

LA CONTRIBUTION DU JUGE LABEL AU DROIT JUDICIAIRE ET À LA TRADITION CIVILISTE

Rosalie Jukier*

Le juge LeBel nous a légué un héritage inestimable en droit judiciaire québécois. Analysant celui-ci, l'auteure utilise une approche thématique et transversale mettant l'accent sur quelques décisions phares du juge LeBel dans cette sphère juridique. Cette étude nous donne un aperçu de sa méthodologie judiciaire unique tenant compte des origines mixtes de la procédure civile québécoise. Les décisions sélectionnées explorent le dilemme des juges devant interpréter et appliquer le droit judiciaire québécois lorsque les dispositions ou les problèmes en litige émanent de la common law et du rôle qui devrait être donné aux précédents et principes de la common law dans cette interprétation. Dans les décisions qui traitent des sujets hérités de la common law comme l'interrogatoire préalable, le privilège du secret des sources des journalistes et le recours collectif, le juge LeBel nous enseigne qu'une application systématique de la common law doit être rejetée pour favoriser une interprétation autonome cohérente avec la tradition civiliste, à savoir une grille d'analyse civiliste. Cependant, même en invoquant l'identité distincte du droit judiciaire québécois, son approche n'est jamais fermée d'esprit. Il admet qu'avec la prudence et l'adaptation appropriées, la common law peut, le cas échéant, jouer un rôle supplétif.

Justice LeBel bequeathed us an invaluable legacy in terms of Quebec procedural law. Analyzing that legacy, the author uses a thematic and transverse approach focusing on a few landmark decisions by Justice LeBel in this realm of the law. The study gives us insight into his unique judicial methodology which reflected the dual origins of Quebec civil procedure. The selected decisions explore the dilemma faced by judges who must interpret

* Professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université McGill et membre du Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé. L'auteure tient à remercier la Fondation pour la recherche juridique pour son soutien financier qui a subventionné l'excellent travail des auxiliaires de recherche Talya Kornitzer et Camille Marceau. Ces propos ont été livrés le 29 octobre 2015, lors d'une conférence à Montréal organisée par l'Association du Barreau canadien, division du Québec, en hommage à Louis LeBel. Veuillez noter que les idées exprimées par l'auteure dans cet article ont été développées dans d'autres publications incluant Rosalie Jukier, « The Legacy of Justice Louis LeBel: The Civilian Tradition and Procedural Law » (2015) 70 SCLR (2^e) 27, reproduit dans Dwight Newman & Malcolm Thorburn, dir, *The Dignity of Law: The Legacy of Louis LeBel*, Markham (Ont), LexisNexis, 2015, 27, ainsi que Rosalie Jukier, « The Impact of Legal Traditions on Quebec Procedural Law: Lessons from Quebec's New Code of Civil Procedure » (2015) 93:1 R du B can 211.

and apply Quebec procedural law where the provisions or problems in issue stem from common law, and the role that should be assigned to common law precedents and principles in that interpretation. In the decisions addressing subjects inherited from common law, such as examination for discovery, the privilege covering journalistic sources, and the class action, Justice LeBel teaches us that a systematic application of common law must be rejected in favour of a coherent autonomous interpretation based on the civil law tradition, namely a civil law analytical grid. However, even by invoking the distinct identity of Quebec procedural law, his approach is never close-minded. He admits that with prudence and proper adaptation, common law can sometimes play a complementary role.

L'invitation à participer au congrès en hommage au juge Louis LeBel, organisé par l'Association du Barreau canadien, division du Québec, en octobre 2015, a été pour moi un grand honneur. Depuis longtemps, la contribution du Juge LeBel me fascinait et j'avais déjà eu l'opportunité de participer à un colloque à l'Université de Toronto au sujet de ce juge distingué¹, ainsi que de publier un article sur son immense héritage juridique². Par contre, ce nouveau congrès était une occasion de présenter mes idées à un auditoire québécois : un auditoire bien éduqué dans la tradition juridique civiliste, ainsi que dans le domaine du droit judiciaire. Cet article tire son origine de mes remarques lors de ce congrès.

