

*Federation of Law Societies
of Canada*



*Fédération des ordres professionnels
de juristes du Canada*

Droit civil et common law: convergences et divergences

Juillet 2017

Droit civil et common law: convergences et divergences

STÉPHANE BEAULAC
JEAN-FRANÇOIS GAUDREAU-DESBIENS

Introduction

Le Canada est l'un des rares pays où coexistent les deux grandes traditions juridiques occidentales, soit la Common law et le Droit civil. En raison de la colonisation ou de l'adoption volontaire (en totalité ou en partie) des modèles de régulation qui les sous-tendent, ces traditions juridiques ont des ramifications à travers le monde. Par exemple, selon le projet de recherche JuriGlobe de l'Université d'Ottawa, 60,06 % de la population mondiale vit actuellement dans un système juridique qui s'inspire en totalité ou en partie de la tradition de Droit civil, tandis que 35,17 % vit dans un système juridique affilié à la tradition de la Common law. Seulement 3,84 % de la population mondiale est régie par un système juridique où les deux traditions juridiques coexistent.¹ Au vu de telles statistiques, l'on ne saurait être étonné que le lien du Canada avec ces deux traditions se soit avéré un avantage important qui lui a permis d'exercer une influence considérable au sein de nombreux forums juridiques internationaux et comparatifs.

Pourtant, le bijuridisme canadien, tel qu'on le nomme, est vécu différemment sur le terrain. En effet, bien que la Common law soit présente, avec certaines variations, sur l'ensemble du territoire du pays, le Droit civil est quant à lui concentré dans la province de Québec. Cette situation a causé différentes formes d'asymétries. La plus significative se rapporte sans doute à la formation que les juristes reçoivent et aux connaissances variables qu'ils acquièrent, durant leurs études, à propos de « l'autre » tradition. Cela a une incidence directe sur leur capacité à œuvrer à une échelle véritablement pancanadienne.

Ainsi, si tous les juristes formés au Québec sont minimalement exposés aux règles, à la méthodologie et à l'épistémologie de la Common law durant leurs études, celles et ceux de l'extérieur du Québec ne bénéficient généralement pas d'un accès équivalent au Droit civil. Outre les possibilités d'échanges avec les universités québécoises, dont très peu d'étudiants profitent, la plupart des diplômés des facultés de droit hors Québec obtiennent leur diplôme sans avoir été initiés aux aspects fondamentaux de la tradition civiliste ou à son incarnation québécoise particulière. Quant aux juristes québécois, ils acquièrent tous une certaine connaissance de la tradition de Common law en suivant plusieurs cours obligatoires ou facultatifs, généralement dans des matières relevant du droit public, dans les facultés de droit de la province, même s'ils ne sont pas tous exposés à un degré égal à l'évolution et aux fondements de cette tradition juridique. Ceci met en lumière un fait que l'on oublie souvent à l'extérieur du Québec : cette province n'est pas un « territoire de Droit civil » au sens strict, mais bien un « territoire de droit mixte ». Grâce à l'effet combiné de la Proclamation royale de 1763, de l'*Acte de Québec de 1774*² et de la Loi constitutionnelle de 1867³, le droit au Québec se nourrit de la Common law et du Droit civil, dans le second cas surtout pour les matières relevant de « la propriété et [d]es droits civils ». Dans toutes les matières qui se rapportent au « droit public », c'est-à-dire lorsque les personnes interagissent avec l'État à titre d'autorité publique plutôt qu'à titre d'acteur privé, le droit applicable dans la province s'inspire principalement de la Common law. De plus, des domaines tels

¹ <http://www.juriglobe.ca/eng/syst-demo/tableau-dcivil-claw.php>

² *Acte de Québec*, 1774, 14 Geo. III, c. 83.

³ Loi constitutionnelle, 1867, L.R.C. 1985, app. II, no 5.



que le droit du travail ou le droit des sociétés puisent aux deux traditions. En fait, ce sont les matières situées dans le noyau dur du droit privé, lequel est cristallisé dans le Code civil du Québec, qui sont les plus profondément marquées par la tradition civiliste. Mais dans la mesure où il régit la plupart des relations entre acteurs privés – pan essentiel de la vie du droit –, le Droit civil représente clairement un élément fondamental du droit québécois, en plus d'être le pivot de l'identité juridique distincte de la province. C'est d'ailleurs l'ancrage du droit québécois dans la tradition civiliste qui le distingue du droit applicable ailleurs au Canada. Ceci étant dit, la relation que les juristes québécois entretiennent avec le Droit civil peut varier considérablement selon leur domaine d'exercice. Par exemple, un avocat spécialisé en fusions-acquisitions ou un autre expert en droit constitutionnel pourraient bien avoir des liens relativement ténus avec le Droit civil et partager davantage de référents avec des common lawyers de l'extérieur du Québec mais exerçant dans les mêmes domaines qu'eux, qu'avec des collègues québécois exerçant dans le domaine du contentieux civil. La vie du droit au Québec, c'est aussi cela.

Un autre phénomène qu'il faut prendre en considération est l'influence qu'une tradition juridique peut avoir sur l'autre. Dans le contexte canadien, cette influence a souvent été asymétrique. Pendant longtemps, la Cour suprême du Canada n'a tenu aucun compte des particularités du droit civil québécois, notamment en important des notions de common law – telles que celle de « trespasser » – dans des espèces qu'il aurait fallu trancher en fonction des notions propres au droit romaniste. Ces greffes ont été vigoureusement dénoncées par la doctrine civiliste au début du vingtième siècle et cette pratique a finalement cessé. Pourtant, on constate encore des influences croisées même si elles sont parfois très subtiles et difficiles à déceler. Par exemple, en raison de considérations qui se rapportent, entre autres, à l'impératif de maintenir un environnement économique et fiscal concurrentiel par rapport aux provinces voisines, les sociétés en nom collectif au Québec ne sont pas dotées de la personnalité juridique. Si elles se retrouvent ainsi placées dans une position juridique semblable à celles des provinces et territoires de Common law, ce choix du législateur québécois a pour effet d'éloigner le droit de la province de celui de la plupart des autres États civilistes où les sociétés en nom collectif sont dotées de la personnalité juridique. Un phénomène peut-être moins fréquent ou moins aisément perceptible tient à l'influence du droit civil sur l'évolution de la common law au Canada. Par exemple, en ce qui concerne le droit de la restitution, il est difficile de ne pas voir de ressemblance entre le cadre d'analyse de la common law exposé en 1980 dans l'arrêt *Pettkus c. Becker*⁴ et le cadre du droit civil élaboré trois ans plus tôt pour la doctrine de l'enrichissement sans cause dans *Cie immobilière Viger c. L. Giguère Inc.*⁵ L'influence de l'arrêt Viger sur l'arrêt *Pettkus* n'est pas formellement reconnue, l'affaire *Viger* n'étant pas citée dans l'arrêt *Pettkus*, mais comme le juge Iacobucci l'a signalé presque vingt-cinq ans plus tard dans *Garland Consumers*,⁶ une certaine convergence est perceptible entre les deux et il est plausible que l'influence de l'un sur l'autre puisse avoir été la cause de cette convergence.

En dernier lieu, au-delà des différences entre les lois provinciales, le bijuridisme canadien se manifeste également dans les lois fédérales. À cet égard, il se donne d'abord à voir comme une caractéristique institutionnelle plutôt que culturelle de l'ordre juridique. En effet, bien que les institutions consacrent la coexistence, à un certain niveau, de la Common law et du Droit civil, beaucoup de juristes ne connaissent pas du tout ou connaissent en partie seulement les conséquences normatives concrètes de ce bijuridisme.⁷

⁴ *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 RCS 834. Pour une critique, voir : L. Smith, « *The Mystery of 'Juristic Reason'* », (2000) 12 S.C.L.R. (2d) 211.

⁵ *Cie immobilière Viger c. L. Giguère Inc.*, [1977] 2 RCS 67.

⁶ *Garland v. Consumers' Gas Co.*, [2004] 1 S.C.R. 629.

⁷ Concernant la distinction entre le bijuridisme institutionnel et culturel, voir : J.-F. Gaudreault-DesBiens, *Les solitudes du bijuridisme canadien. Essai sur les rapports de pouvoir entre les traditions juridiques et la résilience des atavismes identitaires* (Montréal : Éditions Thémis, 2007).

Le principal objectif de ce texte n'est toutefois pas de combler cette lacune. Il a plutôt pour but de sensibiliser les juristes interagissant avec des collègues formés dans un Québec de droit mixte ou des provinces ou territoires où le droit est ancré uniquement dans la tradition de Common law à l'existence de différences méthodologiques et conceptuelles importantes entre la tradition de Common law et celle de droit civil telle qu'elle s'exprime au Québec. Le texte exposera ces différences en mettant de l'avant ce que l'on pourrait appeler un « principe de précaution ». En effet, nous signalerons certaines des principales différences entre les deux traditions juridiques dans des domaines spécifiques du droit sans pour autant les étudier en profondeur. Ce texte n'a donc nullement la velléité d'être exhaustif. Les « précautions » que nous inciterons les juristes canadiens à prendre seront autant de mises en garde contre la tentation de céder aux automatismes, aux stéréotypes et de se laisser bernier par des faux-amis, ce que des juristes ayant une connaissance limitée de « l'autre » tradition juridique pourraient être portés à faire, consciemment ou non. En plus d'identifier ces pièges, nous attirerons également leur attention sur les préconceptions juridiques que leurs collègues socialisés à l'aune de l'une ou de l'autre des traditions pourraient avoir au sujet de telle ou telle question de droit. En effet, lorsqu'une juriste formée en droit civil interagit avec un collègue d'une autre province ou d'un autre territoire, ou l'inverse, elle doit bien saisir les présupposés intellectuels inspirant la pensée de ce collègue afin d'éviter de mal interpréter ses réactions ou ses engagements. Il est question ici de préconceptions juridiques profondément enfouies qui vont bien au-delà des connaissances strictes que l'on peut avoir à propos des régimes de droit positif applicables à telle ou telle matière d'une tradition à l'autre. En ce qu'il mettra en lumière ces préconceptions, notamment sur les plans méthodologique et épistémologique, nous espérons que ce texte encouragera le développement d'aptitudes participant d'une intelligence culturelle bijuridique nécessaire à une meilleure interaction avec leurs collègues d'une autre tradition juridique.

Cela dit, la nature non exhaustive de cette étude exige de préciser que nous postulons que les juristes ayant d'une manière ou d'une autre des activités interprovinciales tiendront toujours compte de leur obligation déontologique d'exercer leurs fonctions dans les limites de leurs compétences, c'est-à-dire qu'ils n'entreprendront pas des tâches pour lesquelles ils sont mal préparés. Ils pourront aussi demander de l'aide de collègues plus compétents si une question est soulevée dans un domaine du droit qu'ils ne maîtrisent pas ou ne peuvent raisonnablement maîtriser.

Après avoir abordé certaines questions méthodologiques et épistémologiques qui se posent dans le contexte bijuridique canadien (partie I), nous nous attarderons aux différences conceptuelles qui se donnent à voir dans certains domaines du droit privé (partie II), notamment les contrats, les délits civils ou obligations extra-contractuelles, les recours judiciaires, la procédure civile et la preuve, les biens et les sûretés, les fiducies et les trusts, ainsi que le droit de la famille. L'accent mis ici sur les notions de droit privé s'explique facilement en ce que les juristes du Québec et des autres provinces ou territoires œuvrent déjà dans un même environnement intellectuel de « droit public ».

Une dernière observation terminologique doit être faite avant de poursuivre. Dans ce texte, nous mettrons systématiquement en majuscule la première lettre des termes Common law et Droit civil lorsque nous ferons référence aux traditions juridiques elles-mêmes, par opposition à la common law et au droit civil envisagé en tant que *jus communes*.⁸ En outre, le terme « droit civil » ne sera pas utilisé pour désigner, comme c'est souvent le cas, la majeure partie des règles de droit privé en vigueur dans un système juridique quelconque, par opposition à celles de droit public ou de droit pénal.

⁸ En cela, nous suivons en partie la proposition de R.A. Macdonald dans *Encoding Canadian Civil Law* en ligne : [http://www.bijurillex.org/site/Export/Recueil\(1997\)/_e/premier-recueil\(1997\)_e/04-MACDO.htm](http://www.bijurillex.org/site/Export/Recueil(1997)/_e/premier-recueil(1997)_e/04-MACDO.htm), no.12.

Partie 1 - Le bijuralisme canadien et ses conséquences

Avant de discuter de certaines des principales différences conceptuelles entre la Common law et le Droit civil, il importe de signaler quelques distinctions méthodologiques et épistémologiques entre ces deux traditions. De fait, avant même de tenter de saisir ces différences conceptuelles, les juristes canadiens doivent comprendre comment la socialisation à la Common law ou au Droit civil est susceptible de structurer leur pensée au-delà même des représentations portées par le droit positif. En effet, même si les deux traditions convergent parfois en ce qu'elles semblent proposer des solutions à première vue semblables à des problèmes juridiques de même type, la voie suivie pour élaborer ces solutions peut toutefois être nettement différente d'une tradition à l'autre. Il faut donc identifier quelles sources de droit sont considérées comme faisant autorité ou comme étant persuasives dans chacune des traditions pour voir ensuite comment les juristes les utilisent dans leur raisonnement et leur approche de l'interprétation en droit (A). Nous ferons ensuite quelques observations sur le style législatif et sur celui des jugements (B). En dernier lieu, nous verrons comment le bijuralisme peut avoir une incidence sur l'interprétation des lois fédérales (C) et comment le bilinguisme et le bijuridisme interagissent à certains égards (D).

Ces questions seront abordées en tenant compte de l'asymétrie informationnelle au sujet de « l'autre » tradition juridique qui existe généralement entre les juristes du Québec et ceux des provinces ou territoires de Common law. Nous mettrons bien sûr l'accent sur la Common law et le Droit civil tels qu'ils existent et évoluent dans le contexte canadien. Il est extrêmement important d'insister sur ce point puisque ces deux traditions se manifestent de différentes façons à travers le monde. Bien que les États de Common law aient tendance à partager une méthodologie, une épistémologie et des institutions communes – comme du reste les États de Droit civil entre eux –, leur droit peut quand même varier considérablement en raison d'une évolution sociohistorique distincte. Toutefois, les variations sont sans doute plus importantes entre les États de Droit civil, ce qui tient à plusieurs facteurs. D'abord, les racines romaines de leur droit sont très anciennes et ont donné naissance à de multiples variantes adaptées à une foison de contextes culturels différents. Surtout, et contrairement à l'anglais dans la tradition de Common law, les États civilistes ne connaissent pas de *lingua franca*. Par conséquent, la tradition civiliste s'est répartie entre plusieurs « familles », le Québec étant, comme l'on peut s'y attendre, associé à la famille française mais avec des variations non négligeables par rapport au modèle originel. Aussi, des différences parfois tenues pour archétypales entre les traditions civiliste et de Common law, ne se retrouvent pas toutes, on le verra, dans le contexte canadien.

Mais quelles sont ces caractéristiques archétypales? Celles que l'on attribue généralement aux systèmes appartenant à la tradition de Common law peuvent se résumer ainsi :

- Premièrement, les origines de cette tradition se trouvent dans le droit coutumier anglais médiéval.
- Deuxièmement, la principale source du droit, constitutive du jus commune, est la jurisprudence.
- Troisièmement, la rationalisation et la systématisation formelles du droit, notamment par la codification, ne représentent pas des préoccupations importantes dans cette tradition.
- Quatrièmement, le raisonnement a tendance à être inductif et casuistique.
- Cinquièmement, et sous réserve d'autres caractéristiques institutionnelles qui ont peu de lien, sinon aucun, avec l'association d'un pays à une tradition juridique particulière,⁹ les États de Common law ont tendance à avoir un système judiciaire unifié avec des tribunaux compétents pour entendre toutes sortes de différends, qu'ils soient civils, administratifs, criminels, etc.
- Sixièmement, le droit processuel (preuve et procédure), qui joue dans cette tradition un rôle crucial, est fondé sur un modèle accusatoire où les parties en litige contrôlent elles-mêmes une bonne partie du processus.¹⁰

⁹ Le fédéralisme aux États-Unis d'Amérique est un exemple.

¹⁰ Ce sommaire s'inspire de diverses sources, dont : Y.-M. Morissette, « Les caractéristiques classiquement attribuées à la common law, » [2013] *Revue internationale de droit comparé* 613; J. Smits, *The Making of European Private Law. Toward a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System* (Antwerp: Intersentia, 2002).

Quelles sont, par ailleurs, les caractéristiques essentielles associées à la tradition civiliste ?

- D'abord, cette tradition a un lien de filiation avec le droit romain.
- Deuxièmement, la principale source du droit est la loi, les normes constitutives du *jus commune* étant souvent colligées dans un type particulier de texte législatif qu'on appelle un « code ».¹¹
- Troisièmement, la systématisation du droit, liée à un idéal d'intelligibilité et d'accessibilité du droit, tend à constituer une préoccupation importante dans cette tradition, préoccupation qui se donne tout particulièrement à voir dans les processus de codification.
- Quatrièmement, le raisonnement a tendance à être déductif et syllogistique.
- Cinquièmement, les tribunaux omni-compétents représentent l'exception plutôt que la règle (mais pas au Québec).
- Sixièmement, le modèle inquisitoire, où un juge ou un magistrat recherche activement la preuve, prédomine (mais ce modèle ne s'applique pas au Québec où le droit processuel est largement influencé par le modèle de la Common law).

Ces archétypes sont utiles, mais ne représentent rien de plus que des points de départ à partir desquels l'on peut appréhender un système juridique donné. Les juristes souhaitant acquérir une compréhension en profondeur d'un système juridique ne peuvent donc toujours se fier sur eux.

A - Sources, raisonnement et interprétation

Stephan Vogenauer souligne que « le droit n'apparaît pas par génération spontanée; chaque règle de droit a une origine et peut découler, résulter ou provenir de cette source. »¹² L'étude des sources du droit positif dans un État particulier présuppose en ce sens une enquête généalogique dont les résultats justifient la validité des réclamations fondées en droit. L'un des problèmes susceptible de se poser lors d'une telle enquête est de présumer que les « théories des sources » sont uniformes d'un État à l'autre. Il s'agit là d'un obstacle sur lequel peuvent buter bien des juristes puisqu'une grande partie de leur formation juridique a trait à un système juridique unique et que le droit comparé occupe encore une place secondaire dans les programmes d'études de la plupart des facultés de droit. Les théories des sources diffèrent même parfois au sein d'une même tradition juridique. Comme nous pourrions le constater, ce sont néanmoins les théories des sources liées à la tradition civiliste qui, en raison de leur complexité intrinsèque, présentent les défis les plus considérables. Ce niveau de complexité est encore accru au Québec en raison de la mixité du droit en vigueur dans cette province. Un autre problème dont il faut enfin tenir compte, au moment de se pencher sur la question des sources du droit, a trait au fait que le type d'autorité qu'exerce une certaine source, telle que la jurisprudence, dans un État donné pourrait ne pas être le même dans un autre État.

Parler d'une théorie des sources dans la tradition de Common law est une forme d'oxymore. En effet, contrairement à ce que l'on observe dans la tradition civiliste, il est difficile d'y déceler une « théorie » officielle des sources, ce qui y rend l'étude des sources un peu plus aisée. Comme le fait remarquer Poirier, les questions qui concernent les sources de la Common law ont traditionnellement été envisagées du point de vue des institutions habilitées à produire le droit, principalement les tribunaux mais également le Parlement.¹³ L'on considère ainsi que la principale source de droit, constitutive du *jus commune*, se trouve dans les précédents jurisprudentiels, dont la cohérence est assurée par le principe du *stare decisis*. Tous

¹¹ Bien que le droit commun soit codifié dans la très grande majorité des juridictions civilistes, l'Écosse s'est abstenue de le codifier. Voir: D.M. Walker, *The Scottish Legal System. An Introduction to the Study of Scots Law*, 8e éd., (Edinburgh: W. Green/Sweet et Maxwell, 2001), p. 584-586.

¹² S. Vogenauer, « Sources of Law and Legal Method in Comparative Law », dans : M. Reinmann et R. Zimmermann (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, (Oxford : Oxford University Press, 2006), p. 869, 877. Notre traduction de: « [l]aw does not just happen. Every rule of law has an origin. It can be said to 'flow', 'emerge', or 'descend' from this 'source'. »

¹³ D. Poirier, « Droit et common laws : de sources multiples à une common law à l'image de chaque culture », dans : L. Castonguay et N. Kasirer (dir.), *Étudier et enseigner le droit : hier, aujourd'hui et demain. Études offertes à Jacques Vanderlinden* (Cowansville : Éditions Yvon Blais, 2006), p. 81, 88.

les juristes canadiens connaissent ce principe, peu importe d'où ils viennent. Les lois constituent également – et peut-être plus que jamais – une importante source du droit, mais leur relation avec le *jus commune* fondé sur les précédents est nettement différente de l'interaction qui existe entre la loi et la jurisprudence dans la tradition civiliste. Nous reviendrons sur ces questions plus loin.

Une autre source de droit importante dans la tradition de la Common law est l'*equity*, laquelle a pris naissance en tant que système parallèle à la common law, précisément parce qu'elle avait pour but de remédier à certaines injustices découlant du formalisme qui caractérisait la manière d'aborder la common law à l'époque où les aspects fondamentaux de cette tradition juridique prenaient forme. Même si l'*equity* et la common law ont été unies au 19^e siècle, bon nombre de notions et d'institutions importantes de la tradition de Common law trouvent leurs origines dans l'*equity* et conservent dans une certaine mesure son objectif réparateur. Le droit des fiducies (« trusts ») est le domaine du droit issu de l'*equity* qui est peut-être le mieux connu. L'*equity* joue également un rôle important en droit des biens, surtout en ce qui concerne les biens réels. Bien que les conflits entre la common law et l'*equity* aient dans l'ensemble été abolis, les juristes canadiens doivent être conscients des effets possibles de cette distinction généalogique sur les notions sur lesquelles ils fondent leurs arguments.¹⁴

En théorie, la coutume peut également être source de droit dans la tradition de Common law pourvu qu'elle satisfasse à un certain nombre de conditions. Toutefois, selon l'opinion majoritaire, c'est au moment où elle est adoptée et réitérée dans un précédent qu'elle peut véritablement être considérée comme constitutive de droit. Ainsi, plusieurs concepts ou règles d'une importance cruciale dans la tradition de Common law trouvent leur origine dans des coutumes transposées en droit positif par les tribunaux. Même si elle est moins évidente que dans le passé, l'influence considérable de la coutume sur l'évolution de la Common law met en lumière l'importance particulière des pratiques sociales dans cette tradition.¹⁵

En dernier lieu, la littérature juridique, telle que constituée par les écrits savants des juristes (ce que l'on appelle en droit civil la « doctrine »), n'a pas été historiquement considérée comme une source de droit. Les tribunaux anglais ont par exemple longtemps hésité à citer un auteur qui n'était pas mort. Toutefois, l'émergence d'une véritable classe d'intellectuels du droit, à la faveur de la montée en puissance du modèle du juriste universitaire au cours du dernier demi-siècle, a fait augmenter de manière exponentielle le nombre de citations doctrinales par les tribunaux.¹⁶ Dans le contexte canadien, il est loin d'être inhabituel de voir les cours, incluant la Cour suprême du Canada, faire référence à la doctrine pour juger une affaire à laquelle un cadre juridique relevant de la tradition de Common law s'applique. Dans ce sens, il n'est pas inexact d'affirmer qu'à l'instar du rôle qu'elle joue dans la tradition civiliste, la doctrine est en quelque sorte devenue dans cette tradition, telle qu'elle s'exprime au Canada, une espèce de source secondaire, donc non déterminante.

¹⁴ Par exemple, deux personnes différentes pourraient revendiquer un intérêt à l'égard du même bien, la première en vertu de la common law et l'autre en vertu de l'*equity*. Une situation typique serait celle créée par un acte de fiducie en vertu duquel le bien est officiellement transféré au fiduciaire par le constituant, auquel cas la common law reconnaîtrait le fiduciaire comme propriétaire du bien transféré. Toutefois, puisque l'acte de fiducie prévoit que le bien ainsi transféré doit être détenu pour le compte d'un tiers, le bénéficiaire de la fiducie, l'*equity* reconnaît ce dernier en tant que propriétaire bénéficiaire du bien. Comme on peut le constater, deux personnes peuvent revendiquer en même temps un intérêt à l'égard d'un bien en fonction de deux sources de droit différentes, chacune ayant sa propre généalogie et sa propre économie conceptuelle.

¹⁵ Voir : C.K. Allen, *Law in the Making*, 7^e éd, (Oxford: Clarendon Press, 1964), p. 127.

¹⁶ Y.-M. Morissette, *loc. cit.*, note 10, p. 634-636.

Au Canada comme dans de nombreux autres États de Common law, l'interaction entre les deux principales sources de droit, soit les précédents jurisprudentiels et la loi, doit être appréhendée en tenant compte du principe de souveraineté du Parlement, même si son impact est moindre depuis l'enchâssement du principe du constitutionnalisme. En effet, le Parlement peut décider, selon la loi, de confirmer, modifier ou même abroger une règle de common law même s'il existe une présomption *juris tantum* de conformité de la loi à la common law. Lorsqu'ils sont appelés à saisir cette interaction, les juristes doivent donc faire appel aux règles d'interprétation législative reconnues dans le système juridique où ils évoluent.

