

Dol par réticence et obligation de renseignement : une distinction nécessaire*

par Félix GINOUX**

Notions fondamentales et relativement récentes en droit des contrats, le dol par réticence et l'obligation de renseignement sanctionnent tous deux le manquement d'une partie à fournir une information déterminante à son cocontractant. Ainsi, la doctrine et la jurisprudence québécoises actuelles considèrent que, pour prouver un dol par réticence, il faut démontrer que la victime de ce dernier a respecté son devoir de se renseigner. C'est là une des conditions de preuve du test établi par l'arrêt Banque de Montréal c. Bail Ltée de la Cour suprême du Canada pour prouver un manquement à l'obligation de renseignement. Dans le présent texte, l'auteur vise à démontrer que le devoir de se renseigner ne doit pas être retenu dans l'analyse du dol par réticence.

Misrepresentation by non-disclosure and the obligation to inform are two core and relatively recent concepts in contract law. They are used to sanction the failure by a party to a contract to provide a critical piece of information to the other party. Authors and judges in Quebec today consider,

* Le présent article reprend en partie le chapitre 2 de notre mémoire de maîtrise réalisé à l'Université Laval sous la direction du professeur Frédéric Levesque. Nous tenons à ce titre à remercier chaleureusement le professeur Levesque pour les nombreux retours, avis et correctifs qu'il nous a fournis tant sur ce chapitre que sur notre article. Nous souhaitons remercier aussi les professeurs Reza Moradinejad et Antoine Pellerin qui ont été les évaluateurs de notre mémoire. Ils nous ont également offert plusieurs commentaires qui nous ont permis d'améliorer ce chapitre. Enfin, nous sommes reconnaissant envers les évaluateurs anonymes de la RDUS pour les multiples avis qu'ils nous ont apportés. Ce texte n'engage toutefois que nous. Il diffère du chapitre 2 de notre maîtrise puisque nous l'avons adapté et modifié afin de répondre à la problématique au cœur de notre texte.

** LL.M., avocat et doctorant en droit à l'Université Laval et à l'Université de Montpellier.

that in order to establish misrepresentation by non-disclosure, one must first prove that the aggrieved party met its duty to make enquiries. That is one of the evidentiary requirements in the test laid down by the Supreme Court of Canada in its decision in Bank of Montreal v. Bail Ltée. In this article, the author seeks to show that the duty to make enquiries should not form part of the analysis of misrepresentation by non-disclosure.

Nociones fundamentales y relativamente recientes en el derecho de los contratos, la reticencia dolosa y el deber de informar castigan el hecho de que una parte no facilite información decisiva al cocontratante. En la actual doctrina y jurisprudencia de Quebec se considera que, para probar la reticencia dolosa, debe demostrarse que la víctima cumplió con su deber de informarse. Este es uno de los requisitos probatorios del examen instaurado por la Corte Suprema de Canadá en el caso Bank of Montreal vs. Bail Ltée para demostrar el incumplimiento del deber de informar. En este artículo, el autor pretende señalar que el deber de informarse no debe ser tenido en cuenta en el análisis de reticencia dolosa.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	31
I. Caractérisation de l'obligation de renseignement et du dol par réticence à travers une étude générale de leurs conditions de preuve	32
A) Conditions de preuve d'un manquement à l'obligation de renseignement	32
B) Historique et conditions de preuve du dol par réticence	40
1. Historique du dol : longue émergence de sa nature duale et du dol par réticence	40
2. Conditions de preuve du dol par réticence : application par la jurisprudence et la doctrine du devoir de se renseigner	47
II. Raisons justifiant la non-application du devoir de se renseigner au dol par réticence	58
A) La non-application du devoir de se renseigner au dol par mensonge justifie de ne pas l'appliquer au dol par réticence	59
B) La non-application du devoir de se renseigner au dol par réticence est justifiée par sa nature duale	61
Conclusion	69

Introduction

Le consentement est le pilier sur lequel repose tout contrat, puisque ce dernier naît de l'échange d'un consentement entre au moins deux parties. L'importance du consentement dans une relation contractuelle permet de comprendre la raison d'être de l'article 1399 du *Code civil du Québec*¹ qui prévoit que ledit consentement doit être « libre et éclairé ». En l'absence de ces deux qualités, il ne peut évidemment y avoir de consentement valable. Afin de garantir qu'un consentement est libre et éclairé, le législateur a depuis longtemps sanctionné certains éléments pouvant vicier les deux qualités en question tel le dol qui se trouve à l'article 1401 du *Code civil du Québec*. Précisons que le dol est une faute grave comportant un degré élevé de turpitude. En effet, il consiste, pour une partie à un contrat, à communiquer une information fautive ou alors à omettre intentionnellement de transmettre une information, et ce, dans le but de tromper son cocontractant. C'est donc en substance un manquement à une obligation que nous pourrions qualifier d'informationnelle.

Avec le temps, la complexité des contrats n'a fait que s'accroître, de même que l'inégalité entre les cocontractants. Dans plusieurs cas, certaines parties n'ont aucune expertise, et se voient donc dans l'impossibilité de trouver une information essentielle pour éclairer leur consentement. À l'opposé, leurs cocontractants détiennent une telle information ou alors ils ont l'expertise voulue pour la repérer et, par la suite, la communiquer. Afin d'éviter cette situation, le droit québécois impose désormais aux parties une obligation générale de fournir des informations avant la conclusion d'un contrat. Cette obligation de renseignement a été consacrée en 1992 dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Bail Ltée* de la Cour suprême du Canada². Elle contraint chacune des parties à fournir à son cocontractant des informations déterminantes quant à la conclusion du contrat ou à son exécution.

Nous constatons ainsi de manière préliminaire que l'obligation de renseignement comporte une certaine ressemblance avec le dol commis par réticence. En effet, ce dernier sanctionne une partie pour avoir omis de

¹ RLRQ, c. CCQ-1991 (ci-après « C.c.Q. »).

² *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554 (ci-après « *Bail* »).

fournir un renseignement dans l'intention de tromper son cocontractant. Le manquement à l'obligation de renseignement, quant à lui, punit l'omission, par une partie, de communiquer un renseignement à son cocontractant sans égard à ses intentions. Cependant, la proximité entre les deux notions ne doit pas conduire à les confondre. Pour bien comprendre leur différence, nous étudierons, dans la première partie de notre texte, les conditions de preuve d'un manquement à l'obligation de renseignement et d'un dol par réticence. Cela nous permettra de qualifier et de distinguer les deux notions. Nous serons également amené à constater que la doctrine et la jurisprudence appliquent à la preuve d'un dol par réticence une condition de preuve propre à la démonstration d'un manquement à l'obligation de renseignement : le devoir de se renseigner. C'est là une erreur à éviter impérativement. Afin de le démontrer, nous exposerons, dans la seconde partie de notre texte, les raisons qui imposent d'exclure des conditions de preuve d'un dol par réticence l'obligation, pour la victime, de prouver qu'elle a rempli son devoir de se renseigner. Nous pourrions ainsi pleinement distinguer le dol par réticence de l'obligation de renseignement.

I. Caractérisation de l'obligation de renseignement et du dol par réticence à travers une étude générale de leurs conditions de preuve

Étape préliminaire à toute réflexion juridique, il nous faudra caractériser les notions d'obligation de renseignement et de dol par réticence. À cet égard, il est nécessaire d'étudier les conditions de preuve d'un manquement à l'obligation de renseignement et d'un dol par réticence. C'est à travers ces conditions que les contours de ces notions se dessinent : elles les concrétisent véritablement, car elles permettent leur application effective. Nous ferons d'abord une étude générale des conditions de preuve d'un manquement à l'obligation de renseignement (section A), puis celle d'un dol par réticence (section B). Nous serons à cette étape en mesure de constater que la jurisprudence et la doctrine appliquent le critère du devoir de se renseigner aux conditions de preuve du dol par réticence.

A) Conditions de preuve d'un manquement à l'obligation de renseignement

L'obligation de renseignement est d'origine jurisprudentielle en droit québécois. C'est l'arrêt *Bail*, rendu en 1992, qui a officiellement reconnu une

obligation générale de renseignement des parties au contrat et qui a établi les conditions pour en démontrer le manquement³. Dans cette affaire, un appel d'offres est lancé par Hydro-Québec le 2 mai 1977 pour la construction de bâtiments, dont l'aménagement d'un chemin d'accès. Un rapport décrivant la nature et les conditions du sol est alors mis à la disposition des soumissionnaires. Le contrat est octroyé finalement à l'entreprise conjointe Bail Ltée et Sotrim Ltée le 5 juillet 1977. Elle confie en sous-traitance les travaux de terrassement et d'excavation des fondations à Laprise Construction Limitée. Des difficultés relatives aux mauvaises conditions du sol se font rapidement ressentir. Avant d'octroyer le contrat, Hydro-Québec donne le mandat, en date du 30 juin 1977, au Laboratoire d'Inspection et d'Essais Inc. (LIE) de faire des sondages géologiques à l'endroit où seront érigés les bâtiments ainsi qu'une exploration pédologique relativement au chemin à construire. Le LIE remet une lettre le 29 août 1977 concernant son mandat et des suggestions quant aux problèmes de Laprise. Le LIE soulève les conditions hydrauliques défavorables sur le terrain. Au bout du compte, il fait parvenir son rapport géotechnique le 29 septembre 1977. Ni la lettre ni le rapport ne seront communiqués à Bail/Sotrim ou à Laprise. Les difficultés de Laprise se poursuivront : elle arrivera à terminer les travaux, mais les coûts élevés la conduiront à la faillite le 4 novembre 1980. En février 1983, Laprise recevra d'une source anonyme le rapport de 1977. Cette information est déterminante, car elle aurait poussé Laprise à demander la renégociation du contrat⁴. La Cour suprême conclut qu'Hydro-Québec a ainsi manqué à son obligation de renseignement⁵. Une obligation générale de renseignement vient dès lors d'être reconnue en droit québécois.

Un arrêt de la Cour suprême a ouvert la voie à la reconnaissance de cette obligation, soit l'arrêt *Soucisse* rendu en 1981⁶. L'obligation de renseignement qui y est reconnue est considérablement réduite par rapport à celle de l'arrêt *Bail*, puisqu'elle consiste en l'obligation d'une partie de

³ Marie Annik GRÉGOIRE, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 213.

⁴ *Bail*, préc., note 2, 577-580.

⁵ *Id.*, 596 et 602.

⁶ M. A. GRÉGOIRE, préc., note 3, p. 216. Voir : *Banque Nationale c. Soucisse et autres*, [1981] 2 R.C.S. 339.

fournir une information complète si elle prend l'initiative de communiquer un renseignement qui se révèle parcellaire. Dans cette affaire, la Banque Nationale avait avisé la succession d'une caution qu'il y aurait de possibles règlements à effectuer sans indiquer que le défunt avait fait de son vivant deux lettres de cautionnement. La Cour suprême conclut que, lorsque « la *Banque* a pris l'initiative de renseigner la succession sur les obligations de la caution vis-à-vis d'elle, elle s'est obligée à le faire complètement car des renseignements partiels sont des renseignements trompeurs⁷ ». Somme toute, l'arrêt *Bail* a élargi cette obligation en établissant une obligation générale de renseignement. Après avoir été dérogée par l'arrêt *Bail*, cette obligation a été appliquée par plusieurs arrêts de la Cour d'appel. Parmi les plus cités dans la jurisprudence québécoise, notons les arrêts *Compagnie d'assurances générales Kansa internationale ltée c. Lévis (Ville)*⁸, *Walsh & Brais inc. c. Montréal (Communauté urbaine)*⁹, *Régie d'assainissement des eaux du bassin de La Prairie c. Janin Construction (1983) ltée*¹⁰ et *Sintra inc. c. Mascouche (Ville)*¹¹.

L'obligation de renseignement de l'arrêt *Bail* est, comme nous l'avons dit, générale. Elle vaut donc pour tous les contrats, tant au moment de leur exécution qu'avant leur conclusion. L'application de l'obligation de renseignement avant la conclusion du contrat a pour objet de permettre au futur contractant de s'engager en toute connaissance de cause; nous pouvons constater ici sa proximité avec le dol.

Dans l'arrêt *Bail*, le juge Gonthier fonde l'obligation de renseignement en la basant sur celle de bonne foi : « Je crois qu'il est possible d'esquisser une théorie globale de l'obligation de renseignement, qui reposerait sur l'obligation de bonne foi dans le domaine contractuel, mentionnée plus haut¹² ». L'application de la bonne foi faite dans l'arrêt *Bail* reflète l'élargissement de la conception de cette notion. L'obligation de bonne foi a souvent été comprise comme étant uniquement l'interdiction de commettre un acte de mauvaise foi.

⁷ *Banque Nationale c. Soucisse et autres*, préc., note 6, 357.

⁸ 2016 QCCA 32.