In his 14 years on the bench of the Supreme Court of Canada, Justice Louis LeBel has left an important mark on many areas of the law in a wide array of subject matters that fall within the law of Civil Procedure. In speaking about his contribution to this field of law, I could, of course, have selected some key judgments in a variety of areas, from costs to discovery, from court jurisdiction to class action, in order to highlight the important inroads his decisions have made on several distinct areas of substantive procedural law. Instead, however, I chose to adopt a more cross-cutting, thematic approach. As a result, this paper will focus on a few of Justice LeBel's procedural decisions that give us insight into methodology—in particular, the methodology that civilian judges should use in deciding Quebec procedural cases given the unique mixed legal system that characterizes both Quebec in general, and its procedural law in particular.

¹ Rosalie Jukier, colloque sur le juge LeBel sur la procédure et la preuve, présenté dans la Conférence *The Legacy of Justice Louis LeBel*, Faculté de droit, Université de Toronto, 17–18 octobre, 2014 [non publié].

² Rosalie Jukier, « The Legacy of Justice Louis LeBel: The Civilian Tradition and Procedural Law » (2015) 70 SCLR (2^e) 27, reproduit dans Dwight Newman et Malcolm Thorburn, dir., *The Dignity of Law: The Legacy of Justice Louis LeBel*, Markham (Ont), LexisNexis, 2015, 27.

Le Québec se caractérise comme étant un système légal mixte pour plusieurs raisons, la plus évidente étant son bijuridisme. En effet, les juges du Québec jonglent quotidiennement avec un droit privé inspiré de la tradition civiliste française et avec un droit public, fédéral, uniforme à travers le pays, provenant de la tradition de *common law* anglaise³. Par ailleurs, la nomination, la formation et le style de rédaction des jugements des juges québécois ressemblent à ceux du système de *common law*⁴. Pour ce qui est des institutions judiciaires, elles suivent, elles aussi, le modèle du système judiciaire anglais⁵. Toutefois, il est important de se rappeler que le Québec est également mixte au niveau de son droit processuel. Tout en ayant un format typiquement civiliste, à savoir, un Code, le droit processuel québécois, comme l'a constaté Daniel Jutras, a « un air de *common law* en pays de droit civil »⁶.

La nature de la procédure civile québécoise, qui ressemble au système contradictoire anglais plutôt qu'à celui plus inquisitoire de l'Europe continentale, contribue à la mixité du système légal du Québec⁷. Cependant, il existe une mixité à l'intérieur même de son droit processuel. Le juge LeBel l'a lui-même reconnu, indiquant d'une manière quelque peu pessimiste dans l'arrêt *Foster Wheeler* que « [c]ette mixité explique sans doute les

³ Le bijuridisme québécois est basé sur la division des pouvoirs en vertu de la Constitution canadienne et sur l'histoire de la province. Voir *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, art 91–92, reproduit dans LRC 1985, annexe II, no° 5 (les lois qui gouvernent les matières qui tombent sous la juridiction fédérale (tels le droit criminel, le droit sur la faillite et le droit concernant les banques) sont traitées d'une manière uniforme à travers le pays, conformément à la tradition de *common law*. Cependant, concernant les matières qui sont du ressort provincial (tels le droit privé des contrats, des délits (responsabilité civile), le droit des biens et des successions), chaque province applique sa propre tradition juridique.); *Loi relative aux dispositions plus efficaces pour le gouvernement de la province de Québec en Amérique du Nord*, 14 Geo III, c 83, 1774 [*Acte de Québec*] (en 1774, le Parlement britannique a adopté l'*Acte de Québec*, une loi qui, malgré l'autorité britannique sur le territoire, permettait l'application du droit civil français).

⁴ Rosalie Jukier, « Inside the Judicial Mind: Exploring Judicial Methodology in the Mixed Legal System of Quebec » (2013) 6:1 *European J Comparative L & Governance* 54 à la p 58.

⁵ La Cour supérieure du Québec est basée sur le système judiciaire britannique et son modèle d'administration de la justice et, conséquemment, est une cour de compétence inhérente. Les cours de juridiction inhérente ont un pouvoir résiduel et peuvent puiser dans ces pouvoirs « *whenever it is just or equitable to do so* » : Voir IH Jacob, « The Inherent Jurisdiction of the Court » (1970) 23 *Current Leg Probs* 23.

