2 do artigo 1.437 do Código Civil do Quebec, que a consagra como um indicio de cláusula abusiva em contrato de consumo ou de adesão, quando a cláusula está «tão distante» que ela «desnatura» o contrato.

摘要

基本义务的概念通过判例得到发展，以满足保护合同的承诺本质和合同强制力的需要。这一源自英国海洋法的概念——让法院在不履行合同而损害合同本质、使得债权人合同利益灭失的情况下得以排除限制性合同条款——在法国和魁北克的判例中也得到运用。

本文旨在通过法国法和魁北克法中对基本义务的概念界定以及在各自法律制度中的具体适用，对其进行研究。



Plan de l'article

Introduction	405
I. La notion d'obligation essentielle	406
A. L'émergence et le développement de la notion d'obligation essentielle en droit français.....	406
B. Les origines et l'interprétation de la notion d'obligation essentielle en droit québécois	413
II. L'utilité et l'application concrète de la notion d'obligation essentielle	422
A. Un instrument de justice contractuelle en droit français	422
B. Une illustration de la clause abusive en droit québécois	432
Conclusion	447



« On ne peut pas à la fois s'engager et ne pas s'engager »¹ ! Si le principe est élémentaire, sa mise en œuvre est loin d'être évidente. La notion d'obligation fondamentale est née du besoin de faire respecter cet adage et est apparue en jurisprudence comme un instrument de protection de l'engagement et de la force obligatoire du contrat. Elle a originairement été développée en droit maritime anglais, comme un outil d'interprétation utilisé par les juges afin d'écarter les clauses limitatives de responsabilité en cas de violation atteignant la racine du contrat et privant le créancier du bénéfice de l'engagement².

À partir des années 1980, alors que le droit anglais rejetait cette notion qui lui avait permis de reconnaître les clauses abusives, elle a été mise en exergue avec vigueur en droit français, comme une technique juridique permettant d'écarter les clauses ayant pour effet de détruire l'essence du contrat et d'établir un critère de gravité de l'inexécution contractuelle et du prononcé de la résolution du contrat³. Dans le même temps en droit québécois, la notion d'obligation essentielle a été utilisée de façon semblable en jurisprudence jusqu'à sa codification par le législateur en 1994 en matière de clauses abusives⁴.

Nous tenterons dans un premier temps d'esquisser une définition de l'obligation fondamentale ou essentielle, et ce, tant en droit français qu'en

¹ François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil: Les obligations*, 11^e éd., Paris, Précis Dalloz, 2013, n° 610, p. 660.

² L'auteure Ruth Sefton-Green a livré une étude particulièrement approfondie sur le concept d'obligation fondamentale tel qu'il est perçu en droit français et en droit anglais: Ruth SEFTON-GREEN, *La notion d'obligation fondamentale: comparaison franco-anglaise*, t. 336, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2000, préface, p. 1 et suiv., 192 et suiv.

³ *Id.*, Patrice JOURDAIN et Geneviève VINEY, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001, n° 190-1, p. 360; Benoît MOORE, « Les clauses abusives: dix ans après », (2003) 63 *R. du B.* 59; Pierre-Gabriel JOBIN, « La révision du contrat par le juge dans le *Code civil* » dans Ernest CAPARROS (dir.), *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 399, aux pages 415 et suiv.; Élise CHARPENTIER, « L'article 1437 du Code civil du Québec ou de l'art de lire un article qui surprend », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 233, à la page 242. Voir aussi: *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltd*, [1989] 1 R.C.S. 426, 462 (j. Dickson).

⁴ C.c.Q., art. 1437. Avant l'entrée en vigueur de cet article, voir *Banque Toronto-Dominion c. Korea Exchange Bank of Canada*, 1991 CanLII 3216 (QC C.A.) ; *Scottish and York Insurance Co. c. G. Gagné transport Inc.*, 1990 CanLII 3273 (QC C.A.) ; *Western Assurances Co. c. Desgagnés*, [1973] C.A. 299, 304 (j. Deschênes).

droit québécois, ce qui nous apportera deux éclairages différents et complémentaires afin de mieux cerner ce concept et sa portée. Nous précisons que nous emploierons indistinctement les termes d'« obligation essentielle » et d'« obligation fondamentale » qui désignent au fond la même réalité.

Dans un second temps, nous observerons les implications pratiques et concrètes de la notion d'obligation essentielle dans ces deux systèmes juridiques. Nous pourrions alors constater que malgré une utilité fortement similaire, le concept d'obligation essentielle est surtout exploité comme un instrument correcteur d'injustice contractuelle en droit français alors qu'il constitue plus simplement un indice de clauses abusives en droit québécois.

I. La notion d'obligation essentielle

La notion d'obligation essentielle ayant émergé en jurisprudence, nous nous emploierons dans un premier temps à la définir et à préciser sa portée, à la lumière des caractéristiques dégagées en droit français puis en droit québécois.

A. L'émergence et le développement de la notion d'obligation essentielle en droit français

Cette notion, qui existait déjà dans les années 1960 en droit français, a pris son essor dans les années 1980⁵. Selon son sens courant, l'adjectif « fondamental » ou « essentiel » évoque l'essence et la substance d'une chose, son fondement, sa base, un élément principal et nécessaire qui relève de sa nature même. L'obligation fondamentale ou essentielle est vitale pour le contrat⁶.

⁵ Civ. 1^{re}, 11 oct. 1966, *Bull. civ. I*, n° 466, p. 353/J.C.P. 1967.5193, obs. de La Pradelle; Com. 17 janv. 1984, *Bull. civ. IV*, n° 20, p. 17; Civ. 1^{re}, 18 janv. 1984, J.C.P. 1985.II.20372 (*Loterie nationale et autres c. Vilageliu*); Civ. 1^{re}, 8 nov. 1988, *Bull. civ. I*, n° 314, p. 213; Com. 15 nov. 1988, *Bull. civ. IV*, n° 312; Civ. 1^{re}, 11 oct. 1989, *Bull. civ. I*, n° 317, p. 211; R. SEFTON-GREEN, préc., note 2, p. 148 et suiv.

⁶ Voir: R. SEFTON-GREEN, préc., note 2, p. 1 et suiv. Sur la difficulté de définir avec précision la notion d'obligation essentielle, voir Charlotte DESLAURIERS-GOULET, « L'obligation essentielle dans le contrat », (2014) 55 *C. de D.* 923.

L'obligation fondamentale se définit comme une obligation irréductible, que l'on ne peut réduire à néant ou ne pas exécuter, qui participe de l'essence même du contrat. Ce caractère s'impose par nature lorsque l'obligation est inhérente au contrat, qu'elle y occupe une place déterminante en tant que prestation caractéristique⁷. C'est une obligation intangible, un élément nécessaire à l'existence même du contrat, un peu comme les « obligations essentielles » de Pothier. Dès lors, une clause de non-responsabilité ou autre technique contractuelle supprimant toute sanction tangible en cas d'inexécution d'une obligation fondamentale, a pour effet d'éradiquer cette obligation essentielle et ainsi de heurter l'existence même de l'obligation. Faute d'un élément essentiel au contrat, elle le requalifie, y créant ainsi une flagrante contradiction interne⁸.

L'obligation fondamentale apparaît comme une limite à la liberté contractuelle : sa destruction entache le contrat de potestativité, en faisant une « promesse illusoire »⁹. Le concept d'obligation essentielle représente l'« obstacle infranchissable, car l'on ne peut pas, à la fois, s'engager et ne pas s'engager, sous peine de porter atteinte au principe de la bonne foi et d'introduire dans le contrat une dose de potestativité trop contraire au principe *pacta sunt servanda* »¹⁰. Il faut toutefois distinguer la condition potestative de la clause qui réduit à néant une obligation essentielle : la première crée un déséquilibre dès la formation du contrat alors que la seconde le révèle au moment de l'exécution du contrat, rendant illusoire le noyau contractuel et atteignant sa force obligatoire. L'obligation fondamentale, condition d'existence du contrat, constitue donc une « passerelle » entre les stades de formation et d'exécution du contrat¹¹.

L'obligation fondamentale représente le noyau dur contractuel, le minimum contractuel obligatoire, qui s'impose en dehors de la volonté des

⁷ Philippe DELEBECQUE et Denis MAZEAUD, « Les clauses de responsabilité : clauses de non-responsabilité, clauses limitatives de réparation, clauses pénales », dans Geneviève VINEY et Marcel FONTAINE (dir.), *La sanction de l'inexécution des obligations contractuelles*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 362, à la page 379.

⁸ Patrice JOURDAIN et Geneviève VINEY, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 2013, n° 489, p. 516 ; R. SEFTON-GREEN, préc., note 2, p. 260 et suiv., 263 et suiv. et 266 et suiv.

⁹ R. SEFTON-GREEN, préc., note 2, p. 266 et suiv.

¹⁰ F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 1.

¹¹ C.civ., art. 1174. R. SEFTON-GREEN, préc., note 2, p. 266 et suiv. et 343.

parties¹². La liberté contractuelle se trouve « tempérée par le respect d'un minimum contractuel qui se cristallise dans la notion d'obligation essentielle », elle « s'arrête là où commence l'essence du contrat »¹³. Pour certains, ce minimum correspond à l'obligation dont l'exécution est nécessaire à la réalisation économique du contrat¹⁴. Une stipulation contractuelle ne peut donc évincer une obligation fondamentale du contrat ou alléger les conséquences de son inexécution au point de la supprimer car, sans ce minimum contractuel, l'engagement n'a plus de valeur. La notion d'obligation fondamentale tend à préserver un certain équilibre, en limitant la liberté contractuelle au profit de la force obligatoire du contrat et de la justice contractuelle¹⁵.

La difficulté réside dans la détermination de l'obligation fondamentale. Essentiellement, deux questions relatives à sa source, permettent de la cibler davantage. Premièrement, est-ce une obligation rendue impérative par le législateur ? Si elle est qualifiée ainsi et produit les mêmes effets que les dispositions impératives, elle s'assimile à une obligation d'ordre public et perd de sa spécificité et de son intérêt. Or, le concept a bien été développé pour répondre à un besoin distinct. En effet, les obligations d'ordre public constituent une limite externe au contrat, alors que l'obligation fondamentale est une limite interne, au cœur du contrat. Ce n'est pas non plus une obligation accessoire, comme les « obligations naturelles » de Pothier, car celle-ci peut être valablement exclue, contrairement à une obligation fondamentale. Elle peut donc se qualifier d'obligation principale, de prestation caractéristique¹⁶.

Deuxièmement, en élevant une obligation d'ordinaire annexe au premier rang du contrat, les parties peuvent-elles en faire une obligation essentielle ? L'obligation peut-elle être qualifiée de fondamentale par les parties ? L'admission de cette proposition au nom de l'autonomie de la volonté impliquerait une interprétation fort extensive de la notion d'obligation essentielle. Le noyau contractuel pourrait contenir n'importe quelle obligation si telle est la volonté des parties et serait exclusivement composé d'éléments subjectifs, alors que le but de la notion est justement

¹² P. JOURDAIN et G. VINEY, préc., note 3 ; R. SEFTON-GREEN, préc., note 2, p. 295 et suiv.

¹³ P. DELEBECQUE et D. MAZEAUD, préc., note 7, aux pages 378 et 379.

¹⁴ P. JOURDAIN et G. VINEY, préc., note 8 ; P. JOURDAIN et G. VINEY, préc., note 3.

¹⁵ R. SEFTON-GREEN, préc., note 2, p. 273 et suiv. et 305 et suiv.

¹⁶ *Id.*, p. 305 et suiv., 314 et suiv. et 347 et suiv.

d'objectiver le contenu contractuel. Il faudrait que l'obligation soit véritablement liée à l'essence du contrat, au risque que le concept ne perde de ses particularités et de son utilité. Il serait plus approprié de faire allusion à une condition déterminante du contrat, un élément qui a motivé le consentement d'une partie à contracter¹⁷.

C'est donc la jurisprudence qui constitue la principale source de l'obligation fondamentale: les juges, se servant du critère de la nature des choses, qualifient certaines obligations d'essentielles. Cette marge d'appréciation et cette immixtion judiciaire dans le contrat peut gêner les fervents défenseurs de la liberté contractuelle et déranger la sécurité juridique mais elle permet au droit de progresser et de combler les lacunes législatives. En effet, l'obligation fondamentale est une création jurisprudentielle, principalement utilisée comme remède contre les clauses abusives en droit français, lorsque la stipulation litigieuse n'est pas intégrée à un contrat de consommation¹⁸.

La notion d'obligation fondamentale permet aux juges d'éliminer les clauses potentiellement potestatives annihilant une obligation fondamentale par une technique de nullité partielle. En réputant la clause litigieuse non écrite, ils l'amputent afin de sauvegarder le contrat. Cette technique permet d'accorder des dommages-intérêts en vertu de l'article 1150 du *Code civil français*¹⁹.

Lorsque la jurisprudence française consacra l'obligation essentielle, elle la substitua à la faute lourde. Auparavant, celle-ci se définissait subjectivement et était basée sur l'exigence de bonne foi dans l'exécution contractuelle (article 1134 al. 3 *C.civ.*). Elle se déduisait en fonction de l'ampleur de l'écart entre le comportement du débiteur et celui qu'aurait eu un débiteur raisonnable dans les mêmes circonstances. Puis, dès les années 1960 et surtout dans les années 1980, en objectivant la faute lourde, les tribunaux

¹⁷ Suzanne CARVAL, « Clause limitative de responsabilité et manquement à l'obligation essentielle », *R.D.C.* 2007.1144; R. SEFTON-GREEN, préc., note 2, p. 295 et suiv., 317 et suiv. et 324 et suiv.; Philippe JESTAZ, « L'obligation et la sanction: à la recherche de l'obligation fondamentale », dans Pierre RAYNAUD (dir.), *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 273 et suiv.

¹⁸ R. SEFTON-GREEN, préc., note 2, p. 314 et suiv. et 344 et suiv. Pour les clauses abusives dans les contrats de consommation, voir le Code de la consommation, art. L.132-1, R.132-1 et R.-132-2.

¹⁹ R. SEFTON-GREEN, préc., note 2, p. 155 et suiv., 266 et suiv. et 273 et suiv.

l'assimilèrent à l'obligation essentielle²⁰ : ils suggérèrent qu'une faute était lourde si elle vidait l'obligation de toute sa substance²¹, que l'existence de cette faute se déduisait du caractère essentiel d'une obligation²² et qu'elle tenait « à l'importance de l'obligation inexécutée, dont la méconnaissance viderait le contrat de sa substance »²³. La faute lourde était ainsi utilisée comme critère de l'inexécution contractuelle et emportait la neutralisation des clauses abusives, comme les clauses limitatives ou élusives de responsabilité, afin de protéger le créancier d'un plafond nul ou dérisoire de réparation²⁴. Au fond, en dépit de ces références à la faute lourde, « la justification première est l'atteinte à l'élément principal du contrat, à l'obligation fondamentale, ce qu'une convention de non-responsabilité ne peut couvrir », le but étant que « la libération du débiteur ne vide pas le contrat de son sens »²⁵, ne porte pas atteinte « au cœur du contrat, à son socle obligationnel », le privant ainsi d'intérêt pour le créancier²⁶.

Depuis les années 1990, pour rendre inefficaces ces clauses, la jurisprudence s'appuie de plus en plus explicitement sur l'obligation essentielle, sans passer par le biais de la faute lourde, opérant ainsi une clarification conceptuelle et objectivant encore davantage le raisonnement²⁷. Dans un arrêt de 1994, la Cour de Cassation conclut que l'exploitant d'un parc sou-

²⁰ P. JOURDAIN et G. VINEY, préc., note 3.