⁹ [2001] R.J.Q. 2164 (C.A.).

¹⁰ [1999] R.J.Q. 929 (C.A.).

¹¹ J.E. 95-1615 (C.A.).

¹² *Bail*, préc., note 2, 586.

Cependant, il faut distinguer le fait de ne pas être de bonne foi, assimilable à la mauvaise foi, de l'obligation d'agir selon la bonne foi, soit de se comporter comme une personne raisonnable¹³. La bonne foi reçoit donc deux acceptions différentes qui peuvent chacune faire l'objet de sanctions. La distinction entre ces deux « types » de bonne foi correspond à celle qui existe entre le dol par réticence et le manquement à l'obligation de renseignement. Ce dernier ne nécessite pas la preuve de la mauvaise foi. Cela découle des trois critères du test de l'arrêt *Bail* que nous allons étudier sous peu. À l'inverse, la mauvaise foi doit être prouvée pour le dol par réticence puisque celui-ci consiste en l'omission d'une partie de transmettre une information dans l'intention de tromper son cocontractant. C'est une distinction fondamentale entre les deux notions.

Dans l'arrêt *Ponce c. Société d'investissements Rhéaume ltée*, rendu en 2023, la Cour suprême a appliqué l'obligation de renseignement telle qu'elle avait été dégagée dans *Bail*. La Cour considère que, dans cette affaire, « la bonne foi contractuelle imposait aux parties, par l'effet de l'art. 1375 C.c.Q., un devoir proactif de renseignement¹⁴ ». Elle lie ainsi l'obligation de renseignement à la bonne foi, mais elle précise qu'il s'agit de la bonne foi dans sa « dimension proactive¹⁵ ». La Cour précise que la bonne foi *proactive* exige d'une partie « un comportement actif destiné à assister son partenaire contractuel, tout en demeurant compatible avec ses propres intérêts¹⁶ ». Cela exclut donc qu'une partie adopte « un comportement altruiste¹⁷ ».

Comme nous l'avons souligné, l'arrêt *Bail* a établi un test de trois critères pour déterminer un manquement à l'obligation de renseignement. Ce test reprend celui qui a été mis au point par le professeur français Jacques Ghestin : le test en question figure dans son traité sur la formation du contrat

¹³ Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 84.

¹⁴ *Ponce c. Société d'investissements Rhéaume ltée*, 2023 CSC 25, par. 81 (ci-après « *Ponce* »).

¹⁵ *Id.*, par. 80.

¹⁶ *Id.*

¹⁷ *Id.*

(la Cour suprême, pour sa part, cite l'édition de 1988). Il nécessite de prouver trois critères :

- la connaissance, réelle ou présumée, de l'information par la partie débitrice de l'obligation de renseignement;
- la nature déterminante de l'information en question;
- l'impossibilité du créancier de l'obligation de se renseigner soi-même, ou la confiance légitime du créancier envers le débiteur¹⁸.

Nous esquisserons ci-dessous les contours généraux de chacun de ces critères, sans prétendre à l'exhaustivité¹⁹. Précisons que, dans l'arrêt *Bail*, la Cour suprême les a énoncés sans les analyser en détail. Par ailleurs, dans l'arrêt *Asselin*, rendu en 2020, la Cour suprême est venue rappeler que l'« étendue du devoir d'information » dépendait de ces trois critères²⁰. De même, dans l'arrêt *Ponce*, la Cour applique les critères dégagés par « l'arrêt de principe *Bail* » pour analyser un manquement à l'obligation de renseignement²¹. Ces deux arrêts récents de la Cour suprême confirment le rôle fondamental de ces trois critères dans l'évaluation d'un manquement à l'obligation de renseignement.

Selon le *premier critère* de l'arrêt *Bail*, l'information qu'une partie se voit imposer de communiquer doit être connue ou être présumée connue par elle. Dans ce critère, c'est surtout la présomption de connaissance de l'information qui interroge. Comment déterminer qu'une partie est censée connaître une information? Dans l'arrêt *Consortium ad hoc* de la Cour d'appel, rendu sous la plume du juge Giroux, ce dernier établit que la connaissance présumée « dépend de la situation factuelle envisagée²² ». Ainsi,

¹⁸ *Bail*, préc., note 2, 586 et 587, citant Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil*, t. II, « Les obligations. Le contrat : formation », 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1988.

¹⁹ Dans notre article, nous nous employons à faire une étude générale des conditions de preuve de l'obligation de renseignement. Une étude détaillée de ces dernières nécessiterait de se pencher sur l'application de l'obligation de renseignement dans les différents domaines où l'on y a recours (vente, services d'investissement, domaine de la construction, etc.). Une telle étude n'est pas l'objet du présent texte.

²⁰ *Desjardins Cabinet de services financiers inc. c. Asselin*, 2020 CSC 30, par. 106.

²¹ *Ponce*, préc., note 14, par. 82-85.

²² *Québec (Procureure générale) c. Consortium ad hoc Katz, Gendron, Jodoin, Perron, Rousseau, Babin & Associés, Roussy, Michaud & Associés, Cadoret, Savard, Tremblay & Associés, Jean Roy, a.g.*, 2015 QCCA 159, par. 63 (ci-après « *Consortium ad hoc* »).

la « connaissance présumée peut d’abord être imputée à une partie à un contrat lorsque cette partie est experte en la matière ou possède un contrôle exclusif sur l’information²³ ». La présomption peut donc être liée à l’expertise d’une partie qui lui aurait permis d’obtenir le renseignement qu’on lui reproche d’avoir omis de fournir. Elle existe également en cas de monopole d’une partie sur l’information.

L’obligation de renseignement d’une partie experte peut également, selon certains auteurs, en faire naître une autre, celle de s’informer afin de pouvoir informer ses cocontractants. C’est ce que constate la professeure Brigitte Lefebvre :

[D]ans certains cas, un contractant pourra être tenu à une obligation de renseignement malgré le fait qu’il ignore cette information. *A contrario*, cela revient à dire qu’il peut exister une obligation de s’informer pour informer [...] L’obligation de s’informer pour informer peut notamment se rencontrer dans les hypothèses suivantes, soit lorsque l’information porte sur une qualité substantielle de l’objet du contrat ou lorsque le débiteur est professionnel²⁴.

L’obligation de « s’informer pour informer » semble une extension logique de la présomption de connaissance de l’information. Elle n’apparaît donc pas comme autonome par rapport à la présomption de connaissance d’une information puisqu’il faudrait l’établir préalablement pour conclure à son application²⁵.

Le *deuxième critère* de l’arrêt *Bail* précise le type d’information qui peut faire l’objet d’une obligation de renseignement. Seuls les éléments déterminants sont visés. Dans la décision *Cran-Québec II*, la Cour d’appel énonce que l’obligation de renseignement contraint à ne pas cacher « les faits déterminants qui pourraient affecter directement, d’une part, sa volonté de

²³ *Id.*, par. 61.

²⁴ B. LEFEBVRE, préc., note 13, p. 192 et 193.

²⁵ Le même parallèle est fait en droit français par Muriel FABRE-MAGNAN, *De l’obligation d’information dans les contrats : essai d’une théorie*, t. 221, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1992, p. 193.

contracter ou, d'autre part, les conditions auxquelles il voudra contracter²⁶ ». Comme le soulèvent les professeurs Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, l'emploi de l'expression « information déterminante » du deuxième critère de l'arrêt *Bail* reprend la « terminologie du dol » puisqu'elle renvoie aux notions de dol incident et principal que nous étudierons ultérieurement²⁷. Ainsi, le dol comme l'obligation de renseignement sanctionnent l'omission de fournir une information qui aurait déterminé une partie à ne pas conclure le contrat ou l'aurait poussée à le conclure à des conditions plus avantageuses pour elle.

Le troisième critère de l'arrêt *Bail* impose à celui qui invoque le manquement à l'obligation de renseignement de son cocontractant de prouver qu'il était dans l'impossibilité de se renseigner lui-même ou qu'il existait un lien de confiance légitime entre eux. Ce critère revient en substance à prouver qu'il a rempli son devoir de se renseigner²⁸.

Pour démontrer l'impossibilité de se renseigner, la professeure Lefebvre précise qu'il faut analyser le contexte et les « faits objectifs », mais aussi la qualité du cocontractant. Le professionnel aura logiquement un devoir de se renseigner plus lourd que le profane et sera ainsi moins disposé à invoquer

²⁶ *Cran-Québec II c. Excavations Mario Roy inc.*, 2020 QCCA 91, par. 37.

²⁷ Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et Nathalie VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, n^o 313, p. 411.

²⁸ Bien que la doctrine et la jurisprudence traitent d'« obligation de se renseigner », nous emploierons la tournure « devoir de se renseigner ». Cela nous permettra de bien la distinguer de l'expression « obligation de renseignement »; en outre l'« obligation de se renseigner » relève, il nous semble, davantage d'un devoir que d'une obligation. En effet, une obligation est au sens du droit civil « [un] [l]ien de droit en vertu duquel une ou plusieurs personnes, le ou les débiteurs, peuvent être contraintes par une ou plusieurs autres, le ou les créanciers, de donner, de faire ou de ne pas faire quelque chose ». Un devoir est au contraire « [une] [o]bligation, règle de conduite imposée par la loi ou la morale ». L'obligation de renseignement correspond bien à un lien entre un créancier et un débiteur d'une obligation de renseignement. Se renseigner consiste plutôt en un devoir, soit une règle de conduite que doit suivre le créancier d'une obligation de renseignement. Il n'y a pas ici de lien entre un créancier et un débiteur. Le créancier de l'obligation de renseignement qui se renseigne ne le fait pas au profit (*stricto sensu*) du débiteur de cette obligation, mais au sien. Ces définitions proviennent de Hubert REID et Simon REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2023, p. 210 et 442, « Devoir » et « Obligation ».

l'impossibilité de se renseigner. Cette impossibilité peut également être causée par un acte de l'autre partie au contrat²⁹. Si cet acte est commis dans l'intention de tromper le cocontractant, il pourrait toutefois être qualifié comme un dol. N'est pas dans l'impossibilité de se renseigner la partie qui se plaint de ne pas avoir reçu une information qu'elle connaissait ou qu'elle aurait pu connaître³⁰. Dans l'arrêt *Walsh & Brais inc. c. Montréal*, la Cour d'appel précise que l'obligation de renseignement « ne s'étend pas à l'information que le cocontractant possède déjà ou à laquelle il pouvait accéder en se comportant avec une prudence et diligence raisonnables (ce qui rejoint ici l'obligation de se renseigner)³¹ ». L'obligation de renseignement ne peut non plus être invoquée lorsque la victime d'un manquement à cette obligation a fait preuve d'aveuglement volontaire, la violation du devoir de se renseigner par cette dernière étant très claire dans ce cas³².

Pour ce qui est de la preuve du lien de confiance, la Cour d'appel établit dans l'arrêt *Consortium ad hoc* qu'un lien de confiance existe lorsque « les circonstances démontrent [que le créancier de l'obligation de renseignement] peut s'attendre à ce que [le débiteur de cette obligation] lui fournisse une information considérée comme déterminante³³ ». La Cour d'appel exclut toutefois la possibilité pour la victime d'un manquement à l'obligation de renseignement d'écarter son devoir de se renseigner en soulevant le lien de confiance, et ce, dans le cas où elle jouirait d'une expertise équivalente à celui qui a manqué à cette obligation³⁴. Une relation de confiance existe également lorsque celui qui manque à son obligation de renseignement a déjà révélé partiellement de l'information. Il est raisonnable dans ce cas de penser que cette information se révèle complète et véridique; cette situation est analogue à celle de l'arrêt *Soucisse*³⁵.

²⁹ B. LEFEBVRE, préc., note 13, p. 174 et 175.

³⁰ J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, préc., note 27, n° 314, p. 413 et 414.

³¹ *Walsh & Brais inc. c. Montréal (Communauté urbaine)*, préc., note 9, 229.

³² Vincent KARIM, *Les obligations*, 5^e éd., vol. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 2020, n° 269, p. 113 et 114.

³³ *Consortium ad hoc*, préc., note 22, par. 72.

³⁴ *Id.*, par. 73.

³⁵ B. LEFEBVRE, préc., note 13, p. 177 et 178; *Consortium ad hoc*, préc., note 22, par. 72.

L'écosystème de l'obligation de renseignement de l'arrêt *Bail* repose donc sur l'équilibre entre l'obligation de renseignement et le devoir de se renseigner³⁶. En effet, nous constatons que cette obligation est caractérisée par une tension, à travers ses conditions de preuve, entre deux pôles : l'obligation de renseignement et le devoir de se renseigner. À ce propos, dans l'arrêt *Bail*, le juge Gonthier précise « qu'il ne faut pas donner à l'obligation de renseignement une portée telle qu'elle écarterait l'obligation fondamentale qui est faite à chacun de se renseigner et de veiller prudemment à la conduite de ses affaires³⁷ ». Le devoir de se renseigner vient délimiter l'obligation de renseignement. De plus, il permet de contrebalancer l'obligation informationnelle de chacune des parties pour ne pas imposer à aucune une obligation abusive faisant fi des devoirs de son cocontractant.

