Catalogage avant publication de Bibliothèque et Archives nationales du Québec et Bibliothèque et Archives Canada

Vedette principale au titre :
Mélanges Pierre Ciotola
Comprend des réf. bibliogr.
1. Droit civil – Québec (Province). 2. Droit commercial – Québec (Province). 3. Droits de l'homme. 4. Droit constitutionnel – Canada. I. Lefebvre, Brigitte, 1961- . II. Leduc, Antoine, 1971- . III. Ciotola, Pierre, 1942- .

KEQ219.M443 2012 346.714 C2012-942162-6

Mise en pages : Claude Bergeron (Guylaine Michel)
Graphisme : MIKE BERSON uƃɪsəp əɯsɪɥdɐɹƃ

Nous reconnaissons l'aide financière du gouvernement du Canada par l'entremise du Fonds du livre du Canada pour nos activités d'édition.

Éditions Thémis
Faculté de droit
Université de Montréal
Courriel : info@editionsthemis.com
Site Internet : www.editionsthemis.com
Téléphone : 514-343-6627
Télécopieur : 514-343-6779

Tous droits réservés
© 2012 – Les Éditions Thémis inc.
Dépôt légal: 4e trimestre 2012

ISBN 978-2-89400-321-3

Imprimé au Canada

Pierre Ciotola

24-Ciotola.indb VII 12-12-12 15:11

24-Ciotola.indb VIII 12-12-12 15:11

PRÉFACE

On dit souvent que « si une personne n'avait pas existé, il aurait fallu l'inventer ». Cette expression s'applique particulièrement bien à notre collègue Pierre Ciotola. Tous ceux qui l'ont connu pourraient l'attester ! J'ai pour ma part eu le grand plaisir et le privilège de côtoyer Pierre pendant près de 25 ans, soit depuis mon arrivée à la Faculté de droit jusqu'à sa retraite en 2007.

Pour moi, Pierre Ciotola incarne l'universitaire dans l'acception la plus classique du terme. Professeur dans l'âme, Pierre est d'abord l'homme qui a consacré la plus grande partie de son énergie à l'enseignement. Pendant 40 ans, guidé par une implacable rigueur intellectuelle, cet orateur hors pair aura formé et largement influencé la pensée juridique de milliers d'étudiants. On lui doit aussi une œuvre doctrinale exceptionnelle qui déborde largement les limites du droit des sûretés, son domaine de prédilection. Sa production, riche et diverse, témoigne ainsi d'une hardiesse et d'une curiosité intellectuelles dont seuls les plus grands peuvent s'enorgueillir. Être sensible et généreux, la Faculté, ses collègues et ses étudiants ont toujours occupé une place de choix dans son cœur.

Par ailleurs, ses nombreuses réalisations lui ont notamment valu plusieurs prix et distinctions, dont l'éméritat de l'Université de Montréal. Sur un plan plus personnel, j'ai pu apprécier son grand sens de l'humour, un peu particulier diront certains, mais toujours empreint d'une vive finesse d'esprit.

Les textes qui nous sont présentés ici ont été rédigés par d'illustres collègues, tant professeurs que praticiens. Cela démontre l'estime portée à Pierre Ciotola et l'étendue de son influence. Que tous ces auteurs trouvent ici l'expression de nos sincères remerciements. Parmi eux, je pense en particulier à notre regretté collègue, François Chevrette. Sa contribution au présent recueil est à l'image de ce qu'aura toujours été son auteur : brillant, élégant, rigoureux.

24-Ciotola.indb IX 12-12-12 15:11

Terminons ce court texte en remerciant Brigitte Lefebvre et Antoine Leduc de leur très heureuse initiative. Ils auront ainsi permis aux auteurs réunis autour de ces Mélanges d'exprimer leur gratitude envers Pierre Ciotola, l'ami, le collègue, le professeur...

Guy LEFEBVRE, doyen
Faculté de droit
Université de Montréal

24-Ciotola.indb X 12-12-12 15:11

AVANT-PROPOS

S'il est une belle tradition du milieu universitaire, c'est bien celle qui consiste à offrir des « Mélanges » à un collègue estimé, à l'occasion de son départ à la retraite, lorsqu'il reçoit l'éméritat. « Mélanges offerts à », « Études présentées à », « Mélanges en l'honneur de » ou, encore, dans la tradition latine, *Liber Amicorum*, sont toutes des expressions utilisées pour désigner un tel recueil de textes où amis, collègues et anciens étudiants peuvent, dans un moment privilégié, témoigner de l'importance de la contribution de celui qui est honoré et, par le fait même, lui rendre hommage.

C'est donc tout naturellement que la publication des *Mélanges Pierre Ciotola* s'est imposée, et les auteurs réunis dans ce livre ont répondu nombreux et avec enthousiasme à l'invitation qui leur fut lancée. La richesse et la diversité de leurs contributions, qui vont entre autres du droit des sûretés au droit de la faillite, en passant par le droit des biens, le droit des fiducies, le droit des recours collectifs, le droit des obligations, le droit de la famille, les droits de la personne et le droit constitutionnel, permettent d'illustrer à merveille la marque profonde qu'aura laissée le professeur émérite Pierre Ciotola dans l'univers universitaire et juridique du Québec.

Car Pierre Ciotola incarne le modèle de l'universitaire engagé, tout d'abord au sein de l'Université même, que ce soit à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, où il fut étudiant et professeur, y ayant consacré l'essentiel de sa vie active, mais aussi dans les autres Facultés de droit, nombreuses, qui firent appel à ses talents de pédagogue dans plusieurs disciplines, dont le droit des sûretés, le droit des biens, le droit de la consommation, le droit des successions et les régimes matrimoniaux, pour n'en citer que les principales. Professeur de carrière en droit des toutes premières générations à s'y être pleinement consacré au Québec, monsieur Ciotola s'inscrit en cela dans la lignée de ses mentors Roger Comtois et Germain Brière, ayant profondément influencé l'enseignement même du droit, la doctrine et la jurisprudence, marqués du sceau

24-Ciotola.indb XI 12-12-12 15:11

de la rigueur intellectuelle qu'on lui connaît. Des milliers de juristes lui sont ainsi grandement redevables.

Dans la même veine, Pierre Ciotola s'est aussi distingué par son attachement au notariat, sa profession. Tour à tour directeur des études de droit notarial à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, Directeur de la Revue du Notariat et premier titulaire de la Chaire du notariat de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, monsieur Ciotola fut activement impliqué au sein même de son ordre professionnel, à la Chambre des notaires du Québec. Ce faisant, il a contribué à l'évolution de sa profession et de son ordre, tout en exerçant ses fonctions d'universitaire en étant ancré dans la réalité.

On peut donc affirmer, sans hésiter, que le professeur Ciotola est l'un des grands juristes dont le Québec peut s'enorgueillir. C'est ce que nous voulons célébrer. Ces *Mélanges Pierre Ciotola* s'ajoutent donc au si beau parcours de son dédicataire et nous sommes convaincus qu'ils feront oeuvre utile.

Qu'il nous soit permis de remercier la Chambre des notaires du Québec et son président, M^e^ Jean Lambert, qui ont généreusement appuyé la réalisation des *Mélanges Pierre Ciotola*, dont la publication coïncide avec le dixième anniversaire de la création de la Chaire du notariat de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, dont il faut également souligner l'apport important.

Il nous faut aussi remercier la Faculté de droit de l'Université de Montréal et son doyen, monsieur le Professeur Guy Lefebvre, qui ont manifesté le plus grand intérêt à la présente publication.

Nous voulons remercier tous les auteurs dont les textes sont ici publiés. Ils sont de grande qualité et témoignent de l'attachement et de l'affection qu'ils vouent au professeur Ciotola.

Nous souhaitons exprimer notre gratitude aux Éditions Thémis et à son président, monsieur le professeur Stéphane Rousseau, ainsi qu'à M^e^ Christian Saint-Georges, responsable de l'édition, qui nous ont assuré un accueil incomparable, ainsi que tous les membres de leur équipe pour leur travail minutieux. Nous dési-

24-Ciotola.indb XII 12-12-12 15:11

rons enfin remercier monsieur Mike Berson, graphiste, de la maison Graphisme Design, pour la composition de la maquette de couverture de ce livre. Sobre et élégante, elle ajoute à son panache et coule dans le bronze l'admiration que nous éprouvons tous pour le notaire et professeur émérite Pierre Ciotola.

Brigitte LEFEBVRE
Antoine LEDUC
Septembre 2012

24-Ciotola.indb XIII 12-12-12 15:11

24-Ciotola.indb XIV 12-12-12 15:11

NOTES BIOGRAPHIQUES

FORMATION

1963	Collège Saint-Viateur d'Outremont Baccalauréat ès arts
1966	Université de Montréal Licence en droit (avec distinction)
1967	Chambre des notaires du Québec Admission à l'exercice du notariat
1968	Université de Montréal Diplôme d'études supérieures (droit privé) Mémoire intitulé « Des conditions illicites dans les actes à titre onéreux » Directeur de mémoire : Prof. Roger Comtois.
1973	Université de Montréal Doctorat en droit Thèse intitulée « Le don manuel en droit privé québécois » Directeur de thèse : Prof. Germain Brière
1976-1977	Yale Law School Visiting Scholar

CARRIÈRE UNIVERSITAIRE – UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

1967-1968	Début de sa carrière à la Faculté de droit de l'Université de Montréal comme animateur de travaux pratiques
1968-1969	Chargé d'enseignement à demi-temps
1969-1974	Professeur adjoint
1970-1976	Adjoint au directeur du programme de diplôme de Droit notarial.
1974-1980	Professeur agrégé

24-Ciotola.indb XV 12-12-12 15:11

1980-2007	Professeur titulaire
1987-1992	Directeur du programme de droit notarial
2001-2004	Premier titulaire de la Chaire du notariat de l'Université de Montréal.
2007	Professeur émérite

AUTRES UNIVERSITÉS

Au fil des ans, le professeur Pierre Ciotola a aussi dispensé des enseignements aux Facultés de droit de l'Université de Sherbrooke, de l'Université Mc Gill et à la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa.

CARRIÈRE PROFESSIONNELLE – CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC

1967-2008	Notaire
1981-1993	Répertoire de Droit, membre de divers sous-comités de rédaction (Sûretés, Libéralités, Biens, Famille)
1993-1996	Bureau de la Chambre des notaires du Québec, représentant du district de Montréal
1998-2002	Revue du Notariat (1998-), co-directeur 1999-2002
2009	Notaire honoraire

Le professeur Ciotola a donné de nombreuses conférences à divers Congrès International du Notariat Latin ainsi que lors des Cours de perfectionnement de la Chambre des notaires du Québec. Il a de plus siégé à plusieurs comités à la Chambre des notaires du Québec.

HONNEURS, PRIX ET BOURSES

2006	Honoré par l'Association des juristes italo-canadiens du Québec lors de leur banquet annuel.

24-Ciotola.indb XVI 12-12-12 15:11

2005	Prix Rodolphe-Fournier attribué par la Fédération des sociétés d'histoire du Québec en collaboration avec la Chambre des notaires du Québec pour le volume édité avec Me Jean Hétu « La Faculté de droit de l'Université de Montréal et le notariat : 125 ans de formation ».
2004	Médaille du 125è de la Faculté de droit de l'Université de Montréal.
1992	Prix Pierre Duquet, Prix d'excellence de la Chambre des notaires du Québec, décerné pour souligner la contribution exceptionnelle à l'enseignement et à la recherche du droit.
1976-1977	Bourse de travail libre du Conseil des Arts du Canada en vue de poursuivre des recherches à l'Université Yale.
1967	Premier aux examens d'admission de la Chambre des Notaires du Québec

24-Ciotola.indb XVII 12-12-12 15:11

24-Ciotola.indb XVIII 12-12-12 15:11

PUBLICATIONS

MONOGRAPHIES

Le patrimoine familial, perspectives doctrinales et jurisprudentielles, 2e éd., coll. « Collection Bleue », série Répertoire de droit/ Nouvelle série, Montréal, Wilson & Lafleur, 2007, 148 p.

De la donation, 2e éd., coll. « Collection bleue », série Répertoire de droit, Montréal, Wilson & Lafleur, 2006, (texte publié par Me Johanne Forget pour la collection pédagogique et mis à jour par Pierre Ciotola pour le Répertoire de Droit 1997-2006) 44 p.

« La suspicion et le droit », 5e Conférence Roger-Comtois, Chaire du Notariat, Montréal, Éditions Thémis, 2006, 68 p.

Droit des sûretés, 3e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, 734 p.

COMTOIS, R. et P. CIOTOLA, *Loi du Notariat annotée 1975, annotée d'après la doctrine et la jurisprudence*, Le Recueil de droit et de jurisprudence, Montréal, 1975, 211 p.

OUVRAGES COLLECTIFS

« La suspicion et le droit : aux confins de la déontologie et du droit privé », dans B. LEFEBVRE (dir.), *Mélanges Roger Comtois*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 193-228

« Droit des sûretés : épizootisme législatif ou contre-réforme ? » dans B. Moore (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 41-66

CIOTOLA, P. et A. LEDUC, « Arrêt Val-Brillant : évolution ou régression de l'hypothèque mobilière avec dépossession, en droit civil québécois ? », dans S. Normand, Mélanges offerts au professeur François Frenette : études portant sur le droit patrimonial, Laval, Les Presses de l'Université Laval, 2006, p. 361-419

CIOTOLA, P. et J. HÉTU, *La Faculté de droit de l'Université de Montréal et le notariat : 125 ans de formation*, Montréal,

24-Ciotola.indb XIX 12-12-12 15:11

Société de recherche historique Archiv-Histo et les Éditions Thémis, 2004, 382 p.

CIOTOLA, P. (dir.), *Le Notariat de l'an 2000 : Défis et perspectives*, Journées Maximilien-Caron 1997, Montréal, Éditions Thémis, 1997, 203 p.

CIOTOLA, P., G. MASSÉ et D. PRATTE, *Droit des sûretés*, Recueil de jurisprudence, Collection de recueils de jurisprudence, Montréal, Éditions Thémis, 1990, 915 p.

CIOTOLA, P., « La réforme des sûretés sous le Code civil du Québec », dans *La réforme du Code civil,* t. 3, Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1993, p. 303-442

« Commentaires sur la réforme des sûretés réelles », dans *Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne — Journées Maximilien-Caron 1990*, Montréal, Éditions Thémis, 1991, p. 165-199

« Le droit des contrats : l'intervention de l'État dans le droit des contrats » dans *Rapports canadiens Québec, XVIII^e Congrès de l'Union internationale du notariat latin*, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 1986, p. 125-200

« Bribes Notariales » dans J. HÉTU (dir.), *Album Souvenir 1878-1978 Centenaire de la Faculté de droit de l'Université de Montréal,* Montréal, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1978, p. 235-245

COURS DE PERFECTIONNEMENT DU NOTARIAT

« Les dangers de l'hypothèque conventionnelle », (1998) 1 *C.P. du N.* 15-35

CIOTOLA, P. et J. PELLETIER, « Problèmes pratiques sur le partage du patrimoine familial », (1997) 1 *C.P. du N.* 103-119

CIOTOLA, P. et N. GAGNON, « Droit actuel et nouveau droit : le point sur le patrimoine familial, la société d'acquêts et les conventions matrimoniales », (1992) 2 *C.P. du N.* 1-89

CIOTOLA, P. et N. GAGNON, « Conflits matrimoniaux et partage des biens », (1990) 2 *C.P. du N.* 303-393

24-Ciotola.indb XX 12-12-12 15:11

CIOTOLA, P., « Le patrimoine familial et diverses mesures destinées à favoriser l'égalité économique des époux », (1989) 2 *C.P. du N.* 1-133

« La réforme du droit des biens : survol de quelques dispositions », (1979) 1 *C.P. du N.* 1-27

« Les conventions matrimoniales au lendemain de la réforme des régimes matrimoniaux », (1976) 1 *C.P. du N.* 157-190

ARTICLES DE REVUE

La Revue du Notariat

« Successions – Des principes usuels d'interprétation des testaments et les décisions rendues en 2007 », (2008) 110 *R. du N.* 37-63

« Biens – De quelques jugements en droit des biens en 2007 : principes fondamentaux scrutés de nouveau », (2008) 110 *R. du N.* 65-95

« Le testateur et son clone inavoué, le juge ou l'art de concilier formalisme et volontarisme dans l'interprétation testamentaire : à la recherche du sens des expressions ou des institutions juridiques auxquelles fait référence le testateur », (2005) (107) *R. du N.* 239-301

« Chronique de jurisprudence – Jurisprudence en droit des sûretés : épizootique ou épisodique ? Réactions contaminées ou réfléchies ? », (2002) 104 *R. du N.* 85-125

« Patrimoine familial et transmissibilité : de nouveau transmissible », (1999) 101 *R. du N.* 425-429

« Nature des droits familiaux – Patrimoine familial – Société d'acquêts- Communauté de biens », (1999) 101 *R. du N.* 419-424

« Les dangers de l'hypothèque conventionnelle ou le défi d'une pratique intelligente », (1999) 101 *R. du N.* 114-129

« Le régime juridique de la convention de prêt sur hypothèque immobilière : contenu contractuel et modalités de publicité », (1994-1995) 97 *R. du N.* 123-179 ; 300-372

24-Ciotola.indb XXI 12-12-12 15:11

« Droit des sûretés — Commentaires sur la jurisprudence (1992) annotée d'après la réforme en cours et brève présentation du droit transitoire », (1993-1994) 96 *R. du N.* 98-128

« Commentaires sur la jurisprudence en droit des sûretés (1991) », (1992-1993) 95 *R. du N.* 72-100

CIOTOLA, P. et N. GAGNON, « Droit de la famille – 980 ou le patrimoine familial analysé sous ses nombreux aspects », (1991-1992) 94 *R. du N.* 181-189

CIOTOLA, P., « Commentaires sur la jurisprudence en droit des sûretés (1990) », (1991-1992) 94 *R. du N.* 86-103

« Caractéristiques du Notariat dans le monde d'aujourd'hui : le Notariat québécois, un Notariat en mutation », (1984-1985) 86 *R. du N.* 121-144

« Enfants nés et à naître de légitimes mariages — Adopté », (1983-1984) 86 *R. du N.* 556-562

« Le consommateur immobilier : la recherche d'une maison neuve ou usagée de qualité », (1977-1978) 80 *R. du N.* 3-41, 83-103

« Le consommateur immobilier : un mythe ou une réalité », (1976-1977) 79 *R. du N.* 407-432

« La tradition, condition d'existence du don manuel », (1975-1976) 78 *R. du N.* 3-23, 78-96, 144-154, 197-212

« La saisissabilité des biens donnés ou légués à titre insaisissable », (1974-1975) 77 *R. du N.* 499-517

« Subrogé-tuteur — Défaut de surveillance — Responsabilité », (1974-1975) 77 *R. du N.* 36-40

« Adopté — Droits successoraux — Ligne collatérale — Conflits de loi dans le temps », (1973-1974) 76 *R. du N.* 414-420

« Démission volontaire du tuteur — Validité », (1973-1974) 76 *R. du N.* 301-304

« Mariage — Minorité — Consentement d'un parent », (1973-1974) 76 *R. du N.* 299-301

« Le don manuel en droit privé québécois ou la libéralité incomprise », (1973-1974) 76 *R. du N.* 143-154

24-Ciotola.indb XXII 12-12-12 15:11

« Hypothèque judiciaire — Action hypothécaire — Bref de terris — Distinctions », (1973-1974) 76 *R. du N.* 46-49

« Avis d'adresse – Défaut d'un créancier hypothécaire de l'enregistrer – Validité du décret », (1972-1973) 75 *R. du N.* 630-632

R. COMTOIS et P. CIOTOLA, « Loi du Notariat annotée », (1972-1973) 75 *R. du N.* 27-44 ; (1971-1972) 74 *R. du N.* 511-530, 563-597

CIOTOLA, P., « Aperçu des conditions illicites et immorales », (1969-1970) 72 *R. du N.* 315-340, 407-434

Répertoire de droit

CIOTOLA, P. et J. HÉTU, *La vente d'immeubles pour non-paiement des taxes foncières*, dans Chambre des notaires du Québec, R.D., « Vente », Doctrine — Document 7, Montréal, 1990, 192 p. et publié dans coll. « Extraits du Répertoire de droit », Montréal, Éditions Y. Blais Inc., 1992.

ALLARD, S., S. BINETTE et P. CIOTOLA, *Le concubinage*, dans Chambre des notaires du Québec, R.D., « Famille », Doctrine — Document 3, Montréal, 1993, 44 p.

CIOTOLA, P., *Les donations par contrat de mariage*, dans Chambre des notaires du Québec, R.D., « Famille », Doctrine — Document 6, Montréal, 1991, 66 p.

Le sort des donations par contrat de mariage en cas de divorce ou de séparation de corps, dans Chambre des notaires du Québec, R.D., « Famille », Doctrine — Document 7, Montréal, 1991, 18 p.

ALLARD, S., S. BINETTE, H. BISSON, P. CIOTOLA, et D.-C. LAMONTAGNE, *Les droits et les devoirs des époux*, dans Chambre des notaires du Québec, R.D., « Famille », Doctrine – Document 5, Montréal, 1988, 11 p.

J. AUGER, S. BINETTE, M. BOUDREAULT, P. CIOTOLA, D.-C. LAMONTAGNE et J. STE-MARIE, La *loi sur les cessions de biens en stock*, dans Chambre des notaires du Québec, R.D., « Sûretés », Doctrine – Document 11, (texte mis à jour par P. CIOTOLA et D.-C. LAMONTAGNE), Montréal, 1987, 20 p.

24-Ciotola.indb XXIII 12-12-12 15:11

CIOTOLA, P., «*Les cessions de créance à titre absolu ou à titre de garantie*», dans Chambre des notaires du Québec, R.D., «Sûretés», Doctrine – Document 10, Montréal, 1987, 62 p.

R. COMTOIS et P. CIOTOLA, *Loi sur le Notariat annotée*, dans Chambre des notaires du Québec, R.D., «Pratique notariale», Doctrine — Document 1, (mis à jour 1975-1983), Montréal, 1984, 176 p.

R. COMTOIS et P. CIOTOLA, *La responsabilité notariale*, Chambre des notaires du Québec, R.D., «Pratique notariale», Doctrine — Document 2, Montréal, 1984, 17 p.

Répertoire de droit/Nouvelle série

CIOTOLA, P., *Le patrimoine familial, perspectives doctrinales et jurisprudentielles*, dans Chambre des notaires du Québec, R.D./N.S., «Famille», Doctrine – Document 2, Montréal, 2007, 120 p.

De la donation, dans Chambre des notaires du Québec, R.D./N.S., «Libéralités», Doctrine- Document 3. Montréal, 2006 (texte publié par M^{e} Johanne Forget pour la collection pédagogique et mis à jour par Pierre Ciotola pour le Répertoire de Droit 1997-2006) 41 p.

Les Cahiers de la direction de la recherche et de l'information

«Le patrimoine familial et l'interprétation judiciaire, partage égal ou inégal *d'obiter dicta* ou de *rationes decidendi* : une réconciliation laborieuse», Chambre des notaires du Québec, (1991) 14 *Les Cahiers de la direction de la recherche et de l'information* 618-625

CIOTOLA, P. et C. ROBERGE, «Prêt hypothécaire — ouverture de crédit disponible suite au remboursement du prêt initial», Chambre des notaires du Québec, (1988) 11 *Les Cahiers de la direction de la recherche et de l'information* 340-341

CIOTOLA, P., «Conflit entre le droit de résolution du vendeur impayé et les droits du cessionnaire de biens en stock», Chambre

24-Ciotola.indb XXIV 12-12-12 15:11

des notaires du Québec, (1986) 9 *Les Cahiers de la direction de la recherche et de l'information* 225

ALLARD, S., S. BINETTE et P. CIOTOLA, « « Le concubinage », Chambre des notaires du Québec, (1985) 8 *Les Cahiers de la direction de la recherche et de l'information* 125-142

AUGER, J., S. BINETTE, M. BOUDREAULT, P. CIOTOLA, D.-C. LAMONTAGNE, et J. STE-MARIE, « La loi sur les cessions de biens en stock », Chambre des notaires du Québec, (1984) 7 *Les Cahiers de la direction de la recherche et de l'information* 81-104

BINETTE, S, P. CIOTOLA, D.-C. LAMONTAGNE, et M. TURCOT, « Demande conjointe en séparation de corps sur projet d'accord », Chambre des notaires du Québec, (1983) 6 *Les Cahiers de la direction de la recherche et de l'information* 15-30

Revue juridique thémis

CIOTOLA, P. et A. LEDUC, « Arrêt *Val-Brillant* : évolution ou régression de l'hypothèque mobilière avec dépossession, en droit civil québécois ? », (2006) 40 *R.J.T.* 5-75

CIOTOLA, P., « Le testateur et son clone inavoué, le juge : clone difforme ou conforme dans la recherche des intentions du testateur : le juge et l'interprétation des volontés du testateur », (2005) 39 *R.J.T.* 1-49

« Les lendemains de la mise en vigueur du nouveau droit des sûretés : les certitudes, les hésitations et les revirements jurisprudentiels et législatifs », (1997) 31 *R.J.T.* 693-731

« La sécurité des transactions et du crédit : commentaires sur la réforme des sûretés réelles », (1990) 24 *R.J.T.* 567-601

« L'intervention de l'État dans le droit des contrats : vers une publicisation du droit des contrats ? », (1986) 20 *R.J.T.* 169-213

« Les cessions de créances : modalités de réalisation et conflits de collocation », (1982-83) 17 *R.J.T.* 365-402

« Dilemme : bail emphytéotique ou bail ordinaire », (1972) 7 *R.J.T.* 593-596

24-Ciotola.indb XXV 12-12-12 15:11

CIOTOLA, P. et A. HUARD, « Le notariat face à l'évolution législative et jurisprudentielle », (1972) 7 *R.J.T.* 101-153

Bulletin de droit municipal

CIOTOLA, P., « Commentaires sur les décisions récentes en matière de priorité ou d'hypothèque légale pour les taxes municipales », (1997) 4 *B.D.M.* 150-155 ; (1998) 5 *B.D.M.* 2-6.

Revue générale de droit

BOUDREAULT, M. et P. CIOTOLA, « Présentation et critique des dispositions du Projet de loi 125 portant sur les sûretés réelles », (1991) 22 *R.G.D.* 697-763

Recueil de droit immobilier

CIOTOLA, P., « L'influence de la pratique notariale sur l'évolution des droits réels », [1989] *R.D.I.* 673-707

AUTRES OUVRAGES

« L'hypothèque immobilière », dans *Droit immobilier québécois*, Service de mise à jour, Farnham, Les Publications CCH/FM Ltée, (texte et mises à jours 1997-2002), p. 4501-4745

Thèse de doctorat

CIOTOLA, P., *Le don manuel en droit privé québécois*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1973, 336 p.

Mémoire du diplôme des études supérieures (droit privé)

CIOTOLA, P., *Des conditions illicites dans les actes à titre onéreux,* Mémoire du Diplôme des études supérieures (droit privé), Montréal, Faculté de Droit, Université de Montréal, 1968, 109 p.

24-Ciotola.indb XXVI 12-12-12 15:11

PIERRE CIOTOLA
PRÉSENTATION D'UN PARFAIT NOTAIRE AU SERVICE DE L'ENSEIGNEMENT DU DROIT

Jean HÉTU*

UNE TRADITION D'EXCELLENCE

L'enseignement du droit notarial à la Faculté de droit de l'Université de Montréal remonte à l'engagement, en 1897, du notaire Narcisse Pérodeau, soit près de vingt ans après l'établissement en 1878 d'une succursale de l'Université Laval à Montréal, laquelle deviendra l'Université de Montréal en 1920. Les notaires de cette époque avaient fait des démarches pour faire nommer, dans les facultés de droit, des professeurs de notariat en faisant valoir que les professeurs de droit, étant tous des avocats, avaient tendance de façon générale à mépriser le notariat et à négliger l'étude de questions pouvant intéresser davantage les notaires.

À la suite du notaire Pérodeau, dont la carrière professionnelle et politique fut assez impressionnante, d'autres membres de la Chambre des notaires furent engagés par la Faculté de droit, et, même si leur nombre n'est pas très élevé, ils n'en laissèrent pas moins leur marque dans le milieu juridique québécois. Nous pensons aux anciens professeurs suivants : Victor Morin, Gustave Baudouin, René Faribault, Marcel Faribault, Eugène Poirier, Roch Brunet, Roger Comtois, Jean-Guy Cardinal, André-Marc Dauth, Yvon Renaud, Yvan Desjardins, Louise Thisdale et Denys-Claude Lamontagne. Le notaire Pierre Ciotola s'inscrit également dans cette lignée d'illustres notaires qui ont façonné l'histoire de l'enseignement du droit à la Faculté. Le présent texte vise à mieux le faire connaître. Pierre a commencé une carrière de professeur alors que j'entreprenais des études en droit. Il est devenu, par la suite, un collègue, « un voisin de bureau », un coauteur et un ami.

* Ad. E., professeur titulaire, Faculté de droit, Université de Montréal.

24-Ciotola.indb XXVII 12-12-12 15:11

Celui, à qui au début de sa carrière un ancien doyen avait déclaré qu'il n'avait pas les aptitudes requises pour enseigner, a fait mentir cette prédiction. De fait, Pierre Ciotola a persisté dans l'enseignement, au grand plaisir de ses nombreux étudiants, pour connaître une éclatante carrière de trente-huit années qui s'est conclue avec la promotion au rang de professeur émérite de l'Université de Montréal. Quant à ce doyen, il n'avait malheureusement pas pu prédire que son mandat serait écourté !

Vouloir résumer la vie, la carrière et l'œuvre de Pierre Ciotola en quelques pages n'est pas une mince tâche puisqu'il a été très actif, non seulement au niveau universitaire, mais également au sein de sa profession. C'est donc une vision très personnelle que je vais vous présenter de cet ancien professeur de la Faculté de droit qui est demeuré mon ami.

Les premières années

Pierre Ciotola peut difficilement cacher ses origines italiennes. Son père avait immigré à Montréal au début du siècle dernier pour rejoindre un de ses frères. Sa mère était née à Montréal de parents italiens, qui avaient fait partie des premières vagues d'immigration italienne à la fin du XIX^{e} siècle. Pierre est né le 16 décembre 1942 par un jour, semble-t-il, de froid sibérien ; ceci pourrait expliquer son côté parfois un peu « figé ». Il fut baptisé sous les prénoms de Pietro Giovacchino ; quelques années plus tard, lorsqu'il pensera à rédiger des actes comme notaire, il s'assurera que son prénom « Pietro » soit francisé. Il a poursuivi ses études primaires à l'école Saint-Philippe-Benizzi, qui était l'œuvre d'Ernest Cormier, architecte également du Pavillon central de l'Université de Montréal qui hébergea les locaux de la Faculté de droit jusqu'en 1968. Pierre a évidemment connu les collèges classiques. Un autre point que nous avons en commun ; nous avons fréquenté les sections classiques de la Commission des écoles catholiques de Montréal (CÉCM). Cette commission scolaire avait décidé d'offrir gratuitement aux meilleurs étudiants de 7^{e} année les quatre premières années du cours classique. Pierre fit donc partie, en septembre 1955, de la première cohorte des étudiants des diverses écoles élémentaires du nord de Montréal qui ont fréquenté la section classique Philippe-

24-Ciotola.indb XXVIII 12-12-12 15:11

Aubert-de-Gaspé. S'il n'avait pas été choisi par la CÉCM, Pierre aurait probablement opté, comme la majorité des élèves de sa classe, pour le réseau scolaire anglophone. Pour ma part, j'ai plutôt étudié à la section classique Saint-Pierre-Claver. Pierre a complété les dernières années du cours classique (soit de Belles-Lettres à Philosophie II) au Collège Saint-Viateur d'Outremont pour obtenir un baccalauréat ès arts (B.A.) de l'Université de Montréal en 1963.

Ses études en droit : de la licence au doctorat

Pierre Ciotola s'inscrit à la Faculté de droit de l'Université de Montréal en septembre 1963. C'est l'époque de la Révolution tranquille qui annonce de nombreux bouleversements, non seulement dans la société en général, mais également dans le droit. Le *Code civil du Bas Canada* subissait déjà ses premiers assauts aux principes jusqu'alors presque immuables. La femme mariée, par exemple, retrouvait dans l'essence de la règle de droit ce qu'elle était dans les faits, à savoir une personne pleinement émancipée et égale à son mari. Le jeune Ciotola se souvient de son premier cours dans l'amphithéâtre de l'immeuble principal, un premier cours magistral sur l'introduction au droit (le droit objectif, les droits subjectifs, le sujet de droit, etc.) dispensé par M^e^ Paul Lacoste. Il raconte qu'au sortir de ce cours il a fui ! Il nous dit :

> Je m'en suis retourné chez moi, déçu et hésitant. Mes hésitations sur mon choix revenaient me hanter, mais je suis revenu, me donnant encore l'espoir peut-être de continuer et de m'y plaire. Je ne me suis plus questionné par la suite. J'y ai découvert des professeurs d'une grande courtoisie, d'une grande culture, d'un professionnalisme indéniable.

Et il nous a rappelé les noms de ces professeurs de première année de droit qui l'ont conquis et qu'il retrouva éventuellement comme collègues : Germain Brière, Roger Comtois, Louis-Philippe Taschereau, Jean Beetz et Jacques-Yvan Morin.

Ces trois années de licence en droit furent de fort belles années à la Faculté, au dire de Pierre. Les cours étaient donnés à l'édifice central. Il n'y avait pas, au début de ses études, d'escalier mobile,

24-Ciotola.indb XXIX 12-12-12 15:11

et il fallait utiliser un escalier de bois de l'avenue Maplewood (qui deviendra plus tard Édouard-Montpetit) pour se rendre jusqu'aux divers pavillons de l'Université. Un très bon moyen pour les étudiants de faire de l'exercice, surtout l'hiver. La règle de l'anonymat aux examens ne fut établie qu'en troisième année. Les résultats étaient affichés avec les noms sur un babillard, à l'entrée du pavillon U de l'édifice principal, qui est devenu un véritable mur des lamentations au sortir des résultats, surtout en première année. Ce ne fut pas le cas pour Pierre. La bibliothèque de droit logeait au sixième étage, et les étudiants n'avaient pas un accès direct à toutes les collections. Il fallait donc, même en salle, s'enquérir de la disponibilité du volume et demander au bibliothécaire de bien vouloir aller le chercher. Certains étudiants cachaient même des volumes de jurisprudence à divers endroits de la bibliothèque pour mieux préparer leurs examens ou rédiger leurs travaux (cette mauvaise habitude ne s'est jamais vraiment perdue). On était loin des ouvrages en ligne et de l'accès à la jurisprudence par un clic de souris informatique. Qui plus est, le silence était de rigueur, et les bibliothécaires, soit le notaire Jean Roy (qui a d'ailleurs conçu le système de classification des ouvrages de droit) et son adjoint Laurent Ouimet, ne manquaient pas de rappeler cette règle malheureusement oubliée aujourd'hui. Les examens des années antérieures n'étaient pas disponibles, mais les rumeurs circulaient abondamment sur les questions usuelles de certains professeurs trop affairés pour prendre le temps de trouver de nouvelles questions.

Pierre Ciotola obtint une licence en droit, avec distinction, le 27 mai 1966. De cette promotion, nous remarquons les noms d'autres licenciés en droit qui devinrent également, du moins pour un certain temps, professeurs à la Faculté : ce sont Hélène Le Bel, René Laperrière, Juanita Westmoreland et Fernand Poupart. Dès le début de ses études en droit, Pierre devait choisir de devenir notaire, et c'est pourquoi, pendant sa quatrième année, il avait travaillé pour une étude notariale dirigée par M^{e} Roland Filion (un ancien maire de Montréal-Nord) qui, en plus d'être un excellent praticien, aimait être près de sa clientèle, même s'il conduisait une rutilante Chrysler comme beaucoup d'autres notaires de l'époque (je pense

24-Ciotola.indb XXX 12-12-12 15:11

entre autres au notaire Roger Comtois). L'admission à la pratique notariale était précédée de deux sessions d'examens, l'une qualifiée de préliminaire, qui se tenait généralement avant le début de la quatrième année, et l'autre dite finale, qui avait lieu une fois la quatrième année terminée. Ces sessions d'examens avaient été catastrophiques en 1966 et 1967 pour la majorité des candidats. Cependant, Pierre s'était classé deuxième à l'examen préliminaire de l'été 1966 et premier à l'examen final du printemps 1967 ; il devait d'ailleurs recevoir le Prix de l'Association des jeunes notaires en mai 1967. Son long trajet d'autobus entre sa résidence et la Faculté, au cours de sa quatrième année notariale, l'avait grandement aidé dans ses études, puisqu'il avait pu ainsi trouver le temps de lire tout le *Code civil du Bas Canada*, ainsi qu'un formulaire notarial français qui, malgré les divergences juridiques, décrivait assez bien les éléments essentiels d'un acte notarié. D'ailleurs, Pierre a longtemps déploré le fait qu'il n'y ait jamais eu de cours général de rédaction d'actes et de conventions en droit civil, au lieu de ces cours distincts selon les chapitres du Code civil.

Pierre Ciotola fut assermenté notaire le 24 mai 1967 en jurant, selon le serment d'allégeance, qu'il serait fidèle et porterait allégeance à la « Reine Elizabeth II ses hoirs et successeurs selon la loi ». Selon la coutume de l'époque, l'assermentation des nouveaux notaires était suivie d'un buffet et avait lieu à l'hôtel… Le Reine Elizabeth ! Alors qu'il avait pensé établir son étude notariale sur la rue Jean-Talon, le professeur Germain Brière, qui était alors doyen de la Section de droit civil de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, lui suggéra d'entreprendre des études supérieures en droit dans sa faculté et, mieux encore, de songer à une carrière professorale. Mais le notaire Roger Comtois, qui était directeur des études de quatrième année notariale à l'Université de Montréal et président de la Chambre des notaires du Québec, fut témoin de la suggestion du professeur Brière et réussit alors à convaincre Pierre Ciotola de plutôt poursuivre des études supérieures à Montréal, en lui offrant notamment une bourse d'études de la Chambre. C'est ainsi que la carrière de Pierre Ciotola comme jeune praticien sur la Plaza Saint-Hubert fut court-circuitée. Lui-même devait avouer qu'il avait eu beaucoup d'audace (et j'ajoute-

24-Ciotola.indb XXXI 12-12-12 15:11

rais un certain brin de naïveté) pour penser entreprendre seul sa pratique notariale. Pierre consacra donc l'année 1967-1968 à l'obtention d'un diplôme d'études supérieures avec une quinzaine d'autres étudiants, dont plusieurs devinrent également professeurs de droit (Monique Ouellette-Lauzon, René Laperrière, et Christian Vincke à Montréal, Pierre Patenaude et Pierre Germain à Sherbrooke, ainsi que Claude Thomasset à l'UQAM). Il rédigea, sous la direction du professeur Comtois, un mémoire intitulé *Des conditions illicites dans les actes à titre onéreux*.

Une fois son D.E.S. (option droit privé) obtenu en octobre 1968, Pierre Ciotola avait complètement oublié son projet de se lancer en pratique privée pour aspirer plutôt à une carrière professorale. Il s'inscrit donc au doctorat comme étudiant à temps plein sous la direction du professeur Brière, et retient comme sujet d'études le don manuel en droit privé québécois ; un seul article était visé, soit l'article 776 al. 2 C.c.B.C. Ce sujet était beaucoup plus sérieux qu'on ne pouvait le croire à première vue, car il permettait, sous l'angle d'une donation directe, soit le don manuel, de couvrir les règles des libéralités et d'approfondir ainsi un domaine du droit civil. En fait, il n'y avait que deux ou trois études plutôt brèves sur ce domaine en droit québécois. En revanche, le droit français présentait de nombreuses thèses sur le sujet, car le don manuel posait alors, et pose encore aujourd'hui semble-t-il, des difficultés par sa simplicité de réalisation et d'exécution. Ces thèses françaises, pour la plupart, dataient de la fin du XIX^{e} siècle, et on ne pouvait les retracer à la bibliothèque de la Faculté. Il fallait donc les commander et attendre la version sur microfiches, ce qui était alors la façon de procéder pour la conservation des documents juridiques, lesquels, par ailleurs, s'avéraient pénibles à consulter à l'écran. La thèse de Pierre Ciotola fut soutenue avec succès à l'automne 1973, et l'exposé de présentation de celle-ci fut publié dans *La Revue du Notariat* (vol. 76, n^{o} 4, novembre 1973, p. 143-154). Plus précisément, il obtint son LL.D. le 13 novembre 1973.

Les premières années d'enseignement

Alors qu'il était étudiant au D.E.S., Pierre Ciotola fut d'abord choisi (en 1967-1968) pour diriger les travaux pratiques en droit

24-Ciotola.indb XXXII 12-12-12 15:11

civil que devaient rédiger les nouveaux étudiants de première année. Je me rappelle encore avoir fait partie de ces étudiants qui avaient dû résoudre un problème de contenance lors de la vente d'un terrain. Puis, la Faculté, souhaitant recruter de jeunes professeurs, s'est adressée aux étudiants au doctorat pour retenir les services de chargés d'enseignement juniors à demi-temps. C'est ainsi que le doyen Jean Beetz proposa en 1968 à Pierre Ciotola, détenteur d'un D.E.S. en droit privé, d'encadrer les étudiants de première année à l'occasion des séminaires de recherche, non seulement en droit civil, mais aussi en droit constitutionnel. C'est également à cette époque que Pierre Ciotola entreprit des démarches pour devenir professeur de droit à temps plein. C'est encore le doyen Beetz qui donna cette chance à ce dernier. Il entra donc en fonction comme professeur adjoint le 1er juin 1969 en même temps que quatre autres collègues (Monique Ouellette-Lauzon, Christian Vincke, René Laperrière et Herbert Marx). Pierre Ciotola se souvient de son engagement à la Faculté :

> Je me souviens que, dans ma lettre transmise au doyen Beetz pour manifester mon intérêt à une carrière professorale, j'avais précisé mon désir (quelle prétention s'il en est à rebours) d'enseigner le droit civil, à l'exception de la responsabilité civile, étant donné ma formation notariale. Quarante ans plus tard, je puis dire que j'avais eu la modestie de ne pas pouvoir enseigner les autres domaines du droit, et je commis une erreur de croire que la responsabilité civile n'était pas l'affaire d'un notaire. Je pense au traité *La responsabilité civile du notaire*, sous la plume du notaire Paul-Yvan Marquis, un traité remarquable. Je reçus comme assignation l'enseignement du droit des biens en deuxième année de droit à l'automne 1969, en plus de l'animation de travaux pratiques et de séminaires en deuxième et troisième année. Je me suis mis à la préparation de ce cours dès le début de l'été. J'ai vite compris dès les premières heures d'enseignement qu'un cours ne se prépare pas seulement dans l'abstrait ; il y a la réalité de communiquer la matière, et le droit des biens n'est sans doute pas la matière la plus excitante pour des étudiants de deuxième année. Il y a de ces matières fondamentales dans la formation de tout juriste, et vraiment primordiales pour la pratique du droit, mais sous-estimées dans le cursus académique. Et le droit des biens

24-Ciotola.indb XXXIII 12-12-12 15:11

figure élevé à ce palmarès des matières sous-estimées. Comment donc expliquer à des étudiants qui rêvent d'idéal de justice les marques de non-mitoyenneté liées à un chaperon ou à un filet ou à un corbeau de pierre (art. 511 C.c.B.C.), si ce n'est par des illustrations appropriées. Comment donc leur faire comprendre que ces questions sont loin d'être théoriques, alors qu'il y a tant de murs mitoyens dans le voisinage ? Et j'en passe. Pourtant, ce domaine est emballant et permet d'aborder nombre de principes fondamentaux de droit civil. De plus, c'était l'après-mai 68, et ce vent de fraîcheur apportait une remise en question systématique de tout le cursus à la Faculté. Il fallut bien s'adapter à ce vent de fraîcheur.

Les premières années d'enseignement, marquées par de nombreuses crises internes à l'intérieur de la Faculté (les administrations se succédaient presque aux deux ans), tinrent notre jeune professeur très occupé, d'autant plus qu'il n'y avait, à vrai dire, que deux autres notaires au moment de son entrée en fonction, soit Roger Comtois et, depuis peu, le notaire Yvon Renaud (le notaire Jean-Guy Cardinal avait quitté à cette époque la Faculté pour le monde de la politique). En début de carrière, Pierre Ciotola enseigna le droit des biens et, à l'occasion, un cours optionnel portant sur les procédures non contentieuses et l'introduction au droit notarial. Mais il s'intéressa rapidement au droit des sûretés, qui exigeait du professeur une connaissance approfondie non seulement de l'ensemble du Code civil, mais aussi des notions fondamentales de la procédure civile et de la faillite. De plus, le notaire Comtois lui demanda d'assurer un encadrement auprès des étudiants inscrits en quatrième année notariale. Ses nombreuses tâches professorales n'empêchèrent pas Pierre Ciotola de publier plusieurs textes sur le droit des biens et le droit de la famille dans *La Revue du Notariat*, ainsi qu'une partie de son mémoire de maîtrise. En collaboration avec le notaire Comtois, il publia d'abord par tranches dans *La Revue du Notariat* (mai 1972 à février 1973), et ensuite en volume la *Loi du Notariat annotée* (ce texte reproduit dans le *Répertoire de droit – Pratique notariale* fut tenu à jour jusqu'en 1992).

24-Ciotola.indb XXXIV 12-12-12 15:11

De professeur agrégé à la titularisation

La carrière professorale comporte plusieurs étapes importantes, notamment l'agrégation, qui s'accompagne de la permanence, et la titularisation. Pierre Ciotola devint professeur agrégé le 1er juin 1974, et les années qui suivirent en furent de consolidation dans son statut de professeur, mais également au sein de sa profession.

Pendant les années 1970, le professeur Ciotola enseigne à des centaines d'étudiants le droit des biens, le droit des sûretés, le droit notarial, le droit des incapacités et le droit de la protection du consommateur. En 1976-1977, dans le cadre d'une année sabbatique, il obtient le statut de « visiting scholar » à la Yale Law School pour mieux se familiariser avec la common law, les règles de l'*Uniform Commercial Code* et les grandes réformes de la protection du consommateur. Même si les enseignements du professeur Ciotola étaient dispensés essentiellement aux étudiants de premier cycle, il n'en conservait pas moins un grand intérêt pour le notariat. D'ailleurs, les directeurs des autres programmes de droit notarial offerts par les Universités de Sherbrooke et d'Ottawa en profitèrent pour l'inviter, de 1974 à 1980, à donner des cours portant notamment sur le droit de la propriété et de ses modalités, ainsi que sur la rédaction testamentaire et des libéralités. À la demande de la Chambre des notaires, il accepta de collaborer au Comité sur la législation en vue de revoir les règlements de la profession en relation avec le *Code des professions*. Au printemps de 1976, il prononça une première conférence intitulée « Les conventions matrimoniales au lendemain de la réforme des régimes matrimoniaux » dans le cadre des Cours de perfectionnement de la Chambre des notaires du Québec. Il sera par la suite invité régulièrement à donner des cours de perfectionnement. Il rédigera aussi en 1978 une étude sur les donations par contrat de mariage pour le *Répertoire de droit*. Cette même année, il accepta ma demande de rédiger un texte sur l'histoire du notariat à la Faculté, qui sera publié sous le titre de « Bribes notariales » dans l'*Album souvenir 1878-1978* que j'avais préparé pour souligner le centenaire de la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

24-Ciotola.indb XXXV 12-12-12 15:11

À la fin des années 1970, l'Université de Montréal veut offrir, par l'entremise de la Faculté de l'éducation permanente, un certificat en droit et confie la responsabilité du nouveau programme au professeur André Poupart. Comme ce dernier veut assurer la crédibilité des cours qui y seront dispensés, il fait appel aux services de ses collègues de la Faculté de droit, et demande, entre autres, à Pierre Ciotola de donner un cours d'introduction au droit. Au cours de la période s'échelonnant de 1978 à 1989, ce dernier y donnera tantôt un cours d'introduction au droit, tantôt un cours sur les sûretés.

La reconnaissance universitaire et professionnelle

Le professeur Ciotola obtient sa titularisation le 1er juin 1980. Il délaisse l'enseignement de la protection du consommateur pour se consacrer à celui du droit des sûretés et du droit des libéralités. Il profite également du départ de certains collègues pour ajouter à sa charge l'enseignement du droit des successions. Comme les Éditions Thémis offraient alors la possibilité aux professeurs de la Faculté de publier leurs notes de cours sous une forme abrégée dans une nouvelle collection appelée « Mémentos Thémis », Pierre Ciotola publia ainsi la première édition de *Droit des sûretés* (1984, 334 p.) ; la troisième édition, parue en 1999, contiendra 734 pages.

La participation du professeur Ciotola aux publications de la Chambre des notaires s'intensifia, et j'eus même le plaisir, en 1984, de rédiger avec sa collaboration une étude pour le *Répertoire de droit* intitulée « La vente d'immeubles pour non-paiement des taxes foncières ». Pierre Ciotola souligne le rôle qu'il a joué à cette époque dans les travaux de la Chambre des notaires, tout en rappelant notre première expérience à titre de coauteurs :

> Je fus appelé pendant cette période à collaborer davantage à la conception des divers tomes de la collection fort prisée des praticiens du droit qu'était le *Répertoire de droit*. Ce fut le cas notamment pour les tomes consacrés aux libéralités, aux biens et à la famille. Il en était de même à l'occasion pour *Les Cahiers de la direction de la recherche et de l'information.* Des études étaient préparées généralement en collaboration avec d'autres notaires ou professeurs d'université sur des sujets d'actualité.

24-Ciotola.indb XXXVI 12-12-12 15:11

> Elles donnaient lieu à des sessions de rédaction et de réflexion qui nous invitaient à confronter nos opinions et nos interprétations respectives. Elles étaient vraiment, en ce qui me concerne, une occasion privilégiée de prendre contact avec des confrères de grande compétence et d'approfondir davantage ma perception personnelle de la pratique du droit. Le service de recherche et de documentation recevait nombre de questions sur la vente pour taxes, et souhaitait à tout le moins une étude globale sur le sujet. Mon collègue Jean Hétu fut sollicité pour la rédaction de cette étude et me demanda de me joindre à lui, à tout le moins pour mieux comprendre la problématique notariale. Notre collaboration était d'autant plus simplifiée que nos bureaux étaient situés à proximité sur le même étage, et nous pouvions donc échanger facilement sur le sujet. En outre, nous avions souvent, par le passé, échangé sur diverses questions juridiques sans avoir eu l'occasion de collaborer de manière plus intensive lors d'une rédaction juridique. De même, je fus demandé pour participer aux travaux du Comité des examens de la Chambre des notaires, soit comme correcteur, soit comme examinateur à diverses fréquences. En certaines occasions, ma collaboration aux comités de la Chambre se limitait à un mandat précis de consultation.

Soulignons également que la Chambre des notaires du Québec nomma Pierre Ciotola comme délégué-rapporteur au XVII^e^ Congrès international du notariat latin tenu en octobre 1984 à Florence, au XVIII^e^ Congrès international du notariat latin tenu à Montréal en septembre 1986, ainsi qu'au XIX^e^ Congrès international du notariat latin tenu en mai 1988 à Amsterdam. Ces congrès offraient une occasion privilégiée de rencontrer des notaires des autres pays et de constater que le notariat est une réalité bien différente d'un pays à un autre.

En 1987, à la surprise de certains collègues, le doyen François Chevrette offre à Pierre Ciotola la possibilité de diriger le programme de droit notarial de façon intérimaire, vu le congé sabbatique de son directeur. Ce programme, qui comptait plus d'une centaine d'inscriptions, constituait un nouveau défi que Pierre Ciotola releva avec brio. Il faut dire que l'expérience acquise en début de carrière comme adjoint du notaire Comtois pour l'enca-

24-Ciotola.indb XXXVII 12-12-12 15:11

drement des étudiants de la quatrième année notariale lui fut très utile. Même si la tâche était relativement lourde, car le soutien administratif était très limité, Pierre Ciotola trouva le temps de rencontrer tous les étudiants du programme. Il commença d'ailleurs à s'intéresser à l'informatique avec son modeste Mac Se, et prit l'initiative de tenir en parallèle un système informatisé des dossiers pédagogiques des étudiants du programme. En 1988, la nouvelle doyenne Hélène Dumont lui demanda de poursuivre ce travail de direction des études notariales pour les quatre prochaines années. Pierre Ciotola nous a ainsi résumé cette étape de sa carrière :

> Malgré tout, ces cinq années de direction ont été emballantes, malgré le défi de sans cesse concilier les attentes tant du milieu universitaire que du monde professionnel. Ce furent des années exigeantes également, car je maintenais mes enseignements à la Faculté en droit des sûretés, en plus d'accepter à l'occasion l'enseignement de l'introduction au droit à la Faculté de l'éducation permanente et, en substitution d'un professeur en congé sabbatique à McGill, l'enseignement du droit des sûretés mobilières. Je maintenais également ma collaboration à divers sous-comités de rédaction du *Répertoire de droit* en sûretés, libéralités et famille.

La sanction du nouveau *Code civil du Québec* en décembre 1991 devait remettre dans l'actualité juridique le droit privé, mieux adapté aux réalités contemporaines. La réforme des sûretés avait déjà retenu l'attention du professeur Ciotola à l'occasion de divers événements sur la réforme du Code civil, notamment lors des Journées Maximilien-Caron 1990, portant sur les enjeux et les valeurs d'un Code civil moderne, et lors d'une conférence en mars 1992, dans le cadre des Cours de perfectionnement de la Chambre des notaires du Québec. De plus, il répond à l'invitation de la Chambre des notaires pour préparer une étude sur la réforme des sûretés, dans l'ouvrage publié conjointement en 1993 par cette dernière et le Barreau du Québec pour expliquer le contenu du nouveau Code civil (« La réforme des sûretés sous le Code civil du Québec », dans *La réforme du Code civil*, Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1993, p. 303). Par la suite,

24-Ciotola.indb XXXVIII 12-12-12 15:11

il acceptera de nombreuses invitations pour prononcer des conférences afin d'exposer les principaux aspects de la réforme du droit des sûretés. De plus, il publiera en 1999 aux Éditions Thémis la troisième édition de son ouvrage intitulé *Droit des sûretés* (734 p.), entièrement consacré au droit nouveau des sûretés.

Au mois de mars 1992, Pierre Ciotola est nommé récipiendaire du Prix Pierre-Duquet, nom qui rappelle le premier notaire né en Nouvelle-France. Ce Prix d'excellence 92 lui a été remis par la Chambre des notaires du Québec pour souligner sa contribution exceptionnelle à l'enseignement et à la recherche en droit.

En 1993, Pierre Ciotola a le privilège de représenter ses confrères et ses consoeurs au Bureau de la Chambre des notaires du Québec pour un mandat de trois ans, soit jusqu'en 1996. Il ne sollicitera pas le renouvellement de son mandat afin de permettre à d'autres notaires de prendre part aux affaires de leur corporation professionnelle.

Lorsque la Chambre des notaires s'apprête à souligner en 1997 les 150 ans de l'organisation professionnelle du notariat (la première loi constitutive remontant à 1847), Pierre Ciotola prend l'initiative d'organiser à la Faculté de droit les 8^{e} Journées Maximilien-Caron pour les consacrer à l'avenir du notariat à l'approche de l'an 2000. Dans le cadre de ce colloque, plusieurs conférenciers font état de la contribution du notariat à la société québécoise. Les actes du colloque ont été publiés aux Éditions Thémis sous sa direction. À l'occasion de la collation des grades de la Faculté de droit en octobre 1997, le doyen Claude Fabien souligne, dans son allocution, la contribution du notariat à l'essor de la Faculté. C'est d'ailleurs ce même doyen qui va demander à Pierre Ciotola d'ajouter à sa charge d'enseignement les régimes matrimoniaux. Au dire de ce dernier, c'était avec le droit des sûretés et celui des successions enseigner presque la moitié du droit privé !

En 1999, à la suite du départ du notaire Roger Comtois de la direction de *La Revue du Notariat*, l'existence même de cette plus ancienne revue juridique au Québec est remise en question. Plusieurs professeurs d'université et plusieurs notaires se réunirent en vue d'en assurer la survie, et confièrent à Pierre Ciotola ainsi qu'à François Frenette le mandat de relancer la revue. Il aurait été

24-Ciotola.indb XXXIX 12-12-12 15:11

difficile pour Pierre Ciotola, qui a publié entre 1969 et 2008 plus de trente études dans *La Revue du Notariat*, de refuser d'en assumer la codirection avec M[e] Frenette. C'est ainsi que Pierre Ciotola fut codirecteur de cette revue de janvier 1999 à décembre 2002.

Le premier titulaire de la Chaire du notariat

Dès 1978, lors du centenaire de la Faculté de droit, le notaire Ciotola, à qui j'avais demandé d'écrire un texte sur l'histoire du notariat à la Faculté, avait alors préconisé la création d'un institut de droit notarial susceptible de réaffirmer le rôle du notaire dans la société et de favoriser une plus grande collaboration avec le milieu universitaire (« Bribes notariales », dans Jean Hétu, *Album Souvenir 1878-1978 Centenaire de la Faculté de droit de l'Université de Montréal*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1978, p. 235, 246). Ce souhait ne devait se réaliser qu'en 2001 avec le lancement de la Chaire du notariat à l'Université de Montréal, laquelle avait comme principaux objectifs d'accroître, par ses activités, la visibilité du notariat, non seulement au sein de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, mais aussi dans les diverses autres collectivités universitaires. Pierre Ciotola fut choisi, au début du mois de mars 2002, pour devenir le premier titulaire de cette nouvelle chaire. Le doyen Frémont, en présentant le premier titulaire de cette chaire, l'a décrit comme un pilier intellectuel de la profession notariale et un universitaire remarquable. Le professeur Ciotola nous a expliqué dans quel contexte la Chaire du notariat est apparue à la Faculté :

> La Chambre des notaires du Québec souhaitait susciter une relève plus importante face au vieillissement de la profession. Des notaires plus âgés souhaitaient quitter la pratique notariale pour une retraite méritée, notamment depuis l'avènement du nouveau *Code civil du Québec*. De plus, le contexte de la pratique du droit s'était sérieusement transformé. La mondialisation rejoignait aussi le domaine juridique : phénomène ostensible dans les grands cabinets d'avocats, qui ont multiplié les alliances stratégiques, mais phénomène quasi absent chez les études notariales de taille plus modeste, d'un, deux ou trois notaires. La justice se montrait sous de nouvelles dimensions : mégaprocès criminels, éclosion de la charte, essor du droit

24-Ciotola.indb XL 12-12-12 15:11

commercial. Et les candidats au notariat dans ce contexte se faisaient hésitants face à leur choix. Enfin, il y avait également une autre motivation : le Fonds d'études notariales devait accroître son intérêt pour la recherche universitaire proprement dite et redéfinir sa politique de financement de la recherche axée sur l'intérêt de la profession (publications professionnelles, sessions de perfectionnement, stage préadmission, etc.).

La Chambre des notaires créa donc la Chaire du notariat et l'attribua à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Les diverses facultés avaient été appelées à soumettre un projet élaboré ; le doyen Frémont travailla ardemment à la conception du projet de Montréal, en collaboration avec le professeur Alain Roy, celui-ci engagé depuis peu à la Faculté. Le doyen Frémont me demanda donc d'assumer la direction de la Chaire du notariat, à tout le moins pour le mandat initial de la mise en place de la chaire.

Une fois nommé responsable de la Chaire du notariat, Pierre Ciotola devait s'empresser d'organiser certaines activités pour assurer son rayonnement. Déjà le 30 avril 2002, se tenait une première activité qui avait pour thème « Acte notarié informatisé : quand le futur et le passé convergent vers le présent ! ». Le 8 octobre 2002 était inauguré le cycle des conférences Roger-Comtois, qui rendait également hommage à un professeur émérite et ancien doyen de la Faculté. C'est le notaire Jean Lambert qui fut invité à donner la première conférence consacrée à l'avenir de la profession notariale. Pierre Ciotola nous a expliqué sa vision du rôle que devait jouer la Chaire :

> Il n'y avait pas à proprement parler de modèle de chaire à la Faculté. Il y avait bien sûr le Centre de recherche en droit public, fort bien implanté depuis près de quarante ans avec une grande tradition de recherches, mais en droit privé, les professeurs de la Faculté avaient souhaité à de multiples reprises l'établissement d'un centre ou d'un institut, ce qui ne s'est jamais concrétisé, et ce n'est pas faute de volonté, mais plutôt faute de ressources financières. Commençait aussi à l'époque le Centre du droit des affaires, qui a pris un essor enviable ces récentes années. Le notariat n'était pas vraiment privilégié, et la création d'une chaire devint un souffle nouveau. Il n'y avait

24-Ciotola.indb XLI 12-12-12 15:11

pas beaucoup de modèles. Mais il fallait agir vite pour rendre cette Chaire visible. C'est alors que j'ai mis sur pied le cycle des conférences Roger-Comtois, en l'honneur évidemment de Roger Comtois, qui a si longtemps été la figure dominante du notariat dans le milieu universitaire. Et la tradition d'inviter en alternance un juriste québécois et un juriste étranger a été maintenue. Ce cycle de conférences ajoute vraiment une dimension nouvelle à l'image du notariat dans le milieu universitaire. En outre, j'ai établi un cycle universitaire de conférences prévoyant à intervalles réguliers une conférence sur un sujet précis de droit. Enfin, j'ajoutais à cela la préparation d'un colloque ou d'un événement majeur annuel. Je pense au colloque sur l'union civile et les règles de la filiation qui attira un grand nombre de juristes, ou encore celui sur l'informatique et le droit dans le cadre des Entretiens Jacques-Cartier (en collaboration avec des universitaires et praticiens venant tant du Québec que de France). Enfin, la Chambre des notaires souhaitait que la Chaire du notariat puisse assurer la tenue d'événements dans les diverses facultés de droit, ce qui fut fait dans le cadre d'une collaboration entre la Chaire et les professeurs notaires des autres universités.

C'est encore sous l'égide de la Chaire du notariat que j'ai publié, avec Pierre Ciotola, le premier ouvrage sur l'histoire du notariat à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, et ce, dans le cadre du 125^{e} anniversaire de cette faculté (Pierre Ciotola et Jean Hétu, *La Faculté de droit de l'Université de Montréal et le notariat: 125 ans de formation*, Montréal, Archiv-Histo Inc., 2004, 382 p.). Cet ouvrage souligne notamment la contribution de plus d'une centaine de diplômés qui, devenus notaires, ont joué un rôle important dans la société québécoise. Le doyen Frémont devait nous remettre, au mois d'avril 2004, la Médaille de la Faculté pour souligner notre contribution à l'histoire de cette institution universitaire. De plus, nous avons reçu en 2005, lors du Salon du livre de Montréal, le prix Rodolphe-Fournier attribué par la Fédération des sociétés d'histoire, en collaboration avec la Chambre des notaires du Québec. Enfin, l'Institut international d'histoire du notariat nous a également attribué, au mois de novembre 2006, la mention du prix Frochot pour notre ouvrage.

24-Ciotola.indb XLII 12-12-12 15:11

Au mois de mai 2006, un autre honneur devait échoir au professeur Ciotola ; les juristes de la communauté italienne soulignèrent l'excellence de sa carrière universitaire lors de leur banquet annuel. Le juge en chef de la Cour supérieure, l'honorable François Rolland, et M^e^ Denis Marsolais, président de la Chambre des notaires, prononcèrent quelques mots pour souligner les mérites de notre ancien collègue. C'était pour ce dernier un retour aux sources et un rappel de ses origines familiales.

L'heure de la retraite

Au début des années 2000, un collègue fort apprécié et un ami de longue date, Francis Rigaldies, nous annonce son départ à la retraite. Comme il est encore dans la jeune cinquantaine, c'est pour nous un choc ! Certains, dont Pierre Ciotola, se demandent alors s'il ne faut pas penser à la retraite. Déjà, après la fin de son mandat au mois de mai 2004 comme titulaire de la Chaire du notariat, Pierre Ciotola avait opté pour une forme de préretraite en limitant ses activités à certaines charges d'enseignement en droit des successions et à l'encadrement des travaux de rédaction de deuxième et de troisième année. Toutefois, il devait continuer de poursuivre certains travaux comme chercheur associé à la Chaire du notariat jusqu'à sa retraite. D'ailleurs, M^e^ Brigitte Lefebvre, qui lui avait succédé comme titulaire de la Chaire, devait l'inviter à prononcer en octobre 2006 la cinquième conférence du cycle des conférences Roger-Comtois ; elle avait pour thème « La suspicion et le droit ». En 2007, à l'âge de 64 ans, Pierre Ciotola a mis un terme à sa carrière de professeur de droit à l'Université de Montréal en donnant un dernier cours sur les successions. Sa retraite est devenue effective le 1^er^ juin 2007.

Le notaire Pierre Ciotola a connu une carrière professorale exceptionnelle. Il a enseigné pendant plus de trente ans le droit des sûretés, pendant plus de quinze ans le droit des successions et pendant plus de dix ans le droit des biens. Il a dirigé les travaux de recherche d'un grand nombre d'étudiants aux différents cycles. Il a rejoint environ 10 000 étudiants par ses nombreuses activités professorales, et il a voulu parfois les impressionner avec ses sa-

24-Ciotola.indb XLIII 12-12-12 15:11

voureuses maximes latines comme, en droit des sûretés, « *hypotheca est tota in toto et tota in quolibet parte* ». Il a même enseigné aux enfants de ses premiers étudiants. Il a dispensé des cours dans les diverses facultés de droit du Québec (McGill, Sherbrooke et Ottawa). Il a donné des dizaines de conférences, notamment au profit des membres de la Chambre des notaires. Il a publié un très grand nombre d'ouvrages et d'articles de revue juridiques. Il a été l'un des premiers professeurs à utiliser l'informatique dans l'enseignement et à se lancer dans la conception de cours en ligne. Son activité professorale et professionnelle s'échelonne sur une période de près de quarante ans. Elle fut couronnée par l'attribution par l'Université de Montréal du titre de professeur émérite le 25 mai 2007. Pour résumer sa carrière, je me réfère à la devise adoptée par le notaire Narcisse Pérodeau (premier professeur de droit notarial à la Faculté), qui pourrait aussi s'appliquer à Pierre Ciotola : « *Labor, Probitas et Decor* ». Pour toutes ces raisons, je n'ai aucune hésitation à qualifier mon ancien collègue de « parfait notaire » !

24-Ciotola.indb XLIV 12-12-12 15:11

COURT HOMMAGE EN FORME DE SALUTATIONS

Ces mélanges arrivent à point nommé. Le professeur émérite Pierre Ciotola est un juriste remarquable et un pionnier. Par exemple, il est un des premiers à avoir utilisé l'ordinateur, tant pour ses recherches que pour son enseignement.

J'ai d'abord connu l'étudiant Pierre Ciotola, puis j'ai travaillé avec le notaire Pierre Ciotola – devenu notaire honoraire il y a quelques années. Pierre a toujours eu le soucis de donner un enseignement de grande qualité, tout en s'investissant dans les affaires de la Faculté. Il a ainsi collaboré avec le professeur Jean Hétu au livre portant sur le centenaire de la faculté (1978).

La Faculté et le notariat sont fiers de trouver, chez Pierre Ciotola, un collègue, travailleur acharné, et un professionnel loyal.

Roger COMTOIS,
O.C., LL. D., m.s.r.c., notaire honoraire,
professeur émérite, Faculté de droit, Université de Montréal
Juin 2012

24-Ciotola.indb XLV 12-12-12 15:11

24-Ciotola.indb XLVI 12-12-12 15:11

TABLE DES MATIÈRES

Préface IX
Guy LEFEBVRE

Avant-propos XI
Brigitte LEFEBVRE et Antoine LEDUC

Notes biographiques XV

Publications XIX

Pierre Ciotola : présentation d'un parfait notaire au service de l'enseignement du droit XXVII
Jean HÉTU

Court hommage en forme de salutations XLV
Roger COMTOIS

Fiducie d'utilité sociale c. Bienfaisance 1
Diane BRUNEAU

Observations sur les « vices de conception » du régime juridique applicable à l'hypothèque légale de la construction 27
Élise CHARPENTIER

Quelques perles de la jurisprudence constitutionnelle : un survol incomplet et dépourvu de méchanceté ! 41
François CHEVRETTE †

Les cessions et hypothèques de créances : similitudes et différences 61
Michel DESCHAMPS

Du droit du riverain aux forces hydrauliques du domaine de l'État 105
François FRENETTE

Le modèle québécois de recours collectif : une procédure originale et adaptée à la réparation des dommages 127
Pierre-Claude LAFOND

Épizootisme législatif, jurisprudentiel et contre-réforme en droit des sûretés 167
Antoine LEDUC

Les droits qui confèrent l'usage des résidences familiales : quelques difficultés lors de la liquidation du patrimoine familial 195
Brigitte LEFEBVRE

Prêt participatif et faillite 213
Louise LÉVESQUE et Jean LOZEAU

Le contrat comme fait juridique à l'égard des tiers absolus 247
Didier LLUELLES

De l'intensité des droits hypothécaires : esquisse d'une nouvelle taxinomie des hypothèques 263
Roderick A. MACDONALD

La nature juridique du contrat de franchise : un regard sur 25 années de jurisprudence et de doctrine 309
Paul-André MATHIEU

« Auprès de ma blonde… » 359
Benoît MOORE

Le cautionnement en droit civil québécois : une analyse économique 381
Alain PARENT et Ejan MACKAAY

Digressions disparates à propos de l'affaire *Bou Malhab* 417
Adrian POPOVICI

L'hypothèque immobilière et les immeubles par attache ou réunion de l'article 903 C.C.Q. 429
Denise PRATTE

De la confiance à la suspicion ? : observations sur l'évolution de la réglementation financière suite à la crise du crédit 455
Stéphane ROUSSEAU

24-Ciotola.indb XLVIII 12-12-12 15:11

L'Entente sur mesures volontaires de la *Loi sur la protection de la jeunesse* sous le regard d'un civiliste 487
Alain ROY

Le droit et la qualité de l'information 519
Pierre TRUDEL

Droits de l'homme, droits de la personne, droits et libertés et droits humains : essai sur la dénomination des droits et plaidoyer pour les « droits fondamentaux » 539
Daniel TURP

Liberté de religion et demandes d'exemption à l'égard du curriculum scolaire obligatoire : les réponses des tribunaux américains 563
José WOEHRLING

24-Ciotola.indb XLIX 12-12-12 15:11

24-Ciotola.indb L 12-12-12 15:11

FIDUCIE D'UTILITÉ SOCIALE c. BIENFAISANCE

Diane BRUNEAU*

I. AVANT-PROPOS 3

II. INTRODUCTION 3
A. Soutenir une cause précise 6
1. Reconnaissance d'une fiducie d'utilité sociale 9
2. Interprétation de la volonté du testateur 10
3. Administration fiduciaire implicite 11
B. Bénéficiaire non précisé et la cause non plus 20
1. Faculté d'élire exercée par un liquidateur 23

III. CONCLUSION 25

* Notaire, M. Fisc. Professeure à la Faculté de droit, Université de Montréal. Chercheure à la Chaire du notariat.

24-Ciotola.indb 1 12-12-12 15:11

24-Ciotola.indb 2 12-12-12 15:11

Ce qu'il y a de plus horrible au monde,
c'est la justice séparée de la charité.
F. Mauriac

I. Avant-propos

J'ai accepté avec joie d'apporter ma contribution à ces mélanges en l'honneur de mon cher collègue Pierre Ciotola. Durant toutes ces années où nous nous sommes côtoyés à la Faculté, c'était toujours avec plaisir que nous nous arrêtions pour discuter, et pas toujours de droit ! C'est notamment avec lui que je discutais des aléas des marchés boursiers ! Car M^e^ Ciotola, sous une apparence conservatrice, cachait un avant-gardiste qui damait le pion à tous les jeunes profs. Il a été l'un des premiers à utiliser l'ordinateur, et encore l'un des premiers à utiliser les applications pédagogiques qu'offraient les nouvelles technologies, par exemple en clavardant avec ses étudiants. Avec sa vive intelligence, son pragmatisme et son sens critique très développé, M^e^ Ciotola a apporté une grande contribution à l'avancement du droit et a aussi fait le bonheur de ses collègues, dont je suis.

Pour tenter de lui faire honneur, j'ai choisi de soumettre à un examen critique les libéralités faites dans le cadre de la bienfaisance, sujet qui a souvent été abordé par M^e^ Ciotola dans ses écrits sous l'angle de l'interprétation des testaments. Je m'y intéresserai pour ma part en m'appuyant sur les règles de la fiducie.

II. Introduction

Compte tenu des développements aux chapitres de l'interprétation des testaments et de la fiducie, où en sommes-nous relativement à la question des libéralités pour fins de bienfaisance ? À l'aide de certaines décisions sur ce thème, nous vérifierons si ce genre de libéralités reçoit une interprétation favorable.

Un premier constat découle des décisions que nous commenterons : dans le cas de legs pour fins de bienfaisance, lorsque surgissent

24-Ciotola.indb 3 12-12-12 15:11

des difficultés pour identifier précisément l'organisme légataire, il arrive que le tribunal donne raison à la famille qui réclame les biens. Le résultat est ainsi de ne pas donner suite à la volonté maladroitement exprimée par le défunt.

Or, aucune personne ou organisme au Québec n'a le rôle de surveiller le liquidateur afin d'assurer le paiement des legs de bienfaisance aux légataires prévus, hormis les autres héritiers, qui sont généralement en conflit d'intérêts, et les Agences du revenu qui vérifient les reçus pour dons. Il n'y a pas non plus de personne désignée pour défendre les intérêts de l'ensemble des organismes de bienfaisance[1]. Même lorsque le testament identifie dans un legs un organisme en particulier, ce dernier hésite souvent à défendre ses droits en justice avec vigueur, soit par manque de moyens, soit en raison du risque d'avoir mauvaise presse si son action le fait paraître trop cupide face aux membres de la famille du défunt, qui eux se retrouvent à être totalement ou partiellement déshérités.

Dans ce contexte, la jurisprudence a produit des résultats surprenants pour qui s'intéresse à la fiducie. Diverses raisons sont invoquées dans certaines causes pour ne pas donner suite à l'intention exprimée de façon incomplète par le testateur : l'organisme est imprécis, il n'y a pas de transfert, il n'y a pas de fiduciaire ou le légataire n'est pas une personne. D'autres volets légaux viennent apporter un peu plus de confusion, soit l'étendue du pouvoir du juge de cerner l'intention du testateur en vertu de l'article 737 C.C.Q. et la question de savoir si la faculté d'élire peut être laissée au liquidateur.

Avant de plonger dans les règles qui concernent la fiducie d'utilité sociale, faisons un bref retour en arrière. Dans le *Code civil du Bas-Canada*, l'article 869 énonçait que l'on pouvait établir des légataires fiduciaires ou simples ministres pour des fins de bienfaisance, et que l'on pouvait aussi remettre les biens pour les mêmes fins à ces exécuteurs testamentaires. Cet article est souvent décrit comme l'ancêtre de la fiducie dans le droit québécois.

---

1 C'est ce que soulevait déjà comme problème la Cour suprême du Canada en 1929 (!) dans la décision *Valois* c. *De Boucherville*, [1929] R.C.S. 234.

24-Ciotola.indb 4 12-12-12 15:11

Mais même bien avant, James McGill avait légué à des fiduciaires la tâche de fonder l'Université McGill[2]. Une loi adoptée en 1879 a ensuite introduit formellement la fiducie dans notre droit civil, dont les dispositions ont ensuite été reprises dans le C.c.B.-C. en 1889 aux articles 981 a) et ss, tout en laissant subsister l'article 869.

Que reste-t-il de ces pouvoirs des exécuteurs testamentaires découlant de l'art. 869, et notamment de leur faculté d'élire les organismes de bienfaisance ? Le C.C.Q. a déplacé ces pouvoirs au chapitre de la fiducie.

C'est en reconsidérant l'application de ces règles de droit que nous allons examiner quelques décisions de jurisprudence rendues après 1994. Ces décisions serviront de prétexte pour mettre en relief les différentes facettes juridiques des legs de bienfaisance, qui sont plus complexes qu'ils n'en ont l'air, puisqu'ils appellent une interaction entre les règles de l'interprétation testamentaire, la faculté d'élire, la saisine du liquidateur et la fiducie d'utilité sociale.

---

2 Voici l'extrait du site des archives de l'Université McGill qui relate ce legs :

> « James McGill died on December 19, 1813 leaving a Will in which he bequeathed his 46-acre farm known as "Burnside" to the Honorable John Richardson and three other trustees. The condition was that The Royal Institution for the Advancement of Learning (RIAL) establish, within ten years of his death, a University or College in his name. McGill further bequeathed the sum of 10,000 pounds to the trustees, payable to the Royal Institution, for the expenses associated with the establishment and maintenance of the College. If the College was not established, the property and funds would revert to James McGill's heirs, the Desrivières family.
>
> The RIAL had been created in 1801 by a statute of the Province of Lower Canada, authorizing the Governor of the Province to appoint persons as trustees of schools in the Province. The trustees were declared authorized to purchase, receive, possess and retain lands and property in favor of the schools and for the purpose of advancing education in the Province ».

ARCHIVES MCGILL, « The Gallery : James McGill's Will », Université McGill, en ligne : <http://www.archives.mcgill.ca/public/exhibits/installation/main/gallery-will.htm>

Ce legs a été contesté au motif qu'il avait été fait en faveur d'une corporation qui n'existait pas, mais il a finalement été reconnu valide par le Conseil privé. Voir les commentaires à ce sujet du juge Rinfret dans la décision *Valois* c. *De Boucherville,* préc., note 1, p. 248.

24-Ciotola.indb 5 12-12-12 15:11

A. Soutenir une cause précise

Dans l'affaire *Bolduc* c. *Carrier*[3], une fiducie est constituée pour amasser les dons du public afin de financer les soins d'un enfant atteint d'une maladie rare. Une rondelette somme d'environ 400 000 $ est déposée dans le compte de la fiducie et, au décès de l'enfant, il en reste environ 200 000 $. Le juge reconnaît que ce décès a mis fin à la fiducie, tel que prévu dans l'acte. Les clauses qu'il doit interpréter sont les suivantes :

> « 4.2 REMISE DU CAPITAL
>
> Nonobstant ce qui précède, les fiduciaires devront faire remise du patrimoine fiduciaire au plus tard à la date fixée pour la liquidation [...]
>
> 4.3 Les fiduciaires pourront distribuer le capital du patrimoine fiduciaire en argent ou sous forme de biens du patrimoine fiduciaire. Lors d'une telle distribution, les fiduciaires devront verser à leur discrétion pour les enfants malades et leurs soins, sous réserve toutefois de certains ajustements monétaires selon que les fiduciaires le jugeront à propos. »[4]

Dans cette affaire, le constituant désire qu'on lui retourne les biens en vertu de l'article 1297 C.C.Q. qui édicte que, s'il n'y a plus de bénéficiaires, les biens doivent effectivement lui revenir. Toutefois, le tribunal n'est pas de son avis. En raison de la clause 4.3 ci-dessus, ce dernier estime plutôt que « [s]elon l'acte, il appartient aux fiduciaires de déterminer l'identité des organismes bénéficiaires qui y ont droit parmi ceux qui œuvrent "pour les enfants malades et leurs soins" »[5].

On peut donc voir ici une fiducie qui avait d'abord une vocation de fiducie personnelle ou privée (pour un enfant malade en

---

3 2006 QCCS 5485, j. Jacques, ci-après citée « l'affaire *Bolduc* ».

4 *Id.*, par. 32 [souligné dans l'original].

5 Préc., note 3, par. 73.

24-Ciotola.indb 6 12-12-12 15:11

particulier)[6], et qui se termine implicitement en fiducie d'utilité sociale[7]. Dans sa deuxième phase, on y permet en effet l'exercice par les fiduciaires d'une faculté d'élire, sans clairement déterminer la catégorie de personnes, conformément à l'exception prévue pour la fiducie d'utilité sociale à l'art. 1282 C.C.Q.

Faisons immédiatement un parallèle avec une autre affaire de 2008, rendue dans le cadre testamentaire cette fois, dans l'affaire *Succession de Baines* c. *Grey*[8]. La société nommée fiduciaire soumet une requête en jugement déclaratoire pour savoir ce qu'elle doit faire des biens de la fiducie qu'elle administre, et plus particulièrement si elle doit créer une fondation. La dernière bénéficiaire est décédée et le testament fiduciaire prévoit :

> *« Should my sister [...] die after the creation of the present trust [...] I then give and bequeath, in full ownership all of my property to the Church "The Dawn Christadelphians" which is operative worldwide. At that moment I request that a fund be set up entitled "The Dawn Christadelphians Benevolent Fund". The Fund is to be administered by W. Norman Grey and Neal Mackie, or the sole survivor of them who in turn will appoint three (3) other Christadelphians in good standing to be part of this committee.*[9] »

Or, dans cette succession, le juge a refusé qu'il y ait distribution des biens de la fiducie à cette Église, au motif que le légataire n'était pas une personne en existence.

Ces deux jugements sont-ils compatibles ?

Dans les deux cas, nous avions la constitution d'une fiducie et la présence de fiduciaires. Dans les deux cas, des biens ont été transférés à une fiducie par le défunt et, à la fin de cette fiducie, la cause à avantager est bien précisée. Là où il semble y avoir une

---

6 *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 1267, 1268.

7 *Id*., art. 1270.

8 2008 QCCS 6035, j. Crête, ci-après citée « Succession Baines ».

9 *Id*., par. 10.

24-Ciotola.indb 7 12-12-12 15:11

différence, c'est au niveau de la rédaction de la transmission des biens à la fin de la fiducie.

Alors que dans l'affaire *Bolduc* on s'appuie sur l'acte de fiducie pour dire que les fiduciaires exerceront leur faculté d'élire et choisiront les organismes de soins aux enfants malades qui recevront les biens de la fiducie, dans l'affaire de la *Succession Baines*, le juge cherche plutôt si une nouvelle fiducie doit être créée à la fin de la première. La première fiducie qui était au profit de la sœur est, à juste titre, qualifiée de fiducie personnelle, car née d'un legs au profit d'une personne. Cependant, à la fin de cette fiducie, plutôt que de reconnaître un changement de vocation de l'administration fiduciaire et d'appliquer les moyens prévus au Code lorsque la remise des biens d'une fiducie d'utilité sociale devient impossible, le juge cherche le deuxième transfert qui pourrait justifier la création d'une deuxième fiducie, qui serait d'utilité sociale cette fois. Puisque le testament ne prévoit pas de nouveau legs en fiducie, mais indique que les biens seront légués directement à l'Église *Christadelphians* (« *I then give and bequeath, in full ownership all of my property to the Church "The Dawn Christadelphians* »), le juge en vient donc à la conclusion qu'aucune telle deuxième fiducie n'a été créée, et ce, même si le testateur ne laisse pas de doute quant à sa volonté que son legs soit administré par des tiers nommés et que ce legs constitue un fonds distinct à l'avantage de cette Église.

Ayant ainsi écarté la possibilité de traiter cette remise via les règles de la fiducie, le juge n'a pas reconnu la naissance d'une fondation et a plutôt retenu la thèse du legs direct[10].

Or, lorsqu'il analyse le legs direct, le juge conclut que « l'Église *" The Dawn Christadelphians"* n'est pas une personne physique ou une personne morale ayant eu la capacité de succéder [...] »[11]. En fait, ce que l'on comprend de ce jugement, c'est qu'il n'existe pas d'organisation mondiale de cette Église, légataire nommée ici.

---

10 Ceci est possible si on applique l'art. 1297 C.C.Q. afin de considérer que les biens sont retournés dans le patrimoine du défunt à la fin de la première fiducie.

11 Préc., note 8, par. 54.

24-Ciotola.indb 8 12-12-12 15:11

Il existe néanmoins différentes congrégations, dont l'une est mentionnée dans les dispositions testamentaires du défunt, qui en plus ont le statut d'organismes de charité, ce qui implique une structure certaine. Il est à noter au passage qu'aucune congrégation de cette Église n'était partie à ce litige ou mise en cause…

Le juge laisse en blanc la question qui lui est adressée, à savoir à qui les biens devaient alors être remis. Cependant, compte tenu de sa conclusion ci-dessus sur l'incapacité de succéder du légataire sans autre commentaire, le legs à l'Église devrait être considéré caduc[12]. En principe, les biens devaient donc être remis à la famille du testateur[13].

En admettant, si l'on comprend bien l'effet de ce jugement, que le legs de bienfaisance soit devenu caduc, le juge aurait-il pu décider autrement ? Outre le commentaire ci-dessus relatif à la terminaison de la fiducie personnelle, considérons deux autres solutions qui ne sont pas mutuellement exclusives, soit l'application des remèdes appliqués à une fiducie d'utilité sociale et l'art. 737 C.C.Q.

1. Reconnaissance d'une fiducie d'utilité sociale

Reconsidérons les motifs du juge Crête pour refuser d'interpréter ce legs comme étant destiné à créer une fondation sous la forme d'une fiducie d'utilité sociale. Même si les fiduciaires et l'affectation étaient déjà prévus, c'est le transfert à un patrimoine distinct qui faisait problème. Il faut dès lors reconnaître qu'interpréter ce legs à titre de fondation n'était pas sans difficulté. Le juge s'est appuyé sur la clarté du premier legs fiduciaire au profit de la sœur et l'a comparé à la rédaction de ce legs de bienfaisance subséquent fait dans un codicille notarié et qui n'empruntait plus du tout le même vocabulaire. Le testateur y aurait exprimé le vœu de ne constituer qu'un fonds, concept qui n'implique pas un

---

12 Ici, le legs faisait partie d'un codicille qui changeait les termes d'un legs valide à une congrégation. L'art. 768 C.C.Q. prévoit qu'une révocation tacite résulte d'une disposition nouvelle et que cette révocation demeure même si la disposition nouvelle devient caduque.

13 Il est à noter que nous n'avons pu confirmer ce qu'il est advenu des biens en réalité.

24-Ciotola.indb 9 12-12-12 15:11

patrimoine distinct de celui du légataire comme pour la fiducie. Mais il faut noter qu'il y a souvent confusion chez les donateurs entre la notion de fonds et celle de fondation ; c'est ce qui découle par exemple des commentaires de M^e^ André J. Barette au sujet de l'affaire *Succession Godson*[14], où le tribunal a ordonné la création de deux fondations au lieu de fonds au sein d'œuvres de charité déjà existantes[15].

Dans *Succession Baines*, il faut reconnaître que si l'Église nommée légataire avait existé, alors ce legs pour la création d'un fonds aurait été tout à fait valide et cette Église aurait alors eu à respecter la condition ou la charge de constituer ce fonds à même les sommes reçues[16]. Ce genre de fonds est souvent utilisé, notamment pour des legs à des universités afin de créer des bourses d'études.

2. Interprétation de la volonté du testateur

Ayant ainsi écarté la fondation, reste encore le problème soulevé par le testament de M. Baines : le légataire choisi (« *Church "The Dawn Christadelphians" which is operative worldwide* ») n'existait pas, n'étant ni une personne physique ni une personne morale.

La jurisprudence nous apprend qu'il n'est jamais évident, lorsque le légataire n'est pas clairement identifiable ou a cessé d'exister, de soutenir la validité d'un legs, même de bienfaisance. Par exemple, dans la décision *Armitage (Succession)* c. *Institut de gériatrie de Sherbrooke*[17], un legs à un hôpital qui n'existait

---

14 [1996] n^o^ AZ-50188121 (C.S.).

15 André J. BARETTE, « La fiducie d'utilité sociale : réflexions sur un thème méconnu », dans S.F.P.B.Q., *Fiducies personnelles et successions (2007)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 8.

16 Rappelons qu'il n'est pas impossible que les fonds aient été remis à une congrégation de l'Église à cette fin, mais le jugement ne nous permet pas de savoir comment a été finalement distribuée la succession de M. Baines.

17 [1999] J.Q. No. 5058 (C.S.) (QL/LN), telle que rapportée et commentée par Pierre CIOTOLA, « Des principes usuels d'interprétation des testaments et les décisions rendues en 2007 », (2008) 110 *R. du N.* 37-63, à la p. 52.

24-Ciotola.indb 10 12-12-12 15:11

plus, puisqu'il était devenu un centre d'hébergement et de soins de longue durée, a été jugé caduc et a été remis aux autres œuvres par accroissement.

Cependant, dans le contexte de la reconnaissance d'un legs direct en faveur d'un organisme de bienfaisance, on peut, comme l'a souvent illustré le professeur Ciotola dans ses écrits[18], se servir de l'article 737 C.C.Q. Cela aurait permis d'interpréter le testament de M. Baines comme indiquant clairement que son legs était destiné à cette Église. Il aurait été possible ensuite d'identifier à titre de légataire la congrégation qui était la plus près du testateur, comme on l'a fait dans la décision *Gravel* c. *Rouleau*[19]. En interprétant un testament notarié, le juge, dans cette autre affaire, n'a eu aucune difficulté à déclarer que le legs fait à une œuvre caritative sans existence légale (l'Aide à la Promotion Missionnaire) devait être considéré fait en faveur du Centre Missionnaire Oblats, qui intégrait cette œuvre.

3. Administration fiduciaire implicite

Une autre voie plus inusitée, qui fait appel aux enseignements de l'ancien droit, aurait pu être utilisée.

Partant du principe que le legs prévoyait la cause à soutenir et que cette cause était parfaitement valable, on peut se demander si le juge pouvait alors écarter le tout. Sous le C.c.B.-C., la Cour suprême du Canada, dans la décision *Valois* c. *De Boucherville*[20], adoptait une interprétation large de l'ancien article 869, qui comme nous l'avons mentionné plus haut est l'ancêtre de la fiducie, de façon à favoriser les fins de bienfaisance. Rappelons que cet article permettait de confier à un exécuteur ou à une autre personne la tâche d'accomplir les volontés du défunt liées à la bienfaisance.

---

18 Voir l'ouvrage cité à la note précédente pour un exemple.

19 2006 QCCS 5298, j. Blanchet.

20 Préc., note 1.

24-Ciotola.indb 11 12-12-12 15:11

Face à un legs fiduciaire imprécis, M^e^ Ciotola a décrit ainsi les exigences de la Cour pour reconnaître son maintien :

> «(1) elle y trouve la nomination d'un ministre, légataire, fiduciaire ou exécuteur testamentaire à qui peuvent être remis les biens destinés à la charité ;
>
> (2) elle ne demande pas que soient identifiées les personnes avantagées pour fins de legs de bienfaisance mais il suffit d'indiquer la nature et le caractère, fins de bienfaisance, institutions de charité, maisons d'éducation. »[21]

À ce résumé de la position de la Cour, le professeur Ciotola ajoute : « Les tribunaux devraient maintenir cette attitude favorable à l'égard des legs de bienfaisance sous le Code civil du Québec dans le contexte des fiducies d'utilité sociale »[22].

Parmi les arrêts qui ont suivi cette décision de la Cour suprême sous l'ancien Code, notons celui rendu dans *Sabatier* c. *Royal Trust*[23]. La testatrice y avait fait un legs plutôt vague exigeant que l'exécuteur utilise le capital au service des déshérités en Afrique française. Puisque la cause était tout de même suffisamment décrite conformément à *Valois*, la Cour supérieure a été d'avis de donner effet au legs. L'exécuteur testamentaire a par ailleurs vu son administration être prolongée jusqu'à l'accomplissement de cette volonté.

Le *Code civil du Québec* n'a pas reproduit l'article 869 au chapitre de la liquidation des successions. Cependant, lorsqu'il discute de l'article 1270 C.C.Q. du chapitre *De la fiducie*, le professeur Brierley énonce que « [l]'article reprend l'article 869 du

---

21 Pierre CIOTOLA, « Le testateur et son clone inavoué, le juge ou l'art de concilier le formalisme et volontarisme dans l'interprétation testamentaire : à la recherche du sens des expressions ou des institutions juridiques auxquelles fait référence le testateur », (2005) 107 *R. du N.* 239, 280.

22 *Id.*, p. 280 et 281. Ce commentaire est fort à propos puisque l'article 1270 C.C.Q., relatif aux fiducies d'utilité sociale, devait justement remplacer l'ancien article 869 C.c.B.-C.

23 1978 QCCS 954.

24-Ciotola.indb 12 12-12-12 15:11

Code actuel tout en élargissant considérablement sa portée »[24]. Ce commentaire devient un peu ironique pris hors contexte, considérant que le résultat actuel prôné par une certaine doctrine est de ne plus reconnaître la possibilité au liquidateur d'agir à titre de fiduciaire et d'exercer la faculté d'élire des organismes de bienfaisance, à moins d'avoir suivi les conditions de la création d'une véritable fiducie, ce que n'exigeait pas l'ancien Code. Ce que le professeur Brierley exprime en réalité par cet élargissement est, qu'effectivement, la portée de l'article 1270 va maintenant au-delà de la bienfaisance, pour s'appliquer aussi à des buts d'intérêt général[25]. L'application de l'article 1270 à des contrats entre vifs constitue également une autre extension de l'ancien article 869.

Dans la *Succession Baines,* le juge a écarté l'application de 1270 C.C.Q. en raison de l'absence de volonté du testateur de créer une deuxième fiducie qui aurait eu la nature d'une fiducie d'utilité sociale. Il s'agissait d'un point central. En excluant ce legs du chapitre *De la fiducie*, il devenait impossible d'y appliquer les remèdes prévus au Code afin de favoriser les legs charitables. Les articles 1294 et 1298 C.C.Q. prévoient en effet que des mesures peuvent être prises lorsqu'il y a impossibilité de respecter la volonté du constituant d'une fiducie d'utilité sociale, soit en permettant au tribunal de modifier la fiducie, soit en permettant d'y substituer un autre bénéficiaire qui a une affectation semblable. Avant d'intervenir ainsi, le tribunal se demandera donc s'il fait face à une véritable fiducie[26]. Or, en droit québécois, la fiducie requiert un transfert à un patrimoine fiduciaire et non un transfert en pleine propriété. C'est malheureusement ce qui s'est produit dans la

---

[24] John E.C. BRIERLEY, « Chapitre deuxième, De la fiducie. Les articles 1260-1298 », dans *La réforme du Code civil – Personnes, successions, biens*, t. 1, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, 739, à la p. 759.

[25] C'est-à-dire pour le public et non pour des intérêts privés.

[26] M[e] Barette souligne dans un article récent qu'il existe « une difficulté d'application de l'article 1298 C.C.Q. dans un contexte où il ne semble pas y avoir création d'un patrimoine d'affectation au sens strict ». Voir André J. BARETTE, « Dead Hand, l'administration fiduciaire et les intentions du défunt : toujours compatibles ? », dans S.F.P.B.Q., *Développements récents en succession et fiducies* (2012), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 179, à la page 192.

24-Ciotola.indb 13 12-12-12 15:11

Succession Baines où le juge a constaté que le legs « *in full ownership* » à une personne qui n'existait pas a été fatal.

Le professeur Jacques Beaulne émet ainsi la précision suivante :

> « Si la clause est déficiente parce qu'il lui manque un des éléments constitutifs de la fiducie, il ne peut y avoir de fiducie, même si la clause contient une manifestation certaine d'une intention caritative de la part du testateur. »[27]

Ainsi le législateur aurait prévu des modalités pour favoriser l'accomplissement des intentions charitables du testateur, mais refuserait tout effet à un legs charitable qui *a priori* n'a pas été fait en fiducie. L'introduction de ces « remèdes » au chapitre *De la fiducie* ne servirait alors qu'à solutionner les difficultés qui surviendraient en cours d'administration, ce qui n'est quand même pas négligeable puisque une telle fiducie peut avoir une durée perpétuelle[28].

Ce raisonnement a toutefois le grand défaut de ne plus correspondre à la codification du droit antérieur, où il suffisait d'exprimer à notre exécuteur nos intentions charitables.

Confrontons cette théorie à de la jurisprudence plus récente.

Dans *Succession Arthur Prévost* c. *Conseil de presse*[29], même si le légataire (le Conseil de presse) existait, puisque le legs visait à constituer une fondation pour la création d'une bourse, la Cour supérieure a accepté d'appliquer l'article 1298 C.C.Q. afin de changer ce légataire pour lui substituer la Fédération professionnelle des journalistes du Québec inc. afin de recevoir ce legs en pleine propriété, mais à la charge d'exécuter le projet de fondation du testateur. Il est à noter qu'ici encore le terme *fondation* semble avoir été confondu avec le terme *fonds*, puisque aucun patrimoine

---

27 Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, 2e éd., coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, par. 429.

28 Préc., note 6, art. 1273 C.C.Q.

29 C.S. Montréal, no 500-14-028377-075, 8 mars 2007, j. Richer, en ligne : http://www.jugements.qc.ca, tel que rapporté par Me André J. BARETTE, *loc. cit.*, note 15, p. 6.

24-Ciotola.indb 14 12-12-12 15:11

distinct de celui de la Fédération n'a été créé avec ce 50 000 $[30]. Or, il est difficile de voir une différence entre les faits de cette cause et ceux de la *Succession Baines.* La simple utilisation du terme *fondation* aurait-elle ici donné ouverture à tout le chapitre *De la fiducie* ? Il n'en reste pas moins que le tribunal a accepté d'appliquer le « remède » prévu pour les fiducies impossibles à accomplir.

Dans une autre cause, le testateur avait désigné un hôpital et plus précisément ses départements de cardiologie et de chirurgie pour recevoir le résidu de sa succession. Puisque l'hôpital avait cessé ses activités et était administré par un liquidateur, le juge a redirigé ce legs en vertu de l'article 1298 C.C.Q. vers un autre hôpital, vers lequel avaient été transférés les dossiers médicaux et la majorité des médecins[31].

M[e] Barette, dans son analyse de l'application de l'article 1298 C.C.Q, se sert de ces causes pour illustrer l'opinion à l'effet que, non seulement cet article permet d'appliquer une solution apparentée à la doctrine du cy-près[32] de common law à une fiducie *qui se termine*, mais aussi *à celle qui n'est pas encore opérante, donc pas encore tout à fait constituée* (les mots en italique sont de l'auteure). Il ajoute :

> « Toutefois la jurisprudence interprète la disposition plutôt libéralement, adoptant une approche « pragmatique » en vue de sauver l'intention première du constituant et donner effet à l'affectation. Cette interprétation nous semble réaliste et conforme à l'esprit du Code civil et de cette autre jurisprudence qui nous rappelle qu'il faut mettre en œuvre tout ce qui est

---

30 M[e] Barette indique en effet que le legs a finalement été remis en pleine propriété : préc., note 14, p. 7.

31 *In the matter of the estate of the late Donald Speir Dufty ; The Bank of Nova Scotia Trust Company* c. *Raymond Chabot inc.*, C.S. Montréal, n[o] 500-05-056735-002, 16 octobre 2001, j. Arsenault. Cette décision a été commentée par André J. BARETTE, *loc. cit.*, note 15, p. 8.

32 Cette doctrine du cy-près énoncée à l'art. 1298 C.C.Q. permet de substituer un autre organisme qui a la même vocation en cas d'impossibilité d'accomplir une fiducie.

24-Ciotola.indb 15 12-12-12 15:11

nécessaire pour préserver l'intention première d'un testateur ou d'un constituant. »[33]

Ainsi, même lorsque la constitution de la fiducie d'utilité sociale n'est pas clairement établie, le projet charitable pourrait à lui seul justifier l'intervention du tribunal, sous-entendant que ce projet est soutenu par une volonté de nature fiduciaire qui consisterait à confier à autrui le soin de réaliser une affectation à même les biens légués. On pourrait ainsi retrouver dans ce type de legs assez d'éléments pour y voir une fiducie d'utilité sociale *imparfaite* ou *implicite*. Ces éléments seraient un transfert du défunt, d'un patrimoine qui est sujet à une affectation particulière, avec un but d'intérêt social, sans pour autant qu'il y ait une intention claire à l'effet que le transfert soit en faveur d'un patrimoine fiduciaire proprement dit.

Pour bien situer le lecteur, précisons ici qu'en matière de fiducie d'utilité sociale, le Code ne requiert pas que l'intention du testateur ou du donateur soit énoncée de façon très précise. Le tribunal peut ainsi suppléer au défaut de nommer des fiduciaires[34] ; les bénéficiaires n'ont pas non plus à être dûment désignés, puisque les fiduciaires d'une fiducie d'utilité sociale sont présumés avoir une faculté d'élire sans nécessité de prévoir une catégorie[35]. Le tribunal peut modifier une fiducie d'utilité sociale qui est devenue impossible ou trop onéreuse pour lui substituer un autre but qui se rapproche du but initial ou prévoir d'autres mesures pour en favoriser l'accomplissement[36]. Il peut encore décider que les biens seront dévolus à une fiducie, personne morale *ou à tout groupement de personnes* ayant une vocation semblable si une fiducie d'utilité sociale prend fin parce qu'il est impossible de l'accomplir [37]. C'est cette dernière possibilité qui est vue comme la codification de la règle du cy-près de common law.

---

33 André J. BARETTE, *loc. cit.*, note 15, p. 6.

34 Préc., note 6, art. 1277.

35 *Id.*, art. 1282.

36 *Id.*, art. 1294.

37 *Id.*, art. 1298.

24-Ciotola.indb 16 12-12-12 15:11

Or, contrairement à la common law qui prévoit la naissance d'une fiducie dès que sont rencontrées trois vérités : (1) un *settlor* qui a l'intention de créer une fiducie ; (2) des biens déterminés qui forment le corpus de la fiducie et (3) des bénéficiaires déterminés ou déterminables ou une affectation, le Code Civil requiert, lui, un transfert du patrimoine du constituant vers un patrimoine fiduciaire[38].

La difficulté du traitement du legs de bienfaisance comme étant une fiducie implicite à parfaire provient d'une part, de savoir qui serait le titulaire de ce patrimoine fiduciaire et, d'autre part, de savoir si ce patrimoine pourrait avoir un caractère distinct. On comprend que dans ce scénario, lorsqu'un organisme de bienfaisance est nommé légataire, cet organisme correspondrait habituellement au bénéficiaire de la fiducie (à moins que l'on exprime le désir que ce légataire agisse comme fiduciaire d'une véritable fondation). Ainsi, si le défunt fait un legs à une église, on pourrait difficilement considérer cette église en tant que fiduciaire, d'autant plus qu'un fiduciaire doit avoir les qualités pour agir à ce titre[39]. Mais il serait facile de lui faire jouer le rôle de bénéficiaire. Lorsqu'il devient impossible à identifier, le Code pourrait alors y remédier en appliquant l'art. 1298 C.C.Q.

Qui jouera le rôle du fiduciaire dans ce même contexte ? Celui qui a pour fonction de réaliser l'affectation prévue au testament, soit bien sûr généralement le liquidateur. Même lorsque l'on ne le nomme pas dans la description d'un legs, il est implicite que le liquidateur sera là pour l'exécuter. Mais ce seul facteur ne suffit pas à convaincre de la constitution d'une fiducie, puisque de toute façon cette dernière ne peut tomber faute de fiduciaire, le tribunal pouvant y suppléer[40]. La véritable question est donc de savoir si on peut identifier un patrimoine autonome et distinct qui serait celui de cette fiducie implicite.

---

38 *Id.*, art. 1260.

39 Préc., note 6, art. 1274.

40 *Id.*, art. 1277.

24-Ciotola.indb 17 12-12-12 15:11

Lorsque l'on se penche sur la saisine qu'a le liquidateur sur les biens de la succession, on constate à quel point cette voie est intéressante.

On réalise que le patrimoine du défunt est en fait *séparé* de celui de l'héritier tant que la succession n'est pas réglée (patrimoine distinct)[41]. On constate aussi que le liquidateur exerce les pouvoirs (et non pas les droits de propriété) sur les biens de ce patrimoine en tant qu'administrateur du bien d'autrui[42]. Ce sont les héritiers qui ont la saisine des biens dès le décès, mais cette saisine est exercée exclusivement par le liquidateur durant l'administration successorale[43]. Tout cela fait dire au professeur Jacques Beaulne, avec raison, que cela a des analogies avec l'administration fiduciaire[44]. Il est aussi intéressant de noter que, dans l'ancien Code, on décrivait le rapport des fiduciaires avec les biens en utilisant le terme « saisie » (*seizin* en anglais)[45]. Se basant sur les arguments de la professeure Cantin Cumyn, le professeur Beaulne précise même que ces pouvoirs du liquidateur ne seraient pas de simples pouvoirs de représentation des héritiers[46]. Il fait le commentaire suivant :

> « Après ce tour d'horizon de la saisine, force nous est de constater que cette dernière demeure, au moins partiellement, une énigme juridique en droit successoral, du moins dans la mesure où personne ne semble encore aujourd'hui être en mesure d'en donner une définition satisfaisante ou d'exprimer clairement sa nature. »[47]

---

41 *Id.*, art. 780.

42 *Id.*, art. 802.

43 Préc., note 6, art. 777.

44 Jacques BEAULNE, « Regards croisés sur la saisine du liquidateur successoral et sur les droits des héritiers et des légataires », dans *La liquidation des successions*, vol. 1, coll. « Blais », 2009, EYB2009CBL1, par. 22, au par. 60.

45 *Acte concernant le Code civil du Bas-Canada*, S.P.C. 1865, c. 41, art. 981.

46 Préc., note 44, p. 24, par. 65.

47 *Id.*, p. 35, par. 97.

24-Ciotola.indb 18 12-12-12 15:11

Ainsi, si on récapitule, lors d'un legs de bienfaisance, on aurait un transfert provenant du défunt, un patrimoine distinct de ceux des héritiers, un personnage pour les administrer et une affectation. De là à y voir une fiducie d'utilité sociale, il n'y a qu'un petit pas que l'on peut franchir sans encombre si, pour appliquer les articles 1294 ou 1298, il n'est nécessaire que d'avoir des fiducies implicites ou imparfaites qu'il faut sortir de l'impasse.

Selon cette approche, une fiducie d'utilité sociale implicite résulterait finalement de tout legs de bienfaisance. Cette fiducie cesserait bien sûr dès la remise des biens au légataire, fût-il un organisme de bienfaisance. Ce ne serait qu'en cas d'affectation sans bénéficiaire nommé ou en cas de bénéficiaire non identifiable ou qui n'a plus de lien avec la cause envisagée, que l'on pourrait conserver un tel legs dans ce patrimoine distinct de celui des héritiers. Le liquidateur exercerait alors sur ce patrimoine tous les pouvoirs, notamment ceux de s'adresser au tribunal en vertu des articles 737, 1294 ou 1298, afin de faire préciser par ce dernier les intentions du testateur, en changer les modalités, voire identifier un bénéficiaire alternatif. Le tribunal se sert déjà de l'article 737 C.C.Q. dans certains cas, lorsqu'il est convaincu qu'un autre organisme était celui qui était en réalité celui que voulait favoriser le testateur[48].

Bien sûr, un legs en pleine propriété à un organisme, mais conditionnel à la création d'un fonds, demeure possible même avec cette théorie. Dès que le legs sera délivré à l'organisme par le liquidateur, cet organisme devra respecter la charge qui lui est confiée, sans cette fois faire intervenir le concept de fiducie d'utilité sociale. L'affectation devient ici une charge ou une condition imposée au légataire.

---

[48] Dans son article, *loc. cit.,* note 17, p. 53, le professeur Ciotola rapporte l'affaire *Emmanuel United Church c. Glenn*, J.E. 2007-1499 (C.S.), par. 27-29. Même si le legs était destiné à l'*Eastbrook United Church*, le juge a accepté qu'il soit remis à l'Emmanuel United Church avec qui la première avait fusionné. Il faut admettre cependant qu'une fusion assure habituellement la continuité des entités fusionnées, voir par exemple l'article 286 de la *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.Q., c. s-31.1.

24-Ciotola.indb 19 12-12-12 15:11

Le législateur aurait pu, bien sûr, être plus clair quant au legs de bienfaisance défectueux, mais à défaut de telles précisions, il ne faudrait pas que l'interprétation exprimée par la Cour suprême du Canada sous l'ancien droit[49] ne soit plus permise, alors même que la notion de fiducie d'utilité sociale devait reprendre cette possibilité.

Dans la *Succession Baines*, remettre les biens aux membres de sa famille ne faisait clairement pas partie des plans du défunt... En appliquant les principes ci-dessus, la Cour aurait pu donner effet à son legs charitable.

B. Bénéficiaire non précisé et la cause non plus

La théorie de la fiducie d'utilité sociale implicite peut-elle être d'un quelconque secours lorsque l'affectation est vague et obscure ?

Dans la décision *Succession Pépin* c. *Courteau* [50], la succession a fait intervenir le tribunal pour établir la validité de certains legs particuliers d'un testament olographe. En premier lieu, le juge accepte de déclarer nul un legs qui prévoyait que son résidu servirait à faire instruire les enfants et petits-enfants[51]. En deuxième lieu, il doit interpréter le legs suivant fait à une nièce, nommée aussi liquidatrice :

> « A Gemma Je lui laisse le residu pour faire du bien aux personnes dans le besoin selon ses idées – et son désir d'aider quelqu'un, Quand bien même que ce résidu serait de 25 $ à 30 $ mille dollars et plus [sic]. »

Le juge reconnaît la validité de ce legs et accepte l'interprétation des requérantes (dont Gemma !) à l'effet que :

> « [...] la testatrice formule un vœu, la légataire n'est pas tenue de prendre la décision d'aider quelqu'un ; elle le fera si elle le

---

49 *Supra*, note 20.

50 2011 QCCS 1901, j. Moulin. Cette décision a été confirmée en appel (comme ne comportant pas d'erreur) dans *Kennedy* c. *Bérubé*, 2012 QCCA 746.

51 On aurait pu y voir une fiducie d'utilité privée.

24-Ciotola.indb 20 12-12-12 15:11

> désire et en fonction de ses propres critères comme propriétaire à part entière de ce que lui lègue sa tante. La testatrice ne confie pas à sa nièce le soin de choisir ses héritiers. »[52]

La Cour d'appel a confirmé ce dernier volet. On est loin de l'interprétation favorable à la bienfaisance de la Cour suprême dans *Valois* c. *De Boucherville*[53] ! Le juge de première instance, censé connaître la loi, ne soulève pas qu'il pourrait s'agir d'une fiducie d'utilité sociale, d'une charge ou condition. Tout au plus, il mentionne la possibilité d'une faculté d'élire qu'il ne retient pas. Il cite à cet effet un long passage peu pertinent dans le contexte de Jacques Beaulne, où il est finalement écrit que la faculté d'élire est possible en substitution et en fiducie. Il s'appuie ensuite sur des décisions où les facultés d'élire ont été jugées illégales, mais dans un autre contexte que la bienfaisance ! Avec respect, cette analyse ne sert vraisemblablement que les intérêts de la succession !

Dans une autre décision, soit *Aubé* c. *Béland*[54], le testateur, après avoir énoncé une série de legs à titre particulier à des œuvres précises, devient flou quant au résidu :

> « Par 13 « Charités-
> St-Thomas d'Aquin 300 $ messes
> Tiers ordre Franciscains 30 $
> (…)
> Société protectrice des animaux 30 $
> La balance en charité diverses [sic] – Amitiés France
> Au revoir au ciel »

---

52 Préc., note 50, par. 55.

53 Préc., note 1.

54 2010 QCCS 4311, j. Barakett (ci-après citée « décision Aubin »). Cette décision a été notamment commentée le 21 septembre 2011 par M^e^ Daniel Frajman lors une présentation à la STEP (Society of Trust and Estate Practitioners), « Recents Developments in Trusts and Charitable Giving ». Elle a aussi été soulignée dans André J. BARETTE, *loc. cit.*, note 26. Cela confirme l'actualité du sujet présentement débattu.

24-Ciotola.indb 21 12-12-12 15:11

Les liquidateurs demandent au juge, dans une requête en jugement déclaratoire contestée par les héritiers, de leur permettre de choisir les œuvres devant se partager « la balance en charité diverses [sic] ». Ils invoquent le fait que le testateur leur avait conféré une faculté d'élire leur permettant de choisir eux-mêmes les œuvres de charité à avantager, ce qui n'est pas sans rappeler l'article 869 C.c.B.-C.

Le juge constate que « le testament concerné ne désigne pas de légataire et n'indique aucun moyen d'en identifier, si ce n'est que le legs vise un ensemble de quelque quinze mille légataires possibles reconnus au Canada et environ douze mille au Québec »[55]. Il se réfère ensuite à la cause *Manoli* c. *Canada*[56] où le juge Crête, sous l'ancien droit, avait annulé un legs « au gouvernement » pour cause d'ambiguïté et d'équivoque étant donné qu'il y en a deux, référence qui, sur le plan de la bienfaisance, peut être vivement critiquée[57].

Après avoir fait référence au professeur Germain Brière, le juge énonce que des legs à des œuvres de charité insuffisamment identifiées sont jugés trop vagues et impossibles d'exécution.

Ce genre de legs peut-il bénéficier des règles de la fiducie d'utilité sociale et de la faculté d'élire les bénéficiaires qui y est implicite[58], ce qui permettrait de choisir quelle œuvre de charité avantager ?

---

55 *Id.*, par. 26.

56 J.E. 95-789 (C.S.) (décision rendue sous l'ancien droit). Les procureurs des deux gouvernements y étaient intimés.

57 Bien que le juge Crête ne précise pas s'il considère le gouvernement comme entrant dans la catégorie de la charité, ses commentaires sur les legs de bienfaisance sont manifestement périmés, puisqu'ils s'appuient sur la jurisprudence antérieure à la cause de la Cour suprême du Canada *Valois* c. *De Boucherville* !

58 Rappelons que l'art. 1282 C.C.Q. prévoit que, dans la fiducie d'utilité sociale, la faculté d'élire se présume et n'a pas à être limitée à une catégorie de personnes clairement identifiée.

24-Ciotola.indb 22 12-12-12 15:11

Le juge examine cette possibilité pour la rejeter aussitôt :

> « La doctrine et le jurisprudence reconnaissent le legs avec faculté d'élire. Il s'agit d'un procédé qui existait sous l'égide du *Code civil du Bas-Canada*, mais qui n'est aujourd'hui plus présent que dans le chapitre de la fiducie, donnant donc à entendre que la faculté d'élire n'est plus possible que par le biais d'un legs fiduciaire. La faculté d'élire accordait au liquidateur le pouvoir de choisir les légataires. »[59]

S'appuyant sur un texte de M^e^ Ciotola[60], il en vient à la conclusion que la faculté d'élire n'existe plus aujourd'hui que dans la fiducie.

1. Faculté d'élire exercée par un liquidateur

La doctrine majoritaire n'est pas d'accord pour retenir cette conclusion que le liquidateur a perdu la faculté d'élire que lui accordait l'ancien droit. Se sont prononcées récemment contre cette conclusion M^e^ Julie Loranger[61] et M^e^ Marilyn Piccini Roy[62], citant toutes deux le professeur Brierley.

---

59 Préc., note 54, par. 33.

60 Pourtant, M^e^ Ciotola dans son texte (*loc. cit.*, note 21) ne s'est pas véritablement penché sur ce débat. Il ne fait que constater que cette faculté relève de la fiducie et dans une certaine mesure de la substitution, tout en mentionnant plus loin l'interprétation favorable que doivent recevoir les legs de bienfaisance.

61 Julie LORANGER, « Les limites des pouvoirs fiduciaires dans les fiducies entre vifs », dans Association de planification fiscale et financière, *Congrès 2011*, p. 31. Elle dit :

> « Personnellement, nous sommes en désaccord avec ce jugement et nous souscrivons plutôt au point de vue du professeur Brierley qui soutient que la faculté d'élire peut exister sans la présence d'une fiducie sur la base qu'une interprétation libérale devrait être donnée à la volonté du testateur compte tenu de la liberté de tester. »

62 Marilyn PICCINI ROY, « Powers of appointment : civil law and common law comparisons », (2011) 30-4 *Estates, Trusts and Pensions Journal* 344- 346. Avant d'exprimer son désaccord avec la décision rendue dans *Aubé* c. *Béland* et se référant à un texte de J.E.C. Brierley publié en 1992 dans la *Revue du notariat*, elle écrit : « *While the power of appointment usually exits*

24-Ciotola.indb 23 12-12-12 15:11

Même sous l'ancien droit, cette faculté n'était inscrite nulle part, sauf en matière de substitution[63]. Elle reposait donc sur la liberté de disposer de ses biens. De plus, la faculté d'élire n'était pas prévue auparavant au chapitre *De la fiducie* et on l'utilisait tout de même...

Avec le nouveau Code, la faculté d'élire a pu être ainsi placée dans le chapitre *De la fiducie* sans pour autant avoir l'idée de la limiter à ce contexte. Elle est décrite par le professeur Brierley comme étant une institution en soi « qui accorde à celui qui la détient le pouvoir discrétionnaire de nommer les bénéficiaires »[64]. Il est vrai que la faculté d'élire est souvent utilisée en matière de fiducie, cependant, il faut noter que même dans ce contexte, cette faculté peut être laissée *à un tiers* qui n'a pas même pas la qualité de fiduciaire[65].

Comment réconcilier ces opinions divergentes ? La théorie élaborée dans la partie précédente afin de permettre l'application des articles 1294 et 1298 pourrait apporter un nouvel éclairage. En considérant le liquidateur comme étant l'administrateur du bien d'autrui qui exerce les pouvoirs sur les biens de la succession formant un patrimoine distinct sous sa saisine, on peut alors permettre aux deux courants de pensée de se rejoindre en reconnaissant que le liquidateur assume le rôle du fiduciaire de cette fiducie d'utilité sociale implicite. Il pourrait alors naturellement à ce titre se voir accorder une faculté d'élire.

En conséquence, il aurait été possible dans la décision *Aubin* de considérer que par la phrase *« La balance en charité diverses*

---

in the context of gratuitous dispositions such as substitutions and personal, private or charitable purposes trusts, Brierley does extend its scope further by arguing that the power of appointment can be admitted in any context in which it is not textually excluded, basing his argument on the fact that the new CCQ is a body of rules that is intended to be enabling: the expression of a principle in one context does not exclude its application in another. »

63 Préc., note 45, art. 935, qui est devenu l'art. 1255 C.C.Q. Cette faculté de déterminer les parts permet d'exclure des appelés.

64 John E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, note 23, par. 750.

65 Préc., note 6, art. 1282 C.C.Q.

24-Ciotola.indb 24 12-12-12 15:11

[sic] », la testatrice s'en remettait à la faculté de ses liquidateurs de choisir ou d'élire les organismes bénéficiaires à sa place. Rappelons que cette faculté peut être illimitée en matière d'utilité sociale, c'est-à-dire que les bénéficiaires n'ont pas à être identifiés.

À moins de pouvoir évaluer que l'intention caritative n'existait pas vraiment[66], les juges ne doivent pas hésiter à donner effet à une disposition testamentaire aussi vague que « pour la recherche sur le cancer », comme dans l'affaire *Re Succession de Tremblay*[67], en reconnaissant au liquidateur la faculté d'élire les organismes admissibles.

Cette interprétation large de la faculté d'élire, soit en l'accordant au liquidateur, soit avec cette théorie de fiducie d'utilité sociale implicite, permettrait de ne pas provoquer de coupure entre l'ancien et le nouveau droit. Dans *Valois* c. *De Boucherville*[68], une mention aussi vague que « *for charitable or devotional work, to alleviate the sufferings of humanity and to educate young people* » avait été jugée valide, puisque clairement pour de la charité publique. Reconnaître que le nouveau Code permet la même interprétation aujourd'hui respecterait les enseignements de la Cour suprême du Canada à l'effet que la charité publique[69] bénéficie d'une faveur d'exception « qui l'exclut de la règle rendant invalides les legs incertains ou indéterminés ».[70]

IV. CONCLUSION

Il n'est finalement pas si facile de décider quel sera le sort d'un legs de bienfaisance. Le testateur avisé constituera expressément

---

66 Voir par exemple la décision *Re Langlais*, 2005 CanLII 30618 (QC C.S.), où le juge Blanchard a eu bien du mal à comprendre les souhaits d'une testatrice qui voulait donner à une fondation pour animaux et en même temps donner tout à sa sœur. Qui a gagné ? C'est la sœur pour 100 % de la succession, soit la requérante et la seule partie à cette requête…

67 2003 CanLII 12185 (QC C.S.), j. Gendreau.

68 Préc., note 1.

69 Il faudrait maintenant ajouter, selon les termes de 1270 C.C.Q., « et autres buts de nature générale ».

70 Préc., note 1, p. 259.

24-Ciotola.indb 25 12-12-12 15:11

son liquidateur pour agir à titre de fiduciaire avec faculté d'élire ou créera textuellement une fiducie d'utilité sociale, s'il veut éviter que son legs ne devienne caduc. Toutefois, même sans cela, le nouveau Code, par une interprétation large et favorable, devrait permettre de reconnaître la validité des intentions charitables ou sociales énoncées vaguement ou maladroitement.

Est-ce ici une interprétation trop positive de la fiducie d'utilité sociale et de la faculté d'élire ? Il suffit de dire qu'une partie de la jurisprudence applique déjà ces solutions, sans nécessairement être très explicite sur le comment. La magistrature, gardienne ultime du respect des volontés caritatives du défunt, devrait dans tous les cas considérer avec plus d'ouverture les moyens que lui offre le Code.

Il va sans dire que le testateur a aussi tout intérêt à prévenir les organismes concernés, le cas échéant, de ses intentions, afin d'en assurer un suivi adéquat, et à nommer un liquidateur qui ne sera pas en conflit d'intérêts.

24-Ciotola.indb 26 12-12-12 15:11

OBSERVATIONS SUR LES « VICES DE CONCEPTION » DU RÉGIME JURIDIQUE APPLICABLE À L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA CONSTRUCTION

Élise CHARPENTIER*

I. LA PRÉSOMPTION DE PLUS-VALUE..... 29
II. L'ÉGALITÉ DES TITULAIRES D'HYPOTHÈQUES LÉGALES DE LA CONSTRUCTION 34

* Professeure, Faculté de droit, Université de Montréal. Pierre Ciotola était un professeur extraordinaire ; tous ceux qui ont bénéficié de ses enseignements en témoignent spontanément dès que son nom est évoqué. Les commentaires que le dédicataire suscitent sont de l'ordre de ceux auxquels Michel Grimaldi fait allusion lorsqu'il décrit la relation particulière qui se noue entre le professeur et l'étudiant : « Le lien qui se tisse durant le cours magistral d'un bout à l'autre de l'amphi, [...] marque l'étudiant, qui sait, longtemps après et de mille manières, en dire sa reconnaissance sincère et désintéressée à son professeur. » (Michel GRIMALDI, « Le plus beau métier du monde », dans Benoît Moore (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 1162). Pour rendre hommage au professeur Ciotola, j'ai donc choisi de m'inspirer, en partie, des questions de mes étudiants – mesdames Jingchen Guan, Brigitte Racine, Juliette Vani et monsieur Emmanuel Préville-Ratelle – que je remercie tout spécialement.

24-Ciotola.indb 27 12-12-12 15:11

24-Ciotola.indb 28 12-12-12 15:11

L'hypothèque légale de la construction et la rénovation se distingue des autres hypothèques à bien des égards[1] : la plus-value résultant des travaux constitue la limite de la somme que ses titulaires peuvent recevoir et, dès lors que des travaux ont été effectués, l'existence de la plus-value est présumée[2]. Ceci pose des problèmes d'ordre pratique lorsqu'il s'agit d'appliquer certaines règles conçues pour l'ensemble des hypothèques (1). L'hypothèque légale de la construction a aussi pour particularité que ses titulaires sont colloqués au même rang[3]. Ni l'interprétation de cette règle ni son application ne semblent avoir soulevé de questions ou posé de problèmes pratiques jusqu'ici. L'analyse de ses effets économiques montre toutefois qu'elle peut mener à des résultats aussi surprenants qu'inéquitables malgré ses fondements apparemment irréprochables (2).

I. La présomption de plus-value

Les dispositions du régime général relatif aux hypothèques ne tiennent pas compte des particularités de l'hypothèque légale de la construction. Les observations qui suivent ne portent que sur les difficultés résultant de la présomption de plus-value attachée

---

1 L'expression « hypothèque légale de la construction » est employée pour alléger le texte ; elle doit néanmoins être comprise comme englobant les hypothèques légales des personnes qui ont participé aussi bien à la construction qu'à la rénovation d'un immeuble.

2 L'article 2728 C.c.Q. prévoit en effet que « [l]'hypothèque garantit la plus-value donnée à l'immeuble par les travaux, matériaux ou services fournis ou préparés pour ces travaux [...] » et la Cour d'appel, dans *Beylerian* c. *Constructions et rénovations Willico Inc.* ([1997] R.J.Q. 1246 (C.A.)), a jugé qu'il y a lieu de distinguer l'existence de la plus-value du montant de celle-ci, et que lors de la requête en délaissement, seule la première est requise. *A foritiori*, la preuve du montant de la plus-value n'est donc pas nécessaire au moment de l'inscription de l'avis d'hypothèque.

3 Voir l'article 2952 C.c.Q. qui se lit comme suit : « Les hypothèques légales en faveur des personnes qui ont participé à la construction ou à la rénovation d'un immeuble prennent rang avant toute autre hypothèque publiée, pour la plus-value apportée à l'immeuble [...] ».

24-Ciotola.indb 29 12-12-12 15:11

à l'hypothèque légale de la construction[4]. D'autres questions se sont posées. On pense, par exemple, à la portée de l'article 2783 C.c.Q. qui, au lendemain de la réforme, était incertaine, mais qui semble dorénavant fixée puisque les tribunaux ont pour la plupart repris l'interprétation proposée par les principaux auteurs s'intéressant aux sûretés[5].

Selon les termes de l'article 2728 C.c.Q., l'hypothèque légale de la construction garantit la plus-value donnée à l'immeuble par les travaux, matériaux ou services fournis ou préparés pour ces travaux[6]. Bien que la formulation de cet article ne soit pas un modèle du genre, comme l'a justement souligné le professeur Morin, son sens est néanmoins clair : le titulaire de cette hypothèque ne peut recevoir qu'une somme correspondant à la valeur donnée à l'immeuble par ses travaux ou ses matériaux[7]. La question s'est posée de savoir à quel moment la plus-value devait être établie. Adoptant une solution pratique, les tribunaux ont jugé que la preuve que des travaux de construction ont été réalisés fait naître une présomption de plus-value et que ce n'est qu'au moment de la vente que la preuve de l'étendue de celle-ci devait être faite[8]. Cette solu-

---

4 Plus généralement, voir Denise PRATTE, « La réalisation des hypothèques légales de la construction », (1994) *R. du N.* 42, p. 69 et s. ; Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 4e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, no 1474, p. 749 et s.

5 Voir, entre autres, *Luongo* c. *Compagnie Trust National*, [1994] R.J.Q. 2647 (C.S.) ; *Compagnie Trust Royal* c. *Shafer*, [1997] R.D.I. 195 (C.S.) ; *Caisse populaire Desjardins St-André d'Argenteuil* c. *Entreprises Jean-Paul Robert inc.*, [1997] R.D.I. 465 (C.Q.) ; Denise PRATTE, *id.* ; Louis PAYETTE, *id.*, no 1480, p. 751.

6 Voir *supra* note 2.

7 Michel MORIN, « La protection accordée au fournisseur de matériaux sous l'ancien et le nouveau code », dans Ernest Caparros (dir.), *Mélanges Germain Brière*, coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 520, où il écrit : « [...] comment l'hypothèque peut-elle garantir la plus-value ? Au mieux, la plus-value garantit l'exercice des droits conférés par l'hypothèque. Il faut sans doute comprendre que l'hypothèque peut uniquement être exercée à concurrence du montant de la plus-value ».

8 Voir, par exemple, *Beylerian* c. *Constructions et rénovations Willico Inc.*, *supra* note 2 ; *Entreprises I. Lipman ltée* c. *3090-8784 Québec inc.*, [1996] R.J.Q. 1301 (C.S.).

24-Ciotola.indb 30 12-12-12 15:11

tion ne saurait être critiquée : elle est probablement la seule acceptable d'un point de vue pratique puisque la détermination de la valeur que les travaux et les matériaux ont donnée à l'immeuble n'est indispensable que dans le cadre de la distribution du prix de vente de celui-ci. Avant ce moment, la preuve que des travaux ont été effectués ou des matériaux fournis et du montant de la créance relative à ceux-ci suffit à faire naître une présomption selon laquelle la valeur de l'immeuble a augmenté. Exiger la preuve de la plus-value au moment de l'inscription de l'avis d'hypothèque, de celui du préavis d'exercice d'un droit hypothécaire ou lors de la requête en délaissement forcé alourdirait indûment la procédure et irait clairement à l'encontre de l'esprit de la réforme.

Toutefois, comme la plus-value ne doit être déterminée que lors de la vente, l'absence d'information quant à sa quotité rend l'application de certaines règles très difficile. Ainsi, l'article 2761 du *Code civil du Québec* prévoit que :

> Le débiteur ou celui contre qui le droit hypothécaire est exercé, ou tout autre intéressé, peut faire échec à l'exercice du droit du créancier en lui payant ce qui lui est dû ou en remédiant à l'omission ou à la contravention mentionnée dans le préavis et à toute omission ou contravention subséquente et, dans l'un ou l'autre cas, en payant les frais engagés.

Or, lorsqu'une personne titulaire d'une hypothèque légale de la construction exerce un droit hypothécaire, le débiteur, la personne contre qui le droit est exercé le cas échéant, et les autres personnes intéressées peuvent évidemment payer la somme due, mais celle-ci ne correspond alors pas à la somme que le créancier hypothécaire recevrait si l'immeuble était vendu, puisque seule la partie de la créance représentant la plus-value conférée à l'immeuble est garantie par sa sûreté légale.

On pourrait certes interpréter le texte de l'article 2761 C.c.Q. comme ne s'appliquant qu'à la partie de la créance garantie par l'hypothèque. Une telle interprétation ne réglerait toutefois en rien la difficulté d'application qui résulte de la formulation de l'article 2761 C.c.Q., puisqu'elle fait surgir une nouvelle question : quelle serait alors la somme à laquelle le créancier aurait droit ? Cette question est sans réponse, puisqu'au moment où une personne

24-Ciotola.indb 31 12-12-12 15:11

désire faire échec à l'exercice du droit hypothécaire, la plus-value est présumée, elle n'est pas déterminée ou chiffrée. Vu ces difficultés, on doit peut-être accepter qu'il faille payer entièrement sa créance pour empêcher un créancier titulaire d'une hypothèque légale de la construction d'exercer ses droits. Le créancier recevrait alors la totalité de sa créance, soit probablement plus que ce que le législateur avait entendu lui accorder, mais il s'agit néanmoins d'une somme qui lui est due.

De même, si un créancier titulaire d'une hypothèque légale de la construction choisit de prendre l'objet de sa sûreté en paiement, les créanciers hypothécaires subséquents ou le débiteur peuvent faire échec à ce recours et exiger que l'immeuble soit plutôt vendu, mais comme le précise le troisième alinéa de l'article 2779 C.c.Q., les créanciers subséquents doivent alors donner caution au créancier qui désire prendre le bien en paiement que la vente se fera à un prix suffisamment élevé pour qu'il soit payé intégralement de sa créance. L'application de l'article 2779 C.c.Q. pose un problème similaire à celui précédemment évoqué au sujet de l'article 2761 C.c.Q. On doit en effet, dans le contexte de l'hypothèque légale de la construction, se demander quelle est la caution qui devra être fournie : doit-elle correspondre à la créance du titulaire de l'hypothèque ou à la part de celle-ci qui correspond à plus-value donnée à l'immeuble ?

D'un point de vue pratique, cette question est peut-être plus importante que celle entourant la portée de l'article 2761 C.c.Q., puisque rares sont les situations où les créanciers hypothécaires voudront faire échec à l'exercice d'un recours par le biais de l'article 2761 C.c.Q. En revanche, ils ont généralement intérêt à demander que l'immeuble soit vendu plutôt que pris en paiement. Laisser le créancier titulaire d'une hypothèque légale de la construction prendre l'immeuble en paiement, c'est en quelque sorte renoncer à la valeur qu'avait l'immeuble avant les travaux. En effet, les droits des autres créanciers ne sont pas limités à la plus-value, si bien qu'ils reçoivent en principe nécessairement une part du prix à la suite de la vente de l'immeuble.

L'absence de jurisprudence sur cette question s'explique probablement par le fait qu'en pratique, la vente demeure le droit le

24-Ciotola.indb 32 12-12-12 15:11

plus souvent exercé par les créanciers hypothécaires. Afin de mettre fin à plusieurs incertitudes entourant l'hypothèque légale de la construction, le législateur aurait d'ailleurs tout simplement pu limiter les droits hypothécaires des créanciers de la construction en ne leur donnant que le droit de vendre le bien sous contrôle de justice ou de le vendre eux-mêmes lorsque les autres conditions d'exercice de ce recours sont satisfaites.

Au lendemain de la réforme, plusieurs auteurs ont évoqué les difficultés techniques liées à l'application des articles 2761 et 2779 C.c.Q. dans le contexte de l'hypothèque légale de la construction[9], mais elles restent toujours sans solution satisfaisante, les tribunaux n'ayant pas jusqu'ici été appelés à se pencher sur celles-ci. Les problèmes d'application que posent les articles 2761 et 2779 C.c.Q., ou encore l'article 2783 C.c.Q., montrent combien les règles particulières relatives à l'hypothèque légale de la construction n'ont pas fait l'objet d'une analyse suffisamment approfondie au regard de leur interaction avec les règles générales du régime juridique applicable à l'ensemble des hypothèques, et ce, malgré le nombre de projets ayant été élaborés avant la réforme[10]. C'est, du

---

9 Voir, par exemple, Denise PRATTE, *op. cit.* note 4, p. 69 et s. ; Louis Payette, *op. cit.* note 4, p. 755 et s.

10 L'Office de révision du Code civil recommandait « l'abrogation pure et simple » des privilèges de la construction (OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, t. 1, vol. 2, *Commentaires*, Québec, Éditeur officiel, 1978, p. 356 et s.). Cette proposition était fondée sur un constat : dans la société contemporaine, l'équité ne suffit plus à justifier les préférences légales, la notion d'équité commanderait plutôt l'égalité entre les créanciers. En conséquence, l'O.R.C.C. avait jugé que le principe selon lequel les biens d'un débiteur forment le gage commun de ses créanciers devait s'appliquer à l'industrie de la construction et laissait aux parties le soin de prévoir des sûretés conventionnelles.

L'avant-projet de loi sur les sûretés (*Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des sûretés réelles et de la publicité des droits*, avant-projet de loi, 1re sess., 33e légis., (Qc)) n'a pas suivi cette recommandation en ce qu'il prévoyait une hypothèque légale sans rang privilégié. Les intervenants du monde de la construction auraient bénéficié d'une hypothèque légale prenant rang en fonction de la date de son inscription (*id.*, art. 3309). Cette règle a toutefois été écartée, en raison essentiellement de son incompatibilité avec d'autres dispositions, notamment celle mettant au même rang

24-Ciotola.indb 33 12-12-12 15:11

moins en partie, l'absence de réflexion sérieuse sur les conséquences du changement de statut de la sûreté légale accordée à l'industrie de la construction qui explique la situation actuelle. La transformation du privilège en hypothèque, qui constitue bien plus qu'un changement d'appellation, n'a manifestement pas reçu toute l'attention qu'elle méritait. Sous le *Code civil du Bas-Canada*, les personnes œuvrant dans le domaine de la construction bénéficiaient aussi d'une sûreté légale, mais le privilège de la construction se distinguait à plusieurs égards de l'hypothèque légale, notamment en ce qu'il ne donnait à son titulaire que le droit d'être payé par préférence lors de la vente forcée de l'immeuble, et établissait un sous-ordre de collocation entre les créanciers privilégiés.

II. L'ÉGALITÉ DES TITULAIRES D'HYPOTHÈQUES LÉGALES DE LA CONSTRUCTION

En cas de pluralité d'hypothèques légales de la construction, le régime juridique actuel prévoit une règle bien différente de celle que l'on connaissait avant la réforme. L'article 2952 C.c.Q. dispose qu'elles viennent en concurrence, proportionnellement à la valeur de chacune des créances, tandis que l'article 2013c du *Code civil du Bas-Canada* établissait un sous-ordre de collocation en cas de pluralité de privilèges. Ainsi, on payait d'abord l'ouvrier, puis le fournisseur de matériaux, le constructeur et enfin l'architecte[11].