²¹ Civ. 1^{re}, 11 oct. 1966, J.C.P. 1967.15193, obs. de La Pradelle; LUC MAYAUX, « Assurance contre le vol », R.G.D.A. 1998.134.

²² Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, 6^e éd., Paris, L.G.D.J., 2013, n° 987, p. 527; Geneviève VINEY, « Chronique responsabilité civile », J.C.P. 1998.1095, Chr. I-144, portant sur la décision Civ. 1^{re}, 2 déc. 1997, *Bull. civ. I*, n° 349.

²³ Civ. 1^{re}, 11 oct. 1966, préc., note 5.

²⁴ Civ. 1^{re}, 18 janv. 1984, préc., note 5; Com. 17 janv. 1984, préc., note 5; Com. 15 nov. 1988, préc., note 5; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 1; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 22; Denis MAZEAUD, « Les clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », D. 2008.1776, n° 5; Geneviève VINEY, « Validité et efficacité des clauses limitant la réparation dans les rapports entre contractants professionnels », *R.D.C.* 2008.287.

²⁵ Civ. 1^{re}, 18 janv. 1984, *RTD Civ.* 1984.727-728, obs. J. HUET; R. SEFTON-GREEN, préc., note 2, p. 148 et suiv.

²⁶ D. MAZEAUD, préc., note 24.

²⁷ Trib. com. Paris, 27 oct. 1992, n° 023-729; Jérémie BOULAIRE, « Le renforcement de la sécurité des titulaires de cartes bancaires », *LPA* 2008.13, portant sur Com. 2 oct. 2007, *Bull. civ. IV*, n° 208; Denis MAZEAUD, « Les conventions portant sur la réparation », *R.D.C.* 2007.149, n° 9; R. SEFTON-GREEN, préc., note 2, p. 148 et suiv.

terrain avait manqué à son obligation essentielle de mettre à la disposition de l'utilisateur la jouissance paisible de l'espace de stationnement, sa voiture ayant subi des dommages suite à une inondation causée par la négligence de l'exploitant. La qualification de l'obligation s'essentielle en fait une obligation de résultat et détermine le contenu contractuel du bail en y imposant une obligation de jouissance paisible²⁸.

En effet, l'obligation essentielle doit être dissociée de la faute lourde. L'avantage de l'utilisation de cette dernière notion réside dans le fait que l'éviction de la clause implique celle du régime légal prévu par l'article 1150 du *Code civil français*: l'indemnisation n'est donc pas restreinte aux dommages prévisibles. L'obligation fondamentale, quant à elle, présente un atout non négligeable, même si elle implique la nécessité de prouver la prévisibilité du dommage: en atténuant le fardeau de la preuve de la partie lésée qui n'a plus à prouver la faute lourde, elle facilite l'accès à la justice. Elle contrarie donc moins la sécurité et la prévisibilité juridique que la faute lourde en favorisant la réparation du préjudice²⁹.

Plus tard, dans l'arrêt *Chronopost* du 22 octobre 1996³⁰, la Cour de Cassation réputa non écrite une clause limitative de responsabilité qui contredisait la portée de l'engagement pris dans la mesure où elle avait pour effet de supprimer l'obligation essentielle de fiabilité et de célérité dans l'acheminement des plis. En effet, l'économie du contrat était cristallisée autour de cette obligation qui fondait la stratégie commerciale et publicitaire des « maîtres du temps » et pour laquelle l'expéditeur avait contracté et payé un prix plus élevé. L'arrêt fut rendu sous le visa de l'article 1131 du *Code civil français*, soit l'absence de cause, qui habituellement justifie la nullité absolue du contrat. L'absence d'obligation essentielle engendrée par la limitation de responsabilité crée une absence de contrepartie pour le créancier qui est privé du bénéfice de la prestation attendue, un déséquilibre que la Cour assimile à une absence de cause ou à une cause vidée de sa substance. Bref, la clause privait d'objet l'obligation essentielle de Chronopost et de cause l'engagement corrélatif de son créancier, ruinant ses prévisions légitimes et retirant au contrat son intérêt³¹. En 2001, la

²⁸ Civ. 1^{re}, 23 fév. 1994, *Bull. civ. I*, n° 76, p. 59.

²⁹ R. SEFTON-GREEN, préc., note 2, p. 155 et suiv. et 344 et suiv.

³⁰ Com. 22 oct. 1996, *Bull. civ. IV*, n° 261, p. 223 (*S.A. Bancheureau c. Sté Chronopost*).

³¹ F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 1, n° 610 et 618, p. 660 et 755; P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 22, n° 624, p. 306; P. JOURDAIN et G. VINEY,

Cour de Cassation se fonda à nouveau sur la cause pour neutraliser une clause limitative de responsabilité qui menaçait l'édifice contractuel en privant d'effet l'obligation essentielle, dans un contrat de maintenance du matériel informatique, d'agir dans un délai de 48 heures. La Cour condamna ainsi une stipulation privant d'effet une obligation essentielle, sur laquelle reposait l'intérêt du contrat pour le créancier³². Par la suite, les tribunaux se sont parfois à nouveau basés sur ce raisonnement pour rendre inefficaces ce type de clauses³³.

« [En] réduisant excessivement voire en supprimant purement et simplement la sanction d'une obligation qui constitue le cœur de l'opération contractuelle, [ces clauses] diluent à ce point l'*objet* de l'obligation du débiteur qu'elles privent alors de *cause* l'engagement corrélatif souscrit par le créancier. » (Nos italiques)³⁴

Ce point soulève une problématique intéressante. Lorsqu'une clause met en péril une obligation essentielle, remet-elle en question la cause du contrat, les éléments dont la présence est nécessaire à la réalisation du but

préc., note 3 ; R. SEFTON-GREEN, préc., note 2, p. 155 et suiv. et 273 et suiv. ; Jean-Pascal CHAZAL, « Théorie de la cause et justice contractuelle : À propos de l'arrêt Chronopost (Cass. com., 22 oct. 1996) », J.C.P. 1998.1315, chr. I-152 ; P. DELEBECQUE et D. MAZEAUD, préc., note 7, aux pages 380 et 381 : cette utilisation de la cause avait déjà été adoptée en matière de contrats d'assurance de responsabilité civile professionnelle pour réputer non écrites des clauses de réclamation de la victime (Civ. 1^{re}, 19 déc. 1990, J.C.P., 1991.T3778, obs. Bigot). Voir également : Denis MAZEAUD, « Saga Chronopost : les maîtres du temps perdent une manche », D. 2006.2288 ; Yves-Marie LAITHIER, « L'éradication de la clause limitative de réparation en cas de manquement à une obligation essentielle : Chronopost, dix ans après », R.D.C. 2006.1075 ; Suzanne CARVAL, « Clauses limitatives de responsabilité et droit commun », R.D.C. 2006.1224 ; Judith ROCHFELD, « Chronopost, suite... "doctrine de la Cour de cassation" et conséquences débattues de l'éradication d'une clause », J.C.P. 2002.2118, chr. I-184 ; Civ. 1^{re}, 2 déc. 1997, préc., note 22 ; Jacques MESTRE, « L'article 1131 du code civil au service de la lutte contre les clauses abusives dans les relations entre professionnels », RTD Civ. 1997.418 ; G. VINEY, préc., note 24.

³² Com. 17 juill. 2001, J.C.P. 2002.I.148, n° 17 (*Sté Securinform c. Sté AC Timer et a.*, *Juris-Data n° 2001-015054*) ; Grégoire LOISEAU, « La jurisprudence Chronopost se confirme », S.J.éd.E. 2002.1290.

³³ Com. 13 fév. 2007, J.C.P. 2007.II.10063, note Sérinet, commenté dans Rémy LIBCHABER, « Contrats et conventions », *Rép. Defrénois*, 2007.1042 et Com. 5 juin 2007, D. 2007.1721, obs. Delpech et obs. Stoffel-Munck ; Aussi commenté dans : J.C.P. 2007.II.1014, obs. Houtcieff et commenté par Denis MAZEAUD, « Le renouveau de la cause, toujours et encore ! », R.D.C. 2007.1121.

³⁴ D. MAZEAUD, préc., note 24, 1777, n° 6.

contractuel? La cause peut-elle fonder l'obligation fondamentale? En théorie, dans la mesure où l'obligation fondamentale intervient au stade de l'exécution du contrat, elle dépasse la cause et est indépendante: elle constitue une illustration de la cause³⁵. Est-elle plutôt fondée sur l'objet du contrat? L'objet se définit comme « l'obligation principale autour de laquelle s'ordonne l'économie du contrat »: avoir recours à cette notion serait donc trop réducteur pour juger de la gravité des allègements du contenu contractuel essentiel, ce que permet justement l'obligation fondamentale³⁶. Mais surtout, l'obligation essentielle est une condition d'existence du contrat, alors que la cause et l'objet du contrat sont des conditions de validité du contrat au sens de l'article 1108 du *Code civil français*. En principe, il serait donc chronologiquement impossible que la cause et l'objet puissent fonder l'obligation fondamentale. Une atteinte à cette obligation n'a pas d'effet sur la validité du contrat mais constitue une entrave à son exécution. La distinction entre les notions de cause et d'obligation essentielle serait donc fondée sur la dissociation entre le stade de la formation et celui de l'exécution du contrat. Cependant, l'on peut avancer que l'annihilation de l'obligation essentielle, même si elle s'apprécie au moment de l'exécution contractuelle, prend sa source dans une clause présente au stade de la formation du contrat et l'existence même de cette clause porte en elle la privation potentielle du bénéfice fondamental du contrat pour le créancier. Mais bien que la distinction puisse alors apparaître ténue, la présence de cette clause n'affecte pas la validité du contrat en tant que telle. Plusieurs auteurs français voient ainsi en l'obligation fondamentale un concept autonome et estiment que les juges ne devraient pas avoir besoin de passer par la cause pour justifier l'amputation du contrat³⁷.

B. Les origines et l'interprétation de la notion d'obligation essentielle en droit québécois

En droit québécois, la notion d'obligation essentielle a été consacrée par le législateur en matière de clauses abusives. L'article 1437 du *Code civil du Québec* est ainsi rédigé:

³⁵ R. SEFTON-GREEN, préc., note 2, p. 155 et suiv. et 327 et suiv.

³⁶ *Id.*, p. 324 et suiv.

³⁷ Voir: P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 22, n° 624 et 983, p. 308 et 524; D. MAZEAUD, préc., note 24, n° 19, p. 1781; R. SEFTON-GREEN, préc., note 2, p. 322 et suiv.

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

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

À l'alinéa 2, le législateur livre ainsi une définition de la clause abusive, qui s'articule autour du désavantage et de la bonne foi. Par l'utilisation du terme « notamment », il l'illustre par un exemple non limitatif qui réfère à la notion d'obligation essentielle et à la dénaturation du contrat³⁸.

Avant toute chose, essayons de définir plus concrètement ces termes. La professeure Élise Charpentier s'est penchée sur cette question. Elle définit les obligations essentielles comme celles qui découlent de la nature du contrat, celles sans lesquelles le contrat ne peut subsister, qui s'imposent aux parties contractantes de par la nécessité de respecter l'essence même du contrat. En dépit du fait qu'elles s'imposent aux parties, il ne peut s'agir de règles impératives puisque celles-ci ne gouvernent pas « habituellement » le contrat, mais toujours. Par déduction, il est donc question de dispositions supplétives, du moins pour les contrats nommés. En effet, une clause dérogeant à une règle impérative est nécessairement nulle sans qu'il faille recourir à l'article 1437 du *Code civil du Québec*³⁹. S'agissant des contrats innommés, ces obligations seraient celles traditionnellement reconnues par la jurisprudence comme découlant de la nature même du contrat en question, eu égard à la loi et aux usages⁴⁰. Certaines obligations peuvent s'avérer essentielles à l'existence même du contrat ou à sa qualification, mais dans le cadre de l'article 1437 al. 2 du *Code civil du Québec*, l'accent

³⁸ É. CHARPENTIER, préc., note 3, à la p. 242; *Camping du lac Massawippi Ltée c. Desjardins*, 2012 QCCQ 11004, par. 6 (CanLII); *Riendeau c. Cie de la Baie d'Hudson*, 2004 CanLII 40323 (QC C.S.), par. 143; *9069-7384 Québec Inc. c. Superclub Vidéotron Ltée*, 2004 CanLII 32216 (QC C.S.), par. 101.

³⁹ B. MOORE, préc., note 3; Sébastien GRAMMOND, « La règle sur les clauses abusives sous l'éclairage du droit comparé », (2010) 51 *C. de D.* 83, 96, 97, 104 et 105; *Abadie c. Mutuelle-vie des fonctionnaires du Québec*, [2000] R.J.D.T. 569 (C.Q.).

⁴⁰ *9069-7384 Québec Inc. c. Superclub Vidéotron Ltée*, préc., note 38, par. 101. S. GRAMMOND, préc., note 39, 96 et 97 et 104 et 105.

est mis non pas sur le caractère fondamental de l'obligation mais sur la dénaturation du contrat⁴¹.

La professeure Charpentier poursuit en reliant la notion de dénaturation à la position de Domat, pour qui les « suites naturelles » des conventions peuvent être écartées explicitement dans la mesure où elles respectent la nature du contrat et sa finalité. Elle explique qu'une clause dénaturant un contrat est une clause qui révèle un déséquilibre significatif dans le contrat, l'imposition de la volonté d'un contractant à l'autre sans contrepartie⁴². Pour conserver le sens de l'article 1405 du *Code civil du Québec*, il faut toutefois distinguer ce concept de celui de la lésion : « un contrat est lésionnaire, une clause est abusive »⁴³. L'idée de dénaturation est liée à l'équilibre des prestations mais aussi au respect de la finalité du contrat : la clause ne doit pas priver le contrat de ses effets essentiels, ni le créancier du bénéfice fondamental du contrat⁴⁴. Elle a pour effet de le dénaturer si elle le vide de sa substance, de son contenu essentiel⁴⁵. La fin de l'alinéa 2 s'applique si l'obligation essentielle est altérée à un point tel que cela dénature le contrat.

Selon le ministre de la Justice, la deuxième partie de l'alinéa 2 de l'article 1437 du *Code civil du Québec* n'est pas un élément constitutif de la définition de la clause abusive, mais simplement un exemple⁴⁶. L'on pourrait y voir une présomption de par la ressemblance du texte avec celui du *Projet de loi 125* qui prévoyait à l'article 1433 al. 2 qu'« est présumée [être abusive la clause] qui est si éloignée des obligations essentielles qui découlent

⁴¹ É. CHARPENTIER, préc., note 3, aux pages 236, 238 et suiv. et 246 et suiv.

⁴² *Id.*, à la p. 242 et suiv.

⁴³ Benoît MOORE, « Le contrôle des clauses abusives : entre formation et exécution du contrat », dans B. MOORE (dir.), préc., note 3, p. 461, aux pages 467 et suiv. ; B. MOORE, préc., note 3. La Cour du Québec semble parfois mêler les deux notions notamment lorsqu'elle refuse d'appliquer une clause pénale au motif que « son application occasionnerait une disproportion entre les obligations respectives des parties au point de dénaturer le contrat. » : *Services JC Laberge Inc. c. Maison du lettrage Gaétan Inc.*, 2007 QCCQ 6665, par. 61 (CanLII).

⁴⁴ É. CHARPENTIER, préc., note 3, aux pages 237 et 246 et suiv. ; Jean-Louis BAUDOIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, 7^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, n^o 149, p. 242 ; *170844 Canada Inc. c. Gatineau (Ville)*, 2001 QCCA 17211, par. 29 ; *Thériault c. Dumas*, 2007 QCCS 4296, par. 27.