B) Historique et conditions de preuve du dol par réticence

Pour saisir pleinement le dol par réticence, il faut comprendre l'histoire de la notion de dol. Elle permet de mettre en évidence clairement la structure de cette notion. Nous nous emploierons donc, dans un premier temps, à faire une synthèse de l'historique du dol en droit québécois. Dans un second temps, nous étudierons, à l'aune des développements précédents, les conditions de preuve du dol par réticence. Nous observerons à cette occasion l'existence d'une tendance jurisprudentielle et doctrinale qui impose à celui qui invoque un dol par réticence de démontrer qu'il a rempli son devoir de se renseigner au sens du troisième critère de l'arrêt *Bail*.

1. Historique du dol : longue émergence de sa nature duale et du dol par réticence

L'historique du dol nous permettra de comprendre sa structure duale, à savoir que le dol se situe à mi-chemin entre un vice de consentement et une faute intentionnelle, car c'est au fil des siècles que cette dualité a émergé. Notre approche diachronique de la notion de dol nous amènera également à constater

³⁶ Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd. par J. PINEAU et S. GAUDET, Montréal, Éditions Thémis, 2001, n° 88.2, p. 182; V. KARIM, préc., note 32, nos 1062-1065, p. 451 et 452.

³⁷ *Bail*, préc., note 2, 586.

que le dol par réticence a mis du temps avant d'être reconnu comme un dol à part entière. L'ensemble de ces développements, outre qu'ils favorisent l'étude en profondeur de la structure du dol, seront essentiels dans la seconde partie de notre texte pour comprendre les raisons de la non-application du devoir de se renseigner au dol par réticence.

Le dol trouve son origine dans le droit romain. Il n'était toutefois pas réprimé dans les premiers siècles de son histoire³⁸. Il a fallu attendre l'apparition d'actions spécifiques le sanctionnant telles que l'*actio doli* (action de dol) et l'*exceptio doli* (exception de dol). La première permettait de condamner la partie qui avait commis un dol à payer un montant égal au préjudice causé. Cette action ne sanctionnait pas le dol commis par un tiers au contrat³⁹. La seconde, quant à elle, consistait en l'ajout d'une clause, sur demande de la victime du dol au prêteur, dans la formule de l'action en exécution intentée par l'auteur du dol contre cette dernière⁴⁰. Cette action se trouverait ainsi paralysée, à l'instar d'une fin de non-recevoir⁴¹. Le dol était considéré par le droit romain comme un délit (équivalent de la responsabilité civile extracontractuelle) et non un vice de consentement comme en droit québécois⁴². En nous basant sur la définition du dol du juriste Labéon, qui le qualifie comme étant « toute ruse, [tout] mensonge, [toute] machination, employés pour circonvenir, tromper, décevoir autrui⁴³ », nous en venons à dire que le dol par réticence semble également exclu du droit romain. Cette définition paraît référer uniquement à des gestes positifs, alors que le dol par réticence est un acte négatif (un silence commis dans l'intention de tromper).

Le dol disparaîtra durant la période du Haut Moyen Âge⁴⁴. Il fera à nouveau surface avec le retour progressif du droit romain en Europe à partir du

³⁸ Pierre BONASSIES, *Le dol dans la conclusion des contrats*, thèse de doctorat, t. 1 et 2, Lille, Faculté de droit, Université de Lille, 1955, p. 22 et 23.

³⁹ *Id.*, p. 21-23.

⁴⁰ Jean-Philippe LÉVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2010, p. 933.

⁴¹ P. BONASSIES, préc., note 38, p. 23 et 24.

⁴² J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, préc., note 40, p. 850.

⁴³ Digeste 4, 3, 1, 2 extrait tiré de J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, préc., note 40, p. 932.

⁴⁴ *Id.*, p. 851.

xii^e siècle⁴⁵. Certains juristes n'hésiteront pas à transformer le dol par rapport à celui du droit romain. Ils diront en effet qu'un dol peut entraîner la nullité du contrat lorsqu'il est commis dans un contrat de bonne foi, ce que le droit romain n'avait jamais permis⁴⁶. L'élément qui justifie une telle sanction, selon le juriste Balde, est la nature contraire à la bonne foi du dol⁴⁷. Des juristes reprendront les développements de Balde en y apportant quelques nuances. Ils feront une distinction entre le dol principal et le dol incident. Alors que le premier peut, selon eux, provoquer la nullité du contrat de bonne foi, le second peut uniquement être sanctionné par des dommages-intérêts⁴⁸. Ils distingueront également le dol commis avant la conclusion et le dol qui se produit durant l'exécution du contrat⁴⁹. Cette nouvelle conception du dol restera minoritaire chez les romanistes qui étaient attachés à la conception traditionnelle du dol en droit romain⁵⁰. Elle demeurera donc en définitive au stade de théorie nouvelle⁵¹. En droit coutumier, le dol réapparaîtra au xiii^e siècle sous les termes « tricherie », « mâle tricherie » ou encore « barat⁵² ». Malgré l'emploi d'autres termes, le droit coutumier aura récupéré l'*actio doli* du droit romain sans innover⁵³. Au xvi^e siècle, dans la doctrine, les canonistes et les romanistes commenceront à faire le lien entre le dol et ses conséquences sur le consentement puisqu'ils auront « acquis la notion de l'aspect spécifique du dol dans la formation des contrats⁵⁴ ». Le dol acquerra donc peu à peu les formes d'un vice de consentement.

Dans une étude de l'histoire de la notion de dol, il semble incontournable de se pencher sur les développements de Jean Domat (1625-1696) et de Robert-Joseph Pothier (1699-1772) en rapport avec cette notion. En effet, ils

⁴⁵ *Id.*, p. 809 et 851.

⁴⁶ P. BONASSIES, préc., note 38, p. 45.

⁴⁷ *Id.*, p. 46 et 47.

⁴⁸ *Id.*, p. 47 et 48.

⁴⁹ *Id.*, p. 47.

⁵⁰ *Id.*, p. 44.

⁵¹ *Id.*, p. 48 et 49.

⁵² *Id.*, p. 50.

⁵³ *Id.*, p. 51 et 52.

⁵⁴ *Id.*, p. 72.

ont été abondamment repris par les rédacteurs du Code civil français⁵⁵ ainsi que par les rédacteurs du *Code civil du Bas-Canada*, comme nous le verrons.

Domat définit le dol comme « toute [s]urpri[s]e, fraude, fine[ss]e, feinti[s]e, & toute autre mauvai[s]e voye pour tromper quelqu'un⁵⁶ ». À notre avis, il ne reconnaît pas ici le dol par réticence. Rappelons que Domat qualifie un dol comme étant « un vice dans une convention⁵⁷ » et non vice de consentement, bien qu'il existe une certaine proximité entre les deux notions. Pour être sanctionné, le dol doit être commis, indique Domat, avec une intention de mauvaise foi et entraîner une erreur dans l'esprit du cocontractant⁵⁸.

La conception du dol de Pothier correspond dans les grandes lignes à celle de Domat⁵⁹. Le premier définit le dol comme « toute e[s]pèce d'artifice dont quelqu'un [s]e [s]ert pour tromper [u]n autre⁶⁰ ». Il doit être commis par une partie à un contrat et vicier le consentement d'une autre partie. En se basant sur la théorie du for de conscience et du for extérieur, Pothier fait la distinction entre le dol par réticence et celui par mensonge. Cette théorie distingue les notions relevant du for de conscience, soit de la morale, ou du for extérieur, soit du droit. Selon cette théorie, les notions qui se rapportent exclusivement au for de conscience ne peuvent pas être réprimées juridiquement. Le dol par mensonge, c'est-à-dire « toutes les mauvai[s]es manœuvres, & tous les mauvais artifices qu'une partie aurait employé pour engager l'autre à contracter⁶¹ », relève autant du for de conscience que du for extérieur. Les tribunaux peuvent donc annuler un contrat conclu sous l'effet de ce dol⁶². Le dol par réticence est

⁵⁵ Jean-François ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, coll. « Collection de la Faculté de droit Université libre de Bruxelles », Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 76.

⁵⁶ Jean DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, Jean Baptiste Coignard, 1689, Première partie, Livre premier, Titre XVIII, Section III, n° 1, p. 509.

⁵⁷ *Id.*, Première partie, Livre premier, Titre XVIII, p. 488.

⁵⁸ *Id.*, Première partie, Livre premier, Titre XVIII, p. 490.

⁵⁹ P. BONASSIES, préc., note 38, p. 80-82.

⁶⁰ Robert-Joseph POTHIER, *Traité des obligations*, t. 1, Paris et Orléans, Debure l'aîné et Rouzeau-Montaut, 1761, n° 28, p. 40.

⁶¹ *Id.*, n° 30, p. 41.

⁶² Robert-Joseph POTHIER, *Traité du contrat de vente, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, t. 1, Paris et Orléans, Debure l'aîné et Rouzeau-Montaut, 1762, n° 294, p. 303.

défini par Pothier comme une dissimulation « [s]ur ce qui concerne la cho[s]e qui fait l'objet du marché, que la partie avec qui je contracte aurait intérêt de [s]avoir⁶³ ». À l'inverse du dol par mensonge, le dol par réticence, d'après Pothier, se rapporte uniquement au for de conscience. Bien qu'il s'agisse d'un acte contraire à la morale, les tribunaux ne peuvent donc pas prononcer la nullité du contrat⁶⁴. La distinction entre le dol par mensonge qui peut être sanctionné et le dol par réticence qui ne le peut pas figurera originairement en droit québécois.

En se basant sur Pothier et Domat, les rédacteurs du Code civil français codifient le dol à son article 1116. Ce code étant destiné à devenir le modèle du *Code civil du Bas-Canada*⁶⁵, nous croyons donc essentiel d'étudier cette disposition qui sera d'ailleurs reprise par l'article bas-canadien sanctionnant le dol :

Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.

Il ne se présume pas, et doit être prouvé⁶⁶.

Les liens entre cet article et les développements de Domat et de Pothier en matière de dol apparaissent clairement. Indiquons les éléments principaux du dol de l'article 1116. Tout d'abord, il entraîne la nullité du contrat. Ensuite, il est considéré comme un vice de consentement, et le dol du droit romain limité exclusivement à un délit est ainsi clairement écarté. La preuve du dol nécessite aussi de démontrer une intention de mauvaise foi. Il semble également que seul le dol par mensonge se trouve sanctionné à l'article 1116 puisqu'il

⁶³ R.-J. POTHIER, préc., note 60, n° 30, p. 41.

⁶⁴ *Id.*; R.-J. POTHIER, préc., note 62, n°s 297 et 298, p. 305.

⁶⁵ Comme le mentionne explicitement la loi ordonnant la rédaction du *Code civil du Bas-Canada* à son article 7, les commissaires devaient se baser lors de la rédaction « sur le même plan général » et contenir « autant que cela pourra se faire convenablement, la même somme de détails sur chaque sujet » que le Code civil français de 1804. *Acte pour pourvoir à la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure*, S.P.C. 1857, c. 43, art. 7.

⁶⁶ Code civil, art. 1116. Cet article était en vigueur de 1804 jusqu'à l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations du Code civil français de 2016.

réfère uniquement à des « manœuvres » d'une partie visant à tromper son cocontractant comme actes constitutifs d'un dol, soit des actes positifs. Le dol par réticence, dont la source est un silence, un acte par essence négatif, paraît donc écarté ou, à tout le moins, omis. Ce dernier ne sera pleinement admis par la jurisprudence française qu'à partir de 1958, conséquence de son absence à l'article 1116⁶⁷.

Le dol figurant à l'article 993 du *Code civil du Bas-Canada* est relativement analogue à celui de l'article 1116 du Code civil français, preuve de son rôle de modèle :

La fraude ou le dol est une cause de nullité lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties ou à sa connaissance sont telles que, sans cela, l'autre partie n'aurait pas contracté.

Il ne se présume pas, et doit être prouvé⁶⁸.

