

**CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS
AU CANADA**

SECTION CIVILE

STRATÉGIE DU DROIT COMMERCIAL

**PROPOSITION DE LOI UNIFORME SUR
LES CONTRATS ILLÉGAUX**

par

**Arthur L. Close, c.r.
Directeur général
British Columbia Law Institute**

**avec l'aide de
Michelle Cumyn
Professeure adjointe
Faculté de droit
Université Laval**

**Regina, Saskatchewan
22-26 août 2004**

Partie A – Contexte

[1] Le présent rapport a pour objectif de contribuer aux travaux en cours depuis deux ans sur les contrats illégaux, dans le cadre de la Stratégie du droit commercial. On a d'abord demandé à la professeure Mary Ann Waldron, de la Faculté de droit de l'Université de Victoria, d'étudier certains aspects légaux des contrats illicites et d'en faire rapport à la Section civile, ce qu'elle a fait à la réunion de la Section, à Fredericton, en août 2003. Selon le procès-verbal de cette réunion¹ :

La professeure Waldron fait lecture de son document sur les contrats illégaux et note que cette question découle des travaux qui ont été menés sur l'article 347 du *Code criminel*². Les questions principales à examiner sont ce qui rend illégal un contrat et ce qui arriverait si un contrat était jugé illégal. Il y a vingt ans, la Law Reform Commission de la Colombie-Britannique était d'avis que les tribunaux et la common law ne permettraient pas de bien mettre à jour les lois sur les contrats illégaux³. Depuis lors, des faits nouveaux en matière de common law montrent que cette opinion était en grande partie exacte, car les tribunaux s'en sont tenus étroitement au droit traditionnel et la majorité des affaires n'ont suscité aucun débat stratégique. La professeure Waldron examine ensuite certaines questions, notamment les arrêts *Still v. B.C.* et *Top Line Industries v. International Paper*, et elle mentionne que des approches différentes ont mené les tribunaux à des résultats inégaux dans ce domaine du droit. Elle affirme que la réforme des lois préconisée par la Law Reform Commission serait appropriée.

La Conférence est invitée à examiner s'il y aurait lieu de constituer un groupe de travail et de rédiger un projet de loi en vue de la prochaine conférence. On favorise la création d'un tel groupe. Il est toutefois proposé que le groupe de travail tienne compte du Code civil du Québec et fasse une étude comparative entre celui-ci et la common law. Il est peut-être prématuré de rédiger un projet de loi tant que cette étude comparative n'aura pas été faite.

IL EST RÉSOLU :

1. **QUE** l'on prenne connaissance du rapport de la professeure Mary Ann Waldron sur les contrats illégaux.
2. **QUE** le rapport figure dans le compte rendu de 2003.
3. **QUE** la présidente de la Section du droit civil, après avoir consulté comme il se doit les participants intéressés, constitue un comité consultatif chargé de rédiger un projet de loi et les commentaires en se fondant sur le rapport Waldron et sur les dispositions applicables du *Code civil* du Québec ainsi que sur les observations recueillies lors des discussions à la conférence de 2003 en vue de les présenter à la Conférence de 2004.

1. Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, Compte rendu de la réunion annuelle, 10-14 août 2003, <www.ulcc.ca/fr/poam2/index.cfm?sec=2003&sub=2003f>.

2. *Code criminel*, 1985, c. C-46.

3. Commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique, rapport n° 69 : *Report on Illegal Transactions* (1983). Voir aussi British Columbia Law Institute, rapport n° 4 : *Proposals for a Contract Law Reform Act* (1998).

Conférence pour l'uniformisation des lois au Canada

[2] Deux mesures ont été prises en vertu de cette résolution. Premièrement, on a demandé à la professeure Michelle Cumyn, de la Faculté de droit de l'Université Laval, de préparer un document sur le traitement accordé aux contrats illégaux dans le droit civil québécois. Deuxièmement, au lieu de créer un groupe de travail national, la présidente de la Section civile a demandé à Arthur Close de préparer un rapport et une ébauche de loi commentée pour présentation à la Section civile à Regina.

