

**Le défi du droit nouveau pour les professionnels : Le Code civil du
Québec et la réforme du Code des professions
Les Journées Maximilien-Caron 1994**

Textes réunis par André POUPART

On peut se procurer le présent ouvrage à:

Les Éditions Thémis
Faculté de droit, Université de Montréal
C.P. 6128, Succ. Centre-Ville
Montréal (Québec) H3C 3J7
Canada

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

Internet : www.themis.umontreal.ca

Téléphone : (514) 343-6627

Télécopieur : (514) 343-6779

Table des matières

**Journées Maximilien-Caron
Faculté de droit, Université de Montréal
18 mars 1994**

Le défi du droit nouveau pour les professionnels

ALLOCUTION INAUGURALE

La légitimité des ordres professionnels Robert DIAMANT	3
--	---

LES RAPPORTS DES PROFESSIONNELS ENTRE EUX ET AVEC LEURS CLIENTS

Les contrats d'association entre professionnels Pierre L. LAPOINTE	17
Le professionnel salarié : considérations civiles et déontologiques Marie-France BICH	45
Le nouveau cadre contractuel de l'exercice des professions Claude FABIEN	73

LE CONTROLE CIVIL ET DEONTOLOGIQUE DE L'ACTE PROFESSIONNEL

Concordances et dissonances entre les fautes civile et déontologique Guy PEPIN	105
L'arbitraire du signe Jean-C. HÉBERT	135
Après vingt ans d'existence, modifications bien timides au Code des professions Guy MARCOTTE	149

L'erreur de droit et la faute professionnelle du notaire — Bilan et perspective d'avenir	
Daniel CHÉNARD	187

ALLOCUTION INAUGURALE

La légitimité des ordres professionnels

Robert DIAMANT*

I.	DE QUELLE LEGITIMITE S'AGIT-IL?	5
II.	LA CREDIBILITE DU SYSTEME PROFESSIONNEL, CONDITION DU MAINTIEN DE SA LEGITIMITE	9
III.	PERSPECTIVES D'ADAPTATION DU SYSTEME PROFESSIONNEL.....	11

* Président de l'Office des professions du Québec.

Le sujet qui m'a été réservé est non seulement intéressant : il est pertinent. Ne serait-ce que pour cela, je l'ai accepté avec empressement et je remercie les organisateurs de ce colloque de m'avoir donné l'occasion de faire entendre la voix de l'Office des professions sur ce thème, au début même de vos travaux.

Il s'agit pourtant d'un défi : s'intéresser d'emblée à la légitimité pourrait nous mener à conclure, tout à l'heure, que les ordres professionnels ne seraient pas ou ne seraient plus des institutions légitimes. Vous me permettrez de faire sur cette question un premier accroc à la tradition des colloques et réflexions universitaires où il est de mise de ne fermer la porte à aucune hypothèse, même pour délimiter le sujet. En effet, la situation qui est la mienne ne me permet pas d'envisager comme prémisse, même partielle, de notre réflexion le fait que les 41 ordres professionnels seraient dépourvus de légitimité. La nature du système professionnel est le produit d'une décision du législateur, interprète de l'intérêt public.

Le système doit néanmoins vivre et produire ses résultats dans la vérité des faits sociaux. Ainsi, je dois, vous m'en pardonnerez, amputer notre sujet en affirmant que les ordres professionnels sont légitimes. J'affirme tout aussi clairement que la preuve du contraire est éminemment recevable auprès de l'Office des professions du Québec. Pour reprendre une distinction qui est chère aux juristes, les ordres professionnels sont présumés légitimes mais non réputés légitimes. C'est pourquoi, après avoir fait avec vous un survol de la notion de légitimité appliquée aux ordres professionnels, je vous entretiendrai brièvement des conditions du maintien de cette légitimité, pour terminer par quelques mots sur les perspectives d'adaptation du système professionnel.

I. DE QUELLE LEGITIMITE S'AGIT-IL ?

Sans épuiser les catégories que les professeurs de droit pourraient y trouver, j'aborderai rapidement la légitimité sous ses aspects juridiques, fonctionnels et sociaux.

A. La légitimité juridique

Je suis certain de vous ramener à un concept que vous connaissez bien en prenant en considération, comme première source de légitimité, la légalité des ordres professionnels. Le fait qu'ils soient créés par la loi entraîne une légitimité

obligée, formelle. La loi a ajouté à la constitution des ordres que nous connaissons un itinéraire forcé vers la morale publique et individuelle et ce, de deux manières : elle a imposé un objectif central, la protection du public, et a installé des priorités morales, telle l'obligation de se doter d'un code de déontologie. Ces règles déontologiques ou autres traduisent des valeurs dont le respect est la condition principale de la protection du public.

En 1994, les ordres professionnels seraient-ils assez ou aussi légitimes si la loi retirait sa béquille de légalité?

Il convient de bien cerner notre propos : nous ne parlons pas de la légitimité d'un ordre professionnel comme s'il s'agissait de celle d'une simple association de personnes. Dans ce cas, la légitimité procède de la liberté d'association garantie par les chartes. Les ordres professionnels ne sont pas des groupes ou des associations de type classique et leur légitimité sera mesurée sous plusieurs aspects particuliers tels les objectifs poursuivis, l'utilité sociale, les moyens et, en fin de compte, les résultats.

Les ordres professionnels ont un objectif correspondant à une utilité sociale, la protection du public, objectif prescrit par le législateur qui a lui-même constitué ces groupes à cette fin. En effet, en 1974, c'est bel et bien l'État qui a créé ce qu'on appelle aujourd'hui le système professionnel en constituant en réseau un certain nombre d'institutions — Office des professions du Québec, Conseil interprofessionnel du Québec, Ordres professionnels et Tribunal des professions. En même temps qu'il constituait ces institutions et leur assignait un objectif exclusif, la protection du public, l'État leur donnait des moyens et des pouvoirs et prenait soin d'encadrer l'exercice de ces pouvoirs. Étant constitués par la loi ou en vertu de la loi, ils sont d'intérêt public et donc déjà légitimes. Il en va de même, *ipso facto*, pour leur objectif, leurs pouvoirs et les contraintes qui s'imposent à eux.

Il n'est pas inutile, sous cet éclairage, de rappeler ce qui fait la spécificité du système ainsi créé. Tout d'abord, le groupe est amené par la loi à imposer à ses membres un objectif qui n'est pas la défense de leurs intérêts propres. Ensuite, le groupe jouit, à cette fin, d'une large autonomie qui lui permet de déterminer lui-même ses règles de fonctionnement de même que celles qu'il impose à ses membres en vue de protéger le public. Enfin, une émanation du groupe, le Comité de discipline, est chargé par la loi de procéder à la répression des manquements à ces règles. L'autogestion des ordres professionnels et le jugement par les pairs constituent en effet des caractéristiques particulièrement originales si l'on considère l'étendue des prérogatives de puissance publique que le législateur a déléguées à ces groupes.

B. La légitimité fonctionnelle

Si la légalité du statut de ces groupes est un fait incontournable, encore faut-il que, pour conserver la légitimité qui fait notre propos, le groupe se concentre sur l'objectif imposé par le législateur et exerce de façon suffisante et appropriée les pouvoirs qui lui ont été conférés. L'ordre professionnel sera évalué selon les moyens et ses résultats; c'est-à-dire selon la protection réelle qu'il assure au public, selon l'intégrité morale de l'organisme et de ses membres et, plus précisément, selon l'action qu'il mènera par tout moyen auprès de ses membres pour induire un comportement empreint d'intégrité, de compétence et d'esprit de service.

C'est au pied du mur, dit-on, qu'on voit le maçon; c'est également le point de vue de l'Office des professions du Québec qui, chargé de veiller à ce que les ordres professionnels protègent le public, se fonde sur leurs résultats ou sur leur comportement pour vérifier qu'ils ont bien servi leur objectif par un exercice approprié de leurs pouvoirs.

Un ordre professionnel doit, en premier lieu, veiller à la compétence des membres qu'il admet en son sein; l'Office et le Gouvernement veillent, pour leur part, à ce que les exigences de compétence soient nécessaires et suffisantes : en effet, les normes d'admission ne doivent pas être l'instrument d'une gestion de l'offre de services professionnels ou d'un quelconque contingentement.

L'ordre professionnel doit, en deuxième lieu, réglementer maints aspects de son fonctionnement et du comportement de ses membres : encore une fois, l'Office veille à ce que les règles soient effectivement orientées vers la protection du public et non vers d'autres objectifs plus internes que le groupe pourrait se donner.

En troisième lieu, l'Ordre professionnel peut procéder à des inspections auprès de ses membres pour vérifier que leur pratique est conforme aux normes et aux règles applicables. L'Office des professions veille à ce que les ordres utilisent ce pouvoir.

En dernier lieu, les ordres professionnels ont, comme on l'a vu, des pouvoirs autonomes très étendus en matière d'enquête et de discipline. Le législateur a voulu qu'au sein de ces institutions autonomes, le syndic, chargé des enquêtes et des plaintes, jouisse lui-même d'une grande indépendance. L'Office des professions est particulièrement attentif non seulement à l'indépendance des syndics, mais également au fait que tant le syndic que le Comité de discipline utilisent leurs pouvoirs pour mener les enquêtes, à la demande du public ou de leur propre initiative, et assurer la répression des actes dérogatoires. L'Office veille en particulier à ce que les demandes d'enquête du public soient traitées de façon appropriée, c'est-à-dire comme la loi le prescrit.

Que se passerait-il si, malgré la légitimité obligée ou formelle que le législateur a conférée aux ordres professionnels, ces derniers ne traduisaient pas dans leurs actes et dans l'exercice de leurs pouvoirs les objectifs fixés par la loi? Il y a tout lieu de penser que malgré cette légitimité formelle, ces institutions perdraient ce que nous appellerons, aux fins de notre propos, leur légitimité sociale.

C. La légitimité sociale

Voilà une dimension qu'on peut aborder à deux niveaux. Tout d'abord, la loi étant l'expression de la volonté générale et de l'intérêt public, on peut conclure qu'à un premier niveau, la légitimité juridique que nous avons décrite tout à l'heure traduit plus ou moins directement une légitimité sociale.

En effet, la société québécoise s'est donné voilà vingt ans des principes voulant que les professions doivent être organisées en vue de l'objectif exclusif de protection du public et selon un mode d'autogestion et de jugement par les pairs.

À un deuxième niveau toutefois, il est permis de penser que si la légitimité fonctionnelle que nous venons de décrire à grands traits était mise en péril, c'est-à-dire si les ordres professionnels n'utilisaient pas de façon suffisante ou appropriée les pouvoirs qui sont les leurs pour protéger le public, la légitimité sociale de ces institutions serait elle-même remise en question : on se mettrait alors à réévaluer la pertinence de ce qui a été établi par la loi et dont on aurait constaté la mauvaise application ou l'échec. Une telle démarche supposerait néanmoins qu'on fasse soigneusement la part des préjugés traditionnels.

On peut «légitimement» se demander si, sans cet objectif unique de protection du public fixé par l'État, les professionnels, en 1974, se seraient fédérés derrière ce seul objectif, se détournant ainsi de ce qu'ils auraient pu voir comme leurs intérêts propres? Ils n'y étaient, semble-t-il, pas encore préparés, ce qui explique que le législateur ait alors imposé cet objectif et cette organisation. En 1994 peut-on penser que l'expérience vécue amènerait les professionnels à rester fidèles à cette priorité si l'État renonçait à l'imposer par la loi et laissait les 41 ordres professionnels du Québec à leur analyse de ce que doit être la protection du public? La logique mais aussi la réalité nous montrent qu'il serait utopique de le croire. Sans méconnaître les valeurs et l'esprit de service ou d'intégrité qui animent les professionnels individuellement, il est loin d'être sûr que leur réflexion collective sur ce que doit être la vie de leurs professions les amènerait à maintenir bien longtemps la priorité de l'objectif de protection du public. C'est donc sur la voie fixée par le législateur que ces groupes, certains mieux que d'autres, ont développé et démontré leurs aptitudes et leur propension à protéger le public et ont ainsi acquis, tout étant relatif, le degré de légitimité sociale dont ils jouissent actuellement.

En donnant aux ordres professionnels un statut autonome et des pouvoirs importants, le législateur a «investi» de la légalité et leur a conféré une base de légitimité. Cette légitimité de base n'est toutefois pas inépuisable. Elle se maintiendra si l'ordre professionnel la fait vivre et applique la loi et ses règlements selon l'esprit et la lettre et montre par ses activités, ses priorités et ses réflexes qu'il a intégré pleinement l'objectif que lui assignait la loi. En fait, cette légitimité suppose une certaine crédibilité de l'institution à cet égard.

II. LA CREDIBILITE DU SYSTEME PROFESSIONNEL, CONDITION DU MAINTIEN DE SA LEGITIMITE

Pour juger de la crédibilité du système professionnel et être en mesure de prévoir le maintien de sa légitimité, il faut d'abord examiner son fonctionnement et ses résultats.

A. Le fonctionnement du système professionnel

D'une manière générale on peut dire, vingt ans plus tard, que le système a bien résisté à l'épreuve du temps : son objectif continue de correspondre à un besoin important. Le Québec est maintenant doté de 260 000 professionnels qui accomplissent chaque jour plus d'un million d'actes auprès de l'ensemble de la population. Leur compétence est d'un niveau des plus élevés de la planète. Les règles fondamentales de déontologie sont fixées dans la réglementation et clairement proposées à la conscience des professionnels. Les mécanismes relatifs à la contestation d'honoraires et à la discipline sont maintenant installés dans chacune des institutions du système et fonctionnent de façon adéquate dans la plupart d'entre elles. Enfin, compte tenu de ses moyens, l'organisme que je préside joue son rôle de surveillance mais aussi d'analyse et d'animation du système.

Tout est relatif pourriez-vous dire et la perfection n'est pas de ce monde. Une évidence s'impose toutefois : notre système intéresse au plus haut point ceux et celles qui, à l'étranger, ont pour mandat de réglementer les professions ou de protéger le public. Il est utile de savoir que parmi les diverses formules qu'on observe, notamment dans les autres provinces canadiennes ou aux États-Unis, la plupart connaissent des lacunes ou des défauts de fonctionnement qui amènent leurs responsables à se tourner vers ce qu'ils appellent le «modèle québécois» et dont on peut rappeler les principaux avantages : il existe depuis vingt ans et a, comme on vient de le dire, assez bien survécu. Cela ne serait pas une vertu en soi si n'existaient par ailleurs certaines qualités intrinsèques de notre système, au premier rang desquelles nos voisins américains trouvent la légèreté des structures mises en place notamment au plan des coûts. Ils observent par exemple que parmi les quelque 80 millions de dollars que coûte le

système annuellement, seuls 3 millions sont puisés à même les deniers publics pour financer l'organisme de surveillance que je préside.

Par ailleurs, l'appareil étatique de gestion et de surveillance que représente l'Office des professions du Québec est, on en conviendra, des plus modestes : en tout et pour tout, l'Office comptait, au 1^{er} avril 1994, 38 postes ce qui, compte tenu de la taille et de la structure du système tout entier, en fait une institution relativement svelte. Qu'on pense aux organismes qui, aux États-Unis par exemple, ajoutent aux fonctions que nous assumons celles de collecter les cotisations auprès de chacun des professionnels, de répartir les sommes ainsi collectées parmi les ordres professionnels et dans certains cas, assument eux-mêmes l'essentiel du mandat d'inspection professionnelle ou de discipline.

Rassurez-vous. Loin de nous laisser étourdir par l'intérêt significatif que d'autres portent au système québécois, nous tirons les leçons de ces 20 années d'application du système et nous nous intéressons à ce qui se fait ailleurs. En effet, ce que beaucoup appellent le modèle québécois n'est pas exempt de lacunes, de problèmes et autres défauts.

B. Les problèmes constatés

D'une manière générale, on doit remarquer que le public n'est toujours pas convaincu autant qu'on pourrait le souhaiter de l'adhésion sincère des professionnels et de leurs organismes à la priorité de protection du public. De plus, le jugement par les pairs continue d'être perçu comme encombré de préjugés si ce n'est de conflits d'intérêts. Par ailleurs, on doit constater une judiciarisation croissante du fonctionnement des institutions disciplinaires, ce qui se traduit par une complexité certaine mais aussi par des coûts et des délais accrus. Compte tenu du fait que la filière disciplinaire est pour le public essentiellement un recours de principe — il n'ouvre droit à aucune perspective d'indemnisation —, l'accroissement de la complexité, des coûts et des délais ont pour effet de décourager le public de s'adresser aux syndicats ou aux comités de discipline. Il est nécessaire de rappeler qu'actuellement une sanction disciplinaire ne réparera d'aucune manière le dommage ou l'inconvénient de celui ou de celle qui a demandé l'enquête, mais aura pour effet de protéger les clients ultérieurs du professionnel. La personne qui cherche un dédommagement financier doit s'adresser aux tribunaux civils.

Un autre problème, plus interne celui-là, concerne les professions qui n'ont pour privilège qu'un titre réservé. Nombre d'entre elles déplorent le fait que les circonstances socio-économiques de leur pratique rendent instable le nombre de leurs membres, ces derniers n'étant pas obligés d'être membres pour pratiquer l'activité. On pourrait énumérer encore d'autres problèmes touchant par exemple la collaboration entre les milieux de formation et ceux régissant la pratique de la

profession ou encore des problèmes relatifs à la connexité ou au chevauchement des champs d'exercice.

Qu'il suffise de dire ici, que ces problèmes longuement expérimentés par les intéressés et soigneusement étudiés par l'Office des professions nous ont conduits à quelques constats : le système professionnel québécois reste une formule intéressante mais il est nécessaire de procéder à son adaptation, non seulement en corrigeant des défauts initiaux mais également en le préparant aux réalités de demain, notamment au libre échange des services prévu dans les traités et accords internationaux.

Nous n'irons pas dans le détail des problèmes constatés par l'Office et par d'autres dans le système professionnel. Qu'il me soit permis néanmoins de faire une rapide qualification de ces problèmes. Les difficultés du mécanisme disciplinaire telles qu'elles ont été constatées et décrites dès 1990 par l'Office, dans un avis au Gouvernement, sont à elles seules de nature à mettre en cause la crédibilité de l'ensemble du système aux yeux du public. Nous ne pensons pas pour notre part que ces problèmes doivent oblitérer les points forts et l'originalité du système professionnel québécois mais il faut dire tout net qu'ils en constituent au moins le talon d'Achille : l'ensemble des institutions essentiellement vouées à la protection du public ne peuvent en effet courir bien longtemps si le public, principal bénéficiaire, juge le mécanisme disciplinaire lourd, peu accessible, onéreux, lent ou même biaisé.

Voilà un défi auquel l'Office a entrepris de répondre dès 1990. Nous n'en sommes plus à discuter des constats : le Gouvernement lui-même a décidé de donner suite aux recommandations de l'Office des professions par un projet de loi que nous évoquerons dans quelques instants.

III. PERSPECTIVES D'ADAPTATION DU SYSTEME PROFESSIONNEL

En constatant que le système professionnel québécois est dans l'ensemble une formule utile, l'Office des professions a néanmoins proposé au gouvernement des ajustements visant notamment à rendre le mécanisme disciplinaire des professions plus transparent, plus souple, plus accessible et moins coûteux. L'Office entendait ainsi tirer des leçons de près de vingt ans d'expérience et répondre à des problèmes réels par des solutions concrètes. Les propositions de l'Office ainsi qu'une consultation des plus larges et des plus complètes ont permis d'aboutir à un Projet de loi¹ déposé en novembre dernier à l'Assemblée nationale.

¹ La présente allocution a été prononcée avant que le Projet de loi ne devienne loi.

Il ne s'agit pas d'un bouleversement. L'Office est conscient du fait que le monde professionnel québécois est articulé selon un équilibre assez fin : une profession est tout à la fois le domaine de connaissances avancées, d'une démarche déontologique et se caractérise par un esprit de service et une tradition de protection de la santé ou des intérêts du public. Par contre, elle représente également et légitimement une carrière et un gagne-pain pour chacun des professionnels. Autant de valeurs ou d'intérêts qui ne peuvent s'exclure les uns les autres, quelle que soit la priorité que chacun peut y voir.

Dans ces conditions, l'harmonie de ce milieu ne peut se réaliser que si l'on met en équilibre les tensions entre ces valeurs et ces intérêts. Objectif de protection du public d'un côté, autogestion et jugement par les pairs de l'autre côté, l'État a mis en équilibre une balance qui représentait, voilà vingt ans, un véritable pari sur la stabilité anticipée du système. Les professions étant autogérées, c'était donc aux ordres professionnels que revenait de faire vivre cette priorité de protection du public, au milieu de ces valeurs et intérêts des professionnels.

C'est pour maintenir cet équilibre général du système que l'Office a mis de l'avant des propositions qui elles-mêmes étaient équilibrées : en renforçant les contraintes et devoirs des ordres et de leurs membres, le Projet de loi 140² ne remettait en cause ni l'autogestion des professions ni le jugement par les pairs. Voyons de plus près les points saillants de ce projet.

A. Le mécanisme disciplinaire sera plus transparent

Si au terme d'une enquête demandée par un citoyen sur un professionnel, le syndicat conclut qu'il n'y a pas lieu de déposer une plainte au Comité de discipline, le citoyen pourra s'adresser à une nouvelle instance : le Comité de révision, où siègeront des représentants du public.

Dans le même ordre d'idées, le Projet de loi renforce l'indépendance du syndicat et, à cette fin, fixera des conditions exigeantes qui doivent être réunies pour le destituer et encore, lui interdira formellement de cumuler toute autre fonction à l'intérieur de l'ordre professionnel.

Enfin, une autre nouveauté intéressante : le Projet de loi prévoit que le rôle d'audience du comité de discipline d'un ordre professionnel devra être affiché de manière à permettre au public de prendre connaissance des plaintes qui doivent être entendues et d'assister aux audiences.

² Il est à noter que le Projet de loi 140 a été adopté le 16 juin 1994 et est entré en vigueur le 15 octobre 1994.

B. Le mécanisme disciplinaire sera plus accessible pour le public

Le Projet de loi prévoit diverses mesures qui rendront plus aisée la démarche auprès des comités de discipline. Ainsi, une personne déposant une plainte pourra se faire assister à toute étape du cheminement de la plainte.

C. Le mécanisme disciplinaire sera plus souple

On a constaté que nombre de différends soumis au syndic naissaient dans une communication déficiente entre le professionnel et son client. Plusieurs syndicats tentaient de dissoudre les litiges par une meilleure communication entre les parties. Le législateur est invité par le Projet de loi 140 à inscrire cette fonction de conciliation dans le mandat général du syndic.

D. Le mécanisme disciplinaire sera plus rapide et parfois plus sévère

Les plaintes reçues à l'Office révèlent que le «délai raisonnable» imparti au syndic pour faire enquête a, plus souvent qu'on le souhaiterait, un parfum d'éternité. Diverses mesures sont prévues pour obliger le syndic à procéder rapidement et à tenir le demandeur informé par écrit de la progression de son dossier. Plus important encore, afin d'éviter que l'appel soit utilisé pour retarder l'exécution d'une décision et pour réduire les délais encourus, le Projet de loi propose que, dorénavant, toute radiation prononcée par le Comité de discipline soit exécutoire nonobstant appel.

E. Les fautes à caractère sexuel seront davantage réprimées

Le Projet de loi a pour objectif de ne tolérer aucune faute à caractère sexuel. Il prévoit des dispositions rigoureuses qui prohibent l'abus à caractère sexuel dans la relation professionnel-patient et mèneront les ordres professionnels à sanctionner ces comportements.

F. L'accès au dossier sera facilité et la confidentialité en sera renforcée

Ces deux mesures garantiront au client le droit de prendre connaissance des documents qui le concernent dans tous les dossiers constitués à son sujet et même d'en obtenir copie mais en même temps, elles renforceront le secret des renseignements confidentiels.

G. Enfin, l'Office des professions sera mieux outillé pour exercer son mandat de surveillance

L'Office sera habilité à enquêter sur les ordres professionnels qui, d'une manière générale, ne rempliraient pas les devoirs que la loi leur impose.

Comme vous le voyez, il ne s'agit pas d'une transfiguration du système tel que nous le connaissons, mais d'une importante mise à jour en vue de conserver l'équilibre auquel je faisais allusion un peu plus tôt. En fait, nous sommes tous garants de cet équilibre. Aucun des éléments du système n'est en mesure à lui seul de l'imposer ou de le maintenir. Pas même l'Office.

En apportant des modifications nécessaires à notre système professionnel, le Projet de loi 140 devrait lui permettre de garder ou de rétablir sa crédibilité, condition essentielle de sa légitimité.

CONCLUSION

Ce Projet de loi ne réglera pas à lui seul tous les problèmes du monde professionnel. Certaines adaptations ne commandent pas forcément de modifications législatives immédiates; c'est le cas pour le libre échange des services professionnels. L'Office, de concert avec le Conseil interprofessionnel du Québec et l'ensemble des ordres professionnels, suit avec grande attention la mise en oeuvre des accords et traités internationaux. Il fera tout ce qui est nécessaire et possible pour faciliter l'adaptation du monde professionnel à cette nouvelle situation et portera la plus grande attention au maintien, dans ces circonstances, de l'objectif de protection du public. L'Office s'intéresse particulièrement aux dispositions et règles devant être sauvegardées dans le cadre de la mise en place de l'ALÉNA et du GATT.

L'Office est également préoccupé par la situation des professions qui ont un titre réservé sans avoir de champ d'exercice exclusif. Nous étudions actuellement diverses formules qui permettraient de régler en même temps que ce problème celui des actes autorisés. À ce stade-ci, sans qu'on puisse révéler une orientation quelconque à cet égard, je peux déjà vous dire que l'organisme que je préside n'exclut aucune formule et n'hésitera pas à proposer au Gouvernement, si cela est nécessaire, des modifications importantes à notre système professionnel, par exemple quant à la détermination des actes professionnels qui peuvent être accomplis par les uns ou par les autres.

Soyons modestes : les projets législatifs visant à mettre à jour le système professionnel sont déjà l'aveu que le système a besoin d'un changement ou d'un supplément de règles et qu'il doit à nouveau recourir à l'arbitrage du législateur pour maintenir ou recréer les conditions de sa crédibilité. Quelle que soit la part des préjugés paraît-il indéracinables, la circonspection bien connue du public à

l'égard du mécanisme disciplinaire et du système professionnel en général est de nature à occulter les qualités premières de ce système. Je regrette, comme d'autres, que le monde professionnel peuplé de personnes instruites, actives et organisées soit encore collectivement perçu comme incapable, à plus ou moins grande échelle, de surveiller ou de discipliner ses membres.

L'effort de mise à jour que propose le Projet de loi 140 est une chance rare de donner ou de redonner au monde professionnel les signaux et balises qui, en rendant plus crédible son mécanisme de surveillance et de discipline, permettront au public de mieux percevoir la sécurité que lui confèrent la compétence, l'éthique et, en général, le professionnalisme d'un quart de million de personnes qui se sont instruites pour le servir et qui ont été organisées pour le protéger.

Les contrats d'association entre professionnels

Pierre L. LAPOINTE*

INTRODUCTION	19
I. L'ORIGINALITE DES CONTRATS DE SOCIETE	20
A. Les éléments constitutifs et distinctifs des contrats de société	20
1. La notion de mise en commun	21
2. L'esprit de collaboration ou affectio societatis.....	23
3. La notion d'activité ou d'entreprise	24
4. La participation aux bénéfices et aux pertes.....	25
a) <i>La notion de bénéfice</i>	25
b) <i>Les règles de partage</i>	25
B. Caractéristiques de la personnalité morale	26
1. Possession d'un nom propre.....	28
2. L'existence d'un patrimoine distinct	28
3. La capacité d'ester en justice	29
4. Existence autonome	29
5. Possibilité d'exister avec un seul associé	30
6. Pouvoir d'achat et de rachat des parts sociales	31
7. Mêmes règles de liquidation que les personnes morales	31
II. LES PRINCIPALES REGLES APPLICABLES EN MATIERE DE SOCIETES	32

* Avocat, Lapointe Rosenstein. L'auteur désire remercier Madame Martine Renaud, LL.B. et M^e Éric Nicodeme pour l'importante contribution qu'ils ont apportée à la rédaction de ce texte.

A. Les dispositions du Code civil qui touchent au fonctionnement des sociétés	32
1. Les effets de la publicité	32
2. La preuve de l'existence d'un contrat.....	33
3. L'administration des sociétés	34
4. La dissolution des sociétés.....	35
a) <i>La société en participation</i>	35
b) <i>Les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite</i>	36
B. Le statut des associés à l'égard de la société	37
1. Les obligations des associés à l'égard de la société	37
2. Les droits des associés à l'égard de la société	37
a) <i>Le pouvoir de lier la société</i>	38
b) <i>Le droit des associés de se livrer à certaines opérations sur leur part dans la société</i>	38
c) <i>L'utilisation par un associé des biens de la société</i>	39
C. Le statut des associés à l'égard des tiers	39
1. La responsabilité des associés en cas de déclaration inexacte ou irrégulière	39
2. La responsabilité des associés quant aux obligations contractées par la société	40
a) <i>La responsabilité des associés d'une société en nom collectif</i>	40
b) <i>La responsabilité des associés d'une société en commandite</i>	42
c) <i>La responsabilité des associés d'une société en participation</i>	42
3. La responsabilité des associés nominaux et des associés non déclarés	43
CONCLUSION	43

Jusqu'à l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, plusieurs distinctions désuètes existaient entre les différents types de sociétés. Ainsi, on a supprimé certaines espèces de sociétés que reconnaissait le *Code civil du Bas Canada* (C.c.B.C.), soit les sociétés universelles, les sociétés particulières, les sociétés anonymes et surtout la distinction entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales alors que la notion de commercialité a été remplacée par la notion plus large de l'«entreprise».

Trois types de sociétés «contractuelles»¹ formées par des personnes physiques ou morales sont donc reconnus par le *Code civil du Québec*². Il s'agit de la société en nom collectif, de la société en commandite et de la société en participation³ qui sont toutes régies par les articles 2186 à 2266 C.c.Q.

La société en nom collectif qui comprend sûrement la très grande majorité des sociétés existantes regroupe désormais les anciennes sociétés «civiles» et «commerciales».

Quant à la société en commandite⁴, elle est en général utilisée pour permettre des montages corporatifs et fiscaux avantageux pour les commanditaires, tout en limitant leur responsabilité vis-à-vis des tiers. On les retrouve notamment dans les domaines du financement du cinéma, de l'exploration minière et du développement immobilier. La société en commandite ne constitue certainement pas un véhicule approprié pour structurer une société de professionnels et nous n'en traiterons en conséquence que très superficiellement.

¹ Expression utilisée à l'article 423, Droit des obligations, 6, de la *Loi d'application sur la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57.

² Nous emploierons les abréviations C.c.Q. et C.c.C.B. pour faire référence respectivement au *Code civil du Québec* et au *Code civil du Bas Canada*.

³ En référence au premier alinéa de l'article 2188 C.c.Q. Il est cependant à noter que le second alinéa dudit article mentionne également la société par actions, mais ce, dans l'unique but de préciser que ce type de société est une «personne morale» soumise aux règles relatives aux personnes morales édictées au livre Des personnes tel qu'en font d'ailleurs part les *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 1378.

⁴ En anglais : «*limited partnership*».

Finalement, la société en participation constitue une nouveauté en droit québécois. Elle rejoint en fait la société anonyme du *Code civil du Bas Canada*⁵. Ce type de société sera utilisé par des professionnels qui souhaitent constituer une structure limitant quelque peu leur responsabilité solidaire.

Comme on le verra ultérieurement, on les retrouvera chez les professionnels bien qu'il faudra alors se demander s'il s'agit de sociétés en participation ou d'associations lorsque le but est de partager les dépenses plutôt que le revenu.

Nous verrons donc, dans un premier temps, les concepts qui font en sorte que les contrats de société constituent des ententes originales, particulières et distinctes et nous aborderons ensuite les principes fondamentaux réglementant les diverses espèces de sociétés auxquelles les contrats respectifs ont pu donner naissance.

I. L'ORIGINALITE DES CONTRATS DE SOCIETE

L'article 2186 C.c.Q. nous dit qu'une société est l'entité qui résulte d'«un contrat par lequel les parties conviennent, dans un esprit de collaboration, d'exercer une activité, incluant celle d'exploiter une entreprise, d'y contribuer par la mise en commun de biens, de connaissances ou d'activités et de partager entre elles les bénéfices pécuniaires qui en résultent».

A. Les éléments constitutifs et distinctifs des contrats de société

Tel que mentionné précédemment, le contrat de société se définit par la présence de certains éléments distinctifs⁶. Ainsi, la création d'une société résulte de l'accord de volonté expresse ou implicite d'au moins deux parties, personnes physiques ou morales, d'exploiter une activité en commun. À cette caractéristique commune à tous les contrats de société, quelles que soient par ailleurs les règles composant leur régime juridique, s'ajoutent quatre autres éléments essentiels qui doivent figurer au contrat ou découler de celui-ci, à savoir :

- une mise en commun des apports;
- un esprit de collaboration;
- l'exercice d'une activité;
- le partage des bénéfices entre les associés.

⁵ *Loi d'application sur la réforme du Code civil*, précitée, note 1, art. 116.

⁶ C.c.Q., art. 2186.

Soulignons à titre subsidiaire que ces contrats de société se distinguent du simple contrat d'association en ce que ce dernier ne nécessite que l'élément de poursuite d'«un but commun, autre que la réalisation de bénéfices pécuniaires à partager entre les membres de l'association»⁷.

Nous reprendrons ces quatre éléments dans l'ordre en notant, toutefois, que seul le dernier d'entre-eux est une notion nouvelle que certains juristes qualifient d'ailleurs de révolutionnaire et qui est tout au moins fort importante.

1. La notion de mise en commun

Les associés effectuent un apport pour la constitution d'un fonds commun, c'est-à-dire en termes comptables, d'un capital initial. Tous les apports des associés mis en commun constituent le patrimoine initial de la société.

Dans une société en nom collectif, chaque associé est débiteur envers la société de l'apport qu'il a promis de lui fournir, que ce soit en argent, en biens ou en connaissances⁸. Ainsi, une fois l'apport promis par un associé, il devient une créance de la société à son endroit. L'associé est de plus tenu, si l'apport consiste en une somme d'argent, des intérêts à compter du jour où son apport devait être versé, sous réserve des dommages-intérêts additionnels qui peuvent lui être réclamés⁹, par exemple, lorsque la négligence à procéder aux versements fait perdre une occasion d'affaires.

Si la souscription consiste en des biens, elle se réalise alors par le transfert à la société d'un droit de propriété ou de jouissance¹⁰. Elle est garantie par la personne ayant effectué ce transfert comme un vendeur garantirait la chose vendue vis-à-vis de l'acheteur pour ce qui est du titre de propriété et comme un locateur vis-à-vis du locataire pour ce qui est du droit de jouissance¹¹. On doit également remarquer que dans le cas d'un transfert de la jouissance d'un bien qui se détériore, celui-ci devra être remis à l'associé en pareille quantité, qualité et valeur lorsque l'obligation de rendre surviendra¹².

Cet apport peut être effectué en connaissances ou en activités, auquel cas il doit être constant pour toute la période pendant laquelle la personne l'ayant

⁷ *Id.*, art. 2186, al. 2.

⁸ *Id.*, art. 2198-2200.

⁹ *Id.*, art. 2198, al. 2.

¹⁰ *Id.*, art. 2199.

¹¹ *Id.*, art. 2199, al. 2.

¹² *Id.*, art. 2199, al. 3.

promis est un associé. Dans ce cas, l'associé devra remettre le bénéfice qu'il réalise grâce au bien qu'il a déjà apporté, c'est-à-dire la différence entre tout revenu qu'il peut réaliser et les frais encourus personnellement pour ce faire¹³.

L'ensemble constitué par les différents apports doit être qualifié de fonds commun qui s'apparente au capital souscrit dans une compagnie et ne peut faire l'objet d'une distribution entre associés à moins que ceux-ci n'aient préalablement décidé de réduire la valeur des apports. Même si le Code civil n'utilise l'expression «fonds commun» qu'en matière de société en commandite et jamais celle de «capital social», il nous paraît logique de considérer l'ensemble des apports dans une société en nom collectif comme formant un tel fonds. Certes, l'existence d'une responsabilité solidaire des associés ne justifie pas, comme en matière de compagnie, l'existence d'un fonds pour satisfaire les dettes sociales et constituer le gage commun des créanciers, mais le caractère subsidiaire de cette responsabilité solidaire implique la nécessité de mettre les apports à l'abri dans l'intérêt des tiers et surtout des associés eux-mêmes puisque, comme on le verra plus tard, les créanciers doivent d'abord discuter les biens de la société avant ceux des associés.

Il importe aussi de préciser que lorsque le contrat de société ne mentionne pas la part de chaque associé dans l'actif, celle-ci sera présumée être égale¹⁴. L'article 2204 C.c.Q. vient également préciser les obligations de l'associé, reliées à son apport, en lui interdisant la concurrence directe ou indirecte avec la société et la participation à une activité qui priverait celle-ci des biens, des connaissances ou de l'activité qu'il est tenu d'y apporter. Le cas échéant, les bénéfices qui en résultent sont acquis à la société, sans préjudice aux recours que celle-ci peut exercer contre la société.

En ce qui concerne la société en commandite, les commanditaires sont tenus de fournir un apport, qu'il soit en argent ou en biens, au fonds commun de la société¹⁵. Cet apport peut être fourni lors de la constitution du fonds commun ou en tout autre temps, comme apport additionnel à ce fonds¹⁶. De plus, tant que l'apport convenu n'a pas été délivré, le commanditaire assume les risques de perte, même par force majeure¹⁷. La responsabilité personnelle du commanditaire se limite à l'apport qu'il a convenu d'apporter, malgré toute cession de part dans le fonds commun¹⁸. Pour le reste, les règles relatives à la

¹³ *Id.*, art. 2200.

¹⁴ *Id.*, art. 2202.

¹⁵ *Id.*, art. 2236, 2240 et 2249.

¹⁶ *Id.*, art. 2240, al. 1, *in fine*.

¹⁷ *Id.*, art. 2240, al. 2.

¹⁸ *Id.*, art. 2246, al. 1.

société en nom collectif sont applicables à la société en commandite, compte tenu des adaptations nécessaires¹⁹.

Les règles régissant la société en nom collectif s'appliquent à la société en participation sauf stipulation à l'effet contraire au contrat de société²⁰.

2. L'esprit de collaboration ou *affectio societatis*

Cet esprit de collaboration est l'élément subjectif dont l'existence est nécessaire à la constitution d'une société. La preuve de cet élément peut être difficile à établir lorsqu'on doit départager une société d'une association. Il s'agit notamment de rechercher l'intention et le sens du contrat de société liant les associés. Toute circonstance, événement et fait ayant joué un rôle dans la formation et l'exécution d'un accord liant des personnes doit être analysé dans le but de déterminer si celles-ci se sont entendues pour collaborer à un but commun²¹. L'article 2250 C.c.Q., en matière de société en participation, stipule d'ailleurs qu'un contrat de société peut résulter «de faits manifestes qui indiquent l'intention de s'associer». Ainsi, une question qui pourrait être soulevée serait de déterminer si des avocats, par exemple, se sont associés pour partager des dépenses ou pour mieux servir leur clientèle.

Cette intention est cependant difficilement définissable mais peut, malgré tout, être simplement cernée. En effet, il s'avère possible, selon une certaine doctrine²² classique, de caractériser l'*affectio societatis* comme une collaboration volontaire et active. Ces caractéristiques permettent de distinguer le contrat de société des états juridiques subis et non voulus comme l'indivision et les contrats de prêt. L'article 2250 cité plus haut fournit à cet égard une précision utile quand il énonce à son deuxième alinéa que la «seule indivision de biens existant entre plusieurs personnes ne fait pas présumer leur intention de s'associer».

Il semble, par conséquent, qu'il faille renoncer à donner de l'*affectio societatis* une définition unitaire car ce concept est fondamentalement multiforme. Il est à la fois le révélateur de l'existence d'une société, le régulateur de la vie sociale et le moyen de distinguer la qualité d'associé des situations voisines. Il revient donc aux tribunaux de considérer celles des caractéristiques qui s'avèrent prépondérantes et décisives par rapport à l'existence de cette intention de collaborer lorsqu'il s'agit de qualifier un certain rapport juridique. Des notions comme la convergence ou la divergence des intérêts des parties à un

¹⁹ *Id.*, art. 2249.

²⁰ *Id.*, art. 2252.

²¹ *Darby Development corporation c. Ministre du revenu national*, [1964] Ex. C.R. 78, 79.

²² James SMITH, «Le contrat de société en droit québécois», (1979-80) 82 *R. du N.* 123, 141-154.

contrat permettent de distinguer, par exemple, le contrat de société du contrat de vente, de concession ou de franchise, puisque les parties à tels contrats, possédant des intérêts divergents, ne peuvent être réputées participer de façon convergente à la réalisation d'un objectif commun. Une notion comme l'absence de lien de subordination permet de différencier le contrat de société du contrat de travail. Somme toute, nous pourrions peut-être cerner la notion d'«*affectio societatis*» en affirmant que les associés doivent collaborer volontairement et activement en plus de posséder des intérêts convergents vers la réalisation d'un but commun et identique sans que l'un de ces associés soit subordonné à un autre autrement que de sa propre volonté.

3. La notion d'activité ou d'entreprise

Tel que mentionné précédemment, le *Code civil du Québec* fait totalement disparaître la notion de commercialité qui permettait auparavant d'établir la différence entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales.

Le caractère d'une société découlait soit de son objet, c'est-à-dire de l'accomplissement d'actes de commerce, soit de sa forme. En effet, l'article 1864 C.c.B.C. stipule que les sociétés commerciales sont les sociétés en nom collectif, les sociétés anonymes et les sociétés en commandite. L'article 1863 C.c.B.C. prévoit par ailleurs, que les sociétés commerciales sont celles qui sont formées pour quelque trafic, fabrication ou autre affaire d'une nature commerciale et que «toute autre société est civile».

Cette *summa-divisio* entre sociétés civiles et sociétés commerciales a entraîné certains problèmes lorsque des sociétés civiles, dans le cours de leurs activités, se livraient à des activités à caractère commercial. Il existait alors un conflit entre sa forme et son objet véritable dont la réalisation passait par l'accomplissement répété d'actes de nature commerciale.

Ce problème a désormais disparu. Une société exerce maintenant «une activité, incluant celle d'exploiter une entreprise». Cette notion d'entreprise est d'ailleurs définie à l'article 1525 C.c.Q. qui se lit ainsi :

Constitue l'exploitation d'une entreprise l'exercice, par une ou plusieurs personnes d'une activité économiquement organisée, qu'elle soit ou non à caractère commercial, consistant dans la production ou la réalisation de biens, leur administration ou leur aliénation, ou dans la prestation de services.

Il est donc évident, à la lecture de cet article que les sociétés regroupant des professionnels sont prestataires de services et qu'à ce titre, elles exploitent une entreprise.

4. La participation aux bénéfices et aux pertes

a) *La notion de bénéfice*

Lorsque l'on parle de bénéfices pécuniaires d'une société, on parle sûrement des bénéfices disponibles pour distribution aux associés, c'est-à-dire la différence entre les actifs réévalués, s'il y a lieu, et les dépenses excluant les amortissements.

Si on considère, comme le fait depuis la Loi française du 4 janvier 1978, qu'une société se caractérise par la recherche en commun d'une économie, la question de la définition du bénéfice se complique encore davantage puisque toute réalisation d'économie profitable aux associés suffira à caractériser l'entité au sein de laquelle ils oeuvrent comme étant une société. Il existe des associations d'avocats qui reposent sur une mise en commun de certains moyens et dont l'objet est la réduction des frais de chacun. Si un bénéfice est considéré comme la réalisation d'une économie, ces associations pourraient être des sociétés.

Pour l'instant, la jurisprudence et la doctrine québécoises n'ont pas véritablement abordé cette question et considèrent que la notion de bénéfice se limite à la réalisation et au partage d'un gain pécuniaire²³ mais il n'est pas exclu que cette notion soit un jour élargie. C'est d'ailleurs par ce moyen que plusieurs sociétés de professionnels, empêchés de s'associer par les dispositions de la réglementation de leur profession, ont réussi à se créer des associations qui ont toutes les caractéristiques d'une société en nom collectif mais qui sont considérées légalement comme de simples associations.

b) *Les règles de partage*

Relativement à la société en nom collectif, l'article 2201 C.c.Q. prévoit que : «La participation aux bénéfices d'une société emporte l'obligation de partager les pertes». Il est de l'essence même d'un contrat de société que tous les associés partagent les bénéfices de l'entreprise commune. Ce partage s'effectue en parts égales si le contrat de société n'en décide pas autrement²⁴. Par conséquent, une disposition d'un contrat de société qui exclurait un associé du partage dans les bénéfices serait nulle et sans effet²⁵. Toutefois, pour ce qui est des pertes de la

²³ Pierre-P. CÔTÉ, « Considérations sur la conception et l'élaboration du contrat de société », (1984-85) 15 *R.D.U.S.* 487, 501.

²⁴ C.c.Q., art. 2202.

²⁵ *Id.*, art. 2203.

société, il est possible de prévoir qu'un associé n'y participe pas, une telle clause ne pouvant cependant être opposée aux tiers²⁶.

Il faut enfin signaler également que la présence dans le contrat de société d'une clause prévoyant uniquement le partage des bénéfices, des pertes ou de l'actif sera présumée concerner le règlement du partage dans ces trois domaines²⁷. Des dispositions similaires s'appliquent d'ailleurs à la société en participation.

Quant à la société en commandite, le commanditaire a droit à sa participation aux bénéfices de la société. Par contre, si le paiement de ces bénéfices entame le fonds commun de la société, le commanditaire qui les reçoit est tenu de remettre la somme nécessaire pour couvrir sa part du déficit²⁸. En d'autres termes, les créanciers doivent avoir préséance sur les commanditaires²⁹. Pour ce qui est des pertes, les commanditaires n'y participent que jusqu'à concurrence de leur apport puisque c'est le commandité qui répond des dettes de la société envers les tiers³⁰.

B. Caractéristiques de la personnalité morale

Avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, la jurisprudence et la doctrine, en interprétant les dispositions du *Code civil du Bas Canada*, considéraient que les sociétés civiles ne bénéficiaient d'aucune des prérogatives liées à la personnalité juridique et que les sociétés commerciales n'en possédaient que certains attributs³¹.

Même si le *Code civil du Québec* confère aux sociétés en nom collectif et en commandite plusieurs privilèges ou attributs communs aux personnes morales, il n'en demeure pas moins qu'aucun des trois types de société reconnus par le *Code civil du Québec* ne confère le statut de personne morale. Cette décision du législateur est d'ailleurs expressément annoncée par le ministre de la Justice :

Certes, la doctrine et la jurisprudence ont maintes fois reconnu l'existence d'une certaine personnalité juridique aux sociétés, particulièrement à l'égard des sociétés commerciales, en nom collectif ou

²⁶ *Id.*, art. 2203, al. 2.

²⁷ *Id.*, art. 2202, al. 2.

²⁸ *Id.*, art. 2242.

²⁹ *Id.*, art. 2248.

³⁰ *Id.*, art. 2246.

³¹ Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 8, Montréal, Thémis, 1909, pp. 186 et 187; James SMITH, «La personnalité morale des groupements non constitués en corporation», (1978-79) 81 *R. du N.* 457.

en commandite. Cependant, on n'a jamais considéré cette personnalité juridique aussi complète que celle qui est attribuée aux «compagnies», par exemple. Aussi, à défaut d'établir une difficile et subtile distinction entre la grande et la petite personnalité juridique, entre la personnalité morale complète et incomplète, a-t-on préféré maintenir ici le droit antérieur.

D'ailleurs, l'attribution de la personnalité juridique aux sociétés ne comportait pas d'avantages réels particuliers, mais risquait, par contre, de créer une disparité de traitement par rapport aux sociétés constituées ailleurs en Amérique du Nord, qui ne sont pas dotées de la personnalité juridique, sans compter les incidences fiscales possibles d'une telle attribution.³²

Cette décision du législateur est également confirmée par l'article 2188 du *Code civil du Québec* qui stipule que seules les sociétés par actions sont des personnes morales, impliquant, *a contrario* que les autres sociétés n'en sont pas. De même, les articles 909 et 2692 C.c.Q., en faisant la distinction entre les personnes morales et les sociétés en commandite, appuient clairement cette interprétation.

Nonobstant le fait que les sociétés du *Code civil du Québec* ne soient pas juridiquement des personnes morales³³, les sociétés partagent plusieurs caractéristiques propres aux personnes morales, dont les suivantes :

- appropriation d'un nom propre (article 2189 C.c.Q.);
- attribution d'un patrimoine distinct (articles 2198, 2199, 2206 et 2221 C.c.Q.);
- capacité d'ester en justice sous son nom autant en demande qu'en défense (article 2225 C.c.Q.);
- existence autonome non compromise par le départ, le décès, la faillite ou l'interdiction de leurs membres (articles 2226 et 2230 C.c.Q.);
- existence temporaire même avec un seul membre (article 2232 C.c.Q.);
- pouvoir d'achat et de rachat des parts de leurs membres et pouvoir des associés de transférer leurs parts à un autre associé ou à un tiers (articles 2209 et 2210 C.c.Q.);

³² *Commentaires du ministre de la Justice, op. cit.*, note 3, pp. 1378 et 1379.

³³ À titre de référence : Jean-Claude THIVIERGE, «Le débat sur la personnalité morale de la société est-il clos?», dans *Développements récents en droit commercial (1993)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 105.

- mêmes règles de liquidation que les personnes morales (article 2235 C.c.Q.).

Nous traiterons donc méthodiquement de chacune de ces particularités en regardant davantage l'implication de ces dernières pour chacune des sociétés et en établissant, de plus, les différences par rapport aux sociétés en participation.

1. Possession d'un nom propre

Les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite sont constituées sous un nom propre qui est, en vertu de l'article 2189 C.c.Q., «un nom commun aux associés»; ce nom doit être déclaré et immatriculé et permet aux tiers d'identifier la société. L'absence de déclaration entraîne la déchéance de la forme sociale recherchée et laisse présumer la qualité de société en participation³⁴. Il est également important de noter qu'en vertu de l'article 2197 C.c.Q., les sociétés en nom collectif ou en commandite doivent indiquer leur forme juridique dans leur nom respectif sous peine pour elles et pour leurs associés d'être considérés au même titre qu'une société en participation et ses associés. Une telle disposition nous indique d'ailleurs que rien n'empêche une société en participation de se représenter également sous un nom propre sans pour autant l'obliger à immatriculer celui-ci.

2. L'existence d'un patrimoine distinct

Nous avons vu auparavant que les associés ont l'obligation de fournir des apports³⁵. Ceux-ci constituent un fonds commun que les associés ne peuvent se partager mais qui est un élément du patrimoine de la société. La société possède également des biens propres acquis dans le cours de ses activités et qui sont affectés à la réalisation de l'objet social. Elle est donc titulaire de droits réels et de droits personnels.

De plus, les apports effectués peuvent consister en des biens dont la propriété est transférée à la société. Il serait impensable que des droits réels soient transférés à une structure ne bénéficiant pas de la qualité juridique nécessaire à la simple détention de ces droits. Nous ne sommes pas ici en matière de fiducie où le *Code civil du Québec* reconnaît la notion de patrimoine d'affectation. Il est en effet nécessaire de considérer que le droit civil affirme généralement que le patrimoine est une émanation de la personnalité. La notion de patrimoine d'affectation ne peut être conçue que sous l'aspect d'une

³⁴ C.c.Q., art. 2189, al. 2.

³⁵ *Id.*, art. 2186.

exception, clairement énoncée et limitée par des dispositions légales expresses à des domaines précis.

3. La capacité d'ester en justice

Les sociétés peuvent contracter des obligations et donc détenir des créances à l'encontre de tiers³⁶. Elles peuvent donc logiquement être débitrices à l'égard de tiers³⁷. La capacité la plus intéressante est celle d'ester en justice. Ceci constitue un changement important par rapport au droit ancien. En effet, ce dernier ne reconnaissait pas cette capacité de façon générale. Les sociétés ne pouvaient pas être demanderesses dans une action en tant que personne et tous les associés devaient se porter demandeurs. Les sociétés commerciales pouvaient être défenderesses sous leur seul nom et leur seule raison sociale. Si tel était cependant le cas, le titulaire d'un jugement ne pouvait alors recouvrer des dommages éventuellement alloués que contre les biens de la société et non contre ceux des associés³⁸.

L'article 2225 C.c.Q. stipule désormais que : «La société peut ester en justice sous le nom qu'elle déclare et elle peut être poursuivie sous ce nom».

Les sociétés en participation ne sont toutefois pas dotées de cette capacité puisque qu'elles n'ont pas de nom commun et que chaque associé demeure, en vertu de l'article 2252 C.c.Q., propriétaire des biens constituant son apport et contracte, selon l'article 2253 C.c.Q., en son nom personnel et s'oblige ainsi seul à l'égard des tiers. Ainsi, l'article 2257 C.c.Q. n'évoque que les actions intentées contre les associés et non contre la société. Une action peut donc être intentée contre un seul associé ce qui n'empêche pas, après jugement rendu contre lui, de poursuivre les autres en vertu des mêmes allégations, ensemble ou séparément. Si une action invoque un écrit portant le nom de tous les associés, ceux-ci devront tous être poursuivis pour que le jugement leur soit opposable³⁹.

4. Existence autonome

Un associé cesse d'être membre de la société par la cession de sa part ou par son rachat⁴⁰. Il cesse également de l'être par son décès, par l'ouverture d'un

³⁶ *Id.*, art. 2206 et 2207.

³⁷ *Id.*, art. 2221.

³⁸ Michèle THÉRIAULT, *Société civile réelle*, 1^{re} éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1990, p. 48.

³⁹ C.c.Q., art. 2257, al. 2.

⁴⁰ *Id.*, art. 2209 et 2211.

régime de protection à son égard, par sa faillite, par l'exercice de son droit de retrait⁴¹, par sa volonté ou finalement par son expulsion⁴² ou encore par un jugement⁴³ à cet effet⁴⁴.

Sous le *Code civil du Bas-Canada*, la survivance de la société dépend de la présence et de la solvabilité de chacun des associés⁴⁵. Sous le *Code civil du Québec*, la survie des sociétés en nom collectif et en commandite n'est en aucune façon liée à la personne de chaque associé⁴⁶. Ainsi, malgré le fait qu'un associé ne soit plus un membre de la société, celle-ci continue son existence.

Il demeure malgré tout important pour l'associé qui se retire de la société de faire indiquer cette nouvelle situation au registre des entreprises individuelles, sociétés et personnes morales. À défaut de ce faire, il sera considéré comme un associé par les tiers de bonne foi⁴⁷.

L'existence de la société en participation, quant à elle, n'est pas indépendante des associés. En effet, le deuxième alinéa de l'article 2258 C.c.Q. stipule expressément que ce type de contrat de société prend fin par le décès ou la faillite de l'un des associés, par l'ouverture à son égard d'un régime de protection ou par un jugement ordonnant la saisie de sa part.

5. Possibilité d'exister avec un seul associé

Une société peut désormais survivre, malgré la concentration de toutes les parts sociales entre les mains d'un seul associé. Cette situation n'emportera pas la dissolution pourvu qu'au moins un autre associé se joigne à la société dans un délai de 120 jours⁴⁸.

41 *Id.*, art. 2228, concernant le droit de retrait par simple avis d'une société à durée non déterminée.

42 *Id.*, art. 2229, al. 1.

43 *Id.*, art. 2229, al. 2.

44 *Id.*, art. 2226 pour l'ensemble de ces motifs.

45 C.c.B.C., art. 1892(5) et (6a).

46 C.c.Q., art. 2230.

47 *Id.*, art. 2195; et *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*, L.Q. 1993, c. 48, art. 62 [ci-après citée : «L.P.L.»].

48 C.c.Q., art. 2232.

6. Pouvoir d'achat et de rachat des parts sociales

Comme des actions de compagnie, les parts sociales, qui représentent du capital aux termes de l'article 909 C.c.Q., peuvent également être transférées à un autre associé ou à un non-associé à des conditions auxquelles nous ferons référence à la partie II, section B, paragraphe 2.

7. Mêmes règles de liquidation que les personnes morales

En vertu de l'article 2235 C.c.Q., les règles prévues aux articles 358 à 364 du livre Des personnes concernant la liquidation sont applicables aux sociétés.

Ce régime prévoit notamment la nomination d'un liquidateur⁴⁹ qui aura la saisine des biens de la personne morale et procédera au remboursement des dettes et ensuite à celui des apports. Il pourra ensuite distribuer entre les associés l'actif restant. La liquidation prend fin avec le dépôt d'un avis de clôture⁵⁰ qu'il ne faut pas confondre avec l'avis de dissolution⁵¹ déposé par les administrateurs auprès de l'Inspecteur général des institutions financières⁵² avant le début de la phase liquidative.

Un associé pourra donc récupérer son apport si le paiement des dettes sociales le permet. Si l'apport consistait en un transfert à la société du titre de propriété d'un bien, il pourra récupérer l'apport; s'il consistait en un droit de jouissance sur un bien, il pourra le reposséder, ne s'étant jamais départi de sa propriété.

La liquidation d'une société en participation implique par contre les règles prévues aux articles 2264 à 2266 C.c.Q. qui excluent les recours à l'Inspecteur général, le mode de liquidation de même que le choix du liquidateur demeurant à la discrétion des associés et, à défaut, au choix du tribunal⁵³.

À la lumière de toutes ces caractéristiques, nous pouvons certes constater que les sociétés **ressemblent** à des personnes morales mais devons garder à l'esprit qu'elles n'en sont pas.

⁴⁹ *Id.*, art. 359.

⁵⁰ *Id.*, art. 364.

⁵¹ *Id.*, art. 358.

⁵² L.P.L., art. 43.

⁵³ C.c.Q., art. 2264.

II. LES PRINCIPALES REGLES APPLICABLES EN MATIERE DE SOCIETES

Nous verrons dans un premier temps, les dispositions du *Code civil du Québec* touchant le fonctionnement des sociétés et dans un deuxième temps, nous analyserons le statut juridique des associés qui résulte des dispositions du *Code civil du Québec*. Nous considérerons ainsi les relations des associés d'abord entre eux, ensuite avec la société et finalement à l'égard des tiers.

A. Les dispositions du Code civil qui touchent au fonctionnement des sociétés

Nous verrons successivement les dispositions relatives aux effets de la publicité des sociétés, à la preuve de l'existence d'un contrat de société, à l'administration des sociétés et finalement à leur dissolution.

1. Les effets de la publicité

Les sociétés en participation ne sont pas soumises à des règles de publicité et n'ont donc pas à se déclarer.

Les sociétés en nom collectif ou en commandite ont, en vertu de l'article 2189 C.c.Q. et de l'article 2(2) de la L.P.L.⁵⁴, l'obligation de se déclarer «de la manière prescrite par les lois relatives à la publicité légale des sociétés». Outre cette obligation de remplir les conditions posées par les articles 10 à 25 de la L.P.L. entrée en vigueur le 4 novembre 1993, elles doivent également préciser l'objet de la société et «mentionner qu'aucune autre personne que celles qui y sont nommées ne fait partie de la société»⁵⁵. La déclaration d'une société en commandite doit, de plus, indiquer les noms et domiciles des commandités et des commanditaires connus lors de la conclusion du contrat, en distinguant les premiers des seconds, et faire état du lieu où peut être consulté le registre dans lequel est inscrite l'information mise à jour concernant les nom et domicile de tous les commanditaires et tous les renseignements concernant les apports des associés au fonds commun⁵⁶.

Selon l'article 2191 C.c.Q., une irrégularité dans la déclaration peut être rectifiée. Un acte de régularisation ne peut cependant porter atteinte aux droits des associés et des tiers à moins que ceux-ci aient exprimé leur consentement

⁵⁴ Précitée, note 47.

⁵⁵ C.c.Q., art. 2190, al. 1.

⁵⁶ *Id.*, art. 2190, al. 2.

ou que le tribunal ait ordonné le dépôt de cet acte⁵⁷. De plus, cette régularisation prend effet rétroactivement à la date du dépôt de la déclaration à moins d'une stipulation expresse à l'effet contraire⁵⁸. Aussi, un changement apporté à la déclaration doit faire l'objet d'une déclaration modificative⁵⁹.

L'article 2195 C.c.Q. stipule également que la déclaration est opposable aux tiers et fait preuve de son contenu en faveur des tiers de bonne foi tant qu'une modification n'est pas intervenue ou qu'elle n'a pas été radiée. Les tiers peuvent néanmoins contredire les mentions d'une déclaration par tous moyens, c'est-à-dire aussi bien par un écrit, un commencement de preuve par écrit ou un témoignage⁶⁰.

2. La preuve de l'existence d'un contrat

La publicité d'une déclaration ne doit pas être considérée comme un moyen d'établir la preuve de l'existence d'une société. Une telle preuve est régie par l'article 2860 C.c.Q. qui régit la preuve des actes juridiques en général. Un contrat ayant fait l'objet d'un écrit doit être prouvé en produisant l'original ou une copie conforme. Toute partie à ce contrat doit faire montre de bonne foi et de diligence et fournir un original de l'écrit ou sa copie; elle peut en outre, en cas d'impossibilité de produire un de ces deux documents, prouver l'existence du contrat de société par tous moyens. Les parties peuvent alors avoir recours à des témoignages pour établir l'existence du contrat s'il existe un commencement de preuve. Les tiers ne sont quant à eux jamais obligés de fournir un écrit.

Pour ce qui est des sociétés en participation, l'article 2250 C.c.Q. précise que le contrat constitutif de la société peut être écrit ou verbal. La preuve d'un tel contrat est donc totalement libre. La déclaration n'a donc pas pour effet de donner existence au contrat de société. Celui-ci reste purement consensuel contrairement aux ententes visant la création de compagnies provinciales et sociétés fédérales.

Somme toute, la déclaration immatriculée ne sert qu'à établir le contenu et les mentions de ce contrat. L'existence du contrat se prouve en vertu des règles de droit commun en matière de preuve.

⁵⁷ *Id.*, art. 2192.

⁵⁸ *Id.*, art. 2193.

⁵⁹ *Id.*, art. 2194.

⁶⁰ *Id.*, art. 2195.

3. L'administration des sociétés

En vertu de l'article 2212 C.c.Q., les associés d'une société en nom collectif disposent d'une très grande liberté quant à l'administration de la société. Ils peuvent, en effet, conclure tout arrangement approprié quant à leurs pouvoirs respectifs dans la gestion des affaires de la société. Dans les sociétés structurées, ces arrangements feront l'objet de contrats de société qui contiendront des dispositions généralement aux mêmes fins que celles que l'on retrouve aux statuts et règlements de même qu'aux conventions unanimes des actionnaires de compagnies et qui régissent les relations des actionnaires entre eux et envers la compagnie. Il en est de même pour les associés d'une société en participation en ce qui concerne les relations des associés entre eux et envers la société.

L'article 2213 C.c.Q. prévoit que les «associés peuvent nommer l'un ou plusieurs d'entre eux, ou même un tiers pour gérer les affaires de la société». Si le pouvoir de gestion a été ainsi confié en vertu d'une clause du contrat de société, son titulaire ne peut se le voir retirer qu'en présence d'un motif sérieux alors que s'il a été octroyé par un acte postérieur à ce contrat, «il est révocable comme un simple mandat». S'il existe plusieurs administrateurs, l'article 2214 C.c.Q. stipule que chacun d'eux peut agir séparément à moins d'une stipulation du contrat de société exigeant le concours de plusieurs d'entre eux à l'accomplissement de certains actes. En l'absence de stipulation quant au mode de gestion, «les associés sont réputés s'être donnés réciproquement le pouvoir de gérer les affaires de la société»⁶¹. Tout associé pourra alors obliger les autres en vertu de tout acte qu'il aura accompli à moins que ceux-ci ne s'y opposent avant son accomplissement⁶².

