

LA COUR SUPRÊME ET LA RÉFORME DU CODE CIVIL

Pierre-Gabriel Jobin*

Montréal

L'influence de la Cour suprême sur le droit du Code civil du Bas-Canada fut si marquante qu'elle fait la démonstration que la jurisprudence peut être une véritable source de droit. Dans la réforme du Code civil, si le législateur n'a pas retenu toutes et chacune des décisions de la Cour sur le Code civil du Bas-Canada, il en a codifié la majeure partie, et les plus significatives. Inversement, depuis une dizaine d'années, le nouveau code a inspiré la Cour dans l'interprétation de l'ancien et même dans l'interprétation de la common law. L'époque noire de l'uniformisation systématique du droit québécois avec la common law est révolue; de nos jours, l'approche du droit civil par la Cour suprême est enrichie par une conception intelligente et respectueuse du droit comparé. Ce phénomène est une raison de plus de regretter que la Cour rende si peu de décisions en droit civil.

The Supreme Court's influence on the law of the Civil Code of Lower Canada was so determining that it demonstrates that jurisprudence can be a true source of law. In the reform of the Civil Code, not all holdings of the Court were followed by the legislature, but the majority, and the most significant ones were codified. The dark era of the systematic «uniformisation» of Québec law with the common law is over; nowadays the Court's approach to the civil law is enriched by well-conceived and respectful comparative law. This is yet another reason to regret that so few civil law decisions are handed down by the Court.

Introduction	28
I – Une histoire riche	29
II – Les grands virages	31
1 – Responsabilité du gardien d'un bien	31
2 – Le principe de la bonne foi	32
3 – L'enrichissement injustifié	34
4 – Les sources du droit	35
III – Une jurisprudence abandonnée	37
IV – Le nouveau code comme source de droit comparé	40
Conclusion	42

* Pierre-Gabriel Jobin, professeur et membre de l'Institut de droit comparé, Faculté de droit, Université McGill, Montréal, Québec. L'auteur remercie son assistant de recherche monsieur Michel Bédard ainsi que la Fondation Wainwright.

Introduction

Les *Commentaires du ministre de la Justice sur le Code civil du Québec* citent les arrêts de la Cour suprême du Canada en relation avec seulement 16 articles du Code civil du Québec. Et encore! Ce n'est pas toujours pour indiquer que l'arrêt a été codifié. C'est parfois pour faire une allusion générale, voire pour souligner que le nouveau code écarte une règle qu'avait posée la Cour¹. Ailleurs, les *Commentaires du ministre* font une allusion générale à « la jurisprudence » comme source d'une disposition; en fait sous cette expression évasive se cache assez souvent un arrêt de la Cour suprême, mais le ministre n'a pas jugé utile de le mentionner.

Sur cette question, comme sur bien d'autres, d'ailleurs, les *Commentaires du ministre* projettent une fausse impression². En réalité, la jurisprudence du Code civil du Bas-Canada et spécialement celle de la Cour suprême du Canada ont exercé une très forte influence sur la réforme du Code civil.

Certes, la réforme a entraîné une transformation réelle, parfois profonde, dans certains domaines; on pense ici spécialement au droit international privé, au droit des sûretés réelles mobilières, et au droit de la preuve. Dans ces matières la jurisprudence a joué un rôle secondaire et c'est plutôt la législation du reste du Canada et d'autres pays qui a fortement influencé la réforme; on peut dire que le droit comparé a été à l'honneur dans la réforme³. Mais, il n'est pas superflu de le répéter, la majorité des dispositions du Code civil du Québec reprennent en substance celles du Code civil du Bas-Canada ou des règles élaborées par les tribunaux dans le cadre de l'ancien code⁴. La jurisprudence antérieure à la réforme est donc très présente dans le nouveau code.

Dans une large mesure, décrire le rôle de la Cour suprême dans la réforme du Code civil revient à examiner son influence sur le droit civil québécois lui-même, tel qu'il existait à la veille de l'adoption du nouveau code en 1991. Cette

¹ Québec, ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice. Le Code civil du Québec*, Québec, Publications du Québec, 1993 aux art. 313, 606, 919, 1376, 1442, 1458, 1473, 1493, 1778, 2094, 2345, 2364, 2638, 2809, 3109 et 3126.

² Sur ce sujet, voir D. Jutras, «Le ministre et le Code – Essai sur les *Commentaires*» dans *Mélanges Paul-André Crépeau*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, 451.

³ Sur ce sujet, voir notamment H.P. Glenn, «Le droit comparé et l'interprétation du Code civil du Québec» dans *Le nouveau Code civil : Interprétation et applications. Journées Maximilien Caron 1992*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, 176; P.-G. Jobin, «Le droit comparé dans la réforme du Code civil du Québec et sa première interprétation» (1997) 38 C. de D. 477. Voir cependant P.-G. Jobin, «La modernité du droit commun des contrats dans le Code civil du Québec : quelle modernité?» (2000) R.I.D.C. 49.

⁴ Le juge J.-L. Baudouin avance que 70 p. 100 des règles du Code civil du Bas-Canada se retrouvent en substance dans le Code civil du Québec, bien que dans une formulation différente : «Quelques perspectives historiques et politiques sur le processus de codification» dans *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec. Actes des journées louisianaises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, 13 à la p. 18.

influence prend de multiples visages. Elle est parfois éclatante et assez bien connue; mais a-t-on oublié les très nombreuses décisions, plus ou moins anciennes et plus ou moins célèbres, qui ont façonné le droit privé québécois et qui, avec le temps, en sont venues à en faire partie intégrante? Avant de souligner les grands virages que la Cour suprême a fait prendre au droit civil (II), il est donc essentiel d'évoquer brièvement cette œuvre plutôt ancienne de la Cour (I). Par ailleurs un examen objectif de l'influence de la Cour suprême sur la réforme du Code civil soulève une question inévitable: le législateur québécois a-t-il laissé de côté certaines prises de position de la Cour? On verra en effet que cela s'est produit à l'occasion, et pour des motifs tout à fait compréhensibles (III).

Enfin la jurisprudence de la Cour des années 90 révèle un paradoxe. En effet, le législateur québécois, après avoir suivi les enseignements de la Cour suprême, a lui-même influencé celle-ci. Dans des affaires régies par le Code civil du Bas-Canada, elle s'est assez souvent inspirée du nouveau code bien qu'il ne s'appliquât pas en l'espèce. Les rôles ont été inversés. L'influence du tout nouveau code s'étend également à la jurisprudence de la Cour en matière de common law canadienne et dans d'autres domaines du droit (IV).

I — Une histoire riche

La réforme du Code civil fut l'occasion de consacrer l'interprétation du Code civil du Bas-Canada par la Cour suprême sur un grand nombre de questions. Certes, ce n'est pas le lieu ici pour faire une recension complète des arrêts du plus haut tribunal qui ont interprété tel ou tel article de l'ancien code. Cependant, on ne saurait se faire une juste idée de l'ampleur de l'influence de la Cour sur le contenu et l'orientation du droit privé québécois sans un rapide survol de ses principaux arrêts, ne serait-ce que de ceux qui sont plus ou moins anciens.

Un survol des principaux arrêts antérieurs à 1970 permet d'avoir une juste idée de l'emprise de la Cour sur le Code civil.

*Glengoil Steamship Lines*⁵, de 1897, a posé le principe de la validité de la clause exonératoire entre les parties à un contrat, principe qui sera maintenu dans la réforme du Code civil malgré d'importantes restrictions⁶. *Grace c. Perras*⁷ nous a enseigné qu'un contrat pouvait être interprété conformément à la manière dont les parties l'ont elles-mêmes interprété dans son exécution; ce fut le début d'une longue jurisprudence, qui est codifiée à l'article 1426 C.c.Q. *Mile End*⁸ a posé la règle classique du devoir de la victime de réduire sa perte, autrement appelée « minimisation des dommages », qu'on retrouve à l'article

⁵ *Glengoil Steamship Co. c. Pilkington* (1897), 28 R.C.S. 146.

⁶ Voir sur ce sujet art. 1474, 1476, 1732 et 1733 C.c.Q.

⁷ *Grace c. Perras* (1922), 62 R.C.S. 166.

⁸ *Mile End Milling Company c. Peterborough Cereal Co.*, [1924] R.C.S. 120.

1479. Dans *Dupré Quarries*⁹, la Cour a affirmé le droit de l'employeur de résilier un contrat de travail sans préavis s'il possède un motif sérieux, une règle aujourd'hui codifiée à l'article 2094.