⁶ Daniel Jutras, « Culture et droit processuel: le cas du Québec » (2009) 54 *RD McGill* 273 à la p 285 [Jutras].

⁷ Claire L'Heureux-Dubé, « By Reason of Authority or by Authority of Reason » (1993) 27:1 *UBC L Rev* 1 aux pp 15–16; Jutras, *supra* note 6; Jean-Maurice Brisson, *La formation d'un droit mixte: l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, Montréal, Thémis, 1986 aux pp 99–110 [Brisson].

difficultés sémantiques, sinon conceptuelles qui continuent de marquer la vie de ce secteur du droit »⁸.

I prefer to look at this mixity more positively and view Quebec procedural law as a particular microcosm, or laboratory, of mixity that can help us understand what it means to be a civilian judge operating in a bijural country—a civilian judge operating in a jurisdiction that has undergone multiple historical influences on its legal formation and many instances of legal transplantation and cross-fertilization of legal culture.

Without going into too much detail on the historical evolution of this mixity of sources in Quebec's procedural law⁹, when Quebec was a French colony, it inherited continental civilian procedure, a system that was centered in the hands of the judge who had powers of investigation, exemplified by the *enquête*, a process where the judge interviewed witnesses and reduced their testimony to writing¹⁰. Things began to change in the mid-18th Century with the advent of several ordinances that brought in some key aspects of the common law, such as the application of English rules of evidence and the institution of the jury in civil matters¹¹. Moreover, through the many codifications of civil procedure in the province, (remarkably, Quebec has recently enacted its fourth *Code of Civil Procedure*¹²), Quebec

⁸ *Foster Wheeler Power Co c Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc*, 2004 CSC 18 au para 23, [2004] 1 RCS 456 [*Foster Wheeler*].

⁹ Voir généralement Rosalie Jukier, « The Impact of Legal Traditions on Quebec Procedural Law: Lessons from Quebec's New Code of Civil Procedure » (2015) 93 R du B can 211 aux pp 219–228.

¹⁰ *L'Ordonnance de Louis XIV, Roi de France et de Navarre, du mois d'Avril 1667* reproduite dans *Édits, ordonnances royaux, déclarations et arrêts du Conseil d'État du Roi, concernant le Canada, mis par ordre chronologique, et publiés par ordre de Son Excellence Sir Robert Shore Milnes, Baronet, en conséquence de deux différentes Adresses de la Chambre d'Assemblée, en date des 5e et 7e mars 1801*, vol 1, Québec, PE Desbarats, 1801, au Titre XXII, art XVII [Ordonnance de 1667].

¹¹ Voir par ex *An Ordinance to regulate the proceedings in the courts of civil judicature, and to establish Trials by Juries in actions of a commercial nature and personal wrongs to be compensated in damages 1875*, reproduit dans *Ordinances made and passed by the Governor and Legislative Council of the province of Quebec*, Quebec, William Brown, 1786 à la p 25; *Ordonnance qui établit les Cours civiles de Judicature en la Province de Québec*, 17 Geo III c 1 (1777); *Ordonnance qui continue pour un temps limité une ordonnance passée dans la vingt-cinquième année du règne de sa majesté, intitulée, "Ordonnance qui règle les formes de procéder dans les cours civiles de judicature, et qui établit les procès par jurés dans les affaires du commerce, et d'injures personnelles qui doivent être compensées en dommages,"* 27 Geo III, c 4 (1787); voir généralement Brisson, *supra* note 7.

¹² *Code de procédure civile*, RLRQ c C-25.01 [Code de 2014]. Le Code de 2014 est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016.

saw an increasing number of procedural rules and principles transplanted into codified law from the common law¹³. Apart from the abolition of the *enquête* in the 1897 *Code of Civil Procedure*¹⁴, which brought in to Quebec procedure the common law style of examination and cross-examination of parties and witnesses in open court, processes such as discovery¹⁵, the injunction¹⁶, and the class action¹⁷ gradually worked their way into Quebec law as well. As a result, by the mid to late 20th Century, Quebec had developed into a procedural system that was adversarial in nature, namely party-driven, with the judge assuming the role of the English judge—a more or less silent umpire—leaving it to the parties to run their case¹⁸.

