CTTJ contrats 2C (2004.09.22)

NORMALISATION DU VOCABULAIRE DU DROIT DES CONTRATS

DOSSIER DE SYNTHÈSE

par Gérard Snow

Groupe *unconscionable*

TERMES EN CAUSE

procedural unconscionability
rescission for unconscionable behaviour
rescission on the ground of unconscionability
substantive unconscionability
unconscionability
unconscionable act
unconscionable advantage
unconscionable agreement
unconscionable bargain
unconscionable behaviour
unconscionable conduct
unconscionable contract
unconscionable practice
unconscionable term
unconscionable transaction

ANALYSE NOTIONNELLE

Voici d'abord une citation intéressante au sujet du terme *unconscionability* :

> "Despite lip service to the notion of absolute freedom of contract, relief is everyday given against agreements that are **unfair, inequitable, unreasonable or oppressive**. Unconscionability, as a word to describe such control, might not be the lexicographer's first choice, but it seems to be the most acceptable general word."
> WADDAMS, *Law of Contracts*, 2e éd., p. 399.

FRIDMAN, *Law of Contract*, 2e éd., p. 307, précise à son tour :

> the traditional view of unconscionability is that it involves conduct that is tantamount to fraud in a moral, if not strictly legal sense.

Le commentateur John MANWARING fait remarquer qu'il ne faudrait pas tout de même pas assimiler l'*unconscionability* à de la fraude, laquelle ouvrirait droit à un recours en responsabilité civile délictuelle.

On distingue le *procedural unconscionability* du *substantial unconscionability* :

> Hereafter, to distinguish the two interests, I shall often refer to bargaining naughtiness as "procedural unconscionability," and to evils in the resulting contract as "substantive unconscionability."
> LEFF, "Unconscionability and the Code" (1967), *115 U. Pa. L. Rev.* 485, p. 487

LES ÉQUIVALENTS

~~Le terme qu'il faut choisir pour rendre cette notion floue d'*unconscionability* doit donc idéalement embrasser tout à la fois les caractères qualifiés d'*unfair*, *inequitable*, *unreasonable*, *oppressive* et *fraudulent*.~~Nous avons souvent employé pour rendre *unconscionability* le terme « **iniquité** », que le *Grand Larousse de la langue française* définit comme « caractère de ce qui est inique, contraire à l'équité. » Le mot « inique » est défini ainsi dans le *Grand Robert* : « Qui manque gravement à l'équité; qui est très injuste. » La notion d'« iniquité » présente l'avantage d'être flexible, pouvant se décliner aussi bien substantivement qu'adjectivement, sans avoir à recourir à un mot comme « caractère ». C'est le terme qui a été retenu par le Centre de traduction et de documentation juridiques d'Ottawa dans sa traduction du *Law of Contracts* de Waddams. C'est également le terme employé par John MANWARING dans *Éléments de la common law* (Carswell, 1997), p. 373. Notre autre commentateur, Michel DOUCET, y souscrit également.

En droit civil, on trouve les notions voisines de « caractère léonin » et de « lésion ». CORNU définit ainsi le mot « **léonin** » :

> « Excessif par l'avantage disproportionné procuré à certains coïntéressés relativement à ce que reçoivent les autres; se dit d'un contrat ou de la clause d'un contrat dont l'exécution aurait pour résultat de procurer à l'un des contractants un **avantage exorbitant** au détriment des autres (en lui donnant la part du lion), **iniquité** qui peut entraîner la nullité de la convention ou de la clause léonine ((...)). »

L'accent est mis ici sur le fait qu'un des contractants reçoit « la part du lion » au détriment des autres cocontractants, ce qui peut être vrai dans le cas d'un *unconscionable contract*, mais pas forcément. Il y a aussi le désavantage que « léonin » ne semble pas avoir de substantif correspondant (je ne comprends pas pourquoi les civilistes n'ont pas créé le mot « léoninité »). J'écarterais donc pour ces raisons « caractère léonin ». On remarquera non sans intérêt l'emploi des termes « avantage exorbitant » et « iniquité » dans la définition précitée.