[3] Le document préparé par la professeure Cumyn fera l'objet d'une présentation séparée. La juriste a également joué un rôle important dans la préparation du présent rapport et de l'ébauche de loi, qui tient compte de ses nombreuses et précieuses suggestions. Elle a aussi rédigé pour l'ébauche de loi un ensemble de commentaires additionnels qui présentent la perspective québécoise. [Ces commentaires sont présentés dans une police de caractères linéale différente.]

[4] L'existence de deux autres ébauches a facilité la préparation de la présente ébauche de loi. La première a été préparée afin de donner suite aux recommandations de 1983 de la Commission de réforme du droit. La deuxième a été préparée par Lorna Proudfoot, du bureau du Conseiller législatif de Terre-Neuve. Ken Downing, du bureau du Conseiller législatif de la Colombie-Britannique, a contribué à la préparation de la version finale en langue anglaise du texte de loi. La version française a été préparée par Michel Aucoin, conseiller législatif au ministère de la Justice du Canada.

[5] La partie C du présent rapport présente une ébauche de *Loi uniforme sur les contrats illégaux* (LUCI) pour examen par la Section. La partie B mentionne certains problèmes survenus lors de la préparation de l'ébauche et la façon dont on les a résolus.

Partie B – Problèmes de rédaction

Exigences de rédaction et contrats *ultra vires*

[6] À la fin de son article, la professeure Waldron fait les observations suivantes⁴ :

Les développements récents favorisent un réexamen de plusieurs recommandations de la Commission. En particulier, il faut examiner la nécessité de clarifier le libellé pour inclure les contrats *ultra vires*. En outre, il serait peut-être utile d'inclure dans l'application des dispositions les causes portant sur un contrat inexécutable à cause de déficiences formelles, particulièrement dans les compétences qui n'ont pas substantiellement réformé le Statute of Frauds.

[7] Ces deux suggestions ont été incorporées dans l'ébauche de loi. On aborde la question des contrats *ultra vires* à l'alinéa c) de la définition de « vice », qui comprend parmi les raisons qui rendent un contrat illégal : « l'une des parties au contrat n'avait pas la capacité de contracter ». La question de la formation du contrat est abordée à l'article 2.

4. Paragraphe 102.

Développements en matière de divisibilité

[8] Une des causes analysées par la professeure Waldron⁵ est *Transport North American Express Inc. v. New Solutions Financial Corp*⁶. Cette cause portait sur un contrat mentionnant un taux d'intérêt dépassant la limite maximale de 60 % stipulée à l'article 347 du *Code criminel*. Deux méthodes opposées de modification d'un contrat par divisibilité s'y affrontaient. Le juge de première instance était ouvert à l'application d'une « divisibilité notionnelle », qui aurait limité le taux d'intérêt effectif à 60 % et aurait permis au reste des dispositions de continuer à s'appliquer. La Cour d'appel de l'Ontario a jugé qu'il valait mieux utiliser la méthode formelle dite du « trait de crayon bleu », qu'une clause doit être excisée ou non et qu'on ne peut atténuer une disposition irrégulière. La Cour d'appel a donc conclu que la clause irrégulière portant sur le taux d'intérêt devait être totalement excisée pour que le prêteur puisse se prévaloir de tout droit découlant du contrat.

[9] La cause a été portée devant la Cour suprême du Canada, qui a rendu sa décision en février 2004. La majorité des juges d'une Cour suprême fortement divisée a appuyé le concept de « divisibilité notionnelle » employé par le juge de première instance⁷.

[10] Dans son examen de la méthode de divisibilité notionnelle, la professeure Waldron note que la Commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique a rejeté le test du « crayon bleu », mais se demande si les recommandations que fait la Commission dans son *Report on Illegal Transactions*⁸ permettent l'emploi d'une divisibilité notionnelle comme celle proposée par le juge de première instance dans la cause *New Solutions*⁹.

[11] La Commission de réforme du droit a, en fait, appuyé une forme de divisibilité notionnelle très proche de celle de la cause *New Solutions*, mais elle l'a fait dans un rapport distinct sur les contrats qui sont illégaux parce qu'ils portent atteinte à la liberté du commerce¹⁰. La Commission s'exprime comme suit¹¹ :

21. (1) Quand un contrat ou une partie d'un contrat porte atteinte de manière déraisonnable à la liberté du commerce, un tribunal peut, sauf dispositions contraires du contrat,

5. Paragraphe 87.

6. (2001) 200 D.L.R. (4^e) 560 (C.S. de l'Ontario); (2002) 214 D.L.R. (4^e) 44 (C.A. de l'Ontario).