The 21st Century has, of course, ushered in a new era in procedural law characterized by widespread civil justice reform. The initiative to create a new culture of civil justice began in the 1990s in England with the seminal Lord Woolf Report that advocated more judicial control over the litigation process in order to curb the systemic problems of high cost, long delays and undue complexity that has come to define it¹⁹. Quebec followed in Lord Woolf's footsteps with the Ferland Report in 2001²⁰, leading to many changes in the 1965 *Code of Civil Procedure*²¹ and, of course, to the advent of a new Code, where new values of civil justice are enshrined²². The judge has been made more active, moving her closer to her continental civilian counterpart, through extensive powers of case management going so far, in

¹³ Le Québec a déjà codifié la procédure civile quatre fois dans son histoire : en 1866, 1897, 1965 et 2014.

¹⁴ *Code de procédure civile*, SQ 1897, c 8 [*Code de 1897*].

¹⁵ L'interrogatoire préalable a été introduit en tant qu'amendement au *Code de 1866*, LRQ 1866 c C-25 [*Code de 1866*], grâce à l'art 5879 des *Statuts refondus du Québec de 1888*, qui l'a entériné sous l'art 251(a). L'interrogatoire préalable a été codifié aux art 286, 288 et 289 du *Code de 1897*, *supra* note 14.

¹⁶ L'injonction a été adoptée en 1878 dans l'*Act to provide for the issue of the Writ of Injunction in certain cases, and to regulate the procedure in relation thereto*, LQ 1878, (41 Vict), c 4, et insérée dans le *Code de 1866* par amendement dans les *Statuts refondus du Québec*, 1888, s 5991. Voir le *Code de 1897*, *supra* note 14, art 1030 et s.

¹⁷ *Loi sur le recours collectif*, LQ 1978, c 8, art 3.

¹⁸ *Code de Procédure Civile*, SQ 1965, c 80, art 2.1 [*Code de 1965*].

¹⁹ The Right Honourable the Lord Woolf, Master of the Rolls, *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, London, The Stationery Office, 1996 [Rapport Woolf].

²⁰ Québec, Comité de Révision de la Procédure Civile, *Rapport—Une nouvelle culture judiciaire*, Québec, Ministère de la Justice, 2001 [Rapport Ferland].

²¹ Voir notamment *Code de 1965*, *supra* note 18, art 4.2 (l'adoption du principe de proportionnalité), 4.1 et 15.1 (l'adoption d'un système de gestion des instances contrôlé par le judiciaire).

²² Voir par ex *Code de 2014*, *supra* note 12, art 1–7, 9, 18, 19, 22, 158, 229.

the new Code, as enabling judges to require the parties to have a common, joint expert witness²³.

Tout cela résulte en une mixité intéressante des sources et en un assemblage fascinant de multiples traditions juridiques. Par conséquent, des questions importantes s'ensuivent, notamment, comment les juges devraient-ils interpréter et appliquer le droit québécois lorsque les dispositions ou les problèmes en question émanent de la *common law* et quel rôle devraient-ils donner aux précédents et principes de la *common law* dans cette interprétation?

Il n'est pas surprenant d'apprendre qu'au lieu d'une réponse unique, c'est plutôt un éventail de réponses que l'on retrouve dans notre jurisprudence. À une extrémité, il est facile de trouver des jugements qui appliquent librement les précédents et les principes de *common law*²⁴. Il existe également des jugements qui indiquent qu'il incombe à la Cour de se tourner vers la *common law* lorsqu'il existe une lacune en droit civil²⁵. À l'autre extrémité, on retrouve plutôt des jugements qui mettent en garde contre l'examen et l'application de la *common law*, expliquant que « [l]e droit civil est un système complet et [qu'] il faut se garder d'adopter des principes provenant de systèmes juridiques étrangers sans se questionner sur leur compatibilité avec notre droit »²⁶.

