

**PLAIDOYER POUR UN OUVRAGE APPROFONDI  
EN DROIT DES BIENS**

*David Lametti\**  
*Montréal*

*Selon l'auteur, la position centrale du droit des biens en droit privé et son importance réelle et métaphorique pour la collectivité rendent nécessaire une analyse du droit des biens et de sa philosophie. Il postule le besoin d'un ouvrage global en droit des biens, ouvrage qui traite non seulement du Livre quatrième du Code civil du Québec mais qui aborde aussi le rôle des biens en droit civil et dans la société québécoise. Cet article examine quelques éléments constitutifs d'un tel ouvrage, notamment l'explication du droit tel que véhiculé dans le Code civil et ailleurs, et la place de ce droit dans le contexte économique, social et politique.*

*Given the central place of the law of property in private law, and its real and metaphorical importance to our community, the author argues that an analysis of Civil law property and its underlying philosophy is required. He postulates the need for an all-encompassing text in Civil law property, a text which examines not only Book Four of the Civil Code of Quebec but also the role of property in the Civil law generally and in Quebec society. This article examines some of the constituent elements of such a text, notably the examination of the law as contained within and without the Civil Code, and the situating of property law in its economic, social and political context.*

|                                                                                                                  |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <i>Introduction .....</i>                                                                                        | <i>229</i> |
| <i>A. La structure du Code civil : source de la force et cause<br/>de la faiblesse .....</i>                     | <i>231</i> |
| <i>B. La portée de l'ouvrage : nouvelles parties imposées par la rédaction<br/>du Code civil du Québec .....</i> | <i>232</i> |
| <i>C. La portée de l'ouvrage : d'autres discussions nécessaires dans un<br/>ouvrage en droit des biens.....</i>  | <i>235</i> |
| <i>(i) Le droit des biens à l'extérieur du Code civil .....</i>                                                  | <i>236</i> |

\* David Lametti, de la Faculté de droit, Université McGill, Montréal, Québec.

Je tiens à remercier mes collègues Geneviève Saumier et Roderick A. Macdonald, ainsi que Christian Bergeron (B.C.L., LL.B. 1999), pour leurs commentaires sur ce texte. Je voudrais aussi remercier John E.C. Brierley pour ses commentaires «indirects», qui se dégagent de ses réflexions lors de son cours en droit des biens, lorsque j'étais étudiant, et également par le biais de ses recueils et outils d'enseignement à McGill, que j'ai la chance d'utiliser pour enseigner moi-même le droit des biens.

- (ii) *La nature de la propriété privée : le droit des biens à l'extérieur du Livre quatrième du Code civil* ..... 239
- (iii) *La nature de la propriété privée : son contexte social, économique et philosophique* ..... 241

### Introduction

Le droit civil a toujours accordé une place primordiale à la doctrine<sup>1</sup>. Même au Québec, où, à cause de l'influence de la méthodologie de la *common law*, la jurisprudence a pris une importance inconnue des autres juridictions civilistes, la doctrine reste une des sources (ou une des autorités) de droit privé les plus importantes<sup>2</sup>. Depuis la promulgation du nouveau *Code civil du Québec*, le droit civil québécois a un besoin encore plus prononcé pour des études doctrinales. Celles-ci sont appelées à jouer le rôle traditionnel de la doctrine en droit civil, c'est-à-dire de fournir les analyses requises pour comprendre et clarifier les dispositions du code, avant tout les nouvelles, qui résultent de l'évolution du droit et de la codification de la jurisprudence.

Bien qu'il existait une doctrine assez riche en droit des biens sous l'ancien code — soit des ouvrages portant exclusivement sur cette branche du droit comme ceux de Marler<sup>3</sup> ou de Martineau<sup>4</sup> (et, plus tard, Lafond<sup>5</sup>), soit un tome d'un ouvrage plus général comme le traité de Mignault<sup>6</sup>, soit des articles et des monographies importants sous la plume des Brierley, Cantin Cumyn, Cardinal et Normand<sup>7</sup> —, depuis la codification de 1991 et jusqu'à récemment il nous

<sup>1</sup> Soit comme une autorité qui influence le droit, soit comme une vraie source de droit. Comparer A. Popovici, «Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles source de droit au Québec?» (1973) 8 R.J.T. 189; P.-G. Jobin, «Les réactions de la doctrine à la création du droit civil québécois par les juges : les débuts d'une affaire de famille» (1980) 21 C. de D. 257; et R.A. Macdonald, «La nature, le rôle et l'influence de la doctrine universitaire en droit administratif québécois» (1985) 26 C. de D. 1071. Pour une analyse comparative de deux juridictions civilistes, voir P.-G. Jobin, «L'influence de la doctrine française sur le droit civil québécois. Le rapprochement et l'éloignement de deux continents» [1992] R.I.D.C. 381.

<sup>2</sup> En effet, il existe une quantité de doctrine au Québec sans légale dans le reste du pays. Voir S. Normand, «Une analyse quantitative de la doctrine en droit civil québécois» (1982) 23 C. de D. 1009; et J.E.C. Brierley et R.A. Macdonald, dir., *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery, 1993 à la p. 125, n° 102.

<sup>3</sup> W. de Montmollin Marler, *The Law of Real Property [:] Quebec*, Toronto, Burroughs & Co., 1932.

<sup>4</sup> P. Martineau, *Les Biens*, 5<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 1979.

<sup>5</sup> P.-C. Lafond, *Droit des biens (d'après l'oeuvre de Pierre Martineau)*, Montréal, Thémis, 1991 [ci-après Lafond].

<sup>6</sup> P.-B. Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 2, Montréal, Théorêt, 1896.

<sup>7</sup> Voir, par exemple, J.E.C. Brierley, «Quebec's Civil Law Codification: Viewed and Reviewed» (1968) 14 R.D. McGill 521; M. Cantin Cumyn, «De l'existence et du régime juridique des droits réels de jouissance innommés : essai sur l'énumération limitative des droits réels» (1986) 46 R. du B. 3; J.-G. Cardinal, *Le droit de superficie*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1957; et S. Normand, «Une relecture de l'arrêt *Matamajaw Salmon Club*» (1988) 29 C. de D. 807.

manquait des monographies consacrées au sujet. Face aux nombreux ouvrages sur les obligations contractuelles et extracontractuelles qui furent publiés relativement vite<sup>8</sup>, c'était une lacune inquiétante: après tout, la notion de bien (avec la notion de personne) est, littéralement, le fondement du droit privé. En effet, sans un droit à la propriété privée, le «contenant» métaphorique du patrimoine<sup>9</sup> serait vidé de son «contenu», annulant dès lors la possibilité d'échanges contractuels ou la valorisation en termes pécuniaires des obligations et créances contractuelles et extracontractuelles. Sans la propriété privée il devient donc difficile d'envisager le droit privé<sup>10</sup>. De plus, au niveau métaphorique, la propriété privée nous dit quelque chose de notre personnalité individuelle et collective<sup>11</sup>.

Vu cette position centrale du droit des biens en droit privé et son importance réelle et métaphorique pour notre collectivité, une analyse du droit des biens et de sa philosophie s'impose. Ainsi, nous avons besoin d'un ouvrage global, ouvrage qui traite non seulement du Livre quatrième du *Code civil du Québec* mais qui aborde le rôle des biens en droit civil et dans la société québécoise. Un tel ouvrage aura une double mission: d'abord, il devra expliquer le droit tel que véhiculé par les articles pertinents du Code civil; ensuite, il devra élaborer le contexte économique, social et politique dans lequel le droit des biens se situe. Pour l'instant, depuis la codification de 1991, nous n'avons que l'ouvrage du professeur Denys-Claude Lamontagne<sup>12</sup>.

D'emblée, je souligne qu'en ce qui concerne le premier volet de la mission identifiée ci-haut, plusieurs ouvrages écrits pour interpréter le *Code civil du Bas-Canada*, comme celui de Lamontagne pour le nouveau code, sont bien réussis, tant pour l'avocat que pour le notaire. Étant donné leur but de fournir une exposition du Code civil, les explications, analyses et interprétations du Code civil y sont réfléchies et bien articulées. Toutefois, malgré son utilité pratique, ce genre de travail ne peut être qu'une source doctrinale parmi

<sup>8</sup> J.-L. Baudouin, *Les obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1993; et *La responsabilité civile*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1994; M. Tancelin, *Des obligations : l'acte illégitime et les modes d'exécution*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993; *Sources des obligations : l'acte juridique légitime*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993; *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 6<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1996; J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *Théorie des obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 1996.

<sup>9</sup> Voir J. Ghestin, dir., *Traité de droit civil : Introduction générale*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1990 au n° 197.

<sup>10</sup> De plus, il y a l'argument, tout à fait réductionniste, que tous les droits personnels privés découlent des droits réels : pour un bref résumé de cet argument, ainsi que la réponse, voir F. Terré et P. Simler, *Droit civil : Les biens*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1992 aux pp. 31-32, n° 37.

<sup>11</sup> Voir M.J. Radin, *Reinterpreting Property*, Chicago, University of Chicago Press, 1993, premier chapitre, «Property and Personhood», aux pp. 35-71, et la discussion dans la deuxième partie de cet article.

<sup>12</sup> *Biens et propriété*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1995 [ci-après Lamontagne]. Lafond, étant donné que son ouvrage est de 1991, ajoute des commentaires sur le nouveau Code civil, mais sous la rubrique du projet de loi qui est devenu le *Code civil du Québec*.

plusieurs pour ceux qui voudraient comprendre, critiquer et réformer le droit des biens. Quant au deuxième volet, soit la quête des réponses aux questions vraiment «fondamentales» qui touchent la nature de la propriété privée et son rôle dans notre société, il me semble qu'il faut commencer ailleurs. C'est le genre de démarche qui se pose de plus en plus souvent dans le cadre de la philosophie du droit, ainsi que dans les écrits des juristes qui s'intéressent à une telle perspective. Selon moi, étant donné la position d'influence occupée par les ouvrages de doctrine, ces questions devraient être abordées dans des ouvrages généraux sur le droit des biens et non seulement dans des articles. De plus, leurs réponses devraient être liées et intégrées à l'interprétation du Code civil.

Dans les pages qui suivent, j'essaierai d'étendre la portée de la discussion et de décrire ce qui, à mon avis, devrait être inclus dans un tel ouvrage en droit des biens.