7. 2004 CSC 7.

8. *Supra*, note 3.

9. *Supra*, note 7 (paragraphe 90 et 91).

10. British Columbia Law Institute, rapport n° 74 : *Report on Covenants in Restraint of Trade* (1984).

11. Cette rédaction s'inspire des *Proposals for a Contract Law Reform Act* du BCLI (*supra*, note 3).

Conférence pour l'uniformisation des lois au Canada

- a) soit en supprimer une partie,
 - b) soit limiter l'effet de ce contrat de façon à ce que, une fois modifié, il limite la liberté du commerce de manière raisonnable au moment de sa signature, et
 - c) selon les règles du droit et de l'équité, donner effet au contrat tel que modifié.
- (2) La cour peut refuser d'accorder le redressement demandé à l'alinéa (1) et refuser de donner effet au contrat dans l'une des deux éventualités suivantes :
- a) si la suppression ou la limitation altère tellement le marché entre les parties qu'il devient déraisonnable de rendre exécutable le contrat tel que modifié;
 - b) si le comportement de la partie cherchant à faire appliquer le contrat, avec ou sans modification, la rend inadmissible au redressement.

[12] La cause *New Solutions* montre que la divisibilité notionnelle ne se limite pas aux questions d'atteinte à la liberté du commerce, mais qu'elle peut avoir un champ d'application plus vaste. Cette méthode a donc été adoptée dans notre proposition de LUCI. L'alinéa 5(1)g) traite de la divisibilité en général et la divisibilité notionnelle est traitée expressément au sous-alinéa i)(B).

Exclusions

[13] Au moins dans la mesure où l'illégalité d'un acte découle de l'application d'une loi, la LUCI peut être conçue comme un texte définissant une position « par défaut » qui fournit aux parties un redressement dans les cas où la loi rendant un acte illégal ne prévoit pas de réparation des conséquences de cette illégalité. Ce principe de base est exprimé à l'alinéa 3(3)a). Toutefois, on peut se demander si la loi doit contenir d'autres exclusions. On a dressé une liste d'exclusions possibles aux alinéas 3(3)b) à g), mis entre crochets dans la présente ébauche.

[14] Comme on peut le remarquer dans le commentaire qui accompagne cet article, les auteurs de l'ébauche pensent qu'on ne peut déterminer par une méthode uniforme ce qui doit être exclu ou non de la LUCI. La loi doit pouvoir s'insérer dans le contexte des lois déjà existantes dans la province ou le territoire où elle s'applique; or, celles-ci peuvent varier fortement à travers le pays.

[15] Prenons un exemple donné dans le commentaire. Le fait qu'on désire ou non que la LUCI s'applique à un contrat dont l'exécution est devenue impossible peut dépendre du fait qu'une province a adopté ou non une loi moderne sur les contrats inexécutables, comme la *Loi uniforme sur les contrats inexécutables*¹². Si elle l'a fait, il est raisonnable d'exclure les contrats inexécutables de la portée de la LUCI. Dans le cas contraire, l'ébauche de LUCI, même si elle n'a pas été conçue pour s'appliquer expressément aux contrats inexécutables, fournit probablement aux tribunaux un meilleur ensemble d'outils que la common law pour ajuster les relations dans les cas d'impossibilité d'exécution. On peut en dire autant d'autres types de contrats rendus inexécutables à cause d'une loi ou de la common law.

12. Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, *Loi sur les contrats inexécutables* (Compte rendu de 1974, 28), <www.ulcc.ca/en/us/index.cfm?sec=1&sub=1f4>.

Conférence pour l'uniformisation des lois au Canada

[16] La présente ébauche de loi met en évidence la plupart de ces possibilités, mais elle laisse à la province ou au territoire la décision finale quant à leur inclusion ou exclusion.

[17] Un gouvernement pourra également souhaiter exclure certains types de contrats dont l'inexigibilité résulte d'une règle d'ordre public qui est si fondamentale à son système juridique qu'il ne saurait y avoir de redressement.