La tacite reconduction du contrat de travail, reconnue par l'affaire *Stewart*¹⁰, est devenue en substance l'article 2090 C.c.Q. L'arrêt *Hallé*¹¹ a permis l'essor de la stipulation pour autrui; il a reconnu le droit contractuel et direct du bénéficiaire d'une stipulation pour autrui contre le promettant, ainsi que la possibilité qu'au moment de la formation du contrat, le bénéficiaire soit simplement déterminable – des règles qu'on retrouve aux articles 1444 et suivants. En matière de preuve, *Canadian National Steamships Co. c. Watson*¹² a reconnu que le tribunal québécois peut prendre connaissance d'office du droit d'une autre province canadienne; l'arrêt est à la base de l'article 2809. L'exception d'inexécution dans les contrats, maintenant définie à l'article 1591, avait été établie dans *Lebel*¹³. Dans *Compagnie J.A. Gosselin*¹⁴, la Cour établissait que, dans certaines circonstances, la réticence constitue un dol; cette règle, codifiée à l'article 1401, sera appelée à des développements considérables sur l'obligation de divulgation lors de la formation du contrat. Pour les obligations solidaires, *Blumberg*¹⁵ décidait de la base de la contribution de chaque débiteur pour répartir la condamnation entre eux, une règle qu'on retrouve à l'article 1437. On peut mentionner encore *Beaudry c. Randall*, de 1963¹⁶, sur l'irrévocabilité d'une offre assortie d'un délai, irrévocabilité consacrée par l'article 1447. Enfin, dans *Canadian Factors c. Cameron*¹⁷, le juge Laskin, dans une opinion remarquable, posait les conditions de la validité d'une clause restrictive de concurrence dans un contrat de travail, conditions qui ont été codifiées en large partie à l'article 2089 C.c.Q.

Cette esquisse, bien qu'incomplète, montre que la Cour suprême a été active durant toute la première partie du siècle. On y voit un tribunal suprême qui clarifie le droit sur des questions plus ou moins importantes – ce qui constitue, en somme, sa première fonction. Mais cette image est incomplète, car la Cour a aussi rendu plusieurs décisions qui ont profondément modifié le droit existant – remplissant par là sa seconde fonction, celle d'assurer l'évolution, voire la transformation du droit.

⁹ *Dupré Quarries Ltd. c. Dupré*, [1934] R.C.S. 528.

¹⁰ *Stewart c. Hanover Fire Insurance Co.*, [1936] R.C.S. 177.

¹¹ *Hallé c. Canadian Indemnity Co.*, [1937] R.C.S. 368.

¹² *Canadian National Steamships Co. c. Watson*, [1939] R.C.S. 11.

¹³ *Lebel c. Commissaire d'écoles pour la municipalité de la ville de Montmorency*, [1955] R.C.S. 298.

¹⁴ *Compagnie J.A. Gosselin c. Péloquin*, [1957] R.C.S. 15.

¹⁵ *Blumberg et Consolidated Moulton Trimmings Ltd. c. Wawanese Mutual Insurance Co.*, [1962] R.C.S. 21.

¹⁶ *Beaudry c. Randall*, [1963] R.C.S. 418.

¹⁷ *Canadian Factors Co. Ltd. c. Cameron*, [1971] R.C.S. 148.

II – Les grands virages

Au cours du XX^e siècle, de nombreux arrêts de la Cour suprême ont fait prendre de grands virages au droit civil. On en retrouve la marque dans le Code civil du Québec. La majorité de ces arrêts ont été rendus depuis un quart de siècle; mais on ne saurait passer sous silence les jugements fondamentaux du début du siècle en matière de responsabilité du gardien d'un bien.

1 – Responsabilité du gardien d'un bien

Au XIX^e siècle, les victimes d'accidents de travail et les victimes d'autres types d'accidents impliquant des biens en mouvement devaient établir leur réclamation sur la base de l'article 1053 C.c.B.C. Elles avaient donc le lourd fardeau de prouver la faute du propriétaire et le lien de causalité. Sous l'effet de l'industrialisation et la mécanisation, le nombre de ces victimes augmentait et, surtout, le nombre de victimes incapables d'obtenir réparation devant les tribunaux¹⁸. Les difficultés d'indemnisation étaient telles qu'elles provoquèrent un problème social. L'insatisfaction de la population à l'égard de cette situation allait donner naissance à la législation en matière d'indemnisation des victimes d'accidents du travail et, dans une certaine mesure, de celle des victimes d'accidents de la route¹⁹.

Dans ce contexte agité, la Cour suprême a été à l'origine d'un revirement jurisprudentiel capital. L'article 1054, alinéa 1, du Code civil du Bas-Canada²⁰ avait jusqu'alors été considéré comme une simple disposition déclaratoire, faisant la transition entre la règle très générale de la responsabilité délictuelle de l'article 1053, d'une part, et, d'autre part, les alinéas subséquents de l'article 1054 ainsi que les règles de l'article 1055 concernant la responsabilité du propriétaire d'un bâtiment et de celui d'un animal. Or, sous l'impulsion de la Cour, l'alinéa premier de l'article 1054 allait dorénavant être interprété comme une disposition normative, créant une présomption contre le gardien du bien ayant causé des dommages à un tiers²¹. Suivant en cela l'exemple de la Cour

¹⁸ Notamment *Montréal Rolling Mills Co. c. Corcoran* (1896), 26 R.C.S. 595. Voir aussi dans ce sens *Tooke c. Bergeron* (1897), 27 R.C.S. 567; *Canada Paint Co. c. Trainor* (1898), 28 R.C.S. 352.

¹⁹ *Loi concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail et la réparation des dommages qui en résultent*, 1909, 9 Ed. VII, c. 66; *Loi concernant les automobiles*, 4 Ed. VII c. 30. M.-Cl. Prémont et M. Tancelin, «L'indemnisation des victimes d'accidents du travail : une histoire de contre-courants» (1998) 39 C. de D. 233.

²⁰ Art. 1054, al. 1, C.c.B.C. : « Elle [c'est-à-dire 'toute personne capable de discerner le bien du mal' mentionnée à l'art. 1053] est responsable non seulement du dommage qu'elle cause par sa propre faute, mais encore de celui causé par la faute de ceux dont elle a le contrôle, et par les choses qu'elle a sous sa garde; [...] ».

²¹ *Shawinigan Carbide Co. c. Doucet* (1909), 42 R.C.S. 281; *Norcross Bros. Co. c. Gohier* (1918), 56 R.C.S. 415; *Québec Railway, Light, Heat and Power Co. c. Vandry* (1916), 53 R.C.S. 72, [1920] A.C. 662.

de cassation²², la Cour suprême du Canada faisait la découverte d'une toute nouvelle règle de responsabilité civile, dont il n'avait jamais été question depuis l'adoption du Code civil du Bas-Canada en 1865. Désormais, les victimes d'accidents dus au fait autonome de machines et d'autres biens vont pouvoir compter sur une présomption légale pour obtenir réparation²³.

Cet accomplissement remarquable ne s'est pas réalisé d'un coup ni de façon linéaire. D'abord, dès le premier arrêt de la Cour sur la question, dans l'affaire *Shawinigan Carbide*, un des juges formant la majorité, le juge en chef Fitzpatrick, se fonda sur rien de moins que la théorie du risque pour justifier la nouvelle interprétation de l'article 1054²⁴. L'évocation de cette doctrine, alors révolutionnaire, causa tout un émoi dans les rangs du Barreau et dans les milieux industriels – autant, sinon plus que la création de la présomption elle-même. Ce motif du juge Fitzpatrick devait amener les tribunaux à se demander s'il s'agissait d'une présomption de faute ou d'une présomption de responsabilité. Le Conseil privé, après quelques hésitations, décida finalement de faire du premier alinéa de l'article 1054 une simple présomption de faute²⁵. Cette jurisprudence sera codifiée à l'article 1465.

Ainsi c'est toute une page d'histoire, où apparaissent l'audace et les préoccupations sociales, qui se cache derrière les quatre petites lignes de l'article 1465 du Code civil du Québec.

