

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité

Michelle CUMYN*

Résumé

Cet article présente les résultats d'un projet de recherche sur les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle, ayant pour but d'en dégager les finalités et de proposer un cadre d'analyse permettant d'en évaluer l'efficacité. Il prend pour point de départ le contrat et s'intéresse à la manière dont les lois d'ordre public contribuent à l'atteinte d'une plus grande justice contractuelle. Axée sur les sanctions, cette étude transverse chevauche la frontière entre

Abstract

This article presents the results of a research project that focused on the sanctions associated with laws of public order relating to contractual justice, in order to discern their functions and to propose a theoretical framework for evaluating their efficiency. Its point of departure is the author's interest in contracts and the manners in which laws of public order may contribute to achieving greater justice between the parties. In focusing on sanctions, the article straddles private and public

* Professeure de droit à l'Université Laval, membre du Centre d'études en droit économique (CÉDÉ). Les recherches sur lesquelles se fonde le présent article ont été réalisées grâce à une subvention de la Fondation Claude Masse.

L'auteure remercie les étudiants suivants, qui ont participé aux recherches : David Bélanger, Marie-Hélène Cormier, Mélissa Devost, Maude Gagné, Mélanie Gaudreault et Guillaume Talbot-Lachance. Elle souhaite souligner tout particulièrement la contribution importante de M. Talbot-Lachance aux dernières étapes du projet.

L'auteure remercie également les personnes suivantes, pour l'éclairage précieux qu'elles lui ont apporté sur leurs domaines d'expertise respectifs : les professeurs Pierre Issalys, Christian Brunelle et Dominique Roux de la faculté de droit de l'Université Laval, Mme Florence Gagnon et M^e Marc Migneault de l'Office de protection du consommateur et M^e Pierre-Gabriel Guimont du Bureau du syndic au Barreau du Québec.

droit privé et droit public et met en parallèle différents domaines d'intervention, tels que le droit du travail, le droit professionnel et le droit de la consommation.

Dans la première partie de l'article, l'auteure présente quelques observations à propos du corpus des lois étudiées. Elle y relève notamment trois approches législatives permettant de venir en aide aux contractants vulnérables: la première consiste à contrôler au préalable l'exercice d'une activité économique au moyen d'une autorisation prescrite par la loi, la seconde consiste à normaliser le contenu obligationnel du contrat, tandis que la troisième vise à optimiser l'information et la liberté de choix de la partie protégée. L'auteure souligne ensuite les difficultés que soulève la distinction entre l'ordre public de protection et l'ordre public de direction, puisque plusieurs lois de la seconde catégorie contribuent de manière importante à protéger la partie vulnérable à un contrat. Elle critique le critère de distinction fondé sur la nature de l'intérêt protégé et propose un nouveau critère découlant de son analyse des sanctions.

Dans la seconde partie de l'article, l'auteure aborde l'étude des sanctions, qu'elle classe en fonction de leurs finalités. Les sanctions préventives ont pour but d'inciter les justiciables à respecter la loi. Elles répondent aux finalités de dissuasion, punition, rééducation et mise hors d'état de nuire du contrevenant. Les sanctions préventives sont les sanctions disciplinaires, les sanctions administratives, les sanctions pénales, la nullité absolue et l'injonction en droit public. Les autorités de surveillance ont un rôle important à

law, while drawing from legislation in many different fields, including labour, professional and consumer law.

In Part I, the author presents a few observations about the legislation forming the subject matter of her analysis. In particular, she identifies three legislative approaches to assisting vulnerable parties to a contract: the first is to require prior approval of economic activities by way of an authorisation prescribed by law, the second is to dictate the norms and standards applicable to certain contracts, and the third is to maximise the protected party's ability to make a free and informed decision. The author then underlines the difficulties involved in applying the distinction between public order of protection and public order of direction, since many laws within the latter category play an important role in protecting vulnerable parties to a contract. The author criticises the attempt to oppose laws which protect an individual interest and laws which protect the general interest and proposes a new criterion derived from her analysis of sanctions.

In Part II, the author examines the various sanctions associated with the violation of laws of public order and characterises them in light of their purpose. Preventive sanctions are intended to promote compliance with the law. They attempt to dissuade, punish, re-educate or neutralise the offender. Disciplinary sanctions, administrative sanctions, penal sanctions, absolute nullity and public law injunctions are all preventive. Regulatory agencies play an important role in carrying out such sanctions; where private parties are

jouer dans leur mise en œuvre ; lorsque les parties privées sont admises à agir sur ce terrain, ce n'est pas sans risque d'abus. Les sanctions curatives ont pour but de remédier à la violation de la loi, lorsque celle-ci a porté préjudice à la partie protégée. Les sanctions curatives sont la nullité relative, les recours pour inexécution du contrat, la déchéance d'un droit et les mesures qui garantissent la solvabilité du contractant qui a violé la loi. En principe, les sanctions curatives appartiennent à la seule partie protégée, qui ne peut en demander l'application que si elle a souffert de la violation de la loi. Ce principe n'est toutefois pas toujours respecté, alors que la sanction curative tend à être détournée vers une finalité préventive, comme parfois lorsqu'elle est exercée au moyen d'un recours collectif, dont le but premier est pourtant de faciliter l'accès à la justice des parties protégées.

Dans la troisième partie de l'article, l'auteure aborde plus spécifiquement l'intégration possible des fonctions préventive et curative, afin d'en cerner certains enjeux délicats. Elle mentionne l'existence de sanctions hybrides, comme les dommages punitifs et la nullité relative ou la déchéance d'un droit sans égard au préjudice. En prenant l'exemple de trois autorités de surveillance, le Barreau, l'Office de la protection du consommateur et la Commission des normes du travail, l'auteure se penche enfin sur la manière dont elles agissent pour promouvoir le respect de la loi au moyen de sanctions préventives, tout en venant en aide aux personnes lésées par sa violation, afin qu'elles puissent accéder au remède approprié.

also entitled to act, it is not without some risk of abuse. Curative sanctions are intended to remedy a violation of the law, where such violation has harmed a vulnerable party to a contract. Relative nullity, remedies for breach of contract, forfeiture and protection against the offender's insolvency are all curative. As a matter of principle, a curative sanction belongs to the protected party, who may only invoke it if he or she has suffered from the law being violated. This principle is not always followed, however, since curative sanctions are sometimes used for purposes of prevention, as may happen in class actions, for example, even though they have as their primary purpose to facilitate protected parties' access to a curative sanction.

In Part III, the author addresses the possibility of integrating the preventive and curative functions, which raises some particular concerns. She mentions the existence of hybrid sanctions, such as punitive damages and relative nullity or forfeiture, when they are applied even in the absence of harm to the protected party. She takes the example of three regulatory agencies, the Bar, the Consumer Protection Office and the Labour Standards Commission, in order to describe their role in promoting compliance with the law through preventive sanctions and assisting vulnerable parties in obtaining an appropriate remedy.

Plan de l'article

Introduction	7
I. Les lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle	9
A. Les lois étudiées	10
B. L'ordre public de protection et l'ordre public de direction	17
II. Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle	26
A. Les sanctions préventives	27
1. Les sanctions disciplinaires.....	29
2. Les sanctions administratives	32
3. Les sanctions pénales	33
4. La nullité absolue	37
5. L'injonction.....	45
6. La mise en œuvre des sanctions préventives.....	48
B. Les sanctions curatives.....	53
1. La nullité relative	55
2. Les recours pour inexécution du contrat	58
3. La déchéance d'un droit	59
4. Les mesures qui garantissent la solvabilité du contractant.....	60
5. La mise en œuvre des sanctions curatives.....	61

III. L'intégration des sanctions préventives et des sanctions curatives : complémentarité ou compromis ?	69
A. Les sanctions hybrides	69
B. La mise en œuvre intégrée des sanctions préventives et curatives.....	71
Conclusion	83
Annexe : Tableau des lois étudiées.....	86

Le 20^e siècle a été celui de la prolifération des lois d'ordre public intervenant dans tous les secteurs de l'activité humaine. Un grand nombre de ces lois visent à instaurer un meilleur équilibre dans les relations contractuelles. Or, la législation est un outil de contrôle et de transformation sociale qui connaît certaines limites. Lorsqu'une activité économique se déploie à travers une multitude de contrats, comment légiférer pour promouvoir la justice à l'intérieur de chacun d'eux? Tâche difficile en effet, que de faire en sorte que la réglementation étatique soit efficace, qu'elle rejoigne effectivement chaque contractant vulnérable pour lui apporter la protection dont il ou elle aurait besoin.

L'efficacité de la réglementation étatique dépend, en grande partie, de l'efficacité de ses sanctions. Elle dépend aussi des conditions dans lesquelles les justiciables peuvent faire valoir ces sanctions, c'est-à-dire accéder à la justice. Au Québec, comme dans bien d'autres pays, le législateur a fait preuve d'audace et d'ingéniosité en développant, dans différents secteurs, de nouvelles sanctions et de nouveaux recours pour rehausser l'efficacité de la réglementation étatique. Il a également chargé diverses autorités – groupements professionnels, régies, commissions, offices, etc. – de veiller à l'application de la loi tout en assistant les contractants vulnérables dans l'exercice de leurs droits¹. Il nous a paru intéressant d'étudier dans leur ensemble ces sanctions et recours.

Nous entendons démontrer, dans le cadre de cette étude, que les sanctions et recours associés aux lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle peuvent être classés en fonction de deux finalités principales, qui sont de prévenir les atteintes à l'ordre public (sanctions préventives) et de réparer les conséquences négatives d'une telle atteinte pour la partie protégée à un contrat (sanctions curatives). Cette typologie de base permet de mieux comprendre ce qu'il faut attendre de chacune des sanctions de l'ordre public : s'agit-il de dissuader les contrevenants éventuels ou de remédier au tort causé à une partie contractante? Nous croyons également que cette typologie facilite l'analyse des conditions d'application des différentes sanctions et qu'elle permet d'établir les paramètres d'une

¹ Voir : Pierre CIOTOLA, « L'intervention de l'État dans le droit des contrats : vers une publicisation du droit des contrats? », (1986) 20 *R.J.T.* 169.

évaluation de leur efficacité, tout en posant la question de leur complémentarité. En effet, nous verrons les différents régimes législatifs et, surtout, leur administration par les autorités chargées de leur mise en œuvre, parvenir à des équilibres différents dans l'emploi des sanctions préventives et curatives, celles-ci pouvant, selon les cas, s'appliquer de manière cumulative ou, au contraire, faire l'objet de compromis qui privilégient soit la prévention, soit la recherche d'une solution satisfaisante pour la partie protégée.

Tel que défini à l'origine, notre projet de recherche portait sur les sanctions associées aux lois relevant de l'ordre public de protection. Suivant une doctrine québécoise unanime, nous entendions par ordre public de protection l'ensemble des règles du droit positif régissant de manière impérative les rapports contractuels, dans le but de protéger l'une des parties au contrat. Nous le distinguons de l'ordre public de direction, qui regroupe les règles de droit impératif ayant pour but une meilleure organisation des rapports contractuels dans l'intérêt général de la société. Or, la distinction entre l'ordre public de protection et l'ordre public de direction nous est apparue difficile, voire impossible à mettre en œuvre lorsque, dépouillant la législation québécoise, nous nous efforcions de retenir uniquement les lois relevant de la première catégorie. Nous avons donc décidé de recueillir pour analyse toutes les lois ayant principalement ou incidemment pour but de promouvoir une plus grande justice contractuelle, en redressant l'équilibre interne du contrat au profit d'une partie vulnérable. La question de leur appartenance à l'ordre public de protection ou de direction a été laissée en suspens en attendant l'analyse plus fine des lois retenues. Or, cette analyse plus fine n'a fait que confirmer le caractère évanescent de la distinction, tout en appuyant la pertinence d'aborder l'ordre public sous l'angle de ses sanctions, car c'est là que la distinction entre l'ordre public de direction et de protection nous a semblé retrouver une certaine part de vérité.

Nous avons voulu, dans ce projet de recherche, centrer notre analyse sur les sanctions plutôt que sur les normes dont elles assurent le respect, afin de contribuer, par une meilleure compréhension de ces sanctions, à la réflexion plus large sur la portée et l'efficacité des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle. En effet, les observateurs exigent souvent que l'ordre public contractuel livre son bilan. Les uns prétendent que les mesures mises en place sont inefficaces et qu'elles alourdissent inutilement les coûts associés aux activités économiques réglementées. Les autres répondent qu'il

est essentiel de protéger les contractants vulnérables et qu'il faut redoubler d'ingéniosité pour accroître l'efficacité de ces mesures. Nous avouons d'emblée notre parti pris en faveur de la protection des contractants vulnérables, surtout que les relations contractuelles se complexifient toujours davantage, sans cesser de donner prise aux abus.

Faut-il le rappeler, « contracter, ce n'est pas seulement vouloir, c'est aussi employer un instrument forgé par le droit »². Or, le droit « ne sanctionne le contrat que parce qu'il est utile et à la condition qu'il soit juste »³. L'ordre public n'est pas qu'une limitation à la liberté contractuelle ; il contribue à en asseoir la légitimité.

Nous espérons que le caractère transversal de notre étude, qui s'intéresse aux sanctions appliquées dans tous les secteurs visés par les lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle, facilitera la mise en commun et la comparaison des solutions retenues dans différents domaines. En même temps, nous sollicitons l'indulgence de nos lecteurs, puisque nous ne saurions prétendre à une connaissance intime du droit dans chacun des domaines abordés.

Dans un premier temps, nous présenterons les lois qui constituent le corpus de notre étude. Dans un second temps, nous examinerons les sanctions et recours qui leur sont associés. Dans un troisième temps, nous nous intéresserons à l'intégration des sanctions préventives et des sanctions curatives.

I. Les lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle

Notre étude, qui se veut exhaustive, porte sur les lois québécoises⁴ répondant aux deux critères suivants : 1^o elles ont une inci-

² Philippe SIMLER, François TERRÉ et Yves LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Paris, Dalloz, 2005, n^o 29, p. 34.

³ Jacques GHESTIN, « L'utile et le juste dans le contrat », (1981) 26 *Archives de philosophie du droit* 25, 41.

⁴ Plusieurs lois fédérales, telles que la *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), c. F-27, la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, c. 46, la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), c. C-44, le *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46, le *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), c. L-2, la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), c. C-34, la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42, la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, c. 9, la *Loi sur l'équité en matière d'emploi*, L.C. 1995,

dence sur les conditions de formation ou le contenu obligationnel de certains contrats; 2° elles contribuent à promouvoir la justice contractuelle en apportant une protection aux contractants vulnérables. Après avoir présenté le corpus des lois étudiées, nous évoquerons les difficultés que nous avons éprouvées à mettre en œuvre la distinction entre l'ordre public de direction et l'ordre public de protection. Nous démontrerons que cette distinction doit être revue, notamment parce qu'elle entrave l'analyse des lois d'ordre public et de leurs sanctions.

A. Les lois étudiées

Ces lois peuvent aisément être regroupées en trois grands ensembles, qui sont la protection économique des travailleurs, la protection économique de l'acquéreur d'un bien ou d'un service (le consommateur au sens large) et la protection de la santé, de la sécurité et des droits et libertés de la personne. Le tableau en annexe énumère les lois étudiées en les regroupant comme suit.

Protection économique des travailleurs. Les lois qui protègent les travailleurs forment un ensemble relativement compact, même s'il nous a semblé à propos d'ajouter aux lois relevant traditionnellement du droit du travail, celles qui concernent les travailleurs de la construction, les artistes et les producteurs agricoles, pêcheurs et chasseurs.

Protection économique des consommateurs au sens large. Ces lois sont plus nombreuses et diversifiées que les précédentes. On y retrouve notamment les lois protectrices des consommateurs,

c. 44, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), c. B-3, la *Loi sur l'intérêt*, L.R.C. (1985), c. I-15, la *Loi sur les justes salaires et les heures de travail*, L.R.C. (1985), c. L-4, la *Loi sur les lettres de change*, L.R.C. (1985), c. B-4, la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), c. T-13, la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), c. F-14, la *Loi sur les sociétés d'assurance*, L.C. 1991, c. 47, la *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*, L.C. 1991, c. 45 et la *Loi sur le transport aérien*, L.R.C. (1985), c. C-26, ont également une incidence importante sur la justice contractuelle. L'important corpus des lois québécoises étant déjà difficile à maîtriser, nous avons dû renoncer à l'étude des lois fédérales. Nous croyons toutefois que le cadre proposé dans cet article est susceptible d'orienter l'analyse de la législation fédérale, du moins dans le contexte québécois.

des épargnants et des locataires, ainsi que les lois régissant les professions et l'exercice d'autres métiers ou activités commerciales.

Protection de la santé, de la sécurité et des droits et libertés de la personne. Les lois qui concernent la santé, la sécurité, ainsi que les droits et libertés de la personne s'appliquent tantôt de manière spécifique aux travailleurs ou aux consommateurs d'un bien ou d'un service, tantôt de manière générale à toute personne concernée. Par exemple, la *Loi sur les appareils sous pression*⁵ a pour objet de protéger en même temps les travailleurs et les membres du public exposés à ceux-ci.

Les lois relevant de cette catégorie débordent souvent très largement du domaine contractuel, mais elles ont une incidence importante sur le contrat lorsqu'elles rehaussent, en faveur d'une partie vulnérable, l'obligation de son cocontractant de veiller à sa sécurité et de respecter ses droits fondamentaux, tout en fournissant à la partie protégée des moyens d'agir adaptés à sa situation, alors même que cette partie n'aurait sans doute pas pu obtenir de tels garanties et recours sous un régime de liberté contractuelle.

Chevauchements possibles entre ces grands ensembles. Plusieurs lois recensées ont très clairement pour but d'apporter une protection juridique aux membres d'un groupe précis, tel que les salariés, les locataires, les épargnants, les consommateurs, les artistes, etc. Il est alors aisé de départager celles qui relèvent de la protection économique des travailleurs, d'une part, et celles qui relèvent de la protection économique des consommateurs, d'autre part. Ces catégories ne se recoupent pas, la partie protégée étant celle qui fournit la prestation non monétaire dans le premier cas, et celle qui reçoit celle-ci, dans le second cas.

L'objectif de protection poursuivi par d'autres lois est plus ambigu. Ces lois attribuent typiquement à la fois des responsabilités et des droits – voire des privilèges – au groupe visé. Par exemple, les lois régissant les ordres professionnels ont ostensiblement pour objet de protéger le public, donc le consommateur des services offerts, plutôt que le fournisseur de ceux-ci⁶. Les fournisseurs s'en trouvent toutefois nettement favorisés, dans la mesure où le droit consacre

⁵ L.R.Q., c. A-20.01.

⁶ *Code des professions*, L.R.Q., c. C-26, art. 12.

en leur faveur un accès réservé au marché de certains services⁷. La *Loi sur la mise en marché des produits agricoles, alimentaires et de la pêche* vise à stabiliser les revenus des producteurs agricoles, pêcheurs et chasseurs et à faciliter la promotion et la mise en marché de leurs produits, mais cette loi exprime également le souci de protéger les consommateurs⁸. D'autres lois comportent un arbitrage si serré entre les intérêts divergents des groupes en présence, qu'il est difficile d'identifier la protection de l'un d'eux comme un objectif prépondérant : nous en donnons pour exemple la *Loi sur les heures et les jours d'admission dans les établissements commerciaux*, la *Loi concernant les services de transport par taxi* ou la *Loi sur la régie de l'énergie*⁹.

L'ensemble des lois visant à protéger la santé et la sécurité des personnes, ainsi que le respect de leurs droits fondamentaux, complète les deux autres ensembles identifiés, puisqu'il s'agit toujours de protéger soit les travailleurs, soit les consommateurs, soit toutes ces personnes. Certaines lois comportent à la fois un volet économique et un volet qui touche à la protection de la personne. Il en est ainsi, par exemple, du *Code de la sécurité routière*¹⁰.

Observations. Dans le cours de nos recherches, nous avons pu constater à quel point les lois qui favorisent l'atteinte d'une meilleure justice contractuelle constituent, à certains égards, un ensemble hétéroclite. Ces lois portent la marque de l'époque à laquelle elles ont été adoptées, ainsi que des particularités propres à chaque secteur d'intervention. Ces facteurs affectent l'idéologie qui a pré-

⁷ Nabil N. ANTAKI et Charline BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise*, t. 1, « Entrepreneurs et sociétés de personnes », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 43 et 44 : « il est difficile de distinguer nettement les règlements du Barreau qui sont d'intérêt public et ceux qui sont édictés dans le seul intérêt des membres. Le débat qui oppose les acupuncteurs aux médecins, les dentistes aux hygiénistes dentaires et ces derniers aux radiologues illustre bien ce point » ; pour Pierre ISSALYS et Michel BOURQUE, *Répartir les normes : le choix entre les formes d'action étatique*, Québec, Société de l'assurance automobile du Québec, 2000, p. 74 et 75, le droit professionnel cherche non pas à assujettir les pratiques d'autogestion des professions libérales à l'impératif de protection du public, mais à les faire coïncider avec celui-ci.

⁸ L.R.Q., c. M-35.1, art. 5 et 52, al. 2 ; voir aussi : P. ISSALYS et M. BOURQUE, *op. cit.*, note 7, p. 76 et 77 ; N.N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 7, p. 59.

⁹ Respectivement : L.R.Q., c. H-2.1 ; L.R.Q., c. S-6.01 ; L.R.Q., c. R-6.01.

¹⁰ L.R.Q., c. C-24.2.

sidé à leur adoption¹¹. Malgré cela, notre projet a consisté à appréhender ces lois dans leur ensemble et à tenter certaines généralisations, en dépit des différences d'ordre historique, idéologique ou sectoriel.

Différentes approches législatives. Ainsi, il est possible d'identifier dans l'ensemble des lois étudiées trois approches suivies par le législateur¹². La première approche consiste à *contrôler au préalable l'exercice d'une activité économique* en imposant l'obtention d'une *autorisation* prescrite par la loi (cette autorisation prenant parfois le nom d'attestation, de licence ou de permis). Avant d'émettre l'autorisation, l'autorité de surveillance vérifie, à titre d'exemple, la sécurité ou la qualité du bien ou du service offert ou la compétence du vendeur ou du prestataire de services, suivant les critères fixés par la loi et les règlements. La personne qui agit sans l'autorisation requise, se déroband aux mesures de contrôle instaurées, est passible de sanctions pénales. Au plan administratif, cette approche est la plus lourde et la plus coûteuse parmi celles recensées, parce qu'elle nécessite que soient mis en place simultanément un processus d'évaluation et de surveillance des détenteurs d'autorisations et un système de détection et de poursuite des « usurpateurs », ceux qui agissent sans autorisation. Plus les conditions préalables à l'obtention de l'autorisation sont exigeantes et coûteuses pour le justiciable, plus la voie d'évitement qui consiste à agir sans autorisation risque de devenir attrayante, et plus un dispositif efficace

¹¹ Pour une présentation des idéologies corporatiste, technocratique, libérale et consumériste qui ont contribué, à des degrés divers, à la réforme du droit professionnel et à l'avènement du droit de la consommation, voir : Jean-Guy BELLEY, « La notion de protection du public dans la réforme du droit professionnel québécois : une analyse socio-politique », (1980) 21 *C. de D.* 673. Sur l'opposition entre l'idéologie libérale et l'idéologie dirigiste, voir : Jacques GHESTIN, *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français : principes directeurs, consentement, cause et objet*, Montréal, Université McGill (Institut de droit comparé), 1982, p. 36-38 ; Michel COIPEL, « La liberté contractuelle et la conciliation optimale du juste et de l'utile », dans *Enjeux et valeurs d'un code civil moderne, Journées Maximilien-Caron*, Montréal, Éditions Thémis, 1990, p. 79.

¹² Cette présentation s'inspire de la classification proposée par des auteurs britanniques, qui distinguent trois types d'intervention réglementaire : « *prior approval* », « *standards* » et « *information regulation* » : voir : Peter CARTWRIGHT, *Consumer Protection and the Criminal Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 40 et suiv. ; Antony OGUS, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Oxford, Hart, 2004.

s'avère essentiel pour le dissuader d'emprunter cette voie¹³. Cette approche permet toutefois un encadrement serré des activités des titulaires d'autorisations, qui sont en relation continue avec l'autorité qui les agréee¹⁴. Elle met en place un suivi efficace de la qualité de l'offre contractuelle.

La seconde approche législative consiste à *normaliser le contenu obligationnel du contrat*, soit en contrôlant les prix, les salaires ou les loyers, soit en prescrivant des normes se rapportant tantôt à la qualité et la sécurité des biens et services, tantôt aux conditions de travail, tantôt aux mesures requises pour protéger la santé, la sécurité et les droits de la personne. L'interdiction de certaines clauses contractuelles et la prescription de certains recours relève également de cette approche. Accompagnée le plus souvent de sanctions pénales et de recours spécifiques pouvant être exercés par la partie protégée, cette approche est moins lourde à administrer que la précédente. En effet, même lorsque la surveillance de la mise en application de la loi est confiée à une autorité spécialement créée à cette fin, cette surveillance ne nécessite pas le suivi individualisé de tous les participants au secteur d'activités concerné, comme l'exige l'approche fondée sur le contrôle préalable et l'autorisation. Tout de même, cette seconde approche représente une intervention assez marquée dans les relations contractuelles. Elle est parfois qualifiée de dirigiste ou de paternaliste, puisqu'elle repose sur la prémisse que les parties ne sauront pas elles-mêmes parvenir à l'élaboration d'un contrat juste et équilibré. Il faut toutefois garder à l'esprit le fait que les contrats visés par ces dispositions sont souvent des contrats d'adhésion. La normalisation du contenu obligationnel du contrat consiste donc, dans bien des cas, à substituer ou à superposer aux normes spécifiées par une seule partie des normes fixées par le législateur au terme d'un processus mieux à même de tenir compte des intérêts légitimes de toutes les parties concernées.