Les différences par rapport au dol français sont mineures. En comparant l'article 993 du Code bas-canadien et l'article 1116 du Code civil français, nous constatons que l'article 993 précise, à la différence de la disposition française, que le dol commis par un tiers à la connaissance d'une partie au contrat peut être reproché à cette dernière. De plus, l'article 993 fait aussi la conjonction entre la notion de fraude et celle de dol. Malgré cela, le dol bas-canadien ne diffère pas fondamentalement du dol français. Les codificateurs bas-canadiens ont d'ailleurs indiqué dans leurs rapports que les dispositions sur les vices de consentement (dont le dol) ont été reprises de celles du Code civil français auxquelles ils ont « tâché d'y donner plus de clarté et de perfection, au moyen d'une rédaction soignée, et en étendant les règles de manière à pourvoir à tous les cas [...] Les anciennes règles n'ont pas été modifiées, mais elles sont exprimées d'une manière plus claire que dans le code français⁶⁹ ». Comme en droit français, il est donc possible de s'interroger sur la reconnaissance

⁶⁷ Jean-Louis HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, 2^e éd., coll. « Quadrige », Paris, Presses universitaires de France, 2012, n° 239, p. 361.

⁶⁸ *Acte concernant le Code civil du Bas-Canada*, S.P.C. 1865, c. 41, art. 993.

⁶⁹ QUÉBEC, COMMISSAIRES POUR LA CODIFICATION DES LOIS DU BAS-CANADA QUI SE RAPPORTENT AUX MATIÈRES CIVILES, *Code civil du Bas-Canada. Premier, second et troisième rapports*, vol. 1, Québec, G.E. Desbarats, 1865, p. 11.

du dol par réticence en droit bas-canadien. La jurisprudence québécoise a reconnu que le dol par réticence pouvait être sanctionné⁷⁰. Ce dol sera par la suite codifié, et pleinement admis par le législateur, en 1994 dans le *Code civil du Québec*, à l'alinéa 2 de son article 1401. Dans ses *Commentaires sur le Code civil du Québec*, le ministre de la Justice souligne que la réticence a été reconnue à l'article 1401 du *Code civil du Québec* comme pouvant causer un dol « conformément à une tendance jurisprudentielle des dernières années⁷¹ ». Il précise aussi que le dol par réticence, en raison de sa gravité, doit être puni tout autant que le dol par mensonge : « Il est des situations, en effet, où le simple fait de laisser le contractant croire une chose par erreur sans le détromper, ou de s'abstenir de lui dévoiler un fait important qui changerait sa volonté de contracter, est tout aussi répréhensible que le mensonge ou les manœuvres frauduleuses.⁷² » L'objectif derrière la codification du dol par réticence est donc de sanctionner à la fois le dol par mensonge et le dol par réticence, car tous deux laissent voir le même caractère répréhensible.

Plusieurs autres modifications sont apportées au dol avec l'arrivée du *Code civil du Québec*. Elles sont relevées dans les *Commentaires du ministre de la Justice*. Le dol est désormais conçu à l'article 1401 « comme étant non pas en lui-même un vice de consentement, mais plus justement la source d'une erreur qui, elle, vicie le consentement⁷³ ». À vrai dire, les *Commentaires* constatent ici que la structure duale du dol se situe entre le vice de consentement et la faute intentionnelle. Les *Commentaires* indiquent aussi que l'article 1401 reconnaît désormais le dol incident comme cause d'un dol⁷⁴. Malgré ces modifications, le *Code civil du Québec* n'est pas venu renverser fondamentalement la structure du dol se trouvant dans le *Code civil du Bas-Canada*⁷⁵. Elle reste la même

⁷⁰ J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, préc., note 27, n^{os} 225 et 226, p. 339-341.

⁷¹ QUÉBEC, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice. Le Code civil du Québec. Un mouvement de société*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 850 (ci-après « Commentaires »).

⁷² *Id.*

⁷³ *Id.*

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ Jean PINEAU, « Théorie des obligations », dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, vol. 2, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 8, aux p. 51-53.

puisque le dol continue de sanctionner une partie pour une faute commise dans l'intention de tromper son cocontractant, qui a entraîné une erreur déterminante chez ce dernier. Il est donc juste de dire que le dol présent à l'article 1401 du *Code civil du Québec* est encore l'héritier du dol de l'article 1116 du Code civil français.

Cet historique nous a permis de mettre en relief le caractère dual du dol. Au fil des siècles, cette notion, initialement conçue comme une faute délictuelle en droit romain, sera considérée comme étant en plus un vice de consentement. Le dol est actuellement qualifié de vice de consentement en droit québécois. Cela n'a toutefois pas éclipsé son caractère délictuel. La faute intentionnelle d'une partie est toujours à la base de la preuve d'un dol, car elle se trouve à la source de l'erreur déterminante viciant le consentement de son cocontractant. De ce caractère hybride, à mi-chemin entre la faute intentionnelle et le vice de consentement, résultat de l'histoire millénaire du dol, découle la qualification de notion duale qui peut lui être attribuée.

2. Conditions de preuve du dol par réticence : application par la jurisprudence et la doctrine du devoir de se renseigner

En vertu de l'article 1401 du *Code civil du Québec*, le dol doit être commis par le cocontractant ou par un tiers à sa connaissance. Ainsi, seule une partie au contrat peut soulever le dol. Ce dernier doit également entraîner une erreur déterminante chez son cocontractant, soit une erreur sans laquelle « la partie n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions différentes⁷⁶ ». Ce sont là les deux effets du dol, soit le dol principal et le dol incident. Le premier est celui sans lequel la partie n'aurait pas contracté, alors que le second est celui sans lequel la partie aurait contracté, mais à des conditions plus avantageuses⁷⁷. Un mensonge ou une réticence, pour être considérés comme un dol, doivent se qualifier comme un dol principal ou alors un dol incident⁷⁸. En raison de la nécessité de prouver qu'il entraîne une erreur déterminante, un dol doit être commis avant la conclusion du contrat. Finalement, l'intention de tromper de l'auteur du dol doit être démontrée. Le dol est un acte commis de

⁷⁶ Art. 1401 C.c.Q.

⁷⁷ J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, préc., note 27, n° 230, p. 345.

⁷⁸ *Id.*

mauvaise foi à l'inverse d'un manquement à l'obligation de renseignement. L'intention de tromper peut se déduire du comportement de la partie au moment de la négociation ou de la conclusion du contrat⁷⁹. L'ensemble des éléments que nous venons de mentionner sont communs aux conditions de preuve du dol par réticence et par mensonge. Intéressons-nous maintenant plus précisément à celles du dol par réticence.

À l'alinéa 2 de l'article 1401 du *Code civil du Québec*, il est mentionné que le dol « peut résulter du silence ou d'une réticence⁸⁰ ». Il existerait ainsi à première vue un dol par silence et un dol par réticence. Or, nous estimons plus juste d'employer exclusivement l'expression « dol par réticence ». En effet, comme le constatent Didier Lluelles et Benoît Moore, « la réticence et le silence ne sont pas deux notions autonomes : l'élément qui compte est la réticence, dont le silence n'est que la composante “matérielle”, à côté de la composante psychologique – l'intention de tromper⁸¹ ». Le silence en lui-même ne se révèle pas dolosif, puisqu'il n'est pas empreint de mauvaise foi. Il ne constitue donc qu'une des « composantes » du dol par réticence. Cela justifie l'usage exclusif de l'expression « dol par réticence », puisqu'elle englobe à la fois l'intention de tromper et le silence qui caractérisent ensemble ce dol.

Le dol par réticence peut être qualifié de manquement à l'obligation de renseignement commis de mauvaise foi par une partie à un contrat puisqu'il consiste en l'omission intentionnelle d'une partie de fournir une information déterminante à son cocontractant. En effet, par définition, une réticence est une « omission volontaire d'une chose qu'on devrait dire⁸² ». L'obligation de renseignement paraît ainsi intégrée au dol par réticence. La contiguïté des deux notions est observable par l'application, *de facto*, des deux premiers critères de l'arrêt *Bail* au dol par réticence, avec cependant quelques réserves quant au premier.

⁷⁹ V. KARIM, préc., note 32, n° 1281, p. 548.

⁸⁰ Art. 1401 C.c.Q.

⁸¹ Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2018, n° 623, p. 317.

⁸² Alain REY et Josette REY-DEBOVE, *Le Petit Robert*, Paris, Le Robert, 2018, « Réticence », p. 2229.

À notre avis, l'application du premier critère doit faire l'objet de quelques nuances. Pour rappel, il consiste à établir « la connaissance, réelle ou présumée, de l'information par la partie débitrice de l'obligation de renseignement », soit celle qui a (prétendument) commis le dol⁸³. Dans un premier temps, il apparaît logique qu'une réticence dolosive nécessite la connaissance de l'information qui a été l'objet d'une rétention. En effet, il faut prouver que celui qui a commis le dol par réticence n'a pas révélé intentionnellement cette information pour tromper son cocontractant. Cela impose, logiquement, qu'il connaisse l'information qu'il a retenue⁸⁴. Cependant, le critère de la connaissance présumée de l'information s'applique-t-il au dol par réticence? La réponse à cette question doit être négative. Un dol par réticence sanctionne l'acte de retenir intentionnellement une information. Pour qu'une telle rétention ait lieu, l'information doit nécessairement être connue par celui qui a commis ce dol. Bien entendu, on ne peut retenir intentionnellement une information que l'on ne connaît pas. Ajoutons cependant qu'il se révèle tout à fait possible d'appliquer la présomption de fait en vertu de l'article 2849 du *Code civil du Québec*, soit de montrer que la connaissance de l'information peut être présumée à cause de faits graves, précis et concordants. Une telle preuve est admise pour le dol par réticence. Pour reprendre les mots de Jobin et Vézina, la règle de la prépondérance de la preuve s'applique « comme pour n'importe quel fait juridique, et tout moyen de preuve est admissible » afin d'établir un dol⁸⁵. Cela inclut la présomption de fait. Impossible cependant de présumer simplement de la connaissance d'une information chez la partie accusée d'avoir commis le dol, comme le fait le premier critère de l'arrêt *Bail*.

Quant au deuxième critère de l'arrêt *Bail*, il nécessite de démontrer la « nature déterminante de l'information » qui doit être communiquée en vertu de l'obligation de renseignement. Il correspond à celui du caractère déterminant à prouver pour démontrer un dol par réticence⁸⁶. Concernant ce type de situation ou dans le cas éventuel d'un manquement à l'obligation, il faut donc établir que, si l'information – qui n'a pas été communiquée au moment de conclure le

⁸³ *Bail*, préc., note 2, 586 et 587.

⁸⁴ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 81, n° 625, p. 319.

⁸⁵ J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, préc., note 27, n° 232, p. 348.

⁸⁶ *Id.*, n° 313, p. 411.

contrat – l’avait été, cela aurait déterminé la partie à ne pas conclure le contrat ou l’aurait poussée à le conclure à des conditions plus avantageuses pour elle.

Pour ce qui est du troisième critère du test de l’arrêt *Bail*, soit le respect du devoir de se renseigner, nous observons qu’une forte tendance dans la doctrine et la jurisprudence québécoise considère qu’il doit être démontré pour prouver un dol par réticence. Nous allons maintenant les analyser.

Traisons tout d’abord de la doctrine. Lluelles et Moore reconnaissent en premier lieu que le devoir de se renseigner s’applique au dol par réticence. Ce dernier est, pour eux, « une application de l’article 1375, imposant explicitement la bonne foi en matière contractuelle, et donnant une assise législative générale à l’obligation de renseignement dont les critères généraux ont été posés par la Cour suprême dans le très important arrêt *Banque de Montréal c. Bail Ltée*⁸⁷ ». En second lieu, les deux auteurs précisent davantage leur conception du dol par réticence. À leurs yeux, la faute à la source d’une réticence dolosive ne naît pas du silence qu’elle suppose, « mais du manquement à une obligation préexistante de renseignement⁸⁸ ». Ils considèrent que, pour conclure à une réticence dolosive, « il importe, notamment, de s’assurer de la *pertinence* du sujet non dévoilé, l’obligation de renseignement ne signifiant nullement qu’il faille tout révéler et ne supprime en rien l’obligation de l’autre partie de se renseigner⁸⁹ ». Ainsi, selon Lluelles et Moore, on doit tenir compte du devoir de se renseigner dans l’analyse du dol par réticence. Également, dans la note en bas de page à la suite de l’extrait précité, ils indiquent ceci : « dans le cas du dol par réticence, contrairement au mensonge et à la manœuvre, le comportement négligent de la victime peut entrer en ligne de compte permettant ainsi un rapprochement avec la gestion de l’erreur inexcusable⁹⁰ ». Vraisemblablement, un manquement au devoir de se renseigner, s’il est prouvé, pourra être vu à juste titre comme un « comportement négligent de la victime ». Plus important encore, notons qu’une distinction est faite ici entre la preuve du dol par mensonge et celle du dol par réticence car, d’après ces auteurs, on peut retenir

⁸⁷ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 81.

⁸⁸ *Id.*, n° 626, p. 320.

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ *Id.*, note 95.

le comportement négligent de la victime dans le cas du dol par réticence, à l'inverse du dol par mensonge.