### A. La structure du Code civil : source de la force et cause de la faiblesse

Traditionnellement, un ouvrage en droit des biens suit *grosso modo* la structure et la substance du Code civil<sup>13</sup>. Après une introduction et quelques pages sur la nature des biens, les droits réels et le patrimoine, les sujets sont couramment abordés dans l'ordre établi par le Code civil : la classification des biens comme meubles et immeubles, la possession, les principes de la propriété et ses modalités, et les démembrements. Souvent, l'organisation du texte suit très strictement l'organisation du Code civil.

De ces constatations, on voit clairement la force et la faiblesse des ouvrages traditionnels. La force, comme je l'ai souligné plus haut, est l'analyse exégétique du Code civil. En fournissant des analyses du Code civil, on peut mieux comprendre ses articles, sa structure et son *animus*. Cet objectif de clarifier le droit est encore plus prononcé après une codification; bien sûr, un ouvrage doit discuter des changements apportés aux institutions traditionnelles du droit des biens<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Voir par exemple, Lafond, *supra* note 5, qui, à l'exception d'une introduction et d'une discussion sur la nature du patrimoine et des droits dans le deuxième «Thème» de son ouvrage, suit le *Code civil du Bas-Canada*. Lamontagne, *supra* note 12, présente sa discussion sur la classification des biens avant la discussion du patrimoine et des droits, et remet les discussions de la possession (et l'effet de la prescription) et de l'accession à la fin, mais la structure du texte reste fidèle au *Code civil du Québec*.

<sup>14</sup> Il arrive que ce genre d'analyse n'y est pas. Par exemple, Lamontagne nous présente une discussion sur l'usufruit quelque peu affaiblie. Pourtant, comme c'était le cas pour la substitution [voir la discussion, *infra*], le législateur a cherché à moderniser cette institution afin qu'elle soit applicable non seulement aux biens immobiliers, mais aussi aux fonds de capital et aux créances. [Voir *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993 [ci-après *Commentaires*], aux pp. 661-687 (pour le chapitre premier et l'introduction aux art. 1120 à 1171, et pour les art. 1131-1134 C.c.Q.) Lamontagne, *supra* note 12 aux pp. 271-300, n'offre pas suffisamment d'analyse, surtout sur les quasi-usufruits, les usufruits sur créances, l'évaluation des fonds et l'impact de l'inflation. Il serait utile de comparer l'usufruit, la substitution et la fiducie, trois institutions pouvant servir à effectuer des libéralités, en discutant des droits et obligations ainsi que des mérites et faiblesses de chacune d'elles.

Toutefois, ce n'est pas seulement l'organisation du texte qui copie la structure du Code civil; suivant une tradition bien établie, le contenu lui-même est encadré par les articles du Code. C'est-à-dire, en ce qui concerne la substance des commentaires sur les dispositions du Code civil, cette même tradition civiliste pose quelques restrictions d'ordre méthodologique et peut-être aussi psychologique. Ces dernières découlent inévitablement de la puissance d'une tradition doctrinale qui se concentre sur l'exposition du texte tel qu'écrit dans le Code civil. Si les articles du code n'abordent pas certaines questions, s'ils ne soulèvent pas certains points, ou s'ils classifient ces questions à l'extérieur de la taxonomie choisie, un ouvrage est susceptible de les négliger lui aussi. La structure du Code civil, fidèlement suivie, est ainsi à la source de quelques omissions assez importantes dans des ouvrages en droit des biens. Les omissions se divisent en deux : (a) celles qui découlent de la nouvelle codification, et le fait que des sujets ont été ajouté au livre sur le droit des biens; et (b) celles qui découlent des discussions traditionnellement considérées en dehors du Code civil et donc en dehors de la portée d'un ouvrage sur le droit des biens.

*B. La portée de l'ouvrage : nouvelles parties imposées par la  
rédaction du Code civil du Québec*

Un texte en droit des biens au Québec doit rendre compte des quelques additions faites au canon traditionnel, résultant de la codification la plus récente. Il y a deux principaux exemples d'institutions juridiques — les fiducies et les substitutions — qui font maintenant partie du droit des biens dans le sens traditionnel, c'est-à-dire, qui s'intègrent à la structure du nouveau Code civil.

Un ouvrage en droit des biens doit donc inclure une discussion approfondie des fiducies. L'intégration des fiducies dans le cadre du droit civil québécois présentait un défi intellectuel pour les juristes. Sans entrer dans ce grand débat, il suffit de dire que la plupart des analyses de la fiducie avant la réforme étaient faites dans l'optique du patrimoine. Après les affaires *Curran*<sup>15</sup> et *Tucker*<sup>16</sup> et l'explosion de la doctrine sur la question de «trusts» en droit civil, tant au Québec qu'en France et dans d'autres pays civilistes<sup>17</sup>, la tentative d'intégrer les fiducies d'une façon cohérente dans le droit québécois s'est finalement faite dans le nouveau Code civil par le biais du patrimoine d'affectation<sup>18</sup>. Une

<sup>15</sup> *Curran c. Davis*, [1933] R.C.S. 283.

<sup>16</sup> *Royal Trust c. Tucker*, [1982] R.C.S. 250.

<sup>17</sup> Pour une introduction à cette doctrine, voir Y. Rossier, «Études comparées de certains aspects patrimoniaux de la fiducie» (1989) 34 R.D. McGill 817, et les références qui s'y trouvent.

<sup>18</sup> Art. 1260 et 1261 C.c.Q., ainsi que l'art. 2 C.c.Q., en général. Ce dernier article a codifié la notion de patrimoine au Québec et vise la possibilité d'un patrimoine d'affectation. Cette notion fut suggérée par des juristes français et québécois. Voir par ex. J. Ghestin, *supra* note 9 au n° 202. *Contra*, M. Cantin Cumyn, *Les droits des bénéficiaires d'un usufruit, d'une substitution et d'une fiducie*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1980 au n° 101.

discussion de ce développement n'existe toujours pas dans un ouvrage de base au Québec. Les quelques pages que les professeurs Lafond et Lamontagne consacrent à la fiducie dans le cadre du patrimoine d'affectation, ou plus précisément, du patrimoine fiduciaire, sont nécessaires mais incomplètes<sup>19</sup>.

Ainsi, bien que la question formelle du patrimoine fiduciaire soit réglée, l'intégration des fiducies en droit civil québécois soulève d'autres questions intéressantes et importantes au niveau de la structure et de l'interprétation du Code civil. Par exemple, le texte du Code civil n'accorde aucun droit réel au fiduciaire, au constituant ou au bénéficiaire<sup>20</sup>. Or, le droit des biens s'intéresse principalement aux droits réels. Si les droits décrits dans le titre des fiducies ne sont pas des droits réels, peut-on appeler ces nouveaux droits des droits de propriété? En créant un patrimoine d'affectation, sans avoir accordé de droit réel dans le *corpus* de la fiducie, a-t-on modifié (ou, au moins, ajouté quelque chose à) la nature de la propriété privée telle qu'elle est connue présentement dans notre système de droit des biens?

Il est fort possible que, depuis la codification (sinon depuis plus longtemps), le concept de propriété selon les articles du Code civil comprenne davantage que des droits réels, et peut-être même plus que des droits personnels. Si la réponse à cette question est l'affirmative, comment alors peut-on classifier ces nouveaux droits, compte tenu de la tradition civiliste? De plus, il faut analyser les droits fiduciaires selon les caractéristiques des droits réels ou personnels (ou autres pouvoirs) qu'ils démontrent. Si les droits fiduciaires ont des aspects qui se trouvent entre les deux classifications traditionnelles, peut-être faudra-t-il remettre en question la distinction elle-même. Quelle sera la différence entre les droits réels et les droits personnels pour fonder une telle classification<sup>21</sup>? Certains auteurs ont discuté de cette différence au niveau général et ont identifié quelques difficultés<sup>22</sup>? Il faudrait inclure ces discussions dans un texte plus accessible à la communauté juridique, et surtout aux étudiants au début de leurs études de droit<sup>23</sup>?

<sup>19</sup> Voir Lafond, *supra* note 5 aux pp. 164-65; Lamontagne, *supra* note 12 aux pp. 110-116.

<sup>20</sup> Art. 1261 C.c.Q.

<sup>21</sup> De plus, les changements au patrimoine ont-ils modifié ou rendu inutile la notion de patrimoine elle-même? Voir R.A. Macdonald, «Reconceiving the Symbols of Property: Universalities, Interests and Other Heresies» (1994) 39 R.D. McGill 761, pour une telle discussion sur les fiducies et l'argument selon lequel, à la suite de la codification, l'utilité du concept de patrimoine serait maintenant mieux servie par la reconnaissance d'une catégorie plus générale d'universalités juridiques, le patrimoine au sens strict en étant inclus. Macdonald remet en question l'utilité de la distinction entre les droits réels et les droits personnels. La nécessité de ce genre d'étude et son inclusion dans les textes standards en droit des biens sont le sujet de la deuxième partie de cet article.

<sup>22</sup> Voir généralement J. Ghestin, *supra* note 9 aux n<sup>os</sup> 213-215; F. Terré et P. Simler, *supra* note 10 aux n<sup>os</sup> 32-41 (spécifiquement au n<sup>o</sup> 38). Voir, en droit des biens, R.A. Macdonald, *ibid.*, et J.E.C. Brierley, *infra* note 27.

<sup>23</sup> Par exemple, Lamontagne n'essaie pas d'entreprendre une telle classification ou analyse applicable directement au droit des biens. C'est aussi le cas pour Lafond, mais sa catégorie de droits mixtes suggère une classification potentielle : Lafond, *supra* note 5 aux pp. 140-41.

À mon sens, un texte devrait aborder non seulement les règles techniques, mais aussi le concept de la fiducie envisagé sous l'optique de la classification des droits. Les juristes connaissent l'idée ou le concept de la propriété privée au sens de l'article 947 du Code civil, ainsi que ses modalités<sup>24</sup> et ses démembrements<sup>25</sup>. Reste à savoir si l'«ensemble des pouvoirs» de la fiducie, pour chacun des divers détenteurs de droits fiduciaires, est analogue à la copropriété ou encore, à un démembrement de la propriété. Ou peut-être forme-t-il une autre branche du schéma classificatoire, une branche nouvelle et indépendante des autres modalités et démembrements? Ou peut-être cet ensemble de pouvoirs est-il *sui generis* tel que la Cour suprême l'a jugé dans *Tucker* sous l'empire du *Code civil du Bas-Canada*<sup>26</sup>?