2 – Le principe de la bonne foi

Le second virage s'est produit dans les années 80 et 90 : il s'agit de l'affirmation du principe de la bonne foi, spécialement dans les contrats. Sans doute inspirée par une recommandation de l'Office de révision du Code civil²⁶

²² Il faut dire que la jurisprudence française, confrontée aux mêmes difficultés d'interprétation du Code civil français pour l'indemnisation des victimes d'accidents impliquant notamment des machines industrielles, en était venue elle aussi à la même réinterprétation de l'article 1384 C.c.fr. Voir notamment l'arrêt *Teffaine*, S., 1897, 1, 17, note A. Esmein et Req., 23 déc. 1879, S. 1880.I.463.

²³ Notamment P.-A. Crépeau, «Liability for Damage Caused by Things from the Civil Law Point of View» (1962) 40 R. du B. can. 222.

²⁴ *Shawinigan Carbide Co. c. Doucet*, *supra* note 21 à la p. 284 : « [...] la fourniture était sous la garde de l'appelante qui l'utilisait à son profit et qui tirait un bénéfice du risque qu'elle a créé. Celui qui perçoit les émoluments procurés par une machine susceptible de nuire aux tiers doit s'attendre à réparer le préjudice que cette machine causera. 'Ubi emolumentum ibi onus.' D. 1900, 2, 289; D. 1904, 2, 257. Note de M. Jossierand ». Sur cet arrêt, voir le commentaire de R. Saleilles, (1910) 10 R.T.D. civ. 23.

²⁵ *Québec Railway, Light, Heat and Power Co. of Canada c. Vandry*, *supra* note 21; *Montréal (City of) c. Watt and Scott Ltd.*, [1922] 2 A.C. 555. Cette interprétation devait par la suite être suivie dans d'autres arrêts de la Cour suprême, notamment *Cloaks Ltd. c. Cooperberg*, [1959] R.C.S. 785. Pour sa part, la Cour de cassation s'est plutôt fixée sur une présomption de responsabilité, beaucoup plus lourde pour le gardien et donc plus protectrice des intérêts des victimes : *Jand'heur*, D.P. 1930.I.57, note G. Ripert.

²⁶ Québec. 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, livre I, art. 8 et 9.

autant que par la jurisprudence française, la Cour suprême du Canada développa graduellement la théorie que la bonne foi doit gouverner le comportement des parties dans tous les contrats. Cette théorie allait révolutionner le droit privé.

Tout d'abord, dans deux affaires, la Cour, dans des opinions rédigées par les juges Beetz et Gonthier respectivement, invoque la règle générale de la bonne foi pour sanctionner des comportements répréhensibles du créancier vis-à-vis les héritiers de la caution et de l'employé à l'égard de son employeur²⁷. Puis, en 1990, arrive le véritable arrêt de principe, qui élargit cette bonne foi à l'ensemble du droit privé et en fait une application particulière à l'abus de droit. Il faut dire que pendant longtemps l'abus de droit avait été admis, mais seulement en responsabilité extracontractuelle; ensuite les tribunaux inférieurs avaient commencé à l'appliquer aussi dans les affaires contractuelles et même en l'absence d'intention malicieuse. Dans une décision rédigée par la juge L'Heureux-Dubé, l'affaire *Houle*, la Cour consacre expressément la théorie de l'abus de droit dans les contrats et elle affirme que cette théorie s'applique également dans les relations contractuelles et les relations extracontractuelles²⁸.

La bonne foi permet de sanctionner les comportements d'une partie qui vont à l'encontre de l'esprit de la convention ou qui sont contraires à l'économie de la loi. L'orientation est donnée par le plus haut tribunal : désormais, le principe de la bonne foi peut être invoqué dans pratiquement n'importe quel contexte. Le législateur a bien compris le message : dans la réforme du Code civil, il a codifié le principe non seulement en matière d'obligations (article 1375 C.c.Q.), mais aussi, et peut-être surtout, à un niveau très général pour l'ensemble du droit privé (articles 6 et 7 C.c.Q.).

Le concept de bonne foi est d'une grande richesse. Dans les années 90, on a vu éclore au Québec toute une théorie de la bonne foi²⁹, qui se ramifie en un certain nombre de devoirs. Certes, les arrêts de la Cour suprême et leur codification ont déclenché une jurisprudence assez abondante sur l'abus de droit dans des domaines très diversifiés³⁰. Mais on assiste depuis la réforme du

²⁷ *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339; *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429.

²⁸ *Banque Nationale du Canada c. Houle*, [1990] 3 R.C.S. 122. Également, sur le principe de la bonne foi dans l'exécution des contrats mais dans un autre contexte : *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554.

²⁹ Notamment B. Lefebvre, «La bonne foi : notion protéiforme» (1996) 26 R.D.U.S. 321; *idem*, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998; É. Charpentier, «Le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat» (1996) 26 R.D.U.S. 299; L. Rolland, «La bonne foi dans le Code civil du Québec : du général au particulier» (1996) 26 R.D.U.S. 377; J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations*, 5e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, no 86 et s.

³⁰ Par exemple, un congédiement fait de façon brutale et intempestive : *Patcom Inc. c. Arseneault*, J.E. 95-180 (C.A.); la répudiation subite et imprévisible d'une promesse de prêt d'argent : *Banque de Hongkong du Canada c. Bert Friedman Enterprises Ltd.*, [1996] R.J.Q. 2427 (C.A.); la résiliation unilatérale d'un contrat de distribution commerciale, s'appuyant sur une clause de résiliation, mais faite pour des motifs étrangers à l'esprit du contrat : *Thalasso P.D.G. Inc. c. Laboratoires Aeterna Inc.*, J.E. 97-1115 (C.S.).

Code civil au déploiement de la théorie de la bonne foi, dont les diverses facettes touchent tous les domaines.

Il suffira de mentionner ici les nombreuses applications qui ont fait l'objet de dispositions légales : le devoir de loyauté, qui a été codifié spécialement pour l'administrateur du bien d'autrui, l'employé et le mandataire³¹ ; le devoir de divulgation (ou d'information) à l'égard du cocontractant lors de la formation du contrat en certaines circonstances, dans le contrat d'entreprise, le contrat de service, la vente d'un immeuble à usage d'habitation, et l'assurance terrestre³². Ce devoir de divulgation surgit également dans la phase d'exécution du contrat : il est prescrit par le législateur en matière de cautionnement et d'assurance de dommages³³, mais il existe, à certaines conditions, dans tout contrat quelle qu'en soit la nature, selon le principe posé dans l'arrêt *Bail*, sous la plume du juge Gonthier³⁴. Dans certaines circonstances, le principe de la bonne foi donne naissance à une obligation de collaborer avec l'autre partie à la réalisation du but commun poursuivi dans le contrat, ce dont on trouve une illustration dans les règles du mandat et dans le contrat de société³⁵. Enfin, le principe de la bonne foi sert de point de référence dans la définition légale de la clause abusive, une règle issue de la réforme du Code civil et qui déjà est invoquée très souvent³⁶.

Ainsi, entre le premier arrêt de la Cour suprême en 1981 et l'adoption du Code civil du Québec en 1991, une étape capitale a été franchie dans l'établissement d'une moralité contractuelle plus saine. La bonne foi est devenue l'un des principes fondamentaux du droit privé québécois. Dans le droit contractuel, la bonne foi figure au même rang que l'autonomie de la volonté et l'ordre public.

3 – L'enrichissement injustifié

L'enrichissement injustifié (ou enrichissement sans cause) n'avait pas été prévu par les codificateurs du Code civil du Bas-Canada, pas plus d'ailleurs que par ceux du Code civil français. Pourtant, il a toujours existé certaines situations où une partie s'appauvrit aux dépens d'une autre sans qu'il y ait contrat ni

³¹ Art. 1309, 2088, 2138 C.c.Q. Pour une application du devoir de loyauté dans les négociations d'un contrat qui finalement ne sera jamais conclu (devoir de ne pas utiliser à ses fins personnelles des informations confidentielles obtenues et devoir de mettre fin aux négociations quand on constate qu'elles sont vouées à l'échec), voir *Anastasiu c. Gestion d'immeubles Belcourt Inc.*, J.E. 99-2240 (C.Q.), REJB 99-15228 (C.Q.).

³² Art. 1401, al. 2, 1785 et s., 2102, 2345, 2408, 2466 C.c.Q.

³³ Art. 2345, 2466 C.c.Q.

³⁴ *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, *supra* note 28.

³⁵ Art. 2149, 2186 C.c.Q. Pour une illustration dans le contrat de franchise, voir *Proviso Distribution Inc. c. Supermarché A.R.G. Inc.*, [1998] R.J.Q. 47 (C.A.).

