

**Loi sur la réforme du droit:
Un commentaire**

Direction de la réforme du droit
Cabinet du Procureur général

Mai 1993

AVANT-PROPOS

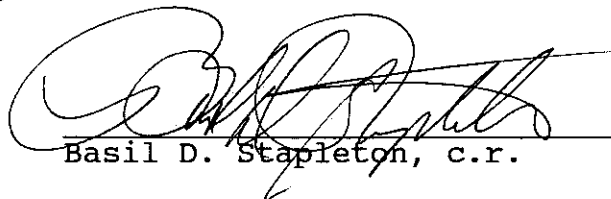
La Division de la Réforme du droit a, dans le cadre de son mandat, la charge de réviser les principes de common law en vigueur dans la province et de suggérer les changements appropriés. La Loi sur la réforme du droit qui a été déposée devant l'Assemblée législative comme projet de loi numéro 60 lors de la séance du printemps 1993, propose plusieurs de ces changements.

Lors du dépôt du projet de loi, le procureur général déclarait:

L'introduction de la Loi sur le réforme du droit à l'Assemblée législative constitue la première phase d'un processus de consultation. Le projet de loi contient des modifications à des différentes dispositions de common law dont certaines peuvent avoir des incidences sur une grande variété de situations. Par l'introduction du projet de loi, le gouvernement espère donner une large publicité aux propositions et les porter à l'attention des parties intéressées qui voudraient les commenter. Le gouvernement désire prendre ces commentaires en considération et en conséquence propose que ce projet de loi soit déposé en 1ère lecture seulement avant l'ajournement de la Chambre . . . Entretiens j'encouragerais toute personne qui peut être touchée par les dispositions du projet de loi de l'étudier et de soumettre ses commentaires.

Ce Commentaire a pour objet de susciter une discussion sur le projet de loi. Les personnes qui désirent faire des représentations sont invitées à le faire avant le 15 juillet 1993. Toutes les communications doivent être adressées à la personne suivante:

Le directeur
Direction de la réforme du droit
Cabinet du procureur général
C.P. 6000
Fredericton (Nouveau-Brunswick)
E3B 5H1



Basil D. Stapleton, c.r.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	1
Art. 1 L'action per quod servitium amisit	4
Art. 2 Responsabilité des occupants	7
Art. 3 Dommages-intérêts	19
Art. 4 Du lien contractuel	24
Art. 5 Rupture de contrat contributive	35
Art. 6 Clauses pénales	39
Art. 7 Rescision de contrats exécutés	51

LOI SUR LA RÉFORME DU DROIT:

UN COMMENTAIRE

Introduction

Le projet de Loi sur la réforme du droit qui fait l'objet de la discussion dans ce mémoire a été déposé en vue d'une première lecture à l'Assemblée législative en mai 1993 et porte le numéro 60. Le dépôt du projet de loi constituait la première étape du processus de consultation; ces observations constituent la deuxième étape. Le projet traite de plusieurs règles de common law à l'égard desquelles la Division de la Réforme du droit du Cabinet du procureur général a recommandé qu'une attention particulière soit portée au niveau législatif. Certaines d'entre elles touchent un grand nombre de situations et d'intérêts, et la Division a suggéré qu'un projet de loi soit déposé comme élément approprié du processus de consultation. Ainsi les propositions deviennent accessibles à un plus grand nombre de parties intéressées. De plus, les propositions prennent un aspect plus concret ce qui facilite la tâche d'évaluer leur impact possible. Il est à souligner que le projet de loi ne reflète pas des décisions de politique déjà prises. L'objectif du dépôt du projet de loi pour première lecture seulement était de le soumettre à un examen minutieux durant l'été. Le sort du projet de loi dépendra des commentaires reçus.

Avant d'examiner les détails du projet, quelques mots d'avant-propos sur les objectifs généraux qui ont motivé l'élaboration de la Loi sur la réforme du droit sont de mise. Dans un régime de common law comme celui que connaît le Nouveau-Brunswick, de nombreuses règles de droit importantes sont établies dans la jurisprudence plutôt que dans les lois. En conséquence, lorsqu'une mesure législative vise à modifier la jurisprudence, elle ne peut pas toujours le faire dans le cadre d'une loi qui existe déjà et dont l'objet est pertinent. Il importe alors d'adopter une telle loi. Elle permettrait de regrouper diverses mesures législatives qui ne peuvent se rapporter à d'autres lois existantes et permettrait aux avocats de suivre plus facilement les changements. Car il se peut fort bien que l'on perde de vue les lois qui, pour quelque raison que ce soit, ne paraissent que dans les recueils annuels des lois et qui ne sont pas publiées dans la refonte à feuilles mobiles de l'Imprimeur de la Reine. Il y a tout lieu de craindre que cette situation empire à mesure que devient pratique courante la recherche dans les bases de données. Les lois qui ne sont pas publiées dans des éditions permanentes peuvent s'avérer difficiles à trouver. La *Loi sur la réforme du droit* aura cette forme permanente et on peut prévoir qu'on y ajoutera d'autres dispositions au fur et à mesure que d'autres principes de common law seront régis par le législateur.

Ceci étant l'objet général de la *Loi sur la réforme du droit*, il est naturel que les matières particulières étudiées ci-après soient à caractère divers; quelques-unes étant évidemment plus importantes que d'autres. Ce mémoire passe en revue chaque article du projet de loi tour à tour, en présentant le texte en premier et ensuite le commentaire. Nous encourageons nos lecteurs à commenter non seulement sur la portée générale des réformes proposées, mais aussi l'exactitude du libellé. Si le présent projet de loi devient loi, il faut s'attendre à ce que le texte en soit très semblable à moins que ne soient identifiées des lacunes spécifiques.

Article 1 : L'action *per quod servitium amisit*

1(1) L'action *per quod servitium amisit* est abolie.

1(2) Le présent article ne s'applique pas lorsque la cause d'action survient avant son entrée en vigueur.

L'action *per quod servitium amisit* est un vestige du passé — ou peut-être, au Nouveau-Brunswick, d'un passé qui n'est jamais venu jusqu'à nous. À l'origine, cette action permettait au maître du ménage d'obtenir réparation du tiers qui, ayant blessé sa femme, son enfant ou son serviteur, le privait ainsi de leurs services. Pour ce qui est de la femme et de l'enfant, l'action a été abolie par l'article 4 de la *Loi de 1985 mettant en concordance les lois de la province avec la Charte canadienne des droits et libertés*. Cette règle de droit était jugée désuète et incompatible avec la garantie de l'égalité prévue à l'article 15 de la *Charte*. L'objet de la présente proposition est d'abolir les derniers effets de cette action.

Autant que nous le sachions, il n'existe pas au Nouveau-Brunswick de jurisprudence accordant des dommages-intérêts au titre de l'action *per quod servitium amisit*. La portée de cette action dans la province est donc incertaine. Ailleurs, certains arrêts ont décidé que l'action ne s'applique que si les services perdus sont ceux d'un « serviteur ou d'un domestique ». Il est permis de supposer qu'à la lumière de l'arrêt *La Reine c. Buchinsky*, [1983] 1 R.C.S. 481, l'action ne se limiterait

probablement pas à ces cas, même si cet arrêt n'est pas clair à cet égard: le jugement de la majorité dans cette affaire permet des différences entre les provinces et ne contient certainement aucun énoncé précisant que tous les employés peuvent être l'objet de l'action. Notons également que le montant que l'employeur peut recouvrer à ce titre est incertain. Dans *Buchinsky*, la Cour a statué que « Le montant des dommages dans ces cas est l'équivalent des frais nécessairement engagés par l'employeur en raison de la perte des services de son employé... » L'élément principal sera normalement, peut-on présumer, le coût entraîné par l'embauche d'un remplaçant, à la condition que la perte subie par l'employeur résulte du versement d'une rémunération plus élevée au remplaçant qu'à l'employé blessé ou de la continuation du versement de la rémunération de ce dernier même s'il ne travaille pas.

Sans doute la portée de l'action est telle qu'on n'y aura que rarement recours. On l'a également critiquée à maints égards: on a prétendu qu'elle était une anomalie, qu'elle contrevenait aux principes généraux du recouvrement en matière de délits, et ainsi de suite. Au lieu de répéter ces critiques, nous préférons vous renvoyer au rapport de 1986 présenté par la commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique et intitulé *The Action Per Quod Servitium Amisit*.

Nous recommandons que l'action *per quod servitium amisit* soit abolie, comme elle l'a été en Angleterre, en Nouvelle-Zélande et, plus récemment, en Colombie-Britannique. Toutefois, nous proposons que les causes d'action existantes qui ont pris naissance avant l'abolition ne soient pas affectées. C'est là l'objet du paragraphe 1(2).