Pour conclure, la nature de la fiducie est devenue un sujet qui affecte profondément le droit des biens et qui devrait être étudiée d'une façon plus détaillée dans ce genre d'ouvrage. Les innovations québécoises en ce qui concerne la structure des fiducies soulèvent des questions fondamentales au niveau de l'interprétation traditionnelle; elles doivent être abordées, du moins, d'une façon préliminaire<sup>27</sup>. Finalement, si les dispositions sur les fiducies dans le *Code civil du Bas-Canada* ont été ajoutées tardivement dans l'histoire de ce code et dans le cadre d'un seul article — article 981a et suivants<sup>28</sup> — l'organisation du *Code civil du Québec* nous indique formellement, et ce malgré l'existence de nouveaux problèmes d'interprétation, que les fiducies dans la tradition évolutive du droit civil font maintenant partie du droit des biens. Le Livre quatrième du Code civil souligne l'importance des fiducies en leur accordant un titre particulier — le Titre sixième, «De certains patrimoines d'affectation» — ; elles méritent donc sûrement un chapitre à elles seules dans un texte général sur le droit des biens. Un ouvrage en droit des biens doit se pencher sur la signification d'une innovation aussi importante dans le Code civil.

La seconde omission d'une institution juridique, si on ne se concentre que sur la structure du *Code civil du Québec*, est une discussion sur la substitution, institution qui désormais fait également partie du droit des biens. Ici, clairement, le changement d'un code à l'autre nous explique l'absence d'une telle discussion dans les livres de Lafond et Lamontagne : alors que la substitution faisait partie du Livre troisième du *Code civil du Bas-Canada* sur les successions et les donations entre vifs et testamentaires, le *Code civil du Québec* en traite au Livre quatrième sur le droit des biens.

<sup>24</sup> Art. 1009 C.c.Q. et s.

<sup>25</sup> Art. 1119 C.c.Q. et s.

<sup>26</sup> *Tucker*, *supra* note 16 à la p. 273.

<sup>27</sup> Voir J.E.C. Brierley, «Regards sur le droit des biens dans le nouveau *Code civil du Québec*» (1995) 1 R.I.D.C. 33, pour une brève discussion préliminaire de ce genre de questions. Voir aussi, M. McAuley et J. Talpis, «The Quebec Trust in the «Real World»» dans Institut canadien d'études juridiques supérieures, *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec*, Cowansville, Yvon Blais, 1992 à la p. 55.

<sup>28</sup> Les articles sur la fiducie ont été promulgués par législation distincte en 1879 (*Acte concernant la fiducie*, 1879 (Qué.), chap. 29), et ont été ajoutées au *Code civil du Bas-Canada* en 1888 par le Chapitre IV(A) du Titre «Des donations entre vifs et testamentaires».

En ce qui concerne la substance de la réforme, le législateur a essayé de moderniser l'institution d'une manière cohérente par rapport aux autres institutions du droit des biens, surtout le quasi-usufruit, de sorte que la substitution ne soit plus critiquée comme source d'entrave à la libre circulation des biens et d'obstacle au crédit et que le grevé soit encouragé à entretenir le bien<sup>29</sup>. Le besoin de simplifier la substitution s'imposait. C'est sans doute dans cette optique que le législateur a ajouté la section sur la substitution au Livre quatrième<sup>30</sup>.

Une discussion sur l'effet des réformes ainsi que la nature et les modalités de la substitution me paraît essentielle. Par exemple, en ce qui concerne la nature de la substitution, est-elle simplement un type de restriction à l'aliénation, tel que suggéré par la structure du nouveau code — elle est placée dans le Titre cinquième, «Des restrictions à la libre disposition de certains biens» — et par les *Commentaires*<sup>31</sup>, ou s'agit-il plutôt d'une modalité du droit de propriété privée? Il me semble qu'il y a une différence majeure entre la substitution, qui est une façon d'agir comme propriétaire d'un bien selon l'article 1223 C.c.Q., et une simple stipulation d'inaliénabilité en vertu des articles 1212 à 1217 C.c.Q.

Pour ce qui est de la réforme de la substitution, les modifications apportées au Code civil ont changé l'orientation de l'institution, cherchant ainsi à créer un mécanisme pour transmettre des valeurs d'un fonds de capital, plutôt que des biens<sup>32</sup>. Ces changements soulèvent des questions importantes sur l'évaluation d'un fonds de capital et les effets de l'inflation; il faudrait les aborder.

En conclusion, on ne s'étonne pas que la substance d'un ouvrage soit large ou étroite selon la largeur ou l'étroitesse du Code civil : si un sujet ne se trouve pas dans le Code civil ou dans la partie du Code sur les biens, il est probable qu'un ouvrage, comme celui de Lamontagne, qui adopte l'approche traditionnelle, ne l'abordera pas.

### *C. La portée de l'ouvrage : d'autres discussions nécessaires dans un ouvrage en droit des biens*

Là où tout ouvrage traditionnel peut être amélioré, c'est au niveau de sa portée générale. Je mentionnais au début de ce *desiderata* que le genre d'analyse offerte par un ouvrage traditionnel convient à la plupart des lecteurs. Mais on peut aller plus loin. À vrai dire, les remarques qui suivent ne sont pas des critiques de certains ouvrages en droit des biens seulement, mais plutôt des

<sup>29</sup> Voir par ex., arts. 1229-30 et 1247-50 C.c.Q.

<sup>30</sup> Voir par ex., *Commentaires*, aux pp. 716 et s. (pour le chapitre deuxième et les arts. 1218, 1225, et 1229-30 C.c.Q.).

<sup>31</sup> *Commentaires*, aux pp. 712 et s. (pour l'art. 1212 et le chapitre deuxième).

<sup>32</sup> Voir J.E.C. Brierley, «Des restrictions à la libre disposition de certains biens [...] Les articles 1212-1255» dans Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, t. 1, *La réforme du Code civil*, Ste-Foy, P.U.L., Laval, 1993, 711 aux pp. 717 et s. Voir aussi les *Commentaires*, *supra* note 30.

critiques de la tradition des ouvrages en droit des biens en général. Ici je parle non seulement de Lamontagne et Lafond, mais de Carbonnier et d'autres auteurs civilistes, ainsi que de plusieurs ouvrages de *common law*; je décris mes attentes, en tant que juriste, envers un ouvrage sur le droit des biens.

La structure traditionnelle en droit des biens limite la portée des ouvrages, en excluant dès le départ — en plus de divers sujets nouveaux — d'autres tracés intellectuels. C'est-à-dire, qu'il existe, formellement et informellement, d'autres sources du droit des biens à l'extérieur du Code civil, d'autres perspectives et d'autres philosophies en droit des biens qui illuminent, d'une façon positive ou négative, le Code civil et ses présomptions de base. Dans un monde juridique en évolution, il faut se rendre compte de l'importance de ces autres tracés et perspectives intellectuels et philosophiques afin de non seulement mieux comprendre et analyser le droit des biens, mais aussi de pouvoir l'adapter aux exigences et aux changements sociaux, et permettre ainsi une évolution continue du droit. Il ne s'agit pas d'essayer de nier l'importance du Code civil, ses interprétations textuelles ou le droit positif en général. Au contraire, on devrait utiliser les autres perspectives afin de mieux comprendre le droit civil. Un ouvrage de base devrait donc incorporer d'autres sources du droit des biens et d'autres façons d'envisager le droit des biens. C'est à la fois pratique et positiviste, philosophique et social. Ce sont des critiques, pouvant être qualifiées d'«externes», qui doivent être «intérieurisées» dans un ouvrage.

(i) *Le droit des biens à l'extérieur du Code civil*

D'abord il faut reconnaître l'existence de sources directes ou indirectes du droit des biens qui se trouvent hors du Code civil. Il s'en trouve indirectement dans la *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>33</sup>, dont l'article 6 donne à toute personne le «droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens», sans toutefois protéger le droit lui-même. Il s'en trouve directement dans plusieurs lois québécoises telles la *Loi sur les mines*<sup>34</sup>, la *Loi sur les terres du domaine public*<sup>35</sup>, et la *Loi sur les forêts*<sup>36</sup> (où les droits réels sont créés directement par la loi); dans la *Loi sur l'expropriation*<sup>37</sup>, la *Loi des cités et villes*<sup>38</sup>, la *Loi sur la protection du territoire agricole*<sup>39</sup>, la *Loi sur l'acquisition de terres agricoles par des non-résidents*<sup>40</sup>, la *Loi sur l'aménagement et*

---

<sup>33</sup> L.R.Q. c. C-12.

<sup>34</sup> L.R.Q. c. M-13.1.

<sup>35</sup> L.R.Q. c. T-8.1.

<sup>36</sup> L.R.Q. c. F-4.1.

<sup>37</sup> L.R.Q. c. E-24.

<sup>38</sup> L.R.Q. c. C-19.

<sup>39</sup> L.R.Q. c. P-41.1.

<sup>40</sup> L.R.Q. c. A-4.1.

*l'urbanisme*<sup>41</sup>, la *Loi sur les biens culturels*<sup>42</sup> (où les droits de propriété se trouvent limités par des lois spécifiques); et dans les lois fédérales telles la *Loi de l'impôt sur le revenu*<sup>43</sup> et la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*<sup>44</sup>.

Il n'est pas suffisant d'inclure ces sources de droit des biens comme des limites ou des restrictions d'un droit des biens relativement absolu<sup>45</sup>. Une telle approche, pour des raisons soulevées dans la deuxième partie de cet essai et ailleurs<sup>46</sup>, nous menerait à une notion incomplète des droits et obligations qui composent la propriété privée. Si nous limitons notre analyse au Code civil seulement, nous risquons de manquer non seulement les dispositions pertinentes à la résolution d'un problème juridique, mais aussi d'errer en pensant que toutes les structures et précisions du droit des biens se trouvent dans le Code civil, ou encore que les lois fédérales n'ont pas d'impact en droit privé.

Prenons ce qu'on appelle la propriété intellectuelle. Surtout aujourd'hui, alors que la valeur des droits intellectuels est beaucoup plus importante qu'autrefois, le fait qu'ils soient régis par des lois fédérales<sup>47</sup> est moins important que leur valeur doctrinale et structurelle dans la compréhension du droit des biens au Québec. Un ouvrage «complet» doit essayer de tracer le cadre du droit des biens: les droits intellectuels font donc partie du tableau. Même si les détails du droit intellectuel seraient mieux placés dans un ouvrage sur les lois fédérales applicables, la nature ainsi que le cadre des droits intellectuels devraient être inclus dans la structure globale du droit des biens et, par conséquent, dans un ouvrage en droit des biens. C'est ainsi que les auteurs français, qui ne sont pas

<sup>41</sup> L.R.Q. c. A-19.1.