---

tous les titulaires d'hypothèques de la construction et celle établissant le paiement au prorata de leurs créances. C'est pourquoi le projet de loi 125 (*Code civil du Québec*, projet de loi n° 125, 1re sess., 34e légis.) a plutôt proposé une règle faisant en sorte que la date d'inscription prise en compte serait celle du premier avis d'hypothèque légale publié. Ce projet a été amendé en 1991 au profit d'un régime juridique qui s'apparente à celui qui existait sous le *Code civil du Bas-Canada*. Ainsi, selon la professeure Pratte, le législateur a choisi de reconduire le privilège de la construction de l'ancien régime dans le véhicule de l'hypothèque légale (en ce sens, voir Denise PRATTE, *op. cit.*, note 4, p. 56). En effet, le *Code civil du Québec,* comme le *Code civil du Bas-Canada,* accorde aux personnes qui ont participé à la construction ou à la rénovation d'un immeuble une hypothèque légale avec un rang privilégié, pour la plus-value apportée à l'immeuble.

11 L'article 2013c C.c.B.C se lisait comme suit : « Ces privilèges prennent rang dans l'ordre suivant : 1. L'ouvrier ; 2. Le fournisseur de matériaux ; 3. Le constructeur ; 4. L'architecte ».

24-Ciotola.indb 34 12-12-12 15:11

Les raisons ayant motivé ce changement demeurent inconnues. Les *Commentaires du ministre de la Justice* indiquent de manière laconique qu'« [i]l a paru préférable, sur ce point d'abandonner l'ordre prévu antérieurement à l'article 2013c C.C.B.C., au profit d'une règle de concurrence, assortie d'une règle de la proportionnalité de participation fondée sur la valeur de chacune des créances [...] »[12].

Le paiement proportionnel des créances constitue une transposition de l'égalité des créanciers, principe traditionnellement fondé sur l'équité[13]. À y regarder de plus près, on constate toutefois que cette règle permet de réaliser une équité bien formelle, mais pas l'équité au sens d'une solution juste en considération de l'ensemble des éléments factuels d'une situation donnée[14].

Premièrement, en prenant pour base du calcul les créances des titulaires des hypothèques sans égard aux créances originelles, certains créanciers peuvent recevoir une portion bien plus élevée que d'autres de la somme due en raison des travaux de construction qu'ils ont réalisés. Un exemple simple suffit à illustrer cet effet de la règle : trois créanciers ont des contrats prévoyant des travaux de même valeur – disons 50 000 $ chacun – et deux d'entre eux ont déjà reçu la moitié de leur créance. Si la vente du bien rapporte une somme permettant de distribuer 30 000 $ à titre de plus-value, l'application de l'article 2952 C.c.Q. a pour effet que ceux-ci recevront 7 500 $ de plus, soit une somme totale de 32 500 $, tandis que le troisième créancier n'obtiendra en tout et pour tout que 15 000 $. Ce résultat qui se produit évidemment aussi lors d'un partage entre des créanciers ordinaires – comme le second alinéa de l'article 2646 C.c.Q. précise qu'« [e]n cas de

---

12 *Commentaires du ministre de la Justice : le Code civil du Québec : un mouvement de société*, Québec, Publications du Québec, 1993, art. 2952.

13 Voir les *Commentaires* de l'O.R.C.C., *supra*, note 10.

14 À ce sujet, voir Gregory BORDAN, « The Law of Construction Privileges : Corrective Justice or Distributive Justice ? », (1989) *Can. J. Law and Jur.* 57 ; Roderick A. MACDONALD, « Le droit des sûretés mobilières et sa réforme : principes juridiques et politiques législatives », dans Pierre Lagrand (dir.), *Common Law, d'un siècle à l'autre*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 429 et suiv.

24-Ciotola.indb 35 12-12-12 15:11

concours entre les créanciers, la distribution du prix se fait en proportion de leur créance, à moins qu'il n'y ait entre eux des causes légitimes de préférence » – est généralement justifié par la célérité dont ont fait preuve les créanciers ayant exigé un paiement préalablement à la détérioration de la situation financière du débiteur. On pourrait toutefois soutenir que la règle ne sert pas véritablement l'égalité des créanciers, qu'elle risque dans certaines situations d'avoir des effets déplorables, quoique probablement inévitables. Dans une étude consacrée au principe de l'égalité entre les créanciers, Raymond de Gentile n'écrivait-il pas « [...] l'égalité dans la misère est un leurre » ?[15]

Deuxièmement, l'article 2952 C.c.Q. met l'entrepreneur en concurrence avec ses propres débiteurs, contrairement à ce que prévoyait le *Code civil du Bas-Canada* qui le plaçait après l'ouvrier et le fournisseur de matériaux, mais avant l'architecte, qui contracte généralement plutôt avec le propriétaire. Cette modification est probablement celle qui présente les plus grands risques de mener à des résultats injustes. En effet, la créance de l'entrepreneur n'est pas comparable à celle de l'ouvrier qu'il a engagé ou du fournisseur de matériaux avec qui il a contracté, puisqu'elle inclut justement des sommes destinées à ceux-ci.

On notera d'emblée qu'en déterminant que l'ouvrier devait être payé avant l'entrepreneur, la règle retenue au *Code civil du Bas-Canada* était en principe plus équitable. Comme le soulignait le professeur Ciotola, au sujet de la règle du *Code civil du Québec*, « [l]e paiement proportionnel se fera, bien sûr, au détriment de l'ouvrier »[16]. L'ouvrier étant bien, en principe, la personne la plus susceptible d'être dans une situation de vulnérabilité, l'équité ne requiert-elle pas justement une analyse des intérêts en présence, un arbitrage entre des créanciers bien différents à plusieurs égards ? C'était du moins l'opinion de Planiol qui expliquait l'existence de privilèges, entre autres, par la volonté du législateur « [...] d'assu-

---

15 Raymond DE GENTILE, *Le principe de l'égalité entre les créanciers et la loi du 13 juillet 1967*, Paris, Sirey, 1973, p. 1.

16 Pierre CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 191.

24-Ciotola.indb 36 12-12-12 15:11

rer à leurs titulaires des sommes nécessaires à l'existence (salaires de gens de service, ouvrier, et employés, mois de nourrice) »[17].

D'un point de vue plus général, comme sa créance n'est pas ventilée aux fins de son hypothèque légale, qu'on n'y soustrait pas les sommes qui sont destinées à ses propres débiteurs, l'entrepreneur peut recevoir une somme qui est proportionnellement plus importante que celle que recevront les personnes avec qui il a contracté. Ne devrait-on pas alors tenir compte du fait que, lorsqu'il établit avec le propriétaire le prix des travaux, l'entrepreneur tient nécessairement compte des sommes qu'il devra payer au terme des sous-contrats ? Dans le contexte actuel, les personnes ayant contracté avec l'entrepreneur ont évidemment un recours personnel contre celui-ci. Ce recours n'est pas illusoire puisqu'en principe, si l'immeuble est vendu, l'entrepreneur reçoit une somme d'argent. Cette solution, qui suppose une multiplication des recours judiciaires, s'harmonise cependant mal avec l'un des principes mis de l'avant lors de la réforme opérée en droit des sûretés, qui a amené le législateur à adopter des règles destinées à réduire le nombre de situations où le créancier doit s'adresser aux tribunaux pour exercer ses droits hypothécaires. N'aurait-il pas été à la fois plus juste et plus efficace de poser une règle permettant que soient déduites de la créance de l'entrepreneur les sommes en regard desquelles ses propres créanciers ont inscrit des avis d'hypothèque légale ?

La règle de l'article 2952 C.c.Q. peut également avoir des conséquences inadmissibles pour le propriétaire ou les autres créanciers dans l'hypothèse où le propriétaire aurait contracté avec un seul entrepreneur pour une somme globale. Le propriétaire peut – tant que l'entrepreneur ne lui a pas remis une quittance des créances de l'ouvrier d'une part et des sous-entrepreneurs et fournisseurs de matériaux qui ont dénoncé leurs contrats d'autre part[18] – retenir sur le prix des travaux une somme suffisante pour

---

17 Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Droit civil français*, t. 12, Paris, Pichon, 1953, p. 18.

18 Art. 2728 C.c.Q.

24-Ciotola.indb 37 12-12-12 15:11

acquitter ces créances[19]. Toutefois, la somme des créances garanties par des hypothèques légales de la construction est alors potentiellement supérieure à la somme que le propriétaire s'était au départ engagé à payer pour la construction d'un immeuble. Ce sera le cas notamment lorsque le propriétaire n'a fait aucun paiement à l'entrepreneur. Les personnes ayant participé à la construction de l'immeuble ont alors toutes le droit d'inscrire un avis d'hypothèque légale, ce qui fait en sorte que les créances de ceux qui n'ont pas contracté avec le propriétaire sont dans les faits garanties par deux hypothèques : celle que peut inscrire individuellement chacune de ces personnes et celle de l'entrepreneur, qui inclut les sommes qu'il leur doit. Le propriétaire se trouve alors vis-à-vis ces tiers dans une situation analogue à celle d'une caution réelle, étant donné que si elles ne sont pas payées par l'entrepreneur, elles pourront exercer leurs droits hypothécaires. Dans ces circonstances, les créanciers ne recevront évidemment pas une somme plus élevée que celle représentant la plus-value qu'ils ont donnée à l'immeuble, mais dans la mesure où le marché immobilier est parfois en forte hausse, on peut imaginer une situation – quoique peu susceptible de se produire fréquemment – où la somme représentant la plus-value distribuée aux créanciers titulaires d'une hypothèque légale de la construction sera supérieure à la somme due par le propriétaire au terme de son contrat avec l'entrepreneur. Un tel résultat est injuste aussi bien pour le propriétaire que pour ses autres créanciers hypothécaires ou ordinaires puisque l'entrepreneur profiterait alors d'un enrichissement difficile à justifier, voire injustifié au sens où le législateur l'entend[20]. Il aurait peut-être été opportun de limiter la somme pouvant être réclamée au terme d'une hypothèque légale de la construction non seulement à la valeur de la plus-value conférée à l'immeuble, mais aussi au prix convenu avec l'entrepreneur pour les travaux.

---

19 Art. 2123 C.c.Q.

20 L'article 1493 C.c.Q. se lit comme suit : « Celui qui s'enrichit aux dépens d'autrui doit, jusqu'à concurrence de son enrichissement, indemniser ce dernier de son appauvrissement corrélatif s'il n'existe aucune justification à l'enrichissement ou à l'appauvrissement ».

24-Ciotola.indb 38 12-12-12 15:11

Ces quelques mises en situation illustrant les effets économiques de l'application de la règle prévue à l'article 2952 C.c.Q. montrent que les fondements du principe de l'égalité des créanciers, généralement présenté comme un principe général du droit privé découlant de l'équité, devraient peut-être faire l'objet d'une réflexion critique[21]. Une telle analyse n'aurait pas d'abord comme objectif la remise en question de la règle de l'égalité des créanciers, qu'ils soient hypothécaires ou chirographaires. Si le questionnement relatif à ses fondements mène à conclure qu'il ne s'agit que d'une règle fonctionnelle adoptée pour des considérations pratiques, il faudra alors bien reconnaître qu'elle ne fait pas figure de principe général du droit, qu'elle constitue une solution simple qui n'a pas plus de valeur qu'une autre règle technique et qu'elle ne doit donc pas être comprise comme l'un des principes que l'on doit tenter de préserver, ou du moins de ne pas contredire au point leur retirer le statut de principe. En d'autres termes, comme l'écrit le professeur Cabrillac, qui estime que cette idée puise sa justification dans des motifs d'ordre technique : « Osons un sacrilège : l'égalité entre les créanciers est peut-être moins un grand principe qu'un expédient »[22].

* * *

Doit-on, au sujet du régime juridique applicable à l'hypothèque légale de la construction, conclure comme le faisait le juge Brodeur dans une décision rendue par la Cour suprême relative au privilège de la construction ? Celui-ci écrivait : « Il y a des oublis bien évidents et qui nous démontrent bien que toute cette

---

21 La multiplication des causes de préférence conduit au même constat. À ce sujet, le professeur Michel Cabrillac écrit : « L'égalité appliquée au créancier chirographaire n'est qu'une égalité devant le néant, une figure de rhétorique privée de portée pratique. Le constat a été fait cent fois, mais, justement, dans un concert de lamentations qui ont été autant d'hommages à l'idée d'égalité. Le phénomène n'a guère ébranlé le dogme ; il a focalisé l'attention sur sa stérilisation sans qu'il ait conduit à remettre en question sa valeur intrinsèque ». (voir « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, p. 31).

22 *Id.*, p. 37.

24-Ciotola.indb 39 12-12-12 15:11

législation a été rédigée bien hâtivement et qu'elle donne lieu à un certain doute et à une certaine ambiguïté [...] ». Ce passage si souvent cité[23] est certes pertinent, mais il faudrait peut-être aussi se rappeler que, malgré les problèmes de rédaction de certaines dispositions du *Code civil du Bas-Canada*, le régime juridique applicable au privilège était, d'un point de vue pratique, satisfaisant[24]. On peut donc espérer que ce soit également le cas du régime applicable à l'hypothèque légale de la construction.

23 Voir, entre autres, John W. DURNFORD, « The Articles of the Civil Code on the Privileges of the Builder : Some Problems they Pose and Suggested Amendments Thereto », (1962) *McGill L.J.* 176, p. 177 ; Denise PRATTE, *op. cit.*, note 4, p. 53.

24 En ce sens, voir John W. DURNFORD, *id*.

24-Ciotola.indb 40 12-12-12 15:11

QUELQUES PERLES DE LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE : UN SURVOL INCOMPLET ET DÉPOURVU DE MÉCHANCETÉ !

François CHEVRETTE†*

I. DU FORMALISME JUDICIAIRE 44
II. DE QUELQUES DÉRIVES INTERPRÉTATIVES 51
III. CONTRADICTIONS, OMISSIONS ET INEXACTITUDES 54

* Professeur titulaire, Faculté de droit, Université de Montréal. Texte posthume.

24-Ciotola.indb 41 12-12-12 15:11

24-Ciotola.indb 42 12-12-12 15:11

À sa parution en 1998, le collectif américain *Constitutional Stupidities*, *Constitutional Tragedies*[1] avait grandement attiré mon attention et je m'étais dit qu'il faudrait publier quelque chose de ce genre pour le Canada. Soit que nous soyons moins stupides ici que plus au sud, soit que nos esprits critiques soient infiniment moins aiguisés que ceux de nos voisins, soit encore une combinaison de ces deux facteurs, joints à bien d'autres[2], j'ai constaté, à la réflexion, que le projet était passablement moins facile qu'il n'en avait l'air au départ.

Je n'ai pas totalement reculé pour autant, inspiré par l'esprit critique bien connu de celui que nous honorons par ces *Mélanges*, le professeur Pierre Ciotola, et me disant qu'il serait intéressant de lui dédier une étude ayant quelque parenté avec son tempérament scientifique ! J'ai donc commencé à raviver, dans une perspective que j'avoue assez polémique, des souvenirs de ma longue fréquentation de la jurisprudence constitutionnelle de ce pays – je ne suis pas allé au-delà de cette source du droit. Et voici quelques *perles* trouvées sur ma route. Même s'il s'agit d'un simple survol, et non d'un inventaire, je n'ai pu m'empêcher, en cette fonction nouvelle pour moi de pêcheur de perles, de tenter de classer ces dernières. Voici ce qu'il en résulte : des perles liées au formalisme judiciaire (I), d'autres liées à des dérives interprétatives (II), d'autres, enfin, objets résiduaires de contradictions, d'omissions et d'inexactitudes (III). Je précise dès le départ que j'ai choisi mes exemples sans égard à la cour dont ils émanaient, ni au fait qu'il s'agissait d'opinions majoritaires ou dissidentes ni au fait que l'opinion ait pu être confirmée ou infirmée par une instance supérieure.

---

1 William N. ESKRIDGE et Sanford LEVINSON, *Constitutional Stupidities, Constitutional Tragedies*, N.Y. State University Press, 1998.

2 Le style judiciaire et doctrinal des États-Unis a toujours été plus direct et moins étoffé que le nôtre, et on y a moins peur des gros mots qu'au Canada, comme le montre le titre de l'ouvrage cité à la note précédente.

24-Ciotola.indb 43 12-12-12 15:11

I. Du formalisme judiciaire

Ce n'est pas d'hier que l'on dénonce le formalisme judiciaire, propension aux élaborations conceptuelles de type logiciste au détriment de la fonction qu'est appelée à remplir la règle de droit[3]. En d'autres mots, il est arrivé souvent qu'au lieu de se demander quel est le pourquoi de la règle, quelle est sa justification, sa finalité, on s'en tienne à une application somme toute machinale de celle-ci, avec parfois des résultats aberrants que l'on tente d'obvier par d'autres échafaudages conceptuels, repentirs aux allures de désespoir. En voici quelques exemples.

Un premier nous est fourni, à mon avis, par certaines applications de la notion d'impôt direct – le seul impôt auquel aient accès les provinces[4] – par le Comité judiciaire du Conseil privé. On sait que, très tôt, ce dernier a opté pour la définition donnée par l'économiste John Stuart Mill de l'impôt direct et de l'impôt indirect, le premier étant celui dont la tendance générale est d'être assumé par le contribuable qui le paie en premier lieu, l'autre ayant pour tendance générale d'être retransmis. On sait aussi que l'objectif premier de ceux que l'on appelle improprement les Pères de la Confédération, en limitant les provinces à l'impôt direct, était de faire en sorte que leur impôt ne se répercute pas hors de leur territoire, ayant ainsi l'effet d'une barrière tarifaire, ce que ces va-

---

3 Voir par exemple l'étude déjà ancienne, mais qui n'a rien perdu de sa pertinence, de F.S. Cohen, « Transcendental Nonsense and the Functional Approach », (1935) 35 *Colum. L. Rev.* 809, 810. L'auteur observe de façon amusante que certains raisonnements juridiques s'apparentent à la question, chère aux théologiens scolastiques, de savoir combien d'anges peuvent se tenir debout sur la tête d'une épingle ! En langue française, on emploie l'expression « le sexe des anges » pour qualifier la futilité d'un débat, emploi qu'un de mes anciens professeurs jugeait plaisamment inapproprié puisqu'il lui semblait de la plus haute importance de connaître le sexe des êtres avec qui il allait passer l'éternité !

4 Alors que le Parlement fédéral a accès à « tous modes ou systèmes de taxation », directe ou indirecte. Voir les articles 91.3 et 92.2 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), ci-après *L.c. de 1867*.

24-Ciotola.indb 44 12-12-12 15:11

leureux Pères voulaient à raison éviter et réserver au Parlement fédéral[5].

Quand donc le Comité judiciaire, dans *Procureur général du Québec* c. *Reed*[6], qualifie d'impôt indirect un droit québécois de timbre sur les procédures judiciaires au motif que la part du gagnant allait se répercuter sur le perdant, on fut à mon sens face à un délirant formalisme, tant est lointaine, voire inexistante, la justification première, évoquée plus haut, de limiter l'accès des provinces à l'impôt direct. Quant à l'exigence que le contribuable tenu de payer l'impôt soit bien identifié, c'est aussi d'un formalisme aberrant de prétendre qu'il ne l'était pas en l'espèce, puisqu'on ne sait pas en début de procès qui sera le gagnant et qui sera le perdant. Et la fantaisie fut à son comble quand le Comité, confronté à l'argument selon lequel cet impôt était justifié par la compétence provinciale sur l'administration de la justice[7], conclut que rien ne lui prouvait qu'il ne servirait qu'à cette seule fin[8].

Et ce n'est pas tout. Ce même formalisme a prévalu en matière d'impôt provincial sur les successions, au motif cette fois que le liquidateur, s'il était tenu personnellement responsable de cet impôt, allait bien évidemment le répercuter sur les héritiers[9]. Or, d'un point de vue un tant soit peu réaliste, l'impôt sur les successions est sans doute un des plus directs qui soient ; celui qui a

---

5 Voir sur ce point l'irremplaçable ouvrage de G.V. LA FOREST, *The Allocation of Taxing Power under the Canadian Constitution*, 2e éd., Toronto, Canadian Tax Foundation, 1981, p. 92, note 70. L'auteur rappelle qu'un autre objectif était de faire en sorte que le contribuable requis de payer l'impôt provincial soit bien identifié et que cet impôt ne soit pas extraterritorial (p. 92).

6 [1884] 10 A.C. 141.

7 Article 92.14 *L.c. de 1867*.

8 Dans son ouvrage, cité plus haut à la note 5, La Forest, généralement indulgent à l'égard de la jurisprudence, reconnaît que l'arrêt *Reed* fut totalement ignoré par les provinces (p. 59).

9 Voir *Cotton* c. *Le Roi*, [1914] A.C. 176 ; *Burland* c. *Le Roi*, [1922] 1 A.C. 216 ; *Provincial Secretary of Alberta* c. *Kerr*, [1933] A.C. 710. Quand le liquidateur ne fut tenu de payer de l'impôt qu'à même les biens légués qu'il avait en sa possession, cet impôt fut jugé direct ; *Alleyn* c. *Barthe*, [1922] 1 A.C. 215.

24-Ciotola.indb 45 12-12-12 15:11

le bonheur d'hériter va, moins que tout autre contribuable, songer à répercuter la part qu'il doit au fisc – et sur qui la répercutera-t-il ? Le formalisme de l'approche que je viens d'évoquer me paraît sauter aux yeux, et il eut pour inconvénient de ne permettre aux provinces de ne taxer que les héritiers (*succession duties*) plutôt que le patrimoine du défunt (*estate tax*), ce qui ne facilitait pas les prévisions de rentrées fiscales étant donné toutes les déductions dans le premier cas et l'imposition globale dans le second[10].

Mais pourquoi s'arrêter en si bonne route ? L'impôt foncier, dans un contexte de location, est bien sûr retransmis du propriétaire au locataire, si bien qu'en vertu de ce critère de retransmission dont on vient de voir certaines applications formalistes, il devrait être de compétence fédérale ! Le Comité judiciaire se refusa à pareille absurdité. Écartant la définition de Mill au profit d'un critère axé sur la nature historique de l'impôt foncier, il a – d'ailleurs fort heureusement – conclu à sa validité comme impôt provincial[11]. Première entorse, suivie de bien d'autres. On pense en particulier à la théorie du mandat ou de l'agent de perception, théorie selon laquelle l'impôt est direct si le premier assujetti n'agit qu'au nom et pour le compte du contribuable qui paiera l'impôt en définitive. C'est le cas bien sûr de l'impôt sur le revenu, prélevé à la source par l'employeur, et qu'il serait absurde de qualifier d'indirect. Rationalisation acceptable, voire nécessaire pour contrer les effets de l'interprétation large de la retransmission. Mais les zones d'ombre apparurent bien vite et l'on peut se demander pourquoi la personne qui achète comme mandataire un bien de consommation peut être tenue personnellement au paiement de la taxe[12], alors qu'on a jugé le contraire, comme on l'a vu plus haut, en matière d'impôt successoral. Il semble bien en tout cas que la théorie du mandat ou de l'agent de perception soit applicable dans un contexte où la personne qui assumera la taxe en

---

10 Encore qu'il faille convenir que ce n'était pas tant le fait que l'impôt provincial frappe le patrimoine du défunt que le fait que le liquidateur soit personnellement tenu de le payer qui faisait problème, selon le Comité judiciaire.

11 *City of Halifax* c. *Fairbanks*, [1928] A.C. 117.

12 *Atlantic Smoke Shops Ltd.* c. *Conlon*, [1943] A.C. 550, 566-567.

24-Ciotola.indb 46 12-12-12 15:11

définitive soit identifiée au moment du premier paiement[13], quoiqu'il n'y ait rien de bien sûr dans toutes ces nébuleuses fictions.

Disons pour conclure que le critère de la retransmission fut souvent appliqué en jurisprudence dans l'oubli de sa principale justification fonctionnelle. On fut mieux inspiré dans l'interprétation de la compétence fédérale sur l'intérêt de l'argent[14] dans la mesure où l'on a tout de suite vu qu'elle avait trait à des obligations contractuelles, et s'expliquait notamment par une volonté de centraliser la politique du crédit et d'éviter que les taux ne varient entre les provinces, ce qui constitue un obstacle à la libre circulation des capitaux. N'a donc point de rapport avec cet objectif un taux d'intérêt provincial applicable aux taxes payées en retard, à la dette découlant d'un délit ou aux indemnités établies par jugement.[15].

Passons maintenant aux droits et libertés. Le principe d'égalité devant la loi fut pour la Cour suprême un terrain particulièrement fertile au formalisme judiciaire, beaucoup sous la *Déclaration canadienne des droits*[16], beaucoup moins il est vrai sous la *Charte canadienne des droits et libertés*[17].

Commençons par la première. Au chapitre des perles jurisprudentielles, l'arrêt qui retient primordialement l'attention est sans doute l'arrêt *Bliss*[18]. Était contesté au nom du principe d'égalité devant la loi l'article 46 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, loi fédérale enlevant à la femme enceinte, à moins qu'elle ne remplisse les conditions fort exigeantes de l'article 30, le bénéfice de toute prestation « durant la période qui débute huit semaines avant la semaine présumée de son accouchement et se termine six semaines après celle de son accouchement ». Stella Bliss ne satisfai-

---

13 François CHEVRETTE et Herbert MARX, *Droit constitutionnel : notes et jurisprudence*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982, p. 1024.

14 Art. 91.19 *L.c. de 1867*.

15 François CHEVRETTE et Herbert MARX, *supra*, note 13, p. 608.

16 L.R.C. 1985, App. III.

17 *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, c. 11 (R.-U.)], ci-après la *Charte canadienne.*

18 *Bliss* c. *Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183.

24-Ciotola.indb 47 12-12-12 15:11

sait pas aux exigences de l'article 30 et contestait la validité de l'article 46 au motif qu'elle était capable de travailler et disponible à cette fin pendant la période exclue et que, n'eût été sa condition de femme enceinte, elle aurait eu droit aux prestations. La réponse du juge Ritchie, pour la Cour, fut d'une part que l'article 46 était pertinent « pour déterminer les conditions auxquelles les femmes enceintes ont droit aux prestations dans le cadre de la législation sur l'assurance-chômage adoptée dans la poursuite d'un *objectif fédéral valide*, soit s'acquitter de la responsabilité imposée au Parlement par le par. 91 (2A) de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique.[19] » D'autre part, et quant à l'allégation de discrimination fondée sur le sexe, il écrit : « Toute inégalité entre les sexes dans ce domaine n'est pas le fait de la législation, mais bien de la nature.[20] » et il reproduit avec approbation l'avis du juge d'appel Pratte pour qui « [s]i l'article 46 ne traite pas les femmes enceintes en chômage comme d'autres chômeurs, hommes ou femmes, c'est, à mon sens, parce qu'elles sont enceintes et non parce qu'elles sont des femmes.[21] »

Cette perle, qu'on évitera de qualifier de précieuse, appelle un double commentaire. D'abord, on se demande d'où provient et que signifie cette expression *objectif fédéral valide* ou *régulier* dans l'application de la notion d'égalité devant la loi de la *Déclaration canadienne des droits*[22]. Si par là on veut dire que la loi fédérale doit d'abord être conforme au partage des compétences établi par la *Loi constitutionnelle de 1867*, on ne devrait avoir rien à redire dans la mesure où il s'agit d'une condition nécessaire, mais non suffisante. Mais si cet objectif fédéral *valide* ou *régulier* au sens

---

19 *Id.*, p. 193. Je souligne. L'article 91.2A établit la compétence fédérale sur l'assurance-chômage.

20 *Id.*, p. 190.

21 *Id.*, p. 190-191.

22 C'est l'expression *objectif fédéral régulier* qui est employée par la Cour suprême dans d'autres arrêts. Voir *R.* c. *Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693, 708 (j. Martland) ; *Prata* c. *Min. de la M. et I.*, [1976] 1 R.C.S. 376, 382 (j. Martland) ; *MacKay* c. *La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370, 391 (j. Ritchie).

24-Ciotola.indb 48 12-12-12 15:11

du partage des compétences est garant du caractère égalitaire de la loi contestée, c'est tout simplement la confusion des genres ![23]

Quant au deuxième volet de l'arrêt *Bliss*, qui consiste à savoir si on est en présence d'une discrimination basée sur le sexe, il est encore plus problématique. Que le traitement que la loi fédérale réserve aux femmes enceintes en matière d'assurance-chômage soit non « le fait de la législation, mais de la nature », et que les femmes enceintes soient ainsi traitées « parce qu'elles sont enceintes et non parce qu'elles sont des femmes », voilà deux passages qui, au bas mot, laissent songeur[24]. La grossesse étant le propre de la femme, tout désavantage lié à cet état devrait demeurer fort suspect face à l'interdiction de la discrimination basée sur le sexe, et le fait, comme la Cour suprême l'a décidé ici, d'entériner la loi fédérale sans débat et pour les deux motifs – des perles – que je viens de rappeler donne à croire qu'on y a fait équivaloir validité au regard du partage des compétences et égalité devant la loi.

Impression malheureusement confortée par le très triste arrêt *Lavell*[25], où une double discrimination législative – perte de droits civils pour la femme et pour la femme autochtone – fut validée par le fait que, compétent sur les *Indiens* et les terres indiennes[26], le Parlement fédéral devait être habilité à définir qui est *Indien(ne)* et qui ne l'est pas, et à régir les droits civils sur les réserves indiennes de la même façon que, compétent sur l'assurance-chômage, le

---

23 Dans *MacKay* c. *La Reine*, *supra*, note 22, seul le juge McIntyre, avec l'appui du juge Dickson, précise que tel n'est pas le cas et que l'expression *objectif fédéral régulier* prohibe l'inégalité « arbitraire, fantaisiste ou superflue » (p. 406).

24 Il est heureux que, dans *Brooks* c. *Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, la Cour suprême, interprétant la disposition de la *Loi sur les droits de la personne* du Manitoba qui interdit la discrimination dans l'embauche fondée sur le sexe, ait décidé que le sexe inclut la grossesse. Le juge en chef Dickson, pour la Cour, y écrit : « [J]e suis prêt à dire que l'arrêt *Bliss* est erroné ou, du moins, que maintenant on ne pourrait plus rendre le même arrêt. » (p. 1243).

25 *P.G. du Canada* c. *Lavell*, [1974] R.C.S. 1349.

26 Art. 91.24 *L.c. de 1867*.

24-Ciotola.indb 49 12-12-12 15:11

Parlement fédéral doit pouvoir en identifier les bénéficiaires. Il sera de nouveau question de l'arrêt *Lavell* à la fin de ce texte.[27]

Et qu'en est-il des *perles* sous la *Charte canadienne des droits et libertés*[28] ? Même s'il y en a beaucoup moins que sous la *Déclaration canadienne des droits*, le critère de la pertinence de la distinction par rapport à l'objectif législatif, critère élaboré sous la disposition d'égalité de l'article 15, quoiqu'il n'ait jamais reçu l'appui ferme de la majorité de la Cour suprême et paraît aujourd'hui délaissé, a donné lieu à quelques cocasseries. Ainsi, dans *Egan* c. *Canada*[29], le juge La Forest se demande pourquoi la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* réserve l'allocation du conjoint démuni au membre d'un couple de sexe opposé, à l'exclusion d'un membre d'un couple de même sexe, étant entendu que le conjoint démuni a entre 60 et 65 ans et que son revenu, combiné à la rente de son conjoint retraité de 65 ans et plus, est inférieur à un certain montant. Il répond que la distinction est pertinente par rapport à l'objectif législatif, car « la réalité biologique et sociale [...] fait en sorte que seuls les couples hétérosexuels ont la capacité de procréer, que la plupart des enfants sont le fruit de ces unions, et que ce sont ceux qui entretiennent ce genre d'union qui prennent généralement soin des enfants et qui les élèvent.[30] ». La justification donne à sourire, vu l'âge du couple visé par la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*[31] ! Et le juge La Forest d'ajouter : « Le fait de res-

---

27 L'article 12 de la *Loi sur les Indiens*, jugé valide dans l'arrêt *Lavell*, prévoyait que la femme indienne qui épouse un non-Indien perd ses droits d'Indienne, ce qui n'était pas le cas de l'Indien qui épouse une non-Indienne. Cet article fut jugé contraire au *Pacte international sur les droits civils et politiques* par le Comité des droits de l'homme de l'ONU dans *Sandra Lovelace* c. *Canada*, Communication n° R.6/24 (29 décembre 1977), ONU Supp. n° 40 (A/36/40). L'article fut abrogé par la *Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, S.C. 1985, c. 27, art. 4.

28 *Supra*, note 17.

29 [1995] 2 R.C.S. 513.

30 *Id.*, p. 536, par. 21.

31 Le juge La Forest fait ici un large usage de l'opinion dissidente du juge Gonthier dans *Miron* c. *Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418. Au moyen ici aussi du critère de la pertinence de la distinction par rapport à l'objectif législatif, le juge Gonthier justifie le fait que la loi ontarienne exclue le conjoint de fait

24-Ciotola.indb 50 12-12-12 15:11

treindre des bénéfices aux couples mariés et aux conjoints de fait exclut nécessairement toute autre forme de couple qui cohabite, comme des frères et sœurs ou autres parents, peu importe le sexe » et « [j]e ne vois pas comment les homosexuels diffèrent des autres couples exclus sur le plan des raisons fondamentales pour lesquelles le législateur a tenté d'avantager les hétérosexuels qui vivent comme couples mariés.[32] » Ces remarques, un peu surréalistes on en conviendra, s'apparentent selon moi à une forme de formalisme conservateur.

Passons maintenant à ce que j'appelle les dérives interprétatives.

II. De quelques dérives interprétatives

Si je ne devais pas me limiter à la jurisprudence constitutionnelle, c'est sans doute par l'opinion dissidente du juge Pigeon dans *R.* c. *Sommerville* que j'ouvrirais le bal[33]. M'y limitant, je me permets d'évoquer tout d'abord la curieuse affaire *Whitfield* c. *Canadian Marconi Co.*, où furent jugés valides, aux trois instances[34], le congédiement de Whitfield par son employeur Canadian Marconi et la clause de son contrat de travail lui interdisant de fréquenter et de fraterniser avec les Indiens et Esquimaux du Grand Nord du Québec, clause qu'il avait enfreinte en s'éprenant d'une jeune et charmante Esquimaude, très instruite, qui parlait quatre langues et qui avait voyagé et travaillé dans plusieurs grandes villes cana-

---

des bénéfices d'assurance de son conjoint. Ici, au moins, la cocasserie de l'âge n'entre pas en ligne de compte.

32 *Id.*, p. 535, par. 19 et p. 538, par. 26.

33 [1974] R.C.S. 387. Dans un excès de littéralisme, qui était d'ailleurs son penchant familier, le juge Pigeon interprète la disposition de la *Loi sur la Commission canadienne du blé*, disposition qui interdit de transporter du blé d'une province à l'autre sans passer par l'intermédiaire de la Commission canadienne du blé, comme applicable à un producteur dont la ferme chevauche deux provinces et qui enfreint la lettre de la Loi en transportant du blé sur sa propre ferme ! Totale absurdité !

34 Le jugement élaboré de la Cour supérieure, de 1966, est reproduit dans (1973) 19 *McGill L.J.* 294, confirmé dans [1968] B.R. 92 et dans (1968) 68 D.L.R. (4th) 766 (C.S.C.). La réaudition a été refusée ; [1968] R.C.S. 960.

24-Ciotola.indb 51 12-12-12 15:11

diennes. Le contrat ne fut pas jugé contraire à l'ordre public au sens de l'article 13 du Code civil de l'époque, non plus qu'à la *Déclaration canadienne des droits*, dont l'applicabilité en l'espèce était d'ailleurs peut-être douteuse. Et si je rappelle cette affaire, c'est pour me demander ce qu'il en serait aujourd'hui, vu les dispositions antidiscriminatoires de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec[35] et vu la clause d'égalité de l'article 15 de la Charte canadienne, qui aurait été probablement applicable en raison du fait que la clause du contrat de travail dont il vient d'être question avait été imposée suite à un accord intergouvernemental Canada – États-Unis concernant l'installation d'équipement de défense dans le Grand Nord du Québec. Cette étrange affaire est moins une *perle* qu'une *curiosité* !

La décision majoritaire de la Cour d'appel du Québec dans *Ville de Brossard* c. *Commission des droits de la personne du Québec*[36] tient, elle, de la *perle* dans la mesure où il y fut décidé que le deuxième volet de l'article 20 de la Charte québécoise, qui prévoit qu'est réputée non discriminatoire une distinction « justifiée par le caractère charitable, philanthropique, religieux, *politique* ou éducatif d'une institution sans but lucratif[37] » était applicable à une municipalité. Sans se prononcer sur la question de savoir si la politique antinépotiste de la Ville de Brossard – consistant à écarter de l'embauche tout candidat proche parent de quelqu'un déjà à l'emploi de la Ville – était discriminatoire ou pas, la Cour a conclu qu'elle était acceptable vu le passage précité de l'article 20. On pourrait y voir un prononcé selon lequel une municipalité, institution politique sans but lucratif, serait de ce fait soustraite aux normes antidiscriminatoires de la Charte québécoise, le tout en vertu de son article 20. Ce serait évidemment l'aberration la plus complète et ce n'est probablement pas, on l'espère, ce que la Cour d'appel a voulu suggérer. Il faut plutôt y voir la proposition selon laquelle l'existence de la discrimination doit être évaluée en fonction notamment du caractère politique d'une institution sans but lucratif, et qu'une politique antinépotiste est particulièrement

35 L.R.Q., c. C-12, ci-après la *Charte québécoise.*

36 [1983] C.A. 363.

37 L'italique est de moi.

24-Ciotola.indb 52 12-12-12 15:11

souhaitable dans une institution publique comme une municipalité. C'est encore ne rien comprendre à ce à quoi sert l'article 20. Dans son deuxième volet, cet article a pour effet de sauvegarder une mesure discriminatoire dont on a vu plus haut la justification, par exemple le fait pour une association de Montréalais d'origine polonaise de n'employer qu'une personne de cette origine comme réceptionniste dans son lieu de rencontres (distinction basée sur l'origine nationale) ou le fait pour un parti politique de n'avoir à son emploi que des détenteurs de la carte de membre de ce parti (distinction basée sur l'opinion politique). Tout cela n'a rien à voir avec l'interprétation que la Cour d'appel a donnée au deuxième volet de l'article 20 et il est absurde de considérer une municipalité comme une institution sans but lucratif de caractère politique au sens de cet article[38].

On l'a dit et redit : il est rare que les cours de justice optent pour l'inapplicabilité de l'article premier de la Charte canadienne, tel qu'interprété par le fameux test de *Oakes*[39], au motif que la mesure contestée ne poursuit pas un objectif réel et important. Mais c'est ce qu'a conclu majoritairement la Cour d'appel du Québec à propos des mesures provinciales interdisant, sauf exceptions, la publicité commerciale destinée aux enfants. « Faute d'un objet réel suffisant, l'interdiction est donc inconstitutionnelle et inopérante[40] », peut-on lire au jugement. En dissidence, en Cour suprême, les juges McIntyre et Beetz furent du même avis[41]. Selon moi, ces opinions, contraires à bien des études savantes et surtout contraires au bon sens, méritent de figurer parmi les *perles* de la jurisprudence constitutionnelle. Pareille interdiction de la publicité commerciale destinée aux enfants, d'ailleurs souple parce qu'assortie

---

38 Voir la réfutation minutieuse, mais toujours courtoise, de cette interprétation par le juge Beetz dans *Brossard* c. *Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, 319 et suivantes, arrêt qui infirme celui de la Cour d'appel.

39 *R.* c. *Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

40 *Irwin Toy Ltd.* c. *Le Procureur général du Québec*, [1986] R.J.Q. 2441, 2456 (C.A.).

41 *Irwin Toy Ltd.* c. *Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, 1007 à 1009.

24-Ciotola.indb 53 12-12-12 15:11

de plusieurs exceptions, me paraît d'un intérêt évident, ne serait-ce que pour la paix des familles aux revenus modestes dont les enfants sont frustrés par l'insistance mise par les médias sur des jouets qui leur sont inaccessibles. Des juges dont les revenus, il est vrai, ne sont pas modestes auraient-ils oublié cette réalité de la vie au profit d'une exaltation immodérée de la liberté d'expression, garante au surplus en l'espèce de la publicité commerciale ? Infirmant la décision de la Cour d'appel, l'opinion majoritaire du juge en chef Dickson et des juges Lamer et Wilson est empreinte de beaucoup plus de réalisme[42].

III. Contradictions, omissions et inexactitudes

Au chapitre des contradictions, un exemple fort connu, mais qui demeure incontournable, est celui du couple *Drybones-Lavell*, deux arrêts de la Cour suprême dont on peut dire que l'opinion dissidente du juge Pigeon dans le premier est devenue l'opinion de la majorité dans le second. Rappelons que, dans l'arrêt *Drybones*[43], l'opinion majoritaire de la Cour, rédigée par le juge Ritchie, fut de déclarer inopérant un article de la *Loi sur les Indiens* qui érigeait en infraction le fait pour un Indien d'être ivre en dehors de sa réserve, alors que le droit commun prohibait le fait d'être ivre dans un endroit public. On a conclu que cet article, porteur d'une discrimination fondée sur la race, violait la clause d'égalité devant la loi de l'article 1b) de la *Déclaration canadienne des droits* et que, vu le caractère quasi constitutionnel de cette dernière, il était inopérant. Ne reconnaissant à la *Déclaration* que le caractère d'une loi d'interprétation et estimant au surplus que le Parlement fédéral, compétent sur les Indiens et les terres indiennes, était constitutionnellement habilité à réserver à ceux-ci un traitement distinct de celui du droit commun, le juge Pigeon signa une longue opinion dissidente.

---

42 *Id.*, p. 938 et suivantes.

43 *R.* c. *Drybones*, [1970] R.C.S. 282.

24-Ciotola.indb 54 12-12-12 15:11

Or quand, quatre ans plus tard, la Cour rendit l'arrêt *Lavell*, dont il fut question précédemment[44], ce même juge Ritchie, rédigeant à nouveau l'opinion de la majorité, reprit presque intégralement les arguments minoritaires du juge Pigeon dans l'arrêt *Drybones*, au point que ce dernier écrivit : « Je suis d'accord avec le M. le juge Ritchie sur la décision à rendre. Je ne puis certainement pas être en désaccord avec ce que j'ai dit dans l'affaire *La Reine* c. *Drybones*.[45] »

Cette contradiction d'ordre général s'accompagne de contradictions plus spécifiques, dont la plus frappante me paraît être la suivante. Alors même que, dans *Drybones*, la clause d'égalité devant la loi de la *Déclaration* avait servi à rendre inopérant un article d'une loi fédérale, l'arrêt *Lavell* suggère que cette clause, inspirée de l'égalité au sens de la *rule of law*, permet de contrôler l'égalité « dans l'administration ou l'application de la loi[46] », ce qui laisse clairement entendre qu'elle ne permet pas de s'attaquer à la loi même et de la rendre inopérante. Ce n'est pas ce qu'on appelle avoir beaucoup de suite dans les idées !

Quant aux omissions, un exemple très frappant de celles-ci nous est fourni par l'opinion de la majorité, rédigée par le juge Iacobucci avec l'appui de quatre de ses collègues, dans *Syndicat Northcrest* c. *Amselem*[47]. Un règlement du complexe immobilier montréalais *Le Sanctuaire* prohibe toute forme de construction ou de décoration sur les balcons. Or, ce règlement fut contesté sous la garantie de la liberté de religion de l'article 3 de la Charte québécoise par quelques Juifs orthodoxes désireux d'ériger sur leur balcon une *souccah*, petite hutte dans laquelle ils vivent pendant les neuf jours que dure la fête religieuse juive du *Souccoth*.

Ayant conclu que ce règlement portait atteinte à la liberté de religion de ces personnes, le juge Iacobucci aurait évidemment dû poursuivre son analyse sous la disposition limitative de l'article 9.1 de la Charte québécoise, et se demander si cette atteinte pouvait

---

44 *Supra*, note 25.

45 *Id.*, p. 1390.

46 *Id.*, p. 1366 et 1367.

47 [2004] 2 R.C.S. 551.

24-Ciotola.indb 55 12-12-12 15:11

être ou non sauvegardée en vertu de cette disposition. Or, de l'article 9.1 il n'est aucunement question, le jugement se contentant de conclure de façon assez simpliste que la liberté de la religion était infiniment plus importante que la sûreté des autres copropriétaires ou la libre jouissance de leurs biens, respectivement garantis par les articles 1 et 6 de la Charte. Entre la croyance religieuse et les considérations esthétiques, on a sans hésitation fait primer la première.

Alors même que la Cour suprême a quasiment érigé en fétiche l'article premier de la Charte canadienne et le fameux test de *Oakes*[48], l'on a raison de s'étonner que cinq de ses juges, formant la majorité dans cette affaire, aient tout simplement ignoré ce qui en est l'équivalent sous la Charte québécoise. Omission d'autant moins excusable que les deux opinions dissidentes, des juges Bastarache et Binnie, beaucoup plus étoffées que l'avis majoritaire, font grand état de l'article 9.1, ce qui montre qu'en y ayant recours, on aboutit à une analyse beaucoup plus fine et nuancée que le simplisme de la majorité. C'est une inacceptable omission.

Sur le sujet des inexactitudes, je dirai tout d'abord qu'il est toujours périlleux de s'avancer sur des terrains que l'on connaît peu ou mal, et l'avertissement s'adresse, entre autres, aux juges qui font appel aux philosophes[49], souvent, j'imagine, par l'intermédiaire de leurs jeunes et brillants auxiliaires juridiques. Je ne dis pas qu'ils doivent s'abstenir de le faire ; au contraire, pareilles références enrichissent beaucoup la substance de certains jugements, dont plusieurs furent dans le passé marqués par le plus sec positivisme. Cela doit toutefois être fait avec prudence. Voici un exemple. Un des philosophes préférés de la Cour suprême est sans doute John Stuart Mill, auteur qu'elle a cité à plusieurs reprises[50]. Elle l'a fait notamment dans son deuxième arrêt sur le droit

---

48 *R.* c. *Oakes*, *supra*, note 39.

49 Voir l'intéressante étude de C. BRUNELLE, « L'interprétation des droits constitutionnels par le recours aux philosophes », (1990) 50 *R. du B.* 353.

50 Par exemple dans *SDGMR* c. *Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, 583, à propos de la liberté d'expression.

24-Ciotola.indb 56 12-12-12 15:11

de vote des détenus et pour appuyer ce droit[51]. Mais le passage que le juge en chef McLachlin reproduit est immédiatement suivi d'un autre où l'auteur nuance passablement ce qu'il vient d'écrire, passage dont on ne dit mot dans le jugement[52]. Omission d'importance assez mineure, j'en conviens, mais qui équivaut à une inexactitude en ce que l'on ne rend pas complète justice à la pensée de John Stuart Mill.

On a vu pire. Je pense en particulier à certaines analyses du juge McIntyre dans *Andrews* c. *Law Society of British Columbia*[53]. Même si ce dernier avait en l'espèce une tâche extrêmement difficile, celle de rédiger le premier jugement de la Cour suprême sur la norme d'égalité de l'article 15 de la Charte canadienne, on ne peut s'empêcher d'y relever des positions d'une grande inexactitude. C'est le cas quand il écrit : « Le critère de la situation analogue est une reformulation du principe aristotélicien de l'égalité formelle.[54] » Puis, après avoir cité un passage de l'*Éthique à Nicomaque*, où Aristote écrit que les personnes égales doivent être traitées également, et que les personnes inégales ne doivent pas recevoir un traitement identique, le juge McIntyre poursuit : « Le critère formulé comporte cependant un grave défaut en ce qu'il exclut toute considération de la nature de la loi. Appliqué au pied de la lettre, il pourrait servir à justifier les lois de Nuremberg d'Adolf Hitler.

---

51 *Sauvé* c. *Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519, 547, par. 38, où l'on invalide un article de la *Loi électorale du Canada* enlevant le droit de vote aux personnes détenues dans un pénitencier qui y purgent une peine de deux ans ou plus d'emprisonnement. Un peu moins de dix ans plus tôt, la Cour avait aussi invalidé une disposition plus sévère enlevant le droit de vote à tous les détenus ; *Sauvé* c. *Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 438.

52 Ce passage se lit comme suit : «*But, as an aid to the great object of giving a moral character to the exercise of the suffrage, it might be expedient that in case of crimes evincing a high degree of insensibility to social obligation, the deprivation of this and other civil rights should form part of the sentence.* » ; John Stuart MILL, « Thoughts on Parliamentary Reform », dans J.M. ROBSON (dir.), *Essays on Politics and Society*, Toronto, University of Toronto Press, 1977, 311, 322.

53 [1989] 1 R.C.S. 143.

54 *Id.*, p. 166.

24-Ciotola.indb 57 12-12-12 15:11

Un traitement analogue était prévu pour tous les Juifs. Le critère de la situation analogue aurait justifié le principe formaliste du « séparé mais équivalent » de l'arrêt *Plessis* v. *Ferguson*.[55] »

Cette analyse, qui a étonnamment reçu l'approbation de cinq autres membres de la Cour, appelle deux commentaires. D'abord, le peu qu'on y retrouve sur l'égalité aristotélicienne est faux et tronqué. Si l'on entend par *égalité formelle* le fait que la loi doit être appliquée à tous ceux à qui elle est applicable – sens que le juge McIntyre paraît donner à cette notion quand il réfère aux lois de Nuremberg – il n'y a rien de cela dans la pensée d'Aristote. En introduisant la notion du mérite de chacun dans un passage non reproduit au jugement, Aristote en fait en quelque sorte le critère de l'égalité de la distribution. « [L]es personnes de même mérite, c'est-à-dire celles qui possèdent la vertu morale à un même degré, recevront un traitement égal, les autres un traitement différent proportionnel à leur degré de mérite.[56] » ; si vague qu'il soit, le critère du mérite empêche d'associer Aristote à l'égalité formelle au sens défini plus haut[57], et s'apparente en quelque sorte à la finalité de la loi, finalité en fonction de laquelle on détermine s'il y a égalité ou inégalité.[58]

C'est au fond le critère de la situation analogue et ma deuxième remarque a trait à ce qu'on en dit dans l'arrêt *Andrews*. Comme

---

55 *Ibid.*

56 Jocelyne SAINT-ARNAUD, « Les définitions aristotéliciennes de la justice : leurs rapports à la notion d'égalité », (1984) 11 *Philosophiques* 157, 166.

57 Comme l'a remarqué un auteur, cette notion très limitée de l'égalité demeure utile quand ce qui est en question est l'application de la loi plutôt que son contenu, dans la mesure où une justice élémentaire requiert que la loi soit appliquée conformément à son texte et ne le soit pas à ce qui en déborde ; Marc E. GOLD, « Equality before the Law in the Supreme Court of Canada : A Case Study », (1980) 18 *Osgoode Hall L.J.* 336, 371 et 372.

58 Un auteur a bien montré l'importance du critère du mérite chez Aristote en concluant que le fait pour la Cour suprême de ne pas en parler « révèle une profonde incompréhension de l'approche aristotélicienne de l'égalité » ; C. BRUNELLE, *loc. cit.*, note 49, p. 380 à 382.

24-Ciotola.indb 58 12-12-12 15:11

l'a si bien observé un auteur dans une étude remarquée[59], l'*égalité formelle* s'entend dans un deuxième sens, qui consiste à se demander si, par rapport à la finalité de la loi, on est en présence de personnes en situation comparable, ou si au contraire il y a lieu de les traiter différemment. Au même titre que l'égalité aristotélicienne qui fait appel au critère externe du mérite, le critère de la situation analogue ne se conçoit pas en lui-même, mais en fonction de l'objectif législatif. Dans cette perspective, c'est une grave erreur de prétendre que le critère de la situation analogue « exclut toute considération de la nature de la loi » et de faire équivaloir ce critère au le fameux « séparé mais équivalent » américain. Je dirais même que le critère de la situation analogue est une étape incontournable en matière d'égalité. C'est la base même des notions fondamentales du « sur englobant » (*over inclusive*) et du « sous englobant » (*under inclusive*), et il est au cœur même du test de *Oakes* et de l'application qu'on en fait dans *Andrews*. En concluant dans ce dernier arrêt que le fait d'exiger que tous les avocats soient citoyens canadiens n'a pas de lien rationnel – on aurait tout aussi bien pu parler d'atteinte minimale – avec l'objectif d'avoir des avocats compétents et loyaux à notre pays[60], on ne dit rien d'autre que tous ces gens ne sont pas dans une situation analogue par rapport à l'objectif et que la catégorisation est à la fois sur englobante (tous les avocats doivent être citoyens) et sous englobante (tous les gens compétents qui sont ainsi écartés). Voilà qui n'a rien à voir avec les lois de Nuremberg. Trop de bons esprits ont d'ailleurs eu recours à cette rationalisation pour qu'on ne qualifie pas d'abusif un tel rapprochement[61].

---

59 Marc E. GOLD, « Comment : *Andrews* c. *Law Society of British Columbia* », (1989) 34 *Revue de droit de McGill* 1062, 1064 à 1066.

60 C'est au fond ce qu'écrivent les juges La Forest et Wilson dans l'arrêt *Andrews*, *supra*, note 53, p. 147 et 157. Même le juge McIntyre, dissident sur ce point et qui aurait sauvegardé l'exigence d'être citoyen pour être avocat sous l'article premier de la *Charte canadienne*, note qu'il n'y a pas disproportion entre cette exigence et l'objectif législatif !

61 On pense, entre bien d'autres, à la juge McLachlin qui en fait usage dans son jugement en Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Andrews* ((1986) 27 D.L.R. (4th) 600, 605) et à l'excellent article de Joseph T. TUSSMAN et Jacobus TENBROEK, « The Equal Protection of Laws » (1949) 37 *Calif. L. Rev.*

24-Ciotola.indb 59 12-12-12 15:11

Convenons d'une chose : comme tel, le critère de la situation analogue ne va pas jusqu'à remettre en question l'objectif législatif, qu'il utilise uniquement pour décider du caractère approprié de la classification. J'ajouterai à cela ici encore deux remarques, qui serviront de conclusion à cette étude. Premièrement, le critère de la situation analogue est, à mon avis, une étape nécessaire et incontournable en matière d'égalité, mais personne n'a jamais dit qu'il ne devait pas être complété, en particulier par l'appréciation de l'importance de l'objectif, premier volet du test de *Oakes*. Deuxièmement, cette incomplétude n'a vraiment rien de dramatique si l'on rappelle, comme je l'ai fait précédemment, qu'il est rare que les cours de justice remettent en question l'objectif législatif, et que ce sont bien plus les critères de lien rationnel et d'atteinte minimale, critères intimement reliés au critère de la situation analogue – comme j'ai tenté de le démontrer plus haut – qui « instrumentalisent » la norme d'égalité devant la loi. Terminons par un exemple américain. Il peut être difficile de porter un jugement sur un objectif comme la stérilisation de certains criminels récidivistes. On pourra alors trouver utile de décider que la catégorisation que la loi fait de ceux-ci n'est pas appropriée par rapport à l'objectif, en d'autres mots que tous les membres de cette catégorie ne sont pas dans une situation analogue par rapport à celui-ci[62].

341, article que je classerais parmi les grands classiques et que le juge McIntyre met au rang des proscrits (p. 166 de l'arrêt *Andrews*).

62 *Skinner* c. *Oklahoma*, (1942) 316 U.S. 535 . C'est un des meilleurs exemples que je connaisse de l'utilité de cette approche.

24-Ciotola.indb 60 12-12-12 15:11

LES CESSIONS ET HYPOTHÈQUES DE CRÉANCES : SIMILITUDES ET DIFFÉRENCES

Michel DESCHAMPS*

INTRODUCTION 63

I. RÈGLES DE VALIDITÉ 64
A. Conditions de validité d'une cession 65
B. Conditions de validité d'une hypothèque 66

II. RÈGLES D'OPPOSABILITÉ 72
A. Condition d'opposabilité d'une cession de créance 72
B. Conditions d'opposabilité d'une hypothèque 75
C. Conséquences de l'opposabilité à l'égard du débiteur cédé 78
D. Conséquences de l'opposabilité à l'égard des tiers 80

III. RÈGLES DE PRIORITÉ 81
A. Conflits entre deux cessionnaires ou créanciers hypothécaires 82
1. Opposabilité au débiteur cédé et aux tiers accomplie au même moment 82
2. Opposabilité au débiteur cédé et aux tiers accomplie à des moments différents 82
3. Incidence d'une autorisation de percevoir accordée au cédant-constituant 85
B. Conflit avec un créancier-saisissant 88
C. Conflit avec un syndic de faillite 89

IV. RÈGLES DE CONFLITS DE LOIS 91
A. Champ d'application des règles de conflits de lois 91
B. Règles applicables à une sûreté sur une créance 93
C. Règles applicables à une cession de créance 100
D. Harmonisation des règles de conflits 102

* Avocat (McCarthy Tétrault) et professeur associé (Faculté de droit, Université de Montréal).

24-Ciotola.indb 61 12-12-12 15:11

24-Ciotola.indb 62 12-12-12 15:11

Introduction

Le droit québécois, contrairement à d'autres droits, n'est pas uniforme en matière de cession et d'hypothèque de créances. Il existe des similitudes, mais aussi d'importantes différences, entre le régime juridique applicable à une cession de créances et celui régissant une hypothèque portant sur des créances. Ce texte a pour but d'exposer et de comparer les règles de ces deux régimes ; les règles en vigueur dans les provinces de common law seront aussi évoquées à l'occasion.

Les différences entre ces régimes sont importantes en pratique, notamment lorsqu'une entreprise désire obtenir des liquidités au moyen des créances lui étant dues par ses clients ; l'encadrement juridique de l'opération peut varier, selon que l'entreprise se finance au moyen d'un crédit garanti par des créances, ou procède plutôt à une vente de créances (en vertu par exemple d'un contrat d'affacturage ou d'une titrisation).

Ces différences se remarquent aussi lorsqu'une opération porte sur des créances impliquant des parties ayant leur domicile ou établissement dans plus d'un État. Les règles servant à déterminer si une loi étrangère s'appliquera varient selon que l'opération est une cession ou une hypothèque.

La première partie de ce texte exposera les règles relatives à la validité entre les parties d'une cession ou d'une hypothèque de créances. La deuxième partie portera sur les exigences à respecter pour que la cession ou l'hypothèque devienne opposable au débiteur de la créance ou aux tiers en général. Comme il peut arriver qu'une même créance soit vendue ou hypothéquée à deux personnes différentes, l'ordre de priorité de ces personnes doit être considéré ; cette question fera l'objet de la troisième partie. Enfin, la quatrième partie traitera des règles de conflits de lois, c'est-à-dire les règles identifiant l'État dont la loi sera applicable lorsqu'une opération comporte un élément de rattachement avec plus d'un État.

Ailleurs au Canada, ainsi qu'aux États-Unis, le terme « sûreté » est généralement utilisé pour désigner de façon générale toute entente visant à accorder un droit sur un bien dans le but de

24-Ciotola.indb 63 12-12-12 15:11

garantir l'exécution d'une obligation. L'hypothèque du droit québécois est bien sûr une sûreté au sens de ces lois. Le Code civil[1] emploie également à l'occasion le terme « sûreté », notamment dans son livre X sur le droit international privé. Ce terme sera aussi utilisé lorsque approprié en raison du contexte, particulièrement lors de comparaisons entre le droit québécois et d'autres droits.

Il ne sera généralement pas question d'opérations portant sur des créances représentées par des titres négociables, ou encore des créances dont la cession ou l'hypothèque fait l'objet d'un régime particulier, comme par exemple les loyers, les indemnités d'assurance-vie ou les créances qui sont des actifs financiers au sens de la *Loi sur le transfert des valeurs mobilières et d'autres actifs financiers*[2].

Pour alléger le texte, le vocable « cédant-constituant » sera utilisé comme terme générique pour désigner une personne qui cède ou hypothèque une créance, lorsqu'il n'y a pas lieu de distinguer si l'opération est une cession ou une hypothèque. Selon le Code civil, le « cédant » est la personne qui cède une créance lui étant due, alors que le « constituant » est la personne qui accorde une hypothèque sur un bien (dont une créance lui étant due). Le terme « débiteur cédé » sera quant à lui utilisé comme terme générique référant au débiteur d'une créance faisant l'objet d'une cession ou d'une hypothèque.

I. RÈGLES DE VALIDITÉ

Les règles de validité d'une cession de créance diffèrent de celles relatives à l'hypothèque. Avant de les passer en revue, il importe de déterminer dans quelles circonstances une opération sera considérée comme une cession ou une hypothèque.

---

1 Il s'agit bien sûr du Code civil du Québec (L.Q. 1991, c. 64), qui sera tout simplement désigné dans ce texte comme étant le « Code civil » ou le « Code » ; les lettres C.c.Q. seront utilisées dans les notes de bas de page.

2 L.Q. 2008, c. 20. Les règles de conflits de lois applicables à ces créances seront cependant évoquées dans la quatrième partie.

24-Ciotola.indb 64 12-12-12 15:11

Le Code civil ne définit pas la cession de créance autrement que par son article 1637, qui énonce qu'un « créancier peut céder à un tiers, tout ou partie d'une créance ou d'un droit d'action qu'il a contre son débiteur ». Comme cet article se trouve dans un chapitre portant notamment sur la transmission des obligations, on peut en déduire qu'une cession de créance est une aliénation. Ainsi, les contrats visant à transférer la « propriété » d'une créance seront soumis au régime de la cession de créance, comme par exemple une vente ou une donation.

Cette conclusion s'impose aussi à l'examen des dispositions du Code civil sur l'hypothèque. Comme une hypothèque est un droit réel consenti sur un bien dans le but de garantir l'exécution d'une obligation, et qu'une hypothèque peut porter sur une créance[3], il en découle qu'une cession de créance faite à titre de garantie est en réalité une hypothèque ; le régime de l'hypothèque s'appliquera alors, y compris les formalités nécessaires à sa validité. La *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* prévoyait d'ailleurs que les transports en garantie des loyers d'un immeuble devenaient des hypothèques[4].

A. Conditions de validité d'une cession

Outre les conditions de validité applicables à tout contrat, le Code civil ne paraît pas poser d'exigence particulière pour qu'une cession de créance soit valable, sauf bien sûr si la créance était cédée au moyen d'un contrat lui-même soumis à des exigences particulières[5].

---

3 Art. 2660, 2681 et 2710 C.c.Q.

4 L.Q. 1992, c. 57, art. 136 ; voir aussi l'article 125, par. 1°. Voir également Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 4e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, nos 168 et 1075 ; Pierre-Gabriel JOBIN, *La vente*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, no 5. Le terme « transport » était autrefois utilisé comme synonyme du terme « cession ».

5 Par exemple, un acte notarié serait requis pour la donation d'une créance : art. 1824 C.c.Q.

24-Ciotola.indb 65 12-12-12 15:11

Il est toutefois permis de se demander si un écrit est toujours nécessaire, et ce, en raison du premier alinéa de l'article 1641 du Code :

> La cession est opposable au débiteur et aux tiers, dès que le débiteur y a acquiescé ou qu'il a reçu une copie ou un extrait pertinent de l'acte de cession ou, encore, une autre preuve de la cession qui soit opposable au cédant.

Les mots « ou toute autre preuve de la cession qui est opposable au cédant » ont amené la Cour suprême du Canada à énoncer qu'une cession de créance ne doit pas obligatoirement être constatée par écrit[6]. La question ne se poserait donc qu'au moment où il s'agit de rendre la cession opposable aux tiers et, même à cette étape, un acte de cession ne serait qu'un moyen de prouver au débiteur cédé qu'une cession a bel et bien eu lieu. Une autre méthode de preuve pourrait être utilisée, comme par exemple une reconnaissance subséquente par le débiteur cédé de l'existence de la cession. Le débiteur cédé pourrait également acquiescer à une cession consentie verbalement.

Il faut de plus remarquer que si la créance est constatée par un titre au porteur, la possession du titre par le cessionnaire est à elle seule suffisante pour établir son droit et aucune preuve de la cession ne peut lui être demandée par l'émetteur du titre[7].

B. Conditions de validité d'une hypothèque

L'hypothèque d'une créance est généralement une hypothèque mobilière et ce, même si elle porte sur une créance garantie par un immeuble[8].

---

6 *Caisse populaire de Val-Brillant* c. *Blouin*, [2003] 1 R.C.S. 666, par. 17.

7 Art. 1647 et 1648 C.c.Q.

8 Le Code considère cependant « comme immobilières l'hypothèque des loyers [...] que produit un immeuble, et celle des indemnités versées en vertu des contrats d'assurance qui couvrent ces loyers » : art. 2695 C.c.Q.

24-Ciotola.indb 66 12-12-12 15:11

Sauf si elle est avec dépossession, cette hypothèque doit être constatée par écrit[9] et cet écrit doit respecter les autres conditions de validité d'une hypothèque. La créance hypothéquée doit être décrite de façon suffisante dans l'acte d'hypothèque ; si l'hypothèque porte sur une universalité de créances, la nature de cette universalité doit être indiquée[10]. L'acte doit de plus mentionner le montant pour lequel l'hypothèque est consentie[11].

Il résulte de ces exigences qu'une cession de créance en garantie – qui est en réalité une hypothèque – ne serait pas valide si les exigences de forme ci-dessus n'étaient pas respectées. La question présente un intérêt pratique, puisqu'il arrive que des cessions de créances en garantie effectuées par des « cédants » domiciliés au Québec ne respectent pas les conditions de forme d'une hypothèque ; les contrats portant sur de telles cessions peuvent porter sur des créances dues par des débiteurs cédés non domiciliés au Québec. Malgré le lieu du domicile de ces débiteurs, si un litige survenait au Québec, un tribunal québécois serait forcé de conclure à l'invalidité de la « cession » si, par exemple, le contrat de cession ne spécifie pas le montant pour lequel la garantie (c'est-à-dire l'hypothèque) a été accordée[12].

Pourrait-on cependant soutenir que la cession en garantie est néanmoins un contrat valable entre les parties, même si elle constituait une hypothèque nulle pour défaut de forme ? Peut-être, mais cette approche ne serait pas d'un grand secours pour le cessionnaire qui voudrait faire valoir son droit à l'encontre de tiers et, probablement, vis-à-vis du débiteur cédé. La cession en garantie

---

9 Art. 2696 C.c.Q. ; si l'hypothèque est constituée en faveur d'un fondé de pouvoir, elle devra être en la forme notariée : art. 2692 C.c.Q.

10 Art. 2697 C.c.Q. ; il s'agit d'une application d'un principe plus général applicable à tout contrat (art. 1373 et 1374 C.c.Q.).

11 Art. 2689 C.c.Q.

12 Voir Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 4e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, no 554. La domiciliation des débiteurs cédés hors du Québec n'empêche pas la cession de créance en garantie d'être une sûreté dont la validité est régie par le droit québécois lorsque le « cédant » est domicilié au Québec (art. 3105 C.c.Q.) et, en conséquence, d'être en général une hypothèque.

24-Ciotola.indb 67 12-12-12 15:11

invalide au regard des règles de l'hypothèque ne conférerait au cessionnaire aucun droit réel sur la créance.

La question peut aussi se soulever à l'égard de certaines opérations, comportant ou non un lien de rattachement extérieur au Québec, à propos desquelles on se demande si elles constituent une vente ou une sûreté. À titre d'exemple, certains contrats d'affacturage n'établissent pas clairement si l'intention des parties est de procéder à une vente des créances concernées, ou plutôt à un crédit garanti par ces créances. Si la qualification de sûreté était retenue, le contrat d'affacturage n'accorderait pas valablement au « facteur » un droit réel sur les créances, à moins de constituer une hypothèque sur celles-ci selon les exigences prévues par le Code civil.

Pour s'assurer qu'un contrat qualifié par les parties de vente de créances ne soit pas requalifié comme étant une hypothèque, il arrive que l'acheteur des créances demande un avis juridique confirmant que le contrat est une véritable vente (*true sale*). Les juristes de la common law canadienne hésitent fréquemment à se prononcer sur la question, notamment en raison du fait que le concept de sûreté est défini de façon très large dans les lois sur les sûretés mobilières des provinces de common law. À titre d'exemple, la *Loi sur les sûretés mobilières* de l'Ontario[13] considère comme étant une sûreté toute opération, quelle que soit sa forme, qui constitue « dans son essence une sûreté, c'est-à-dire, un intérêt sur des biens meubles qui garantit le paiement ou l'exécution d'une obligation [...] ».

Ainsi, des juristes ontariens seront peut-être réticents à qualifier de vente une cession de créance effectuée à des fins de financement, aux termes de laquelle le cédant s'engage à rembourser au cessionnaire le montant de la créance advenant l'insolvabilité du débiteur cédé. Ces juristes se demanderont si la cession n'est pas en réalité un prêt garanti par la créance, la cession étant alors considérée comme une sûreté. La qualification retenue (vente ou sûreté) n'a toutefois pas une importance significative au regard des lois sur les sûretés mobilières des provinces de common law,

13 L.R.O. 1990, c. P.10, art. 1 et 2.

24-Ciotola.indb 68 12-12-12 15:11

car ces lois assujettissent au même régime juridique les ventes et sûretés portant sur des créances[14]. C'est à d'autres égards que la distinction peut entraîner des conséquences différentes ; notamment, le traitement comptable ou l'incidence de la faillite du cédant ne seront pas les mêmes, selon que l'opération sera qualifiée de transfert de propriété ou de sûreté.

Au Québec, la situation est toute autre en raison des régimes juridiques distincts applicables d'une part à la cession de créance, et d'autre part à l'hypothèque d'une créance. Si une opération décrite par les parties comme étant une vente était juridiquement requalifiée comme étant une hypothèque, l'opération ne produira pas les effets voulus si les conditions de validité d'une hypothèque n'ont pas été remplies. Comme on le verra dans la seconde partie de ce texte, les conditions d'opposabilité aux tiers pourront aussi, en certaines circonstances, être différentes. Des difficultés additionnelles pourront se poser en matière de détermination de la loi applicable ; les règles de conflits de lois du Québec, contrairement à celles des autres provinces canadiennes, diffèrent selon que l'on est en présence d'une vente ou d'une sûreté[15].

Une qualification appropriée de l'opération (vente ou sûreté) est donc plus importante au Québec qu'ailleurs au Canada. Ceci étant dit, dans une perspective purement juridique (et non comptable), un contrat de financement se présentant au Québec comme une vente de créances sera moins susceptible d'être considéré comme une sûreté que dans les provinces de common law. Le Code civil ne définit pas l'hypothèque dans un sens aussi large que celui attribué au terme « sûreté » dans les lois sur les sûretés mobilières de ces provinces. De plus, l'article 1640 du Code civil implique que la vente d'une créance peut comporter de la part du vendeur une garantie que la créance sera payée à l'acheteur. Puisque les dispositions sur la cession de créance reconnaissent que la cession peut comporter une telle clause de garantie, il faut en déduire que cette clause ne saurait transformer la cession en une hypothèque.

---

14 Voir à titre d'exemple l'article 2(b) de la loi ontarienne citée à la note précédente.

15 Voir la quatrième partie du présent texte.

24-Ciotola.indb 69 12-12-12 15:11

Les distinctions juridiques entre les régimes québécois de la cession et de l'hypothèque s'estompent dans le cas d'une créance faisant l'objet d'une hypothèque avec dépossession ; cette hypothèque est aussi appelée « gage »[16]. Par souci de concision, ce terme sera généralement utilisé ci-dessous lorsqu'il sera question d'une hypothèque avec dépossession.

On a vu que les interrogations relatives à la nécessité d'un écrit ne se soulèvent pas lors de la cession d'un titre au porteur, puisque selon l'article 1647 du Code civil :

> Il est de l'essence de toute créance constatée dans un titre au porteur émis par un débiteur, qu'elle puisse être cédée par la simple tradition, d'un porteur à un autre, du titre qui la constate.

Le gage, de son côté, ne requiert pas d'écrit pour sa constitution. Cette conclusion résulte de l'effet combiné des articles 2696 et 2702 du Code civil[17]. La remise matérielle du bien au créancier gagiste est suffisante, de la même façon que la cession d'une créance au porteur peut s'opérer par la livraison du titre au cessionnaire. Que l'opération soit qualifiée de transfert de propriété ou de sûreté est donc sans conséquence sur ses conditions de validité, puisqu'il n'existe alors aucune exigence formelle autre que la tradition ou remise matérielle. Bien que le Code emploie le mot « tradition » lors d'une cession de créance et les mots « remise matérielle » en matière de gage, il s'agit de termes équivalents.

Cette dernière observation ne dispense pas le lecteur de s'interroger sur le sens à donner au terme « titre au porteur », ni sur la question de savoir si un gage peut être constitué sur un titre qui n'est pas au porteur. D'autres lois, comme la *Loi sur les lettres de change*[18], doivent aussi être considérées.

---

16 Art. 2665 C.c.Q.

17 Pierre CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 204 et 233.

18 L.R.C. 1985, c. B-4.

24-Ciotola.indb 70 12-12-12 15:11

Il déborderait du cadre de ce texte d'examiner ces questions et, pour les fins qui nous occupent, il suffira de dire qu'une créance représentée par un titre négociable (même non au porteur, au sens strict de ce terme) est généralement assujettie selon le droit en vigueur au Québec au même régime juridique, que l'opération soit qualifiée de cession en pleine propriété ou de gage. Ainsi, une vente d'un titre négociable accompagnée de livraison à l'acheteur ne serait pas soumise à d'autres formalités si la vente était plutôt qualifiée d'hypothèque. Comme on le verra plus loin, les règles de conflits de lois seront aussi les mêmes.

Il existe une autre question à l'égard de laquelle les règles de validité d'une cession ou de la constitution d'une hypothèque diffèrent : quel sera l'effet d'une cession ou d'une hypothèque d'une créance qui est incessible en raison de la loi ou en vertu du contrat dont elle découle ? Cette question exigerait des développements que le présent texte ne permet pas. Il suffit ici de mentionner que, dans la mesure où une créance est véritablement incessible, la cession devrait être invalide[19]. Par contre, comme une hypothèque n'entraîne pas l'aliénation du bien hypothéqué, on peut soutenir qu'une créance incessible peut être hypothéquée, à tout le moins si l'incessibilité provient d'une simple stipulation contractuelle[20].

Les lois sur les sûretés mobilières des provinces de common law établissent quant à elles qu'une stipulation contractuelle

---

19 Le mot « véritablement » est utilisé intentionnellement, car divers principes doivent être examinés pour déterminer la validité et la portée d'une disposition législative ou contractuelle prévoyant l'incessibilité d'une créance. Le champ d'application des articles 1212 à 1217 et 1397 C.c.Q. à l'égard d'une stipulation d'inaliénabilité doit également être considéré.

20 Art. 2733 C.c.Q. Voir Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 4e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, nos 1032, 1038, 1084 et 1142. La thèse contraire serait fondée sur le fait que l'hypothèque d'une créance entraîne vis-à-vis le débiteur cédé le même effet qu'une cession ; voir la section 2.3 ci-dessous.

24-Ciotola.indb 71 12-12-12 15:11

d'incessibilité n'empêchera pas une cession pure et simple ou une sûreté d'avoir effet vis-à-vis le débiteur cédé et les tiers[21].

II. Règles d'opposabilité

Les règles d'opposabilité d'une cession de créance et d'une hypothèque sur une créance seront considérées dans les sections A et B ci-dessous. Les conséquences de l'opposabilité seront ensuite examinées dans les sections C et D.

A. Condition d'opposabilité d'une cession de créance

Lorsqu'une cession est devenue opposable au débiteur cédé et aux tiers, un changement de créancier s'opère à l'égard de tous ceux-ci ; le cessionnaire devient alors le créancier de la créance cédée. Les conditions à remplir pour que la cession soit ainsi opposable seront examinées dans la présente section A, en distinguant selon qu'il s'agit de l'opposabilité envers le débiteur cédé ou envers les tiers. Les conséquences de cette opposabilité ou absence d'opposabilité seront traitées dans la section C.

L'article 1641 du Code civil énonce les exigences généralement applicables à l'opposabilité d'une cession :

> La cession est opposable au débiteur et aux tiers, dès que le débiteur y a acquiescé ou qu'il a reçu une copie ou un extrait pertinent de l'acte de cession ou, encore, une autre preuve e la cession qui soit opposable au cédant.
>
> Lorsque le débiteur ne peut être trouvé au Québec, la cession est opposable dès la publication d'un avis de la cession, dans un journal distribué dans la localité de la dernière adresse connue du débiteur ou, s'il exploite une entreprise, dans la localité où elle a son principal établissement.

---

[21] Voir à titre d'exemple l'article 40(4) de la *Loi sur les sûretés mobilières* de l'Ontario, L.R.O. 1990, c. P. 10. Voir aussi Ronald C.C. CUMING, Catherine WALSH et Roderick J. WOOD, *Personal Property Security Law*, Irving Law, 2005, p. 109 et suiv.

24-Ciotola.indb 72 12-12-12 15:11

Sous réserve d'une exception importante qui sera examinée ci-dessous, l'opposabilité au débiteur cédé et aux tiers s'accomplit de la même façon. Cette opposabilité résulte normalement soit d'un acquiescement à la cession par le débiteur cédé, soit de la remise au débiteur cédé d'une copie de l'acte de cession (ou d'un extrait pertinent), soit de la remise au débiteur cédé d'une autre preuve de la cession[22].

Le second alinéa de l'article 1641 cité ci-dessus envisage aussi un autre mode d'opposabilité lorsque « le débiteur ne peut être trouvé au Québec » : la publication d'un avis dans un journal distribué dans la localité de sa dernière adresse connue, ou s'il exploite une entreprise, dans la localité du principal établissement de l'entreprise. Cette disposition soulève diverses interrogations. Quelle est l'étendue des recherches que devra faire le cessionnaire pour que l'on puisse considérer que le débiteur ne peut être trouvé au Québec ? Par analogie, il pourrait s'agir d'une recherche semblable à celle effectuée par un huissier qui déclare ne pas avoir été en mesure de trouver un défendeur, ce qui autorise alors la signification d'une procédure judiciaire par voie des journaux. Force est toutefois de constater que l'opposabilité par une publication dans un journal ne présente pas le même degré de sécurité puisque le cessionnaire n'est pas à l'abri d'une contestation du caractère adéquat de ses recherches.

La deuxième interrogation concerne la portée de la disposition à l'égard d'un débiteur dont on sait qu'il n'a aucune adresse au Québec, mais que l'on pourrait « trouver » en dehors du Québec (par exemple, une personne morale ayant un seul établissement connu dans une autre province du Canada). Doit-on alors écarter le mode d'opposabilité par publication dans un journal, ou au contraire peut-on conclure que le cessionnaire peut toujours utiliser ce mode de publication, même si le débiteur cédé a une adresse connue à l'extérieur du Québec ? La lettre du deuxième alinéa de l'article 1641 semble conduire à cette dernière solution.

---

[22] Dans les provinces de common law, on exige simplement que le débiteur cédé reçoive un « avis de la cession » identifiant « de façon suffisante les droits cédés » : voir notamment l'article 40(3) de la *Loi sur les sûretés mobilières* de l'Ontario, L.R.O. 1990, c. P.10.

24-Ciotola.indb 73 12-12-12 15:11

La troisième interrogation porte sur la question de savoir si le débiteur cédé ferait un paiement valable (c'est-à-dire libératoire) en payant le cédant après la publication, mais sans en avoir eu connaissance. Normalement, selon l'article 1643 du Code civil, le débiteur cédé n'est pas libéré vis-à-vis le cessionnaire s'il paye le cédant après que la cession « lui ait été rendue opposable ». Cet article 1643 ajoute cependant que, par exception, son paiement est valable s'il a été « fait de bonne fois au créancier apparent ». Bien que la notion de créancier apparent du Code civil prête à diverses interprétations, il serait conforme à l'équité de permettre au débiteur cédé de bénéficier de cette exception dans cette hypothèse.

Il existe également une autre méthode d'opposabilité aux tiers lorsque la cession porte sur une universalité de créances. En pareil cas, en vertu de l'article 1642 du Code, la cession d'une universalité de créances peut devenir opposable aux tiers (mais pas au débiteur cédé) par une simple inscription au Registre des droits personnels, réels et mobiliers du Québec (ci-après « RDPRM »)[23]. Tous ne s'entendent pas sur le contenu de la notion d'universalité mais cette question ne sera pas discutée ici. Il suffit de mentionner qu'une description des créances par des critères communs à toutes ces créances est de toute évidence suffisante, si le lecteur est en mesure d'identifier les créances cédées. Certains praticiens sont aussi d'avis qu'une liste de créances, sans plus, répondrait à l'exigence de l'article 1642 ; l'objectif poursuivi par cet article serait alors atteint.

Quel que soit le mode d'opposabilité utilisé, une formalité additionnelle est requise lorsqu'une créance est garantie par une hypothèque. L'article 3003 du Code prévoit alors ce qui suit :

> Lorsqu'une hypothèque a été acquise par subrogation ou cession, la publicité de la subrogation ou de la cession se fait au registre foncier ou au registre des droits personnels et réels mobiliers, selon la nature immobilière ou mobilière de l'hypothèque.

---

23 Art. 2950 C.c.Q. La nature de l'universalité doit alors être indiquée.

24-Ciotola.indb 74 12-12-12 15:11

> Un état certifié de l'inscription, auquel sont joints, dans le cas d'une inscription faite sur le registre foncier, la réquisition et, lorsque celle-ci prend la forme d'un sommaire, le document qui l'accompagne, doit être fourni au débiteur.
>
> À défaut de l'accomplissement de ces formalités, la subrogation ou la cession est inopposable au cessionnaire subséquent qui s'y est conformé.

Il faut finalement avoir à l'esprit que les règles d'opposabilité prévues par le Code civil en matière de cession de créance se limitent à une cession à laquelle s'applique le droit du Québec. Comme on le verra dans la dernière partie de ce texte, si les règles de conflits de lois du Québec renvoient au droit d'un autre État, le tribunal québécois devra se référer au droit de cet autre État pour décider si la cession est devenue opposable au débiteur cédé ou aux tiers. Par exemple, le fait que le cédant soit domicilié au Québec n'entraîne pas nécessairement l'application du droit québécois aux fins de déterminer l'opposabilité de la cession au débiteur cédé ou aux tiers.

B. Conditions d'opposabilité d'une hypothèque

En matière d'hypothèque, les règles diffèrent selon qu'il s'agit de rendre l'hypothèque opposable aux tiers ou au débiteur cédé.

L'opposabilité aux tiers se fait obligatoirement par une inscription de l'hypothèque au RDPRM[24], sauf si l'hypothèque constitue un gage, auquel cas la remise matérielle du titre de créance est suffisante[25]. Ainsi, hormis le cas du gage, l'inscription au RDPRM est toujours requise, que l'hypothèque porte sur une créance spécifiquement identifiée ou sur une universalité. La remise au débiteur cédé d'une copie ou d'une autre preuve de l'hypothèque, ou l'obtention de son acquiescement à l'hypothèque ne dispense pas le créancier hypothécaire d'inscrire l'hypothèque au RDPRM.

---

24 Art. 2663, 2934 et 2941 C.c.Q.

25 Art. 2702 et 2703 C.c.Q. Si toutefois le gage portait sur une universalité de créances, une inscription au RDPRM serait également requise : art. 2711 C.c.Q.

24-Ciotola.indb 75 12-12-12 15:11

Le Code civil adopte ici une approche semblable à celle adoptée par les lois sur les sûretés mobilières des provinces du common law : une sûreté sans dépossession sur une créance doit généralement, dans ces provinces, être inscrite au registre approprié pour être opposable aux tiers, comme d'ailleurs une cession en pleine propriété d'une créance non représentée par un titre négociable (contrairement au Québec dans ce dernier cas, comme on l'a vu à la section A).

Quant à l'opposabilité au débiteur cédé d'une hypothèque sur une créance, elle s'effectue selon l'article 2710 du Code de la même manière que pour une cession de créance. Cela se comprend aisément, car il serait inéquitable que le titulaire de l'hypothèque puisse faire valoir ses droits à l'encontre du débiteur cédé si ce dernier ignore l'existence de l'hypothèque. La présomption de connaissance d'un droit inscrit au RDPRM ne vaut qu'à l'égard « de celui qui acquiert ou publie un droit sur le même bien »[26] ; le débiteur cédé n'est pas une telle personne.

On remarquera aussi que si la créance hypothéquée est elle-même garantie par une hypothèque, l'article 3003 du Code, cité à la section A ci-dessus, ne reçoit pas application. La disposition applicable est plutôt l'article 2712 du Code :

> L'hypothèque qui grève une créance que détient le constituant contre un tiers, créance qui est elle-même garantie par une hypothèque inscrite, doit être publiée par inscription ; le créancier doit remettre une copie d'un état certifié de l'inscription au débiteur de la créance hypothéquée.

Malgré la lettre de cet article, son objectif commande de l'interpréter de façon à lui donner le même résultat que celui prévu par l'article 3003 : l'absence de l'accomplissement des formalités de l'article 2712 rendrait l'hypothèque inopposable seulement à un autre créancier hypothécaire s'étant conformé à ces formalités[27]. Il faut par ailleurs souligner que le registre dans lequel l'ins-

---

[26] Art. 2943 C.c.Q.

[27] Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 4e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, no 1127.

24-Ciotola.indb 76 12-12-12 15:11

cription prévue par l'article 2712 doit être effectuée est le RDPRM, alors que, selon l'article 3003, il s'agit du registre foncier ou du RDPRM, dépendamment de la nature mobilière ou immobilière du bien garantissant la créance cédée[28].

En matière d'opposabilité aux tiers, il existe donc une différence marquée au Québec entre le régime applicable à une cession (la notification[29] au débiteur cédé étant requise, sauf dans le cas d'une universalité) et le régime applicable à une hypothèque (l'inscription au RDPRM étant obligatoire)[30]. Plusieurs cessions de créances effectuées à des fins de garantie sont en réalité des hypothèques et, dans de tels cas, sont assujetties au régime des hypothèques (tant pour la validité[31] que pour l'opposabilité aux tiers de la garantie). Ainsi, lorsqu'une personne « remet » une somme d'argent à une autre personne pour garantir une obligation, le régime des hypothèques peut recevoir application ; on peut ici penser à un dépôt bancaire donné en garantie ou encore à une somme d'argent remise par un locataire à un locateur à titre de dépôt de garantie[32].

Outre la manière dont s'effectue l'opposabilité à l'égard du débiteur cédé et des tiers, il faut aussi examiner les conséquences de cette opposabilité (ou de son absence). Ces conséquences à l'égard du débiteur cédé sont semblables, que l'opération consiste

---

28 Pierre CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 294.

29 Pour alléger le texte, ce terme sera à l'occasion utilisé pour désigner de façon générale les formalités par lesquelles une cession ou une hypothèque est rendue opposable au débiteur cédé.

30 Rappelons ici encore que cette différence concerne la cession ou l'hypothèque d'une créance non représentée par un titre dont la remise entraînerait l'opposabilité aux tiers de la cession ou de l'hypothèque.

31 Art. 2689, 2696 et 2687 C.c.Q.

32 Il ne sera pas discuté ici de la question de savoir si un accord de compensation constitue un substitut efficace à une hypothèque sur une telle somme. Voir Michel DESCHAMPS, « La compensation comme mécanisme de garantie et les sûretés sur les dépôts bancaires », dans Marc LEMIEUX (dir.), *Le droit bancaire en 2011*, Montréal, Éditions Thémis, 2011, p. 1.

24-Ciotola.indb 77 12-12-12 15:11

en une cession ou une hypothèque ; il en va de même pour les conséquences de l'opposabilité aux tiers.

C. Conséquences de l'opposabilité à l'égard du débiteur cédé

À compter du moment de l'opposabilité d'une cession au débiteur cédé, le cessionnaire devient son créancier ; la cession opère « transmission » de la créance, comme l'indique le titre du chapitre du Code civil traitant de la cession de créance. Le cessionnaire étant devenu à l'égard du débiteur cédé le créancier de la créance, c'est au cessionnaire que le débiteur cédé doit effectuer son paiement. Dans les dispositions générales du droit des obligations, l'article 1557 du Code énonce en effet que le « paiement doit être fait au créancier » ; le paiement effectué à une autre personne n'est en principe pas valable. Ce principe est repris, mais à l'inverse, en matière de cession de créance ; l'article 1643 du Code énonce que le débiteur cédé « peut opposer au cessionnaire tout paiement fait au cédant avant que la cession ne lui ait été rendue opposable [...] ». Après cette opposabilité, le débiteur cédé qui paierait le cédant s'exposerait à payer une seconde fois lorsque le cessionnaire réclamera son dû.

Comme, selon l'article 1637 du Code, une « cession ne peut, cependant, porter atteinte aux droits du débiteur, ni rendre son obligation plus onéreuse », l'article 1643 énonce que le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire toute « cause d'extinction » de son obligation survenue avant le moment de l'opposabilité de la cession à son égard. La compensation en est un exemple, comme l'indique le second alinéa de l'article 1680 du Code :

> Le débiteur qui acquiesce purement et simplement à la cession ou à l'hypothèque de créance consentie par son créancier à un tiers, ne peut plus opposer à ce tiers la compensation qu'il eût pu opposer au créancier originaire avant son acquiescement.
>
> La cession ou l'hypothèque à laquelle le débiteur n'a pas acquiescé, mais qui lui est devenue opposable, n'empêche que la compensation des dettes du créancier originaire qui sont postérieures au moment où la cession ou l'hypothèque lui est ainsi devenue opposable.

24-Ciotola.indb 78 12-12-12 15:11

Rien cependant n'empêche le débiteur cédé de renoncer à invoquer à l'encontre du cessionnaire des défenses qu'il aurait pu opposer au cédant. Une telle renonciation se retrouve à l'occasion dans des opérations d'affacturage, et rien dans le Code civil ne l'interdit[33] ; il arrive d'ailleurs que le débiteur cédé soit à l'origine de l'opération (parce qu'il a intérêt à ce que le cédant puisse vendre la créance). La situation du débiteur cédé ne serait pas ici différente de celle du débiteur d'une obligation qui souscrirait un billet à l'ordre de son créancier, billet qui serait ensuite négocié par le bénéficiaire en faveur d'un détenteur régulier. L'article 73 de la *Loi sur les lettres de change*[34] empêcherait le souscripteur du billet d'opposer au détenteur régulier une défense fondée sur le contrat à l'origine de la créance ayant donné lieu à l'émission du billet. La légitimité d'une telle renonciation ne saurait donc être mise en doute dans un contrat qui n'est pas un contrat de consommation.

Les dispositions sur la compensation prévoient d'ailleurs, à l'article 1680 du Code, que le débiteur cédé est réputé avoir renoncé à invoquer une défense de compensation, lorsque la cession lui a été rendue opposable par son acquiescement à la cession. Du seul fait de son acceptation de la cession, le débiteur cédé se trouve à s'engager à payer la créance, même si celle-ci était par ailleurs éteinte en vertu des règles de la compensation légale.

Les énoncés qui précèdent reçoivent également application en matière d'hypothèque sur créances. Le titulaire de l'hypothèque acquiert le droit de percevoir la créance[35]. L'opposabilité de l'hypothèque au débiteur cédé se fait par ailleurs de la « même manière qu'une cession de créance »[36]. Il en résulte que le titulaire

---

33 Si le débiteur cédé était un consommateur, la renonciation serait sans effet, et ce, à cause de l'article 103 de la *Loi sur la protection du consommateur* (L.R.Q., c. P-40.1), qui prévoit que le cessionnaire d'une créance due à un commerçant par un consommateur ne peut avoir plus de droits que le commerçant. Les articles 261 et 262 de la même loi interdisent une stipulation dérogeant aux droits que cette loi accorde à un consommateur.

34 L.R.C. 1985, c. B-4.

35 Art. 2743 C.c.Q.

36 Art. 2710 C.c.Q.

24-Ciotola.indb 79 12-12-12 15:11

de l'hypothèque est considéré comme étant devenu, à l'égard du débiteur cédé, le créancier de la créance.

Il est vrai que le titulaire de l'hypothèque pourrait donner au constituant de celle-ci l'autorisation de percevoir la créance hypothécaire[37]. Cette autorisation peut cependant être retirée à « tout moment »[38], ce qui ne fait que confirmer la conséquence de l'opposabilité d'une hypothèque de créance à l'égard du débiteur cédé.

Bien que le Code civil ne le spécifie pas, rien n'empêche qu'une telle autorisation soit aussi donnée dans le cas d'une cession. La chose est d'ailleurs fréquente dans des opérations d'affacturage ou de titrisation ; le cédant se voit conférer le mandat de percevoir les créances vendues et s'engage à en remettre le produit à l'acheteur cessionnaire.

D. Conséquences de l'opposabilité à l'égard des tiers

L'opposabilité aux tiers fait en sorte que le cessionnaire ou le titulaire de l'hypothèque pourra faire valoir son droit à l'encontre des tiers. S'il s'agit d'une cession, la créance sort du patrimoine du cédant et les tiers ne peuvent plus par la suite exercer de recours contre celle-ci ; s'il s'agit d'une hypothèque, le droit qu'un tiers pourra acquérir sur la créance sera sujet à l'hypothèque.

Les tiers concernés seront principalement un autre cessionnaire ou créancier hypothécaire, un créancier saisissant ou encore un syndic à la faillite du cédant ou du constituant de l'hypothèque. À première vue, aucune de ces personnes ne saurait prétendre à des droits supérieurs à ceux du cessionnaire ou du créancier hypothécaire ayant initialement respecté les conditions d'opposabilité pertinentes.

À l'examen, on constate toutefois que cette observation doit être nuancée ; dans bon nombre de situations, l'application des règles d'opposabilité pourra donner lieu à des conflits entre les parties concernées. Il convient donc d'examiner les conflits les

---

37 Art. 2744 C.c.Q.

38 Art. 2745 C.c.Q.

24-Ciotola.indb 80 12-12-12 15:11

plus susceptibles de survenir afin de voir comment ils devraient être résolus.

III. Règles de priorité

Le Code civil utilise le terme « rang » pour désigner la priorité d'un créancier hypothécaire par rapport à un autre. Ce terme n'est toutefois pas utilisé pour départager les droits de deux cessionnaires prétendant chacun avoir acquis la propriété d'une même créance ; ceci se comprend, car si un cessionnaire rend sa cession opposable aux tiers avant un autre cessionnaire, cet autre cessionnaire n'aura rien acquis et on ne saurait parler de rang. Le terme « priorité » sera donc à l'occasion utilisé comme terme générique pour décrire tant une priorité de rang (ou préséance) conférée par une hypothèque qu'une priorité absolue résultant d'une cession[39].

Comme cela a été mentionné à la fin de la deuxième partie, des conflits de priorité peuvent surgir en dépit de l'apparente simplicité des conséquences de l'opposabilité d'une cession ou d'une hypothèque. Ces conflits peuvent résulter de diverses circonstances, dont notamment le fait que l'opposabilité au débiteur cédé ne se produit pas toujours au même moment que l'opposabilité aux tiers.

Les conflits de priorité qui seront examinés sont les suivants :

- conflit entre un cessionnaire ou créancier hypothécaire et un autre cessionnaire ou créancier hypothécaire ;
- conflit entre un cessionnaire ou créancier hypothécaire et un créancier saisissant ;
- conflit entre un cessionnaire ou créancier hypothécaire et un syndic à la faillite du cédant ou du constituant de l'hypothèque.

---

[39] Le terme « priorité » n'est donc pas ici utilisé dans le sens technique qui lui est accordé dans le livre du Code civil portant sur les priorités et les hypothèques (art. 2650 et suiv. C.c.Q.). Voir par ailleurs l'article 1454 C.c.Q., qui traite de la « priorité » entre deux acquéreurs d'un même bien meuble, sans utiliser ce terme.

24-Ciotola.indb 81 12-12-12 15:11

A. Conflits entre deux cessionnaires ou créanciers hypothécaires

Diverses circonstances peuvent donner lieu à un tel conflit. Dans certains cas, l'application des règles de priorité permettra de résoudre facilement le conflit ; dans d'autres cas, la solution sera moins évidente. Trois scénarios seront considérés. Pour alléger le texte, les deux cessionnaires ou créanciers hypothécaires dont les prétentions respectives peuvent s'opposer seront désignés comme étant « C1 » et « C2 ». Tel qu'indiqué en introduction, le terme « cédant-constituant » sera aussi à l'occasion utilisé pour référer à la personne qui a consenti la cession ou l'hypothèque.

1. Opposabilité au débiteur cédé et aux tiers accomplie au même moment

Ce scénario est le plus simple. Si un cessionnaire ou créancier hypothécaire (C1) accomplit en premier lieu toutes les formalités d'opposabilité de son droit, il aura priorité à l'encontre d'un autre cessionnaire ou créancier hypothécaire (C2) qui n'aurait pas encore rendu sa cession ou son hypothèque opposable au débiteur cédé et aux tiers. Le débiteur cédé qui paierait par la suite C2 n'effectuerait pas un paiement valable et ne serait pas libéré de ses obligations envers C1.

Ce scénario suppose que C1 n'a pas autorisé le cédant-constituant à percevoir la créance, malgré l'opposabilité au débiteur cédé de la cession ou de l'hypothèque. Si une telle éventualité se produisait, la solution mentionnée au paragraphe précédent devrait être nuancée, comme on le verra dans la sous-section A3.

2. Opposabilité au débiteur cédé et aux tiers accomplie à des moments différents

Dans ce scénario, C1 rend sa cession ou son hypothèque opposable aux tiers avant celle de C2. Toutefois, C2 notifie son droit au débiteur cédé avant C1. Deux variantes peuvent être ici envisagées.

24-Ciotola.indb 82 12-12-12 15:11

La première variante suppose que C1, avant le paiement de la créance à C2 par le débiteur cédé, rende également son droit opposable au débiteur cédé. Dans un tel cas, il faut conclure que le débiteur cédé devra payer C1. En effet, la cession ou l'hypothèque de C1 est alors devenue opposable aux tiers (dont C2) en premier lieu. C2 ne peut donc prétendre à une priorité à l'encontre de C1. En rendant ensuite son droit opposable au débiteur cédé, C1 se trouve aussi à lui rendre opposable un droit prioritaire à celui de C2. Il serait alors imprudent pour le débiteur cédé d'effectuer malgré tout paiement à C2, surtout si C1 fournissait en plus au débiteur cédé la preuve de sa priorité à l'encontre de C2. L'article 1558 du Code, qui déclare valable un « paiement fait de bonne foi au créancier apparent », ne paraît pas recevoir application en pareil cas. Le débiteur cédé entretenant des doutes quant aux priorités respectives de C1 et C2 devrait plutôt procéder à un dépôt en consignation selon l'article 1583 du Code.

Dans la seconde variante, le débiteur cédé a payé C2 avant que C1 ne lui notifie son droit : le droit de C1 est devenu opposable à C2 au jour un ; C2 accomplit au jour deux les formalités d'opposabilité de son droit aux tiers et au débiteur cédé ; au jour trois, C2 perçoit la créance du débiteur cédé, celui-ci n'ayant pas encore été notifié du droit de C1. En pareil cas, le paiement à C2 par le débiteur cédé doit être tenu pour valable quant au débiteur cédé ; à l'égard de ce dernier, C2 était lors du paiement le créancier – à tout le moins apparent – de la créance. L'article 1643 du Code conduit implicitement à cette solution.

C1 pourrait-il cependant obtenir de C2 le remboursement du montant perçu par C2 ? Les dispositions sur la répétition de l'indu et la restitution des prestations peuvent-elles recevoir application, soit directement ou par analogie ?[40] Selon les lois sur les sûretés mobilières des provinces de common law, la réponse paraît être affirmative, que le droit de C1 soit une sûreté ou une cession en pleine propriété. Ces lois énoncent qu'une sûreté sur une créance porte aussi sur le produit de la créance, et assimilent une cession en pleine propriété à une sûreté ; quant au terme « produit », il est

[40] Art. 1554 et 1699 C.c.Q.

24-Ciotola.indb 83 12-12-12 15:11

défini comme comprenant un paiement effectué en acquittement d'une créance. Ainsi, le paiement que C2 aurait reçu du débiteur cédé resterait, dans les provinces de common law, affecté par la cession ou sûreté en faveur de C1, et ce dernier pourrait forcer C2 à remettre la somme reçue[41].

Au Québec, la solution est moins évidente, mais devrait être la même. En effet, C2 se trouve alors à avoir perçu une créance sur laquelle C1 avait priorité à l'égard de C2. La priorité de C1 ne devrait pas dépendre d'une course contre la montre entre lui-même et C2, à savoir qui notifierait en premier son droit au débiteur cédé : les dispositions déclarant valable le paiement à C2 par le débiteur cédé sont établies pour la protection du débiteur cédé, et non pour protéger C2. Autrement, l'ordre des priorités serait inversé et on ignorerait les règles de priorité entre les tiers[42].

Ajoutons que si le droit de C1 est devenu opposable aux tiers par inscription au RDPRM, ce droit « est présumé connu » de C2 en vertu de l'article 2943 du Code. Le même article ajoute que C2 « ne peut repousser cette présomption en invoquant sa bonne foi », au motif qu'il se serait abstenu de consulter le RDPRM. Il est d'ailleurs fréquent en pratique que plusieurs actes de cession ou d'hypothèque de créances spécifient que la cession ou l'hypothèque porte également sur le produit de la créance, ces actes cherchant à produire le même résultat qu'en vertu des lois sur les sûretés mobilières des provinces de common law.

D'autres principes pourraient mener à cette solution. Si C1 est un cessionnaire, la créance est, à l'égard des tiers, sortie du patrimoine du cédant ; une cession ou une hypothèque en faveur de C2 porterait alors sur un bien qui, à l'égard de C2, n'appartient plus au cédant constituant. Si C1 est plutôt un créancier hypothécaire, C2 se trouve alors à avoir obtenu une cession ou une

---

41 Voir notamment la *Loi sur les sûretés mobilières* de l'Ontario, L.R.O. 1990, c. P.10, art. 2 (définition de « produit » et de « sûreté »), art. 3 (application de la loi à une cession de créance) et art. 25 (portée d'une sûreté sur le produit du bien grevé).

42 Bien sûr, dans le cas d'une cession rendue opposable aux tiers par la notification au débiteur cédé, la question ne se pose pas, car C1 a aussi rendu sa cession opposable au débiteur cédé avant C2.

24-Ciotola.indb 84 12-12-12 15:11

hypothèque d'une créance grevée d'une hypothèque (avec droit de suite) en faveur de C1. De plus, si C2 est un créancier hypothécaire, C2, en ayant perçu la créance avant la notification au débiteur cédé de l'hypothèque de C1, ne devrait pas se trouver dans une situation plus favorable que si la créance avait été vendue en justice ; C2 serait alors colloqué après C1[43].

La solution qui vient d'être exposée doit toutefois être nuancée lorsque le cessionnaire ou le créancier hypothécaire ayant préséance par rapport aux tiers, a autorisé le cédant-constituant à percevoir la créance.

3. Incidence d'une autorisation de percevoir accordée au cédant-constituant

Le scénario ici considéré est le suivant. C1 a accordé au cédant-constituant l'autorisation de percevoir la créance jusqu'à la survenance de certains événements. Cette autorisation peut prendre diverses formes et elle peut être expresse ou implicite.

En matière d'hypothèque sur créances, le Code, aux articles 2744 et 2745, prévoit la possibilité d'une autorisation expresse et la façon dont l'autorisation doit être retirée :

> Le créancier peut, dans l'acte d'hypothèque, autoriser le constituant à percevoir, à leur échéance, les remboursements de capital ou les revenus des créances hypothéquées.
>
> Le créancier peut, à tout moment, retirer l'autorisation de percevoir qu'il a donnée au constituant. Il doit alors notifier le constituant et le débiteur des droits hypothéqués qu'il percevra désormais lui-même les sommes exigibles. Le retrait d'autorisation doit être inscrit.

On remarquera que ces articles ne font pas de distinction selon que l'hypothèque sur la créance ait été ou non rendue opposable au débiteur cédé. Si elle l'a été, on peut penser que le débiteur cédé a été informé de l'autorisation ; autrement, l'autorisation ne produirait pas l'effet recherché. L'article 2744 spécifie aussi que l'autorisation est accordée « dans l'acte d'hypothèque » ; les exi-

---

43 Voir *Boucher* c. *La Capitale*, J.E. 2003 – 470 (C.A.)

24-Ciotola.indb 85 12-12-12 15:11

gences de l'article 2745 relatives au retrait de l'autorisation s'appliquent-elles si l'autorisation a été donnée d'une autre manière ? Qu'en est-il, si l'autorisation est implicite, lorsqu'un créancier hypothécaire ne notifie pas les débiteurs cédés et laisse sciemment le constituant percevoir ? Il faut aussi souligner que les dispositions sur la cession de créance ne contiennent aucun article semblable aux articles 2744 et 2745 du Code. Il arrive néanmoins que le cessionnaire d'une créance autorise le cédant à la percevoir jusqu'à avis contraire au cédant et au débiteur cédé ; ceci est fréquent dans des contrats d'affacturage ou de titrisation.

Toutes ces distinctions ont probablement moins d'importance lorsqu'il s'agit de déterminer :

- si le débiteur cédé fait un paiement valable à C2, alors que le débiteur cédé n'a pas été informé que l'autorisation de payer le constituant a cessé d'être en vigueur, et
- si C1 peut répéter de C2 un paiement fait à C2 avant le retrait de l'autorisation.

Quant à la première question, il faut répondre que sera valable le paiement fait par le débiteur cédé à C2 avant d'être informé d'une révocation de l'autorisation. Dans un tel cas, le débiteur cédé n'a pas normalement été informé de la cession ou de l'hypothèque consentie à C1, et il a par ailleurs été notifié du droit de C2. Le débiteur cédé est alors en droit de considérer que C2 est devenu son créancier.

La deuxième question est plus complexe. On pourrait penser que C1 a le droit d'exiger de C2 le remboursement de la somme perçue, pour les raisons exposées à la sous-section A2. La Cour d'appel du Québec a néanmoins refusé à un créancier hypothécaire de premier rang le droit d'exiger ce remboursement d'un créancier hypothécaire de second rang lorsque ce dernier a perçu la créance avant le retrait de l'autorisation accordée par le créancier de premier rang[44]. L'analyse est la suivante : par l'autorisation, le créancier de premier rang se trouve à permettre que la

[44] *Banque Royale du Canada* c. *Caisse populaire St-Albert-le-Grand*, [2000] R.J.Q. 679 (C.A.)

24-Ciotola.indb 86 12-12-12 15:11

créance soit payée non seulement au constituant, mais aussi à un tiers autorisé par le constituant à recevoir paiement (le second créancier étant un tel tiers)[45].

Qu'en est-il cependant du cas où le créancier hypothécaire de premier rang C1 n'a pas accordé d'autorisation expresse, mais ne s'est pas encore prévalu de son droit au moment du paiement fait à C2 par le débiteur cédé ? Faut-il traiter l'inaction de C1 comme une autorisation implicite[46] ? Si une réponse affirmative s'imposait, la même réponse devrait être donnée dans l'hypothèse où C1 est un cessionnaire plutôt qu'un créancier hypothécaire.

Le résultat pratique de cette approche équivaut toutefois à donner priorité à C2 du seul fait que C2 aurait notifié son droit au débiteur cédé avant C1. Ce serait peut-être aller trop loin, car la préséance d'une hypothèque ou d'une cession à l'égard du tiers ne dépend pas du moment de la notification au débiteur cédé. Ainsi, C1 devrait pouvoir répéter de C2, sauf si C1 avait accordé une véritable autorisation de percevoir au cédant. Cette autorisation pourrait selon les circonstances être implicite, mais on ne pourrait la déduire d'une simple absence de notification par C1 au débiteur cédé.

À la limite, on peut même s'interroger sur le bien-fondé d'une solution accordant automatiquement une priorité à C1 en raison d'une autorisation donnée au cédant constituant de percevoir la créance. Par une telle autorisation, C1 n'a pas nécessairement l'intention de permettre que la créance soit payée à un tiers dont le droit est subordonné à celui de C1. D'ailleurs, dans bon nombre de cas, C2 ignorera l'existence de l'autorisation, alors qu'il sera présumé en vertu de l'article 2943 du Code avoir été informé du droit de C1. C2 ne saurait prétendre qu'il s'est fié sur une autorisation dont il ignorait l'existence.

---

45 Voir Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 4e éd., Cowansville, Édition Yvon Blais, 2010, nos 1094, 1104 et 1120.

46 Voir à cet effet Louis PAYETTE, cité à la note précédente, no 1088.

24-Ciotola.indb 87 12-12-12 15:11

B. Conflit avec un créancier saisissant

La saisie d'une créance et le jugement y donnant suite entraînent une cession de la créance saisie en faveur du créancier saisissant[47]. Si la créance saisie a été cédée ou hypothéquée en faveur d'un cessionnaire ou créancier hypothécaire (« C1 ») dont le droit n'a pas été rendu opposable aux tiers avant la saisie, le créancier saisissant (« C2 ») aura priorité. En effet, au moment de la saisie, la créance était à l'égard du tiers (dont C2) toujours dans le patrimoine du cédant (si C1 est un cessionnaire), ou encore non grevée de l'hypothèque (si C1 est un créancier hypothécaire).

Si le droit de C1 est devenu opposable aux tiers avant la saisie, et si le débiteur cédé a aussi été notifié du droit de C1, la saisie ne pourra avoir d'effet à l'égard de C1, car celui-ci est devenu le créancier du débiteur cédé. Le débiteur cédé devra produire une déclaration de tiers saisi négative (si C1 est un cessionnaire) ou une déclaration faisant état de l'hypothèque (si C1 est un créancier hypothécaire).

Quelle sera cependant la situation juridique des intéressés si C1, tout en ayant un droit opposable aux tiers au moment de la saisie, n'a pas encore notifié le débiteur cédé de son droit ? Les solutions énoncées précédemment dans le scénario d'un conflit entre deux cessionnaires devraient généralement recevoir application. Ainsi, tant et aussi longtemps que la saisie n'a pas donné lieu à un jugement transférant la créance du saisissant C2, C1 pourrait intervenir et faire valoir ses droits ; par cette intervention, C1 se trouverait par le fait même à notifier le débiteur cédé de son droit (et à retirer au cédant-constituant l'autorisation de percevoir, s'il avait accordé une telle autorisation). Or, comme on l'a vu dans le cas d'un conflit entre deux cessionnaires ou créanciers hypothécaires, le cessionnaire ou créancier hypothécaire ayant préséance à l'égard des tiers conservera toujours cette préséance s'il notifie le débiteur cédé avant un paiement par ce dernier à un second cessionnaire ou créancier hypothécaire[48].

---

47 Art. 637 C.p.c.

48 Voir Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec,* 4e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, no 1091, ainsi que les déci-

24-Ciotola.indb 88 12-12-12 15:11

Il reste à examiner le scénario où C1 chercherait à faire valoir son droit après le jugement cédant la créance au créancier saisissant C2, ou même après le paiement par le débiteur cédé à C2 suite au jugement. Après jugement, mais avant paiement, C1 devrait pouvoir demander la rétractation du jugement conformément aux règles applicables en la matière ; en effet, C2 est alors dans la situation d'un cessionnaire subséquent n'ayant pas encore obtenu paiement, et il ne devrait pas avoir plus de droits qu'un cessionnaire en vertu d'une cession consensuelle. Si, toutefois, C2 a de plus obtenu le paiement, un recours en répétition de C1 contre C2 devrait être tranché de la même manière que si C2 détenait son droit d'une cession consentie par contrat. Les solutions discutées plus haut aux sous-sections A2 et A3 devraient recevoir application, y compris quant à l'incidence d'une autorisation de percevoir non révoquée avant le moment du paiement.

C. Conflit avec un syndic de faillite

L'analyse du conflit entre un cessionnaire ou créancier hypothécaire et un syndic à la faillite du cédant constituant demande au départ que l'on détermine le statut du syndic. Est-il un tiers ou un simple représentant du failli ? Il n'est pas contesté, en droit québécois, qu'il doive être considéré comme un tiers aux fins de trancher un tel conflit[49]. Les lois sur les sûretés mobilières des provinces de common law traitent également un syndic comme une personne à l'encontre de qui une sûreté ou cession ne peut être invoquée si l'opération n'est pas devenue opposable (*perfected*) selon ces lois avant la faillite[50].

---

sions qu'il cite. Bien que ces décisions illustrent ce résultat, les motifs ne sont pas tous les mêmes.

49 Louis PAYETTE, cité à la note précédente, n° 1086 ; Michel DESCHAMPS, « Le syndic : un successeur du débiteur ? Un cessionnaire ? Un représentant des créanciers ? », dans *Les faillites : Problèmes actuels et perspectives d'avenir : Conférences commémoratives Meredith 1985*, , Toronto, R. De Boo Publishers, 1986, p. 245, à la page 264.

50 Voir la *Loi sur les sûretés mobilières* de l'Ontario, L.R.O. 1990, c. P.10, art. 20(1)(b).

24-Ciotola.indb 89 12-12-12 15:11

Lorsque le droit du cessionnaire ou créancier hypothécaire (« C1 ») n'est pas devenu opposable aux tiers avant la faillite, la créance fera donc partie des biens dévolus au syndic, et celui-ci pourra la percevoir sans égard au droit de C1. Dans le cas où l'opposabilité aux tiers du droit de C1 a été obtenue avant la faillite, C1 conservera son droit sur la créance. Il en sera ainsi même si le C1 notifie le débiteur cédé de son droit après la faillite, mais avant le paiement de la créance au syndic. Ce dernier ne saurait de toute évidence avoir alors une priorité qu'un second cessionnaire ou créancier hypothécaire n'aurait pas dans un tel scénario.

Si cependant le syndic percevait la créance avant la notification au débiteur cédé du droit de C1, devrait-il remettre le produit de la perception à C1 ? L'analyse doit-elle être la même que si le syndic était un cessionnaire subséquent ? Les observations contenues à la section A peuvent-elles être ici répétées telles quelles, y compris quant à l'incidence d'une absence à ce moment d'un retrait d'une autorisation de percevoir accordée, le cas échéant, au cédant constituant ?

Une première approche serait de considérer que le syndic est dans la situation d'un cessionnaire subséquent, et que son droit de conserver le paiement reçu devrait être déterminé de la même manière. Selon une seconde approche, le syndic devrait être tenu de remettre le paiement à C1 : la faillite cristallise les droits des intéressés à la date où elle survient et le syndic ne saurait conserver des sommes perçues malgré l'opposabilité de l'opération à son égard. En d'autres mots, si l'opération était une cession, la créance ne ferait pas partie de l'actif dévolu au syndic ; si l'opération était plutôt une hypothèque, le syndic devrait respecter le droit de C1, créancier garanti, puisque la dévolution résultant de la faillite s'opère sous réserve des droits des créanciers garantis[51].

La seconde approche se concilie davantage avec la lettre et l'esprit de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Elle correspond aussi à la solution énoncée à la section B dans le cas d'un conflit avec un créancier saisissant. Un syndic ne devrait pas être dans une meilleure situation que celle d'un créancier saisissant.

---

51 *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 70.

24-Ciotola.indb 90 12-12-12 15:11

IV. Règles de conflits de lois

A. Champ d'application des règles de conflits de lois

Les règles de conflits de lois sont la branche du droit international privé qui détermine la loi applicable à une situation juridique. Chaque État a ses propres règles de conflits ; le tribunal d'un État identifiera donc la loi applicable à la situation concernée en se servant des règles de conflits de cet État. Rappelons qu'en cette matière le terme « État » s'entend au sens du droit international privé et peut signifier, selon le cas, un pays ou une unité territoriale de ce pays. Lorsqu'un pays « comprend plusieurs unités territoriales ayant des compétences législatives distinctes, chaque unité territoriale est considérée comme un État »[52]. Le Canada et les États-Unis sont des pays où la notion d'État a souvent cette signification, puisque le droit privé relève en grande partie de la compétence de leurs unités territoriales[53]. Ainsi, au Canada, dans les matières relevant de la compétence législative des provinces, les règles de conflits sur ces matières se retrouveront dans le droit provincial et serviront à identifier non seulement un pays étranger, mais aussi la province dont la loi pourrait être applicable.

Dans les matières faisant l'objet du présent texte, les règles de conflits permettront notamment de connaître la loi régissant la validité de la cession ou de la sûreté, son opposabilité aux tiers et la priorité qu'elle comporte. Si, par exemple, un litige oppose dans l'État A deux titulaires d'une sûreté relativement à leur rang respectif sur une même créance, le tribunal se servira des règles de conflits de l'État A pour décider si la question en litige doit être tranchée en vertu du droit de l'État A ou du droit d'un autre État.

---

52 Article 3077 C.c.Q. Plusieurs conventions internationales portant sur des questions relevant du droit privé énoncent cette règle ; citons par exemple l'article 35 de la *Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international* (ci-après, la Convention des Nations Unies sur la cession de créances) dont il sera question plus loin.

53 Dans les provinces de common law ou aux États-Unis, on préfère généralement utiliser en anglais le terme plus neutre de *jurisdiction* pour désigner l'autorité législative compétente. La *Loi sur les sûretés mobilières* de l'Ontario (L.R.O. 1990, c. P.10) emploie en français le terme « ressort ».

24-Ciotola.indb 91 12-12-12 15:11

Les règles de conflits de lois identifient la loi applicable en se servant de facteurs de rattachement[54]. Les facteurs les plus couramment utilisés au Canada dans le domaine des droits réels sont le lieu de la situation du bien grevé et le lieu du domicile ou du principal établissement du cédant-constituant. La loi applicable sera celle de l'État désigné par le facteur de rattachement retenu par la règle de conflit pertinente ; il s'agira, par exemple, de la loi de l'État de la situation du bien, lorsque la règle utilise ce facteur.

Comme les règles de conflits de lois déterminent le droit matériel qui régira une situation donnée, elles sont obligatoires et échappent au domaine de la liberté contractuelle[55]. Les parties ne peuvent donc pas choisir la règle de conflit qui s'appliquera à une situation donnée[56]. Cette observation est particulièrement importante en matière de droits sur des biens : ces droits sont des droits réels et affectent les tiers. Permettre par exemple au débiteur et au créancier de choisir la règle de conflit applicable à une sûreté serait contraire à l'un des objectifs du droit international privé en la matière, qui est d'indiquer l'État dont le droit matériel s'appliquera, advenant un litige entre le créancier et un tiers. Dans un scénario où un constituant accorderait une sûreté sur une même créance à X, et par la suite à Y, le tribunal serait dans l'impossibilité de déterminer la loi applicable au rang de chacune des deux sûretés si l'on permettait aux parties de choisir la loi applicable à une priorité de rang, et si la loi choisie pour la sûreté de X était différente de celle choisie pour la sûreté de Y. Ainsi, lorsque la règle de conflit établit que la sûreté sera régie par la loi de l'État du domicile du constituant, les parties ne peuvent décider qu'il en sera

---

54 Gérald GOLDSTEIN et Ethel GROFFIER, *Droit international privé*, t. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 62 et 67.

55 Ronald C.C. CUMING, Catherine WALSH et Roderick J. WOOD, *Personal Property Security Law*, Irving Law., 2005, p. 124.

56 Ceci ne veut pas dire que le consensualisme ne joue aucun rôle en la matière : la règle de conflit pourra parfois énoncer que la loi applicable sera celle choisie par les parties. Toutefois, en pareil cas, les parties n'auront pas choisi la règle de conflit ; elles auront plutôt effectué un choix de loi que permet la règle de conflit.

24-Ciotola.indb 92 12-12-12 15:11

autrement et convenir que la sûreté sera régie par la loi d'un autre État.

Les règles de conflits de lois relatives aux sûretés sur créances seront traitées avant les règles applicables à une cession, contrairement à l'ordre suivi dans les trois premières parties de ce texte. Ce traitement facilitera la compréhension des sections qui suivent.

B. Règles applicables à une sûreté sur une créance

Les règles québécoises de conflits de lois sur les sûretés comportent deux principaux facteurs de rattachement : la situation (*situs*) du bien et le domicile du constituant[57]. Ces facteurs, menant à l'application de la loi de l'État du *situs* du bien ou de la loi de l'État du domicile du constituant, sont énoncés aux articles 3102 et 3105 du Code :

> 3102. La validité d'une sûreté mobilière est régie par la loi de l'État de la situation du bien qu'elle grève au moment de sa constitution.
>
> La publicité et ses effets sont régis par la loi de l'État de la situation actuelle du bien grevé.
>
> 3105. La validité d'une sûreté grevant un meuble corporel ordinairement utilisé dans plus d'un État ou de celle grevant un

[57] Pour des développements sur ces questions, voir notamment : Gérald GOLDSTEIN et Ethel GROFFIER, *Droit international privé*, t. 2, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 355 et suiv. ; Jeffrey TALPIS et Constantine TROULIS, « Conflicts of Laws Rules under the Civil Code of Quebec relating to Security », dans S.F.P.B.Q., *Développements récents sur l'hypothèque (1997)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 187 ; Louis PAYETTE, *Les sûretés dans le Code civil du Québec*, 4e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, nº 368. ; Michel DESCHAMPS « Les conflits de lois en droit des sûretés au Canada et aux États-Unis », dans S.F.P.B.Q., *Développement récents en droit bancaire (2003)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p.123 ; Michel DESCHAMPS, « Les conflits de lois relatifs aux sûretés sur créances », dans *Le droit uniforme : limites et possibilités*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 161.

24-Ciotola.indb 93 12-12-12 15:11

> meuble incorporel est régie par la loi de l'État où était domicilié le constituant au moment de sa constitution.
>
> La publicité et ses effets sont régis par la loi de l'État du domicile actuel du constituant.
>
> La présente disposition ne s'applique ni à la sûreté grevant un meuble incorporel constaté par un titre au porteur ni à celle publiée par la détention du titre qu'exerce le créancier.

Rappelons que l'opposabilité aux tiers résulte de la publicité, et que la publicité établit le rang[58].

S'agissant d'une créance, ces articles conduisent généralement à la loi du domicile du constituant, puisqu'une créance est un bien incorporel. Par exception, selon l'article 3105, la loi du *situs* sera retenue si la sûreté porte sur une créance constatée par un titre au porteur, ou encore si elle est « publiée par la détention du titre » par le titulaire de la sûreté. Encore faut-il dans ce dernier cas que le titre de créance puisse faire l'objet d'une détention suffisante à la publication de la sûreté ou, en d'autres mots, que le titre soit susceptible de faire l'objet d'une sûreté avec dépossession (c'est-à-dire, d'un gage). Il ne fait pas de doute qu'une créance représentée par un titre négociable peut faire l'objet d'une dépossession utile à l'opposabilité aux tiers d'un gage, car la possession du titre par le titulaire de la sûreté lui permettra d'exercer le droit de créance représenté par ce titre. En va-t-il de même si le titre représentant la créance n'est pas négociable ?

À cet égard, il faut rappeler l'arrêt *Caisse populaire de Val-Brillant* c. *Blouin*[59] dans lequel la Cour suprême du Canada avait décidé, avant les modifications apportées au Code civil en 2009, qu'une créance non représentée par un titre négociable peut faire

---

58 Art. 2941 et 2945 C.c.Q.

59 [2003] 1 R.C.S. 666. La solution de cet arrêt fut critiquée, notamment par le professeur Ciotola : voir Pierre CIOTOLA et Antoine LEDUC, « Arrêt Val-Brillant : évolution ou régression de l'hypothèque mobilière en droit civil québécois ? », (2006) 40 R.J.T. 5.

24-Ciotola.indb 94 12-12-12 15:11

l'objet d'un gage en droit québécois[60]. Cet arrêt proposait une solution fonctionnelle répondant aux souhaits de ceux qui préconisaient une interprétation élargie du champ d'application du gage des créances, permettant ainsi aux particuliers d'hypothéquer des créances non négociables[61]. L'arrêt *Val-Brillant* soulevait cependant des difficultés lorsque l'on cherchait à transposer dans le domaine des conflits de lois la conclusion à laquelle la Cour en était arrivée en droit interne. Si, comme cet arrêt l'avait décidé, un gage pouvait porter sur une créance non négociable, il fallait déterminer le *situs* de la créance afin de connaître la loi applicable au gage.

Quel est donc le *situs* d'une créance non représentée par un titre négociable ? Si l'on se fonde sur l'article 1566 du Code civil, il s'agirait du lieu de paiement désigné par les parties ou, en l'absence de désignation, du domicile du débiteur de la créance[62]. Le *situs* n'est pas alors le lieu où se trouve le document constatant la créance ; si tel était le cas, on aurait d'ailleurs à s'interroger sur ce que constitue le « titre » lorsque plusieurs documents établissent une même créance, comme par exemple lorsqu'une créance résulte d'un contrat signé en plusieurs exemplaires (dont tous pourraient

---

60 La Cour a interprété les articles du *Code civil du Québec* alors en vigueur sur le gage des créances comme permettant que la dépossession puisse s'opérer par la notification du gage au débiteur de la créance mise en gage. La Cour a jugé que cette notification procurait au gagiste la maîtrise de la créance mise en gage, ce qui équivalait à une « détention ». Selon ce raisonnement, même une créance pour laquelle aucun titre n'existait pouvait à l'époque faire l'objet d'un gage.

61 L'article 2683 C.c.Q. interdit en effet à une personne physique n'exploitant pas une entreprise de consentir une hypothèque mobilière sans dépossession, sauf sur des biens meubles déterminés par règlement. Il s'ensuivait qu'une telle personne physique ne pouvait, en vertu du règlement alors en vigueur, hypothéquer une créance non représentée par un titre négociable, si une telle créance ne pouvait faire l'objet d'une dépossession. Cela est maintenant possible en vertu du règlement actuel, sauf certaines exceptions.

62 Voir Michel DESCHAMPS, « Les conflits de lois en droit des sûretés au Canada et aux États-Unis – Comparaison entre le *Code civil du Québec*, les PPSAs et le UCC », dans *Développements récents en droit bancaire (2003)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 135 et 147.

24-Ciotola.indb 95 12-12-12 15:11

ne pas être détenus dans le même État) et a donné lieu à l'émission d'une facture.

Il n'est cependant plus nécessaire de discuter de l'incertitude engendrée par l'arrêt *Val-Brillant* dans le domaine des conflits de lois relatifs aux sûretés ; les modifications apportées au Code civil du Québec le 1er janvier 2009 ont pour effet qu'en général, le gage d'une créance non négociable ne pourra dorénavant s'opérer que si la créance est régie par la *Loi sur le transfert des valeurs mobilières et d'autres actifs financiers*[63] (ci-après la LTVM). Dans les autres cas, la détention nécessaire à la constitution et à l'opposabilité d'un gage sur créances devra être une détention « matérielle »[64]. Or, l'arrêt *Val-Brillant* établissait qu'un titre doit être négociable pour qu'une détention matérielle soit suffisante aux fins de la dépossession[65]. Le nouvel article 2714.7 du Code civil implique aussi, *a contrario*, qu'une créance doit normalement être représentée par un titre négociable pour faire l'objet d'un gage.

Ces modifications apportées aux dispositions du Code civil sur le gage devraient dissiper les doutes quant au sens à donner au terme « détention » à l'article 3105 C.c.Q., et établir qu'on n'y réfère au *situs* que dans le seul cas d'un gage sur un titre négociable[66]. Cet article devrait donc être interprété de façon conséquente avec le droit matériel québécois, c'est-à-dire en excluant généralement la possibilité, pour les fins des règles de conflits de lois, qu'une créance non négociable puisse faire l'objet d'une sûreté avec dépossession.

Ainsi, à l'exception des créances régies par des dispositions particulières comme celles de la LTVM, les règles de conflits qué-

---

63 L.Q. 2008, c. 20, en vigueur depuis le 1er janvier 2009. Dans les cas visés par cette loi, les nouvelles règles de conflit prévues par le Code civil prévoient de façon précise la loi qui sera applicable.

64 Voir l'article 132 de la LTVM, qui a modifié l'article 2702 C.c.Q. En anglais, le terme « matérielle », est rendu par *physical*.

65 [2003] 1 R.C.S. 666, par. 14.

66 Il a déjà été mentionné que le présent exposé n'entendait pas traiter de la notion de négociabilité ; cette notion devrait cependant avoir une acception plus large que celle qui lui est donnée par la *Loi sur les lettres de change*.

24-Ciotola.indb 96 12-12-12 15:11

bécoises sur les sûretés ne devraient, dans l'avenir, diriger le juriste vers la loi du *situs* que si la sûreté porte sur un titre au porteur, ou encore si le titre de créance est négociable et a fait l'objet d'un gage. Dans tous les autres cas non visés par des dispositions particulières, la loi applicable à une sûreté sur créances sera la loi du domicile du constituant ; ainsi, une sûreté sur les comptes clients d'une entreprise sera normalement régie par la loi du domicile du constituant, puisque des comptes clients ne sont généralement pas représentés par des titres au porteur ou négociables.

L'exception concernant la LTVM est cependant importante. Lorsqu'une créance constitue une valeur mobilière ou un actif financier au sens de cette loi, la règle de conflit applicable à une sûreté sur une telle créance sera celle indiquée par l'article 3108.8 du Code civil (en vigueur depuis le 1er janvier 2009).

L'étude de cet article 3108.8 ne peut se faire sans examen détaillé de la LTVM ni des notions qu'elle comporte, non plus que des articles du Code civil portant maintenant sur les valeurs mobilières et titres intermédiés. Il suffira ici de mentionner que les créances visées par la LTVM seront le plus souvent des titres d'emprunts transigés sur les marchés financiers (par exemple, des titres obligataires) ; les règles de conflits régissant une sûreté sur de telles créances seront en général les suivantes[67] :

- si la créance est représentée par un certificat de valeur mobilière, une sûreté consentie par le détenteur du certificat sera régie par la loi de l'État où se trouve le certificat[68] ;

---

67 Ce résumé est très sommaire et les règles pertinentes sont beaucoup plus élaborées. Voir Michel DESCHAMPS, « Sûretés et ventes portant sur des valeurs mobilières », (2010) 1 *C.P. du N.* 179, p. 205.

68 L'article 2714.7 C.c.Q. prévoit, par dérogation à l'article 2702 C.c.Q. (tel que modifié par la LTVM), qu'un certificat de valeur mobilière n'a pas à être négociable pour faire l'objet d'une remise et d'une détention matérielle ; un gage par détention matérielle peut donc être constitué sur une créance représentée par un certificat de valeur mobilière, même si ce titre n'est pas négociable.

24-Ciotola.indb 97 12-12-12 15:11

- si la créance n'est pas représentée par un certificat de valeur mobilière et que le constituant était inscrit dans les registres de l'émetteur[69] comme titulaire de la créance, une sûreté consentie sur cette créance sera régie par la loi de l'État en vertu de laquelle l'émetteur est constitué ; lorsque l'émetteur a été constitué en vertu d'une loi d'une unité territoriale d'un État fédéral (comme par exemple une province canadienne), la loi applicable sera plutôt la loi de l'unité territoriale où se trouve le siège social de l'émetteur ;
- si la créance est inscrite à un compte de titres tenu par un intermédiaire en valeurs mobilières (par exemple, un compte de courtage chez un courtier), une sûreté consentie par le titulaire du compte sur le droit qu'il possède contre l'intermédiaire (ce droit étant appelé « titre intermédié ») sera régie par la loi désignée dans la convention de compte comme régissant le compte de titres[70].

Toutes ces sûretés peuvent, selon le nouveau régime introduit par la LTVM, être avec ou sans dépossession. Ce nouveau régime prévoit aussi que la dépossession de valeurs et de titres visés par cette loi peut être matérielle ou s'opérer par la « maîtrise » conférée au créancier[71]. Les règles de conflits applicables à des créances visées par la LTVM ne font toutefois pas de distinction selon que la sûreté est avec ou sans dépossession, sauf dans les deux cas visés au dernier alinéa de l'article 3108.8 du Code ; ainsi, lorsque la sûreté est sans dépossession, la publicité au moyen de l'inscription sera régie par la loi de l'État du domicile du constituant.

---

69 L'émetteur est la personne qui émet une valeur mobilière ; une telle valeur peut en effet être émise sans faire l'objet d'un « certificat » et la LTVM prévoit un encadrement juridique applicable au transfert de valeurs mobilières non représentées par des certificats.

70 En l'absence de désignation, d'autres règles sont applicables ; voir l'article 3108.7 C.c.Q.

71 Les articles 55, 56 et 113 de la LTVM énoncent de quelle manière la maîtrise peut être obtenue. La dépossession matérielle n'est possible que pour des valeurs représentées par des certificats. La maîtrise sans dépossession matérielle n'est par ailleurs reconnue comme mécanisme de dépossession que pour les valeurs et actifs financiers visés par la LTVM.

24-Ciotola.indb 98 12-12-12 15:11

* * *

Il résulte de ce qui précède qu'au Québec, sauf pour les exceptions prévues à l'article 3108.8 du Code, une sûreté sans dépossession sur une créance non au porteur est régie par la loi du domicile du constituant[72]. En droit interne, le domicile d'une personne morale est situé au lieu de son siège (*head office* en anglais)[73]. Bien que le Code ne le précise pas, il devrait s'agir du « siège social » au sens où l'entendent les lois sur les personnes morales[74], c'est-à-dire du lieu désigné comme tel dans la loi constitutive, l'acte constitutif ou les règlements de la personne morale. On ne doit donc pas confondre le siège social et le principal établissement d'une personne morale, qui peuvent se trouver en des lieux différents.

Dans les provinces canadiennes de common law, la même sûreté sera plutôt régie par la loi du lieu du principal établissement (*chief executive office*) du constituant[75]. Si le constituant n'a qu'un seul établissement (*place of business*), la loi applicable sera bien sûr celle du lieu de cet établissement. Il existe ici une différence avec le régime québécois, puisque le principal établissement d'une personne morale peut se trouver dans un État différent que celui de son siège social. On remarquera aussi que le critère du principal établissement exigera à l'occasion une vérification factuelle dont le résultat ne sera pas toujours probant : pensons à une filiale canadienne d'une compagnie américaine, et supposons que certains hauts dirigeants de la filiale sont des employés de la compagnie américaine exerçant leurs fonctions à New York. Le *chief executive office* de la filiale est-il au Canada ou aux États-Unis ?

---

72 Article 3105 C.c.Q.

73 Article 307 C.c.Q.

74 Voir par exemple la *Loi sur les compagnies* du Québec, L.R.Q., c. 38, art. 123.12. La *Loi sur les sociétés par actions* du Québec, L.Q. 2009, c. 52 utilise en français le terme « siège » et en anglais « head office ».

75 Voir à titre d'exemple l'article 7 de la *Loi sur les sûretés mobilières* de l'Ontario, L.R.O. 1990, c. P.10. Pour un exposé des règles de conflits de lois des provinces de common law en matière de sûretés, voir Ronald C.C. CUMING, Catherine WALSH et Roderick J. WOOD, *Personal Property Security Law,* Irving Law, 2005, p. 118. Notons aussi que cet article 7 s'applique aussi à une cession en pleine propriété.

24-Ciotola.indb 99 12-12-12 15:11

C. Règles applicables à une cession de créance

Le Québec s'écarte, en matière de cession de créances, de plusieurs autres régimes juridiques. Dans les provinces de common law, aux États-Unis, en France, en Angleterre et en Allemagne, la règle de conflit est généralement la même pour une sûreté et pour une cession pure et simple d'une créance[76] ; d'ailleurs, en France, en Angleterre et en Allemagne, une sûreté sur une créance est très souvent effectuée au moyen d'une cession de propriété dite à titre de « garantie ».

Au Québec, les articles 3102 et 3105 du Code civil nous fournissent des règles de conflits ne visant que les sûretés. Dans le cas d'une cession pure et simple d'une créance (c'est-à-dire, qui n'est pas une sûreté), le Code ne comporte aucune règle spécifique relativement à sa validité et à son opposabilité aux tiers en général. On devrait alors appliquer le principe général de l'article 3097 du Code voulant que « [l]es droits réels ainsi que leur publicité sont régis par la loi du lieu de la situation du bien qui en fait l'objet » ; ainsi, en raison de cet article, la vente d'une créance serait régie par l'État du *situs* de la créance. Or, comme on l'a vu à la section 4.2, la détermination du *situs* d'une créance non négociable peut soulever des difficultés. De plus, les tiers ne peuvent facilement connaître l'État dont la loi s'appliquera, puisque la recherche du *situs* demande en premier lieu de vérifier si les parties au contrat à l'origine de la créance ont convenu d'un lieu de paiement ; le *situs* ne peut donc être établi sans avoir accès à ce contrat.