Article 2 : Responsabilité des occupants

2(1) La règle de droit sur la responsabilité des occupants est abolie.

2(2) Toute question qui, avant l'entrée en vigueur du présent article, aurait été déterminée conformément à la règle de droit sur la responsabilité des occupants doit être déterminée conformément aux autres règles de responsabilité.

2(3) Lorsqu'une personne subit un préjudice, une perte ou un dommage alors qu'elle commet un acte d'intrusion, les dommages-intérêts recouvrables à l'encontre de la personne victime de l'acte d'intrusion peuvent être réduits en raison de l'acte d'intrusion.

2(4) Le paragraphe (3) ne limite en rien une défense disponible en raison de l'acte d'intrusion, ni tout droit à un partage des dommages-intérêts qui peut exister en vertu de la *Loi sur la négligence contributive* ou autrement.

2(5) Le présent article ne s'applique pas lorsque la cause d'action survient avant son entrée en vigueur.

Cet article vise à abolir la règle de droit sur la responsabilité des occupants et à y substituer la règle normale en matière de négligence comme critère de détermination des circonstances dans lesquelles l'occupant d'un bien-fonds sera responsable des accidents qui y surviennent.

Ailleurs dans le Commonwealth, la règle de droit sur la responsabilité des occupants a régulièrement fait l'objet d'études, lesquelles ont tout aussi régulièrement conclu qu'elle était déficiente. En la matière, le droit général applicable au Nouveau-Brunswick (sauf quelques exceptions occasionnelles comme l'article 9 de la *Loi sur les actes d'intrusion*), relève de la

common law non réformée, au titre de laquelle la responsabilité de l'occupant pour les accidents qui surviennent dans son bien-fonds dépend de la qualité qu'avait le demandeur qui y est entré. Les visiteurs sont rangés dans trois catégories de base: les invités, les permissionnaires et les intrus. On peut suggérer qu'il existe également d'autres catégories, mais, pour des raisons pratiques, il suffit de limiter notre examen à ces trois catégories. L'occupant a une responsabilité différente envers chacune d'elles. À l'égard de l'invité, il doit faire preuve de diligence raisonnable pour éviter que l'invité ne subisse de dommages résultant de dangers inhabituels dont l'occupant a ou devrait avoir connaissance. À l'égard du permissionnaire, il a la responsabilité d'éviter qu'il ne subisse de dommages résultant de dangers cachés dont l'occupant a effectivement connaissance. Et à l'égard de l'intrus, sa responsabilité est de respecter une norme de respect humain ordinaire. La possibilité pour un visiteur d'obtenir réparation dépendra de la catégorie à laquelle il appartient.

La critique principale adressée au droit actuel est qu'il n'est pas juste de classer les visiteurs de cette manière, surtout les invités et les permissionnaires. L'établissement de ces catégories influence grandement les chances de recouvrement que possède une personne, ce qui peut donc avoir pour effet de donner beaucoup de valeur à des arguments subtils et probablement

irréalistes sur la façon de décrire la présence d'une personne sur un bien-fonds.

Là où la common law a été réformée, la tendance a été d'éliminer les distinctions entre les catégories et de normaliser par voie législative le devoir de diligence qu'il y a lieu d'observer envers tous les visiteurs — du moins, les visiteurs légitimes. La position des intrus est beaucoup plus compliquée, surtout parce que la notion juridique d'« intrusion » englobe un ensemble très vaste de circonstances. D'un côté, on compterait parmi les intrus des personnes comme les cambrioleurs, et de l'autre, des gens comme les piétons qui s'égarerent en toute innocence sur un bien-fonds dont ils n'ont aucune raison de croire que c'est un bien privé. Il n'est donc pas surprenant qu'il soit difficile de résoudre la question de savoir comment traiter la grande variété de gens qui sont compris dans la définition juridique d'« intrus ».

Nous estimons qu'une réforme législative semblable à celles entreprises ailleurs constituerait une amélioration par rapport à la situation actuelle, mais que les mesures législatives qui en résulteraient seraient encore marquées des insuffisances du droit actuel. Le fait de créer un devoir de diligence légal rendrait très importants les mots précis choisis. Leur signification deviendrait assurément source de litiges. Qui plus est, la loi

devrait préciser qui est le bénéficiaire du devoir en question. Cela serait également objet d'interprétation et ferait en sorte que certains demandeurs bénéficieraient d'un devoir prévu par la loi, alors que d'autres bénéficieraient d'un autre devoir, distinction semblable, à certains égards, à celle qui prévaut actuellement. La position des intrus pourrait compliquer davantage la situation. Pris comme une seule catégorie englobant à la fois le cambrioleur et le piéton imprudent, les intrus ne pourraient s'attendre à bénéficier du devoir de diligence normal que l'on doit avoir envers les visiteurs légitimes. Il existerait donc, là aussi, une distinction du genre de celle que nous considérons comme improductive. Il y aurait lieu peut-être de distinguer les intrus des visiteurs légitimes, ces derniers bénéficiant seuls du nouveau devoir d'origine législative. Sinon, on pourrait subdiviser la vaste catégorie des « intrus », distinguant les intrus innocents des intrus volontaires, les premiers étant traités plus favorablement que les seconds, soit de la même façon que les visiteurs légitimes ou d'une façon tout à fait particulière. D'une façon ou d'une autre, on aboutirait à une nouvelle série de catégories en remplacement des anciennes, ce que nous n'estimons pas souhaitable.

Ainsi, nous estimons qu'une solution plus simple serait celle qui s'est dégagée de la jurisprudence australienne et que la Commission de réforme du droit de l'Australie a approuvée dans

son document d'étude de 1988 intitulé *Occupiers' Liability*. Dans cette perspective, on abandonne les règles particulières relatives à la responsabilité des occupants et on les remplace par les principes ordinaires de responsabilité en matière de négligence. C'est ce principe que l'article 2 de la loi proposée tente de consacrer.

Le paragraphe 2(1) abolit les règles existantes; le paragraphe 2(2) explique que d'autres principes en matière de responsabilité comblent la lacune. On notera que la loi ne mentionne pas expressément le droit de la négligence, même si c'est ainsi que nous avons résumé l'effet du changement dans le présent document. La raison en est que nous ne voulons pas limiter de quelque façon la possibilité qu'il existerait d' « autres principes » sur lesquels les litiges mettant en cause la responsabilité des occupants pourraient être tranchés. On peut imaginer que des règles autres que celles du droit de la négligence pourraient s'appliquer dans certaines circonstances et, si tel était le cas, nous ne voudrions pas que soit adoptée une loi qui disposerait que le droit de la négligence est le seul corps de règles juridiques sur lequel un demandeur pourrait se fonder dans une action dirigée contre l'occupant de lieux.

Nous considérons également que ces « autres principes » contiennent, lorsqu'ils sont lus à la lumière des paragraphes

2(3) et (4), la réponse à la question de la responsabilité à l'égard des intrus. Dans cette perspective, la question de l'intrusion serait envisagée en partie comme une question de prévisibilité, en partie comme une question de moyen de défense et en partie comme une question de rajustement des dommages-intérêts. En vertu des « autres principes », la première chose que le demandeur devrait prouver est qu'il a été victime d'un accident qui était raisonnablement prévisible et qui aurait dû être évité par la prise de mesures raisonnables. De nombreux intrus ne pourront franchir cet obstacle et ne pourront donc obtenir recouvrement. Quant aux moyens de défense, nous notons l'existence de moyens telles la défense de l'« acceptation des risques » ou celle appelée « *ex turpi causa non oritur actio* ». Ces moyens de défense pourraient effectivement exclure ceux des intrus qui font partie de la catégorie à laquelle appartiennent les cambrioleurs. Dans d'autres cas, nous sommes d'avis que la répartition des dommages-intérêts, sous le régime de la *Loi sur la négligence contributive* ou autrement, est le moyen indiqué de reconnaître le fait de l'intrusion. Plus l'intrusion est coupable, plus grande serait la réduction. Si un accident était prévisible et que la personne blessée était un intrus par pure malchance, on pourrait s'attendre que la réduction des dommages-intérêts serait, le cas échéant, infime. Par contre, si la personne blessée était un intrus, malgré des avertissements répétés de ne pas pénétrer sur le bien-fonds, elle devrait

s'attendre que la réduction des dommages-intérêts soit importante.

La proposition faite ici de réformer le fondement théorique du droit de la responsabilité des occupants soulève naturellement la question de son effet dans la pratique. Quel effet produirait-elle sur les droits des demandeurs ou sur les obligations des défendeurs?