Le Code énonce au premier alinéa de l'article 2216 C.c.Q. que rien n'empêche le contrat de société de prévoir une délégation à un comité de direction des décisions pertinentes aux affaires courantes. Toute telle décision requiert l'accord de la majorité des associés à moins d'une disposition du contrat de société à l'effet contraire. Toutefois, l'unanimité est requise quant il s'agit d'une modification du contrat de société; la version anglaise du deuxième alinéa de l'article 2216 C.c.Q. clarifie l'ambiguïté de la version française à ce dernier sujet.

En matière de société en commandite, les commandités sont les seuls à être investis des pouvoirs de gestion et de lier la société⁶³. Ils doivent, de plus, rendre

⁶¹ *Id.*, art. 2215, al. 1.

⁶² *Id.*, art. 2215, al. 2.

⁶³ *Id.*, art. 2236.

compte aux commanditaires de leur gestion⁶⁴. Quant à eux, les commanditaires ne peuvent donner que des avis consultatifs relativement à l'administration de la société⁶⁵. Ils peuvent cependant, en vertu de l'article 2245 C.c.Q. faire les actes de simple administration que requièrent la gestion de la société, lorsque les commandités ne peuvent plus agir.

4. La dissolution des sociétés

a) *La société en participation*

En vertu de l'article 2258 C.c.Q., le contrat d'une société en participation peut être résilié sur consentement mutuel de tous les associés. Il peut également prendre fin par l'arrivée du terme ou l'avènement de la condition apposée au contrat, par l'accomplissement de l'objet du contrat ou par l'impossibilité d'accomplir cet objet. Il prend aussi fin par le décès ou la faillite de l'un des associés, par l'ouverture à son égard d'un régime de protection ou par un jugement ordonnant la saisie de sa part. De plus, un contrat de société en participation ne comportant aucune limite dans le temps ou prévoyant un droit de retrait exerçable par les associés, peut prendre fin quand un des associés adresse aux autres un avis à cet effet sous la réserve qu'il soit «donné de bonne foi et non à contretemps»⁶⁶. Un tel contrat de société peut également être résilié pour toute cause légitime, notamment si un des associés ne remplit pas ses obligations ou «nuit à l'exercice de l'activité des associés»⁶⁷.

La fin du contrat de société emporte comme conséquence que les associés n'ont plus le pouvoir d'agir en vertu de celui-ci sauf «quant aux actes qui sont une suite nécessaire des opérations en cours»⁶⁸.

L'article 2262, alinéa 2 C.c.Q. précise également qu'un associé de bonne foi agissant dans l'ignorance de la fin du contrat de société et dans le cours des activités de celle-ci, lie les autres associés «comme si la société subsistait». En effet, la fin du contrat de société ne porte pas atteinte aux droits des tiers de bonne foi qui contractent subséquemment avec un associé ou un autre mandataire de tous les associés⁶⁹.

⁶⁴ *Id.*, art. 2238.

⁶⁵ *Id.*, art. 2244.

⁶⁶ *Id.*, art. 2260.

⁶⁷ *Id.*, art. 2261.

⁶⁸ *Id.*, art. 2262, al. 1.

⁶⁹ *Id.*, art. 2263.

Finalement, l'article 2265 C.c.Q. précise que lorsque le contrat de société prend fin, l'associé a le droit d'obtenir la restitution des biens correspondant à la part dont il a la propriété, et d'exiger l'attribution, en nature ou par équivalent, des biens dont il a la propriété indivise dans la société.

b) *Les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite*

Pour ce qui est des sociétés en nom collectif et des sociétés en commandite, il est intéressant de noter que le *Code civil du Québec* n'emploie pas l'expression de «fin du contrat de société» mais celle de «dissolution de la société». Ce changement de terminologie nous semble logique. En effet, nous avons constaté plus haut que les sociétés en participation étaient des contrats ne donnant pas naissance à la création d'une personne indépendante des associés. Il ne peut donc pas, dans ce cas, y avoir de personne à dissoudre.

Selon l'article 2230 C.c.Q., une société est dissoute par l'accomplissement de son objet ou l'impossibilité de l'accomplir, ou, encore par le consentement de tous les associés, un tribunal pouvant également la dissoudre pour cause légitime.

Contrairement à ce qui se passe pour les sociétés en participation, l'arrivée du terme prévu pour la durée d'une société n'entraîne pas automatiquement sa dissolution puisqu'elle peut être continuée du consentement unanime des associés⁷⁰. Le décès ou la faillite d'un des associés ainsi que la saisie de sa part n'entraîne pas non plus la dissolution de la société, tel que nous le mentionnions précédemment.

Relativement aux conséquences de la dissolution, elles sont identiques à celles qui résultent de la fin du contrat de société en participation : les pouvoirs des associés cessent d'exister sauf quant aux agissements qui consistent à donner suite à des activités en cours⁷¹. Par conséquent, un associé ignorant de bonne foi la dissolution peut également continuer à lier la société et les autres associés, «comme si la société subsistait»⁷². Enfin, cette dissolution ne doit pas porter atteinte aux droits des tiers de bonne foi qui contractent subséquemment avec un associé ou un mandataire agissant pour le compte de la société⁷³.

⁷⁰ *Id.*, art. 2231.

⁷¹ *Id.*, art. 2233.

⁷² *Id.*, art. 2233, al. 2.

⁷³ *Id.*, art. 2234.

Après avoir examiné les règles affectant le fonctionnement des sociétés, nous allons maintenant nous pencher sur le statut juridique des associés et de leurs obligations à l'égard de la société et des tiers.

B. Le statut des associés à l'égard de la société

1. Les obligations des associés à l'égard de la société

Nous avons déjà évoqué la notion d'apport qui devient une obligation due par chaque associé à la société lorsque la promesse en a été faite⁷⁴.

L'article 2204 C.c.Q. interdit aux associés de faire concurrence à la société ou de se livrer à des activités susceptibles de la priver des apports qu'ils se doivent de lui apporter. Tout bénéfice résultant de telles activités doit être transféré à la société qui reste également titulaire de tous les recours possibles pour le recouvrement des bénéfices ainsi usurpés.

Il existe également une série de dispositions concernant l'imputation de certains paiements effectués par une personne à un associé en vertu d'une créance alors que cette même personne est également débitrice de la société. L'associé remboursé a l'obligation de verser à la société une somme proportionnelle à la créance de cette dernière par rapport à celle de l'associé. Quand un associé créancier s'est vu remboursé de la totalité de sa créance et que le débiteur commun est insolvable, il a l'obligation de rapporter à la société ce qu'il a reçu, encore qu'il ait donné quittance pour sa part⁷⁵.

2. Les droits des associés à l'égard de la société

Les droits des associés à l'égard de la société peuvent être classés en différentes catégories. Une première catégorie concerne les droits d'un associé de lier la société, une seconde le droit de l'associé de se livrer à certaines opérations sur ses parts dans la société et une troisième le droit d'utilisation des biens de la société.

⁷⁴ *Id.*, art. 2198.

⁷⁵ *Id.*, art. 2207.

a) *Le pouvoir de lier la société*

Cette prérogative est générale dans son étendue. Chaque associé peut, dans le cours des activités de la société lier cette dernière. En d'autres termes, chaque opération ou transaction effectuée par un associé oblige la société à en répondre. Certaines exceptions existent à ce principe. Si les autres associés s'opposent à l'opération avant sa conclusion ou s'ils limitent par contrat le pouvoir de chacun de lier la société, celle-ci ne sera pas liée. Toutefois et même dans ce dernier cas, l'article 2219 C.c.Q. stipule qu'un associé est, à l'égard des tiers de bonne foi, le mandataire de la société et la lie pour tout acte conclu au nom de celle-ci dans le cours de ses activités.

Le Code va même plus loin dans l'étendue de ce pouvoir puisque son article 2220 affirme que toute obligation contractée par les associés en leur nom propre lie également la société quand elle le fut dans le cadre des activités de celle-ci ou avait pour objet un bien utilisé par elle. Le même article précise cependant que le tiers peut cumuler les moyens opposables à l'associé et à la société et ainsi faire valoir qu'il n'aurait pas contracté s'il avait su que l'associé agissait pour le compte de la société.

b) *Le droit des associés de se livrer à certaines opérations sur leur part dans la société*

La valeur de la part est importante quand on considère que les associés de chacun des trois types de société peuvent la céder ou bien y associer un tiers en vertu d'une convention dite de croupier. Cette dernière convention ne doit pas s'analyser comme une cession de part ou la cession d'une partie de celle-ci en indivision. Le droit français la qualifie de société d'association en participation, ce terme reflétant bien sa nature juridique⁷⁶. Elle est en effet un accord qui donne naissance à une société entre l'associé et un tiers. Cette société aura pour objet la gestion de la part sociale. Il s'agit en fait d'une cession d'une partie des avantages monétaires générés par cette part et le tiers croupier reste étranger au contrat de société. Ainsi, un associé peut «sans le consentement des autres associés, s'associer un tiers relativement à la part qu'il a dans la société; mais il ne peut, sans ce consentement, l'introduire dans la société»⁷⁷. Aucun doute ne surgit quant à une telle convention d'intéressement aux avantages pécuniaires découlant de la part : elle ne consiste pas à adjoindre un tiers parmi les associés ou même à le substituer à l'associé qui se lie ainsi mais bien à permettre à un associé de l'associé de partager dans les profits de la société.

⁷⁶ J. ESCARRA, E. ESCARRA, J. RAULT, *Traité théorique et pratique du droit commercial*, t. 1, Librairie du recueil Sirey, 1950, p. 289.

⁷⁷ C.c.Q., art. 2209.

Un associé peut céder sa part sans le consentement des autres associés auquel cas, l'article 2209 C.c.Q. prévoit qu'un associé qui a vent d'une telle cession peut écarter le tiers cessionnaire en lui remboursant le prix payé et les frais afférents à cette cession. L'associé qui décide d'effectuer ce rachat ne peut le faire que dans les soixante (60) jours suivant celui où il a pris connaissance de la cession, pourvu que ce soit dans l'année suivant la date de celle-ci.

Le *Code civil du Québec* ajoute certaines autres dispositions qui ne figuraient pas dans le *Code civil du Bas Canada*. L'associé cédant sa part à un autre associé ou à la société elle-même, peut, en cas de désaccord sur le prix, faire appel à un expert désigné par les parties ou, à défaut, aux tribunaux⁷⁸. Cette disposition n'a évidemment d'effet qu'en ce qui concerne la cession d'une part sociale par un associé qui y est déjà obligé en vertu d'une disposition du C.c.Q. ou d'une convention de société.

Pour ce qui est des commanditaires dans les sociétés en commandite, l'article 2243 C.c.Q. prévoit que la part sociale dans le fonds commun est cessible.

Il nous faut signaler finalement qu'en vertu de l'article 2211 C.c.Q., la part, non pas dans la société, mais dans l'actif ou les bénéfices de la société, peut être hypothéquée et donc servir de sûreté à un prêt. Une telle hypothèque doit cependant être autorisée par les autres associés ou par le contrat de société.

c) *L'utilisation par un associé des biens de la société*

En vertu de l'article 2208 C.c.Q., un associé a le droit d'utiliser les biens de la société mais uniquement si cet emploi se fait «dans l'intérêt de la société et suivant leur destination» sans toutefois empêcher les autres associés de les utiliser également.

C. Le statut des associés à l'égard des tiers

1. La responsabilité des associés en cas de déclaration inexacte ou irrégulière

En vertu de l'article 2196 C.c.Q., les associés doivent assumer une responsabilité à l'égard des tiers quant aux obligations de la société résultant d'une déclaration incomplète, inexacte ou irrégulière. Cette responsabilité ne s'applique cependant pas aux commanditaires dans les sociétés en commandite.

⁷⁸ *Id.*, art. 2210.

2. La responsabilité des associés quant aux obligations contractées par la société

Il importe de bien distinguer le régime respectif des associés d'une société en nom collectif, d'une société en commandite et d'une société en participation.

a) *La responsabilité des associés d'une société en nom collectif*

On doit d'abord citer d'emblée les termes du premier alinéa de l'article 2221 C.c.Q. : «À l'égard des tiers, les associés sont tenus conjointement des obligations de la société; mais ils en sont tenus solidairement si les obligations ont été contractées pour le service ou l'exploitation d'une entreprise de la société».

Cet article fait référence à deux concepts de responsabilité qu'il y a lieu de définir et dont on doit rappeler les principales caractéristiques.

— La responsabilité conjointe des associés

Il y a responsabilité conjointe quand une obligation qui comporte plusieurs débiteurs ou plusieurs créanciers se divise entre eux, de telle sorte que chaque créancier n'a le droit de réclamer qu'une part de la créance, ou que chaque débiteur ne peut être poursuivi que pour le recouvrement de sa seule part de la dette commune. Deux autres conséquences doivent être indiquées : la mise en demeure du débiteur par un créancier ne produit aucun effet au profit des autres et l'interruption de la prescription ne nuit qu'au débiteur qui en a été l'objet. La poursuite d'un débiteur conjoint ne peut donc en aucun cas interrompre la prescription à l'égard des autres. En d'autres termes, la poursuite par un créancier d'un seul associé n'entraîne pas la mise en demeure des autres associés-débiteurs et l'interruption à leur égard du délai de prescription.

Quelle est la part de la dette pour le recouvrement de laquelle un débiteur conjoint peut être poursuivi? Le Code ne prévoit aucune disposition particulière en la matière et nous devons donc en revenir à ce que prévoit le contrat de société en matière de répartition des pertes entre les associés. Si le contrat ne prévoit rien à ce sujet, il faudra revenir aux articles 2202 et 2254 C.c.Q. et partir du principe que la répartition de cette contribution est égale.

Il faut pourtant bien se persuader que la responsabilité conjointe sera un cas de figure rare quand on sait que la plupart des obligations contractées par une société le sont ou le seront dans le cadre de l'exercice de son entreprise.

— La responsabilité solidaire des associés

La solidarité permet à un créancier de demander à l'un des débiteurs le paiement de la totalité de la dette. Cette notion intervient en matière d'exécution d'un droit et permet de réclamer à une personne plus que ce qu'elle ne doit. Le débiteur solidaire qui aura été condamné au paiement de la totalité de la dette commune pourra bien sûr se retourner contre les codébiteurs pour exiger d'eux le paiement de leur part. La conséquence essentielle de cette notion de solidarité est qu'un créancier peut réclamer la totalité de la dette à l'un quelconque des codébiteurs. Nous avons donc ici une dette unique et plusieurs débiteurs. La solidarité comporte des effets principaux et des effets secondaires. Les effets principaux sont les suivants : les poursuites contre l'un des codébiteurs n'empêchent pas le créancier d'en exercer de semblables contre les autres⁷⁹ et le codébiteur poursuivi peut invoquer les causes qui ont éteint la totalité de la dette⁸⁰, comme le paiement, la prescription, la perte de la chose et la remise de la totalité de la dette. On peut donc affirmer que seuls les moyens purement personnels, comme les vices du consentement ou l'incapacité, ne sont pas opposables au créancier poursuivant par un codébiteur capable dont le consentement était valide et qui voudrait invoquer un vice ayant affecté le consentement ou l'incapacité d'un codébiteur. Les effets secondaires sont les suivants : la mise en demeure adressée à l'un des débiteurs met en demeure tous les autres et fait courir à leur égard les intérêts moratoires et les poursuites intentées contre l'un des codébiteurs interrompent la prescription à l'égard de tous les autres⁸¹.

— La responsabilité des associés est subsidiaire

Il faut savoir que l'article 2221, alinéa 2 C.c.Q. ne permet à un créancier de poursuivre un associé qu'après avoir, préalablement « discuté les biens de la société ». Ainsi, si l'article 1528 C.c.Q. interdit à un codébiteur solidaire poursuivi d'opposer au créancier le bénéfice de division, il pourra lui opposer le bénéfice de discussion.

Ce bénéfice n'emporte pas pour le codébiteur poursuivi le droit de s'opposer à la poursuite afin que le créancier poursuive d'abord la société. Si on considère en effet la doctrine et la jurisprudence en matière de cautionnement on s'aperçoit que le bénéfice de discussion ne doit pas être conçu comme un moyen pour le débiteur d'empêcher la poursuite. Celui-ci peut être poursuivi d'emblée et peut

⁷⁹ *Id.*, art. 1529.

⁸⁰ *Id.*, art. 1530.

⁸¹ Alex WEIL et François TERRÉ, *Droit civil, les obligations*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1980, p. 1001 et suiv.

seulement requérir du créancier qu'il discute les biens de la société avec ceux du débiteur, c'est-à-dire qu'il les saisisse ou les mette en vente.

Le deuxième alinéa de l'article 2221 stipule en outre que le recouvrement par le créancier de sa dette contre les biens de l'associé ne pourra se faire qu'après que les créanciers personnels de ce codébiteur aient recouvré leurs créances à même ces biens⁸². C'est donc dire que le créancier d'une dette contractée par l'associé, même pour fins d'investissement dans la société, sera privilégié par rapport aux créanciers de la société. Une telle disposition aura sûrement comme conséquence d'inciter le prêteur à prêter aux associés qui réinvestiront le montant du prêt dans la société plutôt qu'à la société elle-même.

Il faut préciser enfin qu'en vertu des articles 2249 et 2251 C.c.Q., les règles applicables en matière de société en nom collectif sont applicables respectivement aux sociétés en commandite et en participation «compte tenu des adaptations nécessaires» dans ce dernier cas.

b) *La responsabilité des associés d'une société en commandite*

Il nous faut commencer par l'énoncé de l'article 2246 C.c.Q. : «En cas d'insuffisance des biens de la société, chaque commandité est tenu solidairement des dettes de la société envers les tiers; le commanditaire y est tenu jusqu'à concurrence de l'apport convenu, malgré toute cession de part dans le fonds commun».

Les associés-commandités assument donc une responsabilité solidaire de même nature que celle des associés d'une société en nom collectif. La responsabilité des associés-commanditaires est limitée à la valeur de l'apport promis. Le même article 2246 C.c.Q. précise, à son deuxième alinéa, que toute stipulation obligeant un commanditaire à cautionner ou à garantir les dettes de la société au delà de l'apport convenu est sans effet. De plus, l'article 2247 C.c.Q. précise que le seul cas où un commanditaire pourra être amené à assumer les dettes sociales sera celui où il aura agi comme un commandité à moins que sa qualité de commanditaire n'ait été clairement indiquée.

c) *La responsabilité des associés d'une société en participation*

Les associés d'une société en participation contractent avec les tiers en leur nom personnel et s'obligent donc seuls envers ceux-ci. La règle générale veut donc qu'il n'y ait pas, pour ce type de société, de pluralité de sujet puisque chacun s'engage en son propre nom. L'article 2256 C.c.Q. précise que les tiers

⁸² C.c.Q., art. 2221.

ne sont liés qu'avec l'associé avec lequel ils ont contracté à moins que celui-ci n'ait dévoilé sa qualité de mandataire des autres associés. C'est seulement dans ce dernier cas que le tiers sera lié à l'ensemble des associés. Lorsque les associés «agissent en qualité d'associés à la connaissance des tiers» la notion de dette commune fait également surface⁸³. Par conséquent, chaque associé assumera une responsabilité en vertu des actes d'un coassocié. La responsabilité pour les dettes et obligations contractées «pour le service ou l'exploitation d'une entreprise commune» est solidaire, les autres dettes seront assumées de façon conjointe. Le calcul de la part de chaque associé poursuivi est égale même si leurs parts dans la société sont inégales⁸⁴. Toute clause du contrat de société qui viserait à limiter l'étendue de la responsabilité des associés vis-à-vis des tiers est inopposable à ceux-ci⁸⁵.

3. La responsabilité des associés nominaux et des associés non déclarés

En vertu de l'article 2222 C.c.Q., un non-associé qui donne à croire qu'il l'est sera considéré comme tel vis-à-vis des tiers de bonne foi ayant agi en vertu de cette croyance. Il faut cependant ajouter que le même article 2222 C.c.Q. précise à son deuxième alinéa que la société ne sera liée par les actes de ce non-associé que si elle a donné à croire qu'il était associé sans prendre les mesures pour prévenir une erreur des tiers dans des circonstances qui la rendaient prévisible. Un associé non déclaré voit sa responsabilité engagée de la même façon que les associés déclarés, aux termes de l'article 2223 C.c.Q.

CONCLUSION

Nous avons pu constater que le *Code civil du Québec* contenait certains changements importants qui devront être pris en compte dans les contrats de société au sein desquelles les professionnels exercent une activité. Le *Code civil du Québec* met cependant à leur disposition une série de schémas particulièrement bien adaptés à la pratique en commun des professions. Ces dispositions règlent en effet des questions aussi variées et fondamentales que le statut des associés vis-à-vis de la société et leur responsabilité à l'endroit des tiers, assurant ainsi la protection de la clientèle et du public qui, au delà de la société, pourra se retourner contre les associés.

Le *Code civil du Québec* témoigne aussi d'une évolution intéressante et moderniste en admettant que les sociétés de professionnels puissent désormais

⁸³ *Id.*, art. 2253.

⁸⁴ *Id.*, art. 2254, *in fine*.

⁸⁵ *Id.*, art. 2255.

être considérées comme des entreprises plutôt que comme des sociétés civiles par opposition traditionnelle et *vide de sens* avec les sociétés commerciales. Toutefois, les sociétés du *Code civil du Québec* ne possèdent encore que certains des attributs des personnes morales. On peut sûrement espérer que d'autres attributs présentement réservés à ces dernières seront développés de façon à limiter la responsabilité des associés d'une société à la responsabilité professionnelle et à permettre à ces sociétés de mieux s'institutionnaliser et de participer plus concrètement au développement du milieu au sein duquel elles oeuvrent.

Il importe enfin de garder à l'esprit que les principes édictés par les dispositions législatives du *Code civil du Québec* ne demeurent pas moins supplétifs du contrat de société qui, lui, représente sans équivoque la volonté de ceux et celles qui participent à la réalisation du but commun poursuivi par la société.

Le professionnel salarié — Considérations civiles et déontologiques

Marie-France BICH*

INTRODUCTION	47
A. Survol historique	49
B. Définition de la «profession» et du «professionnel»	54
C. Contrat de travail, subordination et autonomie du professionnel	59
D. Conséquences du statut de salarié	63
CONCLUSION	71

* Marie-France Bich, professeure, Faculté de droit, Université de Montréal. L'auteure remercie Mme Monique Laforest de son aide diligente dans la recherche documentaire qu'a nécessité cette conférence. Elle remercie également son collègue, le professeur Patrick Molinari, pour quelques références fort utiles. Les opinions émises ici n'engagent toutefois que l'auteure. On notera enfin que la recherche faite aux fins de ce texte s'arrête au 28 février 1994.

Peut-on être à la fois professionnel et salarié? C'est au fond la question que posaient les organisateurs de ce colloque :

La conception classique du professionnel autonome s'estompe progressivement devant la réalité du professionnel salarié. Le statut de professionnel est-il compatible avec celui de salarié? Comment le droit civil et le Code des professions affectent-ils les conditions de travail des professionnels? Comment concilier les obligations envers l'employeur et envers le client?

Comment, en effet, concilier l'indépendance et l'autonomie professionnelles des membres des ordres professionnels avec le contrôle directionnel d'un employeur?

A priori, la cause semble claire : il y a, bien sûr, une conception «classique» du professionnel autonome, qu'incarne, par exemple, l'image du médecin, de l'avocat ou du notaire exerçant seul ou avec quelques associés une profession exigeante, une vocation plutôt, qui lui vaut l'estime et la considération générales en plus d'honoraires confortables. C'est d'ailleurs en fonction de cette image que semble, à certains égards, avoir été conçu le système québécois de régulation des professions. C'est du moins l'impression que laisse la lecture du *Code des professions*¹ et celle des différentes lois y afférentes. Mais en même temps, à côté de cette image, et presque pour la contredire, on admettra sans peine, à première vue encore, que s'est étendu aux professions et à leur exercice le phénomène de l'emploi qui, partout dans nos sociétés occidentales, est devenu le mode premier de l'organisation du travail et le mode premier aussi de la production des biens et des services (ce qui n'était guère le cas avant la Révolution industrielle). Et toujours à première vue, on serait tenté de conclure que, bien sûr, les statuts de professionnel et de salarié peuvent, sur le plan des concepts, coexister, la preuve étant qu'ils coexistent bel et bien en pratique. Devant toutes ces évidences, on aurait presque envie de cesser ici la lecture...

Pourtant, la question de la compatibilité du statut de professionnel avec celui de salarié n'est à la vérité pas si simple qu'il peut y paraître. En effet, lorsque, spontanément, on évoque la notion de salarié, ce n'est pas au professionnel que l'on pense d'abord mais plutôt à l'employé de bureau, au commis, au vendeur, au travailleur manuel, au technicien, qui travaille sous la direction et le contrôle

¹ L.R.Q., c. C-26.

d'un employeur auquel il est juridiquement et pratiquement subordonné. Or, l'état de subordination caractéristique du contrat d'emploi n'est-il pas contraire à l'autonomie de réflexion et d'exécution dont devrait jouir tout professionnel? On pensera ici par exemple à ce que prescrit le *Code de déontologie des médecins*², qui prévoit que :

2.03.53. *Le médecin doit assumer seul ou avec les médecins avec lesquels il pratique, la conduite de son cabinet et l'exercice de sa profession; [...].*

2.03.54. *Le médecin doit ignorer toute intervention qui ne respecte pas sa liberté professionnelle.*

Ou encore celui des optométristes³, qui stipule que :

31. *L'optométriste doit sauvegarder son indépendance professionnelle et ignorer toute intervention d'un tiers qui pourrait influencer sur l'exécution de ses devoirs professionnels au préjudice de son patient.*

On peut citer aussi le *Code de déontologie des comptables agréés*⁴, qui énonce que :

3.02.01. *Le membre doit s'acquitter de ses obligations professionnelles avec intégrité, objectivité, indépendance et tout le soin nécessaire.*

Mais l'indépendance et l'autonomie ne sont pas le privilège des seules professions d'exercice exclusif. Ainsi le *Code de déontologie des conseillers d'orientation*⁵, prévoit que :

3.05.03. *Le conseiller d'orientation doit sauvegarder en tout temps son indépendance professionnelle [...].*

Le *Code de déontologie des hygiénistes dentaires*⁶, lui, stipule que :

3.05.02. *L'hygiéniste dentaire doit ignorer toute intervention d'un tiers qui pourrait influencer sur l'exécution de ses devoirs professionnels au préjudice de son client.*

On pourrait ainsi multiplier les exemples des déclarations plus ou moins vigoureuses d'indépendance et d'autonomie qu'on trouve dans les codes de

² R.R.Q., c. M-9, r. 4.

³ *Code de déontologie des optométristes du Québec*, (1991) 123 G.O. II, 2428.

⁴ R.R.Q., c. C-48, r. 2.

⁵ R.R.Q., c. C-26, r. 41.

⁶ R.R.Q., c. C-26, r. 100.

déontologie de l'ensemble des professions régies par le *Code des professions* du Québec, déclarations qui nous forcent à nous demander comment des professionnels à ce point indépendants et autonomes pourraient en même temps être assujettis au contrôle directionnel d'un employeur, dans le cadre d'un contrat de travail.

Pour tenter de répondre à cette question, nous ferons d'abord un bref survol historique des conditions de « professionnel » et de « salarié », puis nous nous intéresserons à la définition contemporaine de la profession et du professionnel; nous examinerons également la notion de salarié, qui succède à celle d'employé, au sens du *Code civil du Québec* comme au sens de lois telles le *Code du travail*⁷ et la *Loi sur les normes du travail*⁸, et nous nous arrêterons aux points d'intersection entre les deux concepts. Finalement, nous nous demanderons, dans les cas où il y aurait juxtaposition des statuts de professionnel et de salarié, quel est l'impact des obligations professionnelles sur les obligations d'exécution du travail et de loyauté propres au contrat de travail. Signalons que la recherche faite aux fins du présent texte s'arrête au 31 mars 1994.

A. Survol historique

Une même personne peut-elle à la fois exercer une profession et le faire dans le cadre d'un contrat d'emploi, c'est-à-dire, pour utiliser le nom que lui donne maintenant officiellement le *Code civil du Québec* (art. 2085 C.c.Q.), un « contrat de travail »? Cette dernière expression succède à celle de « contrat de louage du service personnel » qu'employait le *Code civil du Bas Canada* pour désigner le rapport contractuel employeur-employé.

À cette question, on aurait jusqu'au début du siècle, à peu près, répondu sans aucune hésitation, ou presque, par la négative. On en aurait appelé aux Romains, qui ne concevaient pas que le louage d'ouvrage et encore moins le louage de service, puisse être le fait de ceux qui exerçaient, par exemple, l'art du droit; on aurait cité Pothier⁹, qui distingue d'une part les services ignobles (c'est-à-dire ceux des domestiques, serviteurs, garçons ou filles de ferme, apprentis, journaliers, compagnons des métiers, cuisiniers, etc.), services appréciables en argent et susceptibles d'un prix, qui est le salaire, des services nobles que « l'excellence ou la dignité de la personne » empêche d'être loués, comme celui de l'avocat (encore lui!), qui ne peut recevoir un salaire mais ne reçoit jamais

⁷ L.R.Q., c. C-27.

⁸ L.R.Q., c. N-1.1, [aussi citée : « L.n.t. »].

⁹ Robert-Joseph POTHIER, « Traité du contrat de louage », dans M. BUGNET (dir.), *Œuvres*, t. 4, Paris, Éditions Plon, 1890, p. 7.

qu'un honoraire, c'est-à-dire la marque de reconnaissance tangible d'un client auquel on vient de rendre un service inestimable.

On aurait pu encore citer les québécois De Lorimier et Vilbon, qui écrivaient en 1871 et qui, sans retenue aucune comme on le verra à l'instant, qualifiaient de « sainte vérité »¹⁰ le fait que les travaux de l'esprit ou de l'art ne puissent *jamais* faire l'objet d'un contrat de louage et encore moins d'un contrat de louage de service personnel. De Lorimier et Vilbon parlaient même de blasphème à propos d'un de leurs confrères qui avait critiqué la distinction faite entre les professions et les métiers sous ce rapport. De Lorimier et Vilbon n'y vont d'ailleurs pas avec le dos de la cuiller lorsqu'ils affirment :

*De pareilles doctrines ne se réfutent pas, elles se dénoncent à la raison publique, qui n'y voudra voir, comme nous, que le rêve d'un cerveau fatigué [...]. Non, [et les auteurs de dresser toute une liste d'individus] [ces personnes] ne seront jamais, ni à leurs yeux ni à ceux des autres, des entrepreneurs [et il est clair qu'il ne pourrait davantage s'agir d'employés]; leurs œuvres ne seront jamais des spéculations; non, l'ardent amour du vrai et du beau, le dévouement à la patrie et à l'humanité, l'enthousiasme du génie, ces nobles et saintes passions des grandes âmes ne seront jamais des actes de calcul; leur mobile et leur récompense ne sera jamais dans l'argent, il sera toujours dans la gloire, dans le respect et l'admiration des hommes, dans la joie intime de la conscience, etc.*¹¹

Il faut dire évidemment que le *Code civil du Bas Canada* donnait *a priori* quelque munition aux tenants de la thèse voulant que seuls les travaux manuels ou subalternes soient susceptibles du contrat de louage du service personnel. Comme on le sait, le *Code civil du Bas Canada* n'a jamais contenu que quelques dispositions fort lacunaires sur le sujet, dont l'article 1666 C.c. B.C., qui (jusqu'à l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*) disposait que :

1666. *Les principales espèces d'ouvrages qui peuvent être louées sont :*

1. *Le service personnel des ouvriers, domestiques et autres;*
2. *Le service des voituriers, tant par terre que par eau, lorsqu'ils se chargent du transport des personnes et des choses;*
3. *Celui des contracteurs et autres entrepreneurs de travaux suivant devis et marché.*

¹⁰ Chs. DE LORIMIER et Chs. A. VILBON, *La bibliothèque du Code civil de la province de Québec*, t. 12, Montréal, La Minerve, 1871, p. 329.

¹¹ *Id.*, p. 333 (Les parenthèses sont les nôtres).

L'article 1668 C.c. B.C., au sujet de la terminaison du contrat et du préavis, parlait encore du domestique, du serviteur, du compagnon ou du journalier, tout comme l'article 1669, qui parlait en outre des serviteurs de ferme.

Plus tard, Mignault¹², en 1906, et Faribault¹³, en 1951, ne verront cependant aucune objection à ce que les travaux intellectuels fassent l'objet d'un contrat de louage de service personnel et l'on peut sans doute conclure de leurs travaux que rien dans le *Code civil du Bas Canada* ne s'opposait en fait à ce que l'on considère les services professionnels, en particulier, comme susceptibles d'emploi. Mignault écrit même que :

À mon sens, la distinction entre les actes ou travaux intellectuels et les travaux manuels n'ayant pas été reconnue par la loi, les services des hommes instruits pourront comme tout autre ouvrage, faire l'objet d'un contrat que la loi appellera louage, sauf aux locateurs à satisfaire la fierté de leurs sentiments (mais n'est-ce pas là se payer de mots?) en stipulant un honoraire au lieu de ce que la loi appelle un prix ou salaire.¹⁴

En effet, l'article 1666 décrivant les *principales* sortes de louage d'ouvrage, il devait donc en exister d'autres, y compris au chapitre du louage du service personnel. Celui-ci pouvait s'étendre et, de fait, s'étendait à d'autres qu'aux domestiques et ouvriers; en outre, comme le signale Mignault, il fallait lire aussi les dispositions des articles 2260(6), 2261 et 2262 C.C. B.C., qui montraient bien que les codificateurs de 1866 avaient nettement élargi la portée du contrat de louage de service personnel : l'article 2260 prévoyait ainsi que, sauf exception, la prescription était de cinq ans pour le «louage d'ouvrage et prix du travail, soit manuel, professionnel ou intellectuel»; l'article 2261 prévoyait une prescription de deux ans pour le salaire des employés non réputés domestiques et dont l'engagement était d'une année ou plus, de même que pour les précepteurs et instituteurs; enfin, l'article 2262 prévoyait une prescription d'une année pour la réclamation des gages des domestiques de maison ou de ferme, des commis des marchands et des autres employés dont l'engagement était à la journée, à la semaine, au mois ou pour moins d'une année. De tout cela, on aurait dû, selon Mignault et après lui Faribault, conclure que toutes les sortes de services étaient *a priori* susceptibles de faire l'objet d'un contrat de louage, quoi qu'ait pu au premier abord laisser penser le libellé assez restrictif de l'article 1666 C.c. B.C.¹⁵

¹² Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 7, Montréal, Wilson et Lafleur, 1906, pp. 238-241, 368 et 369.

¹³ *Traité de droit civil du Québec*, t. 11, par Léon FARIBAULT, Montréal, Wilson et Lafleur, 1951, pp. 289 et 290.

¹⁴ P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, note 12, p. 241.

¹⁵ Les articles 2260, 2261 et 2262 n'ont sur ces points guère été modifiés sinon que la prescription relative aux précepteurs et enseignants a été incluse à l'article 2260 et fixée à cinq ans.

Toutefois, on constate que, lorsque Mignault et Faribault, dans leurs ouvrages respectifs, traitent spécifiquement du contrat de travail, ils en veulent essentiellement pour exemples les domestiques, serviteurs, journaliers, commis, vendeurs, travailleurs manuels, ouvriers, employés de bureau, pour qui le mot salarié semble avoir été conçu. Il est vrai qu'à cette époque, surtout à celle de Mignault, les professions, qui étaient alors pour l'essentiel les professions libérales, ne s'exerçaient guère dans le cadre d'un contrat d'emploi. Pas étonnant donc que les exemples des deux auteurs soient ancrés dans cette réalité. La jurisprudence tout de même compte quelques causes anciennes où l'on a reconnu qu'un professionnel pouvait en même temps être un employé :

- Voir *City of Montreal c. Dugdale*, (1878) 25 L.C.J. 149; 20 R.L. 246 (médecin de la ville, congédié avant le terme fixé pour l'expiration du contrat, qui avait fait l'objet d'une tacite reconduction). La Cour décide que le médecin a droit à son salaire d'employé pour toute la période restant à courir jusqu'à l'échéance normale de son contrat.
- Voir *McGreevy c. Les Commissaires du Havre de Québec*, (1897) 11 C.S. 455, confirmé par (1898) 7 B.R. 17. Il s'agissait dans ce cas du congédiement sans préavis d'un ingénieur du Havre de Québec : son statut d'employé semble être considéré comme allant de soi, sans même que l'on ne se pose la question.

On a, après Mignault, fait des pas de géant dans la reconnaissance de la double qualification professionnel-salarié. C'est ainsi qu'à l'origine, la *Loi sur les relations ouvrières*¹⁶ du Québec excluait les professionnels, qui ne pouvaient être considérés comme des salariés au sens de cette loi. Cette exclusion, paradoxalement, consacrait la possibilité qu'un professionnel puisse aussi être un salarié, puisqu'autrement, il aurait été inutile de les exclure du champ d'application de la *Loi sur les relations ouvrières*¹⁷. Par la suite, en 1965, le *Code du travail* fut modifié de façon à permettre aux professionnels de se syndiquer mais à l'intérieur d'unités de négociations distinctes de celles des autres salariés; enfin, en 1977, cette exigence était rayée du *Code du travail* : d'où l'on doit conclure qu'un professionnel, s'il rencontre les conditions prévues par le *Code du travail*, est bel et bien un salarié au sens de cette loi¹⁸, ce que confirme du reste la jurisprudence.

¹⁶ S.R.Q. 1941, c. 162A.

¹⁷ À la même époque, nous dit Fernand Morin, le code d'éthique des ingénieurs leur interdisait toute action collective : il ne serait pas digne qu'un ingénieur fasse la grève... Voir : Fernand MORIN, *Rapports collectifs de travail*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1991, p. 66.

¹⁸ En ce sens, voir : Robert P. GAGNON, Louis LEBEL et Pierre VERGE, *Droit du travail*, 2^e éd., Québec, P.U.L., 1991, p. 409.

Signalons que le *Code canadien du travail*¹⁹ ne voit pas davantage d'incompatibilité entre le statut d'employé «syndicable» et celui de professionnel ou, plus exactement, de membre d'une profession libérale, bien que l'article 27 prévoit les particularités des unités de négociation qui peuvent les regrouper. Notons que l'article 3 C.c.t. définit comme suit le membre d'une profession libérale :

**3. «membre d'une profession libérale» [«professional employee»]
Employé qui**

a) d'une part, dans le cadre de son emploi, utilise un savoir spécialisé normalement acquis après des études menant à un diplôme universitaire ou délivré par un établissement du même genre;

b) d'autre part, est membre ou a qualité pour être membre d'une organisation professionnelle habilitée par la loi à définir les conditions d'admission en son sein.

De même, certaines dispositions de la partie III du *Code canadien du travail* ne s'appliquent pas aux professionnels désignés par règlement. De fait, par exemple, le *Règlement du Canada sur les normes du travail*²⁰ exclut un certain nombre de professionnels de l'application des dispositions relatives à la durée du travail. Les professions exclues sont les suivantes : architecture, art dentaire, génie, droit et médecine.

Par ailleurs, la *Loi sur les normes du travail*²¹ du Québec, quoique la plupart de ses dispositions ne s'appliquent pas aux cadres supérieurs d'une entreprise, n'exclut pas les professionnels de la définition de salarié, ce que confirme la jurisprudence pertinente, soit explicitement²² soit implicitement²³.

En termes de droit commun enfin, on relève dans la jurisprudence des dernières années, jurisprudence fondée sur le *Code civil du Bas Canada*, plusieurs décisions mettant aux prises un professionnel (ingénieur, avocat, comptable, etc.) et son employeur. Il s'agit le plus souvent d'un professionnel qui poursuit son employeur en réclamation d'une indemnité tenant lieu de préavis suffisant, ou en dommages-intérêts, postérieurement à la rupture injustifiée ou

¹⁹ L.R.C. (1985), c. L-2, [aussi cité : «C.c.t.»].

²⁰ C.R.C., c. 986.

²¹ Précitée, note 8.

²² Voir par exemple : *Couture-Thibault c. Pharmajan Inc.*, [1984] T.A. 326.

²³ Voir par exemple : *Korngold c. Cosigma Lavalin Inc.*, D.T.E. 90T-824 (ingénieur en informatique est congédié, soumet plainte en vertu de l'article 124 L.n.t., sa plainte est rejetée car on considère que l'employeur disposait d'une cause juste et suffisante de congédiement mais on considère tout au long de l'affaire qu'il est en effet un salarié); *Bissonnette c. Bélanger*, D.T.E. 84T-576 (T.A.) évocation accueillie sur l'indemnité salariale [1985] C.S. 715, *sub. nom.* : *Bélanger c. Deslierres* (avocate, plainte en vertu de l'article 124 L.n.t.).

prématurée du contrat d'emploi. Aucune de ces décisions ne remet en cause le statut d'employé du professionnel pour la raison seule qu'il serait un professionnel : au contraire, la coexistence des deux qualités semble admise et fait partie de la donnée initiale²⁴. Finalement, le *Code civil du Québec*, depuis le 1^{er} janvier 1994, propose du contrat de travail une définition dont la généralité est telle qu'il est certainement possible d'y inclure le service du professionnel.

On est donc passé d'une époque où les statuts de professionnel et de salarié étaient largement considérés comme mutuellement incompatibles à une époque où la chose, devenue conceptuellement possible, était néanmoins plutôt rare en pratique, pour arriver enfin à une époque, la nôtre, où les statuts de professionnel et de salarié se juxtaposent fréquemment, qu'il s'agisse d'un salarié au sens du *Code civil du Québec* (ce vocable succédant à celui d'employé), d'un salarié au sens du *Code du travail*, du *Code canadien du travail* ou de la *Loi sur les normes du travail*.

Pour bien saisir cette évolution, il nous faut maintenant nous intéresser à la fois aux concepts de «professionnel» et de «profession» et au lien de subordination constitutif du contrat d'emploi : si en effet, la profession se caractérise par l'autonomie d'exécution des tâches du professionnel, le contrat de travail, lui, se caractérise par le lien de subordination qui unit l'employeur au salarié. Comment, dans ces circonstances justifier, sur le plan juridique, de la juxtaposition de qualités à première vue contraires?

B. Définition de la «profession» et du «professionnel»

Il convient tout d'abord de tenter de définir la «profession» et celui ou celle qui l'exerce, le «professionnel» ou la «professionnelle». On pourrait d'abord être tenté par une approche purement positiviste²⁵ au Québec, de ce point de vue, les «professions» seraient donc celles qu'énumère le *Code des professions*, professions d'exercice exclusif ou à titre réservé, qui vont de celles des avocats,

²⁴ Pour un échantillon arbitraire, voir par exemple : *Lemay c. Boileau et associés Inc.*, D.T.E. 88T-618, en appel, C.A. Montréal, n° 500-09-000826-883 (ingénieur congédié pour incompétence); *Gobeil c. C.L.S.C. Saguenay-Nord*, J.E. 82-524 (C.S. - infirmière-cadre); *Sofati Ltée c. Laporte*, [1992] R.J.Q. 321 (C.A. - ingénieur); *Carle c. Comité paritaire du vêtement pour dames*, D.T.E. 87T-1010 (C.S. - avocat); *Shawinigan Lavalin Inc. c. Espinosa*, [1990] R.L. 27 (C.A. - ingénieur); *Hamel-Michaud c. Centre hospitalier Jacques Viger*, D.T.E. 85T-929 (C.S.), appel rejeté C.A. Montréal, n° 500-09-001237-858 (diététiste, à laquelle on reproche insubordination); *Gilbert c. Hôpital général de Lachine*, [1989] R.J.Q. 1825 (C.S. - diététiste, modification d'une tâche à temps plein à tâche à temps partiel); *Hannan c. G. Famery Plomberie & Chauffage Inc.*, D.T.E. 85T-317 (C.S. - comptable); *Thomas c. Surveyer, Nenniger & Chênevert Inc.*, D.T.E. 89T-640 (C.A. - ingénieur).

²⁵ C'est d'ailleurs l'approche du *Code canadien du travail*, précité, note 19, qui définit les membres des professions libérales en fonction de leur appartenance à une corporation professionnelle reconnue par la loi. Voir *supra*, à la page 53.

médecins, notaires, comptables agréés, à celles des techniciens en radiologie, travailleurs sociaux, psychologues, conseillers en relations industrielles, traducteurs et interprètes (en tout, on compte ainsi 21 professions d'exercice exclusif et 20 à titre réservé). Une profession serait donc une profession parce que la loi a décrété qu'il s'agit d'une profession...

Évidemment, ce n'est pas là définition très satisfaisante. Assurément, il doit exister des critères permettant de savoir si l'on doit accorder le statut de profession à telle ou telle activité. Et, en effet, les articles 25 et 26 du *Code des professions* énoncent les conditions de création d'un ordre professionnel et, du même coup, les conditions de la reconnaissance de l'existence d'une profession.

L'article 25 du *Code des professions* stipule que :

- 25.** *Pour déterminer si un ordre professionnel doit ou non être constitué, il est tenu compte notamment de l'ensemble des facteurs suivants :*
- 1° *les connaissances requises pour exercer les activités des personnes qui seraient régies par l'ordre dont la constitution est proposée;*
 - 2° *le degré d'autonomie dont jouissent les personnes qui seraient membres de l'ordre dans l'exercice des activités dont il s'agit, et la difficulté de porter un jugement sur ces activités pour des gens ne possédant pas une formation et une qualification de même nature;*
 - 3° *le caractère personnel des rapports entre ces personnes et les gens recourant à leurs services, en raison de la confiance particulière que ces derniers sont appelés à leur témoigner, par le fait notamment qu'elles leur dispensent des soins ou qu'elles administrent leurs biens;*
 - 4° *la gravité du préjudice ou des dommages qui pourraient être subis par les gens recourant aux services de ces personnes par suite du fait que leur compétence ou leur intégrité ne seraient pas contrôlées par l'ordre;*
 - 5° *le caractère confidentiel des renseignements que ces personnes sont appelées à connaître dans l'exercice de leur profession.*

S'il s'agit d'une profession d'exercice exclusif, il faut, aux termes de l'article 26, que le deuxième facteur, celui de l'autonomie, soit particulièrement accusé et la nature des actes de ces professionnels telle qu'on ne puisse envisager qu'ils soient posés par des personnes autres que celles qui possèdent la formation et les qualifications requises.

Or, à y regarder de plus près, si l'on n'avait pas la liste des professions reconnues par le Code, ces critères nous permettraient-ils d'en arriver à une véritable définition de la «profession»? Les articles 25 et 26 du *Code des professions* énoncent-ils vraiment une série d'attributs distinctifs qui permettent de reconnaître une profession sur le plan en quelque sorte sociologique? Sans vouloir reprendre ici les nombreuses études qui ont été réalisées là-dessus, à commencer par l'excellent document publié à ce propos en 1976 par l'Office des professions²⁶, examinons quand même un à un les critères proposés par l'article 25 du *Code des professions* pour voir en quoi ils singularisent, le cas échéant, le professionnel et sa profession.

Critère relatif au niveau et à la nature des connaissances, que l'on retrouve à l'article 25(1) et (2) : traditionnellement, la qualification de professionnel exige des connaissances poussées, aujourd'hui de niveau universitaire, le plus souvent. Il doit s'agir de connaissances qu'un profane ne saurait ni partager ni bien saisir. À lui seul, assurément, ce critère ne permet pas de différencier les professions des autres sortes de métiers. Après tout, dans une société où les connaissances ont explosé, où elles se sont «scienticisées» et sont donc de moins en moins accessibles au profane, le savoir de l'avocat ou du médecin n'est ni plus ni moins spécialisé que celui du mathématicien, du biologiste, du sociologue ou de l'économiste. Sur ce plan, on se demande ainsi bien ce qui différencie le chimiste professionnel, qui relève d'un ordre reconnu par le *Code des professions*, du physicien, qui ne l'est pas, ou encore ce qui distingue le conseiller en relations industrielles, reconnu par le Code, du détenteur d'une M.B.A., qui ne l'est pas. De même, l'hygiéniste dentaire peut sur ce plan être comparé au technicien en informatique. Le facteur déterminant serait-il plutôt celui de l'autonomie d'exécution?

Critère de l'autonomie d'exécution, reconnu par l'article 25(2) et accentué dans le cas des professions d'exercice exclusif par l'article 26 : Dans un monde, celui du XIX^e siècle, où la notion de salarié reflétait un assujettissement de tous les instants au contrôle de l'employeur, l'autonomie d'exécution des tâches caractérisait alors le «professionnel», encore qu'elle ait aussi caractérisé, même à cette époque, le cadre supérieur de l'entreprise. Aujourd'hui, cependant, ce critère de l'autonomie ne peut plus être considéré comme un critère définitionnel valable et cela, au fond, pour les raisons mêmes que nous évoquons tout à l'heure à propos du critère des connaissances : le seul fait qu'un individu détienne un savoir de haut niveau signifie presque automatiquement une certaine latitude dans l'exécution des fonctions, tout comme l'élévation du niveau hiérarchique d'un individu dans l'entreprise : au-delà de toutes les fictions juridiques, l'autonomie du cadre supérieur, par exemple, est aussi importante que celle du médecin, de l'avocat, de l'architecte ou du comptable agréé qui

²⁶ OFFICE DES PROFESSIONS, *L'évolution du professionnalisme du Québec*, Québec, Office des professions, 1976.

pratique à son compte et elle est certainement beaucoup plus grande que celle de l'infirmier, du diététiste, du conseiller en relations industrielles, de l'urbaniste ou de l'hygiéniste dentaire; pareillement, l'autonomie du professeur d'université, de l'informaticien, du physicien, du journaliste, du spécialiste en finance ou en criminologie, du policier ou même du plombier n'est pas moins grande que celle du technicien en radiologie, de l'ingénieur ou de l'arpenteur-géomètre. Ce ne peut donc être par l'autonomie d'exécution que se caractériseraient les professionnels, puisqu'on trouve en effet des professions dont les membres ne jouissent que d'une autonomie limitée, alors que ceux et celles qui pratiquent un métier qui n'est pas légalement une profession jouissent parfois d'un degré d'autonomie bien supérieur.

Caractère personnel de la relation, prévu par l'article 25(3) : quelques mots seulement de ce critère. Il suffit d'examiner la liste des professions reconnues par le *Code des professions* pour constater le degré extrêmement variable de l'intensité du rapport personnel susceptible d'exister entre les professionnels en question et leur «client». S'il est vrai que le fait de prodiguer des soins ou d'administrer les biens d'autrui constituent un critère distinctif, pourquoi avoir reconnu l'urbanisme ou la chimie comme profession ou même les fonctions d'agronome ou d'arpenteur-géomètre, dont les services n'ont rien de très personnel!

Quant au critère des dommages potentiellement subis par les victimes de personnes dont la compétence ou l'intégrité ne serait pas contrôlée, critère avalisé par le paragraphe 4 de l'article 25, qu'on nous permette simplement de rappeler le nombre de personnes ruinées par des promoteurs immobiliers ou financiers peu scrupuleux (rappelons-nous le scandale récent de certaines sociétés en commandite). Pour le reste, nous citerons simplement l'Office des professions lui-même, qui souligne le fait que les contrôleurs aériens ou les mécaniciens automobiles exécutent des tâches tout aussi difficiles et potentiellement aussi lourdes de conséquences, sinon davantage, que celles des nombreux professionnels reconnus²⁷. Il en va de même des professeurs du primaire ou du secondaire, par exemple, ou encore des policiers ou des huissiers : qui va prétendre que les dommages susceptibles d'être causés par ces personnes ne sont pas aussi importants que les dommages susceptibles d'être causés par les arpenteurs-géomètres, les hygiénistes dentaires ou les conseillers d'orientation?

Enfin, quant à la confidentialité des renseignements susceptibles d'être confiés au professionnel : si ce critère peut avoir un poids certain dans le cas des professions libérales traditionnelles, comme celles du médecin, de l'avocat ou du notaire, il en est singulièrement dépourvu quand on pense aux agronomes, aux ingénieurs-forestiers, aux chimistes, aux conseillers en relations industrielles,

²⁷ *Id.*, p. 26.

aux urbanistes, aux administrateurs agréés ou aux technologues professionnels. Non pas que les membres de ces professions n'aient jamais accès à des renseignements confidentiels mais, certainement, cet accès ne fait pas intrinsèquement partie de la définition de leur statut, et ils n'ont ni plus ni moins accès à des renseignements confidentiels qu'un agent d'assurance, un journaliste, un conseiller en placement, un policier, ou, en général, un cadre supérieur.

En fait, l'examen de tous ces critères nous mène à une inéluctable conclusion, qui est celle de la plupart des études menées sur le sujet, y compris celle que réalisait en 1976 l'Office des professions. Non seulement aucun de ces critères n'est-il, en lui-même, un attribut distinctif du «professionnel» (sans compter que certaines professions ne semblent posséder ces attributs qu'à un degré très modeste) mais encore l'ensemble de ces critères n'a rien non plus de particulièrement distinctif. Comme l'écrivait l'Office des professions :

La notion de profession, lorsqu'elle est utilisée pour distinguer certaines activités de travail parmi d'autres, ne constitue pas un concept précis pouvant être défini «per se». Elle recouvre les réalités les plus diverses d'une société à l'autre et d'une époque à l'autre.²⁸

En fait, la constitution d'une «profession» et la reconnaissance d'un statut juridique spécifique (et parfois même d'un statut social) paraissent plus un processus qu'une réalité objective et objectivable. En ce sens la reconnaissance officielle, c'est-à-dire légale, d'un statut de professionnel marque plutôt le succès d'un groupe qui réussit à faire fermer à son avantage, c'est-à-dire à monopoliser un certain marché d'activités, ce qui lui permet de garantir et de contrôler, dans une certaine mesure, ses revenus²⁹. En échange de ce monopole plus ou moins étanche (il l'est dans le cas des professions d'exercice exclusif, il l'est moins dans le cas des professions à titre réservé), le groupe ainsi professionnalisé s'engage à ne pas abuser de sa clientèle (et même à la protéger) et à exercer sans esprit de lucre, ce qui demeure largement, il faut bien l'admettre, une vue de l'esprit. De ce point de vue, la professionnalisation des activités est, avant tout, un processus de régulation et de contrôle du marché³⁰ et une tentative d'obtention d'un statut social; elle exprime un rapport de pouvoir.

²⁸ *Id.*, p. 29.

²⁹ On trouve d'ailleurs le passage suivant dans le rapport de l'Office des professions : «Dans ce contexte, certains analystes, dont Howard S. Becker, optent pour une position très réaliste : ils définissent les professions comme étant les occupations qui ont eu suffisamment de chance ou d'appui pour acquérir et conserver ce titre. Il est vain, selon eux, de chercher à déterminer les caractéristiques d'une vraie profession. Il y aurait simplement des occupations reconnues comme professions et d'autres qui ne le sont pas.» (*id.*).

³⁰ Sur toute cette question, lire : Benoît FILLION, «*Profession, professionnalisation et fermeture des marchés du travail : Prolégomènes d'une réflexion sur la conception post-moderne de la profession*», travail dirigé I présenté en vue de l'obtention du grade de maître ès sciences (M. Sc.), Université du Québec à Hull, décembre 1992. Voir aussi : OFFICE DES PROFESSIONS, *op. cit.*, note 26, aux pages 56 et 57.

Pour en revenir à notre propos initial, il faudra donc bien convenir que, finalement, la seule façon de savoir si on a affaire à une profession consiste en effet à consulter le *Code des professions*, puisque, comme telle, la notion de profession n'offre pas de prise à une définition ontologique. Cela signifie aussi que, sauf dans la mesure où la loi stipulerait autrement, rien n'empêche qu'une profession, qui en cela ne se distingue pas des autres activités du travail, soit exercée dans le cadre d'un contrat d'emploi plutôt que de manière autonome : au risque de choquer certaines sensibilités, il faut bien dire que la situation du professionnel, de ce point de vue, ne diffère guère de celle du plombier ou du mécanicien d'automobile, qui peut choisir d'exercer à son compte ou de louer sa force de travail à autrui, dans le cadre d'un emploi.

C. Contrat de travail, subordination et autonomie du professionnel

Cette affirmation est d'autant plus vraie que ce siècle a vu une transformation de l'élément caractéristique du lien d'emploi, à savoir la subordination de l'employé, aujourd'hui nommé salarié, à l'employeur. L'article 2085 C.c.Q., qui définit le contrat d'emploi, officiellement nommé «contrat de travail», énonce que :

2085. *Le contrat de travail est celui par lequel une personne, le salarié, s'oblige pour un temps limité et moyennant rémunération, à effectuer un travail sous la direction ou le contrôle d'une autre personne, l'employeur.*

Cette disposition consacre la définition désormais classique du contrat de travail et permet de le qualifier selon les termes suivants :

- contrat synallagmatique (art. 1380 C.c.Q.)
- contrat onéreux (art. 1381 C.c.Q.)
- contrat commutatif (art. 1382 C.c.Q.)
- contrat d'exécution successive (art. 1382 C.c.Q.)

Cette définition fait également ressortir les traits caractéristiques du contrat de travail :

- exécution d'un travail : le Code ne distinguant pas, on doit en conclure, à l'instar du droit actuel, que toutes les sortes de travail sont visées, du travail manuel au travail intellectuel, du travail subalterne au travail professionnel;
- rémunération, qui est de l'essence même du contrat et dont la nature et la quotité sont déterminées par les parties sous réserve des restrictions législatives d'ordre public;
- durée limitée et, finalement, élément absolument essentiel à l'existence d'un contrat de travail,

- pouvoir de contrôle et de direction de l'employeur, dont le corollaire est évidemment l'état de subordination du salarié, sans lequel il ne peut y avoir de contrat de travail bien qu'il puisse alors y avoir mandat, peut-être, ou contrat d'entreprise (voir d'ailleurs l'article 2099 C.c.Q. qui précise que le contrat d'entreprise se caractérise justement par l'absence de lien de subordination d'une partie envers l'autre).

Or c'est en regard de ce dernier élément constitutif du contrat de travail que le droit a évolué de la manière la plus marquée. Rien ne laisse croire que le législateur, qui connaît le contexte dans lequel il légifère, ait voulu en revenir à la conception dix-neuviémiste du pouvoir de direction de l'employeur. Selon toute vraisemblance, il entend consacrer ici l'acceptation moderne de ce pouvoir, tel que défini par exemple dans l'affaire *Gaston Breton*³¹. De quoi s'agit-il?

On couvre ici tout le spectre des possibilités : du contrôle étroit et journalier sur les modalités d'exécution de la tâche et la vérification minutieuse de celle-ci à l'imposition d'un cadre général de travail. On vise donc aussi bien le type de direction exercée sur le salarié qui occupe un emploi peu spécialisé ou qui se trouve au bas de l'échelle hiérarchique que le type de direction applicable à un cadre de haut niveau ou à un professionnel, la nature concrète du pouvoir de direction changeant avec l'élévation du niveau hiérarchique d'un salarié comme avec l'élévation du degré de spécialisation ou de savoir requis pour l'exécution des fonctions. Ainsi le pouvoir de direction de l'employeur et la subordination correspondante du salarié sont-ils des concepts essentiellement relatifs. Il y a subordination quand l'employeur donne des ordres ou des directives sur la façon d'exécuter le travail mais il y a aussi subordination quand le salarié, malgré toute la latitude dont il peut jouir en pratique dans l'exécution de ses fonctions, demeure néanmoins dans un état que Camerlynck qualifie de «dépendance administrative»³², c'est-à-dire exerce ses fonctions dans un cadre déterminé par l'employeur. Dans ce contexte, même la sujétion à des éléments secondaires peut suffire : par exemple, obligation de respecter un horaire, une tarification ou des modalités de tarification imposés par l'employeur, le fait de fournir un bureau ou les instruments de travail, le fait d'autoriser un travailleur à exercer ailleurs que dans les locaux de l'entreprise, etc.

En fait, par subordination, on entend que l'activité du salarié permet de «pourvoir durablement aux activités normales et permanentes» de l'entreprise de l'employeur³³ : le pouvoir de direction existe précisément parce que *l'activité du*

³¹ *Gaston Breton Inc. c. Union des routiers, brasseries, liqueurs douces et ouvriers de diverses industries, local 1999*, [1980] T.T. 471.

³² G. H. CAMERLYNCK, «Le contrat de travail», dans *Droit du travail*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1982, p. 84.

³³ Voir à ce propos le *Code du travail* français, dont l'article L.122-1 emploie justement semblable formulation.

salarié s'intègre à l'entreprise de l'employeur et s'accomplit à son profit. C'est là l'élément déterminant.

On notera que l'avant-projet de loi (*Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, déposé en 1987) était, au sujet du pouvoir de direction de l'employeur, beaucoup plus restrictif : l'article 2144 de l'Avant-projet de loi stipulait en effet que le travail du salarié devait être accompli «selon les instructions et sous la direction ou le contrôle» de l'employeur : cette façon de dire les choses semblait ne renvoyer qu'à la définition étroite du pouvoir de l'employeur et paraissait peu compatible avec la réalité très vaste de l'emploi. Le législateur ayant heureusement modifié le cap avant l'adoption de la version finale, on doit donc en conclure qu'il a manifesté par là implicitement mais très clairement son adhésion au courant actuel en la matière.

Or, dans la mesure où le pouvoir de contrôle et de direction de l'employeur et son corollaire, la subordination juridique du salarié, sont ainsi définis d'une manière fort large, rien ne s'oppose à ce que le professionnel, avec toute la latitude dont il peut jouir dans l'exécution de ses fonctions, soit aussi un salarié. Le statut de salarié, qui recouvre une variété de réalités fort différentes, s'accommode donc parfaitement de l'autonomie d'exécution dont peut, à divers degrés, jouir le professionnel qui accepte ou choisit de s'intégrer à l'entreprise d'autrui et n'exerce donc pas pour son compte. Pour qu'il en soit autrement, il faudrait que le législateur le dise. C'est d'ailleurs ce qu'il a fait à propos des médecins, dentistes et pharmaciens qui œuvrent dans les établissements régis par la *Loi sur les services de santé et les services sociaux pour les autochtones cris et inuit*³⁴, dont l'article 1, *in fine* stipule que :

1. [...]

Sauf dans les régions visées dans les sections III et IV de la présente loi, un médecin, un dentiste ou un pharmacien ne fait pas partie du personnel clinique de l'établissement lorsqu'un conseil des médecins, dentistes et pharmaciens est institué dans cet établissement.

Toutefois, les médecins et dentistes, autres que les cadres de l'établissement, ne sont pas considérés comme faisant partie du personnel.

C'est aussi ce qu'a fait le législateur français, en prescrivant que l'avocat, quelque soit la façon dont il exerce sa profession, ne peut avoir la qualité de salarié³⁵.

³⁴ L.R.Q., c. S-5.

³⁵ Art. 7 de la Loi du 31 décembre 1971, commentée par G.H. CAMERLYNCK, *op. cit.*, note 32, p. 85.