---

[76] Voir Georges Affaki, « L'apport de la Convention CNUDCI sur la cession de créances aux opérations de banque », (2003) 90 *Banque & Droit 90:3* et 90:13 ; Voir aussi Jean-Pierre Mattout, *Droit bancaire international*, Paris, Revue Banque Édition, p. 86. Pour une analyse exhaustive du droit français, voir Dorothée Pardoel, *Les conflits de lois en matière de cession de créance*, L.D.J.D.1977. Pour le droit anglais, voir *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, 12e éd., vol. 2, Sweet & Maxwell, 2000, par. 24-57. Pour le droit allemand, voir Lilian STEFFENS, « The New Rules on Assignment of Rights in Rome I – The Solution of all our Proprietary Problems – Determination of the Conflict of Laws Rule in Respect of the Proprietary Aspects of Assignment », (2006) European Review of Private Law, p. 543 ; cet article fait également état du droit anglais.

24-Ciotola.indb 100 12-12-12 15:11

Une autre approche serait de référer à la loi régissant la créance cédée, en adoptant une interprétation extensive de l'article 3120 du Code civil ; cet article énonce que, dans le cas d'une cession de créance, « [l]es rapports entre le cédant et le débiteur cédé sont soumis à la loi qui régit les rapports entre le cédé et le cédant ». Cette approche coïnciderait avec celle retenue en Allemagne et en Angleterre. Il est significatif que les tribunaux anglais et allemands en soient venus à une règle de conflit appliquant la loi de la créance cédée (tant pour une cession pure et simple qu'à titre de sûreté) en se fondant sur l'article 12(2) de la *Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*. Or, cet article 12(2) est assez semblable à l'article 3120 du Code civil. L'analyse allemande et anglaise interprète la référence à la loi de la créance cédée pour déterminer l'opposabilité de la cession au débiteur cédé comme sous-entendant l'application de la même loi à l'opposabilité aux tiers en général ; on soutient que si une cession est opposable au débiteur cédé, elle devrait être aussi opposable aux autres tiers. Cette extension est cependant critiquée en France et les juristes français n'interprètent pas la Convention de Rome de 1980 de la même manière ; selon eux, il faut se référer à la loi du domicile du débiteur cédé[77].

Bien sûr, les débats ci-dessus ne devraient pas se soulever (à tout le moins au Québec) dans le cas de la cession d'une créance négociable. Le *situs* du titre, au moment pertinent, devrait indiquer l'État dont la loi sera applicable à la validité, à l'opposabilité et à la priorité du droit du cessionnaire[78].

---

77 Voir à nouveau Georges AFFAKI, note précédente, pour un exposé de la thèse française. La Convention de Rome de 1980 a été remplacée en 2009 par le Règlement 593/208 du Parlement européen qui, à l'article 14(2), contient un texte semblable à celui de l'article 12(2) de la Convention de Rome de 1980.

78 Si le titre est régi par la *Loi sur les lettres de change*, L.R.C. 1985 c. B-4, les articles de cette loi portant sur les conflits de lois (159 à 163) auront préséance, s'ils mènent à une autre solution.

24-Ciotola.indb 101 12-12-12 15:11

D. Harmonisation des règles de conflits

On constate une disparité entre les règles de conflits de plusieurs États en matière de sûretés ou de cessions portant sur des créances ; au Québec, on a remarqué que la règle de conflit est différente selon que la créance fait l'objet d'une sûreté (loi du domicile du constituant) ou d'une cession pure et simple, comme une vente (loi du *situs* ou, selon une autre théorie, loi de la créance cédée).

On ne peut pas non plus passer sous silence le fait que les règles de conflits de certaines provinces de common law (par exemple, le Nouveau-Brunswick[79]) reconnaissent encore la théorie du renvoi : selon cette théorie, la référence au droit d'un autre État réfère aussi aux règles de conflits de lois de cet autre État, avec comme résultat que le droit matériel applicable pourrait être celui d'un troisième État[80]. La détermination de la loi applicable peut alors conduire à un résultat contraire aux attentes des parties.

Une règle de conflit unique pour une sûreté ou une cession permettrait au Québec de référer au droit matériel d'un seul État et éviterait les difficultés résultant de la possible application de deux lois différentes selon que l'opération est une cession ou une sûreté[81].

La Convention des Nations Unies sur la cession de créances[82] atteint cet objectif en proposant à l'article 22 que toutes les ques-

---

79 *Loi sur les sûretés relatives aux biens personnels*, L.N.-B. 1993, c. P-7.1, art. 7(2).

80 Au Québec, l'article 3080 C.c.Q. écarte expressément le renvoi en énonçant que, lorsque la loi d'un État étranger s'applique, il s'agit de son droit interne, à l'exclusion de ses règles de conflits de lois.

81 Ronald C.C. CUMING, Catherine WALSH et Roderick J. WOOD, *Personal Property Security Law*, Irving Law, 2005, p. 122. Ces difficultés ont été évoquées à la section A.

82 L'Assemblée générale des Nations Unies a recommandé en décembre 2001 que ses membres adoptent cette convention ; on peut la trouver sur le site Internet de la Commission des NationsUnies pour le droit commercial international.

24-Ciotola.indb 102 12-12-12 15:11

tions servant à établir le rang d'une cession ou d'une sûreté sur une créance soient régies par la loi de l'État du lieu de l'établissement du constituant (ou de son principal établissement, lorsque le constituant a des établissements dans plusieurs États)[83]. Comme on le constate, cette règle de conflit est en substance la même que celle des provinces canadiennes de common law. Si le cédant-constituant avait son principal établissement au Québec, la règle de conflit référerait donc au droit québécois, si la Convention des Nations Unies était en vigueur au Canada.

L'harmonisation des règles de conflits au Québec est éminemment souhaitable. Comme on l'a vu, une sûreté sans dépossession sur une créance est régie par la loi du domicile du constituant, alors que l'opposabilité aux tiers d'une vente de créances pourra être régie par une autre loi (loi du *situs* de la créance ou, selon une autre école, loi régissant la créance). Cette possibilité d'application de deux lois différentes constitue une faille importante dans les règles de conflits de lois du Code civil, et le législateur devrait apporter les corrections appropriées.

83 Pour un examen de la règle de conflit proposée par cet article, voir notamment : Georges AFFAKI, note 76 ; Catherine WALSH, « Receivables Financing and the Conflict of Laws » (2001) 106 Dickinson Law Review 159 ; Catherine WALSH, « Security Interests in Receivables », dans *The Future of Secured Credit in Europe*, vol. 2, European Company and Financial Law Review, De Gruyter-Recht, 2008p. 321 ; Michel DESCHAMPS, « Conflict of Laws rules for Security Rights », dans le même volume, p. 284 ; Michel DESCHAMPS, « La Convention des Nations-Unies sur la cession de créance dans unes perspective canadienne », (2003) 90 *Banque & Droit*, p. 40 ; Michel DESCHAMPS, « The Priority Rules of the United Nations Receivables Convention », (2002) 12 Duke Journal of Comparative & International Law 389 ; H. SIGMAN et E. SMITH, « Toward Facilitating Cross-Border Secured Financing and Securitization », (2002) 57 The Business Lawyer 727.

24-Ciotola.indb 103 12-12-12 15:11

24-Ciotola.indb 104 12-12-12 15:11

DU DROIT DU RIVERAIN AUX FORCES HYDRAULIQUES DU DOMAINE DE L'ÉTAT

François Frenette*

I. Introduction 107

II. Un droit accessoire à la propriété d'un fonds : le lit des cours d'eau du domaine de l'État 107
A. L'interprétation traditionnelle de la jurisprudence et de la doctrine sur le sujet 109
B. L'énoncé de principe contenu à l'article 3 de la *Loi sur le régime des eaux* 111

III. Un attribut inhérent au droit de propriété dans le lit des cours d'eau du domaine de l'État qui est un titre à la propriété éventuelle des forces hydrauliques s'y déployant 114
A. La force hydraulique comme objet distinct de propriété ... 114
B. L'occupation comme mode d'acquisition de la propriété des forces hydrauliques du domaine de l'État 115

IV. Le double octroi de l'État au riverain en vertu de l'article 5 de la *Loi sur le régime des eaux* 117
A. Le droit du riverain d'occuper les forces hydrauliques du domaine de l'État 117
B. Le droit du riverain à la propriété superficiaire des ouvrages nécessaires à l'occupation des forces hydrauliques 118

V. L'encadrement des droits consentis au riverain par l'article 5 de la *Loi sur le régime des eaux* 120
A. L'autorisation préalable à la réalisation des ouvrages nécessaires à l'occupation des forces hydrauliques du domaine de l'État 120
B. La réglementation du droit à l'usage du lit du cours d'eau facilitant l'exercice de la propriétaire superficiaire des ouvrages nécessaires à l'occupation des forces hydrauliques du domaine de l'État 121

VI. Conclusion 124

* Notaire à Québec, professeur émérite, Faculté de droit, Université Laval.

24-Ciotola.indb 105 12-12-12 15:11

24-Ciotola.indb 106 12-12-12 15:11

I. Introduction

Les forces hydrauliques du domaine de l'État sont celles qui se déploient naturellement dans les rivières et lacs navigables et flottables du Québec, ainsi que dans les rivières et lacs ni navigables ni flottables bordant les terrains aliénés par l'État après le 9 février 1918[1] (ci-après cours d'eau du domaine de l'État, cours d'eau du domaine public ou simplement cours d'eau).

La force hydraulique est un sujet relevant de la *Loi sur le régime des eaux*[2]. Un amendement relativement récent à l'article 3 de cette loi est venu bouleverser et écarter ce qui était considéré comme une vérité acquise en droit positif à propos du point de rattachement du droit à cette force. Cet amendement, à la fois capital et digne d'examen, ne dispose cependant pas de façon décisive du problème de la qualification adéquate du droit à la force. Par ailleurs, les articles de la *Loi sur le régime des eaux* relatifs aux forces hydrauliques n'abordent ni ne répondent directement à nombre de questions graves qui sont associées à la détention et à l'exercice du droit à ces forces par le propriétaire riverain. Notre contribution aux *Mélanges* en hommage à Pierre Ciotola, notre distingué collègue et confrère, consistera donc à réduire, autant que faire se peut, les zones d'ombre qui subsistent à propos de la nature véritable du droit aux forces hydrauliques du domaine de l'État, et des conséquences liées à son octroi au propriétaire riverain en vertu d'une disposition de la *Loi sur le régime des eaux* qui a été formulée pour la première fois par le législateur en 1856.

II. Un droit accessoire à la propriété d'un fonds : le lit des cours d'eau du domaine de l'État

Pour la bonne intelligence de ce qui va suivre, il faut remonter dans le temps jusqu'en 1856, année précise où la législature du

---

1 *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 919. Pour un exposé synthétique de la propriété du lit des cours d'eau du domaine public, voir Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens,* 2e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2007, no 2379.

2 L.R.Q., c. R-13.

24-Ciotola.indb 107 12-12-12 15:11

Canada-Uni a décrété, en réaction à une décision de la Cour seigneuriale déniant au seigneur riverain le droit à l'usage extraordinaire des cours d'eau[3], que :

> [t]out propriétaire est autorisé à utiliser, à exploiter tout cours d'eau qui borde, longe ou traverse sa propriété, en y construisant et y établissant des usines, moulins, manufactures de toute espèce, et, pour cette fin, y faire et pratiquer toutes les opérations nécessaires à leur fonctionnement, tels que écluses, canaux, chaussées, digues, et autres travaux semblables.[4]

Décrétée au motif que « l'exploitation des cours d'eau serait un grand moyen de prospérité pour le pays », la règle a été reprise lors de toutes les refontes et de tous les remaniements de texte successifs sur le sujet pour devenir, à des détails près, ce qui est aujourd'hui l'article 5 de la *Loi sur le régime des eaux* :

> Tout propriétaire est autorisé à utiliser et exploiter les cours d'eau qui bordent, longent ou traversent sa propriété, à y construire et établir des usines, moulins, manufactures et machines de toute espèce, et, pour cette fin, y faire et pratiquer toutes les opérations nécessaires à leur fonctionnement, telles que canaux, écluses, murs, chaussées digues et autres travaux semblables.[5]

Rien d'étonnant, par conséquent, à ce que l'énoncé de la règle adoptée en 1856, dont la portée s'étend aux cours d'eau du domaine public[6], soit à l'origine de tous les commentaires qui, depuis lors, lient le droit aux forces hydrauliques du domaine de l'État à la propriété d'un fonds donné.

---

3 L'usage extraordinaire des cours d'eau correspond à leur exploitation commerciale et industrielle.

4 *Loi pour l'exploitation des cours d'eau*, 19 & 20 Vict. 1856, c. 104 (R.-U.), art. 1, devenue S.R.B.C., c. 51, art. 7295.

5 *Supra*, note 2.

6 *Currie* c. *Adams*, (1888) 14 Q.L.R. 169.

24-Ciotola.indb 108 12-12-12 15:11

A. L'interprétation traditionnelle de la jurisprudence et de la doctrine sur le sujet

À la question de savoir non pas seulement si le propriétaire riverain avait droit à l'usage extraordinaire des cours d'eau navigables et flottables, mais bien à celle afférente au fondement même de ce droit, le Conseil privé rendit la décision suivante en 1876 dans *Lyon* c. *Fishmonger's co.* :

> *« With respect of to the ownership of the bed, this cannot be the natural foundation of riparian rights properly so called, because the word riparian is relative to the bank and not the bed of the stream ; and the connection when it exists, of property on the banks with property in the bed of stream depends not upon nature, but on grant or presumption of law.*[7] »

Selon Lord Chaims, qui rédigea la décision au nom du Conseil, c'était le droit naturel qui commandait d'attribuer l'usage ordinaire et extraordinaire des cours d'eau au propriétaire du fonds riverain :

> *« But the right of a riparian proprietor, so far as they relate to any natural stream, exist* jure naturae*, because his land has by nature, the advantage of being washed by the stream ; and if the facts of nature constitute the foundation of the right, I am unable to see why the law should not recognise and follow the course of nature in every part of the same stream (...).*[8] »

La décision fit autorité bien qu'elle fut rendue sans égard à l'existence de la règle formulée par la législature du Canada-Uni en 1856. Par la suite, les tribunaux ne remirent jamais en question l'idée que le droit à l'usage extraordinaire des cours d'eau du domaine public, incluant le droit aux forces hydrauliques de ces

---

7 *Lyon* c. *Fishmonger's co*., (1876) 1 A.C. 662, 683.

8 *Ibid.*, p. 684.

24-Ciotola.indb 109 12-12-12 15:11

cours d'eau, se rattachait à la propriété riveraine plutôt qu'à celle du lit du cours d'eau[9].

Les auteurs, quant à eux, se sont contentés en grande majorité[10] de simplement véhiculer le point de vue exprimé par la magistrature, et toute référence au droit naturel le fut de nom seulement. Jules Brière, à titre d'exemple, écrivait :

> L'autorité des tribunaux qui ont désigné ces principes, nous force à admettre que le droit aux forces hydrauliques a pour titulaire le propriétaire du fonds riverain selon la règle applicable à l'État, et à écarter la thèse qui veut que ce droit soit l'accessoire de la propriété du lit.[11]

André Cossette, pour sa part, abondait dans le même sens :

> Je me contenterai de résumer ici la position de la jurisprudence sur le droit aux forces hydrauliques dans les cours d'eau. En général, il faut retenir que le droit aux forces hydrauliques a pour titulaire le propriétaire du fonds riverain. Il ne s'agit donc pas d'un droit qui est l'accessoire de la propriété du lit.[12]

---

9 *Orr Eming* c. *Colghoun*, (1877) 2 A.C. 839 ; *North Shore Railway Co*. c. *Pion*, (1889) 14 A.C. 612 ; *Hamelin et al.* c. *Bannerman et al.*, (1895) 20 A.C. 237 ; *In re: Water and Water Powers*, (1929) R.C.S. 200 ; *UpperOttawa improvements* c. *Hydro Ontario*, [1961] R.C.S. 486.

10 William DE MONTMOLLIN MARLER, *The law of real property*, Toronto, Burroughs, 1932, n° 270 ; Henri BRUN, « Le droit québécois de l'eau », (1970) 11 *C. de D.*, p. 175 ; Guy LORD, *Le droit québécois de l'eau*, t. 1, Québec, Ministère des Richesses naturelles, 1977, p. 186 ; Pierre-Claude LAFOND, *supra*, note 2, n° 795.

11 Jules BRIÈRE, « Les droits de l'État, des riverains et du public dans les eaux publiques de l'État du Québec », Étude réalisée pour la Commission d'étude des problèmes juridiques de l'eau, Québec, Gouvernement du Québec, 1970, p. 136.

12 André COSSETTE, « Statut actuel et éventuel des rivières du Québec », (1973) 75 *R. du N.* 649, p. 661.

24-Ciotola.indb 110 12-12-12 15:11

Bouffard fut l'un des rares jurisconsultes à diverger d'opinion sur la question :

> Tous ces différents droits ne sont que des accessoires du lit ou du fonds des rivières navigables. Ceux qui dans le passé ont obtenu la concession de rivières navigables, comme cela apparaît dans plusieurs concessions seigneuriales, ou qui ont obtenu des lits de rivières, en tout ou en partie, par lettres patentes ou autres titres au même effet, surtout depuis le régime anglais, ont obtenu par le fait même tous les droits utiles de ces rivières navigables, à moins qu'on ait fait exception dans le titre pour quelques-unes de ces utilités.[13]

La thèse endossée par la majorité en doctrine et en jurisprudence avait toutefois comme conséquence fâcheuse de faire logiquement perdre à l'État son droit aux forces hydrauliques lors de la concession de terres riveraines, sauf exception prévue dans le titre, évidemment, ou du fait de l'application probable de la réserve des trois chaînes[14].

B. L'énoncé de principe contenu à l'article 3 de la *Loi sur le régime des eaux*

Manifestement désireux de clarifier l'état du droit en la matière, le législateur a amendé en 2006 l'article 3 de la *Loi sur le régime des eaux* pour y ajouter un dernier alinéa se lisant comme suit :

> La propriété des forces hydrauliques de l'État est et a toujours été rattachée à la propriété du lit des cours d'eau faisant partie du domaine de l'État. Le présent alinéa est déclaratoire.[15]

---

13 Jean BOUFFARD, *Traité du domaine*, Québec, Presses de l'Université Laval (réimpression), 1977, p. 78, 82. Dussault et Chouinard furent plus tard du même avis : René DUSSAULT et Normand CHOUINARD, « Le domaine public canadien et québécois », (1971) 12 *C. de D.* p. 57.

14 Sur les débats concernant la réserve des trois chaînes (réserve du droit de pêche ou de la propriété, et effet rétroactif ou non de la loi introductive), voir Pierre-Claude LAFOND, *supra,* note 2, nº 1138-1153.

15 *Loi concernant la mise en œuvre de la stratégie énergétique du Québec et modifiant diverses dispositions législatives*, L.Q. 2006, c. 46, art. 58.

24-Ciotola.indb 111 12-12-12 15:11

Cette disposition interprétative à effet rétroactif[16] surprend parce qu'elle tranche dans le vif d'une question qui n'était pas source de division significative en droit positif. Faut-il s'en étonner pour autant ? Nous ne le croyons pas.

Susceptible de constituer un argument sérieux au XIX^e^ siècle, le fait d'invoquer le *jus naturae* pour justifier le rattachement du droit aux forces hydrauliques du domaine de l'État à la propriété d'un fonds riverain ne convainc guère aujourd'hui. La pensée juridique a évolué et s'est affinée depuis lors. Il suffit d'ailleurs de relire les propos de Lord Chaims déjà cité sur le sujet pour déceler tout ce qu'il y a de spécieux dans son raisonnement :

> « *The right of a riparian proprietor, so far as they relate to any natural stream, exist jure naturae, because his land has by nature, the advantage of being washed by the stream; and if the facts of nature constitute the foundation of the right, I am unable to see why the law should not recognise and follow the course of nature in every part of the same stream.*[17] »

Les légistes de l'État, importe-t-il par ailleurs d'admettre et d'entrevoir, ont sans doute saisi, après mûre réflexion, qu'il était difficile, voire impossible de soutenir que le droit de propriété du fonds riverain comprenait également, de façon intrinsèque, le droit aux forces hydrauliques du domaine de l'État. Le prétendre signifiait en effet que ce droit aux forces était un attribut inhérent au droit de propriété du riverain dans son propre fonds, et non pas un attribut inhérent du droit de propriété de l'État dans le lit des cours d'eau de son domaine, lequel servait d'assiette au droit à l'usage extraordinaire du cours de l'eau. Pareille contradiction ne se pouvait et l'heure paraissait donc venue de mettre le droit positif en accord avec les principes fondamentaux du droit des biens.

En résumé, l'effet déclaratif du dernier alinéa de l'article 3 de la *Loi sur le régime des eaux* a trait uniquement au rattachement

---

16 Une loi ou une disposition déclarative se distingue des lois et dispositions ordinaires par son effet rétroactif, lequel permet de fixer le sens et la portée d'une règle de droit antérieure.

17 *Supra*, note 8 [nos soulignés].

24-Ciotola.indb 112 12-12-12 15:11

du droit aux forces hydrauliques du domaine de l'État au droit de propriété de ce dernier dans le lit des cours d'eau faisant partie du domaine public. La disposition fait donc simplement passer le droit d'accéder à la propriété des forces hydrauliques par la propriété du lit de tels cours d'eau, ce qui, considérant l'emprise du lit nécessaire à l'appropriation de la force, est on ne peut plus cohérent[18].

Désigner le riverain comme titulaire des forces hydrauliques du domaine de l'État ou faire de ce droit un accessoire à la propriété du fonds riverain ne sont pas des inexactitudes en soi, à la condition évidemment, et c'est sans doute là le message implicite de la mise au point du législateur, de préciser, ou à tout le moins de laisser clairement entendre, que ces propos se réduisent à indiquer que le riverain tient son droit de celui de l'État dans le lit des cours d'eau du domaine public, et que ce droit, comme en matière de servitudes, suit la propriété du fonds riverain[19]. L'inexactitude apparaît cependant lorsque l'usage des mots « titulaire » et « accessoire » sert à arguer que le droit aux forces hydrauliques du domaine de l'État est un attribut du droit de propriété du riverain dans son propre fonds.

En mettant fin à une longue dérive du droit positif, le législateur québécois a bien pris soin, faut-il dire en terminant sur cette question, de ne pas exclure que le propriétaire riverain puisse être titulaire d'un droit réel dans l'immeuble d'autrui, c'est-à-dire de ne pas créer une contradiction véritable entre le dernier alinéa de l'article 3 de la *Loi sur le régime des eaux* et l'article 5 de la même loi. Bref, la disposition déclarative n'avait pas pour but de retirer au propriétaire riverain ce que l'article 1 de la *Loi pour l'exploitation des cours d'eau* lui reconnaissait depuis 1856.

---

18 Un peu à l'instar du droit de pêche. Voir Yvette-Marie KIERAN, « Histoire d'eau – Guide à l'intention des notaires », (1996) 98 *R. du N.* 145, p. 181-183.

19 Il ne semble pas que le droit positif en ait fait, comme la servitude, un accessoire inséparable de la qualité de riverain : *Ville de Roberval* c. *Simard*, (1921) 31 B.R. 388 ; Guy LORD, *supra*, note 10, p. 187.

24-Ciotola.indb 113 12-12-12 15:11

III. Un attribut inhérent au droit de propriété dans le lit des cours d'eau du domaine de l'État qui est un titre à la propriété éventuelle des forces hydrauliques s'y déployant

Ranger le droit aux forces hydrauliques du domaine de l'État dans le faisceau des prérogatives du droit de propriété de l'État sur le lit des cours d'eau de son domaine assure-t-il à l'État la propriété immédiate de telles forces ? Tentons de répondre à la question en admettant, aux fins de la discussion, que l'État soit le propriétaire des forces hydrauliques se déployant dans les cours d'eau de son domaine. Pour faire de ce postulat une vérité, il importe toutefois, dans un premier temps, de déterminer en quoi consiste exactement la force hydraulique qui est censée être l'objet du droit de propriété de l'État et, dans un deuxième temps, de découvrir si cette force peut être ou a été acquise par l'État.

A. La force hydraulique comme objet distinct de propriété

La *Loi sur le régime des eaux* ne définit pas ce qu'est la force hydraulique. L'expression « forces hydrauliques du domaine de l'État » sous-entend toutefois que cette force est multiple, qu'il y en a plusieurs, à tout le moins autant qu'il y a de cours d'eau. Ces forces multiples correspondent, suivant Guy Lord, à des « pouvoirs d'eau appartenant à l'État »[20]. La formule est imagée certes, mais il n'y a point là de définition de la chose.

La force hydraulique ne se confond pas avec le lit sur lequel l'eau court, lit qui est simplement le creux du sol dans lequel l'eau coule soit, par conséquent, une parcelle de terre. La force hydraulique ne se confond pas davantage avec l'eau qui court sur son lit, eau qui est simplement un liquide incolore, inodore et transparent coulant dans le creux du sol soit, en l'espèce, une « res communis » qui, sous réserve du 2e alinéa de l'article 913 C.c.Q., échappe à toute appropriation, même celle de l'État[21].

---

20 Guy LORD, *supra*, note 10, p. 414.

21 Préc., note 1, art. 913 : Certaines choses ne sont pas susceptibles d'appropriation ; leur usage, commun à tous, est régi par des lois d'intérêt général

24-Ciotola.indb 114 12-12-12 15:11

La force hydraulique consiste, à notre humble avis, en cette qualité intrinsèque qui est attribuée au phénomène physique du mouvement de l'eau. Cette qualité a pour nom énergie*, énergie qui a pour facteur d'action le cours de l'eau, lequel peut être lent, rapide ou impétueux. Elle se perçoit par le toucher et constitue de ce fait une chose corporelle.*

L'article 906 C.c.Q. fait de toute forme d'énergie un meuble corporel, à condition qu'elle soit maîtrisée par l'homme et mise à son service[22]. La force hydraulique, comme toute autre énergie, est donc susceptible d'appropriation, susceptible de devenir objet de propriété, contrairement à l'eau avec laquelle elle ne se confond pas, a-t-il été précisé. Avant d'être maîtrisée, avant d'être effectivement appropriée, la force hydraulique n'est et ne peut être autre qu'une « res nullius »[23].

B. L'occupation comme mode d'acquisition de la propriété des forces hydrauliques du domaine de l'État

Le titre attestant de la propriété de l'État sur les forces hydrauliques de son domaine ne se présume pas puisqu'il s'agit en l'espèce de biens meubles corporels et non d'immeubles[24]. Ces forces étant au demeurant des « res nullii », l'État devra donc démontrer

---

et, à certains égards, par le présent code. L'air et l'eau qui ne sont pas destinés à l'utilité publique sont toutefois susceptibles d'appropriation s'ils sont recueillis et mis en récipient.

22 Préc., note 1, art. 906 : « Sont réputées meubles corporels les ondes ou l'énergie maîtrisées par l'être humain et mises à son service, quel que soit le caractère mobilier ou immobilier de leur source. »

23 La « res nullius » est une chose mobilière qui n'appartient à personne, même pas à l'État, mais qui est **susceptible d'appropriation par occupation** par la personne qui la prend avec l'intention de s'en rendre propriétaire. Le gibier, le poisson et le bien abandonné sont des exemples du genre. Voir les articles 914 et 934-935 C.c.Q.

24 Préc., note 1, art. 918 : « Les parties du territoire qui ne sont pas la propriété de personnes physiques ou morales, ou qui ne sont pas transférées à un patrimoine fiduciaire, appartiennent à l'État et font partie de son domaine. **Les titres originaires de l'État sur *ces* biens se présument.** » [Notre emphase]

24-Ciotola.indb 115 12-12-12 15:11

qu'il les a occupées pour établir qu'il en est le propriétaire[25]. L'État aura peine à faire cette démonstration parce qu'elle exige l'existence certaine, et non pas simplement virtuelle, d'une chose déterminée. Il s'agit là en effet d'une exigence propre au droit de propriété et à tout autre droit réel :

> Le droit de créance peut donc exister sans qu'il n'y ait une chose qui en fasse l'objet. Il n'en est pas de même du droit réel, il ne se conçoit pas sans une chose dans laquelle il s'exerce, et cette chose doit être déterminée.[26]

Cette exigence ne peut être rencontrée par voie d'une simple indication, comme le fait le dernier alinéa de l'article 3 de la *Loi sur le régime des eaux*, du lieu où les forces hydrauliques se déploient, à savoir sur le lit des cours d'eau de son domaine. Encore faut-il que les forces charroyées par ces cours d'eau aient été appréhendées, captées, maîtrisées[27] par l'État à un point donné sur le lit des cours d'eau de son domaine pour devenir un objet déterminé d'un droit de propriété, ce qui n'a pas été fait. L'État ne peut donc pas prétendre à la propriété réelle et effective des forces hydrauliques de son domaine.

En résumé, le texte du dernier alinéa de l'article 3 de la *Loi sur le régime des eaux* ne fait pas de l'État le propriétaire des forces hydrauliques de son domaine. Il ne fait tout au plus que référer à leur existence en confondant, par un raccourci fréquent du langage connu sous le nom d'*ellipse*, le droit de propriété et son objet. Ce constat n'emporte pas pour autant toutefois que le riverain ait la propriété immédiate des forces hydrauliques du domaine de l'État en vertu de l'article 5 de la *Loi sur le régime des eaux.*

---

25 Préc., note 1, art. 914, 935.

26 François LAURENT, *Principes de droit civil français*, 3e éd., t. 6, Bruxelles, Bruylant-Christophe & Co., 1878, p. 95, no 74. Voir au même effet : Henri DE PAGE et René DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 2e éd., t. 5, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1975, p. 729-730 ; Christian ATIAS, *Droit civil, les biens,* Paris, Librairies techniques, 1980, p. 65 ; Jean CARBONNIER, *Droit civil,* t. 3, Les biens, Paris, Presses Universitaires de France, 1969, p. 43 ; André MONTPETIT et Gaston TAILLEFER, *Traité de droit civil du Québec,* t. 3, Montréal, Wilson & Lafleur, 1945, p. 17.

27 Préc., note 1, art. 906, 914.

24-Ciotola.indb 116 12-12-12 15:11

IV. Le double octroi de l'État au riverain en vertu de l'article 5 de la *Loi sur le régime des eaux*

L'article 5 de la *Loi sur le régime des eaux* confère, tout comme l'article 1 de l'*Acte pour autoriser l'exploitation des cours d'eau* de 1856 l'avait fait, deux droits principaux[28] aux propriétaires riverains : celui d'utiliser et d'exploiter les cours d'eau bordant, longeant ou traversant leur propriété, et celui, à cette fin, d'y construire et établir des usines, moulins, manufactures et machines de toute espèce, ainsi que d'y pratiquer toutes les opérations nécessaires à leur fonctionnement, telles que canaux, écluses, murs, chaussées, digues et autres travaux semblables.

Le premier de ces droits diffère considérablement du second.

A. Le droit du riverain d'occuper les forces hydrauliques du domaine de l'État

L'usage des cours d'eau à des fins industrielles et commerciales était déjà considéré comme un grand moyen de prospérité au XIX^e^ siècle, et l'État aurait pu, en sa qualité de propriétaire du lit des cours d'eau de son domaine, exploiter lui-même ces cours d'eau. Il a plutôt choisi, libéralisme économique de l'époque oblige, de concéder ce droit à tout propriétaire riverain intéressé. La disposition législative adoptée à cet effet en 1856 subsiste dans le texte de l'article 5 de la *Loi sur le régime des eaux*. Il a de plus fait en sorte que toute autre personne qu'un propriétaire riverain puisse également, par l'entremise d'aliénations ou de baux, entreprendre l'exploitation des cours d'eau du domaine public[29].

Le droit du riverain de procéder à l'exploitation industrielle et commerciale des cours d'eau du domaine public ne lui accordait évidemment pas la propriété immédiate des forces hydrauliques se déployant dans ces cours d'eau. Il devait et doit toujours, puis-

---

[28] À titre d'accessoires, le propriétaire riverain bénéficie d'un droit d'expropriation, et il est tenu garant de tout préjudice pouvant être causé à autrui par une trop grande élévation des écluses ou autrement : *Loi sur le régime des eaux,* L.R.Q., c. R-13, art. 13, 16.

[29] Voir l'article 2 de la *Loi sur le régime des eaux*, L.R.Q., c. R-13.

24-Ciotola.indb 117 12-12-12 15:11

que ces forces sont des *res nullii,* réussir lui-même à les occuper, à les maîtriser en harnachant le cours de l'eau à un endroit choisi. C'est à ce moment et à ce moment seulement qu'il en acquiert la propriété. Le droit aux forces hydrauliques du domaine de l'État peut être ainsi défini comme la faculté accordée au riverain d'acquérir la propriété de ces forces par le biais de l'occupation.

B. Le droit du riverain à la propriété superficiaire des ouvrages nécessaires à l'occupation des forces hydrauliques

Il eut été parfaitement inutile d'autoriser les propriétaires riverains à exploiter des cours d'eau pour en extraire la force hydraulique nécessaire au fonctionnement d'« usines, moulins, manufactures et machines de toute espèce » si ces propriétaires n'étaient pas également habilités à réaliser les ouvrages leur permettant de capter cette force. Le législateur l'avait bien compris dès 1856. Aussi, le droit d'occuper les forces hydrauliques a-t-il été depuis le début accompagné du droit de faire et de pratiquer sur les cours d'eau, dont ceux du domaine de l'État, des « canaux, écluses, murs, chaussées, digues et autres travaux semblables ». La concession de ce dernier droit peut être interprétée comme une renonciation au bénéfice de l'accession de la part de l'État, propriétaire du lit des cours d'eau de son domaine, en faveur du riverain pour toutes constructions et ouvrages à caractère permanent qui seront érigés et réalisés sur le lit du cours d'eau. Et une renonciation au bénéfice de l'accession ainsi consentie fonde, comme le précise si bien l'article 1110 C.c.Q.[30], la propriété superficiaire du riverain sur de telles réalisations immobilières[31].

La renonciation au bénéfice de l'accession a été et est la façon la plus courante d'apporter un changement au fonctionnement

---

30 Préc., note 1, art. 1110 : « La propriété superficiaire **résulte** de la division de l'objet du droit de propriété portant sur un immeuble, de la cession du droit d'accession ou **de la renonciation au bénéfice de l'accession**. » [Notre emphase]

31 Préc., note 1, art. 1011 : « La propriété superficiaire est celle des constructions, ouvrages ou plantations situés sur l'immeuble appartenant à une autre personne, le tréfoncier. »

24-Ciotola.indb 118 12-12-12 15:11

normal de la règle de l'accession et, partant, de pourvoir à l'établissement éventuel d'une propriété superficiaire. Il s'agit essentiellement de l'acte par lequel le propriétaire d'un immeuble, conservant en sa main le droit d'accession afférent à celui-ci, renonce à recueillir le bénéfice normalement rattaché à la titularité du droit d'accession, c'est-à-dire l'acquisition du bien qui s'unit accessoirement à cet immeuble. Il en résulte que le bénéficiaire de la renonciation au bénéfice de l'accession peut conserver la propriété de ce qu'il réalisera lui-même à ses frais sur l'immeuble d'autrui. La renonciation au bénéfice de l'accession peut être expresse ou tacite. Avant l'entrée en vigueur du Code civil du Québec le 1er janvier 1994, donnant officiellement droit de cité à la propriété superficiaire et détaillant ses modes de constitution, la renonciation au bénéfice de l'accession était presque toujours consentie de façon tacite. Néanmoins, elle devait sous l'ancien Code et doit toujours dans ce cas sous le nouveau Code être certaine[32].

Le fait qu'un texte de loi puisse fort bien contenir une renonciation au bénéfice de l'accession a déjà été reconnu à deux reprises par nos tribunaux[33]. Aussi estimons-nous qu'il en ainsi à l'article 1 de l'*Acte pour autoriser l'exploitation des cours d'eau,* repris par l'article 5 de la *Loi sur le régime des eaux*. Le texte de ces dispositions similaires ne peut que s'analyser en une renonciation tacite au bénéfice de l'accession de la part de l'État, tréfoncier, en faveur du riverain. La propriété superficiaire de ce dernier doit être au demeurant considérée comme établie au même titre que celle du locataire en vertu de l'article 2 de la *Loi sur le régime des eaux*[34]. Cette propriété immobilière du riverain, superposée

---

32 Sur la renonciation au bénéfice de l'accession et ses effets, qu'elle soit tacite ou expresse, ainsi que sur la propriété superficiaire en général, voir François FRENETTE, *La propriété superficiaire*, 2e éd., coll. Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, no 24-31.

33 *Corporation Stone-Consolidated* c. *Pierre Desjardins Gestion Inc*., (1998) R.D.I. 126, 129 ; *Chassé (Marco et Stéphane Chassé) Syndic de*, 2008 QCCS 1450.

34 Jules BRIÈRE, *supra*, note 11, p. 167 ; Guy LORD, *supra*, note 10, p. 373. Pour un cas de renonciation tacite au bénéfice de l'accession en vertu d'une clause dans un bail consenti par l'administration publique en vertu de l'ar-

24-Ciotola.indb 119 12-12-12 15:11

à celle de l'État sur le lit d'un cours d'eau de son domaine, a, comme toute propriété, vocation à perpétuité, c'est-à-dire vocation de durer tant et aussi longtemps que son objet existe. La modalité sous laquelle la propriété se présente ainsi durera, quant à elle, aussi longtemps que les qualités de tréfoncier et de superficiaire ne seront pas réunies[35].

V. L'encadrement des droits consentis au riverain par l'article 5 de la *Loi sur le régime des eaux*

Les droits consentis au propriétaire riverain par l'article 5 de la *Loi sur le régime des eaux* n'empêchent pas le gouvernement d'encadrer l'exercice de tels droits. Cet encadrement fit son apparition à partir de 1918 seulement. Nous n'aborderons, dans le cadre de la présente contribution, que deux des diverses mesures introduites par l'État pour exercer un certain contrôle sur le développement d'un secteur on ne peut plus important de notre économie : celle ayant trait aux ouvrages nécessaires à l'occupation des forces hydrauliques, ainsi que celle portant sur le droit du riverain à l'usage du lit du cours d'eau servant d'appui à sa propriétaire superficiaire.

A. L'autorisation préalable à la réalisation des ouvrages nécessaires à l'occupation des forces hydrauliques du domaine de l'État

De 1856 à 1918, les propriétaires riverains ont eu les coudées franches pour mettre à exécution comme bon leur semblait leurs projets d'exploitation commerciale et industrielle des cours d'eau du domaine de l'État. L'administration publique n'exerça aucun contrôle véritable pendant cette période. À compter de 1918 cependant, la réalisation de constructions et d'ouvrages à caractère permanent jugés nécessaires ou utiles à l'exercice du droit d'occuper les forces hydrauliques du domaine de l'État fut assujettie

ticle 3 de la *Loi sur le régime des eaux*, voir : *Domaine de l'Anse de Val-Jalbert* c. *Morin*, [2003] R.D.I. 711.

35 François FRENETTE, *supra*, note 32, nº 54-58.

24-Ciotola.indb 120 12-12-12 15:11

à l'obtention d'une approbation et d'une autorisation préalables : les plans et devis des travaux devaient recevoir l'assentiment du lieutenant-gouverneur en conseil, faire l'objet d'un avis public et être inscrits au registre foncier. Tout manquement à cet égard exposait le propriétaire riverain à l'émission d'une ordonnance de démolition des travaux réalisés. Les articles 59 à 61 de la *Loi sur le régime des eaux* sont aujourd'hui au même effet. Bien que ces restrictions aient été et soient encore assez contraignantes, elles n'ont toutefois aucunement pour conséquence de priver les propriétaires riverains de leur droit d'ériger les ouvrages leur permettant de créer, à partir du mouvement de l'eau sur les rivières du domaine de l'État, l'énergie destinée à alimenter usines, moulins, manufactures et machines de toute sorte[36]. Réalisés sans formalités avant 1918 ou dans le respect des formalités prescrites par la suite, ces ouvrages appartiennent toujours au propriétaire riverain les ayant effectués dès qu'ils ont pris corps, c'est-à-dire dès que le droit de propriété a eu un objet sur quoi porter.

B. La réglementation du droit à l'usage du lit du cours d'eau facilitant l'exercice de la propriétaire superficiaire des ouvrages nécessaires à l'occupation des forces hydrauliques du domaine de l'État

Les constructions et ouvrages à caractère permanent tenus en propriété superficiaire par le riverain reposent sur le lit d'un cours d'eau appartenant à l'État. Pour réaliser et maintenir en état de superposition tels constructions et ouvrages, le riverain droit avoir droit à l'usage du lit du cours d'eau faisant partie du domaine public, et ce, peu importe la nature de ce droit : personnel sous forme de bail, ou réel sous forme d'usage ou de servitude.

Il ne peut toutefois s'agir en l'espèce d'un droit d'accès à l'eau, c'est-à-dire d'un droit d'entrée et de sortie de l'eau à partir de la rive[37]. Le riverain dispose déjà de cette faculté en vertu de sa qualité même de propriétaire riverain. Il ne peut davantage s'agir d'un

---

36 Jean BOUFFARD, *supra*, note 13, nº 167.

37 Incluant la faculté de passer sur la partie de la rive entre les hautes et basses eaux.

24-Ciotola.indb 121 12-12-12 15:11

permis d'occupation du lit du cours d'eau du domaine public parce que la concession d'un tel permis a toujours été réservée à des aménagements et travaux d'importance mineure liés à la prise et au rejet de l'eau[38]. Enfin, il est exclu que le droit à l'usage du lit du cours d'eau soit celui résultant de la location des forces hydrauliques du domaine de l'État visée par l'article 3 de la *Loi sur le régime des eaux* parce que le riverain tient son droit à l'exploitation de ces forces de l'article 5 de cette loi plutôt que d'un contrat de location.

Pour la période qui s'étend de 1856 à 1916, il faut présumer, en l'absence de législation ou réglementation précises et constantes sur le sujet, que le riverain jouissait du droit à l'usage du lit du cours d'eau du domaine public pour effectuer et conserver *in situ* la propriété de tous les ouvrages nécessaires à l'occupation des forces hydrauliques en vertu de l'article 1 de la *Loi pour autoriser l'exploitation des cours d'eau* de 1856. Comme la disposition autorisait le riverain à utiliser et exploiter les cours d'eau, à y construire et établir des usines et manufactures, ainsi que d'y faire, à cette fin, tous travaux, il s'ensuit que le législateur lui avait implicitement accordé le droit à l'usage du lit des cours d'eau du domaine public. S'il en avait été autrement, le riverain n'aurait rien pu entreprendre et encore moins conserver quoi que ce soit.

À compter de 1916, un système de baux à durée et contenu variables est venu remplacer les différents actes de concession et d'aliénation du lit des cours d'eau du domaine de l'État consentis en faveur de personnes qui, sans être propriétaires riverains, souhaitaient faire une exploitation industrielle et commerciale de ces cours d'eau[39]. Ce système a été réformé en 1974 et en 1978[40]. Les alinéas 2 à 4 de l'article 2 de la *Loi sur le régime des eaux* font d'ailleurs état de pareils baux. Aussi est-ce sans nul doute par la voie d'un contrat de location de ce type, proposé, voire imposé tant aux riverains qui avaient déjà réalisé des constructions et ou-

---

38 Guy LORD, *supra*, note 10, p. 376-379.

39 André TASCHEREAU, « Les rivières de la province », (1941) 43 R. du N. 333, 349.

40 Guy LORD, *supra*, note 10, p. 363-375.

24-Ciotola.indb 122 12-12-12 15:11

vrages à caractère permanent sur le lit des cours d'eau du domaine public qu'à ceux faisant une demande d'approbation et d'autorisation de les faire à l'avenir, que le droit de ces derniers à l'usage du lit a été précisé et réglementé. L'article 6 de la *Loi sur le régime des eaux* tend à confirmer cette hypothèse pour le bail[41].

Circonscrire par voie de location le droit du riverain à l'usage du lit du cours d'eau du domaine de l'État sur lequel repose sa propriété superficiaire n'a rien de répréhensible, et ce, même si le contrat à cet effet est inspiré de celui habituellement employé dans le cas de non riverains autorisés à exploiter ces cours d'eau. Le bail destiné au propriétaire riverain devra toutefois demeurer distinct sur un certain nombre de points importants, ce qui ne semble pas avoir été compris par les autorités responsables.

De façon générale, le bail doit s'en tenir strictement à accorder au riverain la jouissance du lit du cours d'eau et à régir uniquement ce qui a trait à l'usage de ce tréfonds. De façon particulière, les termes du bail ne doivent donc pas prétendre conférer au riverain le droit à l'utilisation et à l'exploitation du cours d'eau du domaine public. Le propriétaire riverain détient ce droit directement de la loi, à savoir de l'article 5 de la *Loi sur le régime des eaux*.

Le bail ne doit pas non plus contenir une autorisation à réaliser constructions et ouvrages avec force détails sur leur genre et importance, d'une part, parce que le fameux article 5 de la *Loi sur le régime des eaux* contient déjà pareille autorisation et, d'autre part, parce que c'est l'approbation des plans et devis des travaux du riverain par l'administration publique qui fixe leur nature et leur étendue. Le bail ne doit pas davantage stipuler que la propriété superficiaire du riverain sur les constructions et ouvrages qu'il a réalisés passera automatiquement à l'État à l'arrivée du terme. La propriété superficiaire du riverain résulte, avons-nous démontré, de la renonciation tacite au bénéfice de l'accession consentie par l'État, laquelle s'infère du droit de construire du riverain sur le lit d'un cours d'eau du domaine public en vertu, toujours, du fameux article 5 de la *Loi sur le régime des eaux.* C'est par un amendement à cet article, et non pas par la clause d'un contrat ayant sim-

41 Lire l'arrêt *Domaine de l'Anse de Val-Jalbert* précité à la note 34.

24-Ciotola.indb 123 12-12-12 15:11

plement trait à l'usage du lit du cours d'eau par le riverain, que la portée dans le temps de la renonciation au bénéfice de l'accession peut être modifiée, que la perte de la propriété superficiaire du riverain au profit de l'État peut être décidée. Enfin, le bail ne doit en aucune façon prévoir l'extinction du droit du riverain d'occuper les forces hydrauliques du domaine de l'État au terme de la durée convenue pour l'utilisation du lit du cours d'eau. Le riverain ne peut être, encore une fois, ainsi privé de son droit que par un amendement à l'article de la loi le lui ayant accordé[42].

À défaut de bail ou à l'arrivée de son terme sans renouvellement, l'article 1111 C.c.Q. prévoit que le lit du cours d'eau appartenant à l'État servant de support à la propriété superficiaire du riverain est grevé des servitudes nécessaires à la jouissance de cette propriété superposée[43].

VI. Conclusion

Il appert, au terme de notre analyse, que la disposition déclaratoire insérée au dernier alinéa de l'article 3 de la *Loi sur le régime des eaux* en 2006 ne correspond en rien à une aberration. La propriété de l'État dans le lit des cours d'eau de son domaine, qui lui donne vocation d'occuper les forces hydrauliques qui s'y déploient, ne s'oppose aucunement à ce que ce droit aux forces soit, comme il l'a été depuis 1856, concédé au propriétaire riverain de ces cours d'eau. Il est cependant regrettable que la disposition déclaratoire en question ait été introduite plus ou moins furtivement, et que le législateur n'ait pas plutôt songé à un projet

---

42 Un bail consenti en vertu de l'article 2 ou 3 de la *Loi sur le régime des eaux* pourrait contenir plusieurs, ou toutes les dispositions autrement inacceptables dans celui proposé ou imposé au riverain. Tel était le cas dans l'arrêt *Domaine de l'Anse de Val-Jalbert* précité à la note 34.

43 Préc., note 1, art. 1111 : « Le droit du propriétaire superficiaire à l'usage du tréfonds est réglé par la convention. À défaut, le tréfonds est grevé des servitudes nécessaires à l'exercice de ce droit ; elles s'éteignent lorsqu'il prend fin ». La jurisprudence réfère d'ailleurs à l'existence de telles servitudes dès 1899, mais sans parler explicitement de propriété superficiaire parce que cette modalité de la propriété était plutôt méconnue à l'époque : *Marotte* c. *Dubeau*, (1900) 6 R.J., 65, 75.

24-Ciotola.indb 124 12-12-12 15:11

de loi portant uniquement sur une mise à jour complète de la *Loi sur le régime des eaux* qui, au moins pour ce qui a trait à la matière de l'article 5 de cette loi, aurait éclairé davantage la nature du droit aux forces hydrauliques du domaine de l'État et le mode de leur acquisition. Il eut été alors également plus facile de tenter de faire en sorte que la propriété superficiaire du riverain soit le résultat d'une renonciation expresse au bénéfice de l'accession ou, à défaut, l'objet d'une reconnaissance anticipée. Bref, une intervention en droit statutaire s'harmonisant avec le droit civil eut été préférable.

24-Ciotola.indb 125 12-12-12 15:11

24-Ciotola.indb 126 12-12-12 15:11

LE MODÈLE QUÉBÉCOIS DE RECOURS COLLECTIF : UNE PROCÉDURE ORIGINALE ET ADAPTÉE À LA RÉPARATION DES DOMMAGES

Pierre-Claude LAFOND*

AVANT-PROPOS 129

I. LES CARACTÉRISTIQUES DU MODÈLE QUÉBÉCOIS 131
A. Les traits distinctifs 131
B. Une procédure en trois étapes 137
C. Une procédure exclusive des autres actions 141
1. Les relations avec des actions d'une autre nature 141
2. Les relations avec les actions individuelles 144
3. Les relations avec d'autres recours collectifs 145

II. LA RÉPARATION DES DOMMAGES 147
A. Les dommages et les formes d'indemnisation 147
B. Les formules de réparation collective 148
1. Le choix du mode de recouvrement 149
a) Le recouvrement collectif 149
b) Le recouvrement individuel 152
2. Le choix du mode de distribution 153
a) La distribution individuelle 155
b) La distribution collective 156
c) La mesure réparatrice 161

CONCLUSION 164

* Avocat et médiateur, professeur titulaire, Faculté de droit, Université de Montréal.

24-Ciotola.indb 127 12-12-12 15:11

24-Ciotola.indb 128 12-12-12 15:11

AVANT-PROPOS

Le professeur Pierre Ciotola se voulait bien plus qu'un spécialiste des sûretés et des droits patrimoniaux; il s'intéressait également aux grands mouvements sociaux et législatifs, dont le droit de la consommation et le recours collectif qui ont marqué la fin des années 1970. À sa manière, il savait se montrer visionnaire.

Peu de gens savent ou se rappellent qu'il a profité d'une année sabbatique pour se ressourcer et étudier le droit de la protection du consommateur à l'Université Yale, à New Haven, en 1976-1977. Suite à cette incursion intellectuelle, il a dispensé ce cours à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et publié quelques articles sur le sujet. C'est dans le cadre de ce « virage » que j'ai eu l'occasion de travailler sous sa direction, à titre d'étudiant à la maîtrise de 1978 à 1981. La plupart de mes collègues ignorent qu'il a dirigé mon mémoire, qui portait alors sur le recours collectif et les consommateurs, cette nouvelle procédure québécoise qui venait tout juste d'être adoptée en 1978. Pour rappeler cette lointaine collaboration et lui rendre hommage pour les bons conseils qu'il m'a prodigués à l'époque, je me permets de lui offrir ce texte de présentation générale du recours collectif québécois.

Je profite de l'occasion pour lui témoigner combien ses enseignements m'ont inspiré dans ma propre carrière de professeur. Ses plans détaillés, son souci de la pédagogie et de la clarté, sa préoccupation pour l'application pratique des concepts et des règles, de même que son humour irrésistible ont teinté ma manière de concevoir un cours et de l'enseigner. Sans le savoir, il aura donc tenu un rôle considérable dans ma vie professionnelle. Comme enseignant, on ignore souvent l'impact généré sur nos étudiants et sur leur cheminement. Qu'il en soit ici publiquement remercié.

24-Ciotola.indb 129 12-12-12 15:11

Adoptée le 8 juin 1978 et entrée en vigueur le 19 janvier 1979, la loi instituant le recours collectif québécois a déjà plus de 30 ans d'expérimentation. Le modèle québécois est reconnu comme l'un des plus progressistes au monde. Ses modalités et son fonctionnement sont régis par les articles 999 à 1051 du *Code de procédure civile*, un code général en lieu et place d'une loi spéciale.

En 1978, le Québec était la première province canadienne à se doter d'une procédure de recours collectif. L'Ontario a suivi en 1992 seulement. Cette adoption, il est important de le rappeler, s'inscrit dans une période sociale-démocrate et de réforme sociale pendant laquelle plusieurs lois de protection des citoyens ont été adoptées (aide juridique, Cour des petites créances, Régie du logement, *Loi sur la protection du consommateur*[1]). L'effervescence des années 70 était à son comble.

Les opposants de l'époque ont brandi les spectres les plus horrifiants : ils prédisaient l'introduction de recours frivoles et malicieux, l'encombrement des tribunaux, des condamnations astronomiques qui ruineraient les entreprises et feraient chuter l'économie, la violation des règles d'éthique par les membres du Barreau, etc. Selon eux, un monstre venait d'être créé. Rien de tout cela ne s'est produit.

Le succès du recours collectif québécois – car il est justifié de parler de succès – tient à deux grands responsables : le législateur, pour son intelligent travail de conception et sa prudence, et le juge, pour son travail de contrôle et de gardien des intérêts des membres du groupe. Le législateur québécois a, en effet, fait le choix d'investir le juge de pouvoirs extraordinaires en ce qui concerne l'administration globale du recours.

La présente étude rappelle les grandes caractéristiques du modèle québécois de recours collectif et, parmi celles-ci, s'attarde aux modes de réparation des dommages qu'il envisage.

---

1 L.Q. 1978, c. 9.

24-Ciotola.indb 130 12-12-12 15:11

I. Les caractéristiques du modèle québécois

A. Les traits distinctifs

Le modèle québécois comporte les caractéristiques suivantes, qui le distinguent notamment des modèles européens.

– C'est un instrument qui comporte un objectif avoué d'amélioration de l'accès à la justice, et une portée sociale non dissimulée.

– Il est fortement inspiré des modèles américains : le modèle fédéral de la Règle 23 (de 1966) et le modèle de l'État de New York (art. 901 à 909 de 1976). Dans sa sagesse, le législateur québécois a toutefois su retenir le meilleur de ces modèles (conditions d'autorisation, avis aux membres, *opting out*, pouvoirs du tribunal), tout en évitant de reprendre leurs moins bons éléments (honoraires conditionnels des avocats, règle des dépens, dommages punitifs triples, avis individualisés).

– En tant que véhicule universel, son application n'est pas limitée à un secteur du droit, le droit de la consommation par exemple, comme les modèles européens ou brésilien. On retrouve de nombreux cas d'application en matière de santé, d'environnement, de régimes de retraite, de valeurs mobilières, de responsabilité civile, etc. Le domaine de la consommation et de la concurrence tient toutefois le haut du pavé, car environ 40 % des recours ont été exercés dans ce champ entre 1979 et 2000. Les données plus récentes montrent une proportion de 53 % des dossiers actifs en 2010-2011 qui ne sont pas financés publiquement[2].

– Il se présente comme une procédure de *traitement collectif de réclamations individuelles*. Le recours collectif québécois n'est pas conçu pour la défense de l'intérêt collectif, cet intérêt

[2] FONDS D'AIDE AUX RECOURS COLLECTIFS, *Rapport annuel 2010-2011*, Montréal, 2011, p. 16, graphique IV. Le pourcentage est de 28 % pour les dossiers financés par le Fonds d'aide : *id.*, p. 15, graphique III.

24-Ciotola.indb 131 12-12-12 15:11

général, flou et diffus[3], qui transcende la somme des intérêts individuels d'un groupe[4] et qui semble tant passionner les Européens.

– Il s'agit d'un simple moyen de procédure. Aucun droit substantiel nouveau n'est créé ou accordé.

– Il procède selon le mécanisme d'inclusion automatique des membres ou d'*opting out*[5], c'est-à-dire d'une représentation sans mandat (les membres du groupe ne sont pas parties à l'action). En fait, c'est comme s'il y avait mandat, mais un mandat fictif, attribué par le tribunal. Le jugement final lie non seulement les parties, mais l'autorité de la chose jugée s'étend à tous les membres du groupe décrit par le tribunal qui ne s'en sont pas exclus.

– Il ne s'exerce qu'en demande seulement. De ce fait, toute demande reconventionnelle du défendeur est impossible ; ni le groupe ni le représentant ne peuvent être poursuivis.

– Les recours qu'on peut demander ou exercer sont les mêmes que dans une action individuelle, sous réserve de quelques exceptions (ex. : action en nullité d'un règlement).

– Compte tenu de la complexité des procédures, le recours relève de la compétence juridictionnelle exclusive de la Cour supérieure, ce qui garantit le sérieux du traitement. D'aucune manière il ne peut être entendu par la Cour des petites créances, même dans les cas de réclamations modestes.

– Le représentant dans le recours peut être une personne physique, une association ou une personne morale de droit privé

---

3 Mauro CAPPELLETTI et Brian GARTH (dir.), *Access to justice : a world survey*, vol. 1, Alphenaan den Rijn, et Milan, Sijthoff et Noordhoff, 1978, p. 18, 35-38 ; Roger PERROT et Henry SOLUS, *Droit judiciaire privé*, t. I, Paris, Sirey, 1961, p. 218, n° 242.

4 Roger PERROT et Henry SOLUS, *Droit judiciaire privé*, t. I, Paris, Sirey, 1961, n° 245, p. 221 ; Francis CABALLERO, « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », (1985) 84 *Rev. trim. dr. civ.*, 247, 260.

5 Contrairement à plusieurs modèles européens qui procèdent selon le mécanisme de l'*opting in*.

24-Ciotola.indb 132 12-12-12 15:11

de 50 employés et moins. Dans la vaste majorité des cas (84 %), ce sont des personnes physiques qui portent le flambeau (seulement 16 % des recours sont exercés par les associations et les personnes morales[6]), ce qui est très différent de la situation européenne où l'action collective est généralement réservée à des associations agréées.

À titre d'exemple, depuis 20 ans, l'association Option consommateurs a été impliquée dans plus de 50 recours collectifs en droit de la consommation ou de la concurrence.

Le modèle nord-américain de recours collectif est caractéristique d'une procédure de nature privée. L'initiative d'exercer l'action relève du justiciable, sans qu'il n'ait besoin de solliciter un mandat gouvernemental. Nulle autorisation du procureur général ou d'un autre organisme officiel, tel l'Office de la protection du consommateur, n'est requise. L'État ne participe à aucune forme de délégation de son pouvoir de représentation. Contrairement à l'approche de mainmise de certains appareils étatiques étrangers, le législateur québécois a préféré respecter la liberté d'action du citoyen. Au demeurant, l'expérience démontre que la protection des intérêts collectifs reste timide lorsqu'elle est confiée exclusivement aux mains d'officiers publics[7].

– Le représentant ne reçoit aucune compensation additionnelle lorsqu'il agit à ce titre. La représentation constitue un acte purement bénévole et altruiste.

---

6 FONDS D'AIDE AUX RECOURS COLLECTIFS, *Rapport annuel 2008-2009*, Montréal, 2009, p. 20, tableau IX. Il est extrêmement intéressant de noter que, jusqu'à 1996, cette proportion se maintenait autour de 7 %. Ce n'est qu'à compter de 1997 que la donne commence à changer en faveur des associations.

7 Hermann BEKAERT, « La mission du ministère public en droit privé », dans *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, t. 2, Bruxelles/Paris, Bruylant/Sirey, 1963, p. 419, à la page 441 ; Thierry BOURGOIGNIE et Jules STUYCK, « La représentation juridictionnelle des intérêts collectifs », dans *L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économique, social et familial – Actes des X^ièmes^ journées juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 597, à la page 603.

24-Ciotola.indb 133 12-12-12 15:11

– Le financement public des recours est assuré par un fonds public, le Fonds d'aide aux recours collectifs, sur demande et sur satisfaction de certains critères d'attribution (économique, bien-fondé du recours, probabilité d'exercice)[8].

  L'originalité de la procédure québécoise se manifeste donc non seulement dans sa conception, mais surtout à l'égard du financement public des recours. Pour le législateur québécois, le recours collectif étant d'abord et avant tout un instrument d'accès à la justice, il était hors de question que le manque d'argent constitue un obstacle à l'exercice des recours. En moyenne, en 2003, environ 53,5 % des recours ont été exercés avec l'aide financière publique[9]. De nos jours, la proportion avoisine 35 % des dossiers actifs[10].

– Le modèle québécois se caractérise aussi par un contrôle du caractère juste et équitable des règlements à l'amiable, puisque le tribunal doit approuver toute transaction après avoir donné un avis aux membres du groupe, leur avoir fourni l'occasion de faire valoir leurs prétentions et avoir conclu que l'entente proposée est dans leur meilleur intérêt[11]. Excepté de rares cas de refus ou de modification[12], dans la très grande majorité des cas, le projet de règlement est approuvé quasi automatiquement.

  Les critères dégagés de la jurisprudence canadienne qui servent de guides aux tribunaux du Québec en raison, notam-

---

8 *Loi sur le recours collectif*, L.R.Q., c. R-2.1, art. 20 à 26.

9 FONDS D'AIDE AUX RECOURS COLLECTIFS, *Rapport annuel 2003-2003*, Montréal, 2004, p. 12, tableau V.

10 FONDS D'AIDE AUX RECOURS COLLECTIFS, *Rapport annuel 2010-2011*, Montréal, 2011, p. 14, graphique II.

11 *Code de procédure civile*, préc., L.R.Q., c. C-25, art. 1025.

12 *Delaunais* c. *Québec (Procureur général)*, [1992] R.J.Q. 1578 (C.S.); en l'espèce, le juge conclut que la distribution du reliquat global (465 000 $) à un organisme sans but lucratif ne revêtait aucune nature réparatrice, puisque les membres n'en tiraient aucune compensation et « se seraient battus à toutes fins pratiques pour un symbole » (p. 1580-1581).

24-Ciotola.indb 134 12-12-12 15:11

ment, de la grande similarité entre le droit du Québec et celui de l'Ontario en matière de recours collectif, sont les suivants :

- les probabilités de succès du recours ;
- l'importance et la nature de la preuve administrée ;
- les termes et les conditions de la transaction ;
- la recommandation des procureurs et leur expérience ;
- le coût des dépenses futures et la durée probable du litige ;
- la recommandation d'une tierce personne neutre, le cas échéant ;
- le nombre et la nature des objections à la transaction ;
- la bonne foi des parties ;
- l'absence de collusion[13].
- Une autre particularité a trait au contrôle du caractère raisonnable des honoraires des procureurs, qui s'exerce par le tribunal chargé d'approuver le montant de ces honoraires au moment du jugement final ou de l'approbation d'un règlement hors cour[14], ce qui a pour effet de contrer tout abus spectaculaire comme on a pu en voir aux États-Unis.

  Il est clair que le mode de rémunération par un pourcentage du montant obtenu peut avoir une incidence sur le montant réclamé initialement ou sur celui de la transaction, incitant peut-être l'avocat du groupe à présenter la réclamation la plus élevée possible. Toutefois, les règles déontologiques applicables au Québec imposant des honoraires justes et raisonnables et les critères évalués par le tribunal avant d'approuver la convention d'honoraires permettent d'éviter tout excès. À moins de constater une erreur ou une omission, le tribunal fait généralement preuve de réserve et se contente d'approuver les hono-

---

13 *Arseneault* c. *Société immobilière du Québec*, C.S. Chicoutimi, n° 150-06-000001-974, 6 juillet 2001, j. Jean Lemelin, p. 6-7. Voir aussi *Bouchard* c. *Abitibi Consolidated*, J.E. 2004-1503 (C.S.), p. 25 du jugement intégral ; *Doyer* c. *Dow Corning Corp.*, C.S. Montréal, n° 500-06-000013-934, 10 juillet 1998, j. Daniel H. Tingley ; *Pelletier* c. *Baxter Healthcare Corp.*, J.E. 98-1200 (C.S.), REJB 1999-13553 (C.S.), p. 4 du jugement intégral ; *Union des consommateurs* c. *Bell Canada*, J.E. 2004-1206 (C.S.), par. 28 du jugement intégral.

14 *Loi sur le recours collectif,* préc., note 8, art. 32.

24-Ciotola.indb 135 12-12-12 15:11

raires tels que réclamés[15]. La convention d'honoraires fixés par pourcentage du montant obtenu (de 15 à 33 %) est souvent utilisée, et celle-ci est jugée juste et raisonnable dans la jurisprudence[16]. La tendance dominante consiste toutefois à évaluer le montant des honoraires en fonction des facteurs généraux énoncés dans le *Code de déontologie des avocats*[17], comme dans tout autre dossier[18], en utilisant parfois un multiplicateur pour tenir compte de l'ampleur et de la difficulté du dossier[19],

---

15 *Champagne et Poulin* c. *Vacances Air Transat A.T. inc.*, C.S. Montréal, n° 500-06-000004-925 et 500-06-000005-922, 3 décembre 1993, j. Gérard Turmel, p. 11 ; *Charbonneau* c. *Aero Mexico*, C.S. Montréal, n° 500-06-000023-818, 19 février 1982, j. Louise Mailhot, p. 4 ; *Rivet* c. *Barrette*, C.S Pontiac, n° 555-06-000001-917, 30 janvier 1995, j. Paul Martineau, p. 5.

16 *Comartin* c. *Bordet*, C.S. Montréal, n° 500-06-000002-838, 17 décembre 1984, j. Benjamin J. Greenberg (jugement rendu oralement ; en l'espèce, le juge ne retient pas automatiquement la formule du pourcentage, mais la justifie néanmoins avec les critères du temps, de l'effort et du travail accompli) ; *Ducharme* c. *Entreprise Dorette Va/Go inc.*, C.S. Montréal, n° 500-06-000007-951, 18 décembre 1997, j. Pierrette Sévigny, p. 3 ; *Gauthier* c. *Cubacan Tours inc.*, C.S. Chicoutimi, n° 150-06-000004-842, 29 janvier 1985, j. Tannenbaum ; *Joyal* c. *Élite Tours inc.*, [1993] R.J.Q. 1143, 1156 (C.S.) ; *Nault* c. *Jarmark*, [1985] R.D.J. 180, 183 (C.S.) ; *Surprenant* c. *Société canadienne de la Croix-Rouge*, [2001] J.Q. n° 5394, par. 6-9 (C.S.) (QL/LN).

17 R.R.Q., 1981, c. B-1, r. 1, art. 3.08.02. Ces critères sont : l'expérience, le temps consacré à l'affaire, la difficulté du problème soumis, l'importance de l'affaire, la responsabilité assumée, la prestation de services professionnels inhabituels ou exigeant une compétence ou une célérité exceptionnelles, le résultat obtenu et les honoraires judiciaires et extrajudiciaires prévus aux tarifs.

18 *ACEF-Centre* c. *Bristol-Myers Squibb Co.*, J.E. 97-621 (C.S.), p. 7-9 ; *Association d'aide aux victimes des prothèses de la hanche* c. *CenterPulse Orthopedics inc.*, C.S. Montréal, n° 500-06-000130-019, 25 avril 2003, j. Nicole Duval Hesler, par. 11-14 ; *Association pour la protection des automobilistes (A.P.A.)* c. *Canadian Honda Motor Ltd.*, [1980] R.P. 331, 335 (C.S.), confirmé par J.E. 81-1019 (C.S.) ; *Bouchard* c. *Abitibi Consolidated*, J.E. 2004-1503 (C.S.), par. 51-55 du jugement intégral ; *Honhon* c. *Canada (Procureur général)*, J.E. 2000-2039 (C.S.) ; *Québec (Curateur public)* c. *Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand (C.S.N.)*, J.E. 97-467 (C.S.), par. 12 du jugement intégral.

19 *ACEF-Centre* c. *Bristol-Myers Squibb Co*., [1997] A.Q. no. 129, par. 40 (C.S.) (LN/QL) ; *Honhon* c. *Canada (Procureur général)*, J.E. 2000-2039 (C.S.) ;

24-Ciotola.indb 136 12-12-12 15:11

pour finalement justifier et approuver une convention fondée sur un pourcentage.

– Enfin, de manière générale, le recours collectif québécois est soumis à un contrôle judiciaire très serré à toutes les étapes de la procédure, constituant un garde-fou sérieux à la possibilité d'abus. Le juge est considéré comme le gardien des intérêts des absents[20].

B. Une procédure en trois étapes

Dans sa configuration québécoise, le recours collectif procède en trois étapes.

Dans une première étape, le requérant doit demander l'autorisation de la Cour supérieure d'exercer un recours collectif. C'est un contrôle *a priori* par le tribunal.

Au nombre de cinq, les conditions d'autorisation (énoncées aux articles 1002 et 1003 C.p.c.) sont :

– l'existence d'un groupe identifiable ;
– l'existence de questions communes à traiter collectivement ;
– la démonstration d'une apparence sérieuse de droit, ayant pour effet d'exclure les demandes frivoles ou non fondées ;
– l'application difficile ou peu pratique des procédures que sont le mandat et la jonction des parties (groupe trop nombreux, personnes éloignées, etc.) ;
– l'assurance d'une représentation adéquate par le représentant désigné.

Ces conditions sont cumulatives et sont évaluées distinctement par le tribunal.

Page c. *Canada (Procureur général)*, [2000] J.Q. no. 3020, par. 91 (C.S.) (LN/QL).

20 Pierre-Claude LAFOND, *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice – Impact et évolution*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006.

24-Ciotola.indb 137 12-12-12 15:11

Moins d'une centaine de requêtes pour autorisation d'exercer un recours collectif sont déposées chaque année (75 en 2006[21], 62 en 2007[22], 56 en 2008[23], 70 en 2010[24]), soit moins de 0,3 % des dossiers ouverts à la Cour supérieure, matières familiale et de faillite exclues, ce qui est peu pour une société de huit millions d'habitants. On entend pourtant souvent dire qu'il y a trop de recours collectifs...

Le délai moyen pour obtenir une autorisation (du dépôt de la requête jusqu'au jugement) varie entre un ou deux ans, s'il n'y a pas d'appel[25].

Si l'autorisation est refusée, le requérant peut porter le jugement en appel ; en revanche, si elle est accordée, le défendeur ne peut en appeler. Le droit d'appel du défendeur a été supprimé en 1982, lors d'une modification législative[26], car les jugements d'autorisation étaient systématiquement[27] et presque abusivement portés en appel, certains jusqu'à la Cour suprême. L'étape de l'autorisation pouvait prendre de quelques mois à quelques années, jusqu'à quatre ans et demi dans un cas[28].

---

21 FONDS D'AIDE AUX RECOURS COLLECTIFS, *Rapport annuel 2006-2007*, Montréal, 2008, p. 20, tableau VII.

22 FONDS D'AIDE AUX RECOURS COLLECTIFS, *Rapport annuel 2007-2008*, Montréal, 2009, p. 20, tableau VII.

23 FONDS D'AIDE AUX RECOURS COLLECTIFS, *Rapport annuel 2008-2009*, Montréal, 2009, p. 19, tableau VII.

24 FONDS D'AIDE AUX RECOURS COLLECTIFS, *Rapport annuel 2010-2011*, Montréal, 2011, p. 17, graphique VI.

25 Le récent rapport d'activités de la Cour supérieure indique que les recours sont généralement autorisés à l'intérieur d'un an : COUR SUPÉRIEURE DU QUÉBEC, *Accès à la justice : Toujours faire mieux, Rapport d'activités de la Cour supérieure du Québec*, Montréal, 2010, p. 27.

26 *Loi modifiant le Code du travail, le Code de procédure civile et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1982, c. 37, art. 20.

27 62 % des jugements d'autorisation furent portés en appel, soit 13 sur 21, dont 5 à la Cour suprême du Canada (statistique calculée d'après les données publiées dans FONDS D'AIDE AUX RECOURS COLLECTIFS, *Rapport annuel 1981-1982*, Montréal, 1982, p. 26-27).

28 *Lasalle* c. *Kaplan*, [1988] R.D.J. 112 (C.A.).

24-Ciotola.indb 138 12-12-12 15:11

En pratique, tout se joue à la première étape. Le défendeur sort généralement l'artillerie de guerre afin que l'autorisation ne soit pas accordée ou afin que le requérant se décourage rapidement. L'audition sur l'autorisation devient un véritable procès en soi qui peut durer plusieurs jours.

Une fois autorisé, le recours est exercé et procède selon les règles usuelles du *Code de procédure civile.* Le requérant, qui a acquis le statut de représentant, intente le recours au nom du groupe désigné par le tribunal. La loi prévoit une faculté d'exclusion pour les membres qui ne voudraient pas en faire partie, faculté qui, en pratique, n'est presque jamais exercée. Le législateur québécois, dans son pragmatisme, a bien compris que le modèle de recours collectif à option inclusive (*opting in*), de manière générale, ne fonctionne pas, car il n'arrive pas à stimuler un nombre suffisant d'options.

Dans une troisième étape, le tribunal procède à l'exécution du jugement. Dans une procédure d'action individuelle, le jugement met fin à l'intervention du tribunal. Pas dans un recours collectif ; le rôle du juge se poursuit jusqu'à la distribution finale de l'indemnité. Celui-ci procède au suivi de la distribution[29] et peut rendre des ordonnances additionnelles[30]. Pour s'aider, le tribunal peut aussi désigner un tiers pour procéder à la liquidation des réclamations individuelles ou à la distribution des indemnités[31].

Le jugement d'autorisation a un impact considérable dans le rééquilibrage des forces en présence. Si l'autorisation est accordée, le défendeur sera souvent porté à régler à l'amiable, pour éviter un procès retentissant et une condamnation qui pourrait prendre la forme d'un recouvrement collectif. 85 % des recours collectifs qui connaissent un dénouement favorable prennent fin par un

---

29 *Chartier* c. *Meubles Léon inc.*, [2006] J.Q. n° 13495, J.E. 2007-136 (C.S.).

30 *Bellavance* c. *Klein*, REJB 1999-13464 (C.S.) ; *Ducharme* c. *Entreprises Dorette Va-Go inc.*, C.S. Montréal, n° 500-06-000007-951, 11 mai 1999, j. Pierrette Sévigny ; *Jeudi* c. *Paquette, Rocheleau, Dion, Grenier et ass.*, J.E. 90-750 (C.S.).

31 *Code de procédure civile*, préc., note 11, art. 1033.1.

24-Ciotola.indb 139 12-12-12 15:11

règlement[32], ce qui permet de conclure que le règlement constitue la voie royale du recours collectif. En outre, deux fois plus de dossiers sont réglés au stade de l'autorisation qu'à l'étape du procès au fond[33].

On a beaucoup reproché au recours collectif de constituer une arme de chantage contre les entreprises, qui les oblige à s'asseoir et à négocier. Mais, en ce domaine, personne n'est forcé de signer une transaction. Si les défendeurs le font, c'est sans doute aussi parce qu'ils y trouvent un intérêt, ne serait-ce que pour interrompre l'atteinte à la réputation de leur entreprise, générée par une couverture médiatique négative, ou diminuer la facture de leur procureur. Les portes du tribunal leur restent toujours ouvertes et ils peuvent choisir de ne pas transiger et d'aller à procès. D'ailleurs, ils le font souvent. Et lorsqu'ils échouent en première instance, ils portent automatiquement le jugement en appel. Le spectre du « chantage légalisé » soulevé principalement par les Américains ne s'est pas concrétisé au Québec. Nous n'avons été témoin d'aucun cas où une entreprise sans aucune responsabilité a été forcée de conclure un règlement dans le cadre d'un recours collectif abusif.

La pression exercée en vue de conclure un règlement n'est pas propre aux poursuites collectives et existe dans les causes où les enjeux financiers sont élevés ou celles impliquant un grand nombre de poursuites individuelles. D'ailleurs, la proportion de règlements hors cour n'est pas plus élevée en matière de recours collectifs que dans les causes régulières, où seulement 5 % des dossiers se rendent à procès. Voudrait-on soudainement abolir la possibilité

---

32 Soit 231 transactions contre 41 jugements, sur un total de 272 dénouements favorables : FONDS D'AIDE AUX RECOURS COLLECTIFS, *Rapport annuel 2008-2009*, Montréal, 2009, p. 17 et 19, tableaux V et VI. Les données plus récentes confirment cette tendance. Pour la période du 1er avril 2010 au 31 mars 2011, il y a eu 20 règlements hors cour contre 4 jugements favorables au groupe, soit cinq fois plus : FONDS D'AIDE AUX RECOURS COLLECTIFS, *Rapport annuel 2010-2011*, Montréal, 2011, p. 16, graphique V.

33 Soit 157 règlements au stade de l'autorisation contre 74 après : FONDS D'AIDE AUX RECOURS COLLECTIFS, *Rapport annuel 2008-2009*, Montréal, 2009, p. 17 et 19, tableaux V et VI.

24-Ciotola.indb 140 12-12-12 15:11

de transactions dans les recours collectifs, alors qu'une forte tendance existe dans les causes individuelles ?

Le règlement, parce qu'il requiert l'approbation du tribunal, devient public et revêt une valeur d'exemple pour les autres entreprises de l'industrie concernée. Le résultat se traduit souvent par un changement dans les comportements commerciaux. C'est là un objectif additionnel et non négligeable du recours collectif, peut-être même le plus important, car il souligne le respect de certaines normes et engendre un effet préventif, évitant ainsi à de nombreux autres justiciables de subir des dommages.

C. Une procédure exclusive des autres actions

Le recours collectif québécois se caractérise aussi par son exclusivité. Exclusivité dans la conception de la procédure, au sens d'originalité, d'unicité. Mais encore exclusivité par rapport aux autres actions qui peuvent être exercées parallèlement ou concurremment à son introduction, pour le même litige ou un litige semblable. Ce caractère exclusif se remarque tant à l'égard des actions d'une autre nature que des actions individuelles et des autres recours collectifs.

1. Les relations avec des actions d'une autre nature

L'une des conditions de recevabilité du recours collectif est la démonstration que le recours envisagé ne peut être exercé au moyen du mandat ou de la jonction des demandeurs (art. 1003 c) C.p.c.). Ces voies processuelles entrent donc en concurrence avec le recours collectif. Mais l'alternative est parfaitement théorique, car très peu d'actions collectives vont procéder par cette voie, sinon dans les cas où le groupe compte très peu de membres.

Par ailleurs, l'exercice d'un recours collectif suit souvent la condamnation d'une entreprise lors d'un procès pénal. Le modèle est systématique en matière de droit de la concurrence. Le régime pénal et le régime civil connaissent des fonctionnements distincts et indépendants en droit québécois, notamment parce que le premier découle du droit public et le second du droit privé. L'introduction d'une procédure pénale n'a pas pour effet de retarder ou

24-Ciotola.indb 141 12-12-12 15:11

de suspendre le cours d'un recours collectif, pas plus que l'inverse. Le dossier Norbourg, en matière de fraude et de placements, témoigne de cette approche en vases clos. En théorie, il pourrait y avoir condamnation au civil, mais acquittement au pénal. Ou inversement. Un jugement pénal n'a pas l'autorité de la chose jugée dans une instance civile, car il n'y a pas identité des parties ni identité d'objet. Dans la même logique, la preuve présentée lors du procès pénal ne peut servir dans le procès civil, car le degré de preuve requis y est différent (culpabilité hors de tout doute raisonnable dans l'un, prépondérance de preuve dans l'autre). Par ailleurs, plusieurs recours collectifs québécois en matière de concurrence ont été autorisés sur la foi de plaidoyers de culpabilité déposés par des entreprises dans le contexte de poursuites pénales, ces derniers plaidoyers ayant valeur d'aveux extrajudiciaires recevables dans un procès civil. Il reste impossible de vérifier si une partie de la preuve pénale a pu servir dans le procès civil, puisque tous ces recours collectifs ont fait l'objet d'une transaction avant l'étape du mérite. Contrairement à l'Europe, le concept procédural d'action civile d'une association venant se joindre à une poursuite pénale n'existe pas au Québec.

Le droit québécois renferme également certains exemples de recours qui, bien qu'individuels, ont une portée collective. Tels sont les cas de l'injonction, générale[34] ou en droit de l'environnement[35], et de l'action directe en nullité visant à faire annuler un règlement ou une décision de l'administration publique[36]. En soi, ces voies de recours coexistent parfaitement en marge de la procédure de recours collectif. Elles posent cependant problème lorsqu'on cherche à les exercer au moyen du recours collectif. Les tribunaux font preuve d'énormes réticences lorsqu'il s'agit d'autoriser des recours qui, exercés sur une base individuelle, procureraient le même bénéfice à la collectivité. Récemment, la Cour suprême du Canada,

---

34 *Code de procédure civile*, préc., note 11, art. 751.

35 *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., c. Q-2, art. 19.2.

36 *Code de procédure civile*, préc., note 11, art. 33.

24-Ciotola.indb 142 12-12-12 15:11

dans *Marcotte* c. *Longueuil (Ville de)*[37], est venue clore le débat dans le sens de l'irrecevabilité d'une demande de nullité d'un rôle d'évaluation municipale par la voie du recours collectif. Quant à l'injonction, en dépit de certaines hésitations, ses chances de recevabilité paraissent plus grandes, surtout lorsque la demande principale est assortie accessoirement d'une demande de dommages-intérêts[38].

Une nouvelle action vient cependant d'apparaître dans le paysage québécois ; il s'agit de l'action en représentation de l'intérêt collectif des consommateurs, qu'on trouve à l'article 316 de la *Loi sur la protection du consommateur*[39]. Cette action vient s'ajouter à l'actuel pouvoir du président de l'Office de la protection du consommateur de requérir une injonction dans le cas de la commission d'une pratique interdite[40], pouvoir qui n'a pratiquement jamais été exercé depuis l'entrée en vigueur de la Loi, en 1980. Cette action permet à un organisme destiné à protéger le consommateur de demander au tribunal l'émission d'une injonction contre un commerçant pour faire cesser la commission d'une pratique commerciale interdite ou pour empêcher l'insertion dans un contrat d'une stipulation interdite ou inapplicable au Québec. S'inté-

---

37 *Marcotte* c. *Longueuil (Ville de)*, 2009 CSC 43, [2009] 3 R.C.S. 65 ; voir aussi *Breslaw* c. *Montréal (Ville de)*, 2009 CSC 44.

38 *Regroupement des citoyens contre la pollution* c. *Alex Couture inc.*, [2007] J.Q. n° 3468, J.E. 2007-934 (C.A.) ; *Constructions Désourdy inc.* c. *Robitaille,* [1998] R.R.A. 299 (C.A.) ; *Nadon* c. *Anjou (Ville d')*, [1994] R.J.Q. 1823, 1829 (C.A.) ; *Roberge* c. *Sherbrooke (Ville de)*, J.E. 2001-2218 (C.S.) ; *Mayer* c. *Cast Terminal inc.*, J.E. 98-706 (C.S.) ; Yves LAUZON, *Le recours collectif*, coll. « Points de droit », Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 2001, p. 7. Voir, pour une étude complète, Chantal CHATELAIN et Vincent DE L'ÉTOILE, « L'injonction collective : le recours collectif et l'injonction, un mariage heureux ? », (2011) 70 *R. du B.* 63.

39 L.R.Q., c. P-40.1.

40 *Loi sur la protection du consommateur*, L.Q. 1978, c. 9, art. 316. Elle est entrée en vigueur le 30 juin 2010 : *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2009, c. 51, art. 35. Voir aussi le pouvoir du procureur général de le faire dans le cas de commission d'infractions répétées, après l'exercice de poursuites pénales par le Directeur des poursuites criminelles et pénales (art. 290 L.P.C.).

24-Ciotola.indb 143 12-12-12 15:11

ressant à la défense de l'intérêt collectif des consommateurs, elle se distingue du recours collectif qui, lui, cherche à procurer un traitement collectif d'intérêts individuels.

2. Les relations avec les actions individuelles

La procédure québécoise prévoit l'exclusivité du recours collectif autorisé sur toute autre action individuelle qui vise la même demande, à moins qu'un membre ne signifie sa volonté de s'exclure du recours dans le délai imparti dans le jugement d'autorisation. Aucune demande individuelle ne peut être exercée concurremment au recours collectif par un membre du groupe. Un membre pourrait néanmoins choisir de s'exclure et d'initier par la suite sa propre action personnelle, si la prescription n'est pas acquise par ailleurs[41]. Un membre qui ne se désiste pas de l'action individuelle qu'il aurait par ailleurs exercée de son propre chef est réputé s'exclure du groupe[42]. S'il souhaite profiter de l'effet éventuel du jugement collectif, il doit se désister de son action personnelle, dans les six mois suivant l'avis publié à la suite du jugement d'autorisation[43]. Rarissimes sont les membres qui s'excluent du recours collectif et mènent leur propre cheval de bataille.

En cas d'absence de désistement, l'action individuelle poursuit son cours, de manière totalement indépendante de la poursuite collective. Le demandeur devra donc établir sa propre preuve et ne pourra utiliser celle présentée dans l'instance collective.

Théoriquement, le jugement final pourrait différer dans les deux cas et pourrait donner lieu à des conclusions contradictoires. Le *Code de procédure civile* prévoit l'impossibilité de joindre les instances et de les instruire ensemble[44]. Par ailleurs, si l'action

---

41 Notons que le cours de la prescription est suspendu à l'égard de tous les membres du groupe jusqu'au jugement d'autorisation. Le membre qui demande l'exclusion du recours cesse de profiter de cette suspension, et la prescription continue alors son cours normal : *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 2908, al. 2.

42 *Code de procédure civile*, préc., note 11, art. 1008.

43 *Id.*, art. 1005, al. 2, 1006(e).

44 *Code de procédure civile*, préc., note 11, art. 1051, référant aux art. 270 à 272.

24-Ciotola.indb 144 12-12-12 15:11

individuelle a été exercée devant la Cour du Québec, parce que la réclamation était inférieure à 70 000 $, la Cour devra suspendre l'instruction de l'action jusqu'au jugement final de la Cour supérieure[45], à moins qu'un règlement hors cour n'intervienne et n'inclut le sort des actions individuelles, conjoncture qui relève totalement de la discrétion du défendeur.

3. Les relations avec d'autres recours collectifs

Il y a parfois plus d'une requête pour autorisation d'exercer le recours collectif déposée le même jour. Les cabinets d'avocats se querellent pour être le premier à déposer une telle requête. Depuis 1999, le jugement *Hotte* c. *Servier Canada inc.* de la Cour d'appel[46] a établi le principe selon lequel il ne peut y avoir deux recours collectifs autorisés poursuivant la même finalité, et accorde la priorité à la première requête déposée (*first to file*). En vertu de l'exception de litispendance, le dépôt d'une première requête a pour effet de suspendre toute requête postérieure. Théoriquement, il ne s'agit que d'une suspension. Si l'autorisation devait être refusée (quelques mois ou années plus tard), le tribunal pourrait se saisir de la seconde requête sur les rangs, et ainsi de suite[47]. Comme l'observent certains commentateurs, la règle de la Cour d'appel comporte l'avantage d'éviter des débats stériles entre les requérants et leurs procureurs, mais aussi de résoudre rapidement et simplement ce type de situation[48]. En revanche, ce modus vivendi provoque une course contre la montre entre les bureaux, plusieurs cabinets d'avocats cherchant à exercer des recours collectifs pour aller chercher des honoraires importants. Cette attitude

---

45 *Id.*, art. 273.

46 [1999] R.J.Q. 2598 (C.A.). Mais voir le récent jugement dans *Schmidt* c. *Depuy International Ltd.*, 2011 QCCS 1533, présentement en appel.

47 Daniel BELLEAU et Maxime NASR, « Les recours collectifs concurrents en droit interne – Mais qui donc se souciera des membres ? », dans S.F.C.B.Q., *Développements récents en recours collectifs (2007)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 169, à la page 172.

48 *Id.*, p. 187.

24-Ciotola.indb 145 12-12-12 15:11

est préoccupante sur le plan de l'éthique et ne va pas dans le sens des intérêts des citoyens.

Pour vérifier si un recours a déjà été déposé, il existe désormais un registre informatisé des recours collectifs intentés depuis le 1er janvier 2009, tenu par la Cour supérieure du Québec[49]. Pour le Canada, depuis le 1er janvier 2007, l'Association du Barreau canadien met à jour un répertoire national des recours collectifs[50], qui n'a cependant pas valeur officielle.

Les enjeux de la course aux recours ne sont pas seulement locaux, mais s'étendent à tout le Canada. Ces dernières années ont été marquées de plus en plus par des recours collectifs dits de « classe nationale », intentés dans l'une des provinces du Canada, mais impliquant des résidents de plusieurs provinces ou du pays au grand complet. En 2008, la Cour supérieure du Québec en comptait 31 à son actif[51]. Certains se disputent la province où il est le plus facile d'obtenir une autorisation d'exercer le recours, celle où c'est le plus rapide, afin de déterminer où le recours sera initié.

Parallèlement à ce phénomène, des règlements hors cour sont conclus dans une province par les parties, qui veulent les opposer à des recours entrepris dans d'autres provinces. La Cour suprême du Canada, dans le jugement *Société canadienne des postes* c. *Lépine*[52], ne semble pas avoir réglé le problème, car elle n'a pas statué sur l'impossibilité d'exercer un recours collectif pluriprovincial ; le seul principe établi est qu'un jugement étranger (y compris un jugement homologuant une transaction) ne peut pas être reconnu au Québec s'il y a un recours collectif identique qui y est

---

49 COUR SUPÉRIEURE DU QUÉBEC, *Consultation du registre des recours collectifs*, en ligne : http ://services.justice.gouv.qc.ca/dgsj/rrc/DemandeRecours/DemandeRecoursRecherche.aspx.

50 ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Base de données canadienne sur les recours collectifs*, en ligne : http ://www.cba.org/recourscollectifs/main/gate/index.

51 COUR SUPÉRIEURE DU QUÉBEC, *Accès à la justice : Toujours faire mieux, Rapport d'activités de la Cour supérieure du Québec*, Montréal, 2010, p. 25.

52 2009 CSC 16.

24-Ciotola.indb 146 12-12-12 15:11

pendant, y compris au stade de la requête pour autorisation. Et le débat ne se limite pas aux provinces canadiennes. Les règlements peuvent provenir des Etats-Unis, et la compagnie défenderesse peut avoir intérêt à ce que le dossier soit clos à la grandeur de l'Amérique du Nord.

II. La réparation des dommages

On peut affirmer sans crainte de se tromper que la troisième étape de la procédure, l'exécution du jugement, constitue la phase capitale du recours collectif. On ne peut raisonnablement parler d'accès à la justice sans une mesure efficace de réparation des dommages subis. Un jugement ou un règlement favorable au groupe[53], mais inexécutoire dans les faits, ou dont l'exécution demeure très partielle, ne vaut guère plus qu'une victoire symbolique. Peu d'effet dissuasif et de modification du comportement résulteront d'un jugement qui permet au défendeur de ne rembourser qu'une infime partie du montant qu'il s'est illégalement approprié.

Sur ce chapitre, le modèle québécois révèle une fois de plus son originalité conceptuelle et son efficacité.

A. Les dommages et les formes d'indemnisation

En principe, tous les types de dommages sont admissibles à la réparation au terme d'un recours collectif : dommages matériels, dommages corporels, dommages moraux. Comme dans une poursuite individuelle, seul leur mode d'évaluation variera. Le modèle québécois a connu plusieurs recours où d'importants préjudices corporels ont été indemnisés, dans les célèbres causes des prothèses mammaires, par exemple. Les règles de preuve applicables ne sont pas modifiées par la procédure de recours collectif[54]. La Cour d'appel, confirmée plus tard par la Cour suprême, a reconnu

---

53 Les règles et les commentaires qui suivent s'appliquent tant à l'exécution du jugement final rendu par le tribunal qu'au jugement d'approbation d'un règlement hors cour intervenu entre les parties.

54 *(Québec) Curateur public* c. *Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, 231.

24-Ciotola.indb 147 12-12-12 15:11

qu'« en matière de recours collectif, l[e] demande[ur] a la même obligation traditionnelle de prouver le lien de causalité et un préjudice commun »[55]. La preuve des dommages et, en particulier, du lien causal entre ces dommages et le fait du défendeur demeure, autant en contexte individuel qu'en contexte collectif, la principale difficulté d'application.

Le droit québécois de la responsabilité civile prévoit plusieurs modes d'exécution de l'obligation ou d'indemnisation du préjudice : l'annulation du contrat et ses dérivées (résolution, résiliation), la réduction de l'obligation, les dommages-intérêts et, dans les cas qui le permettent, l'exécution en nature. Certaines lois particulières permettent l'attribution de dommages-intérêts punitifs, dont l'importante *Loi sur la protection du consommateur*[56]. Dans le cadre d'un recours collectif, toutes ces voies peuvent être empruntées, de la même manière que dans une action individuelle, y compris les dommages-intérêts punitifs. L'exécution en nature n'est pas impossible, mais reste peu courante. On imagine plus facilement une injonction négatoire, ordonnant à une entreprise de cesser une activité polluante ou une pratique publicitaire trompeuse, par exemple, qu'une injonction mandatoire forçant le défendeur à s'exécuter. Une mesure réparatrice ordonnée par le tribunal pourrait prendre la forme d'une ordonnance d'exécution d'une obligation en nature, mais la jurisprudence québécoise ne recèle pas d'exemples en ce sens. Les autres voies d'indemnisation demeurent donc largement utilisées.

B. Les formules de réparation collective

Un des aspects créatifs du recours collectif est le choix de formules de réparation qu'il propose, contrairement au jugement individuel qui offre des options généralement classiques et limitées. Le tableau paraît à première vue complexe, mais une analyse attentive permet de le simplifier.

---

55 *Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand* c. *Québec (Curateur public)*, [1994] R.J.Q. 2761, 2789 (C.A.), confirmé par [1996] 3 R.C.S. 211.

56 Préc., note 39, art. 272.

24-Ciotola.indb 148 12-12-12 15:11

1. Le choix du mode de recouvrement

Le juge québécois est d'abord confronté au choix suivant : procéder par voie de recouvrement individuel (b) ou par voie de recouvrement collectif (a)[57]. Une formule mixte est également possible, par exemple une ordonnance de recouvrement collectif pour les dommages généraux subis par tous les membres du groupe, et une ordonnance de recouvrement individuel pour les dommages particuliers à chacun[58].

a) Le recouvrement collectif

Le *Code de procédure civile* préconise le recouvrement collectif comme règle générale, si ses conditions sont satisfaites. Le législateur québécois a subodoré les difficultés qu'entraînerait la formule du recouvrement individuel, où chaque membre doit faire la preuve de sa réclamation devant le tribunal ou au greffe. Soucieux de faire du recours collectif un moyen de procédure pragmatique et efficace avant tout, il a érigé le recouvrement collectif en règle générale, si l'on peut établir de façon suffisamment exacte le montant de la responsabilité du défendeur[59], c'est-à-dire le montant total des réclamations admissibles des membres du groupe. Le montant global de la condamnation peut être calculé de différentes façons, notamment par l'établissement d'une moyenne des dommages – cette méthode a été approuvée par la Cour suprême[60] –, par l'attribution de dommages uniformes pour chaque membre,

---

57 *Code de procédure civile*, préc., note 11, art. 1028.

58 *Biondi* c. *Syndicat des cols bleus regroupé de Montréal (SCFP-301)*, [2005] n° AZ-50347042 (C.S.) ; *Bouchard* c. *Entreprises Dorette Va/Go inc. (Voyages Go Travel)*, [1997] R.J.Q. 2579, 2586-2587 (C.S.) ; *Duverger Villeneuve* c. *Agence de voyages Les Tours Corail inc.*, C.S. Montréal, n° 500-06-000005-948, 26 mai 1997, j. Georges Audet, p. 18 et 23 ; François LEBEAU, « Vers l'indemnisation des membres : le processus post-jugement et les considérations en matière de transaction », dans S.F.P.B.Q., *Développements récents sur les recours collectifs (2001)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 123, aux pages 141-143.

59 *Code de procédure civile*, préc., note 11, art. 1031.

60 *Ciment du Saint-Laurent* c. *Barrette*, [2008] 3 R.C.S. 392.

24-Ciotola.indb 149 12-12-12 15:11

par l'information fournie par le défendeur et par l'usage de statistiques. Il n'est pas nécessaire que l'identité de tous les membres soit connue, ni que le montant exact des réclamations de chacun soit déterminé[61] ; cette détermination pourra être effectuée ultérieurement à l'étape de la distribution. D'aucuns qualifient pour ces raisons le recouvrement collectif de justice approximative. Il serait pourtant contraire aux principes fondamentaux de justice de refuser réparation à un groupe de personnes au motif que le montant total des réclamations ne peut être établi de façon absolument certaine et précise, au dollar près. Les termes employés à l'article 1031 C.p.c. (« de façon suffisamment exacte ») et les pouvoirs conférés au juge pour simplifier la preuve à l'article 1045 laissent place à une légitime marge d'imprécision.

En outre, pour donner lieu au recouvrement collectif, le préjudice causé au groupe doit présenter un caractère commun : le défaut de fournir des prestations, l'arrêt illégal de services, des troubles collectifs de voisinage, etc[62]. Tous les membres du groupe doivent avoir subi ce préjudice commun, mais pas nécessairement de manière absolument similaire, et sans qu'on doive faire la preuve du préjudice subi par chacun[63]. Autrement, comme le note le juge dans *Masson* c. *Thompson*, « il ne s'agirait plus d'un recours col-

---

61 *ACEF du Centre de Montréal* c. *Promotions Ciné-Mode (120984 Canada inc.)*, C.S. Montréal, n° 500-06-000007-886, 2 février 1993, j. Jean Filiatreault, p. 22 ; *ACEF du Centre de Montréal* c. *Service d'aide à l'emploi national M.T. inc.*, C.S. Montréal, n° 500-06-000008-876, 22 novembre 1993, j. Jean-Jude Chabot, p. 32 ; *Masson* c. *Thompson*, [1997] R.J.Q. 634, 652 (C.S.), confirmé sur ce point par J.E. 2000-2199 (C.A.), [2000] R.J.D.T. 1548 (C.A.) ; *Plourde* c. *Hélie*, C.S. Québec, n° 200-06-000001-845, 1er août 1988, j. Jean Moisan, p. 16.

62 *Masson* c. *Thompson*, [1997] R.J.Q. 634, 652 (C.S.), confirmé sur ce point par J.E. 2000-2199, [2000] R.J.D.T. 1548 (C.A.).

63 *Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand* c. *Québec (Curateur public)*, [1994] R.J.Q. 2761, 2789 (C.A.), confirmé par [1996] 3 R.C.S. 211 ; Pierre DESCHAMPS, « La preuve en matière de recours collectif », dans S.F.P.B.Q., *Développements récents sur les recours collectifs (1999)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 117, à la page 193.

24-Ciotola.indb 150 12-12-12 15:11

lectif »[64]. L'existence de particularités propres à chacun des membres ne constitue pas un obstacle à la recevabilité d'un tel recours. En présence de nombreuses particularités, le tribunal conserve le choix de procéder à l'exécution du jugement par voie de réclamations individuelles[65]. Il convient de bien scinder l'étape du traitement des questions collectives, effectué au stade du procès, et celui des questions individuelles, lui-même renvoyé à l'étape des réclamations. En revanche, un dommage trop personnel à chaque membre du groupe constituerait un frein à la recevabilité d'un recours collectif.

Il n'est pas nécessaire non plus que le représentant fasse la preuve d'un préjudice individuel subi par chaque membre du groupe[66]. Il suffit que le représentant parvienne à passer de l'individualité de sa demande à l'établissement de faits communs à l'ensemble des membres du groupe. Pour y arriver, il doit, avec prépondérance, « établir un échantillonnage suffisamment large et précis de faits qui lui sont particuliers et le sont à tel ou tel membre du groupe »[67], extrapoler en quelque sorte sa preuve individuelle et l'élever au rang de preuve du préjudice collectif (c'est-à-dire commun à l'ensemble des membres du groupe), de manière à ce que le tribunal, de manière objective et aidé des présomptions de fait que la loi autorise[68], puisse conclure à l'établissement de faits communs.

---

64 [1997] R.J.Q. 634, 640 (C.S.), confirmé sur ce point par J.E. 2000-2199 (C.A.), [2000] R.J.D.T. 1548 (C.A.).

65 *Id.*, p. 655.

66 *Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand* c. *Québec (Curateur public)*, [1994] R.J.Q. 2761, 2789 (C.A.), confirmé par [1996] 3 R.C.S. 211.

67 *Masson* c. *Thompson*, [1997] R.J.Q. 634, 640 (C.S.), confirmé sur ce point par J.E. 2000-2199 (C.A.), [2000] R.J.D.T. 1548 (C.A.).

68 Sur cette question des présomptions et des probabilités, voir aussi *Girard* c. *2944-7828 Québec inc.*, [2003] R.J.Q. 2237 (C.S.), [2003] R.R.A. 1208 (C.S.), par. 679-690, 891-892, infirmé sur le partage de responsabilité par [2005] R.R.A. 13 (C.A.); *Viau* c. *Syndicat canadien de la fonction publique*, C.S. Longueuil, n° 505-06-000002-886, 16 août 1991, j. Michel Côté, p. 7.

24-Ciotola.indb 151 12-12-12 15:11

La Cour d'appel, dont les propos ont été confirmés par la Cour suprême, parle d'une preuve *par inférence*[69]. En l'absence d'une preuve individuelle propre à chacun des membres, « le tribunal doit pouvoir inférer avec certitude que tous les membres du groupe ont subi un préjudice »[70]. À partir des témoignages du représentant et d'un certain nombre de membres, de ceux des experts, des pièces et de la preuve des circonstances de l'affaire, le tribunal pourra inférer que le préjudice subi par le représentant fut, selon la balance des probabilités, éprouvé également par les autres membres du groupe, quoique de manière différente[71].

Un récent jugement de la Cour supérieure, actuellement porté en appel, utilise ce même concept de preuve par inférence pour conclure à l'existence d'un lien de causalité chez les membres du groupe[72]. Exiger une preuve individualisée d'un tel lien dans les causes de responsabilité civile, où la faute du défendeur est clairement démontrée, sonnerait en quelque sorte le glas du recours collectif dans ces dossiers.

b) Le recouvrement individuel

Si les conditions du recouvrement collectif ne sont pas satisfaites, le juge n'a d'autre choix que d'ordonner le recouvrement individuel. Dans cette hypothèse, la condamnation du défendeur n'est pas d'un montant précis et immédiat ; celui-ci ne paiera que les réclamations qui lui sont présentées. De plus, cette forme d'indemnisation ne donne pas lieu à un reliquat, qui pourrait éventuellement faire l'objet d'une distribution. En pratique, cette formule conduit généralement à l'échec du processus en raison du faible

---

69 *Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand* c. *Québec (Curateur public)*, [1994] R.J.Q. 2761, 2787 (C.A.), confirmé par [1996] 3 R.C.S. 211.

70 Pierre DESCHAMPS, « La preuve en matière de recours collectif », dans S.F.P.B.Q., *Développements récents sur les recours collectifs (1999)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 177, à la page 190.

71 *Id.*, p. 192-193.

72 *Biondi* c. *Syndicat des cols bleus regroupé de Montréal (SCFP-301)*, [2005] nº AZ-50347042 (C.S.).

24-Ciotola.indb 152 12-12-12 15:11

intérêt des membres du groupe à réclamer leur dû, intérêt qui est directement proportionnel au montant de la réclamation. Dans la plupart des cas, le recouvrement individuel équivaut à permettre au défendeur de conserver l'argent qu'il a illégalement empoché. Il s'agit d'une option qui, à vrai dire, sauf dans les cas de réclamations importantes, est à l'opposé de la conception même du modèle québécois. Dans un recours collectif procédant suivant la formule de l'*opting out*, il est faux de croire que les membres seront plus actifs à la fin qu'au début des procédures. L'inertie naturelle des membres est parfaitement normale et on aurait tort de vouloir leur imposer une procédure inadaptée aux circonstances. Le législateur l'a bien compris : c'est la procédure de recouvrement individuel qu'il faut abandonner. Au demeurant, la privilégier mènerait tout droit à un débordement de l'appareil judiciaire. Aux États-Unis, dans un dossier de surcharges relatives à des appels téléphoniques, 40 millions de consommateurs avaient été lésés par le comportement illégal de la compagnie défenderesse. Le tribunal a estimé que, dans l'hypothèse où seulement 10 % des membres du groupe se donneraient la peine de réclamer leur dû, en comptant en moyenne dix minutes par réclamation, il faudrait cent ans pour traiter les réclamations reçues[73]. L'analyse économique du recours collectif démontre l'inefficacité et l'incongruité de cette méthode[74]. Conceptuellement, il y a un paradoxe à imposer un traitement individuel des réclamations à une procédure de traitement collectif de ces mêmes réclamations.

2. Le choix du mode de distribution

Si le juge choisit la voie privilégiée par le législateur et ordonne de procéder par recouvrement collectif[75], ce type de recouvrement se présentant comme un processus en deux étapes, il est de

---

73 *In re Hotel Telephone Charges*, (1974) 500 F. 2d 86, 89 (9th Cir.).

74 Anna L. DURAND, « An Economic Analysis of Fluid Class Recovery Mechanisms », (1981) 34 *Stan. L. Rev.* 173, 174, note 4.

75 Les juges québécois ont compris le message législatif et optent majoritairement pour le recouvrement collectif au stade de l'exécution du jugement final.

24-Ciotola.indb 153 12-12-12 15:11

nouveau confronté à trois modes de distribution : la liquidation individuelle (a), la distribution collective (b) et la mesure réparatrice (c). Il peut même opter pour une combinaison des trois. Le choix des modalités de recouvrement des réclamations revient en exclusivité au tribunal et n'appartient pas au demandeur[76]. La formule retenue n'a de limite que l'imagination judiciaire.

D'entrée de jeu, une précision terminologique s'impose. Il faut se garder de confondre les expressions « recouvrement collectif » et « distribution collective ». La première s'entend soit du dépôt au greffe ou auprès d'une institution financière du montant total calculé et adjugé par le tribunal (le fonds de recouvrement), soit de l'exécution d'une mesure réparatrice générale, soit des deux[77]. La seconde concerne le mode de distribution, une fois le recouvrement collectif ordonné, lequel peut être individuel ou collectif. En effet, le recouvrement collectif n'exclut pas la possibilité d'une distribution individuelle aux membres du groupe[78]. Dans le recouvrement individuel, chaque membre doit débattre sa réclamation devant le tribunal ou le greffier[79] ; dans la distribution individuelle, la réclamation peut emprunter le même procédé, à la différence que la responsabilité du défendeur est mesurée non pas au nombre de réclamations produites, mais au montant déposé au greffe du tribunal représentant la réparation globale du préjudice causé. Ceci ne veut pas dire que le préjudice est dans tous les cas réparé *intégralement* ; une appréciation différente du préjudice et une modulation des dommages-intérêts en conséquence peuvent être pratiquées par le tribunal. Le législateur emploie l'expression « recouvrement collectif » parce que l'adjudication judiciaire d'un

---

76 *Marcotte* c. *Banque de Montréal*, 2009 QCCS 2764, J.E. 2009-1225 (C.S.) (en appel) ; *Dikranian* c. *Québec (Procureur général)*, [2006] J.Q. n° 12570, B.E. 2006BE-1236 (C.A.) ; *Cardinal* c. *Club de tennis Avantage inc.*, C.S. Québec, n° 200-06-000006-802, 8 avril 1981, j. Jacques Philippon, p. 4. Voir aussi *Thompson* c. *Masson*, J.E. 2000-2199 (C.A.), [2000] R.J.D.T. 1548 (C.A.), par. 40 ; *Jobin* c. *Giguère*, C.S. Québec, n° 200-06-000004-807, 4 janvier 1985, j. Robert Lesage, p. 7 et 9.

77 *Code de procédure civile*, préc., note 11, art. 1032.

78 *Code de procédure civile*, préc., note 11, art. 1033.

79 *Code de procédure civile*, préc., note 11, art. 1038, 1039.

24-Ciotola.indb 154 12-12-12 15:11

montant global au groupe procède de manière collective, c'est-à-dire en bloc.

Le tribunal peut aussi prévoir le dépôt du fonds de recouvrement par tranches successives, en se réservant la possibilité d'ordonner le dépôt d'une tranche supplémentaire si la somme déposée s'avère insuffisante et ne permet pas de désintéresser tous les membres du groupe[80]. Le Code l'autorise également à fixer des modalités de paiement le cas échéant, par exemple l'étalement de l'exécution du jugement dans le temps[81].

a) La distribution individuelle

La deuxième étape du recouvrement collectif consistant à opter pour le mode de distribution approprié, le tribunal (ou les parties, dans le cadre d'un règlement hors cour) peut choisir en premier lieu de procéder à une distribution individuelle[82]. Dans ce scénario, majoritairement retenu, un montant d'argent est distribué individuellement à chacun des membres du groupe. Le tribunal a su tirer profit de l'expérience américaine en évitant d'emprunter le mécanisme de l'avis individualisé et en privilégiant l'avis public[83]. Tenter de retracer individuellement tous les membres relève le plus souvent d'une entreprise périlleuse et pour le moins très onéreuse. Dans un recours américain où une entreprise devait procéder à un remboursement direct de près de 19 millions de dollars, la défenderesse a dû retenir les services de 2 000 personnes et a dépensé près de 3 millions sur une période de trois ans[84].

---

80 *Comartin* c. *Bordet*, [1984] C.S. 584, 602.

81 Louise DUCHARME, « Comment concilier la procédure collective judiciaire et la procédure arbitrale ? », dans Nabil ANTAKI et Emmanuel DARANKOUM (dir.), *La justice en marche : du recours collectif à l'arbitrage collectif – Journées Maximilien-Caron 2006*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 85, à la page 89.

82 *Code de procédure civile*, préc., note 11, art. 1033.

83 *Code de procédure civile*, préc., note 11, art. 1030.

84 *Illinois Bell Telephone Co.* c. *Slattery*, (1939)102 F. 2d 58 (7th Cir.).

24-Ciotola.indb 155 12-12-12 15:11

b) La distribution collective

Si la distribution individuelle paraît impossible ou serait trop onéreuse en pratique, par exemple en raison de la taille du groupe et de la valeur des réclamations, le tribunal peut procéder à une distribution collective[85], une forme de distribution qui vise le groupe en entier. Lorsque la distribution collective a pour objet la totalité de l'indemnité adjugée par le tribunal, on parle de « dédommagement fluide » ou de *fluid class recovery*. Cette formule paraît bien adaptée lorsque les quatre conditions suivantes sont remplies :

(1) il est impossible ou très difficile d'établir l'identité de chaque membre du groupe ;

(2) un nombre considérable de membres du groupe risquent d'être incapables de faire la preuve de leurs dommages individuels ;

(3) il est peu probable que les membres du groupe cherchent à faire valoir leurs droits en raison de la modicité de leur réclamation ;

(4) il existe une activité répétitive dans le marché concerné, garantissant que le groupe de personnes visées par le jugement recevra vraisemblablement les bénéfices de la distribution[86].

Le tribunal jouit d'un large pouvoir discrétionnaire dans le choix des formules de distribution. Ainsi, les fonds peuvent être versés à un organisme pour le bénéfice indirect du groupe. Les associations de consommateurs[87], les organismes sans but lucratif à

---

85 *Code de procédure civile*, préc., note 11, art. 1034.

86 Alba CONTE et Herbert B. NEWBERG, *Newberg on Class Actions*, 4e éd., vol. 3, St-Paul (Minn.), Thomson/West, 2002, s. 10.17, 10.18 et 10.21, p. 518, 523 et 530 ; G. F. McFADYEN, « Consumer Class Actions », (1973) 2 *Queen's L.J.* 50, 55 ; Charles H. MILLER, « Special Damage Considerations in Class Action Situations », (1980) 49 *A.B.A. Antitrust L.J.* 211, 214.

87 *ACEF-Centre de Montréal* c. *Association québécoise des pharmaciens propriétaires (A.Q.P.P.)*, C.S. Montréal, n° 500-06-000006-953, 3 février 1997,

24-Ciotola.indb 156 12-12-12 15:11

vocation charitable[88] et le Fonds d'aide aux recours collectifs[89] ont reçu, plus souvent qu'à leur tour, leur part du gâteau. Dans ce cas de figure, il est essentiel que la mission de l'organisme soit associée au but poursuivi par le recours collectif, et qu'il y ait correspondance entre les victimes du préjudice et les bénéficiaires de l'indemnisation[90]. À titre d'exemple, dans les recours collectifs exercés dans le domaine du voyage, il paraît parfaitement adéquat et concordant de verser le montant du recouvrement collectif dans

j. Gérald J. Ryan, p. 4-5 ; *Rondeau* c. *Choquette*, C.S. St-François, n° 450-06-000001-853, 14 juillet 1986, j. Jean-Louis Péloquin, p. 3.

88 *Clavel* c. *Productions musicales Donald K. Donald inc.*, J.E. 96-582 (C.S.), par. 40-44 du jugement intégral ; *Rivet* c. *Barrette*, C.S Pontiac, n° 555-06-000001-917, 23 mai 1996, greffier Gilbert Blanchet ; *Fortier* c. *Procureur général du Québec*, C.S. Québec, n° 200-06-000001-894, 8 juillet 1992, j. Gabriel Roberge ; règlement commun en faveur de LEUCAN, une association vouée aux enfants atteints de cancer, intervenu dans les dossiers *Huneault* c. *Fraternité des chauffeurs d'autobus, opérateurs de métro et employés des services connexes au transports de la C.T.C.U.M.*, C.S. Montréal, n° 500-06-000004-826, 28 septembre 1984, j. Anatole Lesyk. ; *Huneault* c. *Syndicat du transport de Montréal (C.S.N.)*, C.S. Montréal, n° 500-06-000001-830, 28 septembre 1984, j. Anatole Lesyk ; *Monastesse* c. *Fraternité des chauffeurs, opérateurs de métro et employés des services connexes au transport de la C.T.C.U.M.*, C.S. Montréal, n° 500-06-000014-809, 28 septembre 1984, j. Anatole Lesyk.

89 *Fonds d'aide aux recours collectifs* c. *Syndicat des employés d'entretien et de garage du transport de la C.U.M.*, [1995] R.J.Q. 2002 (C.A.) ; *ACEF-Centre de Montréal* c. *Association québécoise des pharmaciens propriétaires (A.Q.P.P.)*, C.S. Montréal, n° 500-06-000006-953, 3 février 1997, j. Gérald J. Ryan, p. 4-5 (remise partielle) ; *Burri* c. *Nolisair International inc.*, C.S. Montréal, n° 500-06-000005-856, 25 avril 1990 ; *Côté* c. *Boutique 254 inc.*, C.S. Québec, n° 200-06-000003-809, 27 septembre 1989, protonotaire André Gagné ; *Dinelle* c. *Université de Montréal*, J.E. 90-76 (C.S.) ; *Feinberg inc.* c. *L'Une et l'Autre*, [1983] C.S. 1169 ; *Lavigne* c. *Géant des entrepôts de meubles inc.*, C.S. Montréal, n° 500-06-000013-843, 19 mars 1990, j. Pierre Jasmin ; *Plouffe* c. *Câblevision nationale ltée*, J.E. 86-686 (C.S.), p. 3-4 du texte intégral ; *Rivet* c. *Barrette*, C.S Pontiac, n° 555-06-000001-917, 23 mai 1996, greffier Gilbert Blanchet. Nous manifestions notre désaccord avec cette pratique judiciaire.

90 *Clavel* c. *Productions musicales Donald K. Donald inc.*, J.E. 96-582 (C.S.) ; *Association pour l'accès à l'avortement* c. *Québec (Procureur général)*, 2011 QCCS 6078.

24-Ciotola.indb 157 12-12-12 15:11

le Fonds d'indemnisation des clients des agents de voyage, administré par le pouvoir public[91]. Le recours collectif est et doit demeurer un moyen pour les membres d'un groupe d'obtenir réparation pour un dommage subi, comme toute action de nature civile. D'aucune manière ne devrait-il servir à financer des organismes charitables extérieurs[92]. La distribution du reliquat doit suivre la logique de l'indemnisation et respecter ses principes fondamentaux. À défaut, il n'y a pas lieu d'y procéder.

Lorsqu'il subsiste des sommes non réclamées après une distribution individuelle, le tribunal est également autorisé à disposer du « reliquat » du montant déposé par le défendeur au greffe dans l'intérêt général des membres[93]. Les mêmes règles de distribution collective s'appliquent. Selon un jugement de principe, avant de remettre le reliquat à quelque organisme, le tribunal doit toutefois s'assurer qu'il a pris tous les moyens raisonnables pour aviser les membres qui ne se sont pas manifestés de l'existence d'un tel reliquat et pour les inviter à présenter leurs réclamations dans un délai prorogé[94]. Ce n'est qu'une fois ces moyens épuisés que le tribunal peut légitimement procéder à la distribution collective.

Une des critiques les plus virulentes et les plus souvent entendues à l'endroit du recours collectif demeure le fait qu'un très petit pourcentage de membres du groupe se manifestent, après un jugement favorable ou un règlement hors cour, pour réclamer leur

---

91 *Duverger Villeneuve* c. *Agence de voyages Les Tours Corail inc.*, C.S. Montréal, n° 500-06-000005-948, 28 octobre 1998, j. Georges Audet, p. 4 ; *Jolicoeur* c. *2963-7634 Québec inc.*, C.S. Montréal, n° 500-06-000006-96, 24 août 1998, j. Sylviane Borenstein, p. 2.

92 *Fonds d'aide aux recours collectifs* c. *Syndicat des employés d'entretien et de garage du transport de la C.U.M.*, [1995] R.J.Q. 2002, 2008 (C.A.) ; Gérald R. TREMBLAY, « Le recours collectif : point de vue de la défense », dans S.F.P.B.Q, *Développements récents sur les recours collectifs (1999)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 1, à la page 18. Pour une défense de cette pratique, lire François LEBEAU, « Vers l'indemnisation des membres : le processus post-jugement et les considérations en matière de transaction », dans S.F.P.B.Q., *Développements récents sur les recours collectifs (2001)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 123, à la page 176.

93 *Code de procédure civile*, préc., note 11, art. 1036.

94 *Jeudi* c. *Paquette, Rocheleau, Dion, Grenier et ass.*, J.E. 90-750 (C.S.).

24-Ciotola.indb 158 12-12-12 15:11

compensation. On rapporte qu'à peine 10 % des membres du groupe réclameraient effectivement leur dû[95]. À défaut de réclamations par les véritables victimes, le reliquat est souvent versé à un organisme sans but lucratif. Même victorieux, le recours n'atteindrait pas ses buts et revêtirait un caractère punitif beaucoup plus que compensatoire. Peut-être pose-t-on trop le regard sur l'indemnisation obtenue au bout du processus, et pas assez sur le préjudice causé au tout début ?

Corrigeons tout de suite cette impression généralisée. Dans la plupart des cas, les membres du groupe sont indemnisés. La distribution du reliquat, lorsqu'elle se produit, n'est qu'un effet marginal du processus. Rappelons également que c'est à la Cour supérieure qu'appartient en fin de compte la décision quant à la forme de cette distribution[96], décision qui sera prise en fonction de l'intérêt des membres du groupe. Et si l'indemnisation individuelle ne rejoint pas les membres, c'est sans doute parce que ce n'est pas le bon moyen et qu'il vaut mieux opter pour une forme d'indemnisation collective. Peut-être le recours collectif produit-il une justice approximative quand la somme est distribuée de manière collective plutôt qu'individuelle. Mais, en présence d'un dommage collectivement causé, il faut concevoir la justice autrement que sous une forme individuelle. Il vaut mieux une justice imparfaite qu'une absence de justice justifiée par un excès de respect de règles procédurales, au demeurant d'inspiration individualiste.

Peut-être pour contrer cet effet d'apparence de pénalité, certains juges ont, par le passé, ordonné que le reliquat soit remis à la partie défenderesse, une fois acquittés les frais de justice et les

---

95 Gérard R. TREMBLAY, « La procédure d'autorisation est devenue trop facile », (2004) 15 *Le monde juridique* n° 3, 7, 8. Dans le règlement intervenu dans le dossier Meubles Léon, 26,8 % des membres du groupe ont réclamé le chèque ou le coupon offert par la défenderesse : Stéphanie POULIN, « Les règlements de recours collectifs par voie de coupons : la justice sous forme de programme de fidélisation ? », dans Pierre-Claude LAFOND (dir.), *L'accès des consommateurs à la justice*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 23, à la page 31.

96 *Code de procédure civile*, préc., note 11, art. 1036.

24-Ciotola.indb 159 12-12-12 15:11

honoraires du procureur du représentant[97]. Cette façon de faire, bien que marginale, reste à notre avis regrettable, car elle ne participe pas à l'objectif d'une justice distributive que véhicule le recours collectif. Elle apparaît même contraire aux objectifs philosophiques et historiques du recours. Elle contrecarre la fonction dissuasive du recours et, contrairement au principe énoncé à l'article 1036 C.p.c., elle ne sert pas l'intérêt des membres. Qui plus est, après plusieurs années de lutte judiciaire menée par le groupe et son représentant, elle contribue à déconsidérer l'administration de la justice. La Cour suprême des États-Unis a déjà reconnu que le reliquat des sommes non réclamées dans un recours collectif n'appartient pas au défendeur, mais constitue la propriété du groupe[98]. Selon nous, l'option de la remise du reliquat au défendeur ne devrait jamais être envisagée, sauf dans le cas où le juge ordonne et précise l'utilisation exclusive de la somme remise au profit des intérêts du groupe. Il est permis d'imaginer, par exemple, dans le cas d'un recours en remboursement contre une commission scolaire, l'utilisation du reliquat dans les écoles de la défenderesse[99], ou, dans le cas d'un recours à l'encontre d'une interruption illégale de services de transport en commun, l'utilisation du fonds de recouvrement à des fins d'installation d'abribus supplémentaires pour les usagers[100], à la condition que le tribunal assure le suivi de l'exécution de pareilles ordonnances. Cette approche, en plus d'avoir pour avantage de tenir compte directement de l'intérêt des membres du groupe en particulier et de celui des usagers en général, jette les bases d'une nouvelle façon d'aborder la distri-

---

97 *Bérard* c. *Ste-Rose Lincoln Mercury inc.*, C.S. Montréal, n° 500-06-000001-913, 20 mai 1994, j. Jules Blanchet, p. 11 ; *Charbonneau* c. *Aero Mexico*, C.S. Montréal, n° 500-06-000023-818, 19 février 1982, j. Louise Mailhot, p. 4.

98 *Boeing Co.* c. *Van Gemert*, (1980) 444 U.S. 472, 481-482 note 7 (Van Gemert IV). Voir, en ce sens, au Québec, *Page* c. *Canada (Procureur général)*, J.E. 2000-1898 (C.S.) ; il est déclaré, à la page 23 du jugement intégral, que « [l]e montant du règlement appartient aux membres du groupe ».

99 *Bolduc* c. *Commission scolaire de Ste-Foy*, J.E. 89-345 (C.S.), p. 27 du texte intégral.

100 *Viau* c. *Syndicat canadien de la fonction publique*, C.S. Longueuil, n° 505-06-000002-886, 8 juin 1993, j. Michel Côté, p. 3.

24-Ciotola.indb 160 12-12-12 15:11

bution du reliquat, axée de manière plus précise sur la correspondance entre le litige générateur du recours collectif et la mesure de réparation.

c) La mesure réparatrice

La troisième et dernière option qui s'offre au tribunal est l'exécution d'une mesure réparatrice[101]. Au lieu d'imposer le paiement d'une somme d'argent, le tribunal peut ordonner au défendeur d'exécuter une autre forme de réparation, en nature ou par compensation, qui s'effectue directement par le défendeur en faveur des membres du groupe[102]. À notre avis, les mêmes conditions préalables que pour la distribution collective devraient s'appliquer en l'espèce avant de rendre une telle ordonnance. La jurisprudence est venue établir que, pour être réparatrice, la mesure doit bénéficier directement aux membres du groupe ; l'attribution à un tiers du montant adjugé par le tribunal ne constitue pas une mesure réparatrice, mais la distribution d'un reliquat[103]. La réduction de prix pour une période temporaire constitue une mesure souvent utilisée. Le défendeur peut être forcé d'accorder un crédit sur l'état de compte ou sur la prochaine facturation de ses services[104], ou

---

101 *Code de procédure civile*, préc., note 11, art. 1032.

102 *Delaunais* c. *Québec (Procureur général)*, [1992] R.J.Q. 1578 (C.S.).

103 *(Québec) Curateur public* c. *Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand (C.S.N.)*, [1990] R.J.Q. 359, 399 (C.S.), confirmé par [1996] 3 R.C.S. 211. Dans cette optique, l'attribution du montant de 1 500 000 $ à la S.T.R.S.M., dans l'affaire *Viau* c. *Syndicat candien de la fonction publique* (C.S. Longueuil, n° 505-06-000002-886, 16 août 1991, j. Michel Côté), pour hypothétiquement mettre à la disposition des usagers un certain nombre d'heures de services de transport gratuit, relèverait davantage de la distribution du reliquat que de la mesure réparatrice. Me Lebeau est d'avis qu'une semblable mesure réparatrice peut néanmoins indirectement profiter à des tiers lorsqu'elle s'applique à un groupe plus large que celui des personnes lésées : François LEBEAU, « Vers l'indemnisation des membres : le processus post-jugement et les considérations en matière de transaction », dans S.F.P.B.Q., *Développements récents sur les recours collectifs (2001)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 123, à la page 145.

104 *Union des consommateurs* c. *Bell Canada*, C.S. Montréal, n° 500-06-000121-000, entente hors cour, mars 2004 ; *Option consommateurs* c. *Pétrolière*

24-Ciotola.indb 161 12-12-12 15:11

de réduire le tarif d'un titre mensuel de transport pour les futurs usagers[105]. Aux États-Unis, dans la célèbre affaire *Daar* c. *Yellow Cab Co.*, la compagnie de taxis a accepté de rendre les surcharges illégales en réduisant les tarifs de ses voitures pendant un certain temps[106]. Il est permis également d'imaginer la prolongation d'un abonnement ou d'un service offert sans frais supplémentaires, la remise d'un coupon rabais ou d'un coupon d'échange pour un futur achat[107] (pratique fort contestée au Québec), ou encore la

Impériale (Esso l'Impériale), C.S. Montréal, n° 500-06-000053-971, 20 avril 2000, j. Claudette Picard ; *Plouffe* c. *Câblevision nationale ltée*, [1982] C.S. 257, 267-268.

105 *Huneault* c. *Fraternité des chauffeurs d'autobus, opérateurs de métro et employés des services connexes au transport de la C.T.C.U.M.*, C.S. Montréal, n° 500-06-000004-826, 8 juillet 1984, j. Anatole Lesyk ; *Huneault* c. *Syndicat du transport de Montréal (C.S.N.)*, C.S. Montréal, n° 500-06-000001-830, 8 juillet 1984, j. Anatole Lesyk ; *Monastesse* c. *Fraternité des chauffeurs d'autobus, opérateurs de métro et employés des services connexes au transport de la C.T.C.U.M.*, C.S. Montréal, n° 500-06-000014-809, 8 juillet 1984, j. Anatole Lesyk ; *Viau* c. *Syndicat canadien de la fonction publique*, C.S. Longueuil, n° 505-06-000002-886, 23 septembre 1992, j. Michel Côté.

106 (1967) 63 Ca. R. 724, 67 Ca. 2d 695, 433 P. 2d 732 (Ca. S. Ct.). Voir aussi *Colson* c. *Hilton Hotels Corp.*, (1972) 59 F.R.D. 324, 326 (N.D. Ill.), où le reliquat fut crédité aux futurs clients sous la forme d'un rabais de 50 cents par chambre par nuit.

107 *Chartier* c. *Meubles Léon ltée*, C.S. Montréal, n° 500-06-000161-022, 17 février 2003, j. Beaudoin ; *Salter* c. *Johnson & Johnson*, C.S. Québec, n° 200-06-000133-013, 1er octobre 2002, j. Mass ; *Yron* c. *Trafic Voyages*, C.S. Montréal, n° 500-06-000020-889, 27 novembre 2000, j. Croteau ; *Gordon* c. *Bausch & Lomb Inc.*, C.S. Québec, n° 200-06-000002-975, 17 octobre 1997, j. Vézina ; *Champagne* c. *Vacances Air Transat A.T. inc.*, C.S. Montréal, n° 500-06-000005-922, 3 décembre 1993, j. Gérard Turmel, p. 3-4 ; *Poulin* c. *Vacances Air Transat A.T. inc.*, C.S. Montréal, nos 500-06-000004-925, 3 décembre 1993, j. Gérard Turmel ; *Héroux* c. *134188 Canada inc. (Minerve)*, C.S. Montréal, n° 500-06-000003-901, 16 mars 1993, j. Paul Trudeau ; Stéphanie POULIN, « Les règlements de recours collectifs par voie de coupons : la justice sous forme de programme de fidélisation ? », dans Pierre-Claude LAFOND (dir.), *L'accès des consommateurs à la justice*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 23.

24-Ciotola.indb 162 12-12-12 15:11

réduction d'un taux de crédit pour une période limitée[108]. Les parties pourraient aussi convenir d'une amélioration des services ou des bénéfices découlant d'un contrat[109]. Rien n'empêcherait non plus que la mesure réparatrice prenne la forme d'une ordonnance d'exécution d'une obligation en nature, par exemple le nettoyage de l'environnement souillé ou des biens salis par les actes polluants[110], mais cela ne s'est pas encore vu en contexte québécois.

Pour éviter toute distorsion, il importe au tribunal de s'assurer d'une correspondance entre le groupe à indemniser et celui bénéficiant dans les faits de la mesure réparatrice. S'il n'est pas nécessaire que les bénéficiaires soient exactement les mêmes que les membres lésés[111], un lien direct entre les deux doit exister. Autrement, certains effets pervers pourraient en découler : modification du jeu de la concurrence profitant au défendeur, fidélisation de la clientèle, campagne promotionnelle gratuite, large part de victimes non indemnisées, etc. À notre avis, la mesure réparatrice devrait être jugée acceptable lorsqu'elle profite à une proportion significative de membres du groupe. Les sommes versées à des tiers doivent être considérées comme un coût incident, qui doit être accepté à la lumière du principe d'une compensation collective des membres du groupe. La loi ontarienne permet d'ailleurs expressément qu'un mode de distribution collective puisse être ordonné, même s'il profite à des non-membres ou à des membres déjà indemnisés[112].

En matière de réparation du préjudice subi, le tribunal dispose donc de tous les pouvoirs et de toutes les options nécessaires

---

108 *Tremblay* c. *Confédération des caisses populaires et d'économie Desjardins du Québec*, C.S. Montréal, n° 500-06-000018-966, 30 juin 1998, j. Anatole Lesyk, par. 10 et 17.

109 *Podmore* c. *Sun Life Canada*, C.S. Montréal, n° 500-06-000015-969, 16 janvier 1998, j. Louis S. Tannenbaum, par. 8.

110 François LEBEAU, « Vers l'indemnisation des membres : le processus post-jugement et les considérations en matière de transaction », dans S.F.P.B.Q., *Développements récents sur les recours collectifs (2001)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 123, à la page 147.

111 *Delaunais* c. *Québec (Procureur général)*, [1992] R.J.Q. 1578, 1580 (C.S.).

112 *Class Proceedings Act*, S.O. 1992, c. 6, art. 26(6).

24-Ciotola.indb 163 12-12-12 15:11

pour s'assurer que le recours collectif connaisse une fin utile. L'imagination et la créativité doivent donc être au rendez-vous.

CONCLUSION

En guise de conclusion, il importe de rappeler le rôle considérable du juge relativement à la bonne marche du recours collectif en général, et de la réparation du préjudice en particulier. Le magistrat se doit de faire les bons choix, qui s'imposent en fonction de la situation factuelle et des intérêts des membres du groupe, et ce, même dans le contexte fréquent d'approbation d'un règlement à l'amiable. La loi offre suffisamment de souplesse pour faire face à toutes les situations et pour permettre la créativité judiciaire, créativité dont le juge ne doit pas hésiter à faire preuve. Celle exprimée dans le concept de preuve par inférence mérite à cet égard d'être saluée. Le tribunal doit se rappeler que l'étape de la réparation constitue le nerf de la guerre, et qu'une forme inappropriée d'indemnisation peut conduire à un déni de justice. La recherche de l'équivalence entre la responsabilité du défendeur et la compensation du groupe pour le préjudice subi se situe au cœur de l'exercice.

La procédure québécoise de recours collectif s'inscrit aussi dans un tableau global de voies procédurales de redressement. Actions individuelles, autres recours collectifs et actions d'autres natures se croisent et parfois même se chevauchent. Sujet à un mécanisme d'autorisation préalable, le recours collectif demeure une procédure dont l'issue reste incertaine. Le principe de proportionnalité des moyens procéduraux, invoqué de plus en plus souvent à l'encontre de sa recevabilité[113], contribue à son caractère aléatoire. Il importe donc que d'autres actions subsistent en cas d'échec, mais aussi pour couvrir les autres situations non visées par cette procédure collective. Des règles de coexistence et d'harmonisation devront soutenir la cohérence de l'ensemble. Mais, on ne le répétera jamais assez, le recours collectif demeure le moyen le plus efficace pour assurer une défense complète des droits des membres d'un groupe et pour rétablir l'équilibre des forces en

[113] *Marcotte* c. *Longueuil (Ville de)*, 2009 CSC 43, [2009] 3 R.C.S. 65.

24-Ciotola.indb 164 12-12-12 15:11

présence. Porté par un idéal d'accès à la justice, il doit pouvoir bénéficier des instruments législatifs et de l'interprétation judiciaire nécessaires à son développement et à sa mise en œuvre. Le Québec offre à cet égard un exemple éloquent de réussite qui peut avantageusement servir de modèle aux pays qui cherchent à se doter d'un tel mécanisme mais, les tendances évoluant rapidement, il convient de garder éveillée toute la vigilance qui s'impose. Comme l'écrivait Aragon, rien n'est jamais acquis à l'homme, ni sa force, ni sa faiblesse.

24-Ciotola.indb 165 12-12-12 15:11

24-Ciotola.indb 166 12-12-12 15:11

ÉPIZOOTISME LÉGISLATIF, JURISPRUDENTIEL ET CONTRE-RÉFORME EN DROIT DES SÛRETÉS

Antoine LEDUC*

INTRODUCTION 169

I. DE LA COHÉRENCE INTRINSÈQUE DU RÉGIME DE DROIT DES SÛRETÉS AU QUÉBEC 171
   A. Les sûretés sur les valeurs mobilières, actifs financiers et titres intermédiés 174
   B. Les sûretés garantissant le paiement d'obligations ou autres titres d'emprunts (art. 2692 C.c.Q.) 181

II. DE L'INFLUENCE DES SOURCES EXTERNES SUR LE DROIT DES SÛRETÉS AU QUÉBEC 185
   A. La présomption d'hypothèque découlant du droit fédéral 186
   B. L'exercice des droits et recours des créanciers hypothécaires 191

CONCLUSION 193

* Docteur en droit, avocat au Barreau du Québec, Associé du cabinet BCF s.e.n.c.r.l. et chercheur associé à la Chaire en gouvernance et en droit des affaires de la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

24-Ciotola.indb 167 12-12-12 15:11

24-Ciotola.indb 168 12-12-12 15:11

INTRODUCTION

S'il est un domaine du droit civil où la contribution du Professeur Pierre Ciotola fut marquante, c'est bien celui du droit des sûretés. D'abord, il s'agit d'une matière qu'il enseigna durant toute sa carrière universitaire, initiant plusieurs milliers d'étudiants à ses fondements, sur près de quatre décennies. Puis, voilà une discipline où les écrits du Professeur Ciotola sont nombreux et font autorité[1]. Il fut donc l'un des pionniers de l'importante réforme du droit des sûretés qui culmina lors de l'adoption du *Code civil du Québec*[2] et de son entrée en vigueur en 1994.

Nous faisons partie des privilégiés qui ont poursuivi leur cheminement académique auprès de ce maître. En effet, c'est sous sa direction que nous avons complété des études de maîtrise et de doctorat, principalement en droit des sûretés, en droit des affaires et en droit du développement international, à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Cette étroite collaboration, qui s'étend sur plus d'une décennie, nous a non seulement permis d'apprécier les qualités intellectuelles de l'homme, mais aussi de développer avec lui une amitié qui ne s'est jamais démentie. Nous avons également pu échanger nos idées et les partager avec un vaste auditoire au sujet de l'arrêt *Val-Brillant*[3], d'abord dans le cadre d'une conférence donnée conjointement à la Chaire du Notariat[4], puis à l'occasion d'un article qui fut, à juste titre, remarqué par plusieurs[5]. En cela, nous sommes redevables à monsieur

---

1 Nous n'allons pas tous les recenser dans cet article. Mentionnons toutefois son traité, Pierre CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, qui constitue une somme considérable.

2 *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.

3 *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant* c. *Blouin*, [2003] 1 R.C.S. 666, 2003 CSC 31 [« ***Val-Brillant*** »].