<sup>42</sup> L.R.Q. c. B-4.

<sup>43</sup> L.R.C. 1985, c. I-4.

<sup>44</sup> L.R.C. 1985, c. B-3. Voir, par exemple, l'extrait suivant tiré du recueil en droit des biens du professeur J.E.C. Brierley (qui a, à vrai dire, un but pédagogique différent dans le recueil que celui qui suit) [J.E.C. Brierley, P. Nagy et M.F.E. Akkawi, *Workbook: Civil Law Property IA*, 2<sup>e</sup> éd., Faculté de droit, Université McGill, 1995-96 [inédit] à la p. 2].

La définition de «biens» selon l'art. 2 de cette loi :

«*biens*» : Biens de toute nature, meubles ou immeubles, en droit ou en équité, qu'ils soient situés au Canada ou ailleurs. Leur sont assimilés les sommes d'argent, marchandises, droits incorporels et terres, ainsi que les obligations, servitudes et toute espèce de droits, d'intérêts ou de profits, présents ou futurs, acquis ou éventuels, dans des biens, ou en provenant ou s'y rattachent.

Il est vrai que la définition doit incorporer le droit civil ainsi que la *common law*; donc, cette dernière est plus large que la définition d'un bien selon l'art. 899 C.c.Q. Ici, il s'agit plutôt d'une définition du patrimoine. Quoi qu'il en soit, le fait qu'une telle définition s'applique dans des circonstances précises au Québec peut préciser le droit civil, surtout en ce qui concerne les questions posées dans la deuxième partie de cet article.

<sup>45</sup> Comme dans le travail de Lafond, *supra* note 5, Thème 3, *passim*.

<sup>46</sup> *Infra* note 70.

<sup>47</sup> *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42 ; *Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, c. P-4 ; *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. 1985, c. T-13. De temps en temps, le droit civil peut régir des questions qui ne sont pas déterminées par les lois fédérales : voir *Marchand c. Péloquin*, [1978] C.A. 266.

embarrassées par l'éternelle question canadienne du partage des pouvoirs législatifs, examinent la propriété intellectuelle dans le cadre du droit des biens<sup>48</sup>.

Il n'est pas nécessaire d'entrer dans les détails de chaque loi fédérale en matière de droit intellectuel, mais il faut en tracer les grandes lignes et le situer parmi les autres droits à la propriété privée. Cette approche forcera un ouvrage en droit des biens à donner des réponses aux questions similaires à celles posées dans la discussion des fiducies : la nature des droits intellectuels, leur classification, etc.<sup>49</sup>.

Dans le contexte québécois actuel, des lois particulières sont aussi importantes que le Code civil, même si la structure du droit privé est donnée par ce dernier; les normes véhiculées par cette législation, ainsi que leurs fondements et présomptions, doivent être considérés dans les analyses du Code civil et du droit civil pour qu'ils puissent illuminer et clarifier le droit civil au Québec<sup>50</sup>. Ce n'est pas seulement pratique pour un avocat ou un notaire; cette approche lui donne aussi un cadre civiliste pour étudier les lois créant des droits de propriétaires. Il faut donc travailler avec l'esprit de chercher l'ensemble des sources et fondements du droit des biens au Québec, peu importe où ils se trouvent, et de voir leur interaction.

Un second exemple, qui est encore plus important au niveau de la politique au Québec, est l'intersection entre le droit des biens et le droit autochtone. Dans un esprit pluraliste, il faut reconnaître et expliquer la nature des droits de propriété des autochtones. Pour une grande partie — en fait, la plupart — du territoire du Québec, les questions qui découlent du fait qu'un système de droit des biens, celui du droit civil, a été superposé sur les systèmes juridiques des divers peuples autochtones demeurent très importantes en pratique et en théorie. De façon similaire au droit intellectuel, le champs est régi par une loi fédérale, la *Loi sur les indiens*<sup>51</sup>, ainsi que par les décisions des divers tribunaux, notamment la Cour suprême du Canada<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> Voir par ex. Terré et Simler, *supra* note 10 aux pp. 28-30; C. Atias, *Droit civil : Les biens*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Éditions Litec, 1993 aux n<sup>o</sup>s 372 et s.; et G. Cornu, *Droit civil : Introduction — Les personnes — Les biens*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Éditions Montchrestien, 1994 aux n<sup>o</sup>s 1674 et s.

<sup>49</sup> Malheureusement, la discussion du professeur Lamontagne sur ce sujet est très brève et ne s'adresse pas suffisamment à ces questions : voir Lamontagne, *supra* note 12 aux pp. 47-48, n<sup>os</sup> 108-110. La même observation s'applique encore plus à Lafond; voir Lafond, *supra* note 5 aux pp. 141-42.

<sup>50</sup> Ceci est tout à fait en accord avec le principe exprimé dans le deuxième paragraphe de la Disposition préliminaire du C.c.Q. :

Le Code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger.

<sup>51</sup> L.R.C. 1985, c. I-5.

<sup>52</sup> Voir, entre autres, *Guerin c. R.*, [1984] 2 R.C.S. 335, *Calder c. Attorney-General of British Columbia* (1970), 74 W.W.R. 481 (C.A.C.-B.), conf. par [1973] R.C.S. 313, R. c. *Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. Des jugements récents de la Cour suprême ont encore une fois changé le tableau juridique au Canada et au Québec : voir R. c. *Van der Peet* (21 août 1996), R. c. *Adams* et R. c. *Côté* (3 octobre 1996).

Il faudrait examiner comment le droit des biens se développe lorsque les deux systèmes de droit se rencontrent, sinon, du moins, fournir les analyses de base sur la nature et la pratique évolutives des systèmes de droit ou de la pratique du droit des biens autochtones. Avec l'importance croissante des questions autochtones au cours des dernières années au Canada, il est très difficile d'envisager un ouvrage en droit des biens au Québec et au Canada qui ne tienne pas compte de cette réalité.

(ii) *La nature de la propriété privée : le droit des biens à l'extérieur du Livre quatrième du Code civil*

S'il existe du droit applicable aux biens à l'extérieur du *Code civil du Québec*, il en existe aussi dans le Code mais ailleurs que dans le Livre quatrième. Dans une analyse globale du droit des biens, il faut donc que des auteurs s'expriment d'une façon plus systématique sur les autres sections du Code civil qui touchent les biens : les hypothèques, les droits réels contractuels, les droits personnels ayant trait aux biens corporels comme le louage (*jura ad rem trans personam*), les créances, etc. Il n'est pas suffisant de les traiter comme des obligations liées au droit des biens ou créant des droits qui ressemblent aux droits réels mais qui ne sont pas des droits réels. En effet, plusieurs auteurs ont remis en question la distinction entre les droits réels et d'autres types de droits appelés «accessoires» ou contractuels<sup>53</sup>.

Il faut aller plus loin, en analysant la substance des dispositions pour identifier les caractéristiques des droits réels. En d'autres mots, on doit examiner la nature de ces droits pour déterminer s'il y a (ou avait) une véritable distinction entre ce type d'obligation contractuelle et le droit des biens<sup>54</sup>. De plus, si une telle distinction n'existe plus, qu'est-ce que cela nous dira sur la nature d'un bien?

Cette dernière observation en appelle une autre : le Code civil a un parti-pris matérialiste. Ceci était explicite dans le *Code civil du Bas-Canada*.<sup>55</sup> Même si certains articles de ce Code énonçaient un droit des biens en dehors des «choses», le texte de l'article 406 nous indiquait une préoccupation du législateur pour les choses corporelles. Bien qu'il ait remplacé le mot «choses» par le mot «biens» dans la nouvelle disposition, l'article 947 C.c.Q., la structure du Livre quatrième du nouveau code, à l'instar de la portée d'un ouvrage traditionnel,

<sup>53</sup> Voir J. Carbonnier, *Droit civil, Institutions judiciaires et droit civil*, Paris, P.U.F., 1955 au n° 164; J. Ghestin, *supra* note 10 au n° 213; et M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 3, Paris, L.G.D.J., 1926 au n° 41.

<sup>54</sup> Voir Macdonald, *supra* note 21 à la p. 785 et s.

<sup>55</sup> L'art. 406 C.c.B.-C. se lisait comme suit [mes italiques]:

**406** La propriété est le droit de jouir et de disposer *des choses* de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements.

**406** Ownership is the right of enjoying and of disposing *of things* in the most absolute manner, provided that no use be made of them which is prohibited by law or by regulations.

demeure susceptible de nous mener aux mêmes prédispositions favorisant les biens matériels. Si la substance d'un Code civil ou d'un ouvrage porte principalement sur les «choses», le fait d'avoir remplacé ce terme par le mot «biens» ne changera pas les présupposés sous-jacents à l'un ou à l'autre.

Cette prédisposition traditionnelle en faveur des biens au sens de «choses matérielles» est non seulement insuffisante pour comprendre la place et le rôle des droits de la propriété privée incorporelle en droit des biens au Québec en 1997, mais elle est encore plus incompréhensible par rapport aux nouveaux droits de propriété. Ici, la frontière entre les obligations contractuelles et le droit des biens, en ce qui concerne les créances et les droits réels créés par contrat, est de plus en plus obscure. On voit aux États-Unis que le problème de l'expropriation — «takings» — est caractérisé par les efforts des requérants pour donner à plusieurs droits la forme d'un droit des biens afin qu'ils puissent être protégés par la Constitution américaine<sup>56</sup>.

Malgré que nous n'ayons pas — heureusement — pétrifié le droit des biens directement dans nos constitutions canadienne et québécoise, nous sommes susceptibles de subir les mêmes influences. Néanmoins, les droits de propriété privée sont souvent discutés et classifiés dans les débats politiques comme des droits naturels et, selon plusieurs, absolus. Par exemple, dans les débats sur l'enregistrement et le contrôle des armes à feu au Canada, il arrivait souvent que les «droits» à ces dernières soient classifiés comme des droits à la propriété privée, souvent sous la forme d'un droit naturel de se défendre ou de défendre sa propriété. Tout comme le droit des personnes a le potentiel d'«avalier» le droit international public, le droit des biens montre les mêmes tendances impérialistes, surtout lorsqu'il est basé sur les droits naturels de l'individu et qu'il est manifesté par une définition très large d'un bien<sup>57</sup>.