Conflit de lois

[18] Les versions précédentes de la présente loi contenaient une disposition qui aurait permis à la loi d'une province ou d'un territoire ayant adopté la LUCI de remplacer la loi propre au contrat. Cette disposition avait la forme suivante :

- X Si un contrat illégal
 - i. est régi par une loi autre que la loi de [la province] et
 - ii. impose une obligation de faire ou non quelque chose en [la province],le tribunal peut, dans la mesure où le redressement se limite à l'obligation de faire quelque chose ou non en [la province], accorder ou refuser le redressement comme si le contrat n'était régi que par la loi de [la province].

[19] Une telle disposition est particulièrement nécessaire dans le cas de contrats qui portent atteinte à la liberté du commerce, comme, par exemple, un contrat entre un employeur exerçant une activité commerciale dans tout le pays et un ancien employé, dans lequel on s'entendrait sur le fait que, pendant une période de dix ans, l'employé n'a pas le droit de s'associer à une compagnie concurrente dans une des provinces de l'Ouest canadien (l'ancien « territoire » de l'employé). Un tribunal d'une province de l'Ouest pourrait être d'avis que la protection donnée à l'employeur est beaucoup plus importante, dans le temps et dans l'espace, que ce qui est nécessaire à la protection des intérêts légitimes de l'employeur. Il pourrait donc conclure que le contrat est contraire à l'intérêt public et donc inexécutable par l'employeur. Si cette province avait adopté la LUCI, le tribunal pourrait l'invoquer afin de permettre au contrat de s'appliquer à un territoire plus limité pendant une période plus courte. Par contre, si la loi applicable au contrat est celle d'une province ou d'un territoire qui n'a pas adopté la LUCI, il devient difficile au tribunal d'agir de cette façon.

[20] L'adoption d'une règle de conflit de lois comme celle présentée plus haut déroge aux règles habituelles du droit international privé et introduit ainsi dans le droit des contrats une incertitude que plusieurs considèrent indésirable. Cette règle est aussi incompatible avec la loi québécoise. Dans le *Code civil* du Québec, la loi régissant les conséquences de la nullité d'un contrat ou d'une de ses clauses est la loi applicable au contrat, quel que soit l'endroit où celui-ci est exécuté. Si, toutefois, le contrat ne présente aucun élément d'extranéité, il demeure soumis aux dispositions impératives du pays d'origine (art. 3111). Si la loi désignée dans le contrat le rend invalide, les tribunaux, pour le valider, appliquent la loi de l'État qui présente les liens les plus étroits avec ce contrat (art. 3112).

[21] Cependant, le jugement dans la cause *New Solutions* change l'allure du débat. Dans notre exemple, même si la province ou le territoire de la « loi applicable » n'a pas adopté la LUCI, la

Conférence pour l'uniformisation des lois au Canada

divisibilité notionnelle fait partie de la loi applicable et le tribunal de l'Ouest peut donc y avoir recours. La simple application de la divisibilité notionnelle comme recours de common law devrait constituer une solution acceptable dans la majorité des causes d'atteinte à la liberté du commerce, mais elle n'apporte pas réponse à tout. La divisibilité notionnelle peut ne pas être disponible quand la loi applicable est celle d'un État étranger. De plus, le tribunal peut préférer accorder, comme mesure corrective, un dédommagement ou une restitution en plus de l'interprétation atténuée qui résulterait de la divisibilité notionnelle. Ceci serait possible si la LUCI était applicable, mais les développements actuels ne vont pas aussi loin que cela.

[22] Nous avons provisoirement décidé de ne pas inclure de règle de conflit de loi de ce type dans l'ébauche de LUCI, mais nous attirons l'attention de la Section sur ce problème pour qu'elle puisse en discuter si elle le juge à propos.

Partie C – Ébauche de loi et commentaire

LOI HARMONISÉE SUR LES CONTRATS ILLÉGAUX

Définitions

1. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

« bien » S'entend de l'obligation, du pouvoir, de l'intérêt, du droit ou de toute autre chose, quel qu'en soit le genre, qui fait l'objet du contrat illégal. (« *property* »)

Commentaire : Le mot « bien » est utilisé au paragraphe 4(2). Ce paragraphe détermine à qui le bien est censé être transféré quand un contrat est illégal et que le bien fait ensuite l'objet d'un autre transfert à une personne qui n'est pas partie au contrat. Si le titre du cessionnaire est contesté, le tribunal peut accorder réparation au cessionnaire.