It is here that Justice LeBel, in some of his key procedural decisions, proves most instructive. While this question of how to deal with transplanted issues in Quebec law is not restricted to adjectival law, perhaps because of the pervasiveness of legal transplantation that has occurred in Quebec procedural law, this question has arisen on numerous occasions at the Supreme Court level on issues dealing with Quebec civil procedure.

In the leading case of *Lac d'Amiante*, in 2001, the Supreme Court had to decide whether the information obtained during the process of discovery should remain confidential in the event the case never went to trial²⁷. The Quebec Court of Appeal had held that it should remain confidential largely because this was the solution adopted by the common law from where

²³ *Ibid*, art 148(4), 158(2), 234.

²⁴ *Droit de la famille—1559*, [1993] RJQ 625 au para 11, 101 DLR (4^e) 345 (QCCA).

²⁵ *Wightman c Widdrington (Succession de)*, 2007 QCCA 1687 au para 58, [2008] RJQ 59.

²⁶ *Anglo Pacific Group PLC c Ernst & Young inc*, 2013 QCCA 1323 au para 36, [2013] RJQ 1264.

²⁷ *Lac d'Amiante du Québec Ltée c 2858-0702 Québec Inc*, [2001] 2 RCS 743, [2001] SCJ No 49 [*Lac d'Amiante*].

Quebec had originally borrowed this concept²⁸. Justice LeBel maintained the holding of the Quebec Court of Appeal on the merits, but criticized the basis upon which the decision had been made, namely common law authority.

Dans cet arrêt, le juge LeBel applique ce qu'il qualifie, dans ses autres écrits académiques, de « grille d'analyse civiliste »²⁹, soit une analyse fondée sur la prémisse que « bien que mixte, la procédure civile du Québec demeure un droit écrit et codifié, régi par une tradition d'interprétation civiliste »³⁰. D'après lui, « suivant la tradition civiliste, les tribunaux québécois doivent [...] trouver leur marge d'interprétation et de développement du droit à l'intérieur du cadre juridique que constituent le Code et les principes généraux de procédure qui le sous-tendent »³¹. C'est pourquoi le juge LeBel se tourne vers le *Code civil*, le *Code de Procédure civile* et la *Charte des droits et libertés de la personne* pour justifier le devoir de confidentialité concernant l'interrogatoire préalable. D'une part, son raisonnement se réfère au *Code de procédure civile*, qui ne traite pas de l'interrogatoire préalable comme faisant partie d'une audience du tribunal, le principe de la publicité des débats ne s'y appliquant donc pas³². D'autre part, la confidentialité de l'interrogatoire préalable s'accorde bien au principe de la protection de la vie privée établie par le *Code civil*³³.

Dans l'affaire *Lac d'Amiante*, la décision du juge LeBel suggère qu'il existe une approche résolument civiliste à l'interprétation des concepts juridiques et ce, même s'ils proviennent de la *common law* et se sont greffés au droit québécois. Cependant, dans les décisions subséquentes, il adopte une position plus flexible et admet que dans certains cas, la *common law* peut jouer un rôle résiduel visant à combler les lacunes du droit civil.

Ainsi, dans l'arrêt *Globe and Mail*³⁴, une affaire datant de 2010 concernant l'existence d'un privilège du secret des sources des journalistes, le juge LeBel reconnaît « [qu']il est difficile d'admettre que les principes juridiques de *common law* ne sauraient jouer aucun rôle résiduel dans l'évolution de cet aspect du droit québécois »³⁵. En bout de ligne, le juge

²⁸ *Lac d'Amiante du Québec Ltée c 2858-0702 Québec Inc*, [1999] RJQ 970 au para 47, [1999] QJ No 1043 (QCCA).

²⁹ Louis LeBel, « L'influence de la Cour suprême du Canada sur l'application du *Code Civil du Québec* depuis 1994 » (2010) 88:2 R du B can 231 à la p 241.

³⁰ *Lac d'Amiante*, *supra* note 27 au para 39.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid* aux para 15–16.

³³ *Ibid* aux para 16, 68.

³⁴ *Globe and Mail c Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, [2010] 2 RCS 592 [*Globe and Mail*].