³⁶ Art. 1437, al. 2, C.c.Q. : « Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi; [...] ». Sur ce sujet voir notamment N. Croteau, « Le contrôle des clauses abusives dans le contrat d'adhésion et la notion de bonne foi » (1996) 26 R.D.U.S. 401.

responsabilité extracontractuelle entre les deux. Pour remédier à cette injustice, la jurisprudence française a reconnu l'action pour enrichissement sans cause³⁷. Au Québec, particulièrement des années 20 jusqu'aux années 50, il s'est développé tout un mouvement de la jurisprudence des tribunaux inférieurs et de la doctrine pour reconnaître également un tel recours³⁸.

Cette lacune du Code civil allait être définitivement comblée par un arrêt de principe de la Cour suprême, signé par le juge Beetz. Dans *Viger*, la Cour a non seulement reconnu l'existence autonome de l'action *de in rem verso*, mais elle a pris soin d'en définir le régime juridique dans le détail³⁹. Il ne restait au législateur qu'à en faire la codification, ce qu'il fit aux articles 1493 à 1496 C.c.Q.

4 – Les sources du droit

La reconnaissance formelle du recours pour enrichissement sans cause reposait essentiellement sur le principe général que nul ne doit s'enrichir injustement aux dépens d'autrui. Aussi la Cour l'a-t-elle admis expressément dans *Viger*. Cependant la portée de cette décision remarquable ne s'arrête pas là : en effet, le juge Beetz écrivit aussi ces mots célèbres : « Le Code civil ne contient pas tout le droit civil. Il est fondé sur des principes qui n'y sont pas tous exprimés et dont il appartient à la jurisprudence et à la doctrine d'assurer la fécondité »⁴⁰.

Ainsi, *Viger* apparaît comme l'arrêt où la Cour rejette le plus clairement la conception d'un code civil refermé sur lui-même, qui prétendrait contenir tout le droit, et où elle pose le principe que l'interprétation des dispositions du Code et même l'évolution du droit civil doivent au besoin se faire en recourant à des valeurs énoncées nulle part dans la loi mais généralement partagées par la société – que ce soit sous l'angle de la théorie de la justice naturelle, celui de la raison universelle, ou dans une approche sociologique.

Viger ne restera pas un arrêt isolé. Cette vision large des sources du droit transparait dans d'autres jugements de la Cour. Elle est particulièrement nette dans les motifs de la juge L'Heureux-Dubé dans *Houle*⁴¹.

³⁷ Arrêt *Boudier*, Req. 16 juin 1892, S. 1, note Labbé.

³⁸ Notamment l'opinion du juge Mignault dans *Regent Taxi c. Congrégation des Petits frères de Marie*, [1929] R.C.S. 650 aux pp. 690 et s.; P.-B. Mignault, « L'enrichissement sans cause » (1934) 13 R. du D. 157; G.S. Challies, *The Doctrine of Unjustified Enrichment in the Law of the Province of Quebec*, Toronto, Carswell, 1940 aux pp. 41 et s.; G.V.V. Nichols, « The Doctrine of the Quasi-Contract in the Province of Quebec : Its Debt to the Code Napoléon and its Development » dans *Livre souvenir des journées du droit civil français*, Montréal, Doucet, 1936, 326 à la p. 371; A. Morel, *L'évolution de la doctrine de l'enrichissement sans cause*, Montréal, Éditions Thémis, 1955 à la p. 19 et s.

³⁹ *Compagnie immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67.

⁴⁰ *Compagnie immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.*, *ibid.* à la p. 76.

⁴¹ *Banque Nationale du Canada c. Houle*, *supra* note 28 à la p. 145, Mme la juge l'Heureux-Dubé : « La théorie de l'abus des droits contractuels est conforme aux principes fondamentaux du droit civil québécois où les notions de bonne foi et de conduite

Or cette conception des sources du droit est aujourd'hui proclamée dans la disposition préliminaire du Code civil du Québec⁴². Ainsi, à la suite de la Cour suprême du Canada, le législateur québécois reconnaît formellement l'existence juridique de valeurs et de principes généraux qui ne sont pas nécessairement énoncés dans le Code civil et qui transcendent l'exposé du droit positif. Cette disposition préliminaire est assurément féconde; elle est appelée à exercer une influence capitale, à long terme, sur l'évolution du droit civil. Elle écarte toute interprétation hermétique du Code civil et elle consacre le rôle créateur de la jurisprudence⁴³. Enfin, et ce n'est pas là son moindre mérite, elle renforce le rôle et la légitimité du droit comparé⁴⁴.

Pour rendre justice à la Cour, il faudrait aussi démontrer son rôle sur un certain nombre d'autres questions majeures qu'on nous permettra, faute d'espace, de simplement évoquer ici : le droit à la réparation de toute victime par ricochet dans la responsabilité extracontractuelle⁴⁵, la responsabilité du fabricant⁴⁶, la preuve par oui-dire⁴⁷, ainsi que la clause d'arbitrage⁴⁸. Néanmoins les cas de la responsabilité du gardien d'un bien, du principe de la bonne foi, du recours

raisonnable imprègnent toute la théorie des droits et des obligations, tant dans le domaine contractuel (art. 1024 C.c.B.C.) qu'extra-contractuel. Elle correspond également à la philosophie générale du traitement favorable accordé au débiteur dans les rapports contractuels (voir, à titre d'exemple, les art. 1070, 1141 et 1152 C.c.B.C.). Mais, de façon plus fondamentale, la théorie de l'abus des droits contractuels remplit aujourd'hui une importante fonction à la fois sociale et économique, celle d'un contrôle nécessaire des droits contractuels. Bien qu'elle puisse représenter un écart par rapport à la conception absolutiste des décennies antérieures, qu'illustre la célèbre maxime 'la volonté des parties fait loi', elle s'inscrit dans la tendance actuelle à concevoir les droits et obligations sous l'angle de la justice et de l'équité [...] ».

⁴² Disposition préliminaire, al. 1, C.c.Q. : « Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens » [nos italiques].

⁴³ A.-F. Bisson, «La Disposition préliminaire du Code civil du Québec» (1999) 44 R.D. McGill 359; *idem*, «Dualité de systèmes et codification civiliste» dans *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec. Actes des journées louisianaises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, 39; J.-M., Brisson, «Le Code civil : droit commun?» dans *Le nouveau Code civil: Interprétation et application. Journées Maximilien-Caron 1992*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, 292.

⁴⁴ J.E.C. Brierley, «The Renewal of Quebec's Distinct Legal Culture : The New Civil Code of Québec» (1992) 42 U.T.L.J. 848 aux pp. 500-1.

⁴⁵ *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance c. Laurent*, [1978] 1 R.C.S. 605. Le nouveau code, n'ayant pas repris l'art. 1056 C.c.B.C., a supprimé la difficulté et a implicitement admis que toute victime par ricochet peut obtenir réparation pourvu que son préjudice soit une conséquence directe et immédiate de la faute.

⁴⁶ *Ross c. Dunstall et Emery* (1921), 62 R.C.S. 393; *London and Lancashire Guarantee and Accident Co. c. Compagnie F.X. Drolet*, [1944] R.C.S. 82; *Cohen c. Coca-Cola Ltd.*, [1967] R.C.S. 469; *Trudel c. Clairol Inc. of Canada*, [1975] 2 R.C.S. 236; *General Motors of Canada Ltd. c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790. Voir les art. 1442, 1468, 1469, 1473 et 1730 C.c.Q.

⁴⁷ *Royal Victoria Hospital c. Morrow*, [1974] R.C.S. 501. Voir art. 2843 C.c.Q.

⁴⁸ *Zodiak International Productions Inc. c. Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529. Voir art. 2638 et s. C.c.Q., qui juste avant la réforme, soit en 1986, avaient été en substance ajoutés au Code civil du Bas-Canada: art. 1926.1 et s. C.c.B.C.

en enrichissement injustifié ainsi que des sources du droit privé illustrent assez bien l'influence profonde qu'a exercée la Cour suprême sur l'évolution du droit civil québécois et sur la réforme du Code civil.

La Cour s'est donc révélée parfaitement capable d'innovation et parfois même de réorientation du droit. Son œuvre en droit civil n'apporte-t-elle pas une réponse des plus claires à ceux qui doutent que la jurisprudence puisse être une source de droit⁴⁹ ?

III – Une jurisprudence abandonnée

La réforme du Code civil impliquait nécessairement des choix dans les règles jurisprudentielles existantes. Le législateur a ainsi mis de côté certains jugements de la Cour, pour des motifs cependant qui ne sont pas toujours les mêmes. Quelques cas méritent d'être soulignés, car ils sont révélateurs des difficultés que doit affronter le législateur dans une réforme.