Après avoir défini ainsi le terme « **lésion** » en droit des obligations : « Perte pécuniaire que la conclusion d'un contrat à titre onéreux fait subir à l'une des parties », le *Dictionnaire de droit privé*, 2e éd., ajoute la remarque suivante :

> Dans un sens objectif, la lésion consiste uniquement en un déséquilibre économique entre les prestations réciproques. Dans un sens subjectif, elle peut résulter, en outre, de l'inutilité du contrat pour l'une des parties, de l'insuffisance de ses ressources ou du caractère injuste de certaines clauses. La doctrine et la jurisprudence québécoises ont opté pour la conception subjective de la lésion.

Et cette autre remarque :

> En principe, la lésion n'est cause de nullité qu'en faveur de certaines catégories d'incapables; les majeurs non protégés ne peuvent demander à être restitués contre leurs contrats pour cause de lésion [sous réserve de certaines dérogations].

Il est clair qu'à la lecture de ces passages, on doit écarter le mot « lésion », dont les caractères, en droit civil, sont trop éloignés de ceux de l'*unconscionability* de la common law et trop particuliers au droit civil pour que « lésion » puisse être utilement « exportable ».

En contexte, il se peut que les notions d'**inadmissibilité** ou de **caractère abusif** puissent être utiles, mais ce ne sont pas là, à mon avis, des termes suffisamment précis sur le plan lexicographique pour rendre la notion d'*unconscionability*.

Reste enfin la notion d'**exorbitance**. Soulignons d'abord que ce substantif, quoique rare et vieilli, est recensé dans le *Grand Robert* et le *Trésor* au sens de « caractère de ce qui est exorbitant »; il n'y a donc pas raison de s'en priver. CORNU définit ainsi le mot « exorbitant » :

> Qui excède la mesure ordinaire, qui sort de la règle commune; **se dit d'une clause contractuelle**, d'un autorisation judiciaire ou administrative, d'une disposition légale qui déroge gravement au droit commun, en général pour conférer à son bénéficiaire, **un traitement préférentiel, un avantage particulier, une situation privilégiée**; se dit aussi de la faveur accordée.

À première vue, cette définition n'est pas particulièrement encourageante, car l'accent y est mis sur le caractère discriminatoire de la clause ou de la disposition visée. Étymologiquement, cependant, le terme « exorbitant » vient du latin *exorbitans*, participe présent du bas latin *exorbitare*, signifiant « s'écarter de », de *ex*, « hors de », et *orbita*, « ornière », « voie tracée », « orbite ». Donc, au sens primitif du terme, le « contrat exorbitant » serait celui qui s'écarte de la norme. Si cette norme est définie en termes de raisonnabilité, de justice, d'équité, d'honnêteté, etc., on n'est pas très loin de la notion d'*unconscionability*. Le terme « exorbitant » présente aussi l'avantage de pouvoir se dire aussi bien d'une opération (*unconscionable transaction*) que d'une clause de contrat (*unconscionable term*), d'un comportement (*unconscionable behaviour*) ou d'un avantage (*unconscionable advantage*).

Parmi toutes ces solutions, ce sont « exorbitance » et « iniquité » qui conviennent sans doute le mieux. Nous donnons notre préférence à « iniquité », qui rend mieux les idées d'exploitation et d'injustice qui caractérisent la notion.

Aux fins de la normalisation, nous ne retiendrons que les termes suivants.

TABLEAU RÉCAPITULATIF

procedural unconscionability	**iniquité de forme** (n.f.)
substantive unconscionability	**iniquité de fond** (n.f.)

unconscionability	**iniquité** (n.f.)
unconscionable contract	**contrat inique** (n.m.)
unconscionable term	**clause inique** (n.f.)