⁴⁵ *Iron Ore Company of Canada c. Export Development Canada*, J.E. 2000-1961, par. 160.

⁴⁶ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice, Le Code civil du Québec*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 872.

normalement de la nature du contrat ou de sa réglementation qu'elle dénature celui-ci». Mais il nous semble que si le législateur avait voulu créer une présomption, il aurait conservé l'emploi du mot «présumée», ce qu'il n'a pas fait. Toutefois, le résultat est le même puisque si le juge conclut à la dénaturation du contrat, il n'a pas besoin de vérifier si la clause litigieuse répond aux critères constitutifs de la définition. Ce passage reste tout de même controversé et le droit comparé ouvre des perspectives intéressantes pour cerner davantage la notion d'obligation essentielle dans le contexte des clauses abusives⁴⁷.

Pour certains, cette partie de l'article 1437 du *Code civil du Québec* est inspirée de la théorie du *fundamental breach of contract* de la *common law*. Cette doctrine a été développée à partir du droit maritime anglais comme un outil d'interprétation permettant aux tribunaux d'écarter les clauses limitatives de responsabilité en cas de violation grave atteignant la racine du contrat, d'inexécution de l'obligation principale. L'article 1437 du *Code civil du Québec* a effectivement permis d'écarter ce type de clause⁴⁸. Cela dit, la portée de l'alinéa 2 ne peut être réduite à l'invalidation des clauses limitatives de responsabilité, cette théorie étant difficilement applicable à d'autres types de clauses. De plus, cette doctrine de *common law*, quoiqu'ayant permis la reconnaissance des clauses abusives, a donné lieu à des contradictions jurisprudentielles en droit anglais et a été abandonnée dans les années 1980⁴⁹. D'ailleurs, dans l'arrêt *Hunter Engineering*, le juge Dickson déclara être «fortement enclin à lui donner le coup de grâce»⁵⁰.

⁴⁷ B. MOORE, préc., note 3; J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 44.

⁴⁸ *Ferme Franky 2004 Inc. c. Les Gestions Pierre Saint-Cyr Inc.*, EYB 2014-236534, par. 3 (C.A.); *Samen Investments Inc. c. Monit Management Limited*, EYB 2010-175570 (C.S.); *Empire Cold Storage Co. c. Cie de volailles Maxi Ltée*, EYB 1995-59142 (C.A.) (autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée); *Impact Graphics Ltd. c. B.P.G. Central Security Corp.*, EYB 1995-73176 (C.S.); *Gestions Solvic Ltée c. Amusements Daniel Inc.*, EYB 1995-83210 (C.S.); *Thériault c. Dumas*, préc., note 44; *Huot c. Systèmes de sécurité Nasa Inc.*, REJB 2001-25059 (C.Q.); *Beaudin c. Bell Sympatico*, EYB 2003-41814 (C.Q.); *Brunelle c. 9124-5704 Québec Inc.*, REJB 2004-60697 (C.Q.); *Québec (Procureur général) c. Protectron Inc.*, EYB 2005-98056 (C.Q.). Voir aussi: Claude FERRON, «Les clauses de non-responsabilité en responsabilité civile contractuelle et délictuelle», (1984) 44 *R. du B.* 3, 56 et 57.

⁴⁹ P. JOURDAIN et G. VINEY, préc., note 3; R. SEFTON-GREEN, préc., note 2, p. 98 et suiv. et 192 et suiv.; B. MOORE, préc., note 3; P.-G. JOBIN, préc., note 3; É. CHARPENTIER, préc., note 3.

⁵⁰ *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltd*, préc., note 3.

Pour d'autres, c'est la théorie des attentes raisonnables d'origine américaine qui est en jeu. En effet, l'article 1484 al. 2 de l'*Avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations* précisait qu'« est abusive toute clause qui, dans l'exécution du contrat, désavantage l'une des parties d'une manière excessive et déraisonnable ou la prive de ses attentes raisonnables ». Même si la référence expresse aux attentes raisonnables n'a pas été retenue par le législateur, il n'est pas exclu que le texte de l'article 1487 du *Code civil du Québec* permette son application par le biais d'un constat objectif, que la clause litigieuse prête à interprétation ou non. L'interprétation de la dénaturation du contrat a d'ailleurs été traitée de pair avec le concept d'attentes raisonnables dans la jurisprudence, plus précisément en matière d'assurance⁵¹. Dans *Michaud c. Société mutuelle d'assurances*, l'assureur se prévalait d'une clause d'exclusion pour refuser de couvrir les dommages d'un immeuble résidentiel causés par un refoulement d'eau. La Cour du Québec estima que le risque était couvert par le contrat qui assurait les dommages causés par l'eau, et conclut : « La clause d'exclusion, de la manière que propose l'interprétation donnée par le représentant de la partie intimée, dénature le contrat et l'attente raisonnable de la partie requérante », qui avait demandé une protection complète pour sa maison⁵². Dans le contexte de contrats de transport, cette même Cour déclara qu'une clause peut être abusive lorsqu'elle « va à l'encontre de ce que la partie la plus vulnérable au contrat pouvait escompter »⁵³. En outre, une clause d'un contrat de dépôt, imposant à l'acheteur le paiement d'une somme de 12 % du prix de vente du véhicule en cas d'annulation, a été jugée abusive : la Cour déclara qu'elle était « trop éloignée des discussions

⁵¹ *Lévesque c. Compagnie d'assurances Desjardins*, EYB 2013-220821, par. 43-48 (C.S.); *Giroux c. La Cie d'assurance générale Liberté Mutuelle*, 2003 CanLII 15419, par. 8 (QC C.Q.); *Wofford c. Boréal Assurances Co.*, [1995] R.R.A. 811 (C.Q.). J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 44; B. MOORE, préc., note 3; Nathalie CROTEAU, « L'intervention du tribunal dans les contrats », dans S.F.P.B.Q., vol. 129, *Développements récents en droit des contrats (2000)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais; Didier LLUELLES, « La théorie des attentes légitimes (ou « raisonnables ») dans la clarification contractuelle : Est-ce si légitime ? Est-ce bien raisonnable ? », dans B. MOORE (dir.), préc., note 3, p. 407.

⁵² *Michaud c. Société mutuelle d'assurance générale du Comté de Rivière-du-Loup*, REJB 1997-07375, par. 31 (C.Q.)

⁵³ *Zikovsky c. Air France*, 2006 QCCQ 948, par. 30 (CanLII); *Bertrand c. Air Canada Jazz, s.e.c.*, 2008 QCCQ 10143, par. 54 et 51 et suiv. (CanLII). S. GRAMMOND, préc., note 39, 108.

qui ont eu lieu entre les parties et dénatur[ait] l'entente réellement intervenue» entre elles, l'acheteur voyant ce contrat de dépôt comme une étape préliminaire lui permettant de vérifier la condition du véhicule⁵⁴. Sans en employer expressément les termes, la Cour semble ici faire allusion à l'intention initiale et aux attentes de la partie faible.

C'est cette théorie des attentes raisonnables qui semble se rapprocher le plus de la position française qui voit dans l'intervention judiciaire, relativement aux clauses limitatives de responsabilité, un «souci du respect d'un minimum contractuel, par l'idée que le contrat doit correspondre aux attentes légitimes du créancier, qu'il ne peut être vidé de sa substance»⁵⁵.

Également, un parallèle pourrait être fait entre la fin de l'alinéa 2 et une théorie anciennement élaborée en France sur l'interprétation des contrats d'adhésion. Cette théorie établit une distinction entre les clauses essentielles, généralement verbales ou manuscrites et qui souvent sont librement acceptées, voire négociées par l'adhérent, et les clauses accessoires, imprimées la plupart du temps et dont l'adhérent ne connaît pas l'existence ou en comprend mal le contenu et la portée. Ces clauses accessoires sont révélatrices de la situation d'adhésion et ne peuvent produire d'effets contre l'adhérent que si elles précisent la portée des clauses essentielles, sans «métamorphoser subrepticement l'essence du contrat»⁵⁶.

D'autres y voient en outre une forte similitude avec les deux présomptions de l'alinéa 2 de l'article 9 de la *Loi allemande sur le Règlement du droit des conditions générales du 9 décembre 1976*. Cet article prévoit :

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

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

1. n'est pas compatible avec les *idées fondamentales de la réglementation* dont elle s'écarte, ou

⁵⁴ 9009-8799 *Québec Inc. c. Sikiotis*, 2010 QCCQ 10099, par. 22 (CanLII).

⁵⁵ É. CHARPENTIER, préc., note 3, aux pages 246 et 247. Voir : P. JOURDAIN et G. VINEY, préc., note 8, n° 489 et 612, p. 616 et 735 ; P. JOURDAIN et G. VINEY, préc., note 3.

⁵⁶ René DEMOGUE, *Traité des obligations en général. Sources des obligations*, t. 2, Paris, Arthur Rousseau, 1923, n° 189 *quater*, p. 311.

2. limite des *droits ou obligations essentiels résultant de la nature du contrat* de telle sorte que la *réalisation du but contractuel est menacée.*» (Nos italiques)

Ces éléments se retrouvent dans la formulation de l'article 1437 al. 2 du *Code civil du Québec*: la structure des textes est comparable, la définition de la clause abusive se base sur la notion de désavantage contraire aux exigences de la bonne foi et cette clause est sanctionnable par son inefficacité. L'idée de règles législatives supplétives, d'obligations essentielles, de nature du contrat et de réalisation du but contractuel, de la finalité du contrat sont conjuguées, permettant ainsi d'objectiver le contenu contractuel. Selon les interprétations doctrinales et jurisprudentielles de l'article 9, la première présomption serait applicable aux contrats nommés et la seconde aux contrats innommés. Une clause qui viendrait modifier les balises directrices données par le législateur ou les tribunaux serait, au regard de l'article 9, inefficace. Cependant, selon l'article 1437 al. 2 du *Code civil du Québec*, une clause contraire aux obligations découlant de la nature du contrat ne serait pas automatiquement abusive: le concept de dénatura-tion va plus loin et rejoint davantage l'idée de mise en péril de la finalité du contrat exprimée dans la loi allemande. À la différence du droit allemand, ces obligations qui découlent de la nature du contrat ne devraient pas être rendues impératives, et ce, afin de respecter la liberté contractuelle, liberté qui ne serait remise en question que si les parties n'instaurent pas un équilibre minimal entre les prestations⁵⁷.

Alors que nous traitons précédemment de l'interaction possible entre les deux notions que sont la cause et l'obligation essentielle en droit français, notons qu'en droit québécois, si la possibilité de recourir à la notion de cause pour écarter les clauses qui « détruisent la cohérence du contrat, énervent sa force obligatoire en privant de cause tel ou tel des engagements *essentiels* qui y ont été souscrits » a été évoquée⁵⁸, elle n'a pas été admise en jurisprudence⁵⁹. La question de savoir si l'obligation essentielle est une notion pleinement autonome ou si elle ne représente finalement qu'une

⁵⁷ É. CHARPENTIER, préc., note 3, aux pages 242 et suiv. et 246 et suiv.; B. MOORE, préc., note 3.

⁵⁸ Jacques MESTRE, « Rapport de synthèse », dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris, Économica, 1998, p. 157, à la p. 161.

⁵⁹ *Yoskovitch c. Tabor*, REJB 1995-28986 (C.S.). Voir: Pierre-Gabriel JOBIN et Michelle CUMYN, *La vente*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, n^o 23, p. 32; B. MOORE, préc., note 3. Sur la notion de cause, voir *supra*, p. 411 et 412.

expression de celle de la cause a néanmoins été soulevée en doctrine⁶⁰. Par « cause », nous ne faisons ici pas allusion à la cause du contrat, définie à l'article 1410 du *Code civil du Québec* comme « la raison qui détermine chacune des parties à le conclure », en d'autres termes la cause subjective du contrat, les raisons personnelles qui ont motivé l'engagement de chacune des parties et qui dès lors peuvent être extrêmement variables pour un même contrat. La notion de cause qui nous préoccupe ici est celle de l'obligation, celle qui recèle la justification objective de l'existence même de l'obligation, comme le consacre l'article 1371 du *Code civil du Québec*, et revêt donc un caractère unique pour chaque type de contrat⁶¹. L'Honorable Louis LeBel et Me Arnaud Berthold ont constaté que cette notion de cause n'est que très rarement exploitée en jurisprudence. L'insaisissabilité de ce concept, conjuguée à l'adoption par le législateur de mécanismes de protection plus spécifiques contre la dénaturation contractuelle, participerait ainsi à l'effacement progressif de cette notion en droit québécois. Ces auteurs mettent alors en exergue l'article 1437 du *Code civil du Québec*, qui selon eux est très symptomatique de ce constat. Sur la base de l'utilisation de la cause en droit français, ils conviennent que l'article 1437 « s'approprie quelques fois une fonction qui, en son absence, reviendrait à la cause de l'obligation »⁶². Même si, tel que vu précédemment, les deux notions que constituent l'obligation essentielle et la cause sont bel et bien distinctes d'un point de vue théorique, elles semblent donc s'entremêler parfois, comme le soulignent certains auteurs québécois qui entrevoient l'obligation essentielle comme une ramification de la théorie de la cause, dédiée spécifiquement au contrôle des clauses abusives dans le cadre de l'article 1437⁶³. Cela ne devrait pas faire oublier la consécration législative

⁶⁰ C. DESLAURIERS-GOULET, préc., note 6, 930; Louis LeBEL et Gabriel-Arnaud BERTHOLD, « La cause », dans Vincent CARON, Gabriel-Arnaud BERTHOLD, Charlotte DESLAURIERS-GOULET et Jérémie TORRES-CEYTE (dir.), *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Thémis, 2015, p. 193, aux pages 196, 205-207, 212-214 et 218. Dans cet même ouvrage, voir Benoît MOORE, « Rapport de synthèse », p. 219, à la page 222.

⁶¹ L. LeBEL et G.-A. BERTHOLD, préc., note 60, aux pages 196 et suiv.; C. DESLAURIERS-GOULET, préc., note 6, 932; Didier LUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 2012, n°1063 et suiv., p. 564.

⁶² L. LeBEL et G.-A. BERTHOLD, préc., note 60, aux pages 213, et 206-218. Sur la notion de cause, voir les pages 196-206.

⁶³ L. LeBEL et G.-A. BERTHOLD, préc., note 60, aux pages 206, 207, 213 et 218; B. MOORE, préc., note 60, à la p. 222; C. DESLAURIERS-GOULET, préc., note 6, 949 et 950. Sur la distinction théorique entre les deux notions, voir *supra* p. 412 et 413.

de la théorie générale de la cause de l'obligation, susceptible de pertinence en dehors de la sphère des contrats de consommation et d'adhésion.

En conclusion, si les auteurs ne sont pas unanimes sur les origines de l'article 1437 al. 2 du *Code civil du Québec*, ils le sont quant au fait que la fin de l'alinéa ne doit pas être utilisée comme un critère d'application mais doit se cantonner à son rôle illustratif, afin de faciliter la qualification du caractère abusif des clauses litigieuses dans les cas les plus flagrants et de ne pas réduire à outrance la portée de l'article⁶⁴.