Il est important d'analyser directement ce genre de questions sur la nature changeante d'un bien. Ce que nous valorisons change, les biens changent eux aussi : cela devrait être inclus dans une discussion des biens qui serait moins matérialiste. Si nous limitons la définition d'un bien au départ ou si nous lui donnons une définition trop rigide, nous prenons le risque d'affaiblir le droit des biens ou de le rendre moins flexible et utile.

---

<sup>56</sup> Voir par ex. B.A. Ackerman, *Private Property and the Constitution*, New Haven, Yale University Press, 1977; R.A. Epstein, *Takings : Private Property and the Power of Eminent Domain*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, et N. Mercuro, dir., *Takings, Property and Just Compensation; Law and Economics Perspectives of the Takings Issue*, Boston, Kluwer Academic Publishers, 1992.

<sup>57</sup> Sur la question des droits naturels, voir M. Villey, *Philosophie du droit*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1986; Hobbes, *Les éléments du droit naturel et politique*, Lyon, Éditions L'Hermès, 1977; et H. Kelsen, et al., *Annales de philosophie politique III; le droit naturel*, Paris, P.U.F., 1959. Il faut noter que selon Thomas d'Aquin, de façon générale la propriété est un droit naturel, mais le droit humain peut déterminer si ce droit se manifestera en terme de propriété privée : voir *Summa Theologiae*, II-II, q. 94. Selon l'une des interprétations thomistes modernes les plus influentes, la justice naturelle s'exprimera, dans la plupart des cas, en terme de propriété privée : voir J.M. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1980 à la p. 169 et s.

(iii) *La nature de la propriété privée : son contexte social, économique et philosophique*

Si l'on pouvait avoir un ouvrage en droit des biens incorporant les suggestions données jusqu'ici, on aurait un ouvrage formidable. Qui plus est, les suggestions formulées sont réalisables : les juristes québécois ont déjà la formation pour le faire; il suffit qu'ils y consacrent leurs efforts. Cependant, on peut aller encore plus loin.

Le droit des biens est le fondement non seulement du droit civil tel qu'affirmé ci-haut, mais également, selon plusieurs philosophes, la raison d'être de la société civile. La protection de la propriété privée est une des tâches les plus importantes d'un gouvernement et, selon plusieurs, elle justifie l'entrée en vigueur du contrat social<sup>58</sup>. D'après d'autres encore, il existe des raisons additionnelles pour justifier la propriété privée: l'utilité, le développement de l'individu, le mérite, etc. Il existe une vaste littérature sur l'origine, la justification et les conséquences de la propriété privée<sup>59</sup>, comme les allusions du professeur Lamontagne, avec ses brefs extraits philosophiques en tête de chaque chapitre, nous l'indiquent.

Ainsi, l'attitude envers la propriété privée englobe les valeurs et les motivations d'une collectivité. La propriété privée sert les buts d'une société, soit les buts purement collectifs, soit les buts individualistes (et dans un certain sens utilitaires, qui visent l'addition des utilités individuelles pour déterminer les buts sociétaux et collectifs)<sup>60</sup>. Toutefois, nos collectivités ne s'expriment pas toujours de la même voix quant aux buts, au fondement et aux effets de la propriété privée. Si l'existence de la propriété privée suppose une distribution des biens d'une collectivité, à ce jour aucune société permettant la propriété privée n'a connu une distribution égale de la richesse. Si l'on n'est pas prêt à admettre que ces inégalités sont arbitraires ou qu'elles sont acceptables, il faut continuellement justifier cette inégalité. Et puisque les sociétés évoluent, avec des changements de buts et des constellations de pouvoirs, les justifications évolueront elles aussi, afin qu'elles puissent s'adapter pour expliquer et justifier les relations de propriété et les relations de pouvoir.

De plus, même si la distribution était plus ou moins acceptable et les buts sociaux assez clairs et stables, il faudrait reconnaître que les droits de propriété affectent continuellement la relation entre l'individu et autrui, ainsi que celle entre l'État et l'individu. En effet, on donne beaucoup de pouvoir aux propriétaires, et encore plus à l'État pour les protéger. Il est difficile d'envisager une décision d'un propriétaire qui n'a aucun effet sur quelqu'un d'autre. Il faut justifier ainsi

<sup>58</sup> Le meilleur exemple est la fameuse explication de l'origine de la propriété privée fournie par John Locke : on fait un accord avec les autres qui a l'effet de créer l'État Civil pour formaliser et protéger les droits acquis dans les biens occupés pendant l'état pré-civil. Voir J. Locke, *The Second Treatise of Government*, London, Awnsham & Churchill, 1698, Livres V et VII-X.

<sup>59</sup> Pour commencer, voir C.B. MacPherson, dir., *Property: Mainstream and Critical Positions*, Toronto, University of Toronto Press, 1978.

<sup>60</sup> Voir MacPherson, *ibid.* à la p. 1. Le lien entre la propriété privée et non privée et la téléologie de cette société se trouve dans la tradition philosophique occidentale d'Aristote jusqu'au présent.

la coercition nécessaire pour maintenir un système de propriété privée. C'est ainsi que la propriété privée est — en empruntant un terme à la philosophie — un concept «essentiellement contesté»<sup>61</sup> : il faut continuellement le justifier à cause de ses répercussions sociales à la fois positives et négatives. Sans une telle analyse, il est impossible de maintenir un système qui favorise les uns (souvent les propriétaires et autres détenteurs de droits réels) et qui défavorise les autres.

Finalement, une analyse des explications et des justifications de la propriété privée pourrait nous renseigner sur la nature humaine. Les théories et les justifications de la propriété privée sont souvent liées aux théories encore plus globales sur la nature humaine. Donc, si une justification s'avère plus importante ou plus convaincante que les autres, cela nous en dira beaucoup sur notre nature. Si, au contraire, il en existe plusieurs qui ne sont pas complètement convaincantes mais qui demeurent tout de même partiellement applicables, peut-être devrions-nous accepter une justification pluraliste<sup>62</sup>. Une telle conclusion aura des conséquences importantes pour l'essentialisme : une nature humaine uniforme n'existe peut-être pas, et *pace* Locke et d'autres auteurs de diverses écoles philosophiques, un droit naturel à la propriété privée n'existe pas<sup>63</sup>.

Selon moi, on ne peut jamais discuter du droit des biens sans tenir compte de ce discours en arrière-plan. Le droit, qui est une réflexion de ce discours, doit être expliqué en indiquant la source contextuelle — soit historique, sociale ou philosophique — de ses promulgations. Il est vrai que cette tâche exige beaucoup des auteurs et des enseignants. En réalité, on le fait déjà quand on ne parle que des droits en droit des biens; il a une base philosophique très particulière — et pas nécessairement sans controverse — qui reste sous-jacente à nos présomptions de base<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> W.B. Gallie, «Essentially Contested Concepts», tel que cité dans J. Waldron, *The Right to Private Property*, Oxford, Oxford University Press, 1988 à la p. 51. Selon Gallie, les concepts contestés existent là où l'usage correct d'un concept attire inévitablement la discussion sur l'usage correct lui-même parmi les usagers. J'utilise ce terme dans un sens métaphorique seulement; je ne veux pas me prononcer sur le débat philosophique autour de cette phrase. Voir Waldron, *ibid.* à la p. 51, notes 51 et 52. Pour ce qui est de l'argument voulant qu'il faut justifier la propriété privée en se basant sur l'idée qu'elle sert certains buts d'une société (surtout ceux de la classe dominante), et que les buts changent de temps en temps, voir C.B. MacPherson, «The Meaning of Property» dans MacPherson, dir., *Property*, *supra* note 59 aux pp. 1-2, 11-13.

<sup>62</sup> Voir S. Munzer, *A Theory of Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

<sup>63</sup> Je parle de Locke au sens populaire (et probablement mal interprété), comme défenseur d'un droit de propriété absolu qui précède l'existence de l'État. Cependant, il est plus exact de dire que sa théorie de la propriété privée n'a jamais postulé une notion de la propriété absolue mais, au contraire, qu'elle manifeste les limites traditionnelles du droit naturel de Thomas d'Aquin et de ses successeurs intellectuels : Suárez, Grotius et Pufendorf. Voir J. Tully, *A Discourse on Property* [:] *John Locke and his adversaries*, Cambridge, Cambridge University Press, 1980, et plus récemment, G. Sreenivasan, *The Limits of Lockean Rights in Property*, New York, Oxford University Press, 1995.

<sup>64</sup> Pour une exposition classique dans l'histoire du droit des biens en droit civil, voir M. Portalis, «Discours prononcé devant le corps législatif» (le 17 janvier 1804), dans Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, 1827, t. 8, aux pp. 142-157. Pour des critiques des fondements de cette position, voir MacPherson, *supra* note 61.

Malheureusement, les ouvrages en droit des biens en droit civil parlent souvent des droits de la propriété sans les situer dans un contexte<sup>65</sup>. Or, il faut lier la propriété aux présupposés de base de la nature humaine (ou non), à l'origine historique actuelle ou métaphorique, etc., et aux droits qui s'y rattachent, ou encore aux buts de la collectivité, qui les expliquent. Il ne s'agit pas d'oublier le droit positif ou de le laisser tomber au deuxième rang. Pas du tout. Cependant, il faut faire ressortir la base contextuelle pour que le droit positif soit plus clair, plus logique et plus justifiable. Là où cela s'avère impossible, la base contextuelle peut tout de même servir comme point de référence et comme source pour la réforme du droit. Par exemple, lorsqu'on parle d'expropriation, l'origine de la propriété privée est tout à fait cruciale pour tenter de pondérer les droits et besoins individuels et ceux de l'État<sup>66</sup>. Les pondérations requises par l'article 952 C.c.Q. s'accrochent à de telles origines. Or, dans Lamontagne ainsi que Lafond, une telle discussion de base sur l'expropriation n'existe pas.