Mais sauf ce genre d'exception, un professionnel peut toujours choisir d'exercer sa profession dans le cadre d'une organisation qui n'est pas la sienne et pour le compte de celui qui sera alors son employeur³⁶, qu'il s'agisse du notaire à l'emploi d'une société commerciale, de l'avocat salarié d'un grand cabinet³⁷, du médecin salarié du gouvernement³⁸, d'un architecte³⁹, d'un comptable agréé⁴⁰, d'un comptable en management accrédité⁴¹ ou de toute la brochette de professionnels à l'emploi des établissements publics de santé et de services sociaux, des ingénieurs employés ici et là par l'entreprise, des orthophonistes à l'emploi des commissions scolaires⁴², des technologues professionnels⁴³, etc. Le droit qu'a le professionnel de choisir un employeur peut cependant être limité par la loi : ainsi en va-t-il, pour ne prendre que ces deux exemples, des optométristes⁴⁴ ou des denturologistes⁴⁵.

36 La *Loi modifiant le Code des professions et d'autres lois professionnelles*, L.Q. 1994, c. 40 reconnaît d'ailleurs presque explicitement cette réalité, en marge des obligations d'assurance : voir article 80 de la loi, qui modifie l'article 93 du *Code des professions* ; le nouveau paragraphe d) de l'article 93 du Code parlant notamment des professionnels «qui exercent à leur propre compte», on ne peut qu'en déduire la reconnaissance des professionnels travaillant pour le compte d'autrui... c'est-à-dire en qualité de salarié.

37 À ce propos, signalons ici que le stratagème employé par certaines sociétés d'avocats, et qui consiste à créer une classe d'associés «particuliers» (les termes employés pour désigner cette classe d'avocats peuvent varier), associés qui n'en ont en réalité que le nom, n'empêche vraisemblablement pas que les avocats en question soient considérés comme des salariés au sens de la *Loi sur les normes du travail*, au sens du *Code du travail* et même au sens du droit commun. Le système, bien sûr présente quelques avantages sur le plan fiscal; il peut constituer aussi une tentative d'échapper, à l'égard de ces avocats, aux cotisations imposées aux employeurs en vertu de la *Loi sur les normes du travail* ou de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* (pour ne citer que celles-là). Mais à vrai dire, l'échappatoire ne tient peut-être que parce qu'elle n'a encore jamais été sérieusement contestée. Compte tenu des conditions effectives dans lesquelles les avocats en cause exercent leur profession, compte tenu de ce que leur activité s'intègre bel et bien à une entreprise qui n'est pas véritablement la leur mais celle des associés réels, compte tenu de ce que le contrat en vertu duquel ils acquièrent ce pseudo-statut d'associé est le plus souvent un contrat d'adhésion, peu compatible avec l'idée d'une association véritable, compte tenu de la définition très large de la subordination, il est probable qu'on doive bel et bien considérer ces avocats comme des salariés.

38 Comme par exemple dans *Syndicat professionnel des médecins du gouvernement du Québec c. Procureur général du Québec*, [1985] T.T. 127; *Hôpital Royal Victoria c. Association des internes et résidents de McGill*, J.E. 84-950 (C.A.).

39 Le *Code de déontologie des architectes* (R.R.Q. 1981, c. A-21, r. 3), fait d'ailleurs expressément renvoi à la rémunération que l'architecte peut recevoir de son employeur. Voir article 3.05.05.

40 Dont le Code de déontologie fait de fréquentes allusions aux cas où un comptable agréé est un salarié.

41 Dont le Code de déontologie réfère plusieurs fois à l'employeur.

42 Comme par exemple dans : *Commission scolaire Jacques-Cartier c. Association des professionnels non enseignants du Québec (APNEQ-CEQ)*, D.T.E. 82T-723 (T.T.).

43 Dont le Code de déontologie fait également allusion à la possibilité qu'un technologue exerce sa profession pour le compte d'un employeur.

44 *Code de déontologie des optométristes du Québec*, précité, note 3, art. 33, par. 6 : l'optométriste est considéré être en situation de conflits d'intérêts s'il exerce sa profession pour le compte d'un employeur qui n'est pas un

En ce sens, on peut dire que le droit a rejoint la réalité d'un grand nombre de professionnels, qui *de facto* exercent leur profession dans un cadre qui est celui de l'emploi. Comme le souligne par ailleurs un tribunal français :

*La seule volonté des intéressés est impuissante à soustraire les travailleurs au statut social découlant nécessairement des conditions d'accomplissement de leur tâche.*⁴⁶

La salarisation juridique du professionnalisme ne fait donc qu'entériner la pratique qui s'est graduellement développée et répandue en la matière depuis le siècle dernier⁴⁷. À cet égard comme en d'autres matières, le droit du travail, et tout particulièrement le droit commun du travail se montre étroitement tributaire des usages du marché.

D. Conséquences du statut de salarié

Pour le reste, lorsqu'ils sont aussi salariés, les professionnels sont assujettis, comme on l'a vu, aux différentes lois du travail, qu'il s'agisse de la *Loi sur les normes du travail*, du *Code du travail*, du *Code canadien du travail*⁴⁸ ou même de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* (dans ce dernier cas, le professionnel salarié est même un «travailleur»)⁴⁹. Ils ont par exemple (sauf s'ils sont aussi des cadres supérieurs⁵⁰) droit aux préavis de congédiement ou licenciement prévus par ces lois et peuvent exercer les recours qui y sont prévus, comme celui de l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail*, qui

optométriste, un gouvernement, organisme gouvernemental ou municipal, une université ou un établissement au sens de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, précitée, note 34.

45 *Code de déontologie des denturologistes*, R.R.Q. 1981, c. D-4, r. 4.1, art. «36. Le denturologiste doit s'abstenir d'exercer la denturologie en société ou pour le compte d'une personne physique ou d'une corporation, sauf : 1° avec un denturologiste; ou 2° lorsqu'il est employé, fonctionnaire d'un gouvernement ou d'un organisme gouvernemental ou municipal, d'une université ou d'un établissement d'enseignement.» C'est vrai aussi des opticiens d'ordonnance, voir *Code de déontologie des opticiens d'ordonnance*, art. 4.02(e), des audioprothésistes, art. 4.02.01(e), des podiatres, art. 4.02.01(j).

46 Cité par Gérard COUTURIER, *Droit du travail*, t. 1, Paris, P.U.F., 1990, p. 91.

47 La jurisprudence, celle des tribunaux supérieurs comme celle des tribunaux spécialisés, entérine d'ailleurs sans sourciller la double qualification professionnel-salarié. Pour quelques exemples récents, voir : *St-Jean c. Québec* (Ministère de la Justice), D.T.E. 93T-77, Comité d'appel de la fonction publique (appel d'une décision de l'employeur retirant aux substituts du procureur général le droit au stationnement subventionné); *Syndicat des professionnels de la Société de transport de la Communauté urbaine de Montréal c. STCUM*, D.T.E. 93T-18 (T.A. - syndicat de professionnels employés par la STCUM); *Centre communautaire juridique de Montréal c. Syndicat des avocats de l'aide juridique de Montréal*, D.T.E. 94T-156 (T.A. - retour d'avocats-cadres dans l'unité de négociation).

48 L.R.Q., c. S-2.1.

49 *Id.*, art. 1.

50 L.n.t., art. 3(6).

permet à un salarié ayant trois ans de service continu dans une entreprise de former plainte à l'encontre d'un congédiement sans cause juste et suffisante, plainte qui peut mener à une réintégration. La professionnelle salariée a droit au congé de maternité stipulé par la *Loi sur les normes du travail* (art. 81.2 à 81.9 L.n.t.) et un professionnel salarié, homme ou femme, qui devient parent, a droit au congé parental prévu par cette même loi (art. 81.10 à 81.17), et ainsi de suite.

Tout cela nous permet-il d'affirmer que le professionnel, lorsqu'il exerce sa profession dans le cadre d'un contrat de travail, est un salarié comme un autre?

On doit tout d'abord rappeler qu'il n'existe plus de salarié standard; le salarié contemporain vient aujourd'hui en plusieurs formes, tailles et modèles, qui ont chacun leurs spécificités. Tous sont pourtant assujettis, et les professionnels comme les autres, aux grandes obligations qui *découlent* du contrat de travail en même temps qu'elles le *définissent*, obligations que consacre depuis le 1^{er} janvier 1994 l'article 2088 C.c.Q. Cette disposition, qui énonce en gros le droit antérieur, se lit comme suit :

2088. *Le salarié, outre qu'il est tenu d'exécuter son travail avec prudence et diligence, doit agir avec loyauté et ne pas faire usage de l'information à caractère confidentiel qu'il obtient dans l'exécution ou à l'occasion de son travail.*

Ces obligations survivent pendant un délai raisonnable après la cessation du contrat et survivent en tout temps lorsque l'information réfère à la réputation ou à la vie privée d'autrui.

Le contenu précis des obligations qui incombent aux salariés de par cette disposition varie cependant avec le genre de salarié en cause. La prudence et la diligence dont un salarié doit faire preuve seront ainsi appréciées diversement selon que l'on a affaire à un salarié subalterne, occupant des fonctions répétitives ou ne nécessitant aucun savoir particulier, un salarié professeur d'université, un salarié p.d.g. d'entreprise ou un salarié exerçant l'une des professions reconnues par le *Code des professions*. De même, la portée et l'intensité de l'obligation de loyauté varieront selon le salarié : en fait, elles augmenteront avec le degré de latitude dont jouit le salarié dans l'exécution de ses fonctions et le niveau de confiance que lui manifeste en conséquence l'employeur. Le cadre, le salarié qui détient un savoir de haut niveau ou le professionnel seront tenus à un plus haut standard de loyauté qu'un salarié subalterne ou fortement contrôlé par l'employeur.

La superposition des qualités de professionnel et de salarié n'est donc pas sans conséquence sur le contenu obligationnel du contrat de travail, comme le montre l'exemple de l'obligation de loyauté. Mais l'on peut donner d'autres exemples. Ainsi, au chapitre du maintien de la compétence, la jurisprudence décide généralement que le salarié doit, à moins d'entente au contraire, posséder et maintenir la compétence en vertu de laquelle il a été embauché.

L'employeur doit cependant fournir au salarié la formation qui lui permettra de continuer à exécuter adéquatement ses tâches si celles-ci sont modifiées et ne correspondent pas tout à fait aux connaissances exigées du salarié lors de l'embauche ou à celles dont il avait besoin pour remplir son poste initial. L'employeur doit également fournir au salarié la formation qui lui permet de faire face, dans son poste, à des changements substantiels, notamment sur le plan technologique. Il est probable cependant que ces règles diffèrent quelque peu lorsqu'on a affaire à un professionnel salarié, qui, de par la nature même de sa profession, doit veiller à demeurer à la fine pointe des connaissances dans son domaine : à la limite, à moins qu'il ne s'agisse de former le professionnel à autre chose que l'exercice de sa profession (par exemple un professionnel du droit ou une infirmière à qui l'on souhaiterait confier des responsabilités de gestion du personnel), le devoir de formation de l'employeur peut être réduit (ou même en certains cas inexistant) parce que l'obligation de formation permanente est inscrite au cœur même des obligations du professionnel *en tant que* professionnel, celui-ci jouissant en effet d'un savoir hautement spécialisé, exercé dans un cadre relativement autonome et peu accessible au profane (même si celui-ci est un employeur). Ce devoir est du reste consacré explicitement par un certain nombre de codes de déontologie : celui des notaires, par exemple (art. 4.04.01)⁵¹, celui des médecins (art. 2.03.16)⁵², des dentistes (art. 2.04)⁵³, des chimistes (art. 2.05)⁵⁴, des comptables (art. 3.01.04)⁵⁵, des diététistes (art. 2.04)⁵⁶, des comptables en management accrédités (art. 5)⁵⁷, les comptables

51 *Code de déontologie des notaires*, R.R.Q. 1981, c. N-2, r. 3, art. «**4.04.01**. Le notaire doit, dans la mesure de ses possibilités, voir à assurer la mise à jour continue de ses connaissances. Il doit se tenir sans cesse au courant de l'évolution du droit dans les différents domaines de son activité, notamment en suivant les cours d'éducation continue, de perfectionnement et de recyclage recommandés par la Chambre.»

52 *Code de déontologie des médecins*, précité, note 2, art. «**2.03.15**. Le médecin doit exercer sa profession selon les normes médicales actuelles les plus élevées possibles; à cette fin, il doit tenir à jour et perfectionner ses connaissances.»

53 *Code de déontologie des dentistes*, R.R.Q. 1981, c. D-3, r. 4, art. «**2.04**. Le dentiste doit tenir à jour et renouveler ses connaissances théoriques et cliniques conformément à l'évolution de l'art et de la science dentaire.»

54 *Code de déontologie des chimistes*, R.R.Q. 1981, c. C-15, r. 2, art. «**2.05**. Le chimiste doit chercher à avoir une connaissance adéquate des techniques scientifiques actuelles ainsi que de leurs avantages et inconvénients dans le domaine d'activités où il exerce.»

55 *Code de déontologie des comptables agréés*, précité, note 4, art. «**3.01.04**. Le membre doit remplir son mandat en conformité des normes professionnelles actuelles et des données actuelles de la science.»

56 *Code de déontologie des diététistes*, R.R.Q. 1981, c. C-26, r. 65, art. «**2.04**. Le diététiste doit se tenir au courant des nouveaux développements dans le domaine de la pratique de la profession afin d'assurer aux clients la plus haute qualité de services possible.»

57 *Code de déontologie des comptables en management accrédités*, R.R.Q. 1981, c. C-26, r. 21.1, art. «**5**. Un membre doit se tenir au courant des récents développements dans le domaine de sa profession afin d'assurer un service professionnel de qualité.»

généralistes licenciés (art. 2.04)⁵⁸, des ergothérapeutes (art. 2.04)⁵⁹. Mais même en l'absence de disposition précise dans les codes de déontologie, on peut sans doute arguer que le professionnel a une sorte de devoir d'éducation permanente : il doit veiller constamment à maintenir et améliorer ses connaissances. Ce n'est pas dire que l'employeur n'ait jamais à offrir de formation au professionnel qu'il emploie mais, certainement, l'ampleur de cette obligation s'apprécie à la lumière du devoir d'éducation permanente qui incombe au professionnel.

Mais la superposition des qualités de professionnel et de salarié a d'autres effets. Par exemple, il est important de souligner que, les codes de déontologie étant d'*ordre public*, ils doivent être pris en considération aux fins de définir le contenu obligationnel du contrat d'emploi qui unit l'employeur à celui ou à celle qui a choisi d'exercer sa profession dans le cadre d'un contrat de travail. D'une certaine façon, on pourrait dire que l'employeur qui embauche un professionnel pour œuvrer à ce titre hérite en même temps du faisceau des exigences et des contraintes qui entourent l'exercice de la profession en cause. L'employeur ne peut donc exiger d'un professionnel que celui-ci se comporte d'une façon contraire aux prescriptions de son code de déontologie, à celles du *Code des professions* lui-même ou, le cas échéant, à celles de la loi particulière et des règlements qui gouvernent son ordre et sa profession.

On pourra voir un exemple de l'application de cette règle dans l'affaire *Guimond c. Université de Montréal*⁶⁰, où l'on a jugé qu'une convention collective ne pouvait imposer aux médecins professeurs de clinique (et donc salariés) une règle de plafonnement de rémunération contraire aux divers textes législatifs et réglementaires relatifs à l'exercice de la profession médicale. Par analogie (bien qu'il n'ait pas été question d'un salarié dans cette espèce), on pourra aussi citer l'arrêt *Rémillard c. Centre hospitalier de Chandler*⁶¹, dans lequel un juge de la Cour supérieure annulait le règlement interne d'un centre hospitalier qui assujettissait le médecin demandeur à un horaire de garde si lourd qu'il était susceptible de causer une fatigue extrême et donc d'empêcher le demandeur d'exercer sa profession selon les standards prévus par le *Code de déontologie des médecins*, dont l'article 2.03.20 prescrit que :

⁵⁸ *Code de déontologie des comptables généraux licenciés*, R.R.Q. 1981, c. C-26, r. 30, art. «**2.04**. Le membre doit se tenir au courant des nouveaux développements dans le domaine de sa profession afin d'assurer un service professionnel d'une qualité conforme au besoin du client. »

⁵⁹ *Code de déontologie des ergothérapeutes*, R.R.Q. 1981, c. C-26, r. 78, art. «**2.04**. L'ergothérapeute doit se tenir au courant des nouveaux développements dans le domaine de sa professions afin de maintenir au niveau le plus élevé la qualité de ses services professionnels. »

⁶⁰ [1985] C.S. 360.

⁶¹ C.S. Gaspé, n° 110-055-000081-907, 10 juillet 1992.

2.03.20 *Le médecin doit s'abstenir d'exercer sa profession dans des circonstances ou états susceptibles de compromettre la qualité de ses services et la dignité de la profession.*⁶²

Le juge Martin déclare notamment que :

*En l'espèce, c'est le professionnel seul qui connaît ses capacités. Si on lui impose une charge qu'il considère trop lourde, il a le droit, même le devoir de la refuser.*⁶³

On sait depuis longtemps qu'un employeur ne peut ordonner à un employé la commission d'un acte illégal, contraire aux bonnes mœurs ou à la bonne foi, susceptible de mettre en danger la santé ou l'intégrité physique de ses collègues ou de tiers, etc.⁶⁴. Si l'employé refuse, l'employeur ne peut en principe lui imposer aucune sanction, et s'il le fait, par exemple au moyen d'un congédiement, ce congédiement pourra donner ouverture à une poursuite en dommages-intérêts ou, le cas échéant, donner prise aux différents recours prévus par la loi ou, s'il en est, la convention collective. De toute évidence, la même règle interdit à l'employeur d'exiger du professionnel à son emploi la violation directe ou indirecte de son code de déontologie (ou la violation d'une autre loi, du reste). Le professionnel qui désobéit à un tel ordre agit légitimement et ne s'expose, en théorie du moins, à aucune sanction : si sanction il y a, toutefois, il pourra la contester selon les voies ordinaires du droit du travail (selon le cas, recours en dommages-intérêts, recours en réintégration, grief, etc.).

C'est donc dire que, d'une certaine façon, les obligations propres à l'exercice d'une profession, parce qu'elles sont d'ordre public, s'imposent à l'employeur. Lorsque l'employeur est en même temps le client, il y a congruence entre les obligations du professionnel en tant que professionnel et ses obligations en tant que salarié : c'est par exemple le cas chez l'avocat ou le notaire qui fait partie du contentieux d'une entreprise, l'ingénieur ou l'urbaniste à l'emploi d'une corporation municipale. Dans ces cas, l'entreprise ou la corporation est à la fois employeur et client et l'on peut penser que ses intérêts d'employeur se confondent avec ses intérêts de client du professionnel. Les choses se compliquent toutefois lorsque l'employeur est une organisation dont la finalité, totale ou partielle, est de fournir à des tiers les services de professionnels : c'est par exemple le cas du cabinet d'avocats ou de notaires qui emploie des avocats

⁶² Notons que pareille disposition existe généralement dans les codes de déontologie des professions liées aux soins de santé, qu'il s'agisse de professions d'exercice exclusif ou à titre réservé. On la trouve aussi dans le *Code de déontologie des notaires*, précité, note 51, (art. 3.01.03)... mais pas dans celui des avocats...

⁶³ *Rémillard c. Centre hospitalier de Chandler*, précité, note 61, 28.

⁶⁴ Voir à ce sujet : A. Edward AUST, *Le contrat d'emploi*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 111; Georges AUDET, Robert BONHOMME et Clément CASCON, *Le congédiement en droit québécois*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p.1-16 et note complémentaire 2.

ou des notaires salariés, ou du cabinet d'optométristes employant des optométristes salariés qui dispenseront leurs services à des tiers, clients du cabinet; c'est le cas aussi des établissements hospitaliers ou des CLSC, qui requièrent les services de nombreux professionnels salariés en vue des soins à donner à la clientèle de l'établissement, etc.

Il pourrait dans ce cas arriver qu'un professionnel salarié se trouve dans une situation où s'opposent ou semblent s'opposer les intérêts ou les directives de l'employeur et les intérêts du client. Lesquels devront primer? À notre avis, quoique la situation soit plus facile à régler en théorie qu'en pratique, la solution s'impose, en raison du caractère d'ordre public des obligations rattachées à la primauté des intérêts du client qui fait affaires avec un professionnel : à défaut de pouvoir concilier les deux, le professionnel doit faire primer les intérêts du client sur ceux de l'employeur⁶⁵, tout comme il doit faire primer son autonomie professionnelle. On trouve un exemple intéressant d'un conflit de ce type dans l'affaire *Infirmières et infirmiers (Corporation professionnelle des) c. McLeod-Doucet*⁶⁶. Dans cette affaire, l'hôpital-employeur, avec le consentement des parents, avait décidé de l'arrêt des traitements prodigués à un nouveau-né souffrant de plusieurs malformations congénitales. Estimant que cette décision n'allait pas dans le sens des intérêts de l'enfant, l'infirmière intimée a contesté la décision et fait en ce sens un certain nombre de démarches. On lui reprochait à la fois d'avoir contesté la décision et les moyens qu'elle avait pris pour mettre en œuvre son opposition. Le Comité de discipline de l'Ordre des infirmières, tout en la trouvant coupable d'avoir utilisé certains moyens et violé par conséquent le secret professionnel auquel elle était tenue, félicite par ailleurs l'infirmière en ces termes :

L'infirmière, comme tout professionnel, se doit de décider dans les domaines de sa compétence de façon autonome, sans intervention de tiers. L'une des qualités premières d'un professionnel, c'est l'indépendance. [...]

Accepter la proposition que nous soumet le syndic serait reléguer la profession d'infirmière et infirmier à un rôle d'exécutant pur et simple qui doit s'incliner devant une décision médicale sans pouvoir au moins la questionner. C'est là avoir une bien piètre opinion de la profession d'infirmière et infirmier.

L'intimée, ici, a refusé d'accepter que l'on laisse mourir un enfant. Elle s'est interrogée, comme c'est son droit de le faire et a, à cet effet, interrogé les médecins. [...]

⁶⁵ Surtout lorsque celui-ci est aussi un professionnel ou une société de professionnels, et donc tenu tout autant aux devoirs de sa profession envers le tiers qui a requis ses services, services qui sont en l'occurrence exécutés par l'entremise du professionnel salarié.

⁶⁶ [1992] D.D.C.P. 93.

À l'heure où notre société s'interroge sur des questions fondamentales dans le domaine des soins à donner aux malades telles que l'acharnement thérapeutique, l'arrêt des traitements, etc., il apparaît au Comité qu'une infirmière doit s'interroger et a même le devoir de rapporter des faits qui selon son expérience, sa formation lui apparaissent discutables; c'est cela, l'indépendance professionnelle.

L'intimée ici, a fait preuve d'une autonomie professionnelle remarquable qui ne peut être mise en doute.⁶⁷

Si par ailleurs, l'employeur avait, en marge des mêmes faits, infligé une sanction disciplinaire à cette infirmière, pour motif d'insubordination par exemple, l'infirmière aurait vraisemblablement pu s'en plaindre par voie de grief et invoquer en défense l'indépendance et l'intégrité professionnelles que lui commande son code de déontologie.

Notre conclusion antérieure tient donc toujours : les obligations faites aux professionnels à titre de professionnel, notamment aux termes de leurs codes de déontologie respectifs, l'emportent, en cas d'irrésoluble conflit, sur les obligations résultant du contrat de travail. À vrai dire, ce n'est pas tant que les premières l'emportent sur les secondes : c'est plutôt que l'employeur d'un professionnel, lorsqu'il embauche celui-ci, est tenu de faire en sorte que son salarié puisse respecter les obligations propres à sa profession. D'une certaine façon, son obligation sur ce point pourrait sans doute être fondée sur l'article 1434 C.c.Q. :

1434. *Le contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les usages, l'équité ou la loi.*

On peut imaginer d'autres circonstances où les devoirs d'un professionnel, tel que dictés par les lois ou les règlements pertinents peuvent s'opposer aux intérêts d'un employeur. Que devrait par exemple faire l'ingénieur qui réalise que telle pratique de l'employeur en matière de travaux met en danger la sécurité des travailleurs ou celle du public et que l'employeur persiste malgré les avertissements? Y a-t-il alors devoir de dénonciation, tel que semblerait l'indiquer le code de déontologie⁶⁸? Mais le devoir professionnel, en ce cas, n'irait-il pas à l'encontre de la loyauté que doit tout salarié à son employeur? Outre le fait qu'on puisse douter que le devoir de loyauté de salarié s'étende à la non-dénonciation

⁶⁷ *Id.*, p.98.

⁶⁸ *Code de déontologie des ingénieurs*, R.R.Q. 1981, c. I-9, r. 3, art. 2.01 et 2.03 :

«**2.01.** Dans tous les aspects de son travail, l'ingénieur doit respecter ses obligations envers l'homme et tenir compte des conséquences de l'exécution de ses travaux sur l'environnement et sur la vie, la santé et la propriété de toute personne.»

«**2.03.** L'ingénieur doit, lorsqu'il considère que des travaux sont dangereux pour la sécurité publique en informer l'Ordre des ingénieurs ou les responsables de tels travaux [...]».

d'actes illégaux ou dangereux, on devrait en pareil cas considérer que l'ingénieur en question n'a pas le choix : son code de déontologie le lui ordonnant, il devra avertir l'Ordre des ingénieurs, ce que l'on ne saurait théoriquement lui reprocher (même si, ce faisant, il s'expose peut-être en pratique à être remercié de ses services — avec préavis — par l'employeur, sujet cependant aux recours usuels du droit du travail, s'il en rencontre les conditions d'application).

Mais il y a plus. Non seulement l'employeur est-il en quelque sorte lié par les obligations incombant au professionnel, mais on peut même présumer que si l'employeur embauche à ce titre un professionnel, c'est pour que ce dernier exécute professionnellement ses obligations, notamment sur le plan éthique. De ce point de vue, le professionnel doit autant à son employeur qu'à son ordre d'exercer sa profession selon les normes et les standards fixés par la loi et les règlements applicables (ne serait-ce que parce qu'en certaines circonstances, l'acte du professionnel salarié est susceptible d'engager la responsabilité civile de l'employeur, au sens de l'article 1463 C.c.Q., qui a remplacé l'article 1054 (7) C.c. B.C.). S'il ne le fait pas, non seulement s'expose-t-il au contrôle disciplinaire de son ordre mais encore il s'expose aux sanctions administratives ou disciplinaires qu'un employeur peut, dans le cadre du contrat de travail, imposer au salarié qui n'exécute pas convenablement sa tâche. L'existence d'un droit disciplinaire corporatif n'empêche en effet aucunement l'exercice des autres modes de contrôle auxquels un individu peut être par ailleurs assujéti, notamment en raison de sa qualité de salarié, et n'empêche donc pas l'exercice concurrent du pouvoir disciplinaire que possède l'employeur en vertu de son droit général de direction⁶⁹. Le professionnel peut donc être soumis parallèlement à plusieurs ordres de contrôle, dont celui de son employeur.

Cela signifie que, par exemple, rien n'empêche un employeur d'imposer une sanction disciplinaire ou même de congédier, si les circonstances de l'espèce le justifient, le professionnel salarié qui aurait commis des actes de harcèlement sexuel à l'endroit d'un client de l'employeur ou d'un autre salarié, ou se serait placé dans une situation de conflits d'intérêts par rapport à l'employeur ou un client de celui-ci, même lorsque ces gestes sont également contraires au code de déontologie du professionnel en cause (c'est par exemple le cas des médecins⁷⁰, des psychologues⁷¹ et des travailleurs sociaux⁷²) et sont donc à ce titre susceptibles d'une poursuite purement disciplinaire.

⁶⁹ Sur la coexistence du droit disciplinaire corporatif et des autres modes de contrôle de la conduite d'un individu, voir : R. SAVATIER, *Traité de droit médical*, Paris, Librairies techniques, 1956, pp. 122 et 123, reproduit dans le recueil d'André POUPART, *Droit professionnel (3350)*, Montréal, Coopérative étudiante de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, 1991, p. 185.

⁷⁰ *Code de déontologie des médecins*, précité, note 2, art. «**2.03.08**. Le médecin doit, dans l'exercice de sa profession, avoir une conduite irréprochable envers tout patient, que ce soit sur le plan physique, mental ou émotif. »

⁷¹ *Code de déontologie des psychologues*, R.R.Q. 1981, c. C-26, r. 148.1, art. «**13**. Le psychologue doit, dans

Par ailleurs, on se doute bien que si l'imposition d'une sanction disciplinaire par l'employeur n'a pas d'effet sur le processus disciplinaire corporatif⁷³, l'inverse n'est pas vrai, du moins pas toujours. Par exemple, le professionnel, membre d'une profession d'exercice exclusif, qui est radié de manière permanente du tableau de son ordre, pourrait certainement être congédié par l'employeur qui l'avait embauché *comme professionnel*. Dans ce cas, la sanction infligée par l'employeur pourrait être qualifiée d'administrative, tout simplement, l'employeur ne pouvant être contraint de garder à son service un salarié qui n'a plus la capacité d'effectuer les tâches pour lesquelles ou en considération desquelles il a été embauché. De même, une radiation temporaire pourrait, selon les cas, être considérée comme un motif suffisant de congédiement ou, à tout le moins, de suspension temporaire sans traitement.

CONCLUSION

En résumé, la réalité du professionnel salarié en est une qui s'est progressivement imposée au droit du travail, tant sur le plan individuel que collectif. D'à peu près inconcevable au siècle dernier, elle est devenue chose fréquente et n'a pas échappé au courant de «salarisation» qui touche tous les domaines de l'activité humaine, du moins dans nos sociétés occidentales, où l'emploi est devenu le mode privilégié de l'organisation du travail. En raison de l'élargissement que subissait parallèlement la notion de subordination caractéristique du rapport d'emploi, le droit du travail a assimilé la réalité du professionnel-salarié, tout comme il avait auparavant assimilé la réalité du cadre (l'inférieur, l'intermédiaire ou le supérieur) : dans tous ces cas, le lien de subordination s'accommode très bien de l'existence d'une latitude d'exécution fort éloignée des contrôles stricts qu'aurait exigé le droit antérieur mais qui, finalement, rend bien compte du seul critère qui mérite d'être considéré, c'est-à-dire l'intégration à l'entreprise d'autrui.

La superposition des qualités de professionnel et de salarié engendre donc, *dans le cadre du régime général* des obligations découlant du contrat de travail, un régime particulier. D'une part, le salariat ne dispense pas le professionnel des obligations que lui confère son titre, obligations qui, de par leur caractère d'ordre

l'exercice de sa profession, avoir une conduite irréprochable envers tout patient, que ce soit sur le plan physique, mental ou affectif.»

⁷² *Code de déontologie des travailleurs sociaux*, R.R.Q. 1981, c. C-26, r. 180, art. «**3.02.08**. Le travailleur social se comporte, à l'égard de son client, d'une façon digne et irréprochable sur tous les plans.»

⁷³ Et cela pour deux raisons : tout ce qui est faute disciplinaire pour le droit du travail n'est pas nécessairement faute disciplinaire au sens du *Code des professions*; ensuite, le processus disciplinaire propre au contrat de travail n'est, ni dans sa finalité ni dans son processus, analogue au pouvoir disciplinaire de l'ordre professionnel : dans le premier cas, l'imposition d'une sanction disciplinaire est un geste unilatéral de l'employeur; dans l'autre, il s'agit d'un processus de nature quasi judiciaire, dans une optique de protection du public.

public, s'imposent également à l'employeur. D'autre part, les obligations du salarié en tant que salarié s'ajoutent à celles du professionnel en tant que professionnel *et le contour précis des premières doit être tracé en tenant compte des secondes*. Cette superposition, et la double série d'obligations parfois congruentes qu'elle engendre, sont parfaitement viables, comme le démontre bien la réalité quotidienne. On pourrait même ajouter à l'édifice des degrés supplémentaires : un professionnel peut non seulement être un salarié mais, en certaines circonstances, il peut aussi, et concurremment, être un mandataire ou l'administrateur du bien d'autrui. À tout événement, la double qualité de professionnel et de salarié résulte en des standards exigeants, qui sont le corollaire des droits et des privilèges qui échoient aux professionnels.

Le nouveau cadre contractuel de l'exercice des professions

Claude FABIEN*

INTRODUCTION.....	75
I. QUALIFICATION DU CONTRAT.....	77
A. Qualification simple.....	78
B. Qualification mixte.....	81
II. CERTAINES OBLIGATIONS DU PROFESSIONNEL.....	83
A. Loyauté.....	85
B. Information.....	86
C. Exécution personnelle.....	87
D. Bonne foi.....	90
III . RESPONSABILITE CIVILE.....	92
A. Solidarité.....	93
B. Prescription.....	93
C. Primauté du contrat.....	94
D. Incidence des présomptions légales.....	96
1. Nouvelle architecture du Code.....	98
2. Langage des dispositions.....	99
3. Volonté législative implicite.....	100
4. Opportunité de cette solution.....	101

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

5. Compatibilité avec le contrat.....	102
CONCLUSION.....	103

Le nouveau Code civil du Québec, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1994, change-t-il en quoi que ce soit le cadre contractuel de l'exercice des professions? Énonce-t-il de nouvelles obligations pour les professionnels? Modifie-t-il le régime de responsabilité civile auquel ils sont assujettis? Telles sont les questions auxquelles nous sommes invités à réfléchir aujourd'hui. Mais, au préalable, pour en saisir l'enjeu, il est nécessaire d'opérer un bref retour en arrière pour se remémorer l'état antérieur du droit.

Il est paradoxal de constater que le *Code civil du Bas Canada* de 1866, pourtant rédigé par des professionnels, ne leur a pas offert grand chose en terme de cadre juridique de leurs activités professionnelles. Ce Code ne connaissait qu'un seul contrat de base en matière de prestation de services appelé «le louage d'ouvrage» qui prévoyait, au nombre des «ouvrages» susceptibles d'être loués, «le service personnel des ouvriers, domestiques et autres» (articles 1665 et 1666 C.c.B.C.). La section consacrée à ce contrat particulier comprenait cinq articles maigrelets, qui visaient essentiellement le travail subordonné (articles 1667 à 1671 C.c.B.C.). Déjà inadéquates pour régir le travail subordonné, ces dispositions s'avéraient manifestement inadaptées pour les professionnels qui, pendant près d'un siècle, se caractérisaient principalement par leur liberté d'action.

Outre ces dispositions, mention était faite de l'ingénieur et de l'architecte à trois articles de la section consacrée à «l'ouvrage par devis et marchés» (articles 1688 à 1690 C.c.B.C.). Le Code parlait aussi des avocats et notaires à l'article 1732 C.c.B.C., pour les qualifier péremptoirement de mandataires.

Comment expliquer la pauvreté des règles du Code visant les professionnels? Il y a certes à l'origine la pauvreté du modèle du Code civil français de 1810 qui servait d'inspiration aux commissaires chargés de la codification de 1866, mais surtout les réticences de ces derniers à en réformer les dispositions. Ce parti pris d'immobilisme est éclairé par un passage étonnant de leur rapport sous la rubrique du mandat¹, qui peut se résumer comme suit.

Pour les commissaires, les distinctions entre le louage de services personnels et le mandat salarié sont «combien légères». Selon eux, la distinction vient du droit romain d'où proviennent les règles fondamentales du mandat et y

¹ 6^e Rapport des Commissaires chargés de codifier les lois du Bas Canada en matières civiles, 1866, sous *In Code civil du Bas Canada*, t. 3, Québec, Desbarats et Cameron, p. III.

était fondée sur les distinctions sociales qui existaient chez les Romains. Certains arts et professions étaient exercés par des citoyens libres et se nommaient «libéraux»; d'autres étaient laissés aux esclaves. La compensation pécuniaire versée pour la première classe de services se nommait «*honorarium*» et son paiement était volontaire. La deuxième classe se nommait «*merces*» ou «*pretium*» et pouvait être recourue en justice.

Selon les commissaires, cette distinction, fondée sur le rang social, paraît inacceptable dans la société de 1866. Cette règle de distinction varie selon la conception qu'une société se fait «de l'honneur ou du déshonneur de certaines fonctions». Les commissaires illustrent la relativité de ces critères par la fluctuation des qualifications au cours des siècles. Ils évoquent les querelles de qualification entre «les jurisconsultes les plus renommés», par les illustrations suivantes. À Rome, la peinture était l'objet du louage alors que Pothier dit qu'elle était en France une profession libérale. Pour Cujas et Coquille, avocats et procureurs sont l'objet du louage, alors que Pothier et Merlin pensent au contraire que ce sont des mandataires.

Selon les commissaires, ces observations démontrent que les deux contrats sont identiques à toutes fins pratiques. Ils observent par ailleurs qu'aucun des codes civils européens n'a été assez «courageux» pour abolir la distinction et pour traiter tous les services salariés comme du louage d'ouvrage et que cette distinction est sérieusement maintenue par presque tous les grands jurisconsultes français. C'est ainsi que les commissaires ont maintenu, par pur conformisme, une distinction qu'ils comprenaient fort mal et qui s'est traduite, dans le *Code civil du Bas Canada*, par le régime rachitique du contrat de louage de services personnels et celui, plus élaboré, du mandat.

Il est étonnant de constater que, malgré ces assises bancales, le droit québécois a su composer avec ce Code pendant les 128 années de sa vie et développer un cadre juridique fonctionnel pour les activités professionnelles. Il y est parvenu de plusieurs manières. En premier lieu, il a eu recours à la notion de «contrat *sui generis*» pour s'éloigner des contrats nommés dans le Code et créer, sur la base de la théorie générale des obligations, un régime juridique dominé par l'usage. En second lieu, il a eu largement recours au régime extracontractuel de responsabilité civile pour indemniser le préjudice corporel des personnes victimes de fautes professionnelles, notamment dans le domaine de la responsabilité médicale. Il a tardivement fait, dans ce dernier domaine, la découverte du contrat comme source de responsabilité, découverte toutefois tempérée par la faculté reconnue à la victime d'opter pour le régime de responsabilité civile qui lui est le plus favorable. Enfin, il a progressivement circonscrit le mandat à son domaine propre, qui n'avait d'ailleurs que peu de rapport avec ce qu'avaient imaginé les commissaires.

Ces ajustements allaient toutefois s'avérer insuffisants. Il fallait réviser les cinq articles du contrat de louage de services devenus inadéquats pour tous les

salariés qu'ils régissaient, y compris pour des professionnels subordonnés de plus en plus nombreux. Il fallait instituer, entre le louage de services et le mandat, un contrat nouveau, adapté au mode d'exercice des professionnels autonomes. Il fallait concevoir que le locateur des services professionnels n'était plus, dans bien des cas, le maître qui commande mais plutôt un client en situation de vulnérabilité par rapport au professionnel et, ajuster en conséquence l'équilibre des intérêts légitimes en conflit. Le même rééquilibrage s'imposait au bénéfice du client des mandataires professionnels.

Le *Code civil du Québec*, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1994, comble en grande partie les insuffisances de son prédécesseur. Il nomme et régit désormais trois contrats distincts, susceptibles d'être des véhicules de services. En premier lieu, le contrat de travail succède au contrat de «louage du service personnel des ouvriers, domestiques et autres». Il compte douze articles. En second lieu, on a créé le «contrat de service ou d'entreprise», pour régir particulièrement les professionnels autonomes. Enfin, le contrat de mandat a été révisé et modernisé. Ces trois contrats sont susceptibles de servir de cadre juridique à l'exercice d'une profession. Il convient de les étudier ensemble autour de trois questions qui paraissent à ce moment-ci dominantes : la qualification du contrat (I), certaines obligations du professionnel (II) et sa responsabilité (III).

I. QUALIFICATION DU CONTRAT

Trois contrats nommés dans le Code civil sont susceptibles de s'appliquer à la relation entre le professionnel et son client. L'opération par laquelle on détermine quel contrat s'applique à une situation concrète s'appelle «qualification». Elle est importante, car elle détermine quelles règles régissent alors les parties. C'est souvent une opération rétrospective que l'on fait en cas de situation litigieuse : on regarde alors l'ensemble de la situation des parties et pas seulement le titre qu'elles ont donné à leur convention. D'ailleurs, il est rare que les professionnels fassent signer des contrats à leurs clients. Les contrats se forment spontanément, sans écrit : le Code civil supplée alors au silence des parties. Même quand les parties ont prévu un contrat écrit, ce dernier ne dit généralement pas tout et ne dispense pas de référer aux dispositions supplétives du Code.

Il faut donc au départ déterminer si les rapports entre le professionnel et son client sont régis par le contrat de travail, le contrat de mandat ou le contrat de service ou d'entreprise. Ce dernier contrat est une création du nouveau Code : il n'existait pas comme tel dans les contrats nommés du *Code civil du Bas Canada*. Il a été conçu précisément pour correspondre au modèle de la relation professionnelle. Il n'en découle pas qu'il soit le seul contrat qui convienne. Chacun des trois contrats est candidat à «habiller» la relation professionnelle, seul ou en «coordonnés», ce qui donnera lieu soit à une qualification simple, soit à une qualification que j'appelle «mixte».

A. Qualification simple

Voyons d'abord ce qui caractérise chaque contrat et ensuite comment rattacher chacun aux situations concrètes qui lui conviennent.

L'article 2085 C.c.Q. définit ainsi le contrat de travail :

Le contrat de travail est celui par lequel une personne, le salarié, s'oblige, pour un temps limité et moyennant rémunération, à effectuer un travail sous la direction et le contrôle d'une autre personne, l'employeur.

La caractéristique dominante de ce contrat est le pouvoir de direction et de contrôle que détient l'employeur sur la manière dont le salarié exécute son travail. Cette caractéristique correspond au critère de subordination bien connu de la responsabilité extracontractuelle de l'employeur pour le préjudice que son employé cause à un tiers. Ce critère a été abondamment explicité par la jurisprudence et la doctrine relatives aux articles 1054, alinéa 7 C.c.B.C. et 1463 C.c.Q.²

L'article 2098 C.c.Q. définit le contrat de service ou d'entreprise comme suit :

Le contrat d'entreprise ou de service est celui par lequel une personne, selon le cas l'entrepreneur ou le prestataire de services, s'engage envers une autre personne, le client, à réaliser un ouvrage matériel ou intellectuel ou à fournir un service moyennant un prix que le client s'oblige à lui payer.

La caractéristique essentielle de ce contrat est l'autonomie relative dont jouit le prestataire de services : il a le libre choix des moyens d'exécution du contrat. Il n'existe entre lui et le client aucun lien de subordination quant à la manière dont il sera exécuté. Le contrôle du client ne s'exerce que sur la finalité du service.

L'article 2130 C.c.Q. définit le mandat comme suit :

Le mandat est le contrat par lequel une personne, le mandant, donne le pouvoir de la représenter dans l'accomplissement d'un acte juridique avec un tiers, à une autre personne, le mandataire qui, par le fait de son acceptation, s'oblige à l'exercer.

La caractéristique essentielle du contrat de mandat réside dans son objet. Il est de l'essence du mandat qu'il comporte l'accomplissement d'un acte juridique³.

² Jean-Louis BAUDOIN, *La responsabilité civile*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 352, n^{os} 614 et suiv.

³ Claude FABIEN, *Les règles du mandat*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, Montréal, 1987, p. 71, n^o 20.

Le mot «acte» doit être compris ici dans son sens juridique classique de «toute manifestation de volonté destinée à créer des effets juridiques». Le contrat de mandat, dans sa conception moderne, a peu en commun avec l'idée que s'en faisaient les commissaires à la codification de 1866. Le mandat n'a aucun rapport avec la noblesse de la tâche accomplie, sa complexité, son caractère savant ou sa rémunération. Seul son objet détermine la qualification. Il y a des mandats nobles, comme plaider en Cour suprême. Il y a des mandats roturiers, comme celui de l'ouvrier qui achète une boîte de clous et la fait porter au compte de son patron. Le mandat n'a également aucun rapport avec le degré d'autonomie de celui qui agit. Un mandataire peut tout aussi bien être un salarié subordonné à son employeur qu'un prestataire de services jouissant d'une totale autonomie.

Comment situer le professionnel dans cette panoplie? Je suggère d'appliquer successivement deux tests : celui de la représentation et celui de la subordination.

Dans un premier temps, il s'agit de se demander si le professionnel représente son client dans l'accomplissement d'un acte juridique avec un tiers. Dans l'affirmative, c'est un mandataire. Ainsi, le notaire qui négocie un prêt pour son client et l'avocat qui comparaît pour son client dans une action sont des mandataires. L'ingénieur, l'architecte, le comptable sont occasionnellement des mandataires lorsqu'ils sont habilités à lier juridiquement leurs clients. Si le résultat du premier test est négatif, on passe au suivant.

Dans un deuxième temps, il s'agit de se demander si le professionnel est subordonné à la direction et au contrôle de la personne qui utilise ses services. S'il est subordonné, il faut appliquer les règles du contrat individuel de travail, à moins qu'il ne soit assujéti à une convention collective de travail. S'il n'est pas subordonné, on applique les règles du contrat de service ou d'entreprise.

Il n'est pas possible d'établir un système de qualification fondé sur le titre professionnel. Tout professionnel peut être soit un salarié, soit un prestataire de service. Tout dépend de son degré de subordination⁴. Un ingénieur ou un architecte à l'emploi de l'Hydro-Québec à un rang subalterne est un salarié, que ce soit au sens du Code civil ou à celui du Code du travail. S'il est associé principal dans une société d'ingénieurs ou d'architectes, c'est le contrat de service ou d'entreprise qui sert de cadre juridique aux relations avec ses clients. Le jeune ingénieur ou architecte engagé à salaire par la société d'ingénieurs ou d'architectes est un salarié régi par les règles du contrat de travail.

⁴ Marie-France BICH, «Le contrat de travail», dans *La réforme du Code civil*, t. 2, Québec, P.U.L., 1993, p. 752, n^{os} 23-27.

Les mêmes principes s'appliquent au médecin. Un médecin engagé au Québec par la Croix-rouge pour travailler dans un laboratoire d'hématologie est vraisemblablement régi à titre supplétif par les règles du contrat de travail du Code civil. Le médecin qui exerce à son propre compte est un prestataire de services. Le mode de rémunération n'est pas un critère utile de distinction. Deux médecins, payés par la Régie de l'assurance-maladie, peuvent néanmoins être assujettis à des cadres contractuels différents, selon leur degré de subordination. Le véritable critère de qualification demeure le pouvoir détenu par les personnes qui utilisent leurs services de contrôler leurs actes médicaux.

Un dernier raffinement à apporter à la qualification du contrat s'impose lorsque le professionnel est autonome : il faut choisir entre le contrat de service et le contrat d'entreprise. Les enjeux pratiques de ce choix ne sont pas dramatiques. Les deux contrats sont traités en parallèle sous le même chapitre. Ils partagent la même logique. Ils sont soumis à un tronc de règles communes (articles 2098 à 2109, 2125 à 2129 C.c.Q.) alors que le contrat d'entreprise est sujet à des règles particulières applicables aux ouvrages en général (articles 2110 à 2116 C.c.Q.) et aux ouvrages immobiliers (articles 2117 à 2124 C.c.Q.). Pour qualifier correctement le contrat, il suffit de regarder la prestation du professionnel. Si elle se compose uniquement de services, il s'agit d'un contrat de service. Si elle comporte la production d'un «ouvrage matériel ou intellectuel», il s'agit vraisemblablement d'un contrat d'entreprise.

L'ouvrage peut être mobilier ou immobilier. S'il est mobilier, le contrat est régi par les règles générales du contrat d'entreprise. Tel serait le cas du denturologiste qui fabrique une prothèse dentaire ou de l'opticien d'ordonnance qui fournit des lunettes à son client. Si l'ouvrage est immobilier, le contrat est régi, en plus des règles générales, par les règles particulières aux ouvrages immobiliers. Tel serait le cas de l'ingénieur qui érige un barrage ou de l'architecte qui fait les plans d'une maison et en surveille l'exécution, encore que dans ce dernier cas, on risque d'être en présence d'un contrat mixte (contrat d'entreprise et mandat).

Le contrat de service et surtout le contrat d'entreprise comportent une frontière commune avec le contrat de vente. Le législateur a tenu compte de cette difficulté en édictant l'article suivant :

2103. *L'entrepreneur ou le prestataire de services fournit les biens nécessaires à l'exécution du contrat, à moins que les parties n'aient stipulé qu'il ne fournirait que son travail.*

Les biens qu'il fournit doivent être de bonne qualité; il est tenu, quant à ces biens, des mêmes garanties que le vendeur.

Il y a contrat de vente, et non contrat d'entreprise ou de service, lorsque l'ouvrage ou le service n'est qu'un accessoire par rapport à la valeur des biens fournis.

La vente d'un bien se distingue de la production d'un ouvrage dans le cadre du contrat d'entreprise en ce que le vendeur n'ajoute rien à la qualité du bien qu'il vend. Il ne fait qu'en transférer la propriété. L'entrepreneur, par son travail, améliore ou transforme les biens sur lesquels il applique son travail, son art ou sa science. L'enjeu de la qualification ne porte pas sur la garantie contre les vices cachés des biens, puisque la garantie est la même, quel que soit le contrat. Les règles de la vente seront cependant différentes à d'autres points de vue, comme l'attribution des risques du bien vendu et surtout l'indisponibilité de la résiliation. Est-il concevable que le professionnel soit un pur vendeur? La question se posera sûrement à propos d'un professionnel comme le pharmacien qui exécute une ordonnance dont il n'est pas l'auteur en vendant un produit pharmaceutique qu'il n'a pas fabriqué. Cette qualification de vendeur sera vraisemblablement tempérée par l'obligation de conseil à laquelle est tenue le pharmacien. Même si le client ne demande aucun conseil au pharmacien, ce dernier serait tenu d'en prodiguer s'il constatait quelque anomalie. Mieux vaudrait alors parler d'un contrat mixte cumulant des obligations empruntées au contrat de vente et au contrat de service ou d'entreprise, telles la loyauté et l'obligation d'information préalable au contrat (articles 2100 et 2102 C.c.Q.).

B. Qualification mixte

On aimerait bien qu'à toute relation professionnelle concrète corresponde un contrat nommé, précis et unique. Malheureusement, le Code ne peut pas épuiser la réalité. Après avoir fourni les outils de base, il doit laisser se déployer les variations qu'engendre inévitablement la réalité. Lorsqu'aucun contrat nommé ne peut à lui seul couvrir une situation donnée, il peut y avoir formation d'un contrat mixte. Pour s'y retrouver, il y a lieu de distinguer selon que la prestation du professionnel comporte ou non une fonction de représentation.

Si le professionnel n'accomplit pas d'acte de représentation, il n'y a normalement qu'à se demander s'il est autonome ou s'il est subordonné. Le test de la subordination est binaire. Si le professionnel est autonome, on doit se demander s'il est un prestataire de services ou un entrepreneur. Si, dans le cadre de la relation professionnelle, il y a transfert de la propriété d'un bien, sans transformation significative par le travail du professionnel, il peut alors s'agir d'un contrat mixte qui combine les règles du contrat de vente et du contrat d'entreprise, comme je l'ai évoqué plus haut.

Si le professionnel est subordonné, on reconnaît alors le contrat de travail. Tout est simple, si l'employeur du professionnel est le seul bénéficiaire du service professionnel, comme dans le cas de l'ingénieur junior à l'emploi d'Hydro-Québec. Le schéma se complique si le bénéficiaire du service professionnel est un tiers. Tel est le cas si un client traite avec un jeune architecte à l'emploi d'une société d'architectes. Il y a alors deux relations contractuelles distinctes. Au départ, on trouve entre la société et son jeune

architecte salarié un contrat mixte de travail et de mandat. Disposant du pouvoir de représenter la société auprès du client, le jeune salarié fera naître entre la société et le client un contrat de service (ou d'entreprise), dont l'exécution sera entièrement à sa charge.

Ce dernier exemple nous fait passer à la seconde hypothèse : celle d'une relation professionnelle qui comporte des pouvoirs de représentation. On sera alors, dans bien des cas, en présence d'un régime mixte qui fait appel d'une part aux règles du mandat et d'autre part, soit aux règles du contrat de service, soit à celles du contrat de travail. Ce régime mixte peut tout autant se créer lorsque l'objet principal du contrat est la représentation du client aux fins d'actes juridiques que lorsque l'objet est lui-même mixte et combine des services et des actes de représentation.

Voyons la première hypothèse : celle où l'objet du contrat se limite à des actes de représentation. La qualification de «contrat de mandat» s'impose d'emblée, mais elle ne suffit pas. Un mandataire peut être subordonné ou autonome. Par exemple, un avocat salarié à l'emploi de la Fonction publique est subordonné alors que l'avocat exerçant seul en pratique privée n'est pas subordonné à son client. Cette réalité est reconnue par l'article 2164 C.c.Q. qui crée une règle de responsabilité extracontractuelle à géométrie variable pour le mandant, à l'égard du tiers, selon que son mandataire soit ou non un préposé. Les autres règles du mandat s'appliquent avec la même modulation dans les rapports entre le mandant et le mandataire. Si le mandataire est un préposé subordonné au pouvoir de contrôle de son employeur, on combine les règles du contrat de travail et celles du mandat. Si le mandataire est un prestataire de services autonome par rapport à son client, on combine les règles du contrat de service et celles du mandat. On obtient ainsi un régime mixte qui cumule des droits et des obligations empruntés aux deux régimes. Par exemple, le mandataire prestataire de service est soumis à l'obligation, commune à tous les mandataires, de rendre compte de sa gestion (article 2184 C.c.Q.), mais aussi à celles, particulières au prestataire de service, d'information précontractuelle (article 2102 C.c.Q.) et de rémunération à forfait (article 2109 C.c.Q.), le cas échéant. Il est visible que le législateur a eu un réel souci de cohérence et de compatibilité en rédigeant les règles du mandat et celles des contrats de travail et de service. Ceci devrait faciliter d'autant la composition des régimes mixtes et écarter les conflits de règles.

En revanche, les rapports du mandant et du mandataire avec les tiers sont soumis de façon invariable aux règles du mandat, car leur objet n'est recouvert par aucune des règles du contrat de travail ou du contrat de service. Sauf dans le cas de la responsabilité extracontractuelle de l'article 2164 C.c.Q. évoqué plus haut, ces règles s'appliquent de façon uniforme envers les tiers, sans égard au fait que le mandataire soit ou non un préposé.

La deuxième hypothèse est celle où l'objet du contrat est lui-même mixte, en ce qu'il comporte des actes de représentation et des services dépourvus de toute représentation, dans des proportions variables. Par exemple, un avocat qui donne une opinion ou qui prépare des formules d'incorporation pour la signature de son client n'est pas un mandataire : c'est un prestataire de services. En revanche, il est un mandataire lorsqu'il comparaît en justice et plaide pour son client. S'il fait tout cela à la fois, pour le même client, sa prestation est forcément mixte, et l'on se demandera avec raison quelles règles s'appliquent. Le notaire qui exécute un écrit authentique ou donne des avis à titre de conseiller juridique n'est pas un mandataire. Il l'est lorsqu'il négocie un prêt ou enregistre un acte pour son client. L'ingénieur ou l'architecte qui fait un plan ou un devis de construction n'est pas un mandataire. Il le devient lorsqu'il surveille le chantier, donne des ordres, approuve des modifications aux plans, reçoit des matériaux. Quel régime appliquer lorsqu'il fournit toute la gamme des services au même client, dans le cadre du même projet?

À une prestation de services mixte, correspondra un régime juridique mixte. Pour ce qui est des rapports entre le professionnel avec son client, il y a lieu d'appliquer le régime décrit plus haut, composé en cumulant les règles du mandat avec celles du contrat de travail, si le professionnel est subordonné ou celles du contrat de service, si le professionnel est autonome. Il paraîtrait oiseux de découper la prestation du professionnel en deux lots soumis à des régimes juridiques distincts. Pourquoi le comptable serait-il tenu d'informer adéquatement son client avant de préparer ses rapports fiscaux, comme prestataire de service en vertu de l'article 2102 C.c.Q., alors qu'il ne serait pas soumis à la même obligation lorsqu'il représente son client auprès du ministère du Revenu? On pourrait envisager la prépondérance d'un régime par rapport à un autre lorsque les circonstances permettent de présumer que les parties l'ont voulu ainsi. Tel serait notamment le cas lorsque les fonctions de représentation accomplies par le professionnel sont marginales.

Par ailleurs, il en va tout autrement des rapports du professionnel mandataire avec les tiers. On doit considérer la nature juridique du service qui affecte le tiers. S'il s'agit d'un acte de représentation, on applique les règles du mandat. S'il s'agit d'un service qui ne comporte aucune représentation du client, on applique les règles du contrat de travail ou de service, selon le degré de subordination du professionnel.

II. CERTAINES OBLIGATIONS DU PROFESSIONNEL

La formation du contrat entre le professionnel et le bénéficiaire de ses services fait naître des obligations réciproques pour les deux parties. Je me limiterai à parler de celles du professionnel, qui sont dominantes, et encore uniquement de celles qui apparaissent pour la première fois au Code civil.

Le contenu obligationnel du contrat est déterminé par plusieurs sources. Au premier chef, il y a la volonté des parties exprimée dans les stipulations du contrat. Comme toutefois beaucoup de relations contractuelles se nouent sans écrit ou par des stipulations laconiques, on présume que les parties ont voulu s'en référer aux dispositions de la loi. C'est le Code civil qui est l'instrument par excellence de cette fonction supplétive de la loi. Après avoir qualifié le contrat, on applique les obligations édictées au contrat nommé désigné par la qualification et celles qui sont énoncées au titre consacré à la théorie générale des obligations (articles 1371 à 1707 C.c.Q.). De plus, le Code civil ne s'impose pas comme source exclusive des obligations, puisqu'il indique lui-même d'autres sources. L'article 1434 C.c.Q. reprenant le principe bien connu de l'article 1024 C.c.B.C., édicte ce qui suit :

1434. *Le contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les usages, l'équité ou la loi.*

Cet article a pour effet d'incorporer au contrat les prescriptions des lois et des règlements qui ont une incidence sur les effets du contrat. Certaines de ces prescriptions n'ont qu'un rôle supplétif : elles peuvent être écartées par une stipulation expresse. D'autres sont d'ordre public : la volonté de les exclure serait sans effet. Entrent dans cette dernière catégorie, l'obligation de respecter les droits et libertés édictés par la *Charte des droits et libertés de la personne*⁵, les lois professionnelles et les règlements d'application de ces lois. Au nombre de ces règlements, se trouvent les codes de déontologie édictés pour chacune des professions. Un professionnel est par définition une personne régie par un code de déontologie. Les prescriptions déontologiques qui visent la relation entre le professionnel et son client sont ainsi incorporées au contrat qui les lie et ne peuvent être écartées par stipulation contraire.

Comme on l'imagine, la liste des obligations contractuelles du professionnel est longue. Je me limiterai à signaler quatre d'entre elles qui apparaissent pour la première fois au Code civil, à la faveur de sa révision. Il ne s'agit pas de droit entièrement nouveau. Ces obligations avaient déjà été reconnues dans une large mesure par la jurisprudence et la doctrine. Toutefois, la codification leur donne un profil plus précis qui mérite d'être mis en lumière. Il s'agit des obligations de loyauté, d'information, d'exécution personnelle et de bonne foi.

⁵ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.

A. Loyauté

L'obligation de loyauté fait une entrée en force dans le Code. Il s'agit d'une obligation générale qui est édictée dans chacun des trois contrats de travail, de service et de mandat. Qu'on en juge :

2088. *Le salarié, outre qu'il est tenu d'exécuter son travail avec prudence et diligence, doit agir avec loyauté et ne pas faire usage de l'information à caractère confidentiel qu'il obtient dans l'exécution ou à l'occasion de son travail [...].*

2100. *L'entrepreneur et le prestataire de services sont tenus d'agir au mieux des intérêts de leur client [...].*

2138. [...]

Il [le mandataire] doit également agir avec honnêteté et loyauté dans le meilleur intérêt du mandant et éviter de se placer dans une situation de conflit entre son intérêt personnel et celui de son mandant.

On peut certes s'étonner de la variation du langage d'un contrat à l'autre. Cela tient vraisemblablement à la méthode de rédaction plutôt qu'à la volonté de créer des distinctions de principe. Même si le mot «loyauté» n'est pas employé au contrat de service, l'idée commune est la même : il s'agit bien d'une obligation générale de loyauté. Comme toute obligation générale, elle demande à être modulée en fonction du contrat particulier dont il s'agit et des circonstances concrètes dans lesquelles se trouve le débiteur. Il appartiendra aux tribunaux de faire les adaptations qui s'imposent et de faire apparaître des différences d'intensité et de modalité. Toutefois, ces différences seront fortement atténuées dans le cas du professionnel. Quel que soit le contrat qui le régit, il demeure toujours soumis au même code de déontologie dont les dispositions, en matière de loyauté, sont généralement plus lourdes que celles du droit commun. L'illustration la plus frappante se trouve dans l'obligation au secret professionnel, une variante extrême de l'obligation générale de loyauté. Enfin, si le professionnel est syndiqué ou officier syndical, l'appréciation de son obligation de loyauté envers son employeur s'en trouvera d'autant plus délicate, surtout dans un contexte de conflit de travail.

Dans le cas du contrat de travail, l'obligation de loyauté est assortie d'une modalité particulière : une obligation de ne pas faire usage de l'information à caractère confidentiel. L'une et l'autre obligation sont prolongées au-delà de la durée de la prestation de travail :

2088. [...]

Ces obligations survivent pendant un délai raisonnable après la cessation du contrat, et survivent en tout temps lorsque l'information réfère à la réputation ou à la vie privée d'autrui.

Bien que ces dispositions n'aient pas été expressément répétées au contrat de service et au contrat de mandat, on peut les faire découler de l'obligation de loyauté, sinon des articles 4 et 5 de la Charte québécoise des droits et libertés. Et de toute manière, pour le professionnel, l'obligation au secret se superpose à cette obligation de discrétion.

Dans le contrat de mandat, quatre modalités particulières de l'obligation de loyauté sont édictées. Le mandataire doit éviter de se placer dans une situation de conflit d'intérêts (article 2138 C.c.Q.). Il ne peut représenter pour un même acte deux parties dont les intérêts sont en conflit, à moins qu'elles ne le sachent (article 2143 C.c.Q.). Le mandataire ne peut détourner à son propre profit une information ou un bien reçu dans l'exécution du mandat (article 2146 C.c.Q.). Enfin, le mandataire ne peut se porter lui-même contrepartie à l'acte qu'il est chargé d'accomplir pour le mandant, à moins que ce dernier ne le sache (article 2147 C.c.Q.). Ces modalités s'appliquent à tout mandataire, sans égard au fait qu'il soit autonome ou subordonné.

B. Information

L'obligation d'informer fait son entrée au Code. Au contrat de service, on trouve une obligation d'informer avant la formation du contrat (article 2102 C.c.Q.) et en cours d'exécution (article 2108 C.c.Q.) :

2102. *L'entrepreneur ou le prestataire de services est tenu, avant la conclusion du contrat, de fournir au client, dans la mesure où les circonstances le permettent, toute information utile relativement à la nature de la tâche qu'il s'engage à effectuer ainsi qu'aux biens et au temps nécessaires à cette fin.*

2108. *Lorsque le prix est établi en fonction de la valeur des travaux exécutés, des services rendus ou des biens fournis, l'entrepreneur ou le prestataire de services est tenu, à la demande du client, de lui rendre compte de l'état d'avancement des travaux, des services déjà rendus et des dépenses déjà faites.*

Le contrat de mandat édicte une obligation d'information dans les termes suivants :

2139. *Au cours du mandat, le mandataire est tenu, à la demande du mandant ou lorsque les circonstances le justifient, de l'informer de l'état d'exécution du mandat.*

Il doit, sans délai, faire savoir au mandant qu'il a accompli son mandat.

Le contrat de travail ne contient pas de disposition expresse sur l'obligation d'informer. Cette omission est cohérente avec le caractère subordonné du salarié. On présume que l'employeur en sait autant que le salarié qu'il emploie.