4 Le jeudi 13 octobre 2005, au Salon des professeurs de la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

5 Pierre CIOTOLA et Antoine LEDUC, « Arrêt *Val-Brillant* : évolution ou régression de l'hypothèque mobilière avec dépossession, en droit civil québécois ? », (2006) 40 *R.J.T.* 5, également publié dans *Mélanges offerts au Professeur François Frenette : Études portant sur le droit patrimonial*, Saint-Nicolas (Qc.), Les Presses de l'Université Laval, 2006, 361. Cet article fut notamment

24-Ciotola.indb 169 12-12-12 15:11

Ciotola d'avoir contribué à notre épanouissement intellectuel et c'est avec empressement que nous voulons lui rendre un hommage mérité par cette contribution aux présents *Mélanges Pierre Ciotola*.

Et quoi de mieux que de reprendre un thème qui lui est cher, à savoir celui de l'épizootisme législatif et jurisprudentiel qui prévaudrait en droit des sûretés, menant à une contre-réforme de ce domaine, nous ayant progressivement éloigné des objectifs initiaux du législateur promulgués lors de l'adoption du Code civil[6]. Le choix du terme « épizootisme » n'est pas sans rappeler l'humour bien connu de monsieur Ciotola, mais dont la principale qualité a toujours été de nous faire bien comprendre l'importance d'un sujet[7].

Pour cerner l'étendue de cette épizootie, dont le législateur et les tribunaux souffriraient, nous allons dans un premier temps nous pencher sur les développements législatifs et jurisprudentiels les plus récents dont on peut se demander s'ils affectent la cohérence intrinsèque du régime de droit des sûretés au Québec [I]. Nous

---

cité avec approbation par madame la juge Marie Deschamps dans l'arrêt *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond* c. *Canada*, [2009] 2 R.C.S. 94, 2009 CSC 29, n^{os} 127-128.

6 Pierre Ciotola s'est en effet penché sur ces questions, en ces termes, dans les articles suivants : Pierre CIOTOLA, « Chronique de jurisprudence – Jurisprudence en droit des sûretés : épizootique ou épisodique ? Réactions contaminées ou réfléchies ? », (2002) 104 *R. du N.* 85 [« ***Jurisprudence épizootique*** »] ; Pierre CIOTOLA, « Droit des sûretés : épizootisme législatif ou contre-réforme ? », dans *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2003, 41 [« ***Épizootisme législatif*** »], également publié dans la Revue du Notariat, (2003) 105 *R. du N.* 853.

7 Monsieur le professeur Ciotola avait d'ailleurs l'occasion de s'exprimer ainsi, dans P. CIOTOLA, *Jurisprudence épizootique*, préc., note 6, p. 86 : « [...] *Est-il possible de croire en ce domaine* [du droit des sûretés] *à une jurisprudence épidémique, et la prolifération des causes n'est-elle pas épidémique et pourquoi pas épizootique (terme bien connu ces derniers mois en Europe)* ? [...] ». Au moment de la publication de cet article, en 2001, sévissait en Europe une épizootie de fièvre aphteuse, et monsieur Ciotola a toujours truffé son enseignement de références à l'actualité, comme nous en avons ici une autre preuve. Cela peut parfois donner lieu à des comparaisons qui ne sont pas à l'avantage des principaux intéressés...

24-Ciotola.indb 170 12-12-12 15:11

verrons, dans un deuxième temps, que l'influence des sources externes sur le droit des sûretés au Québec n'est pas de nature à atténuer cette contre-réforme qui poursuivrait son œuvre, minant la cohérence du régime [II]. Ce faisant, les propos du Professeur Ciotola sont toujours d'actualité et trouvent écho dans notre démarche :

> La réflexion ne se veut ni le regret de quelques concepts oubliés ni la nostalgie d'une réforme cohérente ; elle se veut plutôt le reflet d'une société plus sensible aux changements dans les différentes sphères d'activité. Dans ce contexte changeant, les créanciers demandent une protection accrue soit par l'apparition de mécanismes nouveaux de protection soit par la transformation des sûretés existantes[8].

Ajoutons à cela que le contexte de mondialisation s'étend au droit, auquel le droit des sûretés n'échappe pas, comme nous l'avons démontré ailleurs[9], ayant pour effet de profondément influencer les droits nationaux, dont celui du Québec.

I. De la cohérence intrinsèque du régime de droit des sûretés au Québec

En 2002, le Professeur Ciotola a bien exposé en quoi l'épizootisme législatif minerait la cohérence générale du régime des sûretés du Québec.

Il rappelle d'abord que la réforme initialement proposée par l'Office de révision du Code civil visait l'unification du régime hypothécaire, la disparition des privilèges, la reconnaissance de l'hypothèque mobilière et un meilleur encadrement des recours hypothécaires des créanciers, l'ordre public de protection devant encadrer davantage ce domaine et préserver les droits des débiteurs[10].

---

8 Voir : Pierre Ciotola, *Épizootisme législatif*, préc., note 6, p. 43.

9 Voir : Antoine Leduc, *Mondialisation et harmonisation du droit des sûretés*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2012.

10 Voir : P. Ciotola, *Épizootisme législatif*, préc., note 6, p. 43.

24-Ciotola.indb 171 12-12-12 15:11

De cela, il nous indique ensuite que la réforme opérée par le Code civil aurait laissé en plan au moins quatre questions fondamentales, à savoir : 1° le caractère unique ou dualiste du régime hypothécaire, 2° la présomption d'hypothèque, 3° l'aliénation dans le cours des activités de l'entreprise, et 4° la fiducie à titre de sûreté et l'hypothèque mobilière avec dépossession en ce qui concerne une personne physique qui n'exploite pas une entreprise[11].

En ce qui concerne le caractère unique ou dualiste du régime hypothécaire[12], une lecture attentive de l'article 2660 C.c.Q., qui définit l'« [h]*ypothèque [comme] un droit réel sur un bien, meuble ou immeuble* » (l'article décrivant par la suite l'attribut classique du droit réel qu'est le droit de suite et référant aux droits hypothécaires uniformisés du Code civil), permettrait de relever des difficultés conceptuelles entourant la notion de « droit réel », particulièrement en matière mobilière, le droit de suite posant problème, alors qu'en matière immobilière la question ne suscite aucune difficulté. De même, l'établissement du rang en fonction de l'ordre du temps prévaut toujours en matière immobilière alors qu'en matière mobilière, les exceptions sont nombreuses. Enfin, le dualisme en matière de publicité des droits est criant :

> Est-il exact de qualifier le régime hypothécaire d'« unifié » alors que déjà la publicité pour fins d'opposabilité est régie par des règles d'inscription différentes tenant évidemment de la nature des biens eux-mêmes, meubles ou immeubles ?[13]

---

11 *Id.*, p. 60-66. Mentionnons aussi que le professeur Ciotola relève, dans ce même article, plusieurs autres sources d'incohérence au régime de sûretés du Code civil. En outre, la disparition des privilèges de l'ancien droit et leur remplacement par le régime bicéphale des priorités et hypothèques légales du nouveau Code civil n'aurait pas donné lieu à la réduction tant attendue des sûretés légales : la brèche ouverte par le Code civil serait « béante » (p. 45-47). Le régime de publicité a connu son lot de difficultés, notamment en ce qui a trait à la publicité foncière et, aussi, aux différences fondamentales entre les régimes fonciers et immobiliers dans ce domaine (p. 47-50). Certaines dispositions du droit transitoire revêtent, au final, un caractère permanent (p. 50-53).

12 *Id.*, p. 60-61.

13 *Id.*, p. 61.

24-Ciotola.indb 172 12-12-12 15:11

En ce qui a trait à la présomption d'hypothèque, le débat continue de perdurer, dix-huit ans après l'entrée en vigueur du nouveau Code civil et, comme nous le verrons plus loin, ce débat fut alimenté tant par le législateur du Québec que par le législateur fédéral.

Quant à la notion d'« aliénation dans le cours des activités de l'entreprise », elle mériterait d'être mieux cernée, car d'elle dépend la continuation ou l'extinction du droit de suite d'une hypothèque portant sur un bien meuble[14]. Nous ne reviendrons pas, en ces pages, sur cette question, puisque nous estimons, contrairement à ce qu'avance monsieur Ciotola et ceci dit avec la plus grande déférence, qu'elle ne soit pas source d'une aussi grande incertitude que ce que l'on craint[15].

Enfin, le législateur aurait fait montre d'une attitude pour le moins contradictoire en ce qui concerne la fameuse « personne physique qui n'exploite pas une entreprise » du Code civil. Cette personne pouvait, dès l'entrée en vigueur du Code civil, recourir à plusieurs mécanismes ayant l'effet de sûreté, dont la fiducie à titre de garantie, les réserves de propriété, le bail et le crédit bail, mais l'hypothèque mobilière sans dépossession lui était initialement complètement interdite. Lui restait l'hypothèque mobilière avec dépossession, mais en fonction de l'interprétation de son étendue, cette question fut l'une des plus controversée depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code civil[16].

Les développements législatifs et jurisprudentiels récents nous permettent de revenir sur ces questions.

Au plan législatif, une réforme majeure culmina en 2009 en matière de sûretés sur les valeurs mobilières, actifs financiers et titres intermédiés [A] qui, tout en apportant plusieurs solutions aux embûches que connaissait antérieurement le domaine, dont la possibilité pour une « personne physique qui n'exploite pas une

---

14 *Id.*, p. 63-64.

15 Pour une discussion détaillée à ce sujet, lire notre analyse dans A. LEDUC, préc., note 9, p. 229-232.

16 *Id.*, p. 64-66. Voir aussi : P. CIOTOLA et A. LEDUC, préc., note 5 ; A. LEDUC, préc., note 9, p. 52-55, 192-207, 216-219, 275-278.

24-Ciotola.indb 173 12-12-12 15:11

entreprise » de consentir une hypothèque mobilière sans dépossession, ne soulève pas moins de nombreuses questions quant au processus de réforme législatif même et, aussi, quant à la cohérence intrinsèque du régime de sûretés, notamment en matière de publicité des droits, d'ordre de priorité et de dualisme du régime hypothécaire.

Au plan jurisprudentiel, c'est l'interprétation de l'article 2692 C.c.Q. qui nous fournit l'occasion d'une réflexion relativement aux sûretés garantissant le paiement d'obligations ou autres titres d'emprunts [B] et, du même coup, sur l'absence de volonté du législateur québécois de préciser tout un pan, et non le moindre, de la pratique en droit du financement, en l'occurrence celui des prêts consentis par des syndicats de créanciers, par la voie de la réforme législative, et ce, en dépit de demandes répétées de nombreux acteurs.

Nous traiterons, en deuxième partie d'analyse, des autres questions soulevées par monsieur Ciotola que nous avons exposées ci-dessus.

A. Les sûretés sur les valeurs mobilières, actifs financiers et titres intermédiés

La *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés*[17] est en vigueur depuis le 1er janvier 2009[18]. Cette loi particulière modifie le régime hypothécaire d'au moins trois manières : en élargissant la portée de l'hypothèque mobilière sans dépossession pour le particulier, en consacrant la matérialisation

---

17 *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés*, L.Q. 2008, c. 20, L.R.Q. c. T-11.002 [la « ***Loi sur le transfert de valeurs mobilières*** »].

18 Notre présente discussion ne consiste pas à présenter cette loi et le régime qui en découle dans tous ses détails. Pour une telle analyse, du point de vue du droit des sûretés, lire : Michel DESCHAMPS, « Le nouveau régime québécois de sûretés sur les valeurs mobilières », (2009) 68 *R. du B.* 545. Voir aussi : Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 4e éd., Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 2010, nos 866-922, p. 423-456. Voir enfin, dans une perspective internationale de droit comparé : A. LEDUC, préc., note 9, p. 43-55, 188-225, 275-292, 343-347.

24-Ciotola.indb 174 12-12-12 15:11

du gage en limitant le régime général aux seuls biens corporels et titres négociables, puis en créant un régime spécial relativement aux valeurs mobilières, aux actifs financiers et aux titres intermédiés.

Ainsi, le nouvel article 2684.1 C.c.Q.[19] permet au particulier de consentir une hypothèque sans dépossession universelle sur des valeurs mobilières ou des titres intermédiés, présents ou à venir, visés par la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières*. Il peut aussi consentir à une hypothèque universelle sur tout autre type de biens déterminés par règlement. Le nouvel article 15.2 du *Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*[20] précise désormais, à cet égard, qu'en plus des biens déjà susceptibles d'hypothèque mobilière sans dépossession depuis 1999[21], le particulier peut aussi hypothéquer sans dépossession les biens suivants : les biens précieux au sens de la *Loi sur les impôts*[22] ; les biens incorporels, dont les biens qui constituent une forme d'investissement au sens de la *Loi sur les valeurs mobilières*[23] ; les valeurs mobilières et les titres intermédiés visés par la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières* ; les instruments dérivés visés par

---

19 *Loi sur le transfert de valeurs mobilières*, préc., note 17, art. 133.

20 *Règlement modifiant le Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, (2009) 141 G.O. II, 23A, art. 1 et 2 (entré en vigueur le 16 janvier 2009).

21 Les biens meubles déterminés par règlement comprennent alors : un véhicule de promenade, une motocyclette, une habitation motorisée, une motoneige d'un modèle postérieur à 1988, certains véhicules tout terrain, une caravane ou une semi-caravane, une maison mobile, un bateau, une motomarine, un aéronef. Voir : *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité des droits personnels et réels mobiliers et à la constitution d'hypothèques mobilières sans dépossession*, L.Q. 1998, c. 5, art. 9, modifiant l'art. 2683 C.c.Q [la « ***Loi modifiant le Code civil (P.L. 181)*** »] ; Voir aussi : art. 15.01 du *Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, (1993) 125 G.O. II 8058 art. 15, modifié par (1998) 130 G.O II 2015, art. 5 et par (1999) 131 G.O. II 3846, art. 1 et 2.

22 *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3.

23 *Loi sur les valeurs mobilières,* L.R.Q., c. V-1.1.

24-Ciotola.indb 175 12-12-12 15:11

la *Loi sur les instruments dérivés*[24] ; les créances ; les droits découlant d'un contrat d'assurance ; et enfin, les droits de propriété intellectuelle.

Mentionnons toutefois que l'article 15.2 du règlement précité interdit, dans tous les cas, la constitution d'une hypothèque mobilière sans dépossession par un particulier grevant des biens constituant un Régime enregistré d'épargne retraite (REÉR), un Fonds enregistré de revenu de retraite, un Régime enregistré d'épargne études ou un Régime enregistré d'épargne invalidité au sens de la *Loi sur les impôts*. Le législateur fédéral en a fait autant en déclarant ces biens insaisissables aux termes de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*[25]. Ironiquement, ces récentes modifications législatives font en sorte qu'il n'est désormais plus possible de constituer un gage « à la *Val-Brillant* » sur un certificat de dépôt représentant un REÉR. De plus, dans la foulée de la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières*, le gage est désormais constitué par la remise *matérielle* du bien ou du titre au créancier[26]. L'ajout du terme « matérielle » consacre la thèse de la matérialisation du gage, qui le limite désormais clairement aux seuls biens corporels et titres négociables.

Enfin, la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières* modifie substantiellement le régime du gage du Code civil, en y ajoutant un régime particulier pour le gage grevant des valeurs mobilières ou titres intermédiés visés par cette même loi. Les articles 2714.1 à 2714.7 C.c.Q.[27] établissent une autre façon que la remise matérielle de mettre en possession le créancier pour ce type de biens, par le truchement du concept de « maîtrise », l'équivalent du concept de « control » du *Uniform Commercial Code* américain.

C'est donc le retour de la dépossession fictive. Ainsi, la détention paisible et continue nécessaire à ce type de gage s'opère par

---

[24] *Loi sur les instruments dérivés,* L.Q. 2008, c. 24.

[25] *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3 [la « ***Loi sur la faillite et l'insolvabilité*** » ou « ***LFI*** »], par. 67 (1) b. 3.

[26] C.c.Q., art. 2702, tel que modifié aux termes de la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières*, préc., note 17, art. 135.

[27] *Loi sur le transfert de valeurs mobilières*, préc., note 17, art. 136.

24-Ciotola.indb 176 12-12-12 15:11

la maîtrise[28]. L'inscription au registre mobilier n'est pas nécessaire. La maîtrise confère, de surcroît, un rang prioritaire à son titulaire[29]. De même, la détention d'un certificat nominatif confère à son détenteur, même en l'absence de maîtrise, un rang prioritaire à tout créancier qui détiendrait une hypothèque inscrite au registre mobilier sur le même bien. De plus, la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières* précise qu'« [u]*ne inscription sur le registre des droits personnels et réels mobiliers ne constitue pas un avis de l'existence de revendications relativement à une valeur mobilière ou à un actif financier* »[30]. Enfin, l'émetteur ou l'intermédiaire en valeurs mobilières ne sont pas tenus de confirmer à un tiers l'existence d'un accord de maîtrise, sauf si le détenteur inscrit ou titulaire du titre leur demandent[31].

Ces mesures confirment clairement l'existence d'un régime spécial, parallèle à celui du Code civil. Lorsque l'on pense aux objectifs d'un régime de publicité[32], visant à rendre publique l'existence de droits, à enrayer l'occultisme et à favoriser l'établissement d'un ordre de priorité cohérent, ce régime spécial s'inscrit en faux par rapport à ceux-ci. Mais là n'est pas le seul régime spécial opérant en marge du Code civil. Le régime des contrats d'assurance faisait déjà bande à part dès l'entrée en vigueur du Code civil en 1994[33].

---

28 C.c.Q., art. 2714.1.

29 C.c.Q., art. 2714.2-2714.4.

30 *Loi sur le transfert de valeurs mobilières*, préc., note 17, art. 27.

31 *Id.*, par. 57 (2) et 114 (2).

32 Voir, A. LEDUC, préc., note 9, p. 279-292.

33 En effet, en matière de cession ou d'hypothèque résultant d'un contrat d'assurance, l'article 2461 C.c.Q. prévoit que de tels actes ne sont opposables tant à l'assureur, au bénéficiaire ou aux tiers, qu'à compter du moment où l'assureur en reçoit avis. Dans ce cas, cela signifie que l'inscription ne suffit pas à assurer l'opposabilité de l'hypothèque, ni à lui conférer son rang, même lorsqu'il s'agit d'une hypothèque mobilière sans dépossession, qui doit pourtant obligatoirement être inscrite au registre. Ainsi, un créancier qui a inscrit antérieurement son hypothèque peut se voir déclasser par un créancier qui transmet son avis de cession ou d'hypothèque à l'assureur avant lui, ce qui constitue une exception notable au principe de l'ordre du temps établi par l'inscription et aux autres effets qui y sont normalement rattachés. Voir,

24-Ciotola.indb 177 12-12-12 15:11

Ajoutons que le titulaire d'un tel gage peut aliéner les biens grevés ou les affecter à son tour d'une hypothèque en faveur d'un tiers (sauf convention contraire avec le constituant initial)[34]. Il s'agit clairement là d'une entorse au principe posé par les articles 2681, 2682 et 2670 C.c.Q., en vertu desquels seul le propriétaire d'un bien peut l'hypothéquer. Cela représente un changement radical par rapport au droit antérieur[35]. On peut penser que cette disposition a pour but de permettre à l'intermédiaire en valeurs mobilières de se financer lui-même à partir des actifs financiers qui sont sous sa gestion[36].

Ces modifications apportées au régime de sûretés du Code civil par la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières* nous autorisent à tirer un certain nombre de conclusions.

Tout d'abord, en ce qui concerne le caractère unique ou dualiste du régime hypothécaire, peut-on encore parler d'un régime dualiste, entre le mobilier et l'immobilier, alors que le régime mobilier est lui-même pluriel ? Le régime québécois n'est donc pas unitaire en matière de publicité. Il suit les traces du régime américain, sans toutefois établir le régime de l'inscription à titre principal. Il conserve cependant la distinction entre l'inscription et la dépossession. Il limite désormais le gage aux seuls biens corporels et titres négociables, puis créé un régime spécial de gages sur des valeurs mobilières et titres intermédiés. Les sûretés-propriétés, en raison de l'approche retenue par le législateur québécois, font l'objet d'une réglementation spéciale. Ainsi, le Code civil procède moins par catégories de biens ou de transactions que le *Uniform Commercial Code*, même s'il tend désormais davantage dans cette direction.

---

en ce sens, L. PAYETTE, préc., note 18, n^os^ 366, 792, 1191-1192, p. 168-169, 380, 592.

34 C.c.Q., art. 2714.6.

35 P. CIOTOLA et A. LEDUC, préc., note 5, p. 35 ; M. DESCHAMPS, préc., note 18, p. 558. ***Contra*** : Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 3^e^ éd., Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, n^o^ 856.

36 L. PAYETTE, préc., note 35, n^os^ 995-997 ; L. PAYETTE, préc., note 18, n^os^ 915-918.

24-Ciotola.indb 178 12-12-12 15:11

En raison de l'avènement du système de publicité par inscription, plusieurs ont suggéré d'abolir le gage comme mécanisme de publicité ou de le circonscrire aux seuls biens meubles corporels et titres négociables[37]. Dans une certaine mesure, c'est ce que le droit américain et le droit québécois font, sauf que la création d'un régime spécial sur les valeurs mobilières et les titres intermédiés, puis, aux États-Unis, sur les comptes bancaires et les lettres de crédit, ont pour effet de diminuer grandement l'efficacité du régime de l'inscription et d'aller à contre-courant de la mission de la publicité, où l'occultisme ne doit pas être encouragé.

Ainsi, on peut déplorer la renaissance de ce mécanisme de dépossession fictive, à une époque de progrès informatiques majeurs et soutenir que la véritable réforme du droit des sûretés mobilières est indissociable des mécanismes de publicités qui en sous-tendent l'édifice. Cependant, cette renaissance se constate à l'échelle internationale et il sera désormais très difficile, voire impossible, de l'arrêter.

Par ailleurs, voilà que l'hypothèque mobilière, avec ou sans dépossession est, sujette à certaines restrictions que l'on pourrait qualifier de mineures, complètement disponible à la « *personne physique qui n'exploite pas une entreprise* ». Cette avancée, car c'en est une, mérite d'être saluée.

On peut cependant s'interroger sur la façon de faire du législateur, d'abord dans sa mise en œuvre de cette réforme au moyen de lois et règlements particuliers. En effet, des pans entiers du Code civil sont désormais régis par des régimes particuliers en matière de sûretés, découlant de la *Loi modifiant le Code civil (P.L. 181)*, de la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières*, puis du *Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*.

---

37 P. CIOTOLA et A. LEDUC, préc., note 5, p. 60-74 ; James J. WHITE, « Reforming Article 9 Priorities in Light of Old Ignorance and New Filing Rules », (1995) 79 *Minnesota Law Review* 529, en particulier aux p. 534-535 ; Roderick A. MACDONALD, « Faut-il s'assurer qu'on appelle un chat un chat ? Observations sur la méthodologie législative à travers l'énumération limitative des sûretés, la « présomption d'hypothèque » et le principe de « l'essence de l'opération » », dans *Mélanges Germain Brière*, Collection Bleue, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993, 527, 555-556.

24-Ciotola.indb 179 12-12-12 15:11

Le professeur Ciotola a souventes fois déploré ce renvoi à des lois particulières, à des textes réglementaires ou, encore, au droit transitoire qui devient permanent, en vue de compléter des dispositions fondamentales du Code civil, ce qui contribue également à une complexification indue du droit[38]. De telles critiques demeurent toujours d'actualité à l'égard de cette récente réforme.

Par ailleurs, mentionnons que l'évolution québécoise jurisprudentielle et législative en ce domaine est pour le moins surprenante. Ainsi, le législateur québécois fit longtemps la sourde oreille aux demandes répétées de modifications exigées au Code civil en matière de sûretés, en particulier en ce qui a trait à la possibilité pour un particulier de consentir une hypothèque mobilière sans dépossession. C'est timidement qu'il s'avança d'abord sur cette question, ayant toujours en tête l'idée de protéger le consommateur contre le piège du surendettement. Puis, par la suite, il n'hésita pas à prendre un virage marqué, en élargissant significativement l'accès du particulier à l'hypothèque mobilière sans dépossession, d'une part ; d'autre part, en adoptant, sans consultations publiques[39], la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières* et le régime particulier de sûretés et de règles concernant le transfert proprement dit de ces valeurs, en calquant le régime américain, dans la foulée d'un processus d'harmonisation pancanadien et international. Le contraste, avec la lenteur des réformes antérieures, le poids des consultations publiques et des travaux parlementaires qui prévalaient autrefois, est trop saisissant pour ne pas être relevé. Mais où sont donc passés les organismes de protection du consommateur ?

Constatons, enfin, que les objections qui pouvaient autrefois exister en faveur du maintien, réel ou imaginé, d'institutions pro-

---

38 Voir : P. CIOTOLA, préc., note 1, n° 3.7 (note 27), p. 206 ; P. CIOTOLA, *Épizootisme législatif*, préc., note 6, p. 59-60.

39 Pour un historique des travaux parlementaires, voir : Suzie LANTHIER, *Les sûretés sur les valeurs mobilières : le mouvement d'uniformisation d'origine américaine est-il transposable universellement ? Vers une approche québécoise à la question*, Mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2009, p. 162-164. Voir aussi : A. LEDUC, préc., note 9, p. 52-55, 205-207.

24-Ciotola.indb 180 12-12-12 15:11

pres à la tradition civiliste, par exemple toute la résistance à l'adoption de l'approche téléologique et du principe de l'essence de l'opération ou de la présomption d'hypothèque[40], semblent maintenant avoir disparu comme par enchantement et cèdent le pas à l'impérative nécessité de l'harmonisation de notre droit avec celui du continent nord américain et du monde. Le changement de paradigme est de taille ; la création du régime spécial de l'hypothèque avec dépossession sur des valeurs mobilières ou titres intermédiés constitue un tournant majeur dans la conception même d'un Code civil et de l'effet de système qu'il est censé engendrer[41].

Nous allons maintenant aborder le domaine des sûretés garantissant le paiement d'obligations ou autres titres d'emprunts, domaine où le législateur ne semble pas pressé d'intervenir pour lever le doute quant à certaines incertitudes soulevées par l'article 2692 C.c.Q.

B. Les sûretés garantissant le paiement d'obligations ou autres titres d'emprunts (art. 2692 C.c.Q.)

Depuis l'entrée en vigueur du Code civil, en 1994, il s'est dit et écrit beaucoup de choses au sujet de l'article 2692 C.c.Q.[42] Il n'est pas de notre intention de nous livrer à une analyse exhaustive de cette disposition, mais plutôt de revisiter les principales questions quelle suscite, surtout à la lumière de la seule décision jurisprudentielle l'ayant interprété à ce jour. En effet, l'affaire *Positron*[43] illustre bien les limites de l'article 2692 C.c.Q. et incite à

---

40 R.A. MACDONALD, préc., note 37 ; Gil RÉMILLARD, « Présentation du projet de *Code civil du Québec* », (1991) 22 *R.G.D.* 5, 55.

41 A. LEDUC, préc., note 9, p. 303 et suiv.

42 Voir, notamment : Jacques DESLAURIERS, *Les sûretés réelles au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, p. 695 et suiv. ; John B. CLAXTON, « The *Fondé de pouvoir* for Holders of Secured Indebtedness : Article 2692 Revisited, A Critical Examination », (1999) 44 *R.D. McGill* 662 ; L. PAYETTE, préc., note 18, n^os^ 625 et suiv.

43 *Positron Technologies inc. (Arrangement relatif à)*, 2008 QCCS 4668 (requête pour permission d'appeler accordée le 3 décembre 2008, 2008 QCCA 2291 ; déclaration de règlement hors cour, 20 février 2009) [« ***Positron*** »].

24-Ciotola.indb 181 12-12-12 15:11

souhaiter que le législateur entende les demandes de modifications qui lui ont été présentées à de nombreuses reprises et depuis déjà longtemps[44].

Dans cette affaire, la Cour avait à décider si une hypothèque mobilière sans dépossession, consentie par la débitrice Positron afin de garantir une débenture convertible, était nulle de nullité absolue, car ne revêtant pas la forme notariée et n'étant pas consentie en faveur d'un fondé de pouvoir, et ce, contrairement aux prescriptions de l'article 2692 C.c.Q.[45] Après une analyse fouillée à l'aide de la méthode grammaticale et du contexte historique ayant précédé l'adoption de cette disposition, la Cour en vient à la conclusion que l'hypothèque est nulle de nullité absolue. N'y change rien le fait que l'hypothèque fut initialement consentie pour garantir les obligations à l'égard d'un seul créancier (au lieu d'une pluralité de créanciers), car la débenture convertible était cessible, selon ses propres termes, ce qui permet à la Cour d'affirmer :

> [77] Compte tenu de cette caractéristique, d'autres créanciers peuvent s'ajouter à Quorum [i.e. le titulaire de l'hypothèque], en cours de route. Si on suit la logique de Quorum, l'article 2692 *C.c.Q.* ne s'appliquerait pas au moment de l'émission de la débenture compte tenu de l'absence d'une multiplicité de créanciers. De ce fait, la forme notariée ne serait pas requise. Cependant, en cas de transfert à une pluralité de créanciers, l'article 2692 *C.c.Q.* s'appliquerait et l'hypothèque deviendrait nulle de nullité absolue, puisqu'elle ne répondrait plus aux conditions de 2692 C.c.Q.
>
> [78] De l'avis du tribunal, cette interprétation introduit un degré d'incertitude et d'imprévisibilité inacceptable. La validité de l'hypothèque doit pouvoir être évaluée de la même façon en tout temps, notamment au moment de son émission et de sa réalisation. Cette validité ne peut être modulée en fonction du moment et des modifications quant à la détention de la dé-

---

44 Voir : J. DESLAURIERS, préc., note 42, n^os^ 1888-1891, p. 708-709 ; L. PAYETTE, préc., note 18, n^o^ 646, p. 301.

45 *Positron*, préc., note 43, n^o^ 12.

24-Ciotola.indb 182 12-12-12 15:11

> benture. Dès que l'hypothèque est constituée, le créancier doit être en mesure de s'assurer de sa validité et de son opposabilité.
>
> [...]
>
> [81] Les arguments pragmatiques amènent le Tribunal à conclure que l'obligation de la forme notariée n'est pas conditionnelle à la présence d'une multiplicité de créanciers.
>
> [...]
>
> [83] D'aucuns pourraient prétendre que l'exigence de la forme notariée et de l'intervention d'un fondé de pouvoir, en l'absence de pluralité de créanciers, est inutile. Il s'agit toutefois de la volonté exprimée du législateur. Il n'appartient pas au tribunal de réécrire la loi.[46]
>
> [Notre soulignement]

Voilà donc une invitation on ne peut plus claire de la part du Tribunal faite au législateur de modifier cette disposition. Car cette décision soulève tout de même un certain nombre d'interrogations. D'une part, quelle est la portée des termes « *obligations ou autres titres d'emprunts, émis par le fiduciaire, la société en commandite ou la personne morale autorisée à le faire en vertu de la loi* », que l'on retrouve à l'article 2692 C.c.Q. ? L'interprétation qu'en fait la Cour, aux paragraphes 37 et 38 de la décision, semble très large, d'autant plus que la Cour refuse d'écarter toute convention de crédit ou billet promissoire de la portée de l'article 2692 C.c.Q. :

> [40] À noter que tant le Contrôleur que Quorum sont d'avis que toute convention de crédit ou billet promissoire n'est pas un « titre d'emprunt » au sens de l'article 2692 C.c.Q. Le Tribunal n'a pas à se prononcer sur cette question, sa décision ne visant que le cas spécifique de la Débenture # 1.[47]

---

46 *Id.*, n^os^ 77-78, 81, 83.

47 *Id.*, n^o^ 40.

24-Ciotola.indb 183 12-12-12 15:11

La doctrine réfute cette possibilité d'une interprétation aussi large pour limiter la sphère d'application de l'article 2692 C.c.Q. aux seules obligations et titres d'emprunts de type « valeurs mobilières » et nous y souscrivons[48]. Voilà cependant l'une des questions qui ouvre la porte aux spéculations les plus diverses.

D'autre part, on a souligné qu'il faudrait séparer les deux éléments factuels auxquels réfère l'article 2692 C.c.Q., c'est-à-dire la présence d'obligations et de titres d'emprunts et celle du fondé de pouvoir[49]. En effet, peut-il y avoir un fondé de pouvoir nommé pour le bénéfice des créanciers sans l'émission d'obligations ou de titres d'emprunts ? L. Payette va plus loin :

> **664**. [...] La nullité frappe-t-elle l'hypothèque créée sous forme notariée créée en faveur d'un créancier unique pour garantir une débenture émise en sa faveur, en l'absence de tout fondé de pouvoir – dont la présence serait inutile en la circonstance ?[50]
>
> **665**. Le fondé de pouvoir a pour seule utilité de représenter plusieurs créanciers – il peut s'agir d'une multitude de porteurs de titres – et de leur donner le moyen d'agir commodément par un intermédiaire. [...] Exiger la forme notariée pour une hypothèque mobilière créée au profit d'un seul créancier aux fins de garantir une débenture émise en sa faveur relève d'un formalisme inutile qui distinguerait désavantageusement le droit du Québec. L'article 2692 C.c.Q. devrait recevoir l'interprétation que mérite un article d'exception, c'est-à-dire une interprétation restrictive selon laquelle la forme notariée pour une hypothèque mobilière n'est pas requise sauf si les deux conditions prévues à cet article se trouvent présentes. Il est à souhaiter que le législateur remanie cette disposition du Code

---

48 Voir : J. DESLAURIERS, préc., note 42, n^os^ 1880-1881, p. 705-706 ; L. PAYETTE, préc., note 18, n^o^ 641, p. 296-298.

49 L. PAYETTE, préc., note 18, n^os^ 645-646, 664-665, p. 300-301, 311-313.

50 Le Tribunal ne se prononce pas sur cette question dans l'affaire *Positron*, préc., note 43, mais c'est le cas de l'une des hypothèques détenues à titre de garantie par Quorum, qui est de cette nature. Elle est considérée valide par le Contrôleur, ne faisant donc pas l'objet de la requête pour directives dont le Tribunal est saisi. Voir les paragraphes 5 et 6 de la décision.

24-Ciotola.indb 184 12-12-12 15:11

> afin d'éliminer les doutes soulevés par sa rédaction et de faire valoir le contexte pour lequel elle fut à l'origine édictée : exigence de la forme notariée dans les situations d'appel public à l'épargne où l'intérêt général – du moins dans la tradition québécoise – justifie cette exigence.
>
> [Notre soulignement – référence omise]

Notons, enfin, que les mécanismes développés par la pratique afin de mettre en place des sûretés en faveur d'une pluralité de créanciers, qu'il s'agisse de celui recourant au fondé de pouvoir de l'article 2692 C.c.Q. ou, encore, celui de la solidarité entre les créanciers, dite « active », découlant des articles 1541 à 1544 C.c.Q., s'avèrent beaucoup plus complexes que ne l'est le mécanisme des juridictions de *common law*, où l'on accepte sans difficulté qu'un « *collateral agent* » agisse à titre de mandataire pour le bénéfice de plusieurs créanciers, présents et futurs[51].

L'épizootie, dans le cas présent, est-elle législative, jurisprudentielle ou doctrinale ? On pourrait affirmer, tout comme le fait la juge Alarie dans l'affaire *Positron*, qu'il n'appartient pas au Tribunal de réécrire la loi. Dès lors, il est difficilement acceptable que le législateur laisse perdurer une telle situation dans un secteur si névralgique de l'économie québécoise, qui représente à lui seul des milliards de crédits garantis.

Nous verrons maintenant l'influence qu'ont les sources externes sur le droit des sûretés au Québec et en quoi elles participent, d'une certaine manière, à la contre-réforme de ce droit qui aurait cours.

II. De l'influence des sources externes sur le droit des sûretés au Québec

On peut analyser l'influence des sources externes sur le droit des sûretés au Québec sous au moins deux angles. Premièrement,

---

51 Voir, sur ces questions : L. Payette, préc., note 18, n^os^ 612-646, 662-665, 845-847, 929, p. 284-301, 310-313, 412-413, 460 ; J. Deslauriers, préc., note 42, p. 695 et suiv.

24-Ciotola.indb 185 12-12-12 15:11

on note l'apparition d'une certaine forme de présomption d'hypothèque découlant du droit fédéral [A]. Deuxièmement, l'exercice des droits et recours des créanciers hypothécaires se fait de plus en plus sous l'égide de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, du moins en matière commerciale [B].

A. La présomption d'hypothèque découlant du droit fédéral[52]

Ainsi, bien que le législateur québécois ait choisi de ne pas adopter le principe de la présomption d'hypothèque, l'on assisterait, présentement, à un curieux retour du balancier. D'abord, le législateur fédéral, dans le cadre de son programme de bijuridisme législatif, a modifié la définition du terme « créancier garanti » de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*[53], mais ne fit rien de celle de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*[54]. Aux termes de la nouvelle définition de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, sont créanciers garantis les personnes titulaires : d'une hypothèque, d'un gage, d'une charge ou d'un privilège sur ou contre les biens du débiteur ; la personne qui détient une réclamation fondée sur un effet de commerce ou garantie par ce dernier ; la personne titulaire, selon le Code civil ou les autres lois de la province de Québec, d'un droit de rétention ou d'une priorité constitutive de droit réel sur ou contre les biens du débiteur ou une partie de ses biens ; et finalement, lorsque l'exercice de ses droits est assujetti aux règles prévues pour l'exercice des droits hypothécaires au livre sixième du Code civil, la personne qui vend un bien au débiteur, sous condition ou à tempérament, la personne qui achète un bien au débiteur avec faculté de rachat en faveur de celui-ci, et le fiduciaire d'une fiducie constituée par le débiteur afin de garantir l'exécution de l'obligation.

---

52 Nous discutons de cette question dans A. LEDUC, préc., note 9, p. 155-159, 338-340.

53 Voir : *Loi d'harmonisation n°1 du droit fédéral et du droit civil*, L.C. 2001, c. 4, art. 25.

54 *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36 [la « ***Loi sur les arrangements*** »].

24-Ciotola.indb 186 12-12-12 15:11

Nous avons déjà eu l'occasion de critiquer cette nouvelle définition du terme créancier garanti [55]. À notre avis, le législateur aurait simplement dû référer directement au droit provincial et adopter une définition téléologique. Une telle définition aurait permis une harmonisation parfaite et continue de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* aux régimes de sûretés mis en place dans les provinces canadiennes. Le même raisonnement vaut pour la *Loi sur les arrangements*.

Telle ne fut pas l'approche choisie. En matière de sûretés conventionnelles, la nouvelle définition du terme créancier garanti édicte, jusqu'à un certain point, une présomption d'hypothèque dans le contexte du droit de la faillite, les bailleurs à long terme et les crédit-bailleurs n'y étant cependant pas expressément visés [56]. En termes concrets, cela signifie que les ventes à tempérament ou conditionnelles, les ventes avec faculté de rachat et la fiducie-sûreté ne sont plus des transactions analysées sous l'angle du droit de propriété dans un contexte de faillite. C'est leur caractère accessoire de sûreté qui domine et qui est maintenant reconnu. On a en effet estimé, sur la foi de la doctrine qui confère aux différents mécanismes de réserves de propriété réglementés par le Code civil le caractère premier d'une sûreté, qu'il fallait refléter cette caractéristique propre à ces transactions dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*[57]. On se souviendra qu'autrefois, les créanciers

---

55 Voir : Roger P. SIMARD et Antoine LEDUC, « Affaire *Château d'Amos :* intégrité du droit canadien de la faillite ou du droit civil québécois, deux intérêts inconciliables dans un régime fédéral ? », dans BARREAU DU QUÉBEC, SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, vol. 131, *Développement récents en droit administratif (2000),* Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 2000, p. 85, 134-140.

56 Ces créanciers ne sont pas visés par la définition, puisqu'ils ne sont pas assujettis, dans l'exercice de leurs recours, aux règles d'exercice des droits hypothécaires, le crédit-bailleur ou le locateur à long terme demeurant propriétaires des biens loués.

57 Alain VAUCLAIR et Martin-François PARENT, « L'harmonisation de la législation fédérale en matière de faillite et d'insolvabilité avec le droit civil de la province de Québec : quelques problématiques », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien*, deuxième publication, fascicule 8a, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2001, p. 7-10.

24-Ciotola.indb 187 12-12-12 15:11

titulaires de réserve de propriété n'avaient qu'à produire, pour récupérer le bien, une preuve de réclamation de biens (à titre de propriétaire) auprès du syndic de faillite[58]. Cette situation est désormais modifiée pour faire en sorte que ces mêmes créanciers soient tenus d'exercer les recours hypothécaires auxquels ils sont assujettis. Les créanciers qui se prévaudront d'une telle sûreté auront la possibilité de se la faire racheter par le syndic de faillite[59].

De même, le fiduciaire d'une fiducie constituée à des fins de garantie aux termes de l'article 1263 C.c.Q., devra produire une réclamation à ce titre au syndic de faillite, même si les biens qui furent transférés par le débiteur failli dans la fiducie ne lui appartiennent pas, pas plus qu'ils n'appartiennent à quiconque, la fiducie étant un patrimoine d'affectation (art. 1261 C.c.Q.). Cette mesure fut jugée nécessaire afin que le syndic puisse évaluer la validité d'un tel transfert. D'une part, il peut s'agir de déterminer si la fiducie-sûreté a été constituée en fraude des droits des autres créanciers. La fiducie-sûreté est nécessairement un contrat à titre onéreux, tel que l'exige l'article 1263 C.c.Q; toutefois, le syndic pourra se prévaloir des dispositions relatives aux traitements préférentiels et opérations sous-évaluées de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*[60], ainsi que des dispositions relatives à l'action en inopposabilité du Code civil[61]. De plus, il faut mentionner la disposition de l'article 1292 C.c.Q., qui donne une autre ouverture au syndic de faillite afin d'examiner la validité de la fiducie-sûreté. Par ailleurs, même si la fiducie-sûreté est validement constituée, le syndic a néanmoins intérêt à être informé de la réclamation de ce créancier garanti. En effet, par l'effet de la disposition de l'article 1297 C.c.Q., on peut concevoir que le syndic de faillite puisse avoir droit au surplus résultant de la réalisation des actifs placés en fiducie par le débiteur failli en faveur d'un créancier garanti[62]. Ajoutons à cela que l'utilité de cette mesure est de permettre au

58 LFI, art. 81.

59 LFI, art. 128-134.

60 LFI, art. 95-96.

61 C.c.Q., art. 1631-1636.

62 L. PAYETTE, préc., note 18, n° 1884, p. 957.

24-Ciotola.indb 188 12-12-12 15:11

syndic de faillite, comme pour les ventes à tempéraments et autres réserves de propriété mentionnées dans la définition, de racheter la garantie.

Tous les effets de cette modification n'ont pas encore été pleinement appréciés. En effet, on peut se demander si les autorités fiscales considéreront désormais les ventes à tempérament, les ventes avec faculté de rachat et la fiducie-sûreté comme autant de mécanismes qui sont subordonnés aux super-priorités qu'elles détiennent, notamment aux fiducies présumées des lois fiscales[63]. Si tel était le cas, on ne voit pas quelle utilité conserveraient ces mécanismes pour les créanciers : la réservation du droit de propriété est entre autres utilisée afin d'éviter l'application des priorités de la Couronne[64].

Enfin, mentionnons que la Cour d'appel du Québec en était presque rendue à la consécration d'une approche fonctionnelle judiciaire, s'il fallait en croire les termes du juge Baudouin :

> [35] En réalité, la location à long terme avec réserve de propriété, la vente à tempérament et le crédit-bail sont trois formules d'accueil pour une même réalité : la création d'une sûreté mobilière. Seule donc la structure juridique apparente est différente. Si la mesure de publicité imposée dans un cas produit comme effet l'opposabilité aux tiers, pourquoi ce serait différent dans les autres ?
>
> [36] Dans les deux hypothèses, en effet, l'attribution du droit de propriété jusqu'au paiement final tant au vendeur à tempérament qu'au locateur n'est qu'une sorte de fiction permettant d'assurer l'efficacité d'un mécanisme de crédit pour l'achat d'un bien.[65]

De là à conclure à l'adoption d'un principe jurisprudentiel équivalent à la présomption d'hypothèque, il n'y avait qu'un pas.

---

63 Voir la définition du terme « créancier garanti » figurant au paragraphe 224 (1.3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1.

64 Philippe H. BÉLANGER, « Droits, priorités et super-priorités des ministères du Revenu », (2001) 35 *R.J.T.* 83, 133-145.

65 *Massouris (Syndic de)*, [2002] R.J.Q. 901 (C.A.), j. Baudouin, p. 906.

24-Ciotola.indb 189 12-12-12 15:11

Cependant, la Cour suprême du Canada est venue nuancer la question. Tout en reconnaissant que le législateur fédéral consacre désormais le caractère de sûretés des ventes à tempérament, ventes avec faculté de rachat et fiducies-sûretés, la Cour suprême fait néanmoins primer le droit de propriété des locateurs et crédits-bailleurs face à un syndic de faillite, sa publication n'étant pas nécessaire pour le rendre opposable au syndic puisqu'il n'est pas visé par la définition du terme « créancier garanti », et ce, malgré les impératifs des articles 1847 et 1852 C.c.Q. en matière de publicité[66].

La cohérence intrinsèque n'est pas l'apanage du régime québécois actuel. D'une part, le législateur québécois opta pour un moyen terme entre les approches téléologique et formaliste, par l'intégration des régimes hypothécaires mobiliers et immobiliers, mais assura la survie des sûretés-propriétés et la reconnaissance du droit de propriété en certaines transactions mobilières. D'autre part, le législateur fédéral, avec son programme d'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois, vient en quelque sorte partiellement défaire l'équilibre établit entre ces deux approches par le législateur québécois[67]. Et l'interprétation jurisprudentielle navigue à travers ces ornières, sans compter l'effet des modifications à l'ordre de priorité du droit civil québécois dans les régimes de procédures collectives[68].

Pour ces raisons, et dans un souci de cohérence, il y aurait lieu de réformer à nouveau le droit civil québécois des sûretés et de l'harmoniser véritablement à tous les niveaux, incluant celui de la législation fédérale. En cela, le professeur Ciotola avait raison d'af-

---

66 Voir : *Ouellet (Syndic de)*, [2004] 3 R.C.S. 348, nº 15 ; *Lefebvre (Syndic de) ; Tremblay (Syndic de)*, [2004] 3 R.C.S. 326. Voir aussi la décision subséquente de la Cour d'appel du Québec dans : *Transport international Pool inc.* c. *St-Georges, Hébert inc.*, J.E. 2005-247 (C.A.).

67 Pour une critique à cet égard, lire : Roderick A. MACDONALD et Jean-Frédérick MÉNARD, « Credo, Credere, Credidi, Creditum : essai de phénoménologie des sûretés réelles », dans *Mélanges offerts au Professeur François Frenette : études portant sur le droit patrimonial*, Saint-Nicolas, Les Presses de l'Université Laval, 2006, 309, 328-330.

68 Voir notre discussion à ce sujet, A. LEDUC, préc., note 9, p. 90 et suiv.

24-Ciotola.indb 190 12-12-12 15:11

firmer que la question de la présomption d'hypothèque demeure entière, même après la réforme de 1994.

Nous verrons, en terminant, que le droit fédéral jouit également de la faveur des créanciers hypothécaires dans l'exercice de leurs droits et recours, au détriment des mécanismes prévus au Code civil.

B. L'exercice des droits et recours des créanciers hypothécaires

Nous avons déjà souligné[69] que le mécanisme du séquestre de l'article 243 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* est de plus en plus utilisé par les créanciers hypothécaires, car il est rapide, il permet d'éviter les trop long délais prévus au Code civil et au *Code de procédure civile du Québec* pour l'exercice des droits hypothécaires, en plus de permettre, pourrait-on soutenir, la récupération par le créancier de tous les frais, judiciaires et extrajudiciaires, et d'éviter le prélèvement normalement exigé par le Surintendant des faillites sur toute vente effectuée par l'entremise d'un syndic.

Ce mécanisme bouleverse, jusqu'à un certain point, l'économie générale du droit des créanciers et des débiteurs (donc, par voie de conséquence, du droit des sûretés)[70], mais il répond à des impératifs pratiques où la célérité est de mise, ce que le législateur québécois n'a pas pris en compte, sauf en ce qui a trait à l'exercice de sûretés sur des valeurs mobilières, des titres intermédiés et des actifs financiers[71]. Mentionnons que la jurisprudence récente n'y a pas vu de contradiction et a plutôt, au contraire, statué en faveur

---

69 Antoine LEDUC, « Notions fondamentales, partage des compétences législatives et législation applicable », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit des affaires », *Faillite, insolvabilité et restructuration*, fasc. 1, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, par. 30.

70 La réforme du droit des sûretés visait, comme nous l'avons mentionné au début du présent texte, un meilleur encadrement des recours hypothécaires des créanciers, l'ordre public de protection devant encadrer davantage ce domaine et préserver les droits des débiteurs.

71 C.c.Q., art. 2759, tel que modifié aux termes de la *Loi sur les transports de valeurs mobilières*, préc., note 17, art. 138.

24-Ciotola.indb 191 12-12-12 15:11

de cette interprétation libérale[72]. Ainsi, la question suivante fut analysée : « [d]*ans le cadre d'une faillite, peut-on forcer un créancier de 1*er *rang à utiliser les recours hypothécaires prévus au Code civil du Québec, en lieu et place d'une réalisation par l'intermédiaire d'un séquestre nommé en vertu des dispositions de la* Loi sur la faillite et l'insolvabilité ? »[73]. Le tribunal s'est prononcé en faveur du libre choix pour le créancier hypothécaire.

Ce a quoi le législateur québécois est en voie de répondre de manière épizootique car, si l'*Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*[74] est adopté dans sa teneur actuelle, l'on y propose, sans justification particulière, de modifier de façon substantielle le régime d'exercice des recours hypothécaires en assimilant la vente sous contrôle de justice dans le cadre de l'exercice d'un recours hypothécaire à une vente en exécution de jugement. En résumé, le législateur confierait à l'huissier de justice le soin de procéder à la vente sous contrôle de justice, en ayant recours, s'il l'estime opportun, à un avocat qui n'est pas lié à l'une des parties. L'huissier déterminerait le mode de vente et fixerait les conditions de vente, sous réserve de celles qui pourraient être fixées par un jugement dont le délaissement est ordonné dans le cours de l'exercice d'un droit hypothécaire. À juste titre, l'Association du Barreau canadien, Division Québec, s'est inscrite en faux contre ce projet de réforme que d'aucuns ne considèrent bâclée[75]. Considérant la pratique actuelle qui tend de plus en plus à s'éloigner de l'exercice des droits hypothécaires en

---

72 Voir : *9113-7521 Québec inc. (Syndic de)*, 2011 QCCS 3429, confirmée. par *Express finance RG inc.* c. *GE Canada Equipment Financing GP,* 2011 QCCA 1894.

73 *Id.*, nº 1.

74 QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, 2e session, 39e législature, 2011, art. 740 à 775 (traitant des nouvelles modalités proposées pour l'exercice de la vente sous contrôle de justice).

75 Voir : ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, DIVISION QUÉBEC, *Mémoire relatif à l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, présenté à la Commission des Institutions de l'Assemblée Nationale du Québec, Montréal, 16 décembre 2011, p. 60-66, en ligne : http://www.cba.org/quebec/docpdf/pdf/ABCQuebec_MApl_CPC.pdf (consulté le 16 juillet 2012).

24-Ciotola.indb 192 12-12-12 15:11

leur préférant le mécanisme du séquestre de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, il est à craindre que ces recours se feront encore plus rare en matière commerciale.

CONCLUSION

L'évolution de la législation et de la jurisprudence en matière de sûretés est-elle épizootique ou épisodique ? Les réactions sont-elles contaminées ou réfléchies ?

Du point de vue de la cohérence intrinsèque du Code civil, nous avons vu que la « personne physique qui n'exploite pas une entreprise » peut finalement affecter d'une hypothèque conventionnelle sans dépossession la plupart de ses biens meubles, à quelques exceptions près. Mais cette réforme s'est faite en vase clos et la cohérence du Code civil, qui constitue le droit commun au Québec, est minée, par l'abondance de textes particuliers et réglementaires qui viennent régir ces questions. Le caractère « unifié » du régime hypothécaire ne souffre plus seulement d'une dualité entre les régimes foncier et mobilier. Il se divise maintenant en fonction de catégories de biens, le régime du gage général étant désormais limité aux seuls biens corporels et titres négociables, et le régime spécial du gage entourant les valeurs mobilières, actifs financiers et titres intermédiés réintégrant avec force la dépossession fictive comme mécanisme de publicité dans notre droit. Il faudra d'ailleurs bientôt ajouter un autre régime spécial relativement aux biens mobiles de grande valeur, tels les aéronefs, trains, satellites, etc.[76]

Quant aux sûretés garantissant le paiement d'obligations ou autres titres d'emprunts et les vicissitudes entourant l'interprétation de l'article 2692 C.c.Q., le ciel peut toujours attendre, car aucune réforme n'est à l'horizon, malgré les voeux formulés en ce sens et l'importance économique du sujet.

Enfin, les sources externes, principalement la législation fédérale en matière d'insolvabilité, influencent et réaménagent le ré-

---

[76] Voir notre discussion à ce sujet dans A. LEDUC, préc., note 9, p. 39-43, 145-150.

24-Ciotola.indb 193 12-12-12 15:11

gime de droit des sûretés adopté en vertu du Code civil, d'une part en instaurant une certaine forme de présomption d'hypothèque aux termes de la définition de « créancier garanti » de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, d'autre part en favorisant l'exercice plus expéditif de recours des créanciers garantis en recourant au mécanisme du séquestre de l'article 243 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* pour ce faire, l'ordre public de protection du Code civil étant mis au rancart en ce qui concerne la protection des débiteurs.

Faut-il s'en étonner, s'en désoler ou, au contraire, faut-il s'en réjouir ? Dans l'absolu, il faut sans aucun doute déplorer cet effritement de la cohérence du régime. En pratique, cependant, les réactions réfléchies sont plus souvent contaminées par la nécessité de parvenir à un résultat concret rapidement. Cette roue qui tourne, épizootique, nous donne l'assurance que le travail en droit des sûretés ne sera pas épisodique. Inspiré par des juristes comme le professeur Ciotola, il nous appartient d'en demeurer les observateurs critiques et attentifs.

24-Ciotola.indb 194 12-12-12 15:11

LES DROITS QUI CONFÈRENT L'USAGE DES RÉSIDENCES FAMILIALES : QUELQUES DIFFICULTÉS LORS DE LA LIQUIDATION DU PATRIMOINE FAMILIAL

Brigitte LEFEBVRE*

I. LA PORTÉE DES TERMES « LES DROITS QUI EN CONFÈRENT L'USAGE » ... 197

II. L'ÉVALUATION DES DROITS QUI CONFÈRENT L'USAGE 203

* Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et titulaire de la Chaire du notariat.

24-Ciotola.indb 195 12-12-12 15:11

24-Ciotola.indb 196 12-12-12 15:11

En juillet 1989, entrait en vigueur les règles du patrimoine familial. Par leur caractère impératif, ces dispositions transformaient le paysage du droit patrimonial de la famille qui évoluait jusqu'alors dans la sphère de la liberté des conventions matrimoniales. En novembre 1989, à l'occasion des Cours de perfectionnement du notariat qui se tenait cette année-là à Québec, le notaire Pierre Ciotola livrait ses premiers enseignements en la matière devant un auditoire record de 1 200 notaires, tous suspendus à ses lèvres[1]. Du jamais vu à l'époque. Lorsque le professeur eu prononcé les derniers mots de son exposé, ce fût, spontanément, une ovation digne des plus grandes vedettes. Pionnier de la doctrine en la matière, le professeur Ciotola est, encore aujourd'hui, un auteur incontournable dont les écrits font incontestablement autorité[2].

Dans ce texte nous traiterons d'un élément susceptible de faire partie du patrimoine familial : « les droits qui confèrent l'usage des résidences familiales »[3]. Ces droits soulèvent plusieurs interrogations. D'une part, il n'est pas toujours aisé d'identifier quels droits confèrent effectivement l'usage d'une résidence familiale ; d'autre part, une fois circonscrits, leur évaluation peut poser problème.

I. La portée des termes « les droits qui en confèrent l'usage »

Selon l'article 415 du Code, le patrimoine familial se compose des biens dont l'un ou l'autre des conjoints sont propriétaires. Par

---

1 Pierre CIOTOLA, « Le patrimoine familial et diverses mesures destinées à favoriser l'égalité économique des époux », [1989] 2 *C. P. du N.* 1.

2 Pierre CIOTOLA, *Le patrimoine familial, perspectives doctrinales et jurisprudentielles*, 2e éd., coll. « Bleue », série Répertoire de droit de la Chambre des notaires du Québec, Montréal, Wilson & Lafleur, 2007, 148 p. ; Pierre CIOTOLA et Nicole GAGNON, « Droit actuel et nouveau droit : le point sur le patrimoine familial, la société d'acquêts et les conventions matrimoniales » (1992) 2 *C.P. du N.* 1 ; Pierre CIOTOLA et Nicole GAGNON, « Conflits matrimoniaux et partage des biens », (1990) 2 *C.P. du N.* 303

3 Art. 415 *in limine* C.c.Q. : « Le patrimoine familial est constitué des biens suivants dont l'un ou l'autre des époux est propriétaire : *les résidences de la famille ou les droits qui en confèrent l'usage* […] » [nous soulignons].

24-Ciotola.indb 197 12-12-12 15:11

exception, y sont également inclus les droits qui confèrent l'usage des résidences de la famille lorsque les conjoints habitent une résidence dont ils ne sont pas propriétaires. Le législateur a ainsi étendu la portée des règles du patrimoine familial aux « droits qui en confèrent l'usage », mais sans définir spécifiquement ces droits. Au fil des ans, les tribunaux ont eu l'occasion d'en identifier certains. Notons d'entrée de jeu que cette expression inclut les démembrements du droit de propriété tels le droit d'usage[4], l'usufruit et l'emphytéose, sans toutefois s'y limiter. On peut aussi concevoir que les droits visés peuvent exister dans un contexte de société en nom collectif[5], de société par actions[6], de fiducies[7], de multipropriété[8] ou d'autres droits innomés qui confèrent l'usage d'une résidence utilisée par la famille[9]. En sont exclus les droits d'usage acquis par donation conformément à l'article 415 al. 4 C.c.Q.[10] Par ailleurs, selon l'article 418 C.c.Q. peuvent être déduites la valeur d'un droit d'usage s'il est conféré avant le mariage et la plus-value qui lui est afférente[11]. Il importe de souligner qu'une

---

4 Art. 1172 et suiv.. *N.R.* c. *R.P.*, J.E. 2003-1724 (C.S.).

5 *Droit de la famille-1646*, [1992] R.D.F. 463 (C.S.) ; *Y.B.* c. *L.C.*, J.E. 2001-1906 (C.S.) ; *Droit de la famille- 3732*, B.E. 2000BE-1220 (C.S.).

6 *D.L.* c. *L.G.*, 2006 QCCA 1125 ; *Droit de la famille – 10174*, 2010 QCCS 312 (l'appel ne porte pas sur ce point) ; *G.F.* c. *H.T.*, J.E. 2003-692 (C.S.) ; *Droit de la famille – 1931*, J.E. 94-291 (C.S.) (l'appel ne porte par sur ce point).

7 *Droit de la famille – 071938*, 2007 QCCS 3792 (C.S.) ; *Droit de la famille – 10977*, 2010 QCCA 892 (C.A.) ; *Droit de la famille – 3511*, J.E. 2000-252 (C.S.).

8 *Droit de la famille – 2383*, J.E. 96-744 (C.S.).

9 *Droit de la famille – 10159*, 2010 QCCS 299 (résidence construite sur un terrain appartenant à l'État cubain) ; *E.P.* c. *Mo.N*, J.E. 2005-2220 (C.S.) (immeuble acquis en vertu de la *Loi sur les terres destinées aux anciens combattants*) ; *Droit de la famille – 2238*, J.E. 95-1458 (C.S.) (chalet construit par les conjoints sur le terrain du père de monsieur) ; *Droit de la famille – 3365*, B.E. 99BE-806 (C.S.) (droit de membre dans un club de chasse et pêche) .

10 *Droit de la famille – 2842*, B.E. 2000BE-270 (C.S.) ; *Droit de la famille-2420*, [1996] R.D.F. 363 (C.S.).

11 Art. 418 C.c.Q, *Droit de la famille – 10977*, 2010 QCCA 892

24-Ciotola.indb 198 12-12-12 15:11

intention libérale n'est pas nécessairement induite de ce qu'un conjoint bénéficie gratuitement de l'usage d'une résidence[12].

Le bail figure-t-il au nombre de ces droits ? Pour tenter de répondre à cette question, examinons la genèse de la règle. La lecture des débats tenus à l'Assemblée nationale ne fournit pas vraiment de réponse. En effet, la raison d'être du membre de phrase « droits qui confèrent l'usage » de l'article 462.2 C.c.Q. (1980) (aujourd'hui l'article 415 C.c.Q.) n'a pas été exposée[13]. Il importe toutefois de souligner que la même journée, les débats avaient porté sur la modification de l'article 454 C.c.Q. (1980) (aujourd'hui l'article 406 C.c.Q.) au chapitre de la résidence familiale. Les discussions entourant cet article peuvent nous éclairer.

Jusqu'en 1989, le Code accordait une protection à la résidence familiale lorsque l'un des conjoints en était propriétaire, locataire, usufruitier, usager ou emphytéote[14]. Or, pour contourner la règle, qui empêche notamment l'aliénation de la résidence familiale sans le consentement du conjoint non propriétaire[15], il n'était pas rare que la résidence familiale soit détenue par une société dont l'époux propriétaire était l'unique actionnaire. Ce dernier pouvait alors disposer de ses actions sans que le consentement de son conjoint ne soit requis[16]. Pour contrer cette pratique, l'ajout d'un deuxième alinéa à l'article 454 C.c.Q. (1980) a été proposé. Ce faisant, on souhaitait en élargir la portée de façon à viser non seulement les démembrements du droit de propriété déjà expressément nommés au premier alinéa, mais également la disposition de tout droit

---

12 À titre d'exemple : l'usage peut être accordé en considération du travail effectué sur une ferme. *Droit de la famille-1646*, [1992] R.D.F. 463 (C.S.).

13 COMMISSION PERMANENTE DES INSTITUTIONS, *Débats de l'Assemblée nationale*, 33e législature, 8 juin 1989, p. CI-2652.

14 Art. 403, 404, 405 et 406 C.c.Q.

15 Art. 404 C.c.Q.

16 Cette problématique est abordée dans un document présenté à la consultation : Herbert MARX et Monique GAGNON TREMBLAY, *Les droits économiques des conjoints*, Gouvernement du Québec, Ministère de la Justice, juin 1988, p. 10.

24-Ciotola.indb 199 12-12-12 15:11

qui confère l'usage de la résidence familiale[17]. Avec cette modification, le logement familial serait protégé quelque soit le mécanisme juridique qui en permettait l'usage. Ainsi, on peut émettre l'hypothèse que lorsque le législateur énonce à l'article 415 C.c.Q. que le patrimoine familial se compose des résidences et « des droits qui en confèrent l'usage », il visait notamment à contrer tout stratagème imaginé par un conjoint afin de se soustraire à l'application de la loi[18]. Mais le législateur visait-il à en limiter l'application à ce seul cas de figure ? Rien dans les débats ne permet de l'affirmer. On peut penser qu'il souhaitait que les règles du patrimoine familial visent aussi les situations où un époux bénéficie de l'usage *de facto* d'une résidence de la famille sans en être le propriétaire. En effet, lors de débats entourant l'adoption du projet de loi 146[19], les discussions n'ont porté ni sur les démembrements du droit de propriété, ni sur le bail puisque des articles traitaient déjà de ces cas au chapitre de la résidence familiale. Cela ne posait donc pas problème. C'est ce qui pourrait d'ailleurs expliquer que les parlementaires n'en aient pas discuté dans le contexte du patrimoine familial. Une fois en vigueur, ni la doctrine, ni la jurisprudence n'ont contesté que l'article 415 C.c.Q. s'applique également aux démembrements du droit de propriété. Il n'en est pas de même en ce qui a trait au bail.

Ainsi, certains[20] affirment que le bail n'est pas assujetti aux règles du partage du patrimoine familial. En effet, lorsque la résidence familiale est louée, le bail n'est pas un élément d'actif du

---

17 COMMISSION PERMANENTE DES INSTITUTIONS, *Débats de l'Assemblée nationale*, 33e législature, 8 juin 1989, p.CI-2643 ; *Débats de l'Assemblée nationale*, 33e législature, 8 juin 1989, p. 6488

18 Jean-Pierre SENÉCAL, *Le partage du patrimoine familial et les autres réformes du projet de loi 146*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 39.

19 *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55.

20 Pierre CIOTOLA, « Le patrimoine familial, perspectives doctrinales et jurisprudentielles », dans CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Répertoire de droit*, « Famille », Doctrine, Document 2, Montréal, 2007 n° 88, p. 48 ; Ernest CAPARROS, « Le patrimoine familial : une qualification difficile », (1994) 25 *R.G.D.* 251, 259 ; *Droit de la famille – 2420*, [1996] R.D.F. 363 (C.S.). L'auteur Senécal n'exclut pas d'emblée une telle possibilité : Jean-

24-Ciotola.indb 200 12-12-12 15:11

patrimoine du locataire mais figure plutôt dans le passif. Plus souvent qu'autrement, le bail n'a pas de valeur patrimoniale susceptible d'être partagée. On peut également invoquer que la finalité des règles du patrimoine familial diffère de celles portant sur la protection de la résidence familiale. Il serait dès lors possible de comprendre pourquoi le chapitre portant sur la résidence familiale traite du bail, alors que le chapitre encadrant le patrimoine familial n'en dit mot. On sait que les règles du patrimoine familial visent à rétablir un certain équilibre économique entre les exconjoints, alors que les autres visent le maintien dans les lieux du logement familial. Or, la protection du logement familial s'impose peu importe le mode de détention de l'immeuble.

D'autres sont d'avis contraire[21]. Nous avons souligné que la doctrine et la jurisprudence reconnaissent que les termes « droits qui en confèrent l'usage » comprennent notamment les démembrements du droit de propriété. Ainsi, si le législateur n'a pas jugé opportun d'énoncer expressément que les mots « droits qui en confèrent l'usage » visent également les démembrements du droit de propriété, pourquoi aurait-il dû le faire pour y inclure le bail ? Si ces mots sont de portée suffisamment large pour y inclure les uns, pourquoi ne le serait-elle pas pour y inclure l'autre[22] ? Le droit personnel qui découle du bail est le lien juridique qui permet au

Pierre SENÉCAL, *Le partage du patrimoine familial et les autres réformes du projet de loi 146*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 39.

21 Marc BOUDREAULT, « Le patrimoine familial : principes et commentaires », (1990) 21 *R.G.D.* 415, 424 ; Christiane LALONDE, « Le patrimoine familial » dans ÉCOLE DU BARREAU, *Personnes, famille et successions*, coll. de droit 2011-2012, vol. 3, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 279 ; Adrian POPOVICI et Micheline PARIZEAU-POPOVICI, *Le patrimoine familial. La révolution dans votre mariage et vos biens*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 31 ; *Droit de la famille – 1473*, [1991] R.D.F. 524 (C.S.) ; *Droit de la famille – 10159*, 2010 QCCS 299.

22 Il importe de souligner qu'initialement, le document soumis à la consultation et contenant la proposition de création d'un patrimoine familial parlait de « droits qui assurent le logement familial » . Herbert MARX et Monique GAGNON TREMBLAY, *Les droits économiques des conjoints*, Gouvernement du Québec, Ministère de la Justice, juin 1988, p. 20. Monique Gagnon-Tremblay, alors ministre, réfère expressément à ce document de consultation lors de la présentation du projet de loi 146 pour une adoption de principe.

24-Ciotola.indb 201 12-12-12 15:11

conjoint locataire d'user du logement familial. Par ailleurs, la Cour d'appel[23], bien qu'elle reconnaisse le caractère limitatif de la liste des biens énoncés à l'article 415 C.c.Q., n'en favorise pas moins une interprétation libérale des catégories qu'ils forment. Ici, le but visé est d'augmenter la masse partageable au profit du conjoint économiquement faible. Les « droits qui en confèrent l'usage » doivent recevoir une telle interprétation extensive. Ainsi, même si le bail n'est pas un actif du patrimoine d'un conjoint, il peut parfois constituer un avantage économique[24]. On peut penser au bail dont le loyer, par le passage du temps, se trouve en deçà du taux du marché car le locataire bénéficie du droit au maintien dans les lieux. On pourrait également envisager le cas du bail consenti à coût modique par un ami ou un parent sous réverse d'y déceler une intention libérale[25]. L'avantage économique partageable serait alors la différence entre le loyer annuel du marché et le loyer payé par le conjoint locataire. L'avantage serait-il comptabilisé seulement pour l'année en cours ? Le principe de droit au maintien dans les lieux pourrait justifier de présumer que le bail sera prolongé à son échéance.

Donner une interprétation libérale à ces termes est une chose, y accorder une valeur économique en est une autre. Si le principe est parfois reconnu, l'examen de la jurisprudence révèle que rares sont les cas où le bail a constitué un actif partageable significatif. Dans l'affaire *Droit de la famille – 10159*, la Cour supérieure a inclus le bail dans le patrimoine mais en y attribuant une valeur minime (un mois de loyer)[26]. La Cour n'a pas expliqué son calcul. Dans une autre affaire, *Droit de la famille – 1473*[27], le tribunal affirme comme principe que le bail doit être considéré comme un

---

Elle ne donne aucune explication sur le changement de termes. *Débats de l'Assemblée nationale*, 33e législature, 8 juin 1989, p. 6485.

23 *Droit de la famille –977*, [1991] R.J.Q. 904 (C.A.).

24 Marc BOUDREAULT, « Le patrimoine familial : principes et commentaires », (1990) 21 *R.G.D.* 415, 424.

25 *Droit de la famille – 2420*, [1996] R.D.F. 363 (C.S.).

26 2010 QCCS 299.

27 [1991] R.D.F. 524 (C.S.).

24-Ciotola.indb 202 12-12-12 15:11

« droit qui confère l'usage » de la résidence familiale, mais l'exclut par la suite au motif qu'il a été signé avant le mariage. Avec égards, le motif d'exclusion laisse perplexe. Le tribunal en arrive à cette conclusion en considérant que le bail initial a été signé avant le mariage et que c'est toujours ce bail qui perdure par application de la règle de reconduction de plein droit prévue à l'article 1941 C.c.Q. (1658 C.c.B.C.). Il s'agit donc du même bail, non d'un nouveau bail qui serait renouvelé chaque année. Fort de ce principe, le tribunal applique les déductions permises en vertu de l'article 418 C.c.Q. concernant un bien acquis avant mariage. Selon nous, certaines nuances s'imposent ici. En effet, l'article 418 C.c.Q. permet de déduire la valeur nette du bien avant mariage et la plus-value afférente à cette valeur nette. Donc, contrairement à ce qu'affirme la Cour dans cette affaire, l'article 418 C.c.Q n'a pas pour effet d'*exclure* un bien du patrimoine familial acquis avant le mariage, mais d'*en diminuer la valeur* partageable, voire de la rendre nulle si le bien est entièrement payé au moment du mariage. Partant, peut-on considérer que le bail est entièrement acquitté au moment du mariage ? Peut-on évoquer la notion de « plus-value » pour les prolongations du bail ? Ne devrait-on pas, pour les fins d'évaluation des droits que confèrent le bail, tenir compte qu'un loyer est dû mensuellement même si le bail est reconduit ? Dans un tel cas, la situation s'apparente plutôt à une résidence qui, bien qu'acquise avant mariage, n'est pas entièrement payée au jour du mariage.

II. L'ÉVALUATION DES DROITS QUI CONFÈRENT L'USAGE

Aucun critère n'est énoncé pour déterminer la valeur des droits qui confèrent l'usage de la résidence familiale. Les tribunaux bénéficient donc d'une marge discrétionnaire assez large[28] et confèrent parfois à ces droits une valeur équivalente à celle de la résidence[29]. C'est notamment le cas lorsque le tribunal a un

---

[28] *N.R.* c. *R.P.*, J.E. 2003-1724 (C.S.). Dans cette affaire, le tribunal justifie la valeur accordée au droit d'usage par son pouvoir discrétionnaire.

[29] *Droit de la famille – 3511*, J.E. 2000-252 (C.S.) ; *Droit de la famille – 10159*, J.E. 2010-257 (C.S.) ; *D.L.* c. *L.G.*, 2006 QCCA 1125 ; *Droit de la famille –*

24-Ciotola.indb 203 12-12-12 15:11

doute sur l'intention du conjoint de soustraire la résidence du patrimoine familial[30] ou lorsque l'un des conjoints a le contrôle de l'organe (société en nom collectif, société par actions) qui est propriétaire du bien[31]. Par contre, les tribunaux n'hésiteront pas à accorder une valeur inférieure au droit lorsque ce dernier est à durée indéterminée et aléatoire. C'est notamment le cas lorsque le bien est détenu par une société en nom collectif[32]. La dissolution de la société peut entraîner la perte de l'usage de la résidence. Il en est de même lorsque le conjoint bénéficie d'un démembrement du droit de propriété tel un droit d'usage, car ce dernier est viager[33]. Au surplus, ce droit d'usage a souvent une valeur économique bien relative car il est normalement incessible[34]. Il n'en demeure pas moins qu'à la dissolution du mariage, le droit d'usage constitue un avantage économique pour celui qui en bénéfice. Pour tenter d'évaluer ce bénéfice, la notion de valeur marchande n'est qu'aucune utilité car le droit d'usage ne peut être cédé. Quant à l'évaluation municipale, elle ne correspond pas nécessairement au bénéfice que retire le conjoint car elle est établie pour des fins spécifiques de taxation. Dans l'affaire *Droit de la famille – 092729*[35], le tribunal a évalué que l'usage d'une maison construite par les conjoints en territoire agricole sur le terrain appartenant au père de monsieur équivalait à la valeur du coût des matériaux et de la main d'œuvre car la portion de la terre utilisée à des fins familiales ne peut pas être lotie et aliénée.[36]

3732, B.E. 2000BE-1220 (C.S.) ; *G.F.* c. *H.T.*, J.E. 2003-692 (C.S.).

30 *Droit de la famille – 3511*, J.E. 2000-252 (C.S.).

31 *D.L.* c. *L.G.*, 2006 QCCA 1125 ; *Droit de la famille – 3732*, B.E. 2000BE-1220 (C.S.) ; *Droit de la famille – 1931*, J.E. 94-291 (C.S.) (l'appel de cette décision ne porte pas sur ce point).

32 *Droit de la famille – 1646*, [1992] R.D.F. 463, 468 (C.S.) ; *Y.B.* c. *L.C.*, J.E. 2001-1906.

33 *N.R.* c. *R.P.*, J.E. 2003-1724 (C.S.).

34 Art. 1173 C.c.Q.

35 2009 QCCS 5132.

36 Art. 28,29, *Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles*, L.R.Q., c. P-41.1,

24-Ciotola.indb 204 12-12-12 15:11

La problématique de l'inclusion de ces droits dans la masse partageable du patrimoine familial et de leur évaluation a resurgi dans un contexte de fiducie. Le Code permet en effet de créer une fiducie de protection d'actifs à laquelle une personne transfère ses biens pour les mettre à l'abri de ses créanciers. Cette opération est tout à fait valide dans la mesure où elle s'effectue alors que le conjoint est solvable. Le transfert ne peut donner lieu ni à l'action en inopposabilité[37], ni à un recours selon la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*[38]. La création de la fiducie peut également sous-tendre une intention libérale envers les bénéficiaires. Par ce transfert, le bien, notamment la résidence de la famille, cesse d'être la propriété du conjoint et ne fait plus partie de son patrimoine. Si, dans les faits, l'immeuble conserve son caractère de résidence familiale, les droits qui en confèrent l'usage seront visés par les règles du patrimoine familial. Si l'inclusion de ces droits dans le patrimoine familial ne fait pas de doute[39], leur liquidation peut mener à un résultat surprenant. À titre d'illustration, examinons l'affaire *Droit de la famille – 071938*[40]. Les faits sont les suivants : les époux acquièrent en indivision la résidence familiale pendant le mariage. Quelques années plus tard, la résidence est transférée à une fiducie créée à l'aide d'un don symbolique de la grand-mère maternelle (ici le constituant). Les fiduciaires sont les conjoints, initialement tous deux propriétaires de la résidence familiale. Les bénéficiaires sont Madame, leurs enfants et leurs descendants. Au moment du divorce, les conjoints ont deux jeunes enfants. Seul un des conjoints est nommé bénéficiaire afin de respecter l'article 1275 C.c.Q. selon lequel une personne peut être à la fois fiduciaire et bénéficiaire à la condition d'agir conjointement avec un fiduciaire qui n'a ni la qualité de bénéficiaire, ni celle de constituant.

---

37 Art.1631 et suiv.

38 LRC 1985, c B-3, art. 96. Voir Sylvie BERTHOLD, « La fiducie : outil efficace de protection contre les créanciers dans un contexte d'insolvabilité ? », (2005) 35 *R.G.D.* 553.

39 *Droit de la famille – 071938*, 2007 QCCS 3792 ; *Droit de la famille – 3511*, J.E. 2000-252 (C.A.) ; *Droit de la famille – 10977*, 2010 QCCA 892.

40 2007 QCCS 3792.

24-Ciotola.indb 205 12-12-12 15:11

Si Monsieur avait été bénéficiaire, il aurait fallu nommer un troisième fiduciaire, personne hors de la cellule familiale. Il s'agit d'une fiducie discrétionnaire. Les fiduciaires peuvent distribuer, en totalité ou en partie, les fruits et le capital de la fiducie aux bénéficiaires. Ultimement, le capital sera remis aux bénéficiaires au décès du dernier parent survivant. Les parties continuent à habiter cette maison comme si aucun transfert n'était survenu. Depuis la cessation de la vie commune, seuls Madame et les deux enfants résident dans la maison. Le litige porte sur le partage de la résidence familiale qui est désormais la propriété de la fiducie familiale.

D'entrée de jeu, le tribunal considère que la résidence n'entre pas dans la masse partageable car elle n'est plus la propriété des ex-conjoints. Toutefois, selon l'article 415 C.c.Q. les droits qui en confèrent l'usage font partie du patrimoine familial et doivent être évalués aux fins de partage. En l'espèce, le tribunal est d'avis : 1) que de tels droits existent, 2) qu'ils revêtent la qualité d'un droit d'usage au sens des articles 1172 et suiv. C.c.Q., 3) que les fiduciaires (Madame et Monsieur) se sont implicitement conférés de tels droits et 4) que le droit d'usage sous étude résulte d'un contrat non-écrit entre la fiducie et les conjoints par application de l'article 1121 C.c.Q. Cette dernière qualification peut surprendre. Nous y reviendrons. Le tribunal souligne de plus que les conjoints sont tous deux créanciers d'un droit d'usage et que la fiducie en est la débitrice. Vient ensuite la question de savoir si le droit d'usage des conjoints existe encore. Après avoir passé en revue les modes d'extinction du droit d'usage énoncés aux articles 1162 et 1163 du Code, le tribunal en arrive à la conclusion que le droit d'usage subsiste toujours tant en faveur de Monsieur qu'en faveur de Madame. En effet, la cessation de la vie commune ne peut être assimilée à l'arrivée d'un terme ; les usagers ne sont pas décédés ; il n'y a pas eu confusion des qualités d'usager et de nu-propriétaire (car la fiducie subsiste et qu'elle est propriétaire de la résidence) ; aucun usager n'est déchu ou n'a abandonné son droit (le fait que Monsieur ait quitté la résidence familiale ne peut être assimilé à un abandon de son droit d'usage) ; le bien n'a pas péri et, finalement, le droit d'usage n'a pas pu s'éteindre par non-usage depuis 10 ans car Monsieur n'a quitté la résidence que depuis

24-Ciotola.indb 206 12-12-12 15:11

quelques années seulement. Ainsi, Monsieur et Madame détiennent des droits d'usage égaux qu'ils peuvent faire valoir. Pour le tribunal, si les droits sont égaux, ils ont inévitablement une valeur égale. En conséquence, peu importe la valeur qui leur est attribuée, il n'en résultera aucune créance ni pour l'un ni pour l'autre. Les droits de valeurs égales se compenseront pour arriver à un résultat nul[41].

Mathématiquement, le raisonnement est implacable. Or la réalité est tout autre car même si le droit de Monsieur n'est pas éteint, il ne peut dans les faits en tirer aucun bénéfice puisque la résidence est habitée par Madame et les enfants.

On peut par ailleurs s'interroger sur l'existence même d'un droit d'usage en l'espèce. Y a-t-il eu création d'un droit d'usage par contrat tacite ? Peut-on vraiment déceler, dans les faits, un échange de consentements entre les fiduciaires qui agissent pour la fiducie, le nu-propriétaire et les usagers, en l'occurrence les conjoints ? Les conjoints ont-ils véritablement voulu encadrer juridiquement leur relation avec la fiducie ? Est-on vraiment en présence de l'expression d'une volonté ou plutôt devant un simple exercice de tolérance ? La confusion des rôles jette un doute sur l'expression d'une volonté génératrice de droits et exempte de toute équivoque. Le malaise est d'autant plus prégnant que la volonté aurait été exprimée tacitement. Malgré l'ambiguïté, restons dans la logique du juge et tenons pour acquis qu'un droit d'usage a valablement été créé. Il s'agit alors d'un droit d'usage conjoint dont chacun est titulaire d'une quote-part indivise[42]. Sous réserve des adaptations nécessaires, les règles portant sur l'indivision s'appliquent ici[43]. Or, en vertu de l'article 1016 du Code, l'indivisaire ne peut user

---

41 À titre d'exemple : si on évalue le droit de Madame à 50 000 $, celui de Monsieur est de la même valeur. Étant chacun détenteur d'un droit qui a la même valeur, ils se compensent. Le résultat est le même si le droit de chacun est évalué à 75 000 $ ou 100 000 $. La compensation joue dans tous les cas et le résultat est toujours zéro.

42 Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, 2e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2007, n°1745, p. 780.

43 François FRENETTE, « De la propriété superficiaire, de l'usufruit, de l'usage et de l'emphytéose », dans BARREAU DU QUÉBEC ET CHAMBRE DES

24-Ciotola.indb 207 12-12-12 15:11

de façon exclusive « du bien » (lisons ici « du droit »), dont il est titulaire. L'indivisaire qui est privé de la jouissance du bien par un autre indivisaire peut réclamer une indemnité. À ce titre, Monsieur aurait pu réclamer une indemnité pour perte de la jouissance de son droit d'usage. Ce dernier étant incessible, l'indivisaire ne peut pas, en principe, provoquer le partage[44] ni en disposer en faveur d'un tiers, incluant le co-usager. L'extinction à l'égard d'un usager d'un droit d'usage conjoint profite au nu-propriétaire[45]. Toutefois, en vertu de l'alinéa 2 de l'article 1173 C.c.Q., le tribunal pourrait selon nous autoriser la cession du droit indivis car le propriétaire (la fiducie) n'en subirait pas de préjudice.

Le tribunal aurait également pu aborder le litige sans camper son analyse en fonction du droit d'usage comme démembrement du droit de propriété. Il aurait pu s'inspirer des décisions rendues lorsque la résidence, qui à l'origine est la propriété de l'un des époux, est transférée à une compagnie ou à une société en nom collectif. On pourrait objecter que lorsque l'un des conjoints détient la totalité ou la quasi-totalité des actions d'une société, il a de forte chance de récupérer la valeur de la résidence lors de la dissolution de celle-ci et que dans le cas d'une fiducie la situation est toute autre. En effet, lorsque la fiducie prendra fin, les biens dont elle est propriétaire, notamment la résidence familiale, pourraient être remis à une autre bénéficiaire du capital que l'épouse, en l'espèce une des filles. Avec respect pour l'opinion contraire, il nous apparaît que ce n'est pas là la façon dont on doit voir les choses.

Le Code prévoit en effet que les droits qui confèrent l'usage doivent être évalués afin de faire partie de la masse partageable. Au stade du partage du patrimoine familial, le sort de la propriété sur laquelle porte ce droit n'a pas d'importance. Ce que le tribunal doit évaluer c'est la valeur économique de l'utilisation désor-

---

NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil, t.1 : Personnes, successions, biens*, Ste-Foy, P.U.L., 1993, p. 671, à la p. 681.

44 Art. 1030 et 1173 C.c.Q.

45 Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 2e éd., Cowansville, Éditons Yvon Blais, 1995, p. 275.

24-Ciotola.indb 208 12-12-12 15:11

mais exclusive de l'usage de la résidence. Dans l'affaire *Droit de la famille –1646*, la résidence faisait partie de l'actif d'une société en nom collectif. Le conjoint, qui détenait 50 % des parts sociales, en avait l'usage exclusif. Dans son analyse du « droit d'usage », le tribunal souligne que ce droit « est aléatoire dans le temps, la durée indéterminée de la société en permettant la dissolution en tout temps »[46]. L'associé n'a aucune certitude que la propriété de la résidence lui revienne lors de la dissolution de la société. Ces droits sont incertains tout comme ceux du bénéficiaire potentiel d'une fiducie. Il n'en demeure pas moins que durant la période où il bénéficie de l'usage de la résidence, cet usage a une valeur économique car il n'a pas à payer de loyer pour se loger. Que le conjoint devienne éventuellement propriétaire de la résidence n'a pas d'importance en soi, c'est l'expectative d'utilisation qu'il faut tenter d'évaluer afin de pouvoir attribuer une valeur à ce dont l'autre conjoint est privé. La Cour d'appel abonde en ce sens dans une affaire[47] où la résidence est la propriété d'une corporation dont le mari est le principal actionnaire. Dans cette affaire, la résidence familiale, située sur une ferme, est vendue à une compagnie pour des raisons fiscales. L'actionnariat est le suivant : Monsieur détient 52 % des actions, Madame 32 % et leur fils 16 %. Ce dernier n'habite pas la résidence familiale, ne travaille pas sur la ferme et n'a pas contribué à l'acquisition de cet actif. L'actionnariat n'accorde pas le droit d'utiliser les biens de la compagnie. Il n'y a donc pas de lien direct entre les actions que les conjoints possèdent et le fait qu'ils habitent une résidence dont la compagnie est propriétaire. Le tribunal est donc d'avis que la valeur des droits qui confèrent l'usage de la résidence ne doit pas être établie en fonction du nombre d'actions que détiennent les conjoints[48]. C'est la réalité factuelle qui prime. Durant la vie commune, le deux conjoints habitaient la résidence et en jouissaient autant l'un que l'autre. Le juge Vézina s'exprime ainsi :

---

46 *Droit de la famille –1646*, [1992] R.D.F. 463, 468 (C.S.)

47 *D.L.* c. *L.G.*, J.E. 2006-1822 (C.A.).

48 Au même effet : *G.F.* c. *H.T.*, J.E. 2003-692 (C.S.).

24-Ciotola.indb 209 12-12-12 15:11

> « Les conjoints ont vendu la ferme à leur Société "pour fins fiscales" sans véritablement changer quoi que ce soit à leur quotidien. La vocation de la résidence est demeurée la même. Il n'y a pas eu de démembrement du droit de propriété pour créer un droit d'usage au sens du Code civil (art.1472). Il n'y a pas de bail ni de contrat de travail entre la société et les époux. La situation a quelque chose d'artificiel comme il arrive parfois lorsque seul l'objectif fiscal commande la manœuvre.[...] Le juge a concilié l'objectif fiscal recherché par la création de la Société et l'objectif d'équité voulue par le législateur en instituant le patrimoine familial. En ne formalisant pas leurs relations avec la Société, les conjoints semblent bien avoir voulu perpétuer la situation existante quant à leurs droits respectifs comme usagers de la résidence. »[49]

La Cour accorde donc à Madame une créance qui correspond à 50 % de la valeur de la résidence. La Cour souligne que ce montant se justifie par la perte de l'expectative de pouvoir bénéficier d'une résidence sans frais pour de nombreuses années. Elle attire aussi l'attention sur le fait que le juge de première instance a élaboré une solution circonstancielle qui respecte l'esprit de l'institution du patrimoine familial[50]. Rappelons que le patrimoine familial a été instauré pour permettre aux conjoints de bénéficier d'une créance qui correspond au « construit » pendant le mariage des conjoints sans égard à celui qui peut revendiquer le droit de propriété. En fait, le patrimoine familial accorde conjoint non propriétaire un droit de créance qui correspond à la moitié de la valeur nette des biens dont l'autre est propriétaire. N'ayant plus l'usage des biens familiaux dont il n'est pas propriétaire compte tenu de l'échec du mariage, l'idée sous-jacente est l'indemnisation de la perte de la jouissance des biens dont il bénéficiait durant le mariage.

Cette analyse aurait pu être transposée à l'analyse de l'affaire *Droit de la famille – 071938*[51] décrite ci-dessus (où la résidence est détenue par une fiducie familiale). Même si la preuve ne permet

---

49 *D.L.* c. *L.G.*, J.E. 2006-1822, par. 23, 26 (C.A.).

50 *D.L.* c. *L.G.*, J.E. 2006-1822, par. 29 (C.A.).

51 2007 QCCS 3792.

24-Ciotola.indb 210 12-12-12 15:11

pas de conclure que la maison a été transférée à la fiducie pour des raisons fiscales, rien ne permet de conclure que le transfert avait pour but d'éluder les règles du patrimoine familial. Que les époux aient voulu protéger leur actif ou qu'on décèle dans l'opération une intention libérale à l'égard de leurs très jeunes enfants, on peut supposer qu'en ne formalisant pas leurs liens avec la fiducie, ils souhaitaient continuer à user de la résidence pour le bénéfice de la famille tout comme lorsqu'ils en étaient propriétaires. Avec égards, le juge aurait pu aborder l'examen de la fiducie sans camper son analyse sous l'angle des démembrements du droit de propriété. Le corpus jurisprudentiel lui permettait de le faire.

***

Il est difficile de délimiter avec exactitude la portée et l'évaluation des droits qui confèrent l'usage des résidences de la famille. Il convient de donner l'interprétation la plus libérale à ces termes afin d'atteindre le but souhaité par le législateur et d'en préserver l'esprit. Ce qui importe est de dédommager le conjoint qui est privé de la jouissance de la résidence à la dissolution du mariage alors l'autre continue d'en bénéficier et d'en tirer un avantage économique. Le professeur Ciotola a grandement contribué aux réflexions portant sur l'application des règles du patrimoine familial. Peut-être sera-t-il tenter de récidiver et de prendre la plume à nouveau ? Quoi qu'il en soit, la communauté juridique québécoise lui sera toujours reconnaissante tant pour ce qu'il a écrit que pour ce qu'il pourrait encore nous enseigner dans l'avenir.

24-Ciotola.indb 211 12-12-12 15:11

24-Ciotola.indb 212 12-12-12 15:11

PRÊT PARTICIPATIF ET FAILLITE

Louise LÉVESQUE* et Jean LOZEAU*

I. LES FAITS 215

II. LES PROCÉDURES EN VERTU DE LA *LOI SUR LA FAILLITE ET L'INSOLVABILITÉ* 217

III. LA RÉCLAMATION D'INVESTISSEMENT QUÉBEC 218

IV. L'ARGUMENTATION DES PARTIES 219
A. Argumentation des Créanciers ordinaires 219
B. Argumentation d'Investissement Québec 228
1. L'origine de la règle 230
2. Le sens de la règle 231

V. LE CARACTÈRE GARANTI DE LA CRÉANCE D'INVESTISSEMENT QUÉBEC 233

VI. LA NON PERTINENCE DU QUINTETTE D'ARRÊTS DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA ET DE L'ARRÊT DE CETTE COUR DANS L'AFFAIRE *RESTAURANT OCEAN DRIVE* 234

VII. ANALYSE DE L'ARRÊT *SUKLOFF* 235

VIII. LA NATURE VÉRITABLE (*TRUE SUBSTANCE*) DE L'ENTENTE ENTRE LES PARTIES 237

IX. L'INTERPRÉTATION JURISPRUDENTIELLE DE L'ARTICLE 139 LFI 238

X. INTERPRÉTATION EN FONCTION DU DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS 243
A. La doctrine de la *Equitable Subordination* ne s'applique pas dans les circonstances 243

XI. LES RÈGLES D'INTERPRÉTATION DU *CODE CIVIL DU QUÉBEC* 243
A. Tradition bijuridique et application du droit provincial .. 244

XII. DÉCISION DE LA COUR D'APPEL 245

XIII. LES CONCLUSIONS 246

* Associés, Joli-Cœur Lacasse S.E.N.C.R.L.

24-Ciotola.indb 213 12-12-12 15:11

24-Ciotola.indb 214 12-12-12 15:11

La créance hypothécaire d'un créancier qui détient une garantie de premier rang doit-elle être subordonnée à tous les autres créanciers à la toute fin du plan de répartition dans un contexte de faillite en raison de la prime exigée du créancier à la débitrice faillie, laquelle est fondée sur un pourcentage des profits ?

C'est la question qui s'est posée dans l'affaire *Stonehaven Country Club Centre de Villégiature & SPA L.P. et als (Syndic de)* et pour laquelle la Cour d'appel a eu à se prononcer[1].

Il est à noter que le 10 novembre 2011, la Cour suprême du Canada refusait l'autorisation de se pourvoir contre la décision de la Cour d'appel.

I. Les faits

Stonehaven Country Club Centre de Villégiature & Spa L.P. (ci-après « la faillie » ou « la débitrice ») est une société en commandite constituée en vertu des lois de la province de Québec. La faillie détient un hôtel et un spa situés à Sainte-Agathe-des-Monts (Québec) de même qu'environ 372 acres de terrains adjacents non développés (ci-après « la propriété »).

Eugene J. Howard, Juergen Eisermann et Stonehaven Country Club inc. (ci-après « les créanciers ordinaires ») détiennent des créances ordinaires à l'encontre de la débitrice totalisant la somme de 4 562 668,94 $ en date du 19 février.

Investissement Québec est une société d'État dont le rôle est de (1) centraliser et consolider l'action d'État en matière de recherche, de promotion et de soutien de l'investissement, devenant en ce domaine l'interlocuteur privilégié des entreprises ; (2) stimuler l'investissement intérieur et attirer les investisseurs de l'extérieur du Québec ; (3) faire auprès de ceux-ci la promotion du Québec comme lieu privilégié d'investissement, offrir aux investisseurs des services d'accueil propres à les orienter efficacement dans leurs démarches auprès du gouvernement et leur fournir, directement ou par l'entremise de ses filiales, un soutien financier et technique ;

---

1 2011 QCCA 718 (CanLII) ; 2009 QCCS 1685 (CanLII).

24-Ciotola.indb 215 12-12-12 15:11

(4) assurer la conservation des investissements déjà effectués en apportant, directement ou par l'entremise de ses filiales, un soutien financier et technique aux entreprises implantées au Québec qui se distinguent par leur dynamisme ou leur potentiel (voir *Loi sur Investissement Québec*).

La Débitrice a approché Investissement Québec afin que celle-ci lui consente un prêt, ce qu'Investissement Québec a fait, compte tenu notamment des risques reliés au genre d'activités envisagées par la Débitrice.

À l'issue des négociations entre Investissement Québec et la débitrice, les parties ont signé, le 20 janvier 2005, l'offre de prêt en vertu de laquelle Investissement Québec a prêté à la débitrice la somme de 2 500 000 $.

L'offre de prêt prévoyait notamment :

- le remboursement du prêt par la débitrice sur une période de 10 ans avec une période de moratoire de 12 mois quant aux versements en capital, la débitrice devant rembourser le capital du prêt en 107 versements mensuels de 23 148 $ payables le dernier jour de chaque mois et un dernier versement de 23 164 $;
- le paiement par la débitrice d'un taux d'intérêt calculé mensuellement et égal au taux variable hebdomadaire prévalant chez Investissement Québec majoré de 2,25 % ;
- une hypothèque de premier rang portant sur l'universalité des biens meubles et immeubles de la débitrice au montant de 2 500 000 $ en faveur d'Investissement Québec ;
- la fourniture d'un cautionnement en faveur d'Investissement Québec par monsieur Yves Langlois, actionnaire et administrateur de la débitrice à hauteur de 25 % du solde du prêt au moment de la demande ;
- le paiement à Investissement Québec d'une prime annuelle égale à 4,7619 % des profits de la débitrice avant impôt et amortissements de chaque année, tel qu'établi aux états financiers annuels vérifiés de la débitrice.

24-Ciotola.indb 216 12-12-12 15:11

Ainsi, en vertu de l'offre de prêt, la daillie doit verser annuellement à Investissement Québec une prime calculée de la façon suivante : 4,7619 % de ses profits avant impôts et amortissements.

La débitrice a fait défaut de respecter ses obligations envers Investissement Québec aux termes de l'offre de prêt.

Devant ce fait, Investissement Québec a fait signifier à la débitrice un préavis d'exercice d'un recours hypothécaire de vente sous contrôle de justice vers le mois de janvier 2007 puis une requête introductive d'instance en délaissement forcé et vente sous contrôle de justice vers le mois d'avril 2007, requête qui fut présentée devant l'Honorable Marie Gaudreau, j.c.s., le 4 octobre 2007 et accueillie séance tenante.

II. Les procédures en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*

Le 11 juillet 2006, la Faillie dépose un avis d'intention de faire une proposition en vertu de l'article 50.4(1) *Loi sur la faillite et L'insolvabilité* (« LFI ») et Samson Bélair / Deloitte & Touche inc. (ci-après « le syndic ») a été nommée syndic à l'avis d'intention. Le 4 décembre 2006, la faillie dépose une proposition (ci-après « la proposition ») à ses créanciers qui a été acceptée par la majorité requise lors d'une assemblée des créanciers tenue le 21 décembre 2006.

Le 26 janvier 2007, la Cour supérieure a approuvé la proposition, mais celle-ci n'a jamais été exécutée. Le 1er février 2008, la débitrice dépose une cession de biens volontaires entre les mains du syndic qui, alors, a été nommé syndic à la faillite. Le même jour, le syndic a transmis à Investissement Québec un avis de suspension des procédures en vertu de l'article 69.3 LFI.

Par la suite, soit le ou vers le 18 mars 2008, le syndic, invoquant l'article 128(1) LFI, signifie à Investissement Québec un avis exigeant qu'elle produise auprès de lui une preuve des garanties qu'elle détient sur les biens de la débitrice.

Le ou vers le 26 mars 2008, avant même qu'Investissement Québec n'ait produit sa preuve de réclamation auprès du syndic, les procureurs des créanciers ordinaires écrivent au procureur

24-Ciotola.indb 217 12-12-12 15:11

d'Investissement Québec, afin de lui indiquer que leurs clients, les créanciers ordinaires, étaient d'opinion que la réclamation d'Investissement Québec constitue une créance différée au sens de l'article 139 LFI.

Le ou vers le 16 avril 2008, Investissement Québec produit auprès du syndic une preuve de réclamation à titre de créancière garantie pour un montant de 3 249 009,73 $, représentant le solde en capital et intérêts du prêt, ainsi que les frais conservatoires payés par elle qui s'élevaient au montant de 227 535 $ au 16 avril 2008, et déclare détenir des avoirs de la débitrice évalués à la somme de 4 800 000 $.

III. La réclamation d'Investissement Québec

Le 1er mai 2008, les procureurs des créanciers ordinaires demandent au syndic de transmettre à Investissement Québec un avis de rejet de la preuve de réclamation d'Investissement Québec selon l'article 139 LFI. Le 6 mai 2008, le syndic informe les procureurs des créanciers ordinaires qu'il n'entendait pas rejeter la preuve de réclamation d'Investissement Québec (aucune somme n'étant disponible dans la faillite pour supporter les coûts liés à un litige concernant la preuve de réclamation d'Investissement Québec), et que si les créanciers ordinaires désiraient présenter une requête en vertu de l'article 38 LFI, le syndic ne s'y objecterait pas.

Le 22 mai 2008, les créanciers ordinaires ont déposé au greffe de la Cour supérieure du district de Terrebonne, chambre commerciale, une « Motion for authorization to take proceedings and for related relief » en vertu de l'article 38 LFI qui a été accueillie le même jour par le registraire Me Gilles H. Caron (ci-après « le jugement du registraire Caron »). Conformément à ce jugement, le syndic cède aux créanciers ordinaires, le 26 mai 2008, ses droits et intérêts quant à la preuve de réclamation d'Investissement Québec.

Toujours conformément au jugement du registraire Caron, les créanciers ordinaires rejettent, le 28 mai 2008, la preuve de réclamation d'Investissement Québec. Le ou vers le 27 juin 2008, Investissement Québec dépose à la Cour supérieure une requête en appel du rejet de sa preuve de réclamation suivant l'article 135(4)

24-Ciotola.indb 218 12-12-12 15:11

LFI. Par jugement de la Cour supérieure rendu le 22 avril 2009, le juge Jean-Yves Lalonde annule l'avis de rejet de la preuve de réclamation d'Investissement Québec et confirme le statut de cette dernière à titre de créancier garanti. Dans son jugement, le juge Lalonde statue qu'il y a lieu de scinder la réclamation d'Investissement Québec dont une partie serait garantie et l'autre serait régie par les dispositions de l'article 139 LFI, lequel reléguait la réclamation d'Investissement Québec après les créanciers ordinaires. Toutefois, puisque Stonehaven n'a pas reçu de profits, le juge statue qu'aucune ordonnance n'a à être rendue à ce sujet.

Les créanciers ordinaires en appellent de la décision du juge Lalonde et allèguent que celui-ci a erré d'une part, en concluant que l'article 139 LFI ne s'appliquait pas à un contrat garanti par une hypothèque grevant les biens de l'emprunteur et, d'autre part, en concluant qu'il pouvait scinder la preuve de réclamation d'Investissement Québec pour en soustraire la somme attribuable à la prime prévue à la convention de prêt et exigée par Investissement Québec, le tout régi par l'article 139 LFI.

La Cour d'appel avait à trancher les deux questions suivantes :

« **1.** La créance hypothécaire de premier rang d'Investissement Québec doit-elle être différée à la toute fin du plan de répartition dans un contexte de faillite en raison de la prime qu'elle exige de sa débitrice (faillie), laquelle est fondée sur un pourcentage des profits ?

2. Le juge de première instance a-t-il erré en concluant qu'il pouvait scinder la preuve de réclamation d'Investissement Québec en la fragmentant pour en extirper la somme attribuable à la prime exigée par Investissement Québec et prévue au prêt ? »

IV. L'argumentation des parties

A. Argumentation des créanciers ordinaires

Essentiellement, c'est par l'application littérale de l'article 139 LFI à la convention de prêt d'Investissement Québec que les créanciers ordinaires concluent que la preuve de réclamation d'Investissement Québec doit être différée après les réclamations de tous les autres créanciers ordinaires de la Faillie.

24-Ciotola.indb 219 12-12-12 15:11

Les prétentions des créanciers ordinaires sont à l'effet que la clause 11 du contrat de prêt qui accorde à Investissement Québec une prime axée sur les profits de la débitrice est visée par l'article 139 LFI dont le texte suit et que, pour cette raison, l'hypothèque détenue par Investissement Québec contrevient à l'ordre de priorité établi par la LFI :

« Renvoi des réclamations d'un bailleur de fonds

139. Lorsqu'un prêteur avance de l'argent à un emprunteur, engagé ou sur le point de s'engager dans un commerce ou une entreprise, aux termes d'un contrat, passé avec l'emprunteur, en vertu duquel le prêteur doit recevoir un taux d'intérêt variant selon les profits ou recevoir une partie des profits provenant de la conduite du commerce ou de l'entreprise, et que subséquemment l'emprunteur devient failli, le prêteur n'a droit à aucun recouvrement du chef d'un pareil prêt jusqu'à ce que les réclamations de tous les autres créanciers de l'emprunteur aient été acquittées.

(Version anglaise) :

139. Where a lender advances money to a borrower engaged or about to engage in trade or business under a contract with the borrower that the lender shall receive a rate of interest varying with the profits or shall receive a share of the profits arising from carrying on the trade or business, and the borrower subsequently becomes bankrupt, the lender of the money is not entitled to recover anything in respect of the loan until the claims of all other creditors of the borrower have been satisfied. »

Les créanciers ordinaires prétendent aussi, par voie de conséquence, que l'hypothèque accordée à Investissement Québec par la Débitrice en échange d'un emprunt, dont le montant lui a été versé et dont elle a payé les intérêts durant une très courte période de temps, contrevient à l'ordre de distribution de la LFI dont fait partie l'article 139 en ce sens que l'hypothèque fait d'Investissement Québec une créancière garantie lui permettant ainsi d'échapper à l'effet de l'article 139.

24-Ciotola.indb 220 12-12-12 15:11

Il est utile de référer aux clauses pertinentes de la convention de prêt afin d'identifier les modalités au paiement d'une prime annuelle par la faillie. Ainsi, les articles 7, 11 et 13 de l'acte de prêt prévoient ce qui suit :

« 7. TAUX D'INTÉRÊT

7.1 Le Prêt portera intérêt, à compter de chaque déboursement, à un taux calculé mensuellement et égal au taux variable hebdomadaire prévalant à IQ majoré de deux virgule vingt-cinq pour cent (2,25 %). Si l'Entreprise se prévaut de changer ce taux variable pour un taux fixe conformément aux dispositions prévues aux paragraphes 7.4 et suivants du présent article 7, alors le taux fixe prévalant à IQ à cette époque sera également majoré de deux virgule vingt-cinq pour cent (2,25 %).

7.2 Le taux variable hebdomadaire d'IQ, avant la majoration prévue au paragraphe 7.1, s'établit actuellement, pour fins de référence seulement, à cinq virgule soixante-quinze pour cent (5,75 %) l'an. Aux fins des présentes, le taux variable hebdomadaire prévalant à IQ est égal au taux préférentiel moyen de six (6) banques à charte canadiennes choisies par IQ, exprimé sur une base annuelle et augmenté d'un et demi pour cent (1,5 %). Ce taux est révisé une fois par semaine et est donc susceptible de varier hebdomadairement.

7.3 L'Entreprise accepte dès à présent toute variation du taux variable hebdomadaire qu'IQ pourra déterminer de temps à autre et dont IQ tiendra compte dans le calcul des intérêts sur le Prêt. Tout état de compte expédié à l'Entreprise par IQ constituera une preuve incontestable de l'exactitude de ce calcul, à défaut par l'Entreprise d'aviser IQ du contraire dans un délai de dix (10) jours de la réception de tout tel état de compte.

7.4 À compter du dernier déboursement du Prêt, l'Entreprise aura la faculté de demander par écrit à IQ de changer le taux variable s'appliquant au Prêt pour le taux fixe en vigueur à IQ à cette époque.

7.5 Dans le cas d'une demande de changement du taux variable au taux fixe, ce nouveau taux prévaudra pour une durée de cinq (5) ans, à compter de sa date de conversion effective, et correspondra automatiquement par la suite au nouveau taux

24-Ciotola.indb 221 12-12-12 15:11

fixe en vigueur à IQ à l'expiration de cette période de cinq (5) ans, et ainsi de suite, de cinq (5) ans en cinq (5) ans, jusqu'à la fin de la période de remboursement. Toutefois, l'Entreprise pourra, au moins un (1) mois avant l'échéance de chaque période de cinq (5) ans, demander par écrit à IQ que le Prêt porte intérêt au taux variable en vigueur à IQ à cette époque. L'Entreprise, si elle a déjà opté pour le taux variable, pourra en tout temps revenir au taux fixe en vigueur à IQ à l'époque de sa demande et celui-ci prévaudra alors pour une période de cinq (5) ans.

7.6 Si l'Entreprise demande à IQ de changer le taux variable s'appliquant au Prêt pour le taux fixe, elle accepte dès à présent que ce taux fixe soit celui prévalant à IQ au moment de la conversion effective du taux variable au taux fixe, à condition que celui-ci n'ait pas varié à la hausse depuis la date de la demande de conversion. Dans le cas contraire, l'Entreprise bénéficiera d'un délai de cinq (5) jours, à compter de la date à laquelle elle aura été informée par IQ du nouveau taux fixe en vigueur pour accepter ou refuser par écrit ce nouveau taux.

7.7 IQ se réserve un délai maximal d'un (1) mois pour effectuer la conversion du taux variable au taux fixe et ce, dans la mesure où les fonds à taux fixe sont disponibles à IQ à des conditions qui lui sont acceptables.

11. Prime

11.1 En considération du Prêt, l'Entreprise paiera une prime annuelle, ci-après désignée la Prime, égale à quatre virgule sept six un neuf pour cent (4,7619 %) de ses profits avant impôts et amortissements de chaque année, tel qu'établi à ses états financiers annuels vérifiés.

11.2 La Prime sera payable annuellement le dernier jour du sixième (6^{e}) mois suivant la fin de chaque exercice financier de l'Entreprise. Le premier exercice financier utilisé pour le calcul du paiement de la Prime sera celui 3.2 de l'exercice financier se terminant le 31 décembre 2005.

11.3 Le dernier exercice financier sur lequel s'appliquera la Prime sera celui durant lequel sera effectué le dernier remboursement de capital sur le Prêt. Quel que soit le montant du solde

24-Ciotola.indb 222 12-12-12 15:11

en capital remboursé lors du dernier exercice financier, la Prime sera basée sur la totalité des résultats dudit exercice.

11.4 Advenant le remboursement par anticipation du Prêt, l'Entreprise devra rembourser la Prime pour les deux (2) exercices financiers subséquents à celui au cours duquel le remboursement par anticipation est effectué.

13. SÛRETÉS

13.1 À titre de garantie spécifique et continue de l'exécution par l'Entreprise de toutes ses obligations vis-à-vis d'IQ aux termes de la présente offre, l'Entreprise doit :

13.1.1 consentir à IQ une hypothèque principale de premier (1er) rang au montant de deux millions cinq cent mille dollars (2 500 000 $) et une hypothèque additionnelle au montant de cinq-cents mille dollars (500 000 $) grevant l'universalité de ses biens présents et futurs, meubles, corporels et incorporels, étant entendu que cette hypothèque sera rédigée de façon à permettre à l'Entreprise de disposer de ses biens en stock dans le cours normal de ses affaires et d'accorder à son banquier une hypothèque prioritaire sur ses biens en stock, le produit de leurs assurances et ses comptes à recevoir, en garantie des crédits d'exploitation ;

13.1.2 consentir à IQ une hypothèque principale de premier (1er) rang au montant de deux millions cinq cent mille dollars (2 500 000 $) et une hypothèque additionnelle au montant de cinq cent mille dollars (500 000 $) grevant l'universalité de ses biens immeubles présents et futurs et sans limiter la généralité de ce qui précède, notamment sur les lots de terrains d'une superficie de 427 acres inclus dans le domaine acquis des Pères Oblats par l'Entreprise ;

13.1.3 obtenir, à la satisfaction d'IQ, les cessions de rang nécessaires afin qu'IQ obtienne le rang spécifié aux paragraphes 13.1.1 et 13.1.2 sur les biens de l'Entreprise ;

13.1.4 souscrire, à la satisfaction d'IQ, une police d'assurance tous risques avec clause hypothécaire couvrant ses actifs pour le plein montant du Prêt et désignant IQ à titre de bénéficiaire ; »

24-Ciotola.indb 223 12-12-12 15:11

Selon les créanciers ordinaires, il ne fait aucun doute qu'il s'agit là d'un contrat aux termes duquel le prêteur doit recevoir un taux d'intérêt variant en fonction des profits générés par la conduite du commerce ou de l'entreprise de l'emprunteur, d'où leur conclusion au sujet du renvoi de la réclamation d'Investissement Québec.

Les avocats des créanciers ordinaires plaident que l'hypothèque détenue par Investissement Québec n'altère pas son statut de bailleur de fonds au sens de l'article 139 LFI. D'après les créanciers ordinaires, en superposant les principes qui ressortent du « quintette » des décisions de la Cour suprême du Canada[2] à ceux de l'arrêt *Restaurant Ocean Drive inc. (Syndic de)*[3] de la Cour d'appel du Québec, il en ressort que la législature provinciale ne peut d'aucune façon créer des priorités ayant pour effet de contrecarrer le plan de répartition prévu aux articles 136 à 147 LFI. Selon cette lecture, la priorité que confère à Investissement Québec son hypothèque de premier rang en matière civile devient inapplicable en contexte de faillite si la créance de celle-ci se qualifie au rang inférieur prévu à l'article 139 LFI. Aux yeux des créanciers ordinaires, c'est le rang que lui a accordé le législateur fédéral dans le plan de répartition de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* qui aura préséance s'il existe un conflit.

Les créanciers ordinaires soumettent également que le juge de première instance a erré en scindant la preuve de réclamation d'Investissement Québec et en la fragmentant pour en extirper la somme attribuable à la prime exigée par Investissement Québec et prévue à la convention de prêt.

Pour les créanciers ordinaires, le juge de première instance a dans un premier temps conclu, à juste titre, que le libellé relatif au paiement d'une prime par la débitrice, tel que prévu à l'article 11

---

2 *Sous-ministre du Revenu (Québec)* c. *Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35 ; *Deloitte Haskins & Selfs* c. *Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785 ; *Banque fédérale de développement* c. *Québec (CSST)*, [1988] 1 R.C.S. 1061 ; Colombie-Britannique Henfrey Samson Belair Ltd., [1989] 2 R.C.S. 24 ; *Husky 011 Operations Ltd*. c. *Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453.

3 J.E. 1998-118 (C.A.)

24-Ciotola.indb 224 12-12-12 15:11

de la convention de prêt répond aux critères de l'article 139 LFI. Toutefois, pour les créanciers ordinaires, le juge de première instance a eu tort lorsqu'il a appliqué les principes établis dans l'arrêt *Sukloff*[4], scinder la preuve de réclamation d'Investissement Québec afin d'extirper la somme attribuable à la prime. En indiquant dans son jugement que la question de l'application de l'article 139 LFI demeure théorique puisque la preuve démontre que la preuve de réclamation d'Investissement Québec ne comporte aucune valeur numérique à titre de la prime exigible puisque la débitrice n'a jamais réalisé de profits avant impôts et amortissements au sens de l'article 11.1 du prêt, le juge de première instance a erré en droit. En effet, pour les créanciers ordinaires, il serait beaucoup trop facile de contourner la règle établie à l'article 139 LFI par cette interprétation puisque tout prêteur visé par cet article, pourrait, afin d'éviter d'être un créancier subordonné dans le cadre de la faillite de son emprunteur, ne pas réclamer la prime dans le cadre de sa preuve de réclamation.

De plus, pour les créanciers ordinaires, l'arrêt *Sukloff* ne fait aucune analyse quant à la compétence fédérale exclusive en matière de faillite et d'insolvabilité et les lois provinciales qui viennent modifier les règles établies en vertu de cette compétence et s'en remet à une décision anglaise *Badeley* pour interpréter l'article 139 LFI, alors que la question de la compétence fédérale exclusive en matière de faillite et d'insolvabilité ne se posait pas dans cette décision. Pour les créanciers ordinaires, le juge de première instance a manifestement erré en droit en déterminant que la règle de *stare decisis* commandait d'appliquer les principes de l'arrêt *Sulkoff*. La question de la compétence fédérale exclusive en matière de faillite et d'insolvabilité a été analysée de façon approfondie dans le quintette d'arrêts alors qu'il n'y a pas une seule ligne à ce sujet dans l'arrêt *Sulkoff*. Pour les créanciers ordinaires, ce sont les principes établis dans le quintette d'arrêts de même que ceux qui se dégagent de l'arrêt *Ocean drive* qui doivent recevoir application en l'espèce.

---

4 *Sukloff* c. *A.H.Rushforth & co. Ltd*, [1964] RCS 459.

24-Ciotola.indb 225 12-12-12 15:11

À cet effet, il y a lieu de référer à l'argumentation des créanciers ordinaires contenue dans leur mémoire en appel.

> « [57] La Cour suprême ne s'est prononcée qu'une seule fois quant à la portée de l'article 139 LFI, dans l'arrêt Sukloff, et c'était bien avant le quintette d'arrêts susmentionné. Dans l'arrêt Sukloff, la Cour suprême a déterminé que la créance totale de 50 000 $ de M. Sukloff, découlant de trois prêts distincts, devait être traitée comme suit dans le cadre de la faillite des débitrices.
>
> - Une somme de 35 000 $ faisait l'objet d'une cession et devait être acquittée à même les fonds détenus par la compagnie de fiducie ;
> - Une somme de 5 000 $ devait être considérée comme une créance ordinaire et être colloquée pari passu puisque l'entente intervenue entre les faillies et M. Sukloff ne prévoyait pas que ce dernier allait recevoir une part des profits des faillies quant à ce prêt ;
> - Le solde de 10 000 $ était visé par l'article 139 LFI puisque l'entente prévoyait que M. Sukloff pouvait recevoir une part des profits des faillies quant à ce prêt.
>
> [58] La Cour suprême a mentionné que l'article 98 LFI (maintenant l'article 139 LFI) tirait son origine de l'article 5 du Bovill's Act de l'Angleterre qui se lisait comme suit :
>
> > « In the event of any such Trader as aforesaid being adjudged a Bankrupt, or taking the Benefit of any Act for the Relief of Insolvent Debtors, or entering into an Arrangement to pay his Creditors less than Twenty Shillings in the Pound… the lender of any such Loan as aforesaid shall not be entitled to recover any Portion of his Principal, or of the Profits or Interest payable in respect of such Loan… until the Claims of the other Creditors of the said Trader for valuable Consideration in Money or Money's Worth, have been satisfied. » (p. 466)
>
> [59] Nous soumettons respectueusement que l'article 139 LFI doit être interprété différemment de l'article 5 du Bovill's Act puisque les termes utilisés dans ces deux dispositions sont différents. En effet, l'article 5 du Bovill's Act prévoit que le prê-

24-Ciotola.indb 226 12-12-12 15:11

teur ne peut pas recouvrer quelque portion du principal, des profits ou des intérêts payables en vertu du prêt alors que l'article 139 LFI prévoit que le prêteur n'a droit à aucun recouvrement du chef d'un pareil prêt. Les termes beaucoup plus larges de l'article 139 LFI permettent de soutenir que le prêteur qui y est visé ne peut exécuter la sûreté qu'il aurait pu obtenir en vertu du droit provincial pour garantir l'exécution des obligations découlant du prêt, les termes « aucun recouvrement du chef d'un pareil prêt » couvrant l'exercice d'une sûreté.

[60] De plus, dans l'Arrêt Sukloff, M. Sukloff avait obtenu, non pas une hypothèque ou une autre sûreté de la même nature sur les actifs des faillies, mais une cession d'une somme de 35 000 $ avant la faillite. La cession valide et entièrement exécutée avant la survenance de la faillite devait être reconnue par la Cour, les sommes cédées ne faisant plus partie du patrimoine des faillies. En l'espèce, l'intimée ne voulait pas faire reconnaître une cession validement exécutée avant la faillite, mais bien faire reconnaître une hypothèque sur les actifs qui vient clairement modifier illégalement le plan de répartition des actifs d'un failli prévu à la LFI.

[61] Aussi, dans l'Arrêt Sukloff, la Cour a scindé la créance de M. Sukloff puisqu'elle découlait de trois prêts distincts. Or, en l'espèce, le juge de première instance ne pouvait pas scinder la Preuve de réclamation de l'intimée en extirpant la prime puisqu'il n'y avait qu'un seul Prêt et toute la Preuve de réclamation de l'intimée devait subir le même sort.

[62] De plus, dans l'Arrêt Sukloff, la Cour ne fait aucune analyse quant à la compétence fédérale exclusive en matière de faillite et d'insolvabilité et les lois provinciales qui viennent modifier les règles établies en vertu de cette compétence, et s'en remet à une décision anglaise Badeley pour interpréter l'article 139 LFI, alors que la question de la compétence fédérale exclusive en matière de faillite et d'insolvabilité ne se posait pas dans cette décision anglaise. Avec respect, le juge de première instance a manifestement erré en droit en déterminant que la règle du stare decisis commandait d'appliquer les principes de l'Arrêt Sukloff. La question de la compétence fédérale exclusive en matière de faillite et d'insolvabilité a été

24-Ciotola.indb 227 12-12-12 15:11

analysée de façon approfondie dans le quintette d'arrêts alors qu'il n'y a pas une seule ligne à ce sujet dans l'Arrêt Sukloff *Nous soumettons que ceux qui se dégagent de l'Arrêt Ocean Drive qui doivent recevoir application en l'espèce.* » Par conséquent, s'ils ont raison, on comprendra que les créanciers ordinaires seraient avantagés par un plan de répartition qui permettrait de différer la créance d'Investissement Québec après la leur, auquel cas ils toucheraient un dividende autrement inespéré.

B. Argumentation d'Investissement Québec

Investissement Québec soumet que l'article 139 LFI ne peut trouver application en l'espèce puisque l'entente intervenue entre les parties constitue un prêt dont le remboursement est garanti par hypothèque. La créance d'Investissement Québec est une créance qui n'est pas visée par l'ordre de collocation de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et l'argument voulant que l'existence d'une sûreté en l'instance modifie l'ordre de collocation n'est d'aucun secours aux créanciers ordinaires. À cet effet, l'hypothèque consentie par la débitrice à Investissement Québec, le 11 février 2005, stipule ce qui suit :

« [8] Le 11 février 2005, Stonehaven consent en faveur de IQ une hypothèque (pièce R-2) qui contient entre autres les clauses suivantes :

1. DETTE

Le Créancier a consenti au Débiteur un prêt au montant de DEUX MILLIONS CINQ CENT MILLE DOLLARS (2 500 000,00 $) aux termes d'une offre de prêt adressée par le Créancier le dix-sept janvier deux mille cinq (2005) et acceptée par le Débiteur le vingt janvier deux mille cinq (2005), laquelle offre de prêt est jointe aux présentes comme Annexe C pour en faire partie intégrante après avoir été reconnue véritable et signée pour identification par les parties en présence du notaire soussigné (l'« Offre de Prêt »). Toutes les sommes dues et à devenir dues par le Débiteur en raison de l'Offre de Prêt, en capital, intérêts, frais et accessoires, sont ci-après collectivement appelées la « dette ».

24-Ciotola.indb 228 12-12-12 15:11

Si le Créancier acceptait que le document qui constate la dette soit renouvelé ou remplacé ou que la somme prêtée soit constatée par un autre document, ces renouvellements, remplacements ou autres documents n'opéreraient pas novation et le présent acte conservera tout son effet.

2. HYPOTHÈQUE

2.1 Pour garantir le paiement de la dette et l'accomplissement de ses obligations en vertu du présent acte, le Débiteur hypothèque l'universalité de ses biens, meubles et immeubles, présents et à venir, corporels et incorporels, de quelque nature qu'ils soient et où qu'ils puissent être situés (ci-après appelés les « Biens hypothéqués »).

2.2 Cette hypothèque est consentie pour la somme de DEUX MILLIONS CINQ CENT MILLE DOLLARS (2 500 000,00 $) avec intérêt au taux de vingt-cinq pour cent (25 %) par année à compter de la date des présentes.

2.3 Sans limiter la généralité de ce qui précède, cette hypothèque affecte notamment les immeubles décrits ci-après, les loyers présents et à venir de ces immeubles et des autres immeubles du Débiteur, de même que les indemnités payables en vertu des contrats d'assurance couvrant ces loyers ;

(...)

9. HYPOTHÈQUE ADDITIONNELLE

Pour garantir le paiement des intérêts qui ne seraient pas déjà garantis par l'hypothèque constituée à l'article 2., de même que pour garantir davantage l'acquittement de ses obligations en vertu du présent acte, le Débiteur hypothèque les Biens hypothéqués pour une somme additionnelle égale à vingt pour cent (20 %) du montant en capital de l'hypothèque constituée à l'article 2. »

Investissement Québec soumet qu'il est clair que les parties ont voulu conclure un contrat de prêt assorti des conditions usuelles d'un tel contrat, soit des modalités de remboursement du capital,

24-Ciotola.indb 229 12-12-12 15:11

un taux d'intérêt, un cautionnement et une hypothèque. La relation entre les parties en est strictement une de prêteur / emprunteur. Par ailleurs, la clause prévoyant le paiement d'une prime à Investissement Québec ne constitue aucunement une « participation aux profits » de l'entreprise selon le sens donné de façon habituelle à cette expression, et même si c'eut été le cas, ce qui est nié, la clause n'aurait pas eu pour effet de « dénaturer » le contrat et faire d'Investissement Québec un « partenaire » de la débitrice au sens que l'entend l'article 139 LFI.

Comme le mentionne le juge Lalonde en première instance :

> « **[50]** Le litige en l'instance porte strictement sur l'interprétation à donner à l'article 139 LFI. La conjoncture n'oppose pas une loi fédérale et une loi provinciale qui donnent des directives contradictoires quant à la façon de partager les biens du failli. En outre, l'article 72 LFI prévoit spécifiquement que la règle de droit concernant la propriété et les droits civils, non incompatible avec la LFI, demeure applicable de manière supplétive. »

1. L'origine de la règle

Lloyd W. Houlden & Carl Morawetz[5] commentent ainsi l'origine de la règle de l'article 139 LFI :

> « [...] Section 139 is based upon Bovill's Act (1865, Imp. 28 & 29 Vict., c. 86), The Act was passed because there was a danger that a person lending money to a trader on terms that the lender would receive a rate of interest varying with the profits or a share of the profits of a business became a partner in the business. Bovill's Act provided that (a) the advance of money to a trader on such terms did not of itself make the lender a partner, but (b) in the event of bankruptcy, the lender was to be subject to the same restriction as money owing to a partner, i.e., the lender was not permitted to prove in competi-

5 *L.W. HOULDEN & Geoffrey B. MORAWETZ, G §110 postponement of claims of silent partners, Houlden & Morawetz bankruttcy and insolvancy analysis, section 139.*

24-Ciotola.indb 230 12-12-12 15:11

> tion with other creditors, the claim being postponed until the claims of other creditors were satisfied in full. The first part of Bovill's Act is to be found in the provincial Partnership Acts; the second part in s. 139 of the Bankruptcy and lnsolvency Act.
>
> [...]
>
> As a result of s. 139 of the Act, a person who advances money under the conditions stipulated in the section is considered a silent partner in the business of the debtor and cannot recover anything in respect of his loan until the claims of all other creditors have been satisfied: Sukloff v. A.H. Rushfort & Co., 6 C.B.R. (N.S.) 175, [1964] S.C.R. 459, 45 D.L.R. (2d) 510 (S.C.C.); Laronge Realty Ltd v. Golconda Invt. Ltd. (1986), 63 C.B.R. (N.S.) 76, 7 B.C.L.R. (2d) 90 (C.A.).
>
> [...]
>
> If a creditor holds security for his claim, he is entitled to enforce it notwithstanding the fact that his agreement calls for him to receive a share of profits. It is not necessary that the taking of security be contemporaneous with the making of the advance: Sukloff v. A.H. Rushfort & Co., 6 C.B.R. (N.S.) 175, [1964] S.C.R. 459, 45 D.L.R. (2d) 510. [...] » (notre emphase)

En fait, l'article 139 LFI (alors article 98 de la *Loi sur la faillite*) a été introduit dans la loi lors des modifications de 1949[6].

2. Le sens de la règle

La règle existe pour empêcher que des associés (ou *partners)* se transforment en créanciers dans un contexte de faillite.

Pour que la règle s'applique, les parties doivent avoir stipulé clairement soit que (a) l'emprunteur doit recevoir un taux d'intérêt variant selon les profits, ou (b) l'emprunteur doit recevoir une partie des profits provenant de la conduite du commerce ou de l'entreprise.

---

6 *Duranceau & Perras* c. *Chatel*, 1955, 34 C.B.R. 106, (aux pages 111 et 112)

24-Ciotola.indb 231 12-12-12 15:11

Dans cette affaire, les documents soumis par Investissement Québec et mis en preuve démontrent que la première partie de l'article 139 LFI ne trouve pas application : il n'existe aucune variation du taux d'intérêt liée aux profits de la Débitrice.

Quant à la deuxième partie, en l'absence de stipulation spécifique et claire visant directement la participation du prêteur aux profits de l'emprunteur, son application dépend de la nature même du contrat en question.

Pour les procureurs d'Investissement Québec, le paragraphe 11.1 fait apparaître clairement la nature de la prime. En effet, l'utilisation des mots « paiera une prime annuelle, ..., égale à ... » (nos soulignés) démontre de façon évidente qu'il s'agit d'un mode de calcul de la prime à être payée et non d'une participation dans les profits au sens usuel de cette expression. La prime aurait pu être calculée autrement, par exemple, sur les ventes ou sur les profits nets, etc. La formule du paragraphe 11.1 est à l'avantage de la Débitrice durant les premières années du prêt, alors que les profits seront normalement plus bas, voire même non existants. D'ailleurs, dans les faits, aucune prime n'a été payable, l'élément de base du calcul, les profits bruts, étant absents ; la preuve de réclamation d'Investissement Québec n'inclut aucune somme à titre de prime.

La prime, calculée suivant le paragraphe 11.1 devient une dette de la Débitrice et son paiement, selon le cas, ne se fait pas à même les profits qui ne sont pas directement affectés par un tel paiement.

Si la prime consistait en une participation aux bénéfices au sens de l'article 139 LFI, cette participation décroîtrait en fonction du montant du prêt qui, lui-même, serait réduit au fur et à mesure des paiements. Or, tel n'est pas le cas, tel qu'il apparaît aux paragraphes suivants :

> « **11.3** (...) Quel que soit le montant du solde en capital remboursé lors du dernier exercice financier, la Prime sera basée sur la totalité des résultats dudit exercice.
>
> **11.4** Advenant le remboursement par anticipation du Prêt, l'Entreprise devra rembourser la Prime pour les deux (2) exercices financiers subséquents à celui au cours duquel le remboursement par anticipation est effectué. »

24-Ciotola.indb 232 12-12-12 15:11

Si le prêt était une participation aux bénéfices au sens ordinaire de ces mots, ces paragraphes n'auraient aucun sens, en particulier le paragraphe 11.4.

Il ressort par ailleurs du texte du paragraphe 11 qu'il n'est fait référence à aucun terme dans le temps quant au paiement de la prime, tout étant fonction du remboursement du prêt lui-même tel qu'en fait état notamment le paragraphe 11.4.

V. Le caractère garanti de la créance d'Investissement Québec

L'article 2 LFI définit le créancier garanti comme le créancier à qui un droit sur ou dans un bien du débiteur a été consenti légalement avant la faillite ; cette garantie doit être rendue parfaite par la publication avant la faillite. Dans cette affaire, la créance d'Investissement Québec fut garantie par hypothèque consentie le 10 février 2005 et dûment publiée le 11 février 2005, soit avant le dépôt de l'avis d'intention de la Débitrice. Le 4 octobre 2007, la Cour supérieure a rendu un jugement passé en force de chose jugée ordonnant le délaissement et la vente des biens hypothéqués en faveur d'Investissement Québec.

L'application à ces faits des principes dégagés par la jurisprudence mène à la conclusion que l'article 139 LFI ne s'applique pas à la créance d'Investissement Québec telle que produite. La créancière, malgré toute stipulation de participation aux profits, est en droit de réaliser sa sûreté.

Le droit anglais, d'où vient la disposition de l'article 139 LFI, est, de façon prépondérante, en ce sens[7].

---

7 *Ex parte Sheil, In Re Lonergan*, (1877), 4 Ch. D. 789 ; *Badeley* c. *Consolidated Bank* (1888), 38 Ch. D. 238 ; Au Canada, cette position a été entérinée par la Cour suprême du Canada dans *Sukloff* c. *A.H. Rushforth & Co.,* 1964 R.C.S. 459, 45 D.L.R. (2d) 510.

24-Ciotola.indb 233 12-12-12 15:11

VI. La non-pertinence du quintette d'arrêts de la Cour suprême du Canada et de l'arrêt de cette Cour dans l'affaire *Restaurant Ocean Drive*

Les Créanciers ordinaires fondent entièrement leurs prétentions sur les principes dégagés par la Cour suprême du Canada dans la série d'arrêts désignés de façon habituelle par le vocable « quintette d'arrêts », tel que l'a appliqué cette Honorable Cour dans l'affaire *Ocean Drive*[8].

Ces arrêts consacrent la primauté de l'ordre de collocation établi par le paragraphe 136(1) LFI et son inviolabilité par la législation provinciale ; pour ce qui est de l'arrêt *Ocean Drive*, il a étendu ce principe d'inviolabilité du paragraphe 136(1) LFI à l'activité conventionnelle d'un créancier visé par ce paragraphe, savoir que l'obtention d'une hypothèque conventionnelle par un créancier locateur est inopposable à l'ordre de collocation fixé à l'alinéa 136(1) f) LFI.

Les principes dégagés en la matière par la Cour suprême du Canada ont consacré le droit quant à l'inviolabilité de l'ordre de collocation prévu au paragraphe 136(1) LFI. Bien sûr, Investissement Québec ne remet aucunement en question ces principes. Cependant, ils ne sont pas d'application à notre cas. Le premier juge l'a souligné en termes clairs :

> « **[49]** Le Tribunal est d'opinion que le "quintet" des décisions de la Cour suprême n'a pas la portée que lui prêtent les créanciers-intimés à l'égard de l'application de la règle de droit que sous-tend l'article 139 LFI. Ici, contrairement à la trame factuelle qui prévalait dans l'arrêt Husky Oil Operations Ltd., nous ne sommes pas en présence de deux lois qui, dans leur application, établissent des ordres de priorité différents et incompatibles et qui sont de ce fait en conflit. »

---

8 *Sous-ministre du Revenu (Québec)* c. *Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35 ; *Deloitte Haskins & Sells* c. *Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785 ; *Banque fédérale de développement* c. *Québec (CSST),* [1988] 1 R.C.S. 1061 ; *Colombie-Britannique* c. *Henfrey Samson Bélair Ltd.,* [1989] 2 R.C.S. 24 ; *Husky Oil Operations Ltd.* c. *Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453 ; *Restaurant Ocean Drive inc. (Syndic de),* AZ-98011053 (C.A.), 1997 CarswelQue 1221, [1998] R.J.Q. 30, J.E. 98-118.

24-Ciotola.indb 234 12-12-12 15:11

VII. Analyse de l'arrêt *Sukloff*

Dans cette affaire, Sukloff, créancier, avait fait divers prêts aux compagnies débitrices. Le prêt principal, au montant de 35 000 $, comportait des garanties, contenait une participation aux bénéfices par Sukloff et les clauses habituelles de remboursement du capital et des intérêts. La Cour suprême déclare au paragraphe 18 :

> « **[18]** In the course of his reasons for judgment, Spence J. made the express finding that although it was intended that Sukloff and A. H. Rushforth should be partners, the appellant never entered info any such relationship with either of the two limited companies, and that his relationship with these companies was confined to that of a lender or financier who had a right to share in the profits, if any, of the undertakings of these campanies. I am satisfied that this is the proper conclusion on the evidence, but the learned trial judge and the Court of Appeal took the view that the relationship was one to which s. 98 of the Bankruptcy Act and s. 4 of the Partnership Act were directly applicable so as to postpone the claim of the appellant to the rights of the trade creditors of the companies. Section 98 of the Bankruptcy Act reads as follows :
>
> > "Where a lender advances money to a borrower engaged or about to engage in trade or business under a contract with the borrower that the lender [...] Shall receive a share of the profits arising from carrying on the trade or business, and the borrower subsequently becomes bankrupt, the lender of the money is not entitled to recover anything in respect of the loan until the claims of all other creditors of the borrower have been satisfied." »

La Cour suprême adopte ensuite le raisonnement du droit anglais à l'effet que la présence d'une garantie, malgré la participation aux bénéfices, rend inapplicable au prêt l'article 139 LFI (alors 98 LF) :

> « **26.** In the course of the argument before this Court, counsel for the appellant made reference to the case of Badeley Consolidated Bank (1888), 38 Ch. D. 238 which, as I understand it, was not drawn to the attention of either of the Courts, below. That was a case in which the plaintiff advanced money to

24-Ciotola.indb 235 12-12-12 15:11

a contractor to enable him to carry out a contract with a railway company for the construction of a railroad and the parties executed a deed by which the contractor assigned to the plaintiff all his machinery, plant, etc., and all shares and debentures he might receive from the company to secure the repayment of the loan. The deed also provided that the plaintiff should receive 10 per cent interest on his money and 10 per cent of the net profits. Having held that the plaintiff and the railway company were not partners in the undertaking, Cotton L.J., commenting on the provisions of s. 5 of Bovill's Act (supra), had this ta say (p. 254) :

> Mr. Wallis says the Plaintiff is here seeking to recover within the meaning of the section. In my opinion he is not seeking to recover any principal or interest. These words must mean, recover as against the property of the debtor not compromised in the security. If there is a security then insisting upon that security is not recovering principal and interest from the debtor. It may enable him ultimately to get it ; but insisting upon the security and realizing the security, or, in my opinion, taking any proceedings which are necessary in order to recover that which is comprised in the security, cannot be said to be recovering principal or interest within the meaning of that section. In my opinion, that section only means that the lender shall not come in and rank with other creditors in the bankruptcy independently of any security he has in respect of the principal, interest or profits. He is not in any way prevented from insisting upon his security. ...