Comment faire? D'abord, il faut admettre et examiner les sous-entendus du Code civil. L'ouvrage *Quebec Civil Law*, écrit sous la direction de J.E.C. Brierley et R.A. Macdonald<sup>67</sup>, en est un qui tient compte du contexte du droit civil québécois. Dans la première partie, les auteurs ont tenté de mettre le droit civil québécois dans son contexte social, historique et philosophique<sup>68</sup>. Toutefois,

---

<sup>65</sup> Heureusement, Lafond nous donne un peu d'histoire dans son introduction, ainsi que des histoires, de temps en temps, de certaines qualifications, comme meuble/immeuble : Lafond, *supra* note 5 aux pp. 1-20, et 33-36, par exemple. Lamontagne, *supra* note 12 ne donne que des citations philosophiques en tête des chapitres. On voit la même lacune dans Carbonnier: voir *Droit civil*, t. 3: *Les biens, monnaie, immeubles, meubles*, 16<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 1995, *passim*. À cet égard, l'ouvrage de Terré et Simler me semble meilleur; par exemple, on y trouve des discussions étendues sur la nature de la propriété, sur l'histoire ainsi qu'une analyse de la nature d'un bien : *Droit civil : les biens*, *supra* note 10 aux pp. 11-45, et au c. 1, section 1 aux pp. 53-75. Mais là encore, il faut aller plus loin en liant de tels arguments aux dispositions des codes civils.

<sup>66</sup> Si l'on perçoit les droits à la propriété privée comme étant des droits naturels dont l'origine précède la naissance de l'État, on est plus susceptible d'accorder des droits au propriétaire au détriment de l'État; par contre, si l'on pense, comme Bentham, que la propriété privée est une création de l'État et qu'elle n'existe pas sans l'État, le contraire s'ensuit. Les débats aux États-Unis s'articulent souvent en ces termes.

<sup>67</sup> *Quebec Civil Law*, *supra* note 2.

<sup>68</sup> Dans une certaine mesure, je suis plus ou moins d'accord avec l'argument de Pierre Legrand (jr) dans son «review article», «*Antiqui juris civilis fabulas*» (1995) 45 U.T.L.J 311 sur la tradition générale des textes en droit civil. Cependant, je ne suis pas d'accord que *Quebec Civil Law* est un texte qui se place carrément dans la tradition générale. Dans une seule phrase, Legrand minimise le rôle que joue la première partie du livre dans le contexte d'une lecture globale du livre. Pourtant, la compréhension du droit civil selon la structure et la philosophie des auteurs de ce texte exige la lecture de la deuxième partie à la lumière de la première. Il est ironique que Legrand lise la première partie du livre comme si elle était détachable du reste de l'oeuvre, et ce même si cette première partie présente le fondement nécessaire pour analyser et comprendre la deuxième partie. Ce faisant, Legrand commet lui-même une des erreurs pédagogiques qu'il désire corriger dans la tradition civiliste, soit celle de lire le texte d'une façon trop étroite et détachée.

en ce qui concerne le fondement du droit des biens, il faut aller beaucoup plus loin que l'on pourrait le faire dans un ouvrage général.

L'objectif est à la fois descriptif et prescriptif. D'abord, il s'agit d'identifier la nature de la propriété privée, ses pouvoirs et ses limites, surtout en ce qui concerne les impératifs collectifs, pour encadrer les buts de notre société. Ceci implique qu'on place la propriété dans son contexte historique, sociologique ou économique. Deuxièmement, il faut identifier le genre de société qu'on avait, qu'on a présentement et, surtout, qu'on voudrait avoir. À chaque étape, il faut être conscient des présupposés de base de la notion de propriété et des biens. Ensuite, on doit se demander s'il s'agit toujours de la base sur laquelle on veut bâtir un Code civil et une collectivité. C'est un travail qui dépasse les simples analyses du Code civil, mais seul ce travail nous permettra d'acquérir une compréhension profonde du droit des biens et du droit civil<sup>69</sup>.

Ce genre d'analyse nous oblige à poser des questions fondamentales — questions qui sous-tendent tout le droit des biens. Ainsi, en droit civil, l'élaboration traditionnelle des droits de la propriété privée commence par une analyse du droit de propriété lui-même, droit que plusieurs considèrent être l'archétype du droit des biens (parfois qualifié de *dominium*). L'ensemble des trois éléments, l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*, est traité comme le paradigme, comme étant parfait ou complet, en droit des biens. Selon le *Code civil du Québec*, il est le point de départ de la taxonomie des pouvoirs sur les biens, meubles ou immeubles. Les autres façons de détenir un titre sont traitées comme des cas limites ou incomplets, souvent temporaires, soit la division des droits entre copropriétaires, soit le démembrement. C'est surtout la plénitude des pouvoirs — des droits — qui existe dans ce concept.

Mais est-ce qu'on peut dire que cette position privilégiée de la propriété privée *cum dominium* est explicable au niveau de la théorie ou de l'histoire? N'est-elle pas plutôt un faux paradigme, étant donné les restrictions sur les pouvoirs de la propriété privée imposées par la coutume, la situation physique d'un bien et, aujourd'hui, les autres règlements qui limitent les droits ou imposent des obligations aux titulaires?

Il est difficile sinon impossible de dire que la propriété ait jamais existé sans limites, soit en théorie soit en pratique. Alors, pourquoi réserve-t-on la place primordiale au concept de propriété non limitée, s'il n'a jamais été possible? Et pourquoi placer les autres modalités au deuxième rang quand elles sont souvent aussi importantes en pratique — par leur utilité, leur valeur, etc. — que le *dominium*? Au niveau structurel et pédagogique il n'existe aucune raison de les traiter comme des exemples moins complets que le *dominium*. Avec les changements dans la nature de la société vis-à-vis la propriété privée — par

---

<sup>69</sup> Un exemple d'un ouvrage qui essaie de fournir une telle présentation en *common law* est celui du professeur Ziff. Des discussions historiques, philosophiques et sociales précèdent l'exposé du droit positif et l'auteur se réfère périodiquement à celles-là dans son analyse de celui-ci. Voir B. Ziff, *Principles of Property Law*, Toronto, Carswell, 1993 aux pp. 1-33, 35-62 et, surtout, 16-27.

exemple les immeubles deviennent moins importants que les meubles, et surtout moins importants que les meubles incorporels, tandis qu'on voit une hausse de popularité de la copropriété divise (les condominiums) — le *dominium*, au sens traditionnel de la plénitude de pouvoirs sur un immeuble, est de moins en moins la façon la plus commune de détenir la propriété. La philosophie, la sociologie et la pratique du droit des biens nous mènent à une conclusion plus convaincante que le paradigme traditionnel. Une notion de la propriété plus limitée serait plus efficace pour expliquer, justifier et organiser notre système de biens.

Un autre exemple qui illumine le rôle de ce genre d'analyse découle des changements apportés par le *Code civil du Québec* au droit des fiducies. Plus tôt j'ai évoqué les conséquences de ces innovations sur la structure et la substance du droit civil québécois. Or ces changements touchent aussi la base philosophique du droit des biens. En d'autres termes, si la fiducie remet en question la fonction fondamentale des droits réels, elle en fait autant des supposés attributs du bien. La nature d'un bien est caractérisée par un droit d'exclure autrui, un droit opposable à tous. S'il ne s'agit pas d'un droit réel, le droit exclusif est moins absolu. Cela signifie-t-il un changement au concept de base? Les droits vraiment exclusifs, sont-ils encore possibles<sup>70</sup>? Ce sont des questions profondément liées aux présupposés de base de notre société : les droits et les obligations de l'individu, la collectivité, sa téléologie et son évolution.

Une façon plus commune d'aborder ces questions est d'identifier les diverses justifications de la propriété privée et de les utiliser pour expliquer le cadre du droit des biens et de les lier aux règles particulières. Veut-on protéger un droit naturel? Un droit de premier acquéreur? L'utilité des biens et de leur exploitation? Ou veut-on promouvoir le développement des individus ou la collectivité? Cette analyse nous permettra d'expliquer les diverses institutions du *Code civil du Québec*, comme par exemple l'usufruit et la fiducie, les articles du Code, telles les règles sur l'expropriation ou la prescription acquisitive, et nous aidera à pondérer les besoins de l'individu et de la collectivité. Ce sont, entre autres, des justifications traditionnelles de la propriété privée qui mènent à l'imposition de droits ou d'obligations.

Une autre façon d'entreprendre ce travail est d'éclairer la doctrine traditionnelle par «perspectives». En effet, le peu de commentaires de ce genre dans la doctrine traditionnelle indique une prédisposition en faveur de l'orthodoxie. Or, les interprétations hétérodoxes sont d'un intérêt encore plus grand pour alimenter la réflexion sur le nouveau code. Par exemple, un point de

---

<sup>70</sup> En fait, *ont-ils jamais été possibles*? L'argument selon lequel les droits absolus à la propriété privée n'ont jamais été justifiés dans l'histoire philosophique du concept de la propriété et que les droits absolus n'existent ni en droit civil ni en *common law* est le sujet de ma thèse de doctorat intitulée provisoirement «The Deontology of Private Property».

Pour un excellent exemple d'un article qui essaie de remettre en question les bases du droit civil, voir Macdonald, «Reconceiving the Symbols of Property», *supra* note 21. *Contra* Brierley, «Regards sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec», *supra* note 27.

vue de l'analyse économique du droit peut nous aider à interpréter les dispositions sur la protection du capital dans un usufruit ou une substitution. Les perspectives «féministes» et «critiques» nous aident à comprendre et à réformer d'autres règles. Si les auteurs civilistes font parfois ce genre d'analyse en diagonale, il faudrait plutôt que la discussion soit claire et explicite, d'une manière qui oblige les défenseurs d'une ou de l'autre thèse à déclarer le fondement de leur pensée.

Ce genre d'étude fait ses débuts en droit civil, surtout dans les articles de revues juridiques<sup>71</sup>. Mais, pour que ces perspectives soient disséminées dans le monde juridique québécois, il faut les inclure dans les ouvrages de base : ceux-ci doivent adopter une approche plus globale, plus pluraliste. Loin de remplacer la doctrine traditionnelle, ces perspectives doivent la côtoyer, afin que les unes nourrissent l'autre et vice-versa. C'est surtout en droit des biens que de telles études vont nous mener à rejeter des théories qui véhiculent une seule explication ou justification du droit des biens ou un seul système formel pour l'encadrer. Finalement, il faut adopter une démarche comparative et se demander comment les autres collectivités et systèmes de droit, soit en droit civil, soit en *common law*, soit en droit autochtone ou autres, règlent les mêmes situations, et pourquoi ils sont différents ou similaires.