D'abord, il était inévitable que le législateur, dans la mise en œuvre de nouvelles politiques, rejette les décisions de la Cour qui entraient en conflit avec les nouvelles orientations du Code civil. La clause exonératoire et l'erreur inexcusable sont des paradigmes de ce phénomène.

En vertu du principe de la liberté contractuelle, la clause exonératoire était évidemment considérée comme valide à l'époque de l'ancien code. En osmose avec le courant dominant de l'autonomie de la volonté qui a caractérisé la fin du XIX^e siècle et la première moitié du XX^e, la Cour avait décidé qu'une telle clause produisait ses effets même à l'égard d'une réclamation pour dommages corporels, comme dans une réclamation pour dommages matériels⁵⁰. Cette interprétation, toutefois, a été implicitement exclue par le nouvel article 1474, qui prive d'effets la clause exonératoire dans toute réclamation pour des dommages corporels ou moraux. Il s'agit là d'une des manifestations de la nouvelle moralité contractuelle, dont l'une des facettes, et non la moindre, est la protection de l'intégrité de la personne – une politique qu'on retrouve d'ailleurs dans d'autres dispositions du Code civil du Québec⁵¹.

⁴⁹ Sur cette question classique (et indépendamment de la règle particulière de l'autorité du précédent judiciaire, ou *stare decisis*), voir notamment D. Gibson, «Judges as Legislators: Not Whether but How» (1987) 25 Alta. L. Rev. 249; B. Dickson, «The Judiciary – Law Interpreters or Law-Makers» (1982) 12 Man. L.J. 1; A. Popovici, «Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles sources de droit au Québec?» (1980) 21 C. de D. 257; J. Deschênes, «Le rôle législatif du pouvoir judiciaire» (1974) 5 R.D.U.S. 1. En France, voir notamment P. Jestaz, «Source délicateuse ...» (1993) R.T.D. civ. 73 et D. Tricot *et al.*, «D'autres propos sur la jurisprudence» (1993) R.T.D. civ. 87.

⁵⁰ R. c. Grenier (1900), 30 R.C.S. 42.

⁵¹ Spécialement art. 1912 et s. et 1972 C.c.Q., sur l'obligation de sécurité à l'égard du locataire d'une habitation; art. 2037 C.c.Q., sur l'obligation de sécurité à l'égard du passager, et art. 2087 C.c.Q., sur l'obligation de sécurité à l'égard du travailleur. Voir généralement J. Pineau, «La philosophie générale du nouveau Code civil du Québec» (1992) 71 R. du B. can. 423.

Dans le domaine des vices de consentement, la Cour suprême avait admis que la nullité d'un contrat pour erreur était permise même si elle était due à la négligence inexcusable de la partie qui s'est trompée : ce sont les célèbres décisions *Faubert c. Poirier*⁵² et *Rawleigh c. Dumoulin*⁵³. Or le législateur de 1991 a adopté une solution exactement contraire⁵⁴. Comme en témoignent les Commentaires du ministre de la Justice, il était alors mu par le désir de renforcer la stabilité contractuelle dans ce changement⁵⁵. Il s'agit là d'un autre épisode de la difficile, sinon pénible, recherche de l'équilibre souhaitable entre la stabilité des contrats et d'autres politiques; en l'espèce, c'est au détriment de la protection du consentement que la stabilité a été renforcée⁵⁶.

Deuxièmement, dans d'autres cas, la réforme est venue écarter des solutions jurisprudentielles dont il faut bien reconnaître quelles n'étaient pas satisfaisantes. On doit mentionner ici la fiducie, l'option entre les régimes de responsabilité, le lieu et le moment de la formation d'un contrat conclu à distance, ainsi que, en droit international privé, le choix du droit applicable en responsabilité civile extracontractuelle.

La notion et le régime juridique de la fiducie avaient donné des difficultés considérables aux juristes québécois et à la Cour suprême en particulier. Dans *Royal Trust c. Tucker*, la Cour avait interprété les dispositions du Code civil du Bas-Canada sur la fiducie en s'inspirant ouvertement de la common law sur les trusts – démarche qui avait évidemment été critiquée et qui était source d'autres difficultés⁵⁷. Dans la réforme, le législateur devait relever le défi d'élargir considérablement le domaine d'application de la fiducie afin que les Québécois y trouvent un instrument aussi polyvalent que le trust dont disposent les citoyens et les entreprises du reste du Canada et des États-Unis; il fallait en quelque sorte harmoniser le droit québécois avec la common law tout en respectant les notions de base du droit civil. Le législateur a fait œuvre créatrice en instituant, pour la fiducie, le patrimoine d'affectation, distinct des patrimoines respectifs du constituant, du fiduciaire et du bénéficiaire⁵⁸.

⁵² *Faubert c. Poirier*, [1959] R.C.S. 459.

⁵³ *Rawleigh c. Dumoulin*, [1926] R.C.S. 551.

⁵⁴ Art. 1400, al. 2, C.c.Q.

⁵⁵ *Commentaires du ministre de la Justice*, *supra* note 1 à l'art. 1400.

⁵⁶ Sur ce sujet voir P.-G. Jobin, «La stabilité contractuelle et le Code civil du Québec, un rendez-vous tumultueux» dans *Mélanges Paul-André Crépeau*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, 409.

⁵⁷ *Royal Trust c. Tucker*, [1982] 1 R.C.S. 250. Notamment M. Cantin Cumyn, «La propriété fiduciaire : mythe ou réalité» (1984-85) 15 R.D.U.S. 6; M. Boodman, «Royal Trust Co. v. Tucker : The Status of the Trust in the Law of Quebec» (1983) 43 R. du B. 801; J.E.C. Brierley et R.A. Macdonald, *Quebec Civil Law. An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery, 1993 au no 136.

⁵⁸ Art. 1261 C.c.Q.; voir notamment sur ce sujet J.E.C. Brierley, «The New Quebec Law of Trusts : The Adaptation of Common Law Thought to Civil Law Concepts» dans H.P. Glenn, dir., *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, 382; M. Cantin Cumyn, «L'origine de la fiducie québécoise» dans *Mélanges Paul-André Crépeau*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, 199.

C'est dire que la jurisprudence de la Cour sur ce sujet n'a pas été suivie.

Sur la question de l'option entre les régimes de responsabilité, la Cour suprême avait pris position en faveur du droit de la victime d'une faute d'opter, à son choix, entre le régime contractuel et le régime extracontractuel de responsabilité, afin de profiter de celui qui lui était le plus favorable dans les circonstances⁵⁹. Cette position a été critiquée parce qu'elle vidait de sa substance le contenu obligationnel du contrat. L'arrêt *Wabasso* a certes marqué le point culminant d'un long et célèbre débat jurisprudentiel et doctrinal⁶⁰. Dans la réforme du Code civil, suivant plutôt l'exemple de la Cour de cassation française, le législateur québécois a décidé d'imposer l'application obligatoire du régime contractuel aux parties à un contrat, allant donc directement à l'encontre de la jurisprudence de la Cour⁶¹.

Le problème du moment et du lieu de la formation d'un contrat conclu à distance pose une énigme à laquelle il n'y a pas de solution parfaitement satisfaisante. La Cour avait autrefois élaboré une distinction byzantine entre les situations où les moyens de communication sont les mêmes et celles où les parties ont utilisé des moyens de communication différents⁶². L'article 1387 C.c.Q. vient mettre un terme à cette jurisprudence. Le nouveau code retient la règle que le contrat se forme au lieu et au moment de la réception de l'acceptation, solution plus cohérente avec la théorie du consentement en droit civil.

En droit international privé, selon la décision classique *McLean c. Pettigrew*⁶³ – dont la solution a toutefois été écartée par un arrêt récent⁶⁴ – la loi applicable pour la responsabilité civile extracontractuelle résultant d'un accident survenu hors du Québec était double : il fallait qu'il y ait un fait générateur de responsabilité au sens du droit québécois et que le défendeur ne soit pas exempté de responsabilité selon la loi du lieu de l'accident. En réalité,

⁵⁹ *Wabasso Ltd. c. The National Machinery Co.*, [1981] 1 R.C.S. 578; également *Air Canada c. McDonnell Douglas Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 1554.