¹³ Bien sûr, il existe d'autres moyens que la mise en place d'une surveillance efficace et de sanctions sévères pour inciter le justiciable à respecter la loi. Ainsi, les titulaires d'autorisations bénéficient souvent d'avantages importants : formation, soutien technique, information, service de conciliation ou d'arbitrage des litiges avec les clients, assurance collective, etc.

¹⁴ Pierre ISSALYS et Denis LEMIEUX, *L'action gouvernementale : précis de droit des institutions administratives*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, n° 11.8 et suiv. ; *Tribunal administratif du Québec c. Collectcorp, agence de recouvrement inc.*, [2005] R.J.Q. 2862 (C.A.).

La troisième approche législative consiste enfin à *optimiser l'information et la liberté de choix de la partie protégée*. Les mécanismes mis en place interviennent surtout au moment de la formation du contrat et imposent typiquement des devoirs de renseignement spécifiques au cocontractant, tout en accordant à la partie protégée un délai de réflexion avant la formation définitive du contrat. Cette approche se fonde sur la prémisse qu'une personne bien informée, disposant d'un temps de réflexion suffisant, saura profiter du libre jeu de la concurrence en effectuant les choix qui répondent le mieux à ses besoins et à ses intérêts. Elle est moins interventionniste que les précédentes et jugée, par certains auteurs, plus conforme aux préceptes du libéralisme économique. Cependant, cette approche ne suffit pas pour protéger les personnes moins aptes à apprécier les informations qui leur sont soumises; or, ce sont souvent ces personnes qui ont le plus besoin de protection¹⁵.

Bien entendu, ces trois approches, qui présentent chacune leurs avantages et leurs limites, sont complémentaires et peuvent être combinées, comme c'est le cas, notamment, dans la *Loi sur la protection du consommateur* ou dans la *Loi sur les valeurs mobilières*¹⁶.

Personnes visées. Les personnes qui bénéficient des protections mises en place par le législateur sont souvent, mais pas nécessairement, des personnes physiques. Ainsi, le salarié, le consommateur (au sens de la L.p.c.) et le locataire résidentiel sont des personnes physiques. En revanche, les lois qui régissent les ordres professionnels, la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* et même la *Charte des droits et libertés de la personne* sont susceptibles de bénéficier à des personnes morales aussi bien qu'à des personnes physiques¹⁷. Même dans les lois ayant une portée générale, comme le Code civil, et à plus forte raison dans les autres lois, le législateur vise typiquement un groupe précis, soit pour lui offrir une protection, soit pour lui imposer des

¹⁵ Sur les limites de cette approche en matière de crédit à la consommation, voir : Gabriele ROEHL, «Crédit à la consommation et endettement des consommateurs», dans Françoise MANIET (dir.), *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec, Actes du colloque des 14 et 15 mars 2005*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 145 et suiv.

¹⁶ *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1 (ci-après citée : «L.p.c.»); *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q., c. V-1.1.

¹⁷ *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, L.R.Q., c. P-39.1; *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.

responsabilités particulières. Les choix effectués à cet égard donnent parfois lieu à des inégalités de traitement tant du point de vue des protections offertes que des responsabilités imposées aux divers groupes de la société.

Incidence sur le contrat. L'incidence des lois étudiées sur le contrat varie suivant que le législateur a choisi ou non de cibler ce cadre d'intervention. Nous constatons de nouveau que le choix effectué, sans être le fruit du hasard, aurait aussi pu être tout à fait différent. Ainsi, le droit de la consommation axe ses interventions essentiellement sur le contrat conclu entre un consommateur et un commerçant¹⁸. Or, au sens économique du terme, le consommateur est l'utilisateur final d'un bien ou d'un service : cet utilisateur final n'est pas forcément celui qui a contracté avec le commerçant pour se procurer ceux-ci, même si tel est souvent le cas. Une approche différente aurait pu consister à protéger l'ensemble des consommateurs au sens économique, mais il aurait alors fallu que le droit de la consommation investisse d'autres champs du droit, tels que la responsabilité civile. On voit d'ailleurs la responsabilité civile intervenir de manière complémentaire au régime contractuel, par exemple lorsqu'il est question de la responsabilité du fabricant¹⁹. On remarque aussi que le législateur étend parfois à l'utilisateur final les recours du consommateur qui a contracté avec le commerçant²⁰.

Rappelons par conséquent que les lois recensées, choisies parce qu'elles ont une incidence directe en matière contractuelle, ne représentent qu'une portion des lois visant, de manière plus large, à assurer la protection des personnes vulnérables de notre société. Le droit des contrats ne constitue qu'un véhicule parmi d'autres pour parvenir à cette fin. La relation contractuelle ne constitue elle aussi qu'une relation parmi d'autres, d'autres types de relations pouvant également se voir encadrées par le droit indépendamment de tout contrat. Cette réalité se trouve néanmoins assez bien représentée même dans le corpus des lois étudiées, du fait que les lois

¹⁸ Voir : Claude MASSE, « Fondement historique de l'évolution du droit québécois de la consommation », dans *Mélanges Claude Masse*, sous la direction de Pierre-Claude LAFOND, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 39, à la page 47.

¹⁹ C.c.Q., art. 1468 et 1469.

²⁰ Voir : L.p.c., art. 53 et 54.

retenues ont une incidence très variable sur le régime contractuel, plusieurs ayant par ailleurs un rayon d'action beaucoup plus étendu.

Caractère impératif des lois retenues. Notre dernière remarque concerne le caractère impératif des normes édictées. En dehors du Code civil et du *Code de procédure civile*, la vaste majorité des lois recensées sont entièrement impératives. Le Code civil et le Code de procédure renferment, quant à eux, un nombre important de dispositions n'ayant qu'un caractère supplétif de la volonté des parties, ainsi que plusieurs dispositions ayant un caractère impératif²¹. Seules les lois et dispositions à caractère impératif ont été retenues pour étude dans le cadre de ce projet, puisque nous nous intéressons ici aux sanctions de l'ordre public²².

Une dernière observation s'impose enfin et mérite qu'on s'y attarde : les lois recensées relèvent tantôt de l'ordre public de protection, tantôt de l'ordre public de direction.

B. L'ordre public de protection et l'ordre public de direction

La distinction de l'ordre public de protection et de l'ordre public de direction est le plus souvent invoquée par la doctrine et la jurisprudence lorsqu'il s'agit de déterminer si un contrat contrevenant à une règle impérative doit être frappé de nullité relative ou absolue. Inventée par la doctrine française au 20^e siècle²³, puis importée par la doctrine québécoise, cette distinction est consacrée par le *Code civil du Québec* dans les dispositions se rapportant à la nullité du contrat²⁴.

²¹ Ainsi, les règles du Code civil sur la vente d'immeubles à usage d'habitation, le bail d'un logement, l'assurance terrestre et le droit des sûretés sont, pour l'essentiel, impératives.

²² Bien entendu, les dispositions supplétives jouent également un rôle important dans l'atteinte de la justice contractuelle. Elles proposent aux parties un modèle de contrat dont les dispositions se veulent justes et équilibrées.

²³ La distinction entre l'ordre public de direction et l'ordre public de protection a été formulée pour la première fois par Carbonnier, qui l'a appliquée non pas à l'ordre public dans son ensemble, mais plutôt à l'ordre public économique et social : Jean CARBONNIER, *Les obligations*, t. 4, 21^e éd., «Droit civil», Paris, PUF, n^o 70.

²⁴ C.c.Q., art. 1417 et 1419. Avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, la distinction avait déjà été admise par la Cour d'appel dans l'affaire *Belgo-Fisher (Canada) inc. c. Lindsay*, [1988] R.J.Q. 1223 (C.A.), puis par la Cour suprême dans l'affaire *Garcia Transport Ltée c. Co. Trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 499, 522-527.

Présentation de la distinction. La distinction se présente au Québec comme une *summa divisio* des lois d'ordre public. L'ordre public de protection désigne l'ensemble des règles du droit positif régissant de manière impérative les rapports privés dans le but spécifique de protéger une partie vulnérable. L'ordre public de direction regroupe quant à lui les règles ayant pour but une meilleure organisation de la société et de l'économie, dans l'intérêt général²⁵.

Le *Code criminel* est présenté comme l'archétype d'une loi relevant de l'ordre public de direction. La Cour suprême a également inclus dans cet ensemble le *Code des professions* et l'ensemble des lois chapeautées par celui-ci, qui régissent les différents ordres professionnels²⁶.

La *Loi sur la protection du consommateur* constituerait, quant à elle, l'archétype d'une loi relevant de l'ordre public de protection. En effet, la violation de ses dispositions donne ouverture à un recours en nullité relative²⁷.

Même ces exemples suscitent le doute quant à la validité du critère fondé sur la nature de l'intérêt protégé. Toutes ces lois ne permettent-elles pas de protéger des personnes vulnérables : la victime

²⁵ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice, le Code civil du Québec*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 860; Vincent KARIM, «L'ordre public en droit économique: contrats, concurrence, consommation», (1999) 40 *C. de D.* 403; Brigitte LEFEBVRE, «Quelques considérations sur la notion d'ordre public à la lumière du *Code civil du Québec*», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit civil*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 151 et suiv.; N.N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 7, p. 44 et suiv.; Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, n^o 146 et suiv.; Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, n^o 1124 et suiv. et 1933 et suiv.; Jean PINEAU, Serge GAUDET et Danielle BURMAN, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, n^o 167; Michelle CUMYN, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, n^o 339.

²⁶ *Fortin c. Chrétien*, [2001] 2 R.C.S. 500.

²⁷ L.p.c., art. 271, 272 et 322. Pour Nicole L'Heureux, la partie de la loi sur les pratiques de commerce relève à la fois de l'ordre public de protection et de l'ordre public de direction, parce qu'elle « vise non seulement la protection d'une catégorie de personnes, mais également l'imposition d'une certaine conception de l'intérêt général »: Nicole L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 39.

éventuelle d'un acte criminel, le consommateur, le client qui consulte un professionnel? La protection de ces personnes n'est-elle pas dans l'intérêt général?

En outre, une analyse plus poussée des différentes manifestations de l'ordre public permet d'observer une évolution importante dans la manière dont il est conçu et articulé tant par le législateur que par le juge, ce qui ne brouille que davantage les pistes de solution actuelles²⁸. Si ces pistes demeurent claires, s'agissant du maintien et de l'intégrité des institutions publiques, elles le sont de moins en moins, s'agissant du respect des valeurs fondamentales d'origine morale et religieuse et de la régulation économique et sociale.

Maintien et intégrité des institutions publiques. L'ordre public politique est constitué de balises provenant soit de la loi, soit de la jurisprudence. Il assure le maintien des institutions publiques en faisant respecter certains principes fondamentaux tels que le principe de légalité, la souveraineté parlementaire, l'indépendance judiciaire, etc. Il prohibe la corruption et la fraude envers le gouvernement²⁹. Ainsi, un contrat qui s'accompagne de corruption ou qui sert à couvrir une fraude fiscale est frappé de nullité absolue³⁰. Une clause par laquelle l'Administration lie l'exercice futur du pouvoir législatif ou réglementaire est également inopérante³¹. Les règles relevant de l'ordre public politique appartiennent clairement à l'ordre public de direction. Lorsqu'un contrat contrevenant à ces règles est frappé de nullité, il s'agit sans conteste d'une nullité absolue. Il ne saurait y avoir de nullité relative, puisqu'il n'est pas ici question de protéger une partie vulnérable à un contrat.

Respect des valeurs fondamentales d'origine morale ou religieuse. Une seconde finalité de l'ordre public est de faire respecter

²⁸ Pour une représentation graphique de cette évolution, voir : N.N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 7, p. 61.

²⁹ C.cr. , art. 118 et suiv.

³⁰ Par exemple, un contrat de service exécuté sans facture de manière à éluder le paiement des taxes sur les produits et services est annulé d'office par le juge ; les parties ne disposent donc d'aucun recours contractuel, sauf en restitution des prestations : *Deslongchamps c. Fortin*, B.E. 97BE-721 (C.Q.).

³¹ L'ordre public politique montre toutefois certains signes d'effritement, alors qu'au nom de l'efficience, l'État tend de plus en plus à négocier et individualiser l'élaboration et l'application des normes, voir : P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 14, n° 4.12 et 11.27.

certaines valeurs jugées fondamentales au maintien de l'ordre social. Ces valeurs sont généralement d'origine morale et souvent d'origine religieuse. Or, lorsqu'on y regarde de près, plusieurs normes morales ou religieuses répondent à un souci de protection de la personne, comme c'est le cas, par exemple, du respect des congés et fêtes religieuses, qui donnent un répit aux travailleurs ou à l'interdiction de la prostitution, qui protège les personnes vulnérables – le plus souvent des femmes et des enfants –, susceptibles d'être contraintes d'y recourir. Il en est de même des interdictions entourant l'usure, la vente et la consommation d'alcool, ainsi que le jeu et le pari.

La morale ou la religion n'apparaissent plus aujourd'hui comme une justification suffisante pour fonder l'interdiction d'une activité, en raison du pluralisme caractéristique de notre société³². L'interdiction doit s'appuyer dorénavant sur la nécessité de protéger la personne, en particulier dans ses droits fondamentaux, et d'autant plus qu'elle est vulnérable. Par conséquent, l'ordre public d'origine morale ou religieuse a évolué de manière très significative dans les dernières décennies, ce qui se traduit, d'une part, par une tolérance beaucoup plus grande à l'égard de pratiques autrefois jugées immorales et, d'autre part, par un renforcement considérable de la protection des droits et libertés de la personne et de l'autonomie de l'individu qui la sous-tend, ces deux dernières valeurs étant d'ailleurs à l'origine de conflits nouveaux particulièrement difficiles à résoudre.

Une bonne illustration de cette évolution nous est fournie par les décisions récentes de la Cour suprême interprétant l'article 210(1) du *Code criminel*, qui interdit la tenue de maisons de débauche³³. La question posée dans deux de ces affaires était celle de savoir si un établissement commercial auquel ont accès les membres du public ayant acquitté un droit d'entrée, afin de pouvoir se livrer en groupe à des actes sexuels (communément appelés clubs d'échangistes) constitue une maison de débauche. La réponse – négative – en a étonné plusieurs, mais ce qui retient surtout notre attention, c'est le contraste entre le raisonnement des juges majoritaires, qui

³² La référence aux « bonnes mœurs » a d'ailleurs disparu du *Code civil du Québec*.

³³ R. c. *Labaye*, [2005] 3 R.C.S. 728 ; R. c. *Kouri*, [2005] 3 R.C.S. 789. L'article interprété se lit comme suit : « 210. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans quiconque tient une maison de débauche. [...] ».

représente bien la nouvelle conception de l'ordre public, et celui des juges minoritaires, qui reflète une approche plus traditionnelle. La majorité s'explique en ces termes :

Historiquement, les concepts juridiques de l'indécence et de l'obscénité, appliqués respectivement à des comportements et à des publications, ont été inspirés et influencés par les valeurs morales de la société. Mais au fil du temps, les tribunaux en sont venus progressivement à reconnaître que les valeurs morales et les goûts étaient subjectifs et arbitraires, qu'ils n'étaient pas fonctionnels dans le contexte criminel, et qu'une grande tolérance des mœurs et pratiques minoritaires était essentielle au bon fonctionnement d'une société diversifiée. Cela a mené à l'adoption d'une norme juridique fondée sur un préjudice objectivement vérifiable plutôt que sur une désapprobation subjective.³⁴

Jusqu'à maintenant, la jurisprudence a dégagé trois types de préjudices susceptibles d'étayer une conclusion d'indécence : (1) le préjudice causé à ceux dont l'autonomie et la liberté peuvent être restreintes du fait qu'ils sont exposés à une conduite inappropriée ; (2) le préjudice causé à la société du fait de la prédisposition d'autrui à adopter une conduite antisociale ; et (3) le préjudice causé aux personnes qui participent à la conduite. Chacun de ces types de préjudices est lié à des valeurs reconnues par notre Constitution et nos lois fondamentales semblables.³⁵

La minorité répond ainsi à cet argument :

Nous croyons qu'il est essentiel de s'en tenir au test original de détermination de l'indécence, lequel met l'accent sur une analyse contextuelle des actes reprochés et intègre la notion de préjudice comme élément important, mais non décisif, de détermination du niveau de tolérance applicable. Il faut aussi tenir compte du fait qu'il peut exister une certaine forme de préjudice social découlant du non-respect des normes minimales de moralité publique.³⁶

L'ordre public moral qu'expriment le droit criminel, le droit de la famille et le droit des personnes, dans la mesure où il affecte le contrat, contribue depuis toujours à la protection d'une partie ou de tiers vulnérables. C'est le cas, par exemple, des dispositions prohibant les taux d'intérêt abusifs et la fraude³⁷, la maternité de substitution

³⁴ R. c. Labaye, précité, note 33, par. 14.

³⁵ *Id.*, par. 36.

³⁶ *Id.*, par. 153.

³⁷ Voir : C.cr., art. 347 et 362.

et la vente d'organes³⁸. Ce qui paraît nouveau, c'est que la protection des victimes semble s'imposer dorénavant comme le fondement exclusif de l'ordre public moral. Par conséquent, certains auteurs sont à se demander si l'ordre public moral n'est pas en train d'évoluer d'un ordre public de direction vers un ordre public de protection³⁹.

Régulation économique et sociale. L'ordre public économique et social a connu un développement fulgurant au cours du 20^e siècle⁴⁰. Il s'agit essentiellement d'un ordre public textuel, prenant sa source dans une masse imposante de lois et règlements. La majorité des lois étudiées dans le cadre de notre projet se retrouvent dans cet ensemble, même si nous n'avons retenu que celles affectant l'équilibre interne du contrat.

Au Québec comme en France, la doctrine presque unanime affirme qu'il faut distinguer, dans le champ économique et social, les lois relevant de l'ordre public de protection et celles relevant de l'ordre public de direction. Cette même doctrine relève toutefois que la distinction est très difficile à mettre en œuvre en pratique⁴¹. D'ailleurs, cette difficulté n'a jamais pu être résolue de manière satisfaisante⁴². Les directives proposées par la doctrine québécoise pour y parvenir ne sont guère utiles. D'un côté, les auteurs observent que

³⁸ C.c.Q., art. 25 et 541 ; voir aussi : *Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, c. 2 (en vigueur en partie seulement).

³⁹ Voir : Jean PINEAU, « L'ordre public dans les relations de famille », (1999) 40 C. de D. 323 ; Alain BÉNABENT, « L'ordre public en droit de la famille », dans *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, 1996, p. 27-31.

⁴⁰ La première étude consacrée à ce phénomène est celle de Georges RIPERT, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », dans *Mélanges Gény*, 1934, t. 22, Paris, Sirey, p. 374. Gérard Farjat a ensuite consacré à l'étude de l'ordre public économique sa thèse de doctorat, demeurée célèbre : Gérard FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, L.G.D.J., 1963.

⁴¹ Certains auteurs français ont tenté d'éviter la difficulté en regroupant au moins une partie de ces lois dans une catégorie intermédiaire, l'ordre public de protection collective (par exemple, G. FARJAT, *op. cit.*, note 40, n^o 164 et suiv.).

⁴² Encore récemment, dans l'arrêt *Isidore Garon Ltée c. Tremblay*, [2006] 1 R.C.S. 27, la Cour suprême était divisée sur la question de savoir si l'article 2091 C.c.Q., qui prévoit le droit de chaque partie à un délai congé raisonnable en cas de rupture par l'autre partie du contrat de travail à durée indéterminée, relève de l'ordre public de protection ou de l'ordre public de direction. Les juges majoritaires affirment qu'il s'agit d'une disposition relevant de l'ordre public de protection.

le législateur établit une présomption en faveur de la nullité relative à l'article 1421 C.c.Q. D'un autre côté, ils affirment que lorsqu'une loi répond à une double finalité relevant à la fois de l'intérêt général et de la protection d'un intérêt particulier, c'est l'intérêt général – et donc la nullité absolue – qui prime.

Il faut dire que même les lois dont l'objectif de protection d'une partie vulnérable est le plus affirmé – telles la *Loi sur la protection du consommateur*, la *Loi sur les normes du travail*⁴³ ou la *Loi sur les valeurs mobilières* – présentent des avantages pour toutes les parties concernées. En premier lieu, ces lois permettent de maintenir, voire de rétablir la confiance des consommateurs ou des travailleurs, confiance indispensable à l'essor des relations contractuelles⁴⁴. En second lieu, des règles même contraignantes permettent de structurer et de canaliser l'activité économique. La propension naturelle de chacun à se plaindre de l'existence de règles contraignantes ne doit pas occulter le fait qu'un régime législatif bien conçu est utile même à la partie qu'il cherche à contrôler. Il constitue une forme de mode d'emploi pour qui souhaite accéder au secteur d'activités réglementé⁴⁵. En troisième lieu, les lois qui exigent une autorisation préalable créent par le fait même un monopole généralement favorable aux titulaires d'autorisation.

Il convient également de souligner que les lois relevant de l'ordre public économique et social sont le plus souvent le fruit d'un arbitrage entre les intérêts plus ou moins divergents des groupes concernés, arbitrage qui se déroule sous l'égide de l'État, tout en pouvant prendre plusieurs formes⁴⁶. Ainsi, l'influence de groupes de pression peut s'exercer sur le processus législatif de manière officieuse

⁴³ L.R.Q., c. N-1.1 (ci-après citée: «L.n.t.»).

⁴⁴ Le droit disciplinaire en fournit un exemple éloquent. Il n'y est pas simplement question de protéger le public, mais de réprimer des actes dérogatoires à l'honneur et à la dignité – donc à la réputation – de la profession dans son ensemble. La nécessité de soutenir la confiance des investisseurs constitue également l'un des fondements explicites de la législation en matière de valeurs mobilières. Il en est de même du droit de la consommation.

⁴⁵ Le caractère contraignant d'une règle n'empêche pas qu'elle puisse être facilitante, voire même constitutive d'une activité.

⁴⁶ Pour Gérard Farjat, l'ordre public économique est une législation de compromis: G. FARJAT, *op. cit.*, note 40, n° 112 et suiv.

(lobbying) ou officielle (en commission parlementaire ou lors d'audiences publiques)⁴⁷. La consultation peut s'institutionnaliser au sein de structures permanentes, telles que la Régie de l'énergie. Certaines autorités, comme l'Office de protection du consommateur, sont habilitées à négocier des « engagements volontaires » avec des entreprises ou groupes d'entreprises en vue d'une application mieux ajustée du cadre légal⁴⁸.

La recherche d'un équilibre entre les intérêts divergents des groupes concernés est d'ailleurs souhaitable pour éviter certains effets pervers pouvant découler d'un régime juridique mal ajusté, comme lors d'un contrôle trop rigide des loyers (dégradation des immeubles, crise du logement) ou en cas de prescriptions trop sévères s'appliquant à un bien ou un service (augmentation des prix, retrait du marché). Comme l'affirme Chevallier, « [c]ette ouverture aux représentants des groupes sociaux permet de localiser les conflits, de baliser les terrains d'affrontement, de situer les zones de compromis possibles ; elle vise à une meilleure adaptation des règles et à l'élimination des réactions éventuelles de rejet »⁴⁹.

Une fois le régime législatif mis en place, les membres de tous les groupes concernés ont intérêt à ce que la loi soit également respectée par tous. Par exemple, le fait qu'un salarié accepte de travailler à des conditions moins avantageuses que celles prévues à la *Loi sur les normes du travail* affecte les intérêts des autres salariés, en exerçant une pression à la baisse sur leurs conditions de travail et en risquant de les priver d'un emploi, dans la mesure où ils n'acceptent pas, eux aussi, d'écarter dans les faits l'application des normes impératives. De même, l'entreprise qui respecte la loi a intérêt à ce que les autres soient contraintes à faire de même, sans quoi le jeu de la concurrence s'en trouve faussé⁵⁰.

⁴⁷ Sur le processus de consultation qui précède l'adoption d'un règlement, voir : P. ISSALYS et M. BOURQUE, *op. cit.*, note 7, p. 62 et suiv.

⁴⁸ L.p.c., art. 314, 315 et 315.1.

⁴⁹ Jacques CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne? », dans Jean CLAM et Gilles MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 21, à la page 34 ; voir aussi : N.N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 7, p. 53.

⁵⁰ Comme nous le verrons ci-dessous, certaines entreprises ont intenté avec succès un recours en injonction contre un concurrent afin de le contraindre à respecter la loi.

Pour conclure, il est plutôt rare que la violation d'une loi relevant de l'ordre public économique et social affecte les intérêts d'un seul individu, la partie protégée. Même si cette partie se voit octroyer des droits et des recours spécifiques par la loi d'ordre public, la violation de cette loi ne concerne pas qu'elle. C'est pourquoi le choix entre l'ordre public de direction et l'ordre public de protection est si difficile à opérer à partir des critères actuellement proposés par la doctrine. Une distinction pertinente nous semble toutefois se dégager des réflexions qui précèdent : *il conviendrait de dissocier l'intérêt de voir la loi respectée, intérêt qui peut être largement partagé par plusieurs personnes et plusieurs groupes, y compris les personnes mêmes que la loi cherche à contrôler, de l'attribution d'un recours curatif aux personnes que la loi a pour but de protéger, recours qui n'appartient qu'à ces dernières.*

Nécessité de revoir la distinction entre l'ordre public de protection et l'ordre public de direction. Outre les difficultés qu'elle suscite, il faut se demander si l'application qui est faite actuellement de la distinction entre l'ordre public de protection et l'ordre public de direction ne crée pas des frontières artificielles entre des domaines d'intervention législative qui ont souvent en commun le souci de protéger les personnes vulnérables de notre société et ce, dans l'intérêt général.