³⁵ *Ibid* au para 45.

LeBel admet qu'on peut s'inspirer de la doctrine Wigmore de la *common law* et conclut qu'il existe un tel privilège pour les journalistes, même s'il n'est pas possible d'en trouver la source dans le droit québécois. Il déclare que « [s]i une règle juridique découle en définitive de la *common law*, il demeure logique de recourir à celle-ci dans l'interprétation et l'élaboration de cette même règle en droit civil »³⁶.

At first glance, it seems somewhat difficult to reconcile what Justice LeBel says in *Globe and Mail* regarding the gap-filling role of the common law with the staunchly civilian approach he advocates in *Lac d'Amiante*. However, upon closer examination, there are important differences between the cases. Unlike *Globe and Mail*, there were, in *Lac d'Amiante*, ample Quebec civilian principles to support the confidentiality of discovery and there was therefore less need to resort to the common law for authoritative precedent. Furthermore, in the case of *Globe and Mail*, Justice LeBel recognized, on a policy level, the need for consistency across the country due to the fact that today, the reach of the media is, in fact, borderless³⁷.

De manière plus importante, la discussion de l'arrêt *Globe and Mail* ne peut être mise de côté sans mettre l'accent sur les limitations importantes prudemment développées par le juge LeBel concernant l'application de la *common law* pour suppléer aux lacunes du droit civil dans les affaires québécoises. Il a clarifié que le recours à la *common law* « doit cependant reposer sur le principe fondamental selon lequel l'interprétation et l'élaboration d'une telle règle doivent rester conformes aux principes généraux énoncés dans le C.c.Q. et dans la Charte québécoise »³⁸.

Par ailleurs, en 2014, dans l'une de ses dernières décisions coécrites par le juge Wagner concernant l'affaire sur le recours collectif *Vivendi Canada*, le juge LeBel met l'accent sur le fait que « [l]a prudence s'impose dans l'application des principes énoncés dans les arrêts [de *common law*] à la procédure civile québécoise en matière de recours collectif »³⁹. Tout en admettant que les sources de *common law* « offrent certes un cadre général », les juges LeBel et Wagner avisent que « [d]es critères d'analyses établis dans un contexte de common law ne sont pas nécessairement importables sans adaptations dans la procédure civile québécoise »⁴⁰. [nos soulignés]

Que faut-il tirer des trois décisions phares que sont *Lac d'Amiante*, *Globe and Mail* et *Vivendi Canada*, et comment ces décisions influenceront-

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid* au para 55.

³⁸ *Ibid* au para 45.

³⁹ *Vivendi Canada Inc c Dell'Aniello*, 2014 CSC 1 au para 48, [2014] 1 RCS 3 [*Vivendi Canada*].

⁴⁰ *Ibid.*

elles le droit processuel québécois et la méthodologie judiciaire au Québec, particulièrement concernant les domaines de droit hérités de la *common law* ?

À un niveau philosophique ou symbolique, les décisions du juge LeBel attestent toutes de l'importance de prioriser la tradition juridique civiliste et de maintenir une identité distincte pour le droit judiciaire au Québec, nonobstant ses origines mixtes. C'est dans cet esprit que le juge LeBel peut être considéré comme étant une incarnation moderne, plus ouverte d'esprit et cosmopolite du juge Mignault, juge de la Cour suprême de 1918 à 1929. On se souviendra du juge Mignault principalement pour sa défense loyale de l'intégrité du droit civil et pour son renversement de la tendance à l'harmonisation soutenue par un autre juge de la Cour suprême de l'époque, le juge Taschereau⁴¹. Le juge LeBel est très certainement moins obsédé par l'idée de préserver la pureté du droit civil à tout prix. Cependant, en lisant les écrits et arrêts du juge Mignault, qui invoque l'idée de protéger l'intégrité du droit civil, en lui donnant une interprétation autonome et en étant conscient de ne pas la soumettre à l'application systématique des principes et des précédents de la *common law*, un peu de Mignault peut être perçu en LeBel⁴².