⁶⁰ Notamment P.-A. Crépeau, «L'affaire *Wabasso* sous les feux du droit comparé» (1982) 27 R.D. McGill 789; H.P. Glenn, «De la cause d'action et de la compétence internationale» (1982) 27 R.D. McGill 793; J.-L. Baudouin, «L'affaire *Wabasso*: un débat entre la théorie et la pratique» (1982) 27 R.D. McGill 809; P.-G. Jobin, «*Wabasso* : un arrêt tristement célèbre» (1982) 27 R.D. McGill 813; M. Tancelin, «Option et cumul: une mauvaise querelle» (1982) 27 R.D. McGill 834; C. Larroumet, «L'intervention de la responsabilité délictuelle dans le domaine de la responsabilité contractuelle en droit français à la lumière des expériences» 1982 R.D. McGill 839.

⁶¹ Art. 1458, al. 2, C.c.Q. Sur ce sujet voir notamment G. Viney, «Pour une interprétation modérée et raisonnée du refus d'option entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle (article 1458, deuxième alinéa du *Code civil du Québec*)» (1994) 39 R.D. McGill 813.

⁶² *Magann c. Auger* (1902), 31 R.C.S. 186, rejeté, *Charlebois c. Baril*, [1928] R.C.S. 88.

⁶³ *McLean c. Pettigrew*, [1945] R.C.S. 62. Voir sur ce sujet P.-A. Crépeau, «De la responsabilité extra-contractuelle en droit international privé québécois» (1969) 39 R. du B. 3.

⁶⁴ *Tolofson c. Jensen*; *Lucas (Tutrice à l'instance de) c. Gagnon*, [1994] 3 R.C.S. 1022, arrêt postérieur à la réforme du Code civil et qui adopte la règle du *lex loci delicti*.

la Cour adoptait alors la solution de la common law, qui était pourtant contraire à l'article 6 C.c.B.C. La réforme du Code civil fut l'occasion d'effacer cette erreur : désormais la responsabilité civile est régie en règle générale par la loi du lieu où le fait générateur de responsabilité (la faute) s'est produit⁶⁵.

Enfin, « l'oubli » d'autres jugements, dans la réforme, peut surprendre. Certains seront déçus que le législateur ait préféré n'adopter aucune règle concernant le droit du père d'empêcher la mère de son enfant de se faire avorter, droit qui avait été nié par la Cour dans *Tremblay c. Daigle*⁶⁶. Ce fut certes une décision unanime, rendue par la Cour collégalement, un arrêt de principe qui a fait grand bruit. Mais peut-on vraiment s'étonner de la réserve observée par le législateur sur un sujet aussi brûlant, quand on se rappelle le vif débat de société que cette affaire avait soulevé et les opinions profondément partagées de la doctrine sur le bien-fondé de cette décision⁶⁷ ?

IV – Le nouveau code comme source de droit comparé

La réforme d'un code civil tout entier est une réalisation tout à fait exceptionnelle. De fait, à l'époque contemporaine, à part le Québec seuls les Pays-Bas y sont parvenus. Aussi n'est-il pas étonnant que, sitôt adopté, le Code civil du Québec soit devenu une source de droit comparé pour l'interprétation d'autres droits. La Cour puise dans le nouveau code pour l'interprétation du Code civil du Bas-Canada lui-même; elle le fait également dans des arrêts de common law des autres provinces canadiennes.

Pour l'interprétation du Code civil du Bas-Canada, de nombreux jugements se réfèrent expressément au nouveau code, dans des décisions qui donnent à un article du Code civil du Bas-Canada le même sens que celui de l'article correspondant du Code civil du Québec. Le nouveau code est invoqué tantôt comme un véritable motif de la décision, tantôt comme une simple considération. On retrouve cette façon de procéder pour des sujets aussi divers que le principe et les applications de bonne foi⁶⁸, la distinction entre les lois d'intérêt public et

⁶⁵rt. 3126 C.c.Q. La disposition prévoit cependant que, si le préjudice est apparu dans un État autre que celui où s'est produit le fait générateur, et que l'auteur devait prévoir que le préjudice s'y manifesterait, c'est la loi de cet autre État qui s'applique.

⁶⁶*Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530.

⁶⁷Notamment S. Philips-Nootens, «La Cour suprême face à la vie, face à la mort : de valeurs et de droit» dans ce même numéro de la Revue du Barreau canadien consacré au 125^e anniversaire de la Cour; P.-A. Crépeau, «L'affaire *Daigle* et la Cour suprême du Canada ou la méconnaissance de la tradition civiliste» dans *Mélanges Germain Brière*, E. Capaross, dir., Montréal, Wilson et Lafleur, 1993, 217; É. Deleury et D. Goubau, *Le droit des personnes physiques*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997 au no 10; M. Morin, «Les confins du droit civil et du droit pénal : l'avortement et les droits de l'enfant conçu» (1997) 42 R.D. McGill 199; M. Shaffer, «Foetal Rights and the Regulation of Abortion» (1994) 39 R.D. McGill 58.

⁶⁸*Banque Nationale du Canada c. Houle*, *supra* note 28 et *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, *supra* note 28.

les lois d'intérêt privé, ou l'ordre public de direction et l'ordre public de protection⁶⁹, l'évaluation des dommages exemplaires⁷⁰ ainsi que la saisine de l'exécuteur testamentaire⁷¹. De nombreux autres exemples pourraient être cités⁷².

Le Code civil du Québec est présent dans pratiquement toute la jurisprudence des années 90 sur le Code civil du Bas-Canada. Cette démarche de la Cour est le reflet d'une véritable politique d'harmoniser l'ancien droit avec le nouveau. La Cour vise à établir la plus grande continuité possible entre l'ancien et le nouveau codes et à faciliter la transition entre les deux droits – passage tant redouté par les juges, avocats et notaires à l'époque. Ainsi le passage d'un droit à l'autre sera moins brutal. Le même phénomène a d'ailleurs été observé aux Pays-Bas durant le processus de réforme du Code civil⁷³.

Là ne s'arrête pas l'initiative de la Cour. On assiste maintenant à diverses influences réciproques d'une province à l'autre à l'intérieur du Canada. Elle pratique la même méthode de droit comparé dans des affaires de common law. Plus particulièrement, moins de dix ans après son adoption, le Code civil du Québec sert assez souvent d'inspiration à la Cour pour interpréter une loi ou une règle de common law. Ainsi en est-il de la juge Wilson dans l'affaire *Clarke* sur la question de savoir si les prestations de retraite sont incluses dans le patrimoine familial⁷⁴, du juge La Forest dans *Winnipeg Condominium* sur la responsabilité délictuelle des entrepreneurs qui participent à la conception et la construction d'un immeuble envers les acquéreurs subséquents de celui-ci pour des vices qui présentent un grave danger pour la santé et la sécurité de ses occupants⁷⁵, et de la juge McLachlin dans *Bow Valley Husky* sur les effets de la faute contributive de la victime d'une faute extracontractuelle en droit maritime fédéral (soit le partage de responsabilité plutôt qu'une fin de non-recevoir)⁷⁶. Et l'on pourrait multiplier les exemples⁷⁷.

⁶⁹*Garcia Transport Ltée c. Cie Trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 499.

⁷⁰*Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211.

⁷¹*Hall c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, [1998] 1 R.C.S. 220.

⁷²*Chablis Textiles Inc. (Syndic de) c. London Life Insurance Co.*, [1996] 1 R.C.S. 160; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345 et *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268.

⁷³A. S. Hartkamp, «Civil Code Revision in the Netherlands : A Survey of its System and Contents, and its Influence on Dutch Legal Practice» (1975) *La. L.R.* 1059 à la p. 1085 et s.

⁷⁴*Clarke c. Clarke*, [1990] 2 R.C.S. 795

⁷⁵*Winnipeg Condominium Corp. No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85.

⁷⁶*Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210.

⁷⁷*London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *Cunningham c. Wheeler*; *Cooper c. Miller*; *Shanks c. McNee*, [1994] 1 R.C.S. 359; *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *Tolofson c. Jensen*; *Lucas (Tutrice à l'instance de) c. Gagnon*, *supra* note 64.

Le rayonnement du Code civil du Québec s'étend même à des domaines autres que le droit privé. Ainsi en est-il de la production de dossiers médicaux de la victime d'une infraction sexuelle⁷⁸ et de l'écoute électronique en rapport avec la protection du droit à la vie privée⁷⁹.

Les rapports entre la Cour suprême du Canada et le Code civil du Québec ne se font donc pas à sens unique. Si la Cour a incontestablement influencé le législateur québécois, inversement, elle-même a été influencée par la réforme du Code civil dans sa jurisprudence des années 90. Rien ne laisse présager que le phénomène s'arrêtera avec le passage au troisième millénaire.