Nous croyons que son effet sera négligeable. C'est là une des raisons qui nous poussent à préconiser notre position actuelle en nous fondant sur sa simplicité; la simplicité serait une vertu moins contraignante, si sur le fond, l'effet de la modification devait être important. Nous accepterions de repenser notre proposition si nous croyions que le droit de la négligence ne constituait pas la bonne réponse à l'inaction des défendeurs plutôt qu'à leurs actes. On a parfois exprimé l'opinion que les omissions d'agir (la « faute d'omission ») sont en quelque sorte moins susceptibles d'être assimilées à la négligence que ne le sont les actes positifs (la « faute d'exécution »). Si tel était le cas, voilà qui affaiblirait considérablement notre proposition, les questions en matière de responsabilité des occupants portant souvent sur l'omission de l'occupant d'accomplir un acte qu'il aurait dû accomplir. Les dommages entraînés par la dilapidation d'une propriété laissée à

l'abandon en sont un bon exemple. Le droit actuel a assurément le mérite, quelles que soient ses autres lacunes par ailleurs, d'obliger clairement l'occupant à respecter au moins certaines normes à l'égard des visiteurs qui se trouvent dans ses lieux.

Nous ne pensons pas, cependant, qu'il existe une distinction réelle entre acte et omission (ou entre « faute d'exécution » et « faute d'omission ») dans le contexte actuel. Les propriétaires peuvent être tenus responsables en raison de négligence lorsqu'un entretien inadéquat de leurs biens cause du dommage à des voisins ou aux utilisateurs des routes publiques hors du site appartenant au propriétaire. Les règles sur la responsabilité des occupants ne s'appliquent que lorsque l'accident survient sur les lieux qui appartiennent à ce propriétaire. Si les règles ordinaires sur la négligence peuvent protéger les passants, elles devraient assurer la même protection aux visiteurs. Par conséquent, nous ne croyons pas que le changement proposé ici constituerait une aubaine aux occupants en les relevant de leur responsabilité pour omission.

Quant à la norme de diligence requise par les propositions, il y aura évidemment un changement, ne serait-ce que parce que le droit actuel établit (au moins) trois catégories distinctes de norme de diligence, alors que la proposition en substituerait une. Pour ce qui est du droit actuel cependant, nous notons que,

bien qu'il existe en théorie trois catégories distinctes de norme de diligence, il n'existe en réalité, pour l'occupant qui désire éviter à coup sûr la responsabilité, qu'une seule norme — la norme la plus élevée. Il en est ainsi parce que l'occupant ne peut savoir d'avance si la personne blessée sur les lieux sera un invité, un permissionnaire ou un intrus. L'occupant ne pourra s'assurer d'éviter la responsabilité qu'en respectant la norme de diligence qu'il doit à l'égard des invités. Nous ajouterions que si différence il y a entre les trois degrés de responsabilité et la norme que nous proposons, ce sont ces trois degrés plutôt que la norme que nous proposons qui ont besoin d'une justification particulière. S'il n'existe, en théorie, aucun empêchement à l'application du droit de la négligence aux situations régies actuellement par le droit de la responsabilité des occupants et si on pense que le droit de la négligence comporte un critère raisonnable de responsabilité en d'autres circonstances, qu'y a-t-il dans la situation de l'occupant d'un biens-fonds qui exige un traitement spécial? Sans doute, il y lieu de s'attendre que même sous le régime d'une seule norme de diligence d'origine législative — la norme applicable en matière de négligence — on pourrait exiger différents degrés de diligence dans différentes circonstances. Ce qui serait un degré de diligence raisonnable pour un propriétaire foncier pourrait fort bien être moins élevé que la norme exigée d'un grand magasin, et à cet égard, il pourrait y avoir des relents de l'ancien régime dans le nouveau

régime. Néanmoins, la seule rubrique légale de la « diligence raisonnable dans toutes les circonstances » semble, comme cadre pour le règlement de ces questions, préférable au droit actuel avec ses catégories artificielles et ses obligations distinctes.

Nous aimerions recevoir des observations sur tout ou partie de ce qui précède, ainsi que sur les questions techniques touchant à la formulation du texte de la loi. Par exemple, nous nous sommes demandés si nous devons définir ou décrire plus amplement « la règle de droit sur la responsabilité des occupants » que le paragraphe 2(1) abolit. Nous trouvons la tâche difficile. Plus le nombre de mots utilisés pour circonscrire ce qu'est la règle de droit sur la responsabilité des occupants s'accroît, plus le danger devient menaçant de voir la définition elle-même devenir une source d'arguments à savoir exactement ce qui a, et ce qui n'a pas été abrogé. Est-ce qu'il existe vraiment un doute quant à la signification du paragraphe 2(1). Nous nous sommes également demandés si le paragraphe 2(2) était nécessaire et, le cas échéant, s'il est clairement formulé. Nous pensons qu'il n'est probablement pas nécessaire, mais que le fait de l'inclure est tout de même souhaitable comme moyen de préciser que notre intention n'est pas simplement d'abroger un corps de règles juridiques, mais de le remplacer par un autre.

Le libellé des paragraphes 2(3) et (4) nous a causé des difficultés particulières. Ces paragraphes tentent d'énoncer le principe selon lequel les dommages-intérêts peuvent être réduits en raison de l'intrusion d'un demandeur. Il est cependant difficile de décider exactement comment en arriver à un tel résultat. On a tendance à recourir instinctivement à la *Loi sur la négligence contributive* pour y trouver le cadre juridique justifiant la répartition des dommages-intérêts, compte tenu particulièrement du fait que cette loi est formulée en termes de « faute » des parties, expression large dont on a soutenu qu'elle avait des significations tout aussi larges. Certaines causes laissent cependant entendre que *Loi sur la négligence contributive* a un domaine d'application beaucoup plus limité et que la répartition peut s'obtenir tant en dehors de cette loi que sous son régime. Voir, par exemple, le jugement que le juge Hoyt a rendu dans *Bulmer c. Horsman* (1987), 82 R.N.-B. (2^e) 107. Par ailleurs, le jugement *Caisse populaire d'Inkerman c. Doiron* (1985), 61 R.N.-B. (2^e) 123, a analysé la *Loi sur la négligence contributive* du Nouveau-Brunswick comme étant destinée à surmonter la théorie de la « dernière chance » qui s'est développée dans la jurisprudence relative à la négligence au début du siècle et a affirmé que les tribunaux avaient le pouvoir discrétionnaire de répartir les dommages-intérêts même lorsque la Loi ne s'applique pas. Dans ce contexte d'incertitude quant à la portée de la *Loi sur la négligence contributive*, le paragraphe

2(3) a été formulé en termes englobants de manière à atteindre son but, même si tant la portée de la *Loi sur la négligence contributive* que les principes qui régissent la répartition sur un terrain autre que celui de la Loi sont imprécis. Il pourrait être préférable que quelque chose de plus précis et de plus défini puisse être trouvé. Une autre possibilité serait de garder le silence dans la loi, ce qui semblerait être une solution attrayante si nous étions assurés que cela produirait l'effet juridique désiré. Toutefois, en tenant en ligne de compte les choses telles qu'elles sont présentement, les règles sur le partage des dommages étant incertaines, nous n'en sommes pas très confiants.

Article 3 : Dommages-intérêts

3(1) En cas de réclamation de dommages-intérêts alourdis, exemplaires ou punitifs dans une procédure quelconque, il n'est pas nécessaire que ce qui a donné lieu à la réclamation constitue en soi un méfait donnant ouverture à un droit d'action indépendant du méfait allégué pour lequel la procédure est intentée.

3(2) Le présent article s'applique indépendamment du fait que ce qui a donné lieu à la réclamation des dommages-intérêts alourdis, exemplaires ou punitifs, soit survenu avant ou après l'entrée en vigueur du présent article.

Cet article bien que rédigé en termes larges (la raison en sera donnée plus tard) est par essence une réponse à la décision que la Cour suprême du Canada a rendue dans *Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085. Dans cette décision, il était question de savoir si des dommages-intérêts alourdis, punitifs et exemplaires pouvaient être accordés en matière de responsabilité contractuelle. Il s'agissait d'une décision de principe à deux points de vue: d'abord, en établissant clairement qu'en cette matière, de tels dommages-intérêts peuvent être accordés, ce qui jusque-là n'était pas clair, et ensuite, par une majorité de 3 à 2, en délimitant les possibilités de les obtenir. L'article mis en relief plus haut traite de ce qui ressort de l'arrêt Vorvis comme étant l'indice le plus marquant pour déterminer si une réclamation pour des dommages alourdis, punitifs ou exemplaires peut réussir en cas de conflit contractuel, c'est-à-dire si un plaignant peut démontrer que la conduite dont il se plaint constitue en soi un méfait

donnant ouverture à une poursuite civile indépendamment de la rupture du contrat.