Dans la tradition de Common law, le raisonnement est généralement caractérisé comme étant inductif, c'est-à-dire qu'il procède des faits vers le droit. Même si cette représentation est un peu simpliste, cette interaction étroite entre le droit et les faits explique le raisonnement éminemment casuiste caractérisant cette tradition. On peut en trouver un exemple révélateur dans l'affaire *Cooper c. Hobart*,¹⁷ où l'on cherchait à déterminer si un organisme de réglementation pouvait avoir commis le tort de négligence en n'exerçant pas de monitoring des activités d'une société de placement agréée.¹⁸ Dans cet arrêt, la cour entreprend son analyse en conciliant trois précédents importants afin de déterminer si les catégories juridiques reconnues qui permettent de conclure à la présence d'un comportement empreint de négligence peuvent faire l'objet d'une expansion. Elle se penche également sur la question de savoir si les développements législatifs ayant suivi la cristallisation des règles de common law en la matière ont pu avoir une incidence sur la portée du tort de négligence dans cette affaire. En dernier lieu, la Cour limite prudemment sa décision aux faits de l'espèce, refusant de fermer entièrement la porte à la reconnaissance éventuelle d'une « obligation de diligence [fondée sur le droit privé] à l'égard des investisseurs mettant en cause sa responsabilité pour négligence quant aux pertes financières qu'ils ont subies ».¹⁹ Fidèle à la philosophie casuiste de la common law, elle déclare : « nous concluons que la présente affaire ne se prête pas à la reconnaissance d'une nouvelle obligation de diligence ».²⁰ L'évolution du droit est ainsi liée à la présence d'un contexte factuel approprié.

Passons maintenant à la théorie des sources de la tradition civiliste. Certaines approches en proposent une formulation doctrinale, c'est-à-dire qu'elles ne se réfèrent qu'aux critères de reconnaissance posés par le droit lui-même, alors que d'autres en privilégient une de type plus sociologique, mettant ainsi l'accent sur les modes concrets de production du droit. On a beaucoup écrit à ce sujet, et particulièrement au sujet des sources de droit « formelles ». Cette idée même de « sources formelles » paraît du reste de plus en plus fuyante, les critères employés pour déterminer la formalité de la source étant souvent fluctuants et arbitraires.²¹ Un autre problème qui se pose lors d'une réflexion générique sur les sources du droit dans la tradition civiliste découle des variations importantes que l'on observe d'un pays à l'autre, bien que l'influence considérable d'expressions majeures de cette tradition, notamment la française et l'allemande, ait pu favoriser une certaine standardisation dans les aires culturelles ayant subi leur influence.

¹⁷ *Cooper c. Hobart*. [2001] 3 S.C.R. 537.

¹⁸ Dans cette affaire, la société de placement aurait utilisé les fonds de ses investisseurs à des fins non autorisées et ces derniers auraient ainsi subi des pertes financières. Le demandeur a soutenu qu'à un certain moment, l'organisme de réglementation a pris conscience d'actes illégaux commis par la société de placement, mais n'a pas suspendu son permis et n'a pas avisé les investisseurs qu'une enquête était en cours. Cette omission était à l'origine du présumé manquement de cet organisme à son obligation de diligence envers le demandeur. Sans précédent soutenant que le droit de la négligence pourrait être élargi de façon à inclure une telle situation de fait, la Cour suprême a dû décider si elle allait trancher cette question. Dans les circonstances de l'affaire, la cour a déclaré qu'elle ne le pouvait pas parce que l'organisme de réglementation et les investisseurs n'étaient pas dans une situation de proximité suffisante pour fonder une obligation de diligence *prima facie*. (*Id.*, p. 559, par. 50)

¹⁹ *Cooper*, *supra*, note 17, p. 541, par. 1.

²⁰ *Ibid.*

²¹ P. Jestaz, « Source délicieuse... Remarques en cascades sur les sources du droit », (1993) 92 *Revue trimestrielle de droit civil* 73, 77.

Cela dit, les auteurs civilistes ont tendance à établir une distinction entre les sources principales et secondaires. La source principale la plus importante est évidemment la loi. Deux grands types d'instruments législatifs doivent être distingués, en l'occurrence les codes et les lois particulières. Au sens strict, un code est une loi dont la promulgation doit respecter les mêmes exigences procédurales que toute autre loi. Toutefois, un code est plus qu'une simple loi; il est porteur d'un projet social, lui conférant ainsi une place unique dans l'ordre juridique.²² C'est là où la loi générale est posée, où le *jus commune* se donne à voir : lorsqu'aucune disposition législative particulière ne propose de solution à un problème de droit privé, les dispositions du code jouent un rôle supplétif.²³ Dans un État civiliste, le code a donc la même fonction que la common law prétorienne dans ceux de Common law, ce qui entraîne des conséquences importantes en ce qui a trait à l'interprétation du code.

Il reste qu'un code ne peut être complètement autosuffisant. La coutume agit en ce sens comme seconde source principale. En pratique, le code lui-même y fait souvent référence, implicitement dans diverses dispositions posant des standards normatifs tels que l'obligation d'agir de bonne foi²⁴, ou explicitement par des références à des sources interprétatives telles que « l'usage ».²⁵ Dans de tels cas, la coutume se trouve en quelque sorte absorbée par la loi, qui devient alors la principale source formelle pertinente. Mais si l'on écarte cette hypothèse, dans certains domaines où la coutume n'a pas fait l'objet d'une telle absorption, elle pourrait théoriquement compléter la loi. En dernier lieu, une troisième source principale, à laquelle on a de plus en plus souvent recours, se trouve dans les principes généraux ou fondamentaux du droit qui peuvent être repérés, par exemple, dans les maximes du droit romain, dans des propositions normatives relevant plutôt du droit naturel ou dans des conceptions de la justice à vocation universelle ou que l'on infère de la structure même du Code civil.

Ces sources primaires peuvent être complétées par des sources secondaires. La jurisprudence en est une, et nettement la plus litigieuse. Elle est litigieuse en ce sens que dans un nombre croissant d'États civilistes, il est devenu trompeur de la qualifier en tant que source secondaire. Il est vrai que, compte tenu de la conception dominante de la séparation des pouvoirs entre les branches de l'État telle que la conçoivent plusieurs pays civilistes, il est difficile d'admettre que les juges « créent » la loi. Le dogme veut au contraire que, dans le meilleur des cas, ils l'interprètent. Toutefois, la situation est bien différente dans la pratique. Même dans un pays tel que la France, les juges occupent une place de plus en plus grande; la réticence idéologique à les qualifier de producteurs de droit découle d'une conception superficielle des sources de droit qui confine à l'aveuglement volontaire. Même le Code civil lui-même, en raison de la texture ouverte de plusieurs des normes qu'il consacre, les invite à créer la loi sous prétexte de l'interpréter. La résistance à reconnaître ce fait n'est évidemment pas la même dans tous les États civilistes. L'Allemagne, par exemple, est plus ouverte que la France à cet égard. Quoi qu'il en soit, puisque la jurisprudence n'est pas « officiellement » reconnue à titre de source primaire de droit et, surtout, puisqu'on ne la considère pas constitutive du *jus commune* la tradition civiliste peut très bien se passer du principe du *stare decisis*, qui n'y trouve du reste aucune application. Par conséquent, bien que certains jugements puissent avoir plus de poids que d'autres, notamment lorsqu'ils proviennent d'un tribunal plus haut placé dans la hiérarchie judiciaire, et qu'ils puissent même être régulièrement invoqués, ils ne lient

²² R.A. Macdonald et J.E.C. Brierley (dir.), *Quebec Civil Law. An Introduction to Quebec Private Law* (Toronto: Emond Montgomery, 1993), p. 116. C'est évidemment particulièrement le cas du Code civil.

²³ Il faut noter que même si la plupart des règles exposées dans le Code civil du Québec relèvent des domaines se rapportant au « droit privé », le Code établit également des règles qui font partie du « droit public » de la province. Voir, par exemple, les règles concernant les personnes morales qui s'appliquent aussi, par principe, aux « personnes morales de droit public » (art. 298 du Code civil du Québec).

²⁴ Art. 6 du Code civil du Québec. Pour une analyse intéressante des raisons invoquées dans la littérature juridique de Common law justifiant le fait de rejeter l'intégration de la norme de bonne foi dans cette tradition, voir : Y.-M. Morissette, *loc. cit.*, note 10, p. 631-634.

²⁵ Art. 1434 du Code civil du Québec. À propos de l'utilisation des usages, voir : S. Parent, *La doctrine et l'interprétation du Code civil* (Montréal : Thémis, 1997).

pas en droit les cours inférieures. En revanche, dans la pratique du droit au Québec, qui est marquée par la mixité de celui-ci, les juristes ont tendance à conférer à un arrêt de la Cour suprême portant sur l'interprétation du Code civil une autorité très considérable; ils commettraient donc une grave erreur s'ils ne tenaient pas compte d'un précédent de cette cour sous prétexte qu'il ne lie pas, sur le plan technique, le tribunal auquel ils s'adressent. De plus, l'interprétation plus large qui est donnée aux textes législatifs, que nous aborderons de nouveau ci-dessous, ainsi que la latitude interprétative accordée aux juges lorsqu'ils invoquent diverses sources de droit mettent en quelque sorte en question l'archétype civiliste d'un mode de raisonnement purement déductif et formaliste. Or, s'il est vrai que le raisonnement normatif dans la tradition civiliste n'est pas lié aussi étroitement aux faits qu'il ne l'est dans celle de Common law, il serait néanmoins incorrect d'affirmer que les faits ne sont pas une variable importante dans une cause. C'est tout particulièrement le cas au Québec où le droit processuel a été profondément influencé par la tradition de Common law.

Pour sa part, la doctrine a toujours joué un rôle très important de systématisation et de critique du droit positif dans la tradition civiliste, bien que cette critique ait généralement été formulée d'un point de vue interne au droit lui-même. Les tribunaux ont néanmoins tendance à lui reconnaître un poids certain. Il n'en reste pas moins qu'elle demeure nettement une source de droit secondaire.

Ceci étant dit, pour arriver à comprendre les sources du droit au Québec, il faut toujours tenir compte de la nature mixte de ce droit. Pour les questions relevant du droit public, telles celles qui soulèvent l'application du droit constitutionnel et du droit administratif, les sources et la méthode sont celles généralement liées à la tradition de Common law. Pourtant, plusieurs domaines du droit se nourrissent directement ou indirectement des deux traditions juridiques. Le droit du travail est l'un de ces domaines puisque certaines règles se trouvent dans le Code civil, étant ainsi assujetties aux techniques d'interprétation propres au Code, alors que d'autres se trouvent dans des lois particulières dont les concepts fondateurs sont plus étroitement liés à la tradition de Common law. Le droit des sociétés par actions représente un autre domaine où les deux traditions interagissent. Même si l'on peut trouver le jus commune applicable à ces sociétés, qu'elles soient constituées sous l'empire de la loi provinciale ou de la loi fédérale, dans les dispositions codifiées qui s'appliquent généralement aux personnes morales, le législateur québécois n'a pas souhaité imposer une rupture radicale entre ce régime *prima facie* civiliste et la filiation de Common law de nombreuses règles désormais codifiées. C'est pourquoi les précédents de Common law demeurent pertinents pour interpréter plusieurs dispositions importantes, telles que celles ayant trait à la levée du voile corporatif ou aux obligations des administrateurs, à moins bien sûr que le texte du Code ou de toute autre loi applicable ne s'y oppose.²⁶

La nature mixte du droit québécois a en outre une incidence importante sur l'interprétation juridique puisqu'il faut tenir compte de deux types distincts de textes législatifs et de règles d'interprétation dont certaines rappellent dans leurs grandes lignes celles appliquées dans les États de Common law alors que d'autres évoquent l'interprétation plus large préconisée dans la tradition civiliste²⁷. Il devient donc nécessaire d'établir la généalogie de la règle applicable afin de pouvoir déterminer comment l'interpréter. Aussi est-il impérieux de prendre en considération une différence très significative entre les traditions de Common law et de Droit civil quant à la façon dont les juristes abordent les textes législatifs. Dans la tradition de la Common law, « les "statutes" ont été traditionnellement perçus comme le droit d'exception, donc d'interprétation stricte: en principe, les dispositions d'un "statute" ne sont pas susceptibles d'extension par analogie à des cas qui ne sont pas formellement prévus. Ces cas, lorsqu'ils se présentent, doivent plutôt être résolus grâce à la common law, le droit de principe. »²⁸ La situation est bien différente

²⁶ Voir : S. Rousseau et R. Crête, *Droit des sociétés par actions*, 2e éd. (Montréal : Éditions Thémis, 2008), p. 51-57.

²⁷ À ce sujet, voir : P.-A. Côté, coll. S. Beaulac & M. Devinat, *Interprétation des lois*, 4e éd., (Montréal : Éditions Thémis, 2009), p. 34.

²⁸ *Ibid.*

dans les États civilistes où le *jus commune* est codifié. Comme le note le professeur Côté, « pour le juriste du Québec, le fossé entre le droit civil et le droit statutaire n'est pas aussi profond que ne l'est, pour ses collègues common lawyers, celui qui sépare la common law de la *statute law* : le droit civil et le droit statutaire sont tous deux des droits écrits, édictés par le même législateur. Effectivement, il me semble que le droit statutaire a été interprété au Québec de façon moins restrictive qu'il ne l'a été ailleurs au Canada. De plus, il me paraît ainsi que l'interprétation des statuts au Québec a été moins marquée de littéralisme que cela ne fût le cas ailleurs : les juristes québécois, formés principalement aux méthodes civilistes, ont eu tendance à accorder plus d'importance à la méthode téléologique, à la *ratio legis*. »²⁹ Une autre variable pourrait expliquer l'interprétation plus libérale des lois dans la tradition civiliste. En effet, les codes et autres textes législatifs pertinents établissent le *jus commune* dans le but « de reconnaître des droits, d'imposer des obligations ou de favoriser l'exercice des droits » et pas simplement dans le but « de remédier à quelque abus ou de procurer quelque avantage ». ³⁰ Autrement dit, les textes législatifs dans la tradition civiliste ne reproduisent pas le caractère principalement réparateur des lois dans la tradition de Common law. La maxime « no remedy, no right » ne correspond ni à l'épistémologie ni à la méthodologie du droit civil. Enfin, un code voudra être aussi complet et englobant que possible précisément parce qu'il cherche à poser le *jus commune*. Cela ouvre la voie au raisonnement analogique selon lequel une règle particulière est jugée applicable, au-delà de son champ d'application immédiat, à une situation qui n'est pas fondamentalement différente mais qui ne provoquerait pas son application si elle était interprétée littéralement. Ce type de raisonnement, qui entraîne souvent une extrapolation du sens de la règle, n'est pas du tout inhabituel dans la tradition civiliste.

Compte tenu de la difficulté à faire une distinction nette entre le code, qui contient autant des normes générales que des règles précises, et les lois, qui contiennent souvent des règles précises tout en posant des principes importants, Côté fait remarquer qu'en pratique, « la distinction la plus importante est sans doute moins celle qu'il convient de faire entre le droit civil et le droit statutaire que celle qui s'impose entre les dispositions qui, dans une certaine matière, établissent le droit commun à caractère fondamental et celles qui ont la nature de lois particulières, qui dérogent au droit commun ou qui le complètent. »³¹ Par conséquent, si le code civil est sans contredit le répertoire du *jus commune* le plus important et le plus visible, ce dernier n'est pas entièrement contenu dans le code et lui est donc irréductible.

C'est pour l'essentiel ce que la disposition préliminaire du Code civil du Québec entend lorsqu'elle stipule ce qui suit :

Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12) et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.

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

²⁹ *Id.*, p. 37.

³⁰ Loi d'interprétation, LRQ, ch. I-16, art. 41.

³¹ P.-A. Côté, *op. cit.*, note 27, p. 38-39. À propos de la distinction entre le droit commun et les lois spéciales, voir également S. Beaulac, « Texture ouverte, droit international et interprétation de la Charte canadienne », dans E. Mendes et S. Beaulac (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, 5e éd. (Toronto : LexisNexis, 2013), 191.

L'affaire *Doré c. Verdun*³² de 1997 illustre bien comment se déploient les modes d'interprétation et de raisonnement civilistes, qui apparaissent plus ouvertement normatifs et moins centrés sur les faits que ceux adoptés en Common law. Dans cette affaire, une personne qui s'était fracturée une jambe à la suite d'une chute sur un trottoir à Verdun avait intenté une action en dommages-intérêts contre la ville, mais cette dernière avait déposé une requête en irrecevabilité parce que le demandeur n'avait pas envoyé un avis par écrit de son intention de la poursuivre dans un délai de 15 jours suivant la date de l'accident, tel que l'exigeait une disposition de la *Loi sur les cités et villes*. Cette disposition, qui visait à réduire le nombre de poursuites contre la ville, contredisait le Code civil du Québec qui prévoit un délai de prescription de trois ans lorsque l'action est « fondée sur l'obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui ».³³ La ville faisait entre autres valoir que puisque la *Loi sur les cités et villes* était une loi particulière dérogeant au régime du Code civil, celle-ci devrait avoir préséance sur le Code. La Cour suprême rejeta les arguments de la ville, en tenant la disposition applicable du Code civil pour une disposition « impérative et d'ordre public »³⁴ et en considérant la nature particulière du Code civil comme source du *jus commune* ainsi que le principe général fondant la politique législative d'assurer la juste indemnisation du préjudice corporel. La Cour confirme dans cet arrêt que « le fait que le droit commun ait un caractère subsidiaire ne nie pas au législateur la possibilité de donner préséance à une disposition spécifique du Code civil sur les lois particulières s'appliquant aux municipalités s'il démontre une intention suffisamment claire et précise à ce sujet ».³⁵ En l'espèce, le texte de la disposition pertinente laissait croire à une telle intention. Cette conclusion était étayée par diverses dispositions du Code qui, même si elles s'appliquaient à des faits différents à ceux de la présente affaire, révélaient une politique législative bien claire visant à sauvegarder de diverses façons le principe d'une juste indemnisation du préjudice corporel. Il faut aussi noter que la cour a invoqué la Charte des droits et libertés de la personne, laquelle protège « le droit de tout être humain à l'intégrité de sa personne ».³⁶

B - Le style législatif

Les méthodologies et épistémologies distinctes de la Common law et du Droit civil ont également une incidence sur le style de rédaction des juristes dans l'une ou l'autre tradition.³⁷ En raison du mode de rédaction des lois fédérales, la plupart des juristes canadiens connaissent le style législatif que l'on associe généralement à la tradition de Common law. La rédaction législative dans cette tradition a tendance à être très précise et technique. Ces caractéristiques découlent de la structure particulière de la relation entre le droit prétorien et le droit légiféré qui y prévaut. En effet, l'un des présupposés inspirant la rédaction législative dans la tradition de Common law est que la fonction des lois, qui ne font parfois que confirmer la common law³⁸, est d'abord et avant tout de créer des exceptions à cette dernière ou de remédier à quelque chose. Il est ainsi présumé que le lecteur d'une loi dans la tradition de Common law sait ou devrait savoir en quoi consiste la common law lui servant de toile de fond.

³² *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 RCS 862. Art. 2930 du Code civil du Québec

³³ Art. 2930 du Code civil du Québec

³⁴ *Doré c. Verdun (Ville)*, *supra*, note 32, p. 881, par. 29.

³⁵ *Id.*, p. 877, par. 21.

³⁶ *Id.*, p. 882, par. 30.

³⁷ À propos des différences entre le style de chacune des deux traditions juridiques, voir : R. Munday, « The Common Lawyer's Philosophy of Legislation » (1983) 14 *Rechtshteorie* 1991.

³⁸ Il y a même une présomption de conformité avec la common law. Voir : D. Poirier, « La Common Law : une culture, une histoire et un droit procédural », dans : L. Bélanger-Hardy et A. Grenon (dir.), *Éléments de common law canadienne : comparaison avec le droit civil québécois* (Thomson/Carswell, 2008), p. 25, 70.

Au contraire, le style civiliste de rédaction législative, surtout dans les pays influencés par la tradition française, a tendance à favoriser la clarté, la concision et un certain niveau de généralité. Puisque le droit commun est principalement établi dans des textes législatifs, la nature et l'étendue de ces textes changent et ceux-ci ne doivent pas nécessairement demeurer purement réparateurs. Ces variables influent inévitablement sur le style législatif puisque celui-ci n'a pas à adopter le langage technique exigé afin que soit instauré un dialogue avec le *jus commune* non écrit et plus fuyant que constitue la common law. Par conséquent, le style civiliste de rédaction législative tend plutôt à appliquer le principe de « une idée, une disposition législative ». De plus, accordant une très grande importance à la cohérence et à l'ordre, il se déploie généralement en commençant par les considérations générales pour ensuite passer aux considérations plus précises.

En ce qui a trait au style des jugements, les différences entre ces deux traditions juridiques sont toutefois minimes, du moins au Canada. Les jugements au Québec ont en effet tendance à adopter le style discursif de la tradition de Common law et à rejeter le style purement syllogistique et formaliste que l'on remarque, par exemple, dans les décisions des tribunaux français. De plus, le système judiciaire québécois, même lorsqu'il tranche une affaire en droit civil, accepte plusieurs opinions concordantes ou divergentes, ce qui est inconcevable dans un État tel que la France.

C - Le bijuralisme et les lois fédérales

En introduction, nous avons mentionné que le bijuridisme canadien demeure une particularité institutionnelle plutôt que culturelle dans l'environnement juridique au pays et que beaucoup de juristes en savent somme toute assez peu sur « l'autre » tradition juridique à moins d'avoir à interagir avec celle-ci. En raison de ce manque d'information, les juristes qui n'ont jamais à se préoccuper du bijuridisme pourraient être portés à fermer les yeux sur les conséquences normatives bien concrètes qui sont susceptibles d'en découler. Mais il faut se rappeler que dans l'optique de mettre en œuvre l'objectif d'harmonisation des lois fédérales avec le droit civil québécois, la *Loi d'interprétation* fédérale stipule ce qui suit :

Le droit civil et la common law font pareillement autorité et sont tous deux sources de droit en matière de propriété et de droits civils au Canada et, s'il est nécessaire de recourir à des règles, principes ou notions appartenant au domaine de la propriété et des droits civils en vue d'assurer l'application d'un texte dans une province, il faut, sauf règle de droit s'y opposant, avoir recours aux règles, principes et notions en vigueur dans cette province au moment de l'application du texte.³⁹

Cette disposition établit deux principes : d'abord, les traditions de Common law et de Droit civil sont de *jure* placées sur un pied d'égalité dans l'ordre juridique canadien (le principe de l'autorité égale); en second lieu, « sauf règle de droit [fédéral] s'y opposant », on doit avoir recours au droit privé provincial dans l'interprétation des « règles, principes ou notions appartenant au domaine de la propriété et des droits civils » auxquels la loi fédérale fait référence (le principe de la complémentarité). À l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation* s'ajoute l'article 8.2, qui dispose ceci :

Sauf règle de droit s'y opposant, est entendu dans un sens compatible avec le système juridique de la province d'application le texte qui emploie à la fois des termes propres au droit civil de la province de Québec et des termes propres à la common law des autres provinces, ou qui emploie des termes qui ont un sens différent dans l'un et l'autre de ces systèmes.

³⁹ Loi d'interprétation, LRC (1985), ch. I-21, art. 8.1.

Ensemble, ces deux dispositions ouvrent la voie à une application asymétrique de certaines lois fédérales dans les domaines du droit où le législateur fédéral n'a pas manifesté expressément ou implicitement son intention de dissocier ses lois du *jus commune* provincial.⁴⁰ Les juristes qui exercent le droit dans des domaines de compétence fédérale où le droit privé provincial ou territorial pourrait être applicable doivent donc être conscients de la possibilité d'une application différente des lois qu'ils ont l'habitude d'interpréter dans un contexte différent de celui où ils évoluent normalement.

D - Le bijuralisme et la langue

Le droit est, dans une large mesure, affaire de langue. Cependant, dans un pays comptant deux langues officielles, appréhender la langue du droit est souvent délicat. Compte tenu des objectifs du présent texte, nous ne nous livrerons pas à une étude du bilinguisme juridique au Canada. En revanche, nous estimons important de faire quelques observations qui, selon nous, aideront les juristes canadiens à mieux saisir la complexité culturelle du droit dans une fédération qui se veut bilingue et bijuridique.

D'abord, même si la tradition de Common law est souvent, et pour cause, liée à la langue anglaise, il existe aussi un mouvement de Common law en français qui a émergé sous l'influence de *common lawyers* francophones. De plus, même si le Droit civil est étroitement lié à la langue française, du moins au Canada, les réalités de la pratique du droit au Québec ont fait en sorte qu'une riche tradition civiliste a pu y prospérer en anglais.

En second lieu, il faut attirer l'attention des juristes canadiens sur un certain nombre de conséquences ou de faits normatifs importants qui découlent de l'exercice du droit dans une fédération officiellement bilingue.

L'une de ces conséquences est que les lois fédérales font autorité autant dans leur version française qu'anglaise. Il est donc essentiel que les juristes prêtent attention à ces deux versions.⁴¹ Ceux qui ne sont pas bilingues auront à cet égard intérêt à consulter des collègues bilingues afin d'en savoir plus sur les usages normatifs possibles que l'on peut faire de « l'autre version linguistique » dans la loi qu'ils ont à interpréter.

Une autre conséquence est que les juristes du Canada devraient se familiariser avec les règles d'interprétation applicables aux lois bilingues.⁴² Puisque le présent texte porte principalement sur l'interaction Common law-Droit civil, nous n'étudierons pas la question du bilinguisme en ce qu'elle pourrait avoir une incidence sur la législation des provinces et territoires de Common law.⁴³ Nous estimons toutefois important de rappeler qu'un troisième fait qui doit être tenu en compte est qu'au Québec, les textes législatifs – qu'il s'agisse de lois spéciales⁴⁴ ou de codes⁴⁵ – doivent être adoptés en français et en anglais et que les deux versions font également autorité. En pratique, cela signifie qu'il faut lire les deux versions lorsque l'on a à donner sens à une loi de l'Assemblée nationale de cette province.

⁴⁰ À propos de l'interprétation de ces dispositions, voir, récemment : A. Grenon, « Le bijuridisme à la croisée des chemins? Réflexions sur l'incidence de l'article 8.1 de la Loi d'interprétation », (2011) 56 *McGill L.J.* 775.

⁴¹ Loi constitutionnelle de 1867, *supra*, note 3, art. 133 ; Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, édictée comme l'annexe B de la Loi sur le Canada, R.-U., ch. 11, art. 35, art. 18; Loi sur les langues officielles, LRC (1985), c 31, 4e supp., art. 13. À propos des grandeurs et misères de l'exercice de l'interprétation bilingue, voir P.A. Côté, « Bilingual Interpretation of Enactments in Canada: Principles v. Practice, » (2004) 29 *Brooklyn Journal of International Law* 1067.