27. It appears to me that the Badeley case provides a very close analogy to the present circumstances and that the reasoning advanced by the Court of Appeal in England in that case in relation to Bovill's Act applies with equal force to the provision of s. 98 of the Bankruptcy Act and s. 4 of the Partnerships Act. It is, however, argued on behalf of the respondent that the principle of the Badeley case does not apply where the security is taken, as were the equitable assignments in this case, after the original loan. I can see nothing in either the Badeley case or in Ex parte Sheil ; In re Longergan (1877), 4 Ch. D. 789, to limit their application to cases in which the taking of security

24-Ciotola.indb 236 12-12-12 15:11

> in contemporaneous with the making of an advance, and in any event, the present case is marked by the fact that a further advance of $5,000 was made at the time of the security on 31 October 1958. »

La Cour suprême a donc reconnu le caractère garanti du prêt de 35 000 $, nonobstant l'article 98 LF de l'époque (aujourd'hui 139 LFI) ; quant à un autre prêt, soit pour un montant de 5 000 $, celui-ci n'était pas assorti de garantie et contenait une participation aux bénéfices et la réclamation au montant de ce prêt fut différée pour cette raison :

> « **32.** In view of all the above, I have formed the opinion that the appellant is entitled to be paid $35,000 from the fund now held by the Guaranty Trust Company, and that as to the $5,000 advanced on 31st October 1958, he is entitled to rank pari passu with the general creditors because at the time of that advance no stipulation was made for him to share in the profits of the company. As to the balance of his claim, I think that he is postponed to the general creditors having regard to the terms of the agreement and to the provisions of s. 98 of the Bankruptcy Act. »

La même opinion a été émise par Lloyd W. Houlden, en 1955, dans le commentaire suite à l'arrêt *Duranceau*[9] et un commentaire au même effet a aussi été fait, cette fois au nom de l'équipe éditoriale de *Lloyd W. Houlden & Cari Morawetz*[10] en rapport avec l'arrêt *Sukloff*.

VIII. La nature véritable (*true substance*) de l'entente entre les parties

Pour les procureurs d'Investissement Québec, tous les termes de l'offre de prêt acceptée et de l'hypothèque sont clairs et ne re-

---

9 *Duranceau & Perras c. Chatel,* 1955, 34 C.B.R. 106, (Commentary p. 111 et 112).

10 Carl Morawetz & Lloyd W. Houlden, *Comment,* Canadian Bankruptcy Reports (New Series), vol. 6, 6 C.B.R. (N.S.), (Commentary p.186).

24-Ciotola.indb 237 12-12-12 15:11

quièrent aucune interprétation particulière au-delà du sens ordinaire des termes employés. L'ensemble des clauses de ce contrat démontre de toute évidence que l'entente entre les parties porte sur un prêt assorti des conditions usuelles concernant la sûreté du prêt, le paiement de l'intérêt, le taux d'intérêt payable et les modalités de remboursement. Aucune disposition de l'offre de prêt ou de l'hypothèque ne fait dépendre le taux d'intérêt convenu des opérations, ventes ou profits de la Débitrice.

Aucune partie de l'entente entre les parties ne stipule que le remboursement du prêt avancé et versé par Investissement Québec à la débitrice doive être effectué à même les profits de la débitrice, ni, surtout, une participation de Investissement Québec dans les profits de celle-ci.

Si la clause de prime existe, c'est qu'elle dépend des circonstances du prêt : difficulté de financement dans ce domaine, etc. Cette clause est un instrument de crédit, non d'association dans les profits : il ne s'agit pas d'un investissement par Investissement Québec, dont il n'a jamais été question, mais bien d'un prêt garanti au sens de la LFI.

IX. L'interprétation jurisprudentielle de l'article 139 LFI

Pour les tribunaux, lorsqu'il devient nécessaire de recourir à l'interprétation pour départager les droits des parties, la vraie question posée par l'application de l'article 139 LFI consiste à classer l'entente entre les parties soit dans le domaine des prêts, soit dans celui des avances de capital. Pour Investissement Québec, la présence d'une garantie met la situation hors de la portée de l'article 139 LFI.

De plus, Investissement Québec plaide que l'article est là pour refléter la réalité des rapports entre les parties à un contrat qui a procuré du financement à l'une d'elles, d'où l'on doit se demander si les faits justifient son application. De manière générale, les tribunaux canadiens ont toujours cherché à déterminer la nature véritable (*true substance*) de l'entente entre les parties quand il s'agit d'appliquer l'article 139 LFI :

- *Sukloff* c. *A.H. Rushforth & Co.*, 1964 R.C.S. 459, 45 D.L.R. (2d) 510.

24-Ciotola.indb 238 12-12-12 15:11

- *Duranceau & Perras* c. *Chatel*, 1955, 34 C.B.R. 106, 111 et 112. (où le créancier a admis « ... that he was supposed to become a partner of the debtor in the proposed construction ... » (C.B.R. p.108)
- *Canada Deposit lnsurance Corp.* v. *Canadian Commercial Bank* (voir citation *infra*), [1992] 3 S.C.R. 558, 1992 CarswellAlta 298, 16, C.B.R. (3d) 154, 5 Alta L.R. (3d) 193, 97 D.L.R. (4th) 385, 7 B.L.R. (2d) 113, (sub nom. Canada Deposit Insurance Corp. v. Canadian Commercial Bank (No. 3)) 143 N.R. 321, 131 A.R. 321, 25 W.A.C. 321, J.E. 92-1742 (C.S.C).
- *G.M.D. Vending* Co., Re (voir para. 32). 1994 CarswelIBC 617, 27 C.B.R. (3d) 79 (B.C.C.A.).
- *Laronge Realty Ltd.* c. *Golgonda Invt. Ltd.* (*a contrario*), 1986 CarswelIBC 496, 63 C.B.R. (N.S.) 174 (B.C.C.A.) (Cet arrêt est un exemple parfait de l'application de la règle de l'article 139 LFI ; les trois actionnaires réclamants avaient fait des soi-disant prêts à la compagnie débitrice, les livres de celle-ci faisaient état de prêts, etc., cependant rien ne démontrait l'obligation de rembourser les « prêts », ni rien au sujet du paiement d'intérêts ; dans ces circonstances, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a entériné le jugement de première instance à l'effet qu'il ne s'agissait pas de prêts, mais bien d'avances de capital régies par l'article 110 LF de l'époque (aujourd'hui 139 LFI).
- *Provost Shoe Shops Ltd, Re*, 1993 CarswellNS 27, 21 C.B.R. (3d) 108 (où les faits, qui se rapprochent de ceux de *Laronge* (*supra*), démontraient l'existence d'une obligation de remboursement et des modalités de remboursement, ce qui a fait conclure à l'existence de prêts non visés par l'article 139 LFI).
- *Marsuba Holdings Ltd., Re*, 1998 CarswellBC 892, 4 C.B.R, (4th) 318 (B.C.S.C.) (voir par. 39 et 40), décision dans laquelle il y a une distinction entre une somme d'argent prêtée à titre d'investissement et une somme d'argent prêtée à titre de prêt :

  > « I noted earlier that the trustee advanced two alternative arguments to support the rulings of the Master and the trustee in bankruptcy. The first alternative argument is

24-Ciotola.indb 239 12-12-12 15:11

> that the monies advanced by Mr. Wosk were by way of contributions to the capital of Marsuba, not by way of a loan, and that Mr. Wosk is therefore debarred from making a claim in competition with the creditors of the company. Counsel for the trustee cites Laronge Realty Ltd. v. Golconda lnvestments Ltd. (1986), 63 C.B.R. (N.S.) 76 (B. C. C.A.) at 78 to support this contention. [soulignement dans le jugement]
>
> In my opinion, the Laronge Realty decision has no application to the present case because if relates to monies « invested » as distinct from monies « loaned » On my review of the evidence, I find that it clearly indicates that the advances made by S, P & P, and by Mr. Wosk were by way of loans.
>
> Central Capital Corp., Re, 1996 Carswell ONT 316, 38 C.B.R. (3d) 1 (Ont. C.A.) [voir les remarques des juges de la majorité, para. 67 et 119 ; même le juge dissident est d'opinion que la substance véritable d'une transaction doit être établie ; tous les juges appliquent le principe de *Canada Deposit* (infra)] ».

Les tribunaux ont souvent été confrontés à des contrats hybrides, présentant des aspects s'apparentant à un prêt ainsi qu'une participation par le prêteur dans les profits de l'entreprise de l'emprunteur : dans de tels cas, il faut de nouveau séparer l'essentiel de l'accessoire. Un prêt demeure un prêt en dépit de l'accès additionnel et incident du prêteur aux bénéfices de l'emprunteur. Cela est d'autant plus vrai dans le cas d'une prime stipulée en dehors de toute participation contractuelle aux profits comme ce serait le cas en matière de sociétés de personnes ou de participation aux profits par le moyen de dividendes découlant de l'obtention d'actions d'une personne morale emprunteuse.

Il faut d'ailleurs souligner que la règle est présente dans le droit de la faillite pour circonscrire les droits d'associés secrets dans la distribution de dividendes par le syndic d'une faillite. Pour Investissement Québec, il est incongru de prétendre à l'existence d'une société, cachée ou autre, entre les parties : cela ne correspond à aucun élément de preuve. La présence de la prime n'est que l'uti-

24-Ciotola.indb 240 12-12-12 15:11

lisation d'une technique habituelle dans ce genre de financement risqué.

Dans les cas où il est nécessaire d'isoler la véritable substance du contrat entre les parties, les principes ont été établis par la Cour suprême dans l'affaire *Canada Deposit Insurance Corp.* v. *Canadian Commercial Bank* :

> « Comme c'est le cas dans toute affaire nécessitant l'interprétation d'un contrat, la question de la qualification qui se pose à notre Cour doit être tranchée en déterminant l'intention des parties aux ententes de soutien. Cette tâche, parfois complexe, dépend principalement du sens des termes que les parties ont utilisés pour traduire leur intention. Lorsque les termes utilisés sont insuffisants en soi pour tirer une conclusion sur la véritable nature de l'entente ou lorsqu'une qualification particulière nécessite une aide de l'extérieur, il peut convenir d'examiner les circonstances admissibles qui ont entouré l'opération.[11] »
>
> « À mon avis, le fait que l'opération comporte à la fois des aspects tenant du financement par emprunt et du financement par actions ne constitue pas un obstacle insurmontable à la qualification de l'avance de 255 millions de dollars. Plutôt que de tenter de classer l'ensemble de l'entente conclue entre les participants et la BCC dans l'une de deux catégories, je ne vois rien de mal à reconnaître l'arrangement tel qu'il est, savoir un mélange hybride d'éléments de financement par emprunt et de financement par actions, mais qui traduit essentiellement une relation débiteur-créancier. Les marchés financiers ont été très créateurs sur le plan des divers investissements et titres qui ont été conçus pour répondre aux besoins et aux intérêts des acteurs sur ces marchés. Ce n'est pas parce qu'une entente comporte certaines caractéristiques propres au financement par actions qu'un tribunal doit en faire abstraction comme si elles n'existaient pas, ou encore qualifier d'investissement

---

[11] *Canada Deposit lnsurance Corp.* v. *Canadian Commercial Bank*, [1992] 3 S.C.R. 558, 1992 CarswellAlta 298, 16, C.B.R. (3d) 154, 5 Alta L.R. (3d) 193, 97 D.L.R. (4th) 385, 7 B.L.R. (2d) 113, (sub nom. *Canada Deposit Insurance Corp.* v. *Canadian Commercial Bank* (No. 3)) 143 N.R. 321, 131 A.R. 321, 25 W.A.C. 321, J.E. 92-1742 (C.S.C.), (parag. 52).

24-Ciotola.indb 241 12-12-12 15:11

> l'ensemble de l'opération. Il existe une autre solution. Il est acceptable, voire souvent nécessaire ou souhaitable, qu'une opération financière donnée comporte à la fois des aspects propres au financement par emprunt et des aspects propres au financement par actions, sans que cela ne modifie le fond de l'entente. Il ne s'ensuit pas non plus qu'il faut attribuer exactement la même importance à chaque aspect d'une telle entente lorsqu'on veut la qualifier. De nouveau, la présence de caractéristiques propres au financement par actions n'en fait pas nécessairement un investissement Cela est particulièrement vrai lorsque, comme en l'espèce, les caractéristiques propres au financement par actions ne viennent que compléter et en définir l'essence de l'opération. Lorsqu'un tribunal cherche à déterminer l'essence d'une opération particulière, il ne devrait pas se laisser trop facilement distraire par des aspects, qui, en réalité, ne sont qu'accessoires ou secondaires par rapport à l'objet principal de l'entente. »[12]

Pour Investissement Québec, l'entente entre les parties est clairement une entente de financement assortie de garanties, soit une hypothèque avec taux d'intérêt et engagement de remboursement périodique. Ce type de contrat n'est pas visé par l'article 139 LFI. Dès lors, l'arrêt de cette Cour dans l'affaire *Océan Drive* ne peut trouver application car l'hypothèque est légitime et produit son effet sur l'ordre de distribution comme toute hypothèque : on ne peut dire qu'elle vient chambarder illégalement l'ordre de distribution[13].

---

12 *Canada Deposit lnsurance Corp.* v. *Canadian Commercial Bank*, [1992] 3 S.C.R. 558, 1992 CarswellAlta 298, 16, C.B.R. (3d) 154, 5 Alta L.R. (3d) 193, 97 D.L.R. (4th) 385, 7 B.L.R. (2d) 113, (sub nom. *Canada Deposit Insurance Corp.* v. *Canadian Commercial Bank* (No. 3)) 143 N.R. 321, 131 A.R. 321, 25 W.A.C. 321, J.E. 92-1742 (C.S.C.), (parag. 55).

13 *Restaurant Ocean Drive inc, (Syndic de),* AZ-98011053 (C.A.), 1997 CarswellQue 1221, [1998] R.J.Q. 30, J.E. 98-118.

24-Ciotola.indb 242 12-12-12 15:11

X. Interprétation en fonction du droit civil québécois

A. La doctrine de l'*Equitable Subordination* ne s'applique pas dans les circonstances

En l'absence de texte clair, un tribunal ne peut, dans le cadre de cette affaire, appliquer la doctrine de l'*Equitable subordination* qui peut parfois s'appliquer lorsqu'un créancier obtient un avantage injuste suite à une conduite douteuse et injuste. L'application de cette doctrine suppose, entre autres, l'inconduite de la partie affectée et suppose aussi que la subordination de la créance n'est ni contradictoire ni supplétive aux dispositions de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*[14].

Or, aucune inconduite de la part d'Investissement Québec n'a été invoquée ; de plus, si subordination il doit y avoir, ce sera en vertu de la règle écrite de l'article 139 LFI, ce qui nous ramène à la case départ.

XI. Les règles d'interprétation du *Code civil du Québec*

En outre, pour Investissement Québec, en l'absence de clarté des termes, l'interprétation doit être envisagée à la lumière de la *Loi d'harmonisation n^o^ 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, c. 4, art. 8 ; de la *Loi d'interprétation*, S.R.C., c. I-23, art. 8.1 et 8.2 ; de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 1 ; L.C. 1992, c. 27, art. 2 et des articles 1425 et suivants du *Code civil du Québec.*

Depuis 2001, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* doit être interprétée, le cas échéant, en appliquant les principes du *Code*

---

14 *General Chemical Canada Ltd. Re,* 2006 Carswell ONT. 4675, 22 C.B.R. (5th) 298 (ONT. S.C.) ; *Canada Deposit lnsurance Corp.* v. *Canadian Commercial Bank,* [1992] 3 S.C.R. 558, 1992 Carswell Alta 298, 16, C.B.R. (3d) 154, 5 Alta L.R. (3d) 193, 97 D.L.R. (4th) 385, 7 B.L.R. (2d) 113, (sut ? nom. *Canada Deposit Insurance Corp*. v. *Canadien Commercial Bank* (No. 3) 143 N.R. 321, 131 A.R. 321, 25 W.A.C. 321, J.E. 92-1742 (C.S.C), réf. Lawrence J. Crozier, *Equitable subordination of Claims in Canadian Bankruptcy Law,* Canadian Bankruptcy Reports (Articles), 3rd Series, (1992), 7 C.B.R. (3d) 40.

24-Ciotola.indb 243 12-12-12 15:11

civil du Québec en l'absence de règles claires dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ; la *Loi d'harmonisation no 1 du droit fédéral avec le droit civil* a alors modifié la *Loi d'interprétation fédérale* en y ajoutant les articles 8.1 et 8.2 :

A. Tradition bijuridique et application du droit provincial

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

2001, ch. 4, art. 8.
Terminologie

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

2001, ch. 4, art 8. »

De plus, Investissement Québec invoque que les règles d'interprétation des contrats soit, les articles 1425, 1426 et 1427 C.c.Q., sont pertinents à l'interprétation du contrat d'Investissement Québec :

« **1425.** Dans l'interprétation du contrat, on doit rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes utilisés.

1426. On tient compte, dans l'interprétation du contrat, de sa nature, des circonstances dans lesquelles il a été conclu, de l'interprétation que les parties lui ont déjà donnée ou qu'il peut avoir reçue, ainsi que des usages.

24-Ciotola.indb 244 12-12-12 15:11

1427. Les clauses s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'ensemble du contrat. »

Pour Investissement Québec, en appliquant ces règles, on arrive à la même solution que les arrêts des tribunaux de common law : en ne s'arrêtant pas au sens littéral et en recherchant la commune intention des parties, il devient évident que les parties ont voulu conclure, un contrat de financement et non un partenariat. Il faut aussi se rapporter au jugement rendu le 4 octobre 2007 par l'Honorable Marie Gaudreau, j.c.s., ordonnant le délaissement forcé des meubles et immeubles hypothéqués en faveur de Investissement Québec, en garantie du prêt intervenu entre les parties, jugement rendu sans contestation en présence des avocats des créanciers ordinaires. D'ailleurs, un document signé par les avocats des parties et déposé au dossier de la Cour fixait de façon synallagmatique la mise à prix de la vente sous contrôle de justice par Investissement Québec. Ainsi, au sens de l'article 1426 C.c.Q., les parties, y compris les Créanciers ordinaires ont déjà donné de consentement un sens à la convention intervenue entre elles, à savoir celle d'un prêt garanti par hypothèque.

XII. Décision de la Cour d'appel

Suite à l'argumentation des parties, la Cour d'appel basant son jugement sur l'arrêt de la Cour suprême Sukloff rendu en 1964 en vient à la conclusion qu'Investissement Québec était bel et bien un créancier garantie et que sa créance devait être colloquée avant celle des créanciers ordinaires.

En effet, Investissement Québec a clairement agi en tant que prêteur hypothécaire dans la gestion de ce dossier, ce qui a fait d'elle un créancier garantie au sens de la définition donnée à cette expression à l'article 2 LFI.

Par ailleurs, pour la Cour, la créance d'Investissement Québec n'entre pas dans les catégories visées à l'article 136 LFI ce qui fait en sorte que le caractère de créance garantie du prêt consenti par Investissement Québec à la débitrice ne permet pas aux Créanciers ordinaires d'invoquer l'article 139 LFI.

24-Ciotola.indb 245 12-12-12 15:11

Finalement, pour la Cour d'appel, le juge de première instance a erré en scindant la réclamation d'Investissement Québec. Toutefois la Cour d'appel précise que cette question demeure théorique puisqu'aucune partie de la réclamation d'Investissement Québec ne reposait sur la prime exigible contenue à l'article 11 du contrat de prêt, laquelle prime était basée sur les profits de la débitrice. En effet, la débitrice n'avait jamais réalisé de profit dans le cadre de ses affaires.

La Cour d'appel conclut donc que la réclamation d'Investissement Québec est garantie et est donc prioritaire à celle des Créanciers ordinaires.

XIII. Les conclusions

En conclusion, la Cour d'appel énonce clairement que l'article 139 LFI ne trouve pas application dans le cadre de cette affaire et qu'Investissement Québec est une créancière garantie et qu'elle peut continuer à réaliser ses sûretés.

La Cour a donc annulé l'avis de rejet de la preuve de réclamation et a confirmé le statut de créancière garantie d'Investissement Québec conformément à sa preuve de réclamation.

24-Ciotola.indb 246 12-12-12 15:11

LE CONTRAT COMME FAIT JURIDIQUE À L'ÉGARD DES TIERS ABSOLUS*

Didier LLUELLES**

INTRODUCTION 249

I. LES INCIDENCES « POSITIVES » D'UN TIERS CONTRAT 251
A. La naissance d'un droit extracontractuel 251
B. L'extinction d'une obligation contractuelle 255

II. LES INCIDENCES « NÉGATIVES » D'UN TIERS CONTRAT 255
A. L'opposabilité du contrat au tiers 256
B. La responsabilité extracontractuelle du tiers 258

CONCLUSION 261

* Les pages qui suivent se veulent un hommage au professeur Pierre Ciotola, civiliste éminent du Québec contemporain. Elles s'inspirent d'un chapitre, remanié et mis à jour, du *Droit des obligations*, traité publié aux Éditions Thémis en 2006, avec le professeur Benoît Moore. L'emploi d'un numéro d'article sans précision réfère à une disposition du *Code civil du Québec*.

** De la Société royale du Canada. Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

24-Ciotola.indb 247 12-12-12 15:11

24-Ciotola.indb 248 12-12-12 15:11

INTRODUCTION

Le contrat est évidemment un acte juridique – un acte juridique bilatéral. Mais, ne pourrait-il pas, sous un autre rapport que le lien unissant les contractants, constituer aussi un fait juridique, notamment quand certains tiers, qu'on pourrait sommairement désigner comme « absolus », se trouvent concernés par un contrat ?

Les « tiers absolus »[1], également appelés « tiers étrangers »[2], « tiers véritables »[3], « tiers complets »[4] ou, plus savamment, « penitus extranei »[5], sont des personnes qui n'ont aucun rapport organique avec le contrat en cause. Ils ne sont ni parties à ce contrat, ni mandataires, ni héritiers, ni même ayants cause particuliers[6] d'un de ses contractants. Ils ne sont pas non plus bénéficiaires d'une stipulation pour autrui. Ils ne sont même pas créanciers ou débi-

---

1 *Cf.* Jacques GHESTIN, Christophe JAMIN et Marc BILLIAU, *Traité de droit civil : les effets du contrat*, 3e éd., Paris, L.G.D.J., 2001, no 684, p. 730.

2 *Id.*, no 684, p. 730 ; on dit aussi « complètement étrangers » (Paul-A. CRÉPEAU (dir.), *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, « Les obligations », 3e éd., Montréal / Cowansville, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec / Éditions Yvon Blais, 2003, *Vis Penitus extraneus*, p. 252 ; Christian LARROUMET, « Les obligations : le contrat », dans *Droit civil*, 4e éd., t. 3, Paris, Économica, 1998, no 745, p. 815) ou « entièrement étrangers » (Jean CARBONNIER, *Droit civil : les obligations*, 22e éd., coll. « Thémis–Droit privé », Paris, P.U.F., 2000, no 122, p. 242).

3 J. CARBONNIER, préc., note 2, no 122, p. 242 ; Henri, Léon et Jean MAZEAUD, *Leçons de droit civil,* t. 2, vol. 1 « Obligations : théorie générale », 9e éd., par François CHABAS, Paris, Montchrestien, 1998, no 756, p. 880.

4 Daniel GARDNER et Maurice TANCELIN, *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 10e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, p. 328.

5 « Expression latine signifiant « tout à fait étrangers », désignant les tiers absolus à un contrat, par opposition aux *parties*, aux *ayants cause* et aux *créanciers* » : Rémy CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 2e éd., coll. « Objectif droit » (Juris Classeur), Paris, Litec/LexisNexis, 2004, *Vis Penitus extranei*, p. 290.

6 F. CHABAS, préc., note 3, no 756, p. 880.

24-Ciotola.indb 249 12-12-12 15:11

teurs d'une des parties[7]. En principe, ces parfaits tiers[8] ne devraient en aucune façon être concernés par un contrat qui ne les regarde tout simplement pas. Ils ne pourraient ni être contraints par ses obligations, ni bénéficier des droits qu'il crée.

Toutefois, s'il est vrai que le parfait tiers n'est pas concerné par un contrat auquel il n'est pas partie – ou auquel il n'est pas juridiquement intéressé –, il faut admettre que ce contrat n'en constitue pas moins une réalité, un fait. S'il n'est pas un acte juridique à l'égard du tiers absolu – et ne saurait fonder, à son endroit, ni créance, ni dette –, ce contrat peut toutefois coïncider avec un fait juridique susceptible de produire des conséquences à l'égard de ce tiers[9]. Ces conséquences peuvent affecter le tiers de manière positive, en lui conférant des droits ou en le libérant d'obligations (A). Ces conséquences sont aussi susceptibles de l'atteindre de manière négative, en engageant sa responsabilité civile (B).

---

7 Le statut de créancier d'une personne peut lui conférer un droit de regard sur certains contrats passés par son débiteur, lorsque entre en jeu l'intégrité du patrimoine de ce dernier. Ce « tiers créancier » peut d'abord vouloir éviter que le patrimoine de son débiteur ne soit compromis par un tiers contrat. Le créancier peut, en effet, demander que lui soit déclaré inopposable un contrat (ou un paiement) auquel il n'a pas pris part, mais qui est susceptible de dégarnir le patrimoine du débiteur : c'est le recours en inopposabilité, aussi appelé « action paulienne » (art. 1631-1636 C.c.Q.). En sens inverse, le créancier d'une personne pourrait exercer un recours contre le cocontractant de son débiteur, qui serait en somme le « débiteur de son débiteur », afin de veiller à étoffer le patrimoine de ce débiteur : c'est le recours oblique (art. 1627-1630 C.c.Q.).

8 Sur la possibilité qu'existe une catégorie mitoyenne de tiers, les « tiers incomplets », ayant un degré de connexité plus étroit avec un contrat que les tiers absolus, voir : *Vermont Construction Inc.* c. *Beatson*, [1977] 1 R.C.S. 758, 768 (j. Pigeon) ; D. GARDNER et M. TANCELIN, préc., note 4, p. 327-330 ; Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, no 416, p. 208 et 209.

9 *Reliance Construction of Canada Ltd.* c. *Commerce and Industry Insurance Co.*, [2001] R.R.A. 587, par. 57 (C.A, j. Forget) ; Henri MAZEAUD, Léon MAZEAUD et André TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 6e éd., t. 1, Paris, Montchrestien, 1965, no 144-3, p. 179. Pour une critique de l'opposition contrat *acte juridique*/contrat *fait juridique*, voir toutefois : Pascal ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999.771, no 51-53.

24-Ciotola.indb 250 12-12-12 15:11

I. Les incidences « positives » d'un tiers contrat

Lorsque la mise en œuvre d'un contrat cause préjudice au tiers, ce contrat peut, indirectement, être pour lui la source d'un « bénéfice »[10], celui précisément de pouvoir invoquer ce contrat à l'encontre d'un de ses contractants[11]. Il peut s'agir soit de la naissance d'un droit extracontractuel (I), soit de l'extinction d'une obligation contractuelle (II).

A. La naissance d'un droit extracontractuel

L'inexécution ou l'exécution incorrecte d'une obligation contractuelle par l'un des contractants génère certes la responsabilité contractuelle du débiteur contractuel à l'égard de son cocontractant (art. 1458 et 1590), et à l'égard de cette seule personne (art. 1440). L'article 1440 n'a cependant pas une portée illimitée : il ne saurait avoir « pour but d'accorder une immunité aux parties vis-à-vis les tiers »[12]. C'est pourquoi ce manquement contractuel peut aussi entraîner la responsabilité, sur le terrain extracontractuel, de ce contractant à l'égard du tiers, victime des conséquences de sa faute contractuelle[13]. Cette dernière risque, en effet, de causer

---

10 *Cf.* Jean-Luc Aubert, Jacques Flour et Éric Savaux, « L'acte juridique », dans *Les obligations*, 9e éd., t. 1, Paris, Armand Colin, 2000, no 433, p. 314.

11 Certains voient là une véritable « *opposabilité* du contrat *par* le tiers » à l'une des parties : Philippe Delebecque et Frédéric-Jérôme Pansier, *Droit des obligations : Contrat et quasi-contrat*, coll. « Objectif Droit », Paris, Litec, 2000, no 304, p. 158 ; J.-L. Aubert, J. Flour et É. Savaux, préc., note 10, no 433, p. 314 ; Philippe Malinvaud, *Droit des obligations*, 8e éd., Paris, Litec, 2003, no 452, p. 321-323 ; Alain Sériaux, *Droit des obligations*, 2e éd., coll. « Droit fondamental », Paris, P.U.F., , 1998, no 57, p. 235 et 236 ; Yves Lequette, Philippe Simler et François Terré,, *Droit civil : les obligations*, 10e éd., Paris, Dalloz, 2009, no 470, p. 452-454.

12 *Cf. Legault* c. *Hyundai Motor Co.*, 2006 QCCS 1313, par. 37.

13 Yan Campagnolo, Anne-Françoise Debruche et Sébastien Grammond, *Quebec Contract Law*, coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2011, n° 419-421, p. 157-159 ; Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin, *Les obligations*, 6e éd., par Pierre Gabriel Jobin, avec la collaboration de Nathalie Vézina, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, nos 503-509, p. 510-523 ; C. Larroumet, préc., note 2, no 749-752, p. 822-829 ; Danielle Burman, Serge Gaudet et

24-Ciotola.indb 251 12-12-12 15:11

un préjudice au tiers. Si ce préjudice résulte d'un comportement fautif au sens de l'article 1457, la violation du contrat, source médiate de ce préjudice, peut, en effet, coïncider avec une faute extracontractuelle à l'égard du tiers victime[14]. Cette coïncidence fonde un droit de créance au bénéfice du tiers absolu[15]. Mais ce droit de créance du tiers ne repose pas directement sur l'inexécution du contrat. Il trouve sa source dans un comportement déviant, la faute extracontractuelle : « Le tiers [...] ne fonde pas son droit sur le contrat mais sur la faute dont ce contrat n'a été que l'occasion »[16].

Le seul fait qu'une personne n'ait pas respecté ses obligations contractuelles à l'égard de son cocontractant n'engage donc pas automatiquement sa responsabilité extracontractuelle à l'endroit d'un tiers[17]. Il importe donc que cette faute contractuelle consti-

---

Jean PINEAU, *Théorie des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, nº 296.1, p. 541-543 ; M. TANCELIN, préc., note 8, nº 417, p. 299 ; Yves LEQUETTE, Philippe SIMLER et François TERRÉ, *Droit civil : les obligations*, 10e éd., Paris, Dalloz, 2009, nº 470, p. 452 et 453.

14 *Cf.* D. GARDNER et M. TANCELIN, préc., note 4, p. 329 et 330.

15 *Pollack* c. *Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1981] C.A. 587, 591 (j. L'Heureux-Dubé) ; voir aussi en ce sens : *J.G. Fitzpatrick Ltd.* c. *Brett*, [1969] C.S. 144, 149 (j. Mayrand) et *Alliance Assurance Co.* c. *Dominion Electric Protection Co.*, [1970] R.C.S. 168, 173 (j. Pigeon) ; Henri MAZEAUD, Léon MAZEAUD et André TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 6e éd., t. 1, Paris, Montchrestien, 1965, nº 144-3, p. 179 : « Se prévaloir de ce qu'une personne a passé un contrat et même de ce qu'elle ne l'a pas exécuté, c'est se prévaloir d'un pur fait, qui existe en tant que fait, donc à l'égard de tous ».

16 *Boucher* c. *Drouin*, [1959] B.R. 814, 822 (j. Pratte) ; *Ibrahim* c. *Groupe Sutton Immobilia Inc.*, [2009] R.J.Q. 1, par. 34-37 (C.A.) : le tiers victime doit démontrer que le manquement d'un contractant à ses obligations contractuelles implique un comportement déraisonnable à son endroit ; sur la portée exacte de l'arrêt *Boucher* c. *Drouin*, voir : Y. CAMPAGNOLO, A.-F. DEBRUCHE et S. GRAMMOND, préc., note 13, n° 419, p. 158.

17 À deux reprises, notre plus haute instance a rejeté la théorie dite « assimilatrice » : *Houle* c. *Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122, 167 (j. L'Heureux-Dubé) ; *Banque de Montréal* c. *Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554, 580-582 (j. Gonthier). Voir aussi, en ce sens, et plus récemment : *Dempsey II* c. *Canadian Pacific Hotels Ltd.*, J.E. 95-1813 (C.A.,j. Baudouin), p. 6 du

24-Ciotola.indb 252 12-12-12 15:11

tue, par ailleurs, à l'égard du tiers, un manquement au devoir général de se comporter en personne raisonnable, de manière à ne pas porter indûment atteinte à ses « intérêts légitimes » (cf. art. 1457)[18]. Ce devoir de bon comportement est éminemment tributaire des circonstances. Dans certains cas, le contractant n'engagera pas sa responsabilité extracontractuelle : s'il ne connaît pas l'existence de ce tiers, ni ne peut raisonnablement soupçonner sa présence dans le dossier, le contractant en défaut n'engagera que sa responsabilité – contractuelle – à l'endroit de son cocontractant.

La faute à l'égard du tiers doit, la plupart du temps, être alléguée et prouvée, comme c'est la règle en matière extracontractuelle : la faute repose, en général, sur la violation d'un devoir de comportement de la nature d'une obligation de moyens[19]. Ainsi risque d'engager sa responsabilité extracontractuelle l'entrepreneur qui effectue des travaux défectueux, dans l'exécution d'un contrat d'entreprise passé avec le propriétaire des lieux. Si, ce faisant, l'entrepreneur savait – ou devait se douter – que les conséquences de son incurie allaient préjudicier également au locataire de son client, il aura aussi commis une faute extracontractuelle, engageant sa responsabilité à l'endroit de ce tiers absolu qu'est le locataire[20].

texte intégral, conf. [1984] C.S. 752 ; *Chevalier* c. *Société des loteries du Québec*, [2004] R.J.Q. 1984, par. 137 (C.Q.). Préconisée par une certaine doctrine en France, la théorie assimilatrice voit *automatiquement* dans toute violation d'un contrat la perpétration d'une faute extracontractuelle à l'égard d'un tiers victime : *cf.* Geneviève VINEY, *Traité de droit civil*, *Les obligations. La responsabilité : conditions*, Paris, L.G.D.J., 1982, p. 255-257. Sur cette question, voir : D. BURMAN, S. GAUDET et J. PINEAU, note 13, n° 296.1, p. 542.

18 Daniel JUTRAS, « Le tiers trompé (à propos de l'affaire *Bail Ltée*) », (1993) 72 *R. du B. can.* 28, 40 ; *Banque de Montréal* c. *Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554, 582 (j. Gonthier) ; D. BURMAN, S. GAUDET, et J. PINEAU, préc., note 13, n° 296.1, p. 542.

19 Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 6e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, n° 165, p. 123 et 124.

20 *Reliance Construction of Canada Ltd.* c. *Commerce and Industry Insurance Co.*, préc., note 9, par. 60 (j. Forget) : « Les intervenants sur le chantier savaient ou devaient savoir que le défaut de livrer un bâtiment muni d'une

24-Ciotola.indb 253 12-12-12 15:11

Le préjudice peut résulter non seulement d'un comportement imprudent, mais aussi d'une abstention de comportement, tel le manquement au devoir d'informer. En effet, le devoir d'une partie d'informer son cocontractant peut, le cas échéant, lui incomber à l'égard d'un tiers lié à ce dernier. C'est ainsi que la société d'État, qui passe un contrat d'entreprise avec un entrepreneur pour un chantier de grande envergure, doit communiquer les informations essentielles, comme la composition du sol, tant à son cocontractant, l'entrepreneur, qu'au sous-entrepreneur de son cocontractant. Pour qu'il y ait coïncidence entre ce manquement contractuel et une faute extracontractuelle, il faudra, évidemment, que le débiteur contractuel ait connu – ou dû connaître – la participation aux travaux du sous-traitant[21].

Également, le cas échéant, le tiers pourra invoquer le préjudice résultant d'un manquement contractuel sans avoir à établir la négligence d'un contractant si la faute est présumée par le législateur. Ainsi, le fabricant qui vend un bien meuble à une personne peut être condamné à indemniser le tiers victime de l'explosion de ce bien ; cette victime – un parent ou ami de l'acheteur – pourra donc « profiter » directement de l'inexécution d'une obligation contractuelle de garantie liant le fabricant à l'acheteur. Cette inexécution d'ordre contractuel coïncide nécessairement avec une faute extracontractuelle, puisque celle-ci est, en ce cas, exceptionnellement présumée, la victime n'ayant pas à prouver une quelconque négligence du vendeur (cf. art. 1468)[22].

Enfin, en toute hypothèse, la responsabilité du contractant défaillant ne peut être engagée sur le plan extracontractuel que si le

---

toiture parfaitement étanche était susceptible de causer des dommages à la locataire ».

21 *Banque de Montréal* c. *Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554, 592 (j. Gonthier) ; D. JUTRAS, préc., note 18, p. 40.

22 Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 7e éd., vol. II « Responsabilité professionnelle », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, n° II-371 ; J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, préc., note 19, no 1027-1815, p. 1228-1262.

24-Ciotola.indb 254 12-12-12 15:11

tiers est victime d'un préjudice réel, et que ce préjudice est relié de manière directe à la violation contractuelle en cause[23].

B. L'extinction d'une obligation contractuelle

Le contenu d'un contrat peut aussi profiter à un tiers au contrat en cause en lui permettant, le cas échéant, de se dégager de ses propres engagements dus à un autre contrat. Citons le cas d'un propriétaire qui assure sa maison contre l'incendie. Il consent sur cette maison un bail, dans lequel il renonce à l'avance à toute poursuite en cas de dégradations dues à la simple négligence de son locataire. Par « le fait de l'assuré » – la clause de renonciation à toute poursuite en cas de faute ordinaire – , l'assureur ne peut se retourner, par la voie subrogatoire (art. 2474 al. 1, 1re phrase), contre l'auteur du dommage. En ce cas, le Code libère l'assureur de son obligation d'indemniser son assuré (art. 2474 al. 1, 2e phrase)[24]. Acte juridique à l'égard du locataire, la clause de renonciation à poursuites équivaut donc à un fait juridique à l'égard de l'assureur, fait libérant ce dernier de ses obligations contractuelles.

II. Les incidences « négatives » d'un tiers contrat

S'il est incontestable qu'un contrat ne peut lier un tiers, ce contrat lui est néanmoins opposable, en ce sens que le tiers ne peut impunément venir troubler la vie de ce contrat (I). En cas de

---

23 *Dempsey II* c. *Canadian Pacific Hotels Ltd.*, J.E. 95-1813 (C.A.) ; *Chevalier* c. *Société des loteries du Québec*, [2004] R.J.Q. 1984, par. 154 et 155 (C.Q.) ; D. Burman, S. Gaudet et J. Pineau, no 296.1, p. 542.

24 *Groupe Desjardins, assurances générales* c. *Compagnie de fiducie Guardian*, [1991] R.J.Q. 11 (C.A.) ; Didier Lluelles, *Précis des assurances terrestres*, 5e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 382. Voir aussi, en matière de caution, la solution similaire de l'article 2365 ; *cf.* Alain Parent, « L'exception de subrogation. Raison d'être et mise en œuvre », (2009) 43 *R.J.T.* 253 ; Y. Lequette, P. Simler et F. Terré, préc., note 13, no 470, p. 453 et 454. Cette solution s'apparente, en quelque sorte, à la *fin de non recevoir*, ressuscitée par la jurisprudence des années 80 et 90, au chapitre de la violation des exigences de la bonne foi : *cf.* Didier Lluelles et Benoît Moore, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, n° 2029-2034, p. 1107-1112.

24-Ciotola.indb 255 12-12-12 15:11

violation ou de complicité de violation par un tiers, ce dernier engage sa responsabilité extracontractuelle, à certaines conditions cependant (II).

A. L'opposabilité du contrat au tiers

Même si une personne n'est pas assujettie, en soi, aux obligations ou aux conditions d'un contrat auquel elle est parfaitement étrangère, elle doit néanmoins respecter l'existence de ce « pur fait »[25] qu'est, à son égard, ce contrat. Dépourvu de force contraignante à l'égard du tiers, ce contrat lui est néanmoins opposable[26].

L'atteinte consciente aux droits d'une partie pourra donc fonder une responsabilité extracontractuelle du tiers[27]. Cette atteinte peut être l'initiative du seul tiers, comme elle peut résulter de la complicité du tiers lors d'une violation entreprise par un contractant.

Comme exemple d'atteinte aux intérêts d'un contractant due à l'initiative du seul tiers, on peut citer le cas d'un salon de coiffure qui avait vendu directement à ses clients un produit dont la

---

25 *Boucher* c. *Drouin*, préc., note 16, 822 (j. Pratte).

26 Sur l'opposabilité du contrat aux tiers, voir : Rémy CABRILLAC, *Droit des obligations*, 6e éd., coll. « Cours », Paris, Dalloz, 2004, nº 129, p. 92 et 93 ; P. MALINVAUD, préc., note 11, nº 448, p. 319-323 ; F. CHABAS et H., L., J. MAZEAUD, préc., note 3, nº 756, p. 880-884 ; A. SÉRIAUX, préc., note 11, nº 57, p. 234-236 ; Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, préc., note 13, nº 465-470, p. 449-454 ; certains envisagent la problématique sous l'angle plus strict de la responsabilité : J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 13, nº 510, p. 523-526. Sur la notion d'opposabilité, par opposition à celle de l'effet obligatoire, voir : J-L. AUBERT, J. FLOUR et É. SAVAUX, préc., note 10, nº 435, p. 316.

27 J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 13, nº 510, p. 523-526 ; P. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, préc., note 11, nº 304, p. 158 ; „J.-L. AUBERT, J. FLOUR et É. SAVAUX, préc., note 10, nº 434, p. 314-316 ; C. LARROUMET, préc., note 2, nº 746, p. 816-819 ; P. MALINVAUD, préc., note 11, nº 451, p. 320 et 321 ; D. BURMAN, S. GAUDET et J. PINEAU, préc., note 13, nº 296, p. 540 et 541 ; A. SÉRIAUX, préc., note 11, nº 57, p. 234 et 235 ; M. TANCELIN, préc., note 8, nº 417, p. 299 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 13, nº 468, p. 451 et 452.

24-Ciotola.indb 256 12-12-12 15:11

présentation matérielle était réservée à la vente aux seuls professionnels de la coiffure, aux termes du contrat de distribution liant le fabricant au grossiste. Par contre, le même produit, mais comportant un emballage spécial et des avertissements précis concernant son utilisation, pouvait être vendu directement à la clientèle.

En vendant directement aux clients le produit destiné aux seuls professionnels, au mépris – conscient – de l'interdiction prévue par le contrat passé entre le fabricant et le grossiste, le salon de coiffure se trouvait à porter atteinte aux droits prévus par ce contrat au bénéfice du fabricant : la vente directe aux consommateurs d'un produit dénué de toute notice d'utilisation pouvait, effectivement, se révéler désastreuse pour la marque en cas d'utilisation inappropriée par le client final[28].

Comme exemple d'une complicité du tiers dans la violation du contrat par un de ses contractants[29], citons le cas du non-respect d'une clause de non-concurrence insérée dans un contrat de cession de fonds de commerce. Le tiers qui vend, en connaissance de la clause, un local destiné à l'exploitation d'un commerce similaire au commerce cédé, sachant fort bien que, dans ce local, l'acheteur va effectivement exercer le même type d'activités, se fait complice de la violation de la clause par le cédant du fonds de commerce, engageant ainsi sa responsabilité extracontractuelle[30].

---

[28] *Trudel* c. *Clairol Inc. of Canada*, [1975] 2 R.C.S. 236, 239-244 (j. Pigeon), commentaires Michèle RIVET, (1975) 35 *R. du B.* 378 ; cet arrêt de la Cour suprême maintient l'arrêt confirmatif de la Cour d'appel dans *Trudel* c. *Clairol Inc. of Canada*, [1972] C.A. 53, lui-même commenté par Pierre-Gabriel JOBIN, « Sécurité et information de l'usager d'un produit », (1972) 13 *C. de D.* 453.

[29] Sur la complicité dans la violation d'un contrat, voir : Shalev GINOSSAR, *Liberté contractuelle et respect du droit des tiers. Émergence du délit de fraude*, Paris, L.G.D.J., 1963 ; C. LARROUMET, préc., note 2, n° 746, p. 816-819 ; Yvette MERCHIERS, « La tierce complicité de la violation d'une obligation contractuelle. Fin d'une incertitude », *Rev. crit. jur. belge* 1984.366 ; Vernon PALMER, « Historical Origins of the Civilian Action against Interference with Contract Rights in France : Louisiana Perspective on a Road not Taken », (1991-1992) 6 & 7 *Tulane Civil Law Forum* 131.

[30] *Dostie* c. *Sabourin*, [2000] R.J.Q. 1026, par. 36 (C.A., j. Chamberland) ; *Sobeys Quebec Inc.* c. *3764681 Canada Inc.*, J.E. 2002-415, par. 25 (C.A.,

24-Ciotola.indb 257 12-12-12 15:11

On peut aussi citer le cas du promettant qui viole ses engagements en passant le marché avec un tiers : si ce dernier avait conscience de la violation des droits du bénéficiaire, il se trouverait à avoir participé à la violation d'un contrat, la promesse étant, en effet, un contrat[31]. Cette complicité engage clairement sa responsabilité extracontractuelle à l'égard du bénéficiaire frustré (art. 1397 al. 1)[32].

B. La responsabilité extracontractuelle du tiers

Cette responsabilité du tiers, violateur ou complice de la violation d'un contrat, exige au moins sa connaissance, lors de ses agissements, du droit contractuel auquel il a ainsi porté atteinte[33]. Celui qui porte atteinte aux droits contractuels d'autrui sans le savoir ne peut engager sa responsabilité civile, n'ayant pu, par dé-

j. Baudouin) ; *Bandag Inc.* c. *St-Paul Bandag Inc.*, J.E. 2001-7, par. 87 (C.S.) ; *cf. Hudon & Daudelin Ltée* c. *Aménagement Westcliff*, [1997] R.J.Q. 372 (C.A.).

31 Nous n'envisageons pas le cas où la violation porte, non pas sur une promesse, mais sur une offre avec délai, non encore acceptée par le bénéficiaire. En effet, si un tiers à cette offre accepte de passer le marché avec l'offrant, il n'est pas le complice de la violation d'une obligation contractuelle, mais d'une obligation légale (*cf.* art. 1390 al. 2) : il n'est pas question, ici, du respect dû à un tiers contrat, l'offre n'étant qu'une manifestation unilatérale de volonté. Par contre, si l'offre a été acceptée, la conclusion du contrat portant sur le même bien avec un tiers constitue alors, de la part du vendeur, une violation d'un contrat dont le tiers est complice, par sa participation active et consciente, engageant là aussi sa responsabilité extracontractuelle.

32 J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 13, n° 510, p. 523-526. La responsabilité du promettant est, quant à elle, contractuelle. Pour d'autres exemples de violations du contrat par un tiers, voir : J.-L. AUBERT, J. FLOUR et É. SAVAUX, préc., note 10, n° 434, p. 315 ; D. BURMAN, S. GAUDET et J. PINEAU, préc., note 13, n° 296, p. 540.

33 *Trudel* c. *Clairol Inc. of Canada*, préc., note 28, 241 (j. Pigeon) ; *Dostie* c. *Sabourin*, préc., note 30, par. 77 (j. Dussault) ; *Sobeys Quebec Inc.* c. *3764681 Canada Inc.*, préc., note 30, par. 26 (j. Baudouin) ; *Uni-sélect Inc.* c. *Acktion Corp.*, J.E. 2002-1693 (C.A.) ; J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 13, n° 510, p. 523-526.

24-Ciotola.indb 258 12-12-12 15:11

finition, adopter un « comportement fautif »[34]. Toutefois, la connaissance, si elle est nécessaire, est-elle suffisante pour engager la responsabilité du tiers ? Sans nécessairement exiger que le tiers ait agi malicieusement, dans le but de nuire au contractant dont les droits sont compromis, ou qu'il ait véritablement participé à un complot avec un des contractants, il importe que ce tiers ait eu conscience que son comportement était très probablement susceptible de causer un préjudice à ce contractant[35]. Il faut donc que ce tiers ait agi avec, tout au moins, un mépris caractérisé des intérêts d'autrui : c'est sans doute ce que signifie l'exigence de la « mauvaise foi », prévue soit par les textes (art. 1397 al. 1)[36], soit par la jurisprudence[37].

La responsabilité du tiers violateur est extracontractuelle[38]. Si le tiers a apporté son concours à la violation d'une partie au contrat, le dossier comprendra deux responsabilités, l'une contractuelle (celle du contractant), l'autre extracontractuelle (celle du tiers). Certes, la victime ne pourra invoquer contre ces deux personnes une responsabilité solidaire, étant donné la source différente (contractuelle et extracontractuelle) des obligations. Mais

---

34 D. BURMAN, S. GAUDET et J. PINEAU, préc., note 13, nº 296, p. 540.

35 *Cf. Ortho Concept Québec Inc.* c. *Autonomie Santé Inc.*, [2005] R.J.Q. 256, par. 52 (C.S.).

36 Vincent KARIM, *Les obligations*, 2e éd., vol. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 153 et 154.

37 *Sobeys Quebec Inc.* c. *3764681 Canada Inc.*, préc., note 30, par. 26 (j. Baudouin) : « Il est nécessaire cependant, vu le principe de l'effet relatif des contrats, que la personne ait connaissance de la clause d'une part, et soit de mauvaise foi en y contrevenant, d'autre part » ; voir aussi l'opinion du juge Dussault dans *Dostie c. Sabourin*, préc., note 30, exigeant la preuve incontestable qu'en agissant, le tiers avait conscience du caractère illicite de son action (*id.*, par. 27) ; *cf. Groupe Desjardins, assurances générales* c. *Banque Nationale du Canada*, J.E. 97-893 (C.S.), p. 9 du texte intégral ; *2865-9944 Québec Inc.* c. *Papadopoulos*, J.E. 2002-1968, par. 99 (C.S.) : « En ignorant délibérément l'entente conclue entre la demanderesse et Papadopoulos, Éditions "s'est associée sciemment et en toute connaissance de cause à la violation d'un contrat". Elle a aidé Papadopoulos à enfreindre ses obligations. » ; *cf. Uni-sélect Inc.* c. *Acktion Corp.*, préc., note 33.

38 V. KARIM, préc., note 36, p. 153 ; D. BURMAN, S. GAUDET et J. PINEAU, nº 296, p. 540.

24-Ciotola.indb 259 12-12-12 15:11

cette responsabilité n'est pas conjointe pour autant, puisque le dommage est le même : elle peut, à tout le moins, être *in solidum*[39].

Le contractant victime, qui recherche une indemnisation[40], doit évidemment prouver la violation par le tiers de ses droits contractuels, le caractère fautif de cette violation, le préjudice qui en résulte et le lien direct de causalité. Le quantum des dommages doit être chiffré en la manière ordinaire, c'est-à-dire en fonction du préjudice réellement subi. On s'est demandé si l'inclusion d'une clause pénale dans le contrat, fixant à l'avance le montant des dommages (cf. art. 1622), serait opposable, non seulement au cocontractant, mais aussi au tiers violateur ou complice. Une certaine doctrine, en France, l'a soutenu[41]. Par un arrêt majoritaire du 22 mars 2000, cette théorie a été rejetée, à bon droit selon nous, par la Cour d'appel du Québec. Même si le tiers connaissait l'existence de la clause pénale, elle ne saurait s'appliquer à lui. Les tempéraments à la relativité des conventions ne doivent pas, en effet, nous faire perdre de vue le fait brut, pour ne pas dire banal, que la relativité demeure la règle[42] !

---

39 *Dostie* c. *Sabourin*, préc., note 30, par. 84 (j. Dussault) ; voir aussi : *Emballages Alpha Inc.* c. *Industries Rocand Inc.*, 2011 QCCA 1114, par. 88, confirmant 2009 QCCS 1712.

40 Outre les dommages-intérêts, le tiers peut demander une injonction visant à empêcher, ou à faire cesser, la violation du contrat : *cf. Trudel* c. *Clairol Inc. of Canada*, préc., note 28, 246 (j. Pigeon) ; J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 13, nº 510, p. 523-526.

41 G. VINEY, préc., note 17, p. 247 et 248 ; voir aussi : Boris STARCK, « Les clauses pénales et les forfaits conventionnels d'indemnisation », J.C.P. 1954.II.1180, n° 70.

42 Dans l'affaire *Dostie* c. *Sabourin*, préc., note 30, la majorité de la Cour d'appel s'est refusée à condamner le tiers au montant d'une clause pénale, qui concernait la violation d'une clause de non-concurrence, se contentant de le condamner au montant de la réalité des dommages subis par la victime : *id.*, par. 76 et 77 (j. Dussault, à l'opinion duquel s'est rangé le juge Vallerand). Le juge Chamberland, pour sa part, proposait d'appliquer la clause pénale pour fixer le quantum de la responsabilité extracontractuelle du tiers, car ce dernier connaissait non seulement l'existence de l'obligation de non-concurrence, mais aussi celle de son accessoire, la clause pénale ; le haut magistrat s'appuyait notamment sur l'opinion de Geneviève Viney : G. VINEY, préc., note 17, par. 51-53.

24-Ciotola.indb 260 12-12-12 15:11

CONCLUSION

En dessinant, tout à la fois hardiment et de manière responsable, les contours de cette qualification du contrat comme fait juridique par rapport aux parfaits tiers, la jurisprudence et la législation du Québec font preuve d'une faculté d'adaptation bienvenue. Cette double intervention relativise quelque peu le principe de la relativité des obligations. Elle témoigne en même temps de la grande souplesse du droit civil, contrairement aux pétitions de principe proférées par ceux qui prétendent que le droit civil, au contraire de la common law, serait perclus de rigidité, et peu propice au développement des affaires[43] !

[43] Nous référons aux conclusions du rapport de la Banque mondiale, intitulé *Doing Business.* Sur cette publication et la polémique qu'elle a générée, on consultera le lien approprié sur le site de la Chaire Jean-Louis Baudouin en droit civil : <http ://www.chairejlb.ca>.

24-Ciotola.indb 261 12-12-12 15:11

24-Ciotola.indb 262 12-12-12 15:11

DE L'INTENSITÉ DES DROITS HYPOTHÉCAIRES : ESQUISSE D'UNE NOUVELLE TAXINOMIE DES HYPOTHÈQUES

Roderick A. MACDONALD*

SOMMAIRE / RÉSUMÉ 267

PROLOGUE 269

INTRODUCTION : AU-DELÀ DU PARADIGME CLASSIQUE 269

L'INTENSITÉ DES DROITS HYPOTHÉCAIRES 274

I. LA PROPRIÉTÉ-SÛRETÉ DÉGUISÉE – L'HYPOTHÈQUE-PROPRIÉTÉ 276
   A. Les hypothèques sur des créances 277
   B. Le régime de droit commun 278
   C. Des régimes exorbitants du droit commun 279
   D. Les hypothèques sur les valeurs mobilières et certains titres 283
   E. Traits communs des hypothèques-propriétés 285

II. L'HYPOTHÈQUE RENFORCÉE – L'HYPOTHÈQUE-PRIVILÈGE 286
   A. L'hypothèque-jouissance 286
   B. L'hypothèque-prioritaire 288
   C. L'hypothèque extensible 294
   D. Traits communs des hypothèques-privilèges 296

III. L'HYPOTHÈQUE DE DROIT COMMUN – L'HYPOTHÈQUE-SÛRETÉ 297
   A. L'hypothèque immobilière 297
   B. L'hypothèque mobilière sans dépossession 298
   C. Traits communs des hypothèques-sûretés 300

IV. LES HYPOTHÈQUES FRAGILISÉES – L'HYPOTHÈQUE HYPOTHÉTIQUE 300
   A. Les droits hypothécaires atténués 301
   B. Les droits hypothécaires « annulables » et contingents 302
   C. Traits communs des hypothèques hypothétiques 305

CONCLUSION : VERS UNE NOUVELLE TAXINOMIE DES HYPOTHÈQUES 305

* Titulaire de la Chaire F.R. Scott en droit constitutionnel et en droit public, Faculté de droit, Université McGill.

24-Ciotola.indb 263 12-12-12 15:11

24-Ciotola.indb 264 12-12-12 15:11

Je tiens à remercier mes collègues de McGill – Robert Godin, Robert Leckey, et surtout Alexandra Popovici – pour leurs commentaires sur une version antérieure de cet essai. Je remercie également Caroline Josett Cassagnabere, chercheuse postdoctorale au Centre Paul-André Crépeau en droit privé et comparé pour son excellente traduction et révision linguistique de cet essai. Kate Glover (candidate au doctorat à McGill) a eu la bienveillance de vérifier toutes les citations et je lui en suis reconnaissant.

24-Ciotola.indb 265 12-12-12 15:11

24-Ciotola.indb 266 12-12-12 15:11

Sommaire / Résumé

Cet essai propose une nouvelle classification des hypothèques en droit privé québécois. Il met en lumière les différentes *intensités* des droits des créanciers hypothécaires au moment de la constitution de l'hypothèque. La notion d'*intensité* révèle deux aspects complémentaires du régime hypothécaire. D'abord, elle permet d'identifier, au sein de chaque forme d'hypothèque, quelles prérogatives relevant du droit de propriété (*usus, fructus, abusus*) sont accordées au créancier avant même le défaut du constituant. Ensuite, elle permet de déterminer, selon chaque situation, dans quelle mesure les attributs fondamentaux de l'hypothèque classique du *Code civil du Bas-Canada* (le droit de préférence et le droit de suite) sont étendus ou limités. La classification proposée dans cet essai tend à mettre sur pied une théorie générale des sûretés réelles, qui englobe non seulement les hypothèques, mais aussi les propriétés-sûretés, le droit de rétention et les priorités.

* * *

This essay proposes an alternative classification of hypothecs under the private law of Quebec. It focusses on differences in the *intensity* of the rights vested in the hypothecary creditor at the moment of constitution of the hypothec. Intensity is meant to signal two complementary features of the hypothecary regime. First, the concept captures differences in the extent to which particular instantiations of hypothecs shift the prerogatives of ownership in the hypothecated asset (*usus, fructus, abusus*) from the grantor to the creditor even prior to default. Second, the concept captures differences in the extent to which particular instantiations of hypothecs either enhance or diminish the two classical rights of hypothecary creditors – right to a preference and right to follow – under the default regime inherited from the Civil Code of Lower Canada. This essay argues that such a classification facilitates the elaboration of a general conception of security on property that also embraces regimes of title-security, rights of retention and execution preferences.

24-Ciotola.indb 267 12-12-12 15:11

24-Ciotola.indb 268 12-12-12 15:11

Prologue

J'ai rencontré Pierre Ciotola pour la première fois peu après avoir commencé à enseigner le cours « Property II (Privileges and Hypothecs) » à l'Université McGill en janvier 1980. Je le connaissais, bien sûr, indirectement par le biais de ses publications que j'avais lues comme étudiant à l'Université d'Ottawa au début des années 1970. En tant que jeune professeur de droit des sûretés, ce fut un grand plaisir de rencontrer enfin un chercheur pour lequel j'avais une admiration profonde, et de constater qu'en personne il était l'individu songeur, méticuleux et humble que j'avais connu à travers ses écrits. Depuis cette première rencontre, et tout au long des trente dernières années, j'ai beaucoup appris de Pierre, non seulement à propos du droit des sûretés réelles, non seulement à propos des aspirations les plus nobles de sa bien-aimée profession de notaire, mais aussi à propos du rôle et des obligations d'un professeur de droit – envers ses étudiants et étudiantes, envers ses collègues, envers sa profession, envers la société en général, et envers le droit lui-même. C'est un honneur d'avoir cette occasion d'exprimer mon appréciation de Pierre et mon admiration, qui dure depuis plus de quatre décennies, de son exemplarité quant à la manière dont nous devons vivre cette majestueuse vocation de professeur.

Introduction : Au-delà du paradigme classique

L'une des caractéristiques propre aux régimes de droit privé codifiés est la manière dont la structure conceptuelle du droit est définie et élaborée[1]. Dans la tradition civiliste française, cela se traduit 1. par la définition de concepts selon leurs caractéristi-

[1] Voir le magnifique essai de Michelle CUMYN, « Les catégories, la classification et la qualification juridique : réflexions sur la systématicité du droit », (2011) 52 *C. de. D.* 351, ainsi que l'essai introductif de Peter Birks, dans la première édition de Peter BIRKS (dir.), *English Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000. Comparer également les hypothèses de Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit,* 4e éd., Paris, Dalloz, 2003 et de Geoffrey SAMUEL, *Epistemology and Method in Law*, Aldershot, Ashgate, 2003.

24-Ciotola.indb 269 12-12-12 15:11

ques fondamentales et 2. par l'élaboration de taxinomies formelles basées sur leurs distinctions typologiques. Le droit des sûretés réelles illustre parfaitement ces deux aspects de la méthodologie analytique du droit civil. Plusieurs auteurs ont consacré des études à la définition de la sûreté, concluant la plupart du temps qu'il n'existe pas de définition formelle selon ses caractéristiques fondamentales, et qu'il vaudrait mieux adopter une définition fonctionnelle du concept[2]. Jusqu'à présent, toutefois, la doctrine s'est peu intéressée à l'élaboration d'une taxinomie des hypothèques qui reprend cette logique fonctionnaliste. Cet essai est une tentative de remédier à cette lacune. Il propose une nouvelle classification selon *l'intensité* des droits hypothécaires accordés au créancier avant même le défaut du constituant.

Nous croyons que cette nouvelle classification, qui met en lumière l'attribution des prérogatives de propriété entre le créancier et le constituant, s'inscrit dans une approche qui privilégie la compréhension, l'analyse et la théorisation du droit des hypothèques, tout en permettant de distinguer ces dernières des autres institutions juridiques servant de sûretés, notamment les diverses propriétés-sûretés, les priorités et le droit de rétention. Avant d'élaborer cette nouvelle taxinomie, il est utile de rappeler les grands traits du droit des hypothèques selon les principaux courants doctrinaux contemporains.

La plupart des monographies et traités des sûretés réelles au Québec font état du fait que l'hypothèque du *Code civil du Québec* est la descendante directe de l'hypothèque immobilière élaborée par les articles 2016 à 2023 du *Code civil du Bas-Canada*[3]. Tou-

---

2 Jean-François RIFFARD, *Droit des sûretés,* Paris, Bréal, 2010, p. 8-12 ; Marc BILLIAU, Jacques MESTRE et Emmanuel PUTMAN, *Traité de droit civil. Droit commun des sûretés réelles*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996, p. 7-10.

3 Voir notamment Marc BOUDREAULT, *Les s*ûretés, 3e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2008 ; Pierre CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999 ; John B. CLAXTON, *Security on Property and the Rights of Secured Creditors Under the Civil Code of Québec*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1994 ; Jacques DESLAURIERS, *Les sûretés réelles au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008 ; Louis PAYETTE, *Les sûretés*

24-Ciotola.indb 270 12-12-12 15:11

tefois, bien que plusieurs principes traditionnels sous-tendent toujours le régime hypothécaire du C.c.Q., la doctrine enseigne aussi que l'hypothèque actuelle diffère à plusieurs égards de sa prédécesseure, tant par rapport à son objet, sa portée et ses effets, que quant à ses espèces.

Du point de vue du créancier, la nature juridique de l'hypothèque, telle qu'annoncée par les articles 2660 à 2665 C.c.Q., peut se résumer en quatre propositions :

1. Le créancier acquiert un droit réel substantiel, mais contingent et accessoire, limité par le droit du constituant dans les biens hypothéqués (propriété, emphytéose, usufruit, etc.) Le constituant retiendra l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*, selon le cas ;
2. Le créancier acquiert un droit réel opposable à tous, qui lui permet de suivre le bien en quelques mains qu'il soit, suite à une vente ou à toute autre mutation de propriété, de destination, ou de nature juridique ;
3. Le créancier est muni de droits renforcés, et des recours réels particuliers exorbitants des droits et recours à la portée des créanciers chirographaires, et ;
4. Le créancier obtient une préférence pour l'exercice de ses droits dans le produit de la vente des biens hypothéqués qui prend rang, en principe, selon un critère temporel – *prior tempore, potior juris*.

Ces énoncés caractérisent ce qu'on pourrait nommer le *nexus* hypothécaire entre créancier, constituant, obligation et bien grevé. Ainsi, ils décrivent le cas paradigmatique de l'hypothèque et les règles de droit commun régissant l'exercice des droits hypothécaires. Il s'ensuit que la finalité de l'hypothèque, en tant de garan-

---

réelles dans le Code civil du Québec, 4e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2009 ; Denise PRATTE, *Priorités et hypothèques,* 2e éd., Sherbrooke, Les Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2005 ; Asher NEUDORFER & Lazar SARNA, *The Law of Immovable Hypothecs in Québec,* Markham, Butterworths, 2006. Sur le régime hypothécaire du C.c.B-C., voir Serge BINETTE (dir.), *Des hypothèques*, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 1991.

24-Ciotola.indb 271 12-12-12 15:11

tie, n'est pas le droit du créancier de s'approprier le bien grevé ou ses prérogatives comme tel, mais plutôt de réaliser la valeur économique du bien en cas du défaut de paiement par le constituant.

Les hypothèques peuvent être classées suivant un certain nombre de critères. Sous le C.c.B.-C., la classification consacrée textuellement les distinguait uniquement selon leur source : conventionnelle, légale ou judiciaire (articles 2019, 2020).

Par contraste, le C.c.Q. élabore explicitement un inventaire plus varié des espèces d'hypothèques. Selon le Code, les hypothèques se classent selon : 1. leur source – conventionnelle ou légale (article 2664 al. 2) ; 2. leur objet – immeuble ou meuble, bien individuel ou universalité (article 2665 al. 1) ; et 3. leur mode de constitution – avec ou sans dépossession (article 2665 al. 2). Étonnamment toutefois, ces catégories sont inexactes d'un point de vue normatif, et incomplètes d'un point de vue descriptif[4].

En outre, le C.c.Q. énumère d'autres classifications (parfois implicites) se référant, par exemple, 1. à la nature de l'obligation garantie – garantie du paiement d'une obligation ou d'un titre d'emprunt (article 2692), 2. à la qualité du constituant de l'hypothèque – personne exploitant une entreprise, personne physique (articles 2683-2686), 3. à la qualité du créancier hypothécaire – vendeur, intermédiaire en valeurs mobilières (articles 2948, 2954, 2714.1), 4. à la force exécutoire de l'hypothèque – hypothèque ordinaire ou ouverte (article 2716), 5. à l'effet légal relatif à la disposition des biens – hypothèques portant sur les biens meubles destinés à être vendus dans le cours des activités d'une entreprise (article 2674) et hypothèques sur les biens meubles faisant l'objet de publicité par fiche descriptive (article 2700), ou

[4] Par exemple, cette *inexactitude* ressort des articles dissociant le caractère de l'hypothèque du caractère des biens grevés. Parfois, une hypothèque mobilière grève un bien immobilier (C.c.Q., art. 2673), et parfois une hypothèque immobilière grève un bien mobilier (C.c.Q., art. 2695). De même, le caractère *incomplet* de la description de ces catégories ressort de l'article 2666 C.c.Q., qui distingue l'hypothèque sur les biens corporels de l'hypothèque sur les biens incorporels, sans tenir compte de la distinction entre les droits personnels et les droits réels de jouissance (les démembrements du droit de propriété).

24-Ciotola.indb 272 12-12-12 15:11

encore 6. à la détermination du rang – selon la date, l'obligation garantie, ou leur mode de publicité (articles 2938, 2714.3, 2714.4, 2952, 2954).

Chacun des schémas de différenciation reflète le formalisme sous-jacent de la logique de classification du Code. Tous peuvent être utilisés pour décrire les dérogations au régime de droit commun des hypothèques prévu par le Code dans des cas particuliers, notamment dans le cadre des hypothèques sur les biens meubles[5]. Aucun, cependant, ne fait état des particularités des diverses formes d'hypothèques par rapport aux droits respectifs des constituants, des créanciers et des tiers. Et pourtant, c'est le critère essentiel pour déterminer si le C.c.Q. met en place un régime hypothécaire unitaire assorti de diverses exceptions, conformément au modèle envisagé par le *Projet du Code civil* de l'Office de révision du Code civil, ou si le régime du C.c.Q. constitue un assemblage *ad hoc* de modes de garantie distincts, basés sur des fondements radicalement différents, se rapprochant davantage de la structure du C.c.B.-C.[6]

Nous défendons dans cet essai l'idée selon laquelle il est plus révélateur de l'épistémologie du régime hypothécaire du C.c.Q de catégoriser les hypothèques en référant à la manière dont les prérogatives du droit de propriété (*usus, fructus, abusus*) et les droits qui en découlent (*vis attractiva,* droit de grever, droit de démembrer, droit de suite, droit de préférence) sont répartis entre constituant et créancier[7]. Notre objectif est d'élaborer une typologie

---

5 Pour une précédente exploration des conséquences de cette diversité de classifications sur l'unité théorique du régime des hypothèques, voir Pierre CIOTOLA, « Droit des sûretés : épizootisme législative ou contre-réforme ? », (2003) 105 *Revue du Notariat* 853.

6 Cette question est similaire à celle souvent posée dans le droit des obligations ; voir Paul-André CRÉPEAU, « Des régimes contractuel et délictuel de responsabilité civile en droit civil canadien », (1962) *22 R. du B.* 501, qui prétend que la clé conceptuelle du droit des obligations se trouve dans « son unité théorique et sa dualité technique ».

7 Voir notamment, Roderick A. MACDONALD et Jean-Frédérick MÉNARD, « Credo, credere, credidi, creditum : essai de phénoménologie des sûretés réelles », dans Sylvio NORMAND (dir.), *Mélanges offerts au professeur François Frenette. Études portant sur le droit patrimonial*, Québec, Presses de

24-Ciotola.indb 273 12-12-12 15:11

fonctionnelle des différentes espèces d'hypothèques selon la portée des droits du créancier sur les biens hypothéqués avant le défaut du débiteur ; en d'autres termes, une taxinomie selon *l'intensité* des droits hypothécaires[8].

L'INTENSITÉ DES DROITS HYPOTHÉCAIRES

L'examen de l'intensité des droits du créancier existant préalablement au défaut du constituant révèle que l'archétype formel des hypothèques, tel que mis en place dans le C.c.Q., ne constitue un guide fiable ni quant à (i) la place des prérogatives sur le bien grevé qu'un créancier peut exercer en amont du défaut du constituant, ni quant à (ii) la garantie de son droit de suite, ni quant à (iii) la garantie de sa priorité temporelle vis-à-vis d'autres hypothèques, ni enfin quant à (iv) l'efficacité de son droit de réalisation de l'hypothèque.

Au niveau macrofonctionnel, les hypothèques peuvent être regroupées en quatre catégories principales, découlant d'une appréciation contingente de l'intensité des droits du créancier avant le défaut. Ces quatre catégories sont les suivantes :

1. L'hypothèque-propriété : dès sa constitution et sa publication qui la rend opposable aux tiers, elle confère au créancier des prérogatives sur les biens grevés qui s'apparentent à celles d'un propriétaire (c'est-à-dire les hypothèques dont la valeur d'usage, comme la valeur d'échange des biens hypothéqués, sont immédiatement attribués au créancier) ;
2. L'hypothèque-privilège : elle permet au créancier de bénéficier de droits améliorés ; droit de jouissance sur les biens hypothéqués préalablement au défaut du débiteur, droit de priorité

l'Université Laval, 2006, p. 309, où une première ébauche de la thèse de cet essai est tracée à partir de l'attribution de la valeur d'usage et la valeur d'échange entre créancier et constituant.

8 L'approche choisie par Paul-André Crépeau, dans Paul-André CRÉPEAU, « Le contenu obligationnel d'un contrat », (1965) 43 *R. du B. can.* 1, 29-47 et Paul-André CRÉPEAU, *L'intensité de l'obligation juridique*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989 sert de modèle pour la nouvelle classification ici proposée.

24-Ciotola.indb 274 12-12-12 15:11

bonifié qui permet à un créancier postérieur de primer un créancier qui a déjà publié ses droits, et droit de suite sur une assiette plus étendue que le bien initialement hypothéqué (c'est-à-dire l'hypothèque dont une fraction considérable de la valeur d'usage est immédiatement attribuée au créancier) ;

3. L'hypothèque-sûreté : elle reflète le paradigme traditionnel des prérogatives du créancier hypothécaire (c'est-à-dire que le créancier ne se voit pas attribuer la valeur d'usage du bien, et qu'il ne dispose que d'un contrôle limité sur sa valeur d'échange) ;
4. L'hypothèque hypothétique : lorsque le droit du créancier hypothécaire est lui-même contingent, ou lorsque le droit de suite est si atténué qu'il n'a que l'apparence d'un droit réel (c'est-à-dire lorsque le bien hypothéqué est exclusivement envisagé en termes contingents de valeur d'échange abstraite, et que le constituant peut exploiter la valeur d'usage et la valeur d'échange réelle dans leur pleine étendue).

Chacune de ces catégories d'« idéaux typiques » se manifeste dans une hypothèque particulière, dont le Code élabore explicitement certains traits : l'hypothèque-propriété (l'hypothèque sur créances – articles 2743-2747) ; l'hypothèque-privilège (l'hypothèque mobilière avec dépossession – articles 2736-2742) ; l'hypothèque-sûreté (l'hypothèque immobilière sur un droit réel immobilier – article 2693-2694) ; et l'hypothèque hypothétique (l'hypothèque ouverte – articles 2715-2723). Cependant, chaque catégorie regroupe plusieurs cas analogues qui confèrent les mêmes attributions générales au créancier. En d'autres termes, ces catégories nous permettent de regrouper les quelques 50 différentes sortes d'hypothèques du C.c.Q.[9] sur une base fonctionnelle qui 1. met en lumière les traits constitutifs de chaque sous-régime,

[9] En doctrine québécoise, la taxinomie descriptive la plus détaillée des espèces d'hypothèques est celle de Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 4e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2009 qui, partant des classifications classiques des hypothèques selon leur nature mobilière ou immobilière, conventionnelle ou légale, fixe ou ouverte, avec ou sans dépossession, arrive à isoler 45 types d'hypothèques : 3 grandes espèces d'hypothèques immobilières conventionnelles et 37 espèces d'hypothèques mobilières conventionnelles, l'hypothèque ouverte et 4 espèces d'hypothèques

24-Ciotola.indb 275 12-12-12 15:11

2. comble les lacunes dans la règlementation du Code propre à chaque hypothèque, et 3. propose des principes directeurs pour trancher les conflits d'interprétation entre les articles du Code. Ces quatre hypothèques exemplaires, ainsi que leurs analogues, sont brièvement présentées dans la discussion ci-après.

I. La propriété-sûreté déguisée – l'hypothèque-propriété

L'Office de révision du Code civil a proposé une intégration verticale et horizontale des sûretés. Parmi les conséquences d'une telle intégration, on retrouve la suppression des propriétés-sûretés de toutes sortes et la requalification de ces sûretés en hypothèques par le biais d'une « présomption d'hypothèque »[10]. Bien que, dans le C.c.Q., le législateur ait ramené sous le seul vocable d'hypothèque toutes les sûretés classiques – gage, antichrèse, nantissement, hypothèque –, il a refusé d'étendre le principe d'intégration des sûretés aux propriétés-sûretés.

Ceci dit, un examen des prérogatives que peuvent exercer les divers créanciers hypothécaires laisse entrevoir que, tout en rejetant la présomption d'hypothèque pour les propriétés-sûretés classiques (la vente à tempérament, la vente avec faculté de rachat), le législateur a attribué aux créanciers de certaines hypothèques des prérogatives qui s'apparentent (parfois en les dépassant) aux droits dont disposent les bénéficiaires d'une propriété-sûreté.

Une première catégorie d'hypothèques pourrait donc comprendre celles où, même avant le défaut du constituant, le créancier est muni de modes de réalisation plus efficaces : un droit de suite renforcé, un rang privilégié par rapport au régime applicable aux

légales. Notre propre répertoire ajoute une demi-douzaine d'autres espèces. Voir *infra*, « conclusion ».

10 Voir OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, t. 1, vol. 11, Québec, Éditeur Officiel, 1978, p. 348-350 et 431-435 et Roderick A. MACDONALD, « Faut-il s'assurer qu'on appelle un chat un chat ? Observations sur la méthodologie législative à travers l'énumération limitative des sûretés, "la présomption d'hypothèque" et le principe de "l'essence de l'opération" », dans Ernest CAPARROS (dir.), *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 527.

24-Ciotola.indb 276 12-12-12 15:11

hypothèques en général, et des droits de jouissance accrus lui procurant le statut de quasi-propriétaire. Depuis la réforme de 2009, qui a ajouté les articles 2714.1-2714.7 au C.c.Q.[11], il existe deux grandes sous-catégories d'hypothèques-propriétés : l'hypothèque sur créances et certaines hypothèques avec dépossession sur les valeurs mobilières et les titres intermédiés.

A. Les hypothèques sur des créances

Le régime hypothécaire qui accorde au créancier les prérogatives les plus extensives préalablement au défaut du débiteur est un sous-régime d'exception à celui gouvernant l'hypothèque sur des créances (articles 2695, 2699, 2708, 2710-2713 et 2743 et suiv.) : le régime des hypothèques sur les créances monétaires. Bien que les articles 2699, 2708 et 2710 à 2713 envisagent textuellement les créances en général, les articles 2743 et suivants ne visent pas la réalisation d'hypothèques de créances comme telles, mais plutôt le mécanisme par lequel un créancier est autorisé à percevoir les revenus provenant d'une créance monétaire (la réclamation d'un prix de vente ou des honoraires pour un service rendu, ou le remboursement d'un prêt)[12]. Par conséquent, l'hypothèque sur une créance non monétaire, que l'objet de l'hypothèque soit un service, ou le droit de jouir d'un bien en tant que titulaire d'un *ius in re aliena* ou d'un *ius ad rem trans personam*, ne bénéficie pas de ce régime d'exception et doit être exécutée selon les règles générales gouvernant les hypothèques (articles 2648 et suivants).

Même si le Code semble élaborer un régime uniforme pour réglementer toutes les hypothèques sur créances monétaires, il

---

11 *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés,* L.R.Q., c. T-11.002, édictée par L.Q. 2008, c. 20.

12 Pour la définition d'une créance, voir PaulAndré CRÉPEAU et al. (dir.), *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues. Les obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, s.v. « créance » : « Syn. droit personnel. Envisagée du côté du créancier, du point de vue actif, l'obligation est une *créance* ; envisagée du côté du débiteur, du côté passif, l'obligation est une *dette* » (Gabriel Marty et Pierre Raynaud, *Obligations*, t. 1, n° 1, p. 1) ».

24-Ciotola.indb 277 12-12-12 15:11

énonce en réalité plusieurs régimes particuliers, avec des degrés d'intensité variables des droits des créanciers. Parfois, l'actif grevé est une créance monétaire constatée par un titre négociable. Parfois, l'actif grevé est constaté par un instrument financier, comme une action ou une police d'assurance, qui n'est pas négociable. La créance monétaire est alors constituée de la valeur marchande de l'instrument en capital et des revenus, intérêts, dividendes ou bénéfices exigibles. Passons en revue le droit commun des hypothèques sur créances avant de présenter quelques sous-régimes exorbitants[13].

B. Le régime de droit commun

1. Les hypothèques sur des créances monétaires

Seule au sein des hypothèques, l'hypothèque sur les créances monétaires attribue immédiatement au créancier la valeur d'usage et la valeur d'échange de l'actif hypothéqué. Dès sa constitution, le créancier acquiert les mêmes prérogatives qu'un ayant droit du débiteur, et perçoit les intérêts et le capital (article 2743, al. 1). De plus, le créancier peut percevoir les revenus provenant de la créance hypothéquée avant même que l'obligation que garantit l'hypothèque ne soit exigible ou que le constituant ne soit en défaut (article 2743, al. 2). Même lorsque le créancier autorise le constituant à continuer de percevoir la créance monétaire (article 2744), c'est comme si le constituant agissait à titre de mandataire du créancier, et cette faculté de perception peut, à l'exception de certaines situations où le constituant est en faillite, lui être retirée à tout moment (article 2745).

En principe, ce régime de droit commun suppose que les hypothèques seront publiées soit par inscription dans le registre approprié, soit par possession. Toutefois, dans certains cas, notamment

[13] Certains régimes particuliers gouvernant les hypothèques sur les valeurs mobilières et les titres intermédiés feront l'objet de la sous-section suivante, et les régimes gouvernant le produit des ventes dans le cours des activités d'une entreprise et les hypothèques ouvertes sur les créances seront discutés *infra*, section IV.

24-Ciotola.indb 278 12-12-12 15:11

quand il s'agit d'une hypothèque sur une universalité de créances ou d'une hypothèque sur des créances elles-mêmes garanties par une hypothèque publiée, l'inscription dans les registres est exigée (articles 2711, 2712). Nonobstant l'obligation de publier son droit, le créancier hypothécaire bénéficie d'un rang bonifié, dont la date n'est pas fixée par le moment de publication. L'hypothèque prend plutôt rang dès l'instant où le créancier exécute sa prestation, pourvu que l'hypothèque soit publiée dans les dix jours qui suivent (articles 2699, 2708). Ce droit est opposable à tout autre créancier hypothécaire ou cessionnaire dont les droits ont été publiés pendant cette période de 10 jours.

Les droits exerçables par le créancier hypothécaire diffèrent cependant des droits du cessionnaire de la créance (c'est-à-dire du véritable propriétaire) sous deux aspects. Tout d'abord, si les biens du constituant sont saisis avant le plein paiement de la créance, le rang des créanciers sera déterminé selon le droit commun des sûretés : ainsi, une hypothèque garantissant une créance publiée antérieurement et devenue exigible, ou une dette fiscale relevant de l'article 2651, al. 4, prévaudront sur les droits du créancier hypothécaire qui jusqu'alors recevait paiement de la créance. Ensuite, le créancier ne peut prétendre à plus que le montant total de l'obligation garantie par l'hypothèque : si, suite au paiement d'un versement ou d'une créance particulière, le montant perçu est supérieur au montant de l'obligation garantie, le créancier, même s'il est en droit autorisé à percevoir ce versement ou le paiement de cette créance, devra remettre tout reliquat au constituant de l'hypothèque (article 2747).

C. Des régimes exorbitants du droit commun

2. Créances matérialisées

Le régime applicable aux créances matérialisées (les créances constatées dans un titre négociable, article 1647 et suiv.) suit plus ou moins le régime général, à l'exception suivante : tant que l'hypothèque ne grève pas une universalité de créances matérielles, sa publicité s'effectue soit par publication dans le registre approprié, soit par sa possession par le créancier (articles 2709 et 2711,

24-Ciotola.indb 279 12-12-12 15:11

a contrario). La publicité d'une hypothèque sur une créance matérielle unique ou sur une série de créances matérielles individuelles peut s'effectuer par endossement et délivrance, ou simple délivrance (le cas échéant) au créancier (article 2709), la délivrance s'entendant de la remise matérielle du titre (art. 2702). Donc, si la créance est constatée par un instrument négociable, le possesseur de cet instrument jouit d'un droit préférentiel sur sa valeur par rapport aux autres créanciers, y compris les créanciers hypothécaires antérieurs qui ont inscrit leur hypothèque dans un registre[14].

3. Paiement des loyers

La créance se présente fréquemment non pas comme un retour sur la valeur d'échange d'un bien (le prix d'achat), mais comme un retour sur sa valeur d'usage (le paiement d'un loyer). Il existe une différence conceptuelle entre la situation où la créance (le loyer) est elle-même l'objet de l'hypothèque et la situation où l'hypothèque grève le bien qui est loué. Dans le premier cas, le droit commun des hypothèques sur les créances monétaires s'applique. Dans le second cas, le créancier n'a de droit sur le loyer que dans l'hypothèse d'une hypothèque mobilière avec dépossession. Dans ce dernier cas, le créancier peut, avec l'autorisation du constituant, louer le bien et s'approprier le loyer échu (article 2737).[15] Lorsque les loyers sont générés par la location d'un immeuble, cette deuxième hypothèse n'est pas possible : l'antichrèse n'étant plus reconnue comme une garantie distincte, analogue au gage, le créancier d'une hypothèque immobilière ne peut jamais se les voir attribuer par la simple prise de possession physique du bien. Dans le cas où le loyer produit par un immeuble est l'objet de l'hypothèque, l'article 2695 dispose que l'hypothèque en question est une hypothèque immobilière. Cette règle conduit à une incerti-

---

14 Ce droit préférentiel résulte de la *Loi sur les lettres de change*, L.R.C. 1985, c. B-4 et non pas d'une règle propre au C.c.Q. Il est à noter, toutefois, que le nouvel article 2714.2, al. 1 C.c.Q. édicte expressément une telle règle dans le cas des valeurs mobilières et de certains titres intermédiés.

15 Nous discuterons de cette deuxième hypothèse dans la section II, *infra*.

24-Ciotola.indb 280 12-12-12 15:11

tude quant à l'application du régime général d'hypothèques sur créances monétaires relativement aux règles de publicité, de rang, et de réalisation de telles hypothèques[16].

4. Les dividendes et revenus générés par les instruments financiers en général

Si l'hypothèque grève une action ou un autre instrument financier non négociable qui n'est pas une obligation, elle ne grève pas de plein droit les dividendes générés par l'action ou par l'instrument. Si l'instrument est une obligation monétaire, toutefois, l'hypothèque sur la créance donne ouverture aux règles de 2743 et suiv. C.c.Q. Excepté les règles spéciales relatives aux droits des courtiers sur les actions ou autres valeurs mobilières impayées (article 2759), le créancier est soumis au régime de droit commun pour la réalisation de son hypothèque (articles 2648 et suivants). Toutefois, si le créancier est en possession d'un tel instrument non négociable, il perçoit les revenus et les impute au paiement de la créance garantie (article 2737). En plus, il peut traiter la valeur de conversion après rachat ou échange en tant que revenu (article 2738). Si l'hypothèque grève spécifiquement les dividendes ou les intérêts, qu'elle charge ou non l'action ou l'obligation même, le régime de droit commun (article 2743 et suiv.) s'applique[17].

---

16 La règle générale de publicité vis-à-vis les cédés est énoncée à l'article 2710 al. 2 C.c.Q., qui ne s'applique qu'aux hypothèques mobilières sur créances. Toutefois, suivant la logique des articles 1641 et 1642 C.c.Q. sur la cession des créances, auxquels réfère l'article 2710 al. 2 C.c.Q., on peut déduire qu'un avis individuel aux locataires est nécessaire. De plus, l'article 1908 C.c.Q., qui ne s'applique toutefois qu'aux baux résidentiels, dispose que le locataire qui n'est pas personnellement informé de l'hypothèque ni du nom et de l'adresse du créancier qu'il doit payer peut déposer le loyer au greffe du tribunal.

17 Ces diverses hypothèses font l'objet d'une analyse détaillée dans Roderick A. MACDONALD, « Fruit Salad », (2008) 38 *R.G.D.* 405.

24-Ciotola.indb 281 12-12-12 15:11

5. Les bénéfices liés à un contrat d'assurance de personnes (y compris l'assurance-vie)

Les droits des créanciers titulaires d'hypothèques sur les polices d'assurance personnelles, leur permettant de recevoir les sommes exigibles au titre de la police, sont largement calqués sur le régime de droit commun (article 2392 et suivants). Les principales différences résident dans la logique propre au régime gouvernant l'opposabilité aux tiers, ainsi que dans les règles de priorité entre deux ou plusieurs créanciers concurrents, tous titulaires d'une hypothèque sur une même police d'assurance. L'hypothèque sur l'assurance personnelle, que ce soit sur la police ou simplement sur la prestation payable au décès de l'assuré, est opposable à l'assureur, le bénéficiaire ou les tiers, non pas à compter de sa publicité (comme dans le régime de droit commun), mais seulement à compter du moment où l'assureur en reçoit avis (2461, al. 1). De plus, lorsque l'assureur reçoit plusieurs avis d'hypothèques avant la survenance de l'évènement provoquant l'obligation de payer, la priorité est établie en fonction de la date de réception de leur notification par l'assureur (2461, al. 2), et non pas selon la date de publication de l'hypothèque (art. 2945). En cas de conflit entre le créancier titulaire d'une hypothèque sur la police et le créancier titulaire d'une hypothèque sur la prestation à payer, le rang est aussi établi en fonction du moment où l'assureur reçoit l'avis de l'hypothèque.

6. Les bénéfices liés à une assurance de dommages

L'article 2497 prévoit le paiement automatique des indemnités initialement dues à l'assuré au créancier hypothécaire du bien endommagé par simple dénonciation et justification de leur part. Cela signifie qu'il n'est pas nécessaire d'hypothéquer expressément la police d'assurance de dommages (ni même d'y désigner expressément les créanciers hypothécaires comme bénéficiaires) pour que l'indemnité soit exigible par les créanciers titulaires d'une hypothèque sur les biens visés par la police. Entre ces créanciers, le rang des hypothèques suit les règles de droit commun : *prior tempore, potior jure*. Toutefois, lorsque la police d'assurance elle-même a été spécifiquement hypothéquée, un conflit peut surve-

24-Ciotola.indb 282 12-12-12 15:11

nir entre le créancier hypothécaire bénéficiaire par subrogation et le créancier titulaire d'une hypothèque spécifique sur la police d'assurance de dommages, ou sur toute autre somme exigible en vertu de cette police.[18] L'article 2497 C.c.Q. dispose que « malgré toute disposition contraire », le créancier hypothécaire subrogé est prioritaire, ce qui suppose manifestement que, même si un créancier publie une hypothèque sur la police d'assurance de dommages antérieurement à la publication, par un autre créancier, d'une hypothèque sur le bien assuré, ce dernier aura la priorité. Vu le principe *nemo dat quod non habet*, il est douteux, cependant, que le créancier d'une hypothèque sur le bien, qui bénéficie par subrogation d'une police d'assurance de dommages déjà souscrite par le constituant, puisse prétendre à un droit prioritaire sur un créancier qui a déjà publié une hypothèque sur la police d'assurance elle-même[19].

D. Les hypothèques sur des valeurs mobilières et certains titres

Les modifications au Code qui ont suivi la promulgation de la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés* adaptent la structure de base du régime des hypothèques à diverses situations impliquant des instruments financiers[20]. Dans chaque situation, ces modifications accordent des préroga-

---

18 L'article 2478 C.c.Q. envisage implicitement que le titulaire d'une police d'assurance de dommages peut hypothéquer son droit à l'indemnité. Il est à noter, toutefois, que l'article 2676 al. 2 C.c.Q. empêche le titulaire d'une hypothèque sur une universalité de créances d'opposer son hypothèque au créancier qui est bénéficiaire par subrogation dans le produit d'une assurance de dommages sur un bien grevé par son hypothèque. Cet article ne paraît pas s'appliquer aux situations impliquant une hypothèque spécifique sur le produit d'une assurance de dommages.

19 Le Code envisage d'autres situations de subrogation dans le produit d'un bien hypothéqué, notamment l'article 2674 al. 3 C.c.Q. où un conflit semblable peut se présenter. Dans de telles situations, il semble que l'hypothèque par subrogation n'a pas de priorité de rang sur l'hypothèque de créances, nonobstant leurs dates de publication respectives.

20 *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés,* L.R.Q., c. T-11.002, édictée par L.Q. 2008, c. 20. Voir Michel

24-Ciotola.indb 283 12-12-12 15:11

tives additionnelles au créancier hypothécaire – par exemple, certains droits de jouissance avant défaut, parfois en ce qui a trait au processus de publication et de réalisation, ou encore certaines prérogatives concernant la priorité attribuée aux créanciers. Même si aucune de ces prérogatives ne correspond à des droits d'une intensité semblable à ceux rattachés à l'hypothèque sur une créance monétaire, dans leur ensemble, elles attribuent à certains créanciers hypothécaires des droits qui se rapprochent de la valeur d'échange du bien. Nous discuterons ici deux situations en particulier, et remettrons la discussion d'autres hypothèses touchant les valeurs mobilières et les titres à la section suivante portant sur les hypothèques renforcées. En général, le régime identifie ces prérogatives par référence à l'objet hypothéqué, mais parfois des droits supplémentaires sont accordés en fonction du statut du constituant de l'hypothèque, du statut du créancier ou du mode de publicité de l'hypothèque.

7. L'hypothèque consentie par tout créancier détenant une hypothèque mobilière avec dépossession sur des valeurs mobilières et des titres

Tout créancier titulaire d'une hypothèque mobilière avec dépossession sur des valeurs mobilières ou des titres intermédiés au sens de la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés* a non seulement la faculté d'hypothéquer ou d'aliéner ses propres droits dans le bien grevé en tant que créancier hypothécaire, mais a également la possibilité d'aliéner les valeurs et titres eux-mêmes, ou de les réhypothéquer en garantie de sa propre dette (article 2714.6). C'est là une prérogative extraordinaire qui permet au créancier hypothécaire (en général un intermédiaire en valeurs mobilières, mais pas nécessairement dans le cas des valeurs constatées par un certificat) d'agir comme s'il était le propriétaire des valeurs ou des titres. Cet article peut s'appliquer même lorsque (i) les valeurs en question sont intégralement payées par le constituant, ou (ii) lorsqu'il n'existe aucune

DESCHAMPS, « Le nouveau régime québécois des sûretés sur les valeurs mobilières », (2009) 43 *R. du B.* 545.

24-Ciotola.indb 284 12-12-12 15:11

autre dette du créancier hypothécaire garantie par ces valeurs. En d'autres termes, le créancier hypothécaire qui les possède acquiert non seulement les droits d'*usus* et de *fructus* sur ces valeurs, mais également le droit d'*abusus*.

8. L'hypothèque sur toute valeur mobilière ou titre intermédié

Une autre exception porte sur la flexibilité prévue par l'article 2759 C.c.Q. en ce qui concerne la réalisation des hypothèques. Normalement, le créancier doit donner un préavis de 10, 20, 30 ou 60 jours, selon le cas, avant de procéder à la réalisation de son hypothèque (article 2758). Or, si les valeurs mobilières ou les titres intermédiés sont l'objet de l'hypothèque, le créancier est dispensé de plusieurs de ces obligations procédurales. Bien que les règles de fond, à l'exception de l'ordre des priorités applicable dans le cas d'une vente par le créancier[21], continuent de s'appliquer (article 2759, al. 3), le créancier n'est pas tenu de donner un préavis, ni d'obtenir un délaissement, ni de respecter les délais prescrits en matière de recours hypothécaires (article 2559, al. 2). En d'autres termes, du moment qu'il décide de réaliser sa garantie, le créancier titulaire d'une hypothèque sur des valeurs ou des titres peut agir comme s'il était, en effet, déjà titulaire de ces instruments financiers (article 2759, al. 1).

E. Traits communs des hypothèques-propriétés

Aujourd'hui, il y a deux types d'hypothèques pour lesquelles le créancier est investi de prérogatives semblables à celles d'un propriétaire. Premièrement, toutes les espèces d'hypothèques sur les créances monétaires ou sur les revenus découlant d'un bien autre qu'une créance permettent au créancier hypothécaire d'agir

---

[21] L'article 2759 al. 2 C.c.Q. *in fine* dispose que la vente par le créancier purge les droits réels grevant la valeur ou le titre dans la mesure prévue au *Code de procédure civile* (L.R.Q., c. C-25) quant à l'effet de l'adjudication. Cette disposition renverse l'ordre des priorités édicté dans les cas de vente par le créancier par l'effet combiné de l'article 2789 al. 2 et de l'article 2790 C.c.Q.

24-Ciotola.indb 285 12-12-12 15:11

comme s'il était titulaire de la créance ou des revenus. C'est-à-dire que le créancier se trouve presque dans la même position que l'ancien créancier bénéficiaire d'une cession (spécifique ou générale) de créances en garantie.

Deuxièmement, avec le nouveau régime des hypothèques sur les valeurs et les titres intermédiés, certains créanciers, notamment ceux qui sont titulaires d'hypothèques sur les valeurs et les titres, ont également des prérogatives qui s'apparentent au droit de propriété. Par exemple, le créancier d'une hypothèque sur des valeurs mobilières ou des titres obtient le droit de réhypothéquer ces valeurs ou titres à son propre créancier, et l'hypothèque ainsi constituée primera toute hypothèque constituée par le titulaire de la valeur ou du titre, nonobstant sa date de publication. Aussi, tout créancier d'une hypothèque sur les valeurs et les titres est dispensé de suivre les procédures réglementant normalement le processus de réalisation et peut disposer de ces actifs comme s'il en était effectivement le propriétaire.

II. L'HYPOTHÈQUE RENFORCÉE – L'HYPOTHÈQUE-PRIVILÈGE

Dans de nombreuses situations hypothécaires, le créancier ne bénéficie d'aucune prérogative assimilable à la propriété, mais il acquiert néanmoins une part significative de la valeur d'usage des biens hypothéqués, ou une capacité accrue de bénéficier de la valeur d'échange abstraite du bien. Parmi ces situations, on retrouve notamment les cas où le créancier a 1. la jouissance de la chose, 2. un rang privilégié, ou encore 3. un droit de suite renforcé.

A. L'hypothèque-jouissance

À l'origine, en droit français, tant les biens meubles que les biens immeubles étaient susceptibles d'être hypothéqués ou de faire l'objet d'un gage. Puis, le Code civil français a restreint l'hypothèque aux immeubles et le gage aux meubles. Le C.c.B.-C. a adopté le principe suivant lequel « les meubles n'ont pas de suite par hypothèque » (article 2022), mais a retenu, du moins en principe, le nantissement des immeubles (antichrèse) (article 1967). Depuis l'adoption du *Code civil du Québec*, les meubles sont de nouveau

24-Ciotola.indb 286 12-12-12 15:11

susceptibles d'être hypothéqués, mais, par contre, l'antichrèse a été écartée. Seul le gage des biens meubles subsiste (article 2665, al. 2).

9. Le gage mobilier

La redéfinition du gage traditionnel comme hypothèque mobilière avec dépossession représente bien plus qu'un simple changement de nomenclature : plusieurs caractéristiques traditionnelles du gage, comme le droit de rétention du gagiste et la *lex commissaria* ont été abandonnées. Toutefois, l'intensité des droits du gagiste dans le bien hypothéqué demeure supérieure à celle du créancier titulaire d'une hypothèque sans dépossession, même dans le cas où un tel créancier bénéficie aussi d'un simple droit de possession contractuel du bien (meuble ou immeuble) avant que le constituant ne soit en défaut.

Le gage paralyse la plus grande partie des droits de jouissance du constituant : il perd l'usage du bien et le droit de percevoir les fruits et les revenus de la chose gagée ; il conserve uniquement le droit de recevoir les fruits naturels produits par le bien et perçus par le créancier (article 2737). De plus, la possession par le créancier empêche le constituant de détruire, de détériorer ou de diminuer la valeur du gage. Surtout, le gage permet au créancier de stipuler un droit d'user du bien gagé, et de s'approprier les fruits et les revenus générés, qu'ils soient inhérents au bien (intérêts) ou qu'ils découlent de sa location (article 2737). Ensuite, le créancier peut hypothéquer ses droits sur le bien gagé, y compris les droits collatéraux associés au gage, et il peut même, en l'absence de stipulation contraire, « re-gager » ses droits sur les biens mis en gage. À cet égard, le bénéficiaire du gage concrétise également une part de la valeur d'échange du bien gagé.

Enfin, par contraste avec les hypothèques sans dépossession, mais de manière semblable aux droits du créancier titulaire d'une hypothèque sur une créance monétaire, le bénéficiaire du gage sur un bien source de revenus est autorisé à affecter les revenus au paiement des frais, des intérêts et du capital de l'obligation garantie, avant même que les paiements des intérêts et du capital ne soient exigibles (article 2737, al. 2). De même, au moment de la

24-Ciotola.indb 287 12-12-12 15:11

réalisation, le gage permet d'éviter toute résistance lors du délaissement (articles 2763 à 2765).

B. L'hypothèque prioritaire

Une seconde catégorie de droits hypothécaires rehaussés regroupe les cas où le créancier acquiert un rang prioritaire indépendamment de la date à laquelle l'hypothèque est devenue opposable aux tiers. Le régime général des priorités du C.c.Q. suit la maxime *prior tempore potior juris*, déterminant généralement, mais pas toujours, le rang des hypothèques selon la date de publication (article 2945). En plus des deux cas de la première catégorie (les hypothèques-propriétés)[22], il existe une dizaine d'autres types d'hypothèques qui confèrent au créancier une priorité non temporelle privilégiée. Cinq ont trait aux hypothèques sur les biens corporels : 1. l'hypothèque légale de construction, 2. l'hypothèque sur les connaissements et autres titres négociables, 3. l'hypothèque des vendeurs de meubles, 4. l'hypothèque sur les biens futurs et 5. l'hypothèque sur les biens destinés à être incorporés dans un nouveau meuble.

Les cinq autres proviennent de situations particulières qui se présentent en rapport avec les valeurs mobilières et les titres intermédiés : 6. l'hypothèque consentie par un intermédiaire en valeurs mobilières, 7. l'hypothèque détenue par un intermédiaire en valeurs mobilières, 8. l'hypothèque d'un créancier sur des titres intermédiés qui obtient maîtrise des titres, 9. l'hypothèque sur des certificats de valeurs mobilières et 10. le créancier d'une hypothèque mobilière avec dépossession sur des valeurs mobilières.

1. L'hypothèque prioritaire sur les biens corporels

10. L'hypothèque légale de construction

L'hypothèque légale de construction fait figure d'anomalie sur plusieurs points : son mode de constitution simplifié (article 2727),

[22] Notamment, la priorité spéciale résultant de la publication temporaire par anticipation de toutes les hypothèques sur créances (articles 2699 et 2708) et de l'hypothèque sur les polices d'assurance (articles 2457 et 2492).

24-Ciotola.indb 288 12-12-12 15:11

son opposabilité aux tiers sans publication jusqu'à trente jours après la fin des travaux (article 2728) et son assiette extensible (l'hypothèque ne grève pas seulement les travaux ou la construction, mais l'immeuble dans son entier). Cependant, l'élargissement le plus remarquable des prérogatives du créancier est la priorité spéciale qui lui est accordée (article 2952). Parce que l'hypothèque légale de construction est la successeure du privilège de construction du C.c.B.-C., la priorité qui en est issue est fondée sur la nature de la créance plutôt que sur la date de son opposabilité aux tiers. Elle prime toutes les autres hypothèques immobilières jusqu'à concurrence de la plus-value apportée à l'immeuble (article 2952).

11. L'hypothèque sur les connaissements et autres titres négociables

L'hypothèque sur les connaissements et autres titres négociables offre au créancier une opposabilité temporaire mais immédiate de son hypothèque à compter de la date où le créancier a exécuté sa prestation, à condition que l'hypothèque soit inscrite dans le registre approprié (article 2699) ou que le titre soit remis (article 2708) dans les dix jours suivants. Toutefois, à la différence des hypothèques sur les créances ou sur les effets de commerce négociables, le créancier n'acquiert jamais, avant le défaut du débiteur, la valeur d'échange concrète du bien hypothéqué. De plus, en cas de concurrence entre une hypothèque sur un bien meuble représenté par un connaissement et une hypothèque sur le meuble corporel lui-même, les dates respectives des deux hypothèques détermineront leur rang, même si l'hypothèque sur le connaissement est ultimement rendue opposable aux tiers (publiée) par la possession, selon l'article 2708 C.c.Q. En faisant le calcul de date d'opposabilité, il faut, évidemment, rappeler que la date d'opposabilité de l'hypothèque sur connaissement peut remonter jusqu'à dix jours avant la date de sa publication (articles 2699 et 2708).

12. L'hypothèque du vendeur de meubles

La priorité de l'hypothèque du vendeur d'un meuble n'est pas nécessairement déterminée par la date de son enregistrement. Le

24-Ciotola.indb 289 12-12-12 15:11

vendeur peut acquérir un rang supérieur à celui de tout créancier titulaire d'une hypothèque constituée par l'acheteur, pourvu que l'hypothèque du vendeur soit inscrite dans les quinze jours de la vente (article 2954). En effet, le créancier est muni de deux droits exorbitants distincts. D'abord, le vendeur bénéficie d'une période temporaire d'opposabilité automatique, similaire à celle qui a cours en matière de créances, de connaissements et de titres négociables. Même le créancier qui publie une hypothèque sur les biens présents dans les quinze jours de la vente (et supposément leur livraison) risque de voir son hypothèque subordonnée à l'hypothèque du vendeur subséquemment inscrite dans ces quinze jours. Deuxièmement, si l'hypothèque du vendeur est publiée dans les quinze jours de la vente, elle prime l'hypothèque d'un créancier qui a déjà publié une hypothèque sur les biens à venir de l'acquéreur[23].

13. L'hypothèque mobilière sans dépossession grevant les biens futurs

La logique de l'hypothèque mobilière sans dépossession sur les biens futurs (en particulier quand elle prend la forme d'une hypothèque sur une universalité de biens futurs) permet au créancier de se voir attribuer la priorité dont le rang est fixé par rapport à la date de publication, même à l'égard des biens dont le constituant n'est pas encore titulaire du droit hypothéqué. L'hypothèque ne grève pas le bien avant qu'il ne soit acquis par le constituant (article 2670), mais suite à l'acquisition, sa priorité par rapport aux autres hypothèques, y compris d'autres hypothèques sur une uni-

[23] La priorité de l'hypothèque du vendeur d'immeubles repose sur différents fondements. Elle ne constitue pas un super privilège permettant au vendeur de primer le titulaire d'une hypothèque sur une universalité d'immeubles futurs. Parce que les droits sur l'immeuble ne sont opposables qu'au moment de leur publication et que l'hypothèque du vendeur est mentionnée dans l'acte de vente, avant la publication de la vente, l'acheteur (même en possession) n'a pas un titre apparemment libre de toute charge, ce qui pourrait être le cas en matière mobilière (article 2948).

24-Ciotola.indb 290 12-12-12 15:11

versalité de biens futurs, est déterminée par leurs dates d'enregistrement respectives (article 2945)[24].

14. L'hypothèque sur les biens destinés à être incorporés dans un nouveau meuble

Lorsque des hypothèques ont été constituées sur des biens qui sont destinés à être incorporés dans un nouveau meuble, elles sont reportées sur le nouveau meuble (article 2673), et leur rang est déterminé au prorata de leur valeur respective (article 2953). En cas de concurrence entre plusieurs créanciers qui ont hypothéqué le meuble nouveau avant ou après l'incorporation des matières premières, les différentes hypothèques grevant les meubles qui le composent voient leur rang déterminé selon la date de la première publication d'une hypothèque qui grève l'un de ces meubles incorporés (article 2953). Souvent, cela aura pour effet que le créancier hypothécaire des matières premières, qui n'est pas un vendeur, aura priorité sur les créanciers hypothécaires qui auront pu publier leur hypothèque contre le produit fini comme bien futur, avant même la date d'inscription de toutes les hypothèques prises sur les matières premières[25].

---

[24] En matière immobilière, le sort des hypothèques sur une universalité de biens futurs est quelque peu différent. Parce que l'enregistrement se fait contre le bien, la règle prévoyant une opposabilité parallèle à la priorité est limitée aux cas où tous les créanciers ont inscrit leur droit sur le même bien futur avant son acquisition (article 2949).

[25] L'interprétation de l'article 2953 C.c.Q. est incertaine. L'article prévoit que toutes les hypothèques « prennent le rang de la première hypothèque qui a été publiée sur l'un des biens ». Est-ce que l'article évoque la date de publication des hypothèques en concurrence, ou est-ce qu'il évoque les conséquences de cette publication sur la priorité ? Dans le premier cas, un vendeur qui publie son hypothèque après qu'un autre créancier ait publié une hypothèque sur l'une ou l'autre des matières premières incorporées dans le nouveau bien verra son rang reporté à la date de publication par le créancier qui fut le premier à publier. Dans le second cas, toutes les hypothèques sur les matières premières bénéficieront de la supériorité prévue à l'article 2954 C.c.Q. sur toutes les hypothèques publiées contre le nouveau meuble en tant que bien futur, pourvu que le vendeur ait publié son hypothèque dans les quinze jours de la vente.

24-Ciotola.indb 291 12-12-12 15:11

2. L'hypothèque prioritaire sur les valeurs mobilières et titres intermédiés

La structure du régime des hypothèques sur les valeurs mobilières et les titres intermédiés fut discutée dans la section précédente. En plus des situations où le Code attribue aux créanciers d'hypothèques sur les valeurs mobilières des prérogatives semblables au droit de propriété, il existe des situations où certains créanciers bénéficient d'un rang privilégié, sans nécessairement avoir de droit de jouissance bonifié. En plus, le régime général envisage, dans quelques cas, des modes de publication simplifiés. Ces deux dérogations au régime de droit commun des hypothèques feront l'objet de cette sous-section.

15. L'hypothèque consentie par un intermédiaire en valeurs mobilières

Lorsque le constituant de l'hypothèque est un intermédiaire en valeurs mobilières, l'article 2701.1 C.c.Q. prévoit une situation qui est appelée aux États-Unis « *automatic perfection* ». L'hypothèque est réputée publiée du simple fait d'avoir été constituée par un intermédiaire en valeurs mobilières. Si plusieurs hypothèques de la sorte sont constituées par l'intermédiaire, elles deviendront concurrentes, nonobstant la date de leur constitution (article 2701.1, al. 2).

16. L'hypothèque sur les certificats de valeurs mobilières

L'article 2714.7 C.c.Q. dispose que les certificats de valeurs mobilières peuvent faire l'objet d'une dépossession par remise physique conformément à la loi, même si elles ne sont pas négociables. Ces règles facilitent la publicité par dépossession de toutes les hypothèques sur des valeurs ou des titres intermédiés.

17. L'hypothèque d'un créancier sur les titres intermédiés qui obtient maîtrise des titres

Le nouveau régime rompt significativement avec le schéma de priorité applicable aux autres hypothèques mobilières. Une pre-

24-Ciotola.indb 292 12-12-12 15:11

mière exception au régime général prévu par le Code porte sur la manière dont les hypothèques sur les valeurs et titres peuvent être publiés. De telles hypothèques peuvent faire l'objet d'une publication dans le Registre des droits personnels et réels mobiliers, ou par possession. En dépit de l'amendement à l'article 2702 C.c.Q., qui dispose que les hypothèques mobilières avec dépossession sont constituées par la remise matérielle de l'objet du gage, l'article 2714.1 C.c.Q. prévoit qu'en matière d'hypothèques sur les valeurs mobilières et les titres intermédiés, l'exigence de dépossession peut être satisfaite par l'obtention de leur *maîtrise*, au sens de la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés*, par le créancier[26].

Une seconde caractéristique du nouveau régime réside dans l'atteinte aux règles normales de priorité. Dès que la publicité d'une hypothèque mobilière avec dépossession est assurée par la maîtrise, cette hypothèque est classée prioritairement à toutes les autres, peu importe leur mode de publication (article 2714.2). Cela ne semble pas entraîner de conflit avec un créancier qui a la possession actuelle des valeurs, mais cela crée une priorité spéciale par rapport aux créanciers dont les hypothèques ont fait l'objet d'une publicité par inscription dans les registres. Lorsque plusieurs créanciers ont la maîtrise, c'est la date de constitution qui détermine le rang, à moins que l'un des créanciers concurrents ne devienne le possesseur du titre : le cas échéant, le créancier possesseur prime sur les autres.

18. L'hypothèque détenue par un intermédiaire en valeurs mobilières

Une autre entorse aux règles classiques du régime de priorité des hypothèques ressort de l'article 2714.3 C.c.Q., qui donne une priorité absolue à l'hypothèque consentie en faveur d'un intermédiaire en valeurs mobilières, sur une valeur mobilière ou un titre

---

[26] L.R.Q., c. T-11.002, art. 55, 56, 113, 115. Sur la notion de maîtrise, voir Michel DESCHAMPS, « Le nouveau régime québécois des sûretés sur les valeurs mobilières », (2009) 43 *R. du B.* 545, 553-555.

24-Ciotola.indb 293 12-12-12 15:11

intermédié détenu par cet intermédiaire, nonobstant la date de publication des hypothèques en concurrence.

19. Le créancier d'une hypothèque mobilière avec dépossession sur des valeurs mobilières

L'article 2714.4 dispose qu'une hypothèque constituée par la remise matérielle de certificats de valeurs mobilières (même lorsque le créancier n'en a pas la maîtrise) est prioritaire à toutes les hypothèques sans dépossession portant sur les mêmes valeurs, quelle que soit leur date de publication.

C. L'hypothèque extensible

Deux espèces d'hypothèques déjà mentionnées, l'hypothèque sur les biens destinés à être incorporés dans un nouveau meuble et l'hypothèque de construction, ont la particularité de pouvoir s'étendre à des biens qui n'étaient pas initialement hypothéqués. À la différence du cas où l'hypothèque grève un nouveau bien par un mécanisme de subrogation réelle (articles 2674 et 2679), la notion d'hypothèque extensible est considérée comme un dérivé des principes d'accession (article 2671). Dans ces cas-ci, la particularité provient du fait que le droit de suite est maintenu, même si le bien initialement grevé fait partie d'un nouveau bien, et l'hypothèque n'est pas éteinte suite à cette incorporation, mais grève l'ensemble du bien dans lequel le bien initialement hypothéqué est incorporé[27]. En d'autres termes, la bonification vise uniquement le droit de suite et, souvent, la contrepartie de l'extension de l'hypothèque sera sa relégation à un rang inférieur sur la nouvelle assiette hypothécaire.

---

[27] Tous les cas impliquant une accession ne déboucheront pas sur un droit de suite renforcé. Lorsqu'un bien meuble hypothéqué est rattaché de façon permanente à un immeuble, sans perdre son identité propre, ou sans lui être incorporé (article 903), pour les fins de l'exécution de l'hypothèque, le rattachement ne modifie pas le caractère mobilier de l'hypothèque sur le bien initial (article 2672). De même, lorsque le bien meuble est incorporé à un autre meuble sans perdre son identité propre, le créancier hypothécaire peut demander la séparation des matières premières et exercer son droit hypothécaire sur les matières premières détachées (article 971 *a contrario*).

24-Ciotola.indb 294 12-12-12 15:11

20. Les hypothèques sur les meubles incorporés dans un immeuble

Un premier exemple d'une bonification du droit de suite ayant eu pour conséquence une dégradation du rang concerne l'hypothèque mobilière sur des matériaux de construction qui sont pleinement incorporés à un immeuble, au point qu'ils en perdent leur identité. Selon la règle de l'extinction par changement de nature de la propriété grevée (article 2796), l'hypothèque mobilière est éteinte. Par contre, le Code prévoit que l'hypothèque mobilière peut être inscrite contre l'immeuble qui est, tout comme dans le cas de l'hypothèque légale de construction, grevé dans son intégralité (article 2951). Néanmoins, par contraste avec l'hypothèque légale de construction, cette hypothèque transformée n'a pas de rang prioritaire. Son rang ne correspond ni à la date de sa publication initiale en tant qu'hypothèque mobilière, ni, le cas échéant, au rang attribué à l'hypothèque du vendeur de meubles. Il est plutôt est fixé à la date de son inscription au Registre foncier. Inévitablement, cela veut dire que cette nouvelle hypothèque aura un rang inférieur, la plupart des immeubles étant déjà grevés d'hypothèques.

21. L'hypothèque sur un meuble qui se joint à un autre par accession

Il s'agit d'une autre hypothèse d'extension de l'assiette sans conséquence particulière sur la priorité. Elle survient lorsqu'un meuble hypothéqué devient partie d'un autre parce qu'il ne peut en être séparé sans endommager le nouveau bien ainsi formé ou parce qu'il a perdu son identité propre (article 2673). Notons pour l'essentiel que l'assiette d'une hypothèque sur des matières premières composant le bien d'origine est étendue à l'ensemble final, même si, dans certains cas, cela se solde par un rang inférieur plutôt qu'une priorité accrue[28].

---

[28] Par exemple, la première hypothèque grevant le bien, qui a la valeur la plus élevée, verra son rang attribué au prorata de l'hypothèque sur les composants de valeur la plus faible, plutôt que de grever en priorité le nouveau bien dans son entier.

24-Ciotola.indb 295 12-12-12 15:11

22. L'hypothèque sur un immeuble qui se joint à un autre par accession naturelle

Il existe un cas où les règles d'accession immobilière entraînent une extension de l'assiette. Dans l'hypothèse d'une accession naturelle, où chacun des immeubles a été hypothéqué, chacune des hypothèques sera étendue à l'ensemble immobilier et verra son rang déterminé selon sa date initiale et non selon sa date d'inscription au registre faisant suite à l'accession immobilière[29].

D. Traits communs des hypothèques-privilèges

Tous les mécanismes étudiés ci-dessus illustrent des situations où le Code améliore en quelque sorte la situation du créancier hypothécaire. Dans un premier cas, l'exemple du gage, les droits de jouissance du créancier sont bonifiés, ce qui veut dire qu'il profite d'une partie de la valeur d'usage du bien hypothéqué. Dans les autres cas, la bonification ne vise pas la valeur d'usage, mais plutôt la valeur d'échange dans l'abstrait. Quelques situations envisagent l'amélioration du rang d'un créancier par rapport à certains autres créanciers : l'hypothèque procure au créancier une super-priorité qui lui permet de devancer un autre créancier qui aurait déjà publié son hypothèque au moment de la publication des droits du créancier privilégié. D'autres situations envisagent une bonification liée au fait que l'assiette de l'hypothèque est élargie et étendue aux biens qui n'étaient pas initialement hypothéqués. Dans tous ces cas, le Code élabore un sous-régime hypothécaire qui confère au titulaire de certaines hypothèques des droits supérieurs vis-

[29] Une telle solution causerait en pratique de nombreux problèmes. Avant que toute forme de nouvelle publication ne puisse être entreprise, il serait nécessaire de procéder à l'élaboration d'un nouveau plan cadastral conformément aux articles 3030, 3043, 3044 et 3054 al. 2 C.c.Q. Prenons l'exemple de deux lots (par hypothèse A et B). Chacun des créanciers hypothécaires doit y consentir. En raison du principe d'indivisibilité de l'hypothèque, le lot A serait grevé de la totalité du montant de l'obligation garantie par l'hypothèque sur le lot B, ce qui aurait pour effet de diminuer la garantie initialement accordée au créancier hypothécaire du lot A. La difficulté est évidente, du fait de l'obligation légale de modifier les descriptions de chacun des immeubles, à des fins tant cadastrales que de publicité.

24-Ciotola.indb 296 12-12-12 15:11

à-vis d'autres créanciers hypothécaires, et qui, par conséquent, améliore la valeur d'échange abstraite du bien hypothéqué pour ce créancier.

III. L'hypothèque de droit commun – l'hypothèque-sûreté

Actuellement, le C.c.Q. élabore deux régimes d'hypothèque où l'intensité des droits des créanciers est semblable à la situation des hypothèques immobilières sous le C.c.B.-C. : l'hypothèque immobilière sur un immeuble corporel et ses démembrements[30] et l'hypothèque mobilière sans dépossession sur un véhicule routier inscrit dans le registre sous une fiche descriptive.

A. L'hypothèque immobilière

23. L'hypothèque immobilière conventionnelle sur un immeuble corporel

Sous le C.c.B.-C., seuls les immeubles étaient susceptibles d'être hypothéqués. La logique des hypothèques conventionnelles sur les immeubles permettait au constituant de disposer avant défaut d'une part significative de la valeur d'échange abstraite du bien (qui pouvait être concrètement obtenue par le créancier hypothécaire lors d'une procédure de réalisation) sans abandonner pour autant sa valeur d'usage. Cette logique est maintenue sous le C.c.Q. En l'absence de stipulation contraire, le constituant conserve son droit d'usage sur l'immeuble et peut récupérer les revenus générés par la location ou par toute autre forme de mise à disposition du bien à un tiers (article 2733), au moins jusqu'au défaut (article 2768, 1302). Les fruits naturels provenant de l'immeuble reviennent au constituant et, une fois détachés, ils ne sont plus grevés par l'hypothèque (article 2796). La constitution d'une hypothèque atténue nécessairement le droit d'*abusus* du constituant, dans la mesure

[30] Le droit commun des hypothèques s'applique uniquement aux immeubles corporels et aux démembrements de la propriété immobilière, et ce, même si l'hypothèque sur les loyers (qui sont des meubles), à laquelle s'applique le régime des hypothèques sur les créances monétaires, est une hypothèque immobilière (article 2695).

24-Ciotola.indb 297 12-12-12 15:11

où il ne peut ni vendre la propriété sans l'hypothèque qui la grève, ni la dégrader, ni porter atteinte à son capital (article 2734). Néanmoins, la valeur d'échange concrète du bien reste attribuée au constituant (article 2733 *in fine*).

Le droit de suite dépend exclusivement de l'inscription de l'hypothèque au Registre foncier. Aucune règle spéciale ne vient améliorer, étendre ou simplifier les procédures par lesquelles l'hypothèque immobilière est organisée à l'égard des tiers. Cette fois encore, la priorité des hypothèques suit leur ordre de publication au Registre foncier (articles 2938, 2945, et 2948)[31]. La publication protège l'hypothèque contre la prescription de bonne foi et conserve les droits hypothécaires contre l'immeuble jusqu'à la fin du délai de prescription de 30 ans (article 2799).

B. L'hypothèque mobilière sans dépossession

24. L'hypothèque mobilière conventionnelle sur un véhicule routier

La structure d'ensemble du C.c.Q. pourrait laisser croire que les régimes ordinaires des hypothèques immobilières et mobilières sans dépossession sont, à l'exception de leur mode de constitution et du lieu de leur publication, identiques. La similarité se perçoit tant sous l'angle conceptuel que sous l'angle fonctionnel : l'attribution des droits d'*usus*, d'*abusus* et de *fructus*, la procédure d'exécution et de réalisation, et les règles gouvernant les priorités. Par ailleurs, en pratique, l'exercice du droit de suite est loin d'obéir aux mêmes règles.

---

[31] L'hypothèque peut être constituée sur un immeuble futur et être inscrite contre un immeuble particulier non encore acquis par le constituant (article 2949), mais cette hypothèque ne deviendra opposable aux tiers qu'après que le constituant ait inscrit son titre (article 2670). Lorsque plusieurs hypothèques sur un immeuble futur sont concurrentes, leur rang est déterminé selon leur date de publication, mais ce rang sera inférieur à toute hypothèque constituée par le vendeur et publiée préalablement à la vente (article 2948).

24-Ciotola.indb 298 12-12-12 15:11

En principe, l'hypothèque mobilière sans dépossession est inscrite au Registre des droits personnels et réels mobiliers sous le nom du constituant, et non par référence au bien hypothéqué (article 2980). Néanmoins, l'article 15 du *Règlement sur le Registre des droits personnels et réels immobiliers* permet aussi l'inscription dans le RDPRM d'une hypothèque grevant un véhicule motorisé par une fiche descriptive. L'intérêt de la fiche descriptive se trouve dans les règles gouvernant le droit de suite en cas de vente du bien hypothéqué. Lorsqu'un meuble est vendu dans le cours des activités d'une entreprise, l'hypothèque ne suit pas le bien dans les mains de l'acquéreur (article 2674). Si le meuble est vendu en dehors du cours des activités d'une l'entreprise, l'hypothèque subsiste, à moins que le créancier ne consente à la vente ou omette de réenregistrer l'hypothèque sous le nom de l'acquéreur dans les quinze jours suivant la réception d'un avis l'informant du transfert du bien (articles 2700, 2732). Même si l'acquéreur n'a pas connaissance de l'existence de l'hypothèque, elle continue néanmoins de grever le bien jusqu'à ce que l'acquéreur puisse opposer la prescription acquisitive de trois ans (article 2919).

Par contraste, lorsque l'hypothèque grève un bien qui fait l'objet d'une inscription au Registre dans une fiche descriptive, cette inscription préserve l'hypothèque même dans le cas où le créancier est informé par écrit du changement de propriétaire et omet de réinscrire l'hypothèque dans la fiche nominative sous le nom de l'acquéreur. L'hypothèque qui suit le bien continuera de le grever, quel que soit le nombre de ventes successives dont le véhicule fait l'objet. En outre, dans l'hypothèse où une hypothèque constituée par un acquéreur postérieur est inscrite sous le nom dudit acquéreur, cette hypothèque sera subordonnée à l'hypothèque du créancier qui a effectué un enregistrement par fiche descriptive, peu importe alors que cette première hypothèque ait été inscrite ou renouvelée dans la fiche nominative. En définitive, tout comme dans le cas des hypothèques immobilières, l'inscription par fiche descriptive empêche l'acquéreur de profiter de la période abrégée de prescription acquisitive de bonne foi. L'hypothèque sera maintenue pendant le délai de dix ans suivant l'inscription descriptive ou son renouvellement (article 2798).

24-Ciotola.indb 299 12-12-12 15:11

C. Traits communs des hypothèques-sûretés

Nous avons tenu pour acquis que le modèle classique de l'hypothèque traditionnelle sur les immeubles corporels et leurs démembrements reflète le paradigme de la sûreté réelle en droit civil.[32] Le créancier acquiert un droit réel accessoire dans les biens hypothéqués, mais d'autre part, le constituant retient l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*, selon le cas. Le créancier acquiert un droit réel, opposable à tous, qui lui permet de suivre le bien en quelque mains qu'il soit, suite à une vente ou à toute autre mutation de propriété, de destination, ou de nature juridique. Le créancier est muni de droits renforcés et de recours réels particuliers exorbitants des droits et recours à la portée des créanciers chirographaires. Le créancier obtient également une préférence pour l'exercice de ses droits dans le produit de la vente des biens hypothéqués, préférence qui prend rang, en principe, selon un critère temporel – *prior tempore, potior juris*. En d'autres termes, le créancier ne peut revendiquer ni le droit de jouissance actuelle, ni la valeur d'usage du bien, ni même une part significative de sa valeur d'échange concrète. Sa garantie repose sur la valeur d'échange abstraite, soit son droit de réaliser cette valeur *in concreto* au moment du défaut du constituant. La seule autre hypothèque du Code actuel qui reprend ces attributs est l'hypothèque mobilière sans dépossession sur un véhicule routier, quand elle est publiée par voie de fiche descriptive dans le RDPRM.

IV. Les hypothèques fragilisées – l'hypothèque hypothétique

Les pendants des hypothèques-propriétés et des hypothèques-privilèges, où les prérogatives du créancier hypothécaire dépassent celles du titulaire d'une hypothèque-sûreté, sont les hypothèses d'hypothèques fragilisées, où les prérogatives du créancier sont 1. atténuées, ou 2. parfois annulées ou anéanties. Dans ces cas, le bien hypothéqué est visé uniquement sous l'angle de sa valeur

---

[32] Jean-François RIFFARD, *Droit des sûretés,* Paris, Bréal, 2010, p. 12 : « la sûreté réelle vise cumulativement, d'une part, la rupture de l'égalité, et d'autre part, l'affectation de biens au paiement de la dette. »

24-Ciotola.indb 300 12-12-12 15:11

d'échange abstraite, sans référence à sa valeur d'usage ni à sa valeur d'échange concrète au moment même du défaut et de sa réalisation. En conséquence, cette fragilisation assure que tant sa valeur d'usage que sa valeur d'échange pourront être exploitées pleinement par le constituant.

A. Les droits hypothécaires atténués

Le C.c.Q. envisage deux types de situations dans lesquelles une hypothèque voit ses conséquences atténuées. Dans certaines de ces situations, l'atténuation découle d'une limitation spécifique provenant des règles fondamentales du droit des biens, alors que dans d'autres, l'atténuation découle d'une règle procédurale relative à l'exécution des hypothèques.

25. L'hypothèque sur la nue-propriété

La « force de consolidation » – *vis attractiva* – est un caractère fondamental du droit de propriété (et des droits réels inférieurs). En ce qui concerne les hypothèques, le C.c.Q. traduit l'aspect *matériel* de ce pouvoir par la règle selon laquelle les hypothèques s'étendent à tout ce qui s'unit par accession au bien hypothéqué, dans la plupart des cas indépendamment du fait que le bien hypothéqué soit le bien principal ou le bien incorporé (article 2671). On pourrait s'attendre à un constat semblable en présence d'une consolidation *juridique* des droits réels inférieurs. L'hypothèque constituée sur la nue-propriété, après la concession d'un démembrement, devrait grever la pleine propriété une fois le démembrement terminé[33], et les hypothèques grevant l'ancien démembrement devraient être éteintes. Toutefois, l'article 2669 dispose que les hypothèques sur la nue-propriété ne s'étendent pas à la pleine propriété lors de l'extinction du démembrement. On présume que le même principe s'applique à la consolidation

[33] Il y a, toutefois, deux situations de consolidation des démembrements où l'hypothèque sur le démembrement n'est pas éteint : 1) lorsque l'emphytéose prend fin par une résiliation à l'amiable ; et 2) lorsque l'emphythéose prend fin par la réunion des qualités de nu-propriétaire et d'emphytéote (article 1209).

24-Ciotola.indb 301 12-12-12 15:11

de tous les droits réels inférieurs : la consolidation d'un droit d'usage issu de l'usufruit ou, pour les immeubles, la consolidation d'un droit d'usage ou d'un usufruit dans l'emphytéose. À l'inverse, étant donné que l'article 2669 pose une exception à un principe général du droit des biens, le principe qu'il énonce ne devrait pas s'étendre aux cas de consolidation de deux droits de propriété distincts, comme dans le cas de l'extinction d'une indivision (article 2679 *a contrario*) ou d'un droit de propriété superficiaire (article 1110).

26. Les hypothèques légales réductibles

À l'exception de l'hypothèque légale de l'État, l'assiette et l'existence même des hypothèques légales sont sujettes à modification par le tribunal. Sur demande du propriétaire du bien grevé, le tribunal peut ordonner la réduction du nombre de biens grevés par l'hypothèque, ou même la substitution du bien hypothéqué par un autre (article 2731). La réduction n'intervient normalement que lorsque l'hypothèque légale vise à garantir l'exécution d'un jugement (article 2730), puisque l'hypothèque légale de construction (articles 2726 à 2728) et l'hypothèque légale du syndicat des copropriétaires (article 2729) ne chargent en principe qu'un seul bien (l'unité de construction, ou la fraction du copropriétaire en défaut, le cas échéant). Dans ces dernières hypothèses d'un bien unique, le tribunal peut ordonner soit la substitution d'un bien par un autre, généralement de moindre valeur (forme de subrogation réelle judiciairement prononcée, qui diffère des situations de subrogation légale prévue aux articles 2674 à 2679), soit le remplacement de l'hypothèque par une autre sûreté non hypothécaire. Bien sûr, cette toute dernière hypothèse conduit non pas à une atténuation du droit hypothécaire, mais à son extinction : il s'agit alors d'un exemple d'hypothèque annulable.

B. Les droits hypothécaires « annulables » et contingents

Dans quatre cas distincts, le C.c.Q. dispose qu'une hypothèque sur certains biens peut être totalement éteinte par certains évènements indépendants de la volonté du créancier, et sans relation avec un changement matériel de l'objet hypothéqué (tel que mentionnés dans les articles 2795 et 2796 C.c.Q : immobilisation, classement en bien culturel, etc.). Ces causes d'extinction se re-

24-Ciotola.indb 302 12-12-12 15:11

trouvent dans les cas de 1. la substitution de sûreté, 2. des hypothèques mobilières sans dépossession, 3. des hypothèques sur les biens destinés à être vendus dans le cours des activités d'une entreprise, et 4. des hypothèques ouvertes.

27. Les hypothèques légales annulables ou anéanties

Comme rappelé précédemment, sauf en ce qui concerne l'hypothèque légale de l'État, le tribunal peut ordonner la radiation de l'hypothèque pour lui substituer une autre sûreté non hypothécaire estimée suffisante (article 2731). Dans cette hypothèse, il n'y pas de transfert de l'hypothèque sur un bien de remplacement, ni d'effet de subrogation légale ou judiciaire. Ici, l'hypothèque est simplement éteinte par décret judiciaire, nonobstant le fait que l'obligation qu'elle garantit reste impayée.

28. Les hypothèques mobilières sans dépossession sur les biens présents

Le régime général gouvernant les hypothèques mobilières sans dépossession sur les biens présents, qu'il s'agisse d'un bien unique ou d'une universalité de biens, minimise le droit de suite comparativement au régime des hypothèques immobilières. Ce régime s'applique aux meubles qui ne sont ni enregistrés avec une fiche descriptive, ni destinés à être vendus dans le cours des activités d'une entreprise. Le C.c.Q. dispose que le droit de suite est anéanti si l'hypothèque n'est pas réinscrite au nom du nouvel acquéreur dans les quinze jours suivant l'avis écrit informant le créancier du transfert ou son consentement écrit (article 2700). Lorsqu'un seul bien est grevé, l'hypothèque elle-même est éteinte ; si plusieurs meubles sont grevés, selon le principe d'indivisibilité de l'hypothèque (article 2662), l'absence d'enregistrement en temps utile n'éteindra l'hypothèque que sur le bien en question, réduisant ainsi l'assiette de l'hypothèque qui grève toujours les autres meubles.

24-Ciotola.indb 303 12-12-12 15:11

29. Les hypothèques sur les biens destinés à être vendus dans le cours des activités d'une entreprise

L'hypothèque mobilière sur les biens destinés à être vendus dans le cours des activités d'une entreprise ne suit pas les biens dans les mains de l'acheteur (articles 2700 et 2674, par déduction). L'hypothèque est reportée, toutefois, sur un bien de remplacement de même nature (si l'hypothèque grève une universalité de biens, voir l'article 2674, al. 1) ou sur tout bien remplaçant le bien vendu (si l'hypothèque grève un bien individualisé), par l'inscription d'un avis identifiant le nouveau bien (article 2674, al. 2). Dans les deux cas, en l'absence de bien de remplacement, l'hypothèque grèvera le revenu de la vente, à condition que le créancier ait fait en sorte d'assurer l'opposabilité de l'hypothèque sur les sommes provenant de la vente (article 2674, al. 3). Dans cette troisième situation, cependant, le rang de la sûreté ne sera pas déterminé par la date de l'inscription sur le bien initialement grevé. L'hypothèque reportée prendra rang selon la date son inscription comme hypothèque grevant les créances. Dans plusieurs cas, cela veut dire que le créancier dont l'hypothèque est reportée prendra rang après le créancier hypothécaire sur une universalité de créances, qui aurait publié ses droits antérieurement.

30. L'hypothèque ouverte

L'hypothèque ouverte grève de façon variable les biens compris dans son assiette : meubles, immeubles, créances. Bien que pleinement exigible à l'égard du constituant, elle ne produit aucun effet à l'égard des tiers avant l'inscription d'un avis de clôture (articles 2716, 2717, 2755 et 2955). Mis à part le cas de la concurrence entre plusieurs hypothèques ouvertes, la priorité est fixée par la date de l'inscription de l'avis de clôture (article 2955). Avant la clôture, le constituant d'une hypothèque ouverte conserve le plein droit de jouissance de ses biens – *usus, fructus, abusus.* À la différence du cas de la vente dans le cours des activités d'une entreprise, le constituant conserve non seulement le droit de disposer du bien meuble ou immeuble libre de l'hypothèque qui le grève, mais également du droit de le détériorer ou le détruire, sauf stipulation contraire dans l'acte d'hypothèque (article 2734).