Toutefois, dans le cas du salarié professionnel, cette présomption est considérablement atténuée, voire inexistante. Les codes de déontologie qui régissent les diverses catégories de professionnels prescrivent tous une obligation d'informer le client. Son intensité dépendra du degré d'expertise relatif des parties. Le jeune ingénieur employé par Hydro-Québec et dirigé par un cadre expérimenté, lui-même ingénieur, a moins d'explications à fournir que l'ingénieur employé d'une petite entreprise qui répond directement à un P.d.g. dont la formation se limite au domaine des affaires.

On comprend que le Code, dans sa fonction supplétive, se contente d'édicter un seuil minimal d'obligations auquel les parties sont libres de soustraire ou d'ajouter. Sur le plan de l'information, le professionnel sera généralement tenu de faire davantage que ce que prévoit le Code, tant en raison de la nature de son travail que de la déontologie professionnelle. Tel est le cas notamment de l'obligation de conseil. Le Code n'en fait mention nulle part. Pourtant, la plupart des professionnels y seront tenus, quel que soit le cadre contractuel de leurs activités. Pour le professionnel salarié, elle pourra être stipulée dans sa description de tâche, ou faire partie des obligations implicites de son contrat (article 1434 C.c.Q.). Les dispositions du contrat de mandat ne mentionnent pas l'obligation de conseil. Pourtant, il ne fait nul doute que le conseil est inhérent à la prestation de services des avocats et notaires, lorsqu'ils agissent comme mandataires.

L'article 2102 C.c.Q. constitue un cas à part. Le Code y prescrit, à charge du prestataire de services, une obligation d'information préalable à la formation du contrat. Comme il s'agit d'une obligation précontractuelle, elle ne tire pas sa source du contrat. Elle est imposée par la loi : le prestataire de services ne peut s'y soustraire. Le Code joue ici un rôle plus que supplétif : il prescrit une disposition d'ordre public, visant la protection du client. En application de la théorie du contrat mixte énoncée plus haut, le mandataire professionnel autonome sera tenu à la même obligation, même si elle n'est pas répétée dans les dispositions du contrat de mandat.

Bref, le modèle du professionnel paternaliste qui tenait son client (ou son patient) dans l'ignorance est révolu. Le professionnel a désormais l'obligation de parler à son client.

C. Exécution personnelle

L'obligation du professionnel d'exécuter personnellement sa prestation doit plutôt être formulée sous forme de question que d'affirmation. Qu'en est-il? Alors que l'ancien Code nous laissait dans l'obscurité, le nouveau Code nous fournit ce qu'il faut pour répondre.

Précisons d'abord le vocabulaire. Une personne obligée à fournir un service, mais incapable de le faire personnellement, peut envisager deux solutions. D'une part, elle peut vouloir demander à une compétente de l'aider à exécuter sa propre obligation, dans le cadre d'un sous-contrat. Elle demeure alors obligée envers son client et répond de l'inexécution de son sous-contractant, qui constitue en réalité sa propre inexécution. D'autre part, elle peut vouloir carrément se faire remplacer par quelqu'un d'autre et être alors libérée de toute obligation envers son client. C'est ce que le droit du mandat appelle la «substitution» (article 2140 C.c.Q.). Il s'agit d'une opération par laquelle le mandataire principal se fait remplacer par un mandataire «substitut» et disparaît du cadre contractuel.

Si le bénéficiaire des services professionnels y consent, le professionnel peut faire l'un ou l'autre : se faire aider ou se faire remplacer. C'est dans le cas où ce bénéficiaire n'a rien stipulé ni expressément autorisé, que se pose un problème qui doit être résolu par l'application du Code. La solution variera en fonction de la qualification du contrat.

Le contrat de travail ne laisse place ni au sous-contrat, ni à la substitution. Le salarié est tenu d'accomplir sa prestation de travail en personne. Certains expliquent cette solution par le caractère *intuitu personae* de la prestation de travail. Si ce fondement peut s'avérer réel dans certains cas, il n'explique pas tout. Certains salariés sont tout à fait interchangeable, surtout ceux qui accomplissent des tâches simples et subalternes comme laver de la vaisselle. Dans ces cas, l'obligation d'accomplir le travail en personne me semble plutôt découler de l'état de subordination du salarié (article 2085 C.c.Q.). En effet, le pouvoir de direction et de contrôle de l'employeur est si vaste qu'il exclut toute initiative du salarié en matière d'embauche ou de choix de la personne qui exécutera le travail, ne fût qu'à titre d'aide ponctuelle. Le professionnel salarié est soumis aux mêmes contraintes : il est tenu d'accomplir en personne sa prestation de travail.

Il en va tout autrement du prestataire de services. L'article 2101 C.c.Q. prévoit qu'il peut se faire aider dans l'exécution de ses services :

2101. *À moins que le contrat n'ait été conclu en considération de ses qualités personnelles ou que cela ne soit incompatible avec la nature même du contrat, l'entrepreneur ou le prestataire de services peut s'adjoindre un tiers pour l'exécuter; il conserve néanmoins la direction et la responsabilité de l'exécution.*

Il s'agit alors d'un sous-contrat entre le prestataire de services et le tiers qui l'assiste. Les obligations du prestataire de services et sa responsabilité envers le client demeurent intactes. Ce modèle est courant dans la pratique professionnelle. Le client contracte avec une société d'architectes ou d'avocats. La société confie l'exécution du service à un jeune professionnel salarié qui est à son emploi. La société continue à assumer toutes les obligations et la

responsabilité envers son client. Si son propre personnel ne suffit pas à la tâche, la société peut, sur le même modèle, donner un sous-contrat de services à un professionnel autonome. Toutefois, le prestataire de services ne peut se «substituer» un autre prestataire sans en avoir été expressément autorisé par son client. Cette autorisation s'analyse comme un mandat accessoire qui donne le pouvoir au prestataire de services de conclure au nom de son client un nouveau contrat de services avec un tiers et de se retirer ensuite du cercle contractuel.

La substitution n'est donc possible que dans le cadre d'un contrat de mandat conclu à titre accessoire ou principal entre le mandataire et le mandant, c'est-à-dire pour l'appliquer à notre étude, entre le professionnel et son client. Le contrat de mandat est donc le seul contrat qui permet au professionnel de se substituer une autre personne ou de se faire aider par elle pour accomplir sa mission. Les dispositions pertinentes sont les suivantes :

2140. *Le mandataire est tenu d'accomplir personnellement le mandat, à moins que le mandant ne l'ait autorisé à se substituer une autre personne pour exécuter tout ou partie du mandat.*

Il doit cependant, si l'intérêt du mandant l'exige, se substituer un tiers, lorsque des circonstances imprévues l'empêchent d'accomplir le mandat et qu'il ne peut en aviser le mandant en temps utile.

2142. *Le mandataire peut, dans l'exécution du mandat, se faire assister par une autre personne et lui déléguer des pouvoirs à cette fin, à moins que le mandant ou l'usage ne l'interdise.*

Il demeure tenu, à l'égard du mandant, des actes accomplis par la personne qui l'a assisté.

La substitution n'est pas nouvelle. L'article 1711 C.c.B.C. prévoyait certains effets de la substitution. Cet article n'indiquait toutefois pas si le mandataire disposait de plein droit du pouvoir de se substituer quelqu'un d'autre ou s'il devait être expressément autorisé par le mandant à cette fin. L'ancien Code ne disait pas davantage si le mandataire pouvait se faire aider dans l'accomplissement du mandat⁶.

Le nouveau Code dissipe ces imprécisions. Il crée deux modèles distincts : la substitution, par laquelle le mandataire peut se faire remplacer et le sous-mandat, par lequel il peut se faire aider par un tiers, tout en continuant d'assumer ses obligations et sa responsabilité envers son mandant. Le Code détermine aussi que le pouvoir de se substituer quelqu'un d'autre n'existe pas de plein droit, sous réserve d'exceptions : il doit être stipulé. En revanche, le pouvoir de se faire aider par un sous-mandataire existe de plein droit, à moins que le

⁶ Claude FABIEN, *loc. cit.*, note 3, n° 113, 135.

mandant ne l'ait restreint ou supprimé⁷. C'est ce dernier modèle qui s'applique, par exemple, lorsqu'un avocat de Montréal demande à un confrère de Sherbrooke d'obtenir une remise d'audition dans un procès où il occupe : il s'agit d'un sous-mandat en vertu duquel l'avocat de Montréal est représenté devant le tribunal à Sherbrooke par son confrère.

D. Bonne foi

L'un des traits les plus marquants du nouveau Code civil est la place nouvelle et préminente accordée à la bonne foi. Elle résulte de trois dispositions fondamentales :

6. Toute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi.

7. Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi.

1375. *La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction.*

On se demandera sans doute si la bonne foi en contexte contractuel, constitue une obligation distincte et autonome, ou s'il s'agit d'une simple modalité d'exécution des obligations contractuelles. J'y vois, pour ma part, une obligation distincte et autonome du même type que l'obligation générale de prudence et de diligence. Cette dernière est rarement stipulée dans les contrats : elle sert néanmoins de fondement à bon nombre de recours en responsabilité contractuelle.

L'analogie se poursuit au niveau du contenu et de l'intensité de l'obligation de bonne foi. Alors qu'autrefois la bonne foi était comprise comme un état de la conscience du débiteur d'une obligation, les nouveaux textes font apparaître la bonne foi comme un standard de comportement idéal et abstrait. Nous sommes passés d'une conception subjective de la bonne foi à une conception objective. La bonne foi réfère au standard du comportement de la personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances externes que le débiteur. Il faut s'attendre à ce qu'un développement doctrinal et jurisprudentiel considérable vienne, au cours des prochaines années, définir les contours de cette nouvelle obligation.

⁷ Claude FABIEN, «Le nouveau droit du mandat», dans *La réforme du Code civil*, op. cit., note 4, p. 899, n^{os} 27 à 29.

Aucun des contrats nommés que nous étudions présentement ne mentionne expressément l'obligation de bonne foi. J'aurais pu prendre prétexte de ce silence pour n'en point parler. Il convenait toutefois de signaler qu'il s'agit d'une obligation générale sous-jacente à tous les contrats, y compris les contrats *sui generis* que la pratique professionnelle ne manque pas d'inventer. Mais il y a plus. L'obligation de bonne foi aura une incidence particulière sur l'exercice d'une faculté reconnue à tous les prestataires de services subordonnés ou autonomes : la faculté de résilier leur contrat.

Lorsque le contrat de travail est à durée déterminée, le salarié est tenu d'en respecter le terme. Beaucoup plus fréquemment, le contrat est à durée indéterminée. Le salarié peut alors y mettre fin en donnant à son employeur un délai de congé :

2091. *Chacune des parties à un contrat à durée indéterminée peut y mettre fin en donnant à l'autre un délai de congé.*

Le délai de congé doit être raisonnable et tenir compte, notamment, de la nature de l'emploi, des circonstances particulières dans lesquelles il s'exerce et de la durée de la prestation de travail.

La notion de «délai de congé raisonnable» converge ici avec les exigences de la bonne foi dans l'exercice de la faculté de résilier : on recherchera de quelle manière un salarié raisonnable se comporterait. En cas de «motif sérieux», la faculté du salarié de résilier son contrat semble absolue :

2094. *Une partie peut, pour un motif sérieux, résilier unilatéralement et sans préavis le contrat de travail.*

Elle est pourtant tempérée par les articles 7 et 1375 C.c.Q. Les modalités de la résiliation pourront varier en fonction de la gravité du «motif sérieux». La résiliation doit toujours être exercée de bonne foi. S'il s'agit d'un professionnel, les exigences de la bonne foi peuvent également être alourdies par le Code de déontologie auquel il est soumis.

Le prestataire de services et le mandataire sont soumis, malgré les variations de langage, à un régime de résiliation analogue :

2126. *L'entrepreneur ou le prestataire de services ne peut résilier unilatéralement le contrat que pour un motif sérieux et, même alors, il ne peut le faire à contretemps; autrement, il est tenu de réparer le préjudice causé au client par cette résiliation.*

Il est tenu, lorsqu'il résilie le contrat, de faire tout ce qui est immédiatement nécessaire pour prévenir une perte.

2178. *Le mandataire peut renoncer au mandat qu'il a accepté, en notifiant sa renonciation au mandant. Il a alors droit, si le mandat était*

donné à titre onéreux, à la rémunération qu'il a gagnée jusqu'au jour de sa renonciation.

Toutefois, il est tenu de réparer le préjudice causé au mandant par la renonciation faite sans motif sérieux et à contretemps.

2182. *Lorsque le mandat prend fin, le mandataire est tenu de faire ce qui est la suite nécessaire de ses actes ou ce qui ne peut être différé sans risque de perte.*

On comprend qu'en principe le prestataire de services et le mandataire n'ont pas la faculté de résilier unilatéralement leur contrat : s'ils le font, ils répondent du préjudice causé par leur inexécution fautive. Par exception, ils ont la faculté de résilier s'ils disposent d'un motif sérieux de le faire. Même dans ce cas, ils sont tenus de le faire en temps opportun, d'en aviser leur cocontractant et de prendre les mesures conservatoires immédiatement nécessaires pour prévenir les pertes. Ces exigences ne sont pas limitatives : la faculté de résilier doit en outre être exercée de bonne foi. C'est ainsi que l'on peut dire que le prestataire de services est tenu d'aviser son client de la résiliation, même si cette exigence n'est pas expressément prévue à l'article 2126 C.c.Q. Corollairement, le prestataire de services et le mandataire, qui exercent leur faculté de résilier leur contrat pour un motif sérieux, sont néanmoins responsables du préjudice causé par une résiliation faite à contretemps, à l'insu de leur cocontractant, sans prendre les mesures conservatoires qui s'imposent et, de façon générale, sans respecter les exigences de la bonne foi. Encore ici, s'il s'agit d'un professionnel, les prescriptions du Code de déontologie applicables peuvent venir alourdir les exigences de la bonne foi.

III. RESPONSABILITE CIVILE

Il n'y a pas à proprement parler, de « responsabilité professionnelle », c'est-à-dire un régime spécial de responsabilité civile visant les professionnels. Ils sont tout simplement soumis aux règles générales de responsabilité civile qui régissent l'ensemble des citoyens. Comme tout le monde, le professionnel est responsable du préjudice causé par l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations. Ce qui le distingue de l'homme de la rue, c'est qu'il est soumis à des obligations plus nombreuses et plus lourdes, comme nous avons pu l'entrevoir dans les contrats que nous venons d'étudier. De plus, il exerce des activités dans lesquelles les niveaux d'aléas et de risques sont plus élevés. Il en résulte un contentieux judiciaire plus important certes, mais qui repose sur l'application des mêmes principes généraux.

À titre exceptionnel, il existe quelques règles spéciales de responsabilité qui visent les professionnels. Les seules qui se dégagent des contrats que nous étudions ici se trouvent au contrat d'entreprise immobilière et visent l'architecte et l'ingénieur. Ces derniers sont soumis à une présomption relative de faute en

cas de perte de l'ouvrage immobilier (articles 2118 et 2119 C.c.Q.) et à une obligation de garantie pour certaines malfaçons (article 2120 C.c.Q.). Comme ce nouveau régime se démarque nettement de celui qui l'avait précédé (article 1688 C.c.B.C.), il mériterait à lui seul un long développement qui serait ici démesuré.

Je me limiterai donc doublement, d'abord en ne considérant que le régime général de responsabilité auquel tous sont soumis et ensuite, en ne signalant que les changements susceptibles d'intéresser les professionnels. Ils sont peu nombreux puisque la sagesse des anciennes règles de responsabilité a bien résisté au processus de révision. La responsabilité du professionnel demeure fondamentalement fondée sur une faute que la prétendue victime a le fardeau de prouver. Je signalerai au passage deux questions périphériques (solidarité et prescription) pour m'attarder plus longuement sur des questions plus fondamentales : la primauté du contrat et l'incidence des présomptions légales sur la responsabilité contractuelle.

A. Solidarité

La responsabilité contractuelle de plusieurs professionnels envers la même victime était autrefois conjointe, chacun étant tenu pour sa part (article 1105 C.c.B.C.). Cette responsabilité est désormais solidaire, chacun étant tenu pour le tout envers la victime. Ceci résulte de l'article 1525 C.c.Q. qui déclare solidaire entre les débiteurs, sous réserve de stipulation contraire, toute obligation «contractée pour le service ou l'exploitation d'une entreprise». Cette notion d'entreprise, nouvelle en droit civil québécois, est définie au troisième alinéa de cet article. Elle l'est de manière si large qu'elle englobe non seulement les «matières commerciales» de l'ancien Code, mais aussi les activités des professionnels, lesquelles étaient autrefois qualifiées de matières civiles⁸.

B. Prescription

En matière de prescription, les anciennes distinctions entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité extracontractuelle ainsi qu'entre les recours pour blessures et ceux pour préjudice matériel ont été éliminées. Désormais, quel que soit le contrat qui sert de fondement à l'action, que le régime de responsabilité soit contractuel ou extracontractuel, le délai de prescription de l'action «qui tend à faire valoir un droit personnel» est de trois ans (article 2925 C.c.Q.) à compter de la première manifestation du préjudice (article 2926 C.c.Q.), sauf pour l'action fondée sur une atteinte à la réputation, qui se prescrit par un an (article 2929 C.c.Q.). Ces dispositions visent l'ensemble des recours

⁸ Gouvernement du Québec, *Commentaires du ministre de la Justice sur le Code civil du Québec*, t. 1, Québec, Les publications du Québec, 1993, p. 937, commentaires sur l'article 1525 C.c.Q.

dirigés contre les professionnels, y compris le recours intenté contre l'architecte ou l'ingénieur en vertu de l'article 2118 C.c.Q. Dans ce dernier cas, l'action doit être intentée dans les trois ans qui suivent la perte de l'ouvrage, laquelle engage cette responsabilité particulière lorsqu'elle survient dans les cinq ans qui suivent la fin des travaux. On comprend que si la perte survient à la limite de ce délai de cinq ans, le client aura bénéficié d'un délai de huit ans, à compter de la fin des travaux, pour intenter son action contre le professionnel⁹.

C. Primauté du contrat

Le principe fondamental de la responsabilité des professionnels est édicté dans les termes suivants :

1458. *Toute personne a le devoir d'honorer les engagements qu'elle a contractés.*

Elle est, lorsqu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice, corporel, moral ou matériel, qu'elle cause à son cocontractant et tenue de réparer ce préjudice; ni elle ni le cocontractant ne peuvent alors se soustraire à l'application des règles du régime contractuel de responsabilité pour opter en faveur de règles qui leur seraient plus profitables.

Le dernier alinéa, *in fine*, est venu dénouer une impasse du droit civil québécois en matière d'option de régime de responsabilité. En simplifiant, disons que les tribunaux permettaient à la victime d'opter pour le régime de responsabilité qui lui était le plus favorable¹⁰, alors que la doctrine, au nom de l'orthodoxie civiliste, rejetait l'option pour affirmer la primauté du contrat. Le législateur a tranché dans le sens indiqué par la doctrine. La victime de l'inexécution d'un contrat n'a désormais plus le choix : son action devra être de nature contractuelle, sous réserve des cas de nullité de contrat où le recours en responsabilité, le cas échéant, sera nécessairement extracontractuel.

Cette solution a été accompagnée d'un souci poussé du législateur d'uniformiser les règles des deux régimes. Le législateur a cherché à supprimer les raisons pratiques qu'aurait la victime de l'inexécution d'un contrat d'aller chercher refuge dans le régime extracontractuel de responsabilité. L'une des principales différences a été supprimée : le régime de prescription des recours est désormais le même. Une objection de taille devait être résolue : est-il acceptable qu'un débiteur contractuel puisse échapper à sa responsabilité,

⁹ Pierre CIMON, «Le contrat d'entreprise ou de service», dans *La réforme du Code civil*, op. cit., note 4, p. 834, n° 195.

¹⁰ *Wabasso Ltd. c. National Drying Machinery Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 578.

quelle qu'en soit la gravité, par une simple stipulation d'exclusion ou de réduction de responsabilité? La solution du législateur s'exprime à l'article 1474 C.c.Q. :

1474. *Une personne ne peut exclure ou limiter sa responsabilité pour le préjudice matériel causé à autrui par une faute intentionnelle ou une faute lourde; la faute lourde est celle qui dénote une insouciance, une imprudence ou une négligence grossières.*

Elle ne peut aucunement exclure ou limiter sa responsabilité pour le préjudice corporel ou moral causé à autrui.

Le second alinéa fait ainsi, de la responsabilité contractuelle pour le préjudice corporel ou moral causé à autrui, une règle d'ordre public.

Quant au reste, le principe fondamental de la responsabilité contractuelle demeure inchangé : il s'agit d'une responsabilité à base de faute prouvée contre le débiteur, cette faute s'analysant comme l'inexécution d'une obligation découlant du contrat. L'opération critique consistera à faire une analyse juste du contenu obligationnel du contrat et de l'intensité de chacune de ces obligations. On se souviendra à cet égard de l'importance de l'article 1434 C.c.Q., héritier du célèbre article 1024 C.c.B.C. Les obligations d'un contrat ne se limitent pas à ce que les parties ont exprimé : elles s'étendent à tout ce qui en découle «d'après sa nature et suivant les usages, l'équité ou la loi».

Deux sources méritent ici d'être soulignées. Dans bien des cas, il n'y a pas de contrat écrit entre le professionnel et son client. Les stipulations verbales sont réduites à leur plus simple expression. C'est l'usage qui deviendra alors le principal indicateur des obligations formées entre les parties.

La référence que l'article 1434 C.c.Q. fait à la loi est également fondamentale. C'est le canal par lequel s'incorporent au contrat toutes les prescriptions des lois et règlements pertinents. En matière de responsabilité professionnelle, il convient de rappeler que le code de déontologie qui régit un professionnel a une incidence directe sur sa responsabilité. Tout manquement d'un professionnel à son code de déontologie constitue une faute civile. La discrétion judiciaire de déterminer le standard de conduite applicable est limitée par les prescriptions de la loi en général et du code de déontologie en particulier. Ceci dit, pour que le professionnel soit responsable, il faut non seulement une contravention au code de déontologie, mais aussi un préjudice subi par le client et un lien de causalité direct entre ces deux éléments. L'absence de l'un de ces deux éléments sera fatale au recours.

D. Incidence des présomptions légales

Le client qui subit un préjudice dans l'exécution d'un contrat de services professionnels peut-il invoquer les présomptions légales énoncées au chapitre de la responsabilité civile?

Il s'agit d'une question nouvelle, qui sera sûrement bientôt posée à nos tribunaux. Ces présomptions légales de faute ou de responsabilité sont très avantageuses : elles dispensent la victime de prouver la faute du débiteur ou mettent sur ses épaules le fardeau de l'exonération. Les risques de la preuve sont déplacés. En l'absence de preuve concluante de la cause d'un préjudice ou en cas de contradiction insoluble de la preuve, c'est le débiteur qui succombe et non pas le créancier victime du préjudice. Sous l'ancien code, on considérait généralement que ces présomptions étaient d'ordre extracontractuel. Cette qualification ne posait toutefois aucun problème pratique ni moral, puisque la victime contractuelle pouvait opter pour le bénéfice d'une présomption légale, lorsque les faits le permettaient.

Le nouveau droit ne permet plus l'option. Si l'on persiste à qualifier d'extracontractuelle les présomptions du chapitre de la responsabilité, les victimes contractuelles seront irrémédiablement privées de leur bénéfice. Il s'agit principalement ici de la présomption de faute du gardien d'un bien qui cause un préjudice (article 1465 C.c.Q.), de la présomption de responsabilité du propriétaire d'un animal pour le préjudice causé par ce dernier (article 1466 C.c.Q.) et de la responsabilité du propriétaire d'un immeuble pour le préjudice causé par sa ruine (article 1467 C.c.Q.).

Curieusement, le problème se pose en termes moins aigus dans le cas de la responsabilité du commettant pour la faute de son préposé dans l'exécution de ses fonctions (article 1463 C.c.Q.). Supposons qu'un client soit blessé par le préposé d'un professionnel, dans l'exécution de ses fonctions. Le client pourra-t-il invoquer contre le professionnel la responsabilité de l'article 1463 C.c.Q. (successeur de l'article 1054 C.c.B.C.)? L'intérêt pratique à invoquer une telle présomption est considérablement atténué par une règle parallèle qui fut créée par la jurisprudence¹¹ en matière de responsabilité contractuelle. En vertu de cette règle, le débiteur contractuel répond de l'inexécution fautive de son préposé comme si c'était sa propre faute. On nomme généralement cette règle «responsabilité contractuelle du fait d'autrui», alors qu'en réalité, il s'agit de la responsabilité personnelle du débiteur principal, qui n'en est pas moins obligé envers son client parce qu'il a confié à quelqu'un d'autre l'exécution de sa propre obligation. Cette règle est même plus avantageuse que la présomption de responsabilité de l'article 1463 C.c.Q. En effet, le débiteur contractuel répond ainsi non seulement de la faute de son préposé, mais aussi de celle de toute

¹¹ *Hôpital Notre-Dame de L'Espérance c. Laurent*, [1974] C.A. 543.

autre personne qu'il a associée à l'exécution de son obligation, sans égard à son degré de subordination ou d'autonomie. Cette règle de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui n'a pas été expressément codifiée dans le nouveau Code. Elle est toutefois implicitement contenue dans le principe général de l'article 1458 C.c.Q. et demeure toujours en vigueur.

Il en va tout autrement des trois autres présomptions légales. Si la victime contractuelle en est privée, elle s'en trouve radicalement défavorisée par rapport à la victime extracontractuelle. Considérons les exemples qui suivent.

Le client d'un dentiste est brûlé par les radiations d'un appareil à rayons X dont ce dernier est propriétaire et gardien juridique et qui est devenu défectueux. Pour être indemnisé, devra-t-il prouver la faute du dentiste ou pourra-t-il invoquer la présomption de faute qui pèse contre le gardien des rayons X (article 1465 C.c.Q.)?

En se servant de son propre animal, un vétérinaire enseigne à son client les soins du sabot du cheval. Le client est victime d'une ruade du cheval du vétérinaire pendant la démonstration. La victime devra-t-elle prouver la faute du vétérinaire pour être indemnisée ou pourra-t-elle invoquer la présomption de responsabilité du propriétaire d'un animal pour le préjudice causé par ce dernier (art. 1466 C.c.Q.)?

Un physiothérapeute a placé son client dans un appareil de traction de la colonne vertébrale dont la partie supérieure est ancrée au plafond de cette clinique qui appartient au professionnel, comme d'ailleurs tous les appareils. Le plafond a cédé sous la traction et le client a été blessé par tout ce qui s'en est détaché. La victime devra-t-elle prouver la faute du physiothérapeute ou pourra-t-elle invoquer contre lui la présomption de responsabilité du propriétaire pour le préjudice causé par la ruine de son bâtiment (article 1467 C.c.Q.)?

Ces exemples font tout de suite apparaître les germes d'une controverse entre deux thèses diamétralement opposées. La première thèse, que je qualifierai de restrictive, consiste à affirmer que ces présomptions légales succèdent aux présomptions légales des articles 1054 et 1055 C.c.B.C. et ont strictement la même portée. Comme ces dernières étaient de nature extracontractuelle, celles qui leur ont succédé sont nécessairement de même nature, en raison de leur origine et de leur grande similitude. Le législateur le savait, et quand il a rejeté l'option, il a délibérément décidé de priver les victimes contractuelles du bénéfice de ces présomptions. La primauté du contrat aurait pour effet d'écarter les présomptions légales de faute ou de responsabilité¹².

¹² Claude MASSE, «La responsabilité civile», dans *La réforme du Code civil, op. cit.*, note 4, p. 280, n° 55.

L'effet brutal d'une telle thèse serait d'accorder au tiers étranger au contrat une protection supérieure à celle du client du professionnel. Pour reprendre nos exemples, la femme de ménage, engagée par le propriétaire de l'immeuble où le dentiste loue son bureau et irradiée à son insu par l'appareil défectueux, pourrait invoquer contre le dentiste la présomption de l'article 1465 C.c.Q., alors que le client de ce dernier ne le pourrait pas. La femme de l'agriculteur, également blessée par la ruade du cheval en allant remettre ses lunettes à son mari, pourrait invoquer la présomption de l'article 1466 C.c.Q. contre le vétérinaire, alors que son mari en serait empêché. Enfin, le releveur du compteur d'électricité, blessé par les mêmes débris en passant à côté du client du physiothérapeute, pourrait invoquer la présomption de l'article 1467 C.c.Q., alors que le client ne le pourrait pas. Comme on le voit, cette thèse rétablit entre la victime contractuelle et la victime extracontractuelle une disparité de traitement que nos tribunaux avaient réussi à gommer en restant attachés, jusqu'à l'entêtement, à la théorie de l'option et ce, malgré les dénonciations de la doctrine.

La seconde thèse, que je qualifierai d'extensive, consisterait à dire que les présomptions légales édictées au chapitre de la responsabilité civile s'appliquent en matière contractuelle autant qu'en matière extracontractuelle, sous réserve de l'expression claire de la volonté du législateur de réserver l'application d'une règle au champ extracontractuel ou de celle des parties au contrat d'en exclure l'application. Dans ce dernier cas, une telle stipulation limitative de responsabilité serait sans effet en matière de préjudice corporel et moral (article 1474 C.c.Q.). Selon cette thèse, toutes les victimes évoquées dans les exemples ci-haut seraient traitées de la même manière et jouiraient des mêmes présomptions légales, sans égard à la nature contractuelle ou extracontractuelle de leurs recours en responsabilité civile¹³.

Cette seconde thèse, que je favorise, peut être expliquée en cinq points : la nouvelle architecture du Code, le langage des dispositions, la volonté législative implicite, le caractère éminemment opportun de cette solution et enfin sa compatibilité avec le contrat.

1. Nouvelle architecture du Code

Les articles 1053 à 1056 du C.c.B.C. étaient coiffés de la rubrique «Des délits et quasi-délits». Il fallait chercher dans un autre chapitre le fondement de la responsabilité contractuelle que l'on rattachait généralement à l'article 1065 C.c.B.C. C'était un régime dualiste. À la faveur de la réforme, le législateur a fondamentalement modifié l'architecture des règles de responsabilité civile. Il les a toutes ramenées dans un chapitre unique intitulé : «De la responsabilité civile».

¹³ Jean-Louis BAUDOIN, *La responsabilité civile, op. cit.*, note 2, p. 39, n° 57, p. 429, n° 768, p. 446, n° 794.

Il a ainsi répondu à tous ceux qui avaient critiqué le caractère dualiste de la responsabilité et la disparité des règles entre les régimes contractuel et extracontractuel¹⁴. Il convient de tirer de ce changement toutes ses conséquences. L'une d'elles consiste à appliquer chacune des dispositions contenues dans ce chapitre comme si elle était d'application générale, à moins que son langage n'en restreigne l'application à un régime particulier (contractuel ou extracontractuel).

2. Langage des dispositions

Lorsqu'on lit avec un regard neuf une disposition comme celle de l'article 1466 C.c.Q. («Le propriétaire d'un animal est tenu de réparer le préjudice que l'animal a causé [...]»), on donne spontanément à ce langage une portée générale qui englobe toute forme de responsabilité, qu'elle soit contractuelle ou extracontractuelle. Pour y voir une application limitée au champ extracontractuel, il faut lire l'article 1466 C.c.Q. comme si on ne lisait rien d'autre que l'article 1055 C.c.B.C. Cette démarche est suspecte. Chaque disposition du nouveau Code possède une vie et un sens qui lui est propre et qui est autonome par rapport aux dispositions antérieures. Même en cas de similitude du langage, une variation du contexte peut donner une portée différente au texte, comme c'est le cas pour l'article 1466 C.c.Q.

En regardant de près les nouvelles dispositions de la section I du chapitre de la responsabilité civile, on s'aperçoit que la plupart d'entre elles ont été formulées dans des termes suffisamment généraux pour pouvoir s'appliquer autant à la responsabilité extracontractuelle que contractuelle. En vérité, une seule d'entre elles affirme sa vocation purement contractuelle. Il s'agit de l'article 1458 C.c.Q. : «Toute personne a le devoir d'honorer les engagements qu'elle a contractés [...]»¹⁵. Deux d'entre elles reçoivent une application exclusivement extracontractuelle : le législateur a en effet décidé de restreindre aux «tiers» victimes du défaut de sécurité d'un bien les dispositions des articles 1468 et 1469 C.c.Q.¹⁶. Les autres dispositions reçoivent une application générale.

L'article 1457 C.c.Q. pose un problème particulier. Strictement, on pourrait croire que son application est restreinte au champ extracontractuel, en raison de sa qualité d'héritier de l'article 1053 C.c.B.C. et de fondement de la responsabilité extracontractuelle. Il y aurait alors risque que son deuxième alinéa

¹⁴ Claude FABIEN, «Valeurs et langage dans la codification du droit québécois de la responsabilité civile», dans *Actes du colloque international de droit civil comparé — Codification : valeurs et langage*, Québec, Service des communications du Conseil, 1985, pp. 660-662.

¹⁵ Dans la Section II, les articles 1474 et 1475 C.c.Q. ont une vocation purement contractuelle.

¹⁶ Dans la Section II, les articles 1473 et 1476 C.c.Q. ont une vocation purement extracontractuelle.

ne soit interprété de façon restrictive, comme signifiant que la responsabilité du fait d'autrui ou du fait des biens n'a cours qu'en régime extracontractuel. Il y a là un obstacle que la thèse extensive doit surmonter. Or il se trouve que l'article 1457 C.c.Q. est à ce point fondamental qu'il est également nécessaire à l'opération de l'article 1458 C.c.Q. En effet, il est fréquent que les stipulations d'un contrat soient réduites au minimum : tel est le cas dans la pratique des professionnels et dans bon nombre de contrats commerciaux. Le laconisme du contrat force les parties à rechercher leurs obligations à d'autres sources, comme l'indique l'article 1434 C.c.Q. :

Le contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les usages, l'équité ou la loi.

La référence aux usages, à l'équité et à la loi permet sans doute de construire un contrat presque complet. Il manque pourtant une pièce importante : le devoir général de prudence et de diligence et son critère fondamental de la personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances externes que l'intervenant. Cette pièce se trouve à l'article 1457 C.c.Q. Cette référence est tout à fait conforme à la théorie unanimement reçue selon laquelle le standard de conduite applicable pour déterminer la faute contractuelle est le même que pour la faute extracontractuelle. Si l'on recherche une justification plus technique, il suffit de dire que le mot «loi», à l'article 1434 C.c.Q., doit être compris dans son sens le plus général, lequel inclut l'article 1457 C.c.Q.

3. Volonté législative implicite

Bien légitimement, les septiques soulèveront la question de l'intention législative et demanderont sur quoi s'appuie à cet égard la thèse extensive pour justifier un tel «changement». L'intention législative doit d'abord être recherchée dans le texte de la loi. La loi parle d'elle-même et les textes qui l'entourent, fussent-ils les commentaires du ministre de la Justice, n'ont pas de portée législative. Mais il est vrai que, face à un changement important, on s'attendrait à ce qu'il soit confirmé par un commentaire du ministre. C'est là qu'il faut s'entendre sur l'objet du changement. Il y a lieu de distinguer entre la technique législative et la politique législative. Certes, il y a eu changement de technique législative. Antérieurement, pour assurer à tous le bénéfice des présomptions légales de responsabilité, le droit québécois, tout en édictant des présomptions applicables exclusivement en matière extracontractuelle, admettait que la victime contractuelle puisse en jouir par option de régime. Désormais, le droit québécois réalise la même politique en supprimant l'option de régime pour la victime contractuelle, mais en édictant les mêmes présomptions légales en termes suffisamment larges pour qu'elles s'incorporent au contrat. Il y a donc continuité de politique législative. Cette continuité peut se passer d'une confirmation de l'intention législative, externe au Code. Ce serait plutôt la thèse restrictive qui devrait s'appuyer sur une telle confirmation. En effet, elle correspond à une

rupture si radicale avec l'état antérieur du droit qu'elle aurait nécessité une confirmation plus convaincante qu'une déclaration générale sur la coexistence de deux régimes de responsabilité. On remarquera d'ailleurs que, lorsqu'il fait l'inventaire des règles qui les distinguent, le ministre omet de mentionner les présomptions légales de responsabilité¹⁷.

4. Opportunité de cette solution

La thèse extensive a l'avantage d'être éminemment opportune sur le plan de ses effets concrets. La dualité des régimes de responsabilité aurait entraîné des disparités inacceptables en ce qui a trait au sort respectif des victimes contractuelle et extracontractuelle, n'eût été le correctif adopté par nos tribunaux avec la théorie de l'option. Supprimer l'option sans corriger le déséquilibre des règles nous expose à des situations absurdes, qui seraient cause de scandale.

On me permettra de rappeler un exemple que j'ai déjà utilisé pour illustrer mon propos¹⁸. Des jumelles font du ski ensemble. L'une paie son titre de monte-pente. L'autre, profitant d'une distraction du préposé, se joint à sa soeur sans payer. La chaise sur laquelle elles ont pris place côte-à-côte s'écrase au sol en raison de la rupture de son attache métallique. Les deux victimes subissent la même incapacité totale permanente. L'accident est attribuable à un vice de construction que le propriétaire et exploitant du système ne pouvait pas soupçonner. Le constructeur est insolvable. Quel sera le sort des victimes? Sous l'ancien droit, la victime qui n'avait pas contracté avec l'exploitant pouvait invoquer contre lui la présomption de responsabilité de l'article 1055 C.c.B.C. La victime qui avait contracté avec l'exploitant ne pouvait pas prouver sa faute contractuelle, mais pouvait néanmoins délaissier le terrain contractuel pour invoquer avec succès la même présomption de responsabilité de l'article 1055 C.c.B.C. Sous le droit nouveau, la solution varie selon la thèse que l'on adopte. Suivant la thèse restrictive, la victime qui a conclu un contrat avec l'exploitant a le fardeau de prouver la faute de ce dernier et risque d'échouer dans son recours. La victime qui n'a pas conclu de contrat peut seule invoquer contre le propriétaire-exploitant la présomption de responsabilité de l'article 1467 C.c.Q. et être indemnisée de son préjudice. L'injustice paraîtrait d'autant plus flagrante dans ce cas que c'est la bonne citoyenne qui est punie pour avoir déboursé le prix du titre de monte-pente alors que la passagère clandestine serait pleinement indemnisée. La thèse extensive conduit au contraire à l'indemnisation des deux victimes, sur la base de la même présomption légale de l'article 1467 C.c.Q., dont elles bénéficient toutes deux en pleine égalité.

¹⁷ Gouvernement du Québec, *Commentaires du ministre de la Justice sur le Code civil du Québec*, op. cit., note 8, p. 889, commentaires sur l'article 1458, *in fine*.

¹⁸ Claude FABIEN, *loc. cit.*, note 14.

5. Compatibilité avec le contrat

Il y a risque que les tribunaux, émus par l'injustice qui ne manquera pas d'engendrer la thèse restrictive, s'aventurent sur une autre voie, celle de la réduction du champ contractuel. Cette solution consisterait à limiter à leur strict minimum les obligations créées par le contrat et à imposer au débiteur, en dehors du contrat, les présomptions légales comme autant de dispositions d'ordre public auxquelles il ne saurait se soustraire par contrat.

Cette solution serait certes préférable à la thèse restrictive. Elle aurait cependant deux inconvénients. Le premier serait de faire reculer le développement du contrat dans la théorie des obligations. On se souviendra que l'on avait, il y a cinquante ans, une conception très étroite du contrat : on croyait notamment que seul le régime extracontractuel pouvait indemniser le préjudice corporel. Il a fallu attendre le développement de la responsabilité médicale pour assister à la réhabilitation du contrat et lui reconnaître les mêmes vertus indemnitrices que le régime extracontractuel. Il serait dommage de régresser sur le plan de cet acquis historique.

Mais il y a plus. Qui dit contrat dit liberté contractuelle. Il serait plus conforme à l'économie du contrat que les parties puissent stipuler le champ précis de leur responsabilité et se soustraire aux présomptions légales si elles le désirent. Il ne faut pas abuser des dispositions d'ordre public. On voit tout de suite poindre ici le risque d'abus des stipulations de non-responsabilité. Fort heureusement, le législateur a colmaté cette brèche dans le nouveau Code. Il est désormais impossible pour un débiteur contractuel de stipuler une limitation de sa responsabilité pour le préjudice corporel et moral (article 1474 C.c.Q.), ni d'échapper à tous égards aux conséquences de sa faute lourde ou intentionnelle (article 1474 C.c.Q.). Cette réglementation des stipulations de non-responsabilité constitue une garantie nouvelle et bien suffisante pour concilier la liberté contractuelle et les présomptions légales de responsabilité.

La thèse extensive invite les tribunaux à suivre l'autre voie qui consiste à conserver les acquis historiques du développement du contrat et à y incorporer les présomptions légales du chapitre de la responsabilité civile, tout en reconnaissant aux parties la liberté de s'y soustraire dans les limites permises par l'article 1474 C.c.Q. Une telle solution ne comporte aucun inconvénient pratique : elle n'a que des avantages. Elle équilibre parfaitement les intérêts légitimes du créancier et du débiteur de l'indemnité, ce qui correspond à la philosophie de base du droit civil.

Nous nous sommes quelque peu éloignés des applications de la responsabilité civile aux rapports entre les professionnels et leurs clients. Cette incursion dans la théorie de la responsabilité civile a une portée générale qui déborde le champ des activités professionnelles. Elle était justifiée par la nouveauté du Code qui nous invite à résoudre les problèmes d'interprétation au

fur et à mesure qu'ils se présentent. Elle a en outre une incidence pratique pour les professionnels qui sont propriétaires d'immeubles ou qui utilisent des animaux, des produits ou des instruments à risque dans les services à leurs clients.

CONCLUSION

En quoi le nouveau Code civil modifie-t-il le cadre contractuel de l'exercice des professions? Il le fait en proposant désormais, comme cadre de cet exercice, trois contrats distincts : le contrat de travail, le contrat de services ou d'entreprise et le contrat de mandat. Nous avons déterminé les critères de qualification qui permettent de reconnaître le bon contrat. Nous avons également établi que la présence du contrat de mandat donnait généralement lieu à la création d'un contrat mixte qui le combinait soit avec le contrat de travail, soit avec le contrat de services.

Quelles sont les nouvelles obligations que fait apparaître le Code? La plupart des obligations nouvellement codifiées étaient déjà reconnues par le droit civil, même si c'était parfois à l'état embryonnaire. La codification de ces obligations a pour effet d'en préciser le contour. Elle aura aussi l'effet d'attirer l'attention des plaideurs sur leur existence et d'inciter les tribunaux à contribuer à leur élaboration. Nous avons plus particulièrement signalé pour les professionnels quatre de ces obligations : loyauté envers leurs clients, information et conseil à leurs clients, obligation à l'exécution personnelle de la prestation de services sous réserve de certaines possibilités de délégation et enfin obligation générale de bonne foi.

En quoi le régime de responsabilité civile des professionnels envers leurs clients a-t-il été modifié? Le Code, sans viser spécifiquement les professionnels, a apporté certaines modifications d'ordre général qui ne manqueront pas d'avoir des incidences sur la responsabilité des professionnels. J'ai signalé deux modifications mineures en matière de solidarité et de prescription. J'ai surtout mis en lumière que le législateur a modifié la théorie de la responsabilité civile en consacrant le principe de la primauté du contrat et en rejetant la possibilité pour la personne victime de l'inexécution d'un contrat auquel elle est partie d'opter pour un régime d'indemnisation autre que celui que lui offre le contrat.

En revanche, j'ai soutenu que le nouveau Code ne modifie pas la politique de notre droit qui accordait aux victimes du contrat, par le truchement de l'option de régime, le bénéfice des présomptions légales des articles 1054 et 1055 C.c.B.C. J'ai tenté de démontrer que désormais, les présomptions légales édictées au chapitre de la responsabilité civile (notamment aux articles 1465, 1466 et 1467 C.c.Q.) s'appliquent en matière contractuelle autant qu'en matière extracontractuelle, sous réserve de l'expression claire de la volonté du législateur de réserver l'application d'une règle au champ extracontractuel ou de celle des

parties au contrat d'en exclure l'application. Dans ce dernier cas, une telle stipulation limitative de responsabilité serait sans effet en matière de préjudice corporel ou moral (article 1474 C.c.Q.).

Cette dernière thèse se heurte à une thèse, que d'aucuns considéreront plus classique, qui refuse le bénéfice des présomptions légales de responsabilité aux victimes du contrat. Il peut paraître ironique qu'au moment où le législateur vient de mettre fin, par l'article 1458 C.c.Q., à la vieille querelle de l'option de régime, l'on voit poindre à l'horizon une nouvelle controverse sur l'incidence des présomptions légales sur la responsabilité contractuelle. Je demeure convaincu que la thèse qui consacre l'égalité des chances d'indemnisation de toutes les personnes victimes de préjudice corporel ou moral, sans égard au hasard de la formation des contrats, sert mieux l'intérêt de la justice et mérite de triompher.

Concordances et dissonances entre les fautes civile et déontologique

Guy PEPIN*

INTRODUCTION.....	107
I. LE DROIT PROFESSIONNEL : UN DROIT «SUI GENERIS».....	109
II. COMMENT LA FAUTE DEONTOLOGIQUE SE DISTINGUE DE LA FAUTE CIVILE	114
A. Le professionnel doit agir avec compétence	119
B. Le professionnel doit agir avec intégrité.....	119
C. Le professionnel doit se comporter avec dignité	120
III. LES CARACTERISTIQUES RESPECTIVES DES FAUTES DISCIPLINAIRE ET CIVILE.....	121
A. La faute disciplinaire.....	121
B. La faute civile.....	122
IV. LES CONSEQUENCES DE LA FAUTE EN DROIT DISCIPLINAIRE ET EN DROIT CIVIL ILLUSTREES PAR QUELQUES DECISIONS DE JURISPRUDENCE	123
CONCLUSION.....	131
ANNEXE	132

* B.A., LL.L., C.R., associé principal au sein de l'étude Pepin, Létourneau.

C'est avec grand plaisir que j'ai accepté l'invitation du professeur André Poupart de participer à ces journées Maximilien-Caron et de partager avec vous quelques réflexions sur la déontologie dans l'exercice d'une profession, la place du droit disciplinaire dans notre droit et, plus particulièrement, la nature et les caractéristiques de ce droit, à l'égard du droit pénal et du droit civil, bien que, dans les chapitres qui suivront, mon propos portera surtout sur les comparaisons entre droit disciplinaire et droit civil.

Pour les fins d'établir la personnalité du droit disciplinaire cependant, il faut bien établir son autonomie, sa souveraineté, aussi bien à l'égard du droit pénal qu'à l'égard du droit civil.

Il est clairement établi, et tous les auteurs le reconnaissent avec force, que le droit disciplinaire obéit à ses propres règles, empruntées parfois au droit pénal, parfois au droit civil, mais toujours adaptées à un objectif différent. Et, parce que cet objectif est différent, le droit disciplinaire s'est créé, au fil des années, des règles qui lui sont propres, aussi bien au niveau des règles elles-mêmes, qu'au niveau des sanctions que leur inobservance entraîne ou au niveau de la procédure d'application de ces règles.

Il me paraît audacieux pour le praticien que je suis d'aborder un sujet aussi complexe, de façon aussi abstraite, habitué que je suis à appliquer la règle de droit plutôt qu'à en discourir.

Je le fais pourtant avec beaucoup d'enthousiasme, conscient que j'aurai peu à ajouter, sur le plan purement académique, à un sujet qui a déjà été traité de façon magistrale par des auteurs tels que Mario Goulet, Yves Ouellette, Louis Borgeat ou Jean-Louis Baudouin, dont on retrouve d'ailleurs les écrits et les commentaires dans plusieurs jugements-clés de nos tribunaux.

Au cours de mes recherches, je me suis même retrouvé en compagnie d'une jeune avocate, autrefois membre de mon cabinet, Line Janelle, dont le mémoire de maîtrise portait justement sur le sujet de mon exposé.

Je leur rends à tous hommage immédiatement pour les lumières qu'ils ont apportées à ma recherche et à mon étude. Je les remercie pour le plaisir qu'ils m'ont procuré dans ma préparation. Je les dégage évidemment de toute responsabilité pour les oublis et les méprises que j'aurai pu faire et qui auront pu vous confondre.

J'ai pu aussi puiser pour ma préparation dans de nombreux souvenirs de ma pratique, aussi bien avant qu'après l'entrée en vigueur du *Code des professions*¹, en 1973.

Jeune avocat, j'ai siégé sur des comités de discipline du Barreau du Québec, avant l'entrée en vigueur du Code, à une époque d'ailleurs où le *Code d'éthique professionnelle des avocats*², et peut-être aussi celui des médecins³, servaient de modèle aux quelques professions qui n'en avaient pas.

J'ai vécu l'époque des commissions parlementaires et de l'adoption du *Code des professions*, où le Barreau du Québec a joué un rôle dominant.

Ce n'est pas par hasard que le *Code des professions* portait à l'époque le titre de Projet de loi 250⁴ et que la *Loi du Barreau* fut alors connue sous le nom de Projet de loi 251⁵.

J'ai connu aussi la mise en place du Tribunal des professions, qui a remplacé, du moins pour les avocats, l'instance d'appel, autrefois constituée d'un conseil d'anciens bâtonniers du Québec.

Je me rappelle, plus ou moins vaguement, une période de transition où les deux régimes, l'ancien et le nouveau, se chevauchaient, dans l'espoir, parfois bafoué, de combler tous les vides juridiques, comme si cela était possible.

Enfin, dans ma pratique de plaideur devant les tribunaux civils, j'ai été amené à plus d'une reprise, dans le cadre de mandats privés, pour ou contre des professionnels, à éplucher des codes de déontologie pour y retrouver les règles de l'art qui pouvaient me permettre d'obtenir la condamnation ou l'exonération, selon le cas, d'un professionnel.

C'est en pratique, de façon intuitive, que j'ai senti et ressenti les concordances et les ressemblances entre la faute civile et la faute disciplinaire.

C'est en pratique que je me suis buté à leurs différences et à leurs dissonances.

¹ *Code des professions*, L.R.Q., c. C-26.

² *Règlement du Barreau du Québec*, Règlements d'application des lois, 1972, section IV, 9-016.

³ *Code de déontologie médicale*, Règlements d'application des lois, 1972, 9-129.

⁴ *Code des professions*, Projet de loi 250 (sanctionné le 6 juillet 1973), 3^e session, 29^e législature (Québec).

⁵ *Loi modifiant la Loi du Barreau*, Projet de loi 251 (sanctionné le 6 juillet 1973), 3^e session, 29^e législature (Québec).

Mais, l'invitation du professeur Poupart me fournit la première et véritable occasion d'étudier ces règles de façon abstraite et rationnelle, dans le seul effort de les comprendre, plutôt que d'en faire celui d'un outil dans les mains du praticien.

I. LE DROIT PROFESSIONNEL: UN DROIT «SUI GENERIS»

Je n'ai pas vraiment cherché à retracer les origines de ce droit mais j'ai l'impression que son essence et son développement ne sont pas étrangers au principe de l'autogestion des corporations professionnelles et à cet autre principe selon lequel un professionnel n'est jamais aussi bien, ni aussi durement jugé que par ses pairs.

Il semble qu'à l'origine, il y a quelques centaines d'années, les corporations professionnelles ont été mises sur pied dans un esprit corporatiste, plus pour permettre le regroupement des professionnels et la défense de leurs intérêts, que pour toutes autres fins. C'est une affirmation que j'ai retrouvée chez plusieurs des auteurs que j'ai consultés.

Les corporations professionnelles ont sans doute rapidement compris que leur survie et leur santé passaient, en premier lieu, par l'intérêt du public et que leur développement serait toujours mieux assuré par cet intérêt que par celui de leurs membres.

C'est ainsi, il me semble, que, graduellement, les corporations professionnelles ont été de moins en moins des clubs privés pour une minorité de privilégiés et, de plus en plus, des protecteurs du public.

Au fur et à mesure de cette évolution du corporatisme vers l'autogestion, les premières corporations professionnelles, celles que l'on a appelées longtemps les professions libérales, ont adopté des règles relatives à l'admission à la profession, des règles relatives à l'exercice de cette profession, et des règles relatives à l'expulsion ou à la suspension de l'exercice de la profession. Le droit disciplinaire était né.

L'évolution a donc pris forme bien avant l'entrée en vigueur du *Code des professions*, en 1973. Bien plus, je dirais que c'est la naissance et le développement du droit disciplinaire dans les professions libérales, depuis le milieu du XIX^e siècle, du moins au Québec, qui ont amené le législateur à reconnaître la nécessité d'apporter à toutes les activités professionnelles, reconnues par le Code, les règles d'admission, d'exercice, de conduite et d'administration que les professions libérales avaient développées à l'expérience.

Pour un praticien de ma génération, en conséquence, le plus grand mérite du *Code des professions* n'est pas son caractère innovateur, mais plutôt son caractère réformateur.

Personnellement, en effet, je n'ai pas vu de différence substantielle entre le *Code de déontologie des avocats* de 1967⁶ et celui de 1974⁷. Ce que j'ai vu toutefois, à partir de 1974, c'est l'implantation dans un grand nombre d'activités professionnelles et techniques, de règles de l'art, de règles de conduite et de règles de comportement auxquelles, jusque-là, ces activités avaient échappé. Je pense à toutes les professions de la santé, à l'exception de la médecine, dont quelques-unes étaient peut-être régies par leur propre loi particulière et une réglementation plus ou moins défailante, alors que d'autres n'étaient tout simplement pas réglementées.

À ce seul titre, le *Code des professions* a permis en 1973 de transformer certaines activités, jusque-là ouvertes à des charlatans, en des activités professionnelles dignes de la confiance du public, grâce, entre autres, à un ensemble de règles d'admission, de conduite, de comportement et d'expulsion.

Le droit disciplinaire venait donc de faire un bond considérable sur le plan social, grâce à l'entrée en vigueur du *Code des professions*. Cela se passait il y a vingt ans et, faut-il le reconnaître, le droit disciplinaire a probablement fait plus de progrès au cours des vingt dernières années qu'il en avait fait au cours des cent années précédentes.

Après ce bref survol, plus folklorique qu'historique, il est sans doute opportun de définir ce droit disciplinaire, sujet de notre discussion, et d'entrevoir enfin en quoi il est autonome, en quoi il se distingue du droit pénal et du droit civil.

M^e Mario Goulet, dans son ouvrage intitulé *Le droit disciplinaire des corporations professionnelles*⁸, nous propose quelques réflexions qui nous permettent d'appréhender le droit disciplinaire, sinon de le définir de façon précise. Se référant au professeur Gilles Dussault, il définit le professionnel comme «celui qui pose un acte spécialisé qu'il est seul à pouvoir évaluer»⁹.

Traitant un peu plus loin de la théorie de l'autonomie du droit disciplinaire professionnel, le même auteur nous dit:

⁶ *Règlement du Barreau du Québec*, précité, note 2.

⁷ *Code de déontologie des avocats*, R.R.Q., 1981, c. B-1, r. 1.

⁸ Mario GOULET, *Le droit disciplinaire des corporations professionnelles*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993.

⁹ *Id.*, p. 3.

On peut (également) envisager le droit disciplinaire par l'objet et le but qui lui sont fixés. Son objet, c'est l'ordre dans une collectivité donnée: les professionnels. Son but, c'est la protection du public. ¹⁰

Un peu plus loin, l'auteur poursuit:

Le droit disciplinaire s'apparente au droit pénal, en ce sens que tous deux ont pour fonction de faire respecter des normes par un processus aux effets coercitifs.

Mais l'analogie ne va pas jusqu'à l'identité. Le droit disciplinaire n'est pas le droit pénal. L'institution qui assure le respect des normes disciplinaires est un organisme administratif. Les sujets de droit visés sont les seuls professionnels et les sanctions dont ils sont passibles ne les atteignent en principe [...] que dans leurs avantages de carrière, ce qui fait que la sanction disciplinaire n'implique pas la même stigmatisation que la peine pénale.

La sanction disciplinaire n'exprime pas la désapprobation du public à l'égard d'un acte socialement répréhensible. Elle ne vise que le maintien de certains standards professionnels en vue d'assurer la protection du public. ¹¹

Le même auteur poursuit:

*Un premier principe permettant d'affirmer le caractère sui generis du droit disciplinaire est celui qui veut que ni le pénal, ni le civil, ne le mettent en état, sauf disposition expresse. Ainsi, un professionnel peut être poursuivi pour le même acte, ou la même omission, à la fois au pénal, au civil et devant une instance disciplinaire, car une faute disciplinaire ne constitue pas nécessairement une infraction pénale et n'entraîne pas nécessairement une responsabilité civile. L'inverse est également vrai. D'ailleurs, toutes ces juridictions peuvent s'exercer concurremment.*¹²

Et, pour terminer cette série de citations du même auteur, nous retenons celle-ci:

[L]es comités de discipline ont une latitude plus grande que les tribunaux réguliers, quant aux moyens de preuve. Leurs règles ne sont pas liées aux règles de preuve du droit civil ou du droit pénal, bien qu'il demeure loisible d'en importer certains éléments. Ils peuvent ainsi recourir à tous

¹⁰ *Id.*, p. 23 (nous avons mis entre parenthèses).

¹¹ *Id.*, pp. 23 et 24.

¹² *Id.*, p. 24.

*les moyens légaux pour s'instruire des faits allégués dans la plainte, comme par exemple admettre une preuve par oui-dire.*¹³

Je me risque donc, à ce stade, et malgré la présence d'un criminaliste chevronné à mes côtés, et de professeurs prestigieux devant moi, à vous proposer mes définitions du droit pénal, du droit disciplinaire et du droit civil, dans le cadre de mon sujet, évidemment.

Le professionnel, en droit pénal, est un citoyen à qui l'État reproche la commission d'un acte criminel ou d'une infraction ou le défaut d'accomplir un acte, équivalant à crime ou infraction, au détriment de la société. C'est le médecin ou le pharmacien qui, par condescendance ou par mercantilisme, procure des drogues à un client (et non à un patient).

L'acte lui-même est prohibé, indépendamment de la qualité de professionnel de son auteur.

On comprend bien l'application de la maxime: «*Pas de crime sans texte*».

Le professionnel et le droit civil, c'est le citoyen dans ses rapports privés avec un autre citoyen. C'est l'architecte poursuivi en dommages par le propriétaire de l'ouvrage, au motif que le concept est erroné ou qu'un matériau nouveau n'a pas été à la hauteur¹⁴.

Le professionnel et le droit disciplinaire, c'est celui qui, posant un acte spécialisé, qu'il est seul à pouvoir évaluer, le pose sans égard aux règles de son art ou contrairement à une norme prescrite spécifiquement. C'est, par exemple, le médecin qui prend sur lui de ne pas informer son patient d'une situation à risque, comme dans l'affaire courante du sang contaminé.

Ce dernier exemple ne nous fait-il pas voir d'ailleurs aussi bien la cohabitation simultanée que les différences de chacun des trois principes de droit applicables à une même situation.

On sait en effet, dans le dossier du sang contaminé, que la responsabilité civile du médecin est retenue à l'égard de son patient et qu'il devra en conséquence payer les dommages, indemniser celui-ci pour les dommages qu'il en aura subis.

¹³ *Id.*, p. 25.

¹⁴ *Desgagné c. Fabrique de St-Philippe d'Arvida*, [1984] 1 R.C.S. 19.

On peut imaginer que, partout où le Code de discipline du médecin¹⁵ oblige celui-ci à divulguer l'information nécessaire à son patient, le médecin répond de son omission de ce faire devant un comité de discipline, qu'il y ait eu ou non un dommage à l'égard d'un ou de plusieurs patients. On peut facilement imaginer que si, par surcroît, l'acte générateur de dommages civils, et passible d'une sanction disciplinaire, était de plus contraire à une règle du *Code criminel*¹⁶ (comme, par exemple, l'acte médical du suicide assisté dans le cas de Sue Rodriguez), le professionnel risque alors de faire les frais d'un troisième procès et d'encourir une nouvelle sanction, indépendamment de celle que lui aura imposée sa corporation professionnelle et des dommages qu'il aura dû payer à sa victime ou à la succession de celle-ci.

En quoi donc, le droit disciplinaire est-il différent du droit pénal ou du droit civil? En quoi obéit-il à ses règles propres? La réponse vient plus facilement par description que par définition.

De ma lecture des différents auteurs déjà identifiés et de certaines autorités dont je parlerai plus loin, j'ai retenu les exemples suivants d'autonomie du droit disciplinaire. L'objet du droit disciplinaire n'est ni la punition comme en droit pénal, ni l'indemnisation comme en droit civil. C'est la protection du public par une réprimande ou une radiation à l'égard du professionnel visé, selon que l'acte est plus ou moins susceptible de se reproduire.

L'acte disciplinaire est imprescriptible, contrairement à l'acte civil et, je le crois, à l'acte pénal.

La juridiction disciplinaire n'est pas territoriale, contrairement à la juridiction civile et à la juridiction pénale.

L'accusé n'est pas contraignable en droit pénal. Le professionnel est contraignable et ne peut refuser de témoigner dans une plainte disciplinaire portée contre lui.

Pour les mêmes raisons, l'accusé bénéficie du doute raisonnable. Le professionnel, devant son comité de discipline, est plutôt régi par la prépondérance de la preuve.

Le professeur Yves Ouellette nous dit que «[s]auf dans le cas du régime anachronique de l'article 107 de la *Loi sur le Barreau*, il n'y a pas de faute disciplinaire sans texte»¹⁷.

¹⁵ *Code de déontologie des médecins*, R.R.Q., 1981, c. M-9, r. 4.

¹⁶ L.R.C. (1985), c. C-46.

¹⁷ Préface de M^e Yves Ouellette, dans M. GOULET, *op. cit.*, note 8, p. VII.

Avec respect, je dirais plutôt que le droit disciplinaire participe du droit administratif et que, comme tel, il prend sa source dans des textes plus ou moins précis; mais il m'a semblé, à la lecture de plusieurs décisions disciplinaires, que nos tribunaux reconnaissent un minimum de discrétion aux comités de discipline de presque toutes les professions dans l'interprétation de ce qui est contraire à l'honneur et à la dignité de toutes les professions, même là où le texte n'est pas rigoureusement précis.

À tout événement, je veux seulement ici souligner un autre caractère propre au droit disciplinaire qui n'est ni aussi rigide que le droit pénal, ni aussi large que le droit civil, dans l'appréciation de la faute déontologique.

Autre caractéristique du droit disciplinaire, découlant directement d'une interprétation des textes qui lui est propre et d'une procédure qui lui est propre, le droit disciplinaire impose aux professionnels un critère plus rigoureux que celui de l'homme raisonnable, appliqué en droit civil. Nous y reviendrons.

Enfin, je retiens un dernier principe propre au droit disciplinaire, à savoir l'administration de la justice par les pairs, seuls capables d'apprécier l'acte spécialisé posé par le professionnel et seuls capables de retenir une faute qui échappe à l'homme raisonnable.

Voilà brossé en quelques grands traits, et en trop peu de mots, le caractère autonome du droit disciplinaire qui sert de fondement à la faute déontologique, sujet de mon prochain chapitre.

Est-il nécessaire avec ce qui précède de démontrer que le droit disciplinaire, avec son ensemble de règles spécifiques, fait partie intégrante de notre droit administratif?

II. COMMENT LA FAUTE DEONTOLOGIQUE SE DISTINGUE DE LA FAUTE CIVILE

J'espère bien réussir, au cours de ce chapitre, à faire voir certaines concordances entre les fautes civiles et déontologiques à travers leurs dissonances.