Le domaine du droit des biens change continuellement : pensons à la législation dans les domaines du droit autochtone, du droit de l'environnement, des ressources naturelles, etc. Avec les nouvelles technologies et la propriété intellectuelle, l'importance accrue de la valeur des fonds et d'autres biens incorporels, et d'autres changements qui élargissent son champ, le droit des biens risque d'avaler les autres branches du droit civil. Sa doctrine ne peut plus se permettre le luxe de déléguer l'étude de ces questions aux ouvrages du droit des obligations ou des monographies spécialisées. En d'autres termes, il n'est pas question de supprimer ou de remplacer les ouvrages traditionnels; au contraire, il s'agit de les augmenter et de les approfondir.

Je suis toujours d'avis que les ouvrages traditionnels en droit des biens, comme *Biens et propriété* de Lamontagne et *Droit des biens* de Lafond, sont indispensables. Ce sont des photographies du monde juridique tel qu'il existe en ce moment. Mais, comme toute photographie, il est difficile, sinon impossible, de comprendre ce qui la précédait ou ce qui la suivra. Le droit civil au Québec devra donc attendre d'autres titres pour entreprendre une discussion sur l'évolution et l'avenir de la propriété privée, et pour servir de guide à la prochaine étape du droit des biens. En effet, on s'attend à ce qu'une troisième et une quatrième dimensions soient ajoutées à la photographie, celles de la profondeur et de la perspective.

---

<sup>71</sup> Voir par ex., H. Dumont, *Femmes et Droit : 50 ans de vie commune... et tout un avenir*, Les Journées Maximilien-Caron 1991, Montréal, Les Éditions Thémis, 1993.

*Le contrat d'adhésion: de son émergence à sa reconnaissance.*

Par NATHALIE CROTEAU.

Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, xvi 179 pp. (29,95 \$).

*Compte rendu de René Provost\**

Pour la théorie générale des obligations en droit civil, attachée envers et contre tout au principe de l'autonomie de la volonté comme base nécessaire de la force obligatoire du contrat, le phénomène du contrat d'adhésion présente un dilemme. Comment en effet soutenir qu'un accord caractérisé avant tout par la détermination unilatérale de toutes les stipulations essentielles puisse être l'expression libre de deux volontés autonomes? C'est sans doute la raison pour laquelle l'acceptation de la notion même de contrat d'adhésion en droit civil a longtemps posé problème, tant au Québec qu'en France et dans d'autres systèmes de droit civil.

L'adoption du nouveau *Code civil du Québec*, entré en vigueur en janvier 1994, a signalé l'incorporation dans le droit commun de nombreux éléments d'une nouvelle morale contractuelle, en partie déjà développée au fil des ans dans des lois particulières comme la *Loi sur la protection du consommateur*<sup>1</sup>. Loin d'être révolutionnaire, la réforme a plutôt codifié certaines pratiques jurisprudentielles et développé avec beaucoup (certains diront trop!) de prudence le droit dans d'autres secteurs. Ainsi le législateur incorpore-t-il la notion de contrat d'adhésion à l'article 1379 C.c.Q., mais d'autre part il limite l'application d'institutions de protection contre des injustices contractuelles telles les clauses abusives, que l'Office de révision du Code civil (O.R.C.C.) avait proposées comme régime général applicable à tous les contrats<sup>2</sup>. Malgré tout, il s'agit d'un pas en avant vers la reconnaissance de l'inégalité quasi systématique des parties lors de la négociation des termes du contrat. En reconnaissant ce que l'on a décrit comme le «pouvoir normatif privé»<sup>3</sup> de contractants, habituellement des compagnies, qui rédigent des contrats types imposés à tout un segment de la population, on accorde enfin au juge une plus grande liberté d'intervention afin de protéger les parties faibles contre les abus auxquels se prête ce genre de pouvoir privé.

Avec son mémoire de maîtrise déposé en 1995 et publié l'année dernière, Nathalie Croteau nous offre la première monographie consacrée au contrat d'adhésion en droit civil québécois. L'ouvrage, relativement court, se divise en deux parties presque égales qui reprennent le sous-titre du livre, la première

\* René Provost, de la Faculté de droit et Institut de droit comparé, Université McGill, Montréal, Québec.

<sup>1</sup> L.R.Q., c. P-40.1. Voir J. Pineau, «La philosophie générale du Code civil du Québec» (1992) 71 R. du B. can. 423.

<sup>2</sup> Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1, Projet de Code civil du Québec, Québec, Éditeur officiel, 1978 à la p. 345 (Livres V art. 76).

<sup>3</sup> G. Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1973 à la p. 8.

portant sur l'émergence graduelle et incertaine du contrat d'adhésion sous le régime du *Code civil du Bas-Canada*, la seconde sur la reconnaissance de cette institution dans le *Code civil du Québec*.

Le livre débute donc par un survol de l'évolution du contrat d'adhésion en droit civil québécois d'avant la réforme, avec de brèves incursions en droit étranger. Comme le concept semble avoir suscité plus d'enthousiasme dans la doctrine que parmi les juges ou auprès du législateur, l'analyse reste assez générale et surtout rattachée à la place de l'autonomie de la volonté dans la théorie générale des obligations.

Deux grandes écoles s'affrontent dans l'analyse du contrat d'adhésion, l'une contractuelle et l'autre anticontractuelle. Pour les anticontractualistes, le 'contrat' d'adhésion n'en est pas un car il n'y a pas véritable échange de consentements libres et éclairés. Comment en effet parler de rapports contractuels dans des rapports entre, par exemple, le consommateur et la compagnie détenant un monopole sur la production et la distribution d'électricité ou de gaz? On a nié qu'une telle situation laissait à l'adhérent un pouvoir décisionnel réel, tant pour le contenu du contrat, le choix du cocontractant et même la décision de consentir ou non. Le monopole ne laisse par définition aucune solution de rechange quant à l'identité du contractant et se montre rarement réceptif à la négociation des termes du contrat. Quant au choix de contracter ou non, l'exemple de la fourniture d'électricité souligne assez clairement le caractère factice ou artificiel du 'choix', l'option de vivre sans électricité n'existant pas véritablement pour la plupart des gens. On a ainsi dénoncé la nature pratiquement réglementaire de ces rapports, qui n'auraient de contractuel que le nom<sup>4</sup>.

Cette approche anticontractuelle tente de justifier le caractère obligatoire de ce genre de 'contrat' par la théorie de l'acte unilatéral, qui n'a jamais trouvé grande faveur en France ou au Québec. De même, l'explication anticontractuelle du contrat d'adhésion a été globalement rejetée par la doctrine dans ces deux systèmes juridiques, dans la foulée du refus des tribunaux de considérer le contrat d'adhésion comme une classe distincte de contrats en vertu du droit commun. Dans la doctrine et dans d'autres systèmes civilistes plus ouverts à cette notion, on a surtout insisté sur la liberté toujours présente de ne pas contracter, quitte à devoir se priver des bénéfices du contrat, liberté qui souligne le caractère consensuel du contrat d'adhésion<sup>5</sup>. Il s'agit entre autres d'un concept central de la théorie des obligations en droit civil allemand, où l'on distingue le *Gestaltungsfreiheit*, consentement aux termes du contrats, et le *Abschlussfreiheit*, consentement à être lié par le contrat<sup>6</sup>. C'est d'ailleurs la voie

<sup>4</sup> Croteau, aux pp. 33-37; M. Tancelin, *Source des obligation — L'acte juridique légitime*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993 aux pp. 242-46.

<sup>5</sup> *Ibid.* aux pp. 37-41.

<sup>6</sup> N. Wilson, «Freedom of Contract and Adhesion Contracts» (1965) 14 Int'l & Com. L. Quart. 172, à la p. 181; A. Lenhoff, «Contracts of Adhesion and Freedom of Contract: A Comparative Study in the Light of American and Foreign Law» (1962) 36 Tulane L. Rev. 481; H. Micklitz, «La loi allemande relative au régime juridique des conditions générales du contrat du 9 décembre 1976», [1989] 1 R.I.D.C. 101.

qu'a empruntée le *Code civil du Québec*, qualifiant le contrat d'adhésion de 'contrat' pour mieux le soumettre à un contrôle plus rigoureux de la part des tribunaux.

La reconnaissance du contrat d'adhésion dans la réforme du *Code civil*, qui fait l'objet de la seconde partie de l'ouvrage, est issue d'une courte réaction plutôt que d'une longue réflexion. En effet, si l'on examine le projet de l'O.R.C.C., on n'y retrouve pas d'écho du contrat d'adhésion, mode ponctuel de protection de la partie contractante dont la faiblesse est avérée, mais plutôt une large ouverture à l'intervention du tribunal, au nom de l'équité, dans tous les contrats. On proposait ainsi la révision du contrat par le juge en cas de lésion, d'imprévision, ou encore en présence de clauses externes ou abusives<sup>7</sup>. Face à l'opposition marquée de certains milieux pour qui cette invitation à l'interventionnisme judiciaire menace la stabilité des relations contractuelles, le législateur québécois restreint la portée de ces règles d'équité à deux types de contrats bien précis, dont le contrat d'adhésion<sup>8</sup>.

On définit le contrat d'adhésion à l'article 1379 C.c.Q.: «Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées.» L'auteure compare cette définition avec celles proposées par la doctrine et la jurisprudence avant l'entrée en vigueur du nouveau code, dans lesquelles on proposait une liste variée de critères dont les plus fréquemment mentionnés étaient l'imposition du contrat, l'impossibilité de négociation, la rédaction unilatérale du contrat, et l'inégalité économique ou technique des parties<sup>9</sup>. Malgré le fait que l'on ait observé que le contrat d'adhésion ne soit «pas rigoureusement définissable»<sup>10</sup>, on note que trois de ces quatre éléments se retrouvent dans la définition de l'article 1379 C.c.Q., qui reste donc classique. Pour l'auteure, il s'agit d'une définition appelant une application objective des critères, dans le cadre de laquelle la personnalité de l'adhérent sera globalement impertinente<sup>11</sup>. La clarté apparente de la définition du contrat d'adhésion ne devrait cependant pas obscurcir la difficulté d'en arriver à une application systématique de cette institution. Les premières considérations jurisprudentielles de ces nouvelles règles paraissent d'ailleurs confirmer la difficulté, les arrêts appliquant de manière très variable — et parfois même très douteuse — les critères fournis par le *Code civil du Québec*<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> Projet de Code civil du Québec O.R.C.C., *supra* note 2, Livre V, art. 25, 37 et 75-76.