« contrat » Notamment :

- a) accord, convention, fiducie, opération ou entente;
- b) chacune de leurs dispositions, notamment celle prévoyant le transfert ou toute autre forme de disposition d'un bien;
- c) lorsque le contexte l'exige, l'acte constatant le contrat. (« *contract* »)

« exécution » Est assimilée à l'exécution l'intention d'y procéder. (« *performance* »)

« illégal » Se dit du contrat qui est nul, annulable, illicite, invalide, inexécutable ou autrement sans effet en raison d'un vice. (« *illegal contract* »)

« texte » Législation primaire ou subordonnée prise par une autorité législative, exécutive ou administrative canadienne agissant dans le cadre de sa compétence. (« *enactment* »)

« tribunal » Toute juridiction – y compris l'arbitre – agissant dans le cadre de sa compétence. (« *court* »)

« vice » S'agissant d'un contrat, celle des raisons ci-après qui le rend illégal :

- a) la formation, l'existence ou l'exécution du contrat contrevient à un texte;
- b) selon une règle d'equity ou de common law, le contrat est contraire à l'ordre public;
- c) l'une des parties au contrat n'avait pas la capacité ou le pouvoir de contracter;
- d) l'application d'un texte ou d'une règle d'equity ou de common law fait obstacle à l'exécution du contrat pour une raison autre que celles qui sont prévues aux alinéas a) et b). (« *defect* »)

Commentaire : Les définitions les plus importantes de l'article 1 sont celles de « contrat », de « vice » et d'« illégal ». Toutes trois ont une large portée, de façon à ce que la loi couvre le plus de types possibles de transactions pouvant être viciées pour une raison ou pour une autre. L'utilisation de plusieurs synonymes de « vicié » dans la définition d'« illégal » est voulue. Elle a pour but de tenir compte du plus grand

Conférence pour l'uniformisation des lois au Canada

nombre de formulations législatives possible et dissiper tout doute quant à l'application de la loi quand ces mots sont utilisés dans un autre texte de loi. L'article 2 complète les définitions. Plus loin, au paragraphe 3(3), on exclura certains types de contrats illégaux.

Perspective québécoise : Le fait d'inclure dans la définition d'un contrat des instruments juridiques qui ne sont pas des contrats n'est pas conforme à la façon de procéder en droit civil. Pour que la loi puisse être mise en application au Québec, ses dispositions de fond, une fois réécrites dans une forme convenant au droit civil, devraient être insérées dans le *Code civil* du Québec parmi les dispositions déjà existantes et touchant la nullité des contrats (art. 1416 et s.). Ainsi, on atteindrait automatiquement le résultat recherché par la définition de « contrat », puisque les règles régissant la nullité des contrats peuvent toujours être étendues par analogie aux autres actes juridiques sans qu'on doive fournir de définition explicite à cet effet.

Les définitions de « vice » et d'« illégal » couvrent toute la gamme des nullités absolues et relatives du droit québécois. Deux types de règles peuvent entraîner la nullité absolue ou relative d'un contrat. Les premières ont trait au processus de formation du contrat et les secondes à l'ordre public. Ces dernières sont soit prévues par la loi, soit basées sur des impératifs généraux d'ordre moral ou politique reconnus par les tribunaux.

Exception

2. Malgré les définitions de « illégal » et « vice », à l'article 1, le contrat qui contrevient à une formalité exigée par un texte ou dont la formation, l'existence ou l'exécution contrevient à un texte n'est illégal que si ce résultat est prévu par le texte ou est nécessaire pour remplir son objet.

Commentaire : L'article 2 crée une règle d'interprétation bienveillante dans le but d'assurer qu'un contrat ne sera pas déclaré illégal parce qu'il viole un aspect d'une loi qui n'est pas central à son application.

Perspective québécoise : Les tribunaux et les juristes québécois reconnaissent la règle d'interprétation bienveillante. Il serait utile de codifier cette règle dans le *Code civil* du Québec.