Soulignons que ce que l'arrêt Vorvis a dit exactement sur la nécessité de démontrer un méfait donnant ouverture à une poursuite civile indépendamment du contrat n'est pas très clair. Le jugement du juge McIntyre qui parlait au nom de la majorité, n'est pas tout à fait catégorique. Une interprétation raisonnable nous paraît être qu'un méfait donnant ouverture à une poursuite civile indépendamment d'un contrat

- a) est nécessaire si des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires doivent être accordés en matière contractuel;
- b) est probablement nécessaire si des dommages-intérêts alourdis doivent être accordés pour renvoi injustifié;
- c) pourrait bien être nécessaire si des dommages-intérêts alourdis doivent être accordés pour ruptures de contrat autres que celles déjà prévues par la jurisprudence.

Deux raisons principales permettent d'affirmer qu'il s'agit là d'une condition préalable injustifiée. D'abord, le critère semble contradictoire en lui-même. Il paraît étrange de dire, d'une part, que les dommages-intérêts exemplaires peuvent être obtenus en matière de responsabilité contractuelle, puis, d'autre

part, de prétendre qu'ils ne peuvent être obtenus que si le défendeur a commis un méfait distinct donnant ouverture à un droit d'action, car si le méfait donne en lui-même ouverture à un droit d'action, le demandeur n'obtient pas réellement des dommages-intérêts exemplaires pour la rupture du contrat. En second lieu, nous ne partageons pas vraiment l'opinion voulant qu'en principe il soit anormal ou choquant que les tribunaux, en matière civile, punissent en même temps qu'ils dédommagent. En matière civile, le principe prédominant est certainement que les dommages-intérêts ont pour objet de dédommager le demandeur, mais il ne s'ensuit pas de cela que les dommages-intérêts punitifs constituent une « surindemnisation » ou un « avantage inattendu » pour lui. Si on se demande, comme le fait le juge McIntyre dans *Vorvis*, ce qui justifie l'obligation faite au défendeur de verser des dommages-intérêts supérieurs au préjudice subi par le demandeur, la réponse paraît simple: la conduite du défendeur a outrepassé celle qui donnerait le droit au demandeur d'être indemnisé. La conduite qui, en droit, donne au demandeur le droit à réparation peut souvent être innocente, inévitable ou bien intentionnée. Si, toutefois, le défendeur agit de manière abominable envers le demandeur tout en lui infligeant un préjudice indemnisable, pourquoi le droit ne reconnaîtrait-il pas cette situation? Lorsque la conduite du défendeur ajoute l'injure au préjudice subi, pourquoi le droit ne reconnaîtrait-il que le « préjudice » et non l'« injure »?

L'objet de l'article 3 susmentionné consiste essentiellement à porter le droit au point où la minorité à la Cour suprême pensait qu'il était déjà arrivé. Cet article enlèverait donc les limitations expresses que la majorité a établies, laissant intacte la règle générale selon laquelle les dommages-intérêts alourdis, punitifs et exemplaires peuvent être obtenus en matière de responsabilité contractuelle. La proposition ne tente pas de définir les circonstances dans lesquelles ces dommages-intérêts pourront être accordés. Le faire serait entreprendre un projet beaucoup plus ambitieux que le nôtre. L'approche générale est qu'il devrait appartenir aux tribunaux de déterminer les circonstances d'une telle réparation et nous imaginons que, tout au moins en ce qui concerne les dommages-intérêts exemplaires et punitifs, leur attribution continuera à être extrêmement rare. Néanmoins, nous croyons que les restrictions juridiques précises décrites dans l'arrêt *Vorvis* ne devraient pas continuer de faire obstacle à ces attributions.

À noter que le libellé de cet article dépasse ce qui est strictement nécessaire pour répondre à l'arrêt *Vorvis*. En particulier, il ne se limite pas expressément aux actions en responsabilité contractuelle. Cette situation reflète la difficulté de formuler des mesures législatives conçues pour traduire des règles de common law. En formulant la loi en termes généraux, nous espérons tuer dans l'oeuf la possibilité que, si

la loi se limitait aux dommages-intérêts en matière de responsabilité contractuelle, l'arrêt *Vorvis* pourrait demeurer comme un précédent à appliquer dans d'autres contextes. Par la même occasion, en formulant l'article de manière à couvrir les obstacles expressément examinés dans l'arrêt *Vorvis*, nous espérons éviter que l'article donne une indication des circonstances où des dommages-intérêts alourdis, exemplaires ou punitifs devraient être attribués. L'objectif est tout simplement d'annuler la partie de l'arrêt *Vorvis* qui impose une limitation injustifiée.

La disposition transitoire proposée au paragraphe 3(2) mérite un bref commentaire. Essentiellement, elle est destinée à permettre l'introduction d'une réclamation en dommages-intérêts alourdis, exemplaires ou punitifs, indépendamment de la date de survenance de la conduite reprochée. Cette disposition comporte évidemment un élément de rétroactivité, mais, dans les circonstances, cela semble indiqué. La conduite donnant ouverture à la réclamation est tout aussi répréhensible, quelle que soit la date de sa survenance, et si une personne, avant l'entrée en vigueur de la Loi, s'était conduite d'une manière qui tenait expressément compte de l'impossibilité d'obtenir des dommages-intérêts exemplaires, une telle conduite serait doublement répréhensible.

Article 4 : Du lien contractuel

4(1) Une personne qui n'est pas partie à un contrat mais qui est identifiée par le contrat ou en vertu de celui-ci comme devant bénéficier de quelque exécution ou abstention en vertu du contrat peut faire exécuter le contrat ou l'abstention par une réclamation de dommages-intérêts ou autrement.

4(2) Dans les procédures prévues au paragraphe (1) contre une partie à un contrat, peut être soulevé tout moyen de défense qui aurait pu être soulevé dans les procédures entre les parties.

4(3) Les parties à un contrat auquel le paragraphe (1) s'applique peuvent modifier ou mettre fin au contrat en tout temps, mais lorsqu'en ce faisant, elles causent une perte à une personne décrite au paragraphe (1) qui a engagé des dépenses ou contracté une obligation dans l'expectative que le contrat serait exécuté, cette dernière peut recouvrer sa perte d'une partie quelconque au contrat qui savait ou aurait dû savoir que les dépenses seraient ou étaient engagées ou que l'obligation serait ou avait été contractée.

4(4) Le présent article s'applique aux contrats conclus avant ou après l'entrée en vigueur du présent article, sauf que le paragraphe (3) ne permet pas de recouvrer des pertes provenant de dépenses engagées ou d'une obligation contractée avant l'entrée en vigueur du présent article.

Cet article a pour objet de remplacer dans une mesure limitée la règle de droit en matière de lien contractuel. Sous le régime du droit actuel, seules les parties à un contrat peuvent forcer l'exécution des promesses contractuelles. Il est bien reconnu que cette règle peut causer des injustices dans certaines circonstances. Ce qui est moins clair, cependant, c'est ce qu'il faut faire en ce cas. Tout écart à la simple règle qui prononce que seules les parties contractantes peuvent forcer l'exécution du contrat soulève des questions sur les

limites exactes de ce qu'il est permis de faire et sur la façon dont les droits des parties primitives au contrat devraient être affectés dans le cas où l'on permet à un tiers d'intervenir dans la relation contractuelle. Dans son rapport de 1987 intitulé *Report on Amendment of the Law of Contract*, la Commission de réforme du droit de l'Ontario examine certains précédents législatifs et possibilités. La Law Commission de l'Angleterre fait de même dans son document pour consultation intitulé Privity of Contract: Contracts for the Benefit of Third Parties (1991).

Nous estimons que la proposition contenue à l'article 4 du projet de loi est une modification relativement modeste qui vient combler l'insuffisance la plus manifeste du droit existant, d'une façon très partielle au demeurant, en créant, au bénéfice des tiers, des droits indépendants de ceux des parties. L'insuffisance la plus évidente du droit actuel est qu'il n'accorde au tiers aucune qualité pour forcer l'exécution de dispositions contractuelles obligatoires expressément prévues au contrat pour son avantage, même s'il n'existe aucune raison pour laquelle ces dispositions ne devraient être respectées. Le paragraphe 4(1) infirmerait essentiellement cette règle dans les cas où l'obligation et son bénéficiaire éventuel ont été clairement définis. Sous le régime du paragraphe 4(2), cependant, le tiers ne serait pas dans une meilleure position que la partie à laquelle la promesse originale a été faite. Si, en

raison notamment de la rupture du contrat, l'obligation n'était plus exécutable entre les parties primitives, le tiers ne serait pas en mesure lui non plus de forcer son exécution. Sa conduite pourrait elle-même constituer un motif pour lequel il serait débouté de son action visant à forcer l'exécution de l'obligation contractuelle.