*
* * *

Ce développement nous permet de constater les recoupements et les fortes similitudes entre les caractéristiques de l'obligation essentielle dégagées en droit français et québécois, même si ce concept est appréhendé de manière différente dans chaque système. Bien que la difficulté de circonscrire cette notion abstraite dans des frontières clairement définies et de la confiner dans un cadre théorique précis soit avérée, ses traits se dessinent de plus en plus distinctement sous la plume des juges et de la doctrine. L'on peut ainsi la définir comme une obligation principale et non accessoire, une prestation caractéristique du contrat, nécessaire à son existence et à sa qualification et qui relève de sa nature même. Elle ne constitue pas une obligation rendue impérative par l'effet de la loi et ne dépend pas de la volonté des parties : elle se révèle par un constat objectif et s'impose aux parties en dehors de toute subjectivité, quoique l'attente légitime et raisonnable du créancier permette en partie le constat du caractère essentiel de l'obligation. Concept jurisprudentiel autonome de la cause, de la faute lourde, ou de la lésion, il représente une obligation irréductible, un minimum contractuel auquel les parties peuvent légitimement s'attendre, le noyau dur du contrat qui ne peut être réduit à néant sans créer une contradiction interne au contrat et le dénaturer, ruinant ainsi l'engagement contractuel. Dès lors, l'on peut s'interroger sur l'utilisation qu'en font les tribunaux afin d'examiner l'utilité de la notion d'obligation fondamentale.

⁶⁴ 170844 *Canada Inc. c. Gatineau (Ville de)*, préc., note 44, par. 28 ; J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VEZINA, préc., note 44 ; B. MOORE, préc., note 3.

II. L'utilité et l'application concrète de la notion d'obligation essentielle

La notion d'obligation essentielle ayant été approfondie, il convient d'observer sa mise en application et la façon dont elle est exploitée en jurisprudence. Alors qu'elle s'est révélée être un instrument correcteur d'injustice contractuelle dans le système juridique français, sa consécration dans le *Code civil du Québec* en a fait un indice manifeste de clauses abusives en droit québécois.

A. Un instrument de justice contractuelle en droit français

L'obligation fondamentale permet en droit français de faire le lien entre la formation et l'exécution du contrat et de prolonger le contrôle de l'équilibre des prestations au stade de l'exécution contractuelle. Elle est utilisée comme une technique qui permet d'appréhender une atteinte à l'essence contractuelle, atteinte qui crée un déséquilibre au sein du contrat et désactive sa force obligatoire. Cette atteinte peut se manifester par une clause conventionnelle, comme une stipulation de non-responsabilité, ou au travers d'une inexécution contractuelle, auquel cas l'obligation fondamentale sert de critère d'appréciation de la gravité et de l'étendue de l'inexécution. Elle engendre ainsi un renforcement de la responsabilité et fournit à la partie lésée une compensation à la hauteur de son préjudice réel. La notion d'obligation essentielle permet de mettre en lumière l'importance de certaines obligations, au regard de leur valeur qualitative et de leur finalité, et de renforcer le minimum obligatoire du contrat⁶⁵.

Dans une perspective d'équité, elle sert de remède judiciaire au déséquilibre, aux abus et à l'injustice contractuels. Notamment, elle permet de combattre efficacement les clauses abusives dans les contrats conclus entre professionnels, palliant ainsi judiciairement le vide législatif dans ce domaine, les clauses abusives dans les contrats entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs étant quant à elles régies par le *Code de la consommation*⁶⁶. De plus, la sanction de l'éviction d'une obligation fondamentale (même si elle ne lui est pas spécifique), consistant à réputer non écrite la clause litigieuse, permet de sauvegarder le contrat,

⁶⁵ R. SEFTON-GREEN, préc., note 2, p. 155 et suiv., 337 et suiv. et 344 et suiv.

⁶⁶ Code de la consommation, art. L.132-1, R.132-1 et R.-132-2.

dans le respect des considérations économiques et de la volonté des contractants⁶⁷.

Ainsi, dans l'arrêt *Chronopost* du 22 octobre 1996 précité, l'exécution tardive de Chronopost équivalait à une inexécution totale de son obligation essentielle. Cet abus était révélateur d'une contradiction interne au contrat, d'une insécurité juridique, à l'encontre de l'engagement contractuel, de la bonne foi et des préoccupations économiques et morales qui avaient motivé au départ la conclusion du contrat. Ainsi, Chronopost, en limitant la réparation à la restitution du prix facturé, s'est heurté à deux principes primordiaux : le besoin pour les parties de « pouvoir se fier à leur confiance légitime » et l'impératif selon lequel un contrat « doit comprendre un minimum obligatoire pour donner une signification à l'engagement »⁶⁸.

Dans un autre contexte, en 2004, une clause de non-garantie d'horaire fut opposée par une compagnie aérienne à un client ayant subi un préjudice en raison du retard de son vol de près de vingt-quatre heures. Cette clause a été écartée par la première Chambre civile car elle privait de sanction tangible un retard manifestement excessif, portant ainsi atteinte à l'essence du contrat de transport et trahissant la confiance légitime des voyageurs⁶⁹.

Pour le professeur Denis Mazeaud, cette jurisprudence moralisatrice ayant pour objectif de protéger les professionnels contre les clauses abusives en dépit du manque législatif, traduisait au fond l'idée qu'on ne peut à la fois s'engager à exécuter une obligation essentielle et s'exonérer des conséquences de son inexécution, sans créer une contradiction avec l'engagement et ainsi le priver de cohérence interne. La liberté contractuelle se trouve canalisée par une « exigence de cohérence »⁷⁰.

⁶⁷ R. SEFTON-GREEN, préc., note 2, p. 273 et suiv. et 344 et suiv.

⁶⁸ Com. 22 oct. 1996, préc., note 30; R. SEFTON-GREEN, préc., note 2, p. 160 et p. 155 et suiv.

⁶⁹ D. MAZEAUD, préc., note 27, n° 8.

⁷⁰ D. MAZEAUD, préc., note 24, 1776 et 1788, n° 6 et 8; Denis MAZEAUD, « Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel », *LPA* 2004.47, n° 19. Voir aussi: P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 22, n° 983, p. 524.

À partir de 2005, la Cour de Cassation imposa une « règle liberticide » relativement au sort des clauses limitatives de réparation : elle les neutralisait dès qu'elles portaient sur une obligation essentielle. Il n'était plus possible d'aménager conventionnellement les suites de son inexécution même si la clause pouvait être raisonnable dans le contexte, par exemple si, dans le cas d'une vente, elle était assortie d'une réduction substantielle du prix d'achat⁷¹.

Dans l'arrêt *EDF* du 18 décembre 2007, la Cour de Cassation atténua la rigueur de cette règle, se rapprochant de celle de 1996. La clause limitative de réparation du contrat de fourniture d'électricité s'appliquait en cas de rupture inopinée du courant sauf en cas de faute lourde du fournisseur, elle n'avait donc pas pour effet de « vider de toute substance l'obligation essentielle de fourniture d'électricité, caractérisant ainsi l'absence de contrariété entre ladite clause et la portée de l'engagement souscrit ». En effet, le contrat a semblé bien plus équilibré à la Cour que dans le cas de Chronopost, qui se targuait d'une ponctualité *assurée* en limitant sa responsabilité même en cas de manquement *complet* à son obligation essentielle⁷².

Avec l'arrêt *EDF*, une clause aménageant la sanction de l'inexécution d'une obligation essentielle ne doit plus fatalement être réputée non écrite. Pour cela, il faut qu'elle emporte une contradiction avec l'engagement souscrit par le débiteur, qu'elle vide l'obligation essentielle de toute sa substance en supprimant toute sanction réelle de l'inexécution par une exclusion totale de responsabilité ou par l'imposition d'un plafond dérisoire de réparation. Les parties peuvent donc valablement moduler le contenu de l'obligation essentielle dans une mesure raisonnable, tant qu'une certaine substance est préservée⁷³. En l'occurrence, la clause limitative de responsa-

⁷¹ Com. 13 fév. 2007, préc., note 33 (arrêt *Faurecia*); Com. 5 juin 2007, préc., note 33 (arrêt *Extend*). D. MAZEAUD, préc., note 24, 1788, n° 8; Philippe STOFFEL-MUNCK, « Responsabilité civile », J.C.P. 2008.I.125, n° 13 et 14; G. VINEY, préc., note 24; Thomas GENICON, « Clause limitative de réparation : l'embellie? », *R.D.C.* 2008.262 portant sur l'arrêt Com. 18 déc. 2007, D. 2008.154, obs. Delpech et note D. Mazeaud/J.C.P. 2008.I.125, n° 13, obs. Stoffel-Munck.

⁷² Com. 18 déc. 2007, préc., note 71 (voir : *Gaz. Pal.* 2008.13).

⁷³ P. JOURDAIN et G. VINEY, préc., note 3; P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 71; T. GENICON, préc., note 71. Pour certains, cet arrêt relance le débat sur la disparition de la notion de faute lourde objective que l'on pensait confirmée depuis les arrêts *Chronopost* du 22 avril 2005 rendus par la chambre mixte (Ch. Mixte, 22 avr. 2005, *Bull. mixte*, n° 3, p. 9 et Com. 21 Fév. 2006, D.2006.1559), en ne rejetant pas explicitement l'argument du demandeur à cet effet, se contentant d'affirmer que l'obligation essentielle n'avait pas

bilité ne visait pas tout manquement lié à la fourniture d'électricité mais seulement les dommages causés par des coupures de courant inopinées : en ne jouant que dans un cas de figure précis, elle laissait suffisamment de substance à l'obligation essentielle de fourniture d'électricité⁷⁴. Ce positionnement de la Cour est maintenu dans un autre arrêt rendu en 2008, qui confirme la validité des clauses limitatives qui ne concernent qu'un type de manquement contractuel déterminé et non tous les manquements à l'obligation essentielle⁷⁵.

Faisant preuve d'une certaine constance, la Cour de Cassation a estimé en 2013 qu'une clause d'exclusion de responsabilité d'un bail commercial, dans le cas de désordres affectant les lieux loués (en l'espèce des dommages liés à des travaux), ne rendait pas illusoire l'obligation essentielle de jouissance paisible qui incombait au bailleur⁷⁶.

À la lumière de l'évolution de la jurisprudence, le professeur Mazeaud s'est penché sur le « test de cohérence » mis en place par la Cour de cassation et a opéré une classification intéressante des clauses de responsabilité. Il constate dans un premier temps que les clauses supprimant une obligation essentielle en totalité ou de façon si importante qu'elles la privent de tout intérêt sont vouées à être invalidées. Il en est de même pour celles qui n'admettent de responsabilité qu'en cas de faute lourde, permettant ainsi une exonération presque totale du débiteur. Enfin, peuvent être ajoutées à cette liste les clauses excluant toute responsabilité du débiteur ou fixant un plafond d'indemnisation dérisoire en cas d'inexécution de l'obligation essentielle, puisqu'elles reviennent à écarter toute sanction réelle et donc la force obligatoire du contrat, privant de toute substance cette obligation essentielle. Le professeur Mazeaud ajoute que l'examen de la validité d'une

été vidée de sa substance : G. VINEY, préc., note 24 ; D. MAZEAUD, préc., note 24, 1781, n° 17. Voir également : F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 1, n° 610, p. 660 ; Marie-Christine MEYZEAUD-GARAUD, « La conception objective de la faute lourde n'a pas disparu », *LPA*, 2006.18, n° 214, au sujet de Civ. 1^{re}, 4 avr. 2006, *Bull. civ. I*, n° 192 ; R. SEFTON-GREEN, préc., note 2, p. 148 et suiv.

⁷⁴ Com. 23 mai 2013, D. 2013.2142, obs. Mazeaud.

⁷⁵ Com. 4 mars 2008, *R.D.C.* 2008.985, obs. Génicon. Voir également : Com. 29 juin 2010, D. 2010.1832, obs. Delpech et note Mazeaud, où la Cour déclare : « seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur » ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 1, n° 618, p. 755 ; P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 22.

⁷⁶ Com. 23 mai 2013, préc., note 74.

clause de responsabilité implique l'appréciation de la clause en elle-même mais également son évaluation dans le cadre de «son environnement contractuel» et de «l'économie générale du contrat»⁷⁷.

Un arrêt de 2013 révèle l'importance de cette dernière précision. Alors que la Cour d'appel avait invalidé une clause limitative de responsabilité d'un contrat de transport, la Cour de cassation a estimé que la Cour d'appel avait «privé sa décision de base légale». Elle déclare que la Cour aurait dû «rechercher en quoi la clause litigieuse qui fixait à une somme égale au coût du transport le montant de l'indemnité en cas de retard dans la livraison, avait pour effet de contredire l'obligation pour le transporteur de respecter un strict délai». La Cour semble confirmer que l'obligation essentielle était de livrer dans un délai «strict» et s'inscrit dans la lignée de l'arrêt Chronopost en ce qu'elle s'appuie sur la question de savoir si l'obligation essentielle a été privée de portée et sur la théorie de la cause par son recours à l'article 1131 du *Code civil*. Néanmoins, elle adopte une position plus libérale quant à la validité de ce type de clauses. Il en ressort qu'une clause *a priori* litigieuse, et qui prise isolément devrait être privée d'effet parce qu'elle fixe un plafond dérisoire de réparation, est ainsi susceptible d'être validée, compte tenu de l'appréciation générale du contrat⁷⁸.

Par ailleurs, l'obligation fondamentale étant intimement liée avec l'étape de l'exécution du contrat, la jurisprudence en matière d'inexécution contractuelle donne plusieurs exemples d'obligations essentielles, par opposition aux obligations dites accessoires⁷⁹.

En matière de vente, l'obligation de délivrance du vendeur «est de l'essence même du contrat de vente, sa suppression priverait la vente de sa raison d'être»⁸⁰, elle «fait partie du minimum contractuel intangible, de cette fraction non réductible du contrat que traduit la notion d'obligation fondamentale»⁸¹. Par exemple, il est reconnu que l'obligation de délivrance

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ Com. 3 déc. 2013, *LégiFrance* n° 12-26412. Thomas GENICON, «Clause limitative de responsabilité : la fin de la révolution, l'heure de la liberté», *R.D.C.* 2014.176.

⁷⁹ R. SEFTON-GREEN, préc., note 2, p. 230 et suiv.

⁸⁰ Bernard GROSS et Philippe BIHR, *Ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, t. 1, coll. «Contrats», Paris, Presses universitaires de France, 1993, p. 205.

⁸¹ Yves-Marie SERINET, *Le régime comparé des sanctions de l'erreur, des vices cachés et de l'obligation de délivrance dans la vente*, thèse de doctorat, Paris, Université Paris I, 1996, n° 780, p. 872 et suiv.

conforme est l'obligation essentielle du fournisseur informatique⁸². En effet, si des clauses évasives ou restrictives de responsabilité peuvent dans certains cas être incluses dans le contrat, ce n'est pas le cas d'une clause de non-obligation : l'obligation de délivrance peut être aménagée mais pas évincée. En cas de non-conformité du bien vendu, la violation de l'obligation essentielle est suffisamment grave pour que les tribunaux prononcent la résolution⁸³. Mais en règle générale, la sanction est laissée à l'appréciation des juges qui tranchent en fonction de plusieurs critères dont la violation d'une obligation essentielle fait partie. La garantie contre les vices cachés constitue également une obligation essentielle : ce minimum obligatoire est exigé afin de préserver la racine normative du contrat et de protéger l'acheteur. Le vendeur a tout de même le droit de se soustraire à la garantie, mais excepté ce cas, un manquement à cette obligation est assez grave pour engendrer la résolution lorsque le contrat a perdu son intérêt. L'acheteur a quant à lui l'obligation essentielle de payer le prix et son défaut peut entraîner la résolution ou déclencher l'exception d'inexécution⁸⁴.