Lluelles et Moore soulignent dans l'extrait précité l'erreur inexcusable. Nous jugeons important d'examiner attentivement cette notion du fait de ses liens avec le devoir de se renseigner. L'erreur inexcusable est évoquée à l'alinéa 2 de l'article 1400 du *Code civil du Québec* : « L'erreur inexcusable ne constitue pas un vice de consentement⁹¹ ». Le professeur Frédéric Levesque, pour sa part, signale que cette erreur découle d'une « négligence d'une certaine gravité⁹² ». Il ajoute que « [c]e degré de négligence doit être apprécié en tenant compte de toutes les circonstances qui prévalaient au moment de la conclusion du contrat, en tenant compte des faits particuliers de chaque dossier⁹³ ». L'erreur inexcusable est évoquée uniquement à l'article 1400 du *Code civil du Québec*, qui concerne l'erreur simple; l'article 1401 n'en fait pas mention. Nous verrons toutefois que, dans la jurisprudence et dans la doctrine, l'erreur inexcusable est appliquée au dol par réticence, en plus du fait d'être associée au devoir de se renseigner. Nous croyons toutefois nécessaire de faire la distinction entre le devoir de se renseigner et l'erreur inexcusable⁹⁴. Un manquement au devoir de se renseigner peut éventuellement être qualifié comme une erreur inexcusable s'il constitue une « négligence d'une certaine gravité ». Pour reprendre les mots des professeurs Jobin et Vézina, l'erreur inexcusable peut contenir l'idée « que chacun doit se renseigner et effectuer les vérifications appropriées avant de passer un contrat⁹⁵ ». Cependant, si le manquement au devoir de se renseigner n'est pas d'une « certaine gravité », il ne sera pas considéré comme une erreur inexcusable.

À propos de l'erreur inexcusable, Lluelles et Moore pensent qu'elle ne peut être soulevée dans l'analyse du dol, ni par mensonge ni par réticence. En effet, ils estiment que « le caractère objectivement inexcusable d'une erreur est en quelque sorte absout – pour ne pas dire anéanti, au plan des concepts – par la

⁹¹ Art. 1400 C.c.Q.

⁹² Frédéric LEVESQUE, *Précis de droit québécois des obligations. Contrat. Responsabilité. Exécution et extinction*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, n° 102, p. 57.

⁹³ *Id.*

⁹⁴ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 81, n° 544, p. 276.

⁹⁵ J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, préc., note 27, n° 215, p. 327.

fraude qui l'a occasionnée : qu'elle consiste en une manipulation, un mensonge, voire une réticence, la tromperie est, par la force de choses, antinomique de l'erreur inexcusable⁹⁶ ». Finalement, nous en concluons que Lluelles et Moore appliquent le devoir de se renseigner au dol par réticence, mais pas l'erreur inexcusable. Dans le cas où le manquement à ce devoir constituerait une erreur inexcusable, ils n'admettraient donc pas la possibilité d'en tenir compte dans l'analyse du dol par réticence. À l'inverse, si ce manquement ne représentait pas une erreur inexcusable, il pourrait être pris en considération dans cette analyse. Un tel raisonnement nous apparaît comme contradictoire puisque, dans cette situation, l'erreur de la victime, c'est-à-dire le manquement au devoir de se renseigner, se révélerait de moindre gravité qu'une erreur inexcusable. S'il ne faut pas retenir, dans le cas de la victime, une erreur qui se caractérise comme inexcusable, il doit en être de même pour une erreur de plus faible importance.

D'après le professeur Vincent Karim, « le critère de l'obligation de se renseigner » ne peut être retenu pour un dol par mensonge⁹⁷. Il justifie sa prise de position par le fait qu'« [i]l est difficile d'excuser l'auteur du dol [par mensonge] pour sa mauvaise foi au motif que la victime n'a pas rempli son obligation de se renseigner et de vérifier lui-même [*sic*] la conformité des renseignements qu'il lui a fournis⁹⁸ ». À l'inverse, le professeur Karim considère que « [l]e critère de l'obligation de se renseigner s'ajoute aux autres critères lorsque le dol allégué en est un par silence ou réticence⁹⁹ ». Selon lui, la réticence dolosive ne permet pas « à un contractant d'invoquer sa propre turpitude en plaidant que son cocontractant ne lui a pas fourni toutes les informations nécessaires, alors qu'il aurait pu les obtenir lui-même en se renseignant soit auprès de son contractant ou d'un tiers. L'obligation de bonne foi incombe aux deux parties¹⁰⁰ ». D'après le professeur Karim, l'application du devoir de se renseigner au dol par réticence se justifie donc par l'obligation d'agir de bonne foi de la victime ainsi que par l'interdiction d'invoquer ses

⁹⁶ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 81, n° 609, p. 310.

⁹⁷ V. KARIM, préc., note 32, n° 1312, p. 563.

⁹⁸ *Id.*

⁹⁹ *Id.*, n° 1313, p. 563.

¹⁰⁰ *Id.*

propres erreurs. Il fait également le lien entre un manquement au devoir de se renseigner et une erreur inexcusable :

À défaut de se renseigner et d’agir de façon prudente et diligente, le contractant ne sera pas en mesure d’évaluer les risques et il est susceptible de commettre une erreur qu’il ne pourra pas, par la suite, invoquer pour faire annuler l’acte auquel il s’est engagé puisque cette erreur sera alors qualifiée d’erreur inexcusable¹⁰¹.

Le professeur Jean Pineau, quant à lui, estime que selon la situation le juge devra tenir compte du devoir de se renseigner de la victime dans l’analyse d’un dol par mensonge : « l’obligation de se renseigner doit-elle disparaître totalement dès lors qu’il y a mensonge de l’autre? Tout dépend du degré de mensonge et aussi peut-être de la “qualité” du menteur : le mensonge du “professionnel” n’est-il pas plus grave que le mensonge du particulier?¹⁰² » En revanche, selon le professeur Pineau, pour faire la preuve d’un dol par réticence, le devoir de se renseigner doit être analysé : « tout silence n’est pas nécessairement dolosif; il ne le sera que lorsqu’il est intentionnel et à la base de l’erreur : on retombe alors sur l’idée voulant que le consentement soit éclairé et que, pour aboutir à ce résultat, le contractant doive être renseigné, tout en ayant aussi l’obligation de se renseigner¹⁰³ ».

En ce qui concerne les professeurs Jobin et Vézina, le devoir de se renseigner de la victime du dol par réticence doit également être pris en considération : « L’article 1401 du *Code civil du Québec*, en formulant expressément la règle que la réticence ou le simple silence peuvent constituer un dol, consacre l’évolution jurisprudentielle antérieure, sans toutefois supprimer l’obligation de toute personne de se renseigner avant de passer contrat.¹⁰⁴ » Toutefois, ils soulèvent que « celui qui a commis un dol ne peut certes pas reprocher à son cocontractant une erreur inexcusable et éviter ainsi la nullité du contrat et les dommages-intérêts : permettre une telle défense heurterait de plein fouet le principe de bonne foi¹⁰⁵ ». Dans cet extrait, Jobin et Vézina

¹⁰¹ *Id.*, n° 1308, p. 561.

¹⁰² J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 36, n° 88.1, p. 181.

¹⁰³ *Id.*, n° 88.1, p. 182.

¹⁰⁴ J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, préc., note 27, n° 226, p. 341.

¹⁰⁵ *Id.*, n° 231, p. 347.

ne font pas de distinction entre le dol par réticence et celui par mensonge. Ils traitent vraisemblablement des deux. Comme Lluellas et Moore, il semble que Jobin et Vézina estiment que, lorsque la victime a manqué à son devoir de se renseigner et que ce manquement constitue une erreur inexcusable, elle ne peut soulever le dol, et ce, ni par mensonge ni par réticence. La même contradiction se manifeste ici.

Une forte tendance existe dans la doctrine québécoise, à savoir que le devoir de se renseigner doit être pris en compte dans l'analyse du dol par réticence. Soulevons les principaux éléments qui découlent de cette tendance. Nous observons que, au sein de la doctrine, des auteurs considèrent qu'il n'est pas nécessaire de tenir compte du devoir de se renseigner dans le dol par mensonge à l'inverse du dol par réticence. Il y a également un lien souvent établi entre le devoir de se renseigner et l'erreur inexcusable. Penchons-nous maintenant sur la jurisprudence québécoise ayant traité de l'application du devoir de se renseigner au dol par réticence. Nous constaterons que de multiples décisions appliquent ce devoir à la démonstration d'un dol par réticence.

Dans l'arrêt *Sudenco*, rendu en 2016 par la Cour d'appel, le vendeur d'un terrain de golf avait omis de mentionner à la compagnie acheteuse les réclamations des loyers en souffrance sur le terrain qui étaient dus à la Ville de Montréal. La Cour d'appel considère alors que le vendeur a commis un dol par réticence et le condamne à des dommages-intérêts. Selon elle, l'alinéa 2 de l'article 1401 du *Code civil du Québec* est une application de l'article 1375 de ce code sur la bonne foi et plus précisément de l'obligation de renseignement de *Bail*¹⁰⁶. La Cour d'appel estime que l'acheteuse « avait, comme corollaire à l'obligation de renseignement de M. Tancrede [le vendeur], sa propre obligation de s'informer elle-même des risques associés à l'acquisition des actifs et des obligations qu'elle pourrait devoir assumer¹⁰⁷ ». Elle applique donc le devoir de se renseigner au dol par réticence. Dans les circonstances, l'acheteuse était « excusable de ne pas découvrir » l'information dissimulée par le vendeur¹⁰⁸.

¹⁰⁶ *Sudenco inc. c. Club de golf de l'île de Montréal (2004) inc.*, 2016 QCCA 439, par. 23.

¹⁰⁷ *Id.*, par. 28.

¹⁰⁸ *Id.*, par. 29.

Dans l'arrêt *Soft Informatique inc. c. Gestion Gérald Bluteau inc.* rendu en 2014 par la Cour d'appel, le dirigeant d'une compagnie qui avait vendu ses actions avait omis de mentionner aux acheteurs que les montants de crédits d'impôt de la compagnie qu'il leur avait déclarés avaient été réduits par l'Agence du revenu du Canada. La Cour d'appel conclut qu'il y a eu dol par réticence et elle octroie des dommages-intérêts. Pour prouver le dol par réticence, elle indique qu'il faut établir si les acquéreurs ont manqué « à leur obligation de se renseigner rendant ainsi leur erreur inexcusable¹⁰⁹ ». Le devoir de se renseigner est confondu ici avec l'erreur inexcusable. À la lumière des faits, la Cour d'appel considère que, en raison du lien de confiance entre le vendeur et les acquéreurs, ces derniers « n'ont pas manqué à leur obligation de se renseigner¹¹⁰ ».

Plusieurs décisions des tribunaux de première instance reconnaissent aussi l'application du devoir de se renseigner au dol par réticence. Dans *Association d'aide aux victimes des prothèses de la hanche c. Centerpulse Orthopedics inc.* de la Cour supérieure rendu en 2005, des prothèses défectueuses avaient causé de graves problèmes de santé aux personnes les ayant reçues. Un recours collectif avait été intenté et il avait abouti à une entente entre les victimes et le fabricant de prothèses. Les demandeurs, quant à eux, avaient établi des ententes individuelles avec le fabricant pour un montant inférieur à celui de l'entente collective. Le fabricant n'avait mentionné à aucun moment à ces derniers l'existence de cette entente. La Cour supérieure conclut qu'il a commis un dol par réticence et le condamne à verser des dommages-intérêts. Elle affirme que, en plus du fait de devoir démontrer l'intention de tromper de son cocontractant, il faut que la partie qui invoque un dol par réticence prouve qu'elle était en « droit de connaître l'information » qui lui a été cachée¹¹¹. Cette information doit faire « l'objet d'une obligation de renseignement » au sens de l'arrêt *Bail*¹¹². La Cour supérieure insiste particulièrement sur le devoir de se renseigner : « C'est ce dernier critère,

¹⁰⁹ *Soft Informatique inc. c. Gestion Gérald Bluteau inc.*, 2014 QCCA 2330, par. 62.

¹¹⁰ *Id.*, par. 64 et 74.

¹¹¹ *Association d'aide aux victimes des prothèses de la hanche/Hip Implant Victims' Aid Association c. Centerpulse Orthopedics Inc. (Sulzer Orthopedics Inc.)*, [2005] R.J.Q. 1701, par. 25 et 26 (C.S.).

¹¹² *Id.*, par. 26.

alternatif, qui délimite la frontière entre l'obligation de renseignement et l'obligation de se renseigner. Il s'ajoute aux deux autres [critères de l'arrêt *Bail*] lorsque le dol allégué en est un de silence ou de réticence.¹¹³ » En l'espèce, il n'y avait pas eu de manquement à ce devoir de la part des demandeurs, en particulier, ils n'avaient pas fait preuve d'aveuglement volontaire¹¹⁴. Comme l'indique la Cour supérieure, « l'aveuglement volontaire est une notion qui s'applique à toute personne raisonnable qui a l'obligation de se renseigner¹¹⁵ ».