⁴² Pour un sommaire, voir : P.-A. Côté, *op. cit.*, note 27, p. 371-382.

⁴³ Il est à noter qu'il faut faire une distinction entre les juridictions assujetties à l'obligation constitutionnelle du bilinguisme et celles qui ne le sont pas, mais qui pourraient toutefois avoir édicté des lois imposant un certain bilinguisme à leurs institutions gouvernementales. Voir : M. Bastarache et M. Doucet (dir.) *Les droits linguistiques au Canada* (Cowansville : Éditions Yvon Blais, 2013).

⁴⁴ Loi constitutionnelle de 1867, *supra*, note 3, art. 133; Charte de la langue française, LRQ, c C-11, art. 7.

⁴⁵ *Doré c. Verdun (Ville)*, *supra*, note 32.

Dans plusieurs situations, le bilinguisme et le bijuridisme sont donc inextricablement liés. Tous les juristes canadiens doivent en être conscients afin de mieux saisir les conséquences que ces deux réalités pourraient avoir sur l'interprétation du droit.

Partie II - Différences en droit privé au Canada: sujets particuliers

Avant d'examiner les différences de fond entre le Droit civil québécois et la Common law canadienne, il convient d'aborder le rôle quelque peu différent que jouent les avocats au Québec et ailleurs au Canada. Malgré le fait que les avocats à travers le pays accomplissent de façon générale le même type de tâches, il faut comprendre le rôle des avocats au Québec en tenant compte de la distinction civiliste classique entre les avocats à proprement parler et les notaires. En effet, comme dans les autres États de Droit civil, le Québec a accordé aux avocats et aux notaires le privilège de poser certains « actes réservés ».⁴⁶ En dehors de ces actes réservés, leurs activités professionnelles peuvent se chevaucher. Essentiellement, les avocats, c'est-à-dire les membres du Barreau du Québec, sont les seuls à pouvoir prendre en charge un dossier dans une « affaire contentieuse »; tandis que seuls les notaires peuvent exécuter des actes qui doivent être reçus sous forme notariée⁴⁷, lesquels se rapportent à divers aspects des transactions relatives à un bien immeuble (ou un bien-fonds en common law), particulièrement l'enregistrement d'hypothèques. Des avocats qui s'installeraient au Québec doivent donc être conscients de cette restriction imposée par la loi aux actes qu'ils peuvent exécuter dans le domaine immobilier. Inversement, des avocats du Québec qui s'installeraient dans une province ou un territoire de Common law doivent savoir que les avocats y œuvrent beaucoup plus fréquemment dans le domaine immobilier que ceux du Québec.

A - Contrats

Afin de mettre en contexte les différences entre le droit des contrats dans les deux traditions juridiques héritées d'Europe, Hugh H. Beale a écrit ceci : « it is remarkable to what extent the civil law systems do in fact reach similar results to the common law. Perhaps this should not be surprise us: the needs of an effective legal framework for the use of resources in producing goods and services will be essentially the same in every society of a given type »⁴⁸. Dans ce qui suit, nous n'insisterons pas sur les similitudes entre les solutions ou les préoccupations générales des deux systèmes, ni sur les explications historiques des différentes approches ou principes en droit des contrats. Sous réserve d'un commentaire général, nous aborderons surtout les dimensions précises de ce droit afin d'en souligner les traits distinctifs les plus importants dans chacune tradition.

Rappelons d'abord que la Common law est très pragmatique, son droit privé découlant non pas d'une doctrine générale et universelle (quoique d'aucuns abordent les contrats en parlant des intérêts d'anticipation, de rétablissement et de restitution) mais de différents types d'actions et de recours judiciaires; la terminologie utilisée dans ce domaine du droit est donc sensiblement différente de celle que l'on trouve en Droit civil.⁴⁹ Le « droit des obligations » est généralement l'expression civiliste utilisée pour parler des règles qui se rapportent aux contrats (de loin les plus importantes), de même qu'aux quasi-contrats (comme l'enrichissement sans cause), aux délits civils et aux quasi-délits (responsabilité sans faute). Ceci étant, nous tenons pour acquis qu'il existe un droit des contrats fondé sur le dénominateur

⁴⁶ Nous présumons que les juristes canadiens se familiariseront avec la loi ou le régime de réglementation qui régit leurs activités professionnelles dans la province où ils désirent se déplacer, dans la mesure où un tel déplacement est permis. Voir, pour le Québec, la Loi sur le Barreau du Québec, LRQ, c. B-1, et la Loi sur le notariat, LRQ, c. N-3.

⁴⁷ Pour la liste des actes réservés aux notaires, voir les articles 15 et 16 de la Loi sur le notariat, *ibid.*

⁴⁸ H.G. Beale, W.D. Bishop et M.P. Furmston, *Contract – Cases and Materials*, 3e éd. (Oxford and New York: Oxford University Press, 1995), à la p. 9.

⁴⁹ Voir G. Samuel, « Western Law of Obligations », dans M. Bussani et F. Werro (éd.), *European Private Law: A Handbook* (Berne: Stämpfli Publishers, 2009), 129.

commun d'une entente ayant force obligatoire et exécutoire entre les parties (convention et consensus) dans les deux traditions juridiques du Canada et nous nous concentrerons ci-dessous sur les différences les plus importantes au niveau des règles et des principes.

Deux questions préliminaires doivent être abordées ici. Tout d'abord, la Common law adopte une perspective objective à l'égard du processus de formation du contrat⁵⁰ et de l'interprétation du contrat,⁵¹ beaucoup plus que ne le fait le Droit civil au Québec.⁵² Par conséquent, dans les provinces et territoires canadiens de Common law, ce que les parties semblent dire et faire, tel qu'un tiers observateur le comprend, prévaut généralement sur ce que les parties pourraient avoir réellement compris elles-mêmes de ce qui a été dit ou fait. Par ailleurs, contrairement au Québec,⁵³ la Common law n'avait pendant longtemps pas de principe général et absolu de bonne foi. Elle atteignait néanmoins certains des objectifs de la bonne foi (civiliste) en ayant recours aux règles générales du droit des contrats, dont celles relatives à l'offre et à l'acceptation.⁵⁴ Ce n'est que tout récemment, dans l'arrêt *Bhasin c. Hrynew*⁵⁵ que la plus haute instance du pays a reconnu que l'exécution de bonne foi des contrats constitue un principe directeur général de la Common law et que les parties à un contrat ont l'obligation d'agir honnêtement dans l'exécution des obligations contractuelles.

À la base, la structure du droit des contrats est fondamentalement la même à travers le pays, avec une offre et une acceptation, ainsi qu'une cause ou contrepartie pour l'entente entre les parties. À chacune de ces étapes de la formation, il y a toutefois des caractéristiques qui distinguent les règles civilistes de celles de Common law, sans oublier les faux amis que les juristes canadiens doivent savoir reconnaître. Au départ, il est nécessaire d'aborder une première question en Common law, qui ne connaît pas d'équivalent en Droit civil. Il s'agit de savoir s'il y a une intention sérieuse de contracter, que l'on appelle aussi l'exigence d'une intention de créer une relation juridique. La raison d'être de cette règle est le souci d'utiliser efficacement les ressources limitées du droit aux causes qui méritent sa sanction. En somme, les juristes québécois doivent être conscients que les ententes sous forme de contrats ne seront pas toutes jugées exécutoires par la Common law. À ne pas confondre avec les avant-contrats, ces situations de non-contrat se caractérisent par une absence d'intention, de la part d'une partie ou des deux, de conclure une entente exécutoire, soit parce qu'il ne s'agit que d'une simple entente de principe ou de ce qu'on appelle un « engagement d'honneur », soit parce qu'il ne s'agit que d'une simple déclaration d'intention ou d'une lettre de courtoisie en vertu de laquelle on s'engage de manière vague à faire quelque chose pour une autre partie. La Common law ne considère pas ces ententes comme des contrats.

Toujours en ce qui a trait à la formation du contrat, il faut se garder de croire que les notions d'offre et d'acceptation sont les mêmes d'une tradition à l'autre; malgré les ressemblances terminologiques, elles comportent bel et bien leur lot de différences. La Common law fait ainsi une distinction cruciale entre une offre réelle et ce qu'on appelle une « invitation à entrer en pourparlers », un genre de demande de renseignements lors de communications préliminaires au sujet d'une transaction. Dans une telle situation, une partie ne fait pas elle-même d'offre, mais invite l'autre partie à le faire,⁵⁶ comme dans le cas de l'inscription d'une maison sur le marché immobilier, laquelle n'est rien de plus qu'une invitation aux acheteurs éventuels de faire une proposition. Évidemment, cette règle limite grandement

⁵⁰ Voir la cause britannique, *Raffles v. Wichelhaus* (1864), 2 H. & C. 906, 159 Eng. Rep. 373 (Ex.).

⁵¹ Voir, par exemple, *Dumbrell c. The Regional Group of Companies* (2007), 85 O.R. (3d) 616 (Ont. C.A.).

⁵² Voir S. Grammond, « L'interprétation des contrats », dans P.-C. Lafond (éd.), *Obligations – JurisClasseur Québec, coll. « Droit privé »* (Montréal : LexisNexis Canada, 2008), feuillet mobile, chap. 6.

⁵³ Voir M.-A. Grégoire, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice* (Cowansville : Éditions Yvon Blais, 2010).

⁵⁴ Voir la cause britannique : *Interfoto Picture Library Ltd. v. Stiletto Visual Programmes Ltd.*, [1989] Q.B. 433 (C.A.).

⁵⁵ [2014] 3 S.C.R. 494.

⁵⁶ G.H. Treitel, *The Law of Contract*, 8e éd. (London: Sweet & Maxwell / Stevens, 1991) à la p. 10.

l'engagement de la partie puisqu'elle ne sera pas liée par ses représentations et prendra plutôt sa décision une fois que l'autre partie aura fait son offre. En revanche, le Droit civil considérerait, par exemple, l'étalage de produits sur les tablettes d'un magasin d'alimentation libre-service comme étant une offre de vendre et le contrat serait conclu au moment où le client prend un produit et le paie. En Common law, pour décider s'il s'agit d'une offre ou d'une invitation à entrer en pourparlers, en publicité par exemple,⁵⁷ il faut évaluer la nature de l'engagement et les détails des représentations, par exemple les conditions de vente des biens présentés dans des catalogues de magasins.

En Droit civil, la partie qui fait une offre ouverte pour une période de temps déterminée est liée par cette offre et ne peut généralement pas la révoquer avant la fin de cette période. L'article 1390, paragraphe 2, du Code civil du Québec prévoit que : « [c]elle qui est assortie d'un délai est irrévocable avant l'expiration du délai; celle qui n'en est pas assortie demeure révocable tant que l'offrant n'a pas reçu l'acceptation ». Contrairement à la première, cette dernière règle a son équivalent en Common law. En effet, un élément distinctif des contrats en Common law – en lien direct avec le principe de la contrepartie (que nous aborderons bientôt)⁵⁸ – concerne la liberté dont jouit un offrant de révoquer l'offre en tout temps avant l'acceptation, même s'il s'agit d'une offre ferme avec échéance pour l'acceptation. La principale exception, fondée sur les attentes raisonnables, est celle du contrat unilatéral, lorsque la partie acceptante a commencé à exécuter ses obligations. Il existe ici une différence de principe entre l'approche des deux traditions juridiques au Canada en ce qui concerne la bonne foi à l'étape précontractuelle. Contrairement au Droit civil, qui applique une obligation générale à cet égard,⁵⁹ la situation en Common law est simple : aucune obligation de négocier de bonne foi n'existe préalablement au contrat (sauf en cas de fraude ou de contrainte).⁶⁰

L'une des particularités de la Common law est qu'une contre-offre annule l'offre initiale et, à vrai dire, renverse le rôle des parties : le destinataire de l'offre devient l'offrant dont la contre-offre doit alors être acceptée par la partie qui a fait l'offre initiale. Pour que l'entente puisse être conclue selon les conditions initiales de l'offre, l'autre partie doit accepter l'offre telle quelle, dans sa forme intégrale, sans apporter de modification. La dynamique de la négociation en Droit civil est un peu moins formaliste puisque les parties peuvent s'entendre sur l'essentiel des conditions et ainsi créer un contrat, et ce, même si une contre-proposition a été faite concernant des aspects secondaires.⁶¹ L'élément-clé est de voir s'il y a entente sur les aspects « substantiels » de l'accord lorsque l'offre est acceptée.⁶² En ce qui a trait à l'acceptation en Common law, il faut également tenir compte de la « règle de la réception » selon laquelle le contrat est créé à l'endroit et au moment où l'offrant reçoit l'acceptation. Cette règle générale ne connaît qu'une exception, soit la « règle de la poste »⁶³ : s'il est décidé (expressément ou implicitement) que le moyen de communiquer l'acceptation est par la poste – ou autre moyen similaire, tel un service de messagerie – l'acceptation se produit lors de la mise à la poste de l'acceptation. Cette approche contraste avec celle du Droit civil qui, dans toutes les circonstances, donne la préférence à l'acceptation au moment de la réception.⁶⁴

⁵⁷ Une cause célèbre est *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.*, [1892] EWCA Civ 1, où une publicité promettait de payer 100 livres si l'utilisateur d'une poire de phénol attrapait la grippe; on a déterminé qu'il s'agissait d'une offre et non d'une invitation à entrer en pourparlers.

⁵⁸ Voir H. Beale, A. Hartkamp, H. Kötz et D. Tallon, *Cases, Materials and Text of Contract Law* (Oxford and Portland: Hart Publishing, 2002), à la p. 201 : L'offrant n'a aucune obligation contraignante de garder son offre en vigueur, même s'il fixe expressément une période de temps durant laquelle son offre peut être acceptée, puisqu'il n'y a aucune considération de l'autre partie pour une telle promesse.

⁵⁹ Voir l'art. 1375 du Code civil du Québec.

⁶⁰ Deux causes récentes en Angleterre confirment la position : *Petromec v. Petroleo*, [2006] 1 Lloyds Report 121; et *Cable & Wireless plc v. IBM United Kingdom*, [2002] EWHC 2059.

⁶¹ Voir l'art. 1387 du Code civil du Québec, dernier paragraphe.

⁶² Voir l'art. 1393 du Code civil du Québec.

⁶³ La règle de la poste a également un impact sur la révocation possible d'une offre parce que dès que l'acceptation est à la poste, l'entente est conclue et la partie ne peut plus retirer son offre.

⁶⁴ Art. 1387 du Code civil du Québec.

Une autre différence extrêmement importante à signaler est celle entre les notions de « cause » en Droit civil et de « contrepartie » en Common law. Suivant le droit français et révélant la double influence du droit romain et de la tradition canoniste, au Québec : « [i]l est aussi de [l'essence d'un contrat] qu'il y ait une cause et un objet ».⁶⁵ La cause et l'objet sont très étroitement liés en Droit civil puisqu'ils concernent tous deux ce qui est au cœur de l'entente entre les parties. L'article 1412 du Code civil du Québec définit l'objet d'un contrat comme étant « l'opération juridique envisagée par les parties au moment de sa conclusion » et l'article 1413 ajoute qu'« est nul le contrat dont l'objet est prohibé par la loi ou contraire à l'ordre public ». Par exemple, un contrat visant la vente d'une drogue illicite est non exécutoire par un tribunal au Québec. Quant à la cause d'un contrat, l'article 1410 la définit comme étant « la raison qui détermine chacune des parties à le conclure »; de même, l'article 1411 prévoit ceci : « est nul le contrat dont la cause est prohibée par la loi ou contraire à l'ordre public ». Par exemple, un prêt bancaire pour mettre sur pied un commerce de vente de drogues illicites serait également nul et sans effet, non pas parce que le prêt d'argent est illégal, mais parce que la raison de ce prêt est illégale. On comprend alors pourquoi ces deux notions sont complémentaires en Droit civil, la dernière s'intéressant au motif subjectif qui a amené les parties à conclure une entente. Dans la plupart des contrats bilatéraux (ou contrats synallagmatiques), la cause est simplement la contrepartie qu'une partie reçoit de l'autre partie en échange de l'exécution de l'entente. Quant au contrat à titre gratuit sans contrepartie, tel qu'un don, la cause est le motif altruiste individuel de la partie qui fait le don.

Cette notion de cause subjective pour un contrat n'a pas d'équivalent fonctionnel en Common law, confirmant que cette tradition juridique ne s'intéresse pas à la raison ou au motif d'une transaction, étant plutôt axée sur une logique essentiellement commerciale.⁶⁶ En effet, ce qui constitue l'âme des contrats en Common law est le principe de la « contrepartie », validant la logique primordialement économique adoptée dans cette tradition. En effet, cet élément essentiel d'un contrat est parfois présenté comme découlant de la « théorie du marché » en droit des contrats, parce qu'il est en lien avec une analyse économique de ce qui est échangé entre les parties contractantes. En réalité, le principe de la contrepartie fournit un moyen de décider quelles ententes méritent d'être sanctionnées par le droit et lesquelles ne sont que de simples accords sans conséquence selon le droit.⁶⁷ Sa formulation-type nous vient de l'affaire *Currie c. Misa* de 1875, où le juge Losh a déclaré ceci : « Une contrepartie de valeur, au sens du droit, peut être soit un droit, un intérêt, un profit ou un avantage pour une partie, soit une renonciation, un désavantage, une perte ou une responsabilité pour l'autre partie. »⁶⁸ Bien que l'on ne s'entende pas sur une définition précise de la contrepartie, le point central est la notion de commerce ou de « quid pro quo » : le contrepoids à une promesse, sous la forme d'un avantage donné ou d'un acte de renonciation. Dans le contrat, les promesses des parties forment ainsi un lien de réciprocité où une valeur économique est échangée. Il faut mentionner que la valeur réelle de la contrepartie est sans importance puisque, en Common law, on n'évaluera pas l'opportunité d'un marché conclu; par exemple, l'achat d'un luxueux manoir pour la somme de 1 \$ constitue un contrat valide.

Contrairement au Droit civil, la Common law ne reconnaît pas les contrats à titre gratuit (à moins qu'ils soient revêtus d'un sceau, comme nous le verrons) au moyen d'un don, par exemple, puisqu'il n'y aurait pas de contrepartie de la part du destinataire, c'est-à-dire la personne qui reçoit le don. Une contrepartie doit avoir une valeur économique ou matérielle, aussi négligeable qu'elle puisse être; elle ne peut avoir qu'une simple valeur sentimentale. Le principe de la contrepartie explique plusieurs autres

⁶⁵ Art. 1385, paragraphe 2, du Code civil du Québec.

⁶⁶ Voir R. David, « Cause et considération », dans *Mélanges Jacques Maury* (Paris : Dalloz et Sirey, 1960), 111.

⁶⁷ Voir A.G. Chloros, « The Doctrine of Consideration and the Reform of the Law of Contract » (1968) 16 *I.C.L.Q.* 137.

⁶⁸ *Currie c. Misa* (1875), L.R. 10 Ex. 153, à la p. 162. Dans l'original : « A valuable consideration, in the sense of the law, may consist either in some right, interest, profit or benefit accruing to one party or some forbearance, detriment, loss or responsibility, given, suffered or undertaken by the other ».

règles en common law, les plus intéressantes sur le plan comparatif étant les suivantes :

- Tel que mentionné plus tôt, une offre peut facilement être révoquée, même s'il s'agit d'une offre ferme pour une durée déterminée, la raison étant que l'offre n'avait pas de contrepartie.⁶⁹
- La doctrine de la contrepartie ne permet pas de modifier un contrat sans une nouvelle entente, pas plus que de renoncer à une dette (une telle mesure serait alors considérée comme gratuite).⁷⁰
- Une modification ou toutes transactions peuvent de même être invalidées si elles se fondent sur une contrepartie antérieure, c'est-à-dire une contrepartie à l'égard d'une entente déjà existante.⁷¹
- En tout état de cause, la règle traditionnelle veut que la contrepartie doit passer du destinataire de la promesse au promettant, ce qui signifie que le contrat ne peut pas être applicable en faveur d'un tiers bénéficiaire (comme nous le verrons plus loin).⁷²

Il y a une exception importante au principe de la contrepartie, concernant particulièrement les contrats à titre gratuit. Il s'agit des ententes revêtues d'un sceau ou « contracts by deed ». Dans de tels cas, le caractère formaliste de la transaction remplace en quelque sorte la raison d'être de la contrepartie dans le contrat. Mentionnons enfin que la contrepartie, comme la cause civiliste, ne peut être illégale, immorale ou contraire à la moralité publique.

Une autre grande différence entre les deux traditions en matière de droit des contrats au Canada se rapporte aux règles relatives aux droits et obligations des tiers, qu'on appelle aussi la relativité des contrats ou, en anglais, « the doctrine of privity ». Celle-ci signifie qu'un contrat ne peut généralement pas conférer des droits ou imposer des obligations à une personne qui n'est pas partie à celui-ci.⁷³ Il n'y a donc pas de « *jus tertii* », ou de droit des tiers, en Common law : un tiers ne peut poursuivre en justice ou être poursuivi sur la base d'un contrat, et ce, même si ce dernier porte atteinte à ses droits et ses intérêts. Outre les moyens *ad hoc* développés pour écarter le principe de la relativité des contrats, il y a eu à cet égard un changement majeur dans les provinces et territoires canadiens de Common law lorsque la Cour suprême a reconnu une exception de principe applicable aux clauses d'exonération des tiers.⁷⁴ Il est clair que l'approche civiliste est diamétralement opposée à celle de Common law, comme le démontrent les dispositions sur la stipulation pour autrui dans le Code civil du Québec. Par exemple, l'article 1444 prévoit ceci : « On peut, dans un contrat, stipuler en faveur d'un tiers ». Pour être précis, contrairement à une fiducie (concept abordé plus loin), c'est en effet le tiers bénéficiaire qui possède un droit contractuel par rapport au promettant.

En lien avec des questions déjà abordées – l'acceptation et la contrepartie – il est crucial de faire une précision terminologique au sujet de l'expression « contrat unilatéral ». En Droit civil, comme l'explique l'article 1380 du Code civil du Québec, cette expression est utilisée pour faire la distinction entre de tels contrats et les contrats bilatéraux ou synallagmatiques, ceux-ci étant définis comme des ententes où « les parties s'obligent réciproquement, de manière que l'obligation de chacune d'elles soit corrélative à l'obligation de l'autre ». Une telle description correspondrait certainement aux contrats bilatéraux en Common law. La situation est différente pour le contrat unilatéral, défini ainsi au paragraphe 2 de l'article 1380 du Code civil du Québec : « lorsque l'une des parties s'oblige envers l'autre sans que, de la part de cette dernière, il y ait d'obligation ». En Common law, cela correspond à un contrat à titre gratuit, qui

⁶⁹ H. Beale, A. Hartkamp, H. Kötz et D. Tallon, *op. cit.*, note 61, à la p. 143.

⁷⁰ Voir *ibid.*

⁷¹ *Ibid.*, à la p. 149. Dans l'original : « Any modification and indeed any transaction may also be invalid for being based on past consideration, that is to say consideration passing in respect of a promise already executed ».

⁷² Voir *ibid.*, à la p. 150.

⁷³ G.H. Treitel, *op. cit.*, note 59, à la p. 523.

⁷⁴ Voir *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 RCS 299; développé dans *Fraser River Pile & Dredge Ltd. c. Can-Dive Services Ltds.*, [1999] 3 RCS 108. Voir également *Brown c. Belleville (City)*, 2013 ONCA 148.

(à moins d'être revêtu d'un sceau) n'est pas un contrat liant les parties puisqu'il y a absence de contrepartie. C'est ici que les choses se compliquent puisque le contrat unilatéral n'a pas du tout le même sens pour des juristes formés dans la tradition de Common law. En effet, cette expression se rapporte plutôt à un contrat établi lorsqu'une offre est acceptée par le fait de son exécution. Par exemple, une offre de verser une récompense de 100 \$ à la personne qui retrouvera un chien perdu constitue un contrat unilatéral, l'acceptation se produisant par le fait d'avoir retrouvé le chien; il s'agit d'une offre active de la part de l'offrant, qui est acceptée unilatéralement par le destinataire de l'offre par le fait de l'exécution.⁷⁵

D'autres attributs propres aux contrats de Common law incluent, tout d'abord, la Loi relative aux preuves littérales (ou autre exigence d'écrits) et, par ailleurs, les questions concernant la règle d'exclusion de la preuve extrinsèque. Pratiquement toutes les provinces et tous les territoires canadiens de Common law ont, sous une forme ou une autre, des dispositions législatives modelées sur le *Statute of Frauds (1677) britannique (Loi relative aux preuves littérales)* – dont certaines sont incorporées dans des lois autres, telles la *Loi sur la vente d'objets* – qui énumèrent les catégories de contrats à l'égard desquels « no action shall be brought [...] unless the agreement [...], shall be in writing, and signed by the party to be charged therewith ». Bien qu'elles varient d'une province ou d'un territoire à l'autre, les catégories les plus importantes de ces contrats sont : (i) la vente d'objets (dépassant un certain montant), (ii) les contrats qui ne s'exécutent pas à l'intérieur d'un délai d'un an, (iii) les opérations immobilières et (iv) les contrats de cautionnement (« suretyships »). L'équivalent fonctionnel de Droit civil se trouve dans les contrats qui doivent être notariés (cest-à-dire signés devant et conservés par un notaire), tels que les contrats de mariage, les hypothèques et les déclarations de copropriété divise (conventions de copropriété). Quelques autres documents légaux doivent aussi être faits par écrit pour être valides, le plus important étant le testament; ainsi, l'enregistrement d'un testament sur vidéo n'est pas possible au Québec.