Dans le contrat de bail, l'obligation de délivrer, codifiée à l'article 1719 du *Code civil français* a été reconnue comme une obligation essentielle. L'inexécution de cette obligation irréductible par le bailleur autorise le locataire à demander la résiliation judiciaire du bail ou à opposer une exception d'inexécution, par exemple en cas de non-paiement du loyer⁸⁵. L'obligation du bailleur de garantir la jouissance paisible en vertu de l'article 1719 al. 3 du *Code civil français* est également une obligation essentielle. C'est aussi le cas en matière de crédit-bail⁸⁶. Un contrat ne peut avoir d'existence légale s'il ne contient pas les obligations qui participent de son essence et il est de l'essence du contrat de louage que le locateur s'acquitte de cette obligation. Une clause qui l'affranchit de cette obligation est nulle car elle prive l'engagement de son minimum normatif, de sa valeur⁸⁷. Le fait que la résolution soit rarement consacrée en jurisprudence comme

⁸² C. Paris (25^e ch. A), 2 septembre 2005, Juris-Data n° 2005-2812633, *Gaz. Pal.* 2006. 201.43.

⁸³ Civ. 1^{re}, 8 nov. 1988, préc., note 5.

⁸⁴ R. SEFTON-GREEN, préc., note 2, p. 230 et suiv.

⁸⁵ *Id.*; Civ. 1^{re}, 11 oct. 1989, préc., note 5; Civ. 1^{re}, 20 juin 1995, CCC.1995, n° 200.

⁸⁶ Com. 4 juin 2002, *LégiFrance n° 00-18455 (Brun c. UFB Locabail)*.

⁸⁷ Req. 19 janv. 1863, S.1863.I.185; Civ. 1^{re}, 23 fév.1994, préc., note 28. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 22, n° 983 p. 524; P. JOURDAIN et G. VINEY, préc., note 3; R. SEFTON-GREEN, préc., note 2, p. 287 et suiv. et 314 et suiv.

sanction de l'inexécution ne change rien à son caractère fondamental : l'importance de l'obligation n'est qu'un critère pour juger de l'opportunité de la résolution, et dans bien des cas, la poursuite de l'exécution accompagnée d'une réparation pécuniaire est plus adaptée⁸⁸. Du côté du locataire, c'est le paiement du loyer qui constitue l'obligation essentielle puisqu'il représente son obligation principale et la raison de contracter du bailleur. Une inexécution répétée de cette obligation peut justifier la résolution, à moins que le locataire invoque une exception d'inexécution⁸⁹.

L'étude des obligations essentielles de ces deux contrats permet d'observer que leur inexécution n'implique pas forcément le prononcé de la résolution comme sanction : l'obligation fondamentale est donc un critère non déterminant du prononcé de la résolution. Preuve en est que l'inexécution d'une obligation essentielle peut donner lieu à une autre sanction et qu'à l'inverse, celle d'une obligation accessoire peut justifier la résolution. L'élément prépondérant est celui de la gravité de la violation⁹⁰. Par contre, il semblerait que l'inexécution d'une obligation essentielle soit nécessaire pour justifier l'exception d'inexécution : un manquement initial à une obligation secondaire ne pourrait pas permettre au créancier de cette obligation de se prévaloir de l'exception d'inexécution⁹¹.

D'autres obligations ont été qualifiées d'essentielles : l'obligation des associés d'une société de contribuer aux pertes sociales à proportion de leurs apports⁹², l'obligation des prestataires de services d'investissement d'assurer avec loyauté et diligence le service d'investissement au mieux des intérêts du client⁹³, l'obligation de l'employé de fournir sa prestation de travail et l'obligation corrélatrice de l'employeur de le rémunérer dont l'inexécution

⁸⁸ R. SEFTON-GREEN, préc., note 2, p. 230 et suiv. ; Civ. 1^{re}, 16 juill. 1951, D. 1951.587.

⁸⁹ R. SEFTON-GREEN, préc., note 2, p. 230 et suiv. ; Civ. 3^{ème}, 21 décembre 1987 : *Bull. Civ.* III n° 212 ; *RTD Civ.* 1988, 371, Obs. Rémy ; 1988.371 ; Req. 9 janv. 1893, D.P. 1893.1.120 ; Civ. 3^e, 24 nov. 2004 (rejet), *Bull. civ.* III, n° 208, p. 187/D. 2005.12, obs. Rouquet/J.C.P. 2005.II.10048, n° 644, note Kessler/LPA, 2005.13, obs. Raby.

⁹⁰ R. SEFTON-GREEN, préc., note 2, p. 230 et suiv.

⁹¹ Nicolas CUZACQ, « La notion de riposte proportionnée en matière d'exception d'inexécution », *LPA* 2003.4, n° 17

⁹² Com. 10 oct. 2000, *Lex-Inter* n°1642 (*Demenois c. SA SEDEC*).

⁹³ Isabelle RIASETTO, « L'exonération de responsabilité des prestataires de services d'investissement », *Bulletin Joly Bourse*, 2007.322, n° 5 : « Cette obligation de moyens participe indiscutablement du « noyau dur » d'obligations auquel aucune clause ne peut porter atteinte. »

tion peut justifier la rupture du contrat⁹⁴, l'obligation d'édition et d'exploitation de l'œuvre d'un éditeur⁹⁵, l'obligation d'exploitation personnelle de l'agriculteur qui a conclu un bail avec un propriétaire foncier⁹⁶ et l'obligation pour une agence de voyage de délivrer un titre de transport efficace⁹⁷.

En outre, la Cour de Cassation a conclu que la négligence d'un agent de la Poste ayant gardé le pli d'une société pour le remettre en main propre au destinataire, sans laisser d'avis de passage dans sa boîte aux lettres, ne portait pas sur son obligation essentielle, c'est-à-dire la remise effective du courrier au destinataire et le retour de l'avis de réception, mais plutôt sur une modalité d'exécution du contrat⁹⁸.

Dans un contrat entre un commerçant et une société de télésurveillance, cette dernière s'était engagée à installer un système d'alarme et à intervenir en cas de déclenchement de l'alarme. En cas d'intervention, elle devait « appeler, si possible, les responsables du magasin », obligation qui fut inexécutée. La Cour qualifia cette dernière obligation de « condition substantielle ». Toutefois, les obligations essentielles du contrat étaient de fournir une alarme fonctionnelle et d'intervenir si celle-ci se déclenchait, ce qui avait été fait en l'espèce. Si par « condition substantielle », la Cour désignait une obligation essentielle, la qualification est inopportune puisque l'obligation inexécutée n'était dans le contrat qu'une obligation accessoire⁹⁹. Dans les faits, elle s'apparentait davantage à une obligation déterminante pour le commerçant, ayant motivé son consentement à contracter, ce qui ne coïncide pas avec l'esquisse de définition d'obligation essentielle que nous avons tracée précédemment.

Si l'objectif du recours à l'obligation essentielle est clair et louable, celle-ci reste difficile à cerner. Ceci explique pourquoi l'utilisation de ce concept a fait couler autant d'encre en droit français et a été aussi critiquée.

⁹⁴ Soc. 20 mars 2007, *LégiFrance* n° 05-42635.

⁹⁵ Civ. 1^{re}, 13 juin 2006, *LégiFrance* n° 04-15-456.

⁹⁶ Soline DEHAUDT et Bernard MANDEVILLE, « Validité des échanges de terres louées : des règles plus favorables pour le preneur contre l'avis du Parlement », *Gaz. Pal.* 2007.6.10.

⁹⁷ Dijon, 18 mai 2006, *LégiFrance* n° 05-01122; Civ. 1^{re}, 18 mai 2005, *Bull. civ.* I, n° 222, p. 180 (*Mondial Assistance c. Via Voyages et TMS Assurances*).

⁹⁸ Civ. 1^{re}, 19 sept. 2007, n° 05-17769: (*Société Sacer Atlantique c. La Poste*), en ligne: <<http://www.cnrs.fr/aquitaine/IMG/pdf/CassSacer.pdf>> (consulté le 1^{er} novembre 2015)

⁹⁹ G. VINEY, préc., note 22: Civ. 1^{re}, 2 déc. 1997, préc., note 22.

Pour beaucoup, elle « n'apporte rien [...] si ce n'est une fâcheuse imprévisibilité », elle est « aussi insaisissable qu'inutile ». « Cette essence du contrat est si volatile qu'elle varie avec chaque contrat ce qui est peu conforme à un élémentaire souci de prévisibilité », « le prétendu minimum contractuel irréductible n'est identifiable qu'*a posteriori*, alors qu'il devrait pouvoir se définir au seuil de l'engagement »¹⁰⁰. L'utilisation de cette notion serait un « échec retentissant » en raison de la « difficulté d'interprétation » : « Nul ne peut dire par avance [...] si telle obligation est essentielle. »¹⁰¹

Au surplus, nous pouvons noter que le législateur français n'a pas eu recours à la notion d'obligation essentielle pour instituer une protection contre les clauses abusives dans les contrats conclus entre les professionnels et non-professionnels ou consommateurs. L'article L.132-1 du *Code de la consommation* évoque en effet à son alinéa 1 un « déséquilibre significatif » entre les parties. Comme en droit québécois, une clause abusive ne saurait ainsi être réduite à une clause qui annihile une obligation essentielle du contrat et le vide ainsi de sa substance. L'alinéa 7 de l'article L.132-1 apporte pourtant une précision non négligeable quant à l'appréciation du caractère abusif de la clause. Il établit que si la clause litigieuse est rédigée « de façon claire et compréhensible », cette appréciation ne peut porter « ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert ». L'intelligibilité de la clause empêche donc de la considérer abusive dès lors qu'elle porte sur ces questions et le principe d'interprétation en faveur du consommateur ou non-professionnel ou fidèle à ses attentes raisonnables ou légitimes n'aurait pas lieu d'être appliqué¹⁰².

¹⁰⁰ D. MAZEAUD, préc., note 24, 1779 et 1781, n° 11 et 19.

¹⁰¹ T. GENICON, préc., note 71.

¹⁰² Code de la consommation, art. L.132-1, R.132-1 et R.-132-2. Par exemple, une clause de contrat d'assurance, ne couvrant l'assuré qu'en cas d'incapacité temporaire et totale d'exercer toute activité professionnelle et non sa propre activité professionnelle, n'a pas été jugée abusive par la Cour de cassation, en raison de sa limpidité et en dépit du caractère étroit de la garantie. Pour contrebalancer ce résultat défavorable à l'assuré, la Cour a élargi la portée du devoir du conseil de l'assureur, qui aurait dû mieux orienter son assuré en lui proposant un produit d'assurance plus adapté à ses besoins : voir : Civ. 1^{re} 13 déc. 2012, *Bull. civ. I.* n° 259 et Civ. 1^{re} 10 sept. 2014, *R.G.D.A.* 2014.511. Maud ASSELAIN, « Ce qui est dépourvu d'équivoque ne s'interprète pas ! », *R.G.D.A.* 2014.514 ; Marc BRUSCHI, « Assurances de personnes, assurance maladie », *R.G.D.A.* 2013.262 ; Denis MAZEAUD et Thomas GENICON, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *R.D.C.* 212.276 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 1, n° 617, p. 748 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 22, n° 989, p. 529 ;

Pour autant, la notion d'obligation essentielle n'a pas été abandonnée par le projet de réforme du droit des obligations. L'article 1125 al. 2 de l'avant-projet Catala de 2005 a repris les courants de 1996 et de 2007 auxquels nous avons précédemment fait référence. Il prévoyait qu'« est réputée non écrite toute clause inconciliable avec la réalité de la cause ». L'article 1382-2 al.1 de cet avant-projet, en revanche, inspiré par la jurisprudence de 2005 à 2007, amenait une conséquence totalement différente: « Un contractant ne peut exclure ou limiter la réparation du dommage causé à son contractant [...] par le manquement à l'une de ses obligations essentielles. »¹⁰³ Quant à l'avant-projet de loi du 23 octobre 2013, il prévoit à son article 76 que « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite », en plus d'édicter à l'article 77 une règle protectrice contre les clauses abusives. Notons que cet article 77, dans une certaine mesure à l'instar de la règle instituée à l'article L.132-1 du *Code de la consommation*, s'appuie sur la notion de « déséquilibre significatif », dont l'appréciation ne porte « ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation »¹⁰⁴. Ces deux articles

P. JOURDAIN et G. VINEY, préc., note 3, n° 192, p. 370. Notons que l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce fait également référence à un « déséquilibre significatif » mais, s'il permet d'engager la responsabilité du professionnel fautif qui soumet ou tente de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un tel déséquilibre dans les droits et obligations des parties, il ne permet pas d'éradiquer la clause abusive dans le contrat entre professionnels: Jean-Denis PELLIER, « Le domaine de l'article L132-1 du *Code de la consommation*: la question des sociétés commerciales (Cass. Com., 3 déc. 3013, n° 12-26416) », *LPA* 2014.10.

¹⁰³ Art. 1125: « L'engagement est sans justification, faute de cause réelle, lorsque, dès l'origine, la contrepartie convenue est illusoire ou dérisoire. (al. 2) Est réputée non écrite toute clause inconciliable avec la réalité de la cause. » et art. 1382-2: « Art. 1382-2 Un contractant ne peut exclure ou limiter la réparation du dommage causé à son co-contractant par une faute dolosive ou lourde ou par le manquement à l'une de ses obligations essentielles. » Pierre CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, La Documentation française, 2006, en ligne: <<https://mfmblog.wordpress.com/2011/10/16/avant-projet-catala-de-reforme-du-droit-des-obligations/>> (consulté le 1^{er} novembre 2015); P. JOURDAIN et G. VINEY, préc., note 3, n° 192, p. 370; D. MAZEAUD, préc., note 24, 1781, n° 18; D. MAZEAUD, préc., note 31; Georges ROUHETTE, « Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *R.D.C.* 2007.1371.

¹⁰⁴ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Avant-projet de réforme du droit des obligations, document de travail du 23 octobre 2013*, Paris, Bureau des Obligations, 2013, p.19 (PDF), art. 76 et 77, en ligne: <<https://mfmblog.wordpress.com/2014/09/19/avant-projet-de-la-chancellerie-23-octobre-2013/>> (consulté le 1^{er} novembre 2015): « Article 76 (*clause privant de sa substance l'obligation essentielle*): Toute clause qui prive de sa substance l'obligation

ont été repris tels quels dans le *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* du 25 février 2015, aux articles 1168 et 1169¹⁰⁵. Sur ce sujet qui a suscité tant de questionnements, il est à espérer que la réforme apporte sa dose de « cohérence » !

B. Une illustration de la clause abusive en droit québécois

Tel que souligné précédemment, la notion d'obligation fondamentale est utilisée au Québec dans le cadre de la révision des clauses abusives, par le biais de l'article 1437 du *Code civil du Québec*. Or, cet article, à la différence de l'article 1623 du *Code civil du Québec* sur les clauses pénales abusives, ne trouve application que pour les clauses stipulées dans un contrat d'adhésion ou de consommation, comme en atteste son libellé¹⁰⁶.

Nous allons nous attarder plus concrètement sur l'application qui a été faite du concept d'obligation fondamentale et de dénaturation du contrat dans la jurisprudence, afin de mieux cerner sa portée et son intérêt. Pour cela, nous nous baserons sur la classification faite par le professeur Benoît Moore en matière de clauses abusives¹⁰⁷.

Premièrement, il a été utilisé pour réviser les clauses affectant les droits et obligations des contractants. Il est donc établi qu'un cocontractant ne peut « restreindre indûment ses obligations sans dénaturer le contrat »¹⁰⁸.

essentielle du débiteur est réputée non écrite.». « Article 77 (*clauses abusives*) Une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée. (al. 2) L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. » Voir Denis MAZEAUD, « Droit des contrats: réforme à l'horizon! », D. 2014. 291.