24-Ciotola.indb 304 12-12-12 15:11

C. Traits communs des hypothèques hypothétiques

L'essence d'une sûreté réelle réside dans la certitude procurée au créancier selon laquelle il pourrait s'approprier la valeur économique du bien advenant le défaut du constituant de remplir l'obligation garantie. L'économie générale des hypothèques traduit bien cet objectif. L'hypothèque est un droit réel, comprenant un droit de suite opposable à tous lors d'une vente ou de toute autre mutation de propriété, de destination, ou de nature juridique du bien grevé. Bien que les hypothèques hypothétiques dont il est question ici soient en principe des droits réels, le droit de suite est fragilisé au point où le créancier ne connaîtra l'objet véritable de sa garantie qu'au moment de la réalisation. Dans ces cas, le bien hypothéqué est considéré uniquement sous l'angle de sa valeur d'échange abstraite, sans référence à sa valeur d'usage, ni à sa valeur d'échange concrète au moment de la constitution de l'hypothèque. Parfois, l'hypothèque grève le bien au moment de sa constitution, mais dans le cours des affaires, il est présumé que l'hypothèque pourra cesser de grever le bien sans l'intervention du créancier. Parfois, l'hypothèque ne grève le bien de manière substantive qu'au moment du défaut. Jusqu'alors, la valeur d'usage et la valeur d'échange peuvent être exploitées dans toute leur ampleur par le constituant. En d'autres termes, le bien objet de l'hypothèque est uniquement envisagé sous l'angle de sa valeur d'échange abstraite, sans référence à la jouissance actuelle, à sa valeur d'usage, ou à sa valeur d'échange potentielle lors de la réalisation.

CONCLUSION : VERS UNE NOUVELLE TAXINOMIE DES HYPOTHÈQUES

La politique juridique adoptée par l'Assemblée nationale, consistant à caractériser d'hypothèque toutes les sûretés réelles portant sur les biens du constituant, a des implications profondes sur le fonctionnement du régime hypothécaire. En dépit de l'apparence de structure unitaire dans les chapitres I, V et VI du titre troisième du livre sixième du C.c.Q., en pratique, les divers types d'hypothèques élaborés par les articles 2681 à 2747 produisent des conséquences disparates.

24-Ciotola.indb 305 12-12-12 15:11

L'inventaire des espèces d'hypothèques répertoriées dans le Code fait à peine allusion à ces écarts. Que ces distinctions portent sur la source, le mode de constitution, l'objet, le statut du constituant de l'hypothèque, le statut du créancier, les conditions d'opposabilité aux tiers, le rang des hypothèques et le mode d'exécution des hypothèques, ces catégories formelles n'offrent pas une ligne claire permettant l'évaluation de l'intensité des droits des créanciers hypothécaires, tant en amont qu'en aval du défaut. Il y en a deux explications : la logique conceptuelle sous-jacente à chacune de ces catégories formelles n'est pas commensurable, et les catégories elles-mêmes ne sont pas mutuellement exclusives. Par conséquent, une classification détaillée des hypothèques fondée sur une combinaison lexicale de ces catégories formelles n'est pas suffisante à la compréhension de l'ensemble des hypothèques contemporaines. En effet, cet exercice mène à la conclusion que la tournure « unité théorique, diversité technique » empruntée du droit des obligations[34] est probablement inapplicable au régime hypothécaire actuel : la diversité se manifeste autant au niveau théorique qu'au niveau technique.[35]

Cet essai a tenté d'esquisser un schéma alternatif de classification des hypothèques, qui repose non pas sur des critères formels, mais plutôt sur les différents degrés d'intensité des droits hypothécaires que peut exercer un créancier avant le défaut du constituant. Pour fins d'illustration, nous avons examiné trente situations hypothécaires distinctes, regroupées en quatre catégories principales et en neuf sous-catégories d'intensité[36]. Bien que notre répertoire d'hypothèques comprenne une vingtaine d'autres espèces dont nous n'avons pas discuté dans cet essai, nous croyons que, du point de vue fonctionnel, le régime général d'hypothèques

---

34 Voir Paul-André CRÉPEAU, « Des régimes contractuel et délictuel de responsabilité civile en droit civil canadien », (1962) 22 *R. du B.* 501.

35 Une conclusion semblable ressort de l'essai de Pierre CIOTOLA, « Droit des sûretés : épizootisme législatif ou contre-réforme ? », (2003) 105 *Revue du Notariat* 853.

36 Nous avons déjà fait référence à l'inventaire fouillé de 45 hypothèques élaborées par Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 4e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2009.

24-Ciotola.indb 306 12-12-12 15:11

que l'on retrouve au *Code civil du Québec* repose sur les quatre « idéaux-types » théoriques que nous avons présentés : l'hypothèque-propriété, l'hypothèque-privilège, l'hypothèque-sûreté et l'hypothèque hypothétique.

Aux extrêmes opposés, il y a l'hypothèque sur les créances monétaires et l'hypothèque ouverte. Dans le premier cas, la valeur d'usage du bien est immédiatement attribuée au créancier hypothécaire, même avant le défaut. Ce droit, combiné avec l'attribution de la valeur d'échange concrète au créancier, reflétée par son droit de s'approprier tout remboursement du capital, prive le constituant de la quasi-totalité de ses prérogatives de propriétaire du bien hypothéqué. Dans le dernier cas, le bien objet de l'hypothèque est uniquement envisagé sous l'angle de sa valeur d'échange abstraite, sans référence à la jouissance actuelle, à la valeur d'usage du bien grevé, ou à sa valeur d'échange concrète, telle que déterminée lors de la réalisation. En amont du défaut et de la clôture, le créancier hypothécaire ne peut exercer ses droits contre les tiers. De cette façon, le C.c.Q. garantit que la valeur d'échange peut être exploitée dans toute son ampleur par le constituant.

En ce qui a trait aux deux situations médianes, la répartition de la valeur d'usage et de la valeur d'échange entre créancier et constituant est plus nuancée. Dans le cas du gage, envisagé comme un archétype de l'hypothèque-privilège, le créancier obtient un droit de jouissance actuelle (ou la valeur d'usage du bien hypothéqué), mais ne profite que d'une partie de sa valeur d'échange concrète. Dans le cas de l'hypothèque immobilière sur les immeubles corporels, vue comme un archétype de l'hypothèque-sûreté, le créancier ne peut revendiquer le droit de jouissance actuelle ou la valeur d'usage du bien, ni même une part significative de sa valeur d'échange concrète. Sa garantie repose sur la valeur d'échange abstraite, soit sur son droit de réaliser cette valeur *in concreto* au moment du défaut du constituant.

La gradation entre ces quatre idéaux types de l'intensité des droits du créancier hypothécaire en amont du défaut (comprenant également diverses situations correspondantes dans chaque catégorie) constitue une première étape dans l'élaboration d'une taxinomie fonctionnelle et efficiente des différentes hypothèques

24-Ciotola.indb 307 12-12-12 15:11

présentées dans le C.c.Q. Il va sans dire que plusieurs des attributs fonctionnels de chaque catégorie sont énoncés dans les règles qui peuvent être écartées par les parties dans leurs conventions. Toutefois, nous espérons que la nouvelle taxonomie que nous proposons permettra une meilleure compréhension de la logique économique des principales espèces d'hypothèques, et aboutira sur des développements doctrinaux et jurisprudentiels quant aux conséquences propres à chacune.

24-Ciotola.indb 308 12-12-12 15:11

LA NATURE JURIDIQUE DU CONTRAT DE FRANCHISE : UN REGARD SUR 25 ANNÉES DE JURISPRUDENCE ET DE DOCTRINE

Paul-André MATHIEU*

INTRODUCTION 311

I. LA NATURE DE LA CONVENTION DE FRANCHISE 312
A. Définition 312
B. Les caractéristiques du contrat de franchise 314
C. Observations sur la notion de contrat d'adhésion 315
D. Observations sur la licence d'une marque 316

II. LE CONTENU IMPLICITE DE LA CONVENTION DE FRANCHISE 320
A. Le contenu de la convention de franchise 320
B. Les obligations implicites du franchiseur envers ses franchisés 322
1. L'obligation générale de bonne foi 322
2. Obligation d'information 332
3. Obligation d'assistance pendant le contrat 334
C. De nouveaux horizons quant à l'étendue du contenu implicite 339
1. Obligation de protéger l'intégrité du système 339
2. Obligation de loyauté (l'abus de droit) 340
3. Obligation de pardonner 343
4. Obligation de racheter les inventaires à la fin du contrat 344
D. Obligations implicites qui incombent au franchisé 346
1. L'obligation de se renseigner 346
2. L'obligation de contribuer au système 350
3. L'obligation de loyauté 350

CONCLUSION 352

* LL. B., LL. M., avocat en pratique privée. L'auteur tient à remercier Me Fabienne Candéago, LL. M., pour la révision du texte ainsi que pour la grande pertinence de ses suggestions. Les opinons exprimées dans cette contribution n'engagent toutefois la responsabilité que de l'auteur.

24-Ciotola.indb 309 12-12-12 15:11

24-Ciotola.indb 310 12-12-12 15:11

INTRODUCTION

En 1985, sous la direction de M^e^ Pierre Ciotola, j'entreprenais la rédaction d'une thèse de maîtrise sur un sujet qui avait suscité ma curiosité : les contrats de franchise. M^e^ Ciotola avait été amené à diriger mes travaux de recherche sur ce sujet singulier qui avait jusqu'alors été peu exploré, mais qui suscitait déjà un véritable engouement auprès des entrepreneurs québécois. Il faut savoir que les années 1980 ont été l'époque de la naissance et du développement d'un grand nombre de réseaux de franchises qui ont connu énormément de succès au Québec.

Ce mémoire de maîtrise, présenté en 1987, rencontra les exigences d'un jury constitué des professeurs Danièle Burman et Albert Bohémier et de M^e^ Pierre Ciotola, comme directeur de recherche. Le mémoire, pour l'essentiel, fut éventuellement publié sous forme de monographie. M^e^ Ciotola fut invité à en rédiger la préface, de laquelle on retiendra en particulier ce qui suit :

> À vraiment dire, il n'y existe comme tel aucune étude sur ce projet ; les décisions québécoises en ce domaine n'apparaissent que depuis récemment. La proximité du monde anglo-saxon des affaires, la grande utilisation faite par nos voisins du Sud du franchisage, la rédaction des modèles de contrat pour le franchisage à la lumière de concepts juridiques puisés à même la common law, l'imposition aux cocontractants, même québécois, de ces modèles de contrat par les promoteurs américains, sont autant de facteurs qui relèguent à l'arrière-plan les institutions civilistes québécoises.[1]

Vingt-cinq ans plus tard, considérant que le contrat de franchise demeure encore un contrat innommé malgré l'avènement d'un nouveau Code civil, il s'impose de porter un regard en arrière pour mesurer l'évolution de la perception que les tribunaux peuvent avoir d'une formule d'affaires répandue dans presque tous les secteurs de l'activité économique. Le franchisage occupe en effet une place prépondérante dans le domaine des affaires au

---

1 Paul-André MATHIEU, *La nature juridique du contrat de franchise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989 (préface de M^e^ Pierre Ciotola).

24-Ciotola.indb 311 12-12-12 15:11

Québec. Une récente étude de la société Raymond Chabot Grant Thornton[2] dénombre plus de 315 réseaux en affaires au Québec seulement. L'ensemble de ces réseaux regroupe plus de 11 366 franchises, qui œuvrent dans plus de 70 secteurs de l'économie. Ces établissements emploient plus de 170 000 personnes et génèrent un chiffre d'affaires estimé à plus de 23 milliards de dollars. Le texte qui suit propose d'examiner certains aspects juridiques de ce phénomène, à la lumière d'une jurisprudence considérable qui a contribué à faire évoluer la perception des rapports entre les parties au contrat de franchise. Le contrat n'est plus l'unique source d'obligations pour le franchiseur et son franchisé. Leurs rapports explicites et implicites se définissent désormais en tenant compte de l'obligation de bonne foi et du devoir de loyauté que l'un a envers l'autre.

I. La nature de la convention de franchise

A. Définition

Il n'existe pas au Québec de cadre législatif permettant de définir le contrat de franchise. Certaines définitions proposées par des auteurs ayant écrit sur le sujet ont parfois été retenues par les tribunaux[3]. Dans l'un des nombreux ouvrages qu'il a publiés sur

---

2 CONSEIL QUÉBÉCOIS DE LA FRANCHISE (Raymond Chabot Grant Thornton, avec la collaboration de Développement économique, Innovation et Exportation Québec, Indicia et Profile Soft), *Étude sur le poids relatif de la franchise dans l'économie québécoise* [Ressource électronique] : <http ://www.cqf.ca/afficheur.asp?id=603> (site consulté le 10 mai 2012).

3 Voir *Provigo Distribution inc.* c. *Supermarché A.R.G. inc.*, REJB 1997-03777 (C.A.) Voir également Jean Jacques TOWNER, *Le franchisage en droit civil*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 1985 ; Jean H. GAGNON, *La franchise au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, feuilles mobiles, à jour au 8 novembre 2007 ; B. ARCHAMBAULT, *Le guide des franchises québécoises*, Montréal, Publicfac, 1987 ; *Les franchises au Québec*, Montréal, Institut national sur le franchisage, 1987 ; Paul-André MATHIEU, préc., note 1 ; Phillipe DENAULT et Loretta COLTON (dir.), *Le franchisage*, coll. « Conférence Meredith », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993 ; Éloïse ARBOUR et André D'AMOURS, « La responsabilité du franchiseur-commettant », (1993) 93 *R.J.E.U.L.* 9.

24-Ciotola.indb 312 12-12-12 15:11

le sujet, M^e^ Jean H. Gagnon procède d'ailleurs à une étude exhaustive de la question. M^e^ Gagnon examine ainsi la législation adoptée en matière de franchisage tant aux États-Unis que dans le reste du Canada. Son étude couvre notamment les définitions adoptées par des organismes qui œuvrent au cœur de l'industrie du franchisage. M^e^ Gagnon tire pour sa part des conclusions qui l'amènent à proposer la définition suivante :

> Une relation commerciale et contractuelle à long terme entre deux entreprises juridiquement indépendantes l'une de l'autre, par laquelle l'une d'entres elles (appelé le « Franchiseur ») accorde à l'autre (appelé le « Franchisé ») le droit de faire affaire d'une manière particulière, développée et préalablement expérimentée avec succès par le Franchiseur, dans un territoire délimité, selon des normes uniformes et définies, et sous une ou des marques de commerce ou d'enseignes données, pour une durée limitée contre rémunération. De plus, par cette entente, le Franchiseur accorde au Franchisé certains services additionnels, notamment au niveau du soutien, au niveau de la gestion des affaires du Franchisé et de la mise en marché et des produits ou services offerts par le réseau, et le Franchiseur s'oblige à contrôler l'uniformité des méthodes définies et à les améliorer constamment en fonction des besoins du marché.[4]

La proposition de M^e^ Gagnon a le mérite de toucher à toutes les composantes des éléments constitutifs de la franchise. Cependant, elle suggère un cadre qui est peut-être un peu trop rigide. À titre d'exemple, on retiendra que la jurisprudence a déterminé qu'une franchise peut être constituée pour une durée indéterminée[5].

Cela dit, la recherche d'une définition générale du contrat de franchise est un exercice difficile, et ce en raison de la multitude de formules de franchisage et de concessions commerciales qui existent dans le monde des affaires. En cela, il est peut-être préférable de s'attacher aux principales caractéristiques de la formule,

---

4 Jean H. GAGNON, préc., note 3, p. 21.

5 *BMW Canada inc.* c. *Automobiles Jalbert inc.*, 2006 CanLII 1068 (QC C.A.)

24-Ciotola.indb 313 12-12-12 15:11

de manière à pouvoir rechercher les effets que celles-ci peuvent avoir sur les obligations que contractent l'une envers l'autre les parties qui s'engagent dans une relation de franchisage.

L'analyse de la jurisprudence québécoise des dernières vingt-cinq années confirme en effet qu'il existe au Québec de nombreuses formules de franchise dont les appellations varient, mais qui regroupent essentiellement des caractéristiques semblables. En général, ces contrats, qu'il s'agisse de distribution commerciale, de concession, de licence, de convention de marchands associés ou de franchise, reprennent à divers degrés des éléments de même nature, à savoir l'octroi par une partie à une autre du droit d'exploiter un commerce, sous une même marque de commerce, conformément à une méthode d'exploitation érigée en système, plus ou moins élaboré, pour une période de temps déterminée ou non, à des conditions qui peuvent varier d'un système à l'autre, mais qui visent essentiellement la distribution de produits ou de services à des tiers[6].

Ces caractéristiques se retrouvent, à divers degrés, autant dans les contrats de franchise dit traditionnels, comme il s'en trouve en matière de restauration rapide, que dans d'autres secteurs de l'économie, comme chez les concessionnaires automobiles, les réseaux de parfumerie, et même chez certains types de professionnels (pharmaciens, optométristes et agences immobilières).

B. Les caractéristiques du contrat de franchise

On peut dire que c'est avec l'affaire *Provigo Distribution inc.* c. *Supermarché A.R.G. inc.*[7], dont on mesure aujourd'hui l'immense portée en matière de franchisage, que la Cour d'appel du

---

6 Au sujet de la nature du contrat de distribution, on notera avec intérêt les observations du tribunal dans l'affaire *Conexsys Systems Inc.* c. *Aime Star Marketing Inc.*, 2003 CanLII 33339, par. 118 (QC C.S.) : « Il n'y a pas de contrat de distribution type. Les termes du contrat varient selon le champ d'activités et les parties auxquelles ils s'appliquent. Chaque cas est un cas d'espèce qu'il faut examiner selon ses circonstances particulières. »

7 *Provigo Distribution inc.* c. *Supermarché A.R.G. inc.*, préc., note 3 (ci-après l'affaire « Provigo »).

24-Ciotola.indb 314 12-12-12 15:11

Québec identifie véritablement, pour la première fois, les principales caractéristiques du contrat de franchise. Dans cette affaire, la Cour d'appel s'exprime ainsi :

> [47] On note donc que le contrat de franchise a, en règle générale, les caractéristiques suivantes : c'est un contrat à titre onéreux, synallagmatique, et d'exécution successive. C'est aussi, parfois, un contrat d'adhésion, parce qu'il regroupe des clauses types dont le contenu n'est pas ouvert à discussion. La convention d'affiliation est, en outre, souvent conçue et rédigée par le franchiseur et est à prendre ou à laisser. Enfin, il s'agit d'un contrat innommé et mixte qui participe, par certaines de ses dispositions, à la fois des contrats de société, de mandat, de vente et de louage.[8]

Ce passage de l'arrêt de la Cour d'appel met en relief plusieurs éléments déterminants en droit civil au sujet de la qualification du contrat de franchise. Au préalable, deux observations s'imposent. La première se rapporte à la qualification du contrat de franchise comme contrat d'adhésion. La seconde observation se rapporte à l'importance que peuvent avoir dans le contrat les questions liées à la concession de l'usage d'une marque de commerce.

C. Observations sur la notion de contrat d'adhésion

La Cour souligne que le contrat de franchise constitue parfois un contrat d'adhésion parce qu'il regroupe des clauses types dont le contenu n'est pas ouvert à discussion[9]. Cette observation permet d'apporter un bémol à la conception répandue selon laquelle le contrat de franchise est nécessairement un contrat d'adhésion[10].

---

8 *Id.*, par. 47.

9 *Provigo Distribution inc.* c. *Supermarché A.R.G. inc.*, préc., note 3. Voir également Nathalie CROTEAU, *Le contrat d'adhésion : de son émergence à sa reconnaissance*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996.

10 Anne-Marie GAUTHIER et Alexander KONIGSBERG, « Relation franchiseur-franchisé : nature et étendue des obligations du franchiseur », (1993) 27 *R.J.T.* 633.

24-Ciotola.indb 315 12-12-12 15:11

Il est vrai qu'afin de préserver l'uniformité au sein d'un réseau, il est primordial pour un franchiseur d'éviter de négocier la convention de franchise au cas par cas. Le franchiseur devrait tendre à assujettir tous les franchisés aux mêmes obligations[11]. Cela ne signifie pas pour autant que le contrat de franchise constitue automatiquement un contrat d'adhésion. Ainsi, si le contrat que le franchiseur impose à son franchisé est le résultat d'une négociation collective entre un franchiseur et ses franchisés, le tribunal pourrait légitimement conclure qu'il ne s'agit pas d'un contrat d'adhésion[12]. On notera qu'il pourrait en être ainsi si le franchisé bénéficie d'une faculté de dédit, même si le contrat est constitué d'une formule préimprimée que le franchisé n'a pas eu la possibilité de négocier[13], ou encore s'il a été en mesure de véritablement négocier le contrat[14].

D. Observations sur la licence d'une marque

Étonnement, le fait que le contrat de franchise vise tout autant la concession par le franchiseur en faveur du franchisé de l'usage d'une marque de commerce que la transmission du savoir-faire du franchiseur semble n'avoir que très rarement marqué la jurisprudence au Québec, ou la doctrine du reste. Pourtant, il faut l'admettre, l'octroi par le franchiseur à son franchisé du droit d'utiliser une marque de commerce joue un rôle prépondérant dans l'établissement de la relation entre le franchiseur et son franchisé. D'ailleurs, le contrat de franchise n'est-il pas, d'abord et avant tout,

---

11 Brigitte LEFEBVRE, « Le contrat d'adhésion », 2003, 105 *R. du N.* 441, 450.

12 *Martineau* c. *Société Canadian Tire ltée*, 2011 CanLII 2198 (QC C.A.). Voir au même effet *Distributions Yves Paquette et autres* c. *Le Club International Film C.I.V.F. (1987) Inc.*, [1992] R.J.Q. 1965 (C.S.)

13 *Claude Lefebvre* c. *Boulangerie Weston Québec Corp.*, [1999] n° AZ-00026165, (C.S.)

14 *Voncorp. inc.* c. *147013 Canada inc.,* REJB 1997-01608 (C.S.) : « Voncorp plaide aussi que le contrat de franchisage en est un d'adhésion. Ce n'est pas le cas. Le nombre de ratures dans le texte du contrat et le nombre de rajouts, tous faits à la demande de Voncorp, obligent à écarter toute idée de contrat d'adhésion. »

24-Ciotola.indb 316 12-12-12 15:11

un contrat de licence de marque de commerce ? Rappelons qu'il tombe sous le sens que l'intérêt primordial du franchisé réside non seulement dans l'apprentissage du savoir-faire du franchiseur (qui, comme chacun le sait, permet au franchisé de minimiser les risques liés au démarrage de son entreprise), mais également, et peut-être surtout, dans l'obtention du droit d'exploiter une entreprise sous l'enseigne du franchiseur[15]. Le débat sur l'importance de l'un ou de l'autre de ces éléments n'a somme toute que peu d'importance, puisque les deux éléments occupent une place significative dans la relation qui s'établit entre un franchiseur et son franchisé. Il est manifeste que l'un est intimement lié à l'autre. La marque de commerce et le savoir-faire sont tous deux d'une grande importance dans l'édification de tout réseau de franchises qui se respecte.

Cela dit, dès lors que l'on admet l'importance significative de la marque de commerce dans le cadre de l'élaboration d'un contrat de franchise, on peut mieux comprendre l'impact que la concession de l'usage d'une marque de commerce peut avoir sur le lien de droit qui naît entre un franchiseur et son franchisé.

Il faut savoir que l'emploi d'une marque de commerce au Canada ne peut être concédé à un tiers par le titulaire de la marque que par l'octroi d'une licence ou avec son autorisation, et ce sous réserve du fait que le titulaire, en raison de la licence, contrôle directement ou indirectement les caractéristiques ou la qualité des marchandises et services, l'emploi, la publicité ou l'exposition de la marque au Canada, à titre de marque de commerce ou de nom commercial. L'article 50 de la *Loi sur les marques de commerce*[16] stipule ainsi que c'est dans ce seul cadre que tels emplois ou usages, par une entité autre que le titulaire, seront réputés avoir

---

15 À cet égard, on notera l'opinion de M^e^ Gagnon, dans Jean H. GAGNON, préc., note 3, p. 8, qui suggère que la concession d'une marque de commerce est une caractéristique accessoire de la formation d'une relation de franchise. Selon M^e^ Gagnon, le transfert du savoir-faire en serait la caractéristique principale.

16 *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. 1985, c. T-13, art. 50.

24-Ciotola.indb 317 12-12-12 15:11

le même effet que s'il s'était agi de ceux du titulaire[17]. À défaut, le titulaire risque l'invalidation de sa marque. Pour un franchiseur, il s'agit là d'une conséquence qui peut avoir des effets dramatiques, le franchiseur étant le gardien de l'intégrité du réseau[18].

On peut donc avancer avec certitude que la marque de commerce se trouve au cœur de la relation qui s'établit entre un franchiseur et ses franchisés. Ce constat n'a d'ailleurs pas échappé aux tribunaux :

> [25] Tel que mentionné ci-haut, l'utilisation de la marque de commerce de Mini Putt par une entité qui ne respecte pas les normes établies par International, qui ne paie aucuns frais pour la publicité et menace d'attaquer ainsi l'intégrité du système de franchises peut causer un préjudice sérieux dont il faut tenir compte.[19]

---

17 *Id.* Voir à cet effet les commentaires de l'honorable juge William Fraiberg dans l'affaire *Carrefour Langelier* c. *Cinéplex Odeon Corp.*, REJB 1999-15160 (C.S.)

18 Voir à ce sujet M*ini Putt International inc.* c. *Mini Putt Beauport,* J.E. 94-1792 (C.S.), *Laflamme Fourrure (Trois-Rivières) inc.* c. *Laflamme Fourrure inc.*, (1986) 11 C.P.R. (3d) 237, *Neilson Ltd.* c. *Freddy's et Koala Drive-In Restaurant Ltd.*, (1973) 9 C.P.R. (2d) 69.

19 *Mini Putt International inc.* c. *Mini Putt Beauport*, préc., note 18. Voir au même effet *Dunkin Donuts (Canada) ltée* c. *9066-1703 Québec inc.*, REJB 2001-24608, par. 20 (C.S.). Dans cette affaire, l'honorable juge Pierre J. Dalphond, alors qu'il siégeait en Cour supérieure, s'exprimait comme suit au sujet d'une demande de sauvegarde présentée par un franchiseur contre son franchisé : « Avec égards pour la position de l'avocat de 9074 et de M. Nguyen, il y a nécessité d'émettre dès maintenant une ordonnance de sauvegarde, puisque l'établissement du Cap-de-la-Madeleine vient de reprendre ses opérations comme un Dunkin' Donuts (urgence), sans par ailleurs se conformer aux obligations y associées, notamment s'approvisionner en produits approuvés, respecter les normes d'opération du franchiseur et payer pour les efforts de publicité du franchiseur (apparence de droit), ce qui pourrait causer un préjudice difficilement quantifiable à la réputation et à la situation financière de Dunkin' Donuts, à ses efforts de publicité et à la perception qu'a la clientèle de ses produits (préjudice grave). Quant à la balance des inconvénients, elle favorise Allied qui risque de subir des conséquences irrémédiables, alors que 9074 profite, pour ne pas dire abuse de la situation, en tentant d'avoir le beurre et l'argent du beurre. »

24-Ciotola.indb 318 12-12-12 15:11

Sous cet angle, la nécessité pour le franchiseur d'établir des mécanismes de contrôle de l'usage de sa marque de commerce et des caractéristiques de cette dernière prend une importance capitale, qui doit nécessairement être reflétée dans le contrat de franchise. Le contrat sert ainsi à établir les conditions d'utilisation par le franchisé de la marque de commerce, afin de permettre au franchiseur d'en assurer la pérennité. Les obligations imposées par le contrat au franchisé, qui visent à faire respecter les directives du franchiseur quant à l'exploitation de la franchise, doivent donc viser à préserver l'intégrité de la marque au profit non seulement du franchiseur, mais également au bénéfice de tous les licenciés du réseau. Le franchiseur devient le gardien de l'image du système et, à ce titre, il risque d'être redevable à chacun de ses franchisés du respect et de la protection de la marque de commerce. Pour le franchisé, l'avantage de faire affaire sous l'enseigne du franchiseur emporte une obligation corollaire : l'obligation de se conformer aux directives du franchiseur.

À la lumière de ces observations, le contrat de franchise devient beaucoup plus qu'un contrat de service à exécution successive ; il apparaît alors comme une licence de marque de commerce.

Or, si le contrat de licence d'une marque de commerce relève davantage de la *Loi sur les marques de commerce* que du droit civil[20], cela ne signifie pas que le contrat de licence échappe pour autant au droit civil. Du fait qu'il participe du contrat de vente, de louage ou de licence, le contrat de franchise demeure assujetti aux règles d'interprétation et d'exécution du droit civil québécois[21].

Il s'ensuit que, si le contrat est jugé imparfait, le tribunal pourra légitimement intervenir pour en définir le contenu implicite. À cet égard, depuis vingt-cinq ans, l'approche des tribunaux a considérablement évolué, et ce, particulièrement depuis l'affaire *Provigo*[22].

---

[20] Voir Paul-André MATHIEU, « Franchise et marques de commerce », (1998) 10 *Cahiers prop. intel*. 651.

[21] Voir *Conexsys Systems Inc.* c. *Aime Star Marketing Inc*., préc., note 6, par. 115.

[22] *Provigo Distribution inc.* c. *Supermarché A.R.G. inc*., préc., note 3.

24-Ciotola.indb 319 12-12-12 15:11

II. Le contenu implicite de la convention de franchise

A. Le contenu de la convention de franchise

Le contrat de franchise contient généralement des conditions qui se rapportent explicitement à sa durée, aux conditions de son renouvellement, aux obligations qui sont imposées au franchisé pendant et après la durée du contrat, aux causes de défaut, à la gestion des opérations et aux droits du franchiseur quant aux aspects de la propriété intellectuelle[23].

Aussi volumineuse et précise la convention puisse-t-elle être, il demeure que les parties (et plus particulièrement le franchiseur) ne peuvent prévoir toutes les éventualités auxquelles elles devront éventuellement faire face. Lorsque survient un différend au sujet d'un contrat de franchise, les tribunaux sont parfois appelés à trancher une question dont le texte de la convention de franchise ne dispose pas nécessairement. Le tribunal est alors appelé à combler ses lacunes. On dit en fait que le tribunal est ainsi appelé à définir le contenu implicite de la convention de franchise.

Cette approche, qui peut paraître relativement novatrice, trouve en fait sa source dans les règles générales du droit des contrats. Ainsi, l'article 1434 C.c.Q. stipule que le contrat valablement formé oblige les parties non seulement pour ce qu'elles y ont exprimé, mais également pour tout ce qui découle de sa nature, des usages, de l'équité ou de la loi.

La définition du contenu implicite du contrat de franchise présente un défi de taille. Le contrat de franchise, rappelons-le, est un contrat *sui generis*[24]. Comme il n'existe aucun cadre législatif auquel on puisse se référer, il peut s'avérer ardu de rechercher le contenu implicite des obligations des parties à ce type de contrat. À titre d'exemple, le renvoi à la notion d'usage peut avoir des limites. On sait en effet que, pour être recevable au sens du Code civil, la notion d'usage doit exprimer un sentiment général sur une

---

23 Jean H. GAGNON, préc., note 3, section « Modèles ».

24 Paul-André MATHIEU, préc., note 1.

24-Ciotola.indb 320 12-12-12 15:11

question déterminée et représenter la norme de conduite acceptée par le plus grand nombre[25].

Les tribunaux ont ainsi reconnu que la démonstration de l'usage requiert d'établir que celui-ci est ancien, fréquent, général, public et uniforme[26]. On s'entend également pour dire que l'usage peut être commun à tous, ou encore limité, par exemple, à une région, à un milieu social ou culturel, à une profession, à un commerce ou à une industrie[27]. La preuve de l'usage est toutefois difficile à faire ; les parties vont souvent l'alléguer sans toutefois réussir à le prouver[28]. Il va de soi que la preuve de l'usage peut se faire par témoins. D'aucuns avancent que le tribunal peut également en avoir la connaissance d'office[29]. Il demeure, on s'en doute, que la référence à l'usage ne permet pas toujours aux tribunaux de combler les lacunes du contrat de franchise.

On pourrait par contre s'attendre à voir les tribunaux profiter du fait que l'article 1434 C.c.Q. renvoie à la notion d'équité pour compléter le contrat de franchise incomplet. Étonnamment, on ne retrouve que peu de commentaires en jurisprudence sur la notion d'équité. Il faut savoir que l'on définit l'équité comme le sentiment naturel et spontané du juste et de l'injuste qu'on éprouve dans l'appréciation de ce qui est dû à chacun, sans égard au droit

---

25 François GENDRON, *L'interprétation des contrats*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 125.

26 *BMW Canada inc.* c. *Automobiles Jalbert inc*., préc., note 5, par. 140.

27 François GENDRON, préc., note 25, p. 125.

28 *BMW Canada inc.* c. *Automobiles Jalbert inc.,* préc., note 5, par. 140 et 141.

29 François GENDRON, préc., note 25, p. 125. Avec respect pour l'auteur, il nous faut exprimer certaines réserves au sujet de cette conclusion qui nous paraît pour le moins audacieuse, compte tenu des dispositions des articles 2806 et 2808 C.c.Q. qui énoncent que le pouvoir du tribunal de prendre connaissance d'office d'un fait se limite à ceux dont la notoriété rend l'existence raisonnablement incontestable, ce qui, en matière contractuelle, nous semble relativement aléatoire. À notre avis, il s'agit peut-être davantage de l'application par les tribunaux de la notion d'équité qui, comme le stipule l'article 1434 C.c.Q., peut également servir à définir l'étendue des relations entre les parties.

24-Ciotola.indb 321 12-12-12 15:11

en vigueur[30]. Or, le recours à la notion d'équité fait appel à une appréciation arbitraire, à un pouvoir modérateur de nature à atténuer la rigueur du droit, en considération des circonstances particulières de l'espèce[31]. Somme toute, on pourrait croire que ces règles énoncées dans le Code civil au sujet du droit des contrats devraient conférer aux tribunaux toute la latitude nécessaire pour compléter, au besoin, le contrat de franchise. Nous verrons cependant qu'une abondante jurisprudence, qui s'étend sur plus de deux décennies, laisse plutôt voir qu'une quatrième source de droit, la notion de bonne foi, peut tout autant servir aux tribunaux à établir l'étendue des droits et obligations des parties à un contrat de franchise.

B. Les obligations implicites du franchiseur envers ses franchisés

1. L'obligation générale de bonne foi

C'est dans l'affaire *Provigo*[32] que l'importance et l'étendue de la notion de l'obligation de bonne foi, qui gouverne la relation qui s'établit entre un franchiseur et son franchisé, fait véritablement et pour la première fois l'objet d'un examen fouillé de la Cour d'appel. Dans cette affaire, un groupe de marchands institue un recours pour rupture de contrat contre le géant de l'alimentation avec lequel chaque marchand avait signé une convention d'affiliation. En première instance, l'honorable Diane Marcelin accueille l'action en dommages et intérêts contre le franchiseur et condamne ce dernier à payer aux marchands près de quatre millions de dollars en dommages. Provigo porte le jugement en appel, et soulève diverses questions qui se rapportent notamment à la limite de l'étendue de ses droits et obligations en tant que franchiseur.

On retient de l'énoncé des faits dressé par la Cour d'appel que les franchisés, Supermarché A.R.G. inc. et Supermarché Frontenac inc., formaient un groupe qui était propriétaire de quatre maga-

---

30 Préc., note 25, p. 127.

31 *Id*.

32 *Provigo Distribution inc.* c. *Supermarché A.R.G. inc.*, préc., note 3.

24-Ciotola.indb 322 12-12-12 15:11

sins d'alimentation. Le groupe œuvrait depuis longtemps dans le secteur de l'alimentation, et avait signé avec Provigo une série d'ententes dont le but et l'effet étaient d'exploiter les quatre magasins sous la bannière Provigo. Au moment du litige, Provigo constitue un vaste réseau qui comprend des magasins dits corporatifs et des magasins affiliés. Il semble que le succès de l'entreprise repose alors sur la faculté de cette dernière à œuvrer dans un marché extrêmement compétitif, où les marges de profits sont minces. Le défi consiste à s'adapter aux changements de goûts du public, de manière à toujours maintenir une longueur d'avance sur la concurrence, et à offrir une image de marque reconnue.

Le succès des opérations de Provigo est, à cette époque, attribué en grande partie à sa stratégie de segmentation des marchés, c'est-à-dire à la multiplication des bannières selon les besoins des consommateurs du marché alimentaire. En 1981, Provigo lance la bannière connue sous le nom « Héritage ». Ces magasins sont détenus par Provigo, qui en assume également la gestion. Les magasins Héritage s'inscrivent dans une formule de magasins-entrepôts, favorisant le libre-service et offrant une sélection plus limitée de produits, ce qui permet de vendre à des prix sensiblement inférieurs à ceux des supermarchés conventionnels.

Dans sa région, le groupe Gagnon a de la difficulté à concurrencer les bas prix du magasin Héritage, qui a accès à un plus large éventail d'outils de marketing, tels le couponnage et les circulaires en nombre important et croissant. Il semble que la bataille que doit livrer le groupe Gagnon, tant à Héritage qu'à ses autres concurrents, est nettement dépendante de Provigo, puisque cette dernière maîtrise à la fois la publicité et les prix d'approvisionnement. Même si le groupe Gagnon conserve une certaine marge de manœuvre pour ses approvisionnements (approximativement 10 %), dans les faits, cette discrétion est limitée par les engagements pris par Provigo auprès de ses propres fournisseurs autorisés. Ainsi, lors de la réouverture de l'un de ses magasins après des rénovations terminées en 1990, le groupe Gagnon mise sur une campagne de publicité menée avec l'accord de Provigo. Or, cette campagne est vite contrée par une publicité accrue d'Héritage, qui annonce les mêmes produits, mais à meilleur prix.

24-Ciotola.indb 323 12-12-12 15:11

Les doléances et les solutions de rechange présentées par le groupe Gagnon sont écartées par Provigo, qui décide d'ailleurs de changer son orientation en procédant à une modification stratégique importante, qui vise à limiter le nombre de supermarchés conventionnels à vocation communautaire, et ce, sans consultation de ses affiliés.

C'est dans ce contexte que le groupe Gagnon institue un recours en dommages-intérêts contre Provigo. Le groupe de franchisés prétend que Provigo fait défaut de respecter ses obligations envers ses franchisés. Au terme d'une audition de 46 jours, la Cour supérieure accueille l'action des franchisés.

Provigo se pourvoit en appel de la décision de première instance, et demande le rejet de la réclamation en dommages du groupe Gagnon. En appel incident, le groupe Gagnon cherche à faire réformer le jugement de la Cour supérieure sur trois points, à savoir : une augmentation des dommages alloués par la juge de première instance, l'octroi d'une somme d'un million de dollars à titre de dommages exemplaires et, enfin, la reconnaissance de l'existence d'une obligation fiduciaire de la part de Provigo à son endroit.

Dans la décision qu'elle rend dans cette affaire, la Cour d'appel entreprend en premier lieu une analyse qui porte sur la qualification des contrats en litige. La Cour s'interroge en fait sur la nature juridique des conventions d'affiliation des supermarchés du groupe Gagnon. La Cour d'appel s'exprime ainsi à ce sujet :

> [47] On note donc que le contrat de franchise a, en règle générale, les caractéristiques suivantes : c'est un contrat à titre onéreux, synallagmatique, et d'exécution successive. C'est aussi, parfois, un contrat d'adhésion, parce qu'il regroupe des clauses types dont le contenu n'est pas ouvert à discussion. La convention d'affiliation est, en outre, souvent conçue et rédigée par le franchiseur et est à prendre ou à laisser. Enfin, il s'agit d'un contrat innommé et mixte qui participe, par certaines de ses dispositions, à la fois des contrats de société, de mandat, de vente et de louage.[33]

---

[33] *Provigo Distribution inc.* c. *Supermarché A.R.G. inc.*, préc., note 3, par. 47.

24-Ciotola.indb 324 12-12-12 15:11

Procédant à l'analyse des prétentions des parties, la Cour souligne qu'on ne retrouve nulle part dans les contrats en litige une obligation explicite incombant au franchiseur de s'abstenir de faire concurrence directement ou indirectement à ses franchisés. Nulle part non plus ne retrouve-t-on formellement exprimée dans les contrats une obligation de loyauté du franchiseur envers ses franchisés. La Cour d'appel souligne cependant que les obligations des parties à un contrat ne sont évidemment pas limitées à celles expressément prévues auxdits contrats ; elles s'étendent également à celles qui découlent de la nature du contrat, de l'équité, de l'usage ou de la loi. La Cour fait ainsi référence à l'ancien article 1024 du *Code civil du Bas-Canada*, de même qu'à l'article 1434 du *Code civil du Québec*. La Cour confirme ainsi que le droit antérieur n'a pas changé à cet égard, en dépit de l'avènement du *Code civil du Québec*.

En l'instance, l'enjeu tourne donc autour de l'examen de la violation des obligations implicites des contrats, soit celles qui font partie du cercle contractuel élargi et qui sont représentatives du contenu normatif du contrat. La Cour d'appel explique que l'étude de cette question passe par un examen de l'obligation de bonne foi, telle que formulée par l'article 1376 du *Code civil du Québec*. Selon la Cour, cet article codifie une règle jurisprudentielle acquise sous le régime du *Code civil du Bas-Canada*, selon laquelle tout contrat doit être négocié et exécuté de bonne foi.

Vue sous cet angle, la bonne foi trouverait sa source dans un énoncé général du Code civil, qui appelle à une nouvelle moralité contractuelle[34]. Comme le souligne le professeur Brigitte Lefebvre, certains auteurs proposent que la morale puisse ainsi se voir attribuer une fonction normative en matière contractuelle[35]. Cette approche peut paraître confondante pour le juriste civiliste, du

---

34 Voir l'article 6 du *Code civil du Québec*, ainsi que Ginette LECLERC, « La bonne foi dans l'exécution des contrats », (1992) 37 *McGill L.J.* 1070 ; Jean PINEAU, « La philosophie générale du nouveau Code civil du Québec », (1992) 71 *R. du B. Can.* 423 ; Actes du colloque « La bonne foi : rôle et exigences », (1996) 26 *R.D.U.S.* 224.

35 Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat en droit québécois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 26.

24-Ciotola.indb 325 12-12-12 15:11

moins à première vue, puisque dans l'affaire *Provigo*, lorsqu'elle fait appel à la notion de bonne foi au sujet de l'appréciation du contenu implicite du contrat, la Cour d'appel ne semble s'appuyer ni sur la nature du contrat, ni sur les règles d'usage ou d'équité. La Cour d'appel semble plutôt fonder son approche sur la notion de bonne foi, comme si cette notion constituait, à elle seule, une quatrième dimension permettant d'établir le contenu normatif implicite d'un contrat (sauf si l'on considère que les notions de bonne foi et d'équité sont en réalité des synonymes, ce qui semble loin de faire l'unanimité[36]). Selon toute vraisemblance, la bonne foi serait donc appelée, en matière contractuelle, à jouer un rôle indépendant et complémentaire à celui des règles énoncées à l'article 1434 C.c.Q.

Selon la Cour d'appel, c'est donc par rapport à la notion de bonne foi du droit civil et à l'intérieur du cercle des obligations contractuelles implicites qui découlent du contrat qu'un tribunal pourra rechercher l'existence d'une faute. La Cour rappelle ainsi qu'en première instance, la Cour supérieure en était venue à la conclusion que Provigo était fautive envers le groupe Gagnon, car elle avait enfreint un devoir de loyauté implicite de non-concurrence. Provigo s'était en effet vu reprocher d'avoir forcé le groupe Gagnon à maintenir des prix élevés (vu leur obligation de s'approvisionner à 90 % chez elle), alors qu'en parallèle, Provigo livrait bataille aux magasins d'escomptes. En première instance, l'honorable juge Diane Marcelin avait plus particulièrement reproché à Provigo le fait (i) d'avoir radicalement changé sa stratégie commerciale, en passant d'une vocation de grossiste à celle de détail-

36 Brigitte LEFEBVRE, préc., note 35, p. 3. Selon M^e^ Lefebvre, certaines fonctions de l'équité sont beaucoup plus étendues que celles de la bonne foi. Ainsi, la bonne foi, contrairement à l'équité, n'aurait pas pour fonction principale de corriger les termes de la loi (ou du contrat), mais plutôt les comportements. Par contre, l'une et l'autre permettraient au tribunal d'adapter le droit à l'évolution des mœurs et des valeurs de la société. On notera que la distinction n'apparaît pas toujours aussi clairement en doctrine et en jurisprudence. Voir Marie Annik GRÉGOIRE, *La bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 48. Voir également *G.D.G. Environnement ltée* c. *Zoecon Canada inc.*, J.E. 93-1255 (C.S.)

24-Ciotola.indb 326 12-12-12 15:11

lant, (ii) d'avoir refusé au groupe Gagnon certains outils de marketing qui auraient permis aux franchisés de lutter plus efficacement contre la concurrence, et enfin (iii) d'avoir mené contre un des quatre magasins du groupe Gagnon une publicité agressive, au profit des magasins d'escomptes Héritage, propriété de Provigo dans la même région.

À cet égard, il est intéressant de constater que la Cour d'appel a néanmoins nuancé les reproches adressés par l'honorable juge de première instance à l'endroit de Provigo. Selon la Cour, aucune clause spécifique des contrats n'empêchait expressément Provigo de prendre des initiatives de la nature de celles qui lui étaient reprochées. À ce sujet, la Cour d'appel précise :

> [48] Nulle part dans les contrats mentionnés plus haut ne trouve-t-on une obligation explicite de la part du franchiseur, Provigo, de s'abstenir de faire une concurrence directe ou indirecte à ses franchisés pendant la durée du contrat. Nulle part, non plus, ne trouve-t-on formellement exprimée une obligation de loyauté de la part de l'appelante. Toutefois, les obligations découlant d'un contrat ne sont évidemment pas limitées à celles expressément prévues par les parties. Elles s'étendent aussi à celles qui en découlent d'après la nature du contrat, l'équité, l'usage ou la loi.[37]

Le raisonnement suivi par la Cour d'appel donne lieu de croire, de prime abord, que chacune des sources de droit auxquelles renvoie l'article 1434 C.c.Q. (nature du contrat, équité et usage) doit d'être examinée. À ce sujet, on notera le passage suivant de l'arrêt de la Cour d'appel :

> C. L'obligation de bonne foi
>
> [53] Le Code civil, à l'article 1376 C.c., codifie une règle jurisprudentielle acquise sous le régime du *Code civil du Bas-Canada* : tout contrat doit être non seulement négocié[15], éventuellement éteint, mais encore exécuté de bonne foi[16]. La bonne foi (art. 6 C.c.) est d'ailleurs à la base même de ce que l'on a intitulé la nouvelle moralité contractuelle.

---

37 *Provigo Distribution inc.* c. *Supermarché A.R.G. inc.*, préc., note 3, par. 48.

24-Ciotola.indb 327 12-12-12 15:11

> [54] L'une des manifestations de l'omniprésence de la bonne foi en matière contractuelle est d'ailleurs la consécration générale par le Code civil, aux articles 6 et 7, de la doctrine civiliste de l'abus de droit.
>
> [55] Il n'est cependant ni nécessaire, ni surtout utile de se référer à cette doctrine dans le présent dossier. Il y a faute civile, en effet, dès qu'il y existe un manquement prouvé à une obligation contractuelle, que celle-ci ait été explicitement prévue par les parties à l'acte, ou qu'elle puisse être qualifiée d'obligation implicite résultant de la nature du contrat ou de l'équité. Le seul fait qu'il y ait manquement à une obligation implicite n'autorise donc pas, en droit, de caractériser celui-ci comme un abus de droit. M. le juge Chouinard, de notre Cour, a bien noté ce fait dans *Salsberg Inc.* c. *Dylex Ltd*. Toute transgression d'une obligation contractuelle implicite ne doit donc pas nécessairement être qualifiée d'abus de droit, sous peine de voir de l'abus de droit partout et de désigner ainsi toute forme d'inexécution contractuelle.
>
> [56] Si donc c'est par rapport à la notion de bonne foi du droit civil et à l'intérieur du cercle des obligations contractuelles implicites, qu'il faut rechercher l'existence d'une faute. Quelle peut donc être celle-ci ?[38]

Selon la Cour, les grandes chaînes d'alimentation, comme le démontre l'affaire qui lui était soumise, se faisaient à l'époque une concurrence féroce pour les faveurs d'un public dont la composition restait relativement stable. Dans ce contexte, il fallait que le franchiseur trouve des techniques nouvelles de mise en marché et de vente permettant, d'une part, d'assurer la fidélisation de la clientèle et, d'autre part, d'attirer l'achalandage de la concurrence. Selon la Cour d'appel, il est difficile de poser une règle générale suivant laquelle un franchiseur ne peut jamais et d'aucune manière exercer une activité ayant pour effet de concurrencer ses franchisés dans un marché en perpétuelle évolution, où l'adaptation constante des techniques commerciales aux fluctuations du marché et aux goûts du public sont, pour le franchiseur, une ques-

---

38 *Provigo Distribution inc.* c. *Supermarché A.R.G. inc.*, préc., note 3.

24-Ciotola.indb 328 12-12-12 15:11

tion de vie ou de mort économique. On ne saurait exiger du franchiseur qu'il refuse systématiquement de contrer la concurrence des compétiteurs uniquement parce que le combat risque de causer un certain préjudice à son franchisé. Ce serait tenir le franchiseur à l'impossible et le condamner à mort[39]. Dans ce contexte, la faute en matière de concurrence ne saurait donc nécessairement et de façon absolue se trouver dans l'exercice d'une pratique ou d'une restructuration des méthodes de mise en marché, à condition toutefois que cette concurrence soit faite de bonne foi, ne soit pas dirigée contre le franchisé, et n'ait pas pour conséquence de vider la franchise de ses avantages. Ainsi :

> Dès, en effet, que le franchiseur signe avec le franchisé un contrat d'affiliation, il s'engage avec lui dans un processus de partenariat et limite évidemment son droit de libre concurrence à son égard.[40]

La Cour poursuit d'ailleurs sa réflexion à ce sujet :

> Toutefois, l'une des obligations fondamentales du franchiseur à l'endroit du franchisé est celle d'assistance technique et commerciale, comprise dans cette perspective de partenariat, donc de collaboration. Le franchiseur possède, en effet, le savoir-faire et l'expertise dans le secteur commercial particulier où il œuvre, et c'est en partie ce qu'il vend à son franchisé. Ce faisant, il doit bien évidemment, et d'ailleurs dans son propre intérêt, suivre l'évolution du marché et adapter ses méthodes et ses techniques aux nouvelles réalités. Il doit cependant aussi, en raison de l'obligation de bonne foi et de loyauté qu'il assume à l'égard de son franchisé, faire bénéficier celui-ci de son assistance technique, de sa collaboration, donc de ses nouveaux outils ou, au moins, trouver d'autres moyens de maintenir la pertinence du contrat qui le lie pour que les considérations motivant l'affiliation ne soient pas rendues caduques ou inopérantes.[41]

---

39 *Provigo Distribution inc.* c. *Supermarché A.R.G. inc.*, préc., note 3, par. 59.

40 *Id.*

41 *Provigo Distribution inc.* c. *Supermarché A.R.G. inc.*, préc., note 3, par. 61.

24-Ciotola.indb 329 12-12-12 15:11

Selon la Cour, Provigo devait, de concert avec ses franchisés, mettre sur pied une réplique commerciale adéquate et de nature à permettre aux franchisés de minimiser leurs pertes et de se repositionner dans un marché en évolution :

> C'est donc là où réside essentiellement la faute de l'appelante : le défaut de remplir adéquatement son obligation de collaboration et d'assistance technique, qui se traduit par un manque de loyauté, en omettant de fournir à son cocontractant les outils nécessaires pour résister commercialement à la concurrence, à partir du moment où elle a décidé de poursuivre avec vigueur, en 1990, la segmentation de commande centrale.[42]

L'arrêt de la Cour d'appel marque ainsi un tournant majeur dans le droit des contrats de franchise au Québec. Ce tournant, qu'annonçait déjà en quelque sorte l'arrêt rendu quelques années auparavant par la Cour d'appel dans l'affaire *Simard* c. *Leblond, Buzzetti & associés ltée*[43], devait servir à placer la notion de bonne foi au centre de l'examen des rapports juridiques entre un franchiseur et ses franchisés :

> Le franchisage, dans son essence, est un contrat qui relève du droit des affaires, et non du droit du travail ou du droit de la consommation. Il est vrai que, dans le cas des chaînes importantes, telle la chaîne Provi-Soir, le franchiseur occupe une position de force par rapport au franchisé, de sorte que le contrat de franchise devient souvent un contrat d'adhésion. À

---

42 *Provigo Distribution inc.* c. *Supermarché A.R.G. inc.*, préc., note 3, par. 67.

43 *Simard* c. *Leblond, Buzzetti & associés ltée*, 1993 CanLII 3504 (QC C.A.). En l'espèce, la Cour devait préciser que l'on peut admettre qu'il puisse exister des cas où le refus par un franchiseur de renouveler un contrat de franchise à durée déterminée sera jugé abusif. Dans cette affaire, le premier contrat d'une durée de trois ans ne contenait pas de clause de renouvellement. Les deux contrats postérieurs non plus. Or, ces deux derniers contrats avaient été rédigés en des termes très limités, et ils avaient été conclus après que la franchisée ait été informée des faits que le franchiseur allait finalement invoquer pour refuser de lui accorder un nouveau terme. On retiendra en particulier de cette affaire que Provi-Soir a condamnée pour avoir repris possession du commerce du franchisé de manière intempestive, sans autorisation judiciaire préalable.

24-Ciotola.indb 330 12-12-12 15:11

> cet égard, il pourrait arriver, en droit civil québécois tout comme dans les juridictions de common law, que les tribunaux restreignent les privilèges que s'était unilatéralement conféré le franchiseur en appliquant au contrat de franchise les règles d'interprétation des contrats favorables à l'adhérent, ou encore recourent à la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle si le franchiseur exerce ses droits de façon intempestive.[44]

Dès lors, la recherche de la bonne foi comme source complémentaire du contenu du contrat de franchise présente un risque : celui d'occulter les sources traditionnelles de droit qui servent en droit civil, du moins en principe, à interpréter le contrat. Il faut admettre que, sur le plan pratique des choses, la recherche de la bonne foi présente des avantages indéniables ; elle évite en effet l'administration d'une preuve autrement plus difficile à établir. Rappelons à titre d'exemple que la preuve de l'usage nécessite d'établir que celui-ci est ancien, fréquent, général, public et uniforme. Pour le plaideur, il ne s'agit pas là d'une mince affaire[45]. Au contraire, la définition du contenu normatif implicite du contrat par la voie du test de la bonne foi ne nécessite pas d'établir l'intention de l'auteur du geste attaqué, ni même de faire la preuve de pratiques uniformes, répandues et généralement acceptées. Il suffit de plaider les faits en cause et de faire appel à l'appréciation discrétionnaire du tribunal afin d'établir que le comportement en cause s'écarte du comportement raisonnable que son auteur devait démontrer en semblables circonstances[46]. C'est en quelque sorte le régime de la primauté de la discrétion du tribunal, dont le risque inhérent est que le tribunal peut être invité à écrire, voire réécrire la convention, au-delà de ce que les parties avaient elles-mêmes pu imaginer au départ.

---

44 *Simard* c. *Leblond, Buzzetti & associés*, préc., note 43, p. 2.

45 *BMW Canada inc.* c. *Automobiles Jalbert inc.*, préc., note 5, par. 140 et 141.

46 Brigitte LEFEBVRE, préc., note 35, p. 84.

24-Ciotola.indb 331 12-12-12 15:11

Dans la foulée de l'affaire *Provigo*[47], il fallait s'y attendre, les tribunaux ont été amenés à de nombreuses reprises à préciser l'étendue des obligations implicites, qui incombent tant au franchiseur qu'au franchisé, dans le cadre de l'exécution d'une convention de franchise. Dans certains cas, on constatera que le raisonnement suivi par les tribunaux a été remarquable, voire étonnant. La section qui suit vise tout particulièrement à faire état de cette avancée du droit relatif aux contrats de franchise.

2. Obligation d'information

Il est désormais établi que le franchiseur a l'obligation, avant même la signature de la convention de franchise, d'informer adéquatement le candidat franchisé des conditions liées à l'obtention de la franchise :

> [84] Ce premier critère est le plus important, car le rôle du franchiseur dans les représentations qu'il fait au futur franchisé doit être empreint de bonne foi et doit correspondre à une certaine norme de comportement entre les parties. Le franchiseur se retrouve en effet dans une situation fort avantageuse face à un éventuel franchisé. Or, cette confortable position impose un fardeau considérable au franchiseur, qui doit négocier avec bonne foi et agir de façon honnête et loyale. Ce fardeau ne va cependant pas jusqu'à considérer que le franchiseur est un conseiller neutre.[48]

Le franchisé est donc en droit de recevoir toutes les informations raisonnablement utiles qui sont de nature à lui permettre de donner un consentement éclairé[49]. Ainsi, le franchisé qui signe avec son franchiseur une convention de sous-bail a le droit de connaître les obligations qui découlent du bail principal[50].

---

47 *Provigo Distribution inc.* c. *Supermarché A.R.G. inc.*, préc., note 3.

48 *9103-9149 Québec inc.* c. *2907763 Canada inc.*, 2007 CanLII 724 (QC C.S.)

49 *Treats inc.* c. *Sachian inc.*, REJB 1998-06398 (C.A.)

50 *9102-5486 Québec inc.* c. *Café suprême Canada inc.,* 2008 CanLII 4016 (QC C.S.)

24-Ciotola.indb 332 12-12-12 15:11

L'obligation de renseignement qui incombe au franchiseur avant la signature du contrat comporte toutefois des limites. Ainsi, dans l'affaire *9150-0595 Québec inc.* c. *Franchises Cora inc.*[51], la Cour supérieure souligne que le franchisé ne peut prétendre avoir le droit de recevoir toutes les informations dont dispose le franchiseur avant la signature du contrat. En l'espèce, le franchisé reprochait au franchiseur d'avoir omis de lui communiquer les résultats de tests psychométriques qu'il avait subis à la demande du franchiseur. À cet égard, l'honorable juge Eva Petras tire les conclusions suivantes :

> Caractère interne desdits documents
>
> [179] Le courriel et les notes d'évaluation de Monsieur Laurin, ainsi que les résultats du test psychométrique, font partie des communications internes du franchiseur. Il serait difficile d'imposer une obligation aux franchiseurs de partager avec les futurs franchisés tous les échanges de commentaires entre employés, les résultats des évaluations et les documents internes analysant les futurs franchisés.
>
> [180] Ces informations dans leur ensemble, avec plusieurs autres facteurs importants, sont déterminantes lorsque les franchiseurs font leur choix de franchisés, mais ne sont pas nécessairement déterminantes pour les futurs franchisés. Autant les futurs franchisés que les franchiseurs se doivent d'avoir leurs propres méthodes d'évaluation, qui ne sont pas nécessairement déterminantes pour l'autre partie.
>
> [181] Ainsi, tous ces documents ne sont pas de nature déterminante pour conclure que la défenderesse a failli à son obligation de renseignement.
>
> [182] Imaginons le scénario contraire dans lequel le franchisé potentiel se voit refuser par un franchiseur sur la base de ce même genre de test psychométrique et des évaluations lors d'un stage d'observation. Quelle serait la réaction d'un franchisé qui, dans cette situation, prend connaissance des résul-

---

51 *9150-0595 Québec inc.* c. *Franchises Cora inc.*, 2011 CanLII 1034 (QC C.S.)

24-Ciotola.indb 333 12-12-12 15:11

tats et évaluations, autant positifs que négatifs, faits par un seul employé d'un franchiseur ?

[183] Il serait possible, dans un cas semblable, d'envisager une poursuite par un candidat sur la base que son refus, en tant que franchisé, est sans aucun fondement, parce que ses résultats et évaluations étaient plutôt positifs, comme dans le cas présent.

[...]

[187] Quant à Madame St-Yves, avant de signer la convention de franchise, les demandeurs auraient dû examiner en profondeur son désir de travailler dans le domaine de la restauration, et son désir et sa capacité de travailler les longues heures exigées pendant au moins une année. Ils auraient dû vérifier avec d'autres franchisés dans le domaine de la restauration pour savoir jusqu'à quel point ce genre de franchise exige l'implication totale du franchisé pendant une longue période de temps.[52]

3. Obligation d'assistance pendant le contrat

a) Obligation générale d'assistance

La lecture d'un contrat de franchise engendre généralement un constat relativement simple : l'énoncé des obligations du franchiseur apparaît bien mince en comparaison de la liste des obligations imposées au franchisé[53]. Les obligations qui incombent expressément au franchiseur ne sont que rarement rédigées avec force détails, par opposition à celles du franchisé. Cela n'empêche pas les tribunaux d'en venir à la conclusion que, même en l'absence de tout engagement contractuel explicite à cet effet, il incombe au franchiseur de fournir au franchisé tous les outils disponibles pour lui permettre de procéder à l'ouverture et au développement

52 *9150-0595 Québec inc.* c. *Franchises Cora inc.,* préc., note 51.

53 Jean H. GAGNON, préc., note 3.

24-Ciotola.indb 334 12-12-12 15:11

de son commerce[54]. Si le franchisé éprouve des difficultés, il incombe au franchiseur d'aider son franchisé à trouver des solutions[55]. On notera à cet égard les observations et les conclusions de l'honorable juge Suzanne Handman, dans l'affaire *Azad* c. *Students work painting*[56] :

> [31] The franchisor must respect its undertaking of assistance and support and provide the franchisee with all the available tools to allow for the opening and development of his business. In this regard, the experience of the franchisee is a determining factor in appreciating the help provided by the franchisor.
>
> [32] In addition, it is necessary for the franchisor to assure that the franchisee receives adequate training to assure a uniformity of the network and respect the method developed by the franchisor. The burden of proof as to the lack of assistance on the part of the franchisor falls on the franchisee.[57]

b) Obligation spécifique d'assistance face à la concurrence

Dans l'affaire *Provigo*[58], on l'a vu, la Cour d'appel élève au rang d'obligation fondamentale le devoir du franchiseur de fournir à son franchisé l'assistance technique et commerciale nécessaire au maintien de la pertinence du contrat de franchise[59]. La Cour précise d'ailleurs que l'obligation de collaboration et d'assistance technique qui incombe au franchiseur se rapporte à l'obligation implicite de loyauté dont le franchiseur doit faire preuve à l'égard

---

54 *Entreprises MTY Tiki Ming inc.* c. *McDuff*, 2008 CanLII 4898, par. 248 (QC C.S.)

55 *140 Gréber Holding inc. c. Distribution Stéréo Plus inc.,* 2003 CanLII 30161 (QC C.S.). Voir au même effet : *9128-7755 Québec inc. (Safari Centre d'animaux)* c. *4241 Québec inc. (Safari)*, 2008 CanLII 4524 (QC C.S.)

56 *Azad* c. *863650 Ontario inc. (Student Works Painting)*, 2011 CanLII 4227 (QC C.Q.)

57 *Id.*

58 *Provigo Distribution inc.* c. *Supermarché A.R.G. inc*., préc., note 3.

59 *Id.*, par. 61

24-Ciotola.indb 335 12-12-12 15:11

de son franchisé. Le franchiseur a ainsi l'obligation de fournir à son cocontractant les outils nécessaires pour lui permettre de résister commercialement à la concurrence[60]. Les conclusions auxquelles en est venue l'honorable juge Johanne Mainville dans l'affaire *Automobile cordiale ltée* c. *DaimlerChrysler Canada inc*.[61] révèlent avec assez de justesse l'étendue de cette obligation qui incombe au franchiseur d'assister son franchisé face à la concurrence que ce dernier doit affronter :

> [98] DaimlerChrysler était liée par un devoir de bonne foi et de loyauté à l'endroit de Cordiale et, à cet égard, elle avait l'obligation de travailler de concert avec elle ou de lui fournir les outils nécessaires afin de faire respecter la marque Jeep qu'elle lui avait accordée par contrat.
>
> [99] Or, il est clair de la preuve que, de 1996 à 2003, soit la période visée par le présent litige, Blainville, Inter-Auto et Impact ont vendu et loué un nombre important de véhicules Jeep, alors qu'ils n'en détenaient pas la bannière, en violation des conditions de leur contrat avec DaimlerChrysler.
>
> [100] Ces agissements répétés d'Inter-Auto, Impact et Blainville étaient connus de DaimlerChrysler. Outre le témoignage de Groulx, la preuve documentaire, les témoignages notamment de Giraldeau, Brisebois, Gagnon, Jenkins le confirment. Ces témoins, tous des témoins appelés par DaimlerChrysler, ont été cohérents, directs, francs et articulés, et le Tribunal n'a aucune raison de ne pas accorder foi à leurs témoignages.
>
> [101] La preuve révèle que DaimlerChrysler disposait de différents outils pour vérifier quel concessionnaire vendait quel véhicule, notamment le DIAL, et le « Daily Tracking Report ». Un rapport était aussi généré sur une base quotidienne à partir des données du DIAL et permettait de connaître le nombre de ventes par concessionnaires et autres informations.

---

60 *Provigo Distribution inc.* c. *Supermarché A.R.G. inc*., préc., note 3, par. 61 à 67.

61 Voir *Automobile cordiale ltée* c. *DaimlerChrysler Canada inc.,* 2010 CanLII 32 (QC C.S.), confirmé en appel dans *DaimlerChrysler Canada inc.* c. *Automobile Cordiale ltée*, 2011 CanLII 2066 (QC C.A.)

24-Ciotola.indb 336 12-12-12 15:11

> [102] Également, la preuve révèle que, sauf exception, les véhicules Jeep vendus par ces concessionnaires ont fait l'objet d'un financement avec Crédit Chrysler Canada. Pour bénéficier des rabais sur les taux d'intérêt offerts par DaimlerChrysler, notamment le programme Location Clé d'or, les concessionnaires devaient aviser celle-ci en fournissant les informations sur le véhicule loué, ce qu'ont fait Inter-Auto, Impact et Blainville.
>
> [103] Or, malgré l'évidence, DaimlerChrysler s'est contentée, de temps en temps, d'aviser les concessionnaires fautifs de cesser leurs pratiques non conformes à leur contrat, sans jamais fournir d'assistance à Cordiale pour l'aider à combattre cette concurrence illégale, ni prendre de mesures coercitives contre eux afin de les contraindre à respecter leur contrat et ainsi protéger la bannière unique Jeep octroyée par contrat à Cordiale. C'est là que réside la faute de DaimlerChrysler. Étonnamment, la seule mesure coercitive prise par DaimlerChrysler, durant la période en litige, a été à l'encontre de Cordiale, en lui imposant une rétrofacturation de 43 055 $.[62]

Comme le soulignait la Cour d'appel dans l'affaire *Provigo*[63], le franchiseur ne peut se contenter de livrer son savoir-faire à son franchisé après la signature du contrat et par la suite laisser le franchisé livré à lui-même face à la concurrence du marché dans lequel ce dernier est appelé à évoluer :

> L'appelante, liée par une obligation de bonne foi et de loyauté à l'endroit des intimées, avait le devoir devant ce nouveau tournant de travailler de concert avec son franchisé, de lui fournir les outils nécessaires, sinon pour empêcher qu'un préjudice économique ne lui soit causé, du moins pour en minimiser l'impact. Entre, d'une part, l'inaction totale et le maintien d'un statu quo qui risquaient de lui coûter sa place de marché et, d'autre part, l'exercice de son droit de libre concurrence vis-

---

62 *Automobile Cordiale ltée* c. *DaimlerChrysler Canada inc.*, préc., note 61, confirmé en appel dans *DaimlerChrysler Canada inc.* c. *Automobile Cordiale ltée*, préc., note 61.

63 *Provigo Distribution inc.* c. *Supermarché A.R.G. inc.*, préc., note 3.

24-Ciotola.indb 337 12-12-12 15:11

> à-vis des tiers, il existe une marge. L'appelante ne pouvait négliger ses franchisés et récupérer le segment vulnérable de la commande centrale par une activité exercée par son propre magasin Héritage. Elle devait, de concert avec eux, mettre sur pied une réplique commerciale adéquate qui permettait à ces derniers de minimiser leurs pertes et de se repositionner dans un marché en évolution.[64]

À cet égard, l'obligation d'assistance qui incombe au franchiseur envers son franchisé nous semble d'autant plus importante lorsque le franchiseur développe de nouvelles facettes de son concept ou lorsqu'il cherche à pénétrer un nouveau marché. Ainsi, le franchiseur qui vise à attaquer un territoire qu'il n'a pas encore exploré, ou qui cherche à faire entrer son concept dans un nouveau segment de marché, ou même à introduire de nouveaux produits dans son réseau aura intérêt à être en mesure de démontrer qu'il a fait tout ce qui était raisonnablement nécessaire pour éviter d'entraîner aveuglément son franchisé dans une folle aventure. Le franchiseur aura peut-être intérêt à établir de deux choses l'une : soit que le franchisé a décidé de participer à l'aventure de son plein gré et en toute connaissance des risques prévisibles qui s'y rapportent, soit que le franchiseur avait tout ce qui était raisonnablement nécessaire pour minimiser les risques associés à son projet. En d'autres termes, il incombe au franchiseur de démontrer qu'il a objectivement raison d'entraîner son franchisé sur une nouvelle voie.

À notre avis, cela ne peut signifier que le franchiseur doive obligatoirement garantir le succès de chacune de ses initiatives[65]. Le franchiseur a droit à l'erreur lorsqu'il innove. Par contre, l'inaction, l'insouciance ou même l'optimisme démesuré du franchiseur peuvent donner lieu au constat d'une faute de sa part. La question consiste donc à s'interroger sur les conditions suivant lesquelles un franchiseur peut amener un franchisé sur la voie des innovations qu'il (le franchiseur) se propose d'introduire dans

---

64 *Provigo Distribution inc. v. Supermarché A.R.G. inc.*, préc., note 3, par. 66.

65 Jean H. GAGNON, préc., note 3, p. 147 et suivantes (chapitre 8 : Choix et sélection d'un système de franchise, à jour au 24 mars 2004).

24-Ciotola.indb 338 12-12-12 15:11

son réseau. L'innovation emporte pour le franchiseur non seulement une obligation de divulgation à l'endroit du franchisé (le franchisé doit savoir qu'il est appelé à expérimenter l'introduction de changements au concept du franchiseur), mais également la nécessité d'obtenir du franchisé un consentement éclairé[66].

Après tout, n'est-ce pas au franchiseur qu'il incombe de maintenir la pertinence du contrat qui le lie à son franchisé, pour que les considérations motivant l'affiliation ne soient pas rendues caduques ou inopérantes[67] ?

C. De nouveaux horizons quant à l'étendue du contenu implicite

1. Obligation de protéger l'intégrité du système

Sachant l'importance que revêt la marque de commerce dans le cadre de la relation qui s'établit entre un franchiseur et ses franchisés, on comprendra que cette relation risque d'être remise en question si le franchiseur en perd la possession ou même le contrôle. On peut donc avancer que, même en l'absence de toute stipulation à cet effet, le franchiseur aura également l'obligation de défendre sa marque de commerce contre toute attaque[68].

---

66 *Gestion Jamka inc.* c. *Iris, Le groupe visuel (1990) inc.,* 2009 CanLII 5360, par. 139 à 147 (QC C.S.)

67 *Provigo Distribution inc.* c. *Supermarché A.R.G. inc.*, préc., note 3, par. 61.

68 *Mini Putt International inc.* c. *Mini Putt Beauport*, préc., note 18. Voir au même effet *Dunkin Donuts (Canada) ltée* c. *9066-1703 Québec inc.*, préc., note 19, par. 20. Dans cette affaire, l'honorable juge Pierre J. Dalphond, alors qu'il siégeait en Cour supérieure, s'exprimait comme suit au sujet d'une demande de sauvegarde présentée par un franchiseur contre son franchisé : « Avec égards pour la position de l'avocat de 9074 et de M. Nguyen, il y a nécessité d'émettre dès maintenant une ordonnance de sauvegarde, puisque l'établissement du Cap-de-la-Madeleine vient de reprendre ses opérations comme un Dunkin' Donuts (urgence), sans par ailleurs se conformer aux obligations y associées, notamment s'approvisionner en produits approuvés, respecter les normes d'opération du franchiseur et payer pour les efforts de publicité du franchiseur (apparence de droit), ce qui pourrait causer un préjudice difficilement quantifiable à la réputation et à la situation financière de Dunkin' Donuts, à ses efforts de publicité et à la perception qu'a la

24-Ciotola.indb 339 12-12-12 15:11

2. Obligation de loyauté (l'abus de droit)

Le contenu implicite du contrat de franchise se définit par ailleurs autour d'une notion relativement abstraite, qui n'entre dans aucun cadre précis ; il s'agit de l'obligation de loyauté. Par définition, l'obligation de loyauté semble toucher à la notion de protection du droit à la concurrence. Dans l'affaire *Marcellin Ducharme inc.* c. *Les Moteurs Kawasaki canadien inc.*[69], c'est sous l'angle de la protection territoriale de la franchise que la Cour d'appel a eu l'occasion d'aborder la question.

Dans cette affaire, un concessionnaire autorisé des produits Kawasaki reprochait au fabricant d'avoir accordé une autre concession à l'intérieur d'un territoire qu'il prétendait lui être réservé. En première instance, le concessionnaire avait tenté, sans succès, d'obtenir une ordonnance d'injonction visant à empêcher l'exploitation de cette nouvelle concession. Le juge de première instance avait cité le contrat qui établissait sans ambiguïté que Kawasaki n'avait accordé aucune exclusivité territoriale à son concessionnaire. La Cour d'appel constate pour sa part que le contrat, quoiqu'il n'accorde pas de façon claire l'exclusivité territoriale, contient néanmoins des termes qui soutiennent une connotation d'exclusivité territoriale. Selon la Cour, par définition, les termes « concession » ou « concessionnaire » ont nécessairement une connotation d'exclusivité territoriale. La Cour conclut :

> La doctrine a généralement reconnu que l'exclusivité territoriale est un des éléments de « premier plan des contrats de franchise et des concessions », et ce, même en l'absence d'une clause explicite au contrat.[70]

---

clientèle de ses produits (préjudice grave). Quant à la balance des inconvénients, elle favorise Allied qui risque de subir des conséquences irrémédiables, alors que 9074 profite, pour ne pas dire abuse de la situation, en tentant d'avoir le beurre et l'argent du beurre. »

69 *Marcellin Ducharme inc.* c. *Les Moteurs Kawasaki canadien inc.,* REJB 2001-25270 (C.A.)

70 *Marcellin Ducharme inc.* c. *Les Moteurs Kawasaki canadien inc.*, préc., note 69, par. 11. Voir également Brigitte LEFEBVRE, « La clause d'exclusivité territoriale serait-elle une clause essentielle du contrat de franchise ? »,

24-Ciotola.indb 340 12-12-12 15:11

Selon la Cour d'appel, une lecture attentive du contrat menait forcément à la conclusion que le contrat de concession ne prévoyait pas expressément l'exclusivité territoriale de vente des produits Kawasaki. Selon la Cour, si exclusivité il y avait, elle devait être d'une autre nature. Or, l'exclusivité territoriale réclamée par le concessionnaire n'étant pas prévue de façon explicite au contrat et la preuve ne permettant pas de définir l'objet exact du droit exclusif recherché par le concessionnaire, il devenait impossible de décrire l'obligation corrélative qui en découlerait pour le fabricant et qui pourrait faire l'objet d'une ordonnance susceptible d'exécution. Par ailleurs, le concessionnaire n'avait pas, en l'espèce, fait la preuve d'un abus de droit qu'aurait commis Kawasaki en octroyant un contrat à un tiers. L'appel du concessionnaire fut donc rejeté.

La notion de loyauté ne se limite toutefois pas aux questions de droit de propriété intellectuelle. Ainsi, s'il est admis qu'une convention de franchise ne peut être maintenue en vigueur éternellement[71], il demeure que, même lorsque la convention est conclue

(1989) 92 *R. du N.* 253, 257. Bien qu'il existe des distinctions conceptuelles importantes entre le contrat de franchise et celui de concession, le lecteur peut examiner la position doctrinale en matière d'exclusivité de territoire également dans Claude SAMSON, « Le contrat de concession commerciale et le libre marché », (1980) 21 *C. de D.* 787 ; Brigitte LEFEBVRE, « Les clauses d'exclusivité dans le domaine du franchisage », dans S.F.P.B.Q., *Développements récents en droit commercial (1991)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 117 ; Anne-Marie GAUTHIER, « Aperçu des éléments fondamentaux de la relation de franchise », (1992) 1 *C.P. du N.* 41 ; Louise GAGNÉ, « Contrats types de franchisage », dans Philippe DENAULT et Loretta COLTON (dir.), *Le franchisage,* coll. « Conférence Meredith », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 71 ; Pierre MARTEL, « Réflexions sur certains aspects litigieux en matière de contrat de franchise », dans Philippe DENAULT et Loretta COLTON (dir.), *Le franchisage,* coll. « Conférence Meredith », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 367 ; Anne-Marie GAUTHIER et Alexander S. KONIGSBERG, préc., note 10. Voir sur le même sujet : *Conexsys systems inc.* c. *Aime Star Marketing inc.*, préc., note 6, par. 129 et suivants ; *Custom Diamond International Inc.* c. *Electrolux Professional Inc.*, 2008 CanLII 3753 (QC C.S.)

71 *BMW Canada inc.* c. *Automobiles Jalbert inc.,* préc., note 5, par. 108 : « En somme, s'agissant d'un contrat à durée indéterminée, les tribunaux concluent, après étude du contrat et en l'absence de clauses à l'effet contraire,

24-Ciotola.indb 341 12-12-12 15:11

pour une durée indéterminée, le franchiseur ne peut y mettre fin sans tenir compte des intérêts du franchisé, et ce, tout particulièrement si la terminaison découle d'une erreur de jugement de la part du franchiseur. C'est du moins la conclusion à laquelle en est venu l'honorable juge Dalphond, alors qu'il siégeait à la Cour supérieure :

> [51] Ici, il est constant au débat que jamais Kubota Canada n'avait eu quoique ce soit à redire à la façon dont Bertrand Équipements exploitait sa concession et que le distributeur avait toujours scrupuleusement respecté ses obligations à l'égard de Kubota Canada. C'était un distributeur modèle à qui Kubota Canada avait décerné des « médailles » dans le passé. La seule raison pour laquelle on a retiré la concession de Saint-Eustache était liée directement à l'engagement pris par Kubota Canada, à l'insu de Bertrand Équipements, de fermer la concession de cette dernière avant le 1er septembre 1998, de manière à ne pas avoir à payer la pénalité de 250,000.00 $ stipulée dans le contrat de vente de la concession de Saint-Janvier à Pro-Ab de Val-d'Or, contrat de vente qui permettait à Kubota Canada de récupérer ses billes suite aux investissements désastreux qu'elle avait faits dans une entreprise qui avait toujours été le mouton noir des concessions de l'Ouest du Québec, comme l'ont démontré les témoignages rendus à l'audience.
>
> [52] Du côté de Kubota Canada, on aura ainsi tenté de réparer, tant bien que mal, l'erreur de jugement commercial et financier commise antérieurement, mais au prix alors d'un certain « dommage collatéral », soit la fermeture d'une concession de 22 ans d'existence contre laquelle on n'avait jamais rien eu à reprocher, si ce n'est de ne pas avoir voulu acheter pour 700,000.00 $ une bâtisse qui n'en valait pas 300,000.00 $. De l'avis du tribunal, on ne peut guère imaginer de cas plus

---

à la possibilité de résiliation, sans motifs, moyennant l'envoi d'un avis suffisant. Ils estiment que, sauf circonstances exceptionnelles, il serait déraisonnable de soutenir que les parties à une entente commerciale souhaitent, ou s'attendent, lors de la conclusion de l'entente, que celle-ci dure indéfiniment, particulièrement lorsque leur relation en est une qui exige confiance et collaboration. »Voir au même effet *Richman* c. *Adidas Sportchuhfabriken*, J.E. 97-480 (C.A.)

24-Ciotola.indb 342 12-12-12 15:11

> clair d'abus de droit. Kubota Canada n'a malheureusement pas agi ici « dans l'exercice de [ses] droits contractuels, à la manière prudente et diligente d'une personne raisonnable et dans les limites de la loyauté ».[72]

Enfin, on aura retenu des affaires *Provigo*[73] et *Automobile cordiale ltée* c. *DaimlerChrysler Canada inc*.[74] que l'obligation de loyauté qui incombe au franchiseur signifie également que le franchiseur doit soutenir son franchisé face à la concurrence à laquelle ce dernier peut faire face[75].

3. Obligation de pardonner

Dans l'affaire *Christian Moto Sport inc.* c. *Bombardier Produits récréatifs inc*.[76], l'honorable juge Martin Dallaire de la Cour supérieure conclut que l'obligation d'agir de bonne foi impose au franchiseur de faire preuve de clémence à l'endroit d'un franchisé récalcitrant qui accepte de reconnaître ses torts :

> [143] À partir du moment où CMS met le genou à terre et signifie son intention de rentrer dans les rangs, BRP se devait de ramener son délinquant à la maison.[77]

---

72 *Bertrand Équipements inc.* c. *Kubota Canada ltée*, [2002] R.J.Q. 1329, par. 50-51 (C.S.). Sur le même sujet, voir *Yaskawa Motoman Canada Ltd.* c. *Bercar Electronics Ltd*., 2004 CanLII 46982 (QC C.S.)

73 *Provigo Distribution inc.* c. *Supermarché A.R.G. inc*., préc., note 3.

74 *Automobile Cordiale ltée* c. *DaimlerChrysler Canada inc.*, préc., note 61.

75 *Provigo Distribution inc.* c. *Supermarché A.R.G. inc*., préc., note 3, par. 66. Voir aussi Jean H. GAGNON, préc., note 3, p. 147 (chapitre 8 : Choix et sélection d'un système de franchise, à jour au 24 mars 2004).

76 *Christian Moto Sport inc.* c. *Bombardier Produits récréatifs inc.,* 2011 CanLII 269 (QC C.S.). Au moment de la rédaction et de la publication du présent texte, l'affaire se trouve en appel. Il sera intéressant de connaître la position de la Cour d'appel sur les questions soulevées dans cette affaire. On retiendra néanmoins de la décision du juge Bureau l'importance que revêt l'application de la notion de bonne foi dans l'interprétation et l'application du contrat de franchise.

77 Préc., note 76 (en appel).

24-Ciotola.indb 343 12-12-12 15:11

Cette approche, qui peut paraître inusitée, témoigne tout de même de l'étendue du pouvoir d'appréciation qui appartient au tribunal lorsqu'il est question de faire appel à la notion de bonne foi pour définir l'étendue des obligations des parties à un contrat. Il peut sembler audacieux de soutenir que le franchiseur pourrait être contraint de pardonner les écarts d'un franchisé. Pourtant, la conclusion à laquelle en vient la Cour supérieure dans cette affaire rappelle étrangement le texte de l'article 1604 C.c.Q., qui stipule que, même si le créancier d'une obligation possède le droit de résilier le contrat en cas de défaut de la part de son cocontractant de respecter ses obligations, le créancier ne peut mettre fin au contrat, malgré toute stipulation à l'effet contraire, lorsque le défaut du débiteur est de peu d'importance, à moins que, s'agissant d'une obligation à exécution successive, ce défaut n'ait un caractère répétitif ; auquel cas, le créancier de l'obligation a alors droit à la réduction proportionnelle de son obligation corrélative[78].

4. Obligation de racheter les inventaires à la fin du contrat

Dans l'affaire *Christian Moto Sport inc.* c. *Bombardier Produits récréatifs inc*.[79], on l'a vu un peu plus tôt, l'obligation qui s'impose au franchiseur d'agir de bonne foi prend une dimension nouvelle. Le tribunal, après avoir conclu être en présence d'un contrat d'adhésion, déclare abusive une clause visant à rendre facultative l'obligation du fabricant de racheter du franchisé les inventaires acquis par ce dernier dans le cadre de ses opérations commerciales. Le tribunal sanctionne d'ailleurs le comportement du fabricant et déclare abusives les conditions imposées par le fabricant au franchisé au sujet du rachat des inventaires :

> 5. La disproportion du rapport de force par l'absence de reprise d'inventaire
>
> [157] Lorsqu'on est fort et puissant, on doit faire preuve de discernement dans la réalisation de sa force. On sait que BRP,

---

78 Voir au même effet *140 Gréber Holding inc.* c. *Distribution Stéréo Plus inc*., préc., note 55, par. 94.

79 *Christian Moto Sport inc.* c. *Bombardier Produits récréatifs inc.,* préc., note 76 (en appel).

24-Ciotola.indb 344 12-12-12 15:11

selon son contrat, n'est pas tenu de racheter son inventaire [...]

[160] Dans le contexte social et économique qui prévaut aujourd'hui dans notre société, le tribunal n'a aucune difficulté à comprendre qu'un concessionnaire, qui voit son contrat de concession non renouvelé, est en droit de s'attendre à ce que son inventaire soit repris.

[161] Cette réalisation d'inventaire par le fabricant diminue l'impact financier associé au non-renouvellement du contrat. Le concessionnaire reste donc avec normalement ses actifs les plus importants soit son immeuble, son terrain et autres équipements non reliés à sa concession.

[162] On peut s'étonner que BRP préfère laisser ses produits en plan et, dans le fond, impose à son concessionnaire une réalisation d'inventaire sur un produit qu'il n'est plus en mesure de représenter adéquatement.

[163] Il semble bien selon la preuve que la reprise est conditionnelle à l'obtention d'une quittance. Mais voilà, de son côté la demanderesse souhaitait réaliser l'offre, mais sans la quittance. L'enjeu de la quittance est devenu le point névralgique d'une mésentente. Avait-on à aller jusque-là ? Le tribunal ne le croit pas. Qu'un concessionnaire ait des prétentions, mais qu'en raison de ces prétentions, on l'oblige à se dépêtrer dans ses ennuis, alors qu'il a été un concessionnaire efficace et rentable, apparaît au tribunal comme disproportionné. BRP était beaucoup plus en mesure de supporter le litige.

[164] Sous l'angle de l'abus de droit et du rapport de force, on n'avait pas à utiliser la quittance comme monnaie d'échange. Il semble au tribunal que c'est justement ce type de conduite qui doit être réfrénée par un tribunal.[80]

[80] Préc., note 76.

24-Ciotola.indb 345 12-12-12 15:11

D. Obligations implicites qui incombent au franchisé

Le pouvoir d'appréciation qui permet aux tribunaux de définir le contenu normatif implicite de la convention de franchise ne sert pas qu'à préciser les obligations du franchiseur. Le tribunal peut tout aussi bien définir les obligations implicites qui incombent au franchisé. Après tout, le contrat de franchise étant un contrat synallagmatique, il ne faut pas croire que le tribunal ne puisse chercher à le préciser, même lorsqu'il s'agit du franchisé.

1. L'obligation de se renseigner

L'obligation de renseignement que la bonne foi impose au franchiseur, même en l'absence de toute disposition expresse de la convention de franchise, a par ailleurs pour corollaire une obligation équivalente qui incombe au franchisé de se renseigner, et même de rechercher, au besoin, l'assistance de professionnels dans le but de poser un choix éclairé au sujet de la conclusion du contrat de franchise. Ainsi :

> [116] Intervient ici le corollaire de l'obligation de renseignement que doit remplir le franchiseur. De son côté, le franchisé doit en effet faire preuve de prudence car « [l]'erreur inexcusable ne constitue pas un vice de consentement ».
>
> [117] Dans le cadre de la signature d'un contrat de franchise, le futur franchisé a l'obligation de se renseigner de façon raisonnable. On ne saurait sous-estimer cette obligation compte tenu de l'importance des sommes et de l'énergie à investir pour un franchisé dans une relation commerciale dont il supporte, somme toute, la responsabilité et, de façon ultime, le risque.
>
> [118] Dans ses négociations pré-contractuelles [*sic*], un futur franchisé doit rechercher et considérer toute l'information à laquelle il peut avoir accès. De plus, la consultation de professionnels, tels un conseiller juridique ou un comptable, lui permet d'être renseigné convenablement sur ses droits et obligations, de même que sur les projections financières.
>
> [119] Dans *Guertin* c. *Entreprises J.J.P. inc.*, la Cour d'appel a qualifié le comportement du franchisé, homme d'affaires

24-Ciotola.indb 346 12-12-12 15:11

> d'expérience, de contraire à celui d'une personne normalement prudente et diligente, en ce qu'il n'avait pas pris soin de consulter son comptable afin de faire vérifier les états financiers remis par le franchiseur. De semblables conclusions ont été retenues dans d'autres décisions, notamment dans le cas d'un franchisé qui, fort de ses connaissances en administration, n'a pas pris soin de consulter un comptable.
>
> [120] Certains agissements d'un franchisé sont de bons indicateurs du degré de prudence qu'il démontre. On considérera ainsi le fait pour celui-ci de vérifier ou de faire vérifier les données financières remises par le franchiseur, d'en discuter avec d'autres intervenants, tel un conseiller juridique, de faire des études de marketing ou encore de demander à voir les résultats financiers du franchiseur.[81]

On notera que, dans l'affaire *Martineau* c. *Canadian Tire*[82], la Cour d'appel, dans un arrêt rendu sous la plume de l'honorable juge Gagnon, exprime une opinion tout à fait semblable :

> [60] Ensuite, bien que Canadian Tire fût tenue d'agir de bonne foi et de communiquer à Martineau les informations financières les plus plausibles, cette obligation était cependant tempérée par le devoir de diligence auquel Martineau était lui-même astreint.
>
> [61] Ce dernier, on l'a vu, est un marchand associé depuis plus de 40 ans. Au moment de conclure l'entente de 1999, il en était déjà à son quatrième magasin Canadian Tire. Loin d'être un profane, Martineau était au contraire rompu à ce genre de transactions. Il était donc bien placé pour procéder à ses propres analyses financières, comme l'aurait fait un homme d'affaires raisonnable placé dans les mêmes circonstances.
>
> [62] L'élémentaire prudence, qui en termes juridiques se traduit par l'obligation d'agir de manière diligente, exigeait de Martineau de faire ses propres projections, de sorte qu'il n'ait

---

81 *9103-9149 Québec inc.* c. *2907763 Canada inc.*, préc., note 48.

82 *Martineau* c. *Société Canadian Tire ltée*, préc., note 12.

24-Ciotola.indb 347 12-12-12 15:11

> pas à s'en remettre uniquement à des perspectives dont l'atteinte n'était pas assurée.[83]

Cette obligation imposée au franchisé serait d'une importance cruciale :

> ... un examen soigné de la documentation remise par le franchiseur, y inclus la convention de franchise que lui présente le franchiseur, en consultant des professionnels, en posant des questions, en faisant un examen attentif des équipements qui lui sont vendus accessoirement à la signature de la convention, en demandant de rencontrer des franchisés du réseau, etc.[84]

On notera plus particulièrement les observations de la Cour supérieure dans la décision *9069-7384 Québec inc.* c. *Superclub Vidéotron ltée*[85] :

> [83] Les demandeurs ont manqué à leur obligation de se renseigner de façon raisonnable avant de s'engager dans cette franchise. Ils n'ont pas fait vérifier par un comptable agréé les projections préparées par SCV avant de signer la Convention de franchise et ils n'ont pas consulté un avocat afin de connaître leurs droits et obligations en vertu des dispositions de ladite Convention. Un comptable et un avocat expérimentés

---

83 *Id.*, par. 60 à 62. Voir au même effet *Azad* c. *863650 Ontario inc. (Student Works Painting)*, préc., note 56, par. 29 ; *Antinoro* c. *Métayer*, 2002 CanLII 39132, par. 49 et suivants (QC C.Q.) ; et *9103-9149 Québec inc.* c. *2907763 Canada inc.*, préc., note 48, par. 117 et 118, où le tribunal établit que les demandeurs avaient le devoir de s'informer sur les qualités et défauts du site choisi par eux, et peut-être même de faire faire une étude du marché.

84 Pascale CLOUTIER, Marie-Hélène GAY et Vanessa LEBLANC, « La responsabilité contractuelle et extracontractuelle du franchiseur à l'égard des franchisés et des tiers », dans S.F.P.B.Q., *Développements récents en droit de la franchise et des groupements (2008)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008. Voir également les observations de l'honorable Anne-Marie Trahan dans l'affaire *2328-4938 Québec inc.* c. *Naturiste J.M.B. inc.*, [2000] R.J.Q. 2607, par. 38 et suivants (C.S.)

85 *9069-7384 Québec inc.* c. *Superclub Vidéotron Ltée*, [2004] R.J.Q. 892 (C.S.)

24-Ciotola.indb 348 12-12-12 15:11

> dans le domaine de la franchise auraient averti les demandeurs des risques d'affaires qu'ils doivent être prêts à assumer. Les demandeurs avaient le temps de s'informer. Ils auraient dû profiter de ce temps pour se renseigner et obtenir des conseils professionnels appropriés.[86]

On notera également les observations de la Cour d'appel dans l'affaire *Guertin* c. *Entreprises J.J.P. inc.*[87], au sujet d'allégations de fausses représentations formulées par un franchisé à l'encontre du franchiseur de la chaîne d'alimentation Métro, relativement à la préparation par le franchiseur d'un bilan pro forma rédigé à partir, entre autres, de statistiques et de données établies en fonction de comparaisons faites entre 80 établissements sous bannière Métro de dimensions et volume d'affaires semblables au marché acheté par le franchisé. Par ailleurs, le franchisé avait avoué qu'il savait que le bilan ne représentait pas les résultats réels du marché d'alimentation encore disponible, mais des données prévisionnelles, des représentations de faits futurs. À cet égard, la Cour d'appel infirme la décision de première instance et déclare :

> [40] Pour toutes ces raisons, je conclus qu'aucune faute ne peut être reprochée aux appelants et que les intimés auraient évité la situation désastreuse dans laquelle ils se sont retrouvés s'ils avaient pris des moyens raisonnables pour s'assurer de la rentabilité de leur investissement, au lieu de se fier aveuglément à un bilan pro forma.[88]

Manifestement, le fardeau qui incombe au franchisé est appelé à varier en fonction des circonstances de chaque espèce, et plus particulièrement de la situation du franchisé, de son expérience, de ses connaissances ainsi que des circonstances dans lesquelles le franchisé est appelé à s'engager avec le franchiseur. Dans chaque cas, il incombe au tribunal d'arbitrer les prétentions

---

86 *Id.*, par. 83. Voir également *Entreprises MTY Tiki Ming Inc.* c. *McDuff,* préc., note 54, et *2328-4938 Québec inc.* c. *Naturiste J.M.B. inc.*, préc., note 84, par. 165.

87 *Guertin* c. *Entreprises J.J.P. inc*., [1998] n° AZ-98011362 (C.A.)

88 *Guertin* c. *Entreprises J.J.P. inc*., préc., note 87.

24-Ciotola.indb 349 12-12-12 15:11

des parties en fonction des circonstances de l'espèce (niveau d'instruction du franchisé, connaissance du domaine des affaires, comportement du franchiseur, etc.).

2. L'obligation de contribuer au système

En contrepartie de l'obligation d'assistance qui incombe au franchiseur, on notera que le franchisé doit respecter les normes d'exploitation prescrites par le franchiseur[89] et qu'il a, en plus, l'obligation implicite de collaborer au système et, à sa façon, de contribuer au dynamisme et à l'évolution nécessaires à la pertinence du contrat ; c'est la conclusion à laquelle en vient l'honorable Louis Lacoursière dans l'affaire *Gestion Jamka inc.* c. *Iris, Le groupe visuel (1990) inc.* :

> [88] Le Contrat de franchise est bilatéral (ou synallagmatique) et, à l'obligation implicite du franchiseur doit, selon le Tribunal, correspondre l'obligation réciproque et corrélative du franchisé de s'informer, de collaborer et, à sa façon, [de] contribuer au dynamisme et à l'évolution nécessaires à la pertinence du contrat.
>
> [89] Ceci étant, les obligations implicites ne sauraient abroger ou amender les obligations spécifiquement prévues au Contrat de franchise.[90]

3. L'obligation de loyauté

Il est intéressant de constater que l'obligation implicite de loyauté découlant d'un contrat de franchise n'incombe pas qu'au franchiseur. On pourra aussi retenir les conclusions de la Cour d'appel dans l'affaire *Rogers Cantel inc.* c. *Elbanna Sales inc.*[91]. Dans cette affaire, le franchiseur reprochait au principal dirigeant de son franchisé d'avoir signé une entente visant l'exploitation

---

89 Ce que la convention prévoit habituellement expressément ; voir *140 Gréber Holding inc.* c. *Distribution Stéréo Plus inc.*, préc., note 55.

90 *Gestion Jamka inc.* c. *Iris, Le groupe visuel (1990) inc.,* préc., note 66, par. 88-89.

91 *Rogers Cantel inc.* c. *Elbanna Sales inc.,* 2003 CanLII 43394 (QC C.A.)

24-Ciotola.indb 350 12-12-12 15:11

d'un établissement d'un réseau concurrent. Le franchiseur ne cherchait pas tant à faire appliquer la clause de non-concurrence qu'à mettre en défaut le franchisé, et ainsi provoquer la terminaison du contrat de franchise. À ce sujet, la Cour d'appel dispose de la question comme suit :

> [48] Even if Annable were not specifically bound as a sub-agent to similar terms and conditions as the company as approved agent, I am of the view that he had a duty of loyalty and good faith, during the term of the agreement, to respect that undertaking he had accepted on behalf of the company. It would be difficult to conceive how Annable could expect Cantel to allow the agreement to continue in force with Elbanna while Annable could feel free to offer his services to Bell and sign an agency contract with Cantel's principal competitor.
>
> [49] Even in the absence of personal contractual obligations on the part of Annable, he had a duty to act in good faith and a duty of loyalty to Cantel (*Bank of Montreal* v. *Kuet Leong Ng*, [1989] 2 S.C.R. 429 ; *Provigo Distribution Inc.* v. *Supermarché A.R.G. Inc.*, [1998] R.J.Q. 47, 58 (C.A.) ; *L'Excelsior, cie d'assurance-vie* v. *La Mutuelle du Canada, cie d'assurance-vie*, [1992] R.J.Q. 2666 C.A. ; *3102-2734 Québec Inc. et al* v. *Restaurant Casa Kosta Inc. et al.*, S.C. Chicoutimi no. 150-05-000346-942, July 21st, 1994, Banford J., JE 94-1397). To sign an agency agreement with Cantel's chief competition was a breach of that duty of loyalty and good faith.
>
> [50] As indicated above, this is not a case of a simple employee, not himself bound to any contractual limitation, leaving the employ of a company to earn a living working for a competitor. Annable, in this case, was indistinguishable from Elbanna insofar as the performance of the contract was concerned, and the duty to respect the duty of loyalty to Cantel.
>
> [51] If Annable chose to become an approved agent with Cantel's chief competitor, at the very least, he had to expect that Cantel would terminate the super agent agreement with Elbanna.[92]

---

[92] *Id.,* note 91. Voir également *Slush Puppie Canada inc.* c. *Distribution Kingsey inc.*, EYB 2005-101460 (C.Q.), décision dans laquelle la Cour du

24-Ciotola.indb 351 12-12-12 15:11

CONCLUSION

Les vingt-cinq dernières années ont donné lieu, en matière de franchisage, à une moisson considérable, et ce, tant en jurisprudence qu'en doctrine. Avec le recul que nous offre le temps qui s'est écoulé depuis que Me Ciotola s'est inquiété de voir les institutions civilistes reléguées à l'arrière-plan en matière de franchisage[93], on peut maintenant affirmer avec assurance que ces mêmes institutions se retrouvent aujourd'hui à l'avant-plan des aspects juridiques de ce phénomène commercial. Depuis près de trois décennies, une jurisprudence abondante et une doctrine considérable ont permis non seulement de mieux comprendre la nature du contrat de franchise, mais aussi, en l'absence de législation spécifique, de lui conférer un cadre normatif, résultat d'une approche civiliste ouverte.

L'importance de l'ouverture faite par la Cour d'appel dans l'affaire *Provigo*[94], il y a plus de quinze ans, au rôle joué par la bonne foi dans l'interprétation et l'application du contrat de franchise se mesure encore aujourd'hui. Il est à prévoir qu'en l'absence de toute législation spécifique, le contenu normatif implicite du contrat de franchise continuera d'évoluer en fonction du pouvoir d'appréciation que confère aux tribunaux le recours à la notion de la bonne foi. L'évolution de l'étendue de l'obligation de loyauté qui incombe tant au franchiseur qu'au franchisé en est un exemple éloquent.

Il reste à savoir où s'arrêtera l'exercice de la discrétion du tribunal en la matière. À cet égard, nous soumettons qu'il ne faudra pas perdre de vue la force obligatoire du contrat qui s'impose aux tribunaux comme aux parties :

> Si la force obligatoire du contrat s'oppose aux parties qui, d'un commun accord, peuvent seules le réviser ou le mettre à

Québec confirme que le distributeur est en demeure de plein droit, par le seul fait de sa contravention ou de son inexécution, comme le stipulait d'ailleurs la convention en l'instance. Voir également *Voca-Tel communications inc.* c. *Vidéotron ltée*, [2005] AZ-50332772 (C.S.)

93 Paul-André MATHIEU, préc., note 1 (préface de Me Pierre Ciotola).

94 *Provigo Distribution inc.* c. *Supermarché A.R.G. inc.*, préc., note 3.

24-Ciotola.indb 352 12-12-12 15:11

> néant, à plus forte raison s'impose-t-elle au juge dont la volonté est étrangère à la convention intervenue. Sauf pour les causes reconnues par la loi, il doit respecter le contrat, conformément à ce que prévoit l'article 1439 C.c.Q.[95]

À la lumière de ce qui précède, on peut croire que l'étendue du cadre normatif du contrat de franchise dépendra des courants jurisprudentiels à venir. Cette perspective est de nature à laisser perplexe. Selon une approche stricte, les tribunaux pourraient limiter le rôle du franchiseur à celui d'un simple fournisseur de services, avec les conséquences néfastes que cela peut entraîner[96]. Selon une approche ouverte, le franchisé devrait, tout autant que le franchiseur, contribuer au dynamisme de la formule[97].

En fait, il appartient peut-être aux principaux intéressés de redéfinir eux-mêmes le fondement des rapports qu'ils entretiennent les uns avec les autres en matière de franchise, de manière à éviter de se voir imposer un cadre trop rigide qui pourrait même menacer d'entraver l'évolution d'une formule d'affaires encore bien jeune, mais dont le succès dépend largement des deux parties au contrat[98].

BIBLIOGRAPHIE

Législation

Loi sur les marques de commerce, L.R.C. 1985, c. T-13

Jurisprudence

Antinoro c. Métayer, 2002 CanLII 39132 (QC C.Q.)

Automobile cordiale ltée c. DaimlerChrysler Canada inc, 2010 CanLII 32 (QC C.S.)

---

95 François GENDRON, préc., note 25, p. 51.

96 Jean H. GAGNON, *Le partenariat stratégique : comment profiter pleinement des forces du franchisage*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 17.

97 *Gestion Jamka inc.* c. *Iris, Le groupe visuel (1990) inc.,* préc., note 66, par. 88-89.

98 Voir à ce sujet Jean H. GAGNON, préc., note 96, p. 157.

24-Ciotola.indb 353 12-12-12 15:11

Azad c. 863650 Ontario inc. (Student Works Painting), 2011 CanLII 4227 (QC C.Q.)

Bertrand Équipements inc. c. Kubota Canada ltée, [2002] R.J.Q. 1329 (C.S.)

BMW Canada inc. c. Automobiles Jalbert inc., 2006 CanLII 1068 (QC C.A.)

Carrefour Langelier c. Cinéplex Odeon Corp., REJB 1999-15160 (C.S.)

Christian Moto sport inc. c. Bombardier Produits récréatifs inc., 2011 CanLII 269 (QC C.S.)

Claude Lefebvre c. Boulangerie Weston Québec Corp, [1999] n° AZ-00026165, (C.S.)

Conexsys Systems Inc. C. Aime Star Marketing Inc., 2003 CanLII 33339 (QC C.S.)

Custom Diamond International Inc. v. Electrolux Professional Inc. 2008 CanLII 3753 (QC C.S.)

DaimlerChrysler Canada inc. c. Automobile Cordiale ltée, 2011 CanLII 2066 (QC C.A.)

Distributions Yves Paquette et autres c. Le Club International Film C.I.V.F. (1987) Inc.[1992] R.J.Q. 1965 (C.S.)

Dunkin Donuts (Canada) ltée c. 9066-1703 Québec inc., REJB 2001-24608 (C.S.)

Entreprises MTY Tiki Ming inc. c. McDuff, 2008 CanLII 4898 (QC C.S.)

G.D.G. Environnement ltée c. Zoecon Canada inc., J.E. 93-1255 (C.S.)

Gestion Jamka inc. c. Iris, Le groupe visuel (1990) inc., 2009 CanLII 5360 (QC C.S.)

Guertin c. Entreprises J.J.P. inc., [1998] n° AZ-98011362 (C.A.)

Laflamme Fourrure (Trois-Rivières) inc. c. Laflamme Fourrure inc., (1986) 11 C.P.R. (3d) 237

24-Ciotola.indb 354 12-12-12 15:11

Marcellin Ducharme inc. c. Les Moteurs Kawasaki canadien inc., REJB 2001-25270 (C.A.)

Martineau c. Société Canadian Tire ltée, 2011 CanLII 2198 (QC C.A.)

Mini-Putt International inc. c. *Mini-putt Beauport,* J.E. 94-1792 (C.S.)

Neilson Ltd. c. Freddy's et Koala Drive-In Restaurant Ltd., (1973) 9 C.P.R. (2d) 69

Provigo distribution inc. v. Supermarché A.R.G. inc. REJB 1997-03777 (C.A.)

Richman c. Adidas Sportchuhfabriken, J.E. 97-480 (C.A.)

Rogers Cantel inc. c. *Elbanna Sales inc*., 2003 CanLII 43394 (QC C.A.)

Treats inc. c. Sachian inc., REJB 1998-06398 (C.A.)

Simard c. Leblond, Buzzetti & associés ltée., 1993 CanLII 3504 (QC C.A.)

Slush Puppie Canada inc. c. Distribution Kingsey inc., EYB 2005-101460 (C.Q.)

Voca-Tel communications inc. c. Vidéotron ltée, [2005] AZ-50332772 (C.S.)

Voncorp. inc. c. 147013 Canada inc., REJB 1997-01608 (C.S.)

Yaskawa Motoman Canada Ltd. c. Bercar Electronics Ltd., 2004 CanLII 46982 (QC C.S.)

140 Gréber Holding inc. c. Distribution Stéréo Plus inc., 2003 CanLII 30161 (QC C.S.)

2328-4938 Québec inc. c. Naturiste J.M.B. inc., [2000] R.J.Q. 2607 (C.S.)

9103-9149 Québec inc. c. 2907763 Canada inc., 2007 CanLII 724 (QC C.S.)

9102-5486 Québec inc. c. Café suprême Canada inc., 2008 CanLII 4016 (QC C.S.)

24-Ciotola.indb 355 12-12-12 15:11

9150-0595 Québec inc. c. Franchises Cora inc., 2011 CanLII 1034 (QC C.S.)

9069-7384 Québec inc. c. Superclub Vidéotron Ltée [2004] R.J.Q. 892 (C.S.)

9128-7755 Québec inc. (Safari Centre d'animaux) c. 4241 Québec inc. (Safari) 2008 CanLII 4524 (QC C.S.)

Doctrine

Alexander KONIGSBERG et Anne-Marie GAUTHIER, « Relation franchiseur-franchisé : nature et étendue des obligations du franchiseur », (1993) 27 *R.J.T.* 633

Anne-Marie GAUTHIER, « Aperçu des éléments fondamentaux de la relation de franchise », (1992) 1 *C.P. du N.* 41

Brigitte LEFEBVRE, « Le contrat d'adhésion », 2003, 105 *R.du N.* 441

Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat en droit québécois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 26

Brigitte LEFEBVRE, « La clause d'exclusivité territoriale serait-elle une clause essentielle du contrat de franchise ? », (1989), 92 *R. du N.* 253

Brigitte LEFEBVRE, « Les clauses d'exclusivité dans le domaine du franchisage », dans S.F.P.B.Q., *Développements récents en droit commercial (1991)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p.117

B. ARCHAMBAULT, Le guide des franchises québécoises, Montréal, Publicfac, 1987

Claude SAMSON, « Le contrat de concession commerciale et le libre marché », (1980) 21 *C. de D.* 787

CONSEIL QUÉBÉCOIS DE LA FRANCHISE, (Raymond Chabot Grant Thornton, avec la collaboration de Développement économique, Innovation et Exportation Québec, Indicia et Profile Soft) *Étude sur le poids relatif de la franchise dans l'écono-*

24-Ciotola.indb 356 12-12-12 15:11

mie québécoise, [Ressource électronique] : http ://www.cqf.ca/afficheur.asp ?id=603 (site consulté le 10 mai 2012)

Éloïse ARBOUR et André D'AMOURS, « La responsabilité du franchiseur-commettant », (1993) 93 *R.J.E.U.L.* 9

Ginette LECLERC, « La bonne foi dans l'exécution des contrats », (1992) 37 *McGill L.J.* 1070

Jean H. GAGNON, *La franchise au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2003 feuilles mobiles, à jour au 8 novembre 2007

Jean H. GAGNON, *Le partenariat stratégique : comment profiter pleinement des forces du franchisage*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 17

Jean Jacques TOWNER, *Le franchisage en droit civil*, mémoire de maitrise, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 1985

Jean PINEAU, « La philosophie générale du nouveau Code civil du Québec, (1992) 71 *R. du B. Can*. 423

Louise GAGNÉ, « Contrats types de franchisage », dans Phillipe DENAULT et Loretta COLTON (dir.), *Le franchisage,* coll. « Conférence Meredith », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 71

Marie Annik GRÉGOIRE, *La bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat,* coll. Minerve, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2003

Nathalie CROTEAU, *Le contrat d'adhésion : de son émergence à sa reconnaissance*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996

Pascale CLOUTIER, Marie-Hélène GAY et Vanessa LEBLANC, « La responsabilité contractuelle et extracontractuelle du franchiseur à l'égard des franchisés et des tiers », dans S.F.P.B.Q., *Développements récents en droit de la franchise et des groupements (2008)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008

Paul-André MATHIEU, *La Nature Juridique du Contrat de Franchise*, Cowansville Éditions Yvon Blais, 1989

Paul-André MATHIEU, « Franchise et marques de commerce », 10(3) *Cahiers prop. intel*., 651

24-Ciotola.indb 357 12-12-12 15:11

Phillipe DENAULT et Loretta COLTON (dir.), *Le franchisage,* coll. « Conférence Meredith », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993

Pierre MARTEL, « Réflexions sur certains aspects litigieux en matière de contrat de franchise », dans Phillipe DENAULT et Loretta COLTON (dir.), *Le franchisage,* coll. « Conférence Meredith », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 367

Les franchises au Québec, Institut national sur le franchisage, Montréal, 1987

Colloque « La bonne foi : rôle et exigences », (1996) 26 R.D.U.S. 224

24-Ciotola.indb 358 12-12-12 15:11

« AUPRÈS DE MA BLONDE… »*

Benoît MOORE**

I. LE SENS DES MOTS 363
II. LE SENS DES CHOSES 370

* Titre d'une chanson populaire française composée au début du XVIII^e^ siècle et attribuée à André Joubert du Collet. Elle aurait d'abord été connue sous le titre *Le prisonnier de Hollande.*

** Professeur, titulaire de la Chaire Jean-Louis Baudouin en droit civil de la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

24-Ciotola.indb 359 12-12-12 15:11

24-Ciotola.indb 360 12-12-12 15:11

L'union de fait est l'objet, depuis quelques années, d'un important débat de société notamment alimenté par l'affaire hyper médiatisée connue sous le nom d'*Éric* c. *Lola*[1]. Cette affaire, qui est encore pendante devant la Cour suprême au moment d'écrire le présent article, pose la question de la validité constitutionnelle, sous l'angle de la discrimination, de la différenciation dans le traitement réservé aux conjoints de fait. Il s'agit là, en fait, du point d'ancrage afin de permettre aux tribunaux de juger de la légalité de la politique familialiste québécoise actuelle.

Quelque soit l'opinion de tout un chacun quant à l'existence ou non d'une discrimination ou, plus largement, quant à l'opportunité de réglementer les conséquences économiques de l'union de fait, cette affaire aura eu le mérite de provoquer une importante discussion sur les fondements de la politique familialiste québécoise, de même que de mettre en exergue, par des études diverses, le portrait plural de la conjugalité au Québec. Il ressort de tout cela que, si l'union de fait demeure hétérogène, elle l'est de moins en moins, un grand nombre d'unions de fait présentant une forte similarité fonctionnelle avec le mariage. À l'inverse, le mariage aussi converge vers l'union de fait, notamment en ce qu'il est moins homogène et stable qu'auparavant[2].

Cette affaire aura aussi permis de mettre en évidence ce qui se révèle être les paradoxes de la politique familialiste québécoise. Non seulement les similarités fonctionnelles entre le mariage et l'union de fait tant évoquées existent-elles, mais elles sont reconnues, depuis plusieurs années, tant par les conjoints – qui les ont eux-mêmes invoquées – que par les tribunaux et le législateur. C'est sur la base de ces similarités que les lois sociales et fiscales ont progressivement été modifiées afin d'égaliser le traitement des couples sans égard à la forme de conjugalité. Ce traitement indifférencié des couples, sur la base de la liberté individuelle et

---

1 *Droit de la famille – 091768*, 2009 QCCS 3210 ; *Droit de la famille – 102866*, 2010 QCCA 1978.

2 Sur ces questions, voir notre texte : Benoît MOORE, « Variations chromatiques : l'union de fait entre noir et blanc », dans Générosa BRAS MIRANDA et Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Adrian Popovici – Les couleurs du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 97.

24-Ciotola.indb 361 12-12-12 15:11

de la non-discrimination, a progressivement créé une fausse impression de la disparition de l'union de fait, de l'indifférenciation totale entre le mariage et l'union de fait[3]. Or, les conjoints de fait revendiquent pourtant le maintien de la non-réglementation des effets économiques de l'union de fait au nom de la liberté individuelle : il faut, disent-ils, respecter la volonté des parties de ne pas se marier, de ne point se soumettre au régime légal du mariage. Mais cette même liberté, la loi la refuse pourtant aux couples mariés.

On assiste donc, tout à la fois, à une indifférenciation sociale entre les différentes formes de conjugalités, à une banalisation, voire une désintégration de la notion même de statut matrimonial d'une part, et au maintien, d'autre part, d'une différence dans le rapport existant entre la loi et la forme de conjugalité : soumission à une forme institutionnelle liberticide dans le mariage et préservation d'une zone de « non-droit » dans l'union de fait. Non seulement ce double rapport, à l'évidence, est-il non fondé, l'union de fait n'existant plus dès lors qu'elle est reconnue par le droit, qu'il soit social, fiscal ou privé, mais il nous semble surtout être à la source d'une logique bancale, celle de justifier la différenciation juridique de situations jugées similaires, tant par le droit que par les acteurs sociaux. La seule liberté individuelle, que l'on prend pour cause, est-elle réellement en mesure de justifier ce système, ou n'est-ce pas là qu'une formule rhétorique, instrumentalisée afin d'éluder le débat sur le régime du mariage lui-même et, plus spécifiquement, sur l'existence et l'impérativité du patrimoine familial, qui n'a jamais su parfaitement convaincre ?

Dans les pages qui suivent, nous proposerons certaines réflexions sur la réalité contemporaine de l'union de fait en partant de quelques décisions, certes parfois anecdotiques, mais tout de même significatives. Celles-ci font une large place à la dissolution de l'union de fait dans le contexte du décès de l'un des conjoints,

---

3 C'est ce qu'une sociologue appelle le *mythe du mariage automatique* : Hélène BELLEAU, *Quand l'amour et l'État rendent aveugle – Le mythe du mariage automatique*, Québec, P.U.Q., 2011.

24-Ciotola.indb 362 12-12-12 15:11

réalité qui a été, somme toute, négligée dans les débats[4]. Ce choix, nous l'avons fait d'abord et avant tout en pensant au professeur Pierre Ciotola, qui a dédié une large part de sa carrière au droit successoral, mais aussi parce qu'il nous semble être un terrain particulièrement fertile afin de mettre à l'épreuve, une fois encore, le fondement volontaire, traditionnellement présenté comme justifiant la différenciation de traitement entre les diverses formes d'unions. Ces décisions nous mènerons à gloser sur, d'abord, le sens des mots (I), puis sur le sens des choses (II).

I. Le sens des mots

Non seulement les mots sont-ils porteurs de sens, mais ils sont aussi révélateurs des transformations d'une société, de ses valeurs et de ses idéaux. Une affaire, récente et banale, nous le rappelle[5].

Monsieur Monette est propriétaire d'un immeuble qu'il habite avec son épouse Madame Henriette Brière. Bien qu'il s'agisse d'une résidence unifamiliale, ils ont aménagé un logement dans le sous-sol de l'immeuble, lequel est habité par la fille de Monsieur Monette (ci-après « le demandeur ») et de Madame Brière, ainsi que par son conjoint et leurs enfants (ci-après « les défendeurs »). En 2001, le demandeur vend l'immeuble aux défendeurs. L'acte sous seing privé, conclu le 22 août 2001, contient la clause suivante : « S'il y a un des deux locataires actuels, c'est-à-dire Hervé Monette ou Henriette Brière Monette qui décède, l'autre personne restant vivante ne peut venir rester ici avec sa blonde ou son chum »[6]. La

---

4 Cela est certainement dû, en partie du moins, au fait que les règles concernant le décès n'étaient pas visées par l'affaire *Lola.* Sur cette question en général, voir l'excellent texte de la professeure Brigitte Lefebvre : « L'union de fait : enjeux de l'encadrement dans un contexte successoral », dans Alain-Charles Van Gysel (dir), *Conjugalités et discriminations*, Paris, L.G.D.J., 2012, p. 105.

5 *Monette* c. *Desroches*, 2011 QCCS 1033.

6 *Id.,* par. 6. Nous avons pris la liberté d'apporter certaines corrections à la clause, dans la mesure où celles-ci n'en modifiaient pas le sens. Cette clause, incluse dans le contrat sous seing privé conclu par les parties, n'est pas reproduite dans l'acte notarié. Ce dernier lui fait toutefois référence.

24-Ciotola.indb 363 12-12-12 15:11

cohabitation, suite à cette vente, est maintenue sans difficultés relationnelles particulières.

Madame Henriette Brière décède le 21 octobre 2008. Quelques jours avant, le demandeur avait fait la rencontre de Madame Monique Plante. Dès la fin du mois de décembre, il avise les défendeurs que Madame Plante viendra séjourner dans le logement. Ces derniers, invoquant la clause contractuelle, s'opposent, sans succès, à cette venue. Le couple quitte ensuite pour la Floride. À leur retour, au printemps 2009, le demandeur tente de négocier une entente afin de permettre à Madame Plante de venir vivre avec lui. Les défendeurs refusent et songent à vendre l'immeuble. En juillet 2009, le demandeur dépose une requête en jugement déclaratoire afin que lui soit reconnu un droit d'usage, de même que la possibilité pour son « amie » de demeurer occasionnellement avec lui. Les défendeurs, quant à eux, contestent l'existence du droit d'usage en faveur du demandeur et, surtout, invoquent la clause contractuelle afin de soutenir que ce droit, s'il existe, ne permet pas au demandeur de résider avec sa conjointe.

Le 4 août 2010, le demandeur épouse Madame Monique Plante et, par la suite, modifie sa requête en jugement déclaratoire afin d'alléguer son mariage. Se profile dès lors la question principale du litige et la seule qui nous retiendra ici, soit le sens à donner à la clause dite « de la blonde ». Selon le demandeur, son mariage a neutralisé l'éventuelle application de cette clause, au motif que le terme « blonde » ne réfère qu'à une relation instable de courte durée[7]. À l'inverse, les défendeurs soutiennent que l'intention derrière cette clause était, compte tenu du caractère gratuit du droit d'usage de même que de la configuration de l'immeuble – il y avait véritablement une cohabitation, de limiter le droit d'usage au seul demandeur. Le terme « blonde » devait donc recevoir le sens qui lui est communément donné et inclure toute sorte de relation conjugale, dont le mariage[8]. S'oppose donc, d'une manière originale,

---

7 *Id.,* par. 55 : « Pour le demandeur, blonde signifie « une femme que tu as une journée et la semaine après tu en as une autre, c'est quelqu'un d'occasionnel ». »

8 *Id.,* par. 56 : « Pour la défenderesse, "blonde" ou "chum", c'était "comme on entend régulièrement chum ou blonde, même pour les gens mariés. Notre

24-Ciotola.indb 364 12-12-12 15:11

la distinction du mariage face aux autres relations conjugales, sur la base de sa stabilité et de son caractère institutionnel.

Le juge posera d'abord le constat, nécessaire selon lui, de l'ambiguïté de la clause et, par conséquent, de la nécessité de la soumettre à interprétation. Cette étape « préinterprétative », que certains auteurs contestent[9], demeure l'approche judiciaire classique[10]. Dans le présent cas, l'ambiguïté est intrinsèque à la clause, puisqu'elle découle des termes de celle-ci, « blonde » et « chum » étant des mots argotiques dont le sens est incertain. Devant cette difficulté, le juge emprunte une double approche : d'abord la recherche de l'intention des parties, puis l'analyse du sens des mots utilisés.

En conformité avec l'article 1425 C.c.Q., le juge recherche l'intention des parties qui se dégage de la clause limitative au droit d'usage. Pour ce faire, le tribunal « [...] doit apprécier l'ensemble de la preuve afin de déterminer quelle interprétation il doit donner à la clause d'exception, de manière à ne pas la vider de tout son sens, mais à lui donner plutôt le sens le plus raisonnable possible »[11]. Le tribunal arrive à la conclusion que, compte tenu des circonstances, cette clause avait pour objet d'éviter qu'une tierce personne, étrangère à la famille, puisse vivre dans la maison. Le droit d'usage accordé aux vendeurs ne l'était pas tant en raison de leur qualité d'anciens propriétaires, mais principalement au motif du lien filial qui existait entre les parties. En ce sens, pour le tribunal, l'expression « [...] « venir rester ici avec sa blonde » traduit une notion de permanence qui s'oppose à l'idée de quelqu'un d'occasionnel mise de l'avant par le demandeur »[12]. Selon le tribunal,

---

intention, en cas de décès de l'un ou l'autre, l'on ne voulait personne d'autre dans la maison, parce qu'on les gardait gratuitement, pas de blonde, pas de chum". »

9 Voir Sébastien GRAMMOND, « Interprétation des contrats », dans JurisClasseur Québec, *Obligations*, fasc. 7, n° 4.

10 Sur cette question : Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 2e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2012, n° 1570. En jurisprudence, notamment : *Pépin* c. *Pépin*, 2012 QCCA 1661 (la majorité et la dissidence s'opposent quant au sens de cette exigence) ; *Messageries de presse Benjamin Inc.* c. *Publications TVA Inc.*, 2007 QCCA 75.

11 *Monette* c. *Desroches*, précitée, note 5, par. 59.

12 *Id.,* par. 63.

24-Ciotola.indb 365 12-12-12 15:11

la clause limitative inclut donc toute forme de conjugalité, quelque soit le statut matrimonial du couple, et a pour effet d'empêcher le demandeur d'habiter le logement avec son épouse[13].

Plus intéressant encore, le juge va conforter cette décision, fondée sur une approche téléologique, par un argument textuel, en puisant dans divers dictionnaires actuels et historiques le sens du terme « blonde ». Ce mot, désignant a priori la couleur des cheveux d'une personne, a été associé « [...] à la dénomination affectueuse de la femme dont un homme est épris »[14]. L'usage de ce terme, dans le sens de « l'amoureuse », est avéré par les paroles de la chanson populaire française, dont le titre est celui du présent texte, et qui aurait été composée au début du XVIII[e] siècle. Ce mot, aujourd'hui disparu dans la majorité des pays francophones, demeure au Québec, et constitue, comme bien d'autres mots ou formules que nous utilisons, un archaïsme, héritage du passé.

Mais au-delà de l'utilisation de ce terme, c'est la transformation de sa signification qui est éclairante. Dans un rapport déposé au soutien de la demande dans l'affaire *Lola*, la professeure Diane Vincent propose une excellente étude sur l'évolution des termes utilisés dans la langue courante afin de référer à la vie conjugale. Pour ce faire, la professeure Vincent utilise deux approches complémentaires ; d'abord, une approche lexicologique, laquelle est la discipline « [...] consacrée à la description d'une langue et [qui] a, parmi ses objectifs, celui de rendre compte de l'évolution de leur usage »[15], puis, à l'aide d'une étude empirique, une approche sociolinguistique qui vise à « [...] faire ressortir la perception qu'ont les

---

13 *Id.,* par. 75.

14 Diane VINCENT, *Les mots qui désignent les membres du couple comme révélateurs de changements sociaux – Aspects lexicologiques, usages et perception*, Rapport d'expertise déposé par la partie demanderesse dans le cadre de l'affaire *Droit de la famille – 102866*, 2010 QCCA 1978 (n° 500-04-028504-026), p. 12. Un texte issu de ce rapport a été publié : Sarha LAMBERT et Diane VINCENT, « Variation linguistique et changement social : les mots désignant les membres du couple en français québécois », dans Wim REMYSEN et Diane VINCENT (dir.), *Hétérogénéité et homogénéité dans les pratiques langagières*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2010, p. 151.

15 *Id.*, p. 3.

24-Ciotola.indb 366 12-12-12 15:11

répondants de ces mots et de la réalité qu'ils expriment »[16]. Ces deux approches convergent et permettent de poser certains constats.

On remarque d'abord que les termes choisis afin de référer à la relation de couple tendent vers une neutralité quant au statut matrimonial. Cette transformation se fait dans un double sens. D'abord, certains termes, historiquement réservés à des relations instables ou de passage, se transforment pour inclure des unions plus stables, voire le mariage. C'est spécifiquement le cas des termes « blonde » et « chum ». D'un sens originairement attesté comme désignant une relation excluant le mariage, ces termes se neutralisent et se généralisent pour « épouser » l'ensemble des formes de relations amoureuses[17]. Cet élargissement se retrouve dans les définitions recensées par le juge Trudel dans l'affaire *Monette*, définitions qui l'amènent à conclure que le terme « blonde », utilisé dans la clause contractuelle, incluait la conjointe mariée[18]. Ainsi, le dictionnaire *Petit Robert* 2011 (édition citée par le juge) définit la « blonde » comme étant la maîtresse, la fiancée ou la *femme* d'un homme. La référence à la « femme » est en fait apparue dans l'édition 2007, seules les références à la maîtresse et à la fiancée se retrouvant dans les éditions antérieures. Le *Petit Larousse* 2011 (édition citée par le juge) est plus clair encore, puisqu'il définit le

---

16 *Id.*, p. 1.

17 *Id.,* tableau 1, p. 7. Ce tableau recense la signification des termes « blonde » et « chum » dans différents dictionnaires. On constate qu'à travers les années le sens s'est élargi pour viser, dans les dictionnaires plus récents, le mariage, alors que dans les dictionnaires plus anciens, ce terme était réservé à une relation amoureuse sans vie commune ou sans mariage. Sur l'utilisation et la signification des termes « blonde » et « chum », voir aussi : H. BELLEAU, *op. cit.,* note 3, p. 81.

18 *Monette* c. *Desroches*, préc., note 5, par. 66 et 68. Il est d'ailleurs intéressant de noter que les deux dictionnaires français cités (Robert 2011 et Larousse 2011) sont plus catégoriques dans le fait que la signification du terme « blonde » en français québécois inclut également l'épouse que les deux dictionnaires québécois. Ainsi, le dictionnaire québécois réfère à « [...] l'amante, l'amoureuse, la concubine, la petite amie officielle de quelqu'un », alors que le Multidictionnaire de la langue française de Marie-Éva de Villers (2009) réfère à la « petite amie, conjointe » et à titre de synonymes : « amoureuse ; copine ; fiancée » (par. 69 et 70).

24-Ciotola.indb 367 12-12-12 15:11

mot blonde comme désignant « la petite amie ; l'épouse ». Cette définition s'avère inchangée depuis 1995, année d'apparition dans ce dictionnaire de la définition du mot « blonde » compris au sens d'amoureuse.

Cette neutralisation des termes à l'égard du statut matrimonial se rencontre également dans le sens inverse. C'est ainsi que le terme « conjoint », lequel connaissait au Québec, et connaît encore aujourd'hui en France, une utilisation réservée au mariage[19], a vu son sens s'étendre pour inclure l'union de fait. Le terme « conjoint » est celui qu'utilisent les couples de fait dans un contexte plus formel, notamment dans leurs relations avec l'autorité publique[20]. Cette évolution du sens du terme « conjoint » s'est transposée dans la langue juridique, ce terme visant maintenant, en principe, tant les couples de droit (mariés et unis civilement) que les couples de fait[21].

L'autre constat qui ressort de l'étude de la professeure Vincent est que, parallèlement à l'utilisation de termes polysémiques, lesquels, visant l'ensemble des types de conjugalités, dénotent une neutralité à l'égard du statut matrimonial, les termes monosémiques, lesquels laissent au contraire transparaître le statut matrimonial d'une personne, ont tendance à disparaître de la langue parlée et à devenir, au mieux, archaïques, au pire, péjoratifs[22]. C'est le cas des mots mari et femme, époux et épouse, mais surtout de concubin et concubine[23].

---

19 Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique – Association Henri Capitant*, 9e éd., Paris, P.U.F., 2011 : « Conjoint : Personne (homme ou femme) unie à une autre par le mariage [...] ».

20 H. BELLEAU, *op. cit.*, note 3, p. 85.

21 *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. I-16, art. 61.1.

22 La professeure Vincent écrit, dans la synthèse de son analyse sociolinguistique : « Les termes *mari/femme* et *époux/épouse* véhiculent des valeurs négatives découlant des contraintes qui sont associées au mariage traditionnel, c'est-à-dire le mariage imposé pendant des siècles par l'Église ; *concubine* véhicule l'image de la non-stabilité, de l'ancienneté, de la clandestinité et d'un niveau de langue déprécié [...] » (D. VINCENT, *op. cit.*, note 14, p. 44).

23 On retrouve encore ici une différence avec la France. Si, nous l'avons vu, le terme « conjoint » en France est limité aux seuls couples mariés, le terme

24-Ciotola.indb 368 12-12-12 15:11

Ces différents constats amènent la professeure Vincent à conclure que, sur le plan du langage, « [o]n assiste [...] à une neutralisation des distinctions, qui reflète le fait que ce n'est plus le statut marital qui sert de référent, mais bien la relation de couple elle-même, indépendamment des dimensions contractuelles qui lient les individus »[24]. Or, les mots sont porteurs de sens et sont, comme le rappelle la professeure Vincent, intimement liés aux changements sociaux. Face à ces changements, la langue doit s'adapter soit en créant un mot afin de tenir compte de la réalité nouvelle, soit en étendant ou en modifiant le sens d'un mot existant[25]. D'une manière ou d'une autre, cette réalité est prise en compte par le langage, lequel, en quelque sorte, la cristallise, l'extériorise. En matière de conjugalité, ce phénomène linguistique, comme l'écrit très justement la professeure Hélène Belleau :

> [...] témoigne certes d'une certaine « privatisation » du statut matrimonial dans les représentations sociales des Québécois et de l'importance grandissante de la dimension affective de la relation conjugale ainsi mise de l'avant. Plus fondamentalement, par l'apparente égalisation qu'il réalise entre les divers statuts conjugaux, on peut penser qu'il participe de l'émergence du *mythe du mariage automatique*, c'est-à-dire de la croyance selon laquelle les conjoints de fait ont les mêmes droits et obligations que les gens mariés.[26]

L'indifférenciation langagière soulève donc, d'une autre manière, la question de l'adéquation entre l'indifférence sociale face

---

« concubinage » est encore celui utilisé par le législateur afin de désigner les conjoints de fait (voir art. 515-8 C.c.fr.).

24 D. VINCENT, *op. cit.*, note 14, p. 18.

25 C'est ainsi que la professeure Vincent relate l'évolution du mot « célibataire ». Ce mot désignait d'abord la personne qui n'avait jamais été mariée, le mariage faisant perdre à jamais le statut de célibataire, puisque, même une fois celui-ci dissout, le conjoint devenait veuf ou divorcé. Le terme « célibataire » s'est aujourd'hui transformé pour comprendre toute personne qui n'est pas en couple. Dans cette acception, le conjoint de fait n'est pas célibataire, non plus que la personne impliquée dans une relation amoureuse sans vie commune : D. VINCENT, *op. cit.*, note 14, p. 13.

26 H. BELLEAU, *op. cit.*, note 3, p. 82 et 83.

24-Ciotola.indb 369 12-12-12 15:11

au statut matrimonial et la différenciation du traitement juridique qu'on lui réserve. Est-ce là un paradoxe ou, au contraire, un simple indice du fait que le choix marital relève désormais de l'expression de la liberté individuelle, qu'aucun stigmate social ne doit inhiber ? Que cette volonté doit être respectée par le droit, la relation conjugale ne relevant que de la sphère privée, à l'égard de laquelle on doit respecter la volonté des conjoints d'être maintenus dans une sphère de non-droit ? Autrement dit, qu'est donc devenu, ou que doit devenir, le sens que donne le droit à la conjugalité ?

II. Le sens des choses

Ramenons-nous à la question soumise aux tribunaux dans l'affaire *Lola,* laquelle ne porte que sur la validité constitutionnelle de la différenciation, par le droit privé, du traitement des conjoints de fait et des conjoints mariés (ou unis civilement). Deux thèses s'opposent.

Pour le Procureur général, l'état du droit québécois est cohérent et repose à la fois sur le respect de l'égalité et de la liberté individuelle. La première valeur soutient l'application indifférenciée des lois sociales, fiscales et, plus généralement, de toute législation concernant les relations des conjoints de fait avec les tiers. Au nom de l'égalité des conjugalités et du respect de la pluralité conjugale, on ne peut pas accepter de traiter différemment un couple sur la seule base de son statut matrimonial. Ce n'est pas le statut qui justifie l'application de ces différentes règles, mais l'existence d'une interdépendance issue de la vie commune. Dès lors que celle-ci existe, la loi ne doit pas distinguer. La seconde valeur explique quant à elle que le droit québécois respecte la liberté individuelle des conjoints en ne les soumettant pas à des effets patrimoniaux qu'ils n'ont pas voulus. La différenciation des régimes juridiques est donc une réponse en phase avec le respect de ces deux valeurs fondatrices du droit familial québécois contemporain[27]. Non seulement cette politique ne serait-elle donc pas discriminatoire mais, pour-

[27] Benoît Moore, « Culture et droit de la famille : de l'institution à l'autonomie individuelle », (2009) 54 *R. de D. McGill*, 257.

24-Ciotola.indb 370 12-12-12 15:11

rait-on ajouter, elle serait en adéquation logique avec l'indifférenciation langagière et sociale. Le statut social n'est plus, et ne doit plus être, un indicateur social. La communauté n'y attache plus d'importance, le droit ne doit plus distinguer, il en va du respect du choix individuel, lequel doit être respecté dans son intégralité, incluant les rapports entre les conjoints désirant demeurer libres. *L'État ne peut pas distinguer. L'État ne doit pas imposer.* C'est en ce sens que la juge Hallée en Cour supérieure avait conclu l'affaire *Lola*. Essentiellement, selon elle, s'il est loisible au législateur de décider d'étendre ou non certains effets du mariage à l'union de fait, la Constitution ne l'exige pas. Il s'agit non pas d'une question concernant la légalité de la politique publique, mais d'une question portant sur le caractère raisonnable ou l'équité de celle-ci, ce qui relève alors du législateur.

À l'inverse, la partie demanderesse invoque les similarités fonctionnelles importantes entre l'union de fait et le mariage et, de ce fait, soutient que ces unions devraient être soumises au même régime. C'est ainsi que les conjoints de fait devraient être tenus à un support alimentaire l'un à l'égard de l'autre, de même qu'ils devraient être soumis à l'application impérative du régime primaire (notamment le partage du patrimoine familial et la protection de la résidence familiale) et à l'application supplétive du régime légal de la société d'acquêts. Pour la demanderesse, la différenciation de traitement par la loi, loin d'en être une conséquence logique, est en contradiction avec l'indifférenciation sociale et la marginalisation du mariage. Ne pouvant se justifier par le fondement volontaire traditionnel, cette politique est en fait un héritage du temps où l'union de fait était combattue par le droit, au nom de la valeur supérieure du mariage, protecteur de la paix des familles, de l'intégrité filiale et, de ce fait, de la stabilité sociale. C'est en ce sens, rappelons-le, que la Cour d'appel a conclu, mais en ce qui concerne l'obligation alimentaire seulement.

Sans égard au caractère discriminatoire ou non de la différenciation de traitement par le droit civil du mariage et de l'union de fait – question discutable, toute différence n'étant pas discriminatoire, il nous semble que cette différenciation recèle une incohérence irréductible que le seul fondement volontaire ne permet pas d'expliquer. Autrement dit, s'il est intellectuellement envisageable

24-Ciotola.indb 371 12-12-12 15:11

d'admettre que la volonté puisse écarter le caractère discriminatoire de la différence de traitement au motif que celle-ci ne repose pas sur un préjugé, la volonté est incapable de justifier la différence de traitement elle-même.