Dans la décision *Tubes et Jujubes c. Nemry*, un vendeur avait omis intentionnellement lors de la vente de son entreprise de mentionner que les revenus qu'il avait déclarés incluaient des montants ne faisant pas partie des activités de celle-ci. La Cour supérieure estimant qu'il y avait eu un dol par réticence a accordé en réparation des dommages-intérêts aux acheteurs¹¹⁶. Elle a vérifié si ceux-ci avaient bien respecté leur devoir de se renseigner¹¹⁷. Dans son jugement, elle considère que, « dans le contexte de la relation de confiance » qui existait entre les parties, les acheteurs n'avaient pas à « pousser leurs recherches¹¹⁸ ». La Cour supérieure conclut également que les acheteurs n'ont pas commis d'erreur inexcusable en ne se renseignant pas¹¹⁹.

Dans l'affaire *Girard c. Dufour*, un vendeur avait omis de mentionner aux acheteurs qu'il y avait eu une mort par surdose dans la maison. L'apprenant par la suite, ceux-ci ont estimé avoir été victimes d'un dol. Selon la Cour supérieure, pour évaluer « la question de savoir s'il y a dol, il faut considérer l'obligation des acheteurs de se renseigner en vue de bien connaître les enjeux importants susceptibles d'influencer leur décision¹²⁰ ». Ainsi, la question consiste à déterminer si le vendeur devait révéler qu'une mort par surdose avait eu lieu chez lui. La Cour supérieure croit qu'« il n'avait pas l'obligation

¹¹³ *Id.*, par. 30.

¹¹⁴ *Id.*, par. 69.

¹¹⁵ *Id.*

¹¹⁶ *Tubes et Jujubes centre d'amusement familial inc. c. Nemry*, 2020 QCCS 674, par. 80 (déclaration d'appel, C.A., 2020-05-28; requête en rejet d'appel et en exécution de jugement, C.A., 2020-08-27).

¹¹⁷ *Id.*, par. 118.

¹¹⁸ *Id.*, par. 128.

¹¹⁹ *Id.*, par. 129.

¹²⁰ *Girard c. Dufour*, 2015 QCCS 340, par. 81.

d'informer les acheteurs d'un élément qui pouvait subjectivement affecter leur intérêt à acheter la propriété¹²¹ ». Le décès par surdose était une information de ce type. Les acheteurs auraient dû communiquer leurs craintes au vendeur concernant la survenance d'un tel événement¹²². Or, dans cette affaire « [a]ucune question n'est posée par les demandeurs [les acheteurs] au sujet des propriétaires antérieurs ou sur un décès dans la propriété¹²³ ». Au final, aucun dol par mensonge ou par réticence n'a été commis dans cette affaire. En effet, le vendeur n'a pas utilisé « de tactiques déloyales et [n'a pas fait] de pressions indues pour concrétiser la vente¹²⁴ » et il n'a pas commis « de réticences en ce qui concerne le décès¹²⁵ ».

Dans l'affaire *Société en commandite DML c. Gilbert*, l'acheteur de huit immeubles se rend compte que les coûts énergétiques de ceux-ci sont plus importants que prévu. L'acheteur pense alors que le vendeur a commis un dol par réticence. Ce dernier aurait volontairement omis de fournir une information en rapport avec un programme de flexibilité tarifaire entre lui et la compagnie fournissant le gaz pour le chauffage. La Cour supérieure souligne « que l'ajout du deuxième alinéa de l'article 1401 C.c.Q. [le dol par réticence] vise à codifier un développement jurisprudentiel majeur à l'effet qu'une partie à un contrat doit prendre l'initiative de divulguer à son cocontractant tous les faits qui sont normalement susceptibles d'influencer son consentement de façon importante¹²⁶ ». La Cour supérieure réfère ici à l'obligation de renseignement de l'arrêt *Bail*¹²⁷. Elle conclut qu'« un acheteur prudent et diligent qui procède à l'achat de huit immeubles contenant cent quarante-neuf logements doit s'informer, à tout le moins, du type de chauffage en place, de l'âge des appareils de chauffage et des programmes tarifaires en place¹²⁸ ». Ce n'était pas le cas en l'espèce, et l'acheteur avait donc manqué à son devoir de se renseigner¹²⁹.

¹²¹ *Id.*, par. 80.

¹²² *Id.*, par. 65-67.

¹²³ *Id.*, par. 81.

¹²⁴ *Id.*, par. 79.

¹²⁵ *Id.*, par. 80.

¹²⁶ *Société en commandite DML c. Gilbert*, 2007 QCCS 5797, par. 63.

¹²⁷ *Id.*, par. 61 et 65-68.

¹²⁸ *Id.*, par. 74.

¹²⁹ *Id.*, par. 75 et 76.

La preuve révélait également que le vendeur n'avait pas commis une réticence avec une « intention malicieuse¹³⁰ ». En raison de l'ensemble de ces éléments, la Cour supérieure estime que « la demanderesse n'a pas rempli son fardeau de démontrer qu'il y a eu dol, donnant ouverture à une demande en diminution du prix de vente¹³¹ ». Force nous est de constater que la Cour supérieure tient compte, dans ce cas précis, du devoir de se renseigner dans son analyse d'un dol par réticence.

Cette revue jurisprudentielle nous permet de constater une tendance dans la jurisprudence québécoise à appliquer au dol par réticence le devoir de se renseigner. Quelques éléments qui en ressortent doivent être mentionnés. Dans les décisions précitées, le lien est régulièrement établi de manière spécifique entre les critères d'évaluation d'un manquement à l'obligation de renseignement de l'arrêt *Bail*, en particulier le devoir de se renseigner, et le dol par réticence. Également, le devoir de se renseigner est souvent assimilé à l'erreur inexcusable. Nous avons aussi remarqué dans certaines de ces décisions que l'analyse d'un dol par réticence tend à se diviser en deux parties : l'une se penche précisément sur l'existence d'un manquement au devoir de se renseigner et l'autre se focalise sur le dol par réticence en soi.

La tendance à tenir compte du devoir de se renseigner dans l'analyse du dol par réticence tant dans la jurisprudence que dans la doctrine québécoise ne semble pas remise en question à l'heure actuelle. Une telle application du troisième critère de l'arrêt *Bail* entraîne pourtant plusieurs problématiques que nous allons maintenant étudier. Nous en viendrons ainsi à conclure à la nécessité de ne pas appliquer le devoir de se renseigner au dol par réticence.

II. Raisons justifiant la non-application du devoir de se renseigner au dol par réticence

Deux problématiques découlent de l'application du devoir de se renseigner au dol par réticence. Dans un premier temps, nous verrons que son application est contraire à la volonté exprimée par le législateur lors de sa codification à l'article 1401 du *Code civil du Québec* (section A). Dans un

¹³⁰ *Id.*, par. 78.

¹³¹ *Id.*, par. 79.

second temps et plus substantiellement, nous observerons que son application crée une rupture dans la nature duale de la notion de dol par réticence et dans son nécessaire équilibre interne (section B). Pour ces deux raisons, le devoir de se renseigner ne peut s'appliquer au dol par réticence.

A) La non-application du devoir de se renseigner au dol par mensonge justifie de ne pas l'appliquer au dol par réticence

Résumons les conclusions jusqu'ici de notre étude de la doctrine et de la jurisprudence. Nous sommes à même de constater qu'elles appliquent le devoir de se renseigner au dol par réticence. Nous avons aussi vu que certains auteurs de doctrine, tout en admettant que le devoir de se renseigner s'applique au dol par réticence, le rejettent dans le cas du dol par mensonge. Nous examinerons maintenant les raisons pour lesquelles la jurisprudence refuse également d'appliquer ce devoir au dol par mensonge.

Dans la décision *Superior Energy Management Gas* rendue par la Cour d'appel en 2013, les représentants d'une compagnie de gaz avaient menti notamment quant au prix de la marchandise lors de la conclusion d'un contrat de vente de gaz à leur client (un hôtel). La compagnie avait invoqué, à sa défense, que le client qui n'avait pas lu au préalable le contrat avait commis une erreur inexcusable en ne se renseignant pas. La Cour d'appel rejette cet argument et conclut que, lorsqu'il y a dol par mensonge, la victime est en droit de se fier aux informations communiquées (dans le cas de ce dol, ce sont en l'occurrence des représentations mensongères) : « Lorsque le dol prend la forme de représentations mensongères, comme c'est ici le cas, on ne peut tenir rigueur à la victime de s'être fiée aux renseignements qui lui étaient fournis au moment de signer le contrat.¹³² » La Cour d'appel semble conclure dans cette décision que la victime d'un dol par mensonge est relevée de son devoir de se renseigner.

Dans l'affaire *Pavillet c. Ronis*, les acheteurs d'une résidence se sont rendu compte quelques années après la vente que le sol était contaminé par des hydrocarbures. Selon la Cour supérieure, la vendeuse a commis un dol

¹³² *Superior Energy Management Gas, l.p. c. 9102-8001 Québec inc.*, 2013 QCCA 682, par. 15.

par mensonge. Cette dernière a indiqué lors de la vente que les travaux de décontamination avaient été faits sur toute la propriété alors qu'ils avaient été effectués sur seulement une partie du terrain. Elle s'est défendue en soulevant que les acheteurs avaient le devoir de se renseigner. Toutefois, le tribunal rejette cet argument. Selon lui, en raison des tromperies que la vendeuse a faites aux acheteurs, ceux-ci « étaient, à toutes fins pratiques, relevés de leur obligation de se renseigner à ce sujet¹³³ ».

Dans la décision *Therrien-Chalin c. Defoy* rendue en 2018 par la Cour du Québec, les demandeurs-acheteurs accusaient les vendeurs de l'immeuble, qu'ils venaient d'acquérir, de leur avoir menti concernant le remplacement du drain agricole d'une propriété. La Cour du Québec conclut qu'il n'y a pas eu de dol par mensonge. Elle ajoute que, pour ce type de dol, « le critère de l'obligation de se renseigner ne peut être retenu à l'encontre de la demande¹³⁴ ».

Concrètement, la position de la doctrine et de la jurisprudence qui consiste à considérer que le devoir de se renseigner s'applique au dol par réticence, mais non au dol par mensonge, revient à créer un double régime entre ces deux dols. En effet, cette position conduit à imposer une condition de preuve supplémentaire au dol par réticence, ce qui est contraire, selon nous, à la volonté exprimée par le législateur lors de la codification du dol par réticence. Il ressort de l'histoire du dol, que nous avons étudiée plus haut, que la reconnaissance du dol par réticence dans le *Code civil du Québec* est l'aboutissement d'un long processus. Le législateur a finalement voulu en 1994 établir la réticence comme un dol à part entière, au même titre que le dol par mensonge. L'alinéa 2 de l'article 1401 du *Code civil du Québec* est très clair à cet égard. Ainsi que le souligne le ministre de la Justice dans ses *Commentaires*, la réticence « est tout aussi répréhensible que le mensonge ou les manœuvres frauduleuses¹³⁵ ». Appliquer le devoir de se renseigner au dol par réticence et non à celui par mensonge conduit à soutenir que le premier est moins répréhensible que le second, car il devient plus complexe à démontrer et donc à sanctionner. Une telle attitude va à l'encontre de la volonté du législateur. Si

¹³³ *Pavillet c. Ronis*, 2008 QCCS 3216, par. 178.

¹³⁴ *Therrien-Chalin c. Defoy*, 2018 QCCQ 1698, par. 51.

¹³⁵ QUÉBEC, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, préc., note 71.

le devoir de se renseigner de la victime d'un dol n'est pas admis pour le dol par mensonge, il doit en être de même pour le dol par réticence.

B) La non-application du devoir de se renseigner au dol par réticence est justifiée par sa nature duale

L'histoire du dol en droit québécois démontre que le dol de l'article 1401 du *Code civil du Québec* peut être qualifié comme l'héritier du dol figurant à l'article 1116 du Code civil français. C'est ce qui nous pousse à reprendre dans les paragraphes qui suivent des développements de la doctrine française qui est venue analyser, avec plus de détails que la doctrine québécoise, les raisons qui justifient ou non l'application du devoir de se renseigner au dol par réticence. Nous approfondirons ainsi les développements de la doctrine québécoise à ce sujet, tout en sachant que ceux de la doctrine française ont été faits à propos d'un dol analogue au dol québécois. Ce sera sur cette base que nous démontrerons que l'application du devoir de se renseigner nuit à la nature duale du dol par réticence et à son équilibre interne.

En droit français, le professeur Jean Mouly détaille plusieurs arguments permettant de justifier l'application du devoir de se renseigner au dol par réticence. Ces développements sont parus dans deux articles publiés en 2003 et en 2012. Mouly invoque deux raisons afin de justifier la nécessité d'analyser le respect par la victime de son devoir de se renseigner pour démontrer un dol par réticence, soit l'effet négatif du dol par réticence sur le consentement et ses liens avec la notion d'erreur simple.