Toutefois, il faut noter que les exigences de forme écrite en Common law ne font pas échec à la validité du contrat, mais à son applicabilité. Une preuve écrite de la formation du contrat est nécessaire afin d'éviter les fraudes, ce qui ne veut pas dire que le contrat lui-même doit être formé par écrit. Certaines exceptions comme l'exécution partielle des obligations peuvent ainsi permettre de remédier à l'absence d'écrit⁷⁶. Il faut ainsi que les juristes canadiens fassent bien la distinction entre ces deux régimes, car au Québec, un contrat assujéti à la forme notariée mais qui n'y est pas conforme est frappé de nullité.

Une autre particularité de la Common law est la règle d'exclusion de la preuve extrinsèque, qui provient du droit prétorien. Ainsi, s'il existe un contrat par écrit, une preuve orale ne peut être présentée au sujet de ce qui a été échangé entre les parties (que ce soit avant la consignation par écrit de l'entente ou à l'étape de sa préparation) qui viendrait ajouter des éléments au contrat écrit, ou encore en supprimer, en modifier ou en nuancer les clauses écrites.⁷⁷ Une partie ne peut donc pas introduire une preuve orale relative aux négociations antérieures d'un contrat dans le but de prouver que l'entente est différente que celle qui est consignée par écrit. En Droit civil, la preuve d'un acte juridique doit être faite en produisant le document original ou une copie de ce document; les règles de preuve n'accepteront pas qu'un témoignage de vive voix vienne contredire les dispositions écrites d'un contrat. Il faut aussi mentionner l'article 2862 du Code civil du Québec, statuant que la preuve d'un acte juridique ne peut se faire « par témoignage lorsque la valeur du litige excède 1 500 \$ », à moins qu'il y ait « commencement de preuve » qui, selon l'article 2865, « peut résulter d'un aveu ou d'un écrit émanant de la partie adverse, de son témoignage ou de la présentation d'un élément matériel ».

⁷⁵ Voir, par exemple, *Dawson c. Helicopter Exploration*, [1955] RCS 868. Il a été expliqué que l'offrant ne peut révoquer une offre fixe dans le contexte d'un contrat unilatéral si le destinataire de l'offre a déjà commencé à exécuter le contrat, selon ses attentes raisonnables : voir *Errington v. Errington*, [1952] 1 K.B. 290, [1952] 1 All E.R. 149 (British C.A.).

⁷⁶ *Degelman v. Guaranty Trust Co. of Canada and Constantineau*, [1954] S.C.R. 725.

⁷⁷ *Goss v. Lord Nugent*, (1833), 5 B. & Ad. 58, à la p. 64, par Denman C.J. Pour une application stricte de cette règle au Canada, voir *Bauer c. Banque de Montréal*, [1980] 2 RCS 102; pour une application plus nuancée, voir *Chinn v. Hanrieder*, 2013 BCCA 310.

B - Délits civils et responsabilité civile

Si on les compare à la responsabilité civile en Droit civil, les délits civils (ou « torts ») en Common law se donnent à voir comme un amalgame de délits distincts, de transgressions civiles, qui ne partagent aucun trait commun à l'exception de l'objectif (principalement) compensatoire (par opposition à un objectif pénal) qui en motive leur sanction. Ceci contraste avec l'article 1457 du Code civil du Québec, qui est la base de tout le régime des obligations extracontractuelles :

1457. Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.

Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel.

Elle est aussi tenue, en certains cas, de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute d'une autre personne ou par le fait des biens qu'elle a sous sa garde.

Le dernier paragraphe de cette disposition générale sur la responsabilité civile dans le Code civil, tel qu'élaboré dans les articles 1459 et suivants (concernant le fait ou la faute d'autrui), est la première distinction claire par rapport à la Common law.⁷⁸ Règle générale, hormis une exception à portée limitée,⁷⁹ il n'y a pas de responsabilité du fait d'autrui dans les provinces et territoires de Common law au Canada.

Pour revenir à la principale caractéristique générale distinguant le droit de la responsabilité civile dans les deux traditions juridiques, l'absence d'un principe d'application générale en Common law signifie que, théoriquement, il existe différentes règles pour chaque délit civil ou cause d'action. D'une certaine manière, il y a ici un parallèle intéressant à faire avec le droit pénal puisque le Code criminel canadien prévoit des règles particulières pour chaque infraction. Les règles de droit applicables à chacun des délits civils ont été élaborées en jurisprudence, mais il ne faut pas exagérer la complexité de ce domaine du droit privé parce qu'il existe maintenant des catégories fondées sur l'état d'esprit de l'auteur du délit. Il s'ensuit que les délits civils d'actes de violence, de voies de fait, de souffrance morale, d'intrusion ou de détournement de biens, par exemple, sont tous des délits civils intentionnels; en revanche, le délit civil de négligence, où l'intention n'est pas pertinente, est assujéti à règles qui lui sont propres. C'est ce dernier qui se rapproche le plus de la responsabilité civile en Droit civil puisque ses cinq éléments constitutifs – le devoir de prudence, la norme de conduite raisonnable, le préjudice, le lien causal et le caractère éloigné du préjudice – s'appliquent à chaque situation où la transgression est non volontaire. Toutefois, en ce qui a trait aux délits civils dits « intentionnels », il y a des éléments propres à chacune des causes d'action, dont la preuve doit être faite par le demandeur. Par exemple, une voie de fait requiert (i) une intention de causer un contact préjudiciable ou offensant ou de causer l'appréhension d'un tel contact et (ii) une appréhension réelle d'un tel contact par une personne (sans qu'il y ait nécessairement un préjudice), qui pourrait par ailleurs être une personne autre que la victime visée. Les conditions seraient différentes pour les autres délits civils intentionnels, quoique certains aspects soient similaires en raison des origines historiques du système de brefs et des « forms of action ».⁸⁰ Pour retourner brièvement au délit civil de négligence en Common law, « le devoir de prudence » et « le caractère éloigné du préjudice », lesquels

⁷⁸ Il y a, par exemple, responsabilité du fait d'autrui entre parents et enfants en Droit civil. Certaines provinces et certains territoires de Common law au Canada ont des lois en ce sens; voir, par exemple, la Loi de 2000 sur la responsabilité parentale en Ontario, LO 2000, c. 4.

⁷⁹ L'exception jurisprudentielle s'applique à la relation entre employeur et employé – laquelle est différente de la relation avec des entrepreneurs indépendants – où l'employeur est responsable de l'acte préjudiciable de l'employé : voir *671122 Ontario Limited c. Sagaz Industries Canada Inc.*, [2001] 2 RCS 983. La même règle pour la responsabilité du fait d'autrui existe également au Québec, en vertu de l'article 1463 du Code civil du Québec.

⁸⁰ Cette perspective historique n'est pas essentielle aux fins de ce document.

agissent comme éléments restrictifs de responsabilité civile, n'ont pas d'alter ego évident sous l'empire de l'article 1457 du Code civil du Québec. Les règles civilistes en ce qui concerne le lien causal semblent toutefois présenter des équivalents fonctionnels pour limiter la responsabilité civile *ex ante* et *a posteriori*.⁸¹ Relativement au devoir de prudence, il faut noter que la Common law n'impose aucune obligation générale de secourir ou d'aider une personne en péril, ce qui contraste avec l'obligation législative applicable au Québec, selon laquelle : « tout être humain dont la vie est en péril a droit au secours ».⁸²

La responsabilité civile en Droit civil fait une distinction importante entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité extracontractuelle, ce qu'on ne trouve pas en Common law en raison de l'origine commune du droit des contrats et du droit de la responsabilité civile. De nos jours, une question précise comporte des solutions diamétralement opposées dans les deux traditions: celle de savoir si l'on doit choisir entre les fondements de la responsabilité civile dans une espèce particulière ou si, au contraire, on peut cumuler les deux dans une cause. Selon la théorie de la concomitance en Common law, « lorsqu'un préjudice permet à première vue d'étayer une action en responsabilité contractuelle et une action en responsabilité délictuelle, la partie peut exercer l'un ou l'autre recours ou les deux, sauf lorsque le contrat indique que les parties avaient l'intention de restreindre ou d'éliminer le droit d'intenter une action en responsabilité délictuelle ».⁸³ « Cette restriction à la règle générale de la concomitance est possible », ajoute la Cour suprême, « parce que les parties peuvent toujours limiter les obligations que la common law leur impose en matière de négligence, ou renoncer à celles-ci ».⁸⁴ Bien qu'un tel cumul ait déjà été possible au Québec,⁸⁵ la réforme apportée par le Code civil du Québec a changé la situation et impose maintenant la voie contractuelle.⁸⁶ Par conséquent, il n'est pas possible au Québec de combiner des réclamations de nature contractuelle et délictuelle dans la même cause d'action, ni de favoriser cette dernière dans une instance judiciaire si l'on peut poursuivre sur la base contractuelle.

L'ensemble du droit de la responsabilité civile au Québec se fonde sur la notion de « faute », qui constitue l'élément essentiel d'une cause d'action en vertu de l'article 1457 du Code civil du Québec. En marge de ce système d'application générale, il existe quelques régimes « sans égard à la faute » dans la province civiliste, le plus important étant celui établi en matière d'accidents de la route⁸⁷; c'est pourquoi il n'existe plus au Québec de spécialisation en responsabilité civile relativement aux véhicules automobiles. Faisant abstraction des lois établissant ainsi des régimes de responsabilité sans égard à la faute, aucune exception n'est faite au principe de la responsabilité en fonction de la faute en Droit civil, tel que l'a confirmé la Cour suprême du Canada dans *Lapierre*⁸⁸, une affaire qui concernait un programme d'immunisation et où l'on a rejeté la responsabilité objective ou stricte fondée sur une théorie du risque et de la nécessité. La diffamation est un exemple au Québec où, contrairement à la Common law,⁸⁹ le régime de responsabilité générale fondé sur la faute demeure entièrement applicable.⁹⁰ La Common law,

⁸¹ Voir S.D. Sugarman, « A New Approach to Tort Doctrine: Taking the Best from the Civil Law and Common Law of Canada » dans S. Beaulac et al. (éd.), *The Joy of Torts* (Toronto: LexisNexis Butterworths, 2003), 375.

⁸² Charte des droits et libertés de la personne du Québec, LRQ, c C-12, art. 2, alinéa 1.

⁸³ *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 RCS 12, à la p. 26.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ L'arrêt faisant autorité était *Wabasso Ltd. c. National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 RCS 578. Voir également J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, *La responsabilité civile*, 7e éd., vol. 1 (Cowansville : Yvon Blais, 2007), à la page 33 ff.

⁸⁶ Voir le Code civil du Québec, art. 1458.

⁸⁷ Voir la Loi sur l'assurance automobile du Québec, LRQ, c A-25.

⁸⁸ *Lapierre c. Québec (Procureur général)*, [1985] 1 RCS 241.

⁸⁹ Outre la common law de la diffamation, toutes les provinces et tous les territoires canadiens de Common law ont adopté une loi particulière : voir R.E. Brown, *Brown on Defamation*, 2e éd. (Toronto: Carswell, 1994), feuillet mobile.

⁹⁰ Voir *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 RCS 633; voir également M.A. Grégoire, « Atteinte à la vie privée et à la réputation », dans *Personnes et famille – JurisClasseur Québec (coll. droit civil)* (Montréal : LexisNexis, 2010), feuilles mobiles (mis à jour en 2013), chapitre 4.

quant à elle, est plus ouverte à d'autres fondements pour la responsabilité civile et même à la possibilité de permettre la responsabilité stricte, comme dans la célèbre cause britannique, *Ryland v. Fletcher*,⁹¹ où l'usage non naturel d'un bien-fonds a justifié une responsabilité objective. On compte également bon nombre de situations d'obligations découlant d'une responsabilité stricte imposée par la loi.⁹² Il faut toutefois mentionner que, contrairement aux États-Unis, aucune province ou territoire canadien de Common law n'impose de régime de responsabilité stricte pour la responsabilité associée aux produits.⁹³ Le Québec semble adopter une position plus favorable à la responsabilité associée aux produits, en combinant des règles d'application générale prévues au Code civil⁹⁴ et une loi de grande portée relative à la protection du consommateur.⁹⁵

Outre ces principaux facteurs distinguant les deux systèmes juridiques de la responsabilité délictuelle au Canada, il convient de signaler d'autres différences plus secondaires. Par exemple, la provocation n'est pas une défense en Common Law,⁹⁶ tandis qu'elle est considérée un élément de négligence contributive en Droit civil. Une branche du droit de la responsabilité délictuelle est chargée des cas de « perte purement financière » (« pure economic loss »)⁹⁷ – fraude, fausses représentations – que le Québec sanctionne aussi, mais par l'entremise du droit des contrats. Il y avait dans le passé d'importantes différences entre les défenses d'acceptation volontaire du risque et de négligence contributive en responsabilité civile délictuelle, mais elles ont disparu puisque toutes les provinces et tous les territoires canadiens de Common law ont maintenant des régimes prévus par la loi permettant le partage et l'attribution de la responsabilité.⁹⁸ En dernier lieu, soulignons que la règle du « crâne fragile » est essentiellement la même aujourd'hui dans les deux traditions juridiques.

C - Recours judiciaires, procédure civile et preuve

Ces trois matières, qui sont généralement enseignées dans des cours distincts, seront abordées ensemble parce qu'elles se chevauchent grandement quand on les considère dans le contexte de la dualité des traditions juridiques au Canada. En effet, certaines questions portant sur les recours judiciaires en Common law relèvent du domaine de la procédure civile au Québec (les injonctions, par exemple), tandis que d'autres questions portant sur les recours judiciaires en Droit civil relèvent de la procédure en Common law (le délai de prescription, par exemple). En ce qui a trait à la preuve, incluant les témoignages, on note aussi beaucoup de permutations des règles en matière de recours et de procédure lorsqu'on examine la situation en Droit civil et en Common law.

Ceci étant, il faut d'abord souligner (comme nous l'avons fait en première partie de ce texte) que les deux systèmes juridiques du pays sont très similaires sur le plan des institutions judiciaires, des recours, de la procédure et des règles de preuve. S'agissant des tribunaux, le Québec n'a rien à voir avec ses cousins du continent européen (ainsi, le système judiciaire y fonctionne selon un mode accusatoire plutôt qu'inquisitoire). Hormis quelques exceptions importantes, le droit judiciaire (recours, procédure, preuve) est, dans son essence, le même à travers le Canada. Dans ce qui suit, nous aborderons les principales

⁹¹*Rylands v. Fletcher*, (1868) L.R. 3 H.L. 330. Cette règle a été confirmée au Canada : voir *Gertsen c. Toronto (Metropolitan)*, (1973) 2 O.R. (2d) 1 (Ont. S.C.).

⁹²Voir K.M. Stanton *et al.*, *Statutory Torts* (London: Sweet & Maxwell, 2003).

⁹³Voir S.M. Waddams, *Products Liability*, 4e éd. (Toronto: Carswell, 2002).

⁹⁴Art. 1468 du Code civil du Québec.

⁹⁵Loi sur la protection du consommateur, LRQ, c P-40.1.

⁹⁶Toutefois, la provocation peut être prise en considération pour évaluer le montant de dommages-intérêts, y compris les dommages-intérêts punitifs.

⁹⁷Voir B. Feldthusen, *Economic Negligence: The Recovery of Pure Economic Loss*, 5e éd. (Toronto: Thomson Carswell, 2008).

⁹⁸Voir, par exemple, la Loi sur le partage de la responsabilité en Ontario, LRO 1990, c N.1. On a même déjà suggéré que la règle jurisprudentielle de common law aurait changé : voir *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 RCS 1210.

distinctions (générales et particulières), en commençant par les recours, puis la procédure et enfin la preuve.

On dit que la Common law est un droit procédural, en raison de l'importance historique du système de brefs et des « forms of action » dans l'élaboration du droit substantiel.⁹⁹ Cette caractéristique est brillamment illustrée par l'adage : « where there is a remedy, there is a right »¹⁰⁰ (« là où il y a un recours, il y a un droit »), qui frappe comme étant diamétralement opposé à l'approche civiliste des obligations. À la différence du Droit civil, et dans l'esprit de son approche plus « organique » de la production du droit, la Common law est axée sur la compensation et ne tient aucunement compte de l'aspect moral lorsqu'elle sanctionne une transgression civile ou une rupture de contrat. Dans ce dernier cas, le droit des contrats tient pour acquis que : « a breach of contract, coupled with an offer to pay just compensation, does no harm to the plaintiff, is not morally wrong, and may be desirable on the grounds of efficiency ».¹⁰¹ La logique inspirant la Common law est donc essentiellement commerciale ou utilitariste. Aussi, et de façon générale, cette tradition considère les dommages-intérêts compensatoires comme étant le redressement approprié, limitant dès lors les cas d'application des recours en nature.¹⁰² En revanche, le Droit civil québécois tend à se montrer plus permissif quant à l'exécution en nature d'un contrat¹⁰³ puisque le choix du recours est laissé à la discrétion du créancier, ce qui est fort différent de l'approche en Common law (selon l'adage : « on ne fait pas boire un âne qui n'a pas soif »).

Le principe directeur en matière de recours judiciaire, à la fois en Common law et en Droit civil, se résume par la maxime latine *restitutio in integrum*. Ce qu'on peut appeler les « intérêts » en jeu, lorsqu'on tente d'obtenir une réparation intégrale, ont été formulés comme suit en doctrine¹⁰⁴ : (i) intérêt expectatif ou d'anticipation (« expectation interest ») en matière de contrats, (ii) intérêt de rétablissement (« reliance interest ») en matière de délits civils, et (iii) intérêt de restitution (« restitution interest ») en matière d'enrichissement sans cause. Quant au Code civil du Québec, l'article 1611 prévoit ce qui suit :

1611. Les dommages-intérêts dus au créancier compensent la perte qu'il subit et le gain dont il est privé.

On tient compte, pour les déterminer, du préjudice futur lorsqu'il est certain et qu'il est susceptible d'être évalué.

La dernière partie de cette disposition concerne des questions qui sont régies, en common law, par les règles relatives à la certitude et au caractère éloigné du préjudice. La mitigation du préjudice est une question abordée de la même façon dans les deux systèmes juridiques. Soulignons par ailleurs que des dispositions particulières du Code civil du Québec portent sur les dommages-intérêts en matière contractuelle et pour la réparation du préjudice corporel, ainsi que relativement à l'enrichissement sans cause.

⁹⁹ Voir D. Poirier et A.-F. Debruche, *Introduction générale à la common law*, 3e éd. (Brussels et Cowansville : Bruylant et Yvon Blais, 2005), aux p. 15-17.

¹⁰⁰ *Ashby v. White*, (1703) Ld. Raym. 938, où Hold C.J. a déclaré : « it is a vain thing to imagine a right without a remedy » (« il est vain d'imaginer un droit non assorti d'un recours »).

¹⁰¹ S.M. Waddams, *The Law of Damages*, 2e éd. (Toronto: Canada Law Book, 1991), à la p. 11.

¹⁰² Voir *Mile End Milling c. Peterborough Cereal*, [1924] RCS 120.

¹⁰³ Voir *Joli-Coeur c. Joli-Coeur Lacasse Avocats, s.e.n.c.r.l.*, 2001 QCCA 219 (CanLII).

¹⁰⁴ Voir L.L.- Fuller et W.R. Perdue Jr., « The Reliance Interest in Contract Damages » (1936) 46 *Yale Law Journal* 52, aux p. 53-54.

Une caractéristique propre aux recours en Droit civil est la protection du droit à l'exécution des obligations, plus particulièrement l'action oblique¹⁰⁵ et l'action en inopposabilité (ou action paulienne)¹⁰⁶. Dans le cas de la première action, un créancier « peut, au nom de son débiteur, exercer les droits et actions de celui-ci, lorsque le débiteur, au préjudice du créancier, refuse ou néglige de les exercer ». Le Code civil prévoit toutefois certaines restrictions et des conditions pour intenter une telle action. Quant à l'action en inopposabilité – le nom d'action « paulienne » provenait du droit romain – elle permet à un créancier qui a subi un préjudice en raison d'un acte juridique du débiteur (surtout si l'acte le rend insolvable) de « faire déclarer inopposable à son égard l'acte juridique ». Différents critères sont applicables selon que cet acte préjudiciable est à titre onéreux ou à titre gratuit.

Le droit en matière d'indemnisation du préjudice corporel est, dans une très large mesure, le même partout au pays puisqu'il s'est développé à partir d'une trilogie de la Cour suprême du Canada – le principal arrêt est *Andrews c. Grand & Toy Alberta*¹⁰⁷ – qu'on a suivi *mutatis mutandis* au Québec.¹⁰⁸ Par conséquent, les règles pour évaluer les pertes passées et futures, les dommages-intérêts particuliers et généraux, ainsi que les deux catégories de dommages pécuniaires (calculés par catégorisation) et de dommages non pécuniaires (calculés dans un montant global) sont très peu différentes d'un système juridique à l'autre.¹⁰⁹ La seule distinction à mentionner ici est la position plus modérée, en jurisprudence et en doctrine au Québec,¹¹⁰ relativement au plafond des dommages non pécuniaires, et ce, essentiellement parce que l'argument relatif aux réclamations excessives ne convainc pas tout le monde.¹¹¹

Une question précise en matière de recours judiciaires suscite beaucoup de débats à travers le pays, en fait à travers le monde. Il s'agit des dommages-intérêts punitifs, ou ce qu'on appelle aussi au Québec les dommages-intérêts exemplaires. Le premier point à souligner est que la Common law est plus restrictive que le Droit civil relativement aux dommages-intérêts punitifs, ce qui ne veut pas dire que les tribunaux du Québec accordent des montants généreux (de fait, beaucoup moins élevés qu'aux États-Unis), mais simplement qu'il s'agit d'un redressement encore moins fréquent dans les provinces et territoires canadiens de Common law. Par exemple, ils ont pendant longtemps été possibles uniquement en lien avec un recours en responsabilité délictuelle, et non en matière contractuelle¹¹² – une restriction seulement mise de côté récemment par la Cour suprême, comme le confirme l'arrêt de principe *Whiten*¹¹³ en 2002. La différence majeure au Québec est que les situations où les dommages-intérêts exemplaires sont possibles doivent être prévues expressément dans une loi (les dommages-intérêts ayant, en principe, une fonction compensatoire dans la tradition civiliste). Cette condition préalable est explicite dans l'article 1621 du Code civil du Québec : « Lorsque la loi prévoit l'attribution de dommages-intérêts punitifs, [...] ». Le fondement législatif le plus

¹⁰⁵ Code civil du Québec, art. 1627-1630.

¹⁰⁶ Code civil du Québec, art. 1631-1636.

¹⁰⁷ *Andrews c. Grand & Toy Ltd.*, [1978] 2 RCS 229. Les deux autres causes sont *Thornton c. Prince George School District No. 57*, [1978] 2 RCS 267 et *Arnold c. Teno*, [1978] 2 RCS 287.

¹⁰⁸ Voir, par exemple, *Dugal c. Québec (Procureur général)*, [1979] C.S. 617, J.E. 82-1169 (CA Qc).

¹⁰⁹ Une petite précision, dont les implications sont plus théoriques que pratiques, est nécessaire pour signaler que l'approche dite « fonctionnelle » adoptée par la Cour suprême dans la trilogie pour évaluer les dommages non pécuniaires n'est pas vraiment compatible avec la notion de dommages-intérêts moraux en Droit civil; voir J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, *op. cit.*, note 87, à la p. 484 ff.

¹¹⁰ Voir A. Popovici, « Le droit qui s'écrit » (1995) 29 *R.J. Thémis* 565, à la p. 584; D. Gardner, « L'indemnisation du préjudice corporel dans les juridictions de tradition civiliste » (2005) 39 *R.J. Thémis* 395, à la p. 404.

¹¹¹ Voir J.C. Bouck, « Civil Jury Trials – Assessing Non-Pecuniary Damages — Civil Jury Reform » (2002) 81 *Rev. Bar can.* 493, à la p. 516.

¹¹² Voir *Thompson v. Zurich Ins.* (1984), 5 C.C.L.I. 251 (H.C. Ont.). Voir également l'American Law Institute, dans *Restatement (Second) on the Law of Contracts* (1986), section 355 : « punitive damages are not recoverable for a breach of contract unless the conduct constituting the breach is also a tort for which punitive damages are recoverable ».

¹¹³ *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 RCS 595. Voir également S. Beaulac, « Les dommages-intérêts punitifs depuis l'affaire Whiten et les leçons à en tirer pour le droit civil québécois » (2002) 36 *R.J. Thémis* 637.

communément utilisé est l'article 49(2) de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec¹¹⁴ : « En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages-intérêts punitifs ». Il existe toutefois plusieurs autres lois au même effet. Il faut mentionner aussi que, contrairement aux provinces et territoires de Common law, la loi québécoise sur les droits de la personne n'établit pas une cause d'action distincte; elle est plutôt considérée comme faisant partie intégrante du régime de responsabilité générale, y compris pour ce qui est des dommages-intérêts exemplaires.¹¹⁵ Pour aider à déterminer le montant de dommages-intérêts exemplaires approprié dans les circonstances, l'article 1621(2) du Code civil prévoit plusieurs facteurs : « de la gravité de la faute du débiteur, de sa situation patrimoniale ou de l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que, le cas échéant, du fait que la prise en charge du paiement réparateur est [...] assumée par un tiers [par exemple, un assureur]. » La Cour suprême du Canada a fixé des critères similaires – à vrai dire, plusieurs sont même plus détaillés¹¹⁶ – pour évaluer l'aspect de proportionnalité dans le calcul des dommages-intérêts punitifs.¹¹⁷ Clairement, il s'agit d'un domaine de droit privé où les deux traditions juridiques du pays s'influencent mutuellement,¹¹⁸ comme on peut le constater dans la décision récente de notre plus haute instance dans l'affaire *Cinar Corporation c. Robinson*.¹¹⁹

Dépendamment du système juridique, les questions d'injonction et autres redressements en nature (« recours en equity ») relèvent soit de la spécialisation des recours judiciaires, soit de celle de la procédure civile. L'expression « recours en equity » découle du système parallèle de la cour d'equity, qui a notamment développé des redressements autres que les dommages-intérêts compensatoires.¹²⁰ Les deux grandes catégories de redressements sont l'injonction et l'exécution en nature; ces recours sont, par définition, discrétionnaires compte tenu de leur origine en equity et ils sont considérés comme exceptionnels en ce sens qu'une cour ne les ordonnera que si les dommages-intérêts ne conviennent pas aux circonstances. En vertu du Code civil du Québec, l'exécution en nature est bien différente, surtout parce que l'article 1601 permet au tribunal de forcer l'exécution autant des obligations contractuelles négatives que celles dites positives (obligations de faire), en cas de violation d'un contrat de service, par exemple.¹²¹ En comparaison, la Common law est beaucoup moins ouverte à ce type de recours en equity. Elle ne l'applique presque seulement que dans les cas où le contrat non respecté concerne des biens réels (« real property »), ceux-ci jouissant d'un statut spécial dans cette tradition juridique (par exemple, pour atteinte au droit de propriété).¹²²

En ce qui concerne le droit en matière d'injonction, les notions fondamentales et les catégories sont pratiquement identiques, bien que la source normative soit différente au Québec puisque c'est le Code de procédure civile qui prévoit les règles applicables. En effet, l'article 751 stipule qu'une injonction, prohibitive ou mandatoire, est une ordonnance du tribunal « de ne pas faire ou de cesser de faire, ou, dans les cas qui le permettent, d'accomplir un acte ou une opération déterminés ». Comme dans les provinces et territoires de Common law, « l'injonction est un recours extraordinaire qui ne peut être accordé au Québec que par la Cour supérieure ».¹²³ L'ensemble du droit relatif aux injonctions est très similaire à travers le pays, non seulement quant aux différentes sortes d'injonctions (permanentes, interlocutoires, provisoires, mandatoires

¹¹⁴ Charte des droits et libertés de la personne, *supra*, note 84.