¹⁰⁵ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Projet d'ordonnance du 24 février 2015 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris, 2015, p. 13 (PDF). Le contenu des articles 76 et 77 de l'avant-projet de 2013, préc., note 104, se retrouve aux articles 1168 et 1169 du projet d'ordonnance de 2015, qui peut être consulté en ligne : <<https://mfmblog.wordpress.com/2015/02/26/avant-projet-dordonnance-portant-reforme-du-droit-des-contrats-rendu-public-le-25-fevrier-2015/>> (consulté le 1^{er} novembre 2015). Une consultation publique a été lancée jusqu'au 30 avril 2015 relativement à ce projet, voir, en ligne : <<http://www.justice.gouv.fr/la-justice-du-21e-siecle-12563/la-reforme-du-droit-des-contrats-27898.html>> (consulté le 1^{er} novembre 2015).

¹⁰⁶ J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 44, n° 150, p. 245.

¹⁰⁷ B. MOORE, préc., note 3.

¹⁰⁸ N. CROTEAU, préc., note 51.

Dans le cadre d'un contrat de prêt hypothécaire entre deux particuliers, la Cour du Québec jugea que la clause imposant au débiteur des frais de 250 dollars en faveur du prêteur pour tout chèque sans provision suffisante, en plus de la protection que constituait l'hypothèque immobilière, était abusive, étant « si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles provenant habituellement d'un contrat de prêt et d'hypothèque et en particulier des frais normalement réclamés par les institutions financières »¹⁰⁹. Par ailleurs, un taux d'intérêts élevé dans un contrat de prêt n'implique pas forcément que la clause d'intérêts aille au-delà des obligations essentielles au point de dénaturer le contrat¹¹⁰. Il semble que lorsque la Cour parle ici d'obligations essentielles, elle fasse référence aux usages, à la pratique contractuelle normalement acceptée. La bonne foi pourrait également être à l'origine de ce raisonnement.

En outre, cette même Cour a considéré qu'une clause d'un cahier des charges qui rendait l'entrepreneur responsable pour tous les dommages relatifs à son ouvrage ou à celui des autres entrepreneurs, même sans faute de sa part, menait à une « aberration » et dénaturait le contrat en allant à l'encontre des dispositions sur l'assumption des risques par le propriétaire et la responsabilité de l'entrepreneur, et de l'esprit du contrat qui visait à rendre responsable l'entrepreneur pour son fait seulement¹¹¹. Ici, l'idée de dénaturation du contrat est plutôt utilisée dans un contexte interprétatif, relativement à « l'esprit du contrat », aux attentes légitimes des parties, mais aussi à des principes codifiés au *Code civil du Québec*.

Dans le cadre d'un contrat d'assurance-habitation qui assurait des dommages causés par l'eau, il a été décidé qu'une exclusion en cas de débordement d'un drain dénaturait le contrat et l'attente raisonnable de l'assuré et constituait de ce fait une clause abusive¹¹².

La Cour du Québec a considéré qu'une clause imposant au locataire d'une moto de courtoisie impliqué dans un accident (qu'il en soit responsable ou non) le paiement d'une somme de 4 000,00 \$ pour pouvoir récupérer sa moto laissée en réparation, créait des obligations « si éloignées des

¹⁰⁹ *Demers c. Roy*, 2008 QCCQ 4708, par. 54 (CanLII).

¹¹⁰ *Robert c. Polynice*, 2004 CanLII 19842, par. 42 (QC C.Q.).

¹¹¹ C.c.Q., art. 950 et 2115; *Norclair Inc. c. Longueuil (Ville)*, 2003 CanLII 30848, par. 44 et suiv. (QC C.Q.).

¹¹² *Michaud c. Société mutuelle d'assurance générale du Comté de Rivière-du-Loup*, préc., note 52.

règles qui gouvernent généralement les contrats de location de véhicules automobiles qu'elle dénature de celui-ci»¹¹³. Enfin, la clause qui dans un contrat de travail assujettit la prime de rémunération à une modalité sans rapport avec la prestation de travail dénature le contrat de travail¹¹⁴. En effet, il est de l'essence du contrat de travail que la prestation de travail soit accomplie en contrepartie d'une rémunération, et ce, sans condition autre. Pour ce même contrat, une clause par laquelle une partie renoncerait au respect par son cocontractant de l'exigence de la bonne foi le dénaturerait¹¹⁵. La Cour d'appel intègre alors la bonne foi à l'essence même du contrat de travail, ce qui pourrait être fait pour l'ensemble des contrats: seulement l'obligation de bonne foi est impérative et ne devrait donc pas avoir besoin d'être traitée comme une obligation essentielle.

Comme en droit français, la notion d'obligation fondamentale est particulièrement utilisée pour la révision des clauses qui aménagent les conséquences d'un défaut de l'une des parties. Si les clauses limitatives de responsabilité sont implicitement permises à l'article 1474 du *Code civil du Québec*, qui les interdit dans certains cas spécifiques, leur validité n'échappe pas pour autant au contrôle de l'article 1437 du *Code civil du Québec*¹¹⁶. En matière de transport maritime, une clause exonérant le transporteur de son obligation de fournir un navire en bon état de navigabilité avait été jugée abusive sous le *Code civil du Bas-Canada*, puisqu'elle avait pour effet de libérer le transporteur d'une obligation essentielle au contrat. L'essence du contrat semble ici être synonyme d'obligation principale.

« Cette obligation première du transporteur maritime transcende toutes les autres et ne saurait être mise à néant ni tenue en échec par quelque stipulation de non-responsabilité: elle tient à l'essence même du contrat de transport

¹¹³ *Reichenbach c. Moto Internationale*, 2010 QCCQ 4128, par. 28 et 29 (CanLII).

¹¹⁴ *Québec (Commission des normes du travail) c. Desjardins Sécurité Financière, Cie d'assurance vie*, 2004 CanLII 49021, par. 70 et suiv. (QC C.Q.). Voir également: *Fournier c. Sobeys Québec Inc. (IGA Extra)*, 2010 QCCRT 358 (CanLII); *Prescott c. Merrill Lynch Canada Inc.*, EYB 2009-160322, par. 118 et suiv. (C.Q.), où la Cour a conclu que la portée d'une clause de bonification de rémunération dénaturait le contrat d'emploi.

¹¹⁵ *Syndicat de l'enseignement de la région de Québec c. Ménard*, 2005 QCCA 440, par. 53 (CanLII).

¹¹⁶ *3051226 Canada Inc. c. Aéroports de Montréal*, 2008 QCCA 722, par. 53 (CanLII); J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 44. N. CROTEAU, préc., note 51.

et prétendre lui nier son effet serait abattre le contrat lui-même à sa racine.»¹¹⁷
(Nos italiques)

Plus récemment, une clause d'exclusion totale de responsabilité a été jugée abusive « car elle dénatur[ait] le contrat de transport de biens dont l'essence est d'agir avec prudence et diligence lors du transport du bien à destination ».¹¹⁸

Dans le même esprit et dans le cadre d'un contrat d'inspection pré-achat, une clause limitant la responsabilité de l'inspecteur au prix payé pour l'inspection a été jugée comme privant le client du « bénéfice fondamental attendu du contrat, à savoir une inspection effectuée de façon prudente et diligente ». La Cour a en effet estimé que cette limitation des dommages potentiels représentait « une caution du laxisme ou de la négligence de l'inspecteur dans l'exécution du service qu'il s'est engagé à rendre », compromettant ainsi « la finalité du contrat » et « l'équilibre des prestations ».¹¹⁹

En matière de vente, il a été reconnu « qu'une clause limitant la responsabilité d'un fabricant à l'échange du produit ou au remboursement du prix d'achat est abusive en ce qu'elle est si éloignée de l'obligation de garantie du vendeur contre les vices cachés qu'elle dénature le contrat ».¹²⁰ Dans une autre décision relative à la vente d'un chiot qui dut être euthanasié quelques jours après suite au diagnostic d'une maladie, l'exclusion de responsabilité du vendeur en cas de maladie du chiot et la seule possibilité de l'échanger, a été jugée « très éloignée des obligations essentielles » du vendeur « qui doit un minimum de garantie à ses acheteurs »¹²¹. En effet, les dispositions sur la garantie du vendeur sont généralement supplétives,

¹¹⁷ *Western Assurances Co. c. Desgagnés*, préc., note 4; *Huot c. Systèmes de sécurité Nasa Inc.*, préc., note 48, par. 58 et 59.

¹¹⁸ *Thivierge c. 9121-0641 Québec Inc. (Astral Transport)*, 2007 QCCQ 2469, par. 7 (CanLII). Dans *Bertrand c. Air Canada Jazz, s.e.c.*, préc., note 53, par. 51 et suiv. et 55, la Cour a estimé que le fait d'assurer la correspondance entre les vols aériens jusqu'à destination constituait une obligation essentielle du contrat de transport, pour laquelle la compagnie aérienne ne pouvait exclure sa responsabilité.

¹¹⁹ *Chen c. Wanxing Développement des maisons Inc.*, 2013 QCCQ 5109, par. 25-27 (CanLII). Voir également: *Axa Assurances c. Assurances générales des Caisses Desjardins*, 2009 QCCS 862.

¹²⁰ *Gobeil c. Centre de recyclage Universel*, 2006 QCCQ 2146, par. 10 (CanLII); *St-Pierre c. Canadian Tire Magasins associés*, BE.97BE-560 (C.Q.).

¹²¹ *Castonguay c. Riendeau*, 2011 QCCQ 6436 (CanLII).

puisque le vendeur peut sauf exception exclure la garantie, et son importance est incontestable en pratique puisque nécessaire à la réalisation de la finalité du contrat.

Dans le contexte d'un contrat de louage, une clause ayant pour effet de faire perdre totalement au locataire la jouissance du bien loué a été jugée abusive, l'obligation de fournir la jouissance paisible des lieux loués au locataire constituant une obligation essentielle pour le bailleur¹²². La Cour déclare :

« Solvic ne peut s'exonérer de son obligation essentielle à titre de locateur, soit celle de fournir la jouissance paisible des lieux loués à son locataire, en s'appuyant sur les clauses 19.9 et 19.10 de son bail type. Ces deux clauses, interprétées comme le voudrait bien Solvic, constitueraient à la limite *une négation même du contenu essentiel du contrat de bail* qu'elle a signé avec Amusements Daniel, à savoir, fournir le local contre le paiement d'un loyer et de garantir le locataire contre l'éviction et les vices cachés. [Ces clauses] n'ont aucune force exécutoire sous l'angle de la garantie contre l'éviction ou sous l'angle de la garantie contre les vices cachés : *Solvic a failli dans une de ses obligations fondamentales de locateur, soit celle de fournir à son locataire une jouissance paisible des lieux loués.* »¹²³ (Nos italiques)

Cette obligation du locateur, si elle est impérative en matière de bail résidentiel (article 1893 C.c.Q.), n'est qu'une disposition supplétive pour les baux commerciaux¹²⁴. Elle reste une obligation essentielle, selon les usages et en tant qu'obligation principale du contrat, permettant de le qualifier. À ce propos, des auteurs, traitant de cette obligation et de celle du locataire de payer le loyer, ont affirmé : « Déroger à l'une ou l'autre de ces obligations dénaturera le contrat de louage et pourra faire de ce contrat soit une vente, soit un usufruit, soit un droit d'usage, soit un prêt ou un autre contrat innommé. »¹²⁵

¹²² J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 44.

¹²³ *Gestions Solvic Ltée c. Amusements Daniel Inc.*, préc., note 48, par. 65-70.

¹²⁴ *Boulevard Dodge Chrysler c. Daimler Chrysler Canada Inc.*, 2007 QCCS 2428, par. 37 (CanLII).

¹²⁵ *Caisse populaire Desjardins des Affluents c. Dauphin*, 2002 CanLII 36376, par. 20 (QC C.S.). Denys-Claude LAMONTAGNE et Bernard LAROCHELLE, *Droit spécialisé des contrats*, vol. 1 « Les principaux contrats : la vente, le louage, la société et le mandat », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 269, n° 460 et 461.

Dans un contrat de service visant une protection pour le vol, le feu et les variations de température en tout temps, une clause limitait la responsabilité du débiteur en cas de dommages ou de perte à une indemnité de 50 dollars. Le débiteur faillit à son obligation d'aviser le service de protection-incendie de la municipalité lors du déclenchement de l'alarme incendie dans un entrepôt du créancier, ce qui causa préjudice à ce dernier. La Cour écarta la clause limitative de responsabilité puisqu'elle visait « l'essence même de la prestation [du débiteur] en vertu du contrat »¹²⁶. En vertu d'un contrat de protection avec une compagnie de services d'alarme, celle-ci s'était engagée à transmettre à la police et à sa cliente tout signal d'alarme provenant de l'établissement visé contractuellement. L'obligation ne fut pas respectée et la compagnie invoqua une clause d'exonération de responsabilité. Sans passer par le biais de l'article 1437 du *Code civil du Québec*, la Cour jugea que cette clause portait « sur l'objet même du contrat, sur la seule obligation assumée par la défenderesse envers la demanderesse » et a écarté la clause sur la base de la négligence grossière de la compagnie¹²⁷. Dans une cause similaire, la Cour supérieure a constaté que la Centrale avait failli à son obligation principale de prévenir le client du déclenchement de l'alarme suite à une panne d'électricité dans la porcherie, entraînant ainsi la mort de plusieurs porcs. La clause de non-responsabilité soulevée avait pour effet de dénaturer le contrat, « le cocontractant ne s'[étant] engagé à rien puisqu'il n'est responsable de rien »¹²⁸. La Cour s'appuya notamment sur un arrêt de la Cour d'appel, où un transporteur engagé à transporter des fruits dans des contenants réfrigérés avait laissé ceux-ci sans électricité durant une quinzaine d'heures. La Cour avait écarté la clause d'exonération au motif que le manquement portait sur « un élément majeur », « une exigence essentielle du contrat »¹²⁹. Également, il a été décidé qu'une entreprise, à laquelle étaient confiés des animaux domestiques pour une période donnée, était soumise à une obligation de remise de l'animal aux propriétaires dans le même état et que cette obligation étant au cœur même de son engagement, elle ne pouvait l'assortir d'une clause d'exonération¹³⁰.

¹²⁶ *Québec (Procureur général) c. Protectron Inc.*, préc., note 48, par. 1, 4, 5, 13, 34 et 41.

¹²⁷ *Impact Graphics Ltd. c. B.P.G. Central Security Corp.*, préc., note 48, par. 20 et suiv.

¹²⁸ *Ferme Franky 2004 Inc. c. 9059-4094 Québec Inc. (Alarmes Pierre Fortier)*, 2012 QCCS 4738, par. 24 et 25 (CanLII).

¹²⁹ *Mediterranean Shipping Co c. Les Courtiers Breen Ltée*, 2011 QCCA 2173, par. 19 (CanLII).

¹³⁰ *Gale c. Country Meadows Kennel*, 2012 QCCQ 6997, par. 22 et suiv. (CanLII).

Dans ces décisions, les juges se basent sur la finalité du contrat et la prestation principale du débiteur pour écarter une clause limitative de responsabilité.