En définitive, le critère qui permet le mieux d'expliquer la classification des lois d'ordre public à laquelle est parvenue, tant bien que mal, la jurisprudence, c'est que les lois dites d'ordre public de direction mettent davantage l'accent sur la prévention, en tablant sur des sanctions dissuasives telles que les sanctions pénales et disciplinaires, tandis que les lois dites d'ordre public de protection agissent davantage au plan des recours qui permettent à la partie protégée d'être soulagée des conséquences néfastes du contrat conclu en violation de la loi. Il demeure néanmoins difficile de qualifier les lois dans lesquelles le législateur mise à la fois sur les sanctions préventives et sur les sanctions curatives. Or, l'une des caractéristiques de l'ordre public économique et social est précisément de faire intervenir ces deux formes de sanctions. *C'est donc au plan des sanctions, et non de la norme elle-même, qu'il faudrait rechercher le véritable critère de distinction entre l'ordre public de direction et l'ordre public de protection.* Il faudrait également accepter l'idée qu'une loi puisse avoir un caractère hybride, dans la mesure où elle combine ces deux modes d'intervention.

Une proposition en ce sens découlera de notre examen des sanctions.

II. Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle

Nous avons vu qu'un grand nombre de lois québécoises d'ordre public ont pour but d'instaurer un meilleur équilibre dans les relations contractuelles, en assurant la protection économique des travailleurs et celle des consommateurs (au sens large), tout en veillant à la sécurité, à la santé et au respect des droits de la personne.

La violation d'une règle d'ordre public peut entraîner l'application d'un certain nombre de sanctions. Nous employons le mot « sanction » dans un sens très large, qui englobe également l'idée de remède ou de recours. Or, il nous a semblé pertinent de répartir ces sanctions en deux grands ensembles : celles dont le but est de prévenir les atteintes à la loi et celles dont le but est de remédier à ces atteintes⁵¹.

Les sanctions préventives ont un caractère punitif et dissuasif. Elles comprennent notamment les sanctions pénales et disciplinaires traditionnellement associées à l'ordre public de direction. Des

⁵¹ Jean-Guy BELLEY, Patrice GARANT, Nicole L'HEUREUX, Fabienne COULOMBE, Jean-Paul PROULX et Christine ROBILLARD, *Les consommateurs et la justice au Québec* (rapport présenté à l'Office de la protection du consommateur), Québec, Faculté de droit de l'Université Laval, 1983, p. 418 [non publié]. Voir aussi : G. FARJAT, *op. cit.*, note 40, n° 380 ; C. MASSE, *loc. cit.*, note 18, 39, 46 ; Jean CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *Rev. trim. dr. civ.* 1994.239 et Benoît MOORE, « À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois », (1994) 28 *R.J.T.* 177, qui mettent en lumière cette distinction, mais sans la systématiser. En droit pénal français, la distinction entre peine et réparation se manifeste très clairement au plan de la procédure dans la dissociation de l'action publique et de l'action civile (*Code de procédure pénale* français, art. 1 et 2). Ces dernières années, l'action civile a toutefois été attribuée à des associations de protection des victimes qui l'ont exercée à des fins essentiellement répressives (art. 2-1 et suiv.), ce qui a quelque peu ébranlé la structure de ces recours : Claire ROCA, « De la dissociation entre la réparation et la répression dans l'action civile exercée devant les juridictions répressives », D.1991.chr.85. En droit américain, voir : William C. WHITFORD, « Structuring Consumer Protection Legislation to Maximize Effectiveness », dans Iain RAMSAY (dir.), *Consumer Law*, New York, New York University Press, 1992, p. 465 et suiv.

pouvoirs de surveillance, de contrôle et d'enquête, ainsi que ceux d'initier ou d'intenter des poursuites pénales, sont typiquement attribués à l'autorité qui veille à l'application de la loi. Dans la mesure où elles assurent le respect de la loi, les sanctions préventives protègent un ensemble de victimes potentielles en évitant qu'elles ne deviennent les proies d'abus. Leur caractère préventif et collectif en constitue l'apanage essentiel.

Il arrive toutefois fréquemment que la prévention échoue : la loi n'est pas respectée et la partie protégée à un contrat s'en trouve lésée. La sanction préventive ne lui est plus matériellement d'aucun secours, même s'il peut être moralement réconfortant de savoir que le contrevenant se verra imposer une amende ou la suspension de ses activités. C'est alors qu'interviennent les sanctions curatives auxquelles la partie protégée peut avoir recours pour être soulagée des conséquences dommageables de son contrat. Ce sont les sanctions traditionnellement associées à la justice contractuelle et à l'ordre public de protection. Parmi celles-ci, nous retrouvons la nullité relative et les recours pour inexécution du contrat. Le caractère réparateur et individuel de la sanction curative en constitue cette fois le principal atout.

Or, comme nous le verrons, la vaste majorité des lois d'ordre public qui affectent l'équilibre interne du contrat comportent à la fois des sanctions préventives et des sanctions curatives. Ainsi, ces lois relèvent à la fois de l'ordre public de direction et de l'ordre public de protection, ces deux ensembles ne pouvant pas s'exclure à la manière d'une *summa divisio*. La seule difficulté qu'entraîne un tel constat concerne les conditions d'ouverture de la nullité absolue ou relative lorsque le contrat contrevient à la loi d'ordre public. Nous proposerons des pistes de solution à cette difficulté dans le cadre de notre analyse de ces sanctions, en harmonie avec la classification présentée.

Examinons d'abord les sanctions préventives, puis les sanctions curatives.

A. Les sanctions préventives

Fonctions des sanctions préventives. Ainsi que nous l'avons indiqué, la sanction préventive veille au respect de la loi. Quatre fonctions généralement associées aux sanctions pénales se retrouvent

aussi, à des degrés divers, chez les différentes sanctions préventives⁵². La première et la plus importante est la dissuasion. Cette dissuasion peut être individuelle (éviter que le contrevenant ne récidive) ou collective (exemplarité). La seconde fonction est la punition (rétribution). Celle-ci agit surtout sur la détermination de la peine, qui se doit d'être proportionnée à la gravité de la faute commise par le contrevenant, gravité qui peut être évaluée soit au regard de facteurs subjectifs, soit au regard de la nature et de la sévérité du préjudice susceptible d'en découler. Une troisième fonction de la sanction préventive est la rééducation. La peine a une fonction pédagogique et incite le contrevenant à amender sa conduite à l'avenir. Ainsi, dans les cas appropriés, le contrevenant peut être tenu de suivre une formation ou un cours de perfectionnement. Enfin, la sanction préventive vise dans certains cas à mettre le contrevenant hors d'état de nuire, par exemple s'il est condamné à une peine d'emprisonnement ou s'il est contraint de suspendre ses activités⁵³.

Les principales sanctions préventives que nous avons recensées dans le corpus des lois étudiées sont les sanctions disciplinaires, les sanctions administratives, les sanctions pénales, la nullité absolue et l'injonction en droit public. Les trois premières doivent être spécifiquement prévues par le législateur, sans quoi il est impossible d'y recourir. Elles agissent indépendamment du régime contractuel, contre la personne même du contrevenant. Tel n'est pas le cas de la nullité absolue : sanction de droit commun dont l'application se fonde sur le Code civil, elle peut trouver à s'appliquer dès lors que le contrat ou l'une de ses clauses contreviennent à la loi d'ordre public, même si celle-ci n'y pourvoit pas. L'injonction, sanction de portée générale mais à caractère exceptionnel, permet enfin de contraindre les plus récalcitrants à respecter la loi. Pour conclure cet exposé des sanctions préventives, il conviendra d'aborder brièvement leur mise en œuvre.

⁵² Dans l'affaire *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, la Cour suprême a toutefois tenté d'établir une distinction entre les fonctions de la sanction pénale et celles de la sanction disciplinaire, afin d'écarter l'application de l'article 11 (h) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui garantit le droit de toute personne à ne pas être punie deux fois pour la même infraction.

⁵³ P. CARTWRIGHT, *op. cit.*, note 12, p. 75 et suiv.

1. Les sanctions disciplinaires

Les sanctions disciplinaires se fondent sur l'auto-régulation et le jugement par les pairs. Elles sont caractéristiques des groupements professionnels, dont certains se voient attribuer par la loi un droit d'exercice exclusif, d'autres non. Les sanctions disciplinaires désignent l'ensemble des sanctions qui peuvent être imposées par le groupement à ses membres, lorsque ceux-ci contreviennent aux devoirs qui leur incombent dans l'exercice de leur profession.

Professions d'exercice exclusif. Nous avons vu qu'une des approches suivies par le législateur afin de protéger les consommateurs consiste à contrôler au préalable soit la sécurité ou la qualité d'un bien ou d'un service, soit la compétence du vendeur ou du prestataire de ce bien ou service. Les autorisations exigées par la loi pour pouvoir exercer certains métiers et professions font partie de ces mesures. Dans plusieurs cas, le pouvoir d'émettre des permis d'exercice et la responsabilité de veiller à la compétence de leurs titulaires sont confiés aux groupements regroupant tous les membres d'un métier ou d'une profession. Les groupements professionnels chargés d'exercer eux-mêmes ce contrôle sont les professions d'exercice exclusif régies par le *Code des professions*, les corporations des maîtres électriciens et maîtres mécaniciens en tuyauterie régies par la *Loi sur le bâtiment*, l'Association des courtiers et agents immobiliers du Québec régie par la *Loi sur le courtage immobilier*, l'Association professionnelle des chauffeurs de taxi du Québec régie par la *Loi concernant les services de transport par taxi*, ainsi que les représentants en assurance, les représentants en valeurs mobilières, les experts en sinistre et les planificateurs financiers, lesquels sont régis par la *Loi sur la distribution de produits et services financiers*⁵⁴.

Professions d'exercice non exclusif. Plusieurs ordres professionnels ne se voient pas attribuer par la loi l'exercice exclusif des actes qui relèvent de leur profession. La loi protège uniquement leur titre, qui est réservé aux membres de l'ordre professionnel⁵⁵. Il n'y a

⁵⁴ Respectivement : *Code des professions*, précité, note 6, art. 26 ; *Loi sur le bâtiment*, L.R.Q., c. B-1.1 ; *Loi sur le courtage immobilier*, L.R.Q., c. C-73.1 ; *Loi concernant les services de transport par taxi*, L.R.Q., c. S-6.01 ; *Loi sur la distribution de produits et services financiers*, L.R.Q., c. D-9.2.

⁵⁵ *Code des professions*, précité, note 6, art. 36. La liste des professions à exercice exclusif et à exercice non exclusif est fournie à l'annexe I du code.

pas, dans ce cas, de contrôle préalable obligatoire des prestataires d'un service professionnel donné. Il faudrait plutôt parler d'un contrôle préalable volontaire. L'appartenance à un ordre professionnel constitue toutefois une garantie pour le client des compétences acquises par le professionnel. Le client peut également bénéficier des services de conciliation mis en place par l'ordre professionnel en cas de mésentente et présenter, le cas échéant, une réclamation au fonds d'indemnisation.

S'agissant des sanctions disciplinaires, il n'y a pas de différence entre les professions d'exercice exclusif et les professions d'exercice non exclusif : dans les deux cas, un processus interne existe pour sanctionner les membres fautifs du groupement professionnel.

Distinction des sanctions disciplinaires et administratives.

Plusieurs métiers ou professions sont régis non pas par un groupement professionnel, mais directement par l'État. Il en est ainsi, par exemple, des agents de voyage ou des entrepreneurs en construction. Dans ces cas, les sanctions que peut imposer l'autorité chargée de surveiller les titulaires d'autorisations figurent parmi les sanctions administratives, auxquelles nous reviendrons sous peu.

Processus disciplinaire. Le processus disciplinaire s'engage lorsque le groupement reçoit une plainte en provenance du public ou lorsque des inspections internes révèlent la commission d'actes dérogatoires à la profession par un membre du groupement. À la suite d'une enquête, le syndic peut poursuivre le contrevenant devant le comité de discipline qui, après avoir entendu les parties, peut imposer une sanction au membre fautif. Les principales sanctions appliquées par les comités de discipline sont la réprimande, la prescription d'un stage ou d'un cours de perfectionnement, l'amende, l'ordonnance de remboursement d'une somme déposée en fidéjussé et détournée par le professionnel, la limitation temporaire ou permanente du droit d'exercice et la radiation temporaire ou permanente du groupement.

Efficacité. Les sanctions disciplinaires sont susceptibles de répondre à l'ensemble des fonctions que nous avons attribuées aux sanctions préventives. La particularité du processus disciplinaire est qu'il repose sur un jugement par les pairs. Les partisans d'un tel système estiment que les pairs sont les plus aptes à évaluer la compétence d'un professionnel ou d'un artisan, étant donné que la pres-

tation des services en cause est complexe et qu'elle doit s'adapter à l'évolution rapide des techniques et des connaissances. Les critiques, quant à eux, mettent en doute la crédibilité du processus disciplinaire parce que les pairs peuvent tantôt manquer d'indépendance et d'objectivité à l'égard d'un collègue, tantôt se montrer complaisants devant des pratiques très répandues au sein même du groupement, alors que celles-ci paraissent inacceptables du point de vue de la protection du public.

En réponse à ces critiques, le législateur québécois assujettit les groupements à des mécanismes de contrôle, qui ont toutefois pour effet d'en alourdir encore la structure. Ainsi, un bureau de révision est en place au sein de chaque ordre professionnel pour revoir la décision du syndic de ne pas soumettre une plainte au comité de discipline. Des personnes non membres de l'ordre siègent au bureau de révision pour en assurer l'objectivité⁵⁶. Par ailleurs, des organismes gouvernementaux, tels que l'Office des professions, la Régie du bâtiment et l'Autorité des marchés financiers, veillent sur les groupements professionnels, qui doivent leur rendre compte annuellement de leurs activités.

À la condition que le groupement professionnel exerce sans laxisme sa mission disciplinaire, il y a lieu de croire que les sanctions qui en découlent sont très efficaces, à la fois dans leur fonction de dissuasion et dans leur fonction de rééducation du membre fautif. En effet, le fait que les sanctions disciplinaires découlent d'un jugement par les pairs et qu'elles puissent conduire à l'exclusion du membre du groupement nous semble être de nature à en maximiser l'impact sur les contrevenants éventuels. La radiation permanente d'un membre d'une profession à exercice réservé nous paraît également une manière efficace de protéger le public contre un prestataire de services malhonnête ou dangereux. Cependant, les comités de discipline sont généralement réticents à mettre en œuvre cette sanction, sauf dans les cas les plus graves, parce qu'il s'agit de la sanction la plus sévère qu'ils puissent imposer⁵⁷.

⁵⁶ *Code des professions*, précité, note 6, art. 123.3 et suiv.

⁵⁷ Pierre BERNARD, «La sanction en droit disciplinaire», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en déontologie*, vol. 206, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 206 et suiv.

2. Les sanctions administratives

Comme les sanctions disciplinaires, les sanctions administratives accompagnent l'exercice d'un contrôle préalable d'une activité économique prenant la forme d'une autorisation dont l'obtention est requise pour offrir certains services ou mettre en marché certains produits. Dans le cadre de sa fonction de contrôle des conditions d'émission ou de renouvellement de l'autorisation exigée par la loi, l'autorité de surveillance est habilitée à imposer, de son propre chef et sans recours aux tribunaux, certaines sanctions pour faire respecter la loi et les règlements applicables au secteur d'activités concerné.

Nature des sanctions. En premier lieu, l'autorité chargée de délivrer une autorisation peut bien sûr refuser de délivrer ou de renouveler celle-ci. Le plus souvent, elle se voit aussi attribuer le pouvoir de suspendre ou de révoquer une autorisation en cours de validité, lorsque le titulaire cesse d'en respecter les conditions d'octroi. En second lieu, l'autorité se voit parfois attribuer par la loi le pouvoir d'imposer une amende aux administrés, par exemple lorsque ceux-ci ne fournissent pas certains documents ou ne paient pas la redevance exigible dans les délais. En troisième lieu, l'autorité peut se voir octroyer un pouvoir d'ordonnance ou de saisie afin de contraindre l'administré à respecter la loi ou de retirer certains produits du marché. Ces pouvoirs d'ordonnance et de saisie se justifient le plus souvent par la nécessité de protéger le public contre un danger imminent⁵⁸. L'autorité dispose d'une grande discrétion dans l'application de ces sanctions et elle peut se contenter, dans un premier temps, d'émettre un avis ou un avertissement aux contrevenants.

Efficacité. Comme les sanctions disciplinaires, les sanctions administratives sont susceptibles de répondre à toutes les fonctions que nous avons attribuées aux sanctions préventives. Les amendes et la suspension ou la révocation de l'autorisation ont un caractère dissuasif et un effet pédagogique. La large gamme de sanctions disponibles permet une modulation fine de l'intervention de l'autorité

⁵⁸ Par exemple : *Loi sur les appareils sous pression*, L.R.Q., c. A-20.01, art. 23(6) ; *Loi sur les assurances*, L.R.Q., c. A-32, art. 325.1 ; *Loi sur le bâtiment*, précitée, note 54, art. 123 et suiv. ; *Loi sur les pesticides*, L.R.Q., c. P-9.3, art. 13 et suiv. ; *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, précitée, note 17, art. 55 et 56.

de surveillance en fonction de la gravité de la contravention et du degré de collaboration du titulaire. Dans les cas les plus graves, le retrait de l'autorisation et l'ordonnance servent à neutraliser les activités d'entreprises qui présentent un danger pour le public.

L'avantage incontestable des sanctions administratives est leur souplesse, leur application rapide et informelle et leur réflexivité. Ces sanctions s'insèrent dans une relation continue entre l'administré et l'autorité de surveillance, celle-ci pouvant employer tantôt la carotte, tantôt le bâton pour obtenir la collaboration voulue. Les sanctions administratives soulèvent toutefois certaines critiques au plan notamment du respect des droits fondamentaux de l'administré. Le législateur québécois a voulu répondre à ces préoccupations par l'adoption de la *Loi sur la justice administrative* qui encadre l'exercice des sanctions administratives⁵⁹.

3. Les sanctions pénales

La quasi-totalité des lois que nous avons recensées sont assorties de sanctions pénales, à l'exception notable du Code civil, qui ne fait pas directement appel à ces sanctions⁶⁰. Les sanctions pénales sont aptes à soutenir l'application de toutes les formes d'intervention législative, qu'il s'agisse de l'exigence d'une autorisation, de la normalisation du contenu obligationnel du contrat ou de l'optimisation de l'information et de la liberté de choix de la partie protégée. C'est pourquoi elles sont omniprésentes dans la législation étudiée.

Caractéristiques. Les infractions pénales créées par les lois québécoises touchant à la justice contractuelle appartiennent à la catégorie des infractions réglementaires, dont elles présentent les caractéristiques suivantes. Plutôt englobantes, ces infractions sont le plus souvent sanctionnées par le paiement d'une amende, rarement

⁵⁹ L.R.Q., c. J-3. Voir : P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 14, n° 11.26, 11.20 ; P. ISSALYS et M. BOURQUE, *op. cit.*, note 7, p. 166-169.

⁶⁰ Les articles 113 et 114 de la *Loi sur la Régie du logement* (L.R.Q., c. R-8.1) prévoient toutefois l'imposition de sanctions pénales en cas de violation de certaines dispositions du Code civil se rapportant au bail de logement. Par ailleurs, c'est l'article 1621 C.c.Q. qui fixe les critères pour la détermination des dommages punitifs prévus par plusieurs lois ; or, il est possible de voir dans les dommages punitifs une solution de rechange à la sanction pénale (voir ci-dessous).

par l'emprisonnement⁶¹. Lorsque l'administration de la loi est confiée à une autorité de surveillance, c'est elle qui initie ou intente l'action pénale; en pratique, elle dispose d'une discrétion dans sa décision de recourir ou non à cette sanction⁶². Enfin, l'action pénale est intentée devant la Cour du Québec ou, dans certains cas, la Cour municipale⁶³. Pour préserver le caractère dissuasif de la sanction pénale réglementaire dans l'hypothèse où le contrevenant est une personne morale, la loi prévoit généralement des dispositions qui permettent d'en étendre l'application aux administrateurs et dirigeants de la personne morale principalement responsables de la commission de l'infraction.

Les infractions réglementaires constituent en principe des infractions à responsabilité stricte, dont l'existence a été reconnue dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*. Ainsi, le poursuivant doit démontrer la présence de l'élément matériel de l'infraction pour établir une présomption de responsabilité. L'inculpé peut alors s'exonérer en démontrant à la Cour qu'il a pris les précautions raisonnables pour éviter la commission de l'infraction ou qu'il croyait raisonnablement à un état de faits inexistant de nature à le disculper⁶⁴.

En règle générale, le recours pénal est intenté par le procureur général du Québec⁶⁵. Parfois, la loi attribue cette prérogative à l'autorité chargée de veiller à l'application de la loi, comme c'est le cas notamment des groupements professionnels à l'encontre des personnes qui exercent sans droit les activités qui leur sont réservées⁶⁶.

⁶¹ Iain RAMSAY, *Consumer Protection, Text and Materials*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1989, p. 183.

⁶² P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 14, n° 4.8.

⁶³ *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., c. T-16, art. 79, 80, 82 et 106, al. 3; *Code de procédure pénale*, L.R.Q., c. C-25.1, art. 3.

⁶⁴ *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; voir aussi: Gisèle CÔTÉ-HARPER, Pierre RAINVILLE et Jean TURGEON, *Traité de droit pénal canadien*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 604 et suiv.; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154.

⁶⁵ Ce rôle sera bientôt confié au Directeur des poursuites: *Loi sur le directeur des poursuites criminelles et pénales*, L.R.Q., c. D-9.1.1 (non en vigueur).

⁶⁶ *Code des professions*, précité, note 6, art. 189; *Loi sur le courtage immobilier*, précitée, note 54, art. 160.1; *Loi sur les maîtres électriciens*, L.R.Q., c. M-3, art. 22; *Loi sur les maîtres mécaniciens en tuyauterie*, L.R.Q., c. M-4, art. 21; *Loi sur la distribution de produits et services financiers*, précitée, note 54, art. 492; *Code de procédure pénale*, précité, note 63, art. 9; voir aussi: *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 17, art. 136.

Même lorsque l'autorité n'est pas chargée d'intenter elle-même la poursuite, c'est elle qui, dans les faits, initie le processus pénal en référant au bureau du procureur général les dossiers dans lesquels elle souhaite obtenir une condamnation.

Efficacité. La capacité réelle de la sanction pénale de dissuader les contrevenants éventuels a fait l'objet de nombreuses études dont les résultats sont fort intéressants, sans être toujours concordants. Il appert, selon certaines de ces études, que ce n'est pas nécessairement la sévérité de la sanction qui contribue le plus au caractère dissuasif d'une condamnation pénale. Pour l'individu, le blâme associé à cette condamnation revêtirait souvent un caractère plus dissuasif que la sanction elle-même. Pour la personne morale, la crainte d'une publicité négative pouvant lui faire perdre une partie de sa clientèle procurerait à la sanction pénale son caractère dissuasif⁶⁷. Certaines autorités de surveillance ne se privent pas d'émettre des communiqués de presse pour chaque condamnation pénale obtenue contre un contrevenant⁶⁸. L'Internet est susceptible d'accroître l'efficacité de cette publicité négative en la rendant facilement disponible aux consommateurs ou aux travailleurs.

Pourtant, d'autres études remettent en question l'efficacité des sanctions pénales, dans le contexte réglementaire. Il existerait trois types de justiciables : ceux qui, d'emblée, se conforment à la loi, ceux qui contreviennent à la loi parce qu'ils sont mal informés ou mal organisés et ceux qui sont de mauvaise foi. Les premiers n'auraient pas besoin d'être dissuadés pour respecter la loi ; les seconds auraient surtout besoin d'encadrement et d'information pour y parvenir ; quant aux troisièmes, qui sont froidement calculateurs, il faudrait des peines plus sévères et une surveillance plus étroite que

⁶⁷ P. CARTWRIGHT, *op. cit.*, note 12, p. 84.

⁶⁸ Ces communiqués de presse sont publiés par l'Office de la protection du consommateur et l'Autorité des marchés financiers sur leurs sites web respectifs. Pour l'Office, voir, en ligne : [http://www.opc.gouv.qc.ca/publications/comm_presse.asp] et pour l'Autorité, voir, en ligne : [<http://www.lautorite.qc.ca/salle-de-presse.fr.html>] (pages consultées le 5 juin 2006). Voir aussi la *Loi sur le recouvrement de certaines créances*, L.R.Q., c. R-2.2, art. 62, et l'article 288 L.p.c. qui prévoient que le tribunal peut ordonner la diffusion par le contrevenant des conclusions du jugement le déclarant coupable d'une infraction à la loi ainsi que des autres renseignements et avertissements que le tribunal juge nécessaires.

celles généralement mises en place, pour parvenir à les dissuader⁶⁹. Ils seraient en outre peu sensibles au blâme et à la mauvaise publicité.

Le développement très important des infractions pénales réglementaires accompagnant celui de l'ordre public économique et social a fait craindre à certains auteurs que les sanctions pénales ne s'en trouvent banalisées, ce qui réduirait d'autant leur pouvoir dissuasif. Même si ces craintes ont pu paraître exagérées, il est évident que les autorités de surveillance agissent avec prudence, afin de ne pas abuser de la sanction pénale. En fait, elles tentent généralement d'en réserver l'application aux contrevenants de mauvaise foi. Selon Braithwaite, qui a récemment tenté une synthèse des différentes études réalisées aux États-Unis concernant l'efficacité du droit pénal réglementaire, il conviendrait pour l'autorité de surveillance de dialoguer dans un premier temps avec le contrevenant pour l'inciter à respecter volontairement la loi, avant de procéder graduellement vers des interventions juridiques de plus en plus contraignantes et sévères⁷⁰. Nous avons observé que cette approche semble être celle des autorités de surveillance québécoises, qui n'adoptent souvent la sanction pénale qu'en dernier recours. La lenteur du processus pénal et les coûts qui lui sont associés peuvent également expliquer sa faible utilisation⁷¹.