Rappelons ici la définition du professeur Dussault, à l'égard du professionnel: «[c]elui qui pose un acte spécialisé qu'il est seul à pouvoir évaluer»¹⁸.

¹⁸ Gilles DUSSAULT, «Les codes de déontologie et les professionnels», dans Gilles DUSSAULT et Louis O'NEILL, *La déontologie professionnelle au Québec*, Québec, Cahiers de l'Institut supérieur des sciences humaines, 1977, p. 16, à la page 43; cité aussi dans M. GOULET, *op. cit.*, note 8, p. 4.

Qui dit faute en droit administratif, dit règles et règlements, règles de l'art aussi, c'est-à-dire règles du métier et manquements à ces règles.

Une simple consultation du *Code des professions* ou d'une des lois professionnelles qui s'y rattachent nous permet de dégager les principes directeurs suivants:

- le professionnel a des devoirs de compétence;
- il a des devoirs d'intégrité;
- il a des devoirs de dignité.

Ces devoirs, le professionnel en est comptable envers le public. Il en est évidemment comptable envers son client. Mais il en est aussi comptable envers les autres membres de sa profession, ce qu'il nous arrive, malheureusement, de perdre de vue. Qu'il nous suffise pourtant de pointer quelques cas d'actualités dans la magistrature et dans le monde médical, où les propos d'un juge et les statistiques d'un chercheur ont jeté du discrédit sur la magistrature et sur la profession médicale.

L'article 87 du *Code des professions* est très strict : toutes les corporations professionnelles doivent, par règlement, adopter un code de déontologie qui contient entre autres:

87. [...]

- 1° *des dispositions déterminant les actes dérogatoires à la dignité de la profession;*
- 2° *des dispositions définissant, s'il y en a, les professions, métiers [...] charges ou fonctions incompatibles avec la dignité ou l'exercice de la profession;*
- 3° *des dispositions visant à préserver le secret [...] [professionnel];*
- 4° *des dispositions [...] [prévoyant l'obligation par le professionnel de constituer un dossier du client et le droit du client de prendre connaissance de son dossier];*
- 5° *des dispositions énonçant des conditions, des obligations et [...] des prohibitions quant à la publicité faite par ses membres.*¹⁹

C'est sans doute ce qui fait dire à nos auteurs, dont M^e Yves Ouellette, qu'il n'y a pas de faute disciplinaire sans texte, opinion qui me fait encore quelques difficultés, à la lumière du principe général de l'article 87, qui se lit comme suit:

¹⁹ *Code des professions*, précité, note 1, art. 87.

*Le Bureau doit adopter, par règlement, un code de déontologie imposant au professionnel des devoirs d'ordre général et particulier envers le public, ses clients et sa profession, notamment celui de s'acquitter de ses obligations professionnelles avec intégrité.*²⁰

Dans sa préface à l'ouvrage de M^e Mario Goulet, le professeur Ouellette souligne que l'entrée en vigueur du *Code des professions* a mis fin à l'arbitraire en adoptant cette maxime du droit pénal, «*nullum crimen sine lege*», et il ajoute: «[s]auf dans le cas du régime anachronique de l'article 107 de la *Loi sur le Barreau*, il n'y a pas de faute disciplinaire sans texte»²¹.

En somme, nous dit le professeur Ouellette, appuyé en cela par tous les auteurs, seule la *Loi sur le Barreau*²² contient une disposition qui permet de citer un professionnel en discipline, même en l'absence d'un texte précis.

L'article 107 de la *Loi sur le Barreau* se lit effectivement comme suit:

107. *En l'absence d'une disposition de la présente loi ou d'un règlement applicable au cas particulier, le Comité de discipline décide privativement à tout tribunal, en première instance:*

- a) *si l'acte reproché est dérogatoire à l'honneur ou à la dignité du Barreau ou à la discipline de ses membres;*
- b) *si la charge ou la fonction est incompatible avec l'exercice de la profession d'avocat;*
- c) *si le métier, l'industrie, le commerce exercés ou la charge occupée sont incompatibles avec l'honneur ou la dignité du Barreau.*²³

Le régime spécial de la *Loi sur le Barreau* étant maintenant établi, revenons brièvement au *Code des professions*, à l'article 152, que l'on retrouve dans la section VII, dédiée à la discipline, à l'appel et à la publicité des décisions. Cet article stipule que:

*Le Comité décide privativement à tout tribunal, en première instance, si l'intimé a commis une infraction au présent code, à la loi constituant la corporation dont il est membre ou aux règlements adoptés conformément au présent code ou à ladite loi.*²⁴

²⁰ *Id.* (nous avons souligné).

²¹ Préface de M^e Yves Ouellette, dans M. GOULET, *op. cit.*, note 8, p. VII.

²² *Loi sur le Barreau*, L.R.Q., c. B-1.

²³ *Id.*, art. 107 (nous avons souligné).

²⁴ *Code des professions*, précité, note 1, art. 152 (nous avons souligné).

Comme plaideur, je suis tenté de défendre le droit d'une corporation professionnelle de sanctionner un de ses membres, en l'absence d'un texte, certainement en l'absence d'un texte précis, en m'inspirant de l'article 152 du *Code des professions*, presque au même titre que le droit accordé à l'article 107 de la *Loi sur le Barreau* à celui-ci. Comme juriste toutefois, j'avoue ma timidité à me mesurer au professeur Ouellette et à pousser plus loin mon analyse.

À tout événement, nous avons clairement démontré le pouvoir et le devoir des corporations professionnelles d'adopter un code de déontologie, nous avons identifié les trois grandes catégories de personnes dont la protection est recherchée par ce code et nous avons illustré les trois champs d'application des règles déontologiques, soit la compétence, l'intégrité et la dignité.

Il nous sera désormais facile de voir les distinctions à faire entre la faute déontologique et la faute civile. Il nous sera sans doute aussi facile d'en voir les ressemblances et de pressentir les circonstances où les deux fautes coexistent et exposent le professionnel à deux recours distincts.

A. Le professionnel doit agir avec compétence

Dans le langage courant du *Petit Robert*, la compétence est cette connaissance approfondie, reconnue, qui confère le droit de juger ou de décider en certaines matières et j'ajoute, qui confère le droit de poser un acte spécialisé, dans une matière donnée (médecine, génie, droit, etc...).

Incidemment, c'est à celui qui allègue l'incompétence de la prouver. En droit disciplinaire comme en droit civil, la compétence est la règle, l'incompétence est l'exception. Vous conviendrez que le contraire serait plutôt aberrant. Comment peut-on refuser au professionnel une présomption de compétence après vingt ans d'études à l'université ou dans une école spécialisée et après les examens de contrôle, à l'entrée et à la sortie ?

Là, cependant, où l'incompétence disciplinaire se distingue de la simple faute civile, c'est dans sa source, dans sa nature et dans ses effets.

L'incompétence en matière disciplinaire c'est celle du professionnel qui, ne maintenant pas à jour ses connaissances techniques, met en péril le droit de son client, la santé de son patient ou la sécurité du public. C'est l'avocat qui, ayant une pratique active en droit commercial auprès des PME, ne juge pas nécessaire de parfaire ses connaissances en fiscalité et, sous prétexte d'économiser des honoraires à son client, ou tout simplement par ignorance du risque qu'il lui fait courir, laisse signer une transaction qui, bien que non attaquée, est attaquable. Il se peut qu'une telle insouciance, exercée à répétition, passe inaperçue et même mieux, qu'elle n'ait pas de conséquences pour le client.

Cette incompétence pourtant expose la clientèle de cet avocat, elle est certainement dangereuse pour le public et peut, dans certains cas, nuire à l'image de la profession. Elle a donc les caractéristiques d'une faute disciplinaire sanctionnable par une réprimande, et même par une suspension, assortie d'une amende ou d'une ordonnance de recyclage, sinon de l'émission d'un permis restreint.

Il en faut à la fois moins et davantage, dans l'appréciation d'une faute civile reliée à la compétence du professionnel.

Reprenons l'exemple de l'avocat de PME, dont les connaissances en fiscalité, quoique peu développées, sont quand même enrichies d'un colloque occasionnel sur le sujet et de références fréquentes à des décisions administratives et jurisprudentielles en droit des affaires. Sans prétendre avoir la connaissance requise pour exercer dans ce domaine, notre professionnel est donc un initié, par rapport à son client ou à l'homme de la rue. Imaginons au surplus qu'il a l'habitude de travailler en collaboration avec le fiscaliste régulier de son client, dans tous les cas où le client en a un. Imaginons enfin, dans mon exemple, que, pour une fois, soucieux de rendre service à un client qui veut bâcler rapidement une affaire, qui a un budget limité et est pressé par le temps, notre généraliste choisit de ne pas consulter en fiscalité pour découvrir, six mois plus tard, que son client fait face à une réclamation d'impôts, supérieure à celle qu'une phraséologie différente dans le contrat, ou une structure d'acquisition modifiée, aurait permis d'éviter.

On aura rapidement compris que l'intérêt public ne sera pas pour autant menacé, pas plus d'ailleurs que ne le sont les intérêts du même client pour ses besoins futurs, en face de cet avocat. On aura compris tout aussi clairement que cet avocat s'est placé en situation de responsabilité professionnelle vis-à-vis son client et a commis une faute civile en négligeant de consulter et en se fiant à ses connaissances pour une fois défaillantes.

On aura compris également que de l'ignorance ponctuelle de cet avocat, de son manquement à une obligation de moyens, le client a subi un dommage directement relié à l'acte de l'avocat et donc réclamable en justice devant les tribunaux civils. Même exemple, une seule variante, deux conclusions différentes. La variante, vous l'avez identifiée, c'est le caractère chronique de l'insouciance de l'avocat dans mon premier exemple et sa négligence unique dans le deuxième. En droit disciplinaire, il n'y a pas à attendre qu'un dommage soit subi pour sanctionner le professionnel. En droit civil, le professionnel le plus compétent et le plus responsable s'expose à une poursuite lorsque, par une négligence ponctuelle, il n'a pas pris tous les moyens raisonnables à sa disposition pour éviter le dommage que son client ou son patient a subi.

Ces nuances peuvent vous paraître des jeux de mots, mais elles n'en sont pas. Il suffit d'avoir été mêlé à quelques causes de nature disciplinaire et à

quelques causes de responsabilité professionnelle pour en saisir toute l'importance concrète pour les corporations professionnelles, pour le public, pour le client lésé et enfin pour le professionnel lui-même, dont le droit de pratique peut ainsi être compromis et dont la réputation risque d'être affectée, en toutes circonstances, qu'on soit en droit disciplinaire ou en droit civil.

B. Le professionnel doit agir avec intégrité

En plus de ses devoirs de compétence, dont on a entrevu les conséquences disciplinaires comme les conséquences civiles, le professionnel a des devoirs d'intégrité. L'intégrité, dit encore le *Petit Robert*, c'est l'état d'une personne honnête, incorruptible, d'une totale probité.

L'article 3.02.01 du *Code de déontologie des avocats* énonce spécifiquement mais de façon non limitative douze cas de manquements à l'intégrité. Je retiens les suivants:

3.02.01 [...] *l'avocat ne doit pas:*

[...]

- d) *encourager son client ou un témoin à poser un acte ou à prononcer des paroles qu'il ne pourrait lui-même poser ou prononcer à l'égard des tribunaux, des officiers de justice, des jurés, des parties, des confrères ou des autres témoins;*
- e) *soustraire une preuve que lui-même ou son client a l'obligation légale de conserver, de révéler ou de produire;*

[...]

- i) *agir de façon à induire en erreur la partie adverse non représentée par avocat ou surprendre sa bonne foi.*²⁵

Le caractère disciplinaire d'un manquement à l'intégrité est sans doute plus facile à consigner dans un texte réglementaire que le manquement aux règles de compétence, plus nuancé, mais plus facile aussi à confondre avec une faute civile.

Pourtant le manquement de l'avocat à ses devoirs d'intégrité peut donner ouverture à une action devant les tribunaux civils, de la part du client, à qui on aura fait perdre un recours par suite d'un tel comportement, mais aussi parfois à l'égard de la partie adverse ou de son avocat, la faute disciplinaire devenant alors un délit ou un quasi-délit, au plan civil. J'aurai l'occasion d'élaborer

²⁵ *Code de déontologie des avocats*, précité, note 7, art. 3.02.01 (nous avons souligné). Voir aussi la décision *Daoust c. Bernier*, [1992] R.J.Q. 1868 (C.S.).

davantage un peu plus loin, dans mon analyse d'une affaire récente devant la Cour supérieure du Québec²⁶.

C. Le professionnel doit se comporter avec dignité

Enfin, le professionnel a des devoirs de dignité envers le public, envers son client et envers sa profession, dont on s'attend, sans doute, à en retrouver l'énumération dans le code de déontologie de la profession visée, et que l'on retrouve en termes très généraux à l'article 2.03 du *Code de déontologie des avocats* mais auxquels l'avocat serait néanmoins soumis, même en l'absence de ce texte général, à cause du fameux article 107²⁷ qui donnerait en cette matière à notre corporation professionnelle, des pouvoirs plus discrétionnaires, sinon plus arbitraires, qu'aux autres corporations visées par le *Code des professions*.

La dignité, c'est le respect qu'impose ou que se mérite le professionnel, par la considération qu'il a de son art ou de sa science, le respect de ses collègues, le soutien de leur autorité ou de leur crédibilité et, par exemple pour l'avocat, la modération et la réserve de ses propos.

M'appuyant plus sur mon expérience que sur ma réflexion, les devoirs de dignité m'apparaissent plus exclusifs encore au droit disciplinaire que les devoirs d'intégrité et plus éloignés, dans tous les cas, de la faute civile que les devoirs d'intégrité et les devoirs de compétence.

Je n'élabore donc pas davantage sur la distinction entre la faute disciplinaire et la faute civile à l'égard des devoirs de dignité du professionnel.

J'espère cependant vous avoir suffisamment sensibilisés, à ce stade, sur la distinction qui existe entre l'une et l'autre dans leur source, dans leur nature et dans leurs effets.

La faute disciplinaire, en effet, trouve sa source dans un texte légal ou réglementaire plus ou moins précis.

La faute civile trouve plutôt sa source dans le critère de l'homme raisonnable qui, transposé chez le professionnel, est celui du professionnel moyen. Il ne connaît pas tout, il ne sait pas tout et il n'est pas soumis à une obligation de résultat. Il doit cependant prendre les moyens raisonnables à sa disposition pour bien servir les intérêts de son client. Il a, entre autres, le devoir de connaître ses limites et au besoin de refuser un mandat, à défaut de quoi, il encourt la

²⁶ *Daoust c. Bernier*, précité, note 25.

²⁷ *Loi sur le Barreau*, précitée, note 22, art. 107.

responsabilité civile du dommage subi par son client. En droit disciplinaire, par contre, il pourra répondre d'un manquement à un texte précis, même s'il n'a pas été autrement négligent ou imprudent.

Une telle situation se produira par exemple à l'égard du devoir d'informer que certains professionnels de la santé acceptent de contourner à la demande expresse du patient ou selon les souhaits exprimés par ses proches.

Différente dans sa source, la faute déontologique l'est aussi dans sa nature. La faute déontologique, disent les auteurs, s'évalue «*in personam*», de façon objective. C'est ainsi qu'elle échappe à la territorialité, comme je l'ai déjà souligné. Elle existe et elle produit des effets, indépendamment de la présence ou de l'absence d'un préjudice subi par le client puisque, objectivement, elle met en péril l'intérêt de la profession ou celui du public si elle n'est pas sanctionnée.

Enfin, la faute déontologique se distingue de la faute civile dans ses effets. La faute civile ne produit d'effets que si elle est reliée à un préjudice, à un dommage. La faute disciplinaire mène à une sanction qui pourra sans doute être plus sévère si, par surcroît, un préjudice a été causé mais qui, à la limite, peut mener à la perte du droit de pratique d'une profession sans la nécessité d'un préjudice ou d'un dommage, au seul motif d'une insouciance déréglée qui met en péril l'intérêt public et risque éventuellement de nuire à celui de la profession.

Inutile de vous dire à ce stade, que je brûle du désir de passer de la théorie à la pratique et de me retrouver dans quelques décisions fondées sur des réalités concrètes et quotidiennes.

III. LES CARACTERISTIQUES RESPECTIVES DES FAUTES DISCIPLINAIRE ET CIVILE

Il est évident qu'en les distinguant l'une de l'autre, nous avons déjà établi les caractéristiques respectives de la faute disciplinaire et de la faute civile. Ce chapitre est donc plus un rappel succinct qu'un sujet nouveau.

A. La faute disciplinaire

Malgré mes critiques, on se rappellera qu'elle n'existe pas sans texte. Comme on est en droit administratif, l'absence de texte ou l'existence d'un texte incomplet, vague et défaillant, profite au professionnel plutôt qu'à sa corporation. Cela me paraît d'ailleurs logique et équitable. Le professionnel jouira ainsi de la présomption de compétence à laquelle il a droit. Il ne se verra pas opposer une quelconque présomption de preuve, à l'égard de ses devoirs d'intégrité et de dignité, en l'absence d'un texte précis et à moins d'une preuve accablante, sans aller jusqu'à la théorie du doute raisonnable.

La faute disciplinaire par ailleurs est une faute morale. Elle s'apparente en cela plutôt à la faute pénale qu'à la faute civile, puisqu'elle est un manquement à un code de comportement et aux règles du jeu, comme la faute pénale.

Elle se distingue néanmoins de la faute pénale au niveau de la sanction et, c'est là une troisième caractéristique, elle expose plus son auteur à une correction, à un redressement pour la protection future du public, qu'à une punition pour un acte passé.

À titre d'exemple, il est certain qu'une réprimande en droit disciplinaire n'a pas les mêmes effets, ni la même signification, qu'une sentence suspendue en droit pénal.

B. La faute civile

Elle existe sans texte et elle s'apprécie en fonction du critère beaucoup plus flou de l'homme raisonnable, du professionnel moyen placé dans les mêmes circonstances. Il arrive, en quelques rares occasions, qu'elle résulte d'une obligation de résultat plutôt que d'une obligation de moyens, mais cette distinction ne justifie pas une plus ample élaboration dans le cadre de cet exposé.

La faute civile est sans conséquence et sans intérêt, en l'absence d'un préjudice. On ne lui retrouve donc pas le caractère de moralité de la faute disciplinaire. On n'y retrouvera donc pas le caractère de correction et de sanction mais on y retrouvera le caractère de redressement dans la compensation qu'elle entraînera.

Enfin, la faute civile est également sans conséquence en l'absence d'un lien de causalité avec le préjudice subi. Et, ici encore, on voit bien la distinction entre le caractère moral de la faute disciplinaire et le caractère strictement compensatoire de la faute civile.

Sans entrer ici dans une longue digression, je veux seulement soutenir ma prétention par l'argument de l'acte postérieur, «*novus actus interveniens*», en droit civil, inexistant en droit disciplinaire. Imaginons par exemple, le patient qui, après avoir subi une intervention chirurgicale qui lui laisse une jambe plus courte que l'autre, devient totalement invalide à la suite d'une thrombose cérébrale, non autrement reliée à son intervention. La thrombose subséquente ne saurait libérer notre médecin des conséquences de sa négligence grossière, devant un comité de discipline, mais elle mènerait vraisemblablement au rejet d'une action prise contre lui pour la perte d'un emploi qui exigeait une condition physique parfaite.

IV. LES CONSEQUENCES DE LA FAUTE EN DROIT DISCIPLINAIRE ET EN DROIT CIVIL ILLUSTRÉES PAR QUELQUES DÉCISIONS DE JURISPRUDENCE

Les conséquences de la faute disciplinaire se ramènent à une sanction qui va de la simple réprimande à la radiation, c'est-à-dire à la perte du droit de pratiquer sa profession. La sanction tient moins compte du préjudice subi par une victime que de la gravité de la faute en soi et de l'importance de ses retombées sur le public et la profession.

Le droit civil, au contraire, a peu de place pour de telles considérations.

Orienté sur les rapports entre individus et parties privées, il recherche la réparation davantage que la correction et la protection, les conséquences de la faute civile étant, en l'occurrence, la réparation du préjudice, généralement par compensation monétaire.

Je ne saurais mieux illustrer les conséquences de l'une et de l'autre et je ne saurais mieux établir les concordances et les dissonances entre les fautes civile et déontologique que par quelques expériences vécues au cours des quinze dernières années, qui ont fourni à nos tribunaux l'occasion de faire le point sur la plupart des questions que nous avons touchées dans ce trop bref survol. Je n'ai retenu que six ou sept décisions parmi une nomenclature beaucoup plus importante mise à ma disposition par ma collaboratrice, M^e Pascale Caron de notre cabinet, et je me suis laissé guider dans ma sélection par les quelques considérations suivantes:

- l'intérêt de la question traitée, sur le plan juridique;
- l'intérêt de l'histoire elle-même, indépendamment de la question de droit;
- le caractère moral du droit disciplinaire;
- la cohabitation des fautes civile et disciplinaire; et enfin,
- l'illustration de critères, tels que l'intégrité et la dignité.

Il s'agit de décisions de nos tribunaux ou de comités de discipline. Les conséquences de la faute apparaissent du même coup à travers l'étude de la question de fait ou de la question de droit, ou des deux.

Pour celles et ceux dont la recherche constitue le passe-temps favori, une liste plus imposante d'autorités accompagne mon exposé.

La première décision retenue en est une de la Cour d'appel du Québec, dans l'affaire *Bécharde c. Roy*²⁸. Cette décision est intéressante à plus d'un point de vue. D'abord, elle fait bien ressortir le caractère «*sui generis*» du droit disciplinaire, avant même l'adoption du *Code des professions*. Car même si l'affaire fut entendue par la Cour d'appel, après l'entrée en vigueur du Code, les faits qui y donnèrent lieu et la décision du comité de discipline qui en disposa sont antérieurs à l'adoption du Code, montrant par là que le *Code des professions* a consacré le caractère «*sui generis*» du droit disciplinaire bien plus qu'il ne l'a créé.

La décision est intéressante également, en ce qu'elle fait bien voir les distinctions qui s'imposent entre le droit pénal et le droit disciplinaire au niveau de la sanction. La Cour d'appel fait également ressortir le but des sanctions disciplinaires, qui est d'amener le professionnel à s'amender pour la protection du public et non à le punir pour son manquement.

La décision permet enfin de faire une constatation importante sur le principal amendement apporté par le *Code des professions* au droit professionnel, à savoir l'absence de responsabilité ou de faute sans texte en droit professionnel. Plus intéressante encore est cette référence que fait la Cour d'appel²⁹ des propos du professeur Yves Ouellette dans son étude «Les corporations professionnelles»:

*Sur ce point, le droit disciplinaire diffère donc essentiellement du droit pénal où un acte ou une omission doivent faire l'objet d'une définition législative pour constituer une infraction. Comme le délit ou le quasi-délit, la faute professionnelle est indéfinie, alors que la faute pénale doit, en principe, être définie.*³⁰

On se souviendra des propos du professeur Ouellette dans sa préface à l'ouvrage de M^e Mario Goulet, sur le même sujet, après l'entrée en vigueur du *Code des professions* et exception faite de la situation au Barreau du Québec, à cause du fameux article 107 de la *Loi sur le Barreau*³¹.

L'affaire *Béliveau c. Comité de discipline (Barreau du Québec)*³², également décidée par la Cour d'appel en 1992 reprend à toutes fins pratiques les mêmes

²⁸ *Bécharde c. Roy*, [1975] C.A. 509.

²⁹ *Id.*, 510.

³⁰ Yves OUELLETTE, «Les corporations professionnelles», dans Raoul P. BARBE (dir.), *Droit administratif canadien et québécois*, Éditions de l'Université d'Ottawa, Ottawa, 1969, p. 181, à la page 208.

³¹ *Supra*, note 17.

³² *Béliveau c. Comité de discipline (Barreau du Québec)*, [1992] R.J.Q. 1822 (C.A.).

questions que l'affaire *Béchar*³³ et permet de constater la continuité du caractère «*sui generis*» du droit disciplinaire et de son caractère moral.

Dans cette affaire, un avocat était accusé d'abus de confiance et de manquement à l'honneur et à la dignité de la profession, pour avoir emprunté des sommes de 45 000\$ et de 30 000\$ respectivement de deux clients, et de 10 000\$ d'un troisième.

Si mon souvenir est exact, cet avocat, également chef de parti, contestait, entre autres, le fait d'avoir emprunté les sommes en sa qualité d'avocat et prétendait plutôt les avoir obtenues en sa qualité de chef d'un parti politique. Mais il ne perdait pas pour autant sa qualité d'avocat et, ce faisant, il n'avait pas hésité à se servir de sa crédibilité professionnelle, peu importe la fin ultime, causant ainsi un tort à ses clients et à la profession elle-même. Il fut éventuellement radié.

L'affaire suivante consacre le caractère extra-territorial du droit disciplinaire. Il s'agit de la décision de l'honorable John Gomery de la Cour supérieure dans l'affaire *Paquette c. La corporation professionnelle des médecins du Québec*³⁴.

Par son action, le médecin requérant cherchait à faire casser, par évocation devant la Cour supérieure, la décision d'un comité de discipline aux motifs que ce dernier avait excédé sa juridiction. L'affaire est intéressante à plus d'un point de vue.

Le médecin était accusé d'avoir commis des actes intempestifs et contraires aux données de la science médicale sur six patients québécois de passage en Haïti. Vous aurez compris que les actes intempestifs reprochés avaient été posés par le médecin, en Haïti, d'où la contestation par celui-ci de la juridiction sur lui du Collège des médecins.

Le juge Gomery pose ainsi la question:

*Est-ce qu'un professionnel échappe à la surveillance de l'ordre dont il est membre s'il voyage à l'extérieur de la province ? A-t-il le droit de poser des gestes à l'étranger que le code de déontologie adopté par sa corporation professionnelle défend chez lui?*³⁵

Et le juge de répondre:

³³ Précitée, note 28.

³⁴ *Paquette c. Comité de discipline de la corporation professionnelle des médecins du Québec*, [1985] C.S. 425.

³⁵ *Id.*, 428.

Le professionnel a un devoir de sauvegarder la dignité de sa profession et il porte ce devoir avec lui peu importe où il va.³⁶

Puis, comparant le droit disciplinaire au droit pénal, qui n'est jamais extra-territorial, l'honorable juge Gomery conclut:

Il faut se rappeler que le droit disciplinaire n'est ni civil ni pénal.³⁷

Le médecin fut débouté mais je ne connais pas la sanction disciplinaire rendue plus tard à son égard.

L'affaire suivante illustre très bien les distinctions entre la faute disciplinaire et la faute civile, la différence des buts recherchés par les deux systèmes et les conséquences de l'une et de l'autre.

Il s'agit, encore une fois, d'une décision du comité de discipline des médecins³⁸.

Dans cette affaire, le médecin était convoqué devant un comité de discipline pour avoir mal apprécié l'état de sa patiente et avoir commis une erreur de jugement en lui donnant prématurément son congé de l'hôpital.

Le comité de discipline, présidé par M^e Hélène LeBel, devenue depuis juge à la Cour supérieure du Québec, s'exprime ainsi:

Dans chaque cas, un médecin est appelé à poser un jugement, à prendre une décision à partir d'un ensemble de données. Il ne paraît pas opportun de poser ici des règles absolument inflexibles. Dans le présent cas, le comité n'est pas prêt à absoudre l'intimé de tout blâme. Il est possible qu'il ait commis une erreur de jugement en présumant de l'évolution subséquente de la patiente [...] il est possible qu'il ait ainsi commis une erreur et qu'il encoure ainsi une certaine responsabilité [civile] vis-à-vis de la patiente.

Le comité n'est cependant pas prêt à conclure que la preuve révèle ici que l'intimé a enfreint les règles de la déontologie professionnelle. Sans doute, le Code de déontologie prévoit-il qu'un médecin doit exercer sa profession selon les normes médicales actuelles les plus élevées possibles. De plus, le code de déontologie prohibe toute omission, manoeuvre, actes intempestifs ou contraires aux données de la science médicale actuelle. Il s'agit certes d'un idéal louable, mais nous ne croyons pas qu'il soit raisonnable d'en conclure que la moindre faute, la

³⁶ *Id.*

³⁷ *Id.*, 429.

³⁸ *Comité - médecins* 13, [1982] D.D.C.P. 121.

*moindre erreur de jugement constitue en soi un manquement aux règles de la déontologie professionnelle.*³⁹

Le médecin fut donc acquitté devant le comité de discipline mais il est assez évident qu'avec les mêmes faits et une preuve adéquate de dommages, il ne pouvait s'en tirer dans une action prise contre lui devant les tribunaux civils.

Les deux prochaines décisions nous amènent à faire une incursion dans le monde des comptables agréés, à quinze ans d'intervalle, avec une preuve de faits assez semblables. Dans les deux cas, en effet, la victime se plaint d'avoir été induite en erreur par la lecture de bilans financiers vérifiés, erronés.

La première décision est une affaire disciplinaire⁴⁰.

En plus de sa plainte devant le comité de discipline de l'Ordre des comptables agréés du Québec, le plaignant avait institué deux actions devant la Cour supérieure du Québec, dont une était pendante devant la Cour d'appel au moment où siégeait le comité de discipline.

Après avoir clairement établi sa juridiction et conclu que la Cour civile ne peut lier le comité, ce dernier décide néanmoins de suspendre l'instruction de la plainte jusqu'au règlement définitif des deux actions ou jusqu'à ce que la Cour en dispose, parce que:

*[L]e Comité est d'avis que les intérêts de la justice seront mieux servis en évitant une situation où deux autorités déterminent en même temps les mêmes faits.*⁴¹

D'où l'on voit que le caractère «*sui generis*» du droit disciplinaire et la souveraineté d'un comité de discipline n'interdisent pas à leurs membres d'utiliser un principe auquel on ne recourt jamais assez, le bon sens. Détail intéressant au surplus: le président de ce comité de discipline était M^e Gérald McCarthy, c.r., l'actuel juge McCarthy de la Cour d'appel du Québec...

Quinze ans plus tard, la Cour d'appel du Québec cristallisait en quelques lignes la dualité des régimes disciplinaire et civil, en matière d'appréciation de la faute, dans l'affaire *Caisse Populaire de Charlesbourg c. Léandre Michaud*⁴².

³⁹ *Id.*, 125.

⁴⁰ *Comité-comptables agréés-2*, [1975] D.D.C.P. 20, appel rejeté *Tribunal-comptables agréés-1*, [1975] D.D.C.P. 71.

⁴¹ *Comité-comptables agréés-2*, *id.*, 21.

⁴² *Caisse Populaire de Charlesbourg c. Michaud*, [1990] R.R.A. 531.

Monsieur le juge Baudouin fait ainsi le point sur cette dualité:

On nous a également fait longuement état des pratiques comptables généralement reconnues et des dispositions du Code de déontologie des comptables agréés. Eu égard à ces normes qui, si elles ne lient pas le Tribunal, ont cependant une utilité indiscutable dans la détermination de la faute, je suis d'avis que les comptables intimés ont effectivement commis des fautes civiles.⁴³

Le comptable qui avait préparé les états financiers fut effectivement condamné à payer une somme de dommages de l'ordre de 30 000\$, et je n'hésite pas à dire que sur les mêmes faits devant un comité de discipline, il ne s'en serait pas sorti sans une réprimande, pour avoir émis un bilan de complaisance en faveur de son frère et avoir ainsi manqué à ses devoirs d'intégrité, sinon, à ses devoirs d'honneur et de dignité.

J'ai retenu la prochaine décision un peu par égoïsme, non pas par humilité, même si la Cour ne semble pas m'avoir donné raison mais surtout parce qu'elle fait voir l'influence du comportement disciplinaire sur la responsabilité civile, malgré tout le soin que j'ai mis à décrire l'autonomie des deux régimes.

Il s'agit de l'affaire *L'Excelsior compagnie d'assurance-vie c. La Mutuelle du Canada, compagnie d'assurance-vie et Louis Langis*⁴⁴.

N'ayant pas plaidé cette affaire en première instance, je vous résume les faits comme j'en ai moi-même pris connaissance à l'époque, dans le jugement de première instance, avant d'en prendre la charge devant la Cour d'appel.

Il s'agit à l'origine d'une affaire de concurrence déloyale entre deux assureurs et un groupe d'agents, dirigé par un certain Langis.

Après plus de vingt ans d'une relation professionnelle impeccable avec La Mutuelle du Canada, Langis décide de quitter cette compagnie qui refuse de reconnaître les nouvelles réalités de l'assurance-vie et de mettre sur pied des nouveaux produits adaptés à la demande et aux besoins de la clientèle, contrairement à ce que font d'autres assureurs, dont L'Excelsior.

Il se joint donc à L'Excelsior et graduellement il entraîne à sa suite un nombre imposant d'anciens agents de La Mutuelle du Canada.

Celle-ci éventuellement poursuit L'Excelsior ainsi que Langis et tous les agents qui l'ont quittée pour se joindre à lui, en plaidant complot entre Langis et

⁴³ *Id.*, 536.

⁴⁴ [1992] R.J.Q. 2666 (C.A.).

L'Excelsior pour débaucher les agents et complot pour opérer des transferts systématiques de polices d'assurance de La Mutuelle à L'Excelsior.

Bien qu'ils ne constituent pas une corporation professionnelle au sens du *Code des professions*, les courtiers d'assurance sont régis par une loi dont certaines dispositions s'apparentent à celles du Code.

Leur corporation, d'ailleurs, est investie de certains pouvoirs semblables à ceux du Code, dont celui d'adopter un code de déontologie. En cas de manquement à une disposition de ce code, le courtier d'assurance est contraignable devant un comité de discipline et passible de sanctions, dont la réprimande et la radiation.

Or, si dans cette affaire, il s'agit d'une condamnation à payer des dommages comme conséquence d'une faute civile, il n'y a pas de doute que les manques de loyauté reprochés au courtier s'inspirent de considérations moralisatrices directement apparentées aux concepts d'intégrité, d'honneur et de dignité du professionnel.

Les trois dernières causes de ma sélection impliquent des avocats poursuivis en dommages, à raison de fautes civiles, mais dans chacun de ces cas, on a une illustration éloquente des devoirs d'intégrité, d'honneur et de dignité de l'avocat.

Dans l'affaire *Location Panorama c. Gaucher*⁴⁵, une avocate fut condamnée à payer des dommages au débiteur de son client pour avoir trop bien rempli son mandat et montré un zèle excessif dans la protection des droits de son client, sans égard aux droits du débiteur de celui-ci, dans le cadre d'une saisie et de la vente d'un camion et de certains outils.

La Cour lui reproche une faute, «non pas dans l'exercice de son mandat mais dans le cadre plus général de son rôle d'associé de l'administration de la justice»⁴⁶.

N'avons-nous pas là une faute déontologique évidente, aussi bien qu'une faute civile génératrice de dommages ?

Dans l'affaire *Stranges c. Bélanger*⁴⁷, on reproche à l'avocat d'avoir trompé la bonne foi d'un consoeur, d'avoir agi d'une façon déloyale dans un dossier, faute disciplinaire évidente. On cite d'ailleurs les articles du *Code de déontologie*

⁴⁵ *Location Panorama Inc. c. Gaucher*, [1991] R.J.Q. 1237 (C.A.).

⁴⁶ *Id.*, 1240.

⁴⁷ *Stranges c. Bélanger*, [1993] R.R.A. 580.

des avocats dans cette affaire civile, pour conclure à une condamnation à des dommages contre l'avocat, en faveur du débiteur de son client!

Enfin, dans l'affaire *Daoust c. Bernier*⁴⁸, l'honorable juge Danielle Grenier a condamné un avocat à payer à un autre avocat une somme de 4 000,00\$ pour manquements au devoir de réserve et de courtoisie et pour accusations graves contre un confrère dans la rédaction de pièces de procédure. Pire, les dommages étaient répartis 2 000,00\$ comme dommages compensatoires et 2 000,00\$ comme dommages exemplaires, ce qui, à mon humble point de vue, est beaucoup plus de nature punitive, et donc de nature pénale (sinon disciplinaire), que de nature civile, puisque généralement les dommages exemplaires sont accordés là où il y a eu malice ou acte intentionnel et délibéré.

Dans cette affaire, un bureau d'avocats avait exigé et obtenu qu'un autre bureau d'avocats se retire d'un dossier, pour des motifs de conflit d'intérêts. Jusque-là, aucun problème.

Dans leurs procédures, toutefois, les avocats du requérant en récusation prêtaient à l'avocat récusé des intentions malveillantes et faisaient à son égard des insinuations et des accusations de nature à déconsidérer cet avocat.

Le juge Grenier conclut que de tels propos n'étaient pas acceptables entre confrères, qu'ils attaquaient l'intégrité professionnelle de l'avocat-demandeur, et que les avocats-défendeurs n'avaient pas de motifs raisonnables de croire à la véracité de tels propos et de les reproduire dans leurs procédures.

Ces avocats, dit le juge Grenier, pouvaient exprimer les mêmes appréhensions, les mêmes soupçons, en termes juridiques, mais en prenant soin d'éviter de nuire à la réputation du confrère.

Je serais évidemment tenté de poursuivre sur cette lancée, puisque je trouve plus facile et plus vivant de discuter des décisions de nos tribunaux que de discourir en théorie seulement les consonances et les dissonances de la faute juridique, de la faute disciplinaire et de la faute civile.

Je m'arrête pourtant ici et laisse à ceux et celles d'entre vous dont la curiosité n'aura pas été satisfaite de poursuivre leur lecture à même la liste d'autorités jointe au texte de mon exposé⁴⁹.

⁴⁸ *Daoust c. Bernier*, précité, note 26.

⁴⁹ Voir *infra*, annexe.

CONCLUSION

J'espère vous avoir convaincu du caractère autonome du droit disciplinaire et avoir un peu fait ressortir ce qui le distingue du droit civil et du droit pénal.

J'espère aussi qu'à travers mon discours sur la faute déontologique et la faute civile et sur les caractéristiques de l'une et l'autre, ainsi que sur les conséquences qui en découlent, je vous aurai sensibilisés au phénomène de la coexistence des régimes de droit pénal, disciplinaire et civil et du risque incontournable pour le professionnel de faire face, en théorie, aux trois régimes simultanément, dans une situation donnée.

Pensez seulement que l'ingénieur en charge d'un projet majeur de construction qui perd simultanément trois employés dans l'éclatement d'un caisson, au fond d'un cours d'eau, peut se retrouver face à une accusation de négligence criminelle devant un tribunal de juridiction pénale. Pensez que, sa culpabilité étant établie hors de tout doute, il n'en sera que plus facile d'établir, devant un comité de discipline, qu'il a manqué de compétence ou d'intégrité, dans la préparation de son dossier et de ses calculs, au point de commettre un acte dérogatoire à l'honneur et à la dignité de sa profession et qu'il peut, en conséquence, compromettre son droit de pratique. Pensez enfin, qu'il est exposé à payer des dommages considérables aux familles des victimes, en guise de compensation civile, indépendamment du fait qu'il risque en plus de se faire opposer des déchéances de couverture par ses assureurs de responsabilité professionnelle.

Pensez également à l'avocat accusé de négligence criminelle pour avoir blessé un cycliste et ne pas s'être arrêté sur la scène de l'accident, ses facultés ayant, par ailleurs, été affaiblies. Pensez que le même avocat sera immédiatement radié, pour avoir été trouvé coupable de la commission d'un acte criminel, comme le prévoit notre code de déontologie.

Vous aurez du coup compris l'autonomie de nos trois régimes de droit pénal, civil et disciplinaire.

Peut-être aurez-vous également compris, en tout respect de l'opinion populaire et pour les médias, qu'il y a plus de responsabilités et d'obligations que de privilèges à être professionnel.

ANNEXE

DOCTRINE

1. Monographies et recueils

BAUDOIN, J.-L., *La responsabilité civile délictuelle*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990.

GOULET, M., *Le droit disciplinaire des corporations professionnelles*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993.

JANELLE, L., *L'impact de l'introduction de la faute disciplinaire en matière de responsabilité civile*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1988.

2. Articles de revues

BEAULNE, J., «Déontologie et faute disciplinaire professionnelles», (1987) 89 *R. du N.* 673.

BORGEAT, L., «La faute disciplinaire sous le Code des professions», (1978) 38 *R. du B.* 3.

JOBIN, P.-G., «La violation d'une loi ou d'un règlement entraîne-t-elle la responsabilité civile?», (1984) 44 *R. du B.* 222.

OUELLETTE, Y., «L'imprécision des codes de déontologie professionnelle», (1977) 37 *R. du B.* 669.

JURISPRUDENCE

1. Décisions des tribunaux en droit disciplinaire

Bécharde c. Roy, [1975] C.A. 509.

Béliveau c. Comité de discipline (Barreau du Québec), [1992] R.J.Q. 1822 (C.A.), requêtes pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetées, 1993-01-21 (23118 et 23119).

Lemieux c. Lippens, [1973] R.L. 405.

Paquette c. Comité de discipline de la corporation professionnelle des médecins, [1985] C.S. 425.

Comité — comptables agréés — 2, [1975] D.D.C.P. 20, en appel [1975] D.D.C.P. 71.

Comité — médecins — 14, [1975] D.D.C.P. 193.

Comité — médecins — 13, [1982] D.D.C.P. 121.
Comité — médecins — 18, [1982] D.D.C.P. 316.
Tribunal — avocats — 3, [1975] D.D.C.P. 294.
Tribunal — médecins — 1, [1992] D.D.C.P. 265.
Tribunal — médecins — 4, [1991] D.D.C.P. 307.
Tribunal — pharmaciens — 3, [1976] D.D.C.P. 431.
Tribunal — techniciens en radiologie — 3, [1980] D.D.C.P. 696.

2. Décisions des tribunaux en matière de responsabilité civile

Caisse populaire de Charlesbourg c. Michaud, [1990] R.R.A. 531 (C.A.).
Dumas-Bastien c. Veillette, [1986] R.D.I. 819 (C.P.).
L'Excelsior, Compagnie d'assurance-vie c. Mutuelle du Canada (La), Compagnie d'assurance-vie, [1992] R.J.Q. 2666 (C.A.).
Giguère c. Breton, [1991] R.R.A. 719 (C.S.).
Johnson c. Harris, [1990] R.R.A. 832 (C.S.).
Kovalik c. Laidley, [1992] R.R.A. 501 (C.S.).
Location Panorama Inc. c. Gaucher, [1991] R.J.Q. 1237 (C.A.).
Marcotte c. Simard, [1992] R.R.A. 226 (C.S.).
Morin c. Blais, [1977] 1 R.C.S. 570.
Stranges c. Bélanger, [1993] R.R.A. 580 (C.S.).

L'arbitraire du signe

M^e Jean-C. HEBERT*

Au Québec, les lois sont rédigées en français. Bien que l'interprétation littérale soit de nos jours laissée pour compte au profit de l'interprétation contextuelle, le sens des mots conserve tout de même une quelconque importance. Le signe étant une unité linguistique constituée de l'association d'un signifiant et d'un signifié¹, l'absence de relation de causalité entre ces deux faces engendre l'arbitraire. Dans l'hypothèse où le concept d'acte dérogatoire à la profession deviendrait créateur d'infraction, il y a risque évident d'arbitraire puisque ce concept n'est pas toujours corrélatif à une faute disciplinaire.

Avant même l'adoption du *Code des professions*², le professeur Ouellette opinait qu'une faute technique, une erreur, une maladresse, voire même une certaine forme de négligence ne devaient pas être considérées comme une faute disciplinaire en l'absence de texte précis le stipulant³. À l'évidence, certaines fautes commises par des professionnels sont intrinsèquement dérogatoires à la dignité d'une profession. À l'inverse, il n'échappe à personne qu'une pluralité de fautes techniques liées à des dispositions réglementaires ne dérogent en rien à la dignité d'une profession. Entre ces deux pôles, c'est porter atteinte à l'équité procédurale ainsi qu'aux principes de justice naturelle que de tolérer qu'un comité de discipline décide, *ex post facto*, qu'un acte non interdit par le législateur et les pairs du professionnel soit déclaré rétroactivement dérogatoire

* LL.M., membre du cabinet Hébert & Bourque.

¹ Dans le dictionnaire *Le Petit Larousse illustré*, Édition 1994, le terme «signifiant» renvoie à la forme concrète du signe linguistique, tandis que le terme «signifié» renvoie au contenu sémantique du signe linguistique, c'est-à-dire au concept.

² L.R.Q., c. C-26, [ci-après cité : «Code des professions» ou «C.prof.»].

³ Yves OUELLETTE, «Les corporations professionnelles», dans Raoul-P. BARBE (dir.), *Droit administratif*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1969, p. 181, à la page 209 : «En outre, comme la faute disciplinaire réside en principe dans la violation d'une règle d'éthique inspirée par des sentiments d'honneur et de courtoisie, une faute purement technique, erreur, maladresse, négligence, qui peut entraîner une responsabilité civile, ne sera pas considérée comme une faute disciplinaire en l'absence de texte précis.»

à la dignité d'un ordre professionnel, et partant source de responsabilité et sanction disciplinaires.

C'est ce type de réforme révisionniste qui fut concoctée par les auteurs du Projet de loi 140⁴, dont l'article 49 dispose que nul professionnel ne peut poser un acte dérogatoire à la dignité de sa profession⁵. L'article 129 du Projet de loi propose également la modification de la disposition actuelle du *Code des professions* qui détermine la compétence matérielle d'un comité de discipline. L'article 152 C.prof. dispose actuellement qu'un comité de discipline décide privativement à tout tribunal, en première instance, si l'intimé a commis une infraction à la loi ou à la réglementation. Le nouveau texte prévoit qu'en l'absence d'une disposition pertinente applicable au cas particulier visé par la plainte, le comité de discipline décide si l'acte reproché à l'intimé est dérogatoire à la dignité de la profession⁶.

En aval d'un certain contentieux, la réforme proposée concernant la faute disciplinaire soulève la problématique de sa légitimité et de sa légalité. Mieux vaut préliminairement cerner l'état actuel du droit. Ensuite pourrions-nous commenter la proposition du ministre dans sa juste perspective.

Dans l'état actuel du droit, c'est la *plainte* qui détermine la juridiction d'un comité de discipline. En effet, l'article 116 du *Code des professions* dispose que le comité est saisi de toute plainte formulée contre un professionnel pour une infraction à la loi ou à la réglementation. Mise à part la justice d'exception faite aux avocats en raison de la portée du paragraphe a) de l'article 107 de la *Loi sur le Barreau*⁷, une plainte doit comporter un lien de rattachement avec la

⁴ *Loi modifiant le Code des professions et d'autres lois professionnelles*, Projet de loi 140, 2^e session, 34^e législature (Québec).

⁵ Cet amendement a pour effet d'ajouter l'article 59.2 au *Code des professions*, lequel se lirait comme suit : «Nul professionnel ne peut poser un acte dérogatoire à la dignité de sa profession ou exercer une profession, un métier, une industrie, un commerce, une charge ou une fonction qui est incompatible avec la dignité ou l'exercice de sa profession.»

⁶ Le nouvel article 152 C.prof. se lirait comme suit : «Le comité décide privativement à tout tribunal, en première instance, si l'intimé a commis une infraction visée à l'article 116. En l'absence d'une disposition du présent code, de la loi constituant l'ordre dont l'intimé est membre ou du règlement adopté conformément au présent code ou à cette loi et applicable au cas particulier, le comité décide de la même manière : 1. si l'acte reproché à l'intimé est dérogatoire à la dignité de la profession; 2. si la profession, le métier, l'industrie, le commerce, la charge ou la fonction que l'intimé exerce est incompatible avec la dignité ou l'exercice de la profession.» L'article 116 C.prof., auquel il est référé dans le premier alinéa de l'article 152 C.prof., se lirait comme suit dans sa partie pertinente : «Le comité est saisi de toute plainte formulée contre un professionnel pour une infraction aux dispositions du présent code, de la loi constituant l'ordre dont il est membre ou des règlements adoptés conformément au présent code ou à ladite loi.»

⁷ L.R.Q., c. B-1, art. «107. En l'absence d'une disposition de la présente loi ou d'un règlement applicable au cas particulier, le Comité de discipline décide privativement à tout tribunal, en première instance : a) si l'acte reproché est dérogatoire à l'honneur ou à la dignité du Barreau ou à la discipline de ses membres [...]»

disposition législative ou réglementaire source d'infraction. À défaut d'un tel lien, le comité de discipline peut décliner juridiction⁸.

Certes, en général, la faute disciplinaire ne peut comporter une définition aussi précise que la faute pénale, surtout lorsqu'elle repose sur certains manquements déontologiques. Cependant, lorsqu'elle existe, son imprécision de contour ne confère actuellement aucun pouvoir discrétionnaire à l'accusateur lui permettant d'imputer au professionnel un reproche hors le cadre juridictionnel prévu par l'article 116 du *Code des professions*. Dans une affaire *Tribunal-Optométristes-2*⁹, le Tribunal des professions a clairement indiqué qu'un comité de discipline ne jouit d'aucune forme de compétence résiduaire en matière d'infraction. En clair, cela signifie que la plainte doit comporter un lien de rattachement tangible avec une ou plusieurs dispositions de la loi ou réglementation.

Un principe fondamental caractérise à la fois le droit disciplinaire et le droit pénal : le défendeur a le droit de connaître l'infraction précise qu'il lui faut admettre ou réfuter. Par conséquent, si la plainte n'allègue aucune infraction connue en loi, elle ne peut pas même faire l'objet d'un amendement parce que nulle *ab initio*¹⁰. À vrai dire, l'exigence de renseignement adéquat n'est que le corollaire du droit reconnu à l'intimé par l'article 144 du *Code des professions* de préparer et présenter une défense pleine et entière¹¹. C'est pourquoi la culpabilité du professionnel doit être établie en relation avec la faute décrite sommairement dans la plainte et non pas à partir d'une inconduite dérivée ou connexe révélée par la preuve. Cette mesure de justice élémentaire risque particulièrement d'être laissée pour compte lorsque les textes justificatifs d'infraction couvrent un registre étendu d'actes ou d'omissions fautifs¹².

⁸ *Comité-Notaires-9*, [1987] D.D.C.P. 190.

⁹ [1976] D.D.C.P. 425, 428 : «Le Comité de discipline de l'Ordre des optométristes n'est pas habilité à faire observer les règles non écrites de la déontologie de cette profession, ni à décider, en l'absence d'un texte réglementaire, que tel acte en particulier est dérogatoire à l'honneur professionnel. Les règles de déontologie, une fois codifiées, s'apparentent à un droit pénal interne du groupement professionnel. La description des actes dérogatoires à l'honneur professionnel est alors encadrée dans des textes qu'on ne saurait ignorer ni modifier.»

¹⁰ L'arrêt *Scaff c. Comité de discipline de l'Ordre des Optométristes du Québec*, [1985] C.A. 615, 621, comporte l'observation suivante faite par le juge Kaufman de la Cour d'appel du Québec : «To say that the complainant would be entitled to amend, once the proof is complete, in order to be more specific (*i.e.* to have the charges conform to the evidence) would, in the case now before us, violate the *principle-as valid in disciplinary proceedings as in penal or criminal prosecutions-that an accused is entitled to know the precise accusation, even as the case is about to begin.*» (Nos italiennes). Cette proposition fut citée avec approbation dans l'arrêt *Thibault c. Corporation professionnelle des médecins du Québec*, [1992] R.J.Q. 2029, 2032 et 2033.

¹¹ *Tribunal-Opticiens d'ordonnances-1*, [1986] D.D.C.P. 169, 172. Voir également *Comité-psychologues-1*, [1986] D.D.C.P. 299, 301.

¹² Voir sur le sujet *Samson c. Bisson*, [1990] D.D.C.P. 334, 337; *Gagnier c. Infirmières et infirmiers auxiliaires (Corp. professionnelle des)*, [1990] D.D.C.P. 333.

La précision d'une plainte varie selon la nature de l'infraction reprochée et du texte justificatif auquel celle-ci se rattache. Il coule de source que des dispositions réglementaires d'ordre technique se prêtent à une rédaction forcément plus précise que des mesures déontologiques qui font appel à des standards professionnels¹³. L'examen de la jurisprudence disciplinaire relative à la portée du droit de préparer et présenter une défense pleine et entière au regard du contenu de la plainte fait voir en filigrane l'idée obsessionnelle de contamination du droit disciplinaire par le droit pénal. Cette vision dogmatique repose sur un paralogisme.

L'opinion du juge Baudouin de la Cour d'appel du Québec émise dans l'affaire *Béliveau c. Comité de discipline (Barreau du Québec)*¹⁴ constitue le point d'appui d'une mise en garde prophylactique à l'encontre de l'influence maléfique du droit pénal. Le magistrat d'appel rappelait avec emphase qu'une plainte devant un comité de discipline n'est pas une procédure criminelle ou quasi criminelle. À son avis, la faute professionnelle se distinguant de la faute pénale, il n'est donc pas nécessaire que les textes d'infractions disciplinaires soient rédigés avec la même précision formaliste et rigoriste des textes de nature pénale.

Le juge Baudouin a raison d'affirmer que le principe de légalité (primauté du droit) ne peut avoir la même portée en droit pénal et en droit disciplinaire. Cependant, ce principe exige néanmoins qu'un acte prohibé soit énoncé de façon suffisamment précise. Cette précision relative est rendue nécessaire afin que les professionnels aient une conscience claire de leurs devoirs et que les syndicats et comités de discipline aient une vision nette des fautes devant être réprimées¹⁵. La modulation du principe de légalité en droit disciplinaire ne doit pas être confondue avec l'exigence de précision d'une plainte rendue nécessaire pour assurer la préparation et la présentation d'une défense pleine et entière. Bref, il faut distinguer le texte d'incrimination de l'acte d'accusation en droit pénal, auxquels correspondent respectivement en droit disciplinaire le texte justificatif d'infraction et la plainte. Si tant est qu'il y ait rigueur et formalisme en droit pénal, c'est au niveau du texte d'incrimination uniquement. À l'égard de la formule d'inculpation, il y a absence totale de formalisme et les principes appliqués sont très similaires à ceux qui gouvernent la plainte disciplinaire¹⁶.

¹³ *Tribunal-Dentistes-2*, [1990] D.D.C.P. 310, 312.

¹⁴ [1992] R.J.Q. 1822, 1825. Autorisation d'appel à la Cour suprême refusée le 21 janvier 1993. Dans l'arrêt *R. c. Côté*, [1978] 1 R.C.S. 8, 16, la Cour suprême rappelait que le refus d'accueillir une autorisation de pourvoi n'équivaut pas à une confirmation de l'opinion du tribunal d'appel.

¹⁵ Voir sur le sujet Yves OUELLETTE, «L'imprécision des codes de déontologie professionnelle», (1977) 37 *R. du B.* 669, 671; Mario GOULET, *Le droit disciplinaire des corporations professionnelles*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, pp. 36-39.

¹⁶ Dans l'arrêt de principe *R. c. Côté*, précité, note 14, 13, la Cour suprême rappelait la règle d'or : l'accusé doit être raisonnablement informé de l'infraction reprochée afin de jouir d'une défense complète et d'un procès

Contrairement à la croyance largement répandue, la souplesse propre au droit pénal en matière d'inculpation peut utilement féconder le droit disciplinaire plutôt que de le contaminer.

Puisque le Projet de loi 140 propose de rendre applicable à toutes les professions le régime d'exception réservé uniquement aux avocats, il nous semble alors impératif de discuter de la légitimité et de la légalité du paragraphe a) de l'article 107 de la *Loi sur le Barreau*¹⁷. Dans une décision récente, *Greenbaum c. Corporation professionnelle des avocats*¹⁸, le Tribunal des professions affirmait que le législateur a spécifiquement conféré au Comité de discipline du Barreau la discrétion de créer un acte dérogatoire non spécifié par la loi ou la réglementation en vigueur. Ce pouvoir viole-t-il la théorie de l'imprécision?

Puisque nous sommes en droit administratif, il convient de rappeler que les principes de justice fondamentale englobent les règles de justice naturelle¹⁹. Or, les règles de justice naturelle et le concept d'équité procédurale, qui peuvent à l'occasion recouper les principes de justice fondamentale, sont des normes évolutives²⁰. Sans même avoir à se référer à l'épineuse question de l'applicabilité en droit disciplinaire de l'article 7 de la Charte canadienne²¹, il est

équitable. Dans l'arrêt *R. c. Douglas*, [1991] 1 R.C.S. 301, 314, la Cour suprême indiquait qu'un acte d'accusation est adéquat s'il contient des détails suffisants pour renseigner raisonnablement l'inculpé et pour identifier l'affaire mentionnée, de sorte qu'il soit en mesure de bien préparer sa défense. La question de savoir si l'acte d'accusation est suffisant dépend des faits et de la nature de l'accusation.

¹⁷ *Supra*, note 7.

¹⁸ [1993] D.D.C.P.172, 175 : «Concernant ce même article 107, l'appelant prétend qu'il pêche contre les principes de justice fondamentale en ce sens qu'il permet au Comité de créer un acte dérogatoire alors que la loi ne le spécifie pas. C'est justement le législateur qui a donné pareille discrétion au Comité en adoptant l'article 107 dont la validité dans sa formulation actuelle a fait l'objet d'un jugement final la confirmant.» Le Tribunal des professions fait ici référence à l'arrêt *Béliveau c. Comité de discipline (Barreau du Québec)*, précité, note 14. Avec respect, la validité du paragraphe a) de l'article 107 de la *Loi sur le Barreau* précitée, note 7, fut confirmée uniquement par un banc de la Cour d'appel du Québec. Le fait que la Cour suprême ait refusé l'autorisation de pourvoi ne signifie aucunement que la plus haute Cour du pays soit d'accord avec l'analyse du jugement d'appel. *Supra*, note 14.

¹⁹ *Pearlman c. Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869, 883.

²⁰ *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, 743; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, 682.

²¹ Dans l'arrêt *Béliveau c. Comité de discipline du Barreau*, précité, note 14, 1826, le juge Baudouin note que la question de l'applicabilité de l'article 7 de la Charte canadienne ne paraît pas encore avoir été définitivement tranchée. Cependant, exprimant une vue personnelle, il ajouta que l'exercice d'une profession est une activité économique d'où découlent des droits économiques ou droits dits de «propriété» qui ne sont pas protégés par l'article 7. Au soutien de cette affirmation, le juge Baudouin cite l'autorité de l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Procureur général du Québec*, [1989] 1 R.C.S. 927. S'il est acquis que la Charte canadienne ne protège pas les droits économiques, cela ne signifie pas qu'un droit comportant un élément économique ne puisse être constitutionnellement protégé : *Procureur général du Canada c. Alex Couture Inc.*, [1991] R.J.Q. 2534 (C.A.). De surcroît, l'article 2 de la *Loi sur le Barreau* dispose que l'avocat exerce une fonction publique auprès du

logique de conclure que la théorie de l'imprécision fait partie intégrante des règles de justice naturelle et/ou du concept d'équité procédurale²². D'ailleurs, la théorie de l'imprécision repose sur la primauté du droit²³. Les tribunaux doivent interpréter et développer ces préceptes juridiques de common law de façon compatible avec les valeurs enchâssées dans les Chartes²⁴.

Il est acquis que la théorie de l'imprécision s'applique en droit disciplinaire. Or, cette théorie vise à faire en sorte que toutes les dispositions soient libellées en termes qui permettent un véritable débat judiciaire, peu importe leur forme²⁵. Elle repose sur la primauté du droit, en particulier sur les principes suivants : la nécessité que les citoyens soient raisonnablement prévenus *des conséquences* de leur conduite de façon à ce qu'ils puissent, le cas échéant, faire valoir une défense pleine et entière, et la nécessité de limiter le pouvoir discrétionnaire en matière d'application de la loi²⁶.

Au point de vue du fond, l'avertissement raisonnable réside dans la conscience subjective de l'illégalité d'une conduite, fondée sur les valeurs qui forment le substrat du texte d'incrimination et sur le rôle que joue ce texte dans la vie de la société²⁷. Certaines dispositions législatives ne font que délimiter une sphère de risque. Cependant, la certitude peut découler de l'actualisation de la loi²⁸ par l'autorité compétente, et des lignes de démarcation issues du débat

tribunal et collabore à l'administration de la justice. Par conséquent, assimiler la pratique du droit à un concept exclusivement économique équivaut à ravalier l'exercice de la profession au plus bas niveau de commercialité et de négoce. Or, l'article 3.08.03 du *Code de déontologie des avocats* (R.R.Q., 1981, c. B-1, r. 1) prohibe toutes les méthodes et attitudes susceptibles de donner à sa profession un caractère de lucre et de commercialité. Surtout, l'adéquation entre la profession d'avocat et un droit purement économique autorise la même conclusion quant à la profession de juge, d'où le caractère incongru et insoutenable de la proposition.

22 Dans une importante décision de principe rendue récemment en matière de divulgation de preuve, *Laliberté c. Delorme*, n° 500-07-000015-937, 8 mars 1994, jj. Biron, Quesnel et Lafontaine, le Tribunal des professions a reconnu l'obligation du plaignant de procéder, en temps utile, à la divulgation de la preuve. Cette obligation prend appui sur le droit de l'intimé à une défense pleine et entière, concept qui est lui-même fondé sur l'équité procédurale.

23 *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 626.

24 *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, 184; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, 675; *Thibault c. Corporation professionnelle des médecins du Québec*, précité, note 10, 2038.

25 Dans l'arrêt *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, 729, la Cour suprême rappela à la majorité que la théorie de l'imprécision s'applique à tous les types de textes législatifs : « Si la théorie de l'imprécision vise à faire en sorte que toutes les dispositions soient libellées en termes qui permettent un véritable débat judiciaire, alors toutes les dispositions sont régies par cette théorie, *peu importe leur forme.* » (L'italique est notre responsabilité).

26 *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, note 23, 633-636.

27 *Id.*, 634.

28 Ce peut être notamment le cas par la réglementation.

judiciaire²⁹. L'actualisation de la loi qui gouverne la discipline des avocats passe inéluctablement par l'adoption d'un code de déontologie. En effet, la Cour suprême du Canada rappelait à la majorité, dans l'arrêt *Succession MacDonald c. Martin*³⁰, que les codes de déontologie des divers barreaux du pays constituent un important énoncé de principes à l'égard des devoirs professionnels des avocats. Ces règles sont censées représenter le point de vue des *membres* sur les normes qui doivent régir la profession.

Simple outil analytique, le concept de portée excessive est, en l'espèce, utile pour évaluer la portée du paragraphe a) de l'article 107 de la *Loi sur le Barreau*³¹ au regard notamment des objectifs du législateur en matière de faute, des principes de justice fondamentale, des règles de justice naturelle et/ou du concept d'équité procédurale et de proportionnalité de la sanction³².

Chaque corporation professionnelle a pour principale fonction d'assurer la protection du public. À cette fin, chacune doit notamment contrôler l'exercice de la profession par ses membres³³. Pour ce faire, deux voies d'action sont prévues : l'inspection professionnelle et l'action disciplinaire. Dans la perspective de l'action disciplinaire, l'un des objets de la législation étant d'assurer la protection du public, le sous-paragraphe a) du paragraphe 3 de l'article 15 de la *Loi sur le Barreau* dispose que l'autorité compétente³⁴ doit adopter un code de déontologie afin³⁵ d'assurer le maintien de l'honneur et de la dignité du Barreau et de la discipline de ses membres.

La raison d'être du *Code de déontologie des avocats*³⁶ étant d'assurer le maintien de l'honneur et de la dignité du Barreau et de la discipline de ses membres, la protection du public s'en trouve ainsi garantie. Par conséquent, un avocat peut porter atteinte à *l'objet de la loi* en commettant une infraction déontologique, auquel cas il commet forcément un acte dérogatoire. Cependant, ce n'est pas l'acte dérogatoire qui génère l'infraction, mais bien l'inverse. Cette proposition prend appui sur quelques dispositions pertinentes de la *Loi sur le Barreau* : attributif de compétence, le paragraphe 2 de l'article 91 de la *Loi sur le Barreau* dispose que le Comité de discipline et le Tribunal des professions

²⁹ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, note 23, 638.