¹¹⁵ Voir l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 RCS 345.

¹¹⁶ Voir S. Beaulac, « A Comparative Look at Punitive Damages in Canada » (2002) 17 *Supreme Ct. L. Rev.* (2d) 351, aux p. 372-373.

¹¹⁷ Outre *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 RCS 595, voir *Fidler c. Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie*, [2006] 2 RCS 3; et *Honda Canada Inc. c. Keays*, [2008] 2 RCS 362.

¹¹⁸ Voir *Richard c. Time Inc.*, [2012] 1 RCS 265.

¹¹⁹ *Cinar Corporation c. Robinson*, 2013 CSC 73 (23 décembre 2013).

¹²⁰ Voir J. Berryman, *The Law of Equitable Remedies*, 2e éd. (Toronto: Irwin Law, 2000).

¹²¹ Voir F. Lévesque, « La libération progressive de l'octroi de l'exécution forcée en nature » (2013) 47 *R.J. Thémis U.M.* 407.

¹²² Voir J. Manwaring, « Les contrats », dans L. Bélanger-Hardy et A. Grenon (éd.), *op. cit.*, note 41, 259.

¹²³ *A.I.E.S.T., local de scène no 56 c. Société de la Place des Arts de Montréal*, [2004] 1 RCS, par. 14.

et les ordonnances de sauvegarde), mais aussi relativement aux requêtes nécessaires et aux critères d'obtention.¹²⁴ Il était moins évident, a priori, que le Québec puisse se doter de ses propres injonctions *Mareva*,¹²⁵ ordonnances *Anton Piller* et mesures de redressement *Norwich*.¹²⁶ Toutefois, compte tenu des pouvoirs judiciaires généraux consacrés à l'article 46 du Code de procédure civile,¹²⁷ les tribunaux québécois ont été dans le même sens que leurs homologues de Common law.¹²⁸ Ceci étant, il convient de signaler une différence au sujet de l'injonction interlocutoire : en vertu de l'article 755 du Code de procédure civile, des dommages-intérêts peuvent être octroyés en lien avec ces ordonnances (pour lesquelles une caution doit être donnée), mais ils ne sont pas automatiques au Québec; il faut voir si l'affaire donne lieu à la responsabilité civile, c'est-à-dire si le demandeur a été fautif dans sa demande d'injonction.¹²⁹

Le droit en matière de restitution, du moins en Common law canadienne,¹³⁰ est directement lié – moins dans ses origines que dans ses raisonnements¹³¹ – à la notion de l'enrichissement sans cause en Droit civil (un aspect déjà abordé, dans la partie I ci-dessus). Ce droit a d'abord été développé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Viger* en 1977,¹³² émanant du Québec; ce qu'on appelle également une action de in rem verso est maintenant codifié aux articles 1493-1496 du Code civil du Québec. La restitution en common law, quoique d'application plus large que l'enrichissement sans cause,¹³³ y est inextricablement liée, en plus de recouper l'idée d'intérêt de restitution (« restitution interest ») mentionnée plus tôt. Le test en trois volets de l'enrichissement injustifié en Common law au Canada – l'enrichissement du défendeur, l'appauvrissement correspondant du demandeur et l'absence de tout motif juridique à l'enrichissement – tel qu'énoncé dans l'arrêt *Pettkus c. Becker*¹³⁴ en 1980, a été calqué sur l'expérience civiliste.¹³⁵ En tout état de cause, ce domaine de droit privé est rempli d'embûches et tout juriste devrait demeurer vigilant face à un dossier de ce type s'il soit l'appréhender à partir d'une tradition juridique avec laquelle il est moins familier.

S'il y a au Canada un domaine de droit privé sans écart important entre le Droit civil et la Common law, il s'agit de la procédure civile. Un exemple suffira : les règles concernant les actes de procédure et les défenses sont très similaires en Ontario et au Québec. Les mécanismes, comme tels, peuvent être différents, comme pour les actions ordinaires, par exemple, qui sont intentées au moyen d'une déclaration (« statement of claim ») en Common law et au moyen d'une demande introductive d'instance au Québec. Il n'existe pas non plus dans la province civiliste d'équivalent à la procédure initiale de Common law (« originating application »). Les règles relatives à l'intérêt pour agir constituent un autre domaine qui, à quelques nuances près, ne posera pas problème aux juristes interpellés par un dossier émanant d'une

¹²⁴ Voir C. Gervais, *L'injonction*, 2e éd. (Cowansville : Yvon Blais, 2005).

¹²⁵ L'injonction *Mareva* est liée aux mesures provisionnelles prévues à l'article 733 du Code de procédure civile.

¹²⁶ Voir D. Ferron, M. Piché-Messier et L.A. Poitras, *L'injonction et les ordonnances Anton Piller, Mareva et Norwich* (Montréal : LexisNexis, 2009).

¹²⁷ L'article 46 du Code de procédure civile prévoit ceci : « Les tribunaux et les juges ont tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leur compétence. Ils peuvent, en tout temps et en toutes matières, tant en première instance qu'en appel, prononcer des ordonnances de sauvegarde des droits des parties, pour le temps et aux conditions qu'ils déterminent. De plus, ils peuvent, dans les affaires dont ils sont saisis, prononcer, même d'office, des injonctions ou des réprimandes, supprimer des écrits ou les déclarer calomnieux, et rendre toutes ordonnances appropriées pour pourvoir aux cas où la loi n'a pas prévu de remède spécifique. » Voir également l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 RCS 743, à la p. 763.

¹²⁸ Voir, par exemple, *Thibault c. Empire (L), compagnie d'assurance-vie*, 2012 QCCA 1748 (CanLII), par. 56.

¹²⁹ Voir C. Gervais, *op. cit.*, note 126, à la p. 96.

¹³⁰ Voir L.D. Smith et al (éd.), *The Law of Restitution in Canada – Cases, Notes, and Materials* (Toronto: Emond Montgomery, 2004).

¹³¹ Voir L. LeBel et P.-L. Le Saunier, « L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada » (2006) 47 *C. de D.* 179.

¹³² *Cie Immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.*, *supra*, note 5.

¹³³ Voir M. McInnes, « The Canadian Principle of Unjust Enrichment: Comparative Insights into the Law of Restitution » (1999) 117 *Alberta L. Rev.* 1.

¹³⁴ *Pettkus c. Becker*, *supra*, note 4.

¹³⁵ Voir L.D. Smith, *loc. cit.*, note 4.

province ancrée dans une tradition juridique différente de la leur.¹³⁶ Bien entendu, l'organisation judiciaire et la compétence des différents tribunaux varieront d'une province à l'autre (et pour ce qui est des cours fédérales), mais cela n'a rien à voir avec la dualité des traditions juridiques au Canada. Ceci étant, les avocats et plaideurs doivent impérativement s'assurer de connaître les délais de procédure applicables, lesquels peuvent varier d'une province à l'autre, et ce, quelle que soit la tradition juridique en cause.

Les questions relatives à la prescription des actions (« limitation periods »), qui sont régies au Québec par les règles de la prescription extinctive, sont abordées différemment dans les provinces de Common law. Dans celles-ci, les délais de prescription (prévus dans diverses lois sur la prescription des actions et autres textes législatifs) mettent de côté le recours, mais n'ont aucune incidence sur le droit sous-jacent à l'action; en revanche, les délais de prescription en Droit civil (généralement prévus dans le Code civil) sont de nature normative puisqu'ils mettent fin aux obligations comme telles. En Common law, un contrat d'achat ferme (« tolling agreement ») permet à une partie de renoncer à la prescription d'une action, annulant ainsi l'effet juridique du délai, ce qui n'a pas d'équivalent en Droit civil.

Deux aspects de la procédure civile et de la preuve doivent être examinés brièvement : les témoins experts et les recours collectifs. Le premier est assez simple parce qu'il n'existe pas de différence majeure entre les traditions juridiques canadiennes lorsqu'il est question de preuve par expert. L'arrêt de principe au pays, pour l'expertise à la fois au civil et au pénal, est la décision de la Cour suprême du Canada dans *R. c. Mohan*,¹³⁷ applicable au Québec,¹³⁸ avec son test en quatre volets : (a) la pertinence; (b) la nécessité d'aider le juge des faits; (c) l'absence de toute règle d'exclusion; et (d) la qualification suffisante de l'expert.¹³⁹ Dans l'arrêt *White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co.*¹⁴⁰, la Cour suprême du Canada ajoute qu'au volet de la qualification suffisante de l'expert, il faut examiner si l'expert veut ou peut s'acquitter de son obligation d'indépendance et d'impartialité. Cette obligation d'impartialité est d'ailleurs consacrée dans le nouveau Code de procédure civile (« nouveau Code ») qui n'était alors pas encore en vigueur.¹⁴¹ De surcroît, depuis l'adoption du nouveau Code, les parties doivent recourir à un témoin expert commun à moins d'obtenir l'autorisation du tribunal.¹⁴² Pour ce qui est des recours collectifs, dorénavant appelés « actions collectives » au Québec, la discussion ne s'étendra point puisque, à quelques exceptions près, les modalités et conditions d'introduction d'un recours collectif varient très peu à travers le pays¹⁴³, quoique la certification d'un recours collectif doit satisfaire à des critères plus exigeants en Common law qu'au Québec.¹⁴⁴ Par exemple, il faut démontrer qu'il s'agit du meilleur moyen pour régler des questions communes. D'autres obligations sont imposées au représentant du groupe de demandeurs, telles que celle de préparer « un plan pour l'instance qui propose une méthode efficace de faire avancer l'instance au nom du groupe et d'aviser les membres du groupe de l'instance ».¹⁴⁵ Il reste que les différences entre les diverses lois provinciales en matière de recours collectifs n'ont pas de lien avec la dichotomie droit civil/ common law.¹⁴⁶

¹³⁶ Voir *Ministre de la Justice (Can.) c. Borowski*, [1981] 2 RCS 575; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 RCS 791; *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, [2012] 2 RCS 524.

¹³⁷ *R. c. Mohan*, [1994] 2 RCS 9, par. 74-75.

¹³⁸ Pour un exemple récent, voir *Pelchat c. Zone 3 inc.*, 2013 QCCS 78 (CanLII), par. 101.

¹³⁹ Voir également au Québec, *Presse Itée (La) c. Poulin*, 20012 QCCA 2030 (CanLII).

¹⁴⁰ [2015] 2 RCS 182, par. 53.

¹⁴¹ Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25.01, art. 22.

¹⁴² *Id.*, art. 232.

¹⁴³ Trilogie des arrêts : *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, [2001] 2 RCS 534, *Hollick c. Toronto (City)*, [2001] 3 RCS 158; *Rumley c. British Columbia*, [2001] 3 RCS 184.

¹⁴⁴ Pour un recours collectif très récent au Québec, y compris l'étape de la certification, voir l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*, 2014 CSC 1 (16 janvier 2014).

¹⁴⁵ Loi de 1992 sur les recours collectifs de l'Ontario, LO 1992, c. 6, section 5(1)(e)(ii).

¹⁴⁶ Au sujet des similarités entre les lois en matière de recours collectifs d'une province ou d'un territoire canadien à l'autre, voir : C. Piché, *Fairness in Class Action Settlements* (Toronto: Carswell, 2011), à la p. 25 ff.

Règle générale, les modes alternatifs de règlement des différends sont plus élaborés et formalisés dans les provinces et territoires canadiens de Common law qu'au Québec, y compris en ce qui concerne les offres de règlement, effectuées à l'intérieur d'un cadre législatif. L'attribution des dépens au Canada est beaucoup plus généreuse à l'extérieur du Québec. Dans cette province, les dépens sont très loin des montants que les avocats de Common law ont l'habitude d'obtenir pour une partie ayant eu gain de cause (que l'indemnisation soit partielle ou totale).

Le Québec a aussi déployé des efforts pour mettre de l'avant les modes alternatifs de règlement des différends à l'occasion de sa réforme de la procédure civile. L'octroi d'une compensation pour le paiement d'honoraires professionnels est dorénavant possible pour sanctionner des manquements importants d'une partie au cours du déroulement de l'instance.¹⁴⁷ De plus, le tribunal peut faire assumer les frais de justice à la partie qui a obtenu gain de cause, ou mitiger ceux-ci, en cas de non-respect du principe de proportionnalité ou d'abus de procédures.¹⁴⁸ Les parties ont désormais l'obligation de considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux¹⁴⁹ et les pouvoirs du juge sont aussi accrus dans la mesure où il est dans leur devoir de favoriser la conciliation des parties.¹⁵⁰ Des dispositions sont également prévues afin de préciser le rôle du médiateur et d'aider le déroulement de la médiation.¹⁵¹ On peut ainsi anticiper que l'attribution des frais de justice pourrait être utilisée comme sanction à l'obligation de considérer des modes alternatifs de règlement des différends comme la négociation. Par ailleurs, il n'existe pas au Québec de réel équivalent à un jugement sommaire, lequel est très présent dans le reste du pays, comme le confirme la Cour suprême du Canada dans sa récente décision, *Hryniak c. Mauldin*.¹⁵² En revanche, le Québec est la seule province à avoir une loi contre les poursuites-bâillons (« anti-SLAPP legislation »).¹⁵³

S'agissant du droit de la preuve, en lien étroit avec les règles de procédure civile, on note une importante distinction entre le Droit civil et la Common law en ce qui concerne le processus de communication préalable. En fait, bien que l'obligation existe dans toutes les provinces et tous les territoires au pays, l'approche est fondamentalement différente au Québec, où le contrôle judiciaire est omniprésent. Par ailleurs, au lieu d'avoir à l'avance un affidavit des documents provenant de la partie adverse et se rapportant à l'ensemble de l'affaire,¹⁵⁴ un plaideur au Québec doit identifier, au moyen d'un interrogatoire préalable, les éléments de preuve que possède l'autre partie et présenter ensuite une requête pour l'obtenir, la communication préalable devenant ainsi tributaire, non seulement de la pertinence, mais surtout de la découverte d'éléments de preuve. Le nouveau Code prévoit toutefois que les objections relatives à la pertinence n'empêchent pas l'interrogatoire de se poursuivre.¹⁵⁵ Par ailleurs, le critère de pertinence est plus large, l'interrogatoire pouvant porter sur « tous les faits pertinents se rapportant au litige et aux éléments de preuve qui les soutiennent ».¹⁵⁶ On peut comprendre que la réforme de la procédure civile vise à se rapprocher de la tradition de common law en favorisant une large divulgation de la preuve et à réduire les objections sur la pertinence.¹⁵⁷ Un avocat formé dans une province de Common law doit donc être conscient du fait que le régime juridique applicable à l'obligation de divulgation dans une affaire au civil est moins

¹⁴⁷Code de procédure civile, art. 342.

¹⁴⁸Code de procédure civile, art. 340-341.

¹⁴⁹Code de procédure civile, art. 1 al. 3.

¹⁵⁰*Id.*, art. 9 al. 2

¹⁵¹*Id.*, art. 605 et ss.

¹⁵²*Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7 (23 janvier 2014).

¹⁵³*Code de procédure civile*, article 54.1-54.6 – Loi modifiant le Code de procédure civile pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics, S.Q. 2009, c. 12.

¹⁵⁴Voir J. Walker *et al.* (éd.), *The Civil Litigation Process – Cases and Materials*, 7e éd. (Toronto: Emond Montgomery, 2010), à la p. 537 ff.

¹⁵⁵Code de procédure civile, art. 228 al. 3

¹⁵⁶*Id.*, art. 221

¹⁵⁷Oliver, Éric et Atchison, Christopher, «La constitution et la communication de la preuve avant l'instruction sous le nouveau code: une étape déterminante dans le débat judiciaire», SOQUIJ, L'Express, vol. 6, no 37, 18 septembre 2015 [en ligne], p. 3.

exigeant au Québec. Pour leur part, les avocats québécois doivent savoir que dans les juridictions canadiennes de Common law, l'obligation de divulgation est continue : elle se poursuit jusqu'au procès et même pendant le procès, si d'autres documents se révèlent pertinents.¹⁵⁸

Une autre différence, plus mineure, entre les deux traditions juridiques du Canada, en ce qui concerne la procédure civile, est la règle *res judicata* ou, comme on l'appelle au Québec, la théorie de la chose jugée, prévue à l'article 168(1) du nouveau Code. Tout d'abord, la Common law établit un lien entre la règle de l'estoppel et celle de la chose jugée. Surtout, son champ d'application est plus large en Common law puisque non seulement empêche-t-elle une nouvelle action au sujet de la même affaire entre les parties, mais elle interdit également à une partie de plaider de nouveau la même question tranchée par un tribunal dans une cause d'action différente, mais qui se rapporte de façon collatérale à la même affaire.¹⁵⁹

Pour ce qui est du droit de la preuve, compte tenu de la forte influence de la Common law au Québec, les règles et pratiques prévues aux articles 2803 à 2874 du Code civil du Québec sont très similaires à leurs cousines de Common law. Comme l'a résumé le professeur Royer : « Le caractère oral, public, accusatoire et contradictoire de la procédure civile découle aussi de la mixité des origines de nos règles de preuve et d'une conception subjective et libérale du droit ».¹⁶⁰ À titre d'exemple de points communs, les règles relatives à la connaissance d'office aux articles 2806 et suivants du Code civil du Québec trouvent écho dans les provinces et territoires canadiens de Common law.¹⁶¹ En outre, toute la question du oui-dire – sous réserve de quelques exceptions où des différences sont observables – est un autre exemple où le juriste canadien se sentira à l'aise d'un océan à l'autre. D'origine jurisprudentielle en Common law, ces règles sont codifiées aux articles 2843 et 2869 à 2874 du Code civil du Québec (ainsi qu'à l'article 279 du nouveau Code).

D - Biens et sûretés

Sous un angle générique, on peut dire du droit des biens qu'il a trait aux relations entre les personnes et les objets. Toutefois, d'un point de vue juridique, cela ne veut rien dire. Qu'est-ce qu'un « bien », en effet? Une question de ce type est inhérente à toute comparaison entre le droit des biens en Common law et le droit des biens en Droit civil puisque ce champ du droit est peut-être celui où les deux traditions s'éloignent le plus l'une de l'autre. Il s'agit en outre sûrement du domaine du droit où les différences entre les épistémologies au fondement de chaque tradition sont les plus évidentes.

Les concepts fondamentaux qui seront abordés dans cette section se rapportent essentiellement à la qualification des biens, ainsi qu'aux intérêts ou aux droits les plus importants qui sont liés au droit des biens en Common law et en Droit civil. Avant d'entrer dans le vif du sujet, il convient de se pencher brièvement sur les origines du droit des biens dans ces traditions, exercice qui permettra de mettre en lumière les différences épistémologiques entre elles. Compte tenu des liens qui unissent, quoique de manière contingente, les droits des biens et des sûretés, nous aborderons ce deuxième sujet immédiatement après notre brève étude comparative des concepts fondateurs des deux droits des biens en cause. Notre étude du droit des sûretés sera encore plus minimaliste en raison de la complexité des régimes juridiques en question. Avant de poursuivre, deux avertissements sont nécessaires.

¹⁵⁸Voir L.S. Abrams et K.P. McGuinness, *Canadian Civil Procedure Law* (Toronto: LexisNexis, 2008), à la p. 692.

¹⁵⁹Voir G. Spencer Bower et A.K. Turner, *The Doctrine of Res Judicata*, 2e éd. (London: Butterworths, 1969), à la p. 9.

¹⁶⁰J.-C. Royer et S. Lavallée, *La preuve civile*, 4e éd. (Cowansville : Yvon Blais, 2008), à la p. 23.

¹⁶¹Voir A.W. Bryant, S.N. Lederman et M.K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada*, 3e éd. (Toronto: LexisNexis, 2009), à la p. 1268 ff.

Le premier avertissement est propre au Canada. Bien que la tentation d'uniformiser les lois et les modes de raisonnement soit présente partout sur la planète, il importe d'y résister avec encore plus de vigueur dans le contexte canadien, sauf indication contraire d'une loi fédérale. Cet avertissement est particulièrement pertinent dans le domaine du droit des biens en raison de la nature fondatrice de plusieurs de ses concepts; si le droit a entre autres pour but de nommer le monde qui nous entoure, ceci est d'autant plus vrai dans le domaine du droit des biens, dont les idées fondamentales irriguent plusieurs autres pans du droit privé. Les juristes canadiens – notamment ceux travaillant en droit transactionnel – doivent être conscients du risque d'importer des concepts de l'« autre » tradition juridique, particulièrement lorsqu'ils reposent sur des hypothèses bien enracinées à propos des catégories applicables dans le domaine du droit des biens.

Plus générique, le second avertissement comporte tout de même un aspect canadien en raison des deux langues officielles du pays. Il cherche à mettre en lumière les pièges linguistiques qui menacent toute étude comparative du droit des biens en contexte bijuridique. Au moins deux de ces pièges doivent être mentionnés ici. D'abord, les concepts juridiques exprimés à l'aide de termes similaires peuvent avoir un sens différent selon la tradition juridique. Même s'ils expriment des équivalents fonctionnels, les présupposés normatifs qui les inspirent pourraient être différents d'une tradition à l'autre. Par exemple, nous verrons que la propriété en Droit civil n'est pas exactement la même que la propriété en Common law, d'où l'importance d'utiliser les termes dans le bon contexte juridique. En second lieu, les juristes canadiens qui sont saisis de dossiers relevant du droit des biens ou qui doivent donner sens à des intérêts ou des droits reconnus dans ce domaine constateront que dans certains cas, le terme anglais pour exprimer un certain concept vient de l'ancien français, tel que « chose » dans « chose in action ». Pourtant, le sens normatif de « chose » dans l'expression « chose in action » du droit de Common law est différent, et beaucoup plus étroit, que le sens de chose (ou « thing » en anglais) dans le droit civiliste des biens.

* * *

Dans aucun autre domaine du droit la métaphore associant la Common law à un jardin anglais ne convient-elle mieux qu'en droit des biens. Il en va de même de celle comparant le droit civiliste des biens à un jardin français. Les différences importantes qui, sous l'angle comparatif, marquent ce domaine témoignent de la généalogie respective de chacune des deux traditions.

Le droit des biens dans la tradition de Common law tire son origine du droit anglo-normand de l'époque médiévale, tandis que le droit des biens de tradition civiliste provient du droit romain. Pour comprendre l'état actuel du droit des biens de Common law, il faut remonter à ses origines. Quant au droit civiliste des biens, bien qu'il conserve certains éléments structuraux importants émanant du droit romain, il s'est considérablement émancipé de cette source grâce à la Révolution française et aux divers projets de codification. De plus, contrairement à son équivalent en Common law, le droit civiliste des biens a clairement rompu ses liens avec le droit féodal, notamment en raison d'une conception unitaire de la propriété qui contraste singulièrement avec la doctrine des domaines (« estates ») conservée en Common law.¹⁶² En effet, l'abolition du régime de tenure féodale en France et, plus tard, au Québec¹⁶³ a ouvert la voie au retour de la théorie unifiée de la propriété dont le droit romain était porteur. Le droit des biens en Common law demeure donc beaucoup plus immédiatement redevable à ses origines médiévales que le droit civiliste des biens ne l'est à ses origines romaines.

¹⁶² L. Pfister, « Domaine, propriété, droit de propriété. Notes sur l'évolution du vocabulaire du droit français des biens », (2008) 38 *Revue générale de droit* 303, 333.

¹⁶³ Fait intéressant, un régime foncier de type féodal est demeuré au Québec jusqu'en 1854 par le truchement du droit seigneurial.

Ainsi, la structure de base du droit des biens dans la tradition de Common law est directement liée au contexte dans lequel elle a été élaborée.¹⁶⁴ La *summa divisio* établie entre les biens réels et les biens personnels s'est faite au Moyen Âge par suite de l'obligation imposée aux demandeurs de s'assurer que leur demande pouvait répondre aux exigences de l'une ou l'autre des deux catégories d'actions qui étaient alors reconnues, soit les actions réelles et personnelles. Les actions réelles permettaient alors à un demandeur dépossédé d'un bien de le récupérer, tandis que les actions personnelles permettaient uniquement à un demandeur d'obtenir une compensation monétaire plutôt que la restitution du bien lui-même. Les types de biens que l'on pouvait obtenir ou retourner au moyen d'actions réelles sont devenus des « biens réels », une catégorie qui ne comprenait à l'époque que le domaine héréditaire (« estate of inheritance »). Tous les autres types de biens que l'on pouvait obtenir au moyen d'actions personnelles sont devenus des « biens personnels ». Les biens personnels étaient appelés des « chatels » en raison de la très grande importance du bétail dans l'avoir des demandeurs éventuels. Par conséquent, lorsqu'il est nécessaire de qualifier les biens dans la tradition de Common law, il faut bien sûr faire référence à la jurisprudence, mais les sources historiques des deux principaux types de biens demeurent aussi des facteurs pertinents puisqu'elles pourraient influencer sur la manière de qualifier un bien en particulier. C'est autour de cette distinction fondatrice que le droit des biens de Common law a évolué au fil des siècles. Pourtant, il a dû s'adapter à la transition vers une économie libérale¹⁶⁵, l'equity ayant joué un rôle important à cet égard en complétant la common law.