Application

3. (1) Sous réserve du paragraphe (2), la présente loi s'applique au contrat illégal conclu tant avant qu'après son entrée en vigueur. Elle s'applique même lorsque le vice se trouve dans une disposition séparable.

Commentaire : Sous réserve du paragraphe (2), la loi s'applique aux contrats déjà existants. La divisibilité est prévue à l'alinéa 3(1)g).

- (2) La présente loi ne s'applique pas au contrat conclu avant l'entrée en vigueur de la présente loi si le vice qui le rend illégal avait alors déjà été soulevé dans le cadre d'une instance.

Commentaire : La loi ne s'applique pas rétrospectivement à un contrat déjà existant sauf si l'illégalité de celui-ci fait l'objet d'un litige au moment de l'entrée en vigueur de la loi.

Conférence pour l'uniformisation des lois au Canada

(3) Malgré les paragraphes (1) et (2) et sous réserve du paragraphe 4(2), la présente loi ne s'applique pas au contrat illégal lorsque :

a) le vice consiste dans le fait que la formation, l'existence ou l'exécution du contrat contrevient à un texte qui énonce la réparation devant être accordée;

[Les alinéas suivants sont facultatifs :]

[b) le vice découle de l'application de [loi provinciale sur la prescription] ou des règles de common law ou d'equity en matière de déchéance;

c) le vice consiste dans le fait que le contrat n'a pas été fait par écrit, signé ou attesté comme le prévoit le texte applicable;

d) le vice découle du fait que le contrat emporte création ou dévolution d'un droit et la date prévue à cet égard est postérieure à la limite fixée par le texte applicable ou la common law;

e) une ou plusieurs des parties au contrat sont mineures;

f) le contrat est caduc;

g) le vice consiste dans le fait que le contrat n'a pas été déposé ou enregistré comme l'exige le texte applicable.]

Commentaire : Les provinces devront examiner attentivement les rapports entre la *Loi sur les contrats illégaux* et les lois existantes. Elles devront peut-être exclure certains contrats de l'application de la présente loi. Il y a deux raisons d'exclure un type donné de contrat.

Premièrement, un texte de loi, comme la loi sur la prescription, peut entraîner l'inapplicabilité d'un contrat pour des raisons qui sont propres au système juridique.

Deuxièmement, il se peut qu'une loi plus ciblée fournisse un redressement des conséquences de l'illégalité qui soit mieux adapté à l'ensemble de lois concerné qu'une loi d'application générale. Par exemple, certaines provinces ont remplacé leur ancienne *Loi relative aux preuves littérales* par un énoncé de principe plus moderne qui incorpore une version bienveillante de la doctrine en equity de l'exécution partielle permettant à une partie d'invoquer un changement de circonstances. Quand une source d'illégalité survient qui est susceptible de rendre un contrat inexécutable, le meilleur outil pour traiter la position des parties est une loi provinciale sur les contrats inexécutables, quand elle existe. Certaines législatures ont modernisé leurs lois sur les contrats impliquant des personnes mineures et d'autres pas.

Les provinces doivent décider, en s'appuyant sur leurs politiques et sur leurs lois, quels types de contrats mentionner au paragraphe 2(3). Le seul élément obligatoire est l'alinéa a).

Demande de réparation

4. (1) Toute partie au contrat illégal peut présenter une demande de réparation en vertu de l'article 5.

(2) Sous réserve du paragraphe (3) et de la portée générale du paragraphe (1), lorsque le contrat prévoit le transfert d'un intérêt sur un bien à une personne, est également recevable la personne qui, effectivement ou censément, a par la suite acquis tout ou partie

Conférence pour l'uniformisation des lois au Canada

de cet intérêt, si elle le tient du destinataire initial directement ou par suite de transferts successifs.

- (3) Le paragraphe (2) ne s'applique pas dans les situations suivantes :
- a) la réparation demandée est interdite de façon expresse ou implicite par un texte autre que la présente loi;
 - b) un texte autre que la présente loi énonce la réparation pouvant être accordée au demandeur en l'occurrence.