³⁰ [1990] 3 R.C.S. 1235, 1244.

³¹ *Supra*, note 7. S'agit-il véritablement d'un texte d'incrimination ou plutôt d'un mécanisme d'interprétation?

³² *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, note 23, 632.

³³ C. prof., art. 23.

³⁴ En l'occurrence, le Conseil général.

³⁵ Le texte de loi dit « à cette fin ».

³⁶ Précité, note 21.

connaissent des plaintes pour infraction à la loi ou aux règlements du Barreau; précédé de la rubrique *Décisions*, le paragraphe a) de l'article 107 de la *Loi sur le Barreau*³⁷ précise qu'en l'absence d'une disposition de la présente loi ou d'un règlement applicable au cas particulier, le Comité de discipline *décide* privativement à tout tribunal si l'acte reproché est dérogatoire à l'honneur ou à la dignité du Barreau ou à la discipline de ses membres; le paragraphe a) de l'article 129 de la *Loi sur le Barreau* reconnaît expressément à l'avocat le droit d'accomplir tout acte non expressément interdit par la loi et les règlements du Barreau.

Puisque le paragraphe a) de l'article 107 de la *Loi sur le Barreau*³⁸ ne concerne que la *décision* éventuelle du Comité de discipline relativement à une plainte alléguant une infraction à la loi ou aux règlements du Barreau, force est de conclure que cette disposition ne peut être créatrice d'infraction. C'est plutôt un mécanisme d'interprétation de la plainte propre au droit disciplinaire. Inspirée par une approche contextuelle, l'interprétation qui précède est conforme à la doctrine québécoise sur le sujet. Réfutant la thèse de la faute indéfinie en droit disciplinaire, le professeur Ouellette³⁹ retient la théorie de la précision relative pour qualifier la faute disciplinaire. À son avis, il importe que les codes de déontologie permettent aux professionnels d'avoir une conscience claire de leurs devoirs et aux syndicats de même qu'aux comités de discipline d'avoir une vision nette des fautes devant être réprimées. Pour ces motifs, le professeur Ouellette souligne la nécessité d'avoir un certain classement des fautes disciplinaires afin d'assurer la sécurité des relations juridiques et, surtout, diminuer la part d'arbitraire dans l'appréciation des faits punissables⁴⁰.

Rappelons-nous qu'avant l'adoption du *Code des professions*, les organismes disciplinaires jouissaient d'une discrétion illimitée quant à la définition de la faute déontologique⁴¹. Avec la réforme du *Code des professions*, le législateur a décidé de restreindre le pouvoir discrétionnaire des comités de discipline. En vertu de l'article 116 C.prof.⁴², il doit y avoir infraction à la loi ou à la réglementation pour qu'un comité de discipline puisse se saisir d'une plainte. Bref, la faute disciplinaire n'existe pas sans texte justificatif. Cela dit, rien n'empêche que les textes justificatifs puissent être rédigés en termes généraux,

³⁷ *Supra*, note 7.

³⁸ *Id.*

³⁹ Y. OUELLETTE, *loc. cit.*, note 15, 671.

⁴⁰ *Id.* L'auteur justifie comme suit l'exigence de précision relative en droit disciplinaire : « Il y a lieu de croire en effet que pour être compréhensible, facile d'application et contribuer efficacement à la protection du public, un code de déontologie professionnelle devrait être assez précis pour servir de règles de conduite aux professionnels, de guide aux autorités disciplinaires et de garantie pour les citoyens. »

⁴¹ Louis BORGAT, « La faute disciplinaire sous le Code des professions », (1978) 38 *R. du B.* 3, 5.

⁴² L'équivalence dans la *Loi sur le Barreau* se retrouve au paragraphe 2 de l'article 91.

couvrant ainsi des inconduites non expressément définies et prohibées. L'auteur Mario Goulet⁴³ souligne l'application relative du principe de légalité, au sens pénal du terme. Toutefois, il qualifie d'intégrale, au sens administratif du terme, l'application dudit principe en ce sens qu'il vise à circonscrire la discrétion d'organismes décisionnels et éliminer l'arbitraire.

Certes, l'expertise des membres du Comité de discipline des avocats leur permet d'exécuter leur mandat. Cependant, bien que l'interprétation et l'application des règles et standards déontologiques soient leur responsabilité, l'élaboration et l'adoption de ces normes restent l'apanage exclusif de l'autorité compétente, en l'occurrence le Conseil général du Barreau⁴⁴.

À la lumière des observations qui précèdent, il convient de commenter brièvement l'arrêt *Béliveau c. Comité de discipline (Barreau du Québec)* rendu par la Cour d'appel du Québec⁴⁵. Bien que les trois juges qui composaient le banc⁴⁶ aient choisi de rédiger des opinions séparées, tous s'accordent à dire que le paragraphe a) de l'article 107 de la *Loi sur le Barreau* ne viole pas la théorie de l'imprécision. Pour ce faire, ils assimilent sa portée à celle de l'article 1053 C.c.B.C. Cette adéquation de la faute disciplinaire avec la faute civile porte à faux⁴⁷. Comme le souligne à bon droit l'auteur Mario Goulet⁴⁸, l'argument n'est aucunement péremptoire. En effet, l'article 1053 C.c.B.C. est une disposition applicable aux litiges de nature civile, alors que le paragraphe a) de l'article 107

⁴³ M. GOULET, *op. cit.*, note 15, p. 41.

⁴⁴ Afin d'assurer que l'énoncé des règles déontologiques soit véritablement le reflet de la volonté de la profession qui se régit elle-même (*Succession MacDonald c. Martin*, précité, note 30, 1244), le législateur a assujéti l'adoption et la modification du code de déontologie à l'obligation (par le secrétaire du Barreau) de communiquer à tous les membres de la profession un projet de règlement, au moins trente jours avant son adoption. De plus, la réglementation adoptée doit recevoir l'approbation du gouvernement, qui se réserve le privilège d'approuver le règlement avec ou sans modification. Telle est la conséquence de l'article 16 de la *Loi sur le Barreau* qui renvoie aux prescriptions de l'article 95 C.prof. Dans l'arrêt *Pearlman c. Manitoba Law Society*, précité, note 19, 890, la Cour suprême a reconnu que « nul n'est mieux qualifié pour déterminer ce qui constitue une faute professionnelle qu'un groupe d'avocats praticiens qui sont eux-mêmes assujettis aux règles établies par leur corps administratif » (Nos italiques).

⁴⁵ Précité, note 14.

⁴⁶ Pour le juge Baudouin, « la norme de conduite fixée par ce texte est intelligible, comme l'est, pour prendre un autre exemple, le texte général de l'article 1053 C.c. pour le commun des mortels » (*Id.*, 1826). Quant au juge Beaugard, à l'avis duquel se range le juge Brossard, « s'il faut interpréter l'article 7 [Charte canadienne] comme garantissant des droits substantifs, les dispositions législatives qui autorisent le syndic du Barreau à porter une plainte contre un avocat devant le Comité de discipline du Barreau au motif que cet avocat aurait eu une conduite différente de l'avocat "bon père de famille" ne violent pas plus l'article 7 que ne le fait l'article 1053 C.c., qui donne le droit à un justiciable de rechercher la condamnation d'un autre justiciable dont la conduite ne fut pas celle d'un "bon père de famille". » (*Id.*, 1828).

⁴⁷ Incidemment, l'assimilation de la faute disciplinaire à la faute civile marque la disconvenance du raisonnement prônant l'autonomie du droit disciplinaire, notamment à l'égard du droit pénal.

⁴⁸ M. GOULET, *op. cit.*, note 15, p. 44.

de la *Loi sur le Barreau* attribue un pouvoir de nature corrective à un organisme décentralisé de l'État. À son avis, dans la mesure où un principe de justice fondamentale impose l'existence de normes suffisantes pour écarter l'arbitraire, le paragraphe a) de l'article 107 de la *Loi sur le Barreau* enfreindrait la théorie de l'imprécision⁴⁹.

Quant au reste, le jugement de la plus haute Cour du Québec repose sur une base juridique fragile. Le juge Baudouin s'étonne en premier lieu que seul le Barreau, parmi l'ensemble des professions, se trouve régi par une telle mesure d'exception. Invoquant ensuite une lapalissade, c'est-à-dire que le droit disciplinaire est *sui generis*, le magistrat d'appel conclut que l'article 107 de la *Loi sur le Barreau* est bel et bien constitutif d'une infraction disciplinaire, qui est de poser un acte contraire à l'honneur et à la dignité de la profession. Le pivot de son argumentation repose sur l'exigence d'une nécessaire souplesse dans l'appréciation par le Comité de discipline de la conduite des membres du Barreau. Selon lui, cette souplesse est d'ailleurs indispensable à un contrôle efficace d'une profession qui fait de tous ses membres des auxiliaires de la justice⁵⁰. Avec respect, la même remarque vaut pour toutes les professions. D'ailleurs, le motif mis de l'avant par le juge Baudouin au soutien de sa thèse contredit la raison d'être d'un régime d'exception pour les avocats. En effet, il se fait fort de rappeler que les règles de déontologie, et donc les textes indiquant les conduites violant l'éthique, n'ont pas besoin d'énumérer de façon restrictive toutes et chacune des fautes disciplinaires potentielles. La véridicité de cette proposition nous semble concerner toutes les professions. Comment donc pourrait-elle justifier un régime d'exception pour les seuls avocats?

Il revient au professeur Ouellette d'avoir mis en relief, sans l'avoir spécifiquement voulu, l'incongruité du raisonnement alambiqué formulé par le juge Baudouin. Dans la préface de l'ouvrage de Mario Goulet portant sur la faute disciplinaire⁵¹, il rappelle que le *Code des professions* a mis fin au régime de la liberté de qualification de la faute disciplinaire. Sauf le cas du «régime anachronique» de l'article 107 de la *Loi sur le Barreau*, précise-t-il, il n'y a pas de faute disciplinaire sans texte. Et le professeur Ouellette d'ajouter que, malgré le caractère inévitablement général des codes de déontologie professionnelle, la légalisation de la faute disciplinaire constituait un progrès considérable, à l'avantage aussi bien des consommateurs de services professionnels que des fournisseurs de services, de la primauté du droit et de la sécurité juridique.

⁴⁹ *Id.*, p. 45.

⁵⁰ *Béliveau c. Comité de discipline (Barreau du Québec)*, précité, note 14, 1825. L'argument élitiste d'une justice disciplinaire d'exception fondée sur le statut d'auxiliaire de justice mérite d'être récusé. Toutes les professions requièrent de leurs membres les plus hauts standards d'éthique, lesquels se manifestent différemment selon la profession concernée.

⁵¹ M. GOULET, *op. cit.*, note 15, p. 15.

L'observation suivante faite par le juge Beauregard mérite d'être relevée. À son avis, bien que le libellé du paragraphe a) de l'article 107 de la *Loi sur le Barreau* laisse à désirer, il faut néanmoins comprendre que le législateur a voulu qu'un avocat puisse faire l'objet d'une plainte pour un acte non déjà sanctionné par la loi ou la réglementation, si tant est que cet acte soit dérogoratoire à l'honneur ou à la dignité du Barreau⁵². Cette conclusion fait fi de la portée du paragraphe a) de l'article 129 de la *Loi sur le Barreau* qui reconnaît expressément à l'avocat le droit d'accomplir tout acte non expressément interdit par la loi et les règlements du Barreau. D'ailleurs, dans une affaire de *Belgo-Fisher(Canada) Inc. c. Lindsay*⁵³, le juge Beauregard a souscrit à l'opinion du juge Nichols, lequel rappelait la distinction entre un avocat en exercice et un avocat dans l'exercice de ses fonctions. Et celui-ci d'ajouter que la *Loi sur le Barreau* ne défend pas à un avocat en exercice d'accomplir des actes qui n'entrent pas dans la catégorie de ceux qui sont du ressort exclusif de l'avocat. Ce que la loi interdit c'est d'accomplir un acte expressément interdit par la loi ou les règlements du Barreau.

ANACHRONISME DE LA REFORME

Est-il besoin de le rappeler, le Projet de loi 140 propose d'annihiler tout le progrès réalisé par l'adoption de *Code des professions*, à l'occasion duquel on est passé de l'ère passéiste — dite de la qualification discrétionnaire de la faute disciplinaire — à l'époque moderne — dite de la légalisation de la faute disciplinaire. Pour ce faire, le ministre responsable suggère de ravalier la norme équilibrée et proportionnelle du *Code des professions* au régime anachronique et arbitraire réservé à la seule Corporation des avocats.

Guidé par une vision corporatiste, le Barreau du Québec a cautionné cette démarche. Son Comité sur la réforme du processus disciplinaire⁵⁴ n'a fait aucune remarque sur la proposition de réforme de la faute disciplinaire dans son mémoire de décembre 1993 portant sur le Projet de loi 140. On comprend ce silence approuvateur en parcourant le mémoire du même Comité portant cette fois sur l'avant-projet de loi. Dans ses commentaires à propos de l'article 107 de la *Loi sur le Barreau*, le Comité se référait aux propos du juge Baudouin dans

⁵² *Béliveau c. Comité de discipline (Barreau du Québec)*, précité, note 14, 1827.

⁵³ [1988] R.J.Q. 1223, 1228. Le juge Nichols a rédigé le jugement de la Cour d'appel.

⁵⁴ Le mémoire du Comité portant sur le Projet de loi 140 fut signé par M^e Jocelyne Olivier, M^e Ghalal Doss, M^e Sylvain Généreux, M^e Pierre-Gabriel Guimont, M^e Pierre Bernard et M^e Christian Gauvin. Tous sont d'éminents juristes et possèdent une solide expertise en droit disciplinaire. Cela dit, on peut toutefois déplorer que quatre des six membres du Comité soient clairement identifiés au point de vue du syndic. Cette orientation dans la composition du groupe de consultation porte ombrage à son objectivité.

l'arrêt *Béliveau c. Comité de discipline (Barreau du Québec)*⁵⁵ auxquels nous avons fait écho précédemment. Les signataires du rapport firent le commentaire suivant : «Ce passage démontre sans équivoque la nécessité de maintenir cet article dans la *Loi sur le Barreau* ou, mieux encore, *l'utilité de l'inclure dans le Code des professions à l'avantage de toutes les corporations.*»⁵⁶ Le moins qu'on puisse dire c'est que le Barreau du Québec a trouvé une oreille attentive chez le ministre. La question de savoir si cette modification touchant un précepte fondamental du droit disciplinaire serait à l'avantage de tous les professionnels — par opposition aux syndicats — reste à voir! Ceux qui soutiennent cette étrange proposition ont le fardeau de la preuve.

Dans l'immédiat, souhaitons que le ministre et ses juristes enrichissent leur réflexion ailleurs que dans le plaidoyer pro-domo des syndicats et de leurs sympathisants. Creuset fédérateur, l'intérêt collectif de la communauté professionnelle et du public commande une vision transcendant l'appétence de longue date démontrée par les syndicats pour la répression de la faute disciplinaire. À cet égard, les développements récents du droit prétoire en matière de justice naturelle et d'équité procédurale sont de bien meilleurs guides. Si, par malheur, la réforme proposée devait se cristalliser dans un texte législatif, il y a fort à parier que d'opiniâtres contestations judiciaires encombreront le rôle des tribunaux.

Cela dit, le texte de loi réformé est-il conforme à la théorie de l'imprécision? Rien n'est moins sûr. Dans l'arrêt *Windish-Laroche c. Biror*⁵⁷, la Cour supérieure a rejeté l'idée qu'un standard médical⁵⁸ vérifiable dans des études scientifiques soit imprécis au point de laisser large place à l'arbitraire. Selon le juge Piché, il est possible pour un médecin de savoir si les actes ou traitements qu'il donne vont à l'encontre de la science médicale actuelle. Bien que large dans sa finalité, ce texte justificatif d'infraction se trouve balisé par un standard accessible au professionnel raisonnablement informé. Il en va bien autrement lorsqu'un comité de discipline décide, *ex post facto*, si l'acte reproché à l'intimé est dérogatoire à la dignité de la profession. Dans certains cas, le professionnel sait d'office qu'une inconduite quelconque est dérogatoire (ex.: l'agression sexuelle). Cependant, dans un très large éventail d'actes ou d'omissions non expressément visés par la loi ou la réglementation, il est impossible pour le professionnel raisonnablement informé de savoir à l'avance que sa conduite sera, après le fait, jugée

55 Précité, note 14.

56 Le passage en italique est notre responsabilité.

57 [1992] R.J.Q. 1343, 1355. Au moment d'écrire ces lignes, un appel est toujours pendante devant la Cour d'appel du Québec.

58 L'article 2.03.17 du *Code de déontologie des médecins* (R.R.Q., 1981, c. M-9, r. 4), dispose que «le médecin doit s'abstenir de faire des omissions, des manœuvres ou des actes intempestifs ou contraires aux données de la science médicale actuelle».

dérogatoire par les membres d'un comité de discipline. L'exigence d'avertissement raisonnable fait ici défaut.

C'est alors qu'entre en jeu la notion de portée excessive d'une loi, laquelle, avons-nous dit précédemment, est un outil analytique de la théorie de l'imprécision. Dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*⁵⁹, le juge Lamer rappelait qu'une loi trop large n'est pas forcément dépourvue de clarté ou de précision. Une loi de portée excessive fait entrer dans son champ d'application des activités qui ne relèvent pas de la sphère de contrôle permise par l'État et, dans les faits, porte atteinte à des activités protégées par la loi et la Constitution. En clair, cela signifie que la modification législative proposée s'avère de portée excessive dans la mesure où elle sanctionne toute une gamme d'activités qui n'ont pas été expressément, ou par implication nécessaire, prohibées par la loi ou la réglementation gouvernant une profession. La limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi fait ici défaut.

Observons au passage que la Cour d'appel du Québec ne s'est pas prononcée sur cet argument dans l'affaire *Béliveau*⁶⁰. Le débat, à cet égard, reste entier. Mieux vaudrait préférentiellement l'éviter pour ne point décrédibiliser l'institution disciplinaire.

⁵⁹ [1990] 1 R.C.S. 1123, 1154.

⁶⁰ *Béliveau c. Comité de discipline (Barreau du Québec)*, précité, note 14.

Après vingt ans d'existence, modifications bien timides au Code des professions

Guy MARCOTTE*

I. LA PARTICIPATION DU PUBLIC AUX BUREAUX DES ORDRES PROFESSIONNELS.....	152
A. En vertu du Code actuel	152
B. En vertu du Projet de loi	153
II. L'INSPECTION PROFESSIONNELLE	154
A. En vertu du Code actuel	154
B. En vertu du Projet de loi	155
III. LA DISCIPLINE.....	155
A. En vertu du Code actuel	155
B. En vertu du Projet de loi	156
1. Avis par le syndic au dénonciateur.....	156
2. Les experts du syndic.....	157
3. Le comité de révision	157
4. Le plaignant choisi par le comité de révision	158
5. Le pouvoir de conciliation du syndic	158
6. Le danger pour le professionnel d'accepter la conciliation.....	160
7. La portée de la radiation provisoire	161
8. La publication de la radiation provisoire.....	162

* Admis au Barreau du Québec en 1961, l'auteur exerce depuis trente ans dans le domaine du droit administratif, notamment celui afférent aux ordres professionnels; de plus, il a présidé et préside encore de nombreux comités de discipline d'ordres professionnels. Il exerce sa profession au sein de l'étude Guy & Gilbert. Enfin l'auteur tient à remercier son associé, M^e Pierre Gariépy, pour son excellente collaboration.

9. L'exemption des frais pour le plaignant privé	162
10. Le délai à l'intérieur duquel le comité de discipline doit rendre sa décision	163
11. Le cas des infractions criminelles.....	164
12. Les condamnations consécutives au lieu de concurrentes	166
13. L'appel des décisions non disciplinaires	166
14. La formule anglaise	171
IV. LA JUDICIARISATION DU SYSTEME DEONTOLOGIQUE.....	173
A. En vertu du Code actuel	173
1. Les décisions disciplinaires	173
2. L'insuffisance de l'amendement de 1988.....	174
3. L'intervention de la Cour supérieure et du Tribunal des professions	175
4. Le rôle du public.....	176
B. En vertu du Projet de loi	176
1. Le rôle du secrétaire du comité de discipline auprès du public.....	176
2. La transparence des comités de discipline.....	177
3. Problèmes non réglés	178
V. LES MODIFICATIONS LEGISLATIVES S'HARMONISENT-ELLES AVEC LES DEVELOPPEMENTS FUTURS DE NOTRE SOCIETE?.....	179
A. Le foisonnement des ordres professionnels	179
B. Le regroupement des ordres professionnels.....	181
C. Les nouveaux domaines professionnels.....	182
D. Le besoin d'une restructuration simplifiée et non fragmentée.....	182
E. Certaines anomalies à l'égard de professions à titre réservé.....	184
F. Le Projet de loi	184
G. L'avenir	184

En 1973, suite à l'adoption du *Code des professions*¹ et la modification de plusieurs lois professionnelles, un vent de réforme souffla sur le monde professionnel au Québec.

Il en résultat un Code précis, innovateur et bien structuré, ainsi que des lois et règlements professionnels épurés et uniformisés consacrant la transparence voulue par le législateur; seule la *Loi sur le Barreau*² faisait exception.

Parmi les principales innovations, rappelons :

- la définition de la fonction première de toute corporation professionnelle : la protection du public;
- la participation de membres du public aux décisions du Bureau d'un ordre professionnel;
- l'institution pour chaque corporation d'un comité d'inspection professionnelle avec mission de surveiller l'exercice de la profession par ses membres;
- la mise en place d'une procédure précise en matière disciplinaire et l'octroi de la présidence des comités de discipline à un avocat;
- la création de l'Office des professions ayant comme principale fonction de veiller à ce que chaque corporation assure la protection du public;
- la création d'un conseil interprofessionnel regroupant les représentants des diverses corporations;
- la création, au sein de chaque ordre professionnel dont les membres sont appelés à détenir des sommes d'argent ou autres valeurs pour le compte de leurs clients, d'un fonds d'indemnisation servant à rembourser les sommes d'argent employées par un professionnel à d'autres fins que celles pour lesquelles elles lui avaient été confiées.

La révision de la réglementation des ordres professionnels dura plusieurs années. Elle fut laborieuse et dans bien des cas appela la confrontation. N'eût été la fermeté du président, M^e René Dussault, maintenant juge à la Cour d'appel, et de l'excellente équipe de juristes qui le secondait, la réforme proposée aurait pu échouer.

¹ L.R.Q., c. C-26, [ci-après cité : «Code»].

² *Loi sur le Barreau*, L.R.Q., c. B-1.

Après vingt ans, cette réforme du régime professionnel a-t-elle donné les résultats escomptés?

Pour répondre à cette question, nous considérerons trois aspects de cette réforme, soit la participation de représentants du public aux bureaux des ordres, l'inspection professionnelle et la discipline. Par la suite, nous traiterons de la judiciarisation du système déontologique et de l'harmonisation des modifications législatives avec les développements futurs de notre société.

Il sera ainsi question des modifications au *Code des professions* que proposait le Projet de loi 140 présenté en 1993 intitulé *Loi modifiant le Code des professions et d'autres lois professionnelles*³. Rappelons que ce Projet de loi, qui devait être adopté en décembre 1993, est mort au feuillet de l'Assemblée nationale. Compte tenu de la nomination d'un nouveau ministre responsable de l'application des lois professionnelles et de l'imminence des prochaines élections provinciales, il m'apparaît peu probable que ce Projet de loi soit adopté cette année, si jamais il l'est un jour. Pourtant, certaines mesures demandent à être prises rapidement; aussi, des modifications au Code, afin de lui donner un nouveau dynamisme, sont à mon avis souhaitables. Il y a donc lieu de s'intéresser au présent Projet de loi afin d'en tirer quelques leçons.

I. LA PARTICIPATION DU PUBLIC AUX BUREAUX DES ORDRES PROFESSIONNELS

A. En vertu du Code actuel

Par la nomination de représentants du public au Bureau des ordres professionnels, le législateur croyait, en 1973, apporter la solution à l'objectif premier de cette réforme : la protection de l'intérêt public et la surveillance par des étrangers des activités de ces ordres. Malheureusement, la pauvreté de certaines nominations, l'isolement des membres du public au sein du Bureau et leur difficulté à s'exprimer devant la science que tentaient de démontrer les membres de la profession, reléguèrent bien souvent les représentants du public à souscrire simplement à l'avis de la majorité. Ces représentants, à quelques rares exceptions, n'ont pas toujours joué le rôle indépendant qu'ils auraient dû jouer. Certes, ils apportèrent une perspective différente aux discussions des administrateurs. Malheureusement, leur rôle n'est pas précisé par l'article 78 du Code qui consacre le principe selon lequel leur présence ne leur confère aucun rôle particulier. Ils exercent les mêmes fonctions et sont soumis aux mêmes obligations que les administrateurs membres de l'ordre professionnel. Il n'en

³ Projet de loi 140 (adoption de principe en décembre 1993), 2^e session, 34^e législature (Québec), [ci-après cité : «Projet de loi»].

demeure pas moins que tous les administrateurs doivent administrer en fonction de l'intérêt du public.

B. En vertu du Projet de loi

Le Projet de loi ne définit pas plus le rôle particulier que ces représentants du public devraient jouer au sein des Bureaux des ordres professionnels. Ces administrateurs nommés ne devraient-ils pas rendre compte annuellement à l'Office des professions? Ne devraient-ils pas jouer un rôle plus important, notamment dans la préparation des budgets? Que peut faire un représentant du public qui constate qu'on emploie des sommes d'argent importantes à des fins non reliées à l'objectif de la protection du public au détriment d'objectifs qui, eux, sont en relation directe avec cette protection du public, par exemple, la déontologie, la formation permanente professionnelle, l'inspection professionnelle, etc? Il semble que ce représentant ne puisse rien faire. Pourtant, cela permettrait à l'Office de s'acquitter du nouveau pouvoir que lui conférerait le Projet de loi aux articles 14 et 14.5.

14. L'Office, après avoir obtenu l'autorisation du ministre ou à la demande de ce dernier, peut enquêter sur tout ordre qui présente une situation financière déficitaire ou dont les revenus sont insuffisants pour remplir ses devoirs ainsi que sur tout ordre qui ne remplit pas les devoirs qui lui sont imposés par le présent code ou, le cas échéant, la loi le constituant en ordre professionnel.

L'Office doit, dans chaque cas, préciser les motifs pour lesquels l'enquête est effectuée.

L'Office peut désigner une personne pour effectuer l'enquête en son nom.

14.5 Le gouvernement peut placer sous l'administration d'une ou de plusieurs personnes qu'il désigne tout ordre qui présente une situation financière déficitaire ou dont les revenus sont insuffisants pour remplir ses devoirs ou tout ordre qui ne remplit pas les devoirs qui lui sont imposés par le présent code ou, le cas échéant, la loi le constituant en ordre professionnel et fixer les conditions et les modalités d'une telle mise sous administration.

Mais comment l'Office pourra-t-il exercer un droit de regard sur le budget des ordres professionnels? Certes il est facile pour un ordre professionnel de remplir officiellement les obligations prévues au Code en créant les structures qu'il impose; cependant, le niveau des activités de ces structures, tel que le comité de discipline ou le syndic, est en fonction des sommes qui leur sont octroyées par le Bureau dans le budget annuel.

J'ai toujours été étonné que certains ordres professionnels emploient un pourcentage important des cotisations à la publicité corporative. Certains d'entre eux ont des postes prévus aux budgets qui sont plus importants pour cette publicité que pour l'inspection professionnelle, par exemple.

L'on peut conclure que la participation du public aux Bureaux des ordres, malgré l'apport d'une perspective différente, n'a pas joué tout le rôle que le législateur croyait qu'il jouerait. D'autre part, le Projet de loi n'apporte rien de nouveau à ce chapitre.

II. L'INSPECTION PROFESSIONNELLE

A. En vertu du Code actuel

En 1973, l'anxiété gagna le monde professionnel lorsqu'il constata que l'inspection professionnelle était chose faite. À titre de professionnels, devons-nous reprendre les examens d'admission aux ordres professionnels à périodes fixes? Il ne s'agissait pourtant là que d'un élément essentiel au maintien de la qualité de l'acte professionnel et par le fait même à la protection du public. C'était avant tout un moyen préventif ayant pour objet d'éviter que les professionnels en retard sur l'évolution de leur science puissent commettre des erreurs quelquefois irréparables. Les ordres professionnels ont appliqué à bon escient les nouveaux dispositifs du Code en assurant les professionnels qu'il s'agissait avant tout de leur venir en aide dans la recherche de la qualité du service dispensé.

Après vingt ans, peut-on affirmer que l'inspection a joué un rôle efficace dans tous les ordres professionnels?

Les ordres professionnels ont majoritairement eu quelques difficultés à orienter les travaux de leurs comités d'inspection professionnelle et à les rendre efficaces. Il fallait, d'une part, mettre en place cette nouvelle structure et, d'autre part, une volonté ferme de la part des administrateurs de faire cette inspection de façon efficace et utile. De plus, pour satisfaire pleinement aux exigences de la loi, il fallait adopter des budgets à la mesure de la tâche à accomplir.

Non pas que l'on ait fait défaut de constituer des comités d'inspection professionnelle ou négligé de nommer des enquêteurs, mais comme je l'ai déjà mentionné, le niveau d'activités et l'efficacité de ces comités d'inspection professionnelle dépendent en grande partie des budgets alloués. L'inspection professionnelle apparaît bien souvent comme le parent pauvre de la refonte de 1973 et, pourtant, combien est-elle essentielle à la prévention et au maintien de la qualité de l'acte professionnel!

Il faut tout de même admettre que l'inspection professionnelle était une innovation remarquable qui a fait, au cours des dernières années, un bon travail dans bien des cas, mais je suis d'avis qu'il reste beaucoup d'amélioration à y apporter.

B. En vertu du Projet de loi

Les modifications apportées par le Projet de loi au fonctionnement des comités d'inspection professionnelle sont de peu d'importance; toutefois, soulignons un amendement à l'article 112 du Code qui obligerait le comité d'inspection professionnelle à informer le syndic lorsqu'il a des motifs raisonnables de croire qu'un professionnel a commis une infraction déontologique. Il n'y a plus d'ambiguïté au sujet de l'information que le comité d'inspection professionnelle peut donner au syndic.

Par ailleurs, les dispositions législatives proposées contiennent tout ce qu'il faut pour rendre ces comités d'inspection professionnelle efficaces, mais la volonté des administrateurs des ordres professionnels de pousser plus loin leurs activités demeurera une énigme.

III. LA DISCIPLINE

A. En vertu du Code actuel

Avant 1973 régnait, au niveau disciplinaire, la pagaille dans bien des corporations professionnelles. Certaines corporations fonctionnaient relativement bien, d'autres pas du tout. La réforme a mis de l'ordre dans le domaine de la discipline, tout d'abord en imposant aux corporations professionnelles d'avoir :

- un syndic;
- un secrétaire du comité de discipline;
- un comité de discipline permanent;
- une procédure stricte mais simple de rédaction et de dépôt de plaintes;
- un choix de sanctions précises et l'appel devant trois juges de la Cour du Québec.

Le système disciplinaire mis en place en 1973 était très bien structuré et a donné, dans l'ensemble, d'excellents résultats. Pour s'en convaincre, il suffit de regarder le nombre et la qualité des décisions rendues dans le domaine de la discipline, rapportées dans les recueils *Décisions disciplinaires concernant les*

corporations professionnelles (D.D.C.P). Pour ceux qui vérifieront les décisions disciplinaires, ils noteront que les comités de discipline sont beaucoup plus sévères que le Tribunal des professions qui diminue bien souvent les sanctions imposées par les comités de discipline. N'est-il pas faux alors de prétendre que les pairs qui jugent leur collègue font du magouillage?

B. En vertu du Projet de loi

Selon l'article 118.1 que viendrait ajouter le Projet de loi, les présidents de comités de discipline ainsi que leurs suppléants ne peuvent plus agir pour une partie dans le domaine disciplinaire. Il s'agit là d'une restriction nécessaire en vue d'une justice qui ne laisse planer aucun soupçon quant à son indépendance.

Les modifications apportées au rôle du secrétaire du comité de discipline facilitent, pour le public, l'accès au processus disciplinaire : publicité du rôle, possibilité de vérifier le dossier et d'obtenir copie des documents produits. Ceci est une innovation qui tardait. Il n'y a aucune raison pour qu'un professionnel traduit devant un comité de discipline soit traité différemment que s'il comparait devant une cour de juridiction civile ou pénale.

1. Avis par le syndic au dénonciateur

Maintenant, à l'égard du syndic, le Projet de loi ajouterait la disposition suivante :

123.1 *Si le syndic ou le syndic adjoint n'a pas terminé son enquête dans les 90 jours de la réception de la demande de la tenue de l'enquête, il doit, à l'expiration de ce délai et, par la suite, à tous les mois, en informer par écrit la personne qui a demandé la tenue de l'enquête et lui faire rapport sur le progrès de cette enquête.*

Cette disposition est fort intéressante et pourrait améliorer l'efficacité du système disciplinaire; toutefois, permettre au syndic de reporter sa décision s'il informe à tous les mois le plaignant pourrait avoir comme effet de prolonger de mois en mois le dénouement de l'enquête disciplinaire.

De plus, cette procédure est très lourde notamment pour les syndics qui peuvent recevoir plusieurs centaines de plaintes par année. Je suis d'avis que le premier délai de trois mois est irréaliste et par expérience, un délai de six mois paraît plus conforme à la réalité. Cette disposition aurait pu être plus musclée et obliger le syndic à rendre compte à l'Office et au plaignant après six mois des motifs de son retard. Mais ici encore, l'efficacité recherchée sera sans doute compromise par la possibilité pour le syndic, de mois en mois, de retarder sa prise de décision à l'égard d'un dossier disciplinaire.

2. Les experts du syndic

Le troisième paragraphe de l'article 121 proposé par le Projet de loi est surprenant :

121. [...]

Le syndic peut, avec l'autorisation du Bureau, s'adjoindre tout expert.

Le syndic devrait avoir le pouvoir de retenir un expert pour faire enquête dans ses dossiers sans obtenir l'autorisation du Bureau. Exiger l'autorisation du Bureau aura pour effet de retarder encore tout le processus disciplinaire et de l'alourdir considérablement et inutilement. Cette disposition me paraît inutile et sera cause de délais. D'ailleurs cette autorisation est une simple procédure, une formalité inutile; comment le Bureau pourra-t-il ne pas donner cette autorisation à son syndic? Lui refuser cette autorisation serait presque le désavouer. Faute de recevoir l'appui technique, le syndic alors n'aurait qu'à fermer son dossier. Je vous avoue ne pas comprendre la portée de cette modification.

3. Le comité de révision

Le Projet de loi innove en prévoyant la constitution de comités de révision. L'article 123.3 propose en effet :

123.3 *Un comité de révision est constitué au sein de chacun des ordres.*

Ce comité a pour fonction de donner à toute personne qui le lui demande et qui avait demandé au syndic la tenue d'une enquête un avis relativement à la décision du syndic ou d'un syndic adjoint de ne pas porter une plainte.

Il est composé d'au plus cinq personnes nommées par le Bureau de l'ordre, dont au moins deux sont choisies parmi les administrateurs nommés par l'Office en vertu de l'article 78. Le comité siège au nombre de trois personnes dont au moins une fait partie de celles choisies parmi les administrateurs nommés.

Encore une fois, on imagine difficilement comment le membre du public qui siègera sur ce comité pourra satisfaire le lourd fardeau de la protection du public. Comment, par exemple, pourra-t-il donner son avis sur un manquement déontologique relevant de l'exercice d'une profession technique? À mon sens, la présence de ce membre du public dans ce comité est inutile; tout ce que ce membre pourrait faire, c'est de témoigner pour dire que le processus a été suivi. D'autre part, les membres de ce comité, choisis par le Bureau, ne devraient pas non plus en faire partie de façon à maintenir une indépendance complète entre les membres du Bureau et le syndic, et à éviter que ces membres ne s'immiscent dans les décisions du syndic.

Si l'on veut que ce comité de révision soit efficace, il lui faut l'indépendance nécessaire pour exercer ses fonctions et le mettre à l'abri des pressions qui pourraient le faire dévier du but proposé par le législateur.

4. Le plaignant choisi par le comité de révision

L'un des pouvoirs conférés par le Projet de loi à ce comité de révision semble quelque peu surprenant; en effet, le paragraphe 4 de l'article 123.5 proposé par le Projet de loi prévoit :

123.5 *Le comité de révision peut dans son avis :*

[...]

4° conclure qu'il y a lieu de porter plainte devant le comité de discipline et suggérer le nom d'une personne qui peut porter plainte.

«[S]uggérer le nom d'une personne qui peut porter plainte» : que fera alors cette personne à qui on demande de porter plainte et quels pouvoirs aura cette personne? Devra-t-elle procéder à une nouvelle enquête? Reconstituer le dossier? S'adjoindre des experts? Cette disposition devrait être beaucoup plus précise. Ce comité de révision devrait pouvoir recommander au Bureau de nommer un syndic *ad hoc* à l'égard de la plainte qui doit être logée et ordonner que le dossier du syndic lui soit immédiatement transmis. Ce syndic *ad hoc* aurait alors tous les pouvoirs d'enquête du syndic et pourrait, notamment, parfaire l'enquête, pouvoirs que n'aurait pas la personne désignée par le comité selon le Projet de loi.

D'autre part, qu'advierait-il alors si le syndic *ad hoc* n'est pas satisfait du dossier constitué et ne croit pas qu'une plainte devrait être portée? On peut comprendre, s'il porte la plainte lui-même sans enthousiasme, l'effet que cela pourrait avoir. En fin de compte, l'un des membres du comité de révision ne devrait-il pas être celui qui porte plainte avec tous les pouvoirs d'un syndic et qui amène le dossier devant le comité de discipline? Le comité assumerait donc sa pleine responsabilité.

5. Le pouvoir de conciliation du syndic

Une modification proposée par le Projet de loi étonne vu qu'elle introduirait en droit disciplinaire, le vil marchandage, la compromission, et l'invitation à loger des plaintes dans un but de lucre ou de tirer un avantage pécuniaire d'un professionnel. Il s'agit de l'article 123.6 conférant au syndic un pouvoir de conciliation :

123.6 *Sous réserve du troisième alinéa, lorsque le syndic estime que les faits allégués au soutien de la demande de la tenue de l'enquête*

peuvent faire l'objet d'un règlement et que la personne qui l'a demandée et le professionnel y consentent, il prend les moyens raisonnables, compte tenu de toutes les circonstances, pour tenter de concilier les parties.

Le syndic peut proposer la conciliation à la personne qui a demandé la tenue de l'enquête et au professionnel en tout temps avant le dépôt d'une plainte au comité de discipline.

Le syndic ne peut proposer la conciliation lorsque les faits allégués au soutien de la demande de la tenue de l'enquête :

- 1° sont de nature telle que leur continuation ou leur répétition par le professionnel risquerait de compromettre gravement la protection du public;*
- 2° révèlent que le professionnel aurait posé un acte dérogatoire visé à l'article 59.1.*

Jusqu'ici, le syndic, dans certains cas n'impliquant pas de faute déontologique mais plutôt une erreur technique ou une faute minime, plus civile que déontologique, usant de son jugement, proposait notamment le remboursement du coût des services rendus ou encore, réprimandait le professionnel. Cela était pratique courante chez les syndicats et fait à bon droit.

Mais en vertu des dispositions de cet article proposé, le syndic peut aller beaucoup plus loin et la question se pose : est-ce qu'un syndic peut concilier la déontologie? Surtout si l'on considère les exceptions qui sont mentionnées aux sous-paragraphes 1 et 2 :

Le syndic ne peut proposer la conciliation lorsque les faits allégués au soutien de la demande de la tenue de l'enquête :

- 1° sont de nature telle que leur continuation ou leur répétition par le professionnel risque de compromettre gravement la protection du public;*
- 2° révèlent que le professionnel aurait posé un acte dérogatoire visé à l'article 59.1.*

Le sous-paragraphe 1 emploie le même texte que celui employé par le législateur concernant les radiations provisoires prévues à l'article 130 du *Code des professions* :

130. *La plainte peut requérir la radiation provisoire immédiate de l'intimé lorsque les faits qui lui sont reprochés sont de nature telle que leur continuation ou leur répétition risquerait de compromettre gravement la protection du public. (Nous soulignons)*

L'on connaît les difficultés pour les syndicats d'obtenir des radiations provisoires. Il ne faut pas simplement compromettre la protection du public mais la compromettre gravement. Ce fardeau de preuve est très, très lourd.

Le sous-paragraphe 2, lui, réfère à l'article 59.1 du Code qui fait d'avoir des relations sexuelles avec les clients, un acte dérogatoire :

59.1 *Constitue un acte dérogatoire le fait pour un professionnel, pendant la durée de la relation professionnelle qui s'établit avec la personne à laquelle il fournit des services, d'abuser de cette relation pour avoir avec elle des relations sexuelles, de poser des gestes abusifs à caractère sexuel, de tenir des propos abusifs à caractère sexuel.*

C'est donc dire que dans tout autre domaine que ceux que je viens de mentionner, le syndic a carte blanche; il a le pouvoir de concilier les parties. Mais comment concilier la faute disciplinaire?

6. Le danger pour le professionnel d'accepter la conciliation

Qu'en est-il maintenant si le professionnel accepte la conciliation? Sûrement que pour éviter les risques d'une condamnation disciplinaire, d'une sentence disciplinaire ainsi que de la publicité engendrée par l'audition de la plainte disciplinaire et la décision elle-même, le professionnel sera tenté d'offrir au membre du public une somme supérieure aux dommages réels et la personne lésée, sans aucun doute, sera, elle aussi, tentée de prendre avantage de cette épée de Damoclès planant au-dessus du professionnel pour soutirer des sommes supérieures aux dommages réellement subis. Et alors, si le professionnel n'a pas le consentement du fonds d'assurance de son ordre professionnel, il ne pourra pas, selon l'article 2504 du *Code civil du Québec*, tout simplement produire auprès du fonds d'assurance copie de la transaction pour réclamer le montant qu'il a versé : il devra prouver le montant réel des dommages qu'il a causés et n'aura droit qu'à ce seul montant, rien de plus. Il fera les frais des montants supérieurs qu'il a versés dans la crainte de l'opprobre disciplinaire ou qu'il a versés suite à son évaluation erronée des dommages réels. Or, c'est une lourde responsabilité pour le professionnel d'évaluer hors d'un procès le montant exact des dommages.

Il aurait été préférable de laisser les syndicats agir à ce sujet comme ils l'ont toujours fait avec un certain bon sens sans leur donner un pouvoir spécifique et très étendu de conciliation. Si l'on commence à négocier l'éthique, où cela va-t-il s'arrêter?

Enfin, un autre aspect important à l'égard de cette conciliation c'est l'iniquité qui en résulterait. Pour une même faute disciplinaire un professionnel sera traduit devant le comité de discipline en raison du fait que le dénonciateur refuse tout règlement ou exige des sommes exagérées, alors qu'un autre évitera une plainte

disciplinaire en raison du fait que son dénonciateur était plus conciliant. Le processus disciplinaire ne serait alors qu'à la remorque de l'argent ou de la fantaisie du dénonciateur en cause. Ceci engendrerait injustice et iniquité.

De plus, c'est introduire dans le droit disciplinaire une notion de droit civil qui ne sied pas à la finalité du droit disciplinaire.

La portée de cette disposition est non seulement trop étendue mais dangereuse et devrait être retranchée. Mieux vaut alors s'abstenir de réglementer en cette matière autrement, c'est la fin de la discipline.

7. La portée de la radiation provisoire

Par ailleurs, le Projet de loi proposerait des amendements substantiels à l'article 133 qui se lirait alors comme suit :

133. *L'ordonnance de radiation provisoire devient exécutoire dès qu'elle est signifiée à l'intimé par le secrétaire du comité de discipline conformément au Code de procédure civile. Toutefois, lorsque l'ordonnance est rendue en présence d'une partie, elle est réputée être ainsi signifiée à cette partie, dès le moment où elle est ainsi rendue; le secrétaire indique dans le procès-verbal si les parties sont présentes lorsque le comité rend l'ordonnance.*

L'ordonnance de radiation provisoire demeure en vigueur jusqu'à la signification de la décision du comité rejetant la plainte ou imposant la sanction, selon le cas, à moins que le comité n'en décide autrement. Toutefois, si le comité impose une sanction visée aux paragraphes b ou c du premier alinéa de l'article 156, l'ordonnance de radiation provisoire demeure en vigueur jusqu'à ce que la décision imposant l'une de ces sanctions soit exécutoire conformément à l'article 158 ou, si un appel de la décision accueillant la plainte ou imposant l'une de ces sanctions est logé, jusqu'à ce que la décision finale du Tribunal des professions soit exécutoire conformément au troisième alinéa de l'article 177, à moins que le tribunal n'en décide autrement.

Le comité de discipline doit, lors de la décision imposant une radiation provisoire, décider si le secrétaire fait publier ou non, dans un journal circulant dans le lieu où le professionnel a son domicile professionnel, un avis de cette décision. Si le comité ordonne la publication d'un tel avis, il doit, de plus, décider du paiement des frais de sa publication, soit par le professionnel, soit par l'ordre, ou ordonner que les frais soient partagés entre eux.

Cet avis doit comprendre le nom de l'intimé, le lieu de son domicile professionnel, le nom de l'ordre dont il est membre, sa spécialité le cas

échéant, la date et la nature des faits qui lui sont reprochés ainsi que la date et un sommaire de la décision.

Une décision du comité de discipline ordonnant à l'intimé ou à l'ordre, ou à l'un et l'autre le paiement des frais visés au cinquième alinéa peut, à défaut de paiement volontaire, être homologuée par la Cour du Québec et cette décision devient exécutoire comme un jugement de cette cour.

Les nouvelles dispositions de cet article 133 préciseraient avec justesse la portée de la radiation provisoire, c'est-à-dire le fait qu'elle demeure en vigueur jusqu'à ce que la décision finale intervienne. C'est là une mesure importante pour la protection du public car bien souvent la radiation provisoire tombait évidemment au moment du prononcé par le comité de discipline de la radiation permanente. Alors, sans les modifications prévues au Projet de loi et à moins que l'exécution provisoire n'ait été ordonnée, en l'absence d'appel, le professionnel concerné reprend son droit d'exercice pendant les trente jours du délai d'appel; et si le professionnel loge un appel, il continue alors d'exercer sa profession jusqu'à la décision finale du Tribunal des professions.

Si les faits mis en preuve sont d'une importance telle que la protection du public en est gravement compromise, il convient que cette radiation provisoire demeure en vigueur jusqu'à ce que le processus disciplinaire termine son cycle.

8. La publication de la radiation provisoire

Le troisième alinéa de l'article 133 proposé paraît bien inutile et ne semble pas rencontrer les visées du législateur concernant la protection du public. Pourquoi, dès qu'il y a radiation provisoire, cette décision ne serait-elle pas immédiatement publiée dans les journaux, tout comme une radiation définitive? Encore ici ce vieux relent de secret. D'ailleurs, le fardeau que doit rencontrer le syndic pour obtenir une radiation provisoire est beaucoup plus lourd que pour une radiation définitive. Il importe que le public en soit informé vu que le professionnel concerné n'a plus le droit d'exercer; pourquoi a-t-on laissé au comité de discipline le soin de décider s'il y a publication ou non de la radiation provisoire? Qu'arrive-t-il de la décision du comité de discipline d'ordonner ou non la publication? Elle pourrait faire l'objet d'un appel et alors, ceci aurait pour effet de retarder inutilement tout le processus disciplinaire. Cette disposition prêterait flanc à des contestations inutiles qui engendreraient des délais supplémentaires.

9. L'exemption des frais pour le plaignant privé

Le Projet de loi modifierait l'article 151 du Code, en lui ajoutant trois paragraphes. Voici un extrait de ce nouvel article 151 :

151. *Le comité peut condamner le plaignant ou l'intimé aux déboursés ou les condamner à se les partager dans la proportion qu'il doit indiquer.*

Toutefois, lorsque le plaignant est une personne qui a porté plainte en vertu du deuxième alinéa de l'article 128, le comité ne peut le condamner aux déboursés que si l'intimé a été acquitté sur chacun des chefs contenus dans la plainte et que la plainte était manifestement mal fondée.

[...]

Le deuxième alinéa de cet article exempterait un membre du public qui a porté plainte, de la condamnation aux déboursés sauf lorsque la plainte est manifestement mal fondée. Vu que c'est normalement le syndic qui porte plainte et que le membre du public ne le fait généralement que lorsque le syndic est convaincu qu'il n'y a pas matière à plainte, cette nouvelle disposition ne serait-elle pas une invitation faite aux membres du public à s'essayer, à porter plainte à tort et à travers? De plus, n'y a-t-il pas un manque d'équité ici entre les deux justiciables concernés, le professionnel et le plaignant, où ce dernier ne risque rien, sauf évidemment si la plainte est frivole? N'oublions pas que le professionnel doit faire face à un lourd fardeau financier pour assumer sa défense.

10. Le délai à l'intérieur duquel le comité de discipline doit rendre sa décision

Le Projet de loi propose de fixer un délai au comité de discipline pour rendre sa décision; il propose un nouvel article 154.1 :

154.1 *Le comité de discipline rend sa décision dans les 90 jours de la prise en délibéré.*

Qu'arrive-t-il si le comité de discipline ne rend pas sa décision dans ce délai de 90 jours? Fort probablement, rien. Car sans aucun doute, ce délai sera interprété comme celui de 30 jours imposé au comité de discipline pour rendre sa décision sur la sanction, soit 30 jours à compter de la décision sur la culpabilité. Ce dernier délai étant considéré comme indicatif et non cause de perte de juridiction, le premier délai, soit celui de 90 jours, suivra donc le même sort. Donc, on doit conclure à l'inutilité de la disposition proposée.

Il importe donc que cet article soit d'une portée beaucoup plus précise et ne laisse aucune échappatoire. On a vu des décisions disciplinaires rendues deux ans après la date de l'audition; il n'est pas rare que des décisions disciplinaires soient rendues de neuf mois à un an après l'audition, ce qui est un délai inexcusable. Toujours dans cette même optique de protection du public, il apparaît inconcevable qu'un comité, qui, après avoir procédé à l'audition d'une plainte, puisse laisser s'écouler un an avant de rendre sa décision, surtout lorsque cette décision radie, par exemple, le professionnel pour quatre à six mois

ou recommande qu'un stage de perfectionnement soit suivi; dans ce dernier cas, on aura laissé à ce professionnel l'occasion d'exercer sa profession pendant une période fort longue sans qu'il n'ait eu l'avantage de ce stage. C'est pour cette raison soit, protéger le plus adéquatement possible le public, que cet article devrait être reformulé dans le sens suivant : «Le comité de discipline rend sa décision dans les 90 jours de la prise en délibéré sous peine de perdre sa juridiction». L'odieuse de cette perte de juridiction incitera alors les comités de discipline à faire montre de plus de célérité et de diligence.

11. Le cas des infractions criminelles

Le Projet de loi apporte une modification importante au Code en abrogeant son article 155 ayant trait à la plainte disciplinaire automatique en cas de condamnation au criminel, dans le cas d'acte criminel pouvant faire l'objet d'une poursuite par voie de mise en accusation seulement :

155. Le syndic ou le syndic adjoint d'une corporation saisit le comité de discipline, par voie de plainte, de toute décision définitive d'un tribunal canadien déclarant un professionnel coupable d'un acte criminel qui peut faire l'objet d'une poursuite par voie de mise en accusation seulement.

Le comité est tenu d'accepter la copie dûment certifiée de la décision judiciaire comme preuve de culpabilité et peut prononcer l'une ou plusieurs des sanctions prévues à l'article 156.

Le présent article s'applique aussi à toute décision d'un tribunal étranger déclarant un professionnel coupable d'un acte qui, s'il avait été commis au Canada, aurait pu faire l'objet d'une poursuite par voie de mise en accusation seulement.

Le Projet de loi remplacerait cette disposition par les paragraphes 1° et 2° d'un nouvel article 55.1, dont le texte suit :

55.1 *Le Bureau peut, après avoir donné au professionnel l'occasion de faire valoir ses représentations écrites, le radier du tableau ou limiter ou suspendre son droit d'exercer des activités professionnelles, lorsque ce professionnel :*

1° a fait l'objet d'une décision définitive d'un tribunal canadien le déclarant coupable d'une infraction criminelle qui, de l'avis motivé du Bureau, a un lien avec l'exercice de la profession, sauf s'il a obtenu le pardon;

2° a fait l'objet d'une décision définitive d'un tribunal étranger le déclarant coupable d'une infraction qui, si elle avait été commise au Canada, aurait pu faire l'objet d'une poursuite criminelle et qui,

de l'avis motivé du Bureau, a un lien avec l'exercice de la profession, sauf s'il a obtenu le pardon;

[...]

Une première remarque s'impose. Il semble que le forum le plus approprié pour décider de la radiation, de la suspension ou de la limitation d'exercice demeure le comité de discipline, non le Bureau. Par son expérience, ses précédents en matière de sentence, sa façon d'agir à titre d'instance quasi judiciaire, le comité de discipline est l'instance appropriée. Au contraire, le Bureau, avec le nombre de ses membres et son expérience limitée en la matière, ne convient absolument pas à cette tâche. D'autant plus que le rédacteur de cet article proposé est pleinement conscient des limites inhérentes du Bureau à cet égard vu qu'il limite le professionnel qui veut sauvegarder son droit de pratique qu'à des représentations écrites et non orales!

De plus, limiter ce professionnel à des représentations écrites ne l'empêcherait-il pas d'avoir une audition au sens de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁴? Et s'il y a appel au Tribunal des professions, il y a appel sur quelle sorte de dossier?

En deuxième lieu, il apparaît dangereux de limiter dans tous les cas l'infraction criminelle en cause à celle ayant un lien avec l'exercice de la profession. Si cette disposition est interprétée littéralement et non libéralement, elle excluerait, à mon avis, la fraude commise personnellement en dehors de l'exercice de la profession, disons, par un avocat, un notaire ou un comptable agréé. Or, ces professionnels doivent conserver la confiance des membres du public qui peuvent, à l'occasion, leur confier leurs deniers. Ne devrait-on pas, pour des professionnels destinés à détenir des argents pour leurs clients, c'est-à-dire dont les ordres ont établi un fonds d'indemnisation selon l'article 89 du Code, ajouter que les actes criminels qui, n'ayant aucun lien avec l'exercice de la profession, comme la fraude, le vol, la défalcation, voire la falsification de documents dans le cas d'avocats, de notaires et de comptables, sont exclus?

Il devrait en être de même dans le cas d'une profession dont les membres, qui exercent auprès de jeunes patients, commettent des actes criminels de nature sexuelle auprès de mineurs et n'ayant aucun lien avec l'exercice de leur profession?

Par ailleurs, il faut souligner dans ce même article 55.1, le paragraphe 4° :

4° a fait l'objet d'une décision disciplinaire définitive rendue au Québec par le comité de discipline d'un ordre et lui imposant la révocation d'un permis;

⁴ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 23.

Cette dernière disposition, qui viserait les personnes membres de deux ou plusieurs ordres professionnels, serait plus sévère que la première vu qu'elle permettrait, par exemple, au Barreau de radier son membre en raison du fait que celui-ci a été radié par l'Ordre des dentistes pour incompétence. Cette mesure m'apparaît beaucoup trop draconienne.

12. Les condamnations consécutives au lieu de concurrentes

Le Projet de loi apporterait de plus des modifications à l'égard du prononcé des sentences. En effet, les modifications qu'il apporterait à l'article 156 du Code sont très intéressantes et donnent beaucoup plus de souplesse au comité de discipline, notamment la possibilité de rendre des sanctions consécutives.

En effet, dans les plaintes comprenant plusieurs chefs, il était fort difficile pour les comités de déterminer avec justesse la sanction à imposer car bien souvent, le nombre d'offenses ajoutait un élément additionnel dont il était difficile de tenir compte au moyen de simples condamnations concurrentes.

13. L'appel des décisions non disciplinaires

Il convient de faire état de la nouvelle Section VIII du Code, intitulée : «Appel de certaines décisions autres que disciplinaires», proposée par le Projet de loi.

L'article 182.1 de cette nouvelle section énonce :

182.1 *La présente section s'applique à l'appel au Tribunal des professions des décisions suivantes :*

- 1. une décision du Bureau prise en vertu de l'article 51, du deuxième alinéa de l'article 52 ou de l'article 55.1 du présent code;*
- 2. une décision du Comité administratif rendue en vertu de l'article 48 de la Loi du Barreau (L.R.Q., chapitre B-1) ou visée au paragraphe 5 de l'article 70 de cette loi;*
- 3. une décision du Bureau visée au troisième alinéa de l'article 20 de la Loi médicale (L.R.Q., chapitre M-9).*

Le premier alinéa de l'article 163 ainsi que les articles 165, 168, 169, 170, 171, 173, 174, 176 et le troisième alinéa de l'article 177.1, s'appliquent à l'appel d'une décision visée par le premier alinéa.

Toute requête préliminaire ou incidente à l'audition de l'appel est entendue par le président du tribunal ou le juge que désigne le président. Le juge qui entend la requête peut la déférer à trois juges, sauf s'il s'agit d'une requête visée au deuxième alinéa de l'article 171 ou faite en application du troisième alinéa de l'article 182.5.

Le terme «tribunal», dans l'article 169, le septième alinéa de l'article 182.2 et l'article 182.3, désigne un juge siégeant seul ou trois juges, si le juge siégeant seul leur a déféré la requête en application du troisième alinéa.

Le terme «tribunal», dans le troisième alinéa de l'article 165, les articles 168, 173, 174 et 176, le troisième alinéa de l'article 177.1, le premier alinéa de l'article 182.5 et l'article 182.8, inclut un juge siégeant seul en application du troisième alinéa.

Il s'agit des appels des décisions du Bureau d'un ordre professionnel, prises en vertu des articles suivants du *Code des professions* et portant notamment sur les matières suivantes :

51. radiation, suspension ou limitation du droit d'exercice en raison d'une décision disciplinaire d'un autre ordre professionnel, d'une décision d'un tribunal étranger en matière criminelle, etc.;

52. demande de reprise du plein droit d'exercice d'un professionnel radié, suspendu ou dont le droit d'exercice a été limité;

55.1 radiation, suspension ou limitation du droit d'exercice en raison d'une décision d'un tribunal canadien ou étranger le trouvant coupable d'une infraction criminelle ayant un lien avec l'exercice de la profession, d'une décision disciplinaire rendue hors Québec de la nature d'une radiation, etc.

Il s'agit aussi des appels logés devant le comité administratif du Bureau ou au Tribunal des professions, selon le cas, des décisions de comités du Bureau au Québec en vertu de l'article 48 de la *Loi sur le Barreau*⁵ et des décisions du Bureau de l'Ordre des médecins du Québec en vertu du troisième alinéa de l'article 20 de la *Loi médicale*⁶ portant sur la suspension d'une inscription au registre, à son annulation ou au refus de son renouvellement à l'égard de personnes autres que des médecins désirant exercer l'acupuncture.

Nos commentaires porteront sur les premiers appels seulement, soit ceux portant sur les décisions prises en vertu du *Code des professions*.

Il est facile de comprendre que le législateur désire traiter les décisions du Bureau de la même façon que celles rendues par le comité de discipline et de conférer à leur égard un droit d'appel. Toutefois, au point de vue pratique, cela va nécessiter pour le Bureau, qui dans bien des cas est composé de plus de 24 personnes, d'agir non plus «*fairly*» mais d'agir «*judicially*».

⁵ *Loi sur le Barreau*, précitée, note 2.

⁶ *Loi médicale*, L.R.Q., c. M-9.

Cette distinction peut paraître théorique mais elle est, au contraire, éminemment pratique. En effet, le professionnel qui peut se voir privé de ses droits se fera sûrement accompagner d'un avocat, présentera des témoins et exigera une audition respectant ses droits fondamentaux. Qui alors, devant le Bureau, représentera, si l'on veut, l'intérêt public?

Rappelons que c'est le Bureau de l'ordre professionnel qui, en vertu des dispositions de l'article 48 du *Code des professions*, ordonne l'examen médical d'un professionnel. C'est que le Bureau a donc, à ce moment, des raisons de croire à l'incapacité du professionnel d'exercer sa profession.

Cette décision du Bureau suit donc le consensus des trois médecins impliqués, le tout tel que prévu à l'article 49 du *Code des professions*. Comme le Bureau est la partie, si l'on veut, poursuivante, et que c'est lui qui décidera également d'imposer la radiation ou non selon l'article 51 du *Code des professions*, on doit constater nécessairement une certaine anomalie.

En effet, le processus contradictoire propre à une instance quasi judiciaire semble être complètement absent pour cette décision du Bureau qui, administrative qu'elle était, deviendrait avec le Projet de loi, quasi judiciaire. Il me semble qu'il y a, ici, un accroc à la logique de notre système judiciaire. Comment le Bureau pourra-t-il, s'il a des raisons de croire qu'une personne présente un état physique ou psychique incompatible avec l'exercice de la profession, mettre en branle tout le processus de l'examen médical, et décider en dernier ressort de ne pas affecter le droit de pratique du professionnel? Comment alors procéder devant un organisme administratif, tel que le Bureau, doté de pouvoirs quasi judiciaires et siégeant au nombre de 24 personnes? Il s'agit là presque d'un tribunal international, voire de l'Aréopage! Comment alors se déroulera l'appel? Et si le professionnel intimé portait la décision du Bureau en appel, le Bureau, qui agit comme nous l'avons dit comme un organisme quasi judiciaire, devra-t-il alors, lui-même, défendre sa décision devant le tribunal d'appel? Soulignons qu'il est de jurisprudence constante qu'un organisme qui rend sa décision, sauf sur une question de compétence, ne doit pas défendre le bien-fondé de sa décision en appel.

Dans le même ordre d'idées, on conçoit mal le procureur de l'ordre professionnel, qui aura sûrement à assister le Bureau pour le conseiller dans sa façon d'agir au point de vue procédural et possiblement à rédiger la décision que le Bureau entend rendre, se présenter à son tour pour argumenter sur le bien-fondé de la décision rendue par le Bureau. Il semble que le législateur crée ainsi une situation qui permettra aux plaideurs de s'amuser longtemps. On peut déjà voir poindre les procédures à l'égard de ces décisions, tant en appel qu'en évocation et même devant la Cour d'appel, ainsi que toutes les objections possibles, toutes les requêtes en exception qui seront à leur tour susceptibles d'appel; un processus de cette nature ne peut qu'engendrer toutes sortes de

délais alors même qu'il s'agit là d'une question urgente à régler : il en va dans bien des cas de la protection du public.

Il existe un moyen beaucoup plus efficace de régler ce problème. La solution est de confier au forum le plus apte à régler cette question des professionnels dont l'état physique ou psychique est incompatible avec l'exercice de la profession, ce forum étant le comité de discipline.

Dans bien des cas soumis aux comités de discipline et notamment dans les cas de dépendance à la drogue ou d'alcoolisme, le comité de discipline est confronté avec une situation pour le moins complexe. Que fait-il lorsqu'une personne dépendante des boissons alcooliques, stupéfiants, hallucinogènes, narcotiques ou anesthésiques ou de toutes autres substances pouvant produire l'ivresse, l'affaiblissement ou la perturbation des facultés, exerce sa profession sous de telles influences? Le Tribunal des professions a avisé sans équivoque dans la cause de *Litalien*⁷ que le comité de discipline n'avait pas à s'immiscer dans les questions d'ordre psychique mais qu'il n'avait qu'à sanctionner. Voici comment il s'exprime à la page 13 des motifs de sa décision :

Le devoir du Comité est de sanctionner les infractions auxquelles l'appelante a plaidé coupable en utilisant pour déterminer cette sanction les critères établis par la jurisprudence.