<sup>8</sup> L'autre étant le contrat de consommation, défini à l'article 1384 C.c.Q.

<sup>9</sup> Croteau, aux pp. 84-93; B. Moore, «À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois» (1994) 28 R.J.T. 177 à la p. 204.

<sup>10</sup> J. Carbonnier, *Droit civil — Les obligations*, 20<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1996 à la p. 84, n<sup>o</sup> 35.

<sup>11</sup> Croteau, aux pp. 91-92.

<sup>12</sup> Croteau, aux pp. 93-95; J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *Théorie des obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 1996 aux pp. 49-56; N. Vézina, «Réactions judiciaires à quelques nouveautés du droit des obligations», in Barreau du Québec, *Développements récents en droit civil*, Cowansville (Québec), Yvon Blais, 1995, 71 aux pp. 89-97.

Au-delà des difficultés dans la qualification des contrats dans certains cas, la grande majorité — 99%, affirme-t-on — des contrats pourraient légitimement se voir qualifiés d'adhésion. Les institutions visant à protéger les adhérents en acquièrent par le fait même une importance considérable et, au premier rang de ces institutions, se trouve la possibilité de réduire ou d'annuler les clauses abusives. Le concept de clause abusive repose sur le déséquilibre excessif et déraisonnable des prestations de l'adhérent par rapport à celles du stipulant<sup>13</sup>. De prime abord, le concept rappelle celui de la lésion, lui aussi fondé sur le déséquilibre des prestations, mais dont l'application aux contrats passés par des personnes capables s'avère extrêmement limitée en droit commun (articles 1405 et 1406 C.c.Q.).

De ce point de vue, la disposition sur la clause abusive constituerait une ouverture, dans le contexte des contrats d'adhésion, aux principes d'équité qui sous-tendent la lésion entre majeurs<sup>14</sup>. Un examen des éléments constitutifs de la clause abusive et de la lésion objective et subjective telle qu'on la retrouve au *Code civil du Québec* et dans la *Loi sur la protection du consommateur* (articles 8 et 9) souligne en effet la parenté entre ces institutions<sup>15</sup>. La clause abusive n'est cependant pas fille que de la lésion. Elle participe ainsi non seulement de la protection de la partie faible au contrat, aspect lésionnaire, mais aussi de la défense de l'ordre public, heurté par l'utilisation des relations contractuelles pour imposer des termes sans rapport avec le but légitime de ces relations. À cet égard, la clause abusive constitue réellement une innovation en droit civil québécois.

Dans les travaux de l'O.R.C.C., on indique que la disposition sur les clauses abusives est inspirée de la *Unconscionable Transactions Relief Act* de l'Ontario<sup>16</sup>. Cela n'implique bien sûr pas que l'on puisse importer en droit civil québécois les interprétations de cette dernière. On saurait par ailleurs difficilement se priver des enseignements que peut nous offrir le droit comparé dans un tel cas. Comme le rappelait la Cour suprême dans l'affaire *Caisse populaire des Deux-Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*<sup>17</sup> à propos du droit des assurances, largement importé de systèmes juridiques étrangers:

---

<sup>13</sup> Art. 1437 C.c.Q.:

«La clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible.

Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent de manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi; est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celle-ci.»

<sup>14</sup> Pour la distinction à faire entre lésion et clause abusive, voir P.-G. Jobin, «Les clauses abusives» (1996) 75 R. du B. can. 503 aux pp. 506-08.

<sup>15</sup> Croteau, aux pp. 104-17.

<sup>16</sup> R.S.O. (1960), c. 410.

<sup>17</sup> [1990] 2 R.C.S. 995.

«Cette similarité apparente des règles fondamentale ne doit cependant pas nous faire oublier que les tribunaux se doivent d'assurer au droit des assurances un développement qui reste compatible avec l'ensemble du droit civil québécois, dans lequel il s'insère. Ainsi, si les arrêts de juridictions étrangères [...] peuvent avoir un certain intérêt lorsque le droit y est fondé sur des principes similaires, il n'en reste pas moins que le droit civil québécois a ses racines dans des préceptes qui lui sont propres et s'il peut être nécessaire de recourir au droit étranger dans certains cas, on ne saurait y puiser que ce qui s'harmonise avec son économie générale.»<sup>18</sup>

Ce travail d'adaptation des sources étrangères à l'économie générale du droit civil exige une compréhension profonde à la fois du système étranger et du droit civil québécois. Il s'agit là d'une tâche difficile, mais que ne devrait pas éviter un ouvrage consacré exclusivement au contrat d'adhésion et à ses institutions, comme la clause abusive, où l'emprunt au droit étranger est indéniable. C'est à ce niveau que l'oeuvre sous étude accuse les faiblesses les plus marquées. On ne consacre en effet qu'une discussion plutôt superficielle à l'analyse de la notion d'*unconscionability* en common law canadienne et en vertu du «*United [sic] Commercial Code*» américain<sup>19</sup>. Quant à ce dernier, analysé essentiellement sur la base de commentaires doctrinaux français, on reprend la distinction proposée par Arthur Allan Leff entre le *procedural unconscionability* et le *substantive unconscionability*, pour conclure sans en discuter que «[l]e texte de l'article 1437 C.c.Q. se prête aux mêmes commentaires»<sup>20</sup>.

Or, ce constat semble de prime abord surprenant puisque l'application de cette disposition du *Code civil du Québec* repose sur une prémisse d'inégalité des parties contractantes, traduite par la qualification du contrat comme en étant un d'adhésion, prémisse absente dans le contexte du *Uniform Commercial Code* où la notion d'*unconscionability* est applicable à tous les contrats. De même, cette notion en common law canadienne est analysée très brièvement, pour conclure encore un fois à sa similarité avec la norme de l'article 1437 C.c.Q. L'auteure en particulier souligne le caractère à la fois objectif et subjectif de l'*unconscionability* de common law, qu'elle rapproche de son analyse de la disposition québécoise. La proposition paraît intéressante, mais on eût souhaité encore une fois une discussion plus en détails, et une recherche plus systématique des sources de common law.

L'analyse de notions se rapprochant de la clause abusive québécoise dans d'autres systèmes civilistes, elle, brille par son absence. Cela est d'autant plus surprenant que le droit civil français offre une pratique importante et intéressante depuis l'adoption en 1978 de la *Loi «Scrivener»*<sup>21</sup>. Il s'agit d'une loi visant à protéger les consommateurs contre les clauses abusives imposées par abus de puissance économique et conférant au professionnel un avantage excessif. Elle produit ses effets d'abord de manière réglementaire, certaines clauses pouvant

<sup>18</sup> *Ibid.* à la p. 1004 (le juge L'Heureux-Dubé pour la Cour).

<sup>19</sup> Croteau, aux pp. 117-23.

<sup>20</sup> *Ibid.* à la p. 119.

<sup>21</sup> *Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services*, D.1978.L.86, J.O. 11 janvier 1978, p. 301 (surnommée *Loi Scrivener* en référence à Mme Scrivener, secrétaire d'État à la consommation, qui a guidé le projet).

être déclarées abusives par décrets du Conseil d'État sur recommandation de la Commission des clauses abusives. Des types de clauses concernant la formation, les effets et les recours contractuels ont ainsi été déclarés abusifs. On peut aussi invoquer le caractère abusif d'une clause au cours d'une instance et ainsi provoquer un contrôle judiciaire de celle-ci<sup>22</sup>.

De même, la Communauté économique européenne a adopté une directive sur les clauses abusives dans les contrats de consommation en 1993, reflétant ainsi la pratique quasi unanime des États membres<sup>23</sup>. Aux termes de la directive, «une clause dans un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat»<sup>24</sup>. Cette directive a engendré une activité législative et doctrinale importante, par exemple la préparation de diverses listes «noires» et «grises» de clauses présumées abusives, de manière réfragable ou non. Encore une fois, ces institutions ne peuvent être importées telles quelles en droit civil québécois. Il ne s'agit pas de cela, mais plutôt de ne pas se priver d'une pratique qui peut nous aider à développer intelligemment notre propre concept de clause abusive dans le *Code civil du Québec*. On eût souhaité qu'un ouvrage consacré au contrat d'adhésion s'ouvre à une telle pratique et tente d'en tirer les leçons pertinentes pour le droit civil québécois.

Malgré ces critiques, qui n'atteignent pas le texte dans ce qu'il contient mais plutôt dans ce qu'il omet, *Le contrat d'adhésion* reste un ouvrage solide de débroussaillage de la notion dans le nouveau *Code civil*. Il y a beaucoup à dire sur ce sujet, qui a provoqué dans certains systèmes une réflexion sur l'ensemble du droit des obligations. La critique du concept même de contrat d'adhésion dans le droit civil québécois reste à faire. L'auteure, dans sa conclusion, réfère à la théorie féministe du droit<sup>25</sup>; il eût été intéressant d'incorporer cette approche et, plus généralement, de traiter la matière de façon plus critique dans l'ensemble de l'ouvrage. Il ne faut pas sous-estimer les écueils d'une telle entreprise, mais plutôt espérer que cet ouvrage générera d'autres efforts complémentaires ou encore une seconde édition du même livre, ce que nous lui souhaitons.

---

<sup>22</sup> Voir l'analyse très complète de J. Ghestin, *Les obligations \_ le contrat: formation*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1988 aux pp. 670-740 (dans un passage qui a été omis de la troisième édition du volume). La Loi Scrivener a été modifiée plusieurs fois, notamment par la Loi n° 95-96 du 1<sup>er</sup> février 1995 qui l'a incorporée à l'article L. 132-1 du Code de la consommation, adoptant le standard de «déséquilibre significatif» mis de l'avant par la directive européenne 93-13-CEE. Voir G. Paisant, «Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la Loi n° 95-96 du 1<sup>er</sup> juillet 1995» D.1995.chron.99.

<sup>23</sup> Pour un tour d'horizon européen, où l'unanimité apparaît au niveau du concept de la clause abusive plutôt que dans la formulation de ses règles d'application, voir J. Ghestin et I. Marchessaux-Van Melle, «Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens», in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels — comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996 aux pp. 1-72.

<sup>24</sup> Directive n° 93-13-CEE du 5 avril 1993, *J.O.C.E.* L.95, 21 avril 1993, p. 29. Voir généralement M. Trochu, «Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs» D.1993.Chron.315.

<sup>25</sup> Croteau, à la p. 161.