En ce qui concerne la position des parties contractantes primitives, le paragraphe 4(3) dispose qu'il leur est toujours loisible de modifier ou de révoquer le contrat. Cette disposition établit apparemment une position plus limitée que celle que l'on trouve dans certains exemples examinés par les rapports de l'Ontario et de l'Angleterre et d'après lesquels, à la survenance de certains événements déclencheurs, le contrat primitif semble être transformé en une sorte d'arrangement tripartite. Toutefois, il semble juste que le tiers reçoive tout au moins un certain degré de protection contre des modifications inattendues apportées au contrat conclu entre les parties, et l'ébauche propose donc au paragraphe 4(3) une forme de réparation restitutoire. Sous le régime de ce paragraphe, le tiers pourrait recouvrer les pertes réelles subies dans l'attente que l'obligation contractuelle fût exécutée, mais une telle perte ne pourrait être recouvrée que si, réserve importante, une partie connaissait ou aurait dû connaître les actes que le tiers accomplissait en se fondant sur le contrat, tout en acceptant

cependant les modifications ayant pour effet d'atténuer cette confiance.

Comme nous l'avons indiqué plus tôt, nous estimons que cette dernière partie est la plus compliquée. Toutes choses étant égales par ailleurs, il semble relativement facile de dire que, lorsqu'une personne a conclu un contrat avec une autre en vue de faire quelque chose pour un tiers, ce dernier devrait pouvoir forcer l'exécution de l'obligation lorsqu'il n'existe aucune raison pour laquelle l'obligation ne devrait pas l'être. Il est cependant plus difficile de décider jusqu'à où on est prêt à aller pour opposer le droit du tiers à celui des autres. La proposition que nous examinons ici vise à conférer au tiers une certaine protection contre les actes des parties contractantes, sans pour autant placer le tiers dans une position dominante.

Dans ce contexte général, le paragraphe 4(4) comporte une disposition sur la rétroactivité. Il propose, compte tenu de certaines limites, que la nouvelle loi s'applique tant aux contrats existants qu'à ceux qui ont été conclus après son entrée en vigueur.

Dans ce cas, la question de la rétroactivité est difficile. Elle implique un choix entre deux solutions, chacune comportant ses désavantages. Par exemple, il serait possible d'affirmer,

contrairement à ce que prévoit le paragraphe 4(4), que la nouvelle loi ne devrait pas du tout être rétroactive et qu'elle ne devrait s'appliquer qu'aux contrats conclus après son entrée en vigueur. La difficulté ici est qu'elle crée ainsi, pendant un certain temps, deux régimes juridiques parallèles, l'un pour les anciens contrats, l'autre pour les nouveaux contrats. En tenant compte du fait que certains contrats peuvent être de longue durée, et que d'autres peuvent refléter des opérations qu'on pourrait légitimement considérer soit comme un contrat de longue durée qui a pris naissance sous l'ancien régime juridique, soit comme une série de contrats de courte durée dont le plus récent est régi par la nouvelle loi, le fait de créer des régimes juridiques parallèles pourrait causer des complications. En comparaison, l'attrait de la rétroactivité proposée au paragraphe 4(4) est qu'il permet qu'une seule règle juridique s'applique à tous les contrats, quelles que soient leurs dates de conclusion.

En outre, le degré de la rétroactivité proposée semble minimal. Étant donné que sous le régime du paragraphe 4(3), les parties à un contrat peuvent le modifier n'importe quand, il importera peu, bien souvent, que le contrat ait été conclu sous l'ancien régime juridique ou sous le nouveau: une obligation non recherchée peut fort bien être modifiée. La nouvelle loi aurait cependant pour effet, dans certaines circonstances, de décourager les parties à modifier le contrat, en l'occurrence la possibilité

de la réclamation restitutoire prévue au paragraphe 4(3). À cet égard, permettre la rétroactivité entière sous le régime de la nouvelle loi exposerait les justiciables au danger de devoir faire face à des réclamations découlant d'une conduite qui, au moment de sa survenance, n'avait aucun effet juridique. Pour éviter une telle situation, le paragraphe 4(4) tente, de fait, de faire de la partie restitutoire de la proposition un élément purement prospectif dans une disposition par ailleurs rétroactive. Le recours ne pourra être exercé que lorsque la confiance manifestée l'endroit du contrat conclu naît après l'entrée en vigueur du nouvel article.

Il existe une autre modification additionnelle possible à la règle de droit sur le lien contractuel, et qui n'est pas reflétée dans le projet de texte précité, mais que nous considérons aussi présentement. Cette possibilité a vu le jour lors de nos récents travaux sur la Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux. Cette loi s'applique aux contrats de construction et établit un régime légal en vertu duquel les entrepreneurs, les sous-traitants, les employés et les fournisseurs bénéficient de droits relativement aux paiements pour le travail accompli ou les matériaux fournis. Ces droits sont exécutoires contre le propriétaire du bien-fonds et contre les différents participants au projet entre eux. Le moyen d'exécution ne dépend pas de l'existence d'un lien contractuel,

et cela est dit être l'un des mérites de la Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux: elle empêche le propriétaire d'un bien-fonds de bénéficier du travail d'un sous-traitant, par exemple, en invoquant la doctrine du lien contractuel pour nier une obligation de payer pour les travaux.

Dans notre document de travail Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux: Prête pour l'abrogation? nous avons sollicité des commentaires sur la suggestion que la Loi pourrait être abrogée. Nous avons exprimé des doutes dans le sens qu'en cas d'absence de la Loi, il y aurait réellement des situations dans lesquelles un propriétaire qui serait en mesure de payer pourrait réellement profiter des travaux et ne pas payer un seul d'entre eux. D'un autre côté, si la doctrine du lien contractuel n'est pas sacro-sainte, nous ne voyons rien de mal à permettre une action directe entre le sous-traitant et le propriétaire en vertu des genres de conventions tripartites que la Loi sur privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux illustre. Si, quelque soit la situation, une partie contracte avec une autre et que celle-ci sous-contracte avec une tierce partie, nous ne voyons aucune raison en principe pour laquelle la tierce partie, ayant exécuté le sous-contrat et ayant de ce fait livré à la partie originale le bénéfice que celle-ci recherchait originalement, ne pourrait pas procéder directement contre la partie originale. S'il y a

des problèmes ici, ils relèvent plus des complications pratiques possibles d'une telle approche que du mérite en principe.

Nous serions gré de recueillir vos commentaires sur une mesure additionnelle traitant de l'exécution des contrats par une tierce partie. La disposition additionnelle se présenterait comme suit:

(1) Au présent article

"chaîne de contrats" désigne une série de deux contrats ou plus, dans laquelle le deuxième contrat ou tout contrat subséquent

a) sont conclus comme moyens de faire exécuter le premier, et

b) sont liés au premier directement ou par l'entremise de contrats intermédiaires.

(2) Lorsqu'une partie à un contrat d'une chaîne de contrats

a) a exécuté ses obligations en vertu du contrat,

b) a par ce fait conféré à une partie à un contrat précédent dans la chaîne tout ou une partie des bénéfices que cette personne devait recevoir en vertu du contrat précédent; et

c) a déployé tous les efforts raisonnables pour obtenir paiement en vertu des modalités du contrat exécuté, mais que ses efforts n'ont pas été fructueux ,

la partie qui a exécuté le contrat peut réclamer directement de la personne qui a obtenu les bénéfices de cette exécution.

(3) Une réclamation en vertu du paragraphe (2) doit être pour le moindre des montants suivants

a) le paiement dû en vertu du contrat exécuté,

b) le paiement dû en vertu du contrat précédent relativement à cette exécution, et

c) la valeur de cette exécution pour la personne qui a obtenu les bénéfices de cette exécution.

(4) un paiement fait en réponse à la réclamation en vertu du paragraphe (2) lève, dans la mesure du paiement, de l'obligation de la personne qui fait le paiement en vertu du contrat précédent.

(5) Une réclamation en vertu du paragraphe (2) ne peut être accueillie si la personne contre laquelle on fait la réclamation a déjà payé, en vertu d'un contrat précédent, pour l'avantage obtenu par l'exécution à laquelle la réclamation se rapporte.