Dans un contrat d'entreprise où l'une des parties avait pour obligation de résultat de livrer une enseigne commerciale, la clause d'exonération de responsabilité a été jugée abusive. La Cour s'exprime ainsi :

« Une clause ou un avis d'exclusion ou de limitation de responsabilité ne peut être invoqué en cas de *violation d'une obligation principal[e]* du contrat dans la mesure où cette *clause priverait le contrat de ses effets essentiels*. Notamment l'article 1437 du *Code civil du Québec* énonce qu'est abusive la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci. Il s'agit notamment d'une *clause qui a pour effet de priver le créancier du bénéfice fondamental du contrat*. [...] La clause pré-imprimée exonératoire de responsabilité est abusive. Elle *dénature le contrat*. [...] Elle ne permet pas à la partie défenderesse de se soustraire à sa responsabilité contractuelle ni de se dégager de ses faits personnels. »¹³¹ (Nos italiques)

La Cour fait preuve de plus de clarté dans son raisonnement en écartant une clause exonératoire de responsabilité qui touchait une obligation principale du contrat, privant le créancier de « ses effets essentiels », du « bénéfice fondamental du contrat ».

Un auteur, dont les termes se rapprochent clairement de ceux de cette décision, a écrit qu'en matière de contrat d'hébergement d'un site Web, les clauses d'exonération de responsabilité eu égard notamment au fonctionnement, à l'accessibilité ou à la disponibilité ininterrompues du site Web, et à l'introduction d'un virus informatique dans le serveur d'hébergement, pourraient être considérées comme des clauses dénaturant le contrat, « en ce qu'elle s'éloigne[nt] significativement des obligations essentielles qui découlent du contrat d'hébergement, ce qui a pour effet de priver le Client du bénéfice fondamental qu'il compte en retirer »¹³².

¹³¹ *Thériault c. Dumas*, préc., note 44, par. 27-29. Voir aussi : *L'Union canadienne, compagnie d'assurances c. Mini entrepôt Longueuil Inc.*, EYB 2011-192488, par. 127 et suiv. (C.Q.).

¹³² Antoine LEDUC, « Le contrat de création et le contrat d'hébergement d'un site Web : éléments de négociation, de rédaction et d'interprétation », S.F.P.B.Q., vol. 160, *Développements récents en droit de l'Internet (2001)*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais.

Dans un contrat de fourniture de service, la compagnie Bell Sympatico invoquait une clause qui limitait sa responsabilité au paiement d'une somme n'excédant pas les frais payés au cours de trois mois précédents le manquement, y compris pour « un manquement grave à une condition essentielle » ou pour négligence de sa part ou de ses compagnies affiliées ou mandataires. Pour la Cour, « [L]es conditions de ce contrat sont imposées au client et elles sont nettement exorbitantes. En effet, la compagnie limite à presque rien ses obligations, y compris au cas de manquements graves de sa part. »¹³³ Même si elle ne réfère pas explicitement à l'article 1437 du *Code civil du Québec*, les termes de la Cour, qui rappelle que le contrat litigieux en est un d'adhésion en soulignant des conditions imposées, sous-tendent un raisonnement proche du droit français, basé sur la notion d'obligation essentielle, de minimum contractuel, qu'une clause ne peut réduire à néant ou presque sans être abusive.

Dans un contrat de réparation automobile, une clause d'exonération de responsabilité quant aux pertes ou dommages relativement aux véhicule ou aux objets qui s'y trouvaient, en cas d'incendie, de vol ou de toute autre cause indépendante de la volonté du débiteur, a été considérée comme « éloignée des obligations essentielles du contrat » sans autre précision et a déclenché l'application de l'article 1437 du *Code civil du Québec*¹³⁴. Bien qu'il ne s'agisse pas en tant que telle de l'obligation principale du contrat, il est légitime que le créancier croit son véhicule en sécurité. S'il l'envoie en réparation, ce n'est pas pour qu'il subisse un autre dommage. Relativement à une clause de non-responsabilité conférant une immunité absolue à un hôtelier en cas de disparition d'objets laissés à l'intérieur du véhicule du client, il a été souligné que cette clause dénaturait le contrat de service hôtelier, lequel serait « par essence une entente procurant confort et sécurité »¹³⁵.

En matière de contrat de gestion et d'administration du bien d'autrui, il a été établi que l'essence de ce contrat implique que le mandataire agisse dans l'intérêt du mandat et qu'un dégageant de cette responsabilité revient

¹³³ *Beaudin c. Bell Sympatico*, préc., note 48, par. 11.

¹³⁴ *Brunelle c. 9124-5704 Québec Inc.*, préc., note 48, par. 10.

¹³⁵ *Groupe Ledor Inc., mutuelle d'assurance c. 7041730 Canada Inc.*, EYB 2014-236108 (C.Q.).

à le vider de son contenu obligationnel¹³⁶. Dans un contrat de service de gestion immobilière, l'obligation pour le gestionnaire de trouver des locataires « de qualité supérieure » avec la condition de ne pas avoir de chien tel que stipulé au bail a été jugée essentielle, le rendant responsable des dommages causés aux logements en dépit d'une clause d'exonération de responsabilité¹³⁷.

Dans le cadre d'un contrat de parution d'une annonce dans un bottin publicitaire, la publication et la distribution des bottins a eu lieu plusieurs mois après la période prévue, alors que la date de parution constituait un élément essentiel de l'entente entre les parties et une considération essentielle, voire déterminante, dans la décision de contracter de la cliente. La clause disculpatoire de responsabilité fut écartée au motif qu'elle dénaturait la substance du contrat¹³⁸.

En outre, la Cour d'appel affirma que l'obligation de traiter de façon équitable les soumissionnaires constituait une obligation essentielle implicite dans les appels d'offres précédant les contrats d'entreprise et qu'une clause qui avait pour effet de les priver de leur recours suite à la violation de cette obligation était abusive¹³⁹. Il est ici question d'usage et d'attentes raisonnables, mais cela relève également de l'obligation impérative de bonne foi.

Dans un litige portant sur un contrat à titre gratuit, la notion d'obligation essentielle a été plaidée afin d'écarter une stipulation de non-responsabilité qui avait pour effet de nier l'essence même de l'unique obligation du débiteur. Si l'argument a été favorablement accueilli en pre-

¹³⁶ *Samen Investments Inc. et Schalmariéf Inc. c. Monit Management Limited et Monit Development Inc.*, EYB 2014-236287, par. 120 et suiv. (C.A.); *Samen Investments Inc. c. Monit Management Limited*, préc., note 48. La Cour souligne également que le devoir de loyauté constitue une obligation essentielle de ce type de contrat : *Crawford c. Crawford McGregor*, 2013 QCCS 4460, par. 109 (CanLII).

¹³⁷ *Drolet c. Gestion le Logeur*, 2011 QCCQ 2680 (CanLII).

¹³⁸ *Lefebvre (Diane Lefebvre DD denturologie) c. Agenda Résidentiel DLB Inc.*, 2013 QCCQ 4143, par. 22 et suiv. (CanLII).

¹³⁹ *Immobilière (L'), société d'évaluation conseil Inc. c. Évaluations BTF Inc.*, 2009 QCCA 1844, par. 255 (CanLII); *3051226 Canada Inc. c. Aéroports de Montréal*, préc., note 116, par. 51 et suiv.; *Groupe VPR Inc. c. Montréal (Ville de)*, 2014 QCCQ 9882, par. 25 (CanLII); *4077334 Canada Inc. (Solutions Voysis IP) c. Sigmasanté*, 2013 QCCS 2859, par. 57 (CanLII); *Entreprises Jacques Dufour Inc. c. Québec (Procureur générale)*, 2010 QCCS 2506, par. 48-55 (CanLII).

mière instance, la Cour d'appel, bien que reconnaissant le concept d'obligation essentielle, a affirmé que ce moyen ne pouvait être invoqué en matière de contrats à titre gratuit.

« Contrairement encore au premier juge, je ne suis pas d'avis que la stipulation de non-responsabilité était nulle comme clause qui anéantissait l'essence même de l'obligation contractée par BNP. Il est certain que, par un contrat synallagmatique, une partie ne peut à la fois s'obliger et ne pas s'obliger. Mais la situation est tout autre lorsqu'on est en présence d'un contrat à titre gratuit. Le donateur peut très bien donner une chose en stipulant sa non-responsabilité dans le cas où cette chose serait, hors de sa connaissance, défectueuse et causerait un préjudice au donataire. De la même façon le propriétaire d'un bâtiment peut très bien permettre gracieusement à une personne d'occuper ce bâtiment à la condition que le propriétaire ne soit pas responsable dans le cas où la vétusté du bâtiment empêcherait l'occupant d'en avoir une jouissance paisible. Évidemment la stipulation ne jouerait pas dans le cas d'une faute lourde de la part de ce donateur ou de ce locateur. »¹⁴⁰ (Nos soulignés)

Dans les contrats conclus à titre gratuit, une stipulation de non-responsabilité portant sur l'obligation principale serait donc valide, sauf en cas de faute lourde.

Concernant les clauses pénales, il est arrivé à la Cour du Québec de conclure que « [l']application d'une clause pénale à une situation non prévue par les parties peut dénaturer le contrat »¹⁴¹. La Cour va peut-être trop loin en parlant de dénaturer, il serait probablement plus approprié de conclure que cette application de la clause pénale irait à l'encontre de l'intention des parties et ne s'inscrirait pas dans un accord de volonté, un engagement contractuel. La notion d'obligation essentielle et de dénaturer peut également intervenir lorsqu'une clause donne à une partie un contrôle unilatéral relativement à l'exécution ou la fin d'un contrat, comme un droit de résiliation unilatérale¹⁴². En matière de police d'assurance-

¹⁴⁰ *BNP Paribas (Canada) c. Ikea Property Limited*, EYB 2005-87443, par. 17 (C.A.).

¹⁴¹ *Systèmes de Formation et Gestion Perform Inc. c. Kherbouche*, 2003 CanLII 20060, par. 44 (QC C.Q.). Dans une autre décision, la Cour supérieure a estimé que l'impact exorbitant d'une clause pénale pouvait dénaturer un contrat: *Immeubles des brasseries Molson Ltée c. Kellandale Investments Inc.*, [1995] n° AZ-95021029 (C.S.) (Cette décision a été rappelée dans *Encaissement de chèques Québec Ltée c. Themens*, 2011 QCCS 2233, par. 151 et 152 (CanLII)).

¹⁴² B. MOORE, préc., note 3.

crédit, il a été plaidé que la clause permettant à l'assureur de retirer une approbation de crédit accordée à un client de l'assuré dénaturait le contrat d'assurance en le vidant de sa substance. La Cour a estimé non seulement que cette clause ne dénaturait pas le contrat mais qu'elle constituait un élément essentiel du contrat de police d'assurance-crédit, ce droit étant pleinement reconnu par les auteurs et constituant une norme dans l'industrie¹⁴³. Par contre, la Cour supérieure a estimé qu'une clause permettant à une partie de mettre fin à une relation contractuelle de plus de 15 ans sur un avis de 15 jours était abusive et dénaturait le contrat¹⁴⁴. Il serait peut-être plus exact de parler d'une exigence de bonne foi et de loyauté¹⁴⁵, que de dénaturation.

Enfin, l'idée de dénaturation pourrait être utilisée pour traiter les clauses qui complexifient l'exercice d'un recours pour la partie faible. Ainsi, il a été plaidé qu'une clause d'élection de for imposant à l'adhérent d'intenter ses recours aux Bahamas dénaturait le contrat, mais la Cour d'appel conclut que cette obligation, bien qu'onéreuse, ne rendait pas la clause abusive¹⁴⁶. Il a également été décidé qu'une clause d'élection de domicile ne dénaturait pas un contrat d'entreprise de construction, l'absence du contrat consistant en l'exécution des travaux¹⁴⁷.

Mis à part l'article 1437 du *Code civil du Québec*, les tribunaux utilisent de temps à autre le terme d'« obligation essentielle » lorsqu'ils jugent de l'inexécution d'une obligation contractuelle. Cela permet, comme en droit français, de recenser certaines obligations que la jurisprudence qualifie d'obligations essentielles.

Il en est ainsi du paiement du prix par l'acheteur et l'obligation de délivrance et de garantie du vendeur¹⁴⁸, du paiement du loyer par le loca-

¹⁴³ *Iron Ore Company of Canada c. Export Development Canada*, préc., note 45, par. 160 et suiv. et 161.

¹⁴⁴ *Automobiles Duclos Inc. c. Ford du Canada Ltée*, 2002 CanLII 9490, par. 343 et suiv. (QC C.S.).

¹⁴⁵ Comme dans *Banque Nationale du Canada c. Houle*, [1990] 3 R.C.S. 122.

¹⁴⁶ *United European Bank and Trust Nassau Ltd. c. Duchesneau*, 2006 QCCA 652, par. 81. (CanLII).

¹⁴⁷ *Hydro-Québec c. Canmec Industriel Inc. et Construction Euler Inc.*, EYB 2014-236860, par. 52 (C.A.); *Neilson-EBC (7), s.e.n.c. c. Hydro-Québec*, 2013 QCCS 1302, par. 14, 20 et 21.

¹⁴⁸ *Coiteux c. Parent*, 1994 CanLII 5817 (QC C.A.); *Option Consommateurs c. Service aux marchands détaillants limitée (Household Finance)*, 2003 CanLII 33243 (QC C.S.);

taire et l'obligation pour le locateur de délivrer le bien en bon état et de maintenir une jouissance paisible pendant toute la durée du bail conformément aux articles 1854 et 1864 du *Code civil du Québec*¹⁴⁹, de la prestation de travail par l'employé et du versement de la rémunération par l'employeur¹⁵⁰. En 1994, la Cour d'appel a également qualifié le maintien de l'emploi comme une obligation essentielle de l'employeur¹⁵¹, obligation que l'on peut associer aux usages et à l'attente légitime des employés. Excepté la dernière, toutes ces obligations sont des obligations principales, qui permettent de définir le contrat, de le qualifier.

Dans un contrat de gage, le fait pour le créancier de ne pas détenir le bien hypothéqué dénature le contrat, puisque l'élément essentiel du contrat, celui qui en fait un gage, est justement de ne pas laisser la possession du bien au débiteur¹⁵².

En matière d'assurance-responsabilité professionnelle, les obligations de défendre l'assuré en vertu de l'article 2503 du *Code civil du Québec*, de recevoir la réclamation, de l'analyser, de faire enquête ou de la contester le cas échéant, constituent des obligations essentielles¹⁵³.

Gestion Lanic Inc. c. Lavoie, 2013 QCCQ 1663, par. 28 (CanLII); 9184-7376 *Québec Inc. c. After Eight Interiors Ltd.*, 2011 QCCQ 2440, par. 34 (CanLII).

¹⁴⁹ 9047-7357 *Québec Inc. c. Imprimerie Instant Litho Inc.*, 2013 QCCS 6380, par. 24 (CanLII); *Laflamme c. Coopérative de travail artistique du Fargy*, 2011 QCCQ 513 (CanLII); *Huyen c. Kortbawi-Khoury Group Inc.*, 2006 QCCS 300 (CanLII); *Placements Rythme Inc. c. 2969-3348 Québec Inc.*, 2006 QCCQ 2422 (CanLII); *Carrier c. Nadeau*, 2005 CanLII 56314 (QC C.Q.). Pour un contrat de location de chemin de fer, l'obligation essentielle était de mettre le chemin de fer à la disposition du locataire pour exploiter un train touristique: *Montréal, Maine & Atlantique Canada Cie/Montreal, Maine & Atlantic Canada Co. (M.M.A.) (Arrangement relatif à)*, 2014 QCCA 2072, par. 31 et suiv. (CanLII).

¹⁵⁰ *Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 571, CTC-FTQ (SEPB) c. Barreau du Québec*, 2007 QCCA 64 (CanLII); *Syndicat des employées et employés de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ) c. Hydro-Québec*, 2006 QCCA 150 (CanLII); *Syndicat des employés de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec c. Hydro-Québec*, 2001 QCCA 11841 (CanLII); *Syndicat de l'enseignement de Champlain c. Commission scolaire de la Vallée-des-Tisserands*, 2014 QC SAT 22793, par. 638 (CanLII).