On a beaucoup discouru sur la justesse du fondement volontaire comme justificatif à la politique familialiste actuelle. Comme nous l'avons déjà écrit[28], cette incapacité nous a toujours semblé évidente. L'existence même de la volonté que l'on impute aux conjoints de fait, à savoir que la décision de ne pas se marier reposerait sur la volonté de ne pas se soumettre aux effets patrimoniaux du mariage, nous semble en effet douteuse pour plusieurs raisons.

Constatant d'abord que, très majoritairement, les conjoints de fait ne contractent pas[29], sur quoi porte réellement leur volonté, outre celle de liberté ? Un repli face au droit ? Mais la rupture éventuelle – généralement non envisagée[30] – rend ce repli impuissant et, bien souvent, dangereux. La première fragilité de l'explication volontaire, contractuelle, se trouve donc dans la nature même de cette volonté. Celle-ci se résume bien souvent à une simple volonté de rejet, et non pas à un désir réel de conjugalité contractualisée[31]. De surcroît, cette volonté n'est qu'implicite, voire présumée par le passage du temps. Elle ne se cristallise pas, ne s'extériorise pas à un moment précis : « [...] l'union de fait est moins un choix qu'un état de fait »[32]. On fait face ici à une volonté présumée et mythique, non seulement quant au contenu de l'entente, mais aussi quant à l'existence même d'une véritable entente. Devant cette volonté présumée, incertaine, au contenu et aux attentes communes à tout le moins imprécis, pour ne pas dire inexistants,

---

28 Sur cette question, voir notre texte : B. MOORE, *op. cit.*, note 2.

29 Selon le sondage effectué pour le compte de la Chambre des notaires en 2007, 21 % des couples vivant en union de fait ont conclu une telle convention : Chambre des notaires, *Sondage sur l'union libre – Rapport de recherche*, Montréal, IPSOS Descarie, 2007.

30 H. BELLEAU, *op. cit.*, note 3, p. 116.

31 Selon le sondage de la Chambre des notaires, 38 % des couples vivant en union de fait ont justifié leur choix par le rejet du mariage.

32 Chambre des notaires, *Sondage sur l'union libre – Rapport de recherche*, Montréal, IPSOS Descarie, 2007, p. 8.

24-Ciotola.indb 372 12-12-12 15:11

même le droit commun des contrats se révèle impuissant. Ce droit qui, par une moralisation toujours accrue des relations contractuelles, impose aujourd'hui certaines limites à la liberté des parties et assujettit le comportement de celles-ci à des obligations de bonne foi, de loyauté. Tous ces moyens, en constante évolution, n'ont que peu d'emprise sur la volonté commune, au mieux fuyante, pour ne pas dire absente, des conjoints de fait.

Outre ce premier obstacle, d'autres se profilent. On l'a dit, les conjoints de fait, pour la plupart, méconnaissent les effets juridiques réels de leur situation. L'assimilation par le droit « quotidien » (fiscal, assurances, rentes) des conjoints de fait aux conjoints mariés a fini par créer, dans la conscience collective, la fausse impression de l'assimilation parfaite de ces deux types d'unions[33]. De même, comme les juges de la Cour d'appel l'ont rappelé, même lorsque les conséquences du choix sont connues et que le non-mariage repose sur un refus, raisonné et conscient, des effets patrimoniaux du mariage, il n'est pas certain que ce refus ait été également partagé par les deux conjoints[34]. C'est dire que, si la protection des vulnérabilités dans le couple se fait par le mariage, elle implique un veto pour chacun des conjoints, incluant celui qui n'a pas économiquement intérêt au mariage.

Tout comme la volonté des conjoints de fait de ne pas se soumettre aux effets du mariage nous semble fragile, celle des conjoints mariés de se soumettre à ces mêmes effets nous semble aussi discutable. Le consentement au mariage dépasse le seul cadre juridique ; il implique la volonté d'intégrer une institution sociale, qui est porteuse d'un héritage et de valeurs auxquels on peut vou-

---

33 Selon le sondage de la Chambre des notaires, 60 % des couples en union de fait pensent qu'ils sont considérés comme mariés aux termes de la loi après quelques années de vie commune ; 64 % pensent que les biens acquis pendant l'union seront partagés en parts égales lors de la dissolution ; 77 % pensent que le conjoint économiquement défavorisé peut demander une pension alimentaire. Voir aussi : H. BELLEAU, *op. cit.*, note 3, p. 126.

34 Cette absence de consensus quant à la décision du couple serait même relativement fréquente selon la professeure Belleau : *op. cit.*, note 3, p. 97.

24-Ciotola.indb 373 12-12-12 15:11

loir s'associer ou non[35]. Plus encore que pour les motifs de refus du mariage, ceux qui incitent les couples à se marier sont donc divers et seraient rarement centrés sur l'encadrement juridique du mariage : tradition familiale, rituel amoureux, preuve d'engagement sont plus fréquemment évoqués que la soumission au cadre juridique impératif[36]. Souvent, d'ailleurs, tout comme les conjoints de fait, les couples mariés pensent, à tort, que les effets du mariage se seraient appliqués à eux après quelques années de vie commune, même en l'absence de mariage[37].

Si l'existence et le sens de la volonté nous semblent être surestimés, l'intensité de son respect l'est plus encore. Le critère formaliste de l'union de droit découle historiquement de l'objectif que se donnait le droit de la famille : celui-ci voulait encadrer et favoriser le mariage dans l'intérêt supérieur de la société[38]. C'est l'institution que l'on protégeait afin d'assurer la stabilité de la famille contre une liberté ravageuse et l'instabilité contractuelle. Aujourd'hui, la législation familialiste entend protéger les conjoints contre les vulnérabilités économiques et les inéquités issues de l'interdépendance créée non pas par le mariage, mais par la vie commune. Dès lors, le critère qui repose sur la forme de l'union n'est plus en adéquation avec les règles substantielles qui visent les effets de l'union. Le droit perd en efficience et surtout en cohérence. Les conjoints de fait peuvent contracter, certes, mais pourquoi ? Seraient-ils, par magie, à l'abri de toute vulnérabilité économique ? Le législateur laisse là à l'ordre privé ce qui, dans le mariage, repose sur l'ordre public ; il permet aux conjoints de fait de contourner, de neutraliser sa propre législation impérative.

---

35 La juge McLachlin le rappelait dans l'affaire *Morin* c. *Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, par. 153, de même que la juge L'Heureux-Dubé dans sa dissidence dans l'affaire *Nouvelle-Écosse (P.G.)* c. *Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, par. 143 et suiv.

36 Selon le sondage effectué par la Chambre des notaires en 2007, 12 % seulement des couples mariés ont donné l'aspect légal comme motif de leur choix. Voir également : Hélène BELLEAU, *op. cit.*, note 3, p. 91 et 120

37 H. BELLEAU, *op. cit.*, note 3, p. 124.

38 Sur ce point, voir B. MOORE, *op. cit.*, note 2, p. 114 et suiv.

24-Ciotola.indb 374 12-12-12 15:11

Là se situe, si ce n'est la discrimination, l'incohérence de la solution actuelle. Il a été abondamment question dans le cadre du présent débat de l'arrêt *Walsh*, dans lequel la majorité de la Cour suprême confirmait la validité constitutionnelle de la loi sur les biens matrimoniaux de la Nouvelle-Écosse, loi présumée s'appliquer aux conjoints mariés et pas aux conjoints de fait[39]. Or, une différence capitale et irréductible existe entre les législations respectives du Québec et de la Nouvelle-Écosse ; la première est impérative, la seconde supplétive. Le législateur néo-écossais laisse donc une marge de liberté aux couples mariés que ne reconnaît pas le législateur québécois. La loi sur les biens matrimoniaux ne fait que présumer, par la volonté de se marier, celle de se soumettre à ses effets juridiques. Mais cette volonté peut être écartée, à l'instar de la société d'acquêts au Québec. Subsiste donc bien là deux volontés distinctes, celle du mariage d'une part et celle du régime de celui-ci d'autre part. S'il est permis de discuter de l'opportunité de ne pas étendre la présomption d'application du régime légal aux couples de fait, cela est à tout le moins cohérent, ce que n'est pas la solution impérative québécoise. On ne peut pas imposer d'une part, et « protéger » une voie d'évitement d'autre part.

L'insuffisance du fondement volontaire se révèle également en matière successorale. Cette dimension a fait l'objet d'une attention plus modeste, notamment parce qu'elle n'était pas soulevée dans l'affaire *Lola*. D'autres motifs concourent aussi à expliquer ce moins grand intérêt. D'abord, la liberté illimitée de tester permet de faire de son conjoint de fait son héritier, de même qu'elle permet de déshériter son conjoint marié. L'incohérence entre l'impérativité du régime du mariage et la liberté des conjoints de fait, relevée dans le contexte de la rupture, n'existe donc pas ici. Le droit québécois, en matière successorale, a opté pour une approche individualiste, qui ne pose pas la protection des intérêts économiques de la famille ou des individus vivant à l'intérieur de celle-ci comme un frein à cette liberté[40]. On constate également

---

39 *Nouvelle-Écosse (P.G.)* c. *Walsh*, préc., note 35.

40 Sauf quant à la survie de l'obligation alimentaire et à la transmission du patrimoine familial. Mais ce sont là des conséquences des règles du mariage, et non du droit successoral. Voir B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 4, p. 114.

24-Ciotola.indb 375 12-12-12 15:11

que les conséquences de l'union de fait dans l'hypothèse du décès d'un des conjoints sont mieux comprises que celles issues de la rupture[41]. En lien avec cette réalité, les conjoints de fait testent beaucoup plus qu'ils ne contractent[42]. Enfin, la reconnaissance de l'union de fait par le droit social implique que, lorsque le couple demeurait uni lors du décès de l'un des conjoints, l'autre bénéficiera des rentes, publiques ou privées, réservées au conjoint survivant, tout comme le conjoint marié. Il y a alors une protection dont ne bénéficie pas le conjoint de fait lors d'une rupture et qui, de ce fait, nivelle quelque peu les différences.

Malgré tout, il demeure des distinctions importantes quant aux conséquences d'un décès selon le type de conjugalité et, si leurs impacts sont moindres, elles ne sont pas inexistantes et permettent de souligner, une fois encore, l'incohérence de la politique législative actuelle. Certes, la première distinction, la plus importante, porte sur la dévolution *ab intestat.* Le conjoint marié est héritier légal et concourt pour le tiers avec les descendants du défunt et pour les deux tiers avec les ascendants privilégiés du défunt[43]. Le conjoint de fait, quant à lui, n'est pas héritier légal[44], c'est-à-dire qu'en l'absence de testament, il ne reçoit rien, même dans l'éventualité où il n'existe aucun héritier légal. Cet état du droit a, certes, une conséquence quant à la dévolution des biens, mais également quant à la continuation de la personnalité juridique du défunt. Ainsi, le conjoint de fait est écarté des décisions

41 Selon le sondage de la Chambre des notaires, 69 % des conjoints de fait savent que, lors d'un décès, tous les biens ne reviendront pas au conjoint survivant. Cette statistique nous semble toutefois devoir être considérée avec réserve, puisque le libellé de la question référait à l'ensemble des biens. Nous ne sommes pas convaincus que la réponse aurait été la même si la question avait porté sur la similarité des conséquences du décès entre un couple marié et un couple uni de fait.

42 Ainsi, selon le sondage de la Chambre des notaires, 45 % des conjoints de fait ont rédigé un testament (en comparaison, 21 % des couples ont conclu une convention de vie commune).

43 Art. 666 et 672 C.c.Q.

44 Art. 653 C.c.Q.

24-Ciotola.indb 376 12-12-12 15:11

concernant le défunt, notamment quant au respect de son corps[45] ou à l'exercice ou à la continuation de ses recours[46], comme l'a récemment rappelé l'affaire *Nguyen*[47].

D'autres distinctions doivent aussi être soulevées. C'est ainsi que, contrairement au conjoint marié, le conjoint de fait héritier ne peut, lors du partage, demander l'attribution préférentielle de la résidence familiale aux termes de l'article 856 C.c.Q., lequel, pourtant, participe d'une solidarité familiale et permet de protéger le cadre de vie du conjoint et des enfants du défunt[48]. De même, en matière testamentaire, le legs du conjoint de fait n'est pas présumé révoqué du seul fait de la rupture de l'union de fait, contrairement à celui du conjoint marié selon l'article 764 C.c.Q. Ici, l'ex-conjoint de fait se voit avantagé par rapport à l'ex-conjoint marié[49]. Une décision récente illustre cette distinction.

Dans cette affaire, le liquidateur d'une succession présentait une requête en jugement déclaratoire afin d'établir si la défende-

---

45 Art. 42 C.c.Q. En ce qui concerne le prélèvement d'organes, le conjoint de fait peut y consentir, de la même manière qu'il pouvait consentir aux soins : art. 44 C.c.Q.

46 Art. 1610 C.c.Q.

47 *Nguyen (Succession de)* c. *Site touristique Chute à l'ours de Normandin inc.*, 2012 QCCS 1388. Dans cette affaire, le père, la mère et la conjointe de fait du défunt s'étaient portés demandeurs, tant à titre d'héritiers qu'à titre personnel, contre un camping pour la responsabilité de ce dernier dans le décès du défunt. Le juge accueille les recours exercés par les père et mère (héritiers légaux), et refuse ceux de la conjointe de fait. Sur ce dernier point, les motifs du juge sont peu explicites, et semblent porter aussi sur le recours à titre personnel, conclusion qui nous semble contestable, puisque rien n'empêche le conjoint de fait d'exercer un recours personnel pour le préjudice qui lui est causé par le décès de son conjoint : Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 7e éd., vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, nos 1-507, p. 505.

48 Seul l'article 857 C.c.Q., qui permet l'attribution de l'immeuble en préférence à l'héritier qui y habitait, peut protéger le conjoint de fait. Sur cette question, voir B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 4, p. 107.

49 Il en va de même en assurance-vie ; le divorce rend caduque la désignation du conjoint à titre de bénéficiaire, même lorsque cette désignation était irrévocable [ce qui est présumé] : art. 2449 et 2459 C.c.Q.

24-Ciotola.indb 377 12-12-12 15:11

resse détenait des droits successoraux sur la résidence du défunt[50]. La clause testamentaire stipulait que le défunt léguait « à titre particulier [la] résidence [qu'il possédera] à [son] décès ainsi que son contenu à [sa] conjointe, Francine Bazinet ». Or, postérieurement à ce testament, Monsieur Filion et Madame Bazinet ont rompu leur union. Au moment de la rupture, les conjoints sont copropriétaires d'une résidence. Monsieur Filion achète alors la part de Madame Bazinet. Il noue par la suite une nouvelle relation conjugale, et achète, en copropriété avec sa conjointe une résidence qu'ils détiennent encore lors du décès de Monsieur. À ce moment, Madame Bazinet invoque le legs testamentaire afin de revendiquer la part de Monsieur dans cette résidence. Cette prétention, dans l'éventualité où Monsieur Filion et Madame Bazinet avaient été mariés, n'aurait pu être soutenue en raison de la présomption de révocation du legs en cas de divorce selon l'article 764 C.c.Q. Cette présomption ne s'appliquant pas à l'union de fait, l'ex-conjointe peut dès lors revendiquer un tel droit. Dans cette affaire, le juge conclura à l'inexistence d'un droit successoral en faveur de Madame Bazinet en interprétant la référence à la qualité de « conjointe » dans la clause comme constituant une condition au legs. Cette condition n'étant plus rencontrée lors du décès, le legs est dès lors caduc[51]. La solution n'aurait toutefois pas été la même si seul le nom de Madame Bazinet avait été mentionné. Dans un tel cas, même une fois l'union rompue, celle-ci aurait pu revendiquer le legs testamentaire.

Même si elles sont moins nombreuses et, à bien des égards, contournables, des différences subsistent donc entre les couples de fait et les couples de droit en matière successorale. Or, lorsqu'il est appliqué au contexte successoral, le fondement volontaire révèle, de manière encore plus évidente, son incapacité à justifier cette différenciation de traitement. La dévolution successorale *ab intestat* repose en droit québécois sur « des affections présumées »[52] ; La loi détermine, en fonction d'un lien familial ou conjugal, ce qu'aurait pu être la dévolution testamentaire. Dans un contexte

---

50 *Filion* c. *Bazinet*, 2011 QCCS 721.

51 Préc., note 50, par. 82 et suiv.

52 B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 4, p. 114.

24-Ciotola.indb 378 12-12-12 15:11

de liberté illimitée de tester, la protection de la solidarité familiale n'est pas l'objectif premier visé ; si la dévolution *ab intestat* en permet une certaine reconnaissance, cela n'est en fait qu'une conséquence de l'affection présumée. Or, en l'absence de volonté exprimée, il devient impossible de justifier la différence de traitement entre les conjoints de fait et les conjoints mariés sur la base de celle-ci. Si la loi présume que le défunt aurait testé en faveur de son conjoint marié, concurremment avec ses descendants ou ses ascendants privilégiés, et l'aurait préféré à ses ascendants et collatéraux ordinaires, elle ne le présume pas pour le conjoint de fait. Si la loi écarte de ce fait d'éventuelles difficultés techniques quant à la reconnaissance du statut de conjoint de fait, lesquelles ne sont pas irréductibles et ne sont, de toute manière, pas différentes de celles se présentant dans le cadre de l'application des lois sociales, elle opère une distinction arbitraire et fort contestable, dans la mesure où il n'est aucunement établi que les conjoints de fait testent moins en leur faveur respective que ne le font les conjoints mariés. On peut même postuler que les pratiques testamentaires ne divergent pas tant en fonction du statut juridique du couple que du mode de vie de celui-ci, que ce soit la présence ou non d'enfants communs, le fait qu'il s'agisse d'une première union ou non, l'âge des conjoints, ou encore la durée de l'union.

Plus que la seule dévolution des biens, cette différenciation de la loi pose des questions plus délicates encore lorsqu'on l'affecte à la continuation de la personnalité juridique du défunt. Le conjoint de fait est alors écarté au profit de personnes qui peuvent être plus éloignées et moins bien placées que le partenaire de vie pour exercer des décisions personnelles, notamment quant au mode de disposition du corps du défunt, ou encore à l'exercice ou à la continuation des recours de celui-ci. Encore une fois, l'explication de la volonté ne peut ici être satisfaisante.

Il est possible que l'affaire *Lola* ait des répercussions en matière successorale par l'application des règles de survie de l'obligation alimentaire, voire par la transmission du patrimoine familial si la Cour étend ces effets aux couples de fait. Mais ces conséquences ne seront qu'incidentes à la décision portant sur les règles du mariage et ne seront pas fondées sur les règles successorales proprement dites. Il nous semble dès lors nécessaire de procéder à une

24-Ciotola.indb 379 12-12-12 15:11

révision de l'ensemble des règles concernant la conjugalité, qu'il s'agisse des conséquences d'une rupture ou de la dissolution par décès[53]. Cette révision ne devra faire l'économie d'aucun débat, et devra voir à poser les valeurs que l'on souhaite protéger dans le couple et l'équilibre entre celles-ci. Certes, les valeurs d'égalité et de respect de la pluralité conjugale et familiale doivent être prises en compte, mais celle de la solidarité familiale ne doit pas pour autant être écartée. Trop longtemps, l'union de fait a été instrumentalisée afin d'éviter le débat quant au maintien du patrimoine familial et de son caractère impératif. On assurait ainsi une voie d'évitement, de contournement, à cette législation qui n'a jamais pu jouir d'un consensus social à son égard. Une politique familialiste cohérente n'implique pas nécessairement l'extension du patrimoine familial impératif à tous les couples ; elle implique simplement que les valeurs qu'elle véhicule soit constantes à l'égard de situations factuelles similaires, quelque soit le statut matrimonial choisi. Si ces valeurs en sont de solidarité, au détriment de la volonté individuelle, il en va de l'efficience et de la cohérence du droit qu'elles s'appliquent à toutes les familles. Mais rien n'impose ce choix au législateur, qui pourrait opter pour une politique familialiste proposant une pondération plus mesurée entre la solidarité et la liberté individuelle, par exemple par un système d'*opting out* universel joint à une obligation alimentaire impérative et à un pouvoir judiciaire de révision des conventions[54]. D'une manière ou d'une autre, une fois libéré du débat sur le caractère discriminatoire ou non de la politique familialiste actuelle, un débat de fond s'impose afin de définir une politique conforme à nos valeurs et cohérente – ce qui ne signifie pas nécessairement identique, visant non seulement les époux, mais, aussi, *les chums et les blondes*...

53 Sur cette question, voir les réflexions et les pistes de réforme proposées par la professeure Lefebvre, *op. cit.*, note 4, p. 114 et suiv.

54 Voir, sur cette question, l'excellente étude d'Alain ROY, « Le contrat de mariage en droit québécois : un destin marqué du sceau du paradoxe », (2006) 51 *R.D. McGill* 665.

24-Ciotola.indb 380 12-12-12 15:11

LE CAUTIONNEMENT EN DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS : UNE ANALYSE ÉCONOMIQUE

Alain PARENT* et Ejan MACKAAY**

RÉSUMÉ 383

INTRODUCTION 384

I. LA FONCTION ÉCONOMIQUE DU CAUTIONNEMENT 386
A. Le coût du crédit dans une opération sans garantie 387
1. Le loyer de l'argent 387
2. Les coûts de transaction 389
3. Le coût du risque 388
B. Le cautionnement comme moyen pour réduire le coût du crédit 390
1. La réduction du coût de l'information 390
2. La réduction du coût du risque moral 392
3. La réduction du coût du risque d'inexécution 393
C. Les contraintes du cautionnement 395
1. La mauvaise perception du risque par la caution 396
2. L'opportunisme 397

II. L'ÉCONOMIE DU RÉGIME JURIDIQUE DU CAUTIONNEMENT EN DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS 400
A. La protection contre l'opportunisme au moyen d'articles spécifiques du Code 401
1. La protection de la caution 401
2. La protection du créancier 410
3. La protection du débiteur 411
B. La protection contre l'opportunisme au moyen de l'obligation de bonne foi 412

CONCLUSION 415

* Avocat et doctorant, Faculté de droit, Université McGill. Chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et de l'Université Laval. Les auteurs aimeraient remercier le professeur Frédéric Levesque d'avoir commenté une version antérieure de ce texte.

** Professeur émérite, Université de Montréal ; Fellow, Cirano.

24-Ciotola.indb 381 12-12-12 15:11

24-Ciotola.indb 382 12-12-12 15:11

RÉSUMÉ

Le cautionnement réduit le coût du crédit dans les cas où la solvabilité du débiteur est douteuse et que le paiement de la créance est décalé dans le temps. D'un point de vue économique, la réduction du coût du crédit est de nature à augmenter l'éventail d'opérations économiques viables et ainsi à stimuler la croissance. La réduction de coût qu'engendre le cautionnement s'opère de quatre manières : 1) par la diminution des coûts d'acquisition de l'information grâce à un mécanisme que l'on nomme *signalling* ; le débiteur capable de se faire appuyer par une caution s'affiche sûrement comme un assez bon risque ; 2) par la diminution du coût de surveillance du débiteur ; la caution, étant sollicitée en cas de défaut du débiteur, a intérêt à contribuer à la surveillance de celui-ci ; 3) par la diminution du coût lié au risque de négligence du débiteur dans la gestion de ses affaires : lorsqu'il existe un lien étroit entre la caution et le débiteur, on peut alors s'attendre à ce que ce dernier prenne davantage de précautions afin de ne pas briser ce lien ; 4) par la diminution du risque pour le créancier, le cautionnement étant une forme d'assurance en cas de défaut. Sans cette réduction de coûts, le créancier n'aurait possiblement pas contracté avec le débiteur, ou aurait demandé un taux d'intérêt supérieur ou d'autres garanties plus coûteuses pour le débiteur avant de s'engager.

Le cautionnement implique une relation tripartite entre le créancier, le débiteur et la caution. Le problème spécifique qu'il pose est que la caution se retrouve souvent dans une position vulnérable, notamment en raison du caractère accessoire de son engagement. Il s'ensuit qu'elle est une proie facile pour les actes opportunistes du créancier, du débiteur, ou des deux à la fois. La viabilité même du cautionnement serait mise en péril si les cautions potentielles jugeaient excessif le risque dû à l'opportunisme. Le droit applicable en matière de cautionnement est singulièrement éclairé, si on le lit comme cherchant à assurer la viabilité de l'institution, par le contrôle de l'opportunisme qu'il assure, notamment celui dont pourrait être victime la caution.

24-Ciotola.indb 383 12-12-12 15:11

INTRODUCTION

Le cautionnement est le contrat par lequel une personne, la caution, s'engage envers une autre, le créancier, gratuitement ou contre rémunération, à exécuter l'obligation d'un tiers, le débiteur, au cas où ce dernier ne la remplirait pas[1]. Le cautionnement est la seule sûreté personnelle dans le *Code civil du Québec*. Malgré son âge vénérable – il était déjà connu dans le droit romain[2] –, peu d'écrits lui sont consacrés dans la littérature juridique québécoise[3]. Le professeur Pierre Ciotola a été un pionnier dans ce domaine, en y consacrant une soixantaine de pages dans son traité sur les sûretés[4]. D'autres auteurs ont suivi son exemple[5]. Et ils ont rai-

---

1 *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 2333.

2 Les sûretés personnelles étaient très appréciées des Romains, ce qui les avait amenés à créer plusieurs types de cautionnements, qui se nommaient *intercessor*. Ce terme signifie, entre autres, qu'une personne s'engage volontairement, et sans y être tenue, à ajouter son obligation à celle d'un tiers. Les Romains ont connu cinq types de contrats provenant du concept de l'*intercessor*. Entre ces contrats s'opérait une subdivision entre ceux qui étaient formels et ceux qui ne l'étaient pas. D'une part, les contrats formels, plus communément appelés *adpromissio*, étaient produits selon trois modèles : la *sponsio*, la *fidepromissi* et la *fidejussio*. D'autre part, il existait deux types de cautionnements sans exigences de forme, soit le *mandatum credendae pecuniae* et le *constitut*. Voir Alain PARENT, *L'exception de non-subrogation : l'influence de ses principes justificatifs sur sa mise en œuvre*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 2007, aux pp. 48 et suiv. ; pour un historique complet, voir Anne-Sophie BARTHEZ et Dimitri HOUTCIEFF, « Les sûretés personnelles », dans Jacques Ghestin (dir.), *Traité de droit civil*, Paris, L.G.D.J., 2010, pp. 13 et suiv.

3 Par exemple, le significatif traité de Louis PAYETTE, *Les sûretés dans le Code civil du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, n'en traite pas.

4 Pierre CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999. Notons également l'importante contribution des professeurs Marc Boudreault et Louise Poudrier-Lebel ; voir notamment Marc BOUDREAULT, *Les sûretés*, 3e éd., coll. « Bleue », Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 2008, et Louise POUDRIER-LEBEL, *Le cautionnement par une compagnie de garantie*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1986.

5 Frédéric LEVESQUE, « Fascicule 12 : Cautionnement », dans Pierre-Claude LAFOND (dir.), *JurisClasseur Québec – Contrats nommés II*, Montréal, LexisNexis, 2011 ; Édith LAMBERT, *Le cautionnement (art. 2333 à 2366*

24-Ciotola.indb 384 12-12-12 15:11

son, car le cautionnement joue un rôle essentiel dans l'économie moderne, au Québec comme ailleurs[6].

À l'origine, le cautionnement était un service rendu par un parent ou un ami visant à garantir les obligations d'une personne moins fortunée ou inexpérimentée. Ce type de cautionnement demeure encore répandu aujourd'hui. Avec la complexification des échanges économiques, de nouveaux genres de cautionnement sont apparus. Pour éluder l'absence de responsabilité qui résulte de la personnalité juridique distincte de la société par actions, les créanciers demandent un cautionnement aux entrepreneurs qui démarrent leur entreprise, ou dont la situation financière est précaire[7]. Dans les grands chantiers, le donneur d'ouvrage – souvent l'État – demande un cautionnement à l'entrepreneur général dans le cadre du processus de soumission et aussi pour garantir l'exécution des travaux[8].

Le droit du cautionnement tient en une trentaine d'articles dans le Code civil[9]. En droit français, Malaurie et Aynès le qualifient de « matière [...] complexe, imprévisible et incertaine »[10]. Les règles détaillées, et en apparence touffues, du cautionnement pourraient inspirer une telle observation. Pourtant, il nous semble possible de faire la lumière sur le régime juridique du cautionnement en le saisissant à travers sa fonction économique : il sert à réduire le coût du crédit, et à ainsi rendre viables un éventail de projets qui ne le seraient pas sans cette sûreté personnelle. En contrepartie, cette fonction économique utile rend possibles des abus dans

---

C.c.Q.), coll. « Commentaires sur le Code civil du Québec », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011.

6 Voir, par exemple, pour la France, Philippe DUPICHOT, *L'efficience économique du droit des sûretés personnelles*, 2010, en ligne : <http://www.fondation-droitcontinental.org/upload/docs/application/pdf/2010-08/ph-dupichot_1ere_partie.pdf>.

7 F. LEVESQUE, *op. cit.*, note 5, nº 3, p. 12/5.

8 *Id.*

9 Préc., note 1, art. 2333-2366.

10 Laurent AYNÈS et Philippe MALAURIE, *Cours de droit civil – Les sûretés – La publicité foncière (Le droit du crédit)*, 3e éd., Paris, Éditions Cujas, 1990, nº 124.

24-Ciotola.indb 385 12-12-12 15:11

le rapport tripartite qu'implique le cautionnement. Les abus prennent notamment la forme d'actes opportunistes. Les précautions que les acteurs eux-mêmes prendraient pour s'en protéger sont coûteux et entameraient la viabilité du cautionnement. Le droit du cautionnement est singulièrement éclairé, si on le lit comme cherchant à assurer la viabilité de l'institution, par le contrôle de l'opportunisme, particulièrement celui dont pourrait être victime la caution.

Pour bien expliquer cette interaction entre la règle juridique et ses effets sociaux, ici économiques, il est opportun de se servir de l'outil que constitue l'analyse économique du droit. Le texte qui suit pourrait être considéré comme une illustration du rôle d'instrument de doctrine que peut jouer cette approche. Celle-ci est d'autant plus importante lorsque l'on prend au sérieux l'affirmation de MacCormick, selon laquelle la justesse d'une règle juridique s'apprécie autant par l'absence de contradiction avec d'autres règles que par le caractère souhaitable des effets sociaux qu'elle produit ou, prospectivement, promet de produire[11].

Dans ce qui suit, nous commencerons par l'analyse de la fonction économique du cautionnement (I), et nous aborderons ensuite son régime juridique à la lumière de l'analyse économique du droit (II).

I. La fonction économique du cautionnement

La fonction économique du cautionnement est de réduire le coût du crédit lorsque la solvabilité du débiteur est douteuse et que le remboursement de la créance est étalé dans le temps. Sans cette réduction de coût, le créancier n'aurait possiblement pas contracté avec le débiteur, ou aurait demandé un taux d'intérêt supérieur ou d'autres garanties, plus coûteuses pour le débiteur,

11 Neil D. MacCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1978, p. 250 : « *The ruling which directly governs the case must be tested by consequentialist argument as well as by the argument from 'coherence' involved in the appeal to principle and analogy.* »

24-Ciotola.indb 386 12-12-12 15:11

avant de s'engager[12]. Cette réduction de coûts est de nature à augmenter l'éventail d'opérations économiques viables, et à ainsi stimuler la croissance. Pour comprendre la fonction économique du cautionnement, il est utile d'analyser d'abord les coûts de transaction dans un simple prêt sans garantie (A), pour voir ensuite comment cette sûreté personnelle permet de les réduire (B), sous certaines contraintes (C).

A. Le coût du crédit dans une opération sans garantie

Envisageons le cas simple d'un créancier prêtant un montant d'argent à un débiteur. Katz identifie trois types de coûts dont la somme détermine le taux d'intérêt que demandera le créancier, soit le loyer de l'argent, les coûts de transaction et le coût du risque[13].

1. Le loyer de l'argent

Par « loyer de l'argent », on entend le coût d'acquisition par le créancier de l'argent liquide nécessaire pour avancer les fonds. Ce coût peut être de deux ordres ; il peut s'agir du taux d'intérêt explicite ou implicite que le créancier doit consentir lui-même pour obtenir les fonds, par exemple la perte d'intérêts suite au retrait d'un placement (« coût d'opportunité »), ou de l'intérêt payé à un autre créancier. Ce coût comprend une composante correspondant à l'inflation prévue pendant la durée du prêt. Il peut également s'agir des coûts de transaction occasionnés par la liquidation d'un actif. Si l'actif en question est une propriété immobilière, il faut la vendre, ce qui peut impliquer le paiement d'une commission à un courtier immobilier et du temps consacré pour compléter la vente (temps passé à faire visiter l'immeuble, à négocier une entente, etc.)

---

12 Alain PARENT, « L'exception de subrogation. Raison d'être et mise en œuvre », (2009) 43 *R.J.T.* 253, 266.

13 Avery W. KATZ, « An Economic Analysis of the Guaranty Contract », (1999) 66 *U. Chi. L. Rev.* 47, 66-68.

24-Ciotola.indb 387 12-12-12 15:11

2. Les coûts de transaction

Il faut compter, en deuxième lieu, les coûts de transaction engagés par le créancier afin de faire affaire avec le débiteur, aussi bien au moment de la conclusion du contrat qu'au cours de son exécution.

Dans la phase de la conclusion du contrat, il faut compter le temps passé par l'agent du créancier pour expliquer les différents véhicules financiers proposés et pour accompagner le débiteur dans sa demande de crédit, les frais occasionnés par l'enquête de crédit visant à déterminer la solvabilité du débiteur, les frais reliés à la gestion des documents demandés pour compléter le dossier de crédit (par exemple, une preuve d'emploi ou des relevés de paie non transmis lors de la demande de crédit), la détermination du risque que représente le débiteur en fonction de sa situation financière, de ses autres engagements contractuels et de l'envergure du prêt demandé, le coût d'évaluation du dossier et de la prise de décision finale d'accorder ou de refuser le prêt, le coût de la rédaction du contrat écrit (temps passé par les agents du créancier ou par des professionnels engagés à cette fin).

En cours de contrat, des frais sont engagés pour surveiller les activités du débiteur. Ceci s'explique par le fait que, dans un rapport de prêt, se pose, pour le créancier, le problème que le débiteur, s'étant montré sous son meilleur jour pour obtenir le prêt, relâche sa prudence une fois le prêt accordé par rapport à ce qui a été convenu, explicitement ou implicitement, au moment de conclure le contrat. Par là, il augmente le risque du défaut, et donc le coût effectif du crédit pour le créancier. Ce phénomène est connu sous le nom de *risque moral*[14].

Pour contrecarrer le risque moral, le créancier peut entreprendre des mesures de surveillance. Bien entendu, une mesure

[14] Le risque moral est une forme d'opportunisme reconnue à l'origine dans le domaine de l'assurance. Le concept a depuis été étendu à d'autres domaines du droit, notamment le droit contractuel. Voir Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Montréal/Paris, Éditions Thémis/Dalloz, 2008, n° 460, p. 126.

24-Ciotola.indb 388 12-12-12 15:11

de surveillance n'en vaut la peine que si son coût est inférieur à la réduction qu'elle engendre dans les pertes prévisibles dues au risque moral. Le coût de ces mesures de surveillance peut être important et fait partie des coûts de transaction.

L'étendue de la surveillance variera selon le rapport qu'entretiennent le créancier et le débiteur. S'ils font affaire depuis longtemps, ou ont un rapport personnel ou familial, ils auront un lien de confiance qui permettra au créancier d'abaisser le niveau de surveillance qu'il estimera nécessaire.

3. Le coût du risque

La troisième composante du coût du crédit est le coût du risque du défaut du débiteur, en d'autres mots, le poids de la perte à prévoir en cas de défaut. Ce coût est fonction de la probabilité de défaut, des frais qui seront alors engagés pour le recouvrement, et de la portion de la dette qui constituera une perte sèche si on n'arrive pas à la recouvrer. Si, par exemple, la probabilité de défaut du débiteur est estimée à 5 %, qu'en cas de défaut, il faudra engager des frais de recouvrement équivalant à 10 % du montant prêté, et que la portion irrécupérable de la dette est estimée à 30 % du prêt, le coût du risque monte à 2 % (5 % multiplié par (10 + 30) %).

L'évaluation du coût du risque comporte une part de subjectivité de la part du créancier. En effectuant cette évaluation, le créancier pourra tenir compte de plusieurs facteurs, comme les caractéristiques propres au débiteur, les relations antérieures des parties et les expériences passées du créancier avec des débiteurs qui présentent des caractéristiques similaires à celui-ci, de même que des évènements étant hors du contrôle des parties, mais pouvant affecter la solvabilité du débiteur. L'absence d'information fiable sur certains facteurs peut l'amener à les évaluer de manière pessimiste, et à prévoir le pire scénario. Cela aurait pour effet de faire augmenter le coût du crédit.

La somme des trois types de coûts détermine le coût marginal du crédit. Dans un marché concurrentiel – un marché dans lequel plusieurs créanciers se font concurrence pour satisfaire la demande

24-Ciotola.indb 389 12-12-12 15:11

du débiteur – le taux d'intérêt proposé au débiteur tendra vers le coût marginal[15]. Dans un marché non concurrentiel (monopole ou cartel), le débiteur devra normalement prévoir payer en outre un supplément, qui correspond à la rente de monopole[16].

B. Le cautionnement comme moyen pour réduire le coût du crédit

L'intérêt du cautionnement se trouve dans sa capacité de baisser plusieurs composantes du coût du crédit par rapport à un prêt sans garantie. Il permet, en particulier, de réduire le coût de l'information, le coût du risque moral et le coût du risque d'inexécution.

1. La réduction du coût de l'information

Pour comprendre l'effet du cautionnement sur le coût de l'information, revenons à la situation du créancier qui évalue les risques associés à de simples prêts que lui demandent des débiteurs potentiels. À défaut d'information sur la solvabilité et la fiabilité des personnes avec lesquelles il est invité à faire affaire, le créancier prudent se prépare au pire scénario, et les évalue toutes comme présentant des risques « moyens ». Pour ceux qui, dans la réalité, sont de mauvais payeurs, cela représente une bonne affaire, car ils obtiennent du crédit à un taux en dessous du risque réel qu'ils présentent. Ils auront donc tendance à se précipiter sur l'occasion.

En revanche, ceux qui se savent bons payeurs trouveront le crédit cher. Ils auront tendance à se détourner de ce créancier, et à chercher du crédit auprès de créanciers qui savent mieux distinguer le risque réel qu'ils présentent. Les « bons risques » abandonnant le créancier en question, celui-ci se retrouvera avec de plus en plus de mauvais risques, ce qui l'obligera à augmenter ces taux. Cela mènera, par ricochet, à l'exode d'une autre cohorte de débiteurs, constituant de relativement moins mauvais risques, et

---

15 A. KATZ, *loc. cit.*, note 13, 67.

16 Voir E. MACKAAY ET S. ROUSSEAU, *op. cit.*, note 14, n^{os} 349-354, pp. 98-99.

24-Ciotola.indb 390 12-12-12 15:11

ainsi de suite. Le phénomène est connu comme l'*anti-sélection*[17] : le créancier qui ne sait distinguer les bons et les mauvais risques se retrouvera avec les pires.

Le problème d'information du créancier est évident lorsque le débiteur n'a pas d'historique de crédit, ou est inexpérimenté dans le domaine d'activité pour lequel il demande un prêt. Le créancier se voit alors obligé de prévoir un coût relativement élevé pour le crédit, ce qui pourrait rendre la transaction irréalisable, soit parce que le débiteur n'est pas prêt à payer un taux d'intérêt aussi élevé, soit parce que le créancier a pour politique de ne pas faire affaire avec la catégorie de risque dans laquelle il classe le débiteur. La transaction écartée entraîne un coût d'opportunité, un gain manqué pour la collectivité.

Le cautionnement apporte une solution à ce problème en diminuant le coût d'acquisition de l'information pour le créancier. En fait, en appuyant le débiteur, la caution envoie au créancier un signal indiquant que celui-ci est un bon risque : elle est prête à mettre son patrimoine en garantie à l'appui de ce signal. L'appui de la caution permet ainsi au débiteur de transmettre au créancier une information fiable sur sa solvabilité, qui ne peut être imitée par les débiteurs moins solvables. Spence a proposé le terme de « *signalling* » pour désigner ce mécanisme de transmission de l'information[18].

Bien entendu, la valeur du signal varie en fonction de la personne qui se porte caution et de son lien avec le débiteur. Plus ce lien est étroit, plus le signal sera crédible, car mieux la caution connaît les affaires du débiteur, mieux elle peut, éventuellement, surveiller et influencer la conduite de celui-ci. Le créancier qui obtient un cautionnement pour le débiteur peut donc rationnellement réévaluer à la baisse le risque de défaut de celui-ci et, partant, le coût du crédit.

---

17 *Id.*, n^os^ 453-454, p. 125.

18 Voir Michael A. SPENCE, *Market Signalling : Informational Transfer in Hiring and Related Screening Processes*, Cambridge, Harvard University Press, 1973.

24-Ciotola.indb 391 12-12-12 15:11

2. La réduction du coût du risque moral

Le cautionnement peut contribuer à une réduction du coût du risque moral dans la mesure où la caution, étant tenue de payer en cas de défaut du débiteur, est à la fois intéressée à le surveiller et, souvent, mieux placée pour le faire que ne le serait le créancier. La caution a souvent un avantage comparatif par rapport au créancier du fait de son lien étroit avec le débiteur en dehors de la relation contractuelle. La caution peut alors, plus facilement que ne le peut le créancier, s'informer sur la conduite du débiteur et l'influencer. À titre d'exemple, les parents peuvent habituellement mieux surveiller la situation de leur enfant que ne le peut une banque. Dans la mesure où la caution surveille le débiteur, le créancier peut réduire sa surveillance d'autant et ainsi diminuer ses coûts de transaction ; il évaluera également à la baisse le risque de défaut.

En admettant que la caution ait un avantage comparatif par rapport au créancier en matière de surveillance du débiteur, on pourrait se demander pourquoi la caution n'agirait pas également comme créancier, c'est-à-dire en empruntant de l'argent pour le prêter au débiteur[19]. La question a été envisagée par Katz[20], et sa conclusion est que c'est le créancier, et non la caution, qui devrait normalement avoir l'avantage comparatif pour obtenir l'argent à prêter. Le cautionnement représenterait ainsi une spécialisation des tâches, tâches qui sont attribuées chaque fois à l'acteur qui peut les accomplir au meilleur coût.

Le lien qu'entretiennent caution et débiteur peut, en outre, avoir pour effet à lui seul de mettre une certaine pression sur le débiteur afin qu'il exécute ses obligations[21]. L'influence réelle qui

---

19 Alain PARENT, « La libération de la caution par la mise en œuvre de l'article 2363 Code civil du Québec : de la théorie à la pratique », (2006) 47 *C. de D.* 515, 529.

20 A. KATZ, *loc. cit.*, note 13, 65.

21 Voir Michelle CUMYN, « Responsability for Another's Debt : Suretyship, Solidarity, and Impecfect Delegation », (2010) 55 *R.D. McGill* 211, 223-224 : l'auteure affirme que le cautionnement a eu, autrefois et encore aujourd'hui,

24-Ciotola.indb 392 12-12-12 15:11

en résultera dépendra de la nature du rapport : « Aux liens affectifs correspondra une pression morale, aux liens financiers s'attachera une pression économique. »[22]

Pour ce qui est de la pression morale, elle provient normalement d'un cautionnement familial ou amical. Le débiteur rationnel ne veut pas placer ses parents ou amis dans une situation où ils seraient appelés à payer à sa place[23].

La pression économique provient principalement de deux sources. Le premier cas de figure est celui du dirigeant qui cautionne les dettes de son entreprise[24]. Le créancier sait dès lors que ce type de caution fera tout son possible afin que le débiteur paie sa dette, pour éviter d'entamer sa fortune personnelle[25]. La pression économique peut encore résulter du simple fait que le débiteur se sait surveillé de près par la caution. S'il ne veut pas perdre les avantages du prêt accordé, il s'abstiendra de faire preuve d'une conduite téméraire susceptible de le conduire à l'insolvabilité, car cela mènera la caution à prendre les moyens nécessaires pour éviter le pire. La caution pourra, à son choix, entreprendre un recours avant paiement[26], ou mettre fin, sous certaines conditions, à un cautionnement d'une durée indéterminée[27].

3. La réduction du coût du risque d'inexécution

Le cautionnement agit comme une forme d'assurance pour le créancier contre le risque de défaut du débiteur. Cette assurance

---

une influence psychologique sur le débiteur afin que ce dernier s'acquitte de ses obligations.

22 Christian MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », Paris, Litec, 1979, p. 349.

23 A. PARENT, *loc. cit.*, note 19, 529 ; voir Manuella BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, Paris, L.G.D.J., 2006, nº 64, p. 36 ; A. KATZ, *loc. cit.*, note 13, 71.

24 A. PARENT, *loc. cit.*, note 19, 529.

25 C. MOULY, *op. cit.*, note 22, p. 350.

26 Préc, note 1, art. 2359.

27 Préc., note 1, art. 2362.

24-Ciotola.indb 393 12-12-12 15:11

permet de réduire le coût du risque d'inexécution, mais non de l'éliminer complètement :

> [L]e cautionnement – comme toute sûreté personnelle – dilue le risque d'insolvabilité du débiteur en le répartissant sur plusieurs patrimoines qui répondent de la dette garantie ; mais, à la différence d'une sûreté réelle, il ne peut prétendre le supprimer totalement : le créancier ne dispose que d'un droit de poursuite chirographaire à l'encontre du garant.[28]

La valeur de cette assurance dépend, notamment, de la solvabilité de la caution et de la probabilité qu'elle puisse effectivement être recherchée en cas de défaut du débiteur.

Pour ce qui est du premier facteur, l'évaluation de la solvabilité de la caution pose en principe les mêmes problèmes que celle du débiteur. En pratique, cependant, dans la plupart des cas, plus d'informations sont disponibles sur la solvabilité de la caution (par exemple, les parents cautionnant leur enfant). Souvent, la caution est recherchée justement en raison de sa solvabilité reconnue, comme on s'en convainc facilement dans le cas d'une compagnie de garantie. Si le créancier ne s'estime pas assez informé quant à la solvabilité de la caution, il peut décliner la demande de prêt du débiteur auquel s'associe la caution en question, ce qui engendre un coût d'opportunité, ou encore exiger un certificateur de caution[29], ce qui fera augmenter les coûts de transaction.

Pour ce qui est du second facteur, soit l'effectivité du cautionnement au moment du défaut du débiteur, mieux la législation l'assure, et donc limite les échappatoires possibles pour la caution, plus elle permet d'abaisser le coût lié au risque de non-paiement pour le créancier[30]. Le principal intérêt du cautionnement pour

---

28 P. DUPICHOT, *loc. cit.*, note 6, 17-18.

29 La certification de caution est le contrat par lequel le certificateur s'engage à garantir les obligations du débiteur, dans le cas où la caution n'y satisferait pas.

30 A. PARENT, *loc. cit.*, note 12, 266 ; voir Solange BETAN-ROBET, « La décharge de la caution par application de l'article 2037 », (1974) *Rev. trim. dr. civ.* 309, 311.

24-Ciotola.indb 394 12-12-12 15:11

le créancier est de se voir fournir une garantie valable au cas où le débiteur deviendrait incapable de faire face à ses obligations[31] ; les moyens de libération de la caution réduisent l'effectivité de cette garantie et influent ainsi de manière corrélative sur la capacité du cautionnement à réduire le coût du crédit[32]. Un régime trop étendu de protection de la caution rendrait inefficace l'institution aux yeux du créancier[33] : « [l]e créancier pourrait sinon se détourner de cette garantie et opter pour des mécanismes plus âpres au débiteur, à moins qu'il ne se détourne purement et simplement du crédit : la politique systématique de protection de la caution aura alors achevé de manquer son but[34]. »

C. Les contraintes du cautionnement

Les considérations précédentes font voir l'intérêt que peut représenter l'ajout de la caution, et pour le créancier, et pour le débiteur, en comparaison avec un rapport bilatéral de prêt entre eux. Pour qu'une institution soit viable, il faut cependant qu'elle présente un intérêt pour toutes les parties impliquées – y compris la caution. Quel est donc l'intérêt – en d'autres mots, les avantages dépassant les coûts – qu'elle représente pour la caution[35] ?

Les avantages du cautionnement pour la caution ont souvent un caractère subjectif. Le gain peut être purement personnel, par exemple lorsque le parent se porte caution pour son enfant. La caution peut être directement rémunérée par le débiteur pour ses services, ou pour avoir obtenu de sa part un avantage financier indirect en raison de son implication dans ses activités, comme

---

31 M. BOURASSIN, *op. cit.*, note 23, n° 15, p. 10 ; A. PARENT, *loc. cit.*, note 12, 266-267.

32 M. BOURASSIN, *op. cit.*, note 23, n° 54, p. 29.

33 En France, où le régime de protection de la caution ne cesse d'être étendu par des lois spéciales, on parle de « crise du cautionnement ». Le problème est criant, car le cautionnement n'arrive plus à remplir correctement sa fonction première de sûreté efficace en cas de défaut du débiteur. Voir A.-S. BARTHEZ ET D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, note 2, n° 22, pp. 23-26.

34 *Id.*, n° 22, p. 26.

35 A. KATZ, *loc. cit.*, note 13, 63.

24-Ciotola.indb 395 12-12-12 15:11

c'est le cas pour l'entrepreneur qui cautionne les dettes de son entreprise.

Ces avantages peuvent cependant être entachés d'une mauvaise perception (1) ou d'opportunisme (2).

1. La mauvaise perception du risque par la caution

Il faut craindre – et c'est une première contrainte – que certaines cautions aient de la difficulté à apprécier correctement les avantages et les coûts, soit en raison du phénomène de la rationalité limitée[36], soit parce que le facteur émotionnel leur fait gonfler outre mesure la valeur des avantages ou réduire le poids des coûts[37].

Des auteurs ont préconisé que le droit vienne pallier ce problème de calcul[38]. Pour l'instant, le régime juridique québécois du cautionnement n'y prête pas attention, sauf pour une règle qui s'y attaque d'une manière indirecte[39]. Au contraire, le droit français de la consommation édicte plusieurs règles afin de contrer le problème[40]. Par exemple, dans le cas de la personne physique qui

---

36 *Id.*, 64.

37 Louise LANGEVIN, « L'obligation de renseignement, le cautionnement et les dettes transmises sexuellement », (2005) 50 *R.D. McGill* 1, 8-9 : « [L]a caution accepte de se lier en raison de la relation particulière de confiance ou d'amitié qu'il ou elle entretient avec le débiteur principal : cette relation affective peut aveugler le signataire qui n'est plus en mesure d'apprécier les risques de la transaction ».

38 André BÉLANGER et Ghislain TABI TABI, « Vers un repli de l'individualisme contractuel ? L'exemple du cautionnement », (2006) 47 *C. de D.* 429, 463-471 : les auteurs proposent que le créancier soit tenu à l'obligation de conseiller la caution ; L. LANGEVIN, *loc. cit.*, note 37, 29-45 : l'auteure propose que la banque soit tenue d'imposer à la future caution l'obtention d'un avis juridique indépendant. Cet avis juridique ne serait requis que dans le cas où le cautionnement est donné par un conjoint désintéressé à l'obtention d'un prêt pour l'entreprise de l'autre conjoint.

39 Voir notre analyse sur l'article 2335 C.c.Q. dans la seconde partie de cet article.

40 Voir Philippe SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, 4e éd., Paris, LexisNexis Litec, 2008, nos 253-261, pp. 264-273.

24-Ciotola.indb 396 12-12-12 15:11

s'engage comme caution par un acte sous seing privé envers un créancier professionnel, l'article 313-7 du *Code de la consommation français* impose l'insertion au contrat d'une formule sacramentelle, à peine de nullité de l'entente, afin que la caution soit informée de la nature et de l'étendue de son engagement[41].

2. L'opportunisme

Une deuxième contrainte provient du fait que le rapport tripartite se prête, davantage que le rapport bilatéral, à des actions opportunistes[42]. Dans le prêt simple (rapport bilatéral), nous avons déjà évoqué la forme spécifique d'opportunisme qu'est le risque moral. De la même manière, agirait de manière opportuniste le créancier qui complique ou rend impossible l'exécution de l'obligation par le débiteur.

Dans le schéma tripartite du cautionnement, les ouvertures à l'opportunisme se multiplient. Chacune des parties pourrait s'y engager. Par exemple, la caution peut causer un préjudice au créancier en fournissant une sûreté à un débiteur tiers dont la situation financière est périlleuse, tout en s'abstenant de surveiller ses activités[43]. Le créancier, pour sa part, peut faire augmenter le fardeau du risque de la caution en provoquant le défaut du débiteur, en négligeant de réclamer son dû au moment opportun, ou en réduisant les chances que la caution puisse être remboursée par le débiteur. Quant au débiteur, il peut porter atteinte aux intérêts de la caution et du créancier en prenant des risques excessifs ou en

---

41 Voir l'article 313-7 du Code de la consommation français : « La personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution pour l'une des opérations relevant des chapitres Ier ou II du présent titre doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante, et uniquement de celle-ci :
En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de ... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de ..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même. »

42 E. MACKAAY ET S. ROUSSEAU, *op. cit.*, note 14, n° 1646, p. 446.

43 Exemples empruntés à A. KATZ, *loc. cit.*, note 13, 59.

24-Ciotola.indb 397 12-12-12 15:11

négligeant de faire des efforts raisonnables afin d'honorer ses obligations. Il peut y être tenté, d'autant plus qu'il a pu, grâce à la présence de la caution, obtenir du crédit à bon compte. Le débiteur peut aussi retenir des informations ou autrement compliquer la surveillance que voudrait faire la caution.

D'une manière générale, agit de manière opportuniste la partie à un rapport bilatéral ou multilatéral qui s'affaire à modifier, par la ruse ou par la force, à son avantage et au détriment des autres, la répartition des gains conjoints résultant de ce rapport, que chaque partie pouvait normalement envisager au moment de la création du rapport[44]. Elle s'efforce, en d'autres mots, d'obtenir plus que sa part, un avantage indu. D'une manière générale, l'opportunisme peut consister à amener une personne à conclure un accord auquel elle n'aurait pas volontairement consenti si elle avait été parfaitement informée, à entrer en négociation sans réelle intention de conclure un contrat, ou encore à rompre des négociations onéreuses qui sont sur le point d'aboutir à un accord (opportunisme *ex ante*). L'opportunisme peut aussi viser à exploiter des circonstances imprévues pour lesquelles le contrat ne comporte pas de règles explicites, afin de tourner la division des gains du contrat implicitement convenue au moment de la conclusion de l'accord (opportunisme *ex post*).

La partie qui agit de manière opportuniste exploite une asymétrie dans le rapport au détriment des autres parties. La seule asymétrie ne constitue pas nécessairement de l'opportunisme : on se fie à des spécialistes de divers domaines pour les services qu'ils peuvent rendre, et la vie serait autrement plus difficile en leur absence. Le problème surgit lorsque l'une des parties contractantes exploite cette asymétrie de façon significative pour changer en sa faveur la division des gains résultant du contrat.

Bien entendu, les victimes potentielles redoutent l'opportunisme et prennent des mesures pour s'en protéger. Ces mesures augmentent les coûts de transaction et réduisent l'éventail des transactions viables dans une économie de marché, et donc l'ampleur de celle-ci. L'opportunisme potentiel est une source de fric-

44 E. MACKAAY ET S. ROUSSEAU, *op. cit.*, note 14, n° 1355, p. 379.

24-Ciotola.indb 398 12-12-12 15:11

tion dans l'économie, et le droit se rend utile en le combattant, s'ajoutant aux efforts des parties elles-mêmes. Bon nombre de dispositions du Code civil en matière de cautionnement semblent pouvoir être qualifiées de mesures antiopportunistes. La doctrine de l'analyse économique du droit retient que l'une des missions principales du droit des contrats et du droit des sociétés commerciales est de contrer l'opportunisme[45].

Dans le cautionnement, c'est, des trois parties, la caution qui se trouve dans la situation la plus vulnérable face à l'opportunisme potentiel des deux autres acteurs. Cette vulnérabilité résulte aussi bien de l'asymétrie d'information[46] que de l'asymétrie de pouvoir[47]. L'asymétrie d'information provient, par exemple, du fait que la caution soit absente des négociations qui mènent à l'octroi du prêt qu'assure le cautionnement, comme c'est souvent le cas du parent cautionnant l'entreprise de son enfant. L'asymétrie du pouvoir se manifeste lorsqu'une partie sait qu'elle peut dicter les termes de l'entente ou de son exécution, le ou les autres parties ne pouvant, sans grande difficulté, trouver d'autres options. C'est le cas, par exemple, lorsqu'un entrepreneur désire obtenir un financement essentiel pour une entreprise en démarrage[48]. L'asymétrie existe

---

45 *Id.*, nº 1343, p. 375 ; Reinier KRAAKMAN, Paul DAVIES, Henry HANSMANN, Gerard HERTIG, Klaus HOPT, Hideki KANDA, Edward ROCK (dir.), *The Anatomy of Corporate Law : A Comparative and Functional Approach*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 2.

46 E. MACKAAY ET S. ROUSSEAU, *op. cit.*, note 14, nº 1868, pp. 509-510 : il y a une asymétrie d'information « [s]'il existe des disparités dans l'information dont disposent les parties relativement à l'échange, l'une des parties étant mieux informée que l'autre. »

47 *Id.*, nº 1863, p. 508 : « L'asymétrie de pouvoir s'apparente à un monopole qui permet à une partie, le monopoleur, d'imposer aux autres les termes de la distribution de la ressource. »

48 M. BOURASSIN, *op. cit.*, note 23, nº 90, p. 48 : « [L]e créancier, quelle que soit sa position économique par rapport à celle du garant, a le pouvoir d'imposer ses choix, dès que le garant tient à ce que le débiteur principal obtienne du crédit, et qu'il sait que cet octroi de crédit n'aura lieu que s'il se plie aux choix du créancier. Il en va ainsi lorsque le destin patrimonial du débiteur et celui du garant pressenti sont imbriqués (c'est le cas lorsque le futur garant est le dirigeant, la société-mère ou la société-sœur de la société débitrice) et/ou lorsque ces derniers sont effectivement proches (c'est le cas

24-Ciotola.indb 399 12-12-12 15:11

aussi pendant la durée du cautionnement, du fait que le créancier peut imposer ses choix à la caution en ce qui concerne le sort du débiteur. Il peut avantager le débiteur – par exemple, en libérant le débiteur d'une sûreté réelle afin que l'assiette de cette sûreté puisse servir à financer un autre projet commun[49] – ou, au contraire, faire en sorte de le placer en défaut, augmentant ainsi la charge du risque assumé par la caution.

Si l'institution du cautionnement demeure viable et a conservé une place dans le Code civil, il faut s'attendre à trouver dans son régime juridique une attention particulière portée à la protection de la caution contre l'opportunisme des deux autres acteurs. Cette protection est d'autant plus importante dans le cas d'un cautionnement offert à titre gratuit[50]. Il est temps de regarder plus en détail comment se présente ce régime juridique.

II. L'économie du régime juridique du cautionnement en droit civil québécois

Dans cette seconde partie portant sur le régime juridique du cautionnement, nous soutiendrons que les articles 2333 à 2366 du *Code civil du Québec* portant sur le cautionnement s'éclairent utilement si l'on les lit comme visant à réglementer spécialement un ensemble de situations précises d'opportunisme potentiel. Théoriquement, chacune des trois parties au cautionnement pourrait être victime d'actes opportunistes, contre lesquels le droit procure des mesures protectrices. Dans les faits, la caution est de loin la partie la plus vulnérable, et la plupart des articles semblent viser sa protection. Un nombre plus limité d'articles protègent le créancier et, enfin, un article seulement semble viser la protection du débiteur. Nous analyserons ces dispositions dans la première sous-section (A).

lorsque le futur garant est le conjoint, le concubin, le partenaire du débiteur principal ou encore un parent ou un ami proche). »

49 A. PARENT, *loc. cit.*, note 12, 271.

50 *Id.*, 267 ; voir S. BETAN-ROBET, *loc. cit.*, note 30, 325.

24-Ciotola.indb 400 12-12-12 15:11

Il arrive des situations où un comportement manifestement opportuniste ne peut être adéquatement sanctionné à l'intérieur des balises, même élastiques, fournies par les articles du droit positif. Pour pareils cas, il serait souhaitable de disposer d'un concept ouvert, qui peut être appliqué aux formes nouvelles d'opportunisme[51]. Nous montrerons, dans un second temps (B), que l'obligation d'agir de bonne foi paraît jouer précisément ce rôle accessoire dans le cas du cautionnement.

A. La protection contre l'opportunisme au moyen d'articles spécifiques du Code

1. La protection de la caution

Dès le début du chapitre, l'article 2335 C.c.Q. édicte que le cautionnement ne se présume pas, qu'il doit être exprès. La volonté de s'engager de la caution doit être certaine ; elle ne peut découler des circonstances[52]. L'objectif de cet article paraît être d'empêcher le créancier de profiter de circonstances nébuleuses pour faire supporter par un tiers le défaut du débiteur. Il vise en outre à assurer que la caution ait bien compris la nature de son engagement, ce qui permet de remédier en partie au problème de sa rationalité limitée.

À l'article 2341 al. 1 C.c.Q., il est prévu que le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté à des conditions plus onéreuses[53]. En l'absence d'une telle disposition, le créancier pourrait, dans les situations qui s'y prêtent, exploiter sa position de pouvoir dans la négociation avec la caution afin d'obtenir d'elle un arrangement plus avantageux par rapport au contrat principal. Le créancier serait alors incité à provoquer

---

51 Voir à ce sujet Ejan MACKAAY, « L'analyse économique du droit comme outil de doctrine : la bonne foi et la justice contractuelle », Document de travail 2011s-73, Montréal, Cirano, en ligne : <http://www.cirano.qc.ca/pdf/publication/2011s-73.pdf>.

52 Voir M. BOUDREAULT, *op. cit.*, note 4, nº 837, p. 291.

53 L'article 2342 C.c.Q. complète l'article 2341 C.c.Q. en prévoyant que le cautionnement peut être contracté à des conditions moins onéreuses.

24-Ciotola.indb 401 12-12-12 15:11

le défaut du débiteur afin d'obtenir le gain supplémentaire résultant du cautionnement. Afin d'éviter ce risque moral, l'article 2341 al. 2 C.c.Q. édicte que le cautionnement contracté à des conditions plus onéreuses est réductible à la mesure de l'obligation principale[54].

Dans la même veine, aux termes de l'article 2343 C.c.Q., le cautionnement ne peut être étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté[55]. Cet article a été interprété de manière à restreindre la responsabilité de la caution aux obligations mentionnées dans le contrat de cautionnement[56]. Le créancier ne peut donc pas augmenter unilatéralement le coût du risque assumé par la caution. Une règle contraire inviterait à l'opportunisme.

L'article 2343 C.c.Q. constitue également le fondement de la règle d'interprétation restrictive qui prévaut en matière de cautionnement[57]. Dans le doute, il faut adopter une interprétation stricte en faveur de la caution[58]. Cela empêche le créancier de profiter *ex post* d'une ambiguïté pour étendre le cautionnement à une obligation non envisagée initialement. Comme c'est lui qui habituellement rédige le contrat, il est logique de lui attribuer le fardeau des précautions, vu qu'il peut, à moindre coût, éviter une mésentente à propos du contenu du contrat de cautionnement. Autrement dit, le créancier qui n'exprime pas clairement l'accord des parties ne pourra pas bénéficier d'une interprétation qui lui est favorable.

En vertu de l'article 2345 C.c.Q., le créancier est tenu de fournir, à la demande de la caution, tout renseignement sur le contenu

---

54 P. CIOTOLA, *op. cit.*, note 4, n° 1.21, p. 28.

55 L'article 2344 C.c.Q. complète l'article 2343 C.c.Q. en spécifiant que le cautionnement s'étend à tous les accessoires de la dette.

56 M. BOUDREAULT, *op. cit.*, note 4, n° 848, pp. 295-296.

57 F. LEVESQUE, *op. cit.*, note 5, n° 23, p. 12/15.

58 P. CIOTOLA, *op. cit.*, note 4, n° 1.35, p. 36 : l'auteur affirme que la règle générale est que le cautionnement est d'interprétation stricte, car, en cas de doute, il s'interprète en faveur de la caution. Cependant, la règle d'interprétation serait plus libérale dans le cas d'une caution rémunérée : voir É. LAMBERT, *op. cit.*, note 5, pp. 119-121.

24-Ciotola.indb 402 12-12-12 15:11

de l'obligation principale du débiteur, sur les modalités de l'obligation principale et sur l'état de l'exécution. Ce droit à l'information, d'ordre public selon l'article 2355 C.c.Q., vise à réduire l'asymétrie d'information pour la caution et, corrélativement, le risque qu'elle soit victime d'opportunisme.

Lorsque le débiteur néglige ou refuse de remplir ses obligations[59], le créancier peut, à sa discrétion, exercer en premier lieu un recours contre la caution, sans préalablement s'adresser au débiteur[60]. Ce droit se prête à l'opportunisme s'il est utilisé dans le seul but d'assimiler le niveau de responsabilité de la caution à celui d'un débiteur ordinaire. Pour contrer cette possibilité, l'article 2347 C.c.Q. octroie à la caution le droit d'opposer au créancier le bénéfice de discussion, c'est-à-dire d'exiger que le créancier exécute l'obligation en premier lieu contre les biens du débiteur[61]. Si la caution remplit toutes les conditions prescrites aux articles 2347 et 2348 C.c.Q.[62], mais que le créancier ne procède pas à la discussion, elle sera alors libérée jusqu'à concurrence de la valeur des biens qui auraient dû être discutés[63]. Cette sanction est de nature à inciter le créancier à discuter les biens du débiteur, car, dans le cas contraire, il court le risque de perdre tout ou partie de son droit d'action à l'encontre de la caution.

L'article 2347 C.c.Q. est supplétif de volonté ; la caution peut donc y renoncer à l'avance, par le biais d'une clause expresse de renonciation[64] ou d'une stipulation de solidarité[65]. En pratique,

---

59 Trois raisons peuvent alternativement ou cumulativement expliquer l'inexécution du débiteur : 1) il croit qu'il est dans son droit d'agir ainsi ; 2) il n'a pas la capacité financière de faire face à ses obligations ; 3) il néglige ou refuse d'exécuter ses obligations.

60 É. LAMBERT, *op. cit.*, note 5, p. 154.

61 *Id.*, p. 169.

62 Préc., note 1, art. 2348 al. 1 : la caution doit invoquer dans sa défense le bénéfice de discussion, elle doit indiquer au créancier les biens saisissables du débiteur et lui avancer les sommes nécessaires pour procéder à la discussion.

63 *Id.*, 2348 al. 2.

64 *Id*., art. 2347 al. 1.

65 *Id*., art. 2352.

24-Ciotola.indb 403 12-12-12 15:11

les cautions y renoncent systématiquement[66]. L'asymétrie d'information et l'asymétrie de pouvoir au moment de la formation du cautionnement y sont sûrement pour quelque chose. Contrairement au droit français de la consommation, le droit civil québécois ne prévoit pas de remède contre l'exploitation de ces asymétries[67]. En cette matière, le législateur québécois semble davantage poursuivre l'objectif de réduire le coût de recouvrement du créancier que celui de protéger la caution contre le risque d'opportunisme potentiel.

L'article 2353 C.c.Q. édicte que la caution peut opposer au créancier tous les moyens de défense que pouvait lui opposer le débiteur, sauf ceux qui lui sont purement personnels. À titre d'exemples, le paiement de la dette par le débiteur, l'arrivée du terme extinctif, la novation, la compensation, la confusion, la remise, la libération du débiteur, la dation en paiement par le débiteur, la prise en paiement et la prescription sont autant de moyens de défense que, le cas échéant, la caution peut opposer[68]. Il faut rappeler que le cautionnement est un contrat subsidiaire et accessoire[69]. Si la dette principale est éteinte, alors il n'y a plus rien à garantir et la caution devrait donc *ipso facto* être libérée. L'article 2353 C.c.Q. clarifie la situation, empêchant le créancier de tirer un avantage indu au détriment de la caution.

---

66 F. LEVESQUE, *op. cit.*, note 5, nº 56, p. 12/27 : « L'article 2347 al. 1 C.c.Q. mentionne « à moins qu'elle n'y renonce expressément ». À notre connaissance, il n'existe aucun formulaire type de cautionnement qui ne prévoit pas une telle renonciation. »

67 Voir l'article 313-8 du Code de la consommation français : « Lorsque le créancier demande un cautionnement solidaire pour l'une des opérations relevant des chapitres Ier ou II du présent titre, la personne physique qui se porte caution doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante :
En renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2298 du code civil et en m'obligeant solidairement avec X..., je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X... » (nos soulignés).

68 É. LAMBERT, *op. cit.*, note 5, pp. 229-230.

69 Préc., note 1, art. 2333 et 2346.

24-Ciotola.indb 404 12-12-12 15:11

L'article 2361 C.c.Q. édicte que le cautionnement prend fin au décès de la caution[70]. Cet article, d'ordre public, interdit toute stipulation contraire[71]. Il s'explique par le fait que les héritiers subissent souvent une importante asymétrie d'information. La plupart du temps, ils ne connaissent pas les termes du cautionnement, ni même son existence. Pour prévenir tout acte opportuniste du créancier aux dépens des héritiers (comme ce fut le cas dans l'arrêt *Banque Nationale du Canada* c. *Soucisse*[72]), le législateur a choisi un moyen radical de protection des héritiers, soit la fin du cautionnement par le seul effet de la loi.

L'article 2363 C.c.Q. prévoit que la caution qui quitte ses fonctions particulières est libérée de son engagement, sans aucune formalité et par le seul effet de la loi[73]. La caution demeure cependant tenue aux dettes existantes au moment de la fin des fonctions[74]. Quelle est le raisonnement sous-tendant cet article ? Il faut premièrement noter que la caution qui occupe des fonctions particulières est impliquée activement dans la gestion des affaires du débiteur[75]. Dans un rapport de ce genre, la caution a normalement accès à toute l'information nécessaire pour apprécier la qualité des décisions prises par le débiteur. Étant donné cette surveillance étroite, le débiteur sera incité à gérer ses affaires prudemment[76]. Autrement, la caution disposera de moyens légaux pour se prémunir contre le risque d'insolvabilité[77]. Lorsque la caution quitte ses fonctions particulières, il y a alors une diminution de la surveillance et, du même coup, une diminution de la pression économique contraignant le débiteur à conduire ses affaires dans l'intérêt

---

70 L'article 2364 C.c.Q. complète l'article 2361 C.c.Q. Les héritiers demeurent tenus aux dettes existantes au moment du décès.

71 F. LEVESQUE, *op. cit.*, note 5, n° 79, p. 12/35.

72 [1981] 2 R.C.S. 339. L'arrêt sera examiné plus en profondeur dans la sous-section B.

73 A. PARENT, *loc. cit.*, note 19, 526.

74 Préc., note 1, art. 2364.

75 A. PARENT, *loc. cit.*, note 19, 522 et 528-529.

76 *Id.*, 528.

77 Par exemple, les articles 2359 et 2362 C.c.Q.

24-Ciotola.indb 405 12-12-12 15:11

de la caution et du créancier[78]. Le débiteur peut alors entreprendre impunément des projets risqués afin de maximiser son rendement. L'article 2363 C.c.Q. vise à protéger la caution contre le risque moral qui se pose avec encore plus d'acuité lorsqu'elle cesse d'occuper ses fonctions particulières[79]. Il s'agit d'un mécanisme par lequel le législateur transfère de la caution au créancier l'accroissement du risque d'insolvabilité.

Le mode de libération prévu à l'article 2363 C.c.Q. est coûteux pour le créancier. Cela tient d'abord au fait que la caution n'a pas l'obligation de l'aviser de la cessation de ses fonctions[80]. Il s'ensuit une situation chaotique ; le créancier peut perdre le bénéfice de sa garantie sans pour autant en avoir été avisé[81]. Il peut croire détenir une sûreté valable, alors qu'il l'a perdue depuis la fin des fonctions particulières de la caution[82].

En deuxième lieu, l'article 2363 C.c.Q. fait naître un nouveau risque d'opportunisme. La caution, étant au fait de l'état des finances du débiteur, peut voir venir l'insolvabilité du débiteur et quitter en douce ses fonctions particulières par anticipation[83]. Pour se protéger de ce stratagème, le créancier devra engager des frais pour surveiller étroitement le statut de la caution. Afin de les éviter, les créanciers d'aujourd'hui écartent systématiquement par contrat l'application de l'article 2363. Une telle stipulation a été jugée valide par la Cour suprême dans l'affaire *Épiciers Unis Métro-Richelieu* c. *Collin*[84], l'article 2363 étant déclaré de caractère supplétif. L'article 2363 C.c.Q., écarté par la pratique, est devenu lettre morte au *Code civil du Québec*[85].

---

78 A. PARENT, *loc. cit.*, note 19, 531.

79 *Id.*

80 *Épiciers Unis Métro-Richelieu* c. *Collin*, [2004] 3 R.C.S. 257, 278.

81 A. PARENT, *loc. cit.*, note 19, 533.

82 *Id.*

83 *Id.*, 534.

84 Préc., note 80, 279.

85 F. LEVESQUE, *op. cit.*, note 5, n° 86, p. 12/37.

24-Ciotola.indb 406 12-12-12 15:11

En ce qui concerne le coût assumé par la caution, il existe un risque résiduel qu'elle soit finalement tenue de supporter seule le poids de la dette, sans être remboursée par le débiteur. Le degré d'efficacité des deux recours récursoires – l'un personnel et l'autre subrogatoire – influence le coût du risque résiduel et, corrélativement, le coût du cautionnement. Plus ils sont efficaces, moins le coût du risque résiduel est élevé.

Le recours personnel, prévu à l'article 2356 C.c.Q., permet à la caution de demander au débiteur le remboursement de ce qu'elle a payé au créancier, mais également, lorsqu'elle s'est engagée avec l'assentiment du débiteur, les dommages-intérêts liés au cautionnement[86]. L'action récursoire, bien que permettant en théorie d'indemniser intégralement la caution, est généralement illusoire puisque le débiteur, au moment du recours, est le plus souvent déjà insolvable[87].

Le recours subrogatoire, prévu à l'article 1656 al. 3 C.c.Q., offre pour sa part la possibilité à la caution d'acquérir, avec la créance contre le débiteur, les droits préférentiels[88] attachés à celle-ci, par exemple les droits hypothécaires. Les droits préférentiels existant au moment de la subrogation confèrent à la caution un meilleur rang sur le gage commun suivant l'ordre de collocation, ce qui augmente ses chances d'obtenir un remboursement.

Le danger pour la caution est de se voir privée des avantages qu'elle anticipait par l'action opportuniste du créancier de ne pas préserver ses droits préférentiels. Le créancier peut accepter de se départir volontairement de ses droits préférentiels afin d'obtenir un avantage économique, par exemple, en libérant le débiteur d'une sûreté réelle afin que l'assiette de cette sûreté puisse servir

---

86 Préc., note 1, art. 2356.

87 A. PARENT, *loc. cit.*, note 12, 269.

88 *Id.*, 290 : « La notion de droit préférentiel est large et élastique, ce qui rend difficile la délimitation de ses contours. Cependant, elle inclut généralement les priorités et les sûretés réelles, ainsi que toutes les prérogatives dont dispose le créancier et qui peuvent faciliter le recouvrement de sa créance, comme c'est le cas, par exemple, pour la réserve de propriété du vendeur à tempérament, d'un droit de rétention ou d'une sûreté personnelle. »

24-Ciotola.indb 407 12-12-12 15:11

à financer un autre projet commun[89]. Le créancier peut aussi négliger de prendre les mesures de précaution qui s'imposent afin de préserver ses droits préférentiels[90]. Dans ce cas, le créancier imprudent s'enrichit parce qu'il évite de payer les frais et les services professionnels nécessaires à la constitution et au maintien des droits préférentiels. Ces avantages ont été obtenus au détriment de la caution ; en fait, les droits préférentiels existant lors la formation du cautionnement ont été pris en compte par la caution au moment d'établir le coût du risque résiduel[91]. La perte de ces droits a pour effet d'augmenter en cours de route le coût du risque résiduel qu'elle assume, et, du même coup, de diminuer, voire d'anéantir les gains qu'elle prévoyait réaliser par son engagement[92].

Pour contrer ce scénario d'opportunisme, l'article 2365 C.c.Q., aussi désigné par les expressions « exception de subrogation » ou « bénéfice de subrogation », impose au créancier l'obligation d'agir avec prudence et diligence dans l'administration des droits préférentiels[93]. À défaut de remplir cette obligation, la caution est libérée dans la mesure du préjudice qu'elle subit. L'article 2355 C.c.Q. prévoit par ailleurs que la caution ne peut renoncer au bénéfice de subrogation. Il convient de rappeler que, sous le *Code civil du Bas-Canada*, les cautions y renonçaient systématiquement, ce qui avait pour effet pratique de le rendre inopérant[94].

Le risque assumé par la caution varie en fonction des décisions de gestion prises par le débiteur. Or, les intérêts de la caution et

---

89 *Id.*, 271.

90 *Id.*

91 A. KATZ, *loc. cit.*, note 13, 63-64 ; A. PARENT, *loc. cit.*, note 12, 268 ; il importe cependant de noter qu'à la différence de la position doctrinale majoritaire en France, la doctrine et la jurisprudence majoritaire au Québec admettent que la libération de la caution peut avoir lieu même si les droits préférentiels ont été constitués après la formation du cautionnement. Voir à ce propos A. PARENT, *loc. cit.*, note 12, 292-293 ; É. LAMBERT, *op. cit.*, note 5, pp. 408-409.

92 A. PARENT, *loc. cit.*, note 12, 268.

93 *Id.*, 268 et 285-289.

94 *Id.*, 279-280.

24-Ciotola.indb 408 12-12-12 15:11

du débiteur peuvent diverger sur ce point. Il peut être rationnel pour le débiteur d'entreprendre une activité dont les chances de succès sont faibles, mais dont les profits escomptés sont astronomiques ; cela augmente cependant le risque pour la caution, sans qu'elle ne reçoive de contrepartie dans les gains, s'ils se concrétisent. Le débiteur peut aussi décider d'économiser sur les mesures de précaution, et donc être négligent dans la gestion de ses affaires, ce qui, de nouveau, fait augmenter sans contrepartie le risque assumé par la caution. Ces comportements font augmenter le risque d'insolvabilité du débiteur par rapport aux attentes initiales et raisonnables de la caution. Ils constituent un risque moral, une variante du concept général d'opportunisme.

Trois articles du *Code civil du Québec* visent à raccorder les intérêts du débiteur et ceux de la caution. Premièrement, lorsque la caution paie le créancier, l'article 2356 C.c.Q. lui permet d'exercer une action récursoire en dommages-intérêts contre le débiteur. Le débiteur, forcé de payer l'intégralité du dommage à la caution, assume entièrement le poids de ses mauvaises décisions, ce qui lui donne un intérêt à éviter de telles décisions.

Deuxièmement, en vertu de l'article 2359 C.c.Q., la caution peut exercer un recours avant paiement. Cet article octroie à la caution la possibilité de se prémunir, en temps utile, contre l'accroissement du risque d'insolvabilité du débiteur. Elle peut, à son choix, demander au débiteur de consigner le montant de la dette, ou de lui procurer une sûreté jugée équivalente[95]. Le débiteur est alors incité à gérer ses affaires prudemment pour éviter d'avoir à rechercher les ressources nécessaires afin de sécuriser la caution.

Troisièmement, en vertu de l'article 2362 C.c.Q., la caution peut, après trois années, mettre fin à un cautionnement continu par le simple envoi d'un avis écrit au créancier et au débiteur[96]. Cette règle incite le débiteur à bien gérer ses affaires, car si la cau-

---

95 P. CIOTOLA, *op. cit.*, note 4, n° 1.75, p. 57 ; M. BOUDREAULT, *op. cit.*, note 4, n° 903, p. 313.

96 Il est à noter que la caution demeure tenue, selon l'article 2364 C.c.Q, aux dettes existantes au moment de la réception de l'avis, la libération ne valant que pour les dettes futures.

24-Ciotola.indb 409 12-12-12 15:11

tion décide de ne plus garantir ses obligations à l'avenir, il pourrait perdre les avantages du contrat principal[97].

2. La protection du créancier

La deuxième catégorie de comportements opportunistes comprend les situations où le créancier en est la victime. Premièrement, la caution peut, aux termes de l'article 2347 C.c.Q., opposer au créancier le bénéfice de discussion, et pourrait le faire de manière opportuniste. Pour parer à cette éventualité, l'article 2348 al. 1 C.c.Q. impose à la caution des conditions strictes ; elle doit, notamment, indiquer au créancier les biens saisissables du débiteur, et avancer une somme d'argent suffisante pour que le créancier procède à la discussion. L'objectif paraît être d'éviter que la caution ne se serve du bénéfice de discussion à une fin dilatoire ; le fait de lui demander d'avancer une somme d'argent est de nature à décourager de telles tactiques.

Il peut être intéressant pour le créancier d'accorder un délai supplémentaire au débiteur si cela augmente les chances d'exécution de ses obligations. Le créancier n'agira de la sorte que si ses intérêts sont protégés, c'est-à-dire que si la seule prorogation du terme ne met pas fin au cautionnement. C'est ce que prévoit l'article 2354 C.c.Q. Bien entendu, la caution pourrait légitimement se plaindre de la modification unilatérale des conditions du cautionnement, si cela a pour effet d'augmenter la charge du risque qu'elle assume. Le créancier qui utiliserait son pouvoir pour s'avantager, ou pour avantager le débiteur au détriment de la caution, agirait de façon opportuniste. L'article 2354 C.c.Q. ne sanctionne pas cette forme d'opportunisme du créancier. Cela peut se justifier du fait que la prorogation du terme devra, dans la plupart des cas, profiter à la caution également, dans la mesure où l'exécution par le débiteur évite à la caution d'être mise à contribution. Aux termes de l'article 2359 C.c.Q., la caution peut toutefois exercer un recours avant paiement contre le débiteur si la prolon-

---

97 F. LEVESQUE, *op. cit.*, note 5, nº 84, p. 12/36 : « Il peut être intéressant pour une caution de révoquer son cautionnement, mais cela conduira souvent à la fin du crédit du débiteur. »

24-Ciotola.indb 410 12-12-12 15:11

gation du terme a pour effet d'augmenter son risque d'insolvabilité[98].

Les articles 2362 C.c.Q. et 2363 C.c.Q. permettent à la caution, à certaines conditions, de mettre fin au cautionnement. Ceci pose un risque pour le créancier. L'article 2364 C.c.Q. répond à ce risque en édictant que, en pareilles circonstances, la caution demeure tenue aux dettes existantes, même si elles sont soumises à une condition ou à un terme. Cette règle paraît vouloir empêcher la caution d'utiliser les droits accordés par les articles 2362 et 2363 afin de se soustraire rétroactivement à son engagement. Cela constituerait une forme d'opportunisme de la caution envers le créancier, qui priverait ce dernier d'une valeur sur laquelle il comptait.

En un sens plus large, l'article 2364 C.c.Q. permet de préserver la fonction première du cautionnement, qui est de fournir une assurance valable contre le risque d'inexécution du débiteur. La possibilité pour la caution d'annuler unilatéralement et rétroactivement son engagement rendrait trop aléatoire cette institution pour le créancier.

3. La protection du débiteur

La dernière forme d'opportunisme qu'il convient d'envisager est celle dont le débiteur serait la victime. Le Code ne consacre qu'un seul article à cette problématique, l'article 2358 C.c.Q.

Le premier alinéa de l'article impose à la caution l'obligation d'aviser le débiteur avant de payer le créancier. À défaut de le faire, elle perd ses recours récursoires si le débiteur devait payer ultérieurement. L'objectif est d'éviter un double paiement : le créancier malintentionné pourrait vouloir en profiter de façon opportuniste. La caution paraît être la partie qui peut éviter au moindre coût cet accident de parcours, et cet article lui impose donc le fardeau des précautions[99].

---

98 *Id.*, nº 103, p. 12/46.

99 Cependant, aux termes de l'article 2358 al. 3 C.c.Q., la caution conserve son action en répétition contre le créancier.

24-Ciotola.indb 411 12-12-12 15:11

L'article 2358 al. 2 C.c.Q. édicte que, si la caution a payé sans avertir le débiteur et que ce dernier avait, au moment du paiement, des moyens pour faire déclarer la dette éteinte, la caution n'aura point de recours. Cette règle paraît avoir un double objectif. D'une part, étant dans l'asymétrie d'information, la caution pourrait payer le créancier par erreur, notamment dans le cas où le débiteur a des moyens de défense à faire valoir. La caution peut éviter cet accident de parcours en avisant simplement le débiteur de son intention de payer. Le débiteur pourra alors répondre à la caution de ne pas exécuter les obligations, en faisant état, par exemple, de son intention de contester la réclamation du créancier. Comme la caution peut éviter cet accident au moindre coût, l'article 2358 al. 2 C.c.Q. lui impose de nouveau le fardeau des précautions.

La seconde problématique à laquelle l'article 2358 al. 2 C.c.Q. paraît vouloir apporter un remède est le cas d'une collusion entre la caution et le créancier pour éluder les moyens de défense à la disposition du débiteur. La collusion, qui s'opérerait par le paiement « prématuré » qu'effectuerait la caution, aurait pour but de favoriser le créancier au détriment du débiteur. Pour contrer ce stratagème, l'article 2358 al. 2 C.c.Q. prévoit que la caution qui s'y prêterait perdrait son recours récursoire contre le débiteur.

B. La protection contre l'opportunisme au moyen de l'obligation de bonne foi

Le principe de la bonne foi est au cœur du droit civil québécois des contrats[100]. Dans la conception économique, la bonne foi paraît être l'exact contraire de l'opportunisme[101]. Lorsque l'obli-

---

[100] Cf. l'observation des juges Lebel et Deschamps dans l'arrêt *ABB Inc.* c. *Domtar Inc.,* [2007] 3 R.C.S. 461, par. 1 : « L'évolution du droit québécois des obligations a été marquée par la recherche d'un juste équilibre entre, d'une part, la liberté contractuelle des individus et, d'autre part, le respect du principe de la bonne foi dans leurs rapports les uns avec les autres. Ce courant dans le droit des obligations a profondément influencé tant les choix du législateur québécois que notre jurisprudence. »

[101] Ejan MACKAAY, Violette LEBLANC, Nicolette KOST-DE SÈVRES et Emmanuel S. DARANKOUM, « L'économie de la bonne foi contractuelle », dans Benoît

24-Ciotola.indb 412 12-12-12 15:11

gation d'agir de bonne foi est utilisée pour sanctionner des formes inusitées ou nouvelles d'opportunisme pour lesquelles aucune « ancre » n'est disponible, elle fonctionne comme une règle ouverte, permettant aux tribunaux de faire de la « politique jurisprudentielle », en comblant des lacunes par lesquelles l'opportunisme pourrait autrement envahir le droit.

L'affaire *Banque Nationale du Canada* c. *Soucisse*[102] présente une situation inédite d'opportunisme, dans laquelle aucune institution juridique spécifique ne semblait pouvoir s'appliquer[103]. Dans cette affaire, la banque avait signé avec M. Groulx deux lettres de cautionnement continu, révocable en tout temps par la caution. Au décès de M. Groulx, la banque a informé la succession, soit la veuve Mme Soucisse-Groulx et ses deux petites filles, des obligations qu'avait contractées M. Groulx envers elle avant son décès, mais en omettant de les informer qu'un cautionnement avait été contracté et qu'il pouvait être révoqué à tout moment. Le juge Beetz, se fondant sur l'obligation de bonne foi, déclare irrecevable la demande de paiement de la banque. Voici comment il justifie sa décision :

> Quoi qu'il en soit, dès que la *Banque* a pris l'initiative de renseigner la succession sur les obligations de la caution vis-à-vis d'elle, elle s'est obligée à le faire complètement, car des renseignements partiels sont des renseignements trompeurs. La *Banque* ne pouvait surtout pas se permettre de révéler ce qu'il était à son avantage de révéler et de taire ce qu'il était dans son intérêt de cacher [...]
>
> En ne révélant pas aux héritières de la caution l'existence et le caractère révocable des lettres de cautionnement, la *Banque*

MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 421 : à partir de l'examen d'un éventail de décisions en matière de contrats commerciaux internationaux, les auteurs démontrent que l'application de la bonne foi contractuelle comprend les trois traits généraux de la notion d'opportunisme. Ainsi, la bonne foi constitue le fait de s'abstenir d'adopter un comportement opportuniste dans les circonstances qui s'y prêtent. Voir également E. MACKAAY, *loc. cit.*, note 51.

102 Préc., note 72.

103 Voir F. LEVESQUE, *op. cit.*, note 5, n° 96, pp. 12/42-12/43.

24-Ciotola.indb 413 12-12-12 15:11

> modifie unilatéralement la situation à son avantage en rendant les lettres de cautionnement pratiquement irrévocables. Elle s'est ainsi placée dans une position plus favorable que du vivant de la caution. Elle augmente aussi sa sûreté puisque les chances sont bien plus grandes que, si elles ignorent le cautionnement, les héritières accepteront purement et simplement la succession de la caution et deviendront ainsi personnellement garantes des dettes principales. En se taisant, la *Banque* obtient donc trois cautionnements additionnels garantis par trois nouveaux patrimoines en plus du patrimoine de la caution décédée.[104]

La jurisprudence impose au créancier, sur le fondement de l'obligation générale de bonne foi, une obligation d'informer la caution de tous les faits importants dont il a connaissance[105]. La caution se trouve souvent dans une position informationnelle vulnérable en raison du caractère accessoire de son engagement ; si la caution était informée des agissements du débiteur, elle pourrait prendre des mesures préventives afin de diminuer le risque de devoir supporter personnellement le poids de la dette, par exemple en prenant l'initiative d'entamer un recours avant paiement[106]. La jurisprudence considère irrecevable la réclamation du créancier qui a fait défaut de se conformer à son obligation d'information. La sanction paraît suffisamment drastique pour amener les créanciers à informer correctement les cautions.

---

104 *Banque Nationale* c. *Soucisse*, préc., note 72, 357.

105 Voir *Trust La Laurentienne du Canada inc.* c. *Losier*, J.E. 2001-254, par. 29 (C.A.) : cette obligation positive de renseignement est cependant tempérée par l'obligation fondamentale qui incombe à chacun de se renseigner soi-même et de veiller prudemment à la conduite de ses affaires. Ainsi, la caution, qui pouvait elle-même acquérir l'information importante à bon compte, n'est pas admise à se plaindre par la suite du défaut du créancier. Le *Code civil du Québec* impose à l'article 2345, en plus, une obligation « sur demande » d'information au créancier : si la caution lui pose des questions précises sur le contenu et sur les modalités de l'obligation principale, ou sur l'état de son exécution, alors il doit répondre à cette demande dans la mesure où il le peut ; à défaut, il risque de se voir opposer une fin de non-recevoir.

106 Préc., note 1, art. 2359.

24-Ciotola.indb 414 12-12-12 15:11

Conclusion

Le cautionnement est une institution du droit civil qui a une longue histoire, mais qui a reçu peu d'attention dans la doctrine civiliste récente au Québec. Il est pourtant souvent utilisé dans l'économie moderne. Pour comprendre le régime juridique du cautionnement, il est opportun d'en saisir la fonction économique à l'aide de l'analyse économique du droit : il sert à réduire le coût du crédit, et donc à rendre viables un éventail de projets qui ne le seraient pas sans cette sûreté personnelle. Cet avantage comprend cependant, en contrepartie, un risque accru d'opportunisme dans le rapport tripartite qu'implique le cautionnement. Le premier rempart contre l'opportunisme est la vigilance des victimes elles-mêmes ; la vigilance est cependant coûteuse, et le droit peut se rendre utile dans la mesure où, grâce à des rendements d'échelle, il peut fournir un ensemble de mesures antiopportunistes à un meilleur coût que les intéressés eux-mêmes. Les articles du Code civil consacrés au cautionnement s'éclairent singulièrement si on les analyse comme visant, pour la plupart, à endiguer l'opportunisme potentiel des parties au cautionnement.

24-Ciotola.indb 415 12-12-12 15:11

24-Ciotola.indb 416 12-12-12 15:11

DIGRESSIONS DISPARATES À PROPOS DE L'AFFAIRE *BOU MALHAB*

Adrian POPOVICI*

I. OÙ EST LA FAUTE ? 421
II. OÙ EST LE DOMMAGE ? 424

* Professeur émérite (Université de Montréal), *Affiliate Member* (Université McGill). Je dois remercier pour leur aide M^e^ Nadia Chammas et la professeure Marième Lacroix (Université d'Ottawa).

24-Ciotola.indb 417 12-12-12 15:11

24-Ciotola.indb 418 12-12-12 15:11

Dans les discussions, les injures sont
les raisons de ceux qui ont tort.
Chamfort

André Arthur a récidivé[1] ! Rappelons que cet individu a un mérite, celui de faire régulièrement évoluer ou préciser le droit de la diffamation au Québec. La Cour suprême du Canada, dans un arrêt phare, l'affaire *Bou Malhab*[2], a rejeté une action collec-

---

1 *Bou Malhab* c. *Diffusion Métromédia CMR inc.*, [2011] 1 R.C.S. 214. Sous la plume de la juge Deschamps, la juge en chef McLachlin, ainsi que les juges Binnie, LeBel, Charron et Rothstein rejettent, sans frais, l'appel de monsieur Bou Mahlab, puisqu'ils concluent à l'absence de préjudice personnel dans cette affaire. Pour sa part, la juge Abella, dans une opinion dissidente, est d'avis d'accueillir l'appel et d'accorder les dommages-intérêts octroyés par le juge Guibault en première instance.

2 Le processus judiciaire a débuté lorsque Farès Bou Malhab, de langue maternelle arabe et alors président de la ligue de taxi de Montréal, a présenté une demande de recours collectif en diffamation au nom de 1100 chauffeurs de taxi d'origine arabe ou créole.

Recours pour permission d'entreprendre un recours collectif
La juge Marcelin de la Cour supérieure du Québec a rejeté la demande de recours collectif, puisqu'elle a conclu que la taille du groupe était trop grande pour permettre de faire la preuve du lien de causalité entre les propos et le préjudice personnel de chaque chauffeur ; *Bou Malhab* c. *Métromédia C.M.R. Montréal inc.*, [2001] n° AZ-01021767 (C.S.). La Cour d'appel du Québec a accueilli l'appel et a autorisé le recours collectif pour toute personne qui, lors de la diffusion, était titulaire d'un permis de chauffeur de taxi et dont la langue maternelle est l'arabe ou le créole. La Cour est d'avis qu'il y a apparence de droit, et que, même si la preuve est difficile à effectuer, un examen par le tribunal de l'ensemble des éléments est justifié ; *Malhab* c. *Métromédia C.M.R. Montréal inc.*, [2003] R.J.Q. 1011 (C.A.)

Recours sur la question au fond
Le juge Guibault de la Cour supérieure a conclu que les propos étaient diffamatoires, mais il a affirmé que seuls les chauffeurs qui avaient entendu les propos à la radio pouvaient recevoir l'indemnisation. Il a aussi établi que chacun des membres n'avait pas subi de préjudice personnel ; toutefois, il a accordé un recouvrement collectif de 200 $ par personne. Par conséquent, il a condamné solidairement André Arthur et Métromédia à verser 220 000 $ à un organisme sans but lucratif, l'Association professionnelle des chauffeurs

24-Ciotola.indb 419 12-12-12 15:11

tive en diffamation contre le roi de la radio-poubelle et son diffuseur, Diffusion Métromédia CMR inc. Visés par ses propos étaient les chauffeurs de taxis montréalais de langue arabe et créole[3], considérés comme malpropres, arrogants, incompétents, corrompus[4], propos empreints de mépris et de racisme[5]. Le motif principal du rejet de l'action était que les demandeurs n'avaient pas réussi à « démontrer qu'un citoyen ordinaire aurait cru que chaque personne a été victime personnellement d'une atteinte à sa réputation »[6].

Cette affaire a déjà suscité certains commentaires[7]. Elle nous a inspiré quelques remarques assez peu exhaustives et plutôt dis-

---

de taxi ; *Bou Malhab* c. *Diffusion Métromédia CMR inc.*, [2006] R.J.Q. 1145, par. 8 (C.S.). En Cour d'appel, les juges Morissette et Bich, formant l'opinion majoritaire, ont accueilli l'appel et rejeté l'action. Sous la plume de la juge Bich, la Cour d'appel a conclu qu'il faut évaluer le préjudice selon une norme objective, celle du citoyen ordinaire, et, qu'en l'espèce, il n'y avait pas de préjudice individuel subi par les chauffeurs de taxi. Pour sa part, le juge Beauregard, dissident, est d'avis que, selon les éléments de preuve, il a été établi que les chauffeurs de taxi avaient subi un préjudice individuel ; *Diffusion Métromédia C.M.R. inc.* c. *Bou Malhab*, [2008] R.J.Q. 2356 (C.A.)

3 Le recours collectif en diffamation a été présenté au nom de 1100 titulaires de permis de chauffeur de taxi dont la langue maternelle est l'arabe ou le créole, alors qu'il y avait environ 4500 chauffeurs de taxi à Montréal ; *Malhab* c. *Métromédia C.M.R. Montréal inc.*, préc., note 1.

4 *Bou Malhab* c. *Diffusion Métromédia CMR inc.*, préc., note 1, par. 82.

5 *Id.*

6 *Id.*, par. 57. On est souvent mal à l'aise quand un juge – surtout en haut de la pyramide judiciaire – se met dans la peau d'un citoyen ordinaire... Voir Stéphane BERNATCHEZ, « Les obstacles épistémologiques de la méthodologie juridique : l'exemple de la théorie de l'imprécision », (2011) 52 *C. de D.* 379, par. 9. Un tribunal peut-il raisonner comme un jury ? On semble avoir oublié qu'André Arthur a été élu deux fois au Parlement du Canada...

7 Ann-Julie AUCLAIR, « Commentaire sur la décision *Malhab* c. *Diffusion Métromédia CMR inc.* – Le recours collectif : jumelage possible ? La Cour supérieure dit "oui" », dans *Repères*, août 2006, La référence, EYB2006REP511 ; Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 7e éd., vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007 ; François DEMERS, « Commentaire sur la décision *Diffusion Métromédia CMR inc.* c. *Bou Malhab* – Les limites de la diffamation collective », dans *Repères*, décembre 2008, La référence, EYB2008REP776 ; François DEMERS, « Propos discriminatoires à l'égard

24-Ciotola.indb 420 12-12-12 15:11

parates dans le présent texte. Ce qui nous frappe en premier lieu est le respect par la juge Deschamps de la tradition du droit québécois de la responsabilité civile[8]. Il est peut-être temps de donner plus de poids à la Charte québécoise[9] ou, au moins, d'adapter le droit de la responsabilité civile à l'émergence des droits fondamentaux[10]. Nos brèves remarques seront articulées autour des concepts de faute et de dommage.

I. Où est la faute ?

L'approche de la majorité de la Cour suprême du Canada, sous la plume de la juge Deschamps, est on ne peut plus classique, traditionnelle : faute, lien de causalité, dommage. C'est, de plus, une approche de la responsabilité civile qui laisse dans l'ombre la Charte québécoise et son article 49, il faut le répéter.

Une toute autre façon de voir les choses aurait pu être adoptée dans cette affaire : les propos d'André Arthur, si outranciers soient-

d'un groupe : une limite justifiée à la liberté d'expression ? », dans *La diffamation*, vol. 3, coll. « Blais », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 3 ; François Demers, « Commentaire sur la décision *Bou Malhab* c. *Diffusion Métromédia CMR inc.* – Recours collectif en diffamation collective ou diffamation individuelle multiple ? », dans *Repères*, mars 2011, La référence, EYB2011REP1027 ; Daniel Gardner, « Obligations », (2009) 111 *R. du N.* 61 ; Rémy Khouzam, « Un portrait de 2009 en quelques décisions intéressantes sinon "divertissantes" », (2010) 22 *Cahiers de propriété intellectuelle* 369 ; Marc Simard, « Recours collectif, diffamation et liberté d'expression », dans S.F.C.B.Q., vol. 132, *Développements récents en recours collectifs*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 247.

8 Incarnée par le livre de Jean-Louis Baudouin, connu de tous.

9 *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 9.1.

10 Voir l'excellente thèse de Mélanie Samson, *Les interactions de la Charte des droits et libertés de la personne avec le Code civil du Québec : une harmonie à concrétiser,* thèse de doctorat, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 2012. Voir aussi l'opinion du juge en chef Antonio Lamer, dissident, dans *Aubry* c. *Éditions Vice-Versa*, [1998] 1 R.C.S. 591, par. 15 ; Manon Montpetit et Michèle Rivet, « L'incorporation doctrinaire des éléments constitutifs de responsabilité civile dans l'analyse de la Charte québécoise : dérives conceptuelles », dans Benoît Moore (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 921.

24-Ciotola.indb 421 12-12-12 15:11

ils, n'étaient pas illicites[11], car protégés ou justifiés par la liberté d'expression[12]. Il n'est point dans notre propos de faire l'éloge de la liberté d'expression... Il s'agissait d'un choix de pondération entre deux droits ou libertés fondamentaux (art. 9.1 de la Charte). Qu'il soit permis ici, comme argument principal, de citer Lysiane Gagnon (*La Presse*, 16 février 2012) : « Le principe de la liberté d'expression repose justement sur la tolérance des opinions impopulaires ou "outrancières", voire répugnantes. Sinon, quelle serait sa raison d'être ? » Bien sûr, la liberté d'expression n'est pas absolue[13], mais l'exercice de la limiter doit être fait parcimonieusement, au nom de valeurs contextuellement supérieures... Mais *ici* la Cour suprême ne *semble* pas favoriser la liberté d'expression.

La prééminence du droit à la liberté d'expression aurait clos la question : la licéité d'une atteinte à la réputation la justifie... Mais peut-être (à dessein ?) la Cour suprême du Canada a-t-elle craint d'encourager de façon générale la diffusion de propos de type « outrancier », en les déclarant licites. La Cour suprême du Canada a

---

11 Voir Marième LACROIX, *L'illicéité : essai théorique et comparatif en matière de responsabilité civile extracontractuelle pour le fait personnel*, thèse de doctorat, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 2011. Si l'atteinte à la réputation est licite, il n'y a point de diffamation. *A fortiori*, s'il n'y a pas d'atteinte à la réputation, il n'y a pas de diffamation. Ce que la Cour suprême du Canada constate, c'est qu'il y eu des propos diffamatoires sans diffamation dans l'affaire qui nous occupe ! Si le citoyen ordinaire ne trouve pas d'atteinte à la réputation, il n'y a donc pas de diffamation. S'il n'y a pas de diffamation, à quoi bon se poser la question de l'existence, démontrée ou non, d'un préjudice personnel et individuel ?

12 Voir la *Charte des droits et libertés de la personne*, préc., note 9, art. 9.1. Si l'atteinte à la réputation est licite, peut-on parler de diffamation ? La diffamation est précisément illicite.

13 Voir le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 297-300, 318 et 319. Les textes du Code criminel canadien prévoient qu'une personne qui publie un libelle diffamatoire qu'elle sait faux commet un acte criminel. Par ailleurs, le Code criminel établit que quiconque encourage ou fomente un génocide est coupable d'un acte criminel. Enfin, toute personne qui, dans un endroit public, incite à la haine contre un groupe identifiable lorsque cela est susceptible d'entraîner une violation de la paix, est coupable d'un acte criminel ou d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

24-Ciotola.indb 422 12-12-12 15:11

qualifié les propos d'André Arthur de discriminatoires[14], racistes et diffamatoires[15], et a pris acte de l'aveu judiciaire des défendeurs, qui, tant en Cour d'appel qu'en Cour suprême, avaient reconnu la faute[16].

Si la faute est admise, reconnue, faute il y a. En quoi consiste cette faute ? On ne peut se servir ici du critère de la personne diligente et raisonnable, ni du modèle du commentateur radiophonique prudent, placé dans les mêmes circonstances, car si faute il y a, elle ne peut être qu'*intentionnelle*. André Arthur aurait du mal à convaincre qu'il aurait agi par imprudence, négligence ou inhabileté[17]. La faute ici consiste à vouloir causer un dommage à autrui. Lorsque la faute est intentionnelle, elle consiste justement à *vouloir causer* un dommage à autrui[18]. Si André Arthur a émis des propos « diffamatoires », c'est qu'il a émis des propos qui avaient pour but ou effet de porter atteinte à la réputation et/ou à l'honneur d'autrui, de quelqu'un, en l'occurrence d'un groupe. Y a-t-il une différence entre la faute intentionnelle et l'atteinte intentionnelle de la Charte, sauf pour l'objet de l'atteinte ? Certains semblent en

---

14 *Bou Malhab* c. *Diffusion Métromédia CMR inc.*, préc., note 1, par. 94.

15 Voir l'analyse de l'affaire *Bou Malhab* par la Cour d'appel dans *Gordon* c. *Mailloux*, 2011 QCCA 992, par. 5.

16 Selon une jurisprudence constante, un aveu peut porter sur un fait, mais ne peut absolument pas porter sur le droit. De plus, une déclaration qui est défavorable à son auteur et qui porte sur une question mixte de fait et de droit peut constituer un aveu si l'objet principal de la déclaration est une question de fait. En l'espèce, il s'agit d'une question mixte de fait et de droit ; par conséquent, la Cour suprême n'avait pas l'obligation de respecter la règle de non-intervention d'une Cour d'appel sur une question de fait. Elle aurait pu intervenir et se demander si André Arthur avait bel et bien commis une faute. Voir Sophie LAVALLÉE et Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*, 4e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, par. 495, 501, 502, 856-858, p. 356, 373-381, 758 et 759 ; Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 6e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, par. 663 et 665, p. 268 et 269.

17 On a du mal à comprendre le raisonnement du juge en Cour supérieure lorsqu'il refuse d'accorder des dommages-intérêts punitifs parce que, le sujet étant d'intérêt public, il n'y aurait pas eu d'atteinte *intentionnelle*.

18 Philippe BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, coll. « Manuels », Paris, LexisNexis, 2005, par. 364, p. 188.

24-Ciotola.indb 423 12-12-12 15:11

déceler une[19]. Mais porter atteinte *volontairement* à un droit ou causer *volontairement* un dommage à autrui, c'est du pareil au même. Comme l'écrit la juge Deschamps, « il importe de bien distinguer faute et préjudice »[20]. Mais c'est d'autant moins aisé lorsque la faute est *intentionnelle* : l'atteinte à un droit ou à un intérêt *visé* par l'auteur doit être prise en ligne de compte. Il est difficile de détacher le comportement d'André Arthur de la fin recherchée par ce comportement. C'est un délit[21] ! C'est l'« intention malfaisante » qui caractérise le délit[22].

II. Où est le dommage ?

En admettant la faute intentionnelle des défendeurs, la Cour suprême du Canada aurait-elle pu condamner ces derniers à des dommages-intérêts exemplaires ou punitifs, tout en refusant d'octroyer des dommages-intérêts compensatoires, en conformité avec le caractère autonome des dommages-intérêts exemplaires reconnu ou affirmé par la même Cour dans l'arrêt *De Montigny*[23] ? L'argument pourrait alors être le suivant, et demanderait un effort d'interprétation : le premier alinéa de l'article 49 de la Charte québécoise vise les recours de la *victime* d'une atteinte illicite, alors que le second alinéa vise le pouvoir d'un tribunal de punir l'*auteur* d'une atteinte illicite et intentionnelle. Que la victime soit un groupe et non un individu n'entrerait pas en ligne de compte dans l'applica-

---

19 *Québec (Curateur public)* c. *Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, par. 118 ; J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, préc., note 7, n° 375, p. 397.

20 *Bou Malhab* c. *Diffusion Métromédia CMR inc.*, préc., note 1, par. 22.

21 La distinction entre délits et quasi-délits subsiste, malgré le silence du législateur. Voir, en général, Nicholas Kasirer, « "DÉLIT" INTERDIT ! NO "OFFENCE" », dans *Regards croisés sur le droit privé. Colloque du Trentenaire. Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 203.

22 Henri Mazeaud, Léon Mazeaud et André Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 5e éd., t. 1er, Paris, Éditions Montchrestien, n° 409, p. 470.

23 *De Montigny* c. *Brossard (Succession)*, [2010] 3 R.C.S. 64, par. 38.

24-Ciotola.indb 424 12-12-12 15:11

tion du deuxième alinéa de l'article 49[24]. L'octroi de dommages-intérêts punitifs serait le moyen pour un tribunal de *dénoncer*[25] les propos racistes, discriminatoires, diffamatoires des défendeurs[26].

Mais la Charte québécoise, pourrait-on rétorquer, ne donne pas de droits à des groupes, mais seulement à des individus[27], lesquels en l'occurrence, d'après la Cour suprême, n'auraient pas personnellement subi de préjudice *réparable*.

La Cour suprême du Canada n'a pas encore saisi la différence possible entre le dommage et le préjudice[28], même si cette affaire était un bon cas pour la comprendre. La diffamation est un terrain idéal : le dommage est l'atteinte à la réputation, et le préjudice patrimonial et/ou extrapatrimonial qui en résulte est ce que la victime a subi comme conséquences immédiates et directes. On voit bien les côtés respectivement objectif et subjectif dans cette analyse[29].

---

24 Si, en reconnaissant leur faute, les défendeurs ont reconnu avoir porté une atteinte illicite à la réputation d'autrui – cet « autrui » étant un groupe, leur défense ne porte que sur l'existence d'un dommage ou d'un préjudice individuel, et la condamnation à des dommages-intérêts punitifs autonomes se justifierait vraisemblablement, car l'atteinte illicite ne pouvait qu'être intentionnelle, et non le résultat de la négligence, de l'imprudence ou de l'inhabileté d'André Arthur. Le groupe attaqué était visé.

25 *De Montigny* c. *Brossard (Succession)*, préc., note 23, par. 47 et suiv.

26 Voir, en général, Pierre PRATTE, « Les dommages punitifs : institution autonome et distincte de la responsabilité civile », (1998) 58 *R. du B.* 287 ; Pierre PRATTE, « Le rôle des dommages punitifs en droit québécois » (1999) 59 *R. du B.* 445.

27 Christine BROUILLET, Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 5e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 902-905.

28 Quoique le germe peut être décelé dans le par. 55 de *Bou Malhab* c. *Diffusion Métromédia CMR inc.*, préc., note 1 ; voir, en général, Sophie MORIN, *Le dommage moral et le préjudice extrapatrimonial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011.

29 Ce que le citoyen ordinaire perçoit s'applique au dommage et non au préjudice. S'il n'y a pas d'atteinte à la réputation, pourquoi rechercher si chacun des chauffeurs de taxi visés par cette [non]-atteinte a subi un préjudice personnel et individuel ? Voir Adrian POPOVICI et Marième LACROIX, « Les dommages-intérêts généraux – *Oblivio aut omissio Balduini* ? », dans B. MOORE (dir.), préc., note 10, p. 891.

24-Ciotola.indb 425 12-12-12 15:11

Les propos d'André Arthur sont ignobles et révoltants. Est-il du ressort des tribunaux ou du législateur de sanctionner de tels propos ? Bien sûr, il y aurait une incompatibilité certaine entre la diffamation et l'action collective[30]... La liberté d'expression a des limites, mais elle reste essentielle à la démocratie dans laquelle nous vivons... Une intervention du législateur, comme en France[31], est risquée. L'utilisation des condamnations à des dommages-intérêts punitifs autonomes présente un certain danger (condamnations de type pénal, sans les mêmes protections que dans un procès criminel). Tout au plus pourrait-on souhaiter que la sagacité des juristes québécois leur permette de distinguer la réputation de l'honneur[32], la diffamation de l'injure et... le dommage du

---

30 Il faut souligner que l'action en diffamation n'est pas encouragée par le législateur. Art. 2929 C.c.Q. : prescription d'un an ; art. 954 C.p.c. : pas couverte par le livre VIII sur les petite créances ; *Loi sur l'aide juridique et sur la prestation de certains autres services juridiques*, L.R.Q., c. A-14, art. 4.8 : pas d'aide juridique en demande. Notez, en passant, le libellé (redondant ?) de l'art. 175.2.1(b) C.p.c.

31 Voir la *Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de presse*, créée par la Loi 1881-07-29, Bulletin Lois n° 637. Dans cette loi, le législateur français définit, à l'article 29, la diffamation et l'injure en ces termes : « Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation. [...] Toute expression outrageante, termes de mépris ou invective, qui ne renferme l'imputation d'aucun fait est une injure ». Dans cette même loi, aux articles 32 et 33, le législateur vise aussi, dans certains cas, les atteintes à la réputation ou à l'honneur d'un groupe.

32 La réputation concernerait l'opinion qu'ont les autres de nous, l'honneur, l'opinion que nous avons de nous-mêmes. Bernard BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, t. 234, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1995 ; Mariève LACROIX, *L'avocat diffamateur : ses devoirs de conduite et la mise en œuvre de sa responsabilité civile*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 21. Nous doutons que le critère *objectif* du citoyen ordinaire soit adapté à une atteinte à l'*honneur* d'un individu. Ce n'est qu'un doute. Dans la diffamation, il y aurait l'allégation de faits (faux) ; dans l'injure, l'offense consisterait plutôt en l'insulte. En raison de textes législatifs, la différence est perçue depuis longtemps en France. Peut-on en conclure, avec la Cour, que la réputation de chacun des chauffeurs de taxi reste intacte ? Mais qu'en est-il de leur honneur ? L'atteinte à l'honneur est-elle couverte par la prescription de l'art. 2929 C.c.Q. ? S'il n'y a pas eu d'atteinte à la réputation, de dommage aux yeux du citoyen ordinaire, pourquoi rechercher si les deman-

24-Ciotola.indb 426 12-12-12 15:11

préjudice. Le dommage est l'atteinte à un droit ou à un intérêt. Il est constaté de façon objective. Les conséquences subies par la victime constituent le préjudice, et dépendent de la situation subjective, *in concreto*, de la victime[33].

Si une victime des propos d'André Arthur avait été désignée nommément, aurait-elle gagné son action en diffamation ? Assurément. On voit donc que c'est le recours collectif ou l'existence d'un groupe de personnes visées qui change les règles du jeu. Mais nous croyons que c'est au niveau de la liberté d'expression qu'il faut se placer, de la licéité de l'atteinte, et non au niveau de l'effet des propos sur les victimes. Si les tribunaux civils sont impuissants devant les atteintes à la réputation ou à l'honneur d'un groupe de personnes, ce devrait être au législateur de réagir, mais à ses risques et périls, en se posant préalablement la question suivante : y a-t-il des degrés dans l'ignominie ?

deurs ont subi personnellement et individuellement un préjudice ? Même si la juge Deschamps constate que le droit québécois ne distingue pas la diffamation de l'injure (par. 15), cette confusion est-elle de bon aloi ? Il est permis de préférer l'opinion du juge Dalphond dans (*Genex communications inc.* c. *Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, [2009] R.J.Q. 2743).

33 Voir Adrian POPOVICI, « De l'impact de la *Charte des droits et libertés de la personne* sur le droit de la responsabilité civile : un mariage raté ? », (1998-1999) *Meredith Mem. Lect.* 49.

24-Ciotola.indb 427 12-12-12 15:11

24-Ciotola.indb 428 12-12-12 15:11

L'HYPOTHÈQUE IMMOBILIÈRE ET LES IMMEUBLES PAR ATTACHE OU RÉUNION DE L'ARTICLE 903 C.C.Q.

Denise PRATTE*

INTRODUCTION 431

I. NOTION D'IMMEUBLE PAR ATTACHE OU RÉUNION ET CONDITION D'UNICITÉ DE PROPRIÉTAIRE : ÉTAT DU DROIT 432

II. IMMEUBLE DE 903 C.C.Q., CONDITION D'UNICITÉ DE PROPRIÉTAIRE, ACCESSION, PROPRIÉTÉ SUPERFICIAIRE ET HYPOTHÈQUE IMMOBILIÈRE .. 439

CONCLUSION 453

* Professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

24-Ciotola.indb 429 12-12-12 15:11

24-Ciotola.indb 430 12-12-12 15:11

INTRODUCTION

Le sujet que nous avons choisi d'aborder se situe aux frontières du droit des biens et du droit des sûretés, deux domaines de prédilection du professeur Ciotola. C'est un honneur pour nous d'écrire ces lignes pour rendre hommage à ce professeur accompli qui, avec son humour inimitable, aurait sûrement intitulé ce texte « Les pots cassés d'une catastrophe annoncée »[1].

L'avènement de l'hypothèque mobilière lors de la réforme du droit des sûretés a amené le législateur à amputer la notion d'immeuble par destination existant sous l'empire du *Code civil du Bas Canada* pour adopter celle d'immeuble par attache ou réunion de l'article 903 C.c.Q., précisée à l'article 48 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*[2]. Ce choix, qui pouvait sembler évident lors de la réforme, n'est pas sans conséquences. Avec l'abandon de la notion d'immeuble par destination, on semble aussi avoir perdu de vue l'objectif recherché par le législateur lorsqu'il élève un bien meuble au rang d'immeuble par attache ou réunion, soit celui de former une entité économique indissociable, dans l'intérêt autant du propriétaire que de ses créanciers.

Dans une décision récente, la Cour supérieure a reconnu la validité d'une hypothèque immobilière créée sur une maison mobile attachée à demeure sur un terrain loué, qualifiant celle-ci d'immeuble par attache ou réunion, et considérant que le droit réel immobilier hypothéqué consistait en un droit de propriété superficiaire, obtenu par une renonciation tacite au bénéfice de l'accession par le propriétaire du fonds de terre[3]. Cette décision amène

---

1 Pierre CIOTOLA, « La réforme du droit des biens : survol de quelques dispositions », [1979] *C.P. du N.* 1, 11 et 12.

2 L.Q. 1992, c. 57 [ci-après L.A.R.C.C.]

3 *Pilote (Faillite de)*, EYB 2011-190289 (C.S.). D'autres jugements, portant sur la prise en paiement de maisons mobiles installées sur des terrains appartenant à une ville ou une municipalité, démontrent que la création d'hypothèques immobilières est parfois admise, dans ces cas, en pratique : *Caisse d'économie Desjardins des employés d'Alcoa-Manic-McCormick* c. *Savard*, 2011 QCCQ 4586 ; *Banque Nationale du Canada* c. *Lévesque*, 2009 QCCQ 7487.

24-Ciotola.indb 431 12-12-12 15:11

deux questionnements majeurs. Premièrement, on doit se demander si la maison mobile attachée à un fonds appartenant à un propriétaire différent pouvait être qualifiée d'immeuble au sens de l'article 903 C.c.Q. Deuxièmement, on doit s'interroger sur la possibilité de créer un droit de propriété superficiaire par renonciation au bénéfice de l'accession dans un tel cas.

Dans la première partie de cette étude, nous examinerons l'état du droit concernant la première question soulevée relativement à la condition d'unicité de propriétaire du bien immeuble principal et du bien meuble immobilisé. Dans une deuxième partie, nous prendrons position sur cette question, ferons un lien avec les notions d'accession et de propriété superficiaire et conclurons sur la possibilité ou non de créer une hypothèque immobilière sur un immeuble au sens de l'article 903 C.c.Q.

I. Notion d'immeuble par attache ou réunion et condition d'unicité de propriétaire : état du droit

L'interprétation des articles 903 C.c.Q. et 48 L.A.R.C.C. par la doctrine et la jurisprudence a permis de dégager cinq conditions nécessaires pour qu'un bien meuble devienne un immeuble par attache ou réunion. Elles sont les suivantes :

1) la présence d'un immeuble ;

2) une attache ou une réunion matérielle liant le bien meuble à l'immeuble ;

3) la conservation de l'individualité du bien meuble et l'absence d'incorporation ;

4) un lien à demeure ;

5) une fonction assurant l'utilité de l'immeuble[4].

[4] Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, 2e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2007, pp. 88-103 ; Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 6e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, pp. 43-46 ; Sylvio NORMAND, *Introduction au droit des biens*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, pp. 57-58 ; *155707 Canada inc.* c. *Béton Laurier inc.*, EYB 2010-170807, par 3 (C.A.) ; *9079-8190 Québec inc.* c. *Bergeron*, [2005] R.D.I. 463 (C.A.), par. 67-70 ; *Axor Construction Canada ltée* c. *3099-2200 Québec inc.*, J.E.

24-Ciotola.indb 432 12-12-12 15:11

L'objet de cet article n'est pas de reprendre ces conditions, qui ont fait l'objet de commentaires détaillés dans la doctrine et la jurisprudence. La seule question sur laquelle nous nous pencherons est celle de savoir si, pour devenir un immeuble par attache ou réunion en vertu de l'article 903 C.c.Q., le bien meuble immobilisé et l'immeuble auquel il s'attache ou se réunit doivent appartenir au même propriétaire. Nous examinerons la position actuelle de la doctrine et de la jurisprudence sur la question.

L'ouvrage de doctrine du professeur Pierre-Claude Lafond, de 2007, et celui du professeur Denys-Claude Lamontagne, de 2009, postulent tous les deux que la condition d'unicité de propriétaire qui existait en vertu de l'article 379 C.c.B.C. a été abandonnée lors de la réforme du Code civil[5]. Quant au livre du professeur Sylvio Normand, de 2000, il ne discute pas directement de la question ; il fait simplement référence à l'article 571 C.p.c., qui prévoit le cas de la saisie séparée lorsque le bien meuble et l'immeuble n'appartiennent pas au même propriétaire[6].

La position suivant laquelle la condition d'unicité de propriétaire a été abandonnée se fonde principalement sur cet article 571 C.p.c., modifié lors de la réforme du Code civil, et sur les commentaires du ministre de la Justice suivants, qui s'y rattachent :

> Cet article adapte la disposition antérieure aux nouvelles dispositions du Code civil du Québec sur la distinction des biens qui n'exigent plus, comme le prévoyait le droit antérieur quant aux immeubles par destination, que le meuble attaché à l'immeuble soit la propriété du propriétaire de l'immeuble pour qu'il y ait immobilisation. Même si ces meubles sont attachés ou réunis à l'immeuble, il a paru équitable, lorsque ces biens appartiennent à des propriétaires différents, que le meuble

---

2002-266 (C.A.), par. 11 ; *Gariépy* c. *Flamand*, J.E. 2011-2032 (C.S.), par. 63 ; *Pilote (Faillite de)*, EYB 2011-190289 (C.S.), par. 9.

5 Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, 2e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2007, no 229 et 252-254 ; Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 6e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, no 74, p. 43.

6 Sylvio NORMAND, *Introduction au droit des biens*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, p. 58.

24-Ciotola.indb 433 12-12-12 15:11

> devenu immeuble en application de l'article 903 C.c.Q. puisse être saisi séparément par un créancier prioritaire ou hypothécaire, ou tout autre créancier.[7]

Malgré l'unanimité de la doctrine, la jurisprudence s'est partagée sur la question. En 2002, la Cour d'appel du Québec, relativement à une requête en radiation d'une hypothèque légale de la construction, dans l'affaire *Axor Construction Canada ltée* c. *3099-2200 Québec inc.*[8], devait se prononcer sur le caractère immobilier des bandes de la patinoire d'un aréna. La seule question en litige était de savoir si celles-ci assuraient l'utilité de l'immeuble, au sens de l'article 48 L.A.R.C.C., et pouvaient être qualifiées d'immeubles, donnant ainsi lieu à l'inscription d'une hypothèque légale de la construction en vertu des articles 2724 et suivants du Code civil[9]. Les juges majoritaires ont répondu affirmativement, en considérant la vocation spécifique de l'immeuble. Le juge dissident a plutôt considéré les bandes de la patinoire de l'aréna comme des meubles, puisqu'elles servaient à l'exploitation d'une entreprise, suivant l'article 48 L.A.R.C.C. Dans l'évaluation de la condition que les meubles soient attachés à demeure, les juges majoritaires, en *obiter*, ont déclaré :

> J'estime utile de rappeler que le mécanisme d'immobilisation de l'article 903 C.c.Q. n'est pas réservé au seul propriétaire de l'immeuble. L'article 571 C.p.c. le prévoit expressément. Ceci m'amène à conclure que l'expression « à demeure » prend en compte la volonté du propriétaire du bien de l'attacher physiquement à un immeuble pour une période indéfinie avec

---

7 GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice – Le Code civil du Québec*, t. 3, Québec, Publications du Québec, 1993, art. 33 L.A.R.C.C., modifiant l'art. 571 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25, p. 221.

8 *Axor Construction Canada ltée* c. *3099-2200 Québec inc.*, J.E. 2002-266 (C.A.)

9 *Axor Construction Canada ltée* c. *3099-2200 Québec inc.*, J.E. 2002-266 (C.A.), par. 8.

24-Ciotola.indb 434 12-12-12 15:11

> l'intention de faire de ce bien un accessoire permanent de l'immeuble.[10]

Nous soulignons que l'affirmation de la Cour d'appel dans cette décision n'a été appuyée d'aucune analyse ni d'aucune autorité, puisqu'il ne s'agissait pas d'une question en litige.

En 2005, la Cour d'appel du Québec, dans l'affaire *9079-8190 Québec inc.* c. *Bergeron*[11], devait se prononcer sur le caractère mobilier ou immobilier d'une maison mobile installée par une personne qui n'était pas propriétaire du fonds de terre, afin de décider si une propriété superficiaire pouvait avoir été créée en faveur du propriétaire de la maison mobile. Sans faire allusion à sa décision de 2002 précitée, la Cour d'appel a affirmé :

> Seul le propriétaire du fonds peut transformer un bien meuble lui appartenant, en immeuble par destination ou par adhérence au sol ou attache ou réunion matérielle.[12]

S'appuyant sur la jurisprudence relative aux immeubles par destination du *Code civil du Bas Canada*, la Cour d'appel n'a rien vu dans les dispositions du nouveau Code civil qui empêcherait d'affirmer que la condition d'unicité de propriétaire est toujours présente.

Par la suite, les décisions des tribunaux inférieurs ont aussi été partagées sur la question. En 2007, la Cour supérieure, sous la plume du juge Tôth, appliquait la décision de 2005 de la Cour d'appel, en rattachant la condition d'unicité de propriétaire à celle de lien à demeure. Pour rencontrer cette condition, la Cour a considéré que nous devions être en présence d'une « intention déterminée du propriétaire de faire du bien meuble un accessoire permanent de l'immeuble », et qu'il ne pouvait s'agir que du « propriétaire du meuble et du fonds »[13]. En 2010, s'appuyant sur les

---

10 *Axor Construction Canada ltée* c. *3099-2200 Québec inc.*, J.E. 2002-266 (C.A.), par. 16.

11 *9079-8190 Québec inc.* c. *Bergeron*, [2005] R.D.I. 463 (C.A.)

12 *9079-8190 Québec inc.* c. *Bergeron*, [2005] R.D.I. 463 (C.A.), par. 85.

13 *Aubé* c. *Bibeau*, EYB 2007-117137 (C.S.), par. 63 et 64.

24-Ciotola.indb 435 12-12-12 15:11

écrits du professeur Lafond, la Cour supérieure affirmait qu'un bien meuble appartenant à un tiers, un locataire en l'espèce, pourrait devenir immeuble par attache ou réunion en vertu de l'article 903 C.c.Q.[14]. Finalement, en 2011, la Cour supérieure, dans l'affaire *Pilote (Faillite de)*, a fait état de toute la controverse sur la question et a convié la Cour d'appel du Québec à clarifier la situation[15]. S'appuyant sur la doctrine et l'arrêt *Axor Construction* précité, elle n'appliqua pas la condition d'unicité de propriétaire, et considéra valable l'hypothèque immobilière consentie par un locataire sur une maison mobile installée à demeure sur l'immeuble du locateur[16].

À la suite des décisions contradictoires de la Cour d'appel, les professeurs Frenette, Brochu et Auger se sont prononcés sur la question. En 2006, commentant l'arrêt *Bergeron* de la Cour d'appel, M[e] Frenette écrivait que, bien qu'il partage l'opinion des auteurs sur la disparition de la condition d'unicité de propriétaire à l'article 903 C.c.Q. :

> [N]ous ne sommes toutefois pas disposés à accepter que la seule disparition de cette exigence ait entraîné celle lui étant sous-jacente et obligeant que l'immobilisation du meuble soit le fait du propriétaire de l'immeuble. [...] Soutenir le contraire, c'est imaginer que le lien d'accessoire à principal entre deux biens, lien conçu pour mettre l'accessoire au service du principal, peut-être établi *proprio motu par le propriétaire de l'accessoire, i.e. du meuble*.[17]

---

14 *Complexe Lebourgneuf* c. *Massicotte*, EYB 2010-176044 (C.S.), par. 23. En l'espèce, la vente des équipements à un tiers aurait, de toute façon, entraîné la cessation de l'immobilisation, si celle-ci s'était produite. De plus, le juge en l'instance a considéré que les équipements ne sont jamais devenus des immeubles par attache ou réunion, puisqu'ils n'assuraient pas l'utilité de l'immeuble.

15 *Pilote (Faillite de)*, EYB 2011-190289 (C.S.)

16 *Pilote (Faillite de)*, EYB 2011-190289 (C.S.), par. 25-41.

17 François FRENETTE, « Revue sélective de jurisprudence 2005 – Biens », (2006) 108 *R. du N.* 55, 61.

24-Ciotola.indb 436 12-12-12 15:11

Il ajoutait que les seules visées du législateur, lors de la réforme en 1994, étaient de prendre acte de l'introduction de l'hypothèque mobilière et, conséquemment, de rejeter l'immobilisation des meubles qui servent à l'exploitation d'une entreprise ou à la poursuite d'activités[18].

En 2009, le professeur Auger se penchait également sur la question. Pour sa part, il est tout à fait en désaccord avec la position affirmant la disparition de la condition d'unicité de propriétaire. Il rappelle que le but de conférer la nature immobilière à un meuble est de conserver l'unité économique des biens concernés, afin d'y appliquer les mêmes règles juridiques[19]. Ainsi, le meuble immobilisé et l'immeuble pourront être vendus, hypothéqués ou saisis comme un tout. Il ajoute :

> Partant, il faut se demander si une telle unité économique peut réellement exister quand il y a pluralité de propriétaires [...] Selon nous, il ne peut pas y avoir dans ce cas unité économique puisqu'il y a dissociation de propriété. On voit mal d'ailleurs à quoi servirait l'immobilisation en pareilles circonstances puisque les deux biens ne pourront pas, ni par l'un ni par l'autre propriétaire, être considérés comme un tout. L'immobilisation est alors inutile. Voilà pourquoi le seul fait de ne pas avoir repris expressément l'exigence de l'unicité de propriétaire nous apparaît insuffisant pour conclure que celle-ci n'existe plus.[20]

Selon lui, l'argument de texte puisé à l'article 571 C.p.c. ne doit pas être retenu. Il y voit plutôt une confirmation de la nature mobilière du bien appartenant à un propriétaire différent, puisqu'il peut être saisi séparément de l'immeuble. Il appuie donc, sur cette question, la décision *Bergeron* de la Cour d'appel[21].

---

18 *Id*.

19 Jacques AUGER, « Revue sélective de jurisprudence 2008 – Immobilier », (2009) 111 *R. du N.* 83, 85-90.

20 *Id*., 89.

21 *Id*., 89-90.

24-Ciotola.indb 437 12-12-12 15:11

La même année, les professeurs Frenette et Brochu se déclaraient en accord avec les commentaires de leur collègue Auger, et précisaient que la dérive provenait des commentaires du ministre de la Justice relatifs à l'article 303 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, modifiant l'article 571 C.p.c.[22]

Dans le JurisClasseur Québec, le professeur Lafond a pu revenir sur la question et signaler la « petite querelle jurisprudentielle et doctrinale » sur le sujet. Il souligne que la Cour d'appel, en 2010, a réitéré les cinq conditions de l'immobilisation de l'article 903 C.c.Q., sans mentionner la condition d'unicité de propriétaire[23]. Il invite toutefois les praticiens à la prudence, étant donné que le droit positif ne semble pas clairement fixé[24]. Le Centre d'expertise en droit immobilier de la Chambre des notaires, sous la plume de Johanne Piette, invite également les notaires à la prudence, en consultant tant le Registre foncier que le Registre des droits personnels et réels mobiliers en ce qui concerne les transactions touchant des maisons mobiles immobilisées sur un fonds de terre[25].

C'est donc dans ce contexte que nous nous sommes intéressée à la question et que nous dresserons notre propre analyse et tirerons nos propres conclusions.

---

22 François BROCHU et François FRENETTE, « Revue sélective de jurisprudence 2008 – Biens », (2009) 111 *R. du N.* 29, 31-32.

23 *155707 Canada inc.* c. *Béton Laurier inc.*, EYB 2010-170807 (C.A.). Précisons que le jugement rendu sur le banc portait uniquement sur la question de l'insuffisance du lien matériel des blocs de béton déposés sur le sol pour devenir immeuble, en vertu de l'article 903 C.c.Q.

24 Pierre-Claude LAFOND, « Classification des immeubles », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », *Biens et publicité des droits*, fasc. 2, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, nº 41.

25 Johanne PIETTE, « Maisons mobiles : doit-on procéder à une double publication ? », (2012) 21-2 *Entracte* 7.

24-Ciotola.indb 438 12-12-12 15:11

II. Immeuble de 903 C.c.Q., condition d'unicité de propriétaire, accession, propriété superficiaire et hypothèque immobilière

Existe-t-il une condition d'unicité de propriétaire du meuble et de l'immeuble pour que le meuble devienne immeuble par attache ou réunion en vertu de l'article 903 C.c.Q. ? La question est loin d'être nouvelle. Nous retracerons donc l'historique de l'introduction de cette condition dans notre droit, la logique de cette condition et nous nous demanderons si l'adoption du *Code civil du Québec* a voulu apporter une modification quant à cette question. Ces considérations nous amènerons à faire un parallèle entre la notion d'immeuble par attache ou réunion et la notion d'accession et, par le fait même, avec les notions de propriété superficiaire et d'hypothèque immobilière.

Les articles 379 et 380 C.c.B.C. prévoyaient expressément que seul le propriétaire du fonds pouvait immobiliser par destination des meubles sur son immeuble. La question de savoir si les meubles immobilisés devaient appartenir au propriétaire du fonds n'y était pas expressément réglée. Dès 1897, la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Banque d'Hochelaga*, a dû prendre position[26]. Pour la majorité, les équipements achetés à tempérament par le propriétaire du fonds, dont le vendeur s'était réservé la propriété, ne pouvaient devenir immeubles par destination et l'hypothèque immobilière ne pouvait s'y étendre. Considérant le droit français identique sur la question, la décision majoritaire s'appuya sur les autorités françaises, qui déclaraient qu'il fallait être à la fois propriétaire du meuble et de l'immeuble pour pouvoir lui conférer la nature d'immeuble par destination. On considéra également que les biens n'étaient pas devenus des immeubles par nature, puisqu'ils conservaient leur individualité et pouvaient être facilement détachés de l'immeuble et, qu'ainsi, aucun processus d'accession, transférant la propriété des meubles au propriétaire du fonds, ne s'était produit[27].

---

[26] *Banque d'Hochelaga* c. *Waterous Engine Works*, (1897) 27 R.C.S. 406.

[27] *Id.*, 415-421.

24-Ciotola.indb 439 12-12-12 15:11

Pour le juge Girouard, dissident, il convenait plutôt de ne pas ajouter aux textes des articles 379 et 380 C.c.B.C. et de permettre l'immobilisation par destination des meubles n'appartenant pas au propriétaire du fonds. Pour lui, l'immobilisation par destination mettait donc en échec la clause de réserve de propriété du vendeur, et le créancier, détenant une hypothèque immobilière, pouvait l'étendre aux équipements. Distinguant le droit québécois du droit français, il rejeta les autorités françaises, les considérant de toute façon non unanimes sur la question. Le juge Girouard s'appuya sur le mode d'immobilisation par destination par incorporation prévu à l'article 379 C.c.B.C., qui ne nécessitait pas, selon lui, l'intention du propriétaire de l'immeuble de placer le meuble à perpétuelle demeure, ce qui distinguait notre droit du droit français[28].