En partant de cette structure, il serait peut-être indiqué de préciser ce qu'il adviendrait au cas où une ou plusieurs réclamations concurrentes étaient faites relativement au même contrat principal. Si les deux réclamations n'ont aucun rapport entre elles - disons en vertu de sous-contrats différents - cela ne devrait pas créer de difficulté; car, en vertu du paragraphe (3) précité, chaque sous-traitant ne pourrait réclamer que la valeur des travaux qu'il a exécutés et il ne devrait pas y avoir de chevauchement. Si, toutefois, il y avait un rapport entre les deux réclamations -- si, par exemple, un entrepreneur et son sous-traitant faisaient tous les deux une réclamation (le premier en vertu des modalités du contrat principal et le deuxième en vertu du paragraphe (2)) -- un conflit pourrait survenir, puisque la réclamation contractuelle de l'entrepreneur serait calculée de façon à inclure le montant dû au sous-traitant. Dans certains

cas, il s'avérera peut-être nécessaire de déclarer laquelle de ces réclamations devrait prévaloir.

Selon nos vues, dans ces circonstances la réclamation de celui qui a fait le travail devrait avoir préséance. Ce qui veut dire que dans l'exemple cité ci-haut, le sous-traitant pourrait récupérer la valeur des travaux exécutés, alors que le serait limité à la valeur monétaire du contrat moins la valeur monétaire du sous-contrat. Ce résultat nous paraît refléter la réalité de la situation. Après tout, c'est le sous-traitant qui a dans les faits exécuté l'obligation contractuelle, alors que depuis le début l'intérêt de l'entrepreneur était limité à la différence entre la valeur du contrat principal et les sous-contrats qui s'y rapportent.

En mettant de l'avant une suggestion du genre de celle exposée plus haut, nous sommes conscients que cela pourrait créer des résultats complexes. En théorie, pratiquement tous les contrats peuvent générer plusieurs sous-contrats et la structure suggérée plus haut serait certainement moins catégorique que la doctrine du lien contractuel en déterminant qui peut réclamer quoi contre qui. Toutefois, nos travaux sur la Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux nous portent à croire que cette complexité serait plus conjecturale que réelle. Il est dit que les contrats de construction

présentent plus de chances de générer des relations contractuelles complexes, mais jusqu'à présent au cours de la brève étude que nous avons faite sur le dépôt de revendications de privilèges de constructeurs dans trois comtés en 1991, nous avons trouvé peu de preuves permettant de conclure à une complexité contractuelle. Près de la moitié des privilèges déposés résultent de contrats simples plutôt que de chaînes de contrats, et lorsque chaîne il y avait, peu étaient formées de plus de deux chaînons. Si c'est le cas pour les contrats de construction, il semble que ce soit le cas pour les autres situations. Vos commentaires quant à savoir si une disposition telle que celle exposée ci-haut deviendrait trop complexe à administrer seraient très appréciés, mais en ce moment nous doutons que ce le serait.

Article 5 : Rupture de contrat contributive

5(1) Lorsque la conduite d'une partie au contrat est la cause partielle de la rupture du contrat par une autre partie au contrat ou des dommages-intérêts que la partie mentionnée en premier lieu subit comme conséquence de la rupture, les dommages-intérêts à accorder en raison de cette rupture peuvent être réduits proportionnellement.

5(2) Le présent article s'applique à une conduite qui a lieu avant ou après l'entrée en vigueur du présent article.

L'objet principal de cet article est de porter la discussion sur le terrain de la faute contributive en matière de responsabilité contractuelle. Compte tenu de l'état actuel de la jurisprudence néo-brunswickoise, nous croyons en réalité, que la disposition est inutile.

La question générale qui se pose ici est de savoir si, lorsqu'une partie à un contrat subit une perte par suite de la rupture de ce contrat par l'autre partie, les dommages-intérêts recouvrables devraient être réduits parce que la victime est en partie auteur de sa mauvaise fortune. Il existe un appui considérable à l'opinion selon laquelle il devrait l'être, tout au moins lorsque la rupture en question s'applique à la violation d'une obligation de diligence. L'accord est cependant moins généralisé quant à la répartition des dommages-intérêts dans tous les cas de rupture de contrat et quant à la question de savoir si la répartition est une application de la *Loi sur la négligence*

contributive ou si elle est fondée sur d'autres principes. Voir, par exemple, le rapport de la Commission de réforme du droit de l'Ontario intitulé *Report on Amendment of the Law of Contract* et son examen des travaux de la Conférence sur l'uniformisation du droit à ce sujet.

Au Nouveau-Brunswick, la jurisprudence récente semble avoir établi clairement qu'en matière de responsabilité contractuelle, les dommages-intérêts peuvent être réduits en raison de la faute contributive. L'arrêt de principe en ce sens est *Caisse populaire d'Inkerman c. Doiron* (1985), 61 R.N.-B. (2^e) 123. Dans cette affaire, le juge La Forest a longuement examiné le droit existant et a conclu que la répartition pouvait être prononcée dans le cadre ordinaire du droit des contrats et que cela n'avait rien à faire avec la *Loi sur la négligence contributive*. Le même jour, une autre formation de la Cour d'appel est arrivée en gros à la même conclusion pratique dans l'affaire *H.E. Kane Agencies c. Coopers & Lybrand* (1985), 62 R.N.-B. (2^e) 1, tout en écartant les questions théoriques sous-jacentes. Aux pages 22 et 23, le juge Stratton a déclaré:

On peut accepter l'argument suivant lequel les dommages en common law pourraient être partagés, dans les actions fondées sur la responsabilité contractuelle aussi bien que les actions fondées sur la responsabilité délictuelle, et que la *Loi sur la négligence contributive* devrait être appliquée par analogie, ou encore accepter la théorie relative aux

attentes raisonnables des parties ou l'idée que la confiance était conditionnelle ou déraisonnable, ou simplement admettre qu'en toute équité et justice, les dommages devraient être partagés. Je ne crois pas dans les circonstances de cette cause le juge de première instance a erré en venant à la conclusion que les agissements du président de la compagnie Harold Kane et de son employé Charles Kane ont contribué à la perte de la compagnie.

Ni l'une ni l'autre décision ne contient d'indication précisant que la seule circonstance dans laquelle la répartition est possible est lorsqu'il y a violation de l'obligation contractuelle de diligence. Dans *Caisse populaire d'Inkerman*, le juge LaForest, à la page 149, a indiqué que diverses questions auraient besoin d'être résolues par les tribunaux dans l'application du principe de la répartition, mais que cette tâche ne devrait pas outrepasser leur compétence.

Dans ce contexte, nous sommes portés à laisser la common law suivre son cours plutôt que de demander au législateur d'intervenir. Si on doutait de l'existence en droit néo-brunswickois du principe que décrit l'article 5, son intervention pourrait être indiquée, mais nous ne pensons pas qu'il en soit ainsi. De la même façon, si on souhaitait limiter le principe général établi par les arrêts *Caisse populaire d'Inkerman* et *Coopers & Lybrand*, une intervention législative pourrait être indiquée, mais nous ne sommes pas du tout convaincus qu'une telle restriction fût souhaitable. Quant à la possibilité de raffiner

davantage le principe général par voix législative, nous ne sommes pas pour le moment en mesure de dire comment cela devrait se faire.

Actuellement, notre position générale est donc la suivante : nous appuyons le principe de l'article 5, mais croyons que la meilleure façon d'en favoriser l'établissement est de ne prendre aucune mesure législative. Nous avons inclus l'article dans la loi proposée dans le but de fournir une occasion de susciter des commentaires.

Article 6 : Clauses pénales

6(1) Une partie à un contrat peut faire exécuter une clause pénale ou une clause de dommages-intérêts liquidés dans la mesure où il est raisonnable selon toutes les circonstances que cette clause devrait être exécutée.

6(2) Sans limiter la portée du paragraphe (1), une cour saisie d'une cause peut déterminer selon les circonstances si une clause pénale ou une clause de dommages-intérêts liquidés devrait être exécutée dans son intégralité, en partie ou pas du tout.

6(3) Lorsque qu'une clause pénale ou une clause de dommages-intérêts liquidés n'est pas exécutée ou n'est exécutée qu'en partie, les dommages-intérêts sont recouvrables relativement à la conduite qui constitue la rupture du contrat mais pour laquelle la clause pénale ou la clause de dommages-intérêts liquidés n'est pas exécutée.

6(4) Le présent article s'applique aux contrats conclus avant ou après l'entrée en vigueur du présent article, mais seulement par rapport aux ruptures de contrat survenues après l'entrée en vigueur du présent article.

Il est généralement reconnu que le droit en matière de clauses pénales laisse à désirer. Les clauses pénales visent à pénaliser une personne pour une violation de contrat et sont inexécutables. Théoriquement, cette règle semble être absolument acceptable comme garantie contre l'inclusion de clauses contractuelles abusives. Dans son application cependant, le principe général selon lequel les clauses pénales sont inexécutables fait problème.