¹⁵¹ *Brasserie Labatt Ltée c. Villa*, 1994 CanLII 6270 (QC C.A.).

¹⁵² *Banque Toronto-Dominion c. Korea Exchange Bank of Canada*, préc., note 4.

¹⁵³ *Chrétien c. Chambre des Notaires du Québec*, 2001 CanLII 181 (QC C.S.).

Pour les professionnels, certaines obligations ont été qualifiées d'essentielles: l'obligation pour un avocat d'informer ses clients de son taux horaire (une violation de cette obligation justifie la réduction des honoraires)¹⁵⁴, son obligation de produire sa déclaration annuelle sous peine d'amende¹⁵⁵, les éléments constitutifs de son devoir de loyauté¹⁵⁶ et l'obligation du médecin d'informer ses patients avant une intervention et de divulguer les complications prévisibles et les symptômes annonciateurs¹⁵⁷. Ces obligations ont été reconnues par des dispositions impératives, dans un souci de protection des personnes faisant appel aux services de professionnels. Cependant, elles ne répondent pas à la définition de l'obligation essentielle, elles ne sont pas « essentielles » mais nécessaires pour assurer la protection du public.

D'autres obligations ont été jugées essentielles: l'obligation pour un gestionnaire de fonds de placement collectif d'ouvrir et de maintenir un compte en fidéicomis¹⁵⁸, dans le contexte d'une inspection préachat, l'obligation pour un inspecteur d'attirer l'attention de son client sur l'existence de vices apparents, même s'ils ne semblent pas sérieux, et de le référer le cas échéant à un expert¹⁵⁹, l'obligation pour un entreposeur de s'assurer que les biens de ses clients ne soient pas détruits dans un incendie¹⁶⁰, l'obligation pour un nettoyeur de veiller à ce que les biens confiés ne soient pas endommagés ou détruits lors du nettoyage¹⁶¹, l'obligation pour une compagnie de déneigement de s'assurer des sites et de la superficie à déneiger avant de soumissionner¹⁶², l'obligation de fournir un système de protection fonctionnel dans le cadre d'un contrat de service de protection contre

¹⁵⁴ *Desrosiers, avocats c. Ouellet*, 2006 QCCQ 1857 (CanLII); *Ghiaurov c. Guay*, 2001 CanLII 17384 (QC C.Q.).

¹⁵⁵ *CITE DS Barreau du Québec (syndic adjoint) c. Blanchard*, 2008 QCCDBQ 98 (CanLII); *Comeau c. Abugov*, 2005 CanLII 57527 (QC D.B.Q.).

¹⁵⁶ Qui consiste à: « éviter les conflits d'intérêts, se dévouer à la cause du client et être franc envers lui »: *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. McKercher*, 2013 CSC 39 (CanLII); *9124-8948 Québec Inc. (Hélico Pro) c. 9088-6680 Québec Inc.*, 2013 QCCS 3647, par. 31 (CanLII).

¹⁵⁷ *A.M. c. Glass*, 2008 QCCS 1519 (CanLII).

¹⁵⁸ *Laporte c. Lauzon*, 2007 QCCS 6226 (CanLII).

¹⁵⁹ *Racine c. Experts en bâtiment du Québec Inc.*, 2007 QCCS 5921 (CanLII).

¹⁶⁰ *Scottish and York Insurance Co. c. G. Gagné transport Inc.*, préc., note 4; *L'Union canadienne, compagnie d'assurances c. Mini entrepôt Longueuil Inc.*, préc., note 131.

¹⁶¹ *Tremblay c. Auvents-Net Québec Laval Inc.*, 2011 QCCQ 15797, par. 22 et suiv. (CanLII).

¹⁶² *Calestagne (Marquage & Scellant Lanaudière) c. St-Esprit (Municipalité de)*, 2014 QCCQ 5401 (CanLII).

le vol et l'incendie¹⁶³, et l'obligation de l'entrepreneur d'agir avec prudence et diligence, conformément à l'article 2100 du *Code civil du Québec*, et de réaliser un ouvrage de bonne qualité en respectant les règles de l'art¹⁶⁴, toute clause limitant cette obligation, comme celle par laquelle un puisatier ne peut être garant de la qualité de l'eau, étant nulle¹⁶⁵. Mise à part l'obligation de prudence qui relève de l'impératif de bonne foi, toutes les autres sont bien des obligations principales qui sont de l'essence même du contrat.

Suite à la conclusion d'un contrat de fourniture des services de téléphonie, d'Internet et de télévision par satellite, l'inexécution par Bell Canada de son obligation d'installer la télévision par satellite à cause d'une impossibilité technique a été considérée comme un manquement à une obligation essentielle du contrat et a justifié la résolution du contrat et l'octroi de dommages-intérêts¹⁶⁶. Il s'agissait en l'occurrence d'une obligation principale du contrat conclu.

Certaines obligations sont jugées « essentielles » par la jurisprudence pour créer valablement un contrat. Il en est ainsi pour l'intention de faire vie commune (art. 391 et 392 *C.c.Q.*) pour qu'un mariage soit valide¹⁶⁷.

D'autres encore le sont lorsque la prestation exécutée n'est pas du tout conforme à ce qui avait été convenu au départ. Il en fut ainsi pour une croisière qui fut radicalement différente de ce qui avait été prévu et d'un voyage en excursion durant lequel le guide ne donna aucune information¹⁶⁸. Dans le cas de la croisière, la Cour conclut ainsi : « La défenderesse devait se conformer aux obligations essentielles de son contrat et fournir

¹⁶³ *Salib c. Alarm Guard Security Services Inc.*, 2012 QCCQ 14464 (CanLII).

¹⁶⁴ *Geladaris c. Entreprises Voltisa Inc.*, 2012 QCCQ 983, par. 18-22 (CanLII); *Gravel c. Paysagistes SGB*, 2011 QCCQ 8715, par. 14 (CanLII); *Fazzina c. Cormier*, 2011 QCCQ 8419, par. 20 et 21 (CanLII); *Distribution 90 R-N Inc. c. Groupe Aecon Ltée*, 2007 QCCQ 7822 (CanLII); *Robitaille c. 2794357 Canada Inc.*, 2006 QC OAGBRN 60398 (CanLII); *El-Haddad c. Revêtements Pro-toit Inc.*, 2005 CanLII 10793 (QC C.Q.); *Demex Inc. c. Guérin*, 2003 CanLII 48804 (QC C.Q.); *Revêtement Louise Inc. c. Lavigne*, 2000 CanLII 5801 (QC C.Q.).

¹⁶⁵ *A & G Puisatiers Experts Inc. c. L'Espérance*, 2001 CanLII 9463 (QC C.Q.).

¹⁶⁶ *Lafrance c. Bell Canada*, 2008 QCCQ 1183 (CanLII).

¹⁶⁷ *E. M. T. c. A. El. Mo. J.*, 2004 CanLII 19493 (QC C.S.); *J. (M.) c. C.C. (G.)*, 2002 CanLII 17300 (QC C.S.).

¹⁶⁸ *Fournier c. Ponsoda (Expéditions Monde)*, 2007 QCCQ 14067 (CanLII); *Dionne c. Voyages héritage J. & A. Inc.*, 2005 CanLII 21760 (QC C.Q.).

aux demanderesse le minimum auquel elles pouvaient aspirer»¹⁶⁹. Il semble que l'on retrouve ici l'idée des attentes raisonnables, de l'essence et du socle irréductible du contrat.

Les tribunaux ont également parlé d'« obligation essentielle » pour nommer une obligation dont l'accomplissement est nécessaire à l'exercice d'un recours. À défaut, le demandeur se voit opposer une fin de non-recevoir. Citons quelques exemples : l'obligation de l'acquéreur, en matière de vice caché, de dénoncer le vice conformément à l'article 1739 du *Code civil du Québec* pour intenter une action en garantie¹⁷⁰ ; pour une action en passation de titre, l'obligation du demandeur de consigner le prix d'achat du bien dont il réclame la propriété¹⁷¹ ; et dans le cadre d'un contrat de garantie prolongée, l'obligation de l'acheteur de procéder à tous les entretiens mécaniques prévus à la cédule d'entretien du manufacturier pour pouvoir faire une réclamation¹⁷². À l'inverse, le manquement à une « obligation essentielle » peut donner ouverture à l'exercice d'un recours. C'est le cas de l'annonce par l'huissier de la clôture des enchères pour la vente d'immeubles, qui si elle n'est pas faite de façon non équivoque, donne ouverture à la requête en annulation du décret¹⁷³. Lorsque les tribunaux font ici référence à des « obligations essentielles », ils désignent en fait l'accomplissement de formalités nécessaires qui conditionnent ou empêchent l'exercice d'un recours.

Tous ces exemples, en dehors de l'application de l'article 1437 du *Code civil du Québec*, nous permettent de conclure que les juges utilisent parfois l'expression d'obligation essentielle, sans référer au véritable concept d'obligation essentielle sur lequel nous nous penchons. Cela est manifeste lorsqu'ils désignent des obligations impératives ou des formalités nécessaires à l'ouverture d'un recours. Il en est de même pour l'obligation de bonne foi qui constitue l'obligation-phare de tout contrat et de toute relation contractuelle et qui, en ce sens, n'est pas de l'essence d'un contrat en particulier. Souvent, en revanche, les tribunaux réfèrent à des obligations principales,

¹⁶⁹ *Dionne c. Voyages héritage J. & A. Inc.*, préc., note 168, par. 13.

¹⁷⁰ *Caron c. Transports Mareli Inc. (Centre du sport Lac-St-Jean)*, 2008 QCCQ 7595 (CanLII) ; *Vinet c. ADF Autos*, 2006 QCCQ 4144 (CanLII) ; *Bourque c. Castonguay*, 2002 QCCQ 36289 (CanLII).

¹⁷¹ *Sushi Taxi Inc. c. Giroux*, 2004 CanLII 41520 (QC C.S.).

¹⁷² *Polynice c. Groupe PPP Ltée*, 2007 QCCQ 2111 (CanLII) ; *Paniccia c. Groupe PPP Ltée*, 2006 QCCQ 13850 (CanLII).

¹⁷³ *Lafond c. Boucher*, 1996 CanLII 5969 (QC C.A.).

bien ancrées dans la pratique contractuelle, qui définissent le contrat en cause, relèvent de sa nature même et des attentes raisonnables du créancier et représentent le minimum contractuel. Ces éléments participent de la notion d'obligation essentielle.

*
* *
*

Dans les deux systèmes juridiques étudiés, l'invention jurisprudentielle que constitue la notion d'obligation essentielle, outre le fait qu'elle permette d'apprécier la gravité d'une inexécution contractuelle et constitue l'un des critères du prononcé de la résolution, s'est taillée une place de choix au sein des mécanismes de contrôle des clauses abusives. En droit français, elle est apparue comme un palliatif du vide législatif, permettant de lutter efficacement contre les clauses abusives contenues dans les contrats entre professionnels en les réputant non écrites. La disposition du *Code civil du Québec*, régissant le sort des clauses abusives dans les contrats de consommation et d'adhésion, comporte quant à elle une illustration par excellence de ce type de clauses, et le législateur a fait de l'obligation essentielle le point d'ancrage de cet exemple non limitatif.

Une clause aménageant l'exécution ou l'inexécution d'une obligation essentielle n'est pas forcément abusive. Pour cela, il faut qu'elle « dénature » le contrat pour reprendre l'expression du législateur québécois, qu'elle vide de toute substance l'obligation essentielle créant ainsi une contradiction avec la portée de l'engagement souscrit, comme tend à l'affirmer la jurisprudence française¹⁷⁴. Inversement, une clause abusive ne peut être limitée aux clauses qui ont pour effet d'évincer une obligation essentielle puisqu'elle peut porter sur un élément accessoire, ce qui est d'ailleurs plus fréquent. La destruction de l'essence du contrat est donc l'indice le plus flagrant dans la détermination du caractère abusif d'une clause.

En droit français, l'obligation essentielle a donc une importance cruciale, c'est un véritable instrument de morale et de justice contractuelle, mais elle ne joue qu'un rôle plus limité d'indice manifeste dans le cadre de l'article 1437 du *Code civil du Québec* sur les clauses abusives. Il y a déjà

¹⁷⁴ L'expression de dénaturation n'est que peu utilisée en France. Voir tout de même: J. MESTRE, préc., note 31, 418: « [la clause abusive] ne peut dès lors trouver application sous peine d'une dénaturation de la loi contractuelle ».

quinze ans, la professeure Ruth Sefton-Green se questionnait sur l'avenir de la notion d'obligation essentielle dans le cas où le législateur français se déciderait finalement à intervenir en matière de clauses abusives dans les contrats entre professionnels¹⁷⁵. Elle pourrait être écartée comme elle l'a été en droit anglais après l'adoption du *Unfair Contract Terms Act*, mais le Québec fournit une autre réponse : elle pourrait subsister en tant qu'outil permettant de déceler plus aisément les clauses abusives. C'est d'ailleurs la voie qu'emprunte le projet de réforme.

En raison de sa consécration législative et de son statut plus illustratif au Québec, l'obligation essentielle n'est pas réellement controversée quant à sa légitimité. Régulièrement exploitée en jurisprudence, elle est la gardienne de la substance du contrat et cristallise le fondement même de l'engagement contractuel. Bien que les juges fassent parfois allusion à une « obligation essentielle » dans un sens plus courant et sans véritable lien avec la notion juridique qu'elle représente, nombreuses sont les décisions qui permettent d'étoffer la liste des obligations qui peuvent être qualifiées d'essentielles et qui, ajoutées aux analyses doctrinales sur le sujet, contribuent à dessiner plus clairement les contours de ce concept.

En France, en revanche, l'obligation essentielle ou fondamentale fait l'objet de critiques virulentes. Plusieurs outils de remplacement ont été proposés, comme l'exigence de cohérence contractuelle, la notion de faute lourde mêlant subjectivisme et objectivisme à travers le plafond de responsabilité compte tenu du contrat et du comportement du débiteur¹⁷⁶ et la déraisonnabilité, comme en droit anglais, avec comme critères la nature du manquement, le niveau de négociation de la clause et l'existence d'une contrepartie¹⁷⁷. D'autres ont suggéré de distinguer les clauses excluant toute réparation de celles qui limitent le montant de l'indemnisation et qui devraient être révisées au lieu d'être éliminées¹⁷⁸. Autant de solutions qui ne créeraient pas forcément moins d'incertitude...

Au cours des dernières décennies, l'utilisation de l'obligation essentielle a beaucoup évolué en France, trahissant la difficulté des tribunaux à cerner un concept qu'ils avaient eux-mêmes mis en avant. Notion aux fron-

¹⁷⁵ R. SEFTON-GREEN, préc., note 2, p. 273 et suiv.

¹⁷⁶ D. MAZEAUD, préc., note 24, 1781, n° 19; T. GENICON, préc., note 71; P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 22, n° 983, p. 524.

¹⁷⁷ S. CARVAL, préc., note 17; T. GENICON, préc., note 71.

¹⁷⁸ G. VINEY, préc., note 22; D. MAZEAUD, préc., note 24, 1781, n° 19.

tières subtiles et malgré l'ambivalence de bien des auteurs à son égard, elle est de plus en plus clarifiée au fil des tendances jurisprudentielles et s'est révélée être un instrument précieux pour éliminer les clauses abusives dans les contrats entre professionnels, comblant ainsi efficacement les lacunes du droit et rétablissant une certaine justice contractuelle. En lui insufflant une seconde vie, la réforme tant attendue est susceptible de lui conférer une légitimité plus affirmée dans le paysage du droit français des obligations.