Le dol par réticence a un effet négatif puisque, « aucune information n'ayant été fournie, l'autre partie n'est pas en droit de se fier à quoi que ce soit¹³⁶ ». Le silence à la source de ce dol n'entraîne ainsi aucune erreur sur le consentement, selon Mouly. Pour cette raison, ledit silence ne constitue « pas une faute en soi, quand bien même d'ailleurs ce silence serait volontaire¹³⁷ ». Afin de déterminer qu'une faute a été commise et faire la preuve d'un dol par réticence, il faudra plutôt établir « en amont si la partie auteur de la réticence

¹³⁶ Jean MOULY, « Des rapports entre la réticence dolosive et l'erreur inexcusable (l'opinion dissidente d'un "travailleuse") », D. 2003.30.2023, n^{os} 9 et 10.

¹³⁷ Jean MOULY, « Une règle de nature à induire en erreur : "la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée" », D.2012.21.1346, section 1-B.

avait le devoir d'informer son cocontractant ou si, au contraire, celui-ci avait le devoir de s'informer lui-même¹³⁸ ». Aux yeux de Mouly, la réticence dolosive n'est donc pas « un dol par nature; elle n'est qu'un dol par assimilation. Elle ne peut devenir illicite que par son raccordement à une obligation préexistante d'information¹³⁹ ». Ici, il fait une distinction entre l'effet négatif du dol et l'effet positif du dol par mensonge¹⁴⁰. Le mensonge de celui qui commet le dol a un effet positif sur la victime, car elle reçoit une fausse information qui nuit à son consentement. La réticence, quant à elle, n'a qu'un effet négatif puisqu'elle consiste en une omission (intentionnelle) de fournir une information. L'aspect qui trompe le consentement de la victime dans ce cas est le silence de son cocontractant. Cette dernière n'ayant pas été dupée par une fausse information, elle aurait donc eu le devoir de se renseigner. En droit québécois, l'effet d'un dol, qu'il soit par réticence ou par mensonge, doit être déterminant pour pouvoir démontrer ce dernier. Cela ressort de l'article 1401 du *Code civil du Québec*. Peu importe que le dol émane d'un mensonge ou d'une réticence, un seul élément doit donc être évalué pour savoir si son effet sur le consentement de la victime est suffisant pour constituer un dol : il faut alors établir si, en l'absence de la réticence ou du mensonge, la partie n'aurait pas conclu le contrat ou l'aurait conclu à d'autres conditions. Le critère de la négativité ou de la positivité du dol n'a donc pas à être pris en considération.

En raison des liens qui existent entre le dol par réticence et l'erreur simple, Mouly indique qu'il est nécessaire de tenir compte de l'erreur inexcusable dans l'analyse de ce dol. Il établit que « le cordon ombilical n'a pas été complètement rompu et ne peut d'ailleurs pas l'être » entre le dol par réticence et l'erreur simple¹⁴¹. C'est en raison de cette proximité entre les deux notions qu'il faut considérer l'erreur inexcusable et donc le devoir de se renseigner de la victime de ce dol : « L'existence d'une erreur inexcusable suppose donc la *reconnaissance préalable d'un devoir de se renseigner* et l'inexécution fautive de ce devoir par la victime de l'erreur. Or une telle situation n'est pas compatible avec une réticence dolosive.¹⁴² » Le dol par

¹³⁸ *Id.*

¹³⁹ *Id.*

¹⁴⁰ J. MOULY, préc., note 136.

¹⁴¹ *Id.*, n° 13.

¹⁴² *Id.*, n° 15 (l'italique est de nous).

réticence et l'erreur inexcusable sont ainsi « des notions *exclusives l'une de l'autre*. Pour admettre le caractère dolosif de la réticence, il convient en réalité d'avoir vérifié au préalable que l'erreur commise par l'autre partie n'était pas inexcusable¹⁴³ ». La victime d'une réticence dolosive qui a manqué à son devoir de se renseigner ne peut donc rien reprocher à son cocontractant, même si son omission est entachée de mauvaise foi.

En conclusion, d'après Mouly, le dol par réticence n'est pas autonome par rapport à l'obligation de renseignement. Ce dol ne représente pour lui qu'un manquement à l'obligation de renseignement commis de mauvaise foi. Le même constat peut être fait dans la doctrine et la jurisprudence québécoise précitées. Une telle conception du dol par réticence amène à découper en deux temps la preuve de ce dernier. Dans un premier temps, il est exigé de démontrer un manquement à l'obligation de renseignement de la partie accusé du dol par réticence et donc que la victime du dol a respecté son devoir de se renseigner (les trois critères de l'arrêt *Bail*). Dans un second temps, il faut prouver que ce manquement a été commis avec l'intention de tromper.

Dans la doctrine française, plusieurs auteurs se sont prononcés contre l'application du devoir de se renseigner au dol par réticence. C'est le cas du professeur Ghestin. Dans l'édition de 2013 de son traité sur la formation des contrats, il précise que le caractère intentionnel du dol par réticence « conduit, sur le terrain des conditions de la réticence dolosive, à écarter la prise en compte de l'erreur inexcusable du demandeur, et particulièrement la possibilité qu'il avait de s'informer, puisque, une fois établie, la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur qu'elle a provoquée¹⁴⁴ ». Pour Ghestin, c'est l'intention de mauvaise foi de la partie qui a commis le dol par réticence qui interdit de prendre en considération le devoir de se renseigner :

En revanche, une fois établie l'intention de tromper [dans le dol par réticence], il ne s'agit plus de comparer le comportement de deux parties de bonne foi. Il faut impérativement sanctionner de façon prioritaire la déloyauté certaine de l'une des parties, ce qui rend

¹⁴³ *Id.*, n° 17 (l'italique est de nous).

¹⁴⁴ Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU et Yves-Marie SERINET, *La formation du contrat. Le contrat. Le consentement*, 4^e éd., t. 1, coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J., 2013, n° 1375, p. 1138.

suffisant que l'autre partie ait effectivement ignoré l'information. Il n'y a plus lieu de tenir compte de ce qu'elle aurait pu connaître en s'informant mieux, car son défaut de recherche de l'information n'est qu'une simple négligence. Celle-ci est effacée par la volonté de tromper, faute intentionnelle de son cocontractant. C'est seulement à cette condition que la mauvaise foi de ce dernier peut être efficacement sanctionnée¹⁴⁵.

La mauvaise foi de la partie ayant commis le dol par réticence l'empêche ainsi de soulever l'erreur inexcusable de la victime comme défense puisque « l'intention de tromper interdit, dès qu'elle est établie, de se prévaloir d'un moyen de défense fondé sur la simple négligence du demandeur¹⁴⁶ ».

Tout bien considéré, les développements du chercheur Jean-François Romain apportent des éléments décisifs justifiant l'exclusion du devoir de se renseigner dans l'analyse du dol par réticence. Ces derniers nous serviront de base avec notre analyse historique du dol pour développer notre propre réflexion explicitant les raisons du rejet du devoir de se renseigner de la preuve d'un dol par réticence.

Romain énonce que le dol est une faute intentionnelle qui doit entraîner la victime à commettre une erreur. Cette faute empêche de soulever l'erreur inexcusable (et donc le manquement au devoir de se renseigner) de la victime du dol :

C'est parce que le dol est un acte de fraude, fondamentalement contraire à la bonne foi car visant à tromper sciemment autrui, qu'il doit être sanctionné en tant que tel et comme délit civil, même s'il existe une faute inexcusable dans le chef de la victime, à l'origine, en tout ou en partie, du dommage, faute dont les effets exonérateurs pour l'auteur du dol sont donc paralysés et auxquels il est fait exception¹⁴⁷.

¹⁴⁵ *Id.*, n° 1377, p. 1138 et 1139.

¹⁴⁶ *Id.*, n° 1379, p. 1143. Le raisonnement du professeur Ghestin se trouvait déjà en substance dans la thèse datant de 1955 du professeur P. BONASSIES, préc., note 36, p. 506 et 507.

¹⁴⁷ J.-F. ROMAIN, préc., note 55, p. 322.

Romain établit par la suite que la dimension de vice de consentement du dol (l'erreur) est à pondérer avec sa dimension délictuelle (faute intentionnelle). La dimension de vice de consentement contraint à tenir compte de l'erreur, mais la dimension délictuelle empêche de considérer l'erreur inexcusable en raison de la commission d'une faute intentionnelle :

Il découle de ce qui précède que le régime du dol, dans l'énoncé de la règle suivant laquelle l'auteur du dol ne sera pas reçu à opposer la faute inexcusable de la victime, est déterminé par la dimension de délit civil du dol, fondé sur le principe général du droit « *Fraus omnia corrumpit* » [la fraude corrompt tout], et par sa dimension de vice de consentement, reprise à l'article 1116 du Code civil, qui requiert malgré tout la preuve d'une certaine erreur dans le chef de la victime. Le premier élément est cependant largement dominant¹⁴⁸.

Romain mentionne que l'application de la règle *Fraus omnia corrumpit* au dol par réticence écarte également l'application du devoir de se renseigner de la preuve de ce dernier¹⁴⁹. En tenant compte de la nature hybride du dol, à mi-chemin entre la faute et le vice de consentement, Romain parvient à équilibrer les notions d'erreur et de faute dans le dol, ce qui le conduit à rejeter l'erreur inexcusable et le devoir de se renseigner de sa preuve. Dans notre analyse, nous reprendrons en partie le raisonnement de Romain en partant des deux dimensions du dol.

Au cœur de la démonstration sur la nécessité de rejeter l'application du devoir de se renseigner au dol par réticence se trouve l'équilibre entre les deux dimensions qui définissent le dol (tant par mensonge que par réticence). Le dol peut être qualifié comme une faute intentionnelle entraînant la victime à commettre une erreur¹⁵⁰. Ce sont là les deux dimensions du dol, c'est-à-dire la dimension *délictuelle*, que constitue la faute intentionnelle de celui qui a commis le dol qui consiste soit en une réticence, soit en un mensonge, et la dimension de *vice de consentement*, à savoir l'erreur déterminante de la victime du dol causée par cette faute intentionnelle. Il y a entre ces dimensions

¹⁴⁸ *Id.*, p. 324.

¹⁴⁹ *Id.*, p. 859.

¹⁵⁰ *Supra*, section I.B.2, où la définition du dol a été donnée.

une synchronie, car la réticence ou le mensonge doivent causer une erreur pour constituer un dol. Il existe ainsi une concomitance intrinsèque entre ces éléments dans le dol. Nous démontrerons ci-dessous que cette synchronie suppose que le devoir de se renseigner ne soit pas retenu dans l'analyse du dol par réticence.

À la source de l'exclusion du devoir de se renseigner de la preuve du dol par réticence apparaît donc sa nature que nous qualifions de duale, soit à mi-chemin entre la faute et l'erreur. Il en est de même pour le dol par mensonge. Une telle nature duale est le résultat de la longue histoire de cette notion¹⁵¹. Initialement, dans le droit romain, le dol constituait un simple délit. Au fil des siècles, il a été considéré aussi comme un vice de consentement sans que cela efface son caractère délictuel. Il en a résulté l'émergence du dol actuel qui constitue à la fois un délit et un vice de consentement. Le professeur Pineau est également de cet avis. Il souligne que, « à l'origine, le dol fut considéré essentiellement comme un délit, source de responsabilité : c'était, tout au moins, la conception romaine¹⁵² ». Il ajoute ceci : « aujourd'hui, le dol est considéré comme un vice de consentement à raison de ses effets¹⁵³ ». Toutefois, « sa réglementation est encore influencée par cet aspect fautif¹⁵⁴ ».

De l'ensemble des développements qui précèdent, nous en venons à la démonstration suivante. Le dol étant de nature duale, soit une faute intentionnelle causant une erreur déterminante, il est caractérisé par la synchronie de ces deux éléments. Cette dernière s'avère essentielle dans l'analyse d'un dol, qu'il soit par mensonge ou par réticence, et *in fine* pour permettre de le sanctionner. Or, lorsque la doctrine et la jurisprudence prennent en considération, dans la preuve d'un dol par réticence, le devoir de se renseigner, on constate parfois qu'un manquement à ce devoir par la victime pourrait causer le refus de sanctionner ce dol, même si une réticence (la faute intentionnelle) avait été commise et qu'elle avait entraîné une erreur chez la victime. Cela empêche l'analyse du dol par réticence et l'effectivité de la sanction de ce dernier. En effet, dans cette situation, le dol par réticence ne serait

¹⁵¹ *Supra*, section I.B.1.

¹⁵² J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 36, n° 85, p. 178.