Et il ajoute, à la page 14 :

Le Comité connaît la limite de ses pouvoirs en ce qui concerne le stage et/ou le perfectionnement; il sait également que c'est le Bureau qui a la responsabilité de surveiller l'état psychique d'un professionnel qui le rendrait inapte à exercer sa profession.

Avec respect et égard, je crois que le Tribunal des professions dans sa conception «pénalisante» du droit disciplinaire, a perdu de vue au cours des dernières années ce que doit être en fait le droit disciplinaire; à cet effet, et je retiens ce que disait M^e Mario Goulet :

La sanction disciplinaire est une mesure individuelle, prise en vue d'assurer que la conduite du professionnel soit conforme aux normes de la profession, et qui atteint généralement ce dernier dans ses avantages de carrière.

Survenant suite à la perpétration d'un comportement fautif, elle vise à réorienter ce comportement en conformité avec les standards propres à une pratique professionnelle donnée. Elle est correctrice par nature, bien qu'y corresponde des modalités d'application assez rigides comme en

⁷ *Litalien c. Infirmières et infirmiers (Corp. professionnelle des)*, [1993] D.D.C.P. 229.

droit pénal. Si la sanction disciplinaire, à l'instar de la sanction pénale, comporte un effet coercitif, elle ne vise cependant pas à punir.⁸

Et d'ajouter l'auteur :

Par contre, la sanction disciplinaire est plutôt corrective. Elle cherche à maintenir des standards professionnels. Le but du contrôle disciplinaire n'est pas la punition mais bien la protection du public.⁹

Or, comment réorienter le professionnel fautif vers une pratique répondant aux exigences de la protection du public?

Comment le comité de discipline dans sa mission première de protection du public peut-il, dans de pareilles circonstances, décider?

Il doit sanctionner comme le lui a indiqué le Tribunal des professions, mais s'il radie la personne pour six mois, un an ou deux ans, qu'arrivera-t-il à la personne sujette à ces abus de substances pouvant produire l'ivresse, l'affaiblissement ou la perturbation des facultés, sa sentence étant purgée? Le comité peut-il compter qu'elle sera réhabilitée? Le passé de l'individu nous permet d'en douter dans certains cas.

Bien sûr, nous ne pouvons pas être à 100 % sûrs qu'après avoir décidé, l'individu rentrera dans le droit chemin mais il faut au moins utiliser un certain discernement si l'on veut répondre aux exigences de la protection du public. Autrement, tout le système n'est qu'un miroir aux alouettes. Certes, le comité de discipline peut faire des recommandations au Bureau de voir à faire examiner médicalement le professionnel intimé qui est devant lui. Par expérience, un Bureau est peu enclin à accepter les recommandations du comité de discipline sur ce point; il n'agit en fait, suivant les dispositions de l'actuel article 48, que s'il lui est démontré, *prima facie*, que l'intimé est dans un état physique ou psychique tel qu'il doit demeurer en institution.

Tout ce qu'il reste donc au comité de discipline, c'est de sévir en espérant que durant sa radiation, l'intimé retombera sur ses pieds, ce qui n'est pas toujours le cas. Des personnes sont revenues à deux ou trois reprises devant un comité de discipline pour le même problème : exercice de la profession sous l'influence de drogues ou de boissons alcooliques.

Toute cette question de recommandation, de décision du Bureau sur des questions d'ordre médical ou de stage de perfectionnement, permet de conclure

⁸ Mario GOULET, *Le droit disciplinaire des corporations professionnelles : les fautes et leur sanction*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1992, pp. 105 et 106.

⁹ *Id.*, p. 106.

que le Bureau n'est pas le forum pour rendre des décisions de cette nature. Il s'agit d'un organe purement administratif, organisé comme tel dans sa procédure. Les bureaux des ordres professionnels siègent à tous les deux ou trois mois; s'ils se voient contraints de rendre des décisions quasi judiciaires, ceci compliquera énormément l'administration de leurs affaires courantes. De plus, l'on peut voir l'énormité du système et les coûts exorbitants qui en découleraient. Le procureur du professionnel intimé, comme nous l'avons déjà dit, désirera interroger et contre-interroger les médecins, présenter ses propres témoins et plaider. Les auditions pourraient alors durer quelques jours. Ceci n'a aucun sens pratique et est inadmissible au point de vue juridique et économique.

14. La formule anglaise

Une formule serait facile à adopter, soit celle retenue en Angleterre dans le *Medical Act 1983*, chapitre 54, à l'article 36 (3) :

36 (3) *Where the Professional Conduct Committee have given a direction for suspension under subsection (1) or (2) above, the Committee may—*

[...]

(c) *direct that the registration of the person whose registration is suspended shall, as from the expiry of the current period of suspension, be conditional on his compliance, during such period not exceeding three years as may be specified in the direction, with such requirements so specified as the Committee think fit to impose for the protection of members of the public or in his interests(sic);*

L'article 37 de cette Loi prévoit une disposition analogue pour les questions de santé :

37 (1) *Where the fitness to practice of a fully registered person is judged by the Health Committee to be seriously impaired by reason of his physical or mental condition the Committee may, if they think fit, direct—*

[...]

(b) *that his registration shall be conditional on his compliance during such period not exceeding three years as may be specified in the direction, with such requirements so specified as the Committee think fit to impose for the protection of members of the public or in his interests(sic).¹⁰*

¹⁰ *Medical Act, 1983 (R.-U.), c. 54.*

Si on donnait aux comités de discipline le pouvoir d'obliger le professionnel à suivre un cours de perfectionnement ainsi que celui d'exiger qu'il suive tel ou tel traitement médical ou professionnel et de lui ordonner de revenir devant le comité dans un délai imparti afin de vérifier son aptitude à retourner au travail, les comités de discipline auraient alors les pleins pouvoirs pour assumer pleinement la protection du public et ils pourraient alors s'acquitter de l'aspect le plus positif du droit disciplinaire, c'est-à-dire de voir à la réinstallation du professionnel intimé parmi ses pairs. De plus, ils libéreraient les bureaux de tâches qui ne les intéressent sûrement pas.

Récemment, l'Honorable juge Baudouin de la Cour d'appel du Québec, dans une entrevue qu'il donnait au journal *La Presse*, mentionnait :

Une cause se termine toujours avec un gagnant et un perdant. Il est important que le perdant ait la conviction d'avoir été entendu, d'avoir été jugé selon le droit en vigueur et non selon un pouvoir arbitraire. Les Chinois font preuve d'une grande sagesse, en multipliant les compromis et en s'assurant que personne ne perde la face, réservant le procès comme dernier recours. C'est un peu la même chose chez les Inuit, qui essaient de réhabiliter l'accusé, de l'intégrer au village. C'est seulement en extrême recours qu'on chasse l'accusé, ce qui équivaut à un arrêt de mort. Même s'il semble impossible de revenir à ce type de justice dans nos sociétés complexes, il faut favoriser le recours à la médiation comme cela commence à se faire dans les cas de divorce.¹¹

Depuis l'avènement du *Code des professions*, la justice disciplinaire n'a pas recherché un mode imaginaire et original de correctif à la faute disciplinaire. En incorporant d'emblée les notions de droit pénal et criminel à la sanction, ils ont opté pour la facilité. Pourtant, le droit disciplinaire est un droit *sui generis* qui aurait mérité quelque chose de plus original. La formule anglaise semble répondre aux buts visés par le droit disciplinaire.

La «pénalisation» du droit disciplinaire n'est pas contradictoire avec l'objectif de protection du public mais plutôt avec l'équité que commande le processus disciplinaire.

¹¹ Gérald LEBLANC, «Une balance dans les gènes», (12 février 1994) *La Presse*, B-5.

IV. LA JUDICIARISATION DU SYSTEME DEONTOLOGIQUE

A. En vertu du Code actuel

1. Les décisions disciplinaires

En 1973, dans les notes explicatives qui accompagnaient le Projet de loi sur le *Code des professions*, le législateur mentionnait :

Ce projet de loi a principalement pour objet d'établir une procédure et des règles disciplinaires que devront suivre les corporations professionnelles soumises au Code des professions, de déterminer pour celles-ci un mécanisme identique de vérification de la qualité des actes professionnels posés par leurs membres [...].¹²

Pour chacun des ordres professionnels le *Code des professions* créa, en 1973, un comité de discipline où pour la première fois, sauf pour les avocats bien entendu, apparaissait un étranger parmi les professionnels siégeant sur ce comité, soit un avocat. La Loi sur les ingénieurs¹³ de 1964 prévoyait la présence d'un avocat sur le comité de discipline de l'Ordre mais à titre consultatif et sans droit de vote. Le Code créa aussi un tribunal d'appel, soit le Tribunal des professions, formé exclusivement de juges. Le Code atténuait donc pour la première fois le principe qui voulait que, en matière disciplinaire, le professionnel soit jugé par ses pairs.

Bien que les professionnels soient majoritaires sur le comité de discipline, cette majorité est irrémédiablement perdue si l'on considère tout le processus disciplinaire qui se termine par l'appel devant le Tribunal des professions. En effet, lorsqu'il y a appel, sur les six personnes qui auront à déterminer s'il y a faute professionnelle, deux seulement sont des membres de la profession concernée.

Il ne faut pas penser que le *Code des professions* était inutile et qu'on devait laisser subsister la multitude de règles procédurales et de genres d'instances disciplinaires comme cela existait auparavant. La structure disciplinaire imposée par le Code a permis aux comités de discipline de s'acquitter fort bien de leur tâche. Nous n'avons pour les juger qu'à regarder les nombreuses décisions qu'ils ont rendues pour s'apercevoir que, sauf dans de rares exceptions, les membres ont été jugés avec compétence, équité et sérieux.

¹² *Code des professions*, Projet de loi 250 (adopté le 6 juillet 1973), 4^e session, 29^e législature (Québec).

¹³ *Loi concernant les ingénieurs*, S.Q. 1964, c. 56.

Bien entendu, après vingt ans de recul, on s'aperçoit que par l'intrusion de quatre juristes dans le mécanisme de la discipline, une judiciarisation du système s'ensuivit automatiquement.

2. L'insuffisance de l'amendement de 1988

En 1988, par l'amendement apporté à l'article 45 de la *Loi modifiant le Code des professions*¹⁴, le législateur a amendé la procédure d'appel en y ajoutant la requête pour permission d'appeler des décisions interlocutoires du comité de discipline, qui était jusque là sujettes à un appel de plein droit. C'était là un moyen de ralentir l'ardeur des plaideurs. Malheureusement, il s'en est suivi que les procureurs chevronnés en procédure ont continué malgré tout à présenter des requêtes de toutes sortes qui, dans bien des cas, obtiennent la faveur du Tribunal des professions; ils paralysent ainsi le mécanisme disciplinaire. Dès la décision du Tribunal des professions, la requête en révision devant la Cour supérieure est immédiatement signifiée et par la suite, survient l'appel devant la Cour d'appel. Le processus disciplinaire est alors définitivement arrêté pour un bon huit ans. Il existe un cas où la plainte disciplinaire a été déposée en 1981, et le délibéré a duré deux ans; suivirent l'appel au Tribunal des professions, l'évocation devant la Cour supérieure, l'appel devant la Cour d'appel et enfin, le retour devant le comité de discipline afin qu'il impose la sanction. La sanction imposée, il pourrait y avoir un nouvel appel devant le Tribunal des professions. Cela fait déjà treize ans. Le professionnel aura eu le temps de terminer sa carrière sans avoir fait l'objet d'une sanction. Est-il convenable que des honoraires d'avocat deviennent ni plus ni moins une façon détournée d'acquérir un permis d'exercice?

Depuis les derniers cinq ans, un nombre de plus en plus grand d'avocats ont découvert ce champ presque inoccupé qu'est le droit disciplinaire : tout jugement ou toute ordonnance qui leur est défavorable fait l'objet d'un appel, soit sur permission ou soit de plein droit, et après, c'est le circuit des révisions. À tel point que les ordres professionnels sont incapables d'établir un budget précis pour les coûts de la discipline. Le fardeau financier qui en résulte devient presque impossible à supporter et certains ordres de moindre importance évitent de porter des plaintes, sachant très bien qu'ils n'ont pas les moyens de les supporter jusqu'à leur fin.

Que sert alors cette structure mise en place pour satisfaire la protection du public? Dans les temps difficiles que nous traversons et où règne la concurrence débridée, plusieurs professionnels sont tentés d'exercer dans des champs d'activités qui leur sont méconnus. Les fautes s'ensuivent et la roue procédurale se met en marche. Bien sûr les intimés ont le droit à une défense pleine et

¹⁴ *Loi modifiant le Code des professions*, L.Q. 1988, c. 29.

entière mais ce droit à une défense pleine et entière a ses limites; lorsque ce droit a pour effet de paralyser le système disciplinaire, d'engendrer des délais inadmissibles et des coûts disproportionnés, il y a lieu de reconsidérer non pas le droit lui-même mais les règles de procédure qui permettent de l'exercer.

Dans certains cas bien précis, tels que ceux mentionnés dans l'arrêt *Cégep de Valleyfield*¹⁵, l'appel de décisions interlocutoires devrait être permis; autrement, le Tribunal des professions devrait refuser l'appel vu que les requêtes sont pour la plupart essentiellement dilatoires. Le Tribunal des professions pourra toujours réviser ces décisions interlocutoires à la toute fin, d'un seul jet avec l'appel au fond.

3. L'intervention de la Cour supérieure et du Tribunal des professions

L'auteur a été, tant à titre de conseiller juridique de plusieurs ordres professionnels pendant une trentaine d'années qu'à titre de président de comités de discipline de plusieurs ordres professionnels pendant une quinzaine d'années, un observateur privilégié du monde professionnel. Le processus disciplinaire accomplit sa tâche avec compétence et sérieux et les droits de l'intimé et ceux du plaignant ne sont pas bafoués. Les syndicats font généralement un travail exceptionnel. Il est malheureux que les ordres professionnels n'aient pas convenu d'ouvrir leur système disciplinaire au regard du public avant qu'ils y soient obligés par un texte de loi, car on aurait pu constater alors depuis bien longtemps jusqu'à quel point les tribunaux disciplinaires rendent une justice de qualité.

Actuellement, avec cette judiciarisation du système disciplinaire, nous arrivons à un point tel que l'engrenage de la machine disciplinaire est enrayé par une «procédurite», malheureusement trop souvent bien accueillie par nos cours de justice sous prétexte qu'il leur faille absolument mettre le nez dans les décisions des cours inférieures, bien qu'elles se défendent d'intervenir sans raison. Disons-le carrément, trop souvent, les cours de justice interviennent quand bon leur semble.

De plus, l'intervention répétée du Tribunal des professions dans les décisions des comités de discipline, notamment sur les sanctions, fait obstacle au fondement même du droit disciplinaire, soit celui d'être jugé par ses pairs qui connaissent d'ailleurs mieux le milieu où évolue le professionnel, qui ont les deux pieds dans l'exercice de la profession et qui peuvent mieux juger l'effet de telle ou telle sanction sur le milieu.

¹⁵ *Cégep de Valleyfield c. Gauthier-Cashman*, [1984] C.A. 633.

Les tribunaux administratifs hautement spécialisés n'ont pas fini de fleurir dans notre société. Leur expertise et leur efficacité doivent être préservées par les tribunaux d'appel. Ces derniers devraient être beaucoup plus respectueux des décisions de ces tribunaux comme le demandait la Cour d'appel dans *Lefebvre c. La Commission des affaires sociales*¹⁶, par la voix du juge Baudouin.

Les phénomènes nouveaux qui pointeront au début du 21^e siècle et qui devront être soumis à des tribunaux hautement spécialisés donneront naissance à des tribunaux hautement spécialisés. Les tribunaux judiciaires devraient alors être encore plus réservés et n'intervenir que lorsque les droits fondamentaux sont menacés; autrement, c'est l'inefficacité du système.

Malheureusement, la réforme des tribunaux administratifs ne semble pas être pour demain, bien qu'elle soit demandée avec insistance par nos juristes. Nous devons vivre avec les structures actuelles influencées de plus en plus par l'aspect juridique qu'on leur impose.

4. Le rôle du public

Les modifications apportées au *Code des professions* ne sont en fait qu'un ajustement mécanique nécessaire après vingt ans d'usure. Le public n'est pas plus ni moins protégé qu'il ne l'était avec les anciennes dispositions et ce n'est pas en désignant un représentant du public sur ce comité de révision des décisions du syndic que l'on apporte un élément de protection additionnel ni non plus une transparence qui va faire échec aux nombreuses critiques qui ont eu lieu au cours des dernières années.

La participation de membres du public aux différents échelons de l'administration des ordres professionnels ne réglera pas l'image projetée par le monde corporatiste car ce n'est simplement qu'une question d'image.

B. En vertu du Projet de loi

1. Le rôle du secrétaire du comité de discipline auprès du public

Avec les nouvelles dispositions proposées par le Projet de loi donnant plus de pouvoirs aux secrétaires des comités de discipline, ces derniers devront faire preuve de beaucoup de tact vis-à-vis des membres du public qui s'adresseront à eux pour porter plainte. Ce serait là que devrait surtout s'établir le marketing des ordres professionnels, car ce seront surtout eux, ces secrétaires, qui seront

¹⁶ *Lefebvre c. La Commission des affaires sociales*, [1991] R.J.Q. 1864 (C.A.).

appelés à conseiller, faire comprendre et diriger le plaignant. Si le plaignant est mal reçu, les plaintes vont se faire par le moyen des médias. Il faudra donc doter les comités de discipline non seulement d'un personnel compétent sur le plan technique mais aussi de personnes douées de tact, compréhensives de la situation et habituées à transiger avec le public.

2. La transparence des comités de discipline

Il est difficile de comprendre la résistance des membres des ordres professionnels à l'égard de l'accès du public aux auditions devant le comité de discipline. Ils ont eu tort. Aujourd'hui, une certaine réaction négative du public à l'égard des ordres professionnels est due en grande partie à ce secret qui entourait alors la discipline. Les ordres professionnels ont tout intérêt à ouvrir les dossiers du comité de discipline ainsi qu'à faciliter l'assistance aux auditions des comités de discipline. C'est de cette façon que le public verra avec quel sérieux la discipline est administrée par les comités de discipline des différents ordres professionnels. Il faut sans cesse répéter cette phrase bien connue : il ne suffit pas que justice soit rendue, mais qu'il apparaisse qu'elle a été rendue.

Il est regrettable que les comités de discipline siègent la plupart du temps dans les bureaux des ordres professionnels et malgré toute l'attention que les membres du comité démontrent face à l'administration qu'ils côtoient dans les corridors, il n'en demeure pas moins que pour le membre du public, dénonciateur ou plaignant, il est dans la demeure, dans la chasse gardée du professionnel intimé. L'exiguïté fréquente des lieux force le professionnel intimé à côtoyer involontairement le syndic ou ses témoins et ceci cause une atmosphère bien regrettable. De plus, le public est méfiant à se présenter dans les bureaux des ordres professionnels pour assister aux délibérations des comités de discipline.

Que dire lorsque les membres du comité de discipline sont obligés de siéger dans des hôtels où l'exiguïté de la salle d'audition ne leur permet pas de se retirer pour délibérer sur une objection, sauf dans le bout d'un corridor public. Comment le public peut-il savoir où siègent les comités de discipline et s'y présenter facilement? Les comités de discipline devraient, en autant que faire se peut, siéger dans les palais de justice. Au nombre de réunions que tiennent les comités de discipline, des salles devraient être mises à leur disposition dans les palais de justice des divers districts judiciaires. De cette façon nous assurerions, il me semble, une indépendance plus visible des comités de discipline et une facilité pour le public d'assister à leurs auditions.

Le Projet de loi n'apporte rien à cette enseigne.

3. Problèmes non réglés

Tous les problèmes soulevés dans le sous-chapitre qui précède ne sont nullement réglés par le Projet de loi.

Tout au contraire, ce Projet de loi judiciarise encore plus, vu qu'il rend les décisions du Bureau en matière d'état physique ou psychique, sujettes au processus d'appel.

L'Office des professions sert actuellement d'entonnoir pour toutes les modifications proposées de la réglementation et des lois du système professionnel. L'Office étudie, scrute, discute et recommande avec l'ordre professionnel concerné pour finalement, lorsqu'il y a entente sur le texte d'un règlement proposé, le soumettre au Bureau de la législation déléguée et à celui-ci de recommencer le scénario! Bien sûr, l'Office sert de conseiller au législateur. Ceci apparaît comme un manque d'efficacité qui engendre des coûts et des délais énormes. Par exemple, un ordre professionnel qui voulait rehausser les exigences universitaires de ses membres afin de les faire passer du diplôme d'études collégiales au diplôme universitaire, a attendu trois ans avant que ce règlement soit publié!

Il y aurait avantage à simplifier cette procédure et à la rendre beaucoup plus rapide. En fait, qui est compromise par ces longs délais? C'est toujours la protection du public.

Après la mise en place des structures prévues au *Code des professions* lors de son adoption en 1973, il s'en est suivi au cours des quinze dernières années une période assez reposante pour l'Office des professions. Bien sûr, on a procédé à des études savantes sur divers sujets mais la majorité de ces études faites par des techniciens et technologues de grande expérience, n'ont pas passé la barre de l'application pratique.

Qu'en est-il de cette étude de la pratique d'une profession en corporation et de la loi qui devait suivre?

Pourtant, dès 1973, lors de la modification de la *Loi concernant les ingénieurs*¹⁷, on leur a donné le pouvoir d'adopter des règlements : « pour réglementer l'exercice de la profession en société ou en corporation ».¹⁸

Vers l'année 1975, l'Ordre des ingénieurs a présenté un règlement pour lui permettre justement de réglementer l'exercice de la profession en corporation.

¹⁷ *Loi concernant les ingénieurs*, précitée, note 13.

¹⁸ *Loi modifiant la Loi des ingénieurs*, L.Q. 1973, c. 60, art. 9 j).

Ce règlement doit sûrement traîner sur les tablettes quelque part et personne n'en a entendu parler depuis.

Bien sûr, au cours de la dernière année on a brassé le bouillon, mais il n'en est pas résulté grand chose si ce n'est que des confrontations malheureuses qui ont fait la une des médias.

Le rôle de l'Office devrait être redéfini. Maintenant que les structures sont bien en place et pour la plupart rodées, son rôle devrait se limiter à vérifier, mais à vérifier vraiment si chacun des ordres professionnels remplit adéquatement sa mission première. Pour ce faire, il lui faudrait des pouvoirs d'intervention précis notamment en matière d'établissement ou de contrôle des budgets.

S'il est admis que les membres des ordres professionnels doivent s'«autodiscipliner», ne devrait-il pas en être de même des ordres professionnels et le Conseil interprofessionnel ne devrait-il pas troquer son rôle de lobbyiste en celui peut-être plus exigeant du contrôle des ordres professionnels? Ne pourrait-il pas constituer une espèce de conseil régulateur et normalisateur des ordres professionnels? Ne devrait-il pas être en mesure d'intervenir auprès d'un ordre professionnel qui semble fléchir quelque peu?

V. LES MODIFICATIONS LEGISLATIVES S'HARMONISENT-ELLES AVEC LES DEVELOPPEMENTS FUTURS DE NOTRE SOCIETE?

Des modifications profondes dans la structure de notre société s'effectuent présentement. Il faut accepter une très grande ouverture de nos institutions professionnelles au public et un contrôle efficace et intransigeant des règles d'éthique notamment dans une société comme la nôtre où le délaissement d'une morale religieuse a créé une permissivité alarmante. De plus, la pluralité de notre société impose aux professionnels un respect et une compréhension plus marqués envers les coutumes et la morale de chacun de ces peuples qui forment maintenant la mosaïque de notre pays.

Devant l'avancement de la science et l'internationalisation des échanges commerciaux, le rôle de certains ordres professionnels devrait être appelé à être considérablement modifié si l'on veut prendre adéquatement le virage du 21^e siècle.

A. Le foisonnement des ordres professionnels

Peut-on concevoir que pour une population d'à peu près sept millions d'habitants, nous ayons au-delà de 40 ordres professionnels?

Le corps humain est le plus choyé : 20 ordres professionnels se divisent le morceau et dont les membres s'occupent avec compétence de chaque partie de notre corps :

- La Corporation professionnelle des podiatres du Québec s'occupe de nous faire marcher du bon pied;
- La Corporation professionnelle des orthophonistes et audiologistes du Québec s'occupe de nous faire mieux entendre et parler;
- La Corporation professionnelle des physiothérapeutes du Québec s'occupe de notre musculature;
- La Corporation professionnelle des ergothérapeutes du Québec voit à la coordination des mouvements et des apprentissages de toutes sortes à la suite de traumatismes;
- La Corporation professionnelle des inhalothérapeutes du Québec voit à nous sortir des sommeils gazéifiés des salles d'opération;
- L'Ordre des infirmières et infirmiers du Québec s'occupe d'appliquer l'ordonnance médicale et de veiller au bien-être des patients;
- La Corporation professionnelle des psychologues du Québec, de nos déficiences caractérielles;
- La Corporation professionnelle des diététistes du Québec, de notre équilibre alimentaire;
- L'oreille compte pour elle seule deux corporations professionnelles : La Corporation professionnelle des audioprothésistes du Québec et la Corporation professionnelle des orthophonistes et audiologistes du Québec;
- Notre denture est choyée : L'Ordre des dentistes du Québec, la Corporation professionnelle des hygiénistes dentaires du Québec, la Corporation professionnelle des techniciens et techniciennes dentaires du Québec s'en occupent;
- La Corporation professionnelle des chiropraticiens du Québec tente de redresser la colonne vertébrale, et enfin,
- La Corporation professionnelle des médecins du Québec qui, bien sûr, chapeaute un peu tout ce beau monde;
- Le génie est représenté par trois ordres professionnels : L'Ordre des ingénieurs du Québec, la Corporation professionnelle des ingénieurs forestiers du Québec et la Corporation professionnelle des technologues des sciences appliquées du Québec.

- Deux corporations de juristes : Le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec;
- Trois corporations de comptables : L'Ordre des comptables agréés du Québec, la Corporation professionnelle des comptables en management accrédités du Québec et la Corporation professionnelle des comptables généraux licenciés du Québec.

Et pour ajouter à cette confusion, un amendement récent au Code¹⁹ ajoute au paragraphe i) de l'article 36, au titre déjà réservé d'«administrateur agréé», celui de «conseiller en management» au bénéfice exclusif des membres de la Corporation professionnelle des administrateurs agréés du Québec, alors même que le Code a confirmé le titre exclusif de «comptable en management accrédité» aux membres d'un autre ordre professionnel.

Le monde professionnel souffre de structurite.

B. Le regroupement des ordres professionnels

N'est-il pas temps que non seulement les avocats et les notaires s'unissent sous une forme ou sous une autre dans un ordre professionnel unique au lieu de se disputer au sujet de ce qui est, dans le Code de procédure, contentieux ou non contentieux ou duquel des deux est le meilleur conseiller juridique, comme vous le montrent les réclames publicitaires.

Comment peut-on logiquement concevoir que dans notre province, quatre ordres professionnels se partagent la comptabilité et la gestion d'entreprises?

Il y a là un abus qui coûte cher et qui a une influence directe sur le coût de nos services. Chaque structure additionnelle, chaque ordre professionnel additionnel engendre des coûts pour les membres et l'augmentation des cotisations ne peut que se refléter sur le coût des services professionnels.

Il faut aller plus loin dans cet effort de normalisation de ces structures : pourquoi les notaires, comptables et avocats ne s'uniraient-ils pas ensemble pour former un regroupement de professionnels qui offriraient à la fois les services de juristes et de comptables? D'ailleurs, la partie corporative des grands cabinets est en relations constantes avec les grandes firmes de comptables lorsque tous les deux représentent dans une dimension différente le même client. Cela éviterait des frais énormes de gestion de dossiers, de déplacements et autres et bénéficierait au public.

¹⁹ *Loi modifiant le Code des professions et la Loi sur les infirmières et infirmiers*, L.Q. 1993, c. 38, art. 2.

Les regroupements de larges études d'avocats ont commencé il y a plus de dix ans et ils se poursuivront quoique présentement, la situation économique y a mis temporairement un frein. Nous avons dépassé maintenant les frontières du Québec, nous pensons pancanadien et bientôt nous devons penser libre-échange. Nous devons également rivaliser avec la Communauté économique européenne. Les échanges commerciaux entre pays, entre entreprises ou encore la fusion de ces dernières avec des entreprises étrangères nous imposeront un mode efficace de traiter les problèmes tant juridiques que comptables. Le client étranger qui désire s'installer au pays doit actuellement faire affaire avec une firme comptable, un bureau d'avocats et un notaire qui verra à ses transactions immobilières.

En Europe, les firmes comptables peuvent s'adjoindre des avocats. Présentement, en France, il existe une vieille étude juridique fondée dans les années 20. Elle compte actuellement 1 000 avocats répartis dans toutes les villes de France; elle s'apprête à couvrir toute l'Europe et comptera, d'ici la fin des années 90, 10 000 avocats. Ce groupe est affilié à un groupe comptable international.

Comment allons-nous, ici, rivaliser avec ces grandes affiliations, alors que nos lois professionnelles qui sont un vieux relent du protectionnisme du 19^e siècle? Il serait temps, au lieu de ne brasser que le bouillon, que l'Office des professions reprenne le dynamisme qu'elle a perdu et propose une législation moderne et non pas simplement quelque changement d'huile périodique.

C. Les nouveaux domaines professionnels

Que dire des sciences médicales? Comment vont se gérer les nouvelles médecines qui surgissent sur le marché des soins? Comment allons-nous être capables de définir avec exactitude les champs de pratique de chaque ordre professionnel? Comment va réagir le podiatre qui voit un tenant de la médecine douce vouloir guérir certains maux d'estomac en triturant le pied? Comment vont s'engouffrer dans le domaine médical les sages-femmes? Comment vont s'introduire tous les tenants de la massothérapie avec le champ d'exercice de physiothérapeutes et des chiropraticiens? Comment les infirmières pourront-elles naviguer dans tout ce secteur de médecines douces de toutes sortes et ne pas voir leur champ d'activité constamment envahi?

D. Le besoin d'une restructuration simplifiée et non fragmentée

Il y a amplement matière à réflexion et à se demander si nous ne faisons pas fausse route en compartimentant le domaine professionnel en champs d'exercice exclusif ou en professions à titre réservé seulement. Ne devrait-on pas plutôt, au lieu de créer encore d'autres ordres professionnels, voir comment pourrait-on les

intégrer à l'intérieur d'une ordre existant? Prenons, par exemple, les sages-femmes : ne devrait-on pas exiger d'elles qu'elles soient d'abord des infirmières hautement spécialisées en obstétrique, ainsi que pour tous les nouveaux soins qui pourraient être prodigués à l'avenir?

Plus l'on tente de compartimenter, plus l'exercice illégal de la corporation voisine s'aggrave. Nous avons vu, au début des années 60, par l'adoption en 1964 de la nouvelle Loi sur les ingénieurs²⁰, des champs de pratique connexes; ingénieurs et architectes se crêpaient le chignon devant les cours pénales. Un débat s'en est suivi et a duré peut-être une dizaine d'années où les poursuites pénales se lançaient à qui mieux-mieux. Cela donne naissance à des débats stériles qui n'avancent rien, qui compliquent l'existence des professionnels et ont un effet négatif sur le public.

Il nous faut simplifier les structures, éviter l'accroissement *ad infinitum* des ordres professionnels de toutes sortes, voire en diminuer le nombre. Le monde médical connaît et connaît déjà d'ailleurs les implications d'ordre éthique complexes. Le développement de la science à un rythme effréné va imposer à tous les ordres professionnels rattachés de près ou de loin au traitement, de revoir leur éthique en profondeur. À mesure qu'augmente le nombre de membres des corporations de services comme celles des avocats et comptables, les conflits d'intérêts se font constamment présents.

En vue d'élaborer un nouveau modèle de cette structure, n'y aurait-il pas lieu d'étudier l'exemple offert par la *Loi sur les intermédiaires de marché*²¹, où dans le domaine de l'assurance de personnes, et dans celui de l'assurance de dommages, elle a institué un Conseil qui émet les permis d'exercice et réglemente l'exercice des activités de ses titulaires. Or, en assurance de dommages, le Conseil régit trois professions distinctes : les agents en assurance de dommages, les courtiers en assurance de dommages et les experts en sinistre. Le modèle proposé par cette loi n'est toutefois pas parfaitement unitaire vu qu'il fait intervenir les associations de professionnels.

Toutefois, ce modèle appliqué au domaine du monde de la santé permettrait d'avoir un seul ordre professionnel réglementant de façon particulière les activités de chacun des groupes de professionnels sous sa juridiction : médecins, dentistes, pharmaciens, etc. (qui se regroupent d'ailleurs dans le monde hospitalier) et contrôlant le droit d'exercice de ces professionnels et ayant un seul comité de discipline (où les deux membres qui ne sont pas avocats seraient de la même profession que l'intimé).

²⁰ Loi concernant les ingénieurs, précitée, note 13.

²¹ L.R.Q., c. I-15.1.

De la même façon, un seul ordre professionnel des juristes regrouperait les membres du Barreau et de la Chambre des notaires du Québec.

Il en résulterait une diminution de coûts.

E. Certaines anomalies à l'égard de professions à titre réservé

Les ordres professionnels à titre réservé ne devraient-ils pas faire l'objet d'une révision en profondeur? Prenons, par exemple, la Corporation professionnelle des psychologues. Le psychologue radié de sa profession pourra s'annoncer sous le nom de «licencié» ou «docteur en psychologie», s'il détient évidemment une licence ou un doctorat en cette matière, et continuer à exercer dans le même champ d'activité malgré qu'il ait été déclaré inapte à continuer l'exercice de sa profession sous le nom de psychologue. Le public fera-t-il la différence?

F. Le Projet de loi

Le Projet de loi que nous analysons aujourd'hui est mort au feuillet de l'Assemblée nationale. Le nouveau ministre en charge des corporations professionnelles aura le temps, d'ici les prochaines élections, de présenter de nouveau ce Projet de loi. Cependant, il y a certaines mesures qui pressent, dont celles relatives aux comités de discipline, notamment la précision du rôle du président en tant qu'avocat et praticien du droit, la possibilité de continuer l'audition d'une cause lorsqu'un membre du comité de discipline est incapable d'agir et, pour le Tribunal des professions, la possibilité pour un seul de ces juges d'entendre des requêtes.

G. L'avenir

Quant au reste, il faut privilégier une refonte qui proposerait des pouvoirs différents et accrus à l'Office des professions et au Conseil interprofessionnel, le regroupement de certaines professions et la possibilité pour ces derniers d'agir sous le mode corporatiste.

Toutes les professions connaissent présentement des mutations. À titre d'exemple, celle des avocats qui actuellement connaît une mutation à deux temps. D'une part, la création de grands ensembles pancanadiens et possiblement hors frontières. D'autre part, la situation économique que nous vivons présentement a incité certains jeunes avocats à revenir à la source de ce qui était la pratique du droit il y a 30 à 40 ans, c'est-à-dire l'avocat pratiquant seul, dans un quartier donné, au service d'un certain groupe de personnes. Il pratiquait habituellement dans un local modeste, conseillait les gens de son

milieu aux prises avec toutes sortes de problèmes juridiques. Dans la majorité des cas, ces professionnels se retrouvaient dans les organismes sociaux de leur milieu donnant gracieusement leur temps et leur science bénévolement. Ils étaient au service de leur communauté. Plusieurs jeunes font cette expérience présentement de retour dans leur sous-sol en offrant des services à une population qui en a besoin. Ils devront avoir le soutien de leur ordre professionnel pour maintenir à jour leurs connaissances et surtout, maintenir les exigences de leur éthique.

Avec l'étatisation de la médecine, l'intervention de l'État dans le milieu de la charité et dans le milieu de l'assistance juridique, je crois que le monde professionnel a perdu cette notion de servir. Si l'État nous a confié en exclusivité l'exercice d'une technique, d'un art, ce n'est sûrement pas pour notre seul bénéfice, mais pour être au service des administrés. Et ce service doit être marqué du sceau d'une éthique irréprochable sinon, le monde professionnel n'aura plus sa raison d'être et, laissé à lui-même, évoluant au gré de ses fantaisies, il subira alors sans aucun doute les matraques étatiques pour le remettre à sa place.

Nous ne devons pas tenter d'essayer de nous coller au modèle américain qui est en pleine cogitation et réforme. Simplement dans le domaine du droit disciplinaire, il se rend plus de décisions disciplinaires ici au Canada que dans tous les États-Unis d'Amérique où, pourtant, le nombre de professionnels est beaucoup plus grand. C'est donc dire le sérieux de notre approche. Cette comparaison entre notre système, celui des États-Unis et celui de l'Europe a été brillamment exposée par le professeur Patrick Glenn de l'Université McGill dans un excellent article, où il expose clairement les différentes approches déontologiques aux États-Unis, en Europe et au Canada²².

Pour résumer, il appert que certaines failles dans le Code sont apparues au cours des ans. Le Projet de loi entend corriger quelques-unes d'entre elles mais malheureusement pas la totalité.

D'autre part, le Projet de loi apporterait des nouvelles modifications dont certaines seront la cause de difficultés importantes en matière disciplinaire.

À mon avis, il serait opportun de faire dès maintenant une réflexion en profondeur sur le Code, notamment sur l'appareil disciplinaire et sur le foisonnement actuel des ordres professionnels et leur regroupement éventuel.

²² Patrick GLENN, «Professional Structures and Professional Ethics», (1990) 35 *R.D. McGill* 425.

L'erreur de droit et la faute professionnelle du notaire — Bilan et perspective d'avenir

M^e Daniel CHENARD*

INTRODUCTION.....	189
I. PRINCIPES GENERAUX DE LA RESPONSABILITE PROFESSIONNELLE.....	191
II. L'ERREUR DE DROIT ET L'AFFAIRE ROBERGE c. BOLDUC.....	195
A. Les paramètres de la responsabilité professionnelle du notaire.....	197
B. L'erreur de droit du notaire et la chose jugée.....	200
C. L'erreur de droit et la faute.....	202
D. Lien de causalité.....	204
E. Critique de l'affaire Roberge c. Bolduc.....	209
III. LE NOUVEAU CODE CIVIL DU QUEBEC ET LA RESPONSABILITE PROFESSIONNELLE.....	214
A. L'interdiction de l'option.....	215
B. La notion de faute.....	215
C. Le mandat et le contrat d'entreprise ou de service.....	217
D. L'abus de droit.....	219
E. La publicité des droits.....	221

* LL.M., avocat.

F. L'état des connaissances	221
CONCLUSION.....	223

Deux influences marquantes ressortent à la lecture du nouveau *Code civil du Québec* et plus particulièrement des dispositions relatives au régime de responsabilité civile.

Dans un premier temps, plusieurs dispositions du *Code civil du Québec* s'inspirent de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹ ainsi que de la *Charte des droits et libertés de la personne*².

Si l'on a qualifié jadis le *Code civil du Bas Canada* d'être «un code de propriétaires et de rentiers, davantage préoccupé de la protection du patrimoine que du respect des droits de la personne humaine»³, le nouveau *Code civil du Québec* accorde à l'affirmation et la protection de la dignité humaine une place de choix. Ainsi, le livre premier du nouveau Code comprend des dispositions analogues à celles des textes des Chartes pour actualiser cet objectif social. Avec une cohésion indiscutable, le Code énonce des garanties juridiques et en précise les modalités d'exécution⁴.

Les articles 10 et 1474 du nouveau Code illustrent à merveille cet effort du législateur d'intégrer la philosophie des Chartes dans le vécu quotidien de la responsabilité civile. En effet, alors que le premier affirme le droit à l'inviolabilité et à l'intégrité de la personne humaine, le deuxième frappe de nullité absolue toute clause de limitation ou d'exclusion de responsabilité en matière de préjudice corporel ou moral causé à autrui.

L'intégration de la Charte québécoise au sein du Code civil apparaît également évidente à la lecture de l'article 2 de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁵, à la lumière de l'article 1471 qui met en place un régime spécial de responsabilité pour la personne qui porte secours à autrui⁶.

¹ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)].

² L.R.Q., c. C-12.

³ OFFICE DE REVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. I, «Projet de Code civil», Québec, Éditeur officiel, 1977, p. XXXI (préface de M^e Paul-André Crépeau).

⁴ Tout en affirmant à l'article 3 que toute personne est titulaire notamment du droit au respect de sa réputation et de sa vie privée, les articles 35 à 41 en précisent la contenance et les mécanismes de sanction.

⁵ Précitée, note 2, art. «2. Tout être humain dont la vie est en péril a droit au secours.»

⁶ C.c.Q., art. «1471. La personne qui porte secours à autrui ou qui, dans un but désintéressé, dispose

Le droit de la preuve subit également l'influence de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁷.

Conscient qu'un élément de preuve obtenu en violation d'un droit garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés*⁸ n'était pas susceptible d'être écarté en vertu de l'article 24 de cette Charte, qu'une opinion dominante estimait inapplicable au litige privé⁹, le législateur québécois est intervenu et a adopté, par le biais de l'article 2858 du Code civil, le principe de l'irrecevabilité d'un «élément de preuve obtenu dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés fondamentaux et dont l'utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice [...]».

En imposant au tribunal l'obligation, même d'office, de rejeter tout élément de preuve qui irait à l'encontre de ce principe, le législateur a ainsi écarté une jurisprudence dominante qui déclarait recevable une preuve obtenue par procédé illégal¹⁰.

L'insertion de ce principe, au sein du Code civil, réalise une intégration authentique des règles de droit public au droit privé¹¹.

Dans un deuxième temps, l'influence des grands arrêts récents de la Cour suprême du Canada y est indiscutable. Ainsi, la codification de la notion d'abus de droit aux articles 6 et 7 du nouveau Code présente une filiation directe avec les arrêts *Houle c. Banque Canadienne Nationale*¹² ainsi que *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*¹³.

gratuitement de biens au profit d'autrui est exonérée de toute responsabilité pour le préjudice qui peut en résulter, à moins que ce préjudice ne soit dû à sa faute intentionnelle ou à sa faute lourde.»

⁷ Précitée, note 1.

⁸ *Id.*

⁹ *Syndicat des détaillants, grossistes et magasins à rayons, section locale 580 c. Dolphin Delivery Ltd*, [1986] 2 R.C.S. 573.

¹⁰ *Tourigny c. Compagnie Royal Exchange Assurance*, [1971] C.A. 864; *Dame Dumont c. Les Héritiers Laliberté*, [1971] C.A. 635; *Roy c. Saulnier*, [1992] R.J.Q. 2419. Sur cette question, on pourra consulter avec profit l'étude du professeur Léo DUCHARME, «Le nouveau droit de la preuve en matières civiles selon le Code civil du Québec», dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La Réforme du Code civil*, t. 3, Québec, P.U.L., 1993, p. 443, à la page 511 et suiv.

¹¹ Dans l'interprétation de l'article 2858 du Code civil, les tribunaux auront à puiser au sein de la jurisprudence déjà dégagée sur l'article 24 de la Charte canadienne qui a notamment défini les critères sous-jacents à l'interprétation de cette garantie constitutionnelle : *Collins c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Hamill c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 301; *Sieben c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 295; *Strachan c. La Reine*, [1988] 2 R.C.S. 980, 1009; *Genest c. La Reine*, [1989] 1 R.C.S. 59, 81; *R. c. Charrette*, [1985] C.S.P. 1129; *R. c. Solis*, [1986] R.J.Q. 1508.

¹² *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122.

¹³ *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339. Il est également vrai que l'interdiction de

L'influence de l'arrêt *Kravitz*¹⁴ apparaît également dans le cadre de la responsabilité des fabricants et des vendeurs professionnels¹⁵.

À la suite de cette réforme du Code civil, il nous semblait opportun d'examiner le régime de responsabilité professionnelle à la lumière de l'arrêt *Roberge c. Bolduc*¹⁶. Cet arrêt a été rendu à l'aube de la sanction du nouveau *Code civil du Québec* et il sera intéressant de vérifier s'il a eu une influence sur le texte définitif.

I. PRINCIPES GENERAUX DE LA RESPONSABILITE PROFESSIONNELLE

Plus de vingt ans avant l'affaire *Roberge*, la doctrine ceinturait les paramètres de la responsabilité professionnelle des notaires en ces termes :

Le devoir de conseil ne doit pas s'apprécier, en général, de façon trop sévère. Si le notaire se trompe, on ne lui tiendra compte que de son ignorance inexcusable, que des fautes que ne commettrait pas un homme de loi prudent, diligent et raisonnablement versé dans la connaissance du droit. On ne peut exiger de tout notaire la science des meilleurs de sa profession.

*La responsabilité du notaire sera inexistante s'il s'avère qu'il a fait erreur sur une question sérieusement controversée, en optant pour une opinion qui ne semble pas recueillir les plus forts suffrages. Il ne serait pas alors fautif.*¹⁷

Quant aux erreurs de droit de l'avocat, ces auteurs les identifiaient aux seules questions indiscutables, «régées par un texte légal clair ou par une jurisprudence solidement assise»¹⁸.

Reconnaissant à l'avocat le droit à l'erreur dans le domaine des questions controversées, la responsabilité de ce dernier semblait limitée aux cas «où il a fait preuve d'une ignorance crasse»¹⁹.

l'option à l'article 1458, al. 2 du C.c.Q. se voulait une réaction de la part du législateur aux arrêts *Wabasso Ltd c. The National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 R.C.S. 578; et *Air Canada c. McDonnell Douglas Corporation*, [1989] 1 R.C.S. 1554.

¹⁴ *General Motors Products of Canada Limited c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790.

¹⁵ L'article 1442 du nouveau Code a, d'une certaine manière, codifié le principe émis par la Cour suprême à l'occasion de cette affaire.

¹⁶ *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374.

¹⁷ André et Richard NADEAU, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1971, p. 297.

¹⁸ *Id.*, p. 305.

Dans son *Traité de la responsabilité civile en droit français*²⁰, le professeur René Savatier définit les paramètres de la responsabilité notariale dans le cadre des recherches de droit auxquelles le devoir de conseil de notaire l'oblige en ces termes :

*Il y a erreur responsable du moment que le notaire méconnaît une jurisprudence assise. Au contraire, sur les points que la jurisprudence laisse encore douteux, il peut suivre son opinion propre sans que ce choix soit une faute. Sans doute des décisions récentes l'invitent à avertir le client des périls de nullité ou d'inefficacité qui peuvent résulter, pour son acte, d'une controverse juridique en cours; mais, pour qu'il donne cet avertissement, il faut que la controverse soit déjà devenue notoire.*²¹

Axée sur un régime de faute²², la recherche de la responsabilité professionnelle du notaire conduit à déterminer s'il s'agit d'une « erreur de conduite » telle qu'elle ne saurait être commise par une personne avisée placée dans les mêmes circonstances externes que l'auteur du dommage²³.

À cet égard, il n'y a pas de *hiatus* entre la faute et la faute professionnelle : les deux s'apprécient *in abstracto* à la lumière de la conduite d'une personne avisée en semblable matière ou à celle de la conduite d'un notaire compétent et diligent²⁴.

Alors que la doctrine²⁵ accorde au conseiller juridique le droit à l'erreur et ne lui fait pas assumer l'obligation d'être infaillible, le débat s'ouvre sur l'étendue de l'obligation professionnelle que celui-ci assume.

19 *Id.*

20 René SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2^e éd., t. 2, Paris, L.G.D.J., 1951.

21 *Id.*, p. 426.

22 Voir *Lapierre c. Procureur général de la province de Québec*, [1985] 1 R.C.S. 241, [1983] C.A. 631. L'extrait suivant du texte du jugement de la Cour d'appel du Québec, à la page 636, sous la plume de l'honorable juge McCarthy mérite d'être souligné : « On nous cite certains auteurs à propos de la théorie d'une responsabilité fondée sur le risque. Je ne crois pas nécessaire de les commenter ici. Sauf lorsque telle responsabilité est expressément prévue par le législateur, lorsqu'elle comporte en effet une obligation qui procède de la loi seule, elle n'a pas été reconnue en droit québécois [...] ».

23 Henri et Léon MAZEAUD et André TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6^e éd., t. I, Paris, Éditions Montchrestien, 1965, p. 504, n^o 439.

24 Paul-Yvan MARQUIS, *La responsabilité civile du notaire officier public*, t. I, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1977, p. 28, écrivait à ce propos : « La notion "de bon père de famille du notariat", du "bon professionnel du notariat", servira de guide lorsqu'il faudra ausculter la conduite du notaire poursuivi ».

25 Patrick A. MOLINARI, « La responsabilité civile de l'avocat », (1977) *R. du B.* 275, 289.

L'appréciation *in abstracto* de cette conduite s'effectue à l'aide d'un modèle abstrait que décrit le professeur Jean-Louis Baudouin²⁶, dans son traité *La responsabilité civile délictuelle*.

110 - Critère du modèle abstrait - L'appréciation in abstracto retenue par le droit civil permet, au contraire, de répondre à ces objections. La faute civile est constituée par l'écart séparant le comportement de l'agent de celui du type abstrait et objectif de la personne raisonnable, prudente et diligente du bon citoyen (du «bon père de famille», disait-on auparavant). Ce modèle abstrait n'exige pas une infaillibilité totale de la conduite humaine et donc le comportement d'une personne douée d'une intelligence supérieure et d'une habileté exceptionnelle, capable de tout prévoir et de tout savoir et agissant uniformément bien en toutes circonstances. Ce serait en effet paralyser toute activité humaine et faire peser sur chacun une responsabilité de tout instant. La personne humaine est faillible et l'erreur est humaine. La société doit donc accepter, en principe, même si elle doit s'efforcer d'en pallier les effets économiques, la survenance d'«accidents» au sens populaire du mot, pour lesquels personne ne sera responsable, même si a posteriori une prudence extrême, une circonspection poussée, une habileté consommée auraient techniquement permis de les éviter. Jurisprudence et auteurs sont unanimes à reconnaître que le point de comparaison doit avoir pour schème de référence une norme de conduite acceptée ou tolérée par la société. Chercher la faute revient donc à comparer la conduite de l'agent à celle d'une personne normalement prudente et diligente, douée d'une intelligence et d'un jugement ordinaires, et à se demander si elle aurait pu prévoir ou éviter l'événement qui a causé le dommage. Cette prévisibilité du préjudice n'est cependant pas de type absolu, mais de type relatif ou raisonnable. Il ne s'agit pas d'obliger l'individu à prévoir tous les types d'accidents possibles, mais seulement ceux qui, dans les circonstances, sont raisonnablement probables. La notion de «bon père de famille», d'«honnête citoyen», de «personne prudente et diligente», varie selon des impératifs de temps et de lieu. Les changements sociaux, l'évolution des mœurs affectent la physionomie générale de ce modèle constamment remis en question par l'appréciation souveraine qu'en font les tribunaux, dans chaque cas particulier.²⁷

Par ailleurs, l'application complète de ces principes à des cas particuliers donne lieu parfois à des interrogations. Dans l'affaire *Harris c. Quain & Quain*²⁸,

²⁶ Maintenant l'un des honorables juges de la Cour d'appel du Québec.

²⁷ Jean-Louis BAUDOUIN, *La responsabilité civile délictuelle*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 66, n° 110.

²⁸ *Harris c. Quain & Quain*, [1977] C.A. 588.

la Cour d'appel du Québec examinait un pourvoi logé par un justiciable insatisfait des services professionnels que lui avait rendus une étude d'avocats qui l'avait représenté dans une action en dommages-intérêts pour blessures corporelles à la suite d'un accident d'automobile.

Alléguant la négligence de ses procureurs dans l'exécution de leur mandat, l'appelant leur reprochait de ne pas avoir présenté toute la preuve qu'ils auraient pu offrir dans la détermination de son préjudice. Par jugement, il n'avait récolté qu'une mince indemnité de 8 304,00\$ du tiers responsable de l'accident.

Essentiellement, son reproche s'adressait aux lacunes de la preuve et notamment au niveau d'une carence de preuves d'expertise susceptibles de qualifier de façon plus avantageuse la nature de son préjudice. En accueillant le pourvoi de l'appelant, la Cour d'appel du Québec devait condamner les procureurs de l'appelant à payer à ce dernier la somme de 15 000\$ à titre d'incapacité partielle permanente, ainsi que 3 250\$ à titre d'incapacité totale temporaire, pour une somme globale de 18 250\$. Les propos de la Cour sont intéressants dans l'exercice auquel elle s'est adonnée dans le cadre de l'examen de cette conduite des professionnels en cause :

Cependant, dans la conduite de la présente affaire, la Cour croit qu'un avocat de compétence moyenne agissant en bon père de famille, aurait usé dans l'intérêt de son client de moyens ordinaires et faciles pour établir les dommages subis par l'appelant.

Dès l'origine du litige, les procureurs de l'appelant crurent les dommages causés par des blessures d'ordre neurologique, qui s'avèrent à la longue à peu près sans séquelles, et négligèrent de porter attention aux blessures d'ordre orthopédique. Les rapports médicaux et l'état du client, lors de sa visite chez son avocat, constituaient toutefois des indications sérieuses que la fracture du fémur pouvait être source d'une invalidité. L'audition de la cause ayant eu lieu près de deux ans après l'accident, il semble qu'on aurait dû faire examiner de nouveau l'appelant afin que l'orthopédiste puisse témoigner de l'état dans lequel se trouvait alors l'appelant.²⁹

Pour la Cour d'appel du Québec, «cette erreur équivaut à faute, puisqu'un avocat agissant avec la diligence ordinairement requise d'un praticien de compétence moyenne n'aurait pas agi de cette façon»³⁰.

De même, dans l'affaire *Valver Real Estate inc. c. Béatrix Young*³¹, la Cour d'appel du Québec avait l'opportunité d'examiner la conduite d'une firme

²⁹ *Id.*, 589.

³⁰ *Id.*

d'évaluateurs professionnels qui avait soumis un rapport d'évaluation à un client, établissant une valeur de l'immeuble entre 35 000\$ et 40 000\$. Invitée à investir une somme de 50 000\$ sur cet immeuble, Dame Béatrix Young s'était fiée aux conclusions de cette expertise quant à la valeur marchande de l'immeuble. Le défaut de l'emprunteur devait conduire à une condamnation personnelle pour le montant du capital et des intérêts dûs.

Incapable d'exécuter ce jugement, madame Young décida de poursuivre la firme d'évaluateurs, leur réclamant la somme de 26 500\$. Devant le tribunal de première instance, l'action fut accueillie pour la somme de 11 000\$: la Cour estimant qu'au moment du procès l'immeuble pouvait avoir une valeur de 14,000\$ et, déduction faite de cette valeur du capital réclamé de 25 000\$ de l'intimée, Dame Béatrix Young avait subi un dommage de 11 000\$, d'où le jugement.

Devant la Cour d'appel, les évaluateurs poursuivis plaidèrent avec insuccès qu'ils n'avaient aucun lien contractuel avec la demanderesse intimée. Répondant à cet argument que la responsabilité était fondée sur l'article 1053 du Code civil, la Cour d'appel trouvait fondée la responsabilité de ces évaluateurs à l'égard de madame Young qui avait subi un dommage à la suite de la faute des appelants.

Qualifiant l'expertise effectuée par la société appelante, la Cour d'appel se montra du même avis que le tribunal de première instance selon lequel : «L'estimation des appelants était ridicule, fausse, de nature à tromper et indiquait une négligence grossière de leur part»³².

La condamnation en première instance au montant de 11,000\$ fut ainsi confirmée par le jugement en appel³³.

II. L'ERREUR DE DROIT ET L'AFFAIRE ROBERGE c. BOLDUC

Exprimée en termes monétaires, l'affaire *Roberge*³⁴ était loin de posséder les attributs usuels d'un grand litige. En effet, le jugement de première instance n'avait retenu la responsabilité professionnelle du notaire que pour une somme de 3 500\$ plus les intérêts et l'indemnité prévue à l'article 1078.1 du Code civil. Dans son jugement³⁵, la Cour supérieure, présidée par monsieur le juge Ivan

³¹ *Valver Real Estate inc. c. Béatrix Young*, [1977] C.A. 237.

³² *Id.*, 239.

³³ Au sujet de la responsabilité d'une firme de comptables agréés, on pourra également consulter l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Haig c. Bamford*, [1977] 1 R.C.S. 466.

³⁴ Précitée, note 16.

³⁵ *Roberge c. Bolduc*, C.S. Québec, n° 200-05-001785-877, 9 février 1988.

Mignault, conclut que le notaire avait erré en droit dans l'avis juridique adressé à son client, lui recommandant de ne pas donner suite à cette transaction.

En effet, dans le cours de son examen de titre, le notaire avait pu constater qu'une hypothèque avait été consentie sur l'immeuble, propriété de Paul Leclerc inc., afin de garantir un emprunt contracté auprès d'une institution prêteuse par l'ancien propriétaire, Paul Leclerc.

À la suite de la faillite de l'un et l'autre, l'institution prêteuse, se prévalant d'une clause de dation en paiement, se fit déclarer propriétaire dans le cadre d'un recours qui ne fut nullement contesté. Le jugement du protonotaire spécial devait déclarer l'institution prêteuse propriétaire de l'immeuble en litige.

Grâce à ce jugement qui fut enregistré, la Caisse vendit subséquemment cet immeuble à l'épouse de Bolduc, qui à son tour, le revendit à son époux.

Dans son avis, le notaire motivait son opinion en ces termes :

L'acte hypothécaire en question ayant été consenti par une personne autre que le propriétaire enregistré, cette hypothèque était donc nulle et le jugement ne pouvait donner plus que ce que valait cette hypothèque.³⁶

Reprochant au notaire d'avoir ignoré l'effet de ce jugement et d'en avoir plutôt écarté l'effet sans une étude plus poussée³⁷, la Cour concluait que le notaire n'avait pas «agi sagement, prudemment et de la manière la plus adéquate dans les circonstances»³⁸.

Permission d'interjeter appel à la Cour d'appel du Québec fut subséquemment refusée, en vertu de l'article 26, paragraphe (4) du *Code de procédure civile*, la Cour estimant «que l'appelant n'a pas démontré que la question en jeu en était une qui devait être soumise à la Cour d'appel»³⁹.

Sur le plan procédural, il est intéressant de souligner que la permission d'en appeler accordée par la Cour suprême du Canada⁴⁰ n'offrait aucune garantie à l'appelant d'obtenir un jugement au mérite⁴¹. S'appuyant sur l'arrêt *MacDonald c.*

³⁶ *Roberge c. Bolduc*, précité, note 16, 387.

³⁷ *Roberge c. Bolduc*, précité, note 35, 220.

³⁸ *Id.*, 219.

³⁹ *Roberge c. Bolduc*, précité, note 16, 390.

⁴⁰ *Dorion c. Roberge*, [1989] 1 R.C.S. VIII (autorisation de pourvoi accordée).

⁴¹ En effet, dans l'arrêt *Cité de Pont Viau c. Gauthier Mfg. Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 516, la Cour suprême du Canada avait renvoyé le dossier à la Cour d'appel pour qu'une décision soit rendue au fond. Pareillement à la

*Ville de Montréal*⁴², la Cour suprême du Canada devait statuer qu'elle avait compétence, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, d'intervenir à l'égard de tout jugement définitif ou de toute autre décision d'une Cour d'appel intermédiaire qui soulève une question d'importance nationale⁴³.

Déjà, en devenant le premier pourvoi en matière civile à suivre un tel cheminement, l'affaire *Roberge* devenait de ce seul fait, un précédent⁴⁴.

Dans son jugement, la Cour suprême du Canada, sous la plume de madame le juge L'Heureux-Dubé, vient à la conclusion que le jugement de première instance est bien fondé et que le pourvoi du notaire appelant doit être rejeté.

A. Les paramètres de la responsabilité professionnelle du notaire

Le jugement de la Cour procède d'abord à réaffirmer certains principes fondamentaux : dans un premier temps, la responsabilité professionnelle est régie par les principes de la responsabilité civile ordinaire, c'est-à-dire, fondés sur la théorie de la faute⁴⁵, dans un deuxième temps, les principes de responsabilité civile applicables aux professionnels en général s'appliquent de la même manière au ministère notarial. De la même façon que la responsabilité médicale⁴⁶ ou la responsabilité hospitalière⁴⁷, la responsabilité du notaire s'apprécie *in abstracto*.

Comme le soulignait la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Legault c. Thiffault*⁴⁸:

Les professionnels que sont les notaires ont l'obligation de rendre à leurs clients des services attentifs, diligents et compétents, de leur donner des

présente affaire, la Cour d'appel du Québec avait refusé la permission d'interjeter appel.

⁴² *Mac Donald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460, 503. Dans cette affaire, monsieur le juge Beetz n'avait pas trouvé approprié de retourner le dossier à la Cour d'appel relativement à ce pourvoi qui touchait à l'interprétation de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3, et plus particulièrement du caractère unilingue francophone d'une sommation en matière de poursuite sommaire.

⁴³ *Roberge c. Bolduc*, précité, note 16, 393.

⁴⁴ Sur cette question, on pourra consulter deux décisions : *Canadian Cablesystems (Ontario) Ltd c. L'Association des consommateurs du Canada*, [1977] 2 R.C.S. 740, 742; *Ernewein c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 1 R.C.S. 639, 643.

⁴⁵ *Roberge c. Bolduc*, précité, note 16, 393; H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, note 23, p. 574; et A. et R. NADEAU, *op. cit.*, note 17, p. 279.

⁴⁶ *X. c. Mellen*, [1957] B.R. 389.

⁴⁷ *Hôpital général de la région de l'amiante inc. c. Perron*, [1979] C.A. 567.

⁴⁸ *Legault c. Thiffault*, C.A. Montréal, n° 500-09-000488-742, 4 août 1976 (arrêt résumé dans [1976] C.A. 729).

*conseils et des avis sages et judicieux en autant qu'il est raisonnable d'en attendre d'un praticien du droit de compétence ordinaire. S'ils manquent à ces devoirs, ils commettent une faute qui les rend responsables des dommages qui en sont la suite immédiate et directe.*⁴⁹

Après avoir minutieusement défini les obligations de diligence, de résultat et de garantie⁵⁰, la Cour suprême du Canada conclut :

*[M]ême s'il peut y avoir des cas où leur obligation pourrait en être une de résultat, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, les notaires du Québec ont, en principe, envers leurs clients une obligation de diligence.*⁵¹

Par ailleurs, eu égard à la nature de l'activité sous étude, le degré de latitude du tribunal dans l'appréciation de cette obligation de diligence pourra varier. D'une part, si le litige porte sur les mesures de précaution entourant la préparation d'une soupe au poulet⁵², afin d'y écarter la présence d'un os de volaille, le tribunal est apte à concevoir en quoi consistent les règles de l'art dans ce domaine. Point n'est besoin d'entendre le témoignage des plus grands cuisiniers pour statuer sur un pareil cas.

D'autre part, si le litige a trait à une erreur dans un diagnostic et un traitement d'un malade, la recherche d'un modèle de comparaison aura pour effet de forcer le tribunal à limiter son analyse de la notion de diligence aux paramètres de la preuve présentée quant aux standards de la science médicale à cette époque. Le regretté juge André Nadeau écrivait à ce propos :

*Les tribunaux n'ont pas compétence pour trancher des différends scientifiques et partager les opinions divergentes des médecins sur certains sujets. Ils ne peuvent conclure à la faute que lorsqu'il y a violation des règles médicales admises par tous. Les cours n'ont rien à voir aux questions d'appréciation controversée du diagnostic ou de préférence à donner à tel ou tel traitement.*⁵³

⁴⁹ *Id.*, 8.