Il en est ainsi parce que les clauses pénales, du moins celles qui sont examinées dans la jurisprudence publiée, semblent

rarement refléter à prime abord la caractéristique immanquable de leur nature. Normalement, il revient aux tribunaux de distinguer les clauses pénales des clauses de dommages-intérêts liquidés, c'est-à-dire les clauses dans lesquelles les parties conviennent à l'avance de la réparation qui sera versée en cas de rupture du contrat, et qui sont valides. Toutefois, il n'est pas facile de voir où la ligne de démarcation s'établit ni de savoir pourquoi. Qui plus est, le critère principal élaboré par les tribunaux pour différencier ces deux sortes de clauses est, peut-on soutenir, peu approprié. Selon ce critère, une clause qui prévoit une véritable estimation préalable des dommages-intérêts en cas de rupture du contrat sera acceptable comme clause de dommages-intérêts liquidés, alors qu'une clause qui prévoit des paiements qui ne constituent pas une estimation préalable des dommages-intérêts crée une pénalité. Ce critère prend pour axiome la question de savoir pourquoi les parties à un contrat devraient seulement être en mesure de négocier en vue de véritables dommages-intérêts prédéterminés. Il ne saute pas aux yeux qu'il y a quelque chose de répréhensible à convenir de mesures financières dissuasives pour les cas de rupture du contrat. Une loi comme la *Loi sur les contrats de construction de la Couronne* (article 3) autorise expressément les clauses pénales.

Somme toute, le problème que crée le droit actuel en matière de clauses pénales est le suivant: ce droit est fondé sur la

distinction entre les clauses pénales et les clauses de dommages-intérêts liquidés, distinction qui est probablement inopportune et certainement obscure. Elle produit des résultats qui, compte tenu de leur imprévisibilité, sont bien trop clairs: la clause sera soit totalement inexécutable, soit totalement valide. Il est troublant de constater qu'un tel processus obscur puisse produire des résultats si nets, mais totalement différents.

La réponse que propose l'article 6 de la loi proposée à cet égard comporte deux éléments: d'abord, il élimine la distinction entre les clauses pénales et les clauses de dommages-intérêts liquidés en ce qui concerne leur exécutabilité. Ensuite, il élabore une solution de compromis entre l'inexécutabilité absolue et l'exécutabilité sans réserve de la clause en question. Nous mentionnerons plus loin une autre solution que nous avons examinée, mais nous examinerons d'abord l'ébauche ci-dessus.

L'effet du paragraphe 6(1) est d'assujettir à la fois les clauses pénales et les clauses de dommages-intérêts liquidés au même régime légal: chaque type de clause sera exécutable « dans la mesure où il est raisonnable, selon toutes les circonstances, que cette clause soit exécutée ». Puisque la même règle s'applique en matière d'exécutabilité, la question du mode de classement des clauses devient inutile. Voilà qui règle le

problème de l'imprévisibilité et du caractère injustifié du critère existant en le contournant.

Puis, le paragraphe 6(2) explique la conséquence qui découle du fait de rendre ces clauses exécutoires « dans la mesure où il est raisonnable, selon toutes les circonstances ». Il s'ensuit qu'il y aura des cas où la clause est totalement acceptable et peut être exécutée intégralement, d'autres cas dans lesquels elle est abusive et ne devrait pas être exécutée du tout, et d'autres encore où un certain degré de confiance est raisonnable, mais non une confiance totale. En établissant ce moyen terme de confiance partielle, nous espérons que l'effet du « tout ou rien » du droit en vigueur sera évité. Si les faits touchant aux clauses pénales et aux clauses de dommages-intérêts liquidés peuvent souvent tomber dans une zone grise, comme cela semble être le cas, le droit ne devrait pas être obligé de donner des réponses bien tranchées.

Le paragraphe 6(3) poursuit en examinant les conséquences des paragraphes (1) et (2), et plus important, par rapport à la nouvelle solution « grise » d'exécution partielle que propose le paragraphe 6(2). Si la clause contractuelle est totalement inexécutoire, les dommages-intérêts pour rupture de contrat pourraient être recouverts, mais aucune confiance ne pourrait être accordée à la clause. Le résultat serait le même que celui du

droit actuel concernant les clauses pénales. Si, cependant, la clause est considérée partiellement exécutable sous le régime de la nouvelle loi proposée, la proposition est que le recours du demandeur serait calculé en partie en fonction de la clause contractuelle et en partie par l'évaluation des dommages réellement subis. Par exemple, un contrat pourrait prévoir une pénalité quotidienne pour violation et un tribunal pourrait déterminer qu'il était raisonnable d'exécuter cette pénalité pour un mois lorsque la violation a duré trois mois. Le préjudice peut cependant s'être accumulé au cours des deux autres mois. L'intention ici est que dans ces genres de cas, la pénalité devrait s'appliquer pour le premier mois, mais que les dommages-intérêts seraient recouvrables en plus au titre de la perte réellement subie au cours des deux autres mois.

Une critique qui pourrait être faite contre cette méthode est qu'en ajoutant l'option d'exécution partielle d'une clause pénale ou d'une clause de dommages-intérêts liquidés, la loi proposée rend le droit moins certain qu'il ne l'est déjà. Nous aimerions recevoir vos commentaires à ce sujet. Actuellement, nous pensons qu'une telle critique aurait une certaine force si le moyen de différencier les clauses pénales des clauses de dommages-intérêts liquidés était plus clair. Toutefois, étant donné que les deux sont difficiles à distinguer, mais que la distinction produit des différences importantes dans les

conséquences juridiques, nous pensons qu'une échelle mobile d'exécutabilité serait préférable à des réponses qui paraissent bien tranchées, mais ne le sont que superficiellement. Nous proposons également que l'échelle mobile pourrait mieux répondre aux attentes des parties. Il semble tout à fait plausible que dans de nombreux cas, les parties qui conviennent de clauses pénales s'attendent qu'elles soient exécutées en cas de violation. Elles pourraient cependant envisager que les pénalités ne seraient appliquées que jusqu'à un certain point. La solution mitoyenne d'exécution partielle pourrait donc s'avérer une option très réaliste en établissant le point au-delà duquel les pénalités sont sans effet.

Une autre critique de l'approche proposée est que le projet de loi devrait aller plus loin et adopter simplement la règle générale selon laquelle les clauses « exorbitantes » ne peuvent être exécutées. La Commission de réforme du droit de l'Ontario a considéré que cette approche était la meilleure. Dans son rapport intitulé *Report on the Amendment of the Law of Contract*, elle a recommandé l'adoption d'une doctrine relative à l'« exorbitance » fondée sur des motifs plus larges et a conclu, en ce qui concerne les clauses pénales, qu'en adoptant une doctrine générale relative à l'« exorbitance », il n'y avait rien de précis à faire à propos des clauses pénales.

Notre réponse à cet égard est double. D'abord, nous n'avons pas étudié la question plus large de l'exorbitance et ne sommes donc pas en mesure de formuler une recommandation. On pourrait faire valoir que la compétence générale d'accorder des recours contre l'exorbitance existe déjà. Cependant, en second lieu, il n'est pas clair si le fait d'accepter une règle générale contre l'exorbitance répondrait au problème dont traite le projet de loi. En un sens, le droit en matière de clauses pénales illustre déjà une doctrine contre l'exorbitance. La règle à cet égard est parfaitement simple: les clauses pénales sont exorbitantes, les clauses de dommages-intérêts liquidés ne le sont pas. Nous croyons donc que, même si l'option favorisant l'adoption d'une règle générale contre l'exorbitance était poursuivie, les difficultés particulières entourant les clauses pénales nécessiteraient toujours qu'on s'en occupe.

Il y a lieu d'ajouter quelques mots au sujet des détails des dispositions de la loi proposée. On notera que le paragraphe 6(1) ne traite pas expressément d'une question qui serait certainement soulevée dans l'examen de la mesure dans laquelle une clause devrait raisonnablement être exécutée. C'est la question de savoir si le caractère raisonnable devrait être jugé au moment de la conclusion du contrat ou au moment de son exécution. Actuellement, nous sommes d'avis qu'il conviendrait mieux de ne pas trancher la question. Nous remarquons que la

Commission de réforme de droit de l'Ontario a opté pour l'application du critère d'exorbitance à la date du contrat et nous reconnaissons la force de cet argument. Nous remarquons également que si la formulation du projet de loi reste inchangée, en mentionnant l'exécution de clauses, l'inférence pourrait être que les circonstances au moment de l'exécution sont les plus importantes. Nous sommes cependant portés à croire que la différence est plus apparente que réelle. Nous supposons qu'un tribunal, tenant compte de « la mesure où il est raisonnable d'exécuter » une clause pénale ou une clause de dommages-intérêts liquidés, considérerait les attentes des parties au moment de la conclusion du contrat comme un facteur très important. Nous hésitons à choisir ce facteur comme le *seul* facteur important.