Commentaire: Même lorsqu'il existe des lois spécifiques qui définissent la position juridique des parties à un contrat illégal et leur offrent un redressement lorsqu'il est légitime de le faire, il se peut que ces lois ne traitent pas des redressements accordés aux tiers ayant un droit sur le bien visé par le contrat. L'article 4 permet aux législatures d'affiner les conditions d'application de la loi en comblant ce vide, sans dénaturer le régime législatif du redressement *inter partes*.

Perspective québécoise : Le *Code civil* du Québec contient déjà un certain nombre de dispositions protégeant le véritable propriétaire et les tiers faisant l'acquisition d'un bien vendu en vertu d'un contrat illégal (art. 1454, 1455, 1701, 1707 et 1713 à 1715).

Réparation

5. (1) Le tribunal peut accorder une ou plusieurs des mesures de réparation ci-après relativement au contrat illégal :
- a) la restitution;
 - b) l'indemnisation;
 - c) la répartition de toute perte découlant de la formation, de l'existence ou de l'exécution du contrat;
 - d) le paiement de dommages-intérêts par la partie fautive;
 - e) une déclaration;
 - f) une ordonnance portant dévolution d'un bien à une personne ou enjoignant à une personne d'en saisir une autre;
 - g) une ordonnance prévoyant, d'une part, la suppression de certaines dispositions du contrat ou la limitation des effets de tout ou partie de celui-ci et, d'autre part, l'exécution légale du contrat en résultant, s'il est convaincu que celui-ci serait raisonnable et légal, et que la mesure n'a pas pour effet de dénaturer l'opération au point d'en rendre l'exécution déraisonnable;
 - h) la réparation qu'il aurait pu accorder en common law ou en equity si le contrat n'avait été illégal.

Commentaire : Le paragraphe 5(1) établit une liste de réparations pouvant être accordées par un tribunal pour un contrat illégal. Il fournit aux tribunaux un ensemble flexible d'outils qui leur permettra d'élaborer une décision qui fera justice à la situation relative aux parties.

Les alinéas a), b) et c) reprennent les réparations prévues dans la *Loi uniforme sur les contrats inexécutables*. Il n'y aura pas souvent de demandes en dommages-intérêts en vertu de l'alinéa d), mais des dommages peuvent être demandés à juste titre si la validité du contrat dépend de l'approbation d'administrations particulières, que l'une des parties doit obtenir cette autorisation en vertu du contrat et qu'elle omet de le faire, volontairement ou par négligence. Dans un tel cas, il peut sembler opportun d'accorder des dommages-intérêts.

Conférence pour l'uniformisation des lois au Canada

L'alinéa *g*) accorde au tribunal le pouvoir de diviser certaines parties d'un contrat illégal et prévoit la divisibilité notionnelle du type de celle acceptée dans la cause *New Solutions*.

L'alinéa *h*) vise à servir de dernier recours; il ne faut pas le prendre pour une incitation à l'exécution des contrats illégaux par les tribunaux. Étant donné l'étendue des autres réparations, on ne se prévaut pas souvent de cette disposition. On pourra le faire, par exemple, si une parcelle de terrain est restituée et que la conduite de la partie adverse laisse croire qu'une injonction interdisant toute entrée sans autorisation est nécessaire à la protection de la partie qui a obtenu gain de cause. Dans ce cas, l'alinéa *h*) permet d'inclure cette injonction parmi les réparations accordées.

Perspective québécoise : Comme dans les alinéas *a*) et *b*), la règle générale adoptée dans le *Code civil* du Québec est que le tribunal doit ordonner la restitution entre les parties à un contrat illégal (art. 1422). Si la restitution en nature est impossible ou qu'elle risque d'affecter des tiers, le tribunal peut ordonner la restitution par équivalent (art. 1700). Ainsi, si un service est rendu en vertu d'un contrat illégal, le tribunal ordonnera la restitution par équivalent, afin d'éviter tout enrichissement injustifié. Les biens achetés en vertu d'un contrat illégal sont également restitués par équivalent s'ils ont déjà été aliénés à un tiers par la partie devant les restituer. La répartition des pertes entre les parties est régie par les articles 1701 à 1706 du *Code civil*.

En droit civil, comme dans l'alinéa *d*), une partie peut obtenir une compensation sous forme de dommages-intérêts si le comportement fautif de l'autre partie lui a causé préjudice, y compris les gains dont il a été privé (art. 1457, 1611).