Même si le droit des biens dans la tradition civiliste demeure également redevable à ses origines romaines,¹⁶⁶ la codification a fait en sorte que les références aux origines de la tradition sont devenues moins fréquentes. Même s'ils conservent souvent leur étymologie romaine, l'étendue et le contenu des concepts de base du droit civiliste des biens ont évolué. Tel est le cas de la distinction cruciale entre les biens immeubles et les biens meubles qui, à l'époque romaine, ne s'appliquait qu'aux biens matériels et non aux droits, mais dont la portée fut plus tard élargie.¹⁶⁷ De plus, le projet normatif dont est porteuse la codification présuppose une stabilisation conceptuelle des catégories juridiques qui, sans empêcher leur évolution, la limite néanmoins.

Cela dit, qu'est-ce qu'un bien? La tradition de Common law répond à cette question en mettant l'accent sur les différents types de droits qu'une personne peut exercer; elle se préoccupe peu des « choses », mais plutôt des droits sur ces choses. Ainsi, se rattache à un bien un faisceau ou un ensemble¹⁶⁸ de droits¹⁶⁹ qui font partie de l'avoir d'une personne et dont la durée peut varier selon leur nature.¹⁷⁰ Autrement dit, le droit des biens de Common law ne s'intéresse pas tant aux objets des droits de propriété, mais plutôt aux règles qui régissent l'identification, l'acquisition et l'exercice de ces droits. Ce qu'il faut noter du point de vue civiliste est l'absence en Common law d'une définition officielle et prédéterminée de ce qu'est un bien.¹⁷¹ Ceci contraste vivement avec l'approche civiliste qui consacre, elle, une telle définition. Au Québec, l'article 899 du Code

¹⁶⁴ Voir sur ces questions l'exposé de Gérard Snow dans : *Les biens. Généralités – biens personnels* (Brussels et Cowansville : Bruylant et Éditions Yvon Blais, 1998), p. 18-20, dont ce paragraphe s'inspire.

¹⁶⁵ A.-F. Debruche, « Les biens », dans : L. Bélanger-Hardy et A. Grenon (éd.), *op. cit.*, note 41, p. 101, 102.

¹⁶⁶ Ainsi, dans la catégorisation des biens, les biens sans propriétaire, tels que les animaux sauvages, sont des *res nullius* (art. 934 du Code civil du Québec), des biens abandonnés sont des *res derelictae* (art. 934) et des biens communs dont l'appropriation est peu probable sont des *res communes* (art. 931 du Code civil du Québec).

¹⁶⁷ D. Vincelette, « Biens meubles et immeubles en droit civil du Québec » dans : L. Bélanger-Hardy et A. Grenon, *Éléments de common law et aperçu comparatif du droit civil québécois* (Scarborough : Carswell, 1997), p. 457, 458.

¹⁶⁸ Voir : *Stewart c. La Reine*, [1988] 1 RSC 963, 975.

¹⁶⁹ La notion de droits peut se qualifier comme désignant « generically and indiscriminately to denote any sort of legal advantage, whether claim, privilege, power or immunity. » Voir : W.N. Hohfeld, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning », (1917) 26 *Yale L.J.* 710, 717. Sur la métaphore du « faisceau de droits », voir : N. Kasirer, « The Common Core of European Private Law in Boxes and Bundles », (2002) 10 *European Review of Private Law* 417.

¹⁷⁰ Voir la formulation classique dans *Walsingham's Case*, (1563) 2 Plowd 547, 555 : « The land itself is one thing, and the estate in the land is another thing, for an estate in the land is a time in the land, or land for a time, and there are diversities of estates which are no more than diversities of time, for he who has a fee simple in land has a time in the land without end or the land for time without end. »

¹⁷¹ Ceci n'empêche pas l'existence de définitions législatives d'un bien aux fins de l'application de lois particulières.

civil prévoit ainsi que les « biens, tant corporels qu'incorporels, se divisent en immeubles et en meubles ». Plusieurs précisions quant à la nature des biens immeubles et meubles découlent de cette définition initiale et nous y reviendrons ci-dessous. Il suffira de dire pour l'instant que les biens en Droit civil québécois ne concernent pas que les biens matériels ou corporels; les biens incorporels, tels que les droits sur des choses (droits réels) ou les droits ayant une valeur économique que l'on peut exercer contre d'autres personnes¹⁷² (droits personnels), sont également reconnus comme étant des biens. On qualifie de « droits patrimoniaux » ces deux types de droits (le patrimoine étant l'équivalent civiliste de l'actif (« assets ») et du passif (« liabilities ») en Common law¹⁷³), par opposition aux « droits extrapatrimoniaux », tels que les droits d'une personne à la vie ou à son image¹⁷⁴ ou à l'autorité parentale,¹⁷⁵ qui sont qualifiés d'incessibles.¹⁷⁶ Par ailleurs, certaines choses ne sont pas susceptibles d'appropriation,¹⁷⁷ telles que des choses communes (*res communes*), par exemple de l'eau ou de l'air,¹⁷⁸ ou des biens de l'État,¹⁷⁹ elles sont donc considérées comme étant « hors commerce ».¹⁸⁰

Comme nous pouvons le constater, le droit des biens dans la tradition civiliste est étroitement lié à la notion de « patrimoine » dont toute personne est titulaire.¹⁸¹ Inversement, aucun patrimoine ne peut, en principe, être considéré comme autonome, sans être lié à une personne.¹⁸² Puisque les biens meubles et immeubles sont intégrés dans le patrimoine d'une personne, nous pouvons conclure que les biens se rapportent dans la tradition civiliste à des choses ou des droits ayant une certaine valeur économique.

Nous avons déjà évoqué la *summa divisio* établie en Common law entre les biens réels et personnels et celle posée dans la tradition civiliste entre les biens immeubles et meubles. Bien qu'il puisse y avoir un certain chevauchement entre les biens réels et personnels de la Common law, d'une part, et les biens immeubles et meubles du Droit civil, d'autre part, il serait hasardeux de présumer que ce chevauchement se produit systématiquement. Alors qu'est-ce que les biens réels et personnels englobent dans la tradition de Common law?

Et à quoi se rapportent les biens meubles et immeubles dans la tradition civiliste? Les biens réels en Common law englobent essentiellement les « héritages corporels » (tels que les biens-fonds) et les « héritages incorporels » (tels que les servitudes (« easements »)). Les biens personnels englobent pour leur part deux types de chatels différents, soit les chatels réels (tels que les domaines à bail) et les chatels personnels, qui peuvent être corporels et dénommés « choses possessoires » (tels que du mobilier) ou incorporels et dénommés « choses non possessoires » (tels que des actions d'une société). Les biens personnels se rapportent à tous les biens que l'on ne peut qualifier de biens réels; ils constituent ainsi une sorte de catégorie résiduelle.¹⁸³ Comme dans le cas des biens réels, on peut faire des distinctions plus

¹⁷² R.A. Macdonald et J.E.C. Brierley (éd.), *op. cit.*, note 25, p. 266.

¹⁷³ Ils ont été définis comme étant « un ensemble de droits et de charges, actuels et futurs, dans lequel les droits répondent des charges. » Voir : J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 3e éd., (Paris : L.G.D.J., 1990), no 197, p. 155.

¹⁷⁴ Voir : *Aubry c. Éditions Vice-Versa*, [1998] 1 RCS 591.

¹⁷⁵ Art. 600 du Code civil du Québec.

¹⁷⁶ Art. 3 du Code civil du Québec.

¹⁷⁷ Art. 913 du Code civil du Québec.

¹⁷⁸ Voir toutefois l'exception à l'article 913, paragraphe 2, du Code civil du Québec concernant l'eau et l'air qui ne sont pas destinés à une utilité publique.

¹⁷⁹ Art. 916-919 du Code civil du Québec.

¹⁸⁰ Art. 2876 du Code civil du Québec.

¹⁸¹ Art. 2 du Code civil du Québec.

¹⁸² Ce lien entre la personnalité juridique et le patrimoine explique également, du moins en partie, pourquoi la tradition de Droit civil a eu tant de mal à trouver un équivalent fonctionnel au *trust* en Common law puisque le *trust* en tant que *trust* peut être perçu comme une certaine forme de patrimoine, mais ne peut être perçu comme une personne. Voir toutefois la section E ci-dessous qui explique comment le Code civil du Québec contourne maintenant ce problème à l'aide de sa fiducie.

¹⁸³ *Tucker c. Farms and General Investment Trust Ltd.*, [1966] 2 Q.B. 412 (C.A.).

subtiles. De plus, les chatels peuvent dans certains cas devenir des biens réels, par exemple, lorsqu'ils sont liés au bien-fonds et sont alors considérés comme des accessoires fixes.

La manière civiliste d'aborder les biens est à prime abord plus simple; en tout cas, elle paraît plus cartésienne. Tel que mentionné, le Code civil prévoit deux types de biens, soit les meubles et immeubles.¹⁸⁴ Les biens immeubles comprennent les fonds de terre et les constructions et ouvrages à caractère permanent qui s'y trouvent, les végétaux et minéraux s'ils ne sont pas extraits du fonds,¹⁸⁵ les meubles incorporés dans un immeuble et perdant leur individualité pour faire partie intégrante de cet immeuble,¹⁸⁶ les meubles qui sont matériellement et de façon permanente attachés à un immeuble sans perdre leur individualité tant qu'ils y restent¹⁸⁷ et les « droits réels qui portent sur des immeubles, les actions qui tendent à les faire valoir et celles qui visent à obtenir la possession d'un immeuble ».¹⁸⁸ Quant aux biens meubles, ils comprennent les « choses qui peuvent se transporter, soit qu'elles se meuvent elles-mêmes, soit qu'il faille une force étrangère pour les déplacer ».¹⁸⁹ La loi peut réputer meubles certains biens; tel est par exemple le cas des « ondes ou l'énergie maîtrisées par l'être humain et mises à son service ».¹⁹⁰ En outre, et de manière très importante, les meubles forment une catégorie résiduelle : tous les biens ne pouvant être qualifiés d'immeubles sont des meubles.¹⁹¹

Les juristes canadiens risquent d'être étonnés par l'ampleur des différences épistémologiques et conceptuelles qui existent entre les catégories des biens en Common law et en Droit civil, lesquelles n'ont été abordées que très sommairement dans les deux paragraphes qui précèdent. Par conséquent, ils doivent à tout prix éviter d'importer dans une autre tradition juridique leur façon originelle d'appréhender la qualification des biens, inspirée qu'elle risque d'être par le droit de leur territoire ou province d'origine.

Maintenant que nous avons résumé les grandes lignes de ce que l'on entend par le concept de « bien » dans les deux traditions juridiques auxquelles nous nous intéressons, voyons les types de droits ou d'intérêts particuliers que les personnes peuvent avoir sur ces biens. Dans la tradition de Common law, trois principales sortes de relations entre les personnes et les choses se sont manifestées au fil des siècles : la possession, la propriété et les grèvements.¹⁹² Dans la tradition civiliste, l'article 911 du Code civil du Québec, paragraphe 1, prévoit qu'« on peut, à l'égard d'un bien, être titulaire, seul ou avec d'autres, d'un droit de propriété ou d'un autre droit réel, ou encore être possesseur du bien ».¹⁹³

La possession représente donc un point commun entre les deux traditions. En Common law, il s'agit vraisemblablement de la notion la plus importante puisque la possession y constitue le type de titre le plus fondamental.¹⁹⁴ Cette tradition fait une distinction entre la possession de fait et la possession de droit; la première désigne simplement le fait matériel de posséder, tandis que la seconde se rapporte à la reconnaissance juridique de cette possession, de laquelle peut découler un droit à la possession. Le critère principal qui sert à déterminer la possession utile (et à la faire reconnaître juridiquement) est le contrôle

¹⁸⁴ À propos des biens en Droit civil, voir de façon générale l'ouvrage classique de P.-C. Lafond, *Précis de droit des biens* (Montréal : Thémis, 2007).

¹⁸⁵ Art. 900 du Code civil du Québec.

¹⁸⁶ Art. 901 du Code civil du Québec.

¹⁸⁷ Art. 903 du Code civil du Québec.

¹⁸⁸ Art. 904 du Code civil du Québec.

¹⁸⁹ Art. 905 du Code civil du Québec.

¹⁹⁰ Art. 906 du Code civil du Québec.

¹⁹¹ Art. 907 du Code civil du Québec.

¹⁹² G. Snow, *op. cit.*, note 157, p. 6.

¹⁹³ Art. 911 du Code civil du Québec. Le second paragraphe de cet article pose qu'« on peut aussi être détenteur ou administrateur du bien d'autrui, ou être fiduciaire d'un bien affecté à une fin particulière ». Nous aborderons ces questions lorsque nous examinerons le droit comparé des fiducies et des *trusts*.

¹⁹⁴ G. Snow, *op. cit.*, note 157, p. 7.

réel, lequel est évalué en tenant compte de nombreux facteurs contextuels tels que le niveau réel de contrôle exercé sur une chose et, surtout, l'intention d'exclure un possesseur concurrent.¹⁹⁵ Cela met en lumière le fait que la possession de droit dans la tradition de Common law est relative en ce sens qu'elle permet de reconnaître un droit qui est plus important que les droits concurrents. Un voleur pourrait être légalement en possession d'une chose qu'il a volée malgré l'illégalité de son acte, mais son droit sera de moindre importance que celui que pourrait revendiquer la personne de qui il l'a volée. Par conséquent, c'est cette victime du vol qui pourrait revendiquer un droit à la possession et voir sa demande accueillie par le tribunal.¹⁹⁶ La possession est donc relative en ce qu'elle peut être saisie comme supposant différents niveaux hiérarchiques, de la possession de fait au droit à la possession.¹⁹⁷ Bien que l'on puisse voir ici ce qui distingue la possession de la propriété, laquelle est opposable aux tiers plutôt que simplement relative,¹⁹⁸ la possession et la propriété demeurent étroitement liées.

La possession en Droit civil n'est pas radicalement différente de la possession en Common law en ce qui a trait aux résultats, mais la structure du raisonnement diffère. La possession est définie comme « l'exercice de fait, par soi-même ou par l'intermédiaire d'une autre personne qui détient le bien, d'un droit réel dont on se veut titulaire ».¹⁹⁹ Le fait d'exercer un contrôle sur ce bien constitue le corpus, tandis que l'intention de revendiquer des droits sur lui (et le comportement qui s'y rattache) constitue l'*animus*.²⁰⁰ L'*animus* est un équivalent fonctionnel de la nécessité reconnue en Common law d'avoir l'intention d'exclure les possesseurs concurrents.²⁰¹ Pour que la possession produise des effets en vertu de la loi, elle doit être paisible, continue, publique et non équivoque,²⁰² la simple tolérance, de la part du propriétaire, à l'égard de la détention d'une chose par une autre personne étant insuffisante pour fonder la possession.²⁰³ Il est important de noter qu'une présomption *juris tantum* indique qu'un possesseur détient le droit réel qu'il prétend exercer,²⁰⁴ en tenant compte du fait que « la possession rend le possesseur titulaire du droit réel qu'il exerce s'il se conforme aux règles de la prescription. »²⁰⁵ Par conséquent, bien que la possession constitue d'abord et avant tout un fait dans la tradition civiliste, elle peut mener à l'acquisition d'un droit de propriété. Le régime civiliste de la possession fait en outre une distinction très importante entre le possesseur de bonne foi et celui de mauvaise foi. On considère qu'un possesseur agit de bonne foi « si, au début de sa possession, il est justifié de se croire titulaire du droit réel qu'il exerce. Sa bonne foi cesse du jour où l'absence de titre ou les vices de sa possession ou de son titre lui sont dénoncés par une procédure civile ».²⁰⁶ Une des conséquences de la possession de mauvaise foi est que le possesseur, n'ayant pas droit aux revenus qu'il pourrait tirer de la chose qu'il possède, doit remettre ces revenus si l'on exige qu'il le fasse.²⁰⁷ Selon l'exemple évoqué précédemment, un voleur, étant un possesseur de mauvaise foi, ne pourrait invoquer les effets de la possession²⁰⁸ et ne pourrait jamais être

¹⁹⁵ Voir, entre autres : B. Ziff, *Principles of Property Law*, 5e éd. (Toronto : Carswell, 2010), p. 118.

¹⁹⁶ Nous tirons cet exemple de G. Snow, *op. cit.*, note 157, p. 8.

¹⁹⁷ A.H. Oosterhoff et W.B. Rayner, *Anger and Honsberger Law of Real Property*, 2e éd. , vol. 2 (Aurora: Canada Law Book, 1985), p. 1404.

¹⁹⁸ G. Snow, *op. cit.*, note 157, p. 11.

¹⁹⁹ Art. 921 du Code civil du Québec

²⁰⁰ Voir : G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 8e éd. (Paris : Presses Universitaires de France, 2007), *sub nomine* « possession », p. 695-696.

²⁰¹ Y. Emerich, « De quelques invariables de la possession : la possession transsystémique », (2011) 113 *Revue du Notariat* 299, p. 308.

²⁰² Art. 922 du Code civil du Québec.

²⁰³ Art. 924 du Code civil du Québec.

²⁰⁴ Art. 928 du Code civil du Québec.

²⁰⁵ Art. 930 du Code civil du Québec.

²⁰⁶ Art. 932 du Code civil du Québec.

²⁰⁷ Art. 931 du Code civil du Québec.

²⁰⁸ Art. 927 du Code civil du Québec.

investi du droit réel qu'il prétendait exercer.²⁰⁹ Malgré des canevas de raisonnement différents, le statut juridique de ce voleur serait donc à peu près le même, au final, en Common law et en Droit civil. En dernier lieu, bien que la possession et la propriété demeurent distinctes du point de vue conceptuel dans les deux traditions, il faut noter que la propriété peut être acquise par prescription acquisitive (selon la tradition civiliste) ou par possession adversative (selon la tradition de Common Law), auquel cas la possession doit précéder la propriété.

Ceci étant dit, comment ces traditions conçoivent-elles la propriété? Dans la tradition de Common law, la propriété n'est pas définie officiellement, mais l'on peut néanmoins en cerner les contours.²¹⁰ Ainsi, le droit de propriété suppose généralement le droit de posséder le bien que l'on possède, le droit de l'utiliser et d'en tirer des revenus, de même que le droit de s'en défaire. De plus, le droit de propriété, généralement de durée indéterminée, est résiduel en ce que le propriétaire finit par récupérer l'ensemble du bien lorsque tous les autres droits relativement à ce bien sont éteints. Ce qui était un droit de propriété relatif devient alors un droit de propriété « absolu » (sous réserve de diverses restrictions légales). La propriété unique ou concurrente est également possible. La propriété concurrente peut prendre la forme d'une copropriété, mais peut également se manifester lorsque divers « domaines » (« estates ») coexistent en regard du même bien. Penchons-nous maintenant brièvement sur la genèse d'un tel système.

Appréhender la notion de propriété en Common law exige de remonter dans le temps et d'examiner ce qui s'est produit après la conquête de l'Angleterre par les Normands. Guillaume le Conquérant s'est déclaré propriétaire unique des terres et s'est mis à allouer des « tenures » sur des parcelles de terrain aux seigneurs qui reconnaissaient son autorité. La doctrine des tenures a été élaborée au fil des siècles pour « qualifier la qualité de la possession » dont les tenants bénéficiaient.²¹¹ Les terrains ont été alloués à ces tenants et leurs héritiers. Dans un tel contexte, le « domaine » est devenu un objet d'héritage. Essentiellement, la doctrine des domaines présuppose l'attribution par la Couronne, qui détient le titre absolu, de droits distincts sur le même terrain à différentes personnes pour des périodes de temps différentes. Par exemple, une personne détenant le fief simple relativement au terrain – ce qui représente l'intérêt propriétaire le plus proche de la propriété absolue – jouit du faisceau le plus vaste possible de droits ; les détenteurs de domaines viagers, de domaines à bail ou de domaines conditionnels jouissent de moins de droits, généralement pour des périodes de temps plus courtes. Cette liste n'est pas exhaustive; il existe de nombreuses sous-catégories. Ceci étant, l'influence soutenue de la doctrine des domaines explique pourquoi l'on ne trouve en pratique aucun droit réel absolu (sauf, peut-être pour la Couronne en ce qui a trait au domaine public) dans la tradition de Common law. Ce relativisme contraste avec l'absolutisme qui caractérise, du moins en principe, le droit des biens dans la tradition civiliste. Rappelons enfin que les intérêts qu'une personne peut avoir relativement à un bien peuvent être fondés soit en common law ou en equity.

La propriété civiliste est fondée sur des postulats différents. L'article 947 du Code civil du Québec la définit comme suit : « La propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien, sous réserve des limites et des conditions d'exercice fixées par la loi. Elle est susceptible de modalités et de démembrements. » La structure conceptuelle de la propriété civiliste provient directement de la distinction que fait le droit romain entre *usus*, *fructus* et *abusus*. L'*usus* se rapporte au droit d'utiliser le bien, le *fructus* désigne le droit de jouir des revenus ou de percevoir les fruits de ce bien et l'*abusus* se réfère au droit de disposer du bien. Le propriétaire a tous ces droits. La propriété est donc le plus important droit réel

²⁰⁹ Art. 928 du Code civil du Québec.

²¹⁰ Nous faisons encore une fois appel à G. Snow, *op. cit.* note 157, p. 11-12.

²¹¹ A. Boudreau-Ouellet, « Les biens personnels et réels », dans : L. Bélanger-Hardy et A. Grenon (eds.), *op. cit.*, note 160, p. 415, 437.

que l'on puisse avoir relativement à des choses puisqu'elle confère un droit absolu et direct d'utiliser et de disposer de ces choses. Elle révèle l'influence du concept romain de *dominium* (c.-à-d. la souveraineté sur des choses au regard desquelles aucun autre droit n'est supérieur). Surtout, des droits multiples de propriété sur une seule chose ne peuvent coexister, ce qui se situe à l'opposé de la Common law qui reconnaît la possibilité d'une multiplicité d'intérêts propriétaires simultanés sur un même bien. C'est ce qui explique que l'on qualifie d'unitaire la conception civiliste de la propriété. Toutefois, il faut nuancer cette perception absolutiste. Il existe en effet plusieurs circonstances où la jouissance de son bien peut causer des effets externes négatifs pour d'autres, ce que le droit tente de prévenir ou de compenser. En plus de l'interdiction générale d'exercer un droit de manière excessive ou déraisonnable,²¹² le Code civil du Québec pose plusieurs règles qui tempèrent l'absolutisme du droit de propriété. Prenons comme exemples l'expropriation faite suivant la loi pour une cause d'utilité publique,²¹³ les limites imposées aux troubles de voisinage²¹⁴ ou les droits de passage.²¹⁵ On dit également que la propriété est « exclusive » parce qu'elle présuppose la capacité d'exclure tous les autres de la chose que l'on possède, la relation « primordiale » étant en ce sens celle du propriétaire unique avec la chose dont il est propriétaire.²¹⁶ En dernier lieu, le droit de propriété revêt un caractère fondateur en ce que tous les principaux autres droits réels en constituent en quelque sorte des émanations. Comme le soulignent Macdonald et Brierley, ces droits sont en effets appréhendés tantôt comme des modifications du droit de propriété, tantôt comme des droits en quelque sorte « ciselés » à partir de la matrice originelle qu'offre le droit de propriété.²¹⁷ Les modes de propriété, tels que la copropriété²¹⁸ ou la propriété superficière²¹⁹, et les démembrements du droit de propriété (usufruit, usage, servitude et emphytéose)²²⁰ sont en effet inconcevables sans faire référence aux fondements conceptuels du droit de propriété. Par exemple, l'usufruit confère les droits d'utiliser le bien (*usus*) et d'en percevoir les revenus (*fructus*). Toutefois, le titulaire de l'usufruit n'a pas le droit de disposer du bien (*abusus*), ce droit appartenant au nu-propriétaire qui, lorsque l'usufruit prend fin, récupère tous les droits réels sur la propriété. La tradition de Common law ferait appel à la doctrine des domaines pour créer une situation équivalente.

²¹² Art. 7 du Code civil du Québec. La tradition de Common law a toujours hésité à accepter la notion d'un abus de droit, d'abord parce que les doctrines telles que la nuisance, l'ordre public (« public policy »), la contrainte et d'autres recourent dans une certaine mesure les préoccupations auxquelles l'abus de droit s'intéresse; en second lieu, parce que l'idée même qu'on puisse abuser d'un droit, souvent conceptualisé comme étant une réclamation valide, est considérée comme un oxymore. Pour une ouverture théorique à cette doctrine, voir toutefois : E. Weinrib, « Two Conceptions of Remedies », dans : C. E.F. Rickett, *Justifying Private Law Remedies* (Oxford & Portland, OR: Hart Publishing, 2008), p. 3, 29-30. Pour une étude générale sur les enjeux de la doctrine de l'abus de droits dans un contexte de common law, voir : J.-F. Gaudreault-DesBiens et N. Karazivan, « The 'Public' and the 'Private' in the Common Law and Civil Law Traditions and the Regulation of Religion », dans : S. Ferrari et S. Pastorelli (éd.), *Religion in Public Spaces. A European Perspective* (Farnham, U.K.: Ashgate, 2012), p. 93, 107-109.

²¹³ Art. 952 du Code civil du Québec.

²¹⁴ Art. 976 du Code civil du Québec. Voir : *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, [2008] 3 RCS 392.

²¹⁵ Art. 997 du Code civil du Québec.