⁵⁰ *Roberge c. Bolduc*, précité, note 16, 396. L'obligation de diligence étant définie comme étant : «L'obligation de diligence est celle où le débiteur est tenu de faire preuve de prudence et d'habileté pour parvenir au résultat souhaité par les parties. On retrouve cette intensité d'obligation tant en matière contractuelle qu'en matière extra-contractuelle».

⁵¹ *Id.*, 398.

⁵² Dans l'arrêt *Santana c. Dame Tandy*, [1972] C.A. 193, la Cour d'appel du Québec avait jugé que les règles de l'art recommandaient l'utilisation d'un tamis ou d'une étamine pour éviter la présence d'un os. Par ailleurs, dans l'affaire *Dubé c. Laurin*, (1941) 79 C.S. 308, le juge Salvas avait partagé la responsabilité, le consommateur étant responsable dans une proportion des deux tiers (2/3) pour n'avoir pas été prudent.

⁵³ André NADEAU, «La responsabilité médicale», (1946) 6 R. du B. 153, 155.

Dans l'arrêt *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*⁵⁴, madame le juge L'Heureux-Dubé accepte cet énoncé et celui selon lequel «les professionnels de la santé ne devraient pas être tenus responsables de simples erreurs de jugement, qui sont distinctes de la faute professionnelle»⁵⁵. La référence à cette décision est d'autant plus pertinente que celle-ci s'appuie sur la preuve d'expertise pour exonérer l'hôpital et le médecin, comme l'avait décidé le tribunal de première instance⁵⁶.

Dans certains secteurs de la santé, la preuve des risques opératoires nécessitera une expertise afin de déterminer l'existence d'un consentement éclairé, lorsque le spécialiste aura négligé de discuter des risques ou des effets négatifs possibles de l'intervention⁵⁷.

Comme l'écrivait, avec à-propos, monsieur le juge Baudouin dans l'arrêt *Lessard c. Bolduc* :

*En outre, malgré les évidentes difficultés pratiques que la chose représente, le fardeau de la preuve repose sur le demandeur de démontrer l'existence d'une faute civile.*⁵⁸

Dans l'affaire *Suite c. Cooke*⁵⁹, monsieur le juge André Denis s'était fondé sur le témoignage de l'expert de la demanderesse, afin de juger la faute d'un gynécologue qui avait sectionné une veine plutôt que la trompe gauche de la demanderesse au cours d'une ligature des trompes; cette erreur devant résulter dans la naissance d'un quatrième enfant :

Comme le Dr. Lambert, témoin expert de la partie demanderesse, la Cour considère que la consultation du rapport de pathologie après la pratique d'une ligature de trompes par voie de minilaparotomie constitue une règle de l'art de la gynécologie. Le Dr. Lambert ajoute avec raison que la consultation du rapport de pathologie constitue le seul moyen dont

⁵⁴ *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351.

⁵⁵ *Id.*, 363.

⁵⁶ C.S. Joliette, n° 705-05-001017-76, 21 mai 1980. Le témoignage de l'expert, Dr. Lafèche, a été retenu pour établir le caractère suffisant de l'appel du Dr. Chevrette de l'Hôpital Le Gardeur afin de prévenir l'Hôpital Ste-Justine à qui on transférerait cette jeune patiente. Par cette preuve d'expertise, on a ainsi établi une pratique médicale.

⁵⁷ *Lessard c. Bolduc*, C.A. Québec, n° 200-09-000253-895, 2 avril 1993, p. 7. Selon monsieur le juge Baudouin : «Notre Cour doit, dès lors, examiner les conclusions que le juge de première instance a tirées de la preuve qui lui a été présentée et surtout de la preuve d'expertise.» (Nos soulignés).

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ *Suite c. Cooke*, [1993] R.J.Q. 514. Le sectionnement de la veine en lieu et place d'une trompe est qualifié d'excusable, par le témoin expert de la demande. Cette erreur étant «susceptible de survenir dans les mains du meilleur des chirurgiens» (p. 517).

*dispose le gynécologue pour s'assurer de la réussite de la ligature pratiquée.*⁶⁰

Or, dans un litige relatif à l'erreur de droit reprochée à un conseiller juridique, le témoignage de l'expert n'est pas permis sur tous les aspects du dossier. Ceci a pour effet de conférer une plus large autonomie dans l'appréciation de la preuve.

Dans leur ouvrage⁶¹, les professeurs Bernardot et Kouri semblent en accord avec ce principe :

*Nous avons dit précédemment que l'expert était un spécialiste et le juge un profane. Ceci est vrai dans le domaine médical. Ce ne l'est plus dans le domaine juridique. Or quelle est la tâche de l'expert ? Précisément de renseigner le juge au niveau des faits, de lui dire exactement dans un cas précis en quoi consistent «les données acquises de la science». À ce niveau, le juge ne peut pas faire abstraction des informations données. Elles s'imposent à lui, en ce sens qu'il ne peut les ignorer. Mais au moment où la tâche de l'expert est terminée, celle du juge commence. C'est à lui de transposer le fait au droit. Et là, il est normal que le juge jouisse d'une complète liberté.*⁶²

Dans l'affaire *Roberge*, la Cour suprême du Canada a décidé que «le témoignage d'un expert ne lie pas quant à la question de droit précise que le juge est appelé à trancher»⁶³.

B. L'erreur de droit du notaire et la chose jugée

Devant la Cour, l'appelant s'était consacré à démontrer un fait non contesté : l'acte d'obligation hypothécaire par Paul Leclerc à l'institution prêteuse n'avait pas été consenti par le véritable propriétaire, soit Paul Leclerc Inc. À son avis, l'article 2037 du Code civil rendait l'acte d'obligation hypothécaire nul et de nullité absolue :

Les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent [...].

⁶⁰ *Id.*, 518 et 519.

⁶¹ Alain BERNARDOT et Robert P. KOURI, *La responsabilité civile médicale*, Sherbrooke, Éditions Revue de Droit, Université de Sherbrooke, 1980.

⁶² *Id.*, p. 17.

⁶³ *Roberge c. Bolduc*, précité, note 16, 431.

Sur cette question de nullité absolue *ab initio*, l'appelant tenta de démontrer une opinion unanime de la doctrine à cet effet⁶⁴. Simplement dit, la prétention de l'appelant proposait qu'une personne ne pouvait, par le bénéfice d'une clause de dation en paiement et d'un jugement en résultant, devenir propriétaire d'un immeuble par la voie d'un acte d'obligation hypothécaire radicalement nul.

Après avoir examiné le principe de la *chose jugée* ainsi que les conditions strictes énoncées à l'article 1241 du *Code civil du Bas Canada*, la Cour devait conclure à l'erreur du notaire en soulignant :

*Le notaire appelant a présumé qu'en raison du vice décelé dans la formation de l'hypothèque, le titre du vendeur pouvait être contesté. À mon avis, l'appelant n'a pas fait la distinction entre le vice de l'hypothèque, qui existait, et le vice du titre, qui n'existait pas puisqu'il y avait été remédié par le jugement conférant la propriété de l'immeuble à la Caisse.*⁶⁵

En concluant comme elle le fait, à l'erreur de droit, la Cour reproche au notaire d'avoir considéré des scénarios contentieux et d'avoir estimé viables des recours illusoires ou inexistantes en droit.

Le juge de première instance avait donc raison de conclure :

*Le jugement contentieux du 17 juillet 1980 avait donc un caractère définitif et l'autorité de la chose jugée et conférait un titre bon et valable à la Caisse populaire de St-François d'Assise, et cela en dépit du fait que l'hypothèque consentie aux termes de l'acte d'obligation du 31 mai 1977 l'avait été par Paul Leclerc alors que Paul Leclerc Inc. en était à ce moment-là le propriétaire en titre.*⁶⁶

Il ne s'agissait pas d'un cas où le notaire aurait omis d'effectuer une recherche minutieuse de titre et se serait satisfait de consulter par téléphone un confrère qui avait reçu antérieurement un acte pour la même propriété⁶⁷.

Dans l'affaire *Roberge*, le notaire-appelant avait procédé à un véritable examen de titres, mais la Cour estime qu'il y a eu erreur de ce dernier.

⁶⁴ *Traité de droit civil du Québec*, t. 14, par André NADEAU et Léo DUCHARME, Montréal, Wilson et Lafleur, 1950, p. 233; Jean-Guy CARDINAL, «L'incapacité», (1957) 60 *R. du N.* 152, 156.

⁶⁵ *Roberge c. Bolduc*, précité, note 16, 427.

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ *Caisse populaire St-Philippe de Windsor c. X.*, [1989] R.R.A. 116 (C.S.).

C. L'erreur de droit et la faute

Pour la Cour, cette erreur de droit n'est pas automatiquement génératrice de faute. Dans le cadre de ce pourvoi, une preuve d'expertise non contredite établissait que :

[L]a pratique notariale courante aurait mené à la conclusion qu'il y avait un vice dans le titre du vendeur et que ce vice n'avait pas été effacé par le jugement conférant la propriété à la Caisse.⁶⁸

Après avoir déclaré admissible cette preuve relativement à la pratique professionnelle sous examen, la Cour note plusieurs précédents où cette preuve d'expertise disculpatoire n'avait pas été jugée suffisante pour écarter un verdict de faute et de responsabilité⁶⁹.

Malgré la preuve selon laquelle l'appelante avait agi en conformité avec la pratique notariale générale de l'époque et que cette constatation n'ait pas été soulevée par les intimées, dans leurs moyens, la Cour formule l'opinion :

[I]l ne suffit pas [...] de suivre la pratique professionnelle courante pour échapper à sa responsabilité. Il faut que le caractère raisonnable de cette pratique puisse être démontré.⁷⁰

Malgré la preuve d'expertise unilatérale, la Cour conclut :

Il ressort de cette brève revue de la doctrine et de la jurisprudence que les tribunaux ont le pouvoir discrétionnaire d'apprécier la responsabilité, malgré l'existence d'une preuve non contredite quant à la pratique professionnelle courante à l'époque en question. La norme doit toujours être, compte tenu des faits particuliers de chaque espèce, celle du professionnel raisonnable placé dans les mêmes circonstances.

Il se peut fort bien que la pratique professionnelle soit le reflet d'une conduite prudente et diligente. On peut, en effet, espérer qu'une pratique qui s'est développée parmi les professionnels relativement à un acte professionnel donné témoigne d'une façon d'agir prudente. Le fait qu'un professionnel ait suivi la pratique de ses pairs peut constituer une forte preuve d'une conduite raisonnable et diligente, mais ce n'est pas

⁶⁸ *Roberge c. Bolduc*, précité, note 16, 432. La Cour note en effet à la page 432, cette preuve non contredite : «[I]l faut maintenant examiner quelle était la pratique notariale courante au Québec à cette époque, telle qu'elle ressort de la preuve non contredite, et de déterminer si cette pratique met le notaire appelant à l'abri de la responsabilité».

⁶⁹ *Caisse populaire St-Etienne-de-la-Malbaie c. Tremblay*, [1990] R.D.I. 483 (C.A.); *Fournier et Papillon Ltée c. Simard*, [1987] R.R.A. 566 (C.A.) ainsi que l'affaire *Central Trust Company c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, 210 et 211.

⁷⁰ *Roberge c. Bolduc*, précité, note 16, 434.

*déterminant. Si cette pratique n'est pas conforme aux normes générales de responsabilité, savoir qu'on doit agir de façon raisonnable, le professionnel qui y adhère peut alors, suivant les faits de l'espèce, engager sa responsabilité.*⁷¹

Estimant, comme le juge de première instance, que l'appelant aurait dû pousser davantage sa recherche et s'interroger sur l'effet juridique du jugement rendu plutôt que de conclure sans autre examen que le jugement était entaché de nullité du seul fait que l'hypothèque consentie par Paul Leclerc à la Caisse populaire était nulle, la Cour statue que l'omission de prendre en considération l'autorité de la *chose jugée* en pareil cas est déraisonnable, peu importe qu'il s'agisse ou non d'une pratique notariale courante.

*Bien que l'appelant ait eu raison de souligner le vice dont était entaché l'acte de prêt, il a eu tort de ne pas évaluer soigneusement l'effet du jugement obtenu par la Caisse sur le titre du vendeur. Cette erreur de droit était déraisonnable et constitue une faute au regard des faits de la présente affaire.*⁷²

En qualifiant la pratique notariale de traitement superficiel, la Cour suggère fortement que le rôle de l'examineur de titres n'est pas limité à retracer la chaîne des transactions, à l'aide de l'index aux immeubles, mais aussi d'analyser chacun de ces actes pour être en mesure de prendre position sur leur validité, leur effet juridique ainsi que la capacité des parties qui apparaissent à ces transactions.

Ajoutons également que dans le présent cas, l'erreur reprochée à l'appelant consistait au surplus à surestimer les possibilités et les chances de réussite d'une contestation du titre⁷³.

⁷¹ *Id.*, 436 et 437. Dans l'arrêt *Villemure c. Hôpital Notre-Dame*, [1973] R.C.S. 716, malgré une preuve d'expertise psychiatrique unanime, la Cour avait conclu à la responsabilité du médecin psychiatre.

⁷² *Id.*, 439 (nos soulignés). L'extrait suivant mérite également d'être souligné : « Quoique semée d'embûches, la question de la chose jugée, qui est au coeur du présent litige, n'est pas une question controversée dans le domaine juridique. Le droit est en effet bien établi à ce sujet. Bien que son application aux faits de chaque espèce puisse nécessiter une analyse approfondie, c'est là la démarche qu'on attend d'un praticien du droit, qu'il soit avocat ou notaire. Dans la présente affaire, les faits ne présentaient pas de difficultés particulières eu égard à l'appréciation du principe de la chose jugée. La pratique notariale en matière de recherche de titres, telle que la preuve en a été établie au procès, ne saurait donc être qualifiée de raisonnable et diligente compte tenu de la clarté du droit à cette époque, pas plus qu'on ne saurait excuser le traitement superficiel accordé à la question de la chose jugée » (*id.*, 437 et 438).

⁷³ Yvan DESJARDINS, « L'effet de la chose jugée et l'examen des titres, ou la responsabilité notariale selon la Cour suprême », (1991-92) 94 *R. du N.* 283.

D. Lien de causalité

À l'occasion de l'arrêt *Parrot c. Thompson*⁷⁴ la Cour suprême du Canada avait eu l'opportunité d'examiner la notion de causalité en matière de responsabilité professionnelle. Dans ce pourvoi, l'arpenteur-géomètre appelant avait été poursuivi en raison d'une inexactitude quant à la superficie d'un lot pour lequel il avait préparé un plan de lotissement.

En raison d'une erreur de calcul, l'appelant avait chiffré la superficie à 80,340 pieds carrés alors que la superficie réelle du lot subdivisé n'était que de 73,659.96 pieds carrés. Remis à son client d'alors, en 1956, ce document fut subséquemment transmis aux intimés qui se portèrent acquéreurs du terrain composé du lot subdivisé et d'une partie de deux lots non subdivisés; la vente se faisant sans indication de superficie.

Les acquéreurs, selon leurs propres chiffres, croyaient acquérir un terrain de 102,840 pieds carrés. S'étant engagés à livrer à des promettants-acheteurs une superficie dépassant la superficie réelle, les intimés avaient poursuivi l'appelant en dommages, puisqu'en raison de cette situation inconfortable, ils avaient dû négocier avec le second acheteur, la vente d'une superficie inférieure et lui consentirent, par transaction, une réduction du prix au pied carré.

En Cour supérieure, l'appelant avait reconnu immédiatement le fondement de son erreur qui reposait sur une mauvaise transposition de la superficie d'abord calculée en acres pour la transposer en pieds carrés. Le jugement de la Cour supérieure avait rejeté le recours en dommages, reprochant au demandeur de ne pas avoir vérifié, avant d'acheter, la superficie du terrain qu'il convoitait, et l'absence de preuve que la superficie du terrain avait pu constituer un élément d'importance dans la décision de ces derniers, compte tenu que la promesse de vente ne mentionnait aucune superficie, ni aucune référence de prix au pied carré.

En Cour d'appel, le jugement fut renversé, la Cour estimant que les demandeurs appelants étaient fondés à se fier aux données contenues dans ce document public.

L'extrait suivant de la décision de la Cour d'appel du Québec mérite d'être reproduit :

Par ailleurs, l'intimé avait ici une obligation de résultat, d'exactitude vu qu'il ne s'agissait que d'un calcul mathématique à partir de données certaines et vu le caractère officiel de la description technique pour les

⁷⁴ *Parrot c. Thompson*, [1984] 1 R.C.S. 57. On consultera avec profit l'arrêt *Darveau c. Colas*, [1992] R.R.A. 543, J.E. 92-1013 (C.A.) (avocat); ainsi que l'arrêt *Arsenault c. Ryback*, [1991] R.R.A. 685 (C.A.) (médecin).

fins du cadastre, que seul un arpenteur est habilité à dresser. Les appelants font partie de la catégorie de personnes à qui ces informations officielles étaient destinées. C'est là le but de l'enregistrement de ces données et c'est uniquement parce que l'une d'elles était erronée par suite de la faute professionnelle de l'intimé qu'ils assumèrent les obligations qu'ils ne pouvaient exécuter mais qui n'en engagèrent pas moins leur responsabilité. C'était là une situation prévisible.⁷⁵

Abordant le lien de causalité, la Cour suprême, sous la plume de monsieur le juge Chouinard, estime qu'il aurait fallu que les intimés fassent la preuve que, n'eût été de l'erreur de l'appelant, ils auraient obtenu, pour le terrain qu'ils possédaient et qu'ils ont effectivement vendu, un prix plus élevé que celui qu'ils ont obtenu. L'absence de cette preuve est jugée fatale et justifie l'intervention de la Cour qui conclut au rejet de l'action des intimés.

À la page 72, la Cour s'exprime en ces termes :

Il n'en découle pas qu'un arpenteur ne saurait voir sa responsabilité engagée envers un tiers par suite d'une erreur de la nature de celle commise en l'espèce. On peut imaginer le cas où les intimés, par exemple, se fiant à la description technique, auraient eux-mêmes fait préparer des plans d'un immeuble occupant l'entière superficie. Vu l'erreur, les honoraires déboursés l'auraient été en pure perte. On peut concevoir qu'il puisse s'agir là d'un dommage résultant directement de l'erreur bien que, il va de soi, il n'y ait pas lieu d'en décider.

Mais, la réduction du prix au pied carré consentie par la transaction et que le juge de première instance a qualifiée de perte de profits, perte de profits que les intimés pouvaient espérer réaliser s'ils avaient possédé la superficie qu'ils n'ont jamais possédée, n'est pas, à mon avis, un dommage résultant directement de l'erreur de l'appelant. Il n'y a pas de lien de causalité entre le dommage réclamé et l'erreur de l'appelant.⁷⁶

À l'occasion de l'affaire *Roberge c. Bolduc*, la notion de causalité fut à nouveau examinée. En effet, le notaire appelant avait obtenu une opinion juridique d'un confrère, consulté subséquemment, et ce deuxième avis juridique avait confirmé l'opinion de l'appelant quant à la situation des titres.

Procédant à examiner si la faute de l'appelant pouvait constituer la conséquence logique, directe et immédiate du dommage, la Cour conclut :

Le fait que le second notaire est parvenu à la même conclusion que l'appelant n'atténue pas, dans les circonstances de l'espèce, l'effet

⁷⁵ *Thompson c. Parrot*, C.A. Montréal, n° 500-09-000121-772, 29 juillet 1981, p. 10.

⁷⁶ *Parrot c. Thompson*, précité, note 74, 72.

direct, logique et immédiat que la faute de l'appelant a eu sur le dommage subi par les intimés. La faute du second notaire, s'il en est, n'est pas en cause en l'espèce. Mais ce qui ne fait pas de doute, c'est que les intimés se sont fondés sur la conclusion du notaire appelant, et c'est la faute de ce dernier qui a été la causa causans dans la chaîne des événements qui ont abouti au dommage subi par les intimés.⁷⁷

Dans l'affaire *Sasseville c. Bonneville*⁷⁸, la Cour d'appel du Québec a eu l'opportunité d'examiner un pourvoi en matière de responsabilité notariale. Dans cette affaire, les appelantes, une veuve et ses deux filles, reprochaient au notaire intimé à qui elles avaient donné le mandat «de régler la succession au complet»⁷⁹, de ne pas avoir fait les démarches nécessaires en vertu de la *Loi sur le régime de rentes du Québec*⁸⁰ pour permettre aux appelantes de bénéficier de rentes mensuelles depuis le décès du chef de la famille.

Compte tenu que le bénéfice de ces rentes était accordé avec une période de rétroactivité limitée à douze mois précédant la date à laquelle la demande était faite, les appelantes reprochaient au notaire un manque à gagner de 1973 jusqu'en 1978.

Pour la Cour, la question est la suivante :

Le tribunal doit décider si le notaire avait une obligation de préparer la demande de rentes, ou du moins d'informer madame Sasseville de ses droits, et de ceux de ses filles, en ce qui concerne ces rentes.⁸¹

Estimant que le texte de la *Loi sur le régime de rentes du Québec* ne fait pas de ces prestations un élément d'une succession⁸², la Cour interprète le mandat du notaire aux seuls effets directs de la succession :

Madame Sasseville a donné mandat au notaire de régler la succession. Elle ne lui a pas demandé des conseils d'ordre général et il n'avait pas raison de croire qu'elle avait besoin de tels conseils. Loin d'être une personne «non instruite, inexpérimentée et naïve» et malgré une santé délicate, elle tenait une boutique pour dames et faisait elle-même des

⁷⁷ *Roberge c. Bolduc*, précité, note 16, 443 et 444.

⁷⁸ *Sasseville c. Bonneville*, C.A. (Québec), n° 200-09-000694-874, 26 avril 1991.

⁷⁹ *Id.*, j. Le Bel, p. 1.

⁸⁰ *Loi sur le régime de rentes du Québec*, L.R.Q., c. R-9.

⁸¹ *Sasseville c. Bonneville*, précité, note 78, j. McCarthy, p. 2.

⁸² La Cour note en effet qu'à l'article 146 il est énoncé qu'une telle prestation n'est pas censée provenir de la succession et que les appelantes auraient pu toucher de telles rentes, même si le défunt avait tout légué à un étranger.

*démarches pour se faire transférer le permis de la Régie des alcools qu'avait détenu son mari. Elle avait l'aide d'un comptable et d'un avocat. D'ailleurs, rien ne laisse croire que les formules de demande de rente de conjoint survivant ou d'orphelin soient particulièrement compliquées.*⁸³

Il importe de mentionner qu'aucune preuve de pratique notariale n'avait été faite en première instance et, au cours des plaidoiries, les procureurs des appelantes avaient tenté de déposer un article de Me Armand Lavallée, notaire, «*Mini-cours de perfectionnement, la pratique notariale rendue facile*»⁸⁴. Dans cet article, des conseils techniques étaient prodigués au notaire, dans le cadre des opérations entourant le règlement d'une succession, et des formulaires étaient proposés pour communiquer avec la Régie des rentes «en rapport avec la rente de veuve et des enfants»⁸⁵.

Estimant qu'un tel procédé était inacceptable, la Cour conclut qu'une telle question de fait ne pouvait être établie en preuve par simple référence à un article professionnel⁸⁶.

Dans ses notes, monsieur le juge LeBel considère, à son tour, l'inexistence de la preuve d'expertise et rappelle néanmoins que «la responsabilité d'un professionnel peut être retenue, si les éléments nécessaires à l'appréciation de sa conduite se retrouvent au dossier»⁸⁷.

Il prend la peine de préciser cependant que ces preuves d'expertise ou d'opinion de pratique courante auraient pu être utiles, mais «non pas pour déterminer le contenu même du mandat professionnel»⁸⁸. Il précise sa pensée en ces termes :

Quelques années après l'adoption de la Loi sur le régime de rentes du Québec (S.Q., c. R-9), il fallait démontrer, en demandant au notaire de régler une succession, que l'on comprenait habituellement que le cadre de ce mandat incluait soit la réclamation même de la rente, soit à tout le moins un conseil ou une information sur l'existence de ce droit. Ceci n'a

⁸³ *Sasseville c. Bonneville*, précité, note 78, j. McCarthy, pp. 2 et 3.

⁸⁴ (1971) 73 R. du N. 531.

⁸⁵ *Sasseville c. Bonneville*, précité, note 78, j. McCarthy, p. 4.

⁸⁶ *Id.* L'extrait suivant des notes de monsieur le juge McCarthy est à cet effet : «À mon avis, la preuve de la pratique notariale (question de fait, ne l'oublions pas) ne peut être faite par simple référence à cet article. Il aurait fallu faire entendre l'auteur, permettre son contre-interrogatoire, envisager peut-être d'autres témoins» (p. 4).

⁸⁷ *Id.*, j. Le Bel, p. 2. Il cite à cet égard l'affaire *Julien c. Banque Nationale du Canada*, C.A. Montréal, n° 500-09-001194-869, 2 avril 1991, j. Beauregard, p. 9.

⁸⁸ *Id.*, pp. 2 et 3.

pas été établi. D'ailleurs, le notaire n'a pas été le seul professionnel consulté après le décès de monsieur Sasseville. La preuve démontre que madame Sasseville a fait régler d'autres problèmes résultant du décès, soit par un avocat, soit par un comptable.⁸⁹

Dans *Société nationale de fiducie c. Baribeau*⁹⁰, la Cour d'appel a eu l'opportunité d'étudier une affaire similaire. À nouveau, la preuve démontrait que le mandat du notaire avait été modifié et que le directeur de l'une des institutions prêteuses s'était chargé de recevoir les signatures des cautions. Le critère de la pratique notariale fut utilisé afin de déterminer s'il revenait au notaire de recueillir la signature de nombreuses personnes physiques et morales qui s'étaient portées caution. Parvenant à la conclusion que l'intimé avait rempli son mandat quant à l'acte de prêt, la Cour estime que les appelantes ne s'étaient pas déchargées du fardeau de prouver l'existence du mandat relativement aux cautionnements.

C'est en se fondant sur la notion de causalité que la Cour d'appel, dans l'affaire *Caisse populaire St-Etienne-de-la-Malbaie c. Tremblay*⁹¹, a modifié les conclusions du jugement de première instance qui avait retenu la seule responsabilité du registraire à la suite de la préparation d'un certificat de recherche erroné. Le registraire avait, en effet, omis de mentionner l'existence d'une vente du père de l'emprunteur au profit de la Couronne. Se basant sur ce certificat de recherche, le notaire avait émis l'opinion «que la chaîne des titres est très bonne»⁹².

La Cour d'appel conclut à la faute du notaire qui aurait dû effectuer un véritable examen de titres et non l'examen limité à l'aide d'un certificat de recherche issu de l'index aux immeubles.

Analysant les deux fautes en présence, celle du notaire et celle du registraire, la Cour applique la théorie du *novus actus interveniens* :

On peut dès lors se demander si la faute délictuelle du registraire n'est pas couverte par la faute contractuelle du notaire, qui a lui-même assumé envers l'appelante une obligation de résultat en lui garantissant que la chaîne des titres était bonne et qu'elle détenait une hypothèque de bonne valeur marchande.

⁸⁹ *Id.*, p. 3.

⁹⁰ *Société nationale de fiducie c. Baribeau*, [1990] R.R.A. 755 (C.A.).

⁹¹ Précitée, note 69.

⁹² *Id.*, 487.

Cette garantie fut donnée, certes, sur la foi d'un certificat de recherche erroné, mais le notaire a commis une nouvelle faute envers l'appelante en lui représentant faussement qu'il avait effectué un examen de titres.

Les deux fautes, l'omission du registrateur et la fausse représentation du notaire, ne sont pas concomitantes. Elles se succèdent. À telle enseigne que, si le notaire n'avait pas commis la deuxième, il aurait décelé la première. Ce qui revient à dire que, si le notaire avait véritablement effectué un examen de titres comme il l'a représenté à l'appelante, il se serait rendu compte de l'omission du registrateur et le préjudice n'aurait pas eu lieu.

D'où la nécessité de rechercher le lien causal véritable entre le dommage subi par l'appelante et la faute qui l'a directement engendré.

À mon avis, la faute du notaire constitue en l'occurrence un «événement nouveau, indépendant de la volonté de l'auteur de la faute et qui rompt la relation directe» entre l'omission du registrateur et le préjudice. Ainsi s'exprime Jean-Louis Baudouin au sujet de la théorie du novus actus interveniens. Paraphrasant encore la même étude, je dirais que l'acte fautif du registrateur aurait pu à lui seul, objectivement, provoquer le dommage, et le registrateur aurait pu prévoir les conséquences de son omission fautive mais cette conduite fautive n'est pas directement le fait générateur du préjudice subi par l'appelante.⁹³

L'intervention du fisc canadien a cependant été salutaire pour un notaire fautif qui avait enregistré, près de 30 jours après la passation de l'acte, une convention par laquelle le mari cédait à l'appelante la propriété de la résidence familiale⁹⁴. Confirmant le jugement de première instance qui avait rejeté l'action contre le notaire retardataire, la Cour d'appel est d'avis qu'en raison de l'endettement de l'époux auprès du ministre du Revenu national, la cession avait donné ouverture à l'application de l'article 160 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁹⁵, ayant ainsi pour effet de rendre l'appelante codébitrice de la dette fiscale de son époux jusqu'à concurrence de la valeur de la résidence familiale. Malgré la faute professionnelle du notaire, ce dernier n'était pas responsable en raison de l'absence du lien de causalité.

E. Critique de l'affaire Roberge c. Bolduc

Il est indéniable que cette décision revêt une importance considérable pour l'ensemble des notaires au Québec.

⁹³ *Id.*, 495.

⁹⁴ *Drouin c. Gameau*, C.A. Montréal, n° 500-09-000004-895, 11 décembre 1990, J.E. 91-61.

⁹⁵ S.R.C. 1952, c. 148 et mod.

Il suffit, pour s'en convaincre, de prendre connaissance des affidavits de trois présidents de la Chambre des notaires qui avaient été produits à l'appui de la requête en autorisation⁹⁶.

Il serait faux de prétendre que cet arrêt impose dorénavant une obligation de résultat ou de garantie. Celui-ci précise cependant la nature des obligations que doit remplir un notaire dans le cadre de l'examen de la chaîne de titres :

C'est d'abord et avant tout en vue d'obtenir une opinion juridique sur le titre du vendeur, condition essentielle à l'obtention d'un prêt de la banque, que les intimés ont consulté le notaire appelant. C'était là la principale obligation contractuelle du notaire envers les intimés, une obligation de moyens, mais qu'il avait le devoir de remplir d'une manière prudente et diligente. Il ne suffisait pas qu'après avoir consulté l'index des immeubles, les plans cadastraux et les livres de renvoi, le notaire appelant conclue simplement, en ce qui concerne le jugement obtenu par la Caisse :

L'acte hypothécaire en question ayant été consenti pas une personne autre que le propriétaire enregistré, cette hypothèque était donc nulle et le jugement ne pouvait donner plus que ce que valait cette hypothèque.

Tenu de donner une opinion juridique quant au titre, le notaire se devait donc de vérifier et de comprendre les effets des jugements portant sur ce titre. Il lui incombait d'examiner le jugement obtenu par la Caisse pour en évaluer les conséquences sur le titre du vendeur par rapport au bien immobilier en question. Or l'opinion du notaire appelant sur l'effet du jugement obtenu par la Caisse est fondée sur une interprétation déraisonnable du droit applicable, quelle qu'ait pu être la pratique notariale en vigueur à cette époque au Québec. Par surcroît, cette

⁹⁶ *Roberge c. Bolduc*, précité, note 16. La Cour reproduit ces affidavits de M^e Roger Comtois, M^e Yvan Desjardins et M^e Jean Lambert, à la page 447. Le notaire Roger Comtois affirme ainsi dans son affidavit : «J'estime que le jugement du Juge Migneault (*sic*) enlève toute autorité à l'opinion qu'un notaire et un conseiller juridique peut donner sur les titres d'un immeuble et que ce jugement obligerait les parties, avant de passer un acte dont les titres sont douteux, à obtenir du Tribunal un jugement sur la validité des titres d'un immeuble, ce qui paralyserait gravement toutes les opérations et les transactions immobilières et causerait un grave préjudice aux propriétaires d'immeubles». Le notaire Yvan Desjardins déclare pour sa part : «La décision du juge Mignault revêt pour toute la profession juridique au Canada, et plus particulièrement pour les notaires du Québec, une importance capitale en ce qu'elle rend responsable un homme de loi pour un conseil donné à son client en toute bonne foi et sans aucune négligence de sa part, conseil qu'il est par ailleurs de son devoir de fournir dans l'exercice de sa profession». Le notaire Jean Lambert affirme enfin : «Il importe pour la pratique notariale au Québec que la décision de première instance soit réformée par la Cour d'appel ou par cette honorable Cour, si elle le juge à propos puisqu'elle met en cause l'appréciation du devoir de conseil du notaire et l'obligation qu'a celui-ci, lorsqu'il entretient un doute raisonnable quant à la validité d'un titre, d'en aviser ses clients».

*pratique n'était pas conforme à une ligne de conduite raisonnable et diligente.*⁹⁷

Dans un examen de l'arrêt, M^e Paul Yvan Marquis estime que :

*Ce que la Cour semble exiger du notaire raisonnable, de compétence ordinaire, c'est que si, lors d'un examen de titres, une question difficile se présente le praticien ne la traite pas superficiellement mais l'étudie sérieusement et soigneusement afin, peut-on supposer, que cette recherche se répercute sur la qualité de l'opinion juridique donnée. Je crois que, si la preuve d'une telle étude, d'une pareille recherche, est apportée, le notaire, normalement, ne saurait devenir sujet de responsabilité, à moins d'une erreur inexcusable, car il aura adopté la ligne de conduite d'un notaire raisonnable, diligent et prudent.*⁹⁸

Dans le présent cas, on avait également reproché au notaire appelant de ne pas avoir adéquatement renseigné ses clients sur les possibilités d'une poursuite judiciaire.

Par ailleurs, si le notaire avait conclu que le jugement avait conféré un titre valable, n'aurait-il pas alors assumé une obligation de résultat. Dans *Caisse populaire St-Etienne-de-la-Malbaie c. Tremblay*⁹⁹, la Cour d'appel du Québec est parvenue à cette conclusion :

C'est donc à la lumière de cette pratique particulière qu'il convient d'apprécier la nature des obligations assumées par le notaire quand il adressait à l'appelante ce document formaliste où il lui représente qu'il a examiné les titres et que son examen lui permet d'affirmer que «la chaîne des titres est très bonne» et «que vous détenez sur cet immeuble une première hypothèque de bonne valeur marchande».

*Avec égards, je suis d'avis que, dans ce contexte, ce document recèle un obligation de résultat.*¹⁰⁰

Un rapprochement entre l'affaire *Roberge* et l'arrêt *Commissaires d'école de la Régionale Louis Fréchette c. Breton*¹⁰¹ s'avère fort intéressant, bien qu'il s'agisse d'une question de titre dans le contexte d'une expropriation.

⁹⁷ *Id.*, 438.

⁹⁸ Paul-Yvan MARQUIS, «L'affaire Dorion» : les conséquences du jugement de la Cour suprême sur la pratique notariale et sur l'examen des titres», (1992) 1 *C.P. du N.* 1, 32.

⁹⁹ Précité, note 69.

¹⁰⁰ *Id.*, 491.

¹⁰¹ *Commissaires d'école de la Régionale Louis Fréchette c. Breton*, [1977] 2 R.C.S. 1025, infirmant [1974] C.A. 180.

Propriétaire indivis avec son époux d'un terrain de dimensions considérables, Dame Breton voit la Commission scolaire entreprendre des procédures en expropriation d'une partie de ce terrain. Seul l'époux de l'intimée est partie à ces procédures et c'est à lui seul que l'indemnité totale de 30 000 \$ est dûment payée.

Prétendant être copropriétaire de l'immeuble avec le corps public expropriant, Dame Breton institua des procédures visant à faire prononcer le partage de l'immeuble.

Rejetée en Cour supérieure, l'action est accueillie en appel. Les notes de monsieur le juge Lajoie méritent d'être reproduites, en extrait :

Avec le bénéfice des notes de monsieur le juge Rinfret, j'ai à mon tour entrepris l'étude de ce dossier. Cette étude ne me laisse aucun doute

- a) *que les Commissaires d'école de la régionale Louis-Fréchette entendaient exproprier, pour la construction d'une école, toutes les parts d'un terrain que possédaient par indivis monsieur et madame L'Heureux;*
- b) *que l'affaire fut référée à la Régie des services publics pour fixation de l'indemnité qui devait tenir lieu de la valeur de la totalité de l'immeuble;*
- c) *que l'ordonnance de la Régie avait pour objet de déterminer l'indemnité payable à raison de l'expropriation de tout l'immeuble;*
- d) *que l'appelante le comprit ainsi et considéra qu'elle avait un intérêt égal à celui de son mari dans l'indemnité versée à ce dernier seulement;*
- e) *qu'en somme, l'indemnité eut-elle été fixée à une somme plus élevée, acceptable à l'appelante, le litige dont nous avons à décider ne serait pas né.*

Demeure entière cependant la question de savoir si, en fait ou en droit, la part indivise de madame L'Heureux dans l'immeuble fut expropriée.

J'ai longuement considéré quel était, en droit strict, l'effet de ces conclusions, les similitudes et les divergences entre l'effet du décret et de l'expropriation, de la non-intervention de l'appelante aux procédures qui se déroulaient à sa connaissance, de l'absence de sa part de conclusions à la nullité de l'expropriation quant à elle et de la décision de la Régie, de la description de la totalité de l'immeuble dans l'avis d'expropriation sans indication du nom de l'appelante comme copropriétaire.

Je me heurte cependant à un obstacle juridique que je crois infranchissable.

Au paragraphe 4 de sa déclaration, la demanderesse-appelante allègue :

Depuis que la demanderesse a acquis cet immeuble, elle a toujours possédé la propriété et elle la possède encore.

À la conférence préparatoire, cet allégué est amendé; il se lit désormais ainsi :

Depuis que la demanderesse a acquis cet immeuble, elle en a toujours conservé la propriété.

Ce paragraphe tel qu'amendé est admis. C'est donc que le 16 septembre 1971, madame L'Heureux est encore propriétaire indivis d'une moitié du terrain dont son mari est exproprié de l'autre. Dès lors, en vertu de l'article 689 C.c., sa demande en partage et licitation doit être accueillie.

Nous n'avons pas à indiquer à l'intimée quels seront désormais ses recours, s'il en est, contre Henri L'Heureux ou d'autres, mais force m'est de conclure, sur le dossier tel que constitué, que l'action était bien fondée.¹⁰²

La Cour suprême du Canada décide d'accueillir en partie l'appel de la Commission scolaire. Elle conclut que :

[a] [...] l'expropriation a été valablement faite à l'encontre de tous les propriétaires du terrain et qu'elle lie l'intimée. [b] [...] les procédures en expropriation, valablement dirigées contre tous les propriétaires du terrain, devaient être suivies d'un paiement à ceux-ci et non pas seulement à l'un d'eux. [...] [c] [...] L'expropriation a été valablement faite mais la partie de l'indemnité revenant à l'intimée ne lui ayant pas été versée, elle y a maintenant droit.¹⁰³

Le dispositif du jugement est intéressant à cet égard :

Pour ces motifs, j'accueillerais le pourvoi en cette Cour sans dépens vu le succès mitigé; j'infirmes le jugement de la Cour d'appel et je confirmerais cette partie du dispositif du jugement prononcé en Cour supérieure reconnaissant la validité des procédures en expropriation contre l'intimée et accordant à l'appelante un titre précis, clair et libre de toutes charges sur l'immeuble y décrit; je condamnerais l'appelante à verser à l'intimée la somme de \$15,000 avec intérêts au taux légal à compter du 5 août 1968 et les dépens d'une action contestée pour ledit montant en Cour supérieure et ceux d'un appel du même montant à la

¹⁰² Breton c. Commissaires d'école de la Régionale Louis Fréchette, [1974] C.A. 180, 183.

¹⁰³ Commissaires d'école de la Régionale Louis Fréchette c. Breton, précité, note 101, 1033.

*Cour d'appel, réservant à l'appelante ses recours contre l'époux de l'intimée.*¹⁰⁴

Imaginons un instant la situation d'un notaire appelé à examiner le titre de la Commission scolaire découlant de l'enregistrement (1) du jugement homologuant la sentence de la Régie des services publics et (2) des pièces établissant que le montant de l'indemnité a été payé¹⁰⁵.

S'il conclut que le titre est imparfait, il aurait totalement tort à la lumière du jugement de première instance, totalement raison en vertu du jugement de la Cour d'appel, alors qu'en fonction du jugement de la Cour suprême, le titre serait bon, sous la condition de payer à nouveau la moitié de l'indemnité.

S'il conclut que le titre est parfait, en se limitant à l'effet du jugement d'homologation, il aurait tort.

Dans l'affaire *Roberge*, le notaire a refusé de signer un document formaliste où il aurait représenté avoir examiné les titres et où il aurait affirmé que «la chaîne des titres est très bonne» et «que vous détenez sur cet immeuble une première hypothèque de bonne valeur marchande»¹⁰⁶.

Peut-on, dans un tel contexte, reprocher au notaire d'avoir commis une faute professionnelle en estimant que le jugement était entaché de nullité du seul fait que l'hypothèque consentie par Paul Leclerc à la Caisse était nulle ? Disons simplement que la Cour supérieure a jugé que l'ensemble de la profession notariale avait tort d'accepter une telle pratique professionnelle et que la Cour suprême est du même avis.

III. LE NOUVEAU CODE CIVIL DU QUEBEC ET LA RESPONSABILITE PROFESSIONNELLE

Il serait sans doute facile d'affirmer que le nouveau Code civil n'a apporté en réalité que peu de changements substantiels dans le domaine de la responsabilité professionnelle. Or, rien n'est plus certain. Au fur et à mesure que

¹⁰⁴ *Id.*, 1035.

¹⁰⁵ C.c.p., art. « 786. L'expropriant devient propriétaire par l'enregistrement au bureau d'enregistrement : 1. d'une copie du jugement homologuant la sentence de la Régie; 2. des pièces qui établissent que le montant de l'indemnité a été payé, légalement offert, ou déposé soit au bureau du ministre des finances, conformément à l'article 68 de la Loi du ministère des finances (Statuts refondus, 1964, chapitre 64), soit au greffe de la Cour, dans le cas visé par l'article qui suit, ou encore dans celui d'un exproprié qui n'a pas été retracé dans la province ou dont l'identité n'a pu être établie. »

¹⁰⁶ *Caisse populaire St-Étienne-de-la-Malbaie c. Tremblay*, précité, note 69, 487.

les tribunaux seront appelés à interpréter ces dispositions, on pourra mesurer l'impact des nouveaux textes.

A. L'interdiction de l'option

En vertu du *Code civil du Bas Canada*, l'analyse de la responsabilité professionnelle gravitait autour de l'article 1053 et de la notion de faute¹⁰⁷.

Il faut noter immédiatement que le nouveau texte propose dorénavant un régime de responsabilité extra-contractuelle¹⁰⁸ ainsi qu'un régime de responsabilité contractuelle¹⁰⁹. Ces deux pivots du droit de la responsabilité civile sont dorénavant indépendants l'un de l'autre et autonomes, par l'effet de l'interdiction de l'option¹¹⁰.

Il faut donc conclure que, dépendant de la relation juridique invoquée, s'appliquera un régime de faute extra-contractuelle ou un régime de manquement à un engagement contractuel selon le cas.

B. La notion de faute

L'article 1457 du *Code civil du Québec* institue, de façon générale, un régime de responsabilité extra-contractuelle fondé tout entier sur le concept traditionnel de faute¹¹¹. Alors que l'article 1457 réfère directement à la notion de faute¹¹²,

¹⁰⁷ *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, précité, note 54, 361. Madame le juge L'Heureux-Dubé écrit à cet égard : «Les principes qui régissent la responsabilité professionnelle ont donné lieu à une abondante jurisprudence; toutefois, toute analyse des règles de droit doit commencer par celle de l'art. 1053 du *Code civil du Bas Canada* et de la notion de faute».

¹⁰⁸ C.c.Q., art. 1457.

¹⁰⁹ *Id.*, art. 1458.

¹¹⁰ *Id.*, art. 1458, *in fine*; *Supra*, note 13.

¹¹¹ *Lapierre c. Procureur général de la province de Québec*, précité, note 22. À l'article 1466 C.c.Q., le législateur a prévu un cas de responsabilité sans faute du propriétaire d'un animal ou de son utilisateur pour le fait dommageable de ce dernier.

¹¹² C.c.Q., art. «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, dans 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.» (Nos soulignés).

l'article 1458 ne réfère nullement à ce concept et lui a préféré la notion de manquement à un devoir d'honorer des engagements contractés¹¹³.

Dans une étude sur le nouveau Code civil et «la Responsabilité civile», le professeur Claude Masse soulève la question et lui propose une réponse :

La formulation de l'article 1458 C.c.Q. présente un problème particulier. La question se pose donc de savoir si le législateur a fait de l'obligation contractuelle, a priori et sauf dérogations spécifiques dans le cas de certains contrats nommés, une obligation de résultat entraînant la responsabilité du contractant dès que l'on a fait la preuve qu'il n'a pas «honoré» les engagements pris. On changerait ainsi complètement l'approche du Code civil du Bas Canada qui envisage, a priori et sauf dérogations, les obligations contractuelles comme les obligations de diligence et non de résultat. La question est importante puisque si l'on se trouve en présence d'une obligation de résultat, le débiteur de l'obligation contractuelle ne pourra s'exonérer qu'en prouvant, en cas d'inexécution de la prestation, la force majeure, la faute de la victime ou le fait d'un tiers alors que l'obligation de diligence permet de faire la preuve de l'absence de faute de sa part.

Nous ne croyons pas pour notre part que le législateur ait voulu transformer, a priori, les obligations de moyen ou de diligence en obligations de résultat. Il nous semble que l'on doit interpréter de façon restrictive la notion «d'engagements contractés» pour se demander dans chaque cas, et à défaut d'indications contraires de la part des parties au contrat ou de la loi, si l'engagement contracté est, par sa nature propre, une obligation de diligence (moyen) ou de résultat. La règle qui veut que l'on se retrouve, a priori et sauf indications contraires, devant une obligation de diligence (moyen) plutôt que de résultat devrait donc continuer à s'appliquer. La difficulté signalée ici n'en est donc une que de formulation. Tout cela nous permet de conclure que le législateur n'a pas entendu modifier dans le nouveau Code civil les règles traditionnelles applicables à la faute contractuelle.¹¹⁴

¹¹³ Dans son étude, «La responsabilité civile», le professeur Claude MASSE, dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 10, t. 2, pp. 241-357, souligne à la page 258, cette absence en ces termes : «On remarque en deuxième lieu qu'il n'est pas question ici de faute alors que ce concept fonde nommément le régime de la responsabilité extra-contractuelle prévu à l'article précédent. On aborde ici la question de l'obligation contractuelle sous le seul angle du résultat recherché. Le contractant est tenu d'honorer ses engagements, c'est-à-dire de les remplir entièrement, et s'il ne le fait pas, l'article 1458 C.c.Q. semble nous dire qu'il est, par le fait même, responsable.»

¹¹⁴ *Id.*, pp. 258 et 259.

C. Le mandat et le contrat d'entreprise ou de service

L'article 1732 du *Code civil du Bas Canada* assujettissait de façon spécifique les avocats, les procureurs et les notaires, aux règles générales du mandat¹¹⁵. Le nouveau Code civil n'a pas jugé opportun d'adopter une disposition analogue. Au contraire, au titre consacré à *Des contrats nommés*¹¹⁶, il a introduit le contrat d'entreprise ou de service¹¹⁷ en plus de prévoir, au chapitre IX, le mandat¹¹⁸. Commentant les nouvelles dispositions relatives au contrat d'entreprise ou de service, M^e Pierre Cimon émet l'avis juridique que ces dispositions s'appliquent aux contrats de services professionnels :

*Cette section du Code s'applique à tous les contrats de service et d'entreprise. Ces dispositions sont donc applicables tant aux contrats de services professionnels (médecin, avocat, dentiste, psychologue, ingénieur, etc.) et aux contrats de service de nature commerciale (agence de placement, publicité, entretien, etc.) qu'aux contrats d'entreprise de quelque nature que ce soit.*¹¹⁹

À l'article 1525, troisième alinéa du *Code civil du Québec*, le législateur définit l'exploitation d'une entreprise comme «l'exercice, par une ou plusieurs personnes, d'une activité économique organisée, qu'elle soit ou non à caractère commercial, consistant dans la production ou la réalisation de biens, leur administration ou leur aliénation, ou dans la prestation de services».

Il nous apparaît donc indéniable que le nouveau contrat d'entreprise et de service pourrait trouver application aux activités d'un notaire et d'un avocat. Par contre, l'opinion a déjà été exprimée par le professeur Claude Fabien que :

*Pour les notaires et les avocats, le mandat est ce contrat parasitaire que l'on retrouve dans bon nombre de dossiers. C'est aussi, dans bien des cas, le contrat qui régit les relations avec leurs propres clients.*¹²⁰

Dans le cas des activités du notaire, il restera donc à déterminer avec précision quel est le champ d'application du mandat et celui du contrat

¹¹⁵ C.c.B.C., art. «1732. Les avocats, les procureurs et les notaires sont sujets aux règles générales contenues dans ce titre, en autant qu'elles peuvent s'appliquer. La profession d'avocat et procureur est réglée par les dispositions contenues dans l'acte intitulé; *Acte concernant le Barreau du Bas Canada*, et celles des notaires par un acte intitulé : *Acte concernant le notariat.*»

¹¹⁶ C.c.Q., art. 1708 à 2643.

¹¹⁷ *Id.*, art. 2098 à 2129.

¹¹⁸ *Id.*, art. 2130 à 2185.

¹¹⁹ Pierre CIMON, «Le contrat d'entreprise ou de service Articles 2098 à 2129», dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 10, t. 2, p. 801, à la page 807.

¹²⁰ Claude FABIEN, «Le nouveau droit du mandat», dans *id.*, à la page 883.

d'entreprise ou de service. La doctrine a souligné que l'objet du mandat était l'accomplissement d'un acte juridique qu'elle définit comme la «manifestation de volonté destinée à créer des effets de droit»¹²¹.

Le professeur Fabien souligne que :

*Cette caractéristique est la clé de la qualification du contrat et permet de distinguer le mandat du simple contrat de travail ou de service.*¹²²

Finalement, le mandat présuppose une interaction entre le mandataire et un tiers, bien que cette distinction ne soit pas toujours présente. Le professeur Fabien le note d'ailleurs lorsqu'il écrit :

*Scénario à trois personnages, le droit du mandat comporte un degré de complexité qui lui est propre. Enfin, la définition ne doit pas être entendue strictement. Elle couvre aussi l'hypothèse où le mandataire accomplit un acte unilatéral comme un paiement ou un enregistrement. Il ne s'agit pas alors d'un acte accompli strictement «avec» un tiers, mais plutôt d'un acte destiné à lui être opposable.*¹²³

Quoi qu'il en soit, on comprendra que des problèmes sont susceptibles de se poser quant aux champs respectifs de ces institutions, à supposer même que nous soyons en présence d'un partage de l'activité professionnelle.

La distinction n'est pas académique. En effet, l'article 2138 du *Code civil du Québec* associe le mandataire dans l'exécution de son mandat, à une obligation d'agir avec prudence et diligence. De son côté, le contrat d'entreprise ou de service fait état du même degré d'obligation, mais il ouvre la porte à une obligation de résultat, sans préciser davantage :

L'entrepreneur et le prestataire de services sont tenus d'agir au mieux des intérêts de leur client, avec prudence et diligence. Ils sont aussi tenus, suivant la nature de l'ouvrage à réaliser ou du service à fournir, d'agir conformément aux usages et règles de leur art, et de s'assurer, le cas échéant, que l'ouvrage réalisé ou le service fourni est conforme au contrat.

*Lorsqu'ils sont tenus du résultat, ils ne peuvent se dégager de leur responsabilité qu'en prouvant la force majeure.*¹²⁴

¹²¹ *Id.*, 887.

¹²² *Id.*

¹²³ *Id.*

¹²⁴ C.c.Q., art. 2100.

Le professeur Jacques Deslauriers, dans une étude portant sur le *Contrat d'entreprise et de service*, propose une distinction intéressante entre cette nouvelle institution et le contrat de mandat :

*En effet, le rôle de l'avocat peut comporter des éléments de prestation de service et des éléments de mandat. En effet, l'avocat qui travaille pour son client en lui préparant des avis juridiques ou des documents juridiques accomplit une prestation de service. Par ailleurs, s'il représente son client dans le cadre d'une négociation avec une partie adverse ou d'un procès devant les tribunaux, il accomplit un mandat. En effet, le mandat est le contrat par lequel une personne, le mandant, donne le pouvoir de la représenter dans l'accomplissement d'un acte juridique avec un tiers à un mandataire qui par le fait de son acceptation s'oblige à l'exercer (art. 2130 C.c.Q.).*¹²⁵

L'application du contrat d'entreprise ou de service à l'activité professionnelle du notaire ou de l'avocat pourra également susciter d'autres difficultés¹²⁶.

D. L'abus de droit

Le nouveau *Code civil du Québec* a jugé opportun de codifier aux articles 6 et 7 la notion d'abus de droit :

6. *Toute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi.*

7. *Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi.*

Au titre consacré aux *Personnes morales*¹²⁷, le législateur a spécifiquement prévu que :

la personnalité juridique d'une personne morale ne peut être invoquée à l'encontre d'une personne de bonne foi, dès lors qu'on invoque cette

¹²⁵ Jacques DESLAURIERS, *Contrat d'entreprise et de service*, Montréal, Coopérative étudiante de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, 1993-94, p. 178.

¹²⁶ Ainsi, quel sera le contenu de l'obligation nouvelle prévue à l'article 2102 C.c.Q. d'informer le client de manière utile sur la nature de la tâche que le professionnel s'engage à effectuer ainsi qu'aux biens et au temps nécessaires à cette fin; de plus, que dire aussi de l'article 2107 C.c.Q. qui fait reposer sur le prestataire de services l'obligation de justifier toute augmentation de prix, si lors de la conclusion du contrat, une estimation de ses services a été effectuée. Dans l'arrêt *F. c. Ville de Lachute*, [1970] C.A. 1178, la Cour d'appel du Québec avait examiné une réclamation pour services professionnels qui dépassait de beaucoup l'estimation initiale soumise au client lors de la conclusion du contrat.

¹²⁷ C.c.Q., art. 298-364.

*personnalité pour masquer la fraude, l'abus de droit ou une contravention à une règle intéressant l'ordre public.*¹²⁸

Commentant cette disposition nouvelle, le professeur Paul Martel, dans son étude sur «Les personnes morales»¹²⁹ écrivait ce qui suit :

*Les mots «l'abus de droit», toutefois, en raison de leur portée encore imprécise mais vraisemblablement très vaste, risque d'étendre la notion du «soulèvement du voile corporatif» bien au-delà de ses limites actuelles. Il se peut que l'article 317 donne ouverture, par exemple, à un recours en dommages personnels d'un employé congédié contre le dirigeant de la personne morale qui a recommandé ou signé ce congédiement, à partir du moment où ce congédiement peut être (et on sait qu'il l'est souvent) qualifié d'«abus de droit». Ce type de responsabilité de dirigeants pour des actes de la personne morale a commencé à poindre dans les provinces de common law, mais n'avait pas jusqu'à maintenant trouvé d'écho au Québec, en raison des règles du mandat et de l'immunité du mandataire agissant dans les limites de son mandat.*¹³⁰

Dans le cadre de l'analyse de la notion d'abus de droit, le professeur Claude Masse¹³¹ suggérerait l'interprétation suivante :

*Le nouveau Code civil ne limite donc pas l'exercice du recours pour cause d'abus de droit aux seuls cas de preuve d'une intention malicieuse et il n'exige que la preuve d'une faute simple, c'est-à-dire la démonstration que le droit a été exercé d'une manière excessive et déraisonnable, ce qui va à l'encontre des exigences de la «bonne foi». Est clairement écartée pour sa part l'hypothèse d'une responsabilité pour cause d'abus de droit sans faute.*¹³²

Il restera à voir dans quelle mesure ces nouvelles dispositions encadrant la notion d'abus de droit pourront avoir un impact sur la responsabilité professionnelle¹³³.

¹²⁸ *Id.*, art. 317.

¹²⁹ Paul MARTEL, «Les personnes morales», dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 10, t. 1, p. 189.

¹³⁰ *Id.*, 105.

¹³¹ C. MASSE, *loc. cit.*, note 113.

¹³² *Id.*, 260.

¹³³ On pourra consulter l'étude de M^o Pierre LAROUCHE, «La procédure abusive», (1991) 70 *R. du B. can.* 650.

E. La publicité des droits

Le nouveau *Code civil du Québec* prévoit dorénavant un rôle accru du notaire qui est appelé à fournir des attestations au registre foncier¹³⁴. L'avenir nous dira jusqu'à quel point ces nouvelles dispositions législatives constitueront pour le notaire, de nouvelles sources de responsabilité à l'égard du client et des tiers.

Certains ont qualifié les nouvelles exigences du Code comme une tentative de privatiser la qualité des registres fonciers au Québec et de faire supporter au notaire une responsabilité accrue à cet égard.

F. L'état des connaissances

Devant la preuve d'expertise non contredite selon laquelle le notaire-appelant s'était conformé à une pratique notariale reconnue et généralisée au sein de sa profession, on aurait pu croire que le tribunal interprète ces éléments comme un éclairage de l'état des connaissances de l'ensemble des notaires au moment de l'acte reproché.

Dans l'arrêt *The London & Lancashire Guarantee & Accident Company of Canada c. La Compagnie F. X. Drolet*¹³⁵, la Cour suprême du Canada, dans le cadre d'une action en responsabilité à l'égard d'un fabricant d'ascenseurs, devait rappeler que la faute en pareil cas devait s'analyser à la lumière de l'état des connaissances technologiques.

Dans ses notes, monsieur le juge Taschereau écrit à ce sujet :

Il est certain que ce qui n'était pas une faute autrefois peut le devenir aujourd'hui, maintenant que l'homme découvre des moyens nouveaux qu'il met à la disposition de ses semblables. Certaines méthodes employées dans le passé par nos devanciers nous paraissent désuètes, et les découvertes à venir, en nous dévoilant de nouvelles notions scientifiques, modifieront forcément plusieurs de nos conceptions actuelles. Ainsi, nous pouvons maintenant au moyen d'appareils précis soumettre les métaux à de hautes pressions pour éprouver leur résistibilité, et il nous est même permis, à l'aide des rayons-X, de scruter l'intérieur de la matière pour en déceler les faiblesses et prévenir les catastrophes. Autrefois, on ignorait ces méthodes modernes, et en se

¹³⁴ C.c.Q., art. 2988 à 2995.

¹³⁵ *The London & Lancashire Guarantee & Accident Company of Canada c. La Compagnie F.X. Drolet*, [1944] R.C.S. 82.

*servant des moyens et matériaux connus et employés dans le temps, on ne commettait certes pas une négligence.*¹³⁶

La preuve avait démontré qu'un bloc de sécurité à base de fonte s'était fissuré causant la chute de l'ascenseur dans son puits. La position de l'appelante reprochait au constructeur de l'ascenseur de ne pas avoir employé de l'acier. La Cour suprême du Canada vient donc à la conclusion que la responsabilité du fabricant s'analyse à la lumière des standards de l'époque.

L'article 1473, deuxième alinéa du *Code civil du Québec* permet au fabricant, distributeur ou fournisseur d'un bien meuble, d'offrir comme défense l'état des connaissances, au moment où il a fabriqué, distribué ou fourni le bien. À moins qu'il n'ait été négligent dans son devoir d'informer lorsqu'il a eu connaissance de ce défaut, le Code prévoit qu'il n'aura pas à réparer le préjudice qui en résulte.

Dans les *Commentaires du ministre de la Justice*¹³⁷, on note que l'article 1473 s'inspire de la *Directive de la Communauté économique européenne sur la responsabilité des produits défectueux*. À la page 902, on formule le commentaire suivant :

*[I]l permet au fabricant distributeur ou fournisseur de se dégager de sa responsabilité s'il prouve que l'état des connaissances, scientifiques, techniques ou autres, au moment de la mise en circulation du bien, ne permettait pas de déceler l'existence du défaut de sécurité; mais il ajoute à cette directive, en exigeant que le fabricant, distributeur ou fournisseur du bien démontre, en outre, ne pas avoir été négligent dans son devoir d'information lorsque, le cas échéant, le défaut de sécurité du bien est venu à sa connaissance.*¹³⁸

À notre avis, il convient d'accorder beaucoup d'importance à une pratique professionnelle. Celle-ci représente un standard qui est reconnu au sein de la communauté professionnelle concernée et elle constitue un consensus dans le domaine des règles de l'art.

Si la jurisprudence, dont l'affaire *Drolet*¹³⁹, a accepté comme défense l'état des connaissances technologiques connues au moment de l'acte reproché, on peut se demander pour quelle raison il en serait autrement pour l'état des connaissances professionnelles.

¹³⁶ *Id.*, 86 et 87.

¹³⁷ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice, le Code civil du Québec : un mouvement de société*, Québec, Les Publications du Québec, 1993.

¹³⁸ *Id.*, p. 902.

¹³⁹ *The London & Lancashire Guarantee & Accident Company of Canada c. La Compagnie F.X. Drolet*, précité, note 135.

CONCLUSION

Le domaine de la responsabilité professionnelle est devenu un sujet d'actualité. À fréquence régulière, l'opinion publique est saisie de multiples cas de conduite intempestive de professionnels québécois.

La presse écrite et électronique réserve une large place aux échos des comités de discipline ainsi que du Tribunal des professions, qui siègent dorénavant, sauf exception, toutes portes ouvertes. Il serait naïf de nier que la confiance du public est fortement ébranlée par ces exemples flagrants d'inconduite professionnelle.

Récemment, le Protecteur du citoyen déposait une étude¹⁴⁰ auprès d'une commission parlementaire chargée d'étudier la réforme du *Code des professions*¹⁴¹. Dans le cadre de son rapport, le Protecteur du citoyen proposait notamment la création d'un tribunal de la déontologie professionnelle et dans le cadre de cette proposition, il écrivait :

*Également, le mécanisme envisagé devrait permettre d'indemniser les particuliers lésés par l'acte ou l'omission d'un professionnel.*¹⁴²

Bien que le contentieux de la réparation professionnelle demeure du ressort des tribunaux de droit commun, le rapport du Protecteur du citoyen semble remettre en question cette réalité.

Pendant longtemps, l'opinion publique a véhiculé, à tort, l'impression qu'il était impossible de poursuivre un professionnel en justice. L'anecdote suivante en est l'illustration frappante :

La différence en matière de responsabilité civile d'un médecin, d'un avocat ou d'un notaire est très simple : le médecin enterre ses erreurs, l'avocat fait passer les siennes sur les épaules d'un mauvais juge et finalement le notaire les garde dans son greffe.

L'arrêt récent de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Roberge* devrait inviter les humoristes à revoir leur répertoire : les temps ont grandement changé.

¹⁴⁰ LE PROTECTEUR DU CITOYEN, *Le mécanisme disciplinaire prévu par le Code des professions protège-t-il adéquatement les citoyens et les citoyennes : observations et propositions sur le mécanisme*, Québec, Les Publications du Québec, 1992.

¹⁴¹ L.R.Q., c. C-26.

¹⁴² LE PROTECTEUR DU CITOYEN, *op. cit.*, note 140, p. 63.