¹⁵³ *Id.*

¹⁵⁴ *Id.*

pas puni, alors que ses deux dimensions auraient été démontrées. La dimension délictuelle du dol par réticence se trouve dès lors occultée, car le manquement au devoir de se renseigner s'interpose entre l'erreur déterminante et la faute intentionnelle, ce qui éclipse par le fait même cette dernière. La synchronie entre la dimension délictuelle et la dimension de vice de consentement d'un dol par réticence (permettant sa sanction) ne peut donc être sauvegardée que par l'exclusion de sa preuve du devoir de se renseigner de la victime.

Examinons maintenant le cas où le manquement au devoir de se renseigner est assimilé à l'erreur inexcusable et appliqué au dol par réticence¹⁵⁵. Rappelons que la notion d'erreur inexcusable figure à l'alinéa 2 de l'article 1400 du *Code civil du Québec*, qui porte sur l'erreur simple. Celle-ci peut être qualifiée comme une « négligence d'une certaine gravité » commise par une partie¹⁵⁶. Un manquement au devoir de se renseigner ne constitue pas nécessairement une erreur inexcusable, car ce n'est pas systématiquement une négligence d'une certaine gravité¹⁵⁷. Rappelons que s'il n'est pas possible de prendre en considération la notion d'erreur inexcusable, assimilable au devoir de se renseigner de la victime, dans l'analyse d'un dol par réticence, il doit en être de même pour ce devoir. En effet, ce dernier peut se révéler de moindre gravité que l'erreur inexcusable¹⁵⁸. Ajoutons qu'appliquer l'erreur inexcusable revient à appliquer presque entièrement la notion d'erreur simple de l'article 1400 du *Code civil du Québec* dans le dol par réticence et conduit à en écarter sa dimension délictuelle. Explicitons maintenant notre affirmation.

En premier lieu, il importe de comprendre la différence qui existe entre l'erreur simple et le dol. La première émane de la partie qui l'a commise : elle a en effet « un caractère essentiellement subjectif¹⁵⁹ ». À l'inverse, le second est une faute intentionnelle (réticence ou mensonge) commise par une partie qui entraîne son cocontractant à commettre une erreur déterminante. Celle-ci

¹⁵⁵ *Supra*, section I.B.2.

¹⁵⁶ F. LEVESQUE, préc., note 92.

¹⁵⁷ *Supra*, section I.B.2 dans notre commentaire sur les développements de Lluellas et Moore, où nous explicitons cette affirmation.

¹⁵⁸ *Supra*, section I.B.2 dans notre commentaire sur les développements de Lluellas et Moore.

¹⁵⁹ F. LEVESQUE, préc., note 92, n° 98, p. 55.

repose alors sur la faute du cocontractant et non pas seulement sur l'erreur de la partie qui l'a commise. L'erreur d'une partie perd dans le dol le caractère central qu'elle possède dans l'erreur simple. L'erreur causée par un dol doit donc être évaluée comme une erreur découlant d'une faute intentionnelle. Selon nous, accepter que celui qui a trompé intentionnellement son cocontractant par son dol puisse invoquer l'erreur inexcusable de ce dernier brise complètement ce lien causal.

La prise en considération de l'erreur inexcusable, en plus de l'erreur entraînée par une réticence dolosive, fait partie d'une logique totalement extérieure au dol par réticence puisqu'elle relève intrinsèquement de l'erreur simple. Cette dernière comporte synthétiquement deux éléments de preuve : celle de l'erreur d'une partie (qui apparaît dans la liste de l'article 1400 du *Code civil du Québec*) et le fait que cette erreur n'est pas inexcusable¹⁶⁰. L'analyse conjointe de ces deux éléments n'implique pas de tenir compte du dol, soit la réticence ou le mensonge, car l'erreur simple n'est pas envisagée comme étant provoquée par ce dernier¹⁶¹. Nous pouvons reprendre ici notre argument soutenant la non-application du devoir de se renseigner au dol par réticence. Si l'erreur inexcusable est retenue dans l'analyse d'un dol par réticence, cela conduirait à écarter *de facto* la faute intentionnelle (la réticence) qui aurait été commise et qui aurait entraîné une erreur chez la victime. Le dol par réticence ne se verrait donc pas sanctionné dans ce cas, sa dimension délictuelle étant complètement masquée par l'erreur inexcusable. Il est ainsi nécessaire d'exclure l'erreur inexcusable de l'analyse d'un dol par réticence, tout comme le devoir de se renseigner.

Certains nous opposeront peut-être que de ne pas appliquer le devoir de se renseigner ou l'erreur inexcusable à la preuve du dol par réticence encouragerait les parties à être négligentes. N'oublions pas qu'un dol sanctionne avant tout un acte commis dans l'intention de tromper son cocontractant. L'obligation de prouver cette mauvaise foi nécessite de faire une preuve conséquente. Il faudra renverser la présomption de bonne foi de l'article 2805 du *Code civil du Québec*, ce qui n'est pas sans complexité. Cela constitue, selon nous, le premier garde-fou permettant d'éviter de donner une

¹⁶⁰ D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 81, n° 585, p. 296.

¹⁶¹ *Id.*, n° 521, p. 263.

échappatoire trop facile à une partie qui invoquerait le dol par réticence pour couvrir sa négligence. De plus, dans le cas où la victime de ce type de dol commettrait une faute d'une certaine gravité en ne se renseignant pas, ce serait le cas par exemple lorsqu'elle aurait fermé les yeux devant une information évidente, l'erreur qu'entraînerait ce dol pourrait être considérée comme n'étant pas déterminante. Un tel raisonnement permet de sanctionner la mauvaise foi ou la négligence de la partie qui invoque le dol par réticence en passant par une condition prévue dans l'article 1401 du *Code civil du Québec* sans avoir à employer une notion incompatible avec le dol que sont le devoir de se renseigner ou l'erreur inexcusable. D'autant plus que ces deux éléments ne sont pas indiqués à l'article 1401 comme des conditions de preuve d'un dol par réticence (ou par mensonge).

Finalement, nous croyons que le devoir de se renseigner ne doit pas être pris en considération dans les conditions de preuve du dol par réticence.

Conclusion

À la lumière de l'ensemble de ces développements, nous sommes en mesure de dégager la complémentarité qui existe entre le dol par réticence et l'obligation de renseignement. Tout d'abord, ces deux notions sanctionnent la même omission d'une partie au contrat de communiquer une information déterminante à son cocontractant. L'élément qui les distingue est tout d'abord l'intention qu'il faut démontrer chez la partie qui les commet. Alors que le dol par réticence consiste en une omission volontaire d'informer son cocontractant, le manquement à une obligation de renseignement ne nécessite pas de prouver une intention de mauvaise foi. Si nous les additionnons, ces deux notions punissent, à elles deux, l'omission de communiquer un renseignement déterminant, commise soit de bonne ou de mauvaise foi, d'où leur complémentarité. L'obligation de renseignement peut ainsi agir comme une « roue de secours » pour la partie ayant échoué à prouver la mauvaise foi de son cocontractant, afin de démontrer un dol par réticence, en lui donnant la possibilité d'avoir un recours contre son omission non intentionnelle de communiquer une information avant la conclusion du contrat¹⁶². À titre d'illustration, dans l'affaire *Frenette c. 2953-9020 Québec inc. (Construction*

¹⁶²

Voir aussi : B. LEFEBVRE, préc., note 13, p. 207.

Gervais et Fils enr.), la Cour du Québec a signifié que, malgré l'absence d'intention de tromper, le vendeur avait commis un manquement à l'obligation de renseignement en ne communiquant pas l'existence d'une taxe municipale aux acheteurs : « Même si la preuve ne révèle pas d'intention malicieuse de la part de la défenderesse qui permettrait au Tribunal de conclure qu'il y a eu dol par réticence de sa part, celle-ci a quand même commis une faute en manquant à son obligation d'information en vertu de l'article 1375 du C.c.Q.¹⁶³ »

Les conditions de preuve distinctes que le manquement à l'obligation de renseignement et le dol par réticence exigent de démontrer renforcent aussi l'idée de complémentarité entre ces notions. Nous les avons vues dans la première partie de notre texte. Le manquement à l'obligation de renseignement nécessite de démontrer la connaissance de l'information par la partie qui doit la communiquer ou sa connaissance présumée et la nature déterminante de cette information. Enfin, il faut prouver que celui qui soulève un manquement à l'obligation de renseignement a rempli son devoir de se renseigner. Telles sont les conditions de preuve fixées dans l'arrêt *Bail*.

Quant à la preuve d'un dol par réticence, on devra déterminer si la partie ayant commis ce dol a omis intentionnellement de fournir une information. Celle-ci doit être déterminante, c'est-à-dire que l'omission de la communiquer doit avoir entraîné la partie lésée à conclure le contrat ou à le conclure à des conditions moins favorables que celles qu'elle aurait acceptées si elle avait connu cette information. Le respect par la victime du dol par réticence de son devoir de se renseigner n'aura pas à être démontré. Pourtant, la doctrine et la jurisprudence québécoise actuelle imposent majoritairement que celui qui a été victime d'un dol par réticence respecte son devoir de se renseigner.

Cela constitue, selon nous, une erreur, et ce, pour deux raisons. Tout d'abord, la doctrine et la jurisprudence n'appliquent pas le devoir de se renseigner au dol par mensonge. Cela correspond à créer un double régime, car admettre que le devoir de se renseigner de la victime s'applique au dol par réticence et non à celui par mensonge revient à imposer des conditions supplémentaires pour démontrer ce premier. Or, cela amène à considérer que

¹⁶³ *Frenette c. 2953-9020 Québec inc. (Construction Gervais et Fils enr.)*, 2009 QCCQ 7655, par. 62.

le dol par réticence est moins répréhensible que celui par mensonge, ce qui va à l'encontre de la volonté du législateur exprimée lors de sa codification. Bien plus, l'application du devoir de se renseigner à la preuve du dol par réticence est une atteinte à la nature duale de ce dol; la dimension délictuelle du dol se trouverait occultée par l'application du devoir de se renseigner. Ainsi, ce devoir doit être écarté de l'analyse d'un dol par réticence. Voilà une distinction essentielle par rapport au manquement à l'obligation de renseignement.

Du fait de l'exclusion du devoir de se renseigner, une distinction certaine s'effectue entre l'obligation de renseignement et le dol par réticence. Ce dernier comporte en effet des conditions de preuve qui lui sont propres et qui sont en lien avec sa nature mixte à mi-chemin entre la faute intentionnelle et l'erreur. Cela fait du dol par réticence et de l'obligation de renseignement des notions fondamentalement distinctes, en raison de leurs conditions de preuve dissemblables¹⁶⁴. La complémentarité des deux notions ne fait que ressortir davantage en raison de cette distinction.

En fin de compte, soulignons à titre comparatif que, lors de la réforme du droit des obligations de 2016 du Code civil français, le dol par réticence a été explicitement détaché de l'obligation de renseignement dans les nouvelles dispositions. Ces deux notions ont maintenant leurs conditions respectives de telle sorte que « le manquement au devoir légal de renseignement n'implique pas nécessairement le jeu de la réticence dolosive¹⁶⁵ ». L'obligation de renseignement est désormais codifiée à l'article 1112-1 du Code civil français. Le devoir de se renseigner de celui qui invoque le manquement à cette obligation y est explicitement mentionné : « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.¹⁶⁶ » Pour ce qui est du dol (le dol par réticence est reconnu à l'article 1137), le nouvel article 1139 du Code civil français précise au contraire que l'erreur « qui résulte d'un dol est toujours

¹⁶⁴ Marie Annik GRÉGOIRE, « Les sanctions de l'obligation de bonne foi lors de la formation et de l'élaboration du contrat », (2002) 104 *R. du N.* 173, 182.

¹⁶⁵ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE et François CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 12^e éd., Paris, Dalloz, 2019, n° 300, p. 339.

¹⁶⁶ Code civil, art. 1112-1.

excusable¹⁶⁷ ». Le respect de son devoir de se renseigner ne semble donc pas, en toute logique, devoir être démontré par la partie victime d'un dol par réticence. Le choix du législateur français lors de la réforme de 2016 de faire une distinction claire entre le dol et l'obligation de renseignement renforce, selon nous, l'importance de distinguer en droit québécois les conditions de preuve du dol par réticence et de l'obligation de renseignement et d'exclure l'application du devoir de se renseigner de ce dol. Rappelons la grande proximité des droits français et québécois qui découle du lien historique entre les deux. Ajoutons que ces nouvelles dispositions du Code civil français devraient inspirer une hypothétique réforme du droit des obligations québécois. Elle pourrait apporter des modifications essentielles dans le *Code civil du Québec* en codifiant l'obligation de renseignement qui est largement appliquée par la jurisprudence depuis quelques décennies. Elle permettrait également d'exclure clairement l'application du devoir de se renseigner du dol par réticence.

¹⁶⁷*Id.*, art. 1139.