Remarquons que la Cour suprême a récemment réitéré la nécessité de cette attitude protectionniste envers l'intégrité du droit civil par sa décision dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art 5 et 6*⁴³. Comme l'indique la majorité de la Cour suprême, « les traditions juridiques [...] distinctes du Québec [doivent y être] représentées »⁴⁴ pour qu'ainsi « la *common law* et le droit civil évoluent côte à côte, tout en conservant leur caractère distinctif »⁴⁵.

It is, however, incumbent to offer some explanation of this “*analyse civiliste*”, particularly as applied to a variety of contexts.

The first sense in which I understand it is what I have termed a “methodological interpretation”. On one level, Justice LeBel’s judgments are simply telling us to apply the methodology distinct to the civilian

⁴¹ David Howes, « From Polyjurality to Monojurality: The Transformation of Quebec Law, 1875-1929 » (1987) 32:3 RD McGill 523.

⁴² Voir par ex Pierre-Basile Mignault, « Les rapports entre le droit civil et la “common law” au Canada, spécialement dans la province de Québec » (1932) 11 R du D 201 à la p 206, tel que cité dans Sylvio Normand, « Un thème dominant de la pensée juridique au Québec : la sauvegarde de l'intégrité du droit civil » (1986–87) 32:3 RD McGill 559.

⁴³ *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 RCS 433 [*Affaire Nadon*].

⁴⁴ *Ibid* au para 49.

⁴⁵ *Ibid* au para 85.

tradition, a methodology found in its deductive reasoning, its distinct emphasis on legal sources (including the prioritization of legislative over judicial sources) and its particular method of codal interpretation, that is, a broad, general and holistic interpretation rather than a strict and narrow one ordinarily applied to statutes. This is in perfect harmony with paragraph 3 of the Preliminary Provision of the new *Code of Civil Procedure* which states, “[t]his Code must be interpreted and applied as a whole, in the civil law tradition”⁴⁶. Justice LeBel has taught us the importance of finding authority in the sources unique to the Civil Law and prioritizing those sources according to the civilian legal tradition and its spirit of codal interpretation.

The second sense is what I call a “limitational interpretation”. In particular, even where Justice LeBel tells us that resort to the common law can be used as a gap-filling residual technique, he is quick to remind us that we must ensure that any common law import does not offend any overriding Civil Law rule or principle. This is, perhaps, the most valuable lesson we can learn in the area of legal transplantation. Legal transplantation works best when borrowing legal systems are mindful of the need to respect the larger principles and values inherent to their legal traditions.

And finally, the third sense is what I refer to as a “translational interpretation”. The lesson that Justice LeBel teaches us here is that Quebec judges must be mindful of the need to adapt or translate borrowed common law principles to fit within the particular context and contours of Quebec Civil Law. And as Justice Baudouin has written, “avant de prêter une interprétation qui vient d’ailleurs, il faut s’assurer que cette interprétation étrangère cadre bien avec les principes généraux du droit national”⁴⁷.

It may be instructive to digress from civil procedure and use an example from the law of contractual remedies, namely Specific Performance, to see how its adaptation within the Civil Law has evolved over time⁴⁸. The procedural implementation of this remedy for contract breach, namely the mandatory injunction, was borrowed from the common law and transplanted into Quebec law. As a result, until the 1980s, the jurisprudence tended to give this remedy the same narrow and restrictive interpretation it received in the common law. As Justice Pigeon stated in a 1975 Supreme Court decision, “the principles established in common law jurisdictions

⁴⁶ *Code de 2014*, *supra* note 12.

⁴⁷ Jean-Louis Baudouin, « L’interprétation du *Code Civil* Québécois par la Cour Suprême du Canada » (1975) 53 R du B can 730 à la p 731.

⁴⁸ Art 1590 CcQ (« Lorsque le débiteur, sans justification, n’exécute pas son obligation et qu’il est en demeure, le créancier peut [...] [f]orcer l’exécution en nature de l’obligation »).

[must apply in Quebec] since this is a remedy taken from them⁴⁹. This is, of course, entirely reminiscent of the approach of the Court of Appeal decision in *Lac d'Amiante* of which Justice LeBel so disapproved.