⁶⁹ I. RAMSAY, *op. cit.*, note 61, p. 190; P. CARTWRIGHT, *op. cit.*, note 12, p. 216. À titre d'illustration, les entrepreneurs qui persistent dans leur refus de se conformer à la loi semblent être assez peu nombreux. Selon le dernier rapport annuel de la Régie du bâtiment, 40 % des installations visitées en 2004-2005 ont été jugées non conformes lors de la visite initiale d'un inspecteur de la Régie. À la suite de l'intervention de la Régie, il ne restait plus que 4 % d'installations non conformes. Il serait donc possible d'évaluer à 4 % la proportion d'entrepreneurs de mauvaise foi, à 60 % la proportion d'entrepreneurs qui obéissent spontanément à la loi. Mais pouvons-nous affirmer avec certitude que les 36 % d'entrepreneurs qui se sont ajustés à la suite de l'intervention de la Régie étaient simplement mal informés ou désorganisés? Il nous semble également possible que leur stratégie ait consisté à «prendre une chance», en attendant que survienne l'inspection avant de se conformer à la loi: RÉGIE DU BÂTIMENT, *Rapport annuel de gestion 2004-2005*, p. 47, en ligne : [<http://www.rbq.gouv.qc.ca/dirCorporatif/rapportAnnuel/rapportAnnuel.pdf>] (page consultée le 27 juin 2006).

⁷⁰ John BRAITHWAITE, *Restorative Justice & Responsive Regulation*, Toronto, Oxford University Press, 2002.

⁷¹ P. ISSALYS et M. BOURQUE, *op. cit.*, note 7, p. 154-163.

4. La nullité absolue

Il est une sanction de droit commun susceptible de frapper le contrat contraire à l'ordre public : la nullité absolue. Celle-ci peut être invoquée par toute personne justifiant d'un intérêt juridique suffisant et doit être soulevée d'office par le juge⁷². À notre point de vue, la nullité absolue figure parmi les sanctions préventives de l'ordre public contractuel, parce qu'elle vise à assurer le respect des lois par les parties contractantes. La nullité absolue occupe une fonction dissuasive en privant les parties contractantes des effets attribués par le droit aux contrats valables⁷³. Elle permet aussi de rétablir la légalité en effaçant rétroactivement les effets produits par le contrat illégal ou en empêchant ces effets de se réaliser⁷⁴.

Certaines règles d'ordre public dites « virtuelles », étant donné qu'elles ne sont pas énoncées dans un texte de loi, ainsi que celles codifiées par le *Code civil du Québec*, appellent la nullité absolue des contrats qui y contreviennent parce qu'elle est la seule sanction préventive permettant de les faire respecter⁷⁵. S'agissant de plusieurs règles d'ordre public énoncées au Code, il est toutefois établi que la sanction préventive n'est pas pertinente et qu'il convient d'accorder plutôt un recours en nullité relative à la partie protégée par la règle, à titre de sanction curative, comme nous le verrons ci-dessous⁷⁶.

⁷² C.c.Q., art. 1418 ; C.p.c., art. 55. En théorie, la nullité absolue peut aussi être demandée par le procureur général, voir : C.p.c., art. 97-99 et 492.

⁷³ Voici comment Solon introduit son ouvrage sur la nullité des contrats : « En matière criminelle, l'exécution des lois a été, autant que possible, assurée par des peines corporelles ou infamantes ; et celles-ci sont l'objet d'un Code particulier, dont les dispositions sont étrangères au sujet que nous voulons traiter. En matière civile, cette même exécution se trouve assurée, soit par la certitude des avantages que le législateur avait rattachés à l'observation de la loi, soit par la privation des droits qu'on avait voulu acquérir ou se ménager en ne suivant pas la volonté du législateur, en d'autres termes, cette exécution est assurée par l'annulation des actes ou conventions illégalement consentis » : Victor Hyppolite SOLON, *Théorie sur la nullité des conventions et des actes de tout genre en matière civile*, t. 1, Paris, Videcoq et Barba, 1835, p. ii.

⁷⁴ C.c.Q., art. 1422 ; Catherine GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 1992 ; M. CUMYN, *op. cit.*, note 25, n° 245 et 246.

⁷⁵ Par exemple, les articles 3, 19, 20, 25 et 541 C.c.Q. qui affirment l'indisponibilité de la personne humaine.

⁷⁶ C.c.Q., art. 1419 et 1421.

La question plus difficile à résoudre est celle de savoir si la violation d'un texte de loi extérieur au code doit entraîner la nullité absolue du contrat.

Autonomie du droit civil face au droit pénal ou administratif. La nullité absolue s'impose-t-elle obligatoirement au juge, dès lors qu'il constate que le contrat contrevient à une loi impérative? Une réponse affirmative paraît à prime abord se dégager des articles 1411 et 1413 du Code civil, qui proclament la nullité du contrat dont l'objet ou la cause est prohibé par la loi ou contraire à l'ordre public⁷⁷. Pourtant, la position défendue en 1985 par le professeur Jobin nous semble toujours s'imposer. M. Jobin affirme l'autonomie de principe du droit civil face au droit pénal ou administratif, si bien que « le droit civil reste libre de considérer parfaitement valide un contrat qui, en droit pénal ou administratif, entraînera des sanctions contre l'une des parties ou les deux »⁷⁸. Selon cet auteur, le droit civil n'est pas tenu d'emboîter le pas au droit pénal ou administratif en imposant la sanction de nullité au contrat qui y contrevient.

Pour déterminer si la violation du droit pénal ou réglementaire doit conduire à la nullité du contrat, le professeur Jobin suggère de s'en remettre à une analyse minutieuse du texte de la loi. Lorsque l'interdiction vise expressément tel contrat, le commerce de tel bien non conforme ou la prestation de tel service sans l'autorisation requise, il faudrait conclure à la nullité du contrat. En revanche, lorsque le législateur a simplement imposé certains devoirs à une personne sous peine de sanction, il n'y aurait pas lieu d'appliquer la

⁷⁷ Voir aussi l'article 1373 C.c.Q. qui affirme que l'obligation contractuelle ne doit pas avoir pour objet une prestation prohibée par la loi ou contraire à l'ordre public et l'article 41.3 de la *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. I-16, qui énonce que « [l]es lois prohibitives emportent nullité quoiqu'elle n'y soit pas prononcée ».

⁷⁸ Pierre-Gabriel JOBIN, « Les effets du droit pénal ou administratif sur le contrat : où s'arrêtera l'ordre public? », (1985) *R. du B.* 655, 663; voir aussi: Girard c. Véronneau, [1980] C.A. 534, 538: « Rien n'empêche le Législateur d'adopter des dispositions prohibitives dont les sanctions ne seraient que pénales »; J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *op. cit.*, note 25, n° 168, p. 368; P. CIOTOLA, *loc. cit.*, note 1, 210; Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat : principes et caractères essentiels, ordre public, consentement, objet, cause*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, n° 728. Certains auteurs affirment au contraire que la sanction de nullité s'impose, dès lors qu'un contrat contrevient à une loi d'ordre public: D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 25, n° 1099 et 1100; V. KARIM, *loc. cit.*, note 25, 418.

nullité⁷⁹. Dans le premier cas, il y aurait violation directe de la loi par le contrat, dans le second cas, violation indirecte⁸⁰. Par exemple, « [e]xiger un certificat de sécurité pour la livraison d'un appareil sous pression, ce n'est pas du tout la même chose que d'interdire tout commerce d'un semblable appareil lorsqu'il n'a pas fait l'objet d'un certificat de sécurité. C'est une chose de prescrire, sous peine d'amende contre le propriétaire, que tout logement doit avoir au moins deux sorties, et c'en est une autre que de défendre le louage d'un logement qui n'est pas pourvu de deux sorties⁸¹ ».

Idéalement, la loi d'ordre public indique clairement si le contrat qui y contrevient doit être frappé de nullité absolue. Dans le cas contraire, l'application du critère de l'interdiction directe ou indirecte d'une activité contractuelle nous semble malheureusement conduire à des solutions trop aléatoires⁸². Nous aimerions revenir sur les raisons pour lesquelles la nullité absolue peut ne pas constituer une sanction appropriée, afin de justifier en droit actuel le principe de l'autonomie du droit civil, tout en suggérant des pistes de solution permettant de déterminer les cas où il apparaît nécessaire ou souhaitable de prononcer la nullité absolue du contrat contraire à la loi d'ordre public.

Raisons de l'embarras des juges et des auteurs. Il est possible d'identifier quatre raisons qui expliquent l'embarras des juges et des auteurs, s'agissant de la nullité absolue du contrat contraire à la loi.

Tout d'abord, le juge saisi d'un recours fondé sur un tel contrat se doit d'être sensible à l'argument de la cohérence du système juridique. En donnant effet à un contrat illégal, le tribunal risque de miner la loi d'ordre public et la crédibilité du système juridique dans son

⁷⁹ P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 78, 668.

⁸⁰ *Id.*, 670. Dans le même sens : J. PINEAU, S. GAUDET et D. BURMAN, *op. cit.*, note 25, n° 170 ; Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, 6^e éd., *Cours de droit civil*, t. 6, « Les obligations », Paris, Cujas, 1995, n° 526.

⁸¹ P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 78, 672.

⁸² Le professeur Jobin en convient d'ailleurs, blâmant le législateur pour son manque de rigueur et admettant que le résultat auquel conduit ce mode d'interprétation est parfois inopportun, par exemple lorsqu'il conduit à appliquer la nullité absolue en cas de contravention aux lois régissant les métiers et professions : P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 78, 703.

ensemble. Ce souci de cohérence incite le juge à emboîter le pas au droit pénal ou administratif en prononçant la nullité du contrat⁸³.

En revanche, comme l'affirmait déjà Solon au 19^e siècle, « les nullités sont odieuses »⁸⁴. La demande de nullité absolue est susceptible d'être présentée soit par une partie opportuniste qui a un intérêt personnel à faire anéantir le contrat (ce qui constitue d'ailleurs une condition d'ouverture du recours en nullité, s'agissant de l'intérêt pour agir), soit par un « justicier » qui trouve un intérêt moral à se faire le champion du respect de la loi (ce qui n'est généralement pas une raison acceptée pour intenter le recours en nullité). Dans un cas comme dans l'autre, l'application de la sanction de nullité risque tout autant de discréditer l'administration de la justice que l'absence de cohérence évoquée précédemment.

Par ailleurs, il arrive que le procureur général et les autorités de surveillance ne jouent pas pleinement leur rôle en tant que gardiens de l'ordre public et de l'intérêt général ; il ne serait d'ailleurs pas réaliste ou souhaitable qu'ils cherchent à surveiller tous les contrats. Certains auteurs soulignent donc que l'ouverture du recours en nullité absolue à toute personne intéressée a pour but de multiplier les chances que le contrat illicite soit dénoncé et anéanti⁸⁵. Ainsi, la sanction de droit commun demeure, dans une certaine mesure, disponible pour qu'une partie privée puisse prendre l'ini-

⁸³ *Id.*, 668.

⁸⁴ *Op. cit.*, note 73, p. vi. Solon s'oppose donc à une application systématique de la nullité, dès lors que le contrat contrevient à une loi d'ordre public : « En d'autres termes, la nullité est odieuse quand elle devient l'arme de la mauvaise foi, elle doit être repoussée dans tous les cas où le législateur ne s'y oppose pas formellement, et que la contravention à la loi n'a pas empêché que la convention soit parfaite » : V. H. SOLON, *op. cit.*, note 73, p. vii. Voir aussi : P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 78, 673 et 674, qui évoque le cas où un entrepreneur sans l'autorisation requise invoque ce fait pour repousser le recours du client découlant d'une inexécution du contrat. Nous pourrions donner aussi pour exemple le cas de l'employeur invoquant le fait que son employé est un étranger sans permis de travail pour repousser un recours intenté par ce dernier, le contrat de travail étant contraire à l'ordre public et à l'article 124 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27.

⁸⁵ G. FARJAT, *op. cit.*, note 40, n^o 387 et suiv. ; J. GHESTIN, *op. cit.*, note 78, n^o 745.

tiative de faire respecter la loi en cas d'insuffisance du contrôle étatique ou pour que les juges puissent l'imposer d'office⁸⁶.

À ces considérations déjà contradictoires s'en ajoute une dernière voulant que les sanctions pénales, disciplinaires et administratives soient, à certains égards, supérieures à la sanction de nullité. En effet, la nullité absolue ne sanctionne pas toujours la personne principalement responsable de la violation de la loi. Il arrive qu'elle se retourne contre une partie ou un tiers de bonne foi. Elle ne permet pas de cibler, de manière aussi précise que les autres sanctions déjà étudiées, le contrevenant. Elle ne permet pas non plus de modulation très fine de la sanction, même s'il est vrai qu'au chapitre de la restitution des prestations, le juge dispose de certains outils permettant de rehausser l'efficacité de la sanction de nullité à l'encontre du contrevenant, tout en atténuant ses effets injustes pour le cocontractant ou le tiers⁸⁷.

En somme, deux arguments militent pour la nullité absolue : la cohérence du système juridique et la possibilité laissée au juge et aux parties impliquées de faire respecter la loi d'ordre public en cas d'inefficacité des autres sanctions préventives ou de défaillance de l'État. Deux arguments militent contre la nullité absolue : le fait qu'elle puisse être invoquée à mauvais escient et qu'elle puisse manquer sa cible, qui est de sanctionner la ou les personnes principalement responsables d'avoir violé la loi. Voici maintenant quelles pourraient être, selon nous, les pistes de solution.

Démarche proposée. Tout d'abord, le tribunal en présence d'un contrat qui contrevient à une norme légale impérative doit, d'office, se poser la question de savoir s'il convient d'en prononcer la nullité absolue, suivant l'article 1418 C.c.Q. Cette sanction doit être envisagée dès lors que la mise en œuvre de la disposition d'ordre public comporte un volet préventif, caractéristique de l'ordre public de direction. L'imposition de sanctions pénales constitue une indication très claire en ce sens, puisqu'elle manifeste l'intention du législateur d'assortir la disposition législative des sanctions préventives nécessaires à en assurer le respect. Il va sans dire que la nullité

⁸⁶ Voir : D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 25, n° 1141 et suiv., qui proposent des aménagements intéressants à cet égard.

⁸⁷ Robert P. KOURI, « Le contractant de bonne foi et la cause illégale : réflexions sur le mutisme du législateur », (2000) 102 *R. du N.* 173 ; M. CUMYN, *op. cit.*, note 25, n° 243 et suiv.

absolue s'impose au tribunal lorsque le législateur a lui-même prévu l'application de cette sanction⁸⁸.

S'agissant de la violation de lois et de dispositions législatives qui revêtent dans notre ordre juridique un caractère fondamental, l'argument de la cohérence juridique impose, à notre point de vue, l'application de la nullité absolue. Ainsi, il nous paraît inconcevable que les tribunaux puissent donner effet à un contrat qui contrevient au *Code criminel* ou à la *Charte des droits et libertés de la personne*. On voit mal le droit des contrats affirmer son autonomie dans ces domaines⁸⁹.

Lorsque la norme violée ne revêt pas ce caractère fondamental, ce qui est le cas notamment des normes relevant de l'ordre public économique et social, la question de savoir s'il convient d'appliquer la nullité absolue en devient une non plus de principe, mais d'opportunité. Les tribunaux doivent se demander, d'une part, si cette sanction est nécessaire pour assurer le respect de la loi, tout en tenant

⁸⁸ Par exemple: *Loi sur les assurances*, précitée, note 58, art. 325.7; *Loi sur l'enseignement privé*, L.R.Q., c. 9.1, art. 68; L.n.t., art. 101; *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main d'œuvre dans l'industrie de la construction*, L.R.Q., c. R-20, art. 90; *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q., c. S-2.1, art. 4; *Charte de la langue française*, L.R.Q., c. C-11, art. 48. Dans ce dernier cas, la nullité ne peut toutefois préjuger aux droits acquis par les travailleurs et leurs associations.

À l'opposé, les articles 271, 272 et 322 de la *Loi sur la protection du consommateur*, l'article 4.1 de la *Loi sur les agents de voyages*, L.R.Q., c. A-10, l'article 56 de la *Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture*, L.R.Q. c. A-23.001 et l'article 50 de la *Loi sur le bâtiment*, précitée, note 54, prévoient expressément la nullité relative du contrat qui contrevient à certaines dispositions de la loi, ce qui exclut l'application de la nullité absolue.

⁸⁹ Il est admis que la personne puisse, dans une certaine mesure, renoncer à l'exercice de ses droits fondamentaux. Le contrat qui comporte une renonciation légitime n'est pas contraire à l'ordre public. Non sans difficultés, la jurisprudence et la doctrine sont à redéfinir les contours de l'indisponibilité de la personne au regard du *Code civil du Québec* et de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Voir: Édith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, n^o 89-91; Louis PERRET, «De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec», (1981) 12 R.G.D. 121; Grégoire LOISEAU, «Le rôle de la volonté dans le régime de protection de la personne et de son corps», (1992) 37 R.D. McGill 965; Pierre-Gabriel JOBIN, «Contrats et droits de la personne: un arrimage laborieux», dans *Mélanges Jean Pineau*, sous la direction de Benoît MOORE, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 357 et suiv.; *Godbout c. Ville de Longueuil*, [1997] 3 R.C.S. 844.

compte, d'autre part, des inconvénients susceptibles de découler de la sanction de nullité pour les parties et certains tiers. Dans la mesure où la surveillance de l'application de la loi est prise en charge par une autorité de surveillance, cette dernière disposant déjà d'un assortiment de sanctions préventives, dont nous avons constaté qu'elles sont mieux ciblées que la nullité absolue, les arguments défavorables à l'application de la nullité absolue nous paraissent l'emporter sur les arguments favorables. Cependant, comme nous l'avons vu, les sanctions pénales peuvent s'avérer d'une efficacité limitée. À titre d'exemple, il est possible qu'elles soient insuffisantes pour assurer le succès des interventions fondées sur un contrôle préalable, alors que la nullité absolue du contrat conclu sans l'autorisation requise constituerait une sanction préventive des plus efficaces. Cela pourrait justifier le recours à cette sanction, mais le législateur n'est-il pas le mieux placé pour en décider ? C'est à lui, en définitive, que devrait revenir la responsabilité de prévoir expressément la nullité absolue du contrat contraire à l'ordre public économique et social.

Cette analyse nous conduit à remettre en question les solutions actuelles fondées sur la distinction entre l'ordre public de direction et l'ordre public de protection. L'absence de l'autorisation exigée par la *Loi sur la protection du consommateur*, la *Loi sur les agents de voyage* ou la *Loi sur le courtage immobilier* devrait-elle être traitée différemment, au plan des sanctions, de l'absence de celle exigée par le *Code des professions* ? Nous espérons avoir démontré que ces lois comportent toutes un volet préventif et que les enjeux de l'application de la nullité absolue y sont exactement les mêmes : nécessité d'assurer le respect de la loi par des sanctions préventives, efficacité de la nullité absolue à ce titre, mais caractère odieux de cette sanction lorsqu'elle est invoquée de manière opportuniste par une partie ou un tiers.

Nullité d'une clause contractuelle. Lorsque seule une clause du contrat est contraire à l'ordre public, les tribunaux prononcent la nullité de la clause, tout en maintenant le contrat, à moins que la clause ne soit indivisible du contrat⁹⁰. La nullité d'une clause, à l'instar de la nullité du contrat, peut avoir une finalité préventive – il s'agit alors d'une nullité absolue – ou curative – il s'agit alors d'une

⁹⁰ C.c.Q., art. 1438.

nullité relative⁹¹. Ces deux facettes de la nullité d'une clause sont d'ailleurs mises en lumière par la *Directive européenne concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs* et par la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes découlant de celle-ci⁹². Dans une affaire où il s'agissait de déterminer si le délai de forclusion de deux ans de l'action en nullité d'une clause abusive prévu au *Code de la consommation* français contrevient à la directive, la Cour a répondu par l'affirmative, parce qu'il suffit « aux professionnels, pour priver les consommateurs du bénéfice de cette protection, d'attendre l'expiration du délai fixé par le législateur national pour demander l'exécution des clauses abusives qu'ils continueraient d'utiliser dans les contrats »⁹³. Faisant écho à sa jurisprudence antérieure, la Cour affirme par ailleurs ce qui suit :

[L]a faculté pour le juge d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause constitue un moyen propre à la fois à atteindre le résultat fixé à l'article 6 de la directive, à savoir empêcher qu'un consommateur individuel ne soit lié par une clause abusive, et à contribuer à la réalisation de l'objectif visé à son article 7, dès lors qu'un tel examen peut avoir un effet dissuasif concourant à faire cesser l'utilisation de ces clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel.⁹⁴

Il faut dire, cependant, que la nullité absolue des clauses contractuelles s'avère, dans bien des cas, une sanction très peu efficace au regard de sa finalité préventive. Par exemple, une entreprise ne court pas grand risque à inclure dans ses contrats une clause d'exonération pour le préjudice corporel⁹⁵. La seule sanction à laquelle elle s'expose est de voir un juge écarter l'application de la clause dans un litige l'opposant à une victime ayant subi des blessures corporelles. La prolifération, dans les contrats d'adhésion, de clauses manifestement contraires à l'ordre public soulève la question de savoir si l'absence de sanctions préventives efficaces qui permettraient d'éliminer *matériellement* ces clauses n'est pas une carence

⁹¹ Ainsi, l'article 4 de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, précitée, note 88, prévoit expressément que la disposition d'une convention qui y contrevient est frappée de nullité absolue.

⁹² Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993.

⁹³ Affaire C-473/00, CJCE, 21 novembre 2002, n° 35.

⁹⁴ *Id.*, n° 32.

⁹⁵ Cette clause est nulle en vertu de l'article 1474 C.c.Q.

du droit québécois⁹⁶. Comme l'affirme le professeur Calais-Auloy, « [p]our lutter efficacement contre les clauses abusives, il ne suffit pas de les réputer non écrites, il faut qu'elles ne soient pas écrites du tout »⁹⁷. En effet, plusieurs sont susceptibles d'être induits en erreur par ces clauses, en étant découragés d'exercer leurs droits apparemment exclus par leur contrat.

Dans certains cas, la nullité absolue peut néanmoins s'avérer une sanction préventive efficace. Par exemple, les tribunaux québécois annulent la clause de non-concurrence trop restrictive stipulée dans un contrat de travail, tout en refusant d'en réduire la portée, même lorsque le contrat leur confère ce pouvoir⁹⁸. Dans ce cas, la possibilité que le juge annule la clause de non-concurrence dans sa totalité incite le stipulant à lui fixer une portée raisonnable, sans quoi il risque d'en perdre tout le bénéfice⁹⁹.

5. L'injonction

L'injonction, dont l'objet est d'ordonner à une personne de faire ou de ne pas faire quelque chose sous peine d'outrage au tribunal, doit être demandée en Cour supérieure¹⁰⁰. Toute personne qui ne respecte pas la loi d'ordre public peut être contrainte à le faire par voie d'injonction, même si cette sanction n'est pas prévue à la loi. L'injonction revêt toutefois depuis ses origines un caractère exceptionnel et discrétionnaire : le tribunal doit s'assurer qu'il s'agit d'une sanction appropriée en l'espèce.

⁹⁶ B. MOORE, *loc. cit.*, note 51, 237. La présence de clauses interdites par la *Loi sur la protection du consommateur* (précitée, note 16) dans un contrat pourrait donner lieu à une sanction pénale en vertu de l'article 277, mais il conviendrait de mettre en place un contrôle plus systématique des clauses illégales ou abusives dans les contrats d'adhésion. Actuellement, seuls les commerçants assujettis à l'obligation de détenir une autorisation voient leurs contrats scrutés par l'Office.

⁹⁷ J. CALAIS-AULOY, *loc. cit.*, note 51, 247.

⁹⁸ C.c.Q., art. 2089 ; *Drouin c. Surplec inc.*, [2004] R.J.Q. 1125 (C.A.).

⁹⁹ Il ne faudrait pas croire possible pour le juge de réviser la clause de non-concurrence, plutôt que de l'annuler, lorsqu'elle apparaît dans un contrat d'adhésion, en vertu de l'article 1437 C.c.Q. Ce serait confondre la nullité absolue de la clause en vertu de l'article 2089 C.c.Q. – sanction préventive – et la révision des clauses abusives – sanction curative. La sanction préventive continue de s'appliquer en l'espèce, même en présence d'une sanction curative.

¹⁰⁰ L.p.c., art. 751 et suiv.

Nous n'aborderons pas ici toutes les conditions d'ouverture de l'injonction, selon qu'elle est interlocutoire ou permanente, prohibitive ou mandatoire. Soulignons toutefois l'importance de la distinction établie par certains auteurs entre l'injonction en droit public et l'injonction en droit privé¹⁰¹. Alors que l'injonction en droit public vise à faire en sorte que la loi soit respectée dans l'intérêt général, l'injonction en droit privé permet à un individu de faire cesser une atteinte à ses droits, qu'il s'agisse d'une violation de son droit de propriété, du non-respect par son cocontractant de ses obligations contractuelles ou d'un préjudice découlant de la responsabilité civile. La première nous paraît donc relever des sanctions préventives de l'ordre public et la seconde, des sanctions curatives, auxquelles nous reviendrons ci-dessous.

Dans le contexte du droit public, l'injonction n'est accordée par le tribunal que s'il est établi que les autres sanctions préventives prévues à la loi sont insuffisantes ou inadéquates en l'espèce. Ce peut être le cas, par exemple, lorsqu'un contrevenant continue à désobéir à la loi après avoir déjà été condamné ou lorsqu'il fait obstruction à la justice tout en continuant à violer la loi¹⁰². L'injonction est souvent plus dissuasive que les sanctions pénales ou administratives en raison de la sévérité des peines associées à l'outrage au tribunal : la violation d'une injonction peut donner lieu à l'imposition d'une amende n'excédant pas 50 000 \$, avec ou sans peine d'emprisonnement d'au plus un an¹⁰³.