²¹⁶ R.A. Macdonald et J.E.C. Brierley, *op. cit.*, note 25, p. 273.

²¹⁷ *Id.*, p. 272. Il est très important de comprendre que contrairement aux « droits personnels » (droits *in personam* qui permettent à leur titulaire d'exiger quelque chose d'autrui et qui sont relatifs) et sous réserve de certaines exceptions (voir, entre autres, les articles 2674 et 2732 du Code civil du Québec) et des règles concernant la publicité des droits (article 2934 du Code civil du Québec), les « droits réels » (droits *in rem*) sont opposables à tous – d'où leur universalité – et entraînent généralement un droit de suite du bien, ainsi qu'un droit de préférence sur d'autres titulaires de droits. Exceptionnellement, certains droits peuvent être qualifiés de « mixtes », tels que le droit du locataire de demeurer dans son logement. Voir : D.-C. Lamontagne, « Distinction des biens, domaine, possession et droit de propriété », dans : *La réforme du Code civil. Personnes, successions, biens* (Québec : Presses de l'Université Laval, 1993), p. 467, 480. Il est également important de noter que la position doctrinale dominante est celle voulant que la liste de droits réels énumérés dans le Code civil soit exhaustive.

²¹⁸ Art. 1010 du Code civil du Québec.

²¹⁹ Art. 1110 du Code civil du Québec.

²²⁰ Art. 1119 du Code civil du Québec.

Une autre question à se poser est de savoir comment un bien peut être acquis. À cet égard, les traditions de Common law et de Droit civil ne sont pas si éloignées l'une de l'autre. Selon l'article 916 du Code civil du Québec, un bien peut être acquis par succession, par occupation, par prescription, par accession et par tout autre mode prévu par la loi (par exemple, par expropriation ou par contrat). En Common law, un titre primitif peut être obtenu par occupation, par accession ou par invention, tandis qu'un titre dérivé peut être obtenu en vertu de la loi ou par un acte volontaire (tel qu'un contrat). La possession adversative est un autre moyen d'obtenir des droits sur un bien et constitue un équivalent fonctionnel à la prescription acquisitive civiliste. En outre, les deux traditions prévoient des systèmes de publicité et d'inscription des droits, lesquels suivent généralement les principales catégories des biens, des droits et des intérêts applicables.

Nous avons évoqué plus tôt les démembrements du droit de propriété civiliste. Cela nous donne l'occasion de mentionner brièvement une troisième catégorie importante de bien en Common law, autre que la propriété et la possession, soit la catégorie du « grèvement » (« encumbrance »). Un grèvement désigne pour l'essentiel un droit réel qu'une personne peut exercer à l'égard du bien d'une autre personne. Rattachés à un bien-fonds, les grèvements ne sont pas éteints si le bien auquel ils sont liés est vendu ou aliéné. Si l'on fait abstraction du douaire, qui grève le domaine héréditaire d'un époux décédé au profit de sa veuve, les deux autres principaux types de grèvements sont les servitudes et les sûretés réelles.²²¹ Les servitudes (« easements ») de Common law correspondent assez étroitement aux servitudes civilistes. Quant aux sûretés réelles, elles peuvent prendre plusieurs formes; elles serviront de point de départ à notre étude comparative des sûretés en Common law et en Droit civil, étude dont les ambitions sont éminemment modestes.

* * *

Les sûretés visent essentiellement à protéger les créanciers, une fonction extrêmement importante dans toute économie capitaliste. Elles jouent à cet égard un rôle clé dans le domaine des transactions commerciales. Dans les traditions de Common law et de Droit civil, le régime juridique des sûretés a dû s'adapter à l'évolution d'une telle économie. Dans cette optique, même si les prémisses du droit des biens, telles qu'exprimées dans le jus commune de chaque tradition, demeurent peut-être encore pertinentes à certains égards, des interventions législatives particulières ont apporté des modifications considérables au régime juridique régissant les sûretés. Ces interventions, qui se sont produites au cours des dernières décennies autant dans les provinces et territoires de Common law qu'au Québec, ont procédé d'une volonté de rationalisation des règles applicables aux sûretés. Il est donc essentiel que les juristes canadiens se renseignent sur le régime législatif applicable. Ils remarqueront que malgré des différences conceptuelles et méthodologiques persistantes – le Droit civil ayant tendance, comme on peut s'y attendre, à privilégier une approche conceptuelle et la Common law, une approche plus fonctionnelle²²² – le droit des sûretés dans les traditions de Droit civil et de Common law converge de plus en plus.²²³

Commençons par les sûretés dans les provinces et territoires de Common law, qui sont traditionnellement regroupées en sûretés dites « réelles » et en sûretés dites « personnelles ». Pour l'essentiel, la sûreté réelle est une charge grevant un bien en particulier qui accorde au créancier un droit de suite sur ce bien en plus d'un droit de préséance sur les autres créanciers si le bien est vendu. Au contraire, les sûretés personnelles ne confèrent pas à elles seules un droit direct à un bien en particulier; elles sont fondées sur l'engagement personnel du débiteur de rembourser le créancier. Comme nous le verrons plus loin, la tradition civiliste reconnaît une distinction équivalente sur le plan fonctionnel. Une sûreté réelle peut être constituée sur un chatel ou bien personnel, ou sur un bien-fonds ou bien réel.

²²¹Toutes les sûretés réelles n'entrent pas dans la catégorie des grèvements (G. Snow, *op. cit.*, note 157, p. 45).

²²²Voir, par exemple : R.C.C. Cuming, C. Walsh et R.J. Wood, *Personal Property Security Act* (Toronto: Irwin Law, 2005), p. 5.

²²³À ce sujet, voir de façon générale : Y. Emerich, « La nature juridique des sûretés réelles en droit civil et en *common law* : une question de tradition juridique ? », (2010) 44 *Revue juridique Thémis* 95.

L'archétype de la sûreté réelle sur un bien réel (ou sûreté immobilière) dans la tradition de Common law est l'hypothèque (« mortgage »), dont l'acception contemporaine découle autant de la common law que de l'*equity*. Bien qu'il n'existe pas de définition unique de l'hypothèque, surtout dans un environnement plurijuridictionnel comme l'est le Canada de Common law,²²⁴ il est quand même possible de cerner les contours de l'hypothèque de Common law : « Dans une transaction hypothécaire, (...) le créancier hypothécaire prend et accepte le titre de propriété et devient, dans le cas d'un créancier hypothécaire de premier rang, le propriétaire du titre en common law. Quant au débiteur hypothécaire, il a un droit de rachat et peut reprendre le bien une fois le prêt remboursé ».²²⁵ Ce droit de rachat est fondé sur l'*equity*. Une hypothèque dite « en *equity* » peut se présenter dans certains cas, notamment lorsqu'une deuxième hypothèque est accordée pour un bien déjà hypothéqué ou lorsque la constitution d'une hypothèque en Common law est non conforme, mais que la cour peut quand même discerner « une intention, ayant force exécutoire, de créer une sûreté pour le compte du créancier hypothécaire (...) ».²²⁶ Des hypothèques d'origine législative (ou des charges) peuvent également être créées; dans de telles situations, l'hypothèque ainsi créée n'entraîne pas un transfert de titre au créancier hypothécaire.²²⁷

Bien que l'hypothèque en Common law soit souvent assimilée, notamment pour cause d'homonymie dans leur appellation française, à l'hypothèque civiliste, les juristes canadiens doivent bien saisir les limites d'une telle assimilation. Par exemple, ne serait-ce qu'en raison du transfert du titre en common law au créancier hypothécaire, l'hypothèque de Common law est bien différente de son homologue civiliste. En outre, les juristes ayant reçu leur formation en contexte civiliste doivent éviter de ne s'en tenir qu'au modèle archétypal décrit plus haut; ils doivent au contraire étudier en profondeur comment les sûretés immobilières sont réellement constituées dans le Canada de Common law, ce qui devrait les inciter à s'intéresser aux différences juridiques possibles entre les provinces ou les territoires. Si une province a conservé le système traditionnel d'enregistrement des actes, a adopté le régime Torrens ou a plutôt établi un système mixte inspiré de ces deux systèmes d'enregistrement, des conséquences juridiques différentes vont découler de ces choix.²²⁸ Les juristes québécois qui s'installeraient dans une province ou un territoire de Common law, si une telle chose était permise, devraient donc être au fait de ces différences et faire toutes les vérifications qui s'imposent.

Quant aux sûretés mobilières, les provinces et territoires de Common law ont tous adopté des lois sur les sûretés mobilières (« Personal Property Security Acts »).²²⁹ Pour l'essentiel, le régime établi en vertu de ces lois est fondé sur un concept unitaire, la « sûreté » (« security interest »). Ce régime a affranchi le droit des sûretés des préceptes du droit des biens et des différents intérêts reconnus par ce dernier, notamment en s'assurant que le débiteur demeure propriétaire du bien grevé par une sûreté au sens de la loi.²³⁰ Comme nous le verrons, « l'hypothèque » sur les biens meubles ou immeubles en vertu du Code civil du Québec va dans le même sens. Il existe pourtant des différences non négligeables entre les régimes mis en place par les lois sur les sûretés mobilières dans les provinces et territoires de Common law et celui

²²⁴ Voir : J.E. Roach, *The Canadian Law of Mortgage*, 2e éd. (Toronto : LexisNexis, 2010), p. 3.

²²⁵ *Id.*, p. 6. Notre traduction de « In a mortgage transaction, (...), the mortgagee [i.e. the creditor] takes and accepts title to the property and becomes, in the case of the first mortgagee, the owner of the legal title. (...) The mortgagor, on the other hand, has a right of redemption and may claim back the property upon payment of the loan ».

²²⁶ *Swiss Bank v. Lloyds Bank*, [1982] A.C. 584, 594. Notre traduction de : « a binding intention to create a security in favour of the mortgagee (...) ».

²²⁷ J.E. Roach, *op. cit.*, note 217, p. 9.

²²⁸ Voir de façon générale : Y. Emerich, *loc. cit.*, note 216, par. 96-100.

²²⁹ Par exemple, en vertu de la Loi sur les sûretés mobilières de l'Ontario, LRO 1990, c. P-10, art. 1, un « bien meuble » est un « acte mobilier, titre, objet, effet, bien immatériel, argent et bien de placement. S'entend en outre des accessoires fixes, à l'exclusion des matériaux de construction fixés aux biens immeubles. » Par principe, la Loi ne s'applique pas « à la constitution ou à la cession d'un intérêt sur un bien immeuble, y compris une hypothèque, une charge ou un bail, à l'exception (i) d'un intérêt sur un accessoire fixe ou (ii) d'une cession de la créance découlant d'une hypothèque, d'une charge ou d'un bail, si la cession n'a pas pour effet de céder l'intérêt du cédant sur le bien immeuble. » (art. 4(1)e))

²³⁰ R.C.C. Cuming, C. Walsh et R.J. Wood, *op. cit.*, note 215, p. 5.

établi par le Code civil concernant les biens meubles; ces différences ont principalement trait à la forme des sûretés, à leur publicité et à leurs conditions d'opposabilité – une exigence commune qui se concrétise toutefois différemment à certains égards –, aux conséquences si la sûreté n'est pas publiée ou opposable, au moment de l'enregistrement et aux règles d'application.²³¹ De plus, malgré une philosophie commune et de nombreuses similarités entre les différentes lois provinciales sur les sûretés mobilières, des différences subsistent tout de même entre elles, ce que nul juriste canadien ne devrait ignorer.

Voici maintenant un aperçu de la situation au Québec. Il faut d'abord noter que l'article 2644 du Code civil stipule comme règle générale que « [l]es biens du débiteur sont affectés à l'exécution de ses obligations et constituent le gage commun de ses créanciers ». Tenant compte de cela, le Droit civil québécois reconnaît deux types de sûretés, personnelles et réelles. Les sûretés réelles donnent aux créanciers la possibilité d'exécuter directement leur sûreté sur un bien particulier – ils s'agit alors d'un *jus in rem* – tandis que les sûretés personnelles ne donnent pas cette possibilité. Le cautionnement est l'exemple parfait d'une sûreté personnelle : dans une entente de ce type, une personne s'engage envers le créancier à exécuter l'obligation du débiteur de ce dernier si ce débiteur ne le fait pas lui-même²³². La tradition de Common law connaît un équivalent fonctionnel. Quant aux sûretés réelles, le Code civil du Québec en consacre deux types différents : les hypothèques et les créances prioritaires.

Les hypothèques sont des droits réels accessoires. L'article 2660 du Code civil du Québec définit l'hypothèque comme étant « un droit réel sur un bien, meuble ou immeuble, affecté à l'exécution d'une obligation » et l'article 2661 précise qu'une hypothèque « n'est qu'un accessoire et ne vaut qu'autant que l'obligation dont elle garantit l'exécution subsiste ». Comme on peut le constater, les hypothèques peuvent maintenant grever autant des biens meubles que des biens immeubles, ce qui n'était pas le cas selon l'ancien Code civil du Bas Canada. Les réformes mises en place par le Code civil du Québec ont à cet égard élargi la portée du concept d'hypothèque, afin que le régime provincial des sûretés soit, avec les créances prioritaires, aussi flexible que celui existant dans les provinces et territoires de Common law, et ce, malgré les contraintes plus lourdes que faisait peser la conception civiliste unitaire du droit de propriété. Par conséquent, les hypothèques peuvent maintenant grever des biens corporels et incorporels, ainsi que des biens particuliers ou tous les biens compris dans une universalité.²³³ Elles peuvent s'appliquer à tous les biens existants ou futurs.²³⁴ Les droits que confère une hypothèque au créancier sont « le droit de suivre le bien en quelques mains qu'il soit, de le prendre en possession ou en paiement, de le vendre ou de le faire vendre et d'être alors préféré sur le produit de cette vente suivant le rang fixé dans le [Code civil] ». ²³⁵ Il est également important de savoir que l'enregistrement d'une hypothèque relativement à un bien n'a pas pour effet de transférer au créancier le droit de propriété sur ce bien, contrairement aux hypothèques (« mortgages ») de common law.²³⁶ De plus, lorsqu'une hypothèque grève un bien immeuble, elle doit « à peine de nullité absolue, être constituée par acte notarié en minute ». ²³⁷ Les hypothèques mobilières ne

²³¹ Pour un excellent résumé des ressemblances et des différences entre les régimes civilistes et de Common law, voir : *id.*, pp. 47-56.

²³² Art. 2333 du Code civil du Québec.

²³³ Art. 2666 du Code civil du Québec.

²³⁴ Art. 2670 du Code civil du Québec.

²³⁵ Art. 2660 du Code civil du Québec.

²³⁶ Toutefois, d'autres mécanismes juridiques, qui ne se qualifient pas comme des sûretés à proprement parler puisqu'ils ne constituent ni des hypothèques ni des créances prioritaires, permettent aux créanciers de se réserver la propriété d'un bien jusqu'au paiement complet par le débiteur. Tel est le cas, entre autres, de la vente à tempérament (art. 1745 du Code civil du Québec), de la vente avec faculté de rachat (art. 1750 du Code civil du Québec) et du crédit-bail (art. 1842 du Code civil du Québec). Dans les provinces et territoires de Common law, ces types de mécanismes constitueraient à première vue des « sûretés réelles » en vertu de la Loi sur les sûretés mobilières.

²³⁷ Art. 2693 du Code civil du Québec.

sont pas assujetties à cette exigence, mais elles doivent être constituées par écrit.²³⁸ Lorsqu'ils participent à des transactions qui concernent des biens immeubles, les juristes des provinces de common law doivent donc être conscients du rôle que jouent les notaires au Québec.²³⁹

Quant à elles, les créances prioritaires désignent une créance « à laquelle la loi attache, en faveur d'un créancier, le droit d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires, (...) ». ²⁴⁰ En principe, les créances prioritaires ne sont pas des droits réels puisqu'elles accordent uniquement une préférence personnelle à l'égard du paiement d'une créance, sans droit de suite sur le bien ». ²⁴¹

* * *

Nous avons évoqué certaines des caractéristiques et différences les plus importantes du droit des biens et des sûretés en Common law et en Droit civil, telles que ces traditions s'expriment au Canada. Nous insistons encore une fois sur le fait qu'ayant dû faire des choix, d'autres caractéristiques auraient pu être abordées. Nous avons toutefois résisté à la tentation de le faire en raison de la portée limitée du présent texte. Il reste que tel que nous pouvons le constater, malgré plusieurs convergences de type philosophique, d'importantes différences conceptuelles et méthodologiques subsistent entre les deux traditions étudiées. Nous espérons néanmoins avoir sensibilisé les juristes canadiens à la complexité du droit dans ces domaines. Cette complexité, qui s'ajoute à la nature éminemment technique de nombreuses règles (que dans le meilleur des cas, nous n'avons fait qu'effleurer), devrait certainement les inciter à faire preuve de la plus grande prudence lorsqu'ils évoluent dans ces champs du droit.

E - Fiducies et trusts

Selon l'historien du droit Frederic Maitland, le trust représente la plus importante contribution de l'Angleterre à la pensée juridique.²⁴² Grâce à la souplesse qui le caractérise et la créativité qu'il rend possible, le *trust* s'est avérée un outil juridique très polyvalent, étant utilisée dans de nombreux contextes, notamment pour structurer des planifications successorales ou des transactions commerciales. Les États civilistes ont longtemps eu du mal à saisir cette institution juridique particulière compte tenu des contraintes posées par la structure conceptuelle de leur droit et son épistémologie propre. Malgré cela, certains sont parvenus à trouver des solutions de rechange intéressantes.²⁴³ En raison de son intégration dans une fédération dominée par la tradition de Common law, le Québec n'a pu faire autrement que de jouer un rôle de leader à cet égard, en intégrant d'abord la notion de « fiducie » dans le Code civil du Bas-Canada, sans toutefois trop se préoccuper de la correspondance entre cette institution et les concepts fondamentaux du droit civil local.²⁴⁴ Lorsque le Québec a procédé à la réforme de son Code civil, il est allé plus loin et a utilisé toutes les ressources conceptuelles que la tradition civiliste avait à offrir pour élaborer une solution de rechange

²³⁸ Art. 2696 du Code civil du Québec.

²³⁹ Voir : Loi sur le notariat, *supra*, note 50.

²⁴⁰ Art. 2650 du Code civil du Québec.

²⁴¹ Certaines créances prioritaires peuvent exceptionnellement constituer des droits réels, telles que les créances prioritaires des municipalités ou des commissions scolaires. Voir l'article 2654.1 du Code civil du Québec.

²⁴² F.W. Maitland, « The Unincorporate Body », dans : H.A.L. Fisher (éd.) *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, vol. 3 (Cambridge: Cambridge University Press, 1911), p. 271, 272.

²⁴³ Voir : M. Cantin-Cumyn, « Reflections regarding the diversity of ways in which the trust has been received or adapted in civil law countries », dans : L. Smith (éd.), *Reimagining the Trust. Trusts in Civil Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), p. 6.

²⁴⁴ Voir : art. 981a-981n de l'ancien Code civil du Bas-Canada. Les biens en fiducie détenus par le fiduciaire en vertu de ce régime avaient été associés à une forme de propriété *sui generis* (*Royal Trust Co. c. Tucker*, [1982] 1 RCS 250), mais cette qualification n'a pas été reprise dans le Code civil du Québec.

qui pourrait reproduire le *trust* de Common law le plus fidèlement possible sans toutefois sacrifier la cohérence interne de son droit civil. Le législateur au Québec a encore une fois employé la notion de « fiducie » pour atteindre cet objectif, encore que le Code civil utilise le mot « trust » dans sa version anglaise.²⁴⁵ Nous utiliserons d'ailleurs dans la suite du texte principalement le mot « fiducie » pour désigner aussi bien le *trust* de common law que la fiducie de droit civil, à charge par nos lecteurs de prêter attention aux contextes pour ne pas confondre les deux. Ainsi, nous examinerons les caractéristiques essentielles du droit des fiducies, d'abord sous l'angle de la tradition de Common law, ensuite sous celui du Droit civil. Enfin, nous soulignerons les principales différences entre les deux.

Le droit des fiducies en Common law est apparu dans la foulée du développement de l'*equity*, qui a mené à la reconnaissance de la distinction entre le détenteur du titre de propriété en common law et le détenteur de la propriété en *equity*. En résumé, une fiducie existe lorsqu'une personne (le fiduciaire) en qualité de fiduciaire détient des biens pour le compte d'une autre personne (le bénéficiaire) ou à des fins particulières, le fiduciaire étant chargé de préserver ces biens et de les rentabiliser si possible. Bien que le fiduciaire soit le propriétaire en droit (selon la common law) des biens en fiducie, le bénéficiaire en est le propriétaire en *equity*. Comme l'observe Waters, cette séparation protège le bénéficiaire en cas de faillite du fiduciaire.²⁴⁶ Nous verrons plus loin que cette séparation particulière à l'égard de la propriété ne va pas sans poser quelques défis conceptuels d'un point de vue civiliste.

La tradition de la Common law reconnaît trois grandes catégories de fiducies, distinctes l'une de l'autre en raison de leur mode de constitution.²⁴⁷ La première catégorie de fiducie est celle des fiducies expresses, lesquelles sont créées par un acte volontaire de la part d'un constituant (ou fiduciaire), que ce soit un contrat, un testament, un don ou une déclaration.²⁴⁸ Une fiducie expresse peut être constituée pour une personne, c'est-à-dire un bénéficiaire, ou à une fin particulière, qui peut être caritative ou publique, d'une part, ou privée, d'autre part. Une deuxième sorte de fiducie englobe celles dont l'existence est reconnue par les tribunaux. Il s'agit de fiducies « par déduction » lorsque, par exemple, la cour est saisie d'une fiducie expresse qui n'est pas valide ou qui est incomplète, ce qui lui permet alors d'en combler les vides en faisant référence à l'intention présumée du constituant. D'autre part, on fera référence aux fiducies « par interprétation » lorsque, par exemple, il est établi qu'une relation fiduciaire existe entre les parties ou lorsqu'une personne se comporte en fiduciaire malgré le fait qu'elle n'a pas été nommée pour assumer cette fonction,²⁴⁹ la cour exerçant alors ses pouvoirs discrétionnaires en *equity* pour déterminer qu'il y a une fiducie. La portée possible des fiducies par interprétation peut être très grande : « au nom de la conscience, l'application de la fiducie par interprétation est reconnue au Canada tant pour sanctionner des conduites fautives tels la fraude et le manquement à un devoir de loyauté que pour remédier à l'enrichissement sans cause et à un appauvrissement correspondant ».²⁵⁰ La troisième et dernière sorte de fiducie englobe celles qui résultent de dispositions législatives particulières.

²⁴⁵ Nous suivons ainsi : M. Cantin-Cumyn, *loc. cit.*, note 236.

²⁴⁶ D.W.M. Waters, M.R. Gillen et L.D. Smith, *Waters' Law of Trusts in Canada*, 4e éd. (Scarborough: Carswell, 2012), p. 1419.

²⁴⁷ Pour cette liste, nous faisons référence à A. Grenon, « La fiducie », dans : L. Bélanger-Hardy et A. Grenon (éd.), *op. cit.*, note 41, p.198-200.

²⁴⁸ La déclaration est utilisée par un constituant qui veut se nommer unilatéralement à titre de fiduciaire unique. Une telle déclaration unilatérale et une telle nomination à titre de fiduciaire unique sont difficiles à comprendre en droit au Québec : art. 1275 du Code civil du Québec. Voir : J. Beaulne, *Droit des fiducies*, 2e éd. (Montréal : Wilson et Lafleur, 2005), p. 9; D.W.M. Waters, M.R. Gillen et L.D. Smith, *op. cit.*, note 239, p. 1433.

²⁴⁹ À propos des diverses utilisations des fiducies par interprétation, voir entre autres : *Pettkus c. Becker*, *supra*, note 4; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd*, [1989] 2 RCS 574.

²⁵⁰ *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 RCS 217, par. 43.

Tel que mentionné, le Code civil du Québec a établi, utilisant également la notion de fiducie, un cadre qui est à peu près équivalent, sans être identique, à celui qui existe en droit des fiducies dans le Canada de Common law. L'article 1260 du Code civil du Québec définit la fiducie comme résultant « d'un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer ». L'article 1261 stipule ensuite que « [l]e patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel ». Autrement dit, un constituant qui établit une fiducie peut uniquement exercer un droit personnel, plutôt que réel, sur les biens détenus en fiducie. Puisque la propriété est un droit réel, la question suivante se pose : qui est le propriétaire, pour ainsi dire, de ces biens? Pour y répondre, il faut d'abord rappeler que la tradition civiliste, adoptant une conception unitaire de la propriété, ne connaît pas la différence entre la common law et l'*equity*. Le partage des droits de propriété entre les titres en common law et en *equity*, tel qu'il existe dans les juridictions de Common law, est donc impossible. Dans le droit civil québécois, ni le constituant ni le fiduciaire ou même le bénéficiaire ne peut être qualifié de « propriétaire » des biens fiduciaires, la loi faisant plutôt appel à la notion de « patrimoine d'affectation ».²⁵¹

Pour astucieux qu'il soit, l'usage de cette notion ne va pas sans poser certains problèmes. D'abord, il marque une rupture avec la conception unitaire de la propriété civiliste.²⁵² Comme le soulignent Waters, Gillen et Smith, en affirmant, « comme le fait la common law à propos du fiduciaire, qu'une personne est propriétaire d'une chose sans pouvoir en bénéficier, on risque de créer une contradiction d'un point de vue civiliste. »²⁵³ En second lieu, si l'on fait appel à la notion de patrimoine d'affectation, cela laisse entendre qu'on rompt les liens entre la personnalité juridique et un patrimoine qui est conceptualisé comme étant indivisible en théorie. Rappelons ici que le patrimoine englobe tout l'actif et le passif, actuel et futur, d'une personne et que les biens d'une personne constituent « le gage commun de ses créanciers ».²⁵⁴ Par conséquent, en posant que le patrimoine est indivisible, on protège les créanciers contre toute tentative par leur débiteur de soustraire ses biens de leur « gage commun ». Pourtant, le législateur québécois a expressément reconnu la possibilité d'exceptions au principe de l'indivisibilité du patrimoine en déclarant que « celui-ci peut faire l'objet d'une division ou d'une affectation, mais dans la seule mesure prévue par la loi ».²⁵⁵ La fiducie est l'une de ces exceptions²⁵⁶. Les biens fiduciaires n'ont donc aucun propriétaire à proprement parler.²⁵⁷ Le fiduciaire peut néanmoins exercer des pouvoirs de portée générale « afférents au patrimoine » et « les titres relatifs aux biens qui [composent le patrimoine] sont établis à son nom »²⁵⁸, et ce, malgré le fait qu'il ne soit pas le propriétaire de ces biens. Dans l'exercice de ses fonctions, le fiduciaire « agit à titre d'administrateur du bien d'autrui chargé de la pleine administration ».²⁵⁹ Surtout, pour qu'une

²⁵¹ Voir, de façon générale : J.E.C. Brierley, « De certains patrimoines d'affectation. Les articles 1256-1298 », dans : *La réforme du Code civil. Personnes, successions, biens* (Sainte-Foy : Presses de l'Université Laval, 1993), p. 735.