Comme l'alinéa *g*), le *Code civil* du Québec prévoit qu'une clause illégale peut être annulée et que la clause qui est nulle ne rend pas le contrat invalide quant au reste (art. 1438). La réduction d'une obligation (ou divisibilité «fictive») prévue au même alinéa n'est actuellement disponible que dans certains cas, comme les contrats de consommation ou d'adhésion (art. 1437). Les tribunaux disposent d'un pouvoir encore plus étendu de révision des modalités d'un contrat dans le cas du prêt d'argent (art. 2332). Il serait opportun d'adopter la réduction d'une obligation à titre de recours général en droit civil québécois.

- (2) Le montant de la réparation à laquelle le demandeur a droit au titre des alinéas (1) *a*), *b*) ou *c*) est établi conformément aux règles suivantes :
- a*) il n'est pas tenu compte des manques à gagner;
 - b*) le montant est réduit de la juste valeur marchande :
 - (i) d'une part, de tout avantage que détient toujours le demandeur,
 - (ii) d'autre part, de tout bien remis au demandeur dans un délai raisonnable après que l'illégalité du contrat a été soulevée;
 - c*) dans la mesure où la demande vise le remboursement des dépenses engagées pour l'exécution du contrat – à l'exclusion du versement de la contrepartie du contrat –, le montant est limité à ce qui est raisonnable à cet égard.

Commentaire : Le paragraphe 5(2) donne des précisions quant à la façon d'évaluer la réparation par restitution. Il prend pour modèle les articles 7 et 8 de la *Loi uniforme sur les contrats inexécutables*.

- (3) Le tribunal peut assortir l'ordonnance de toute condition qu'il juge opportune.

Facteurs à considérer

6. (1) Pour décider s'il y a lieu d'accorder ou de refuser une mesure de réparation, le tribunal prend en considération :
- a) l'intérêt public;
 - b) les circonstances entourant la formation, l'existence ou l'exécution du contrat illégal, notamment l'intention, la connaissance et la conduite des parties et les rapports qu'elles entretiennent;
 - c) le fait que l'une des parties a agi sur la base d'une erreur de fait ou de droit;
 - d) la mesure dans laquelle le contrat a été exécuté;
 - e) le fait que le contrat était illégal dès sa formation ou que l'illégalité ne résulte que des circonstances entourant son exécution;
 - f) la mesure dans laquelle a été respecté le texte qui rend le contrat illégal;
 - g) les conséquences du refus d'accorder la réparation;
 - h) tout autre facteur qu'il estime pertinent.
- (2) Si le contrat illégal a été conclu avant l'entrée en vigueur de la présente loi, le tribunal prend en outre en considération les faits suivants, s'il y a lieu :
- a) l'une des parties au contrat a déjà pris des dispositions relativement à celui-ci, de telle sorte qu'il serait inéquitable d'accorder la réparation demandée;
 - b) l'existence de toute autre instance relative au contrat;
 - c) toute transaction conclue par une partie au contrat relativement à celui-ci.

Commentaire : L'article 6 énonce les facteurs à prendre en compte par le tribunal pour accorder ou refuser un redressement. D'autres facteurs peuvent jouer si le contrat est antérieur à la loi. Il en est question au paragraphe (2).

Perspective québécoise : En droit civil, même si la restitution est la règle générale, un tribunal peut refuser d'ordonner la restitution à une partie qui a agi frauduleusement, de façon immorale ou en enfreignant la loi de façon délibérée. Les facteurs sur lesquels repose cette exception à la règle générale sont identifiés aux alinéas b) et c). Il serait opportun de codifier cette exception dans le *Code civil* du Québec.

Le *Code civil* du Québec fait la distinction entre les règles d'ordre public qui protègent les intérêts particuliers et celles qui protègent l'intérêt public (art. 1417, 1419). Dans le premier cas, la violation de la règle entraîne une nullité relative : seule la partie protégée par la règle peut demander la nullité du contrat; mais elle peut décider de le confirmer (art. 1420). Dans le deuxième cas, la violation de la règle entraîne la nullité absolue : toute personne qui y a un intérêt légal suffisant peut demander l'annulation du contrat (art. 1418).