Le procureur général peut présenter une demande d'injonction pour obtenir le respect d'une loi, d'un règlement ou d'une ordon-

¹⁰¹ Paul-Arthur GENDREAU, France THIBAUT, Denis FERLAND, Bernard CLICHE et Martine GRAVEL, *L'injonction*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 57 et suiv. et 180 et suiv.

¹⁰² *Montreal (City of) c. Morgan*, [1920] 60 R.C.S. 393, 406 :

To what consequences has the defendant's contravention of by-law No. 570 subjected him? He argues that he is merely liable to the penalty which the by-law provides and that the plaintiffs have no other means of enforcing it. But a person prepared to do so cannot thus purchase the right to disobey the law. The public interest forbids that the enforcement of the penalty should be the sole remedy for the breach of such a by-law and requires that the regulation itself should be made effective.

Voir aussi : *Coutu c. Ordre des pharmaciens du Québec*, [1984] R.D.J. 298, 300.

¹⁰³ C.p.c., art. 761.

nance¹⁰⁴. Même si certaines lois prévoient expressément la possibilité pour le procureur général de recourir à l'injonction, aucune habilitation expresse n'est en fait nécessaire¹⁰⁵. Il en serait autrement des autorités de surveillance qui devraient, semble-t-il, être expressément habilitées par la loi à cette fin¹⁰⁶.

La jurisprudence a parfois admis qu'une partie privée pouvait avoir recours à l'injonction pour forcer un concurrent à respecter la loi. Par exemple, des sociétés de transport ont obtenu des injonctions à l'encontre de transporteurs agissant sans l'autorisation requise¹⁰⁷. Des producteurs agricoles ou leurs syndicats ont également obtenu des injonctions à l'encontre de producteurs qui violaient un plan de mise en marché adopté en vertu de la *Loi sur la mise en marché des produits agricoles, alimentaires et de la pêche*¹⁰⁸. À l'inverse, certains arrêts ont refusé d'admettre l'intérêt pour agir en injonction d'associations non habilitées par la loi¹⁰⁹.

Cette jurisprudence discordante pose la question de savoir si l'injonction à finalité préventive devrait pouvoir être initiée par tous les justiciables, sous réserve de la discrétion qu'exerce le tribunal dans l'octroi de ce recours, ou si son exercice ne devrait pas être réservé au procureur général et aux personnes explicitement habilitées par la loi. Il appartiendrait alors au législateur de conférer ce

¹⁰⁴ Voir : *Loi sur le ministère de la Justice*, L.R.Q., c. M-19, art. 4. Il est admis également que les municipalités possèdent l'intérêt suffisant pour recourir à l'injonction dans le cas d'une violation de leurs règlements.

¹⁰⁵ Par exemple : L.p.c., art. 290.

¹⁰⁶ P.-A. GENDREAU, F. THIBAUT, D. FERLAND, B. CLICHE et M. GRAVEL, *op. cit.*, note 101, p. 188. Voir pourtant : *Ordre des pharmaciens du Québec c. Méditrust Pharmacy Services Inc.*, [1994] R.J.Q. 2833 (C.A.). Les lois suivantes habitent l'autorité de surveillance ou le ministre responsables de l'application de la loi à demander une injonction dans des cas spécifiques : *Code des professions*, précité, note 6, art. 191 ; L.p.c., art. 310 et 316 ; *Loi sur la mise en marché des produits agricoles, alimentaire et de la pêche*, c. M-35.1, art. 43 ; *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, précitée, note 88, art. 238 et 242. Il existe toutefois un doute quant à la nature véritable des ordonnances prévues dans certaines lois, à savoir s'il s'agit ou non d'injonctions, en raison de leur libellé ambigu.

¹⁰⁷ Par exemple : *Poste de camionnage en vrac région 06 Inc. c. Sauriol*, J.E. 94-1903 (C.S.) ; *Ambulance Joliette inc. c. Gendron*, J.E. 96-1468 (C.S.).

¹⁰⁸ Par exemple : *Oxford Frozen Foods Ltd. c. Syndicat des producteurs de bleuets du Québec*, J.E. 2000-486 (C.A.).

¹⁰⁹ *Union des producteurs agricoles c. Bas-Richelieu*, J.E. 2004-1549 (C.S.).

droit aux associations et aux simples citoyens, aux conditions qu'il juge appropriées¹¹⁰.

6. La mise en œuvre des sanctions préventives

La mise en œuvre des sanctions préventives présente des enjeux délicats. D'une part, l'utilisation opportune ou stratégique de ces sanctions pourrait nécessiter que leur exercice soit confié exclusivement au procureur général ou à l'autorité chargée de veiller à l'application de la loi. D'autre part, la possibilité laissée aux parties privées et aux associations qui représentent leurs intérêts de mettre en œuvre la sanction préventive pourrait multiplier les chances que les contrevenants soient poursuivis et rehausser ainsi l'efficacité des lois d'ordre public. La disparité des solutions retenues selon le type de sanction reflète en partie cette ambivalence, même si elle s'explique également par la nature particulière de chaque sanction.

Sanctions disciplinaires et administratives. Parmi les sanctions préventives étudiées, les sanctions disciplinaires et administratives sont les seules dont l'exercice soit réservé aux autorités de surveillance chargées de veiller à l'application de la loi. L'individu lésé par la violation de la loi ou l'association qui s'est donnée pour mission de veiller à la protection de certains groupes vulnérables de la société peuvent certes porter plainte contre le contrevenant auprès de l'autorité concernée et ainsi déclencher l'exercice de sanctions disciplinaires ou administratives. Cependant, ils ne pourront par la suite exercer que peu d'influence sur le déroulement de l'enquête, la décision de poursuivre ou non le contrevenant et l'imposition de sanctions. Cette situation présente à la fois des avantages et des inconvénients pour le plaignant. D'un côté, il n'a pas à assumer le fardeau d'intenter lui-même le recours préventif et peut s'en remettre à l'autorité de surveillance, celle-ci étant dotée de l'expertise et des ressources voulues. D'un autre côté, il dispose de peu de moyens d'action pour pallier le laxisme ou l'inefficacité éventuels de l'autorité de surveillance, qui peuvent être dus, dans certains cas, à l'insuffisance des ressources humaines ou financières qui lui sont attribuées.

¹¹⁰ Par exemple, les articles 19-1 à 19-3 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., c. Q-2, attribuent aux citoyens le droit d'obtenir une injonction pour empêcher tout acte ou toute opération qui porte atteinte à la qualité de l'environnement d'un lieu qu'ils fréquentent.

Nullité absolue. La nullité absolue, lorsqu'elle est applicable, est mise en œuvre à l'initiative d'une partie au contrat, d'un tiers directement affecté par celui-ci ou du tribunal saisi d'un litige s'y rapportant. Cette sanction ne se prête pas facilement à une action stratégique préventive des associations, dans la mesure où celles-ci n'ont pas, en droit actuel, l'intérêt requis pour agir en justice et demander la nullité d'un contrat ou d'un ensemble de contrats ou de clauses¹¹¹.

Injonction. Les parties privées ont connu un certain succès dans leur recours à l'injonction pour imposer à un concurrent le respect de l'ordre public, ainsi que nous l'avons déjà indiqué. Cette jurisprudence nous paraît toutefois fragile, entre autre parce qu'elle ne distingue pas clairement l'injonction en droit public à finalité préventive et l'injonction en droit privé à finalité curative, cette dernière ne pouvant être exercée que par la partie protégée, dans la mesure où la violation de la loi lui porte préjudice, ou en application des règles générales de la responsabilité civile (art. 1590 et 1601 C.c.Q.).

Sanction pénale. Le recours pénal peut, en principe, être intenté par toute personne, même s'il est rare, en pratique, que les citoyens ou les associations prennent l'initiative de ce recours. À ce sujet, il est intéressant de comparer la situation au Québec avec celle qui prévaut au Royaume-Uni et en France.

France. En droit français, bien que la prérogative d'intenter le recours pénal par l'action publique soit en principe réservée au ministère public, la victime d'une infraction pénale peut mettre en mouvement l'action pénale en se portant partie civile devant le juge répressif afin d'être indemnisée de son préjudice par l'action civile. Le juge condamne alors le contrevenant à la sanction pénale et au paiement de dommages-intérêts à la victime. Ces dernières années, le législateur français a attribué aux associations de protection des victimes, ainsi qu'aux associations de consommateurs agréées, la

¹¹¹ Voir : *Électricité Glaswerk inc. c. Axa Boréal Assurance inc.*, [2005] R.J.Q. 2518 (C.A.); Louise LANGEVIN et Nathalie VÉZINA, « Le contrat », dans *Obligations et contrats*, « Collection de droit 2005-2006 », vol. 5, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 27, à la page 52; Denis FERLAND et Benoît ÉMERY, *Précis de procédure civile*, 4^e éd., t. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 136 et suiv.

possibilité de se prévaloir de l'action civile afin d'obtenir la condamnation pénale d'un contrevenant¹¹².

Royaume-Uni. La tradition britannique veut que le citoyen puisse intenter lui-même une action pénale contre un contrevenant, qu'il ait été ou non victime de la contravention :

*A private person may not only prosecute any one for high treason or a seditious conspiracy, but A may prosecute B for a libel upon C, for an assault upon D, or a fraud upon E, although A may have no sort of interest in the matter, and C, D, and E may be altogether averse to the prosecution.*¹¹³

D'ailleurs, avant 1951, les lois britanniques à caractère économique prévoyaient fréquemment le partage de l'amende entre l'État et la personne qui intentait la poursuite. De cette façon, l'État mettait à contribution les citoyens pour obtenir le respect des lois d'ordre public. Ce système de récompenses a toutefois généré tellement d'abus, qu'il a été supprimé dès lors que l'État a pu se doter des moyens nécessaires pour veiller lui-même à l'application de ses lois¹¹⁴. Aujourd'hui, le droit pour toute personne d'intenter une poursuite pénale existe toujours dans son principe, mais se voit circonscrit par certaines lois qui réservent ce droit à une autorité de surveillance ou qui exigent que le poursuivant obtienne d'abord l'autorisation du procureur général, du directeur des poursuites ou du ministre responsable de l'application de la loi¹¹⁵. Il a toutefois été jugé important de maintenir le principe suivant lequel le citoyen peut prendre l'initiative de la poursuite pénale pour pallier l'inertie ou la corruption de l'État.

La proportion de poursuites pénales intentées par des parties privées au Royaume-Uni ne serait que de l'ordre de 2 % ; néan-

¹¹² Voir *supra*, note 51.

¹¹³ Sir James F. STEPHEN, *A History of the Criminal Law of England*, New York, Burt Franklin, 1964, p. 495 et 496. Cet auteur précise que le pouvoir du citoyen d'intenter l'action pénale est tempéré par l'existence d'un délit spécifique, le *tort of malicious prosecution*, qui permet à la partie acquittée au terme du procès pénal de réclamer des dommages-intérêts compensatoires et punitifs à la partie qui a intenté le procès. Ce système aurait permis de limiter le recours abusif au procès pénal.

¹¹⁴ Maurice W. BERESFORD, « The Common Informer, The Penal Statutes and Economic Regulation », (1957-58) 10 *Economic History Review* (2d) 221.

¹¹⁵ A. OGUS, *op. cit.*, note 12, p. 86 et 87.

moins, la poursuite pénale jouerait un rôle important dans la stratégie de plusieurs associations et groupes de pression. Les arguments qui justifient de limiter le droit de poursuite dans certains cas se fondent sur l'importance d'une gestion cohérente des poursuites pénales par l'Administration et la nécessité qu'elle puisse jouir d'une certaine discrétion dans la décision d'intenter des poursuites¹¹⁶. Ces considérations trouvent un écho en France, où de l'avis de certains auteurs, le principe reconnu de « l'opportunité des poursuites », qui relève de la discrétion du ministère public, serait mis à mal par l'expansion de l'action civile et l'octroi de celle-ci aux associations¹¹⁷.

Droit québécois. Héritier de la tradition britannique en matière de droit pénal, le droit québécois permet en principe à toute personne d'intenter une poursuite pénale¹¹⁸. À la condition de détenir la personnalité morale, une association pourrait intenter elle-même une poursuite pénale contre un contrevenant. La victime pourrait elle aussi intenter une telle poursuite. Or, à la lumière de la jurisprudence consultée, nous constatons que les poursuites privées demeurent exceptionnelles¹¹⁹.

Outre les coûts associés aux poursuites pénales dans notre système juridique, il est possible que les restrictions légales et jurisprudentielles auxquelles elles sont assujetties aient pour effet de décourager les associations et les simples citoyens d'emprunter

¹¹⁶ *Id.*

¹¹⁷ Voir: Jean VOLFF, «La privatisation rampante de l'action publique», J.C.P. 2004.I.146.

¹¹⁸ C.cr., art. 504 et suiv.; *Code de procédure pénale*, précité, note 63, art. 9 et 10. Il existe également des cas où l'assentiment du procureur général est nécessaire, notamment en matière de propagande haineuse et de parjure. Voir: C.cr., art. 136(3) et 319.

¹¹⁹ Les associations les plus enclines à utiliser le recours pénal sont les syndicats. Voir: *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 190 c. Entreprises Julien Dupuis inc.*, [1997] T.T. 407; *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57 c. La Presse*, [1994] T.T. 497; *Syndicat des travailleuses et travailleurs de Villa Les tilleuls c. Casavant*, D.T.E. 94T-738 (T.T.); *Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida inc. c. Groupe Alcan Métal primaire*, D.T.E. 2006T-338 (C.Q.). Les associations de consommateurs optent de préférence pour l'exercice de recours collectifs. Même s'il a pour but de réparer le préjudice subi par les victimes, le recours collectif possède en effet certaines vertus préventives, comme nous le verrons (voir ci-dessous).

cette voie. Au nombre de ces restrictions, notons tout d'abord que le procureur général peut se substituer au poursuivant privé ou encore ordonner l'arrêt des procédures à tout moment avant le prononcé du jugement¹²⁰. De plus, dès lors qu'il est intenté par un poursuivant privé, le recours est soumis à l'autorisation préalable du tribunal¹²¹. Or, le tribunal peut écarter l'action pénale s'il estime qu'elle constitue un abus de procédure. Plusieurs jugements indiquent que le fait pour une partie privée d'intenter une poursuite pénale afin d'obtenir le paiement d'une dette civile pourrait constituer, du moins dans certains cas, un abus de procédure¹²². Cette position est exactement à l'opposé de celle du droit français, où le fait d'avoir été victime de la contravention et de rechercher l'indemnisation du préjudice subi constitue la condition à laquelle une partie privée est habilitée à mettre en marche le processus pénal à l'encontre du contrevenant, au moyen de l'action civile. Qui plus est, le droit français a pris le parti de faciliter la médiation pénale par laquelle la victime obtient la réparation de son préjudice en échange d'un arrêt des procédures¹²³.

Les conditions de mise en œuvre des sanctions préventives mériteraient une étude plus approfondie que celle que nous avons pu leur consacrer ici, afin que soient évalués les arguments pour et contre l'implication plus large des parties privées. Voyons maintenant comment, à défaut de pouvoir prévenir toute violation de la loi d'ordre public, le droit propose également des remèdes à la victime d'une telle violation.

¹²⁰ *Code de procédure pénale*, précité, note 63, art. 11(1) et 11(3); C.cr., art. 579(1) et 579(2).

¹²¹ *Code de procédure pénale*, précité, note 63, art. 10; C.cr., art. 507.1. Lorsqu'une autorité de surveillance est poursuivante désignée en vertu d'une loi sectorielle – et qu'elle n'est donc pas considérée comme un poursuivant privé –, le droit de poursuite du procureur général et des personnes physiques et morales coexiste néanmoins avec celui de l'autorité désignée, sauf mention expresse à l'effet contraire. Voir: Gilles LÉTOURNEAU et Pierre ROBERT, *Code de procédure pénale du Québec annoté*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 28.

¹²² Voir: *R. c. Finn*, [1997] 1 R.C.S. 10; *Bleau c. R.*, J.E. 99-342 (C.A.); *Épiciers unis Métro Richelieu inc. c. Gravel*, D.T.E. 2000T-109 (C.Q.) (appel rejeté).

¹²³ *Code de procédure pénale* français, art. 41, al. 7. La médiation pénale n'est pas sans soulever certaines critiques: d'aucuns affirment qu'elle met en péril les droits de la défense en livrant le prévenu au chantage de sa victime, d'autres qu'elle permet au contrevenant de se soustraire trop facilement à l'exposition publique de sa culpabilité.

B. Les sanctions curatives

Fonctions des sanctions curatives. L'application d'une sanction curative se justifie dans la mesure où la violation de la loi d'ordre public par une partie contractante a causé préjudice à la partie protégée. Ce préjudice peut prendre deux formes : la lésion objective, déséquilibre entre la valeur respective des prestations contractuelles, et la lésion subjective, qui survient lorsque le contrat ne répond pas aux besoins ou aux attentes de la partie protégée¹²⁴. Il doit s'agir, dans les deux cas, d'une atteinte concrète et réelle à la justice contractuelle, dont la partie protégée n'aurait pas eu à souffrir, si la loi avait été respectée. En effet, lorsqu'une partie n'a subi aucune atteinte à ses droits ou à ses intérêts en raison de la violation de la loi, elle n'est pas justifiée d'avoir recours à la sanction curative¹²⁵.

Les sanctions curatives agissent de différentes manières pour soulager la partie protégée victime d'une violation de la loi d'ordre public. Ainsi, la nullité relative et la résolution du contrat libèrent la partie protégée d'un contrat qui ne répond pas à ses besoins ou à ses attentes. La réduction de l'obligation corrige la lésion objective. L'injonction permet à la partie protégée d'obtenir le respect intégral par son cocontractant de ses obligations contractuelles, y compris celles qui découlent de la loi d'ordre public et qui s'intègrent au contrat. Les dommages-intérêts indemnisent la partie protégée pour les pertes subies et le gain manqué en raison de l'inexécution du contrat. La déchéance d'un droit et la nullité relative ou la révision d'une clause contractuelle permettent à la partie protégée d'échapper à l'exercice par son cocontractant de certains droits ou recours découlant d'une application stricte du contrat. D'autres mesures,

¹²⁴ Ces définitions de la lésion objective et subjective sont sans doute plus englobantes que celles actuellement admises en droit positif. Voir : C.c.Q., art. 1406 ; L.p.c., art. 8 et 9 ; Élise CHARPENTIER, « L'article 8 de la Loi sur la protection du consommateur comme symbole de la transformation de la lésion », dans *Mélanges Claude Masse*, *op. cit.*, note 18, p. 511 et suiv. ; J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *op. cit.*, note 25, n° 278 et suiv. Dans les cas visés par l'article 8 de la *Loi sur la protection du consommateur*, précitée, note 16, de l'article 57 de la *Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture*, précitée, note 88, et de l'article 2332 C.c.Q. en matière de prêt d'argent, la lésion donne directement ouverture aux recours en nullité relative ou en réduction des obligations de la partie protégée.

¹²⁵ M. CUMYN, *op. cit.*, note 25, n° 349 ; Xavier LAGARDE, « Office du juge et ordre public de protection », J.C.P. éd. G. 2001.15-16.745.

enfin, garantissent la solvabilité du contractant ayant violé la loi d'ordre public au détriment de la partie protégée.

Appartenance du recours à la partie protégée. L'application des sanctions curatives, qui appartient à la seule partie protégée, ne peut en principe lui être imposée contre son gré. Ainsi, le tribunal ne soulève pas d'office la nullité relative du contrat, même s'il devrait suggérer ce moyen à la partie mal représentée par son procureur ou se défendant seule, lorsqu'elle cherche à se soustraire à l'application du contrat¹²⁶. De même, l'autorité de surveillance ou le regroupement habilités à représenter la partie protégée ne peuvent pas exercer son recours contre son gré¹²⁷. La partie protégée ne peut pas renoncer d'avance à l'application de la loi d'ordre public et à l'exercice des sanctions curatives qui en découlent, mais elle peut y renoncer une fois son droit acquis¹²⁸.

Incidence des lois d'ordre public sur les recours contractuels de droit commun. Les recours du droit commun des contrats occupent une place importante parmi les sanctions curatives recensées, la fonction première du droit privé étant de régler les litiges entre personnes privées, et non d'orienter leurs comportements au moyen de sanctions préventives, fonction première du droit public. Mais la violation d'une loi d'ordre public à l'occasion de la formation ou de l'exécution d'un contrat doit-elle toujours donner ouverture aux recours contractuels? Le professeur Jobin a réitéré, à ce propos, le principe de base que demeure l'autonomie du droit civil face au droit administratif et pénal: la norme réglementaire ne s'impose

¹²⁶ X. LAGARDE, *loc. cit.*, note 125.

¹²⁷ Voir: *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 17, art. 77. Exceptionnellement, la *Loi sur les normes du travail*, précitée, note 43, autorise la Commission des normes du travail à exercer certains recours curatifs du salarié contre son gré (art. 39(8)). Ces recours doivent selon nous être intentés dans l'intérêt et au profit du salarié, même si le législateur a jugé que la Commission était la mieux à même d'identifier cet intérêt. Il s'agit d'une dérogation au principe suivant lequel « toute personne est apte à exercer pleinement ses droits civils » (art. 4 C.c.Q.) Le deuxième alinéa de cet article dispose d'ailleurs que « dans certains cas, la loi prévoit un régime de représentation ou d'assistance ». Un mécanisme semblable existe également aux articles 69 et 100.1 du *Code du travail*, L.R.Q., c. C-27: le syndicat est seul habilité à tenter un grief en vertu de la convention collective. Dans ce cas, il est toutefois admis que le syndicat agit à la fois dans l'intérêt du salarié lésé et dans l'intérêt collectif des salariés (voir ci-dessous).

¹²⁸ *Garcia Transport Ltée c. Co. Trust Royal*, précité, note 24, 530-532.

pas automatiquement au juge appliquant la notion d'inexécution contractuelle¹²⁹. Rappelons qu'il en est de même en responsabilité civile : autant la violation d'une norme réglementaire n'est pas décisive pour établir l'existence d'une faute civile, autant le respect d'une telle norme ne permet pas nécessairement à l'auteur du dommage d'échapper à toute responsabilité. Dans le domaine contractuel, il faut donc justifier des conditions auxquelles les recours de droit commun trouveront à s'appliquer à la suite de la violation d'une règle d'ordre public. La finalité curative de ces recours nous semble contenir la réponse à cette préoccupation.

Les principales sanctions curatives sont la nullité relative ou la révision du contrat ou de l'une de ses clauses, les recours pour inexécution, la déchéance d'un droit et les mesures visant à assurer la solvabilité du cocontractant poursuivi par la partie protégée. Il conviendra finalement d'aborder brièvement les moyens facilitant la mise en œuvre de ces recours au profit de la partie protégée.

1. La nullité relative

Fondement équitable de la nullité relative. Nous avons déjà eu l'occasion de démontrer que la nullité relative possède depuis ses origines un fondement équitable. Elle permet à une partie d'être libérée de ses obligations en vertu d'un contrat pourtant valablement conclu au regard du droit strict, parce qu'elle a été victime d'une injustice lors de la formation du contrat¹³⁰. Dans la mesure où une partie a violé une loi d'ordre public et que cette violation a eu une incidence sur la décision de contracter de la partie protégée ou sur la teneur du contrat auquel elle a consenti, la partie protégée peut demander au juge de prononcer la nullité du contrat ou, dans certains cas, de réduire son obligation corrélative¹³¹. En revanche, elle ne devrait pas pouvoir invoquer une violation purement technique de la loi, lorsque celle-ci est demeurée sans incidence, afin d'échapper à ses obligations contractuelles. En effet, la sanction ne répondrait plus, dans ce cas, à sa fonction curative, mais plutôt à une fonction dissuasive ou punitive, ce qui n'est pas le propre de la nullité relative mais plutôt, comme nous l'avons vu, de la nullité absolue.

¹²⁹ P. JOBIN, *loc. cit.*, note 78, 676 et suiv.

¹³⁰ M. CUMYN, *op. cit.*, note 25.

¹³¹ C.c.Q., art. 1407 ; L.p.c., art. 272.

Conditions d'ouverture. Le non-respect d'une loi qui établit un régime de contrôle préalable en exigeant l'obtention d'une autorisation pour la mise en marché de certains biens ou services ou pour l'utilisation d'un titre réservé peut donner ouverture à un recours en nullité relative du contrat, parce que l'autorisation constitue pour la partie protégée une assurance de la qualité et de la sécurité du bien ou du service offerts. La partie protégée devrait être déboutée, cependant, lorsque son cocontractant parvient à démontrer qu'elle ne subit en fait aucun inconvénient découlant de l'absence d'autorisation. Par exemple, un entrepreneur pourrait démontrer que les travaux qu'il a effectués sont conformes aux règles de l'art et que l'absence d'autorisation pour les réaliser ne compromet pas la revente de l'immeuble ou son assurabilité ; dans ce cas, le client ne devrait pas pouvoir invoquer la nullité relative du contrat d'entreprise¹³².

De même, le non-respect des règles optimisant l'information et la liberté de choix de la partie protégée, telles que les conditions de forme et les devoirs d'information imposés par certaines lois, donnent ouverture à un recours en nullité relative en sa faveur. Comme dans le cas précédent, le cocontractant peut éviter la nullité en démontrant que le non-respect de ces règles n'a aucunement porté préjudice à la partie protégée dans les faits de l'espèce. Par exemple, l'anglophone qui se plaindrait de ce que son contrat a été rédigé en anglais sans son consentement exprès, en contravention de la *Loi sur la protection du consommateur*, devrait voir son recours rejeté¹³³.

Avec l'avènement de l'ordre public de protection, la jurisprudence a admis l'application directe du recours en nullité relative découlant de la violation de la loi d'ordre public, sans qu'il ne soit nécessaire de la relier à la présence d'un vice du consentement, ce qui constitue une avancée importante¹³⁴. La jurisprudence va toutefois

¹³² Voir pourtant *infra*, note 135.