Today it is recognized that the restrictive interpretation of Specific Performance in the common law, due to the remedy's origin in equity, does not fit the civilian tradition that never had any distinction between law and equity and where the entire remedial philosophy is distinct from that of the common law⁵⁰. The Civil Law does not, in general, subscribe to the adage of Oliver Wendell Holmes to the effect that "the duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it, and nothing else"⁵¹. Rather the Civil Law prioritizes the duty to keep one's *parole donnée* and therefore, the duty to perform one's obligations. The adaptation of this common law remedy was expertly accomplished by Justice Baudouin who said, in a 1994 Quebec Court of Appeal decision, that "[i]t is not because injunction is historically a Common Law procedural remedy that the restrictive approach of Common Law to mandatory injunctive relief should also be followed"⁵².

Au Canada, il existe donc une délicate balance entre le désir de préserver la précieuse dualité et l'intégrité des traditions juridiques du droit civil et de la *common law*, tout en reconnaissant l'influence mutuelle positive que ces traditions peuvent avoir l'une sur l'autre. Le juge Stevenson de la Cour suprême a bien résumé ces enjeux quand il a écrit :

[N]otre Cour a l'avantage d'être le tribunal d'appel de dernier ressort dans un pays qui compte deux traditions juridiques: la common law anglaise et le droit civil français. Ces deux traditions juridiques sont indépendantes et ne devraient pas être confondues. Les concepts et les solutions que l'on trouve dans l'une ne devraient pas être imposés à l'autre. Mais cela ne signifie pas pour autant que le droit comparé n'a pas sa place au niveau de notre Cour⁵³.

En effet, nous sommes témoins d'une augmentation du droit comparatif à la Cour suprême. Le juge Cromwell s'est inspiré du droit civil dans sa

⁴⁹ *Trudel c Clairol Inc of Canada*, [1975] 2 RCS 236 au para 246, 1974 CanLII 167.

⁵⁰ Voir Rosalie Jukier, « Taking Specific Performance Seriously: Trumping Damages as the Presumptive Remedy for Breach of Contract » dans Robert J Sharpe et Kent Roach, dir, *Taking Remedies Seriously/Les recours et les mesures de redressement : Une affaire sérieuse*, Montréal, Institut canadien d'administration de la justice, 2010, 85.

⁵¹ Oliver Wendell Holmes, « The Path of the Law » (1897) 10 Harv L Rev 457 à la p 462.

⁵² *Varnet Software Corp c Varnet UK Ltd*, [1994] RJQ 2755 à la p 2758, 59 CPR (3^e) 299 (CA).

⁵³ *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c Norsk Pacific Steamship Co*, [1992] 1 RCS 1021 à la p 1077-78.

récente décision portant sur la bonne foi dans l'exécution des obligations contractuelles dans un appel provenant d'Alberta, *Bhasin c Hrynew*⁵⁴. Le juge LeBel a lui-même fait, de manière extensive, référence au droit civil et au Code civil dans l'arrêt *Club Resorts c Van Breda*, une décision émanant d'une juridiction de *common law*, l'Ontario⁵⁵.

Le droit civil et la *common law* devraient continuer d'être l'un pour l'autre source d'information, d'éducation et d'inspiration. Cependant, comme le juge LeBel nous l'enseigne, cela ne doit pas être au prix de la dualité des traditions juridiques canadiennes. À mon avis, son point de vue unique concernant la priorisation de la tradition civiliste nonobstant l'influence considérable de la *common law*, exprimé à travers une myriade de décisions de droit judiciaire, constitue l'héritage inestimable que nous lègue le juge LeBel.

⁵⁴ *Bhasin c Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 RCS 494 [*Bhasin*]. Notons que la Cour d'appel du Québec, dans *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd c Hydro-Québec* (2016 QCCA 1229, [2016] JQ No 9073 (QL)) (Requête pour autorisation d'appel à la Cour suprême pendante), s'est récemment penchée sur la décision de *common law Bhasin* concernant l'étendue d'application du devoir de bonne foi en droit québécois, renforçant cette influence mutuelle entre les traditions juridiques.

⁵⁵ *Club Resorts Ltd c Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 RCS 572.