Conclusion

La codification ne fige pas le droit. Un droit codifié peut être aussi vivant qu'un droit non codifié. C'est la jurisprudence, et non le législateur, qui la plupart du temps fait évoluer le droit civil. Inévitablement la Cour suprême continuera à interpréter, compléter et parfois transformer le droit privé issu de la réforme du Code civil. Ce triple rôle de la Cour soulève la question de l'harmonisation du droit privé à travers le Canada et de la conception qu'elle se fait du droit comparé.

On se rappellera la politique claire de la Cour, à la fin du XIX^e et la première moitié du XX^e siècles, d'harmoniser le droit québécois avec celui du reste du Canada, et même avec le droit de la Grande-Bretagne et du Commonwealth⁸⁰. Des précédents de common law étaient mis à profit pour interpréter des règles du droit civil⁸¹. Les dispositions du Code civil du Bas-Canada étaient trop souvent interprétées étroitement, comme si le Code était une loi particulière dérogeant au droit commun, à la «common law québécoise»⁸². La Cour pratiquait une harmonisation simpliste du droit civil québécois et de la common law. En effet il s'agissait d'une harmonisation unidirectionnelle : la solution de

⁷⁸A.(L.L.) c. B. (A.), [1995] 4 R.C.S. 536; R. c. O'Connor, [1995] 4 R.C.S. 411.

⁷⁹Michaud c. Québec (Procureur général), [1996] 3 R.C.S. 3.

⁸⁰Par exemple *Magann c. Auger*, *supra* note 62, sur le moment et le lieu de formation des contrats conclus à distance; *Glengoil Steamship Co. c. Pilkington*, *supra* note 5, sur la validité de la clause exonératoire; *Canadian Pacific Railway Co. c. Robinson* (1887), 14 R.C.S. 105, *inf.* pour d'autres motifs par [1892] A.C. 401 (P.C.), sur la compensation du *solatium doloris*; *Renaud c. Lamothe* (1902), 32 R.C.S. 357, sur la liberté testamentaire et la conformité d'un legs à l'ordre public.

⁸¹Par exemple *Ross c. Dunstall*, *supra* note 46, sur la responsabilité du fabricant; *Town of Montréal West c. Hough*, [1931] R.C.S. 113 et *Driver c. Coca-Cola Ltd.*, [1961] R.C.S. 201, sur l'interprétation de l'article 1056 C.c.B.C. concernant le recours extracontractuel des victimes par ricochet en cas de décès; *Ouellette c. Cloutier*, [1947] R.C.S. 521 aux pp. 528-30, M. le juge Kellock.

⁸²Sur ce sujet voir notamment J.-L. Baudouin, «L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada» (1975) 53 R. du B. can. 715 aux pp. 734-35.

la common law était toujours imposée au droit québécois, jamais l'inverse⁸³. L'harmonisation se faisait sans aucune considération pour les règles générales ou particulières du droit québécois, ses principes, son économie, encore moins pour le contexte socio-économique du Québec. Cette tentative d'unification du droit privé d'un océan à l'autre n'était rien d'autre qu'une forme peu subtile de colonialisme juridique.

Ce genre d'harmonisation fut vivement critiqué par le juge Mignault, alors même qu'il siégeait à la Cour suprême⁸⁴, ainsi que par de nombreux autres auteurs influents⁸⁵. L'histoire ne doit pas oublier non plus les prises de position fermes d'autres juges qui se sont élevés contre cette harmonisation inacceptable. En 1975, le juge Pigeon décidait qu'une disposition du Code civil du Bas-Canada, dont l'origine remonte à la common law, doit néanmoins être interprétée en harmonie avec ce code dont elle fait partie, et non selon le sens que les tribunaux de common law ont donné à la disposition d'origine⁸⁶. Cette pratique était également dénoncée avec vigueur par le juge Beetz en 1982 à propos de la responsabilité de l'occupant, laquelle ne doit pas être déterminée selon les concepts de *invitee*, *licensee* et *trespasser*, mais selon les règles des articles 1053, 1054 et 1055 C.c.B.C.⁸⁷.

De nombreuses autres affirmations, par la Cour, du caractère distinct du droit privé québécois suivront. Fort heureusement l'époque de l'harmonisation systématique du droit civil à la common law appartient au passé.

⁸³Dans son analyse de la jurisprudence de la Cour durant ses 100 premières années par le juge Baudouin, il lui a été impossible de relever un seul exemple significatif démontrant que, dans ses tentatives d'unification du droit, la Cour suprême ait fait sienne une solution du droit québécois et l'ait appliquée aux droits des autres provinces : J.-L. Baudouin, «L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada» *ibid.* à la p. 719. De son côté, le professeur R. Boul, voulant poser la thèse d'influences réciproques de la common law et du droit civil, a eu bien du mal à l'étayer avec des exemples précis de décisions où c'est le droit civil qui aurait influencé la common law : «Aspects des rapports entre le droit civil et la common law dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada», (1975) 53 R. du B. can. 738.

⁸⁴Ce thème fut une véritable croisade du juge Mignault. *Colonial Real Estate Co. c. Communauté des Sœurs de la charité de l'Hôpital général de Montréal* (1918), 57 R.C.S. 585 à la p. 603; *Desrosiers c. R.* (1920), 60 R.C.S. 105 à la p. 126; *Curley c. Latreille* (1920), 60 R.C.S. 131 à la p. 178. Également, P.-B. Mignault, «Les rapports entre le droit civil et le common law au Canada, spécialement dans la Province de Québec» (1932) 11 R. du D. 200; *idem*, «Le Code civil de la Province de Québec et son interprétation», (1935-36) 1 U.T.L.J. 104; *idem*, «Conservons notre droit civil» (1936-37) 15 R. du D. 28.

⁸⁵Notamment, P.-A. Crépeau, «Les lendemains de la réforme du Code civil» (1981) 59 R. du B. can. 625 à la p. 631 et s.; J.-L. Baudouin, «Conférence de clôture» dans *Le nouveau Code civil : interprétation et application. Journées Maximilien Caron 1992*, Montréal, Thémis, 1993, 319; J.-L. Baudouin, «L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada» *supra* note 82.

⁸⁶*Pantel c. Air Canada*, [1975] 1 R.C.S. 472; il s'agissait en l'occurrence du *Lord Campbell's Act*, sur le droit à l'indemnisation des victimes par ricochet d'une faute extracontractuelle.

⁸⁷*Rubis c. Gray Rocks Inn Ltd.*, [1982] 1 R.C.S. 452 aux pp. 467-70. Sur ce sujet voir aussi A. Nadeau, «Invitee, licensee et trespasser» (1944) 4 R. du B. 286.

La Cour suprême a maintenant une tout autre conception de l'harmonisation du droit. À l'instar de plusieurs autres tribunaux suprêmes de l'Occident⁸⁸, elle se livre très souvent à des exercices de droit comparé dans des affaires de droit civil, comme dans des affaires de common law⁸⁹ ou dans d'autres domaines⁹⁰. Mais il s'agit d'un droit comparé fondamentalement différent de celui dont on a été témoin jadis. Le phénomène est encore plus accentué depuis le début des années 90. Dans sa pratique du droit comparé en matière de droit québécois, la Cour se montre soucieuse de respecter l'originalité et les caractéristiques du droit québécois. Il n'est pas rare de la voir s'appliquer à le distinguer de la common law⁹¹.

La nouvelle méthode adoptée par la Cour consiste, d'une part, à puiser dans d'autres systèmes de droit uniquement des règles ou des interprétations compatibles avec les règles, les institutions et les principes du droit québécois et, d'autre part, à tenir compte des réalités socio-économiques de l'Amérique du Nord. La manifestation la plus éclatante s'en trouve dans les motifs de la juge L'Heureux-Dubé dans l'affaire *Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la vallée du Richelieu* :

Les auteurs et la jurisprudence ont, par le passé, eu une certaine tendance à puiser dans le droit étranger des assurances des réponses aux questions auxquelles le droit civil du Québec ne semblait pas apporter de solution. [...] La similarité apparente des règles fondamentales [du droit des assurances dans les divers États où le commerce est développé] 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 québécois, dans lequel il s'insère. Ainsi, si les arrêts de juridictions étrangères, nommément l'Angleterre, les États-Unis et la France, 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. Le développement de

⁸⁸ Sur ce sujet voir H.P. Glenn, «Vers un droit comparé intégré?» (1999) R.I.D.C. 841 à la p. 846 et s.; U. Drobnig et S. Van Erp, dir., *The Use of Comparative Law by Courts*, La Haye, Londres, Boston, Académie internationale de droit comparé et Kluwer, 1999.