¹³³ L.p.c., art. 26.

¹³⁴ Les prescriptions de l'ordre public entourant la formation du contrat n'en demeurent pas moins complémentaires des recours traditionnels en nullité relative du contrat fondés sur l'erreur, le dol, la violence et la lésion. Les devoirs d'information spécifiques aident à prévenir l'erreur ou le dol ; l'octroi d'un délai de réflexion aide à prévenir l'erreur ou la violence, etc. Voir : M. CUMYN, *op. cit.*, note 25, n° 337.

trop loin, à notre point de vue, lorsqu'elle consacre un droit automatique de la partie protégée à faire prononcer la nullité relative du contrat contraire à l'ordre public, en l'absence de tout préjudice. Elle autorise alors l'emploi opportuniste de la nullité par la partie protégée, détournant cette sanction de sa finalité véritable. Certaines lois imposent à la partie ayant violé la loi le fardeau de démontrer que son cocontractant n'a subi aucun préjudice en raison de la violation. Cette solution opportune devrait être généralisée¹³⁵. Par ailleurs, l'article 1408 C.c.Q. prévoit qu'en cas de lésion, le défendeur peut offrir de rééquilibrer le contrat pour en éviter l'annulation. Cette règle, qui ne devrait trouver à s'appliquer qu'en cas de lésion objective, permet de limiter l'application de la sanction curative à ce qui est requis pour réparer le préjudice subi par la partie protégée. Cette dernière est elle aussi souvent autorisée à opter pour la réduction de prix, plutôt que la nullité du contrat¹³⁶.

Nous avons vu qu'en dehors du Code civil, les dispositions d'ordre public comportent presque toujours un volet préventif, étant appuyées de sanctions pénales. Or, s'agissant tout particulièrement des lois qui imposent des conditions de forme aux parties, le législateur aurait pu, nous semble-t-il, faire le choix de ne pas appuyer ces prescriptions de sanctions pénales, qui sont d'ailleurs rarement appliquées. Ainsi, ces dispositions auraient relevé exclusivement de l'ordre public de protection, n'étant assorties que de sanctions curatives (la nullité relative, en l'occurrence), et leur violation n'étant

¹³⁵ L.p.c., art. 271 ; *Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture*, précitée, note 88, art. 55. L'article 50 de la *Loi sur le bâtiment*, précitée, note 54, écarte le recours en nullité relative que peut tenter le client lorsqu'il savait que l'entrepreneur ne détenait pas le permis requis par la loi. À notre point de vue, cette loi ne s'appuie pas sur le bon critère pour écarter le recours en nullité relative, car la connaissance du client ne permet pas de déterminer l'existence ou non d'un préjudice. Ainsi, le client peut ne pas être en mesure d'apprécier les conséquences du fait que l'entrepreneur agisse sans permis, tant du point de vue de ses compétences que du point de vue des recours que lui offre la *Loi sur le bâtiment* à l'égard des titulaires de permis, notamment la mise en place d'un plan de garantie et d'un processus d'arbitrage tel que prévu aux articles 77 et suivants de la loi. Écarter le recours en nullité relative dès lors que le client a eu connaissance de l'absence de permis revient à lui faire renoncer d'avance au recours en nullité relative, allant à l'encontre des principes établis dans l'arrêt *Garcia Transport Ltée c. Co. Trust Royal*, précité, note 24.

¹³⁶ C.c.Q., art. 1047 ; L.p.c., art. 272.

sanctionnée que dans la mesure où elle avait causé préjudice à la partie protégée¹³⁷.

Nullité relative ou révision des clauses abusives. L'annulation ou la révision par le tribunal d'une clause abusive, d'une clause externe non portée à la connaissance de la partie protégée ou d'une clause illisible ou incompréhensible est possible dans les contrats d'adhésion et de consommation en vertu des articles 1435 à 1437 C.c.Q. Le juge peut également annuler ou réviser les dispositions excessives d'un prêt d'argent en vertu de l'article 2332 et les clauses pénales en vertu de l'article 1623. Il s'agit, à notre point de vue, de sanctions curatives qui doivent donc être appliquées par le tribunal dans la mesure requise pour remédier à une lésion objective ou subjective, telle que nous l'avons définie plus haut.

2. Les recours pour inexécution du contrat

Nous ne consacrerons pas à ces recours de longs développements, puisqu'il suffira à nos lecteurs de se rapporter aux chapitres qui leur sont consacrés dans les principaux ouvrages de droit des obligations. Ce sont les recours énumérés à l'article 1590 C.c.Q. : exécution en nature, résolution ou résiliation du contrat, réduction de l'obligation corrélative, dommages-intérêts compensatoires.

Les dispositions d'ordre public qui normalisent le contenu obligationnel du contrat en établissant un contrôle des prix ou des salaires, en définissant les caractéristiques que doivent comporter certains biens ou services ou en attribuant certains droits et recours aux parties contractantes s'insèrent directement au contrat en vertu de

¹³⁷ Ainsi, les règles visées par l'article 271 L.p.c. auraient pu ne pas recevoir de sanction pénale, contrairement à ce que prévoit l'article 277, qui énonce que toutes les dispositions de la loi ou des règlements peuvent être sanctionnées pénalement. La *Loi sur le courtage immobilier* (précitée, note 54), à titre d'exemple, ne sanctionne pénalement que le fait d'exercer sans le permis requis et le fait pour un courtier de faire de la publicité trompeuse (art. 156 et 157). Les autres prescriptions de la loi, qui concernent notamment la formation et le contenu normatif du contrat, ne sont pas assorties de sanctions pénales et ne peuvent entraîner la nullité absolue du contrat (art. 42). Les seules sanctions applicables en cas de violation de ces dispositions sont donc les sanctions curatives du droit commun. Il en est de même de la *Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d'art et de la littérature et sur leurs contrats avec les diffuseurs*, L.R.Q., c. S-32.01, s'agissant des dispositions touchant à la formation et au contenu du contrat, qui ne comportent aucune sanction pénale.

l'article 1434 C.c.Q. En effet, puisque ces lois ont pour but de redresser l'équilibre interne du contrat – c'est d'ailleurs le critère en vertu duquel nous les avons retenues pour étude – il nous paraît justifié d'incorporer les normes réglementaires au contenu obligationnel du contrat. Toute la gamme des recours contractuels pour inexécution est alors susceptible de découler d'une violation de la loi, à la condition toujours que cette violation affecte de manière concrète les intérêts de la partie protégée¹³⁸.

Dans certains cas, il convient pour la partie protégée de substituer la norme légale à la norme conventionnelle non conforme et d'en réclamer le respect¹³⁹. Par exemple, les normes établies par la *Loi sur les normes du travail* peuvent être invoquées par le salarié ou, en son nom, par la Commission des normes du travail, à l'encontre de l'employeur, qui devra verser tous les montants qui lui sont dus en vertu de la loi¹⁴⁰. Cette loi prévoit également la réintégration du salarié congédié à tort et l'octroi de dommages-intérêts, le cas échéant¹⁴¹. Elle vient donc réaffirmer les sanctions curatives du droit commun et en faciliter la mise en œuvre.

Mentionnons que l'injonction peut intervenir à titre de recours curatif, lorsque la partie protégée revendique l'exécution en nature des obligations contractuelles de son cocontractant autres que l'obligation de livrer un bien ou de verser une somme d'argent¹⁴².

3. La déchéance d'un droit

La déchéance d'un droit, parfois appelée fin de non-recevoir, est une sanction qui retient depuis peu l'attention de la doctrine québécoise¹⁴³. Cette sanction s'apparente à la nullité relative, sauf qu'elle

¹³⁸ Comme le prévoit expressément l'article 272 L.p.c. ; voir aussi : *Loi sur le recouvrement de certaines créances*, précitée, note 68, art. 49.

¹³⁹ Voir : *Loi sur les produits et les équipements pétroliers*, L.R.Q., c. P-29.1, art. 69.

¹⁴⁰ L.n.t., art. 98, 99, 111 et 113.

¹⁴¹ *Id.*, art. 124 et suiv. Par ailleurs, l'article 12 de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, précitée, note 88, autorise le travailleur à refuser de travailler dans des conditions qui mettent en péril sa santé ou sa sécurité.

¹⁴² C.c.Q., art. 1590 et 1601.

¹⁴³ J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *op. cit.*, note 25, n° 856 ; Daniel GARDNER, « Le point sur deux mécanismes aux contours mal définis : la novation par changement de débiteur et la théorie des fins de non-recevoir », (2002) 104 *R. du N.* 511.

remède à une violation de la loi qui survient à l'étape de l'exécution du contrat, et non à l'étape de sa formation. La sanction consiste alors à priver la partie qui ne respecte pas la loi de certains droits ou de certains recours à l'encontre de la partie protégée. La *Loi sur la protection du consommateur* emploie cette sanction à plusieurs reprises¹⁴⁴. On la retrouve également au Code civil¹⁴⁵ et dans la jurisprudence¹⁴⁶. À l'instar de la nullité absolue, la déchéance d'un droit pourrait agir à titre de sanction préventive : elle devrait alors être soulevée d'office par le tribunal et s'appliquerait sans égard au préjudice subi par la partie qui l'invoque. Il nous semble toutefois qu'elle est appliquée plutôt à des fins curatives, à la demande de la partie protégée et pour remédier à une atteinte avérée à la justice contractuelle.

4. Les mesures qui garantissent la solvabilité du contractant

Dans les lois qui mettent en place un contrôle préalable de certaines activités, le législateur exige le plus souvent que les titulaires d'autorisations obtiennent une assurance-responsabilité ou un cautionnement afin de garantir leurs obligations envers leurs clients¹⁴⁷. La *Loi sur le bâtiment* instaure un plan de garantie assorti d'un processus d'arbitrage des litiges relatifs à la mise en œuvre du plan¹⁴⁸. Des règles obligeant les titulaires d'autorisations à tenir une compte-

¹⁴⁴ L.p.c., art. 97, 150.31 et 179.

¹⁴⁵ La déchéance du terme et l'exception de subrogation pourraient en constituer des exemples. Voir : C.c.Q., art. 1514, 1531 et 2365.

¹⁴⁶ *Banque nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339. La fin de non-recevoir a connu ces dernières années un développement important en tant que sanction de la violation du devoir de renseignement. Voir : *Fiducie du Groupe Investors ltée c. Guida*, [2001] R.J.Q. 84 (C.A.); *Trust La Laurentienne du Canada inc. c. Losier*, J.E. 2001-254 (C.A.); *Salvatore L. Briqueteur inc. c. Banque Nationale du Canada*, [2002] R.J.Q. 1895 (C.A.); *Banque Laurentienne du Canada c. Mackay*, [2002] R.J.Q. 365 (C.A.).

¹⁴⁷ Par exemple : L.p.c., art. 323, 338 et 350, par. 1; *Règlement sur les agents de voyages*, R.R.Q., 1981, c. A-10, r. 1, art. 7, par. b, 28 et 29; *Code de la sécurité routière*, L.R.Q., c. C-24.2, art. 152 et 154; *Code des professions*, précité, note 6, art. 86.1; *Loi sur le courtage immobilier*, précitée, note 54, art. 5; *Loi sur la distribution de produits et services financiers*, précitée, note 54, art. 76, 77, 131, 198 et 258; *Loi sur les loteries, les concours publicitaires et les appareils d'amusement*, L.R.Q., c. L-6, art. 47, 48 et 60; *Loi sur le recouvrement de certaines créances*, précitée, note 68, art. 8.

¹⁴⁸ *Loi sur le bâtiment*, précitée, note 54, art. 78 et suiv.

bilité en fidéicommiss contribuent aussi à protéger la partie protégée contre les conséquences de leur insolvabilité¹⁴⁹. Plusieurs groupements professionnels ont instauré un fonds d'indemnisation pour venir en aide aux clients dont les biens confiés au professionnel auraient été détournés et perdus¹⁵⁰. Ces mesures renforcent l'efficacité des sanctions curatives en préservant le recours de la partie protégée.

5. La mise en œuvre des sanctions curatives

La partie protégée lésée par une violation de la loi est en principe seule habilitée à invoquer l'application des sanctions curatives découlant du droit des contrats. Comme nous l'avons vu, ces sanctions sont variées et il appartient souvent à la partie protégée de choisir, parmi plusieurs sanctions, celle qui lui convient le mieux : résolution ou exécution en nature, nullité ou réduction de l'obligation, etc. Pourtant, le recours individuel de la partie protégée devant les tribunaux de droit commun implique des coûts importants, qui en dépassent fréquemment le bénéfice espéré¹⁵¹. Nous avons identifié trois types de solutions de rechange à l'action en justice traditionnelle dont le but est de faciliter l'accès à la justice de la partie protégée.

¹⁴⁹ Par exemple : L.p.c., art. 254-260 ; *Loi sur les agents de voyages*, précitée, note 88, art. 33 et suiv. ; *Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture*, précitée, note 88, art. 19 et suiv. ; *Code des professions*, précité, note 6, art. 89 ; *Loi sur le courtage immobilier*, précitée, note 54, art. 11 ; *Loi sur la distribution de produits et services financiers*, précitée, note 54, art. 52 et 99 (représentants en valeurs mobilières) ; *Loi sur les loteries, les concours publicitaires et les appareils d'amusement*, précitée, note 147, art. 64 et suiv. ; *Loi sur le recouvrement de certaines créances*, précitée, note 68, art. 26 et suiv.

¹⁵⁰ *Code des professions*, précité, note 6, art. 89 ; par exemple : *Règlement sur le fonds d'indemnisation du barreau du Québec*, R.R.Q., 1981, c. B-1, r. 6 ; *Règlement sur le fonds d'indemnisation de l'ordre professionnel des administrateurs agréés du Québec*, R.R.Q., 1981, c. C-26, r. 12 ; *Règlement sur le fonds d'indemnisation de l'ordre professionnel des comptables généraux licenciés du Québec*, R.R.Q., 1981, c. C-26, r. 33.

¹⁵¹ Les règles spéciales s'appliquant au recouvrement des petites créances (valeur du litige inférieure à 7 000 \$) permettent toutefois de réduire les coûts et les délais de l'action en justice ; le justiciable, qui se représente lui-même, bénéficie de l'assistance du greffier. Le jugement rendu est sans appel : C.p.c., art. 953 et suiv.

Une première solution consiste à permettre la représentation de la partie protégée ou le regroupement des recours de plusieurs victimes : nous examinerons brièvement le recours collectif et le grief, qui relèvent de cette approche. Comme nous le verrons, ces mécanismes font parfois dévier la sanction curative de sa finalité première : le recours n'est plus exercé dans le seul intérêt de la partie protégée et suivant sa volonté, mais en fonction d'un intérêt collectif dont se fait le porte-parole le représentant qui intente le recours. Une seconde solution consiste à confier le règlement de certains litiges à des tribunaux spécialisés, plus accessibles et moins coûteux que les tribunaux de droit commun. Une troisième solution consiste à faciliter l'obtention par la partie protégée d'un règlement amiable, en lui fournissant par exemple les services d'un médiateur ou d'un conciliateur. Ces services sont souvent proposés par les autorités de surveillance, dont l'une des raisons d'être est d'assister les personnes protégées dans l'exercice de leurs droits. Ces solutions sont d'ailleurs susceptibles de combinaisons multiples, comme nous le verrons.

Recours collectif. Inspiré du droit américain, le recours collectif a été introduit au Québec en 1978 et a depuis fait l'objet de réformes visant à en augmenter l'efficacité, tout en parant à certains abus¹⁵². Il permet à une partie privée d'agir en justice, sans mandat, pour le compte d'un groupe de personnes ayant toutes subi une atteinte à leurs droits dans des circonstances similaires. Le livre IX du *Code de procédure civile*, consacré au recours collectif, n'énonce aucune restriction quant à la nature des recours qui peuvent être intentés. Il doit s'agir selon nous de recours curatifs, auxquels peuvent toutefois se greffer des dommages punitifs, s'il y a lieu¹⁵³.

Le recours collectif peut être intenté soit par une victime, soit par un organisme dont elle est membre. La victime peut obtenir l'appui financier du Fonds d'aide aux recours collectifs, à certaines conditions¹⁵⁴. Elle doit obligatoirement être représentée par procureur.

¹⁵² L.p.c., art. 999 et suiv.

¹⁵³ André RIENDEAU, «La susceptibilité d'exercice collectif d'un recours en droit québécois», (1998-99) 29 R.D.U.S. 84, 112 et suiv. ; *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211. Dans les faits, il s'agit le plus souvent de réclamations pécuniaires.

¹⁵⁴ Voir : *Loi sur le recours collectif*, L.R.Q., c. R-2.1.

Le recours, qui relève de la juridiction de la Cour supérieure, se déroule en quatre étapes.

Tout d'abord, la victime ou l'organisme demande au tribunal l'autorisation d'intenter un recours au nom du groupe. Le tribunal vérifie si les membres du groupe ont des recours identiques, similaires ou connexes, si les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées, si la composition du groupe justifie l'emploi du recours collectif et si la personne qui intente le recours est apte à assurer une représentation adéquate des autres membres du groupe. Lorsqu'il autorise le recours collectif, le tribunal définit le groupe dont les membres se verront liés par le jugement final, identifie les questions en litige et les conclusions recherchées et ordonne la publication d'un avis aux membres.

Un membre qui ne souhaite pas être lié par le jugement à venir peut alors s'exclure du groupe. C'est ainsi que le Code de procédure préserve, du moins dans son principe, le droit de toute personne à exercer ses recours civils comme elle l'entend. Évidemment, dans plusieurs cas, les personnes visées par le recours collectif n'en apprennent pas l'existence en temps utile pour y renoncer. Cependant, le recours collectif est censé représenter une solution plus favorable pour elles que l'inaction ou le recours individuel. C'est pourquoi le consentement des membres du groupe est présumé, à moins d'avis contraire.

Le litige procède ensuite comme pour un litige ordinaire. Le tribunal entend la preuve du représentant et de la partie défenderesse, ainsi que l'intervention d'autres membres du groupe pouvant apporter un éclairage utile et favorable au groupe. Dans son jugement final, le tribunal accueille ou rejette les conclusions demandées et en avise de nouveau les membres du groupe.

Dans une dernière étape, les membres du groupe qui ne se sont pas exclus du recours collectif présentent leurs réclamations, s'il y a lieu. Il peut alors être nécessaire pour chaque réclamant de présenter une preuve complémentaire afin d'établir son appartenance au groupe, ainsi que l'existence et l'étendue de son préjudice, le cas échéant.

Au moment de rendre jugement et s'il s'agit de prononcer une condamnation monétaire, le tribunal peut opter pour le recouvrement individuel ou collectif. En cas de recouvrement individuel,

chaque membre du groupe doit se présenter au tribunal pour réclamer son dû. Dans ce cas, le défendeur débourse uniquement les montants qui sont ainsi réclamés. En cas de recouvrement collectif, le tribunal évalue le montant total des réclamations de tous les membres du groupe et condamne le défendeur à verser ce montant. Dans ce cas, lorsque plusieurs membres du groupe ne réclament pas leur dû, il subsiste un reliquat. Le tribunal peut même se dispenser de distribuer le montant de la condamnation aux membres du groupe, lorsque cela est impraticable ou trop onéreux. La totalité du montant versé par le défendeur constitue alors le reliquat. Le reliquat n'est pas restitué au défendeur, mais versé à un organisme de défense des citoyens ou à une œuvre de charité, une fois acquittés les honoraires du procureur du groupe et remboursé le Fonds d'aide aux recours collectifs, s'il y a lieu.

Il arrive fréquemment qu'avant jugement, le représentant conclue une transaction avec le défendeur. Cette transaction doit être soumise à l'approbation du tribunal, afin qu'il vérifie qu'elle est équitable pour tous les membres du groupe et qu'elle ne bénéficie pas indûment soit au procureur du représentant, soit au représentant lui-même.

S'il n'a pas connu à ses débuts le succès escompté, le recours collectif semble avoir gagné en popularité ces dernières années, sous l'impulsion notamment des associations de consommateurs¹⁵⁵. Il continue de faire l'objet de critiques en raison des entorses qu'il fait subir à l'individualisme juridique qui sous-tend, depuis plusieurs siècles, le droit privé et la procédure civile¹⁵⁶. Selon le professeur Glenn, le recours collectif produit une justice approximative, qui perd en justesse ce qu'elle gagne en portée, lorsque le tribunal attribue par extrapolation un recours à un groupe de victimes dont la situation est semblable, sans jamais être identique, à celle du représentant du groupe¹⁵⁷. Qui plus est, le recours collectif altère le rôle

¹⁵⁵ Pierre-Claude LAFOND, « Le recours collectif québécois des années 2000 et les consommateurs : deux poids, quatre mesures », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développement récents sur les recours collectifs*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 36.

¹⁵⁶ H. Patrick GLENN, « À propos de la maxime : nul ne plaide par procureur », *Rev. trim. dr. civ.* 1988.87.60.

¹⁵⁷ H. Patrick GLENN, « Le recours collectif, le droit civil et la justice sociale », (1998-99) 29 *R.D.U.S.* 39, 49.

du juge, qui doit agir au meilleur de sa connaissance, dans l'intérêt de tous les membres du groupe et le respect des droits du défendeur, mais sans avoir entendu toutes les parties concernées par le litige : le recours collectif exigerait donc du tribunal qu'il exerce une fonction quasi législative¹⁵⁸.

Si la finalité première du recours collectif est de rehausser l'efficacité des sanctions curatives en facilitant l'accès à la justice des victimes, il possède également des vertus préventives, vertus qui sont parfois recherchées à titre principal par l'auteur du recours¹⁵⁹. C'est tout particulièrement le cas lorsque le recours collectif vise l'indemnisation collective d'un préjudice de faible valeur, ce qui génère un reliquat¹⁶⁰.

Grief. Toute mésentente relative à l'interprétation ou à l'application d'une convention collective régie par le *Code du travail* doit être réglée par voie de grief¹⁶¹. L'arbitre de grief est habilité à se prononcer sur les obligations respectives des parties découlant de la convention collective et des lois applicables, mais aussi à décider des recours curatifs qu'il convient d'octroyer lorsque des salariés

¹⁵⁸ H. Patrick GLENN, « Class Actions in Ontario and Québec », (1984) 62 *R. du B. can.* 247, 271.

¹⁵⁹ Voir : ONTARIO LAW REFORM COMMISSION, *Report on Class Action*, vol. 1, Toronto, Ministry of the Attorney General, 1982, p. 140 et suiv. ; Louise ROZON, « Le recours collectif favorise l'accès à la justice pour les consommateurs », (1998-99) 29 *R.D.U.S.* 57.

¹⁶⁰ Ainsi, dans *Clavel c. Productions musicales Donald K. Donald Inc.*, J.E. 96-582 (C.S.), la Cour a affirmé que le montant global de la condamnation, même si les réclamations individuelles étaient faibles, « a toutefois un impact social non négligeable puisqu'il devrait faire réfléchir tout promoteur ou groupe musical qui omettrait dans l'avenir de remplir ses obligations : la faute contractuelle ne demeure pas impunie ». Il a été suggéré que la remise du reliquat à des organismes de défense ou de charité constitue dans plusieurs cas un détournement du recours collectif. Avec un peu d'ingéniosité, il serait possible de faire profiter les victimes des montants obtenus du défendeur, sans qu'elles n'aient à présenter de réclamation. Par exemple, lorsque le recours collectif découle d'un contrat à exécution successive, le défendeur pourrait être condamné à accorder un crédit à tous ses clients susceptibles d'avoir été touchés. Voir : Gérard R. TREMBLAY, « Le recours collectif : point de vue de la défense », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développement récents sur les recours collectifs*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 1.

¹⁶¹ *Code du travail*, précité, note 127, art. 1 et 100.

sont lésés dans leurs droits¹⁶². Le *Code du travail* prévoit qu'en principe, le grief ne peut être soumis à l'arbitrage que par l'association accréditée (syndicat), qui « peut exercer tous les recours que la convention collective accorde à chacun des salariés qu'elle représente sans avoir à justifier d'une cession de créance de l'intéressé »¹⁶³.

À certains égards, cette prise en charge du grief par le syndicat facilite l'accès à la justice du salarié dans l'exercice de ses recours curatifs. Il en est très certainement ainsi lorsque le syndicat agit dans l'intérêt du salarié lésé et exerce ses recours conformément à sa volonté. Cependant, il peut arriver que l'intérêt individuel du salarié lésé entre en conflit avec d'autres intérêts, que le syndicat a également pour mission de défendre. Le syndicat peut alors refuser d'exercer le recours d'un salarié ou, à l'inverse, exercer ce recours contre son gré, parce que l'intérêt collectif des salariés qu'il représente l'exige. Par exemple, lorsque les intérêts de différents salariés ou groupes de salariés s'opposent, il arrive que le syndicat fasse primer le recours des uns sur le recours des autres. Il arrive également, lors du renouvellement d'une convention collective, que la partie syndicale renonce à l'exercice de certains griefs en cours d'exercice, s'en servant comme d'une monnaie d'échange. Le monopole du syndicat sur l'exercice des recours curatifs des salariés qu'il représente se justifierait par la nécessité de maintenir un rapport de force avec l'employeur : il faut que tous les salariés parlent d'une seule voix, celle du syndicat¹⁶⁴. Le *Code du travail* prévoit bien que le salarié privé de l'exercice de son recours curatif peut porter plainte contre le syndicat s'il a été traité de manière arbitraire ou discriminatoire : les critères pour l'exercice de ce recours ne font toutefois que confirmer le droit pour le syndicat d'agir à l'encontre de l'intérêt

¹⁶² *Id.*, art. 100.12. L'arbitre peut notamment condamner l'employeur à verser une somme d'argent au salarié, modifier ou annuler une mesure disciplinaire imposée par l'employeur au salarié (telle que le congédiement) et émettre une ordonnance provisoire.

¹⁶³ *Code du travail*, précité, note 127, art. 69. Rien n'empêche que la convention collective attribue aux salariés le droit d'intenter un grief, ce qui est toutefois rare en pratique. Voir : Robert P. GAGNON, *Le droit du travail du Québec*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, n^o 677.