Pour ce qui est des paragraphes 6(2) et (3), la question principale est de savoir s'ils devraient même être inclus dans la loi. Ils ont principalement pour objet de préciser la portée du paragraphe 6(1). Le paragraphe 6(2) explique les différentes solutions que présente le paragraphe 6(1) et sert à neutraliser dans une certaine mesure l'impression que le paragraphe 6(1) peut donner en laissant entendre que tout est relatif, qu'il n'existe plus aucune solution bien tranchée, mais seulement des zones grises. Même si le moyen terme que propose le projet de loi veut dire qu'il faudra procéder à un exercice d'équilibre dans certains cas, il y en aura d'autres dans lesquels les solutions

absolues du droit s'appliquent: certaines clauses seront absolument exécutables, alors que d'autres seront absolument inexécutables.

Le paragraphe 6(3) tente également d'énoncer les effets du paragraphe 6(1). Il soulève lui aussi la question de savoir si une explication législative est nécessaire. Ce paragraphe vise surtout à souligner l'existence de l'option « mi-pénalité/mi-dommages-intérêts », mais, peut-on soutenir, les détails énoncés pourraient être improductifs, par suite de la création d'une complication et de la surprécision de l'article. Dans le genre d'exemple susmentionné, lorsque la cour décide qu'une clause pénale devrait être exécutée pour le premier mois lorsque la violation a duré trois mois et que les dommages-intérêts devraient être attribués par la suite, le tribunal pourrait peut-être produire exactement le même résultat financier en suivant une méthode moins rigide quant à la question de la « mesure où il est raisonnable, dans toutes les circonstances », que cette clause soit exécutée. Peut-être au lieu d'énoncer expressément l'option « mi-pénalité/mi-dommages-intérêts » serait-il préférable que toute cette question soit traitée sous la rubrique plus générale de la « mesure raisonnable » de l'exécution du contrat.

Le paragraphe 6(4) est une disposition transitoire et mérite également quelques commentaires. La question est de savoir si les nouvelles règles de droit sur l'exécution des clauses pénales et des clauses de dommages-intérêts liquidés devraient s'appliquer à des contrats qui ont été conclus avant leur entrée en vigueur. La réaction instinctive tend à être qu'elles ne le devraient pas, que les contrats conclus sous l'ancien régime juridique devraient continuer à être régis par lui. Ainsi, le texte de la disposition transitoire serait le suivant: « Le présent article s'applique aux contrats conclus après son entrée en vigueur. »

Cependant, comme il a été mentionné précédemment, cette façon de faire a le désavantage de perpétuer deux régimes juridiques pour le future immédiat, l'un pour les anciens contrats, l'autre pour les nouveaux. Et puis, certains contrats peuvent durer pendant de nombreuses années. La proposition veut donc que la nouvelle loi s'applique à l'exécution des clauses pénales et des clauses de dommages-intérêts liquidés en ce qui concerne les violations de contrat survenant après l'entrée en vigueur de la Loi. Nous croyons que cela n'interviendrait pas indûment dans les contrats en vigueur, puisqu'en ce qui concerne de nombreux contrats existants, la nouvelle loi reflétera mieux, selon nous, les attentes des parties que ne le faisaient les anciennes règles de droit. Nous notons, par ailleurs, que s'il y

a des cas pour lesquels les anciennes règles de droit étaient importantes pour les parties et pour les clauses de leur contrat, cela devrait se refléter dans la décision quant à la mesure où il était raisonnable que les clauses contractuelles fussent exécutées.

Enfin, nous l'avons dit plus tôt, nous désirons mentionner brièvement une autre façon de régler la question des clauses pénales. Il s'agirait d'une approche plus timide visant à neutraliser ce que nous considérons être un facteur contributif important à l'incertitude qui entoure actuellement les clauses pénales, le caractère peu approprié du critère actuel pour les différencier des clauses de dommages-intérêts liquidés. Les parties, pourrait-on soutenir, devraient être en mesure de stipuler dans leurs contrats des mesures dissuasives raisonnables pour les cas de rupture du contrat et le législateur ne devrait pas les limiter à estimer au préalable la valeur des préjudices qu'elles pourraient subir. Une disposition législative qui reconnaîtrait cette réalité contribuerait à rendre la loi plus réaliste et plus facile à appliquer. Une telle clause pourrait être libellée comme suit: « Un contrat peut valablement prévoir des mesures dissuasives raisonnables pour les cas de rupture du contrat; toute clause en ce sens ne sera pas, de ce seul chef, jugée inexécutable du fait qu'elle prévoit une pénalité. »

Nous estimons pour le moment que le libellé actuel du projet de loi est plus satisfaisant, que la loi devrait accepter la zone grise entre l'exécutabilité absolue et l'inexécutabilité absolue et y pourvoir. La proposition faite ci-dessus n'irait pas en ce sens. Elle aurait pour effet de déplacer un tout petit peu la ligne de démarcation entre les deux catégories et améliorerait légèrement, d'après nous, le fondement de la différenciation existante. Il reste toutefois que la différence entre les clauses pénales inexécutables et d'autres clauses serait absolue, les conséquences importantes par rapport à la situation contractuelle d'une partie continuant à dépendre de la question de savoir si une mesure dissuasive en particulier était considérée « raisonnable ».

Article 7 : Rescision de contrats exécutés

7(1) La cour peut prendre en considération dans sa décision d'annuler ou non un contrat le fait que le contrat ait été exécuté en totalité ou en partie, mais cela ne constitue pas en soi un empêchement à l'annulation d'un contrat.

7(2) Le paragraphe (1) s'applique à un contrat conclu avant ou après l'entrée en vigueur du présent article.

Cette disposition vise à remplacer une règle de droit en vigueur qui est généralement considérée anormale, même si sa portée n'est pas entièrement claire. À l'heure actuelle, on considère généralement que la règle veut qu'un contrat de vente de bien-fonds ne puisse être rescindé en cas d'assertion inexacte innocente dès que le contrat a été entièrement exécuté. On peut cependant s'appuyer sur la jurisprudence pour avancer des arguments militant en faveur d'une règle qui soit plus étroite ou plus large. D'une façon ou d'une autre, il semble y avoir une opinion répandue selon laquelle une règle qui veut que certains contrats ne puissent être rescindés dès qu'ils ont été exécutés est trop catégorique.

L'effet de l'article 7 est essentiellement de dire que le fait qu'un contrat a été exécuté peut fort bien être pertinent pour établir si un contrat devrait être rescindé, mais qu'il ne devrait pas déterminer si la rescision n'est pas possible.

En termes de formulation, nous proposons que la disposition soit libellée de manière générale au lieu de se limiter à la situation précise d'assertion inexacte innocente et à la vente de bien-fonds. Nous ne pensons pas qu'il en résulterait un danger si une formulation large était utilisée et nous hésitons à tenter de limiter l'article à la situation où il est le plus utile, de peur qu'avec des mots plus précis, la loi puisse rater de justesse sa cible incertaine.

Le paragraphe 7(2) soulève une fois de plus la question de la rétroactivité. Le projet de loi propose ici un changement entièrement rétroactif, de sorte qu'avec l'entrée en vigueur de la Loi, la rescision pourrait être sollicitée relativement à des assertions faites à tout moment, sous réserve, évidemment, des moyens de défense tels que le retard ou le délai préjudiciable, qui limiteraient considérablement le nombre de causes dans lesquelles les parties en litige pourraient de façon réaliste espérer que la rescision fût accordée en raison d'assertions faites avant l'entrée en vigueur de la Loi. Il existe sans doute de nombreux cas ou de nombreux événements que la loi pourrait viser si une approche moins globale de changement des anciennes règles de droit à la nouvelle loi devait être suivie. La Loi pourrait se limiter, par exemple, aux cas où l'assertion a été faite après son entrée en vigueur, ou aux cas où le contrat a été conclu après cette date, ou l'exécution du contrat est intervenue

ou la découverte de l'assertion inexacte est survenue à cette date. Aucune de ces possibilités ne semble évidemment préférable à l'approche plus simple prévue au paragraphe 7(2). Si l'approche proposée impose effectivement un fardeau éventuel aux auteurs d'assertions inexactes faites avant l'entrée en vigueur de la Loi, il semble raisonnable d'affirmer que c'est un fardeau qu'ils devraient supporter. La cour pourrait aussi prendre en considération le fait que le contrat a été exécuté et que la fausse représentation a été faite avant que la loi n'ait été changée pour décider de la rescision.