⁸⁹ On a vu plus haut que le Code civil du Québec sert de source de droit comparé pour l'interprétation par la Cour de la common law des autres provinces.

⁹⁰ Sur ce sujet voir entre autres H.P. Glenn, «Vers un droit comparé intégré?» *supra* note 88; P. McCormick, «The Supreme Court of Canada and American Citations 1945-1994: A Statistical Review» (1997) 8 (2d) Sup. Ct. L. Rev. 527.

⁹¹ Pour nous en tenir aux décisions rendues depuis 1990, notamment *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, *supra* note 70 à la page 245, Mme la juge L'Heureux-Dubé, à propos du caractère objectif du préjudice moral qui peut être réparé, et aux pp. 247-248 sur l'application en droit québécois des approches conceptuelle, subjective et fonctionnelle dans l'évaluation du préjudice moral; *Aubry c. Éditeur Vice-Versa Inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591 aux pp. 616-17, Mme la juge L'Heureux-Dubé et M. le juge Bastarache, à propos de la notion «d'information socialement utile» lorsque la liberté d'expression entre en conflit avec le droit à la vie privée. Sur la délimitation précise entre la common law et le droit privé applicables aux corporations municipales (et aux corps publics), voir *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville de)*, [1989] 1 R.C.S. 705.

droit civil des assurances doit toutefois nécessairement s'inscrire dans le contexte socio-économique qui lui est propre, soit la pratique nord-américaine du droit des assurances.⁹²

Quand elle se livre à un exercice de comparaison, la Cour suprême accorde une place primordiale à des systèmes de droit civil. Le droit français est à l'honneur, naturellement, mais les droits belge, écossais et autres ne sont pas ignorés pour autant.⁹³ Ce n'est pas à dire, toutefois, que la solution de droit français soit toujours retenue par la Cour; elle s'en est parfois écartée lorsque ce droit ne paraissait pas approprié ou adapté⁹⁴. Si elle consulte des sources étrangères qui appartiennent à la grande famille du droit civil, cela ne signifie pas que celles de common law soient totalement exclues bien qu'elles occupent une place nettement secondaire dans l'ensemble⁹⁵.

Quelles que soient les particularités de chaque affaire, nous sommes résolument entrés dans une ère nouvelle. Certes, la Cour demeure sensible à l'harmonisation, voire à la cohésion du droit à travers le Canada, par exemple en droit international privé⁹⁶, mais elle manifeste désormais une tolérance

⁹² *Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la vallée du Richelieu*, [1990] 2 R.C.S. 995 à la p. 1004. Également, *Q.N.S. Paper Co. c. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 683 aux pp. 730-31, Mme la juge L'Heureux-Dubé.

⁹³ Par exemple, depuis 1990, *Garcia Transport Ltée c. Cie Royal Trust*, *supra* note 69 aux pp. 521-22 et 528, Mme la juge L'Heureux-Dubé, concernant le phénomène des contrats d'adhésion et la possibilité et les conditions de la renonciation à une disposition d'ordre public de protection; *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, *supra* note 70 à la p. 242, Mme la juge L'Heureux-Dubé, sur le fondement de l'indemnisation du préjudice moral, et à la p. 246 sur la méthode d'évaluation des dommages-intérêts pour le préjudice moral; *Augustus c. Gosset*, *supra* note 72 aux pp. 289-90, Mme la juge L'Heureux-Dubé, sur le droit à la réparation du *solutum doloris* subi par la victime par ricochet; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, *supra* note 72 aux pp. 363-64, Mme la juge L'Heureux-Dubé, dissidente sur d'autres points, sur la fonction compensatoire, et non punitive, de la responsabilité civile; *Aubry c. Éditions Vice-Versa*, *supra* note 91, sur la nécessité de prouver le préjudice moral, M. le juge en chef Lamer, dissident, à la p. 609, Mme la juge L'Heureux-Dubé et M. le juge Bastarache à la p. 620. Sur ce sujet, voir notamment H. P. Glenn, «Le droit comparé et la Cour suprême du Canada» dans *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1989, 197; H. P. Glenn, «Droit comparé et droit québécois» (1990) 24 R.J.T. 341.

⁹⁴ *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541 aux pp. 600-09, M. le juge Gonthier, à propos de la perte d'une chance en responsabilité; *Banque Nationale du Canada c. Houle*, *supra* note 28 à la p. 182, Mme la juge L'Heureux-Dubé; *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, *supra* note 28 à la p. 581, M. le juge Gonthier, à propos de la responsabilité extracontractuelle d'une partie à un contrat vis-à-vis un tiers.

⁹⁵ Par *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, *supra* note 70 à la p. 237 et s., Mme la juge L'Heureux-Dubé, sur l'appréciation de l'indemnité pour le préjudice moral; *Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la vallée du Richelieu*, *supra* note 92 à la p. 1017 et s., Mme la juge L'Heureux-Dubé, à propos de la clause hypothécaire dans une police d'assurance (mais voir le passage de la p. 1004 cité plus haut).

⁹⁶ M. le juge La Forest dans *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077 et dans *Hunt c. T. & N. P.L.C.*, [1993] 4 R.C.S. 289.

certaine à l'égard de la différence de solutions d'une province à l'autre en raison de la spécificité du droit de chacune d'entre elles⁹⁷.

Certains ont reproché à la Cour de rendre des jugements trop longs, spécialement en raison des nombreux rapprochements qu'elle fait avec des droits étrangers; la Cour écrirait, non des jugements, mais des oeuvres doctrinales. Sans doute y a-t-il eu quelques excès de zèle et un certain manque de concision à l'occasion. Mais il faut y voir le souci de diversifier les sources dont s'inspire la Cour pour l'interprétation de droit civil. La France est certes la mère patrie du droit civil dans le monde, mais, est-il nécessaire de le dire, de nombreux autres pays industrialisés peuvent offrir des solutions ou des approches fécondes pour le droit québécois. C'est avec raison que la Cour étend son champ de vision à plus d'un droit étranger.

La Cour suprême en est donc arrivée à s'inspirer d'une pluralité de systèmes juridiques assez souvent. Cependant, elle est parvenue à diversifier ses sources de droit comparé dans une démarche qui respecte l'autonomie du droit civil. Il faut saluer cet enrichissement considérable : il assure le droit québécois de continuer d'évoluer à la fois en harmonie avec les progrès accomplis dans d'autres droits et dans la fidélité à son génie.

Enfin, il faut bien constater que les juges de la Cour d'appel du Québec et des autres tribunaux québécois, malheureusement, n'ont ni le temps ni les ressources humaines pour pratiquer le droit comparé à une échelle qui soit significative. De nos jours, la Cour suprême est ainsi devenue, de loin, le principal agent de droit comparé dans la jurisprudence québécoise.

Si la Cour rendait de nombreuses décisions en droit civil, on pourrait dire que le droit comparé se porte bien. Hélas, la réalité est tout autre. Dans les six dernières années, elle a prononcé moins de trois arrêts portant principalement sur le droit civil, en moyenne chaque année⁹⁸. C'est évidemment très peu. C'est certainement trop peu pour que la Cour joue réellement son rôle de tribunal suprême et assume sa responsabilité dans l'évolution du droit québécois. Le droit des chartes a exercé une sorte de fascination sur les juges de la Cour depuis bientôt vingt ans. Quand donc prendront-ils conscience que leur rôle indispensable dans les autres branches du droit ne saurait être rempli adéquatement dans une petite poignée de jugements? La contribution marginale de la Cour au droit civil pourrait bien faire en sorte que l'idée d'une cour suprême pour le Québec, ayant compétence finale sur toute question de droit privé québécois⁹⁹, refasse surface dans un avenir plus ou moins rapproché.

⁹⁷Glenn, «Le droit comparé et la Cour suprême du Canada» *supra* note 93 à la p. 209.

⁹⁸Arrêts rendus dans les catégories «Code civil», «droit de la famille», «droit des biens» et «responsabilité civile», d'après les statistiques obtenues de la Cour suprême pour les années 1994 à 1999 inclusivement.

⁹⁹P.-A. Crépeau, «Les lendemains de la réforme du Code civil» *supra* note 85.