¹⁶⁴ Voir : Rodrigue BLOUIN et Fernand MORIN, *Droit de l'arbitrage de grief*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, n^o III.62 ; Pierre VERGE et Gregor MURRAY, *Le droit et les syndicats : aspects du droit syndical québécois*, Québec, P.U.L., 1991, p. 96, 97 et 283.

individuel du salarié lésé, en autant qu'il le fasse de bonne foi dans l'intérêt collectif des salariés qu'il représente¹⁶⁵.

Tribunaux spécialisés. Les tribunaux spécialisés créés par plusieurs lois d'ordre public contribuent également à faciliter l'accès à la justice de la partie protégée. Ainsi, la Régie du logement rend ses décisions plus rapidement, et dans un cadre moins formaliste, que les tribunaux de droit commun. Le soutien apporté par la Commission des normes du travail et la Commission des droits et libertés de la personne et des droits de la jeunesse facilite encore davantage le recours curatif de la partie protégée, puisqu'elle pourra être représentée gratuitement devant les tribunaux spécialisés que constituent la Commission des relations de travail ou le Tribunal des droits de la personne.

Conciliation et arbitrage. Enfin, plusieurs autorités de surveillance qui ont reçu un mandat d'information du public et d'examen des plaintes en provenance de personnes lésées par une violation de la loi interviennent comme conciliateurs ou fournissent au contrevenant et à sa victime les services d'un médiateur ou d'un arbitre, afin de favoriser la conclusion d'une entente entre les parties¹⁶⁶. Ces autorités jouent un rôle très important dans la mise en œuvre des sanctions curatives en faveur de la partie protégée, même s'il n'est pas facile de savoir si cette dernière obtient dans tous les cas un remède à la vraie mesure de son préjudice. Nous reviendrons sur le rôle joué par certaines autorités de surveillance dans la prochaine partie.

Pour conclure, nous espérons avoir démontré que les sanctions associées aux lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle répondent à l'une de deux finalités : prévenir les atteintes à la loi afin de protéger un ensemble de victimes potentielles ou remédier aux atteintes à la loi lorsque celles-ci ont causé préjudice à une partie protégée. Nous avons noté que les enjeux posés par la mise en œuvre de ces deux ensembles de sanctions sont tout à fait différents. Il incombe généralement au procureur général et aux autorités de surveillance de faire respecter la loi en mettant en œuvre les différentes sanctions préventives, mais ils semblent parfois man-

¹⁶⁵ *Code du travail*, précité, note 127, art. 47.2 et 47.3. Voir aussi : Christian BRUNELLE, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 197 et suiv.

¹⁶⁶ Voir : *Solunac c. Hydro-Québec*, J.E. 2001-1421, 2001 IJCan 17986 (C.Q.).

quer de ressources pour assumer pleinement leur rôle. Les parties privées, lorsqu'elles sont admises à agir sur ce terrain, peuvent contribuer à rendre ces sanctions plus effectives, mais elles agissent soit en fonction d'intérêts personnels qui ne vont pas nécessairement dans le sens des objectifs poursuivis par la loi, soit parce qu'elles assument un rôle de « justicier » qui n'est généralement pas reconnu, à tort ou à raison, comme fondant un intérêt juridique suffisant. C'est pourquoi les recours préventifs intentés par des parties privées sont accueillis avec circonspection par les tribunaux.

Les sanctions curatives, en revanche, appartiennent en propre aux personnes protégées par la loi, dans la mesure où elles ont subi un préjudice en raison de sa violation. Leur intérêt à agir ne fait alors aucun doute, mais les difficultés que soulève la mise en œuvre de leurs recours concernent cette fois la disproportion qui existe souvent entre les coûts associés à l'action en justice et le bénéfice qu'il est possible d'en espérer. Les différents mécanismes mis en place pour faciliter l'accès de la partie protégée au remède approprié impliquent toutefois de sacrifier certains aspects du recours traditionnel devant les tribunaux de droit commun : simplification des règles de preuve ou de procédure, perte de maîtrise de la partie protégée sur l'exercice de ses droits, détournement du recours vers une finalité collective ou préventive, etc.

Tant les sanctions préventives que curatives ont connu des développements importants dans le cadre des lois étudiées pour en rehausser l'efficacité et en faciliter la mise en œuvre. Ainsi, les sanctions administratives sont plus faciles à appliquer que les sanctions pénales ; la conciliation et l'arbitrage rendent plus accessibles les sanctions curatives que le recours aux tribunaux. Ces développements ne sont toutefois pas sans soulever certaines craintes. En raison de l'absence de transparence de ces processus, il est difficile de vérifier si les autorités de surveillance et les parties protégées n'abusent pas de leur pouvoir au détriment des administrés ou au contraire, si ces derniers ne bénéficient pas d'une certaine indulgence de la part des autorités de surveillance avec lesquelles ils ont tissé des liens étroits, au détriment cette fois de la protection du public ou de l'indemnisation des victimes.

Nous avons voulu, jusqu'à présent, rattacher chaque sanction à la finalité qui est véritablement la sienne, même si nous avons observé que certains processus, tels que le grief et le recours collectif, détournent parfois la sanction de sa finalité véritable. Or, l'intégra-

tion des finalités préventive et curative se fait plus systématique dans le cadre de certaines sanctions et de certains processus de mise en œuvre, si bien que les possibilités offertes par une telle intégration méritent d'être envisagées à leur tour.

III. L'intégration des sanctions préventives et des sanctions curatives : complémentarité ou compromis ?

Les sanctions étudiées jusqu'à présent avaient une finalité soit préventive, soit curative. Les sanctions préventives n'ont pas pour but de soulager les victimes, tout comme les sanctions curatives n'ont pas pour but de dissuader les contrevenants éventuels. Pourtant, la réalité est bien sûr plus complexe : nous savons que les sanctions préventives peuvent soulager la victime, sinon matériellement, du moins moralement. Par ailleurs, les sanctions curatives peuvent dissuader les contrevenants, puisqu'elles les exposent au risque qu'un recours soit intenté par une partie protégée, voire même par un groupe de parties protégées, dans le cadre d'un recours collectif. Nous croyons néanmoins préférable que chaque sanction soit appliquée au regard de la finalité qui est véritablement la sienne. Rien ne serait gagné, nous semble-t-il, si les sanctions étaient détournées de leur finalité propre vers une finalité à laquelle elles ne seraient aptes à répondre que de manière imparfaite, leurs conditions d'ouverture risquant dès lors de s'inscrire dans une logique faussée.

Il nous apparaît toutefois important de relever l'existence dans notre droit de certaines sanctions hybrides, qui tentent de répondre simultanément à une finalité curative et à une finalité préventive. Le brouillage des catégories ne se situe d'ailleurs pas à ce seul niveau. Les autorités de surveillance sont souvent investies du double mandat de faire respecter la loi en veillant à l'exercice des sanctions préventives, tout en soutenant les parties protégées dans l'exercice de leurs recours curatifs. En pratique, ces processus sont parfois liés, comme nous le verrons.

A. Les sanctions hybrides

Nous nous contenterons d'énumérer ces sanctions et d'expliquer leur caractère hybride.

Domages punitifs. En droit québécois, les dommages-intérêts punitifs doivent être prévus explicitement par la loi¹⁶⁷. Ils se greffent sur les dommages-intérêts compensatoires ou sur un autre remède curatif et ne peuvent pas être octroyés indépendamment de ceux-ci¹⁶⁸. Ils ont pour objet d'accentuer l'effet préventif du recours curatif sur le contrevenant afin que ce recours joue également un rôle dissuasif et punitif¹⁶⁹. Certains auteurs trouvent justifié que la partie protégée puisse conserver les dommages punitifs à titre de compensation pour le tracas et la perte de temps occasionnés par le recours en justice. Ils y voient également un incitatif offert à la partie protégée, une forme de récompense pour le rôle qu'elle accepte de jouer en dénonçant la violation de la loi¹⁷⁰. Les dommages punitifs semblent avoir remplacé les sanctions pénales dans l'administration de certaines lois¹⁷¹. L'octroi de dommages punitifs dans le cadre d'un recours civil au Québec n'est pas sans rappeler l'action civile française : pour faire l'économie d'un recours en justice, le juge civil québécois est appelé à punir le contrevenant ou le juge répressif français, à indemniser la victime. Dans les deux cas, le système juridique mise sur l'initiative de la partie protégée pour que les contrevenants soient dénoncés et punis.

¹⁶⁷ Par exemple : *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 17, art. 49 ; *L.p.c.*, art. 272 ; *Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture*, précitée, note 88, art. 56 ; *Loi sur la régie du logement*, précitée, note 60, art. 54.10 ; *L.n.t.*, art. 123.15, par. 4 ; *Loi sur les valeurs mobilières*, précitée, note 16, art. 269.2, al. 2 ; *C.c.Q.*, art. 1899, 1902 et 1968 (en matière de bail résidentiel). L'article 1621 *C.c.Q.* précise les critères à appliquer pour déterminer le montant de la peine.

¹⁶⁸ *Béliveau St-Jacques c. FEESP*, [1996] 2 R.C.S. 345.

¹⁶⁹ J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *op. cit.*, note 25, n° 875 ; Daniel GARDNER, « Réflexions sur les dommages punitifs et exemplaires », (1998) 77 *R. du B. can.* 198 ; Pierre PRATTE, « Le rôle des dommages punitifs en droit québécois », (1999) 59 *R. du B.* 445.

¹⁷⁰ N. L'HEUREUX, *op. cit.*, note 27, p. 404.

¹⁷¹ Il en serait ainsi, par exemple, de la *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 17. En effet, nous n'avons pas recensé de décisions dans lesquelles la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse aurait obtenu une condamnation pénale en vertu des articles 134 et 136 de la Charte. En revanche, les décisions du Tribunal des droits de la personne imposent couramment le paiement de dommages punitifs à la partie responsable d'une violation de la Charte.

Nullité relative ou déchéance d'un droit sans égard au pré-judice. Plusieurs lois étudiées et décisions jurisprudentielles autorisent la partie protégée à demander la nullité du contrat ou la déchéance d'un droit de son cocontractant sans égard au préjudice que lui cause la violation de la loi¹⁷² ou, ce qui revient presque au même, attribuent le droit d'intenter la nullité absolue à la seule partie protégée¹⁷³. Le législateur mise alors sur la fonction préventive de la nullité, tout en empêchant la partie dont on présume qu'elle est principalement responsable de la violation de la loi, d'invoquer la nullité de manière opportuniste. L'inconvénient de cette solution, même si elle permet d'atténuer les effets indésirables de la nullité absolue, est qu'elle n'autorise ni le juge à appliquer d'office la nullité, ni les tiers à invoquer celle-ci : elle est donc moins efficace, au plan préventif, qu'une nullité absolue véritable. La nullité hybride présente également l'inconvénient que dans certains cas, la partie protégée fera, elle aussi, de la sanction un usage opportuniste, en prétextant la violation de la loi pour se défaire d'un contrat dont elle ne veut plus respecter les termes.

La tendance à intégrer les fonctions préventive et curative s'observe également au plan de la mise en œuvre des sanctions par les autorités de surveillance.

B. La mise en œuvre intégrée des sanctions préventives et curatives

Pour compléter notre analyse, il convient d'évoquer la manière dont les autorités de surveillance contribuent à la mise en œuvre des sanctions préventives et curatives prévues à la loi qu'elles administrent. Elles ont souvent pour double mission de veiller à l'application de la loi et de venir en aide aux personnes lésées par sa

¹⁷² L.p.c., art. 272 et 322, al. 2; *Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture*, précitée, note 88, art. 56. Par exemple : *Cady du Sud inc. c. Paradis*, B.E. 2000BE-1284, [2000] J.Q. n° 4071 (C.Q.); *Garage Euro-Technique de l'auto (2) inc. c. Daniel*, [1996] A.Q. 4525 (C.Q.).

¹⁷³ *Loi sur les pesticides*, précitée, note 58, art. 63 et 64; *Loi sur les produits et les équipements pétroliers*, précitée, note 139, art. 12 et 13. La sanction a une fonction essentiellement dissuasive, puisque le contrevenant se voit privé du droit à la restitution des prestations en vertu des articles 64 et 13, respectivement. Voir aussi : L.p.c., art. 322.

violation, afin qu'elles puissent accéder le plus facilement possible au remède approprié.

À partir d'un examen des sites web et rapports annuels des principales autorités de surveillance chargés de la mise en œuvre des dispositions relevant de l'ordre public contractuel, nous avons observé que certaines mettent davantage l'accent sur la mise en œuvre des sanctions préventives, d'autres sur la mise en œuvre des sanctions curatives. Certaines emploient de manière intégrée les deux types de sanction, la menace d'une sanction préventive étant utilisée pour faciliter l'obtention par la partie protégée d'une réparation satisfaisante ou le recours curatif servant à donner l'exemple, à rééduquer ou à punir le contrevenant. D'autres autorités, au contraire, préservent l'autonomie des sanctions préventives, d'une part, et des sanctions curatives, de l'autre, estimant que le fait pour une personne d'indemniser sa victime ne constitue pas en soi une sanction préventive suffisante et ne devrait pas lui permettre d'échapper aux sanctions pénales, administratives ou disciplinaires prévues à la loi. Une étude systématique des pratiques au sein des diverses autorités, ainsi que des résultats obtenus, serait fort intéressante à réaliser¹⁷⁴. Pour en convaincre nos lecteurs, nous ébaucherons ici très sommairement le mode de fonctionnement de trois d'entre eux, qui sont les groupements professionnels (nous prenons l'exemple du Barreau du Québec), l'Office de protection des consommateurs et la Commission des normes du travail.

Barreau du Québec. Comme les autres groupements professionnels, le Barreau met principalement l'accent sur les sanctions préventives, c'est-à-dire les sanctions disciplinaires à l'encontre de leurs membres et les sanctions pénales à l'encontre des non-membres qui usurpent un titre ou un acte réservé de la profession. Dans l'exercice des sanctions disciplinaires, le Barreau conçoit son rôle comme étant essentiellement de protéger le public en général – et l'honneur de la profession – au moyen de sanctions préventives, et non de procurer aux personnes qui ont contracté avec un profes-

¹⁷⁴ La dernière étude de cette nature dont nous avons pris connaissance est celle réalisée par plusieurs professeurs de l'Université Laval en 1983 : J.-G. BELLEY, P. GARANT, N. L'HEUREUX, F. COULOMBE, J.-P. PROULX et C. ROBILLARD, *op. cit.*, note 51.

sionnel fautif un remède curatif adéquat¹⁷⁵. Comme l'exprime une auteure, dans sa conception traditionnelle, le rôle de protection du public attribué aux groupements professionnels

*ne doit pas être entendu comme s'étendant à celui de protéger individuellement et servir les intérêts de chacun des membres du public qui se plaint de la conduite d'un professionnel ou d'un préjudice résultant d'une faute professionnelle. [...] l'organisme [doit] s'acquitter de son mandat, non pas comme d'une obligation personnelle envers chacun des individus qui peuvent se prétendre de cette protection, mais plutôt envers la collectivité.*¹⁷⁶

Cette affirmation doit pourtant être nuancée dans la mesure où les ordres professionnels sont appelés, dans plusieurs cas, à offrir des remèdes individuels aux personnes qui portent plainte contre l'un de leurs membres. Ainsi, lorsque le bureau du syndic ouvre une enquête sur un avocat, c'est généralement parce qu'un client ou, plus rarement, un tiers (par exemple la partie adverse), se plaint d'avoir été victime d'un manquement par l'avocat à ses devoirs professionnels, même s'il peut arriver également que les inspections professionnelles menées par le Barreau révèlent certains manquements, auquel cas une demande d'enquête est acheminée au bureau du syndic par le comité des inspections professionnelles¹⁷⁷. Or, lors de la dernière réforme importante du régime professionnel en 1994, de nouvelles dispositions ont été intégrées au *Code des professions* pour accorder au syndic d'un ordre professionnel le pouvoir de proposer au plaignant et au professionnel la conciliation avant le dépôt

¹⁷⁵ Le site web du Barreau comporte d'ailleurs la mise en garde suivante à l'intention des personnes qui songent à porter plainte contre un avocat : « Vous devez toutefois savoir qu'une plainte auprès du Bureau du syndic ne peut en aucun cas vous procurer des dommages-intérêts. Si vous voulez obtenir de l'argent en réparation de dommages que vous auriez subis par la faute d'un avocat, vous devez vous adresser directement aux tribunaux » : BARREAU DU QUÉBEC, *Processus disciplinaire et plainte au syndic*, en ligne : [<http://www.barreau.qc.ca/fr/public/plainte.html>] (page consultée le 10 septembre 2006).

¹⁷⁶ Sylvie POIRIER, « L'objectif de protection du public : quand la fin justifie les moyens – Variations sur un thème », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire*, vol. 228, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 127 et 128.

¹⁷⁷ Le Barreau, qui regroupe plus de 21 000 avocats, disposait, en 2005-2006, d'un budget total de 16 millions de dollars, dont 7,5 millions ont été affectés à la protection du public et au contrôle de la profession : BARREAU DU QUÉBEC, *Rapport annuel 2005-2006*, p. 48, en ligne : [<http://www.barreau.qc.ca/fr/publications/rapportsannuels/ra0506.pdf>] (page consultée le 10 septembre 2006).

d'une plainte au comité de discipline¹⁷⁸. Le bureau du syndic du Barreau a fréquemment recours à la conciliation et un bon nombre de dossiers se règlent à cette étape¹⁷⁹. Typiquement, l'avocat qui a commis une erreur s'engage à compléter le dossier à ses frais, en réparant les conséquences de l'erreur commise, lorsque cela est possible. Lorsque l'erreur est irréparable, la transaction peut prévoir le paiement d'une compensation monétaire au plaignant. Dans les deux cas, le plaignant renonce dans la transaction à intenter un recours civil contre l'avocat.

Par ailleurs, en vertu du *Code des professions*, lorsque les parties parviennent à une entente négociée à la suite d'une conciliation menée par le syndic, la plainte disciplinaire contre le professionnel est retirée. Même si elle crée un rapport de force propice à l'obtention d'une solution négociée favorable au plaignant, cette disposition n'est pas sans présenter certains dangers. Un premier danger serait que l'avocat puisse trop facilement échapper à la sanction préventive en indemnisant le plaignant. Or, le *Code des professions* prévoit cette situation et précise que le syndic « ne peut pas proposer la conciliation lorsqu'il estime que les faits allégués [...] sont de

¹⁷⁸ Ce remède existe depuis plus longtemps au Barreau, où il était déjà prévu par l'article 75(3) de la *Loi sur le Barreau*, L.R.Q., c. B-1. Le président de l'Office des professions décrivait ainsi l'intérêt de cette procédure et les raisons pour lesquelles elle a été ajoutée au *Code des professions*: « on doit constater une judiciarisation croissante du fonctionnement des institutions disciplinaires, ce qui se traduit par une complexité certaine mais aussi par des coûts et des délais accrus. Compte tenu du fait que la filière disciplinaire est pour le public essentiellement un recours de principe – il n'ouvre droit à aucune perspective d'indemnisation –, l'accroissement de la complexité, des coûts et des délais ont pour effet de décourager le public de s'adresser aux syndicats ou aux comités de discipline. Il est nécessaire de rappeler qu'actuellement une sanction disciplinaire ne réparera d'aucune manière le dommage ou l'inconvénient de celui ou de celle qui a demandé l'enquête, mais aura pour effet de protéger les clients ultérieurs du professionnel. La personne qui cherche un dédommagement financier doit s'adresser aux tribunaux civils »: Robert DIAMANT, « La légitimité des ordres professionnels », dans André POUPART (dir.), *Le défi du droit nouveau pour les professionnels – Le Code civil du Québec et la réforme du Code des professions*, Montréal, Éditions Thémis, 1994, p. 3, à la page 10.

¹⁷⁹ En 2005-2006, le bureau du syndic a reçu 22 798 appels pour des demandes d'information et 1 619 demandes d'enquête sur des manquements allégués par un avocat à ses devoirs professionnels; 88 plaintes ont finalement été portées devant le comité de discipline. Malheureusement, le rapport annuel ne précise pas le nombre de demandes d'enquête qui ont donné lieu à un règlement entre l'avocat et le plaignant à la suite d'une conciliation proposée par le syndic: BARREAU DU QUÉBEC, *Rapport annuel 2005-2006*, op. cit., note 177, p. 30.

nature telle que la protection du public risque d'être compromise si le professionnel continue à exercer sa profession »¹⁸⁰. Conformément à cet article, lorsqu'il est en présence d'une faute grave ou répétée, le syndic ne propose pas la conciliation aux parties et dépose une plainte au comité de discipline. Dans cette hypothèse, le plaignant ne peut plus bénéficier d'une conciliation, mais il n'est pas exclu qu'il puisse obtenir une indemnisation de l'avocat fautif, puisqu'en montrant sa bonne foi, ce dernier est susceptible de recevoir une sanction moins sévère.

Dans l'hypothèse où le syndic propose la conciliation aux parties, il est à craindre que le plaignant n'abuse de la situation, en exigeant une réparation qui excède la mesure de son préjudice, tant le dépôt d'une plainte disciplinaire est néfaste pour la réputation d'un avocat. Il peut également paraître injuste qu'un avocat disposé à indemniser un plaignant qui juge néanmoins son offre insuffisante se retrouve avec un dossier disciplinaire, alors que des collègues ayant commis des fautes similaires ont pu échapper à toute sanction disciplinaire parce qu'ils sont parvenus à s'entendre avec leurs plaignants.

Un second recours curatif d'importance est offert aux clients d'un professionnel : il s'agit de la conciliation et de l'arbitrage des comptes d'honoraires, qui trouve sa place au *Code des professions* depuis 1973¹⁸¹. Ce recours permet d'obtenir la réduction d'une demande d'honoraires qui seraient hors de proportion avec les services réellement rendus ou les efforts réellement consentis par le professionnel, ou qui contreviendrait à l'entente des parties. Parfois, la demande de réduction d'un compte d'honoraires découle en réalité de l'insatisfaction du client à l'égard des services professionnels rendus. Dans ces hypothèses, la révision du compte opère un rééquilibrage du contrat en faveur de la partie protégée¹⁸².

¹⁸⁰ *Code des professions*, précité, note 6, art. 123.6.

¹⁸¹ *Id.*, art. 88 ; *Règlement sur la procédure de conciliation et d'arbitrage de comptes des avocats*, R.Q. c. B-1, r. 9.2. En 2005-2006, le bureau du syndic a reçu 848 demandes de conciliation de comptes d'honoraires, dont 497 ont été réglées à l'étape de la conciliation et 285 référées à l'arbitrage : BARREAU DU QUÉBEC, *Rapport annuel 2005-2006*, *op. cit.*, note 177, p. 30.

¹⁸² L'article 20 du *Règlement sur la procédure de conciliation et d'arbitrage de comptes des avocats*, précité, note 181, prévoit d'ailleurs que l'arbitre peut tenir compte de la qualité des services rendus. Voir aussi : Pierre-Gabriel GUIMONT, « Les honoraires professionnels de l'avocat : question de contrat ou question d'éthique ? »,

Rappelons enfin que la personne dont l'argent ou les valeurs mobilières confiées à un avocat ont été détournés ou mal administrés par ce dernier dispose d'un recours auprès du fonds d'indemnisation du Barreau¹⁸³. Une réclamation au fonds est automatiquement référée au syndic qui ouvre une enquête en vue de déterminer s'il y a lieu de déposer une plainte disciplinaire contre l'avocat.

En conclusion, le régime professionnel, même s'il est généralement conçu comme étant essentiellement préventif, a ouvert plusieurs portes par lesquelles les clients peuvent accéder rapidement à des remèdes curatifs efficaces. Ces recours continuent toutefois à être administrés non pas dans l'esprit de venir en aide à la partie protégée, mais plutôt dans celui de régler rapidement et à moindre coût des dossiers qui ne révèlent pas de faute professionnelle grave.

Office de la protection du consommateur. L'Office est responsable de surveiller l'application de la *Loi sur la protection du consommateur*, la *Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture*, la *Loi sur le recouvrement de certaines créances* et la *Loi sur les agents de voyage*. Ces lois comportent de nombreuses dispositions visant à normaliser le contenu obligationnel du contrat et à optimiser l'information et la liberté de choix des consommateurs, dans le but de protéger ces derniers. Dans certains secteurs d'activité, les commerçants doivent de plus obtenir un permis de l'Office, qui exerce alors sur ceux-ci un contrôle préalable de type administratif. Les lois qu'il administre attribuent à l'Office des pouvoirs d'intervention plus limités, au plan préventif, que ceux attribués au Barreau et, au plan curatif, que ceux de la Commission des normes du travail, comme nous le verrons. Dans l'exercice des pouvoirs dont il dispose, l'Office semble attribuer une importance égale aux volets curatif et préventif de son action.

Les interventions de l'Office au plan curatif se fondent sur le mandat qui lui est confié de recevoir les plaintes des consommateurs et d'informer tant les consommateurs que les commerçants de leurs droits et obligations, dans le but de protéger les consom-

dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en déontologie*, t. 155, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 151 et suiv.

¹⁸³ *Code des professions*, précité, note 6, art. 89.

mateurs¹⁸⁴. Lorsqu'un consommateur dénonce à l'Office la convention par un commerçant à l'une des lois qu'il administre, il est invité à déposer une plainte formelle auprès de l'Office¹⁸⁵. Une copie de la plainte est transmise au commerçant, ce qui, dans le tiers des cas, donne lieu à une entente entre le consommateur et le commerçant¹⁸⁶. Dans certains des dossiers non réglés à cette étape, l'agent de l'Office qui a reçu la plainte entreprend une démarche de conciliation entre le consommateur et le commerçant¹⁸⁷. Dans plus de la moitié des cas où la conciliation est entreprise, les parties parviennent à une entente¹⁸⁸. Par ailleurs, certains consommateurs sont indemnisés directement par l'Office à même les Fonds d'indemnisation auxquels sont tenus de contribuer les titulaires de permis¹⁸⁹. L'intervention curative de l'Office atteint ici les limites des pouvoirs qui lui sont attribués par la loi et le consommateur qui n'est pas parvenu à une entente avec le commerçant ou qui ne peut bénéficier d'une indemnité n'a plus d'autre choix que d'exercer ses recours devant les tribunaux de droit commun.