²⁵² Pour une réflexion sur la propriété, le patrimoine et les évolutions découlant du Code civil du Québec, voir : R.A. Macdonald, « Reconceiving the Symbols of Property: Universalities, Interests and Other Heresies », (1994) 39 *McGill L.J.* 761.

²⁵³ D.W.M. Waters, M.R. Gillen et L.D. Smith, *op. cit.*, note 239, p. 1417.

²⁵⁴ Art. 2644 du Code civil du Québec.

²⁵⁵ Art. 2, par. 2, du Code civil du Québec. Pour des analyses des rapports entre les cadres conceptuels de la fiducie et de la propriété, voir : M. Naccarato, « La fiducie : réflexion sur la réception judiciaire d'un nouveau code », (2007) 48 *C. de D.* 505; Y. Emerich, « La fiducie civiliste : modalité ou intermédiaire à la propriété », (2013) 58 *McGill L.J.* 827.

²⁵⁶ En fait, la fiducie est le seul patrimoine d'affectation évident qui est actuellement reconnu par le Code, avec les fondations créées par l'usage de la notion de fiducie. Les experts dans le domaine se posent la question de savoir si les patrimoines d'affectation peuvent être reconnus en tant que véhicules juridiques autres que la fiducie, tels que les sociétés contractuelles. Voir : J. Beaulne, *op. cit.*, note 241, p. 37.

²⁵⁷ D.W.M. Waters, M.R. Gillen et L.D. Smith, *op. cit.*, note 239, p. 1421.

²⁵⁸ Art. 1278 du Code civil du Québec.

²⁵⁹ *Id.* Ceci rend le Titre septième du Code civil (art. 1299) applicable, lorsqu'il y a lieu, à l'administration par le fiduciaire des biens qu'il détient en fiducie. À propos de cette administration, voir : M. Cantin-Cumyn, *L'administration du bien d'autrui* (Cowansville : Éditions Yvon Blais, 2000).

fiducie puisse exister, il doit y avoir un véritable patrimoine d'affectation composé de biens auxquels le constituant a renoncé et qu'il ne peut pas contrôler.²⁶⁰

Une autre différence importante entre le *trust* et la fiducie se rapporte au critère selon lequel on les caractérise. À la différence de la Common law, qui met l'accent sur les modes de constitution d'un *trust*, le Code civil du Québec classifie plutôt les fiducies selon l'objet qu'elles visent.²⁶¹ L'article 1266, par. 1, pose comme principe que les « fiducies sont constituées à des fins personnelles, ou à des fins d'utilité privée ou sociale ». Les fiducies civilistes et les *trusts* en common law se chevauchent à certains égards. Par exemple, les fiducies expresses d'intérêt privé reconnues par la Common law recoupent en principe les fiducies civilistes personnelles²⁶² et d'utilité privée²⁶³. Il reste que ces ressemblances ne permettent pas d'occulter les différences possibles entre la portée des divers types de fiducies de common law ou de droit civil. On peut prendre comme exemple la fiducie d'intérêt privé de Common law (également connue comme étant une fiducie non caritative) qui, même si elle se rapproche de la fiducie civiliste constituée à titre onéreux²⁶⁴, a une portée plus restreinte que cette dernière qui pourrait, elle, être utilisée à des fins commerciales.²⁶⁵ Dans le même ordre d'idées, la fiducie d'utilité sociale de Droit civil²⁶⁶ a également une plus grande portée que son équivalent de Common law, la fiducie caritative.²⁶⁷ Il faut également mentionner que les fiducies civilistes d'utilité privée ou sociale peuvent être perpétuelles.²⁶⁸

Les modes de constitution des fiducies civilistes ou de Common law présentent à la fois des ressemblances et des différences. Rappelons que l'article 1262 du Code civil du Québec pose comme principe qu'une fiducie « est établie par contrat, à titre onéreux ou gratuit, par testament ou, dans certains cas, par la loi. Elle peut aussi, lorsque la loi l'autorise, être établie par jugement. » On peut conclure de cette disposition que les fiducies expresses, tel qu'on les nomme en Common law, existent dans les deux traditions. Toutefois, contrairement à la situation prévalant dans les juridictions de Common law, les fiducies reconnues en justice sont uniquement possibles au Québec « lorsque la loi l'autorise »²⁶⁹, c'est-à-dire conformément à une disposition expresse d'un texte législatif quelconque.²⁷⁰ Les *trusts* par déduction et par interprétation ne connaissent en ce sens aucun équivalent en tant que tels au Québec.²⁷¹ Le texte de l'article 1262 du Code civil du Québec limite ainsi clairement le pouvoir dont disposent les tribunaux au Québec d'établir des fiducies. Il faut donc faire appel, au Québec, à d'autres outils juridiques pour régler des problèmes qui, dans une province

²⁶⁰ *Banque de la Nouvelle-Écosse c. Thibault*, [2004] 1 RCS 758. Pourtant, « the settlor and his heirs, like the beneficiary, have standing to supervise the administration of the trust. » Voir : D.W.M. Waters, M.R. Gillen et L.D. Smith, *op. cit.*, note 239, p. 1438. Voir : art. 1287, 1290-1291 du Code civil du Québec.

²⁶¹ Art. 1266 du Code civil du Québec; A. Grenon, *loc. cit.*, note 240, p. 199; J. Beaulne, *op. cit.*, note 241, p. 9.

²⁶² Art. 1267 du Code civil du Québec.

²⁶³ Art. 1268 du Code civil du Québec.

²⁶⁴ Art. 1269 du Code civil du Québec.

²⁶⁵ A. Grenon, *loc. cit.*, note 240, p. 221; J. Beaulne, *op. cit.*, note 241, p. 79. Il faut noter qu'une fiducie constituée à titre onéreux peut garantir l'exécution d'une obligation (art. 1263). Ceci établit clairement, s'il y a lieu, que la fiducie au Québec peut servir de garantie, ce qui est évidemment très important dans le domaine du commerce.

²⁶⁶ Art. 1270 du Code civil du Québec.

²⁶⁷ A. Grenon, *loc. cit.*, note 240, p. 212. La formulation de l'article 1270 du Code civil du Québec semble en effet appuyer l'interprétation du professeur Grenon : « La fiducie d'utilité sociale est celle qui est constituée dans un but d'intérêt général, notamment à caractère culturel, éducatif, philanthropique, religieux ou scientifique. Elle n'a pas pour objet essentiel de réaliser un bénéfice ni d'exploiter une entreprise. »

²⁶⁸ Art. 1273 du Code civil du Québec.

²⁶⁹ Art. 1262 du Code civil du Québec.

²⁷⁰ Voir, par exemple, l'article 591 du Code civil du Québec (qui permet à un tribunal d'ordonner, si nécessaire, la constitution d'une fiducie destinée à garantir le paiement d'une pension alimentaire dans le contexte du droit de la famille).

²⁷¹ A. Grenon, *loc. cit.*, note 240, p. 234.

de Common law, pourraient l'être en faisant appel aux fiducies par déduction ou par interprétation. Un exemple d'une telle solution de rechange pourrait être l'enrichissement sans cause.²⁷² Il est donc essentiel de bien situer les trusts de Common law et les fiducies civilistes dans le cadre conceptuel plus vaste de leur tradition juridique afin de bien saisir comment ils interagissent avec les autres concepts et instruments juridiques.²⁷³

Notre brève étude de certaines questions intéressant les *trusts* en Common law et les fiducies civilistes révèle que même si les solutions aux problèmes sont parfois semblables d'une tradition à l'autre, la façon d'y arriver peut souvent être nettement différente. Ces ressemblances, dans la mesure où elles sont susceptibles de contribuer à tronquer l'analyse juridique, représentent en ce sens des obstacles que les juristes doivent éviter. Compte tenu également que le régime de la fiducie au Québec a été mis en place parce que l'on voulait créer un régime servant des fins équivalentes à celui des *trusts* de Common law, mais qui respecterait le cadre conceptuel de la tradition civiliste, il importe de se montrer prudent lorsqu'on fait appel à des précédents de Common law pour interpréter des règles de Droit civil.²⁷⁴ Inversement, les juristes du Québec doivent éviter de faire appel aux préconceptions que leur inspire leur connaissance du droit civiliste des fiducies si, d'aventure, ils ont à appréhender une question qui concerne le droit des *trusts* dans une province ou un territoire de Common law.

F - Droit de a famille

L'étendue du droit de la famille est très vaste, englobant toutes les règles régissant les relations entre conjoints, ainsi qu'entre les parents et leurs enfants. Bien sûr, nous savons que même si le mariage et le divorce sont de compétence fédérale – étant ainsi à peu près semblable partout au pays – la plupart des questions sont réglementées par des lois qui non seulement sont propres à chaque province ou territoire, mais sont aussi fort différentes au Québec comparativement au reste du Canada. Dans ce qui suit, seules les principales distinctions entre les systèmes juridiques du pays seront signalées. Il ne sera donc pas question du mariage en soi, ou de la séparation et du divorce, sauf en ce qui concerne trois dimensions, exposées brièvement ci-après. D'abord, la Loi sur le mariage civil,²⁷⁵ adoptée en 2005, définit le mariage comme étant « l'union légitime de deux personnes, à l'exclusion de toute autre personne », permettant ainsi l'union des couples de même sexe, ce que la Cour suprême du Canada avait validé l'année précédente.²⁷⁶ Cette victoire pour le droit à l'égalité sans discrimination a eu le même impact au Québec, juridiction par ailleurs où les droits et obligations en matière familiale s'étendent aussi à l'homoparentalité. En second lieu, s'agissant des Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, elles ne s'appliquent pas au Québec qui a établi ses propres règles et tableaux pour calculer les pensions alimentaires pour enfants; les règles québécoises sont toutefois assez semblables à celles du fédéral.²⁷⁷ En ce qui a trait aux Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux, la Cour d'appel du Québec²⁷⁸

²⁷² Id., p. 235.

²⁷³ Dans la tradition de Common law, on peut ainsi penser aux notions de contrat, de mandat (« agency »), d'acte de dépôt (« bailment »), de pouvoir d'agir au nom d'une autre personne ou de relation fiduciaire. Voir : A. Grenon, loc. cit., note 240, p. 191-194. À propos de l'importance de la dynamique contractualiste en Common law, voir : J.H. Langbein, « The Contractarian Basis of the Law of Trusts », (1995) 105 Yale L.J. 625. Dans la tradition civiliste, on peut penser à l'usufruit, à la substitution, à la fondation ou à l'enrichissement sans cause. Voir : D.W.M. Waters, M.R. Gillen et L.D. Smith, op. cit., note 239, p. 1422-1427 et 1435.

²⁷⁴ J. Beaulne, op. cit., note 241, p. 8, 48, 62.

²⁷⁵ Loi sur le mariage civil, LC 2005, c. 33.

²⁷⁶ Voir le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 RCS 698.

²⁷⁷ Fondés sur le Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants, édicté initialement par décret 484-97, 1997 G.O. II, 2117 et 2605 (modifié par la suite), adopté conformément aux articles 587.1 à 587.3 du Code civil du Québec et aux articles 825.8 à 825.14 du Code de procédure civile – voir la Loi modifiant le Code civil du Québec et le Code de procédure civile relativement à la fixation des pensions alimentaires pour enfants, L.Q. 1996, ch. 68. Ceux-ci ont été jugés non discriminatoires et, ainsi, valides par la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Droit de la famille* – 139.2013 QCCA 15.

²⁷⁸ Voir *G.V. c. C.G.*, [2006] R.J.Q. 1519.

a mis en doute leur applicabilité, sans toutefois les rejeter en principe; c'est pourquoi elles ne sont pas généralement utilisées par les tribunaux au Québec et rarement dans le cadre de négociations ou de médiations. Enfin, le Québec a édicté une loi sur les unions civiles en 2002 : une nouvelle institution applicable autant pour les personnes de même sexe que celles de sexe différent, qui prévoit des obligations et des droits conjugaux à peu près semblables à ceux accordés aux personnes mariées.²⁷⁹

Les différences les plus importantes en droit de la famille entre les deux traditions juridiques au Canada sont liées au statut fondamentalement différent de la cohabitation hors mariage, qu'on appelle aussi les conjoints de fait ou en anglais « common law couples ». L'affaire très médiatisée, connue sous le nom de *Lola c. Eric* – formellement *Québec (Procureur général) c. A.*²⁸⁰ – a confirmé qu'en cas de rupture de ce type de relation, tant le régime de pension alimentaire pour époux que la protection des biens matrimoniaux (que nous aborderons ci-dessous) étaient inapplicables aux membres de tels couples. Toutes les provinces et tous les territoires de Common law ont adopté des lois prévoyant des obligations alimentaires pour les conjoints non mariés, s'appliquant après une période donnée de vie commune; certaines de ces provinces (telles que la Colombie-Britannique) ont également étendu aux conjoints de fait « their regimes for the division of family property or the equalization of its value »²⁸¹. Tout cela contraste grandement avec la situation québécoise, puisque seuls les conjoints mariés ou en union civile y ont des droits et obligations en vertu du Code civil du Québec; la validité de cette asymétrie en droit a été maintenue par le plus haut tribunal du pays le 25 janvier 2013, bien que par une très faible majorité.²⁸² Ceci étant, deux autres points doivent être relevés : l'union de fait au Québec emporte néanmoins des conséquences juridiques puisque, à l'instar de plusieurs lois fédérales, un bon nombre de lois provinciales (fiscales, sociales) traitent tous les conjoints, mariés ou non, exactement de la même façon. De plus, la majorité dans l'arrêt *Lola c. Eric* précise clairement, en insistant sur la liberté de choix et l'autonomie individuelle,²⁸³ que les conjoints non mariés peuvent – et devraient, à vrai dire – conclure un accord de cohabitation (pension alimentaire, partage des biens). Cela constitue, au Québec, le seul véritable moyen de se protéger contre les possibles conséquences inéquitables découlant de la dissolution d'une union de fait.

Cette donne soulève la question de l'applicabilité de la notion d'enrichissement sans cause en contexte d'union de fait. L'arrêt de principe, émanant de la Cour suprême du Canada, est *Kerr c. Baranow*.²⁸⁴ Ici aussi, la portée restreinte de ce texte ne nous permet pas d'entrer dans les détails du droit applicable; aussi nous limiterons-nous à une seule remarque. Outil par excellence s'agissant d'atténuer les conséquences injustes découlant de la rupture d'une union de fait, les fiducies par interprétation développées dans les juridictions de common law au pays²⁸⁵ (abordées dans une section précédente) pouvaient-elles, dans leur esprit, être implantées au Québec d'une manière qui respecte

²⁷⁹Voir les articles 521.1 à 521.19 du Code civil du Québec – Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation, L.Q. 2002, ch. 6. Mentionnons qu'il existe quelques nuances entre le mariage et l'union civile en ce qui concerne l'âge minimum requis et les moyens de dissolution : voir A. Roy, « Le droit de la famille – Une décennie d'effervescence législative » (2003) 105 *Revue du Notariat* 215, à la p. 220-227.

²⁸⁰*Québec (Procureur général) c. A.*, [2013] 1 RCS 61.

²⁸¹R. Leckey, « Developments in Family Law: The 2012-2013 Term » (2014) 64 *Supreme Ct. L. Rev. (2d)* 241.

²⁸²Le partage égal 4-4, sur la base de la section 15 et de l'article 1 de la Charte canadienne des droits et libertés, a été tranché par la juge en chef McLachlin, qui s'est rangée du côté de la justification de l'atteinte aux droits à l'égalité dans des motifs distincts.

²⁸³Voir A. Roy, « L'évolution de la politique législative de l'union de fait au Québec – Analyse de l'approche autonomiste du législateur québécois sous l'éclairage du droit comparé » (2012) *C.P. du notariat* 235.

²⁸⁴*Kerr c. Baranow*, [2011] 2 RCS 269. Voir également M. McInnes, « Cohabitation, Trusts and Unjust Enrichment in the Supreme Court of Canada » (2011) 127 *Law Quarterly Rev.* 339.

²⁸⁵Depuis l'arrêt célèbre de la Cour suprême du Canada dans *Pettkus c. Becker*, *supra*, note 4.

les fondamentaux de tradition civiliste? Bien que les cours du Québec aient longtemps hésité à faire usage des règles de droit privé pour remédier aux répercussions économiques de la rupture de l'union de fait,²⁸⁶ la tendance actuelle est d'accepter la jurisprudence de l'arrêt *Kerr c. Baranow*.²⁸⁷

En plus de ses régimes matrimoniaux élaborés, le droit de la famille au Québec fait appel à la notion de résidence familiale : « celle où les membres de la famille habitent lorsqu'ils exercent leurs principales activités » (article 395 du Code civil du Québec). Il s'agit d'une expression technique qui emporte des conséquences juridiques différentes de celles du « domicile conjugal » ou du « foyer matrimonial ». Ainsi, les articles 401 à 413 du Code civil du Québec prévoient des règles relatives à la déclaration de résidence familiale et limitant le droit de l'aliéner ou de la grever de droits, ainsi que des règles en cas de rupture qui octroient, entre autres, des droits au conjoint ayant obtenu la garde des enfants de rester dans la résidence familiale et d'en faire usage. Des restrictions importantes existent aussi quant à ce qu'un conjoint propriétaire du bien, en totalité ou en partie, peut faire avec ce bien lorsque le mariage ou l'union civile prend fin. Unique au Québec, une autre notion, celle du patrimoine familial, est d'application automatique (bien qu'il y ait déjà eu une période de renonciation²⁸⁸), en vertu des articles 414 à 426 du Code civil du Québec. Selon ce régime, applicable aux couples mariés comme aux couples en union civile, la valeur calculée de certains biens « est divisée à parts égales, entre les époux ou entre l'époux survivant et les héritiers, selon le cas » (article 416 du Code civil du Québec). Pour résumer, le patrimoine familial inclut les résidences (principale et secondaire), l'ameublement des maisons, tous les véhicules motorisés de la famille, ainsi que les prestations d'un régime de retraite (de l'État ou privé) accumulées durant la relation. Les protections de la résidence familiale et du patrimoine familial sont impératives, celles-ci n'étant nullement tributaires du régime matrimonial (ou de l'union civile) d'une personne.

À ce sujet, la réalité des régimes matrimoniaux est une autre particularité du droit de la famille au Québec, les provinces et territoires de Common law faisant plutôt appel aux contrats de mariage prescrits par la loi. En prenant comme exemple l'Ontario, la première province à avoir instauré un tel régime législatif, la partie IV de la Loi sur le droit de la famille de 1986²⁸⁹ (« Contrats familiaux ») régit les contrats de mariage et les accords de cohabitation, ainsi que les accords de séparation. S'appuyant sur la notion d'autonomie contractuelle, la loi permet aux conjoints de se dégager des droits et obligations qui autrement s'appliqueraient conformément à la Loi sur le droit de la famille.²⁹⁰ L'on reconnaît clairement ici l'essence des accords pré-nuptiaux, bien connus en Common law. Il faut noter toutefois que les tribunaux dans ces juridictions peuvent être appelés à examiner de tels contrats et peuvent notamment les résilier pour cause d'iniquité,²⁹¹ bien qu'une certaine retenue judiciaire prévale en la matière.²⁹² Au Québec, les contrats de mariage devant notaire sont devenus de moins en moins fréquents au fil des ans en raison de la popularité du régime matrimonial de la société d'acquêts, en plus du fait que de nombreuses questions concernant les

²⁸⁶ R. Leckey, « Unjust Enrichment and *De Facto* Spouses » (2012) 114 *Revue du Notariat* 475, à la p. 477.

²⁸⁷ Voir l'affaire devant la Cour d'appel du Québec : *Droit de la famille – 132495*, 2013 QCCA 15876 (CanLII), par. 55. Cette affaire est controversée au Québec puisque plusieurs experts considèrent qu'il est inacceptable de permettre une telle greffe d'un concept étranger. Voir également A. Lakhdar, « Après l'affaire *Lola c. Éric*, quelles sont les tendances jurisprudentielles instaurées en matière d'enrichissement injustifié entre conjoints de fait et où en sont les tribunaux en 2016? », *Repères*, Mai 2016, EYB2016REP1935 (La référence).

²⁸⁸ Cette possibilité de renonciation était offerte uniquement aux conjoints qui se sont mariés avant l'entrée en vigueur de la loi le 1^{er} juillet 1989.

²⁸⁹ Loi sur le droit de la famille, LRO 1990, c. F.3.

²⁹⁰ J.D. Payne et M.A. Payne, *Canadian Family Law*, 5e éd. (Toronto: Irwin Law, 2013), à la p. 66. Limitant encore davantage l'autonomie matrimoniale, il faut signaler que le Droit civil au Québec interdit d'avoir recours à l'arbitrage privé pour régler des litiges matrimoniaux.

²⁹¹ Par exemple, voir la *Matrimonial Property Act* de la Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. 1989, c. 275, section 29.

²⁹² Voir *Hartshorne c. Hartshorne*, [2004] 1 RCS 550.

biens matrimoniaux sont déjà régies par les règles impératives de la résidence familiale et du patrimoine familial.²⁹³ Au Québec, outre la société d'acquêts, les autres régimes matrimoniaux créés par contrats de mariage notariés sont ceux de la séparation de biens et de la communauté de biens. Les juristes doivent examiner tous ces régimes en détail, que ce soit pour prendre un mandat en droit de la famille comme tel ou lorsqu'ils agissent en matière de planification successorale ou même dans d'autres domaines (par exemple, en droit des affaires).

En ce qui a trait à la filiation et à l'adoption, le Québec a longtemps fait mauvaise figure par rapport au reste du Canada (par exemple, la notion d'enfant illégitime n'a été abandonnée qu'en 1982), mais il ne subsiste aucun écart important aujourd'hui entre le Droit civil et la Common law (à l'exception peut-être de l'institution du Directeur de l'état civil). Il s'agit bien sûr de questions de compétence provinciale, de sorte que leur régime juridique, qu'il s'agisse d'adoption interne ou internationale, peut varier d'une juridiction à l'autre. En conséquence, seuls trois points méritent d'être signalés ici. D'abord, s'agissant des mères porteuses, malgré le fait que le Québec semble plus restrictif parce qu'il frappe de nullité de tels contrats²⁹⁴, la Cour d'appel du Québec a récemment décidé que cette sanction ne faisait pas obstacle aux ordonnances d'adoption pour les enfants nés dans ces circonstances.²⁹⁵ En second lieu, les tribunaux de Common law ont trouvé des moyens de faire reconnaître le rôle parental pour plus de deux personnes sur un acte de naissance,²⁹⁶ ce qui est impossible au Québec.²⁹⁷ En dernier lieu, sur le plan de la procréation assistée, le renvoi de 2010 à la Cour suprême du Canada²⁹⁸ a confirmé qu'à l'exception des aspects de droit pénal, la plupart de ces questions (telles que les activités cliniques) sont de compétence législative provinciale et, jusqu'à maintenant, seul le Québec a adopté un régime détaillé à cet égard.²⁹⁹

Conclusion

Nous avons promu dans ce texte ce que nous avons appelé un « principe de précaution ». Ce choix ne nous a évidemment pas permis de faire une étude en profondeur et détaillée des thèmes abordés. C'est pourquoi les « précautions » que nous y formulons pourraient être comparées à des flocons de neige sur la pointe d'un iceberg. Elles servent essentiellement de mises en garde contre les automatismes liés à la socialisation à un système juridique particulier ou contre les stéréotypes souvent véhiculés à propos des traditions juridiques « autres ». Ainsi, aucun texte tel que celui-ci ne pourra jamais remplacer une immersion dans « l'autre » tradition juridique, que ce soit au moyen d'une formation structurée ou autrement. Et surtout, aucun texte tel que celui-ci ne devrait induire les juristes canadiens à croire qu'ils en savent suffisamment lorsqu'ils ont à se colleter aux concepts propres à une tradition juridique à laquelle ils n'ont pas été socialisés.

²⁹³ Voir A. Roy, « Le contrat de mariage en droit québécois : un destin marqué du sceau du paradoxe » (2006) 51 *McGill L.J.* 665, à la p. 667.

²⁹⁴ Article 541 du Code civil du Québec : « Toute convention par laquelle une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui est nulle de nullité absolue ».

²⁹⁵ Voir la récente décision *Adoption – 1445*, 2014 QCCA 1162.

²⁹⁶ Voir le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario dans *A.A. c. B.B.*, (2007) 278 D.L.R. (4e) 519.

²⁹⁷ Voir A. Malacké et A. Roy, « Regards croisés sur la filiation homoparentale de l'enfant né d'une procréation assistée en droit québécois et comparé », dans C. Parent *et al.* (éd.), *Visages multiples de la parentalité* (Montréal : Presses de l'Université du Québec, 2008), 388, à la p. 405.

²⁹⁸ *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, [2010] 3 RCS 457.

²⁹⁹ Voir la Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée, LRQ, c A-5.01. Voir également la Loi sur les laboratoires médicaux, la conservation des organes, des tissus, des gamètes et des embryons et la disposition des cadavres, LRQ, c L-02.