¹⁸⁴ L.p.c., art. 292. En 2005-2006, l'Office a reçu 225 196 demandes d'information, ce qui ne tient pas compte de la consultation de son site Internet, qui reçoit près d'un million de visites annuellement : OFFICE DE LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR, *Rapport annuel de gestion 2005-2006*, p. 2 et 7, en ligne : http://www.opc.gouv.qc.ca/publications/rap_annuel/Rapport_annuel_2005-2006.pdf (page consultée le 10 août 2006).

¹⁸⁵ En 2005-2006, 6 250 plaintes formelles ont été déposées par un consommateur à l'égard d'un commerçant : OFFICE DE LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR, *op. cit.*, note 184, p. 7.

¹⁸⁶ 31 % des plaintes se règlent à la suite de l'envoi d'une copie au commerçant : OFFICE DE LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR, *op. cit.*, note 184., p. 7.

¹⁸⁷ 1 822 conciliations ont ainsi été entreprises en 2005-2006, sur un nombre total de 4 313 dossiers non réglés à la suite de l'envoi d'une copie de la plainte au commerçant : OFFICE DE LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR, *op. cit.*, note 184, p. 7. Comme il s'agit d'un processus informel, les critères qui déterminent le choix des dossiers dans lesquels l'Office tente une conciliation ne sont pas explicités. L'importance de l'enjeu et les chances de succès figureraient parmi ces critères. Nous verrons que contrairement à l'Office, la Commission des normes du travail doit agir dans tous les dossiers de plainte qui relèvent de sa juridiction, à moins qu'à l'issue de l'enquête menée par la Commission, la plainte ne s'avère mal fondée.

¹⁸⁸ OFFICE DE LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR, *op. cit.*, note 184.

¹⁸⁹ 3 817 consommateurs ont ainsi été indemnisés en 2005-2006, le total des indemnités s'élevant à 1,25 millions de dollars. Ces chiffres sont exceptionnellement élevés, en raison de la fermeture de deux transporteurs aériens durant l'année : *id.*, p. 2.

Les plaintes de consommateurs qui paraissent révéler des contraventions graves ou répétées à la loi sont référées par l'agent qui a reçu la plainte à un autre service au sein de l'Office, chargé d'évaluer la pertinence d'entreprendre des sanctions préventives contre les commerçants concernés. S'il s'agit d'un titulaire de permis, l'intervention se situe principalement, dans un premier temps du moins, sur le terrain des sanctions administratives. S'il ne s'agit pas d'un titulaire de permis, ou s'il s'agit d'un titulaire ayant commis des infractions graves, le recours aux sanctions pénales est envisagé. Une fois la preuve des infractions établie au terme d'une enquête menée par l'Office, le dossier est transmis au bureau du procureur général¹⁹⁰.

Ses ressources financières étant assez limitées, l'Office tend à cibler ses interventions préventives dans les dossiers où il reçoit des plaintes, celles-ci constituant une source précieuse d'information et de preuve sur les pratiques délinquantes de certains commerçants¹⁹¹. Il n'en demeure pas moins que le président de l'Office peut toujours enquêter, de sa propre initiative, sur toute question relative à l'application de la loi¹⁹². De temps à autre, des programmes de surveillance sont mis en place pour contrôler l'application de la loi dans un secteur précis. Ainsi, l'Office s'est donné pour objectif de vérifier systématiquement tous les secteurs d'activités pour lesquels les lois qu'il administre exigent l'obtention d'un permis, avant 2008.

Bien que la même plainte puisse donner lieu à la mise en œuvre de sanctions curatives et préventives, les deux processus sont essentiellement autonomes. Au plan institutionnel, les agents conciliateurs de l'Office ne sont pas habilités à se prononcer sur la possibilité d'une éventuelle sanction administrative ou pénale. Ils ne peuvent ni promettre au commerçant l'immunité s'il indemnise le consommateur, ni le menacer de sanction administrative ou pénale dans le cas contraire. Les plaintes graves ou présentant un caractère répétitif sont référées par l'agent au service approprié, quelle

¹⁹⁰ En 2005-2006, 249 interventions juridiques ont été entreprises par l'Office auprès de contrevenants présumés. Des condamnations pénales ont été obtenues dans 188 dossiers, le montant total des amendes ayant totalisé 1,15 millions de dollars : OFFICE DE LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR, *op. cit.*, note 184, p. 1.

¹⁹¹ Le budget total de l'Office était de 7,43 millions de dollars en 2005-2006.

¹⁹² L.p.c., art. 305 et suiv.

que soit l'issue de la conciliation. S'il s'agit d'une plainte grave, mais isolée, il est certes possible que l'obtention rapide par le consommateur d'un remède satisfaisant incite l'Office à plus de clémence lorsqu'une décision est prise quant à l'opportunité d'appliquer la sanction préventive dans un dossier. En revanche, le commerçant qui viole la loi de manière répétée, même s'il accepte immédiatement de régler les plaintes qui sont portées à la connaissance de l'Office, n'échappe pas pour autant à la mise en œuvre de sanctions préventives¹⁹³.

L'Office a créé à l'intention des consommateurs une banque de données intitulée « profil du commerçant », dans laquelle il est indiqué si le commerçant est titulaire d'un permis, s'il a fait l'objet de plaintes, si celles-ci ont été réglées à la satisfaction du consommateur et enfin, s'il a fait l'objet d'interventions juridiques ou de sanctions pénales. La banque ne fait toutefois pas état des recours civils dont a pu faire l'objet le commerçant devant les tribunaux de droit commun. Cette banque de données constitue une source d'information utile pour le consommateur. Elle pourrait constituer également une mesure préventive efficace, surtout dans l'hypothèse où elle était consultée par d'éventuels prêteurs, assureurs, investisseurs ou acquéreurs de l'entreprise, la valeur et le crédit de cette dernière pouvant être affectés négativement par un profil du commerçant peu reluisant.

¹⁹³ Mentionnons que les articles 314 à 315.1 L.p.c. habilite l'Office à négocier avec un commerçant ou un groupe de commerçants un engagement volontaire. Le recours à ce mécanisme demeure peu fréquent (6 engagements volontaires en 2005-2006), mais pourrait être appelé à se développer : OFFICE DE LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR, *op. cit.*, note 184, p. 13. Il convient de distinguer deux formes d'engagement volontaire. Dans l'engagement volontaire à portée générale, l'Office négocie avec les acteurs concernés un nouveau cadre légal qui est ensuite adopté sous forme de règlement (par exemple, la Politique d'exactitude des prix, voir : *Engagement volontaire*, (2001) 133 G.O. II, 769). Dans l'engagement volontaire à portée individuelle, l'Office négocie avec un commerçant soupçonné de contrevenir à la loi l'adoption de mesures de mise en conformité aux normes légales. Contrairement à l'engagement à portée générale, l'engagement à portée individuelle n'est pas public et ne modifie pas, en principe, la teneur des obligations imposées par la loi au commerçant concerné. Dans l'hypothèse la plus fréquente, le commerçant menacé de perdre son permis en raison de contraventions à la loi s'engage à prendre un certain nombre de mesures concrètes, y compris l'indemnisation des consommateurs lésés, afin de se conformer à la loi.

L'Office dispose finalement de moyens d'intervention assez limités, tant au chapitre des sanctions préventives que curatives. Ainsi, il ne peut en aucun cas représenter le consommateur devant les tribunaux. Bien qu'il se charge des enquêtes, il n'est pas non plus responsable de l'application des sanctions pénales prévues à la *Loi sur la protection du consommateur*, l'exercice des poursuites étant confié à un substitut du procureur général.

Commission des normes du travail. La Commission des normes du travail est chargée de veiller à l'application et la mise en œuvre de la *Loi sur les normes du travail* et de la *Loi sur la fête nationale*¹⁹⁴. Comme son nom l'indique, la *Loi sur les normes du travail* s'inscrit dans l'approche législative de normalisation du contenu obligationnel du contrat. Même si la loi est assortie de sanctions pénales, la Commission privilégie très nettement la mise en œuvre des sanctions curatives prévues à la loi, ses interventions préventives se limitant essentiellement aux mesures collectives ou individuelles visant à informer les employeurs de leurs responsabilités découlant de la loi. La Commission dispose de pouvoirs d'enquête, qu'elle peut exercer à sa propre initiative ou à la suite d'une plainte en provenance d'un salarié ou d'une association sans but lucratif vouée à la défense des droits des salariés. Lorsqu'elle reçoit une plainte, la Commission doit enquêter : elle ne peut refuser de donner suite à la plainte que si elle lui paraît frivole, faite de mauvaise foi ou non fondée¹⁹⁵.

Le dépôt de la plainte à la Commission suffit, dans près des deux tiers des cas, pour que le salarié et l'employeur concluent une entente

¹⁹⁴ L.R.Q., c. F-1.1, art. 17.1.

¹⁹⁵ L.n.t., art. 104-106. Le plaignant peut demander une révision de la décision dans les 30 jours de la réception de l'avis de la Commission mettant fin à l'enquête : art. 107.1. La Commission répond, par téléphone ou par courriel, à plus de 400 000 demandes d'information par année, sans compter la consultation de son site Internet, qui dépasse les 1,3 millions de visites annuellement : COMMISSION DES NORMES DU TRAVAIL, *Rapport annuel de gestion 2004-2005*, en ligne : [http://www.cnt.gouv.qc.ca/fr/gen/publications/pdf/c_0271.pdf], p. 42 (page consultée le 10 août 2006). Plus de 28 000 plaintes ont été reçues par la Commission en 2005-2006 (Rapport annuel, p. 44). Le budget de dépenses de la Commission était alors de plus de 52 millions de dollars, dont 44,6 millions ont été consacrés à l'information du public, à la surveillance des employeurs et au traitement des plaintes des salariés : COMMISSION DES NORMES DU TRAVAIL, *op. cit.*, note 195, p. 55.

mettant fin à leur différend¹⁹⁶. Dans les dossiers non réglés, l'intervention de la Commission varie selon la nature de la plainte. Dans les cas où des sommes sont dues au salarié, la Commission met l'employeur en demeure de lui verser ces sommes dans les 20 jours¹⁹⁷. En cas de refus de l'employeur, la Commission intente contre lui un recours devant le tribunal de droit commun compétent, au nom du salarié. Un règlement hors cour intervient alors dans la plupart des cas. Soulignons que le salarié est représenté tout à fait gratuitement par la Commission lors de la négociation d'un règlement ou devant les tribunaux. C'est également la Commission qui se charge de percevoir les sommes dues par l'employeur, pour les remettre ensuite au salarié.

Il est prévu à la loi que la Commission peut cumuler les recours de plusieurs salariés contre un même employeur dans la même demande¹⁹⁸. Dans ce cas, la Commission est habilitée à conclure une transaction au nom du groupe de salariés avec l'employeur, transaction qui est opposable à tous les membres du groupe si une majorité d'entre eux y consentent¹⁹⁹. Dans chaque dossier où elle réclame le paiement de sommes d'argent pour un salarié, la Commission peut obtenir le paiement d'un montant forfaitaire additionnel égal à 20 % de la somme réclamée, qui contribue à financer ses activités²⁰⁰.

Lorsque le remède recherché par le salarié n'est pas d'ordre pécuniaire, la Commission nomme un médiateur, avec l'accord des parties, afin qu'il tente de les mener à un règlement²⁰¹. En cas de désaccord persistant des parties ou d'échec de la médiation, la

¹⁹⁶ COMMISSION DES NORMES DU TRAVAIL, *op. cit.*, note 195, annexes 5-8. Le taux de règlement est toutefois beaucoup moins élevé en matière de harcèlement psychologique : annexe 9.

¹⁹⁷ L.n.t., art. 111 ; À partir de la réception de la mise en demeure, l'employeur ne pourra valablement acquitter les sommes faisant l'objet de la réclamation qu'en en faisant remise à la Commission qui remettra par la suite le montant au salarié : L.n.t., art. 120 et 121.

¹⁹⁸ L.n.t., art. 119.

¹⁹⁹ *Id.*, art. 39(5).

²⁰⁰ *Id.*, art. 114.

²⁰¹ *Id.*, art. 123.3, 123.10 et 125. Les informations communiquées à cette personne demeurent confidentielles.

Commission réfère la plainte à la Commission des relations du travail²⁰². Le salarié non syndiqué est représenté gratuitement par un avocat de la Commission des normes du travail devant la Commission des relations du travail²⁰³.

Les cas où des employeurs ont fait l'objet de sanctions pénales pour avoir violé la *Loi sur les normes du travail* sont rares, car la Commission mise très peu sur les sanctions préventives pour faire respecter la loi. Or, les résultats obtenus dans la mise en œuvre des sanctions curatives des salariés semblent très positifs et il n'est pas exclu que l'accès facilité à la sanction curative puisse avoir, par le fait même, un effet préventif significatif. Une enquête menée récemment par la Commission auprès de 4 000 salariés non syndiqués révèle en effet que plusieurs dispositions de la loi, notamment celles qui concernent le salaire minimum, sont très bien connues et respectées²⁰⁴. Cet exemple pourrait donc illustrer le fait que les sanctions préventives sont moins nécessaires lorsque les personnes protégées par la loi connaissent leurs droits et sont en mesure de les exercer facilement. Toutefois, la même enquête révèle que certaines dispositions de la loi ne sont pas respectées dans plus de 30 % des cas²⁰⁵. La Commission aura-t-elle davantage recours aux sanctions préventives pour faire en sorte que ces dispositions soient mieux respectées ?

Cette étude, même sommaire, des cas d'intégration des sanctions préventives et palliatives, soit par la mise en place de sanctions hybrides, soit par l'administration intégrée de leur mise en œuvre, nous semble confirmer la pertinence de distinguer ces deux finalités afin de mieux évaluer les enjeux d'une telle intégration. Elle soulève en effet la question de savoir si la recherche d'un compromis ou d'une complémentarité entre ces deux finalités est sou-

²⁰² *Id.*, art. 123.4, 123.12 et 126.

²⁰³ *Id.*, art. 123.5 et 126.1. Dans le cas du harcèlement psychologique, l'article 123.13 L.n.t. ne fait pas cette distinction. Le salarié peut donc être représenté en tout temps par la Commission des normes du travail.

²⁰⁴ COMMISSION DES NORMES DU TRAVAIL, *Évaluation de l'application de certaines dispositions de la Loi sur les normes du travail*, Commission des normes du travail, Québec, 2005, en ligne : [http://www.cnt.gouv.qc.ca/fr/campagne_mai2006/enquete.pdf] (page consultée le 27 juin 2006).

²⁰⁵ Il s'agit des règles ayant trait à l'inclusion des commissions, pourboires et boni dans le calcul de la paye de vacances et au paiement des heures supplémentaires : COMMISSION DES NORMES DU TRAVAIL, *op. cit.*, note 204.

haitable, dans la mesure où elle implique la mise en veilleuse des sanctions préventives lorsque le contrevenant accepte d'indemniser sa victime, et la surindemnisation de la partie protégée lorsque cette dernière bénéficie d'un rapport de force inversé créé par la menace d'une sanction préventive.

*
* *

L'ordre public de direction est par essence préventif. Il cherche à diriger les actions des individus et des entreprises dans le sens de l'intérêt général. Il y parvient notamment en imposant des sanctions préventives aux contrevenants. L'ordre public de protection est par essence curatif. Il cherche à rétablir la justice contractuelle entre les parties, l'une d'elles ayant été lésée par son contrat. Il y parvient en attribuant des recours curatifs à la partie protégée.

Il existe un ordre public de direction « pur » : sa violation n'affecte pas l'équilibre interne du contrat. Il est assorti uniquement de sanctions préventives. Il ne faisait pas directement l'objet de notre étude, mais l'analyse que nous avons proposée des sanctions préventives devrait pouvoir lui être applicable, s'agissant, en particulier, des conditions auxquelles il convient de prononcer la nullité absolue du contrat.

L'ordre public de protection « pur » existe aussi : il ne comporte pas de dimension préventive, s'attachant uniquement à rétablir la justice contractuelle entre les parties en cas de violation de la loi, qui n'en demeure pas moins impérative. Les dispositions législatives relevant actuellement de cette catégorie sont plutôt rares en dehors du Code civil, même si nous en avons relevé quelques unes. Ces cas pourraient être appelés à se multiplier. En effet, il n'est pas toujours nécessaire d'appuyer les dispositions d'ordre public de sanctions préventives.

La grande majorité des lois que nous avons étudiées relèvent actuellement à la fois de l'ordre public de direction et de l'ordre public de protection, parce qu'elles tendent à diriger les acteurs visés au moyen de sanctions préventives et à réparer les conséquences d'une violation de la loi au moyen de sanctions curatives. En pratique, la nullité absolue, lorsqu'elle est applicable, englobe la nullité relative : la partie protégée a toujours l'intérêt requis pour demander la nullité absolue du contrat ; invoquerait-elle la nullité relative,

que le juge en relèverait d'office le caractère absolu. En revanche, lorsque la nullité absolue ne s'applique pas, la partie protégée peut recourir à la nullité relative, mais seulement si elle a souffert de la violation de la loi.

Il faut être conséquent dans les attentes que l'on a à l'égard de chaque ensemble de sanctions. Les sanctions préventives sont censées réduire l'incidence de certaines atteintes à la justice contractuelle et les sanctions curatives sont censées remédier, au cas par cas, à des atteintes avérées à la justice contractuelle. Il s'ensuit que la simple violation de la loi justifie l'application de la sanction préventive applicable. En revanche, elle n'est ni nécessaire, ni suffisante pour que soit justifié le recours à la sanction curative. D'une part, si la violation de la loi n'a eu concrètement aucune incidence sur le caractère juste ou injuste du contrat, il n'y a pas lieu d'appliquer la sanction curative. D'autre part, le fait pour les contractants de se conformer aux prescriptions de la loi ne garantit pas le caractère juste du contrat : les sanctions curatives pourraient trouver à s'appliquer en vertu du droit commun. Il est donc important de ne pas adopter une attitude trop légaliste en associant directement les sanctions curatives à la violation de la loi. Ces recours doivent préserver toute leur souplesse pour permettre à la victime d'une injustice d'avoir accès au remède approprié.

La distinction des sanctions préventives et curatives a également son importance lorsqu'il s'agit de déterminer qui est habilité à agir afin de réclamer leur mise en œuvre. Nous avons vu que tous ont un intérêt plus ou moins diffus à voir la loi respectée, mais que cet intérêt ne se traduit pas forcément par le droit d'agir en justice pour obtenir l'application d'une sanction préventive. Le fait d'attribuer très largement le recours préventif aux parties privées peut en accroître l'efficacité, mais risque par ailleurs d'ouvrir la porte aux abus et de discréditer l'administration de la justice. Nous avons vu que les sanctions curatives appartiennent en principe à la partie protégée par la loi, qui est libre de les exercer à sa guise. Certains mécanismes tels que le recours collectif et le grief font toutefois exception, en détournant dans certains cas le recours individuel de la partie protégée vers une finalité collective ou préventive.

La diversité des sanctions étudiées et des moyens qui en facilitent la mise en œuvre a permis aux acteurs impliqués d'expérimenter différentes combinaisons de sanctions et de processus de règlement des litiges dans la poursuite de deux objectifs : obtenir le respect de

la loi et indemniser la partie protégée. Le bilan apparaît globalement positif : les justiciables, les associations qui les représentent et les autorités de surveillance disposent de multiples moyens d'agir leur permettant de rendre effectives les lois de l'ordre public contractuel. Bien sûr, ces moyens d'agir sont toujours perfectibles et la mise en commun des solutions trouvées dans différents secteurs pourrait s'avérer instructive.

Ce foisonnement des sanctions et des moyens de mise en œuvre entraîne toutefois son lot de difficultés, auxquelles les juristes et les citoyens continuent d'être confrontés : conflits de juridiction, risque de cumul de recours incompatibles (double punition ou double indemnisation), confusion des justiciables, qu'ils soient contrevenants ou victimes. Par ailleurs, nous avons noté l'absence de transparence dans l'exercice de certaines sanctions, telles que les sanctions administratives, et de certains recours, tels que les processus de règlement amiable mis en place par certaines autorités de surveillance. Nous avons relevé que certains mécanismes de représentation collective impliquent, pour les victimes, une perte de la maîtrise de l'exercice de leurs droits. Nous avons observé que la recherche de résultats toujours meilleurs en termes de taux de règlement des dossiers, d'économie de moyens ou d'indemnisation des victimes correspond à un paradigme utilitariste qui tend à rendre obsolète le procès pénal ou civil traditionnel, ainsi que la sophistication des règles de preuve et de procédure. L'intégration de la fonction préventive et de la fonction palliative au sein d'un même recours ouvre enfin la porte à des compromis douteux : lorsque la sanction préventive devient un outil de négociation aux mains de la victime, le contrevenant échappe à l'application intégrale de la sanction préventive, pendant que la victime obtient une réparation qui dépasse la mesure de son préjudice. Les juristes devront donc redoubler d'imagination et de prudence, afin que l'efficacité tant recherchée des sanctions de l'ordre public ne fausse pas compagnie au droit et à la justice.

Tableau des lois étudiées

Protection économique des travailleurs (fournisseurs d'un bien ou service)

- *Code civil du Québec*
- *Code du travail, C-27*
- *Loi sur les décrets de convention collective, D-2*
- *Loi électorale, E-3.3*
- *Loi sur l'équité salariale, E-12.001*
- *Loi sur la fête nationale, F-1.1*
- *Loi sur les heures et les jours d'admission dans les établissements commerciaux, H-2.1*
- *Loi sur la mise en marché des produits agricoles, alimentaires et de la pêche, M-35.1*
- *Loi sur les normes du travail, N-1.1*
- *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction, R-20*
- *Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d'art et de la littérature et sur leurs contrats avec les diffuseurs, S-32.01*
- *Loi sur le statut professionnel et les conditions d'engagement des artistes de la scène, du disque et du cinéma, S-32.1*

Accès à la justice

- *Loi sur la justice administrative, J-3*
- *Code de procédure civile*
- *Code de procédure pénale, C-25.1*
- *Loi sur le recours collectif, R-2.1*

Protection de la santé, de la sécurité et des droits et libertés de la personne

Protection pouvant s'appliquer tant aux travailleurs qu'aux consommateurs

- *Loi sur les appareils sous pression, A-20.01*
- *Loi sur le bâtiment, B-1.1*
- *Code civil du Québec*
- *Charte de la langue française, C-11*
- *Charte des droits et libertés de la personne, C-12*
- *Code de la sécurité routière, C-24.2*
- *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé, P-39.1*

Protection spécifique aux travailleurs

- *Loi sur les mécaniciens de machines fixes, M-6*
- *Loi sur la santé et la sécurité du travail, S-2.1*

Protection spécifique aux consommateurs

- *Loi sur l'aquaculture commerciale, A-20.2*
- *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, C-1.1*
- *Loi sur les infractions en matière de boissons alcooliques, I-8.1*
- *Loi sur les matériaux de rembourrage et les articles rembourrés, M-5*
- *Loi sur les pesticides, P-9.3*
- *Loi sur les produits alimentaires, P-29*
- *Loi sur les produits et les équipements pétroliers, P-29.1*
- *Loi sur la protection sanitaire des animaux, P-42*
- *Loi sur la Régie des alcools, des courses et des jeux, R-6.1*

Tableau des lois étudiées (suite)

Protection économique des consommateurs au sens large (acquéreurs d'un bien ou service)

Information et liberté de choix

- *Loi sur les appellations réservées*, A-20.02
- *Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture*, A-23.001^{2, 3}
- *Loi sur les établissements d'hébergement touristique*, E-14.2³
- *Loi sur la propriété des bicyclettes*, P-31
- *Loi sur la protection du consommateur*, P-40.1^{2, 3}
- *Loi sur les valeurs mobilières*, V-1.1^{2, 3}

¹ Autres lois adoptant cette approche

Normalisation du contrat

- *Code civil du Québec*
- *Loi sur le mode de paiement des services d'électricité et de gaz dans certains immeubles*, M-37
- *Loi sur les produits et les équipements pétroliers*, P-29.1
- *Loi sur la régie de l'énergie*, R-6.01
- *Loi sur la régie du logement*, R-8.1¹
- *Loi sur les services préhospitaliers d'urgence*, S-6.2³

² Autres lois adoptant cette approche

Contrôle préalable et autorisation

- Lois chapeautées par le Code des professions: A-5.1, A-12, A-21, A-23, A-33, B-1, C-15, C-16, C-26, C-48, D-3, D-4, G-1.01, H-4.1, I-8, I-9, I-10, M-8, M-9, N-3, O-6, O-7, P-10, P-12, S-0.1, T-5
- *Loi sur les agents de voyages*, A-10
- *Loi sur les assurances*, A-32
- *Loi sur le bâtiment*, B-1.1
- *Loi sur les chemins de fer*, C-14.1
- *Code de la sécurité routière*, C-24.1
- *Loi sur le courtage immobilier*, C-73.1¹
- *Loi sur la distribution de produits et services financiers*, D-9.2
- *Loi sur l'enseignement privé*, E-9.1¹
- *Loi sur les loteries, les concours publicitaires et les appareils d'amusement*, L-6¹
- *Loi sur les maîtres électriciens*, M-3
- *Loi sur les maîtres mécaniciens en tuyauterie*, M-4
- *Loi sur le recouvrement de certaines créances*, R-2.2²
- *Loi concernant les services de transport par taxi*, S-6.01

³ Autres lois adoptant cette approche