Pour le professeur Goulet, cette décision est la source de l'erreur historique introduisant dans notre droit la condition d'unicité de propriétaire en matière d'immobilisation par destination[29]. Il écrit :

> Nous ne contestons pas qu'il soit *en principe* impossible d'immobiliser un bien meuble sur le fonds d'autrui. Nous prétendons simplement que le propriétaire d'un fonds peut immobiliser le bien meuble d'autrui sur son immeuble à lui, comme l'indique clairement le libellé de l'article 379 C.C. et ainsi que nous le confirme la règle de l'article 416 C.C.[30]

Pour cet auteur, tout comme pour le juge Girouard, l'immobilisation par destination par incorporation entraînait donc l'accession, en vertu de l'article 416 C.c.B.C., unifiant la propriété entre les mains du propriétaire du fonds.

Les auteurs Martineau et Marler, pour leur part, sans débattre de la question, considéraient que la doctrine et la jurisprudence

---

28 *Id*.

29 Jean GOULET, « Les trois phénomènes de la mutation des biens meubles en biens immeubles », (1978) 19 *C. de D.* 381, 394-398.

30 Préc., note 29, 397.

24-Ciotola.indb 440 12-12-12 15:11

admettaient l'existence de la condition d'unicité de propriétaire[31]. Le professeur Martineau traçait un lien direct entre l'immobilisation d'un meuble appartenant à un tiers et l'accession. Seule l'incorporation du meuble, entraînant son immobilisation par nature, pouvait en faire perdre la propriété au tiers par le processus de l'accession. Pour sa part, l'immobilisation par destination, même par incorporation, n'était pas suffisante pour réunir la propriété entre les mains du propriétaire du fonds par accession, d'où la nécessité qu'il y ait, à l'origine, unicité de propriétaire dans ce cas[32].

Une fois retracé l'historique de la condition de l'unicité de propriétaire pour l'immobilisation par destination, il convient maintenant d'en examiner la logique. L'immobilisation par destination du droit antérieur et l'immobilisation par attache ou réunion du droit actuel reposent sur la même logique, qui est reconnue par tous les auteurs consultés, tant en droit québécois qu'en droit français ou belge. Il s'agit d'une qualification juridique destinée à conférer la nature immobilière à des biens qui sont par essence des meubles, afin qu'ils forment, avec l'immeuble, une entité économique indissociable de plus grande valeur. Ainsi veut-on éviter son démantèlement, en appliquant le même régime juridique à cette entité immobilière en matière d'aliénation, de saisie, d'hypothèque, de droit international privé, etc.[33]

---

31 William de M. MARLER, *The Law of Real Property – Quebec*, Toronto, Burroughs, 1932, n° 12-14 ; Pierre MARTINEAU, *Les biens*, Montréal, Thémis, 1979, p. 12 et 13.

32 Pierre MARTINEAU, *Les biens*, Montréal, Thémis, 1979, p. 12 et 13.

33 En droit québécois : Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, 2e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2007, nos 223 et 266 ; Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 6e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, n° 70 ; Sylvio NORMAND, *Introduction au droit des biens*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, p. 57 ; Jacques AUGER, « Revue sélective de jurisprudence 2008 – Immobilier », (2009) 111 *R. du N.* 83, 89 ; William de M. MARLER, *The Law of Real Property – Quebec*, Toronto, Burroughs, 1932, n° 10 ; Pierre MARTINEAU, *Les biens*, Montréal, Thémis, 1979, p. 11. En droit français : Christian ATIAS, *Droit civil – Les biens*, 11e éd., Paris, LexisNexis Litec, 2011, n° 52 ; Jean CARBONNIER, *Droit civil – 3 / Les biens*, 19e éd., Paris, P.U.F., 2000, n° 61 ; Jean-Louis BERGEL, Marc BRUSCHI et Sylvie CIMAMONTI, *Les biens*, dans Jacques GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, Paris, L.G.D.J., 2000, n° 15 ; Laurent AYNÈS et Philippe

24-Ciotola.indb 441 12-12-12 15:11

Même si tous semblent unanimes sur la finalité de ce type d'immobilisation, il y a lieu de se demander si l'amputation du concept d'immobilisation par destination lors de la réforme du Code civil n'a pas changé cette finalité reconnue. En effet, l'immeuble par attache ou réunion de l'article 903 C.c.Q. diffère considérablement de l'immeuble par destination des articles 379 et 380 C.c.B.C. et des articles 524 et 525 du *Code civil français*. Plus question de réunir le meuble et l'immeuble en considération d'une destination agricole, industrielle ou commerciale, car seul le rattachement matériel à demeure a été conservé par le législateur québécois. On doit donc se demander si la finalité de conserver une entité économique peut encore être invoquée pour l'immobilisation des meubles par attache ou réunion. Bien que cette justification soit surtout invoquée, en droit français, pour le premier type d'immeubles par destination sans attache matérielle, certains auteurs précisent que la même finalité prévaut pour la deuxième catégorie d'immeubles par destination par attache. Ainsi, dans l'ouvrage de Christian Atias, peut-on lire :

> Des biens de nature mobilière sont traités, sous certains rapports, comme des immeubles. La raison de cette disqualification est simple : ces biens meubles sont liés, matériellement ou fonctionnellement, à un immeuble. Les immeubles par destination échappent au sort des meubles, parce qu'ils sont les accessoires d'un bien principal de nature immobilière.[34]

Les précisions apportées à l'article 903 C.c.Q. par l'article 48 L.A.R.C.C. confirment la finalité de l'immobilisation par attache ou réunion, en spécifiant que le meuble attaché ou réuni ne sera considéré immeuble que s'il assure l'utilité de celui-ci. Il s'agit donc bien d'un rapport d'accessoire à principal, visant à compléter l'im-

---

MALAURIE, *Droit civil – Les biens*, 4e éd., Paris, Defrénois, 2010, p. 39. En droit belge : Henri DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 2e éd., t. 5, Bruxelles, Bruylant, 1975, nos 644-645.

34 Christian ATIAS, *Droit civil – Les biens*, 11e éd., Paris, LexisNexis Litec, 2011, no 52. En ce sens : Jean-Louis BERGEL, Marc BRUSCHI et Sylvie CIMAMONTI, *Les biens*, dans Jacques GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, Paris, L.G.D.J., 2000, no 19.

24-Ciotola.indb 442 12-12-12 15:11

meuble. Ainsi, nous croyons que c'est à bon droit que la doctrine québécoise précitée a réaffirmé que le but de l'immobilisation par attache ou réunion est toujours, après la réforme du Code civil, la création d'une entité économique indissociable.

Même si les auteurs s'entendent sur le but de cette qualification juridique, ils n'en tirent pas tous les mêmes conséquences. Les professeurs Lafond et Lamontagne, bien que reconnaissant cette finalité, n'en déduisent pas la nécessité que le bien immeuble et le bien meuble appartiennent au même propriétaire pour que ce dernier soit qualifié d'immeuble par attache ou réunion[35]. Pour notre part, tout comme notre collègue Auger, nous considérons que de parler d'entité économique indissociable implique nécessairement que le meuble et l'immeuble appartiennent au même propriétaire. En effet, comment parler de la vente, de la saisie ou de l'hypothèque de l'entité économique comme un tout immobilier, si le propriétaire du fonds n'est pas également propriétaire du meuble immobilisé[36] ? Comme le disent Malaurie et Aynès :

> L'immeuble et le meuble doivent appartenir au même propriétaire ; sinon, l'immobilisation n'aurait aucun sens ; les créanciers du propriétaire d'un immeuble n'ont évidemment pas le droit de saisir un meuble qui n'appartient pas à leur débiteur.[37]

---

35 Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, 2e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2007, nos 229 et 252-255 ; Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 6e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, no 74.

36 En ce sens : Jacques AUGER, « Revue sélective de jurisprudence 2008 – Immobilier », (2009) 111 *R. du N.* 83, 89 ; Henri DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 2e éd., t. 5, Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 609. Voir également François BROCHU et François FRENETTE, « Revue sélective de jurisprudence 2008 – Biens », (2009) 111 *R. du N.* 29, 31-32, où les auteurs appuient le raisonnement du professeur Auger, bien qu'en 2006, le professeur Frenette se disait plutôt en accord avec la disparition de la condition d'unicité de propriétaire, tout en affirmant que seul le propriétaire du fonds pouvait immobiliser un meuble sur son immeuble : François FRENETTE, « Revue sélective de jurisprudence 2005 – Biens », (2006) 108 *R. du N.* 55, 57-61.

37 Laurent AYNÈS et Philippe MALAURIE, *Droit civil – Les biens*, 4e éd., Paris, Defrénois, 2010, no 140. Tous les auteurs français précités sont également de cet avis.

24-Ciotola.indb 443 12-12-12 15:11

Lorsqu'un meuble est incorporé à un immeuble, et qu'il devient immeuble en vertu de l'article 901 C.c.Q., le problème d'unicité de propriétaire ne se pose pas. Il en est ainsi à cause du concept de l'accession. Dans l'éventualité où le meuble incorporé à l'immeuble n'appartiendrait pas, à l'origine, au propriétaire de l'immeuble, ce dernier en deviendrait automatiquement propriétaire, en vertu de l'article 955 ou 956 C.c.Q. En matière de meuble immobilisé en vertu de l'article 903 C.c.Q., on peut se demander si le concept d'accession pourrait également jouer et ramener la propriété du meuble entre les mains du propriétaire de l'immeuble. Nous croyons que la réponse à cette question est à la base de la controverse sur la condition d'unicité de propriétaire.

En effet, si l'immobilisation par attache ou réunion donne lieu à l'accession, il n'y a pas lieu d'exiger la condition d'unicité de propriétaire pour une telle qualification, puisque le propriétaire de l'immeuble deviendra propriétaire du meuble immobilisé, permettant de considérer le tout comme une entité économique indissociable. Par contre, si l'immobilisation par attache ou réunion ne donne pas lieu à l'accession, il devient tout à fait théorique de considérer le meuble immobilisé et l'immeuble comme une entité économique, parce que les biens ne font pas partie du même patrimoine. Ils pourront donc être aliénés, saisis ou hypothéqués séparément.

S'il était bien établi sous l'égide du *Code civil du Bas Canada*[38], et également en droit français[39] et en droit belge[40], que l'immobi-

---

38 William de M. MARLER, *The Law of Real Property – Quebec*, Toronto, Burroughs, 1932, n° 83 ; Pierre MARTINEAU, *Les biens*, Montréal, Thémis, 1979, p. 65.

39 En droit français, l'accession est réservée aux meubles, appartenant à un tiers, qui seraient incorporés à l'immeuble d'une autre personne, et qui deviendraient eux-mêmes immeubles par nature, ce qui ne pourrait pas être le cas des meubles susceptibles de devenir immeubles par destination : Gabriel MARTY, Patrice JOURDAIN et Pierre RAYNAUD, *Droit civil – Les biens*, Paris, Dalloz, 1995, n° 128 ; Philippe SIMLER et François TERRÉ, *Droit civil – Les biens*, 7e éd., Paris, Dalloz, 2006, n° 258 ; Thierry REVET et Frédéric ZENATI, *Les biens*, 2e éd., Paris, P.U.F., 1997, p. 198.

40 Henri DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 2e éd., t. 5, Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 665.

24-Ciotola.indb 444 12-12-12 15:11

lisation par destination n'entraîne pas l'application du processus d'accession, il en est tout autrement en droit québécois actuel. Les auteurs semblent pour le moins hésitants sur la question. Le professeur Lafond, après avoir déclaré, au début de son ouvrage de 2007, que rien ne semble vouloir restreindre l'application des règles de l'accession dans le cas des immeubles par attache ou réunion[41], affirme plus loin :

> L'article 956 C.c.Q. emploie le terme « incorporation » pour qualifier le lien unissant les matériaux à l'immeuble. L'accession ne profiterait au propriétaire que dans la mesure où il procède à une immobilisation par intégration. Puisqu'elle intervient en l'absence d'incorporation, l'immobilisation par attache ou réunion (art. 903 C.c.Q.) ne participerait donc pas au processus d'accession. D'ailleurs, l'article 571 C.p.c. semble confirmer cette interprétation en autorisant la saisie individualisée des biens attachés ou réunis lorsqu'ils n'appartiennent pas au propriétaire de l'immeuble.[42]

M^e^ Louis Payette, dans son ouvrage sur les sûretés réelles, semble considérer dans un premier temps que le processus d'accession ne nécessite pas l'incorporation et qu'il est ouvert aux immeubles par attache ou réunion. Dans un second temps, traitant des clauses de réserve de propriété, il conclut plutôt à l'absence d'accession dans le cas des immeubles de l'article 903 C.c.Q., considérant que l'article 571 C.p.c. prévoit expressément le cas où le meuble immobilisé et l'immeuble n'appartiennent pas au même propriétaire[43]. Sans élaborer sur le sujet, le professeur Lamontagne est d'avis que l'accession peut également trouver application dans le

---

41 Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, 2^e^ éd., Montréal, Éditions Thémis, 2007, n^o^ 252.

42 Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, 2^e^ éd., Montréal, Éditions Thémis, 2007, n^o^ 2409. Voir également Pierre-Claude LAFOND, « Classification des immeubles », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », *Biens et publicité des droits*, fasc. 2, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, n^o^ 36 et 41, qui semble tenir une position contradictoire.

43 Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 4^e^ éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, n^os^ 428, 490 et 2045.

24-Ciotola.indb 445 12-12-12 15:11

cas des immeubles par attache ou réunion[44]. François Frenette, parlant de la propriété superficiaire, rappelait que seuls les immeubles énumérés à l'article 1011 C.c.Q., soit les constructions, ouvrages ou plantations, pouvaient entraîner un phénomène d'accession immobilière artificielle suivant l'article 955 C.c.Q. La construction dont il s'agit doit correspondre à un immeuble au sens de l'article 900, al. 1 C.c.Q., et non à un immeuble fictif au sens de l'article 903 C.c.Q.[45]. Considérant l'article 571 C.p.c., il constate que l'attache ou la réunion d'un meuble à un immeuble suivant l'article 903 C.c.Q. ne donne pas ouverture à l'accession, puisque le propriétaire du meuble peut en conserver la propriété[46].

Les tribunaux québécois ne sont pas plus convaincants sur la question. Dans deux décisions de 2011, la Cour supérieure a tenu pour acquis que si un meuble peut être qualifié d'immeuble en vertu de l'article 903 C.c.Q., il s'ensuit qu'un droit de propriété superficiaire par renonciation au bénéfice de l'accession peut être créé[47]. Elle ne s'interroge pas sur la question préalable de savoir s'il y aurait accession dans un tel contexte. Dans l'affaire *Bergeron*, la Cour d'appel du Québec, en 2005, semble réserver le processus d'accession, et par conséquent la propriété superficiaire par renonciation à son bénéfice, aux constructions, ouvrages et plantations correspondant aux immeubles par nature sous l'empire du *Code civil du Bas Canada*, mais ne se prononce pas clairement sur la question[48]. En 2010, la Cour supérieure, dans l'affaire *Complexe Lebourgneuf*, a déclaré que les meubles immobilisés en vertu de l'article 903 C.c.Q., contrairement à ceux de l'article 901 C.c.Q.,

---

44 Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 6e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, nos 74 et 768.

45 François FRENETTE, « L'hypothèque des « chalets » situés sur les terres du domaine de l'État : suite, mais sans doute pas la fin », (2007) 109 *R. du N.* 381, 386.

46 François FRENETTE, « L'hypothèque des « chalets » situés sur les terres du domaine de l'État : problèmes et solutions », (2004) 106 *R. du N.* 159, 162-163.

47 *Pilote (Faillite de)*, EYB 2011-190289 (C.S.), par. 40-47 ; *Gariépy* c. *Flamand*, J.E. 2011-2032 (C.S.), par. 61.

48 *9079-8190 Québec inc.* c. *Bergeron*, [2005] R.D.I. 463 (C.A.), par. 83.

24-Ciotola.indb 446 12-12-12 15:11

n'étaient pas incorporés à l'immeuble, conservaient leur individualité et, par conséquent, n'entraînaient pas l'application des règles de l'accession[49].

À notre avis, l'analyse des dispositions du *Code civil du Québec* nous démontre clairement qu'il n'y a pas accession lorsqu'un meuble est attaché ou réuni à un immeuble appartenant à autrui, au sens de l'article 903 C.c.Q.[50]. Suivant cette disposition, pour devenir immeuble, les meubles doivent être « attachés ou réunis à l'immeuble, sans perdre leur individualité et sans y être incorporés ». Cela les distingue des biens meubles immobilisés en vertu de l'article 901 C.c.Q., qui sont incorporés à l'immeuble et perdent leur individualité. En matière d'accession artificielle immobilière, l'article 956 C.c.Q. réfère également à l'incorporation des matériaux utilisés pour que le processus d'accession se produise. Suivant le deuxième alinéa de cet article, « celui qui était propriétaire des matériaux n'a pas le droit de les enlever ni ne peut être contraint de les reprendre ». On voit donc que c'est l'incorporation qui force le transfert de propriété, puisqu'il serait trop onéreux de dissocier le meuble de l'immeuble auquel il s'est intégré. Ce n'est que dans le cas de perte d'individualité du bien meuble que le législateur québécois a permis l'accession.

Il faut se rappeler que le processus d'accession « engendre, par suite de l'union de deux choses, l'éviction du propriétaire de la chose accessoire au profit du maître de la chose principale »[51]. Plusieurs règles retenues dans le *Code civil du Québec* nous démontrent que le législateur n'a pas entendu sacrifier les droits du propriétaire du meuble au profit du propriétaire de l'immeuble en matière d'immobilisation par attache ou réunion. Il en est ainsi en matière de crédit-bail, où l'article 1843 C.c.Q. prévoit que le bien faisant l'objet du crédit-bail demeure meuble même s'il est

---

49 *Complexe Lebourgneuf* c. *Massicotte*, EYB 2010-176044 (C.S.), par. 24-27.

50 Nous avons pris position en ce sens : Denise PRATTE, *Priorités et hypothèques*, 2e éd., Sherbrooke, Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2005, no 114.

51 William DROSS, *Le mécanisme de l'accession – Éléments pour une théorie de la revendication en valeur*, thèse de doctorat, Nancy, Faculté de Droit – Sciences économiques – Gestion, Université Nancy II, 2000, no 6.

24-Ciotola.indb 447 12-12-12 15:11

rattaché ou uni à un immeuble, pourvu qu'il ne perde pas son individualité. L'article 1741 C.c.Q. permet la revendication, par le vendeur, du meuble demeuré entier et dans le même état. L'article 2672 C.c.Q. permet la conservation de la nature mobilière du meuble sur lequel on a créé une hypothèque mobilière avant son rattachement à demeure à un immeuble. En matière de louage, l'article 2000 C.c.Q. prévoit que « l'acquéreur d'une maison mobile située sur un terrain loué devient locataire du terrain [...] », reconnaissant le droit de propriété du locataire sur sa maison mobile. Finalement, comme il a été mentionné précédemment, l'article 571 C.p.c. est venu confirmer qu'aucun phénomène d'accession ne se produit en matière d'immobilisation par attache ou réunion, en prévoyant l'hypothèse de la saisie séparée des biens « s'ils n'appartiennent pas au propriétaire de l'immeuble ».

Face à ces constats, on peut se demander si, lors de la réforme du Code civil, le législateur a vraiment voulu enlever la condition d'unicité de propriétaire pour qu'un meuble puisse prétendre à la qualité d'immeuble par attache ou réunion afin de former une entité économique indissociable.

Le germe de la confusion a probablement été semé lors des travaux de l'Office de révision du Code civil (O.R.C.C.) en 1977. L'Office proposait l'abandon des catégories d'immeubles et prévoyait, à l'article 10 de son projet de Code civil, que les meubles affectés à l'exploitation commerciale, agricole ou industrielle d'un immeuble conserveraient leur qualification mobilière. Par ailleurs, l'article 7 du projet se lisait comme suit :

> Font partie intégrante d'un immeuble les choses qui y sont incorporées, quelque soit l'auteur de l'incorporation.
>
> Il en est de même des choses qui, sans perdre leur individualité, sont matériellement attachées à un immeuble à demeure, sans préjudice des droits alors existants sur ces choses au profit des tiers.

Dans ses commentaires sur cette disposition, l'O.R.C.C. expliquait que, tout en désirant éliminer la catégorie des immeubles par destination simplement placés à demeure sur un immeuble, il désirait conserver l'immobilisation des biens attachés à l'immeu-

24-Ciotola.indb 448 12-12-12 15:11

ble à demeure, en tant que partie intégrante de l'immeuble[52]. Il s'expliquait longuement quant à l'exigence de l'unicité de propriétaire. Nous croyons qu'il convient ici de reproduire ses propos :

> Dans l'état actuel du droit, pour que la chose mobilière devienne un immeuble par destination, il faut qu'elle ait été attachée à l'immeuble par nature ou encore placée sur l'immeuble par nature par une personne qui soit, en même temps, propriétaire et de l'immeuble par nature et de la chose mobilière. De plus, ce propriétaire doit avoir attaché ou placé la chose de façon permanente ou, comme dit le Code, « à perpétuelle demeure ». Il s'ensuit que le locataire d'un immeuble ne peut pas faire un immeuble par destination d'une chose mobilière qui lui appartient ; de même, le propriétaire d'un immeuble ne peut pas transformer en immeuble par destination une chose mobilière appartenant à un tiers. Dans chacun de ces deux cas, cependant, la chose mobilière devient immeuble par nature si elle est incorporée et si elle perd son individualité, peu importe que l'auteur de l'incorporation, dans le premier cas, se trouve à être locataire et que, dans le deuxième cas, il ne soit pas propriétaire de la chose incorporée.
>
> Le texte nouveau édicte que les choses doivent être matériellement attachées à demeure à un immeuble. Si une chose a été attachée à un immeuble par une personne qui n'était pas propriétaire de cet immeuble, il sera, généralement, difficile de soutenir que cette chose a été attachée à demeure ; elle ne deviendra pas alors partie intégrante de l'immeuble. D'autre part, on voit à protéger les droits que des tiers pourraient avoir dans les choses qui sont attachées à un immeuble [...]. Grâce à cette disposition, le propriétaire dont la chose a été matériellement attachée à l'immeuble d'une autre personne pourra, le plus souvent, faire reconnaître son droit de propriété et empêcher ainsi que sa chose ne devienne partie intégrante de l'immeuble.[53]

---

52 OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, t. 1, vol. II, Québec, Éditeur officiel du Québec, p. 385-386.

53 Préc., note 52, p. 386.

24-Ciotola.indb 449 12-12-12 15:11

L'ambiguïté de l'article 7 proposé par l'O.R.C.C. a été soulevée par M^e Pierre Ciotola et ses pairs, de telle sorte que, dans les projets de loi subséquents, on a clarifié la proposition[54]. Tant l'article 948 du projet de loi 58 de 1983[55], l'article 960 du projet de loi 20 présenté en 1984[56], l'article 944 de la version adoptée de ce projet de loi en 1987[57] que l'article 902 du projet de loi 125 présenté en 1990[58] prévoyaient la condition d'unicité de propriétaire pour que le meuble soit immobilisé. On pouvait lire dans cette dernière version :

> **902.** Les meubles qui, sans perdre leur individualité, sont placés à perpétuelle demeure par leur propriétaire sur son immeuble, pour le service et l'exploitation de celui-ci, sont immeubles tant qu'ils y restent. Il en est de même des meubles qui y sont ainsi incorporés.

À notre connaissance, ni la doctrine, ni la Chambre des notaires, ni le Barreau n'ont demandé l'abandon de la condition d'unicité de propriétaire.

L'amendement fatal, qui faisait disparaître du texte de l'article 902 du projet de loi 125 la condition d'unicité de propriétaire, a eu lieu le 12 septembre 1991. Dans le commentaire sur cet amendement qui suit, on ne retrouve aucune explication relative à cette amputation :

> [...] la notion d'immobilisation perd une grande partie de son utilité, dès lors que l'on introduit, en droit des sûretés, la no-

---

54 Pierre CIOTOLA, « La réforme du droit des biens : survol de quelques dispositions », [1979] *C.P. du N.* 1, 11 et 12.

55 *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des biens*, projet de loi n^o 58 (1^ère lecture), 4^e sess., 32^e légis. (Qc).

56 *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, projet de loi n^o 20 (présentation), 5^e sess., 32^e légis. (Qc).

57 *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, L.Q. 1987, c. 18.

58 *Code civil du Québec*, projet de loi n^o 125 (présentation), 1^ère sess., 34^e légis. (Qc).

24-Ciotola.indb 450 12-12-12 15:11

> tion d'hypothèque mobilière. Cette notion doit être restreinte afin de ne pas s'étendre aux meubles qui visent à desservir non pas l'immeuble, strictement, mais l'entreprise exploitée dans l'immeuble. Par ailleurs, cette notion conservera son utilité pour éviter que des éléments qui sont rattachés à l'immeuble ne soient traités différemment de cet immeuble alors qu'ils y sont liés et qu'ils ne sont plus l'objet d'une hypothèque mobilière distincte.[59]

Cet amendement a été apporté à la suite de l'amendement de l'article 900 du projet et à l'ajout de l'article 900.1, devenu l'article 901 C.c.Q. On peut lire dans le Journal des débats les commentaires suivants :

> [...] cet amendement vise un aspect essentiel de la définition de l'immeuble et s'inspire de la proposition de l'Office de révision du Code civil, à son article 7. L'article précise ce qu'il faut entendre par la notion de partie intégrante. [...] L'incorporation opérant l'intégration, il ne paraît pas nécessaire de référer à son auteur, vu les règles de 947 et 954 sur l'accession.[60]

Cette explication, quant à l'absence de nécessité de référer à l'auteur du rattachement, n'a pas été reprise pour l'amendement apporté à l'article 902 du projet de loi. Il semble donc que c'est à ce moment que l'erreur s'est produite. Dans le cas des immeubles par attache ou réunion, on aurait dû conserver la condition d'unicité de propriétaire, faute de phénomène d'accession, vu l'absence d'incorporation.

Comme on s'est inspiré de l'article 7 du projet de l'Office de révision du Code civil, on peut penser que le commentaire reproduit précédemment devait également s'appliquer à la disposition sur les immeubles par attache ou réunion. Ainsi, en cette matière, la volonté du législateur était que seul le propriétaire de l'immeuble puisse y immobiliser un bien meuble. Selon les propos de

---

59 QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Sous-commission des institutions*, 1re sess., 34e légis.,12 septembre 1991, « Étude détaillée du projet de loi 125 », p. SCI-339.

60 *Id*.

24-Ciotola.indb 451 12-12-12 15:11

M^e François Frenette rapportés précédemment, qui était présent lors de cette Sous-commission des institutions, jamais n'a-t-on voulu abandonner l'idée que seul le propriétaire de l'immeuble puisse immobiliser un bien pour le rendre accessoire de cet immeuble[61]. C'est donc à bon droit que le juge Tôth, dans l'affaire *Aubé*, a décidé que seul le propriétaire de l'immeuble pouvait attacher ou unir un meuble en tant qu'accessoire à son immeuble à perpétuelle demeure[62]. Cela empêcherait donc le locataire d'un terrain d'y immobiliser sa maison mobile, contrairement à ce qui a été décidé dans l'affaire *Pilote* précitée. D'ailleurs, l'article 571 C.p.c et le commentaire du ministre de la Justice précité relativement à cette disposition ne sont pas en contradiction avec cette position, puisqu'on y traite des meubles immobilisés en vertu de l'article 903 C.c.Q. « qui n'appartiennent pas au propriétaire de l'immeuble ». La possibilité pour un locataire ou un tiers d'immobiliser son bien meuble sur l'immeuble d'autrui a été malencontreusement, selon nous, introduite par la doctrine[63]. Nous pensons qu'en vertu de l'article 903 C.c.Q., seul le propriétaire de l'immeuble peut y immobiliser un bien meuble, et que cette condition est incluse implicitement, comme l'a signalé l'O.R.C.C., dans la condition de « perpétuelle demeure ».

Pour ce qui est du cas de l'immobilisation du meuble d'autrui, sans perte d'individualité, par le propriétaire de l'immeuble, l'Office de révision du Code civil, qui avait abandonné la condition d'unicité de propriétaire dans le texte de l'article 7, protégeait directement les tiers y ayant des droits, en empêchant, au deuxième alinéa de cette disposition, le bien de devenir immeuble en tant que partie intégrante de l'immeuble. Autrement dit, l'O.R.C.C. n'envisageait pas non plus que le meuble d'autrui, conservant son individualité, puisse être immobilisé en tant que partie intégrante d'un immeuble. En 1991, au lieu d'empêcher l'immobilisation directement dans le texte de l'article 903 C.c.Q., le législateur a tenté de

---

61 François FRENETTE, « Revue sélective de jurisprudence 2005 – Biens », (2006) 108 *R. du N.* 55, 57-61.

62 *Aubé* c. *Bibeau*, EYB 2007-117137, par. 63 et 64 (C.S.)

63 Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2007, n^o 252.

24-Ciotola.indb 452 12-12-12 15:11

protéger les tiers propriétaires du meuble par des dispositions ponctuelles, comme les articles 1843 C.c.Q. (en matière de crédit-bail) et 2672 C.c.Q. (en matière d'hypothèque mobilière), qui permettent au meuble de conserver sa nature mobilière, et l'article 571 C.p.c. (en matière de saisie), qui permet la saisie séparée du meuble. On peut penser que ces dispositions reflètent la volonté du législateur d'empêcher l'immobilisation par attache ou réunion des biens meubles n'appartenant pas au propriétaire de l'immeuble. On pourrait également soutenir que, si l'on a prévu ces dispositions, c'est précisément parce que ces meubles sont devenus immeubles en vertu de l'article 903 C.c.Q. Ce faisant, on oublierait l'objectif de l'immobilisation des biens meubles, soit celui de créer une entité économique indissociable. À quoi peut bien servir de déclarer un meuble qui n'appartient pas au propriétaire de l'immeuble immeuble par attache ou réunion et d'en bloquer les effets ? On peut soutenir, théoriquement, que les meubles d'autrui peuvent être immobilisés sur l'immeuble du propriétaire. Cependant, aucune conséquence juridique ne pourra en découler, car le propriétaire du fonds de terre ne pourra pas vendre, léguer ou se faire saisir le bien meuble qui s'y est attaché ou réuni, faute de lui appartenir.

CONCLUSION

En concluant que les meubles attachés à un immeuble au sens de l'article 903 C.c.Q. ne donnent pas ouverture au phénomène d'accession, ce qui aurait eu pour effet de réunir la propriété entre les mains du propriétaire de l'immeuble, il devient clair que la condition d'unicité de propriétaire doit forcément être remplie pour permettre l'immobilisation par attache ou réunion. En effet, l'objectif de former une entité juridique indissociable ne peut être rencontré qu'à ce prix.

L'absence d'accession, en matière d'immobilisation de l'article 903 C.c.Q., nous oblige également de conclure à l'impossibilité de créer une hypothèque immobilière sur ce type de bien, à l'exclusion du fonds de terre. L'hypothèque immobilière doit avoir comme objet un droit réel immobilier. Ainsi, ne saurait valoir le mécanisme, utilisé en pratique et reconnu dans l'affaire *Pilote*,

24-Ciotola.indb 453 12-12-12 15:11

consistant à créer une hypothèque immobilière sur une maison mobile, sous le couvert de la créer sur un droit de propriété superficiaire obtenu par renonciation au bénéfice de l'accession. La maison mobile attachée à un terrain loué ne saurait devenir la propriété du locateur par accession. Par conséquent, le propriétaire du fonds ne peut renoncer au bénéfice de l'accession, qui ne se produit pas, et du même coup créer un droit de propriété superficiaire.

En 1991, le législateur a, selon nous, trop rapidement conclu à l'inutilité du concept d'immobilisation par destination en présence de la nouvelle hypothèque mobilière. On voit mieux maintenant que le concept déborde largement le cadre des sûretés[64]. C'est pourquoi nous joignons notre voix à celle du professeur Ciotola pour inviter le législateur à reconsidérer la notion d'immobilisation.

64 À cet égard, voir le texte de Jean-Claude PICARD, « Chronique – La machinerie industrielle et l'article 48 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil du Québec* : meuble ou immeuble ? », dans *Repères*, janvier 2005, Droit civil en ligne (DCL), EYB2005REP304, qui fait bien ressortir le fait que la qualification de meuble de la machinerie industrielle, qui a une grande valeur, fait perdre le bénéfice de la garantie quinquennale au propriétaire, et fait perdre le bénéfice de l'hypothèque légale aux participants à la construction.

24-Ciotola.indb 454 12-12-12 15:11

DE LA CONFIANCE À LA SUSPICION ? : OBSERVATIONS SUR L'ÉVOLUTION DE LA RÉGLEMENTATION FINANCIÈRE SUITE À LA CRISE DU CRÉDIT*

Stéphane ROUSSEAU**

INTRODUCTION 457

I. L'ENCADREMENT DU SECTEUR DES VALEURS MOBILIÈRES : UN REGARD SUR LES MODÈLES RÉGLEMENTAIRES NORD-AMÉRICAINS 460
A. Le modèle fondé sur le contrôle strict des émissions : les *Blue Sky Laws* 460
B. Le modèle fondé sur la divulgation et la confiance 463

II. LA CRISE FINANCIÈRE ET LA REMISE EN CAUSE DU MODÈLE FONDÉ SUR LA DIVULGATION : L'EXEMPLE DES BILLETS DE TRÉSORERIE ADOSSÉS À DES ACTIFS 468
A. Les billets de trésorerie adossés à des actifs : une mise en contexte 468
B. Complexité et gestion des risques : les limites du modèle fondé sur la divulgation 472
1. La portée de la protection offerte par le régime de divulgation 472
2. Le rôle des sentinelles dans la protection des investisseurs 474

III. AVENUES DE RÉFORME : LA ROUTE VERS LA SUSPICION ? 477
A. Resserrement de l'encadrement des sentinelles 477
1. Un régime d'inscription pour les agences de notation .. 477
2. L'obligation des courtiers de connaître les produits 478
B. Bonification du régime de divulgation pour les produits titrisés émis par voie de prospectus 480
C. Restrictions de l'accessibilité des produits titrisés 483

CONCLUSION 485

* Le présent texte rend hommage au professeur Pierre Ciotola que j'ai eu le privilège d'avoir comme collègue à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Le titre du texte est un clin d'œil à son étude intitulée « La suspicion et le droit » présentée dans le cadre de la 5e Conférence Roger-Comtois.

** Professeur titulaire de la Chaire en gouvernance et droit des affaires à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

24-Ciotola.indb 455 12-12-12 15:11

24-Ciotola.indb 456 12-12-12 15:11

INTRODUCTION

La première décennie du XXIe siècle a été le théâtre d'une série de catastrophes financières qui ont rudement mis à l'épreuve la réglementation des marchés. Dès 2001, l'éclatement du scandale Enron[1] aux États-Unis et la révélation d'une série de fraudes financières par la suite ont ébranlé le modèle d'encadrement de la gouvernance d'entreprise prévalant alors en Amérique du Nord. L'approche volontaire au centre de ce modèle[2] a alors été vivement critiquée[3]. Ainsi, en 2002, le Congrès américain a adopté la *Sarbanes-Oxley Act*[4] qui a marqué une rupture avec l'approche volontaire, cette loi édictant de nouvelles mesures impératives pour contrer les fraudes et les malversations financières[5]. Bien que moins touché par les scandales financiers, le Canada a tout de même vu son régime de gouvernance d'entreprise être remis à niveau par les Autorités canadiennes en valeurs mobilières qui s'inspirent des réformes américaines[6]. Outre Atlantique, une vague des

---

1 Pour une étude détaillée de l'affaire Enron, voir WW. BRATTON, « Enron and the Dark Side of Shareholder Value », (2002) 76 *Tulane L. Rev.* 1275 ; *Report of Investigation by the Special Investigative Committee of the Board of Directors of Enron Corp.* [http://i.enn.net/can/2002/LAW/02/02/enron.report/ powers.report.pdf.].

2 Nous pouvons retracer les origines de l'approche volontaire dans la théorie du réseau de contrats qui exerce une forte influence dans le droit des sociétés des États-Unis. Voir Frank H. EASTERBROOK et Daniel R. FISCHEL, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1991 ; Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2e éd., Montréal/Paris, Éditions Thémis/Dalloz, 2008.

3 Pour une vue d'ensemble, voir, notamment, Douglas M. BRANSON, « Enron – When All Systems Fail : Creative Destruction or Roadmap to Corporate Governance Reform ? », (2003) 48 *Vill. L. Rev.* 989.

4 P.L. 107-204 (H 3763) (30 juillet 2002).

5 La *Sarbanes-Oxley Act* a suscité de vives critiques. Voir Lawrence A. CUNNINGHAM, « The Sarbanes-Oxley Yawn : Heavy Rhetoric, Light Reform (And it Might Just Work) », (2003) 35 *Conn. L. Rev.* 915 ; Roberta ROMANO, « The Sarbanes-Oxley Act and the Making of Quack Corporate Governance », (2005) 115 *Yale L. J.* 1521.

6 Stéphane ROUSSEAU, « La gouvernance d'entreprise à la croisée des chemins : comment restaurer la confiance des investisseurs suite à l'affaire Enron ? »,

24-Ciotola.indb 457 12-12-12 15:11

scandales financiers a également déferlé sur l'Europe, suscitant là aussi des réformes[7].

Après une brève accalmie, la crise du crédit, qui a pris sa source dans le marché des hypothèques à haut risque (*subprime*) aux États-Unis, a causé une onde de choc qui a menacé l'intégrité de tout le système bancaire et financier[8]. Impossible à cloisonner géographiquement[9], la crise s'est fait ressentir bien au-delà des marchés financiers américains puisque les hypothèques à haut risque étaient intégrées dans des produits financiers structurés, tels que des titres adossés à des créances hypothécaires (*mortgage-backed securities* ou RMBS) et des titres adossés à des créances obligataires (*collateralized debt obligations* ou CDO), que détenaient des investisseurs individuels et institutionnels à travers le monde[10].

---

dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit des affaires*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 23. Sur le débat relativement à l'importation du modèle américain au Canada, voir Stéphane ROUSSEAU, « La gouvernance d'entreprise en droit canadien : convergence et divergence », dans Jean-Luc ROSSIGNOL (dir.), *La gouvernance juridique et fiscale des organisations*, Paris, Lavoisier, 2010, p. 91 ; Christopher C. NICHOLLS, « The Characteristics of Canada's Capital Markets and the Illustrative Case of Canada's Legislative Regulatory Response to *Sarbanes-Oxley* », dans TASK FORCE TO MODERNIZE SECURITIES LEGISLATION IN CANADA, *Canada Steps Up*, vol. 4 « Maintaining a Competitive Capital Market in Canada », Toronto, p. 127.

7 Voir, par exemple, « Ahold – Europe's Enron », *The Economist*, 27 février 2003 ; « European Corporate Governance : The Pause after Parmalat », *The Economist*, 15 janvier 2004. Voir en général Véronique MAGNIER (dir.), *La gouvernance des sociétés cotées face à la crise*, Paris, L.G.D.J., 2010 ; J.-L. ROSSIGNOL (dir.), préc., note 6.

8 UNITED STATES, FINANCIAL CRISIS INQUIRY COMMISSION, *The Financial Crisis Inquiry Report*, Washington, 2011.

9 UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, *The Global Economic Crisis – Systemic Failures and Multilateral Remedies*, Report by the UNCTAD Secretariat Task Force on Systemic Issues and Economic Cooperation, 2009.

10 Voir : COMMISSION EUROPÉENNE, *The High level group on financial supervision in the EUM*, Rapport de Larosière, 2009. Michel CROUHY et Stuart TURNBULL, « The Subprime Credit Crisis of 07 », 2007, en ligne : http ://ssrn.com/abstract-1112467http ://ssrn.com/abstract-1112467.

24-Ciotola.indb 458 12-12-12 15:11

Au Canada, même si les grandes banques ont fait montre d'une grande stabilité, la crise a secoué un segment du système financier, menant à l'effondrement du marché des billets de trésorerie adossés à des actifs (ou papier commercial adossé à des actifs)[11].

La crise du crédit a donné lieu de nouveau à des réponses législatives et réglementaires vigoureuses[12]. Aux États-Unis, le Congrès a adopté la *Dodd-Frank Act*[13] qui réforme en profondeur le système bancaire et financier américain[14]. Comportant plus de 1500 dispositions, faisant près de 900 pages et nécessitant l'adoption de plus de 200 règlements, la loi vise fondamentalement à s'attaquer au risque systémique en favorisant l'élaboration d'instruments destinés à encadrer les institutions soulevant un risque systémique important. Au Canada, si elles n'ont pas cette ampleur, les réformes n'en sont pas moins notables de par leur étendue.

Un regard sur ces catastrophes financières met en relief deux groupes de défaillances communes. D'une part, nous retrouvons des défaillances institutionnelles qui concernent particulièrement les mécanismes de gouvernance destinés à endiguer l'opportunisme et la prise de risques excessifs. À titre d'exemple de ces défaillances, citons la surveillance inadéquate des risques par les conseils d'administration, l'adoption de régimes de rémunération mal calibrés, les conflits d'intérêts des sentinelles et l'excès de confiance des investisseurs. D'autre part, nous avons des défaillances réglementaires qui prennent diverses formes dont le trop grand accent

---

11 Janet MACFARLAND et al., « Ordinary People, An Extraordinary Mess », *The Globe and Mail*, 9 août 2008. Voir : John CHANT, *The ABCP Crisis in Canada : The Implications for the Regulation of Financial Markets*, Research Study Prepared for the Expert Panel on Securities Regulation, 2008.

12 Nous nous concentrons sur les réponses réglementaires nord-américaines. Pour l'Europe, voir, par exemple, Alain COURET et Catherine MALECKI (dir.), *Défis actuels en droit financiers*, Paris, Lextenso, 2010 ; V. MAGNIER (dir.), préc., note 7.

13 *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, P.L. 111-203 (H. 4977), 21 juillet 2010.

14 Viral V. ACHARYA et al., *Regulating Wall Street : The Dodd-Frank Act and the New Architecture of Global Finance, New York, John Wiley & Sons, 2010.*

24-Ciotola.indb 459 12-12-12 15:11

placé sur l'autoréglementation, la surestimation de l'efficacité du modèle d'encadrement fondé sur la divulgation et les lacunes dans la surveillance des pratiques et des activités des participants aux marchés. L'ensemble de ces défaillances ont miné l'efficacité des instruments issus des théories de la finance moderne destinés à gérer les risques financiers.

Dans cette perspective, se pose la question du rôle du droit dans la protection non seulement des investisseurs, mais également des institutions et des marchés. Il s'agit certes d'une vaste question. Aussi, l'objectif de la présente étude est plus circonscrit. Notre étude vise principalement à rendre compte des défis auxquels les régulateurs canadiens sont confrontés dans la réforme de l'encadrement des produits titrisés qui ont été au centre de la récente crise du papier commercial adossée à des actifs (PCAA). Ce faisant, nous mettrons en relief les changements qui s'introduisent peu à peu dans les modes d'encadrement classique.

Comme nous le verrons ci-dessous, les produits titrisés ont traditionnellement été encadrés conformément au modèle réglementaire dominant en Amérique du Nord qui est fondé sur la divulgation d'information et la confiance (**1.**). La crise financière a toutefois mis en exergue les limites de ce modèle comme le démontre l'exemple des billets de trésorerie adossés à des actifs (**2.**). Sans y mettre fin, dans le cadre de la réforme, les régulateurs cherchent à combler les lacunes du modèle en bonifiant la divulgation et en resserrant la réglementation des sentinelles (**3.**). Nous décelons ainsi une volonté des régulateurs d'instaurer une certaine « suspicion » de la part des investisseurs.

I. L'encadrement du secteur des valeurs mobilières : un regard sur les modèles réglementaires nord-américains

A. Le modèle fondé sur le contrôle strict des émissions : les *Blue Sky Laws*

Au début du XX^e^ siècle, le modèle d'encadrement du marché des valeurs mobilières fondé sur le contrôle strict de l'émission des valeurs (communément appelé le modèle *Blue Sky*) a été mis

24-Ciotola.indb 460 12-12-12 15:11

en place au niveau des États américains[15]. Plus particulièrement, c'est en 1911 que l'État du Kansas a agi comme précurseur à cet égard en adoptant la première *Blue Sky Law* qui visait « non seulement à assurer le dévoilement de l'information, mais aussi à réglementer l'émetteur et les personnes chargées de la vente et de la distribution dans le public »[16].

Concrètement, cette législation imposait une obligation d'inscription des valeurs mobilières, des émetteurs et des placeurs. La demande d'inscription s'accompagnait d'une divulgation d'informations qui permettait à l'autorité réglementaire d'exercer son contrôle. Après analyse de l'information, l'autorité accordait à l'émetteur un permis permettant le placement des valeurs si elle estimait que les valeurs mobilières étaient saines et raisonnables et que l'émetteur était en bonne position sur le marché. Les placeurs agissant comme mandataires de l'émetteur étaient soumis à un contrôle analogue de l'autorité. Une fois la demande d'inscription acceptée, les émetteurs et leurs placeurs demeuraient néanmoins assujettis au contrôle de l'autorité qui détenait le pouvoir de la révoquer pour une cause suffisante. La révocation pouvait être décrétée notamment lorsque l'autorité estimait que les investisseurs ne pouvaient bénéficier d'investissements rentables ou qu'elle doutait de l'intégrité et du caractère raisonnable de la conduite des détenteurs de permis.

En somme, la législation de type *Blue Sky* proposait un mode d'encadrement paternaliste du marché des valeurs mobilières. Ce mode d'encadrement n'assurait pas l'investisseur de la qualité de son placement mais lui permettait « au moins de se fier à plus qu'à son propre jugement, utilisant l'expérience et le jugement de la

---

15 Il s'agit du modèle des *Blue Sky Laws*. Voir Paul G. MAHONEY, « The Origins of the Blue Sky Laws : A Test of Competing Hypotheses », (2003) 46 *J. Law & Econ.* 229. Voir généralement Louis LOSS, Joel SELIGMAN, Troy PAREDES, *Fundamentals of Securities Regulation*, Aspen Publishers, 5e éd., 2004, p. 1 et suiv.

16 Yves CARON, « Aspects du droit des valeurs mobilières (1971) », (1971) 17 *R.D. de McGill* 233, 241. Voir aussi J. Peter WILLIAMSON, *Securities Regulation in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1960, p. 11.

24-Ciotola.indb 461 12-12-12 15:11

commission comme fonds de scène appréciable »[17]. Après l'adoption de la première *Blue Sky Law* par le Kansas, plusieurs États américains ont emboîté le pas.

Au Canada, le modèle *Blue Sky* est rapidement repris par des législateurs provinciaux du Manitoba, de la Saskatchewan, de l'Alberta et du Nouveau-Brunswick[18]. L'influence du modèle *Blue Sky* en sol canadien se limite toutefois à ces quatre provinces. Malgré l'intérêt suscité, ce modèle n'a pas été à proprement parler mis en place dans les autres provinces qui ont continué de miser davantage sur la divulgation que sur le contrôle strict des émissions[19]. Durant les années 1920, ce sont les lois destinées à prévenir la fraude qui comblent ce vide en constituant le fondement de la législation contemporaine sur les valeurs mobilières[20]. Ces lois imposaient une obligation d'inscription aux intermédiaires et aux émetteurs. Elles édictaient des dispositions interdisant les actes frauduleux qui étaient sanctionnés par des amendes ou des peines d'emprisonnement. Selon le professeur Caron, ces lois constituaient le premier véritable encadrement du secteur des valeurs mobilières[21].

À compter de la crise de 1929, l'approche *Blue Sky* est progressivement remise en cause par l'expérience américaine, son caractère paternaliste et la qualité insatisfaisante de la divulgation. Dans ce contexte, l'approche *Blue Sky* est délaissée durant les années 1930 au profit d'une approche fondée sur la divulgation qui se met en place avec l'adoption du *Securities Act of 1933* et du

---

17 Y. CARON, préc., note 16, 242. Voir aussi J. P. WILLIAMSON, préc., note 16, p. 12.

18 Christopher ARMSTRONG, *Blue Skies and Boiler Rooms : Buying and Selling Securities in Canada, 1870-1940*, Toronto, UTP, 1997, p. 66-72.

19 Tout de même, depuis 1906, le Québec encadrait les activités des courtiers en valeurs mobilières par l'entremise de la *Loi des licences* qui leur imposait une obligation d'inscription. Voir *Loi des licences*, L.Q. 1900, c. 12, telle qu'amendée par L.Q. 1906, c. 9, art. 50.

20 J. P. WILLIAMSON, préc., note 16, p. 20 et 21. Voir aussi David L. JOHNSTON et Kathleen Doyle ROCKWELL, *Canadian Securities Regulation*, 4e éd., Markham, LexisNexis Butterworths, 2006, p. 28-30.

21 Y. CARON, préc., note 16, 240.

24-Ciotola.indb 462 12-12-12 15:11

Securities and Exchange Act of 1934 par le Congrès des États-Unis, puis, par l'adoption du *Ontario Securities Act* en 1945 qui a jeté les bases de la législation contemporaine sur les valeurs mobilières[22]. L'approche *Blue Sky* est demeurée néanmoins présente dans la législation étatique aux États-Unis ainsi que, dans une moindre mesure, dans la législation des provinces canadiennes[23].

B. Le modèle fondé sur la divulgation et la confiance

Depuis la réforme réalisée à compter des années 1930, la divulgation d'information constitue la pierre angulaire de la réglementation du marché des valeurs mobilières en Amérique du Nord. De manière caractéristique, la législation canadienne édicte un régime de divulgation d'information visant les marchés primaire et secondaire[24].

Sur le marché primaire, la législation canadienne exige que les entreprises procédant à l'émission et à la distribution de titres au public à des fins de financement préparent un prospectus soumis au visa de l'Autorité des marchés financiers[25]. En principe, le prospectus vise à transmettre aux investisseurs l'information pertinente pour décider de l'utilisation de leurs capitaux de manière éclairée. Sa confection est encadrée étroitement par la réglementation qui en établit le contenu. Le prospectus doit divulguer des renseignements relatifs à l'organisation, aux activités et aux projets de l'émetteur, une description des titres émis, de même que tout autre fait important concernant l'émetteur qui sont susceptibles d'affecter la valeur ou le cours des titres[26].

---

22 D. L. JOHNSTON et K. D. ROCKWELL, préc., note 20, p. 31-34.

23 Pour un regard sur les *Blue Sky Laws* à la lumière de la crise financière, voir Daniel J. MORRISSEY, « The Road not Taken : Rethinking Securities Regulation and the Case for Federal Merit Review », (2010) 44 *U. of Rich. L. Rev.* 647.

24 Voir, en général, Stéphane ROUSSEAU (dir.), *Valeurs mobilières*, JurisClasseur Québec, coll. « Droit des affaires », feuilles mobiles.

25 *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q., c. V-1.1, art. 14 et 15 [ci-après « L.V.M. »].

26 Art. 11 et 13 L.V.M. Voir le *Règlement 41-101 sur les obligations générales relatives au prospectus*.

24-Ciotola.indb 463 12-12-12 15:11

Sur le marché secondaire, la législation canadienne impose à l'émetteur assujetti, c'est-à-dire l'émetteur ayant fait appel public à l'épargne[27], un régime de divulgation d'information dont l'objectif est de maintenir l'accès égal des investisseurs à une information complète et à jour concernant les émetteurs dont les titres sont transigés sur le marché secondaire. Parmi les principales dispositions du régime[28], mentionnons l'obligation d'information périodique, qui requiert que l'émetteur assujetti produise et diffuse des états financiers trimestriels et annuels, ainsi qu'un rapport annuel. Cette information financière annuelle et intermédiaire est accompagnée d'un rapport de gestion présentant, sous forme narrative, les faits saillants des résultats et de l'activité de l'émetteur. De plus, la Loi impose des obligations de divulgation d'information lors de la sollicitation des procurations et des offres publiques d'achat visant un émetteur assujetti. À ces obligations d'information périodiques s'ajoute « l'obligation d'information occasionnelle » exigeant que l'émetteur assujetti divulgue tout changement important susceptible d'exercer une influence appréciable sur la valeur ou le cours des titres et encore inconnu du public »[29].

Puisque les obligations de divulgation constituent un élément central de la réglementation du marché primaire et secondaire des valeurs mobilières, la législation prévoit différentes sanctions pour inciter les principaux intervenants du marché à respecter les exigences réglementaires en matière de divulgation[30]. Ces sanctions sont mises en œuvre par des régimes statutaires de responsabilité civile et pénale, ainsi que par des sanctions administratives. Les

---

27 Art. 68, 73-80 L.V.M. Pour une description du régime, voir Neil KRAVITZ et Sébastien ROY, « Appel public à l'épargne : régime du prospectus », dans Stéphane ROUSSEAU (dir.), *Valeurs mobilières*, JurisClasseur Québec, coll. « Droit des affaires », feuilles mobiles.

28 Art. 73 L.V.M. ; *Règlement 51-102 sur les obligations d'information continue*. Pour une description du régime, voir R. PROVENCHER et al., « Information continue », dans Stéphane ROUSSEAU (dir.), *Valeurs mobilières*, JurisClasseur Québec, coll. « Droit des affaires », feuilles mobiles.

29 Art. 5.3 L.V.M.

30 Voir Stéphane ROUSSEAU, « Étude du recours statutaire en responsabilité civile pour le marché secondaire des valeurs mobilières », (2009) 43 *Revue juridique Thémis* 709.

24-Ciotola.indb 464 12-12-12 15:11

sanctions statutaires sont complétées par le régime de responsabilité de droit civil en matière contractuelle et extracontractuelle.

La divulgation obligatoire d'information a traditionnellement été justifiée par la nécessité de protéger les investisseurs[31]. Tout d'abord, elle est perçue comme un mécanisme protégeant les épargnants de la fraude. Deuxièmement, les obligations de divulgation favorisent une distribution équitable d'information au sein du marché en rendant disponible aux investisseurs en temps opportun tous les renseignements importants nécessaires à leurs décisions d'investissement (*level playing field*).

Avec le développement des outils de la finance moderne, un second motif a été invoqué pour justifier le régime obligatoire de divulgation[32] : la contribution au bon fonctionnement du marché. Dans cette perspective, la divulgation obligatoire améliore l'efficience informationnelle en favorisant la fixation de prix exact et, du même coup, la répartition efficace des ressources dans l'économie. Pour que le marché des valeurs mobilières favorise une répartition efficiente des capitaux, il doit être efficient sous l'angle opérationnel et informationnel[33].

L'efficience opérationnelle s'intéresse au niveau des coûts de transaction associés à l'utilisation du marché[34]. Les coûts de tran-

---

31 Warren M.H. GROVER et James C. BAILLIE, « Disclosure Requirements », dans CONSOMMATION ET CORPORATIONS CANADA, *Proposals for a Securities Market Law for Canada*, vol. 3, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1979, p. 369.

32 Merritt B. FOX, « Securities Disclosure in a Globalizing Market : Who Should Regulate Whom ? », (1997) 93 *Michigan Law Review* 2498 ; Ronald J. GILSON et Reiner H. KRAAKMAN, « The Mechanisms of Market Efficiency », (1984) 70 *Va. L. Rev.* 549.

33 Voir J. Peter WILLIAMSON, « Les marchés des capitaux du Canada », dans *Avant-projet d'une loi canadienne sur le marché des valeurs mobilières*, vol. 3, Documentation de base, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, 1979, p. 30-33.

34 R.J. GILSON et R.H. KRAAKMAN, préc., note 32, 592-595 ; J. Peter WILLIAMSON, « Capital Markets », dans CONSOMMATION ET CORPORATIONS CANADA, *Proposals for a Securities Market Law for Canada*, vol. 3, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1979, p. 25 et suiv.

24-Ciotola.indb 465 12-12-12 15:11

saction incluent les coûts d'émission de titres pour les entreprises et les coûts associés au maintien d'un marché secondaire pour leurs titres. Ces coûts comprennent aussi ceux que doivent assumer les épargnants pour effectuer ou convertir un investissement. De plus, ils englobent les coûts d'information reliés à la production, à l'acquisition, au traitement et à la vérification de l'information. Finalement, cette notion renvoie aux coûts de se conformer au régime réglementaire mis sur pied pour encadrer le marché. Dans un marché qui est efficient sous l'angle opérationnel, l'ensemble de ces coûts est maintenu au niveau optimum.

L'efficience informationnelle réfère à la capacité du marché d'intégrer dans le prix des titres l'information pertinente relative aux entreprises[35]. Trois degrés d'efficience informationnelle ont été identifiés par la littérature en économie financière. Le degré d'efficience informationnelle *faible* se rencontre lorsque l'information sur les prix et les volumes de transaction antérieurs se reflète dans le cours actuel d'un titre. Le degré d'efficience informationnelle *intermédiaire* est atteint lorsque les prix contemporains des titres reflètent pleinement toute l'information publique disponible, qu'il s'agisse de « bonnes » ou de « mauvaises » nouvelles. Le degré d'efficience informationnelle *élevé* implique que les prix reflètent rapidement la valeur des titres compte tenu de toute l'information disponible, même l'information privée détenue par les initiés.

Les études menées par les chercheurs en économie financière ont généralement conclu que les marchés américains et canadiens atteignaient un degré d'efficience informationnelle intermédiaire[36]. Ce constat justifie l'existence d'obligations de divulgation aux émet-

---

35 Eugène F. FAMA, « Efficient Capital Markets : A Review of Theory and Empirical Works », (1970) 25 *Journal of Finance* 383 ; Eugène F. FAMA « Efficient Capital Markets II », (1991) 46 *Journal of Finance* 1575 ; R.J. GILSON et R.H. KRAAKMAN, préc., note 32 ; Mark R. GILLEN, *Securities Regulation in Canada*, 3e éd., Toronto, Carswell, 2007, p. 61-64.

36 *Id*. Pour une présentation nuancée dans la perspective canadienne, voir Ronald J. DANIELS et Jeffrey G. MACINTOSH, « Toward a Distinctive Canadian Corporate Law Regime », (1991) 29 *Osgoode Hall L.J.* 863.

24-Ciotola.indb 466 12-12-12 15:11

teurs, de même que d'interdictions de réaliser des opérations en se fondant sur de l'information privilégiée. Ces régimes permettent de pallier les carences du marché qui font en sorte que les investisseurs n'accèdent pas à l'information privée relativement aux émetteurs.

L'approche fondée sur la divulgation permet d'harnacher l'ensemble des composantes du marché dans la poursuite des objectifs d'efficience et de protection des investisseurs[37]. Les investisseurs jouent un rôle central dans ce modèle. D'une part, ils contribuent à améliorer l'efficience informationnelle par leur analyse de l'information divulguée et par leurs propres efforts de production d'information. En outre, les investisseurs disposent de recours en responsabilité pour sanctionner les émetteurs qui transmettent des informations fausses ou trompeuses au marché et ainsi les inciter à communiquer des renseignements exacts au marché. D'autre part, la demande d'information fiable par les investisseurs favorise l'émergence d'intermédiaires spécialisés, les sentinelles (*gatekeepers*)[38]. Ces sentinelles viennent attester la qualité et la crédibilité de l'information transmise par les émetteurs. Ainsi, les efforts collectifs des investisseurs et des intermédiaires poussent le marché vers des niveaux plus élevés d'efficience informationnelle, ce qui, du même coup, réduit les risques de fraudes et d'abus.

Dans ce modèle, les régulateurs ne sont pas les seuls acteurs impliqués dans la supervision du marché et l'application de la loi. Les régulateurs œuvrent de concert avec les sentinelles dont ils dépendent à bien des égards pour signaler, voire prévenir, les illégalités. C'est ce que l'on soulignait dans le rapport d'un comité

---

37 Stéphanie BEN-ISHAI, « A Survey of Gatekeepers in Canadian Capital Markets », dans TASK FORCE TO MODERNIZE SECURITIES LEGISLATION IN CANADA, *Canada Steps Up*, vol. 6, p. 343 ; Stéphane ROUSSEAU, « The Future of Capital Formation for Small and Medium-Sized Enterprises : Rethinking Initial Public Offering Regulation Following the Restructuration of Canadian Stock Exchanges », (2000) 34 *Revue juridique Thémis* 661.

38 John C. COFFEE, *Gatekeepers. The Role of the Professions*, Oxford, Oxford University Press, 2006 ; S. Ben-Ishai, préc., note 37 ; R.J. GILSON et R.H. KRAAKMAN, préc., note 32.

24-Ciotola.indb 467 12-12-12 15:11

sénatorial américain chargé d'enquêter sur les causes du scandale Enron :

> « The Commission's reviews of corporate filings, limited as they are in number and nature, are not (and have not been intended to be) a reliable mechanism for identifying fraud, and enforcement actions can only be brought when fraud has already been identified. The system contemplates that much of the front-line work for prevention and discovery of financial misconduct will be done by private-sector gatekeepers – most importantly, corporations' boards of directors and auditors – a role implicitly recognized in the legal obligations that govern the conduct of these groups. »[39]

Dans ce modèle décentralisé, les organismes de réglementation doivent pouvoir se fier aux sentinelles.

II. La crise financière et la remise en cause du modèle fondé sur la divulgation : l'exemple des billets de trésorerie adossés à des actifs

A. Les billets de trésorerie adossés à des actifs : une mise en contexte

Le papier commercial (ou billet de trésorerie) est un titre de créance à court terme, c'est-à-dire un billet promissoire, qui est utilisé par les entreprises pour combler leurs besoins de trésorerie[40]. Les entreprises ayant des facilités de trésorerie (ou liquidités excédentaires) achètent les billets et les utilisent comme véhicule d'investissement alternatif au dépôt à court terme. Le papier commercial a traditionnellement été considéré comme une valeur mobilière à faible risque, en ce qu'il était émis par des grandes en-

---

39 UNITED STATES, *Financial Oversight of Enron : The SEC and Private-Sector Watchdogs*, Report of the Staff to the Senate Committee on Governmental Affairs, 2003.

40 Voir de façon générale : Christopher C. NICHOLLS, *Corporate Finance and Canadian Law*, Toronto, Carswell, 2000, p. 42 et 43 ; William A. KLEIN et John C. COFFEE, *Business Organization and Finance*, 6e éd., Westbury, Foundation Press, 1996, p. 293.

24-Ciotola.indb 468 12-12-12 15:11

treprises cotées, des sociétés de la couronne ou des municipalités. En vertu de la réglementation sur les valeurs mobilières, l'émission de papier commercial bénéficie d'une dispense de prospectus prévue par le Règlement 45-106[41].

Le papier commercial adossé à des actifs (PCAA) consiste en un titre de créance à court terme adossé à un ensemble d'actifs tels que des comptes à recevoir, des créances de cartes de crédit, des prêts-bails automobiles, des hypothèques, ainsi que d'autres actifs générant des flux financiers[42]. Depuis le début des années 2000, le PCAA a connu une popularité croissante auprès des investisseurs. Ainsi, le marché du PCAA a doublé de 2000 à 2007, atteignant 120 G $.

La structure du PCAA implique généralement la création d'une structure d'accueil, le fonds multicédant (ou le « *conduit* »), qui émet des titres de créance à court terme aux investisseurs pour une contrepartie employée pour acheter les actifs. Le conduit est une fiducie créée par un promoteur qui peut être une entreprise, une banque ou une « tierce-partie » spécialisée dans la titrisation. Les promoteurs concluent des ententes avec des fournisseurs d'actifs, établissent les modalités des programmes et représentent ces derniers pour les besoins de la titrisation.

Le conduit peut acheter des actifs conventionnels et des actifs synthétiques, lesquels sont adossés à des produits dérivés. Au cours des dernières années, les conduits ont acheté une portion croissante d'actifs synthétiques tels que des RMBS et des CDO pour répondre à la demande de papier commercial, notamment en raison

---

41 Par exemple, il peut être délivré en se basant sur l'exemption de créances à court terme, prévue à la section 2.35 du *Règlement 45-106 sur les dispenses de prospectus et d'inscription* où l'échéance est prévue dans 1 an ou moins à compter de la date d'émission, est non convertible ou échangeable à l'égard d'autres titres, et fait l'objet d'une note approuvée attribuée par une agence de notation agréée.

42 J. CHANT, préc., note 11, p. 8 et 9 ; INVESTMENT INDUSTRY REGULATORY ORGANIZATION OF CANADA, *Regulatory Study, Review and Recommendations concerning the manufacture and distribution by IIROC member firms of Third-Party Asset-Backed Commercial Paper in Canada*, 2008, p. 3 et 4.

24-Ciotola.indb 469 12-12-12 15:11

de la présence de tierce-parties qui n'avaient pas accès aux actifs conventionnels bancaires[43].

Le conduit achète les actifs avec les fonds obtenus des investisseurs par la vente des titres qui sont, de fait, des billets. Ces titres ont une courte échéance de 30 à 60 jours habituellement. Avec les flux financiers générés par les actifs, le conduit paye les intérêts et rachète les billets à échéance. Les agences de notation notent le papier commercial, c'est-à-dire qu'elles fournissent une évaluation de la probabilité de défaut du conduit au regard des actifs sous-jacents.

La structure du PCAA prévoit également des mécanismes de soutien de liquidité pour les conduits qui visent à faire en sorte que ceux-ci peuvent payer les billets à échéance lors de crises de liquidité[44]. Au Canada, deux conventions de soutien de liquidité coexistaient. Selon la première (la convention de liquidité de « style globale »), les banques fournissent une « facilité de soutien de la liquidité d'un programme de PCAC qui peut servir à financer le remboursement de PCAC à l'échéance, si un évènement déclencheur déterminé empêche le programme de financer le remboursement au moyen de la vente de nouveau PCAC ». Selon la seconde (la convention de liquidité de type canadien), l'obligation de l'institution financière de fournir la liquidité est déclenchée uniquement lors d'une « désorganisation générale du marché »[45]. La convention de type canadien impliquait un soutien de liquidité restreint. En effet, les participants du marché considéraient qu'une désorganisation générale du marché était un évènement extrême où il était impossible d'émettre un seul dollar de papier commercial conventionnel ou adossé à des actifs à quel que prix

---

43 *Id.*, p. 9.

44 ORGANISME CANADIEN DE RÉGLEMENTATION DU COMMERCE DES VALEURS MOBILIÈRES, *Étude du cadre réglementaire applicable aux sociétés membres de l'OCRCVM, examen et recommandations concernant la création et le placement de papier commercial adossé à des créances émis par des tiers au Canada*, 2008, p. 7 [ci-après : « Étude de l'OCRCVM »].

45 OFFICE OF THE SUPERINTENDENT OF FINANCIAL INSTITUTIONS, Guideline B-5, *Prudential Limits and Restrictions*, 1994, en ligne : http://www.osfi-bsif.gc.ca/app/DocRepository/1/eng/guidelines/prudential/guidelines/b5_e.pdf.

24-Ciotola.indb 470 12-12-12 15:11

que ce soit[46]. Standard and Poor's et Moody's n'étaient pas à l'aise face à la convention de type canadien qu'ils trouvaient trop restrictive[47]. Ils se sont donc abstenus de noter le PCAA ayant cette convention de soutien de liquidité, laissant Dominion Bond Rating Services (DBRS) comme seule agence de notation.

À compter de la fin de 2005, une hausse substantielle dans les taux de défaut sur les prêts hypothécaires à haut risque et de prise en paiement des propriétés qu'ils finançaient a constitué un véritable éclair dans un ciel bleu qui a déclenché une chaîne d'évènements. À la fin de 2006, la hausse des taux de défaut et de prise en paiement jointe à la diminution de la valeur des propriétés a augmenté l'incertitude pour les investisseurs, alors que les prêts hypothécaires chutaient de manière plus abrupte que prévue[48]. À l'été 2007, l'incertitude a engendré une crise de liquidité au sein des investisseurs institutionnels et des fonds alternatifs. Leur confiance ébranlée, les investisseurs ont alors commencé à se départir de leurs investissements dans les RMBS et les CDO. Au même moment, la demande pour ces titres s'effondrait. En plus, les agences de notation révisaient à la baisse la note des RMBS et des CDO, ce qui les rendait encore moins attrayants.

Dans une perspective canadienne, la crise des hypothèques à haut risque a eu un impact considérable sur le marché des PCAA. Lorsque la crise s'est produite à l'été 2007, les investisseurs détenant des PCAA ont commencé à se rendre compte que les actifs sous-jacents incluaient des RMBS et des CDO. Leur confiance a alors été ébranlée, d'autant plus qu'il y avait une incertitude quant au degré d'exposition à ces titres[49]. La demande pour les nouvelles

---

46 Paula TOOVEY et John KIFF, « Developments and Issues in the Canadian Market for Asset-Backed Commercial Paper », *Financial System Review*, Juin 2003, 43-45.

47 Maria RABIASZ et Thomas CONNELL, « Leap of Faith : Canadian asset-backed commercial paper often lacks liquidity backup », (2002) 18 *Canadian Treasurer* 29.

48 INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS, *Report on the Subprime Crisis. Final Report*, Mai 2008, p. 4 et 5.

49 *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp.*, (Re) 2008 ONCA 587, par. 19.

24-Ciotola.indb 471 12-12-12 15:11

émissions s'est asséchée. Les conduits ayant émis le PCAA ont fait face à une crise de liquidité puisque les billets venaient à échéance et qu'ils faisaient face à des appels de marge. En principe, les conventions de soutien de liquidité constituaient la solution, mais les banques ont considéré qu'il ne s'agissait pas d'une désorganisation générale du marché. Ainsi, elles ont donc refusé de fournir des prêts d'urgence pour permettre aux conduits d'honorer leurs engagements.

Afin d'éviter une crise plus grave, les principaux participants du marché ont convenu une convention de maintien de statu quo visant les PCAA émis par des conduits établis par des tierce-parties, représentant 32 G $. Cette convention, désignée Accord de Montréal, a mené à la restructuration du marché des PCAA[50].

B. Complexité et gestion des risques : les limites du modèle fondé sur la divulgation

1. La portée de la protection offerte par le régime de divulgation

La contribution de la divulgation obligatoire d'information à l'efficience est tributaire de deux postulats qui ont été remis en cause par la crise financière.

D'abord, cette contribution procède du postulat que les investisseurs sont rationnels dans leur traitement de l'information. Or, l'analyse de l'information par les investisseurs peut être influencée par des biais cognitifs qui créent un phénomène de rationalité limitée[51]. À titre d'exemple, il est bien établi en psychologie comportementale que les individus ont tendance à prendre leur déci-

---

50 *Id.*, par. 23. Voir Jeffrey CARHART et Jay HOFFMAN, « Canada's Asset Backed Commercial Paper Restructuring : 2007-2009 », (2009) 25 *Banking and Finance Law Review* 35.

51 George A. AKERLOF et Robert J. SHILLER, *Animal Spirits : How Human Psychology Drives the Economy, and Why It Matters for Global Capitalism*, Princeton, Princeton University Press, 2009 ; Donald C. LANGEVOORT, « Theories, Assumptions, and Securities Regulation : Market Efficiency Revisited », (1992) 140 *U. Pa. L. Rev.* 851.

24-Ciotola.indb 472 12-12-12 15:11

sion en se fondant sur des renseignements récents qui sont plus frais dans leur mémoire. Sur les marchés financiers, cela se traduit par une propension des investisseurs à suivre les modes. De même, les individus tendent à surestimer leur capacité à analyser l'information[52]. Ils négligent l'impact du hasard sur les « bonnes » décisions qu'ils prennent. En corollaire, les investisseurs ont tendance à faire preuve d'un excès d'optimisme. Ces éléments font en sorte que le prix des actions, s'ils reflètent effectivement rapidement toute l'information disponible publiquement ne constitue pas nécessairement une évaluation exacte de la valeur fondamentale des titres.

La rationalité limitée s'est manifestée en amont de la crise financière alors que les participants au marché ont éprouvé des difficultés à apprécier les probabilités de risque et de rendement associées aux produits titrisés[53]. Plus particulièrement, les investisseurs paraissent avoir analysé les données relatives au risque et rendement des produits titrisés en s'intéressant davantage aux gains qu'aux pertes associés à ces produits, faisant ainsi preuve d'un excès d'optimisme. Ils ont également mis l'accent sur les rendements récents générés par les produits titrisés, négligeant leurs risques. La conjonction de ces deux biais a amené les investisseurs à souffrir de myopie face au désastre imminent.

Deuxièmement, en présumant la rationalité, la divulgation d'information favorise l'efficience à condition que les investisseurs soient en mesure d'apprécier les renseignements. Or, comme l'a fait valoir le professeur Schwarcz, la complexité met à l'épreuve ce postulat[54]. La complexité peut résulter de la nature des titres, des éléments d'actifs sous-jacents ou des marchés sur lesquels ils sont

---

52 Donald C. LANGEVOORT, « Taming the Animal Spirits of the Stock Markets : A Behavioral Approach to Securities Regulation », (2002) 97 *Nw. U. L. Rev.* 135.

53 Iman ANABTAWI et Steven L. SCHWARCZ, « Regulating Systemic Risk : Towards an Analytical Framework », (2011) 86 *Notre Dame L. Rev.* 1, 18 ; Carmen M. REINHART et Kenneth S. ROGOFF, *This Time Is Different. Eight Centuries of Financial Folly*, Princeton, Princeton University Press, 2009.

54 Voir Steven L. SCHWARCZ, « Protecting Financial Markets : Lessons from the Subprime Mortgage Meltdown », (2008) *93 Minn. L. Rev.* 373 ; Steven L.

24-Ciotola.indb 473 12-12-12 15:11

transigés. Dans tous les cas, la complexité diminue l'efficacité de la divulgation comme technique de réglementation puisque la communication d'information ne fait pas en sorte que les investisseurs sont en mesure de comprendre les risques et les rendements des titres financiers.

Il va sans dire que les produits titrisés constituaient l'archétype de titres financiers complexes. La complexité affectait au premier chef les investisseurs individuels peu sophistiqués intéressés par les PCAA. Elle influait également les investisseurs institutionnels qui ne pouvaient consacrer des ressources illimitées à la compréhension des produits titrisés. La complexité a fait en sorte que tant les investisseurs individuels qu'institutionnels ont éprouvé des difficultés à appréhender les risques associés à ce type de titres. La divulgation d'information n'y changeait rien.

2. Le rôle des sentinelles dans la protection des investisseurs

Au sein du marché des produits titrisés, les agences de notation de crédit et les courtiers en valeurs mobilières jouaient un rôle névralgique comme sentinelles. Les agences de notation permettaient de déverrouiller l'accès à la dispense de titres de créance à court terme en octroyant une « note approuvée » attestant de la qualité des titres émis[55]. Les courtiers contribuaient au placement du PCAA aux investisseurs. Or, les enquêtes effectuées dans la foulée de la crise du crédit ont révélé des défaillances importantes de la part de ces deux sentinelles.

Dans le contexte de la crise du crédit, les agences de notation ont été critiquées sévèrement[56]. Les observateurs ont identifié trois

---

SCHWARCZ, « Regulating Complexity in Financial Markets », (2009-2010) 87 *Wash. U. L. Rev.* 211.

55 La dispense de dette à court terme édictée par l'article 2.34 du Règlement 45-106 exige que les titres émis aient reçu une note approuvée d'une agence de notation agréée, tel que défini par le Règlement 81-102 sur les organismes de placement collectif.

56 Pour un sommaire, voir Stéphane ROUSSEAU, « Regulating Credit Rating Agencies after the Financial Crisis : The Long and Winding Road Toward

24-Ciotola.indb 474 12-12-12 15:11

défaillances ayant miné leur contribution au bon fonctionnement du marché.

D'abord, en ce qui concerne la transparence, les critiques soulignent la divulgation inadéquate de la méthodologie, en particulier les postulats et les critères de notation[57], de même que des limites de fiabilité des notes. Finalement, les ANC ne donnaient pas toujours aux investisseurs les données requises pour apprécier la fiabilité de leurs notes[58].

Deuxièmement, des études concernant le rôle des ANC dans la crise du crédit ont mis en doute la qualité du processus de notation[59]. Plus particulièrement, les agences n'auraient pas suffisamment consacré de ressources à la notation des titres adossés à des actifs. Ainsi, elles n'étaient pas toujours en mesure de surveiller adéquatement les titres notés, tardant de ce fait à réviser et, lorsque requis, à diminuer la cote octroyée aux titres qu'elles avaient notés[60]. En outre, les agences n'effectuaient aucune vérification de l'exactitude ou de la qualité des données quant aux prêts sous-jacents aux titres notés[61]. Elles n'exigeaient pas non plus que les émetteurs mènent une telle vérification pour s'assurer de l'intégrité et de la fiabilité de l'information fournie, même si des renseignements erronés pouvaient affecter leur analyse[62].

Accountability », Capital Markets Institute Research Paper, 2009, en ligne : http ://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm ?abstract_id=1456708.

57 SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, *Summary Report of Issues Identified in the Commission's Staff Examinations of Select Credit Rating Agencies*, juillet 2008.

58 INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS, préc., note 48.

59 Pour un compte-rendu détaillé, voir Efraim BENMELECH et Jennifer DUGLOSZ, « The Credit Rating Crisis », NBER Working Paper 15045, juin 2009.

60 INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS, préc., note 48, p. 25.

61 SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, préc., note 57, p. 18 ; FINANCIAL STABILITY FORUM, *Report of the Financial Stability Forum on Enhancing Market and Institutional Resilience*, 2008, p. 35.

62 Floyd NORRIS, « Moody's Official Concedes Failure in some Ratings », *The New York Times*, 26 janvier 2008 ; Roger LOWENSTEIN, « Triple-A Failure », *The New York Times Magazine*, 27 avril 2008.

24-Ciotola.indb 475 12-12-12 15:11

Finalement, l'efficacité des méthodes employées pour noter les titres adossés à des actifs a été questionnée[63].

Troisièmement, le modèle selon lequel les ANC sont payées par les émetteurs pour noter leurs titres soulève un conflit d'intérêts[64]. Les agences peuvent être incitées à minimiser le risque des émetteurs et à gonfler les notes pour maintenir leur clientèle. Dans le contexte de la crise des hypothèques à haut risque, plusieurs facteurs ont exacerbé le conflit d'intérêts relié au mode de rémunération des agences[65]. Concrètement, les conflits d'intérêts ont pu mener les agences à s'accrocher à des critères désuets pour satisfaire la préférence des arrangeurs pour un processus de notation rapide et prévisible.

Les courtiers en valeurs mobilières ont également fait l'objet de critiques relativement à leur rôle dans la crise du PCAA. Les critiques ont été mises en relief dans des études menées par les Autorités canadiennes en valeurs mobilières et l'Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières[66].

Premièrement, les études notent que certains courtiers étaient en conflit d'intérêts puisqu'ils agissaient également à titre de promoteurs de PCAA. Selon les régulateurs, ce conflit d'intérêts peut

---

63 M. CROUHY et S.M. TURNBULL, préc., note 10 ; FINANCIAL STABILITY FORUM, préc., note 61, p. 33 ; Timothy E. LYNCH, « Deeply and Persistently Conflicted : Credit Rating Agencies in the Current Regulatory Environment », Indiana University Maurer School of Law – Bloomington, Research Paper No. 133, 2009, p. 38 ; Joseph R. MASON et Josh ROSNER, « Where Did the Risk Go ? How Misapplied Bond Ratings Cause Mortgage Backed Securities and Collateralized Debt Obligation Market Disruptions », 2007, en ligne : http ://ssrn.com/abstract=1027475.

64 INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS, préc., note 48, p. 10 et 11 ; U.S., SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, *Report on the Role and Function of Credit Rating Agencies in the operation of the Securities Markets*, 2003, p. 41.

65 T.E. LYNCH, préc., note 63, p. 40 et 41 ; R. LOWENSTEIN, préc., note 62.

66 AUTORITÉS CANADIENNES EN VALEURS MOBILIÈRES, Document de consultation 11-405 – *Propositions concernant la réglementation des valeurs mobilières découlant des turbulences sur les marchés du crédit en 2007-2008 et de leur incidence sur le marché canadien des BTAA*, 2008 [ci-après : « *Document de consultation 11-405* »] ; Étude de l'OCRCVM.

24-Ciotola.indb 476 12-12-12 15:11

avoir influé sur les recommandations des courtiers : « Il se peut que des pressions aient été exercées sur des intermédiaires pour qu'ils recommandent les titres émis par un apparenté. »[67]

Deuxièmement, les études soulignent des lacunes dans le processus de contrôle diligent des produits. Ce contrôle, indissociable de l'obligation des courtiers de connaître les produits, n'était pas réalisé avec rigueur. Ni, les PCAA, ni les documents d'information sous-jacents, n'étaient évalués de manière approfondie. Cela faisait en sorte que les PCAA étaient assimilés à des instruments standards du marché monétaire. De plus, les courtiers ne comprenaient pas les garanties de liquidité y étant associées.

Enfin, cette incompréhension des PCAA a marginalisé les questions de convenance. En assimilant les PCAA à des instruments du marché monétaire, les courtiers et leurs représentants prêtaient peu d'attention aux questions liées à la convenance de ces titres. Les PCAA se sont ainsi retrouvés dans les portefeuilles d'investisseurs ayant une faible tolérance au risque, parce que considérés comme étant des titres sûrs.

L'ensemble des défaillances des courtiers a été d'autant plus problématique que la distribution des PCAA s'effectuait par l'entremise d'un placement privé.

III. Avenues de réforme : la route vers la suspicion[68] ?

A. Resserrement de l'encadrement des sentinelles

1. Un régime d'inscription pour les agences de notation

Après une longue période de consultation[69], les ACVM ont proposé de mettre en place un régime d'inscription pour les agences de notation suivant ainsi l'approche empruntée par les États-Unis

---

67 *Document de consultation 11-405*, p. 11.

68 Afin d'alléger la présentation, nous limiterons les références aux dispositions particulières des règlements issus des propositions de réforme.

69 Les ACVM avaient initialement proposé un régime d'inscription fondé sur la divulgation qui se démarquait des approches américaines et européennes dans le *Document de consultation 11-405*.

24-Ciotola.indb 477 12-12-12 15:11

et l'Union européenne[70]. Selon le régime proposé par le *Règlement 25-101 sur les agences de notation désignées*, toute agence souhaitant devenir une « agence de notation désignée » doit déposer une demande auprès du régulateur compétent. La demande fait état de l'organisation et du fonctionnement de l'agence. Elle est accompagnée du code de conduite de l'agence.

Le code de conduite est un élément clef du régime d'inscription. Il doit comporter les dispositions requises par l'Annexe A du Règlement 25-101 qui s'inspirent du Code de conduite de l'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV)[71]. Toute agence de notation désignée doit établir, maintenir et respecter le code de conduite. À cette fin, elle doit nommer un responsable de la conformité chargé de surveiller et d'évaluer la conformité de la conduite de l'agence et des salariés de l'agence de notation désignée à son code de conduite et à la législation en valeurs mobilières.

Suite à l'inscription, l'agence de notation désignée peut octroyer des notes aux valeurs mobilières, lesquelles notes auront un impact réglementaire pour l'émetteur de celles-ci. En contrepartie, elle devient soumise aux exigences réglementaires, ainsi qu'à la surveillance des régulateurs. Ces derniers peuvent avoir recours à leurs pouvoirs d'ordonnance pour réprimander, suspendre, annuler ou restreindre l'inscription. En confiant aux régulateurs la responsabilité de la réglementation et de la supervision des agences, le régime d'inscription vise à améliorer leur imputabilité envers le public.

2. L'obligation des courtiers de connaître les produits

En ce qui concerne les défaillances des courtiers lors de la crise des PCAA, les ACVM que l'OCRCVM se sont principalement con-

---

70 AUTORITÉS CANADIENNES EN VALEURS MOBILIÈRES, *Avis de consultation – Projets de Règlement 25-101 sur les agences de notation désignées d'instructions générales connexes et de modifications corrélatives*, p. 2. Pour une critique, voir Stéphane Rousseau, « A Question of Credibility: Enhancing the Accountability and Effectiveness of Credit Rating Agencies », Toronto, C.D. Howe Institute, Commentary No. 356, 2012.

71 INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS, *Code of Conduct Fundamentals for Credit Rating Agencies, 2008.*

24-Ciotola.indb 478 12-12-12 15:11

centrées sur l'obligation de connaître les produits. L'obligation de connaître les produits tire son fondement de l'obligation de convenance[72]. Comme le rappelle le personnel des ACVM, l'obligation de convenance nécessite que les personnes inscrites connaissent bien les objectifs et les besoins de placements généraux de leurs clients, ainsi que les caractéristiques et les risques des produits[73]. Ces obligations sont indissociables du rôle de sentinelle des courtiers[74]. De plus, puisqu'elle est associée à la participation d'une personne inscrite à une opération, l'obligation de connaître les produits s'applique tant aux valeurs mobilières émises par voie de prospectus que de placement privé.

L'obligation de connaissance des produits nécessite une compréhension de la structure et des caractéristiques des valeurs mobilières, y compris les coûts, les risques et les critères d'admissibilité. Selon le personnel des ACVM, l'intermédiaire a l'obligation de connaître *parfaitement* les produits. L'utilisation de l'adverbe « parfaitement » est certainement malheureuse en ce qu'elle a pour effet de qualifier cette obligation d'obligation de résultat. Imposer une telle intensité à l'obligation de connaître les produits ne paraît ni souhaitable, ni réaliste. Cette approche tranche avec l'interprétation jurisprudentielle dominante selon laquelle les courtiers sont soumis à une obligation de moyens.

Du reste, les régulateurs formulent des recommandations destinées à guider les intermédiaires dans le respect de l'obligation de connaissance des produits[75]. Pour s'acquitter de cette obligation, les courtiers doivent se doter de procédures de reconnaissance

---

72 Stéphane ROUSSEAU, « L'obligation du courtier de connaître son client en droit des valeurs mobilières canadien », (2008) *Revue de droit bancaire et financiers* 60.

73 Avis 33-315 du personnel des Autorités canadiennes en valeurs mobilières, *Obligations d'évaluation de la convenance au client et de connaissance du produit*, 2009 [Ci-après : « Avis 33-315 »]. Voir aussi ORGANISME CANADIEN DE RÉGLEMENTATION DU COMMERCE DES VALEURS MOBILIÈRES, Note d'orientation 09-0087, *Pratiques exemplaires de contrôle diligent des produits,* 23 mars 2009.

74 *Id*.

75 Avis 33-315, préc., note 73 ; OCRCVM, préc., note 73.

24-Ciotola.indb 479 12-12-12 15:11

écrites pour évaluer tout nouveau produit qu'ils envisagent distribuer. Les procédures de contrôle diligent doivent viser à mieux comprendre le produit au regard des particularités des clientèles individuelles et institutionnelles, et ce, avant de décider de sa vente par les représentants. La nature de ce contrôle diligent varie en fonction des valeurs mobilières en cause.

Ainsi, le personnel des ACVM signale que les produits d'investissement complexes (y compris les nouveaux produits ou les produits dont la structure n'est pas transparente) pourraient nécessiter un examen plus approfondi que les produits plus simples. De même, les produits vendus en vertu d'un régime d'une dispense de prospectus pourraient nécessiter un examen plus approfondi en raison de l'information limitée disponible à leur sujet. Dans le cadre de ce contrôle diligent, les courtiers peuvent cependant s'appuyer sur l'information factuelle et sur les documents d'information des émetteurs, tout en faisant preuve d'esprit critique.

B. Bonification du régime de divulgation pour les produits titrisés émis par voie de prospectus

La divulgation obligatoire d'informations demeure au centre de la stratégie réglementaire employée pour encadrer l'émission des « produits titrisés ». Les projets de *Règlement 41-103 sur les obligations d'information supplémentaires relatives au prospectus applicables aux produits titrisés* et de *Règlement 51-106 sur les obligations d'information continue applicables aux produits titrisés* publiés récemment par les ACVM illustrent clairement ce choix[76].

---

[76] Avis de consultation, Projet de *Règlement 41-103 sur les obligations d'information supplémentaires relatives au prospectus applicables aux produits titrisés,* Projet de *Règlement 51-106 sur les obligations d'information continue applicables aux produits titrisés*, Projet de *Règlement modifiant le Règlement 52-109 sur l'attestation de l'information présentée dans les documents annuels et intermédiaires des émetteurs*, Projet de *Règlement modifiant le Règlement 45-106 sur les dispenses de prospectus et d'inscription*, Projet de *Règlement modifiant le Règlement 45-102 sur la revente de titres* (2011) 8:13 Bull. A.M.F. 632 [ci-après : « *Projet de réglementation des produits titrisés* »].

24-Ciotola.indb 480 12-12-12 15:11

Ce projet propose un régime de divulgation adapté aux produits titrisés[77].

Concrètement, sur le marché primaire, le projet de *Règlement 41-103* propose de bonifier la divulgation d'information lors de l'émission de produits titrisés par voie de prospectus. Les obligations de divulgation additionnelles visent à mieux rendre compte des particularités des produits titrisés, telles que les parties impliquées, la structure de l'opération, le rehaussement de crédit et les caractéristiques des éléments d'actifs sous-jacents qui sont la source des rendements et des risques. Ces obligations de divulgation se veulent conformes aux Principes de l'OICV sur l'information relative aux titres adossés à des actifs[78].

Sur le marché secondaire, les ACVM proposent d'ajouter de nouvelles obligations d'information continue à celles existant déjà en vertu du *Règlement 51-102 sur les obligations d'information*. Selon le projet de Règlement 51-106, l'émetteur de produits titrisés qui est un émetteur assujetti a l'obligation de produire un rapport sur les paiements effectués et la performance enregistrée par le portefeuille au cours de la dernière période de paiement. L'émetteur assujetti est également tenu de publier et de déposer sans délai un communiqué annonçant un « évènement significatif », tel que défini dans le règlement, et de déposer dans les deux jours ouvrables suivants une déclaration décrivant l'évènement[79].

---

77 Le projet de règlement propose de définir de manière large la notion de produits titrisés. Selon la définition, la notion comprend les titres donnant droit à des paiements issus d'actifs financiers générateurs de liquidités, tels que des prêts, des baux et des créances, de même que les titres adossés à des actifs qui sont eux-mêmes des titres, tels que des obligations et d'autres produits titrisés comme des titres adossés à des créances hypothécaires résidentielles. La définition englobe également les titres donnant droit à des paiements découlant d'actifs « synthétiques », comme des swaps sur défaillance ou d'autres dérivés.

78 *Projet de réglementation des produits titrisés*, p. 642.

79 L'émetteur assujetti demeure par ailleurs tenu de l'obligation de déclarer tout changement important conformément au *Règlement 51-102 sur les obligations d'information continue*.

24-Ciotola.indb 481 12-12-12 15:12

En outre, le projet de Règlement 51-106 impose des obligations de divulgation au gestionnaire[80]. Premièrement, tout gestionnaire dont les activités de gestion concernent plus de 5 % des actifs en portefeuille a l'obligation d'évaluer son respect des normes de gestion énoncées dans le règlement. Dans son rapport, le gestionnaire est tenu de préciser, pour chaque norme, s'il l'a respectée ou non pendant le dernier exercice de l'émetteur assujetti. Le rapport du gestionnaire doit être audité. Le gestionnaire doit fournir le rapport à l'émetteur assujetti, lequel est ensuite tenu de le déposer soit à la date du dépôt de sa notice annuelle ou de ses états financiers annuels et de son rapport de gestion annuel, s'ils ont été déposés après. Le rapport de gestion de l'émetteur assujetti doit comprendre un exposé de tout cas notable de non-respect des normes de gestion applicables.

Deuxièmement, le gestionnaire est tenu de fournir à l'émetteur assujetti une attestation énonçant la mesure dans laquelle il a respecté le contrat de gestion applicable pendant le dernier exercice de l'émetteur assujetti. L'émetteur assujetti doit déposer l'attestation soit à la date du dépôt de sa notice annuelle ou de ses états financiers annuels et de son rapport de gestion annuel, s'ils ont été déposés après.

L'ensemble de ces obligations d'information continue s'inspire de la *Regulation AB* de la Securities and Exchange Commission[81]. Elles intègrent aussi des éléments jugés pertinents dans la proposition de la SEC d'avril 2010. L'intention des ACVM est de rehausser la cohérence et la comparabilité de l'information continue pour les produits titrisés.

---

80 Le « gestionnaire » est la personne chargée de la gestion ou du recouvrement des actifs en portefeuille ou des répartitions ou des paiements aux porteurs de produits titrisés, à l'exception du fiduciaire d'un émetteur de produits titrisés ou du fiduciaire de produits titrisés qui fait les répartitions ou les paiements.

81 *Projet de réglementation des produits titrisés*, p. 642.

24-Ciotola.indb 482 12-12-12 15:12

C. Restrictions de l'accessibilité des produits titrisés

Les ACVM proposent un nouveau régime de dispense de prospectus pour le placement de produits titrisés. Le régime propose d'introduire deux importantes réformes.

Le premier volet de la réforme vise à restreindre la catégorie d'investisseurs autorisés à investir dans des produits titrisés. Selon le projet, le placement privé de produits titrisés ne pourrait être réalisé que conformément à une nouvelle dispense visant expressément des valeurs mobilières édictée par le nouvel article 2.44 du Règlement 45-106. Plus particulièrement, cette disposition prévoit que la dispense ne vise que le placement de produits titrisés auprès « d'investisseurs admissibles en produits titrisés ». Cette catégorie d'investisseurs s'apparente aux « investisseurs qualifiés », déjà reconnus par le Règlement 45-106, mais exclut les personnes physiques, sauf celles qui justifient d'actifs financiers nets d'au moins 5 M $. Avec cette approche, les ACVM viennent ainsi fermer l'accès aux produits titrisés, incluant aux PCAA, aux investisseurs individuels, sauf les plus fortunés. C'est ce que notent les ACVM : « Généralement, les autres investisseurs ne pourraient souscrire de produits titrisés que si le placement était effectué sous le régime de prospectus. »

Le second volet se traduit par l'imposition d'obligations de communication d'information lors de l'émission des produits titrisés et en continu par la suite. À cette fin, le projet effectue une distinction entre les produits titrisés à court terme, les billets à ordre et les billets de trésorerie dont l'échéance est prévue dans un an ou moins, et les produits titrisés autres qu'à court terme.

Ainsi, lors du placement initial de produits titrisés en vertu de la dispense, l'émetteur doit transmettre une notice d'information à chaque souscripteur au plus tard le jour de la souscription. Pour les produits titrisés autres qu'à court terme, le projet ne fournit pas d'exigences spécifiques de divulgation. La notice d'information doit fournir suffisamment d'information sur les produits titrisés et l'opération s'y rapportant pour permettre à un souscripteur éventuel de prendre une décision d'investissement éclairée. De plus, la notice doit se conformer aux obligations générales de divulgation que nous présenterons ci-dessous.

24-Ciotola.indb 483 12-12-12 15:12

Pour les produits titrisés à court terme, le projet propose d'encadrer le contenu de la notice d'information plus étroitement avec l'Annexe 45-106A7. Le règlement comporte des exigences spécifiques relativement à la notice d'information qui couvrent les principales modalités des produits. Selon les ACVM, il est nécessaire de procéder ainsi pour les produits à court terme parce « que la transparence et l'uniformité de l'information revêtent une importance particulière pour la stabilité des marchés de produits titrisés à court terme ». En outre, lors « des périodes d'instabilité financière, le manque d'information pertinente sur la qualité des actifs sous-jacents à un programme de PCAA et aux lignes de liquidité peut amener les investisseurs à refuser, à tort, les nouvelles souscriptions de PCAA, ce qui peut amplifier le risque de gel du marché dans son ensemble et concourir à une crise de liquidité ».

Par ailleurs, lors du placement de produits titrisés, la notice d'information doit comprendre les informations générales suivantes : les droits d'action contractuels ou légaux en cas d'information fausse, les restrictions à la revente des titres, une attestation d'absence d'information fausse du chef de la direction, du chef des finances, du promoteur et du promoteur de produits titrisés, ainsi qu'une attestation d'absence d'information fausse signée par chaque preneur ferme, à sa connaissance.

Une fois les produits titrisés placés en vertu de la dispense, l'émetteur non assujetti est soumis à un régime d'information périodique et occasionnelle. Pour les produits titrisés autres qu'à court terme, l'émetteur doit établir un rapport sur les paiements et la performance conforme et le rendre disponible sur son site Web. L'émetteur a également l'obligation de produire une déclaration d'évènement significatif à chaque occurrence.

Pour les produits titrisés à court terme, l'émetteur doit produire un rapport d'information mensuel qui actualise l'information transmise dans la notice d'information et fournit des renseignements sur le programme de titrisation. De plus, l'émetteur est tenu d'établir un rapport d'information occasionnelle concernant tout changement dans l'information contenue dans le dernier rapport mensuel ou la dernière notice d'information ou tout évènement modifiant les paiements ou la performance du portefeuille, dans la mesure

24-Ciotola.indb 484 12-12-12 15:12

où ils sont raisonnablement nécessaires à un investisseur pour prendre une décision d'investissement éclairée. L'émetteur doit afficher le rapport d'information occasionnelle sur un site Web au plus tard deux jours ouvrables après la date de l'évènement.

Finalement, afin de maintenir la transparence, les émetteurs ont l'obligation de fournir à tout porteur qui a souscrit des produits titrisés sous le régime d'une dispense de prospectus un accès raisonnable et ininterrompu à la notice d'information et aux divers documents d'information périodique et occasionnelle jusqu'au premier anniversaire de la date à laquelle le produit titrisé cesse d'être en circulation. Les émetteurs sont aussi tenus de fournir un accès raisonnable à ces documents à toute personne qui le demande et qui est un investisseur éventuel répondant à la définition de l'investisseur admissible en produits titrisés. Les émetteurs peuvent exiger des engagements de confidentialité et prendre des mesures garantissant que l'investisseur éventuel correspond à cette définition.

De l'aveu même des ACVM, ces modifications « marquent une rupture avec le régime réglementaire actuel du marché dispensé ». De fait, elles tranchent avec l'opinion formulée en 2008 dans l'Avis 11-405 qui concluait qu'il n'était pas opportun d'ajouter une obligation de divulgation comme condition d'ouverture d'une dispense de prospectus. Aussi, il n'est pas surprenant que la lecture du projet dénote une certaine hésitation de la part des régulateurs face à cette réforme. L'hésitation transparaît de la liste de questions soulevées par les ACVM, dont certaines remettent implicitement en cause la réforme proposée.

Conclusion

Le risque est inhérent aux marchés financiers. Dans son acception classique, il réfère à la fluctuation de la valeur des titres financiers ou, autrement dit, à leur volatilité. Selon cette acception, s'il est hautement pertinent pour les décisions d'investissement, le risque n'est pas pour autant déstabilisateur ou préoccupant. La théorie financière moderne fournit des instruments permettant de gérer et d'atténuer le risque financier. Toutefois, pour que ces instruments fonctionnent, le marché financier doit avoir un niveau

24-Ciotola.indb 485 12-12-12 15:12

d'efficience informationnelle permettant la prise en compte des caractéristiques des titres lors des décisions d'investissement. En ce sens, la réglementation contemporaine repose sur la transparence.

À l'instar des fraudes financières du début des années 2000 qui avaient ébranlé l'approche volontaire au centre du modèle de gouvernance d'entreprise nord-américain, la récente crise du crédit a fait ressortir les limites de la transparence comme mode d'encadrement du secteur financier. Comme nous avons pu le constater dans notre étude de l'effondrement du papier commercial adossé à des actifs, la complexité des instruments financiers a mis à l'épreuve la transparence. Joint aux défaillances des sentinelles, la complexité a contribué à la création d'un environnement qui a miné l'efficacité des instruments de gestion du risque.

Conscientes de ces défaillances, les autorités réglementaires canadiennes ont amorcé une révision de l'encadrement des segments du secteur des valeurs mobilières ayant été affectés par la crise. Cette révision fait ressortir la volonté des régulateurs de préserver le modèle fondé sur la transparence, plutôt que d'effectuer un retour vers une approche fondée sur un contrôle plus étroit des émissions de titres. Elle mise ainsi sur un renforcement des obligations de divulgation d'informations, ainsi que sur un resserrement des règles régissant les sentinelles. Sans revenir à une approche «*Blue Sky*», les régulateurs proposent néanmoins de restreindre l'accès des investisseurs individuels à certaines formes d'investissement jugées trop risquées ou complexes pour ceux-ci. En parallèle, ils cherchent à instaurer la suspicion chez les investisseurs afin d'éviter qu'ils fassent preuve d'une trop grande crédulité. La question qui se pose maintenant est toutefois la suivante : ces modifications ponctuelles du cadre réglementaire seront-elles suffisantes pour permettre une meilleure gestion des risques financiers ou sera-t-il nécessaire de réaliser des réformes plus en profondeur ?

24-Ciotola.indb 486 12-12-12 15:12

L'ENTENTE SUR MESURES VOLONTAIRES DE LA *LOI SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE* SOUS LE REGARD D'UN CIVILISTE

Alain ROY*

I. PERSPECTIVES DESCRIPTIVES 491
A. L'intervention sociale 493
B. L'intervention judiciaire 498
II. PERSPECTIVES CRITIQUES 500
A. Un consentement parental relatif 505
B. La présence d'un sujet de droit incapable 510
C. Le faux-fuyant disciplinaire 513
CONCLUSION 515

* Docteur en droit. Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. L'auteur remercie chaleureusement pour leurs lecture et commentaires, le professeur Jean-Guy Belley de la Faculté de droit de l'Université McGill ; Mme Marie-Lyne Bergeron, psycho-éducatrice, M.Sc., LL. B ; Me Hugues Létourneau, avocat à la Direction du contentieux au Centre jeunesse de Montréal – Institut universitaire ; Me Julie McCann, chargée d'enseignement à la Faculté de droit de l'Université Laval ; Me Éric Nadeau, avocat au Centre communautaire juridique de la Rive-Sud ; la professeure Danielle Pinard de la Faculté de droit de l'Université de Montréal ; Monsieur Jacques R. Roy, juge à la Cour du Québec (Chambre de la jeunesse) ; Mme Anne-Marie Trahan, juge retraitée de la Cour supérieure du Québec et Me Dominique Trahan, directeur du bureau jeunesse de l'aide juridique de Montréal. Les opinions exprimées dans le présent article n'engagent évidemment que l'auteur.

24-Ciotola.indb 487 12-12-12 15:12

24-Ciotola.indb 488 12-12-12 15:12

Le Code civil auquel le professeur Pierre Ciotola a consacré sa brillante carrière recèle des richesses que l'on ne soupçonne pas au premier abord. Non seulement le législateur y énonce-t-il les règles régissant les rapports qu'entretiennent les personnes entre elles et avec leurs biens, mais il y reconnaît également, de manière expresse ou implicite, certaines valeurs à la base du droit québécois. Cette vocation subsidiaire, qui consacre la place toute particulière qu'occupe le Code civil dans l'ordonnancement législatif du Québec, se déduit de sa disposition préliminaire :

> « Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne (c. C-12) et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens. Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger. »

Malgré l'importance qu'elle revêt, cette disposition est souvent ignorée. Le juriste se saisira généralement de son Code civil non pas pour connaître les valeurs ou principes fondateurs qui sous-tendent les articles qui le composent, mais pour trouver la réponse à une question de droit bien précise. Les fondements des règles énoncées seront dès lors tenus pour acquis, sans qu'on en mesure nécessairement toute la portée.

Pour apprécier une œuvre d'art, il faut s'en éloigner de quelques pas. La même sagesse pourrait bien s'appliquer au Code civil. Rien de mieux qu'un peu de distance pour percevoir les dimensions qui, à l'usage, passent trop souvent inaperçues. La préparation d'un cours en droit de la jeunesse m'a récemment donné l'occasion d'un tel recul. Abandonnant le Code civil pour la *Loi sur la protection de la jeunesse*[1] (ci-après : « LPJ »), je me suis surpris à revenir vers mon instrument de prédilection dans une perspective toute autre ; il ne s'agissait plus d'y rechercher un article pré-

[1] L.R.Q., c. P-34.1.

24-Ciotola.indb 489 12-12-12 15:12

cis, mais d'y redécouvrir certaines des valeurs fondamentales qui le cimentent.

Les quelques pages qui suivent représentent le fruit des réflexions qu'a suscité chez moi l'analyse des dispositions contenues dans la LPJ. À certains égards, la manière dont cette loi aborde le sujet de droit qu'est l'enfant m'a laissé perplexe. Dans le cadre de ce qu'il est convenu d'appeler le « régime volontaire », la LPJ semble appréhender l'enfant sous protection dans une perspective qui heurte certaines des valeurs mises de l'avant par le Code civil au profit des personnes vulnérables. Si celles-ci bénéficient d'une surveillance judiciaire sans faille dans le Code civil, l'enfant soumis à la LPJ peut quant à lui faire l'objet de mesures de protection qu'aucun juge n'aura jamais l'occasion de valider. Ici, la perplexité fait place à l'inquiétude.

Les propos qui suivent peuvent paraître pamphlétaires. Mieux vaut en aviser le lecteur. Il convient également de bien situer la réflexion proposée. Celle-ci fait appel aux principes et non aux pratiques. En affirmant mon attachement à certaines valeurs civilistes, je ne pose aucun jugement sur le travail effectué par les intervenants sociaux auprès des enfants sous protection ou en voie de l'être. Je demeure d'ailleurs convaincu qu'une vaste majorité d'entre eux s'acquittent admirablement bien de leurs tâches. Ma réflexion ne postule pas non plus la supériorité du droit et de ses agents sur les autres disciplines. C'est uniquement au nom des valeurs sociales qui, dans nos sociétés occidentales, confèrent au tribunal un rôle d'ultime régulateur que je me permettrai ici d'en faire la promotion[2].

[2] Il importe de souligner que la réforme annoncée du *Code de procédure civile* ne change en rien ce principe. Si l'Avant-projet fait une plus grande place aux modes alternatifs de résolution des différends, il n'élimine pas pour autant la nécessité d'une présence judiciaire en bout de processus, là où celle-ci apparaît nécessaire pour garantir la protection des droits en cause. Voir *Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, 2e sess., 39e légis. (QC).

24-Ciotola.indb 490 12-12-12 15:12

I. Perspectives descriptives

Adoptée en 1977[3], la LPJ a fait l'objet de plusieurs modifications majeures au cours des dernières années. Soucieux d'améliorer le fonctionnement des mécanismes qui y sont prévus, que ce soit sur le plan clinique, organisationnel ou judiciaire, le gouvernement n'a pas hésité à constituer différents groupes de travail susceptibles d'éclairer ses interventions[4]. La dernière réforme en lice, adoptée en 2006, incorpore d'ailleurs plusieurs des recommandations formulées par les experts consultés[5].

Les réaménagements successifs n'ont toutefois pas modifié la structure générale de la loi. Depuis 1977, celle-ci prévoit deux grands régimes complémentaires : l'intervention sociale qu'on retrouve au chapitre IV de la loi, et l'intervention judiciaire, qui se situe au chapitre V[6]. Chacun des régimes met en place un processus au terme duquel une décision sera prise quant à la situation de

---

3 La loi a été sanctionnée le 19 décembre 1977 et est entrée en vigueur, dans sa globalité, le 15 février 1979.

4 D'importants rapports d'études sont issus de ces travaux, parmi lesquels on retrouve notamment « Un Québec fou de ses enfants » (Rapport Bouchard), ministère de la Santé et des Services sociaux, Québec, 1991 ; « La protection sur mesure : un projet collectif » (Rapport Harvey II), ministère de la Santé et des services sociaux, Québec, 1991 ; « La protection de la jeunesse : plus qu'une loi » (Rapport Jasmin I), ministère de la Santé et des services sociaux et ministère de la Justice, Québec, 1992 ; « Les jeunes contrevenants : au nom... et au-delà de la loi » (Rapport Jasmin II), ministère de la Justice et ministère de la Santé et des Services sociaux, Québec, 1995 ; « La protection des enfants au Québec : une responsabilité à mieux partager » (Rapport Dumais), ministère de la Santé et des Services sociaux, Québec, 2004 et « L'intervention judiciaire en matière de protection de la jeunesse : constats, difficultés et pistes de solution » (Rapport Turmel), Québec, ministère de la Justice, 2004.

5 *Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2006, c. 34 (Projet de loi n° 125).

6 Sur la notion de complémentarité des institutions en matière de protection de la jeunesse, voir Oscar D'Amours, « La complémentarité des institutions dans le domaine de la protection », (1993) 23 *R.D.U.S.* 289.

24-Ciotola.indb 491 12-12-12 15:12

compromission affectant l'enfant[7] et, le cas échéant, quant aux mesures de protection susceptibles d'y mettre fin. Dans le premier cas, la décision jaillira de la concertation du DPJ, des parents et de l'enfant, s'il a atteint l'âge de 14 ans, alors qu'elle résultera d'une ordonnance du tribunal dans le second.

Que l'on soit dans le cadre du régime volontaire ou du régime judiciaire, le législateur se montre soucieux d'assurer le respect des droits de l'enfant en situation de compromission. D'une part, la loi oblige les personnes qui assument des responsabilités envers l'enfant à « l'informer aussi complètement que possible, ainsi que ses parents » des droits qui leur sont conférés, notamment du droit de consulter un avocat et des droits d'appel qui leur sont octroyés[8]. D'autre part, toutes les décisions prises en application de la loi « [...] doivent l'être dans l'intérêt de l'enfant et dans le respect de ses droits »[9]. Si les droits d'un enfant en difficulté ont été lésés par des personnes, des organismes ou des établissements, le tribunal pourra ordonner que soit corrigée la situation[10].

---

7 Selon l'article 38 LPJ, « [...] la sécurité ou le développement d'un enfant est considéré comme compromis lorsqu'il se retrouve dans une situation d'abandon, de négligence, de mauvais traitements psychologiques, d'abus sexuels ou d'abus physiques ou lorsqu'il présente des troubles de comportement sérieux ». Selon l'article 38.1, « [...] la sécurité ou le développement d'un enfant peut être considéré comme compromis : *a)* s'il quitte sans autorisation son propre foyer, une famille d'accueil ou une installation maintenue par un établissement qui exploite un centre de réadaptation ou un centre hospitalier alors que sa situation n'est pas prise en charge par le directeur de la protection de la jeunesse ; *b)* s'il est d'âge scolaire et ne fréquente pas l'école ou s'en absente fréquemment sans raison ; c*)* si ses parents ne s'acquittent pas des obligations de soin, d'entretien et d'éducation qu'ils ont à l'égard de leur enfant ou ne s'en occupent pas d'une façon stable, alors qu'il est confié à un établissement ou à une famille d'accueil depuis un an ».

8 LPJ, art. 5.

9 LPJ, art. 3.

10 LPJ, art. 91 al. 4.

24-Ciotola.indb 492 12-12-12 15:12

A. L'intervention sociale

Le régime d'intervention sociale confère au DPJ plusieurs pouvoirs, dont celui de proposer une entente sur mesures volontaires (ci-après « EMV ») aux parents de l'enfant ainsi qu'à l'enfant lui-même, s'il a atteint l'âge de 14 ans[11]. Dans le cadre d'une telle entente, chacune des parties sera appelée à reconnaître la situation de compromission dans laquelle se trouve l'enfant et à consentir aux mesures de protection envisagées pour y mettre fin, sans que le tribunal n'ait à intervenir[12]. Les mesures proposées par le DPJ devront favoriser le maintien de l'enfant dans son milieu d'origine[13]. Ainsi, tout en conservant la garde de leur enfant, des parents ayant fait preuve de négligence envers lui pourraient s'engager à modifier leurs habitudes de vie et à rendre compte de l'évolution de la situation au DPJ. Cependant, si le contexte l'exige, les mesures pourraient prévoir l'hébergement de l'enfant auprès d'une personne significative de son entourage ou, à défaut, dans une famille d'accueil ou un centre de réadaptation[14].

---

11 LPJ., art. 52. L'enfant de moins de 14 ans n'est pas partie à l'EMV, mais le DPJ doit néanmoins favoriser son adhésion. Dans certaines circonstances, une EMV pourra être conclue avec un seul des parents. Voir LPJ, art. 32 al. 3 et 52.1.

12 Pour une perspective historique de l'EMV, voir Oscar D'AMOURS, « De la déjudiciarisation : élément d'un nouveau contrat social », (1978) 52 *Intervention* 34. Selon des données inédites provenant du Centre jeunesse de Montréal – Institut universitaire (Direction des services professionnels et affaires universitaires), c'est plus de 500 EMV qui ont été conclues entre le 1er mai 2011 et le 30 avril 2012 sur le territoire relevant de sa compétence.

13 Les mesures envisageables sont prévues à l'article 54 LPJ.

14 LPJ, art. 4 : « Toute décision prise en vertu de la présente loi doit tendre à maintenir l'enfant dans son milieu familial. Lorsque, dans l'intérêt de l'enfant, un tel maintien dans son milieu familial n'est pas possible, la décision doit tendre à lui assurer, dans la mesure du possible auprès des personnes qui lui sont les plus significatives, notamment les grands-parents et les autres membres de la famille élargie, la continuité des soins et la stabilité des liens et des conditions de vie appropriées à ses besoins et à son âge et se rapprochant le plus d'un milieu familial. De plus, l'implication des parents doit toujours être favorisée dans la perspective de les amener et de les aider à exercer leurs responsabilités parentales. [...] »

24-Ciotola.indb 493 12-12-12 15:12

L'EMV doit être conclue à l'intérieur d'un court délai à compter du moment où le DPJ constate la compromission de l'enfant[15]. Si, à l'intérieur de ce délai, le DPJ n'arrive pas à rallier les parents et l'enfant, il n'aura alors d'autre choix que de saisir le tribunal. S'il y a entente, les mesures convenues seront déployées, mais elles n'auront de portée que jusqu'à ce que l'une ou l'autre des parties s'en retire[16]. Chacune d'elle, y compris le DPJ, demeurera donc libre de s'y soustraire à tout moment.

L'entente doit être consignée par écrit et sa durée ne peut excéder un an. Des ententes additionnelles pourront toutefois se greffer à la première, mais conjuguées l'une à l'autre, leur durée totale ne pourra jamais dépasser deux ans[17]. Si l'entente prévoit le retrait de l'enfant de son milieu d'origine et son hébergement auprès d'un tiers ou dans une ressource alternative, d'autres limites temporelles devront être considérées. Suivant l'article 53.0.1 LPJ introduit en 2006, une mesure d'hébergement ne peut excéder 12 mois si l'enfant a moins de deux ans ; 18 mois s'il est âgé de deux à cinq ans et 24 mois s'il est âgé de 6 ans et plus[18].

Évidemment, l'EMV ne sera envisagée par le DPJ que si les parents et l'enfant font preuve d'ouverture et manifestent en toute connaissance de cause leur intention de collaborer au règlement de la situation problématique. L'état d'esprit qui les anime et leurs capacités de se mobiliser dans le meilleur intérêt de l'enfant s'avèrent donc déterminants :

---

15 Selon l'article 52 al. 3 LPJ, « [l]e directeur doit saisir le tribunal de la situation de l'enfant si aucune entente n'est intervenue dans les 10 jours et que la sécurité ou le développement de l'enfant demeure compromis ». Voir également art. 47.1 al. 2 si des mesures de protection immédiates ont été préalablement appliquées.

16 LPJ, art. 53.1.

17 *Id*, art. 53.

18 Intégrées à la LPJ lors de la réforme de 2006, ces durées maximales d'hébergement traduisent la philosophie et l'orientation à la base de la législation. Le législateur limite désormais les placements provisoires pendant lesquels l'enfant ne peut développer de liens d'attachement durables. Les durées reflètent également le principe énoncé à l'article 2.4(5) selon lequel la notion de temps chez l'enfant est différente de celle des adultes.

24-Ciotola.indb 494 12-12-12 15:12

> « Les parents et, s'il y a lieu, l'enfant, reconnaissent suffisamment l'existence de la situation de compromission et la nécessité de mettre fin à cette situation ; démontrent qu'ils veulent changer cette situation et qu'ils sont prêts à s'engager à collaborer à l'application des mesures pour corriger la situation ; présentent les capacités ou le potentiel nécessaires pour s'engager de façon efficace dans l'application des mesures envisagées. »[19]

La rationalité juridique et clinique de l'EMV ne fait aucun doute. Sur le plan juridique, on peut justifier l'EMV en recourant aux dispositions portant sur l'autorité parentale des père et mère de l'enfant[20]. Puisqu'ils conservent l'autorité parentale malgré la situation de compromission, libre à eux d'adhérer au cadre d'intervention proposé par le DPJ. La LPJ reconnaît d'ailleurs le principe de primauté parentale en termes clairs : « [l]a responsabilité d'assumer le soin, l'entretien et l'éducation d'un enfant et d'en assurer la surveillance incombe en premier lieu à ses parents »[21]. L'intervention du DPJ ne dépossède donc pas les parents de leurs prérogatives[22]. Quant à l'enfant de 14 ans et plus, il bénéficie depuis quelques décennies d'une marge d'autonomie considérable dans différentes sphères du droit privé[23]. Il apparaît donc légitime de lui reconnaître le statut de partie à l'EMV[24].

---

19 *Manuel de référence sur la protection de la jeunesse*, Ministère de la Santé et des services sociaux, Québec, 2010, p. 492.

20 C.c.Q., art. 599 et suiv. V. également Claude BOISCLAIR, « L'entente sur les mesures volontaires dans la Loi sur la protection de la jeunesse », (1982) 13 *R.D.U.S.* 143, 147.

21 LPJ, art. 2. Voir d'ailleurs *Protection de la jeunesse ñ 1019*, J.E. 2010-1197 (C.Q.).

22 Lorsque l'enfant est sous protection, seul le tribunal peut ordonner que l'exercice de certains attributs de l'autorité parentale soit retiré aux parents : LPJ, art. 91(n).

23 Édith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 4e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, n° 473 et suiv., p. 410 et suiv.

24 Notons que l'enfant de 14 ans et plus s'est vu reconnaître le statut de partie à l'EMV dès l'adoption de la LPJ en 1977. Voir à ce propos C. BOISCLAIR, préc., note 20, 168 et suiv.

24-Ciotola.indb 495 12-12-12 15:12

Aux yeux du civiliste, la rationalité juridique de l'EMV peut également trouver appui, par analogie, dans les dispositions du Code civil qui encadrent le droit à l'intégrité des personnes dont l'état de santé requiert des soins[25]. En effet, il est possible d'assimiler l'EMV à un « soin requis » par l'état de santé psychosociale de l'enfant[26] dont l'application dépend de l'obtention des consentements et autorisations prescrits par l'article 14 du Code civil. Or, en vertu de cette disposition, il revient aux parents de consentir aux soins requis par leur enfant si celui-ci a moins de 14 ans. Le tribunal ne sera interpelé que dans la mesure où les parents s'opposent aux soins[27]. Ici, l'analogie est parfaite : tant le Code civil que la LPJ reconnaissent aux parents le pouvoir d'autoriser l'intervention sans autre formalité, le tribunal n'étant appelé à s'interposer dans le processus qu'à la suite d'un refus parental. L'analogie est moins parfaite en ce qui concerne l'enfant de 14 ans ou plus. Selon le Code civil, ce dernier peut consentir seul aux soins requis par son état de santé[28] ; en cas de refus, le tribunal pourrait toutefois le forcer à s'y soumettre[29]. Le Code civil consacre l'autonomie du mineur de 14 ans ou plus, mais comme on le remarque, il exclut les parents du processus décisionnel[30]. En revanche, la LPJ maintient leur implication parallèlement au statut qu'elle reconnaît à l'adolescent. Bien que celui-ci ait atteint l'âge de 14 ans et qu'il soit partie à l'EMV, les parents restent présents. La raison en est simple : les parents d'un enfant en situation de compromission représentent dans la majorité des cas une part du problème et une réponse à sa résolution, et ce, quel que soit l'âge de l'enfant. Il convient

25 C.c.Q., art. 10 et suiv.

26 L'expression « soins » doit recevoir une interprétation large. Selon l'article 11 C.c.Q., il peut s'agir d' « [...] examens, de prélèvements, de traitements ou de toute autre intervention ». Les soins peuvent être préventifs ou curatifs, relatifs à la santé physique ou à la santé psychologique ou mentale.

27 C.c.Q., art. 16.

28 C.c.Q., art. 14 al. 2.

29 C.c.Q., art. 16 al. 2.

30 Notons que s'il y a urgence et que la vie de l'enfant est en danger ou son intégrité menacée, le consentement des parents remplacera l'autorisation du tribunal autrement requise : C.c.Q., art. 16 al. 2.

24-Ciotola.indb 496 12-12-12 15:12

donc de les intégrer au cadre d'intervention en toutes circonstances et d'obtenir leur collaboration. La rationalité juridique de l'EMV cède ici le pas aux considérations cliniques.

Si le législateur permet aux parents et à l'enfant de s'entendre avec le DPJ au moyen d'une EMV, c'est parce qu'il sait pertinemment qu'au plan clinique, une mesure consentie est nettement plus efficace qu'une mesure ordonnée. Les parents et l'enfant qui participent activement à l'élaboration du plan d'intervention deviendront des agents du changement souhaité, et ce, quel que soit l'âge du mineur[31]. Ainsi, l'EMV doit-elle être vue comme un outil clinique à partir duquel l'intervenant agissant au nom du DPJ pourra orienter la situation de l'enfant dans la bonne direction[32], de la manière la plus efficiente qui soit et avec la collaboration active des principaux concernés[33] :

> « Le régime volontaire favorise la participation de l'enfant et de ses parents à la définition de la situation à corriger et à la recherche des moyens pour y parvenir. De plus, ce régime favorise grandement l'établissement d'une relation d'aide, créant ainsi un contexte favorable à la prestation de services. »[34]

D'une certaine manière, la LPJ oppose donc l'entente au jugement ou, plus généralement, l'intervention sociale à l'intervention judiciaire. Si une entente est conclue, la présence du juge est exclue ou, à tout le moins, différée jusqu'à l'arrivée du terme ou

---

31 Commentant les « transactions de droit public », Jean-Guy Belley écrit : « Le justiciable est invité à participer activement à l'application de la loi parce qu'il est un acteur incontournable de la situation à modifier et de la solution efficace à mettre en œuvre » : Jean-Guy BELLEY, « Le contrat comme instrument de justice privée », dans Nicholas KASIRER et Pierre NOREAU, *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 379, à la page 414.

32 LPJ, art. 32 et 33.

33 Rappelons que si l'enfant a moins de 14 ans, il ne sera pas formellement partie à l'EMV, mais le DPJ devra favoriser son adhésion aux mesures : LPJ, art. 52.

34 *Manuel de référence sur la protection de la jeunesse*, préc., note 19, p. 491. Voir également : J.-G. BELLEY, préc., note 31, à la page 416.

24-Ciotola.indb 497 12-12-12 15:12

jusqu'à ce qu'une partie s'en retire. Le juge de la jeunesse intervient donc soit pour arbitrer le conflit qui oppose le DPJ aux parents ou à l'enfant[35], soit pour prendre le relais du DPJ si, à l'expiration de l'EMV, la sécurité ou le développement de l'enfant demeure toujours compromis[36].

B. L'intervention judiciaire

Les dispositions qui encadrent l'intervention judiciaire permettent de comprendre le rôle bien particulier du juge siégeant en Chambre de la jeunesse[37]. Bien qu'il soit appelé à présider une affaire judiciaire en bonne et due forme, le juge de la jeunesse dispose d'importants pouvoirs spécifiques. Contrairement au magistrat qui œuvre en matière civile ou criminelle, le juge de la jeunesse dispose de véritables pouvoirs d'enquête au moyen desquels il pourra lui-même compléter la preuve jugée pertinente au dossier[38]. Arbitre actif et impartial, le juge de la jeunesse participe à l'enquête, interroge des témoins et sollicite les expertises susceptibles de l'instruire sur la situation de l'enfant. Comme l'affirme la juge Durand-Brault :

> « Le juge n'est pas l'auditeur passif d'une preuve que les parties veulent bien faire devant lui. À la recherche d'une vérité indispensable si l'on veut servir le meilleur intérêt de l'enfant, il peut ordonner l'assignation d'un témoin et demander le dépôt de rapports particuliers. Il peut, si la preuve reçue justifie son inquiétude, aller au-delà des motifs strictement invoqués

---

35 En 2010-2011, le taux de judiciarisation (en l'absence d'EMV) se situait à 41 % des dossiers : Centre jeunesse de Montréal – Institut universitaire, *Ici, ensemble, pour demain – Rapport annuel 2010-2011*, Montréal, 2011, Section 9 – statistiques.

36 LPJ, art. 52 al. 3, 53.1 al. 2 et 76.4.

37 Guy GAGNON, « La réponse judiciaire aux besoins de l'enfant », dans *Du droit de l'enfant à l'intérêt de la famille : nécessaire arrimage socio-judiciaire*, Les journées de formation pluridisciplinaire Charles-Coderre, Sherbrooke, mai 2006, p. 67, à la page 76.

38 LPJ, art. 77.

24-Ciotola.indb 498 12-12-12 15:12

par le déclarant. Il peut se prononcer *ultra petita* et imposer des mesures excédentaires aux recommandations du DPJ. »[39]

D'autres règles exorbitantes du droit commun méritent d'être soulignées. L'une d'elles permet au juge de la jeunesse d'entendre toute personne qui, dans l'intérêt de l'enfant, souhaite lui communiquer des renseignements le concernant[40]. Le juge peut également recevoir à titre de preuve la déclaration faite par un enfant inapte à témoigner ou qui en est dispensé. Il lui sera permis de déclarer la compromission de l'enfant sur la foi de cette déclaration s'il considère qu'elle présente des garanties sérieuses de fiabilité[41]. En outre, la déposition de ceux qui en ont eu personnellement connaissance pourra être retenue[42]. Il s'agit là d'une preuve par ouï-dire qui, en d'autres circonstances, serait jugée irrecevable.

Compte tenu de sa position, le juge de la jeunesse est appelé à développer une spécialisation qui le situera au carrefour du droit, de la psychologie, de l'intervention sociale et, dans certains cas, de la criminologie[43]. Mais en dépit de cette spécialisation et des pouvoirs particuliers qui lui sont attribués par le législateur, le juge de la jeunesse reste à la base un juge. Et en cette qualité, il lui revient de rendre justice, en toute indépendance, dans le respect des droits des uns et des autres. À l'instar des autres magistrats, le juge de la

---

39 [2006] R.J.Q. 664.

40 LPJ, art. 81 al. 5. Le juge pourrait d'abord référer la personne qui souhaite lui communiquer des renseignements à l'avocat de l'enfant de manière à ce que ce dernier puisse s'assurer de la pertinence de ses propos, eu égard à l'affaire en cause.

41 LPJ, art. 85.5. Depuis la réforme de 2006, la loi n'exige plus la corroboration de la déclaration. Il n'est donc plus nécessaire de recourir « *à des éléments de preuves extrinsèques à la déclaration de l'enfant* » : *Protection de la jeunesse 094201*, 2009 QCCQ 16175.

42 LPJ, art. 85.6. Les critères de « nécessité et de fiabilité » devront toutefois être rencontrés. Voir *X (Dans la situation de)*, J.E. 2003-396 (C.Q.), référant aux arrêts de la Cour suprême dans *R.* c. *B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30 et *R.* c. *Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531.

43 Jacques R. Roy, « Le juge face à l'enfant », dans Benoit Moore, Cécile Bideau-Cayre et Violaine Lemay, *La représentation de l'enfant devant les tribunaux*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 265.

24-Ciotola.indb 499 12-12-12 15:12

jeunesse est le gardien des droits des justiciables qui relèvent de sa compétence, et plus spécialement, de ceux des enfants. À cet égard, le juge veille d'ailleurs à ce que l'enfant, quel que soit son âge, soit dûment représenté par un avocat[44].

Depuis la réforme de 2006, le rôle de gardien des droits qui incombe au juge de la jeunesse se déploie non plus uniquement en présence de positions contradictoires, mais également en contexte amiable. En effet, le nouvel article 76.3 LPJ permet aux parties à l'instance, en tout temps après le dépôt de la requête, de « [...] reconnaître les faits démontrant que la sécurité ou le développement de l'enfant est compromis et [de] soumettre au tribunal un projet d'entente sur les mesures visant à mettre fin à la situation ». Le rôle du tribunal consiste alors à s'assurer de l'existence de la situation de compromission, du caractère libre et éclairé du consentement des parties[45] et de la conformité du projet d'entente en regard des droits de l'enfant et de son meilleur intérêt[46]. Dans la même perspective, le nouvel article 95 al. 3 LPJ permet au tribunal de disposer d'une demande de révision ou de prolongation visant une mesure plus contraignante pour l'enfant sur entente des parties, dans la mesure où la demande a été signifiée aux parties dans un délai d'au moins 10 jours précédant sa présentation et à la condition qu'il n'y ait aucune contestation de part et d'autre. Le tribunal peut alors accueillir la demande sans qu'il n'y ait audition, à moins qu'il n'en décide autrement ou qu'une partie exige d'être entendue.

II. Perspectives critiques

Comme je l'ai déjà mentionné, le cadre d'intervention sociale permet au DPJ d'appliquer des mesures de protection avec le consentement et la collaboration des parents et, le cas échéant, de l'enfant âgé de 14 ans et plus. Au moyen d'une EMV, un enfant

44 LPJ, art. 80.

45 À cette fin, le tribunal peut entendre les parties ensemble ou séparément, mais, dans ce dernier cas, en présence des procureurs des autres parties : LPJ, art. 76.3 al. 2.

46 LPJ, art. 76.4.

24-Ciotola.indb 500 12-12-12 15:12

peut donc être soumis à des mesures de protection d'une durée maximale de deux ans, sans que le tribunal n'intervienne dans le processus. Dans certains cas, rappelons-le, les mesures envisagées par le DPJ pourront mener au placement de l'enfant en famille d'accueil ou dans un centre de réadaptation[47]. Ce sont les droits fondamentaux de l'enfant qui sont ici en cause[48]. L'EMV confirme la compromission dont l'enfant est l'objet, pose des balises importantes à l'exercice de l'autorité parentale de ses père et mère et, dans certains cas, le soustrait à son environnement familial. Comment pourrait-on ignorer les risques qu'une telle intervention fait peser sur les droits à la vie privée, à la liberté et à l'intégrité de l'enfant[49] ? Dans l'affaire *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg* c. *K.L.W.*[50], le juge L'Heureux-Dubé écrit d'ailleurs :

> « Le lien d'amour et de soutien mutuel entre les parents et leurs enfants est vital et mérite un grand respect. Une perturbation

---

47 Mis à part le DPJ et les parents, rappelons que seul l'enfant de 14 ans et plus se voit reconnaître le pouvoir de mettre un terme au régime volontaire en sollicitant l'intervention du tribunal. L'enfant de moins de 14 ans restera soumis à l'EMV acceptée par ses parents, tant et aussi longtemps que ceux-ci et le DPJ la jugeront satisfaisante. Bien que l'enfant de moins de 14 ans ne soit pas partie à l'EMV, souvenons-nous que le DPJ doit néanmoins favoriser son adhésion : LPJ, art. 52.

48 Rappelons les termes du préambule de la *Convention relative aux droits de l'enfant* selon lesquels la famille est l'unité fondamentale de la société et le milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres, et en particulier des enfants : Doc. off. A.G. N.U., 44e sess., Doc. N.U. A/RES/44/25 (1989). L'article 32 C.c.Q. énonce également le droit de l'enfant à la protection, à la sécurité et à l'attention que ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu peuvent lui donner.

49 *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 1 et 5. Dans l'affaire *Au sujet de J. C.*, [2004] n° AZ-50221745, par. 73 (C.Q.), le juge Bédard écrit : « [...] la Loi sur la protection de la jeunesse est une loi qui limite, en cas de compromission, les droits généralement reconnus aux parents, leur liberté d'action, de décision et de mouvement à l'égard de leur enfant. De plus, elle peut aboutir pour l'enfant ou l'adolescent, à l'application, au stade provisoire, temporaire ou au fond, à l'application de mesures privatives de liberté ».

50 [2000] 2 R.C.S. 519.

24-Ciotola.indb 501 12-12-12 15:12

> inutile de ce lien par l'État risque de causer de graves traumatismes tant aux parents qu'aux enfants. Les parents doivent jouir d'une large mesure de liberté sans interférence de l'État pour élever leurs enfants comme ils l'entendent. »[51]

Pour le civiliste que je suis, l'absence de mécanisme de validation judiciaire de l'EMV pose problème. La surveillance judiciaire des droits de l'enfant ne peut être mise en veilleuse, ne serait-ce que de manière provisoire, sous prétexte qu'une EMV est intervenue avec les parents et, s'il y a lieu, l'enfant. Certes, durant l'intervention sociale, des mesures sont mises en place pour favoriser la protection des droits de l'enfant. Comme je l'ai déjà souligné, l'intervenant social qui agit au nom du DPJ est légalement tenu d'informer l'enfant et ses parents de leurs droits respectifs, notamment de leur droit à l'assistance d'un avocat[52]. Toute décision prise en application de la loi doit l'être en fonction du meilleur intérêt de l'enfant et dans le respect de ses droits. La LPJ confie également à la Commission des droits de la personne et de la jeunesse la mission d'assurer la promotion et le respect des droits de l'enfant et de prendre les moyens nécessaires pour que soit corrigée la situation de ceux dont les droits auraient été lésés[53]. Concernant spécifiquement le régime volontaire, on se rappellera du droit des parents de l'enfant et de l'enfant lui-même s'il a atteint l'âge de 14 ans de se soustraire à l'EMV à tout moment, et incidemment, de provoquer la saisine du tribunal[54].

Si ces mesures sont méritoires, elles n'en sont pas moins insatisfaisantes puisque qu'elles transfèrent aux parents et à l'enfant le fardeau d'intégrer les informations dévoilées par le DPJ et d'agir en conséquence. Une procédure de validation judiciaire de l'EMV permettrait de transférer cette responsabilité au tribunal qui se verrait dès lors en position d'apprécier la valeur des consentements exprimés à l'EMV et des mesures convenues par les parties, avant

---

51 *Id.*, n° 72.

52 LPJ, art. 5.

53 LPJ, art. 23 a) et 23 c).

54 LPJ, art. 53.1. Notons toutefois que l'enfant de moins de 14 ans pourrait éventuellement saisir le tribunal au terme de l'article 74.2 LPJ.

24-Ciotola.indb 502 12-12-12 15:12

même qu'elles ne soient déployées. En somme, l'ajout d'une telle procédure aurait l'avantage de placer le juge au-dessus du processus volontaire[55], car dans notre société, faut-il le rappeler, l'ultime gardien des droits de l'enfant n'est ni le titulaire de l'autorité parentale, ni le DPJ, mais le tribunal. Non pas parce que le juge détient un savoir supérieur, mais parce qu'il jouit d'une indépendance à laquelle nulle autre institution ne peut prétendre[56].

Que les choses soient claires : je ne propose pas l'abolition du régime volontaire. Je ne souhaite nullement le retour à la situation qui prévalait avant l'entrée en vigueur de la LPJ où toutes les affaires de protection de la jeunesse se déroulaient sur fond litigieux et se soldaient par une ordonnance du tribunal[57]. Je propose sim-

---

55 De manière accessoire, une telle procédure contribuerait peut-être à décloisonner les deux régimes qui coexistent dans la loi et à assurer un meilleur maillage entre intervenants du monde social et acteurs du monde judiciaire. Visiblement, le découpage actuel de la loi ne favorise pas le rapprochement des deux mondes. En revanche, une procédure de validation judiciaire de l'EMV amènerait le juge à « collaborer » aux solutions envisagées par le DPJ, les parents et l'enfant, lui permettant ainsi d'intervenir à l'extérieur du cadre contradictoire dans lequel il est traditionnellement confiné (voir toutefois les nouvelles dispositions introduites lors de la réforme de 2006 qui élargissent quelque peu le rôle du tribunal : *supra*, p. 466). À cet égard, le directeur général de l'Association des centres jeunesses du Québec, Jean-Pierre Hotte, écrivait en 2006 : « De fait, le rôle de l'autorité judiciaire est avant tout de trancher des litiges et non pas d'encadrer la pratique sociale. Ces deux autorités qui poursuivent les mêmes fins devraient communiquer davantage. [...] Au plan de la collaboration sociale-judiciaire, il y a encore place à amélioration. Le passage au tribunal ne devrait pas avoir pour effet d'antagoniser les rapports, notamment les rapports entre le DPJ et les parents. Comment expliquer que les juges et le DPJ qui poursuivent des objectifs communs, se retrouvent parfois dans une dynamique qui favorise des positions antagonisées ? » : Jean-Pierre HOTTE, « La réponse psycho-sociale aux besoins de l'enfant en situation précaire », dans *Du droit de l'enfant à l'intérêt de la famille : nécessaire arrimage socio-judiciaire*, Les journées de formation pluridisciplinaire Charles-Coderre, Sherbrooke, mai 2006, p. 123, à la page 137.

56 En matière de protection de la jeunesse, voir G. GAGNON, préc., note 37, aux pages 89 et 90.

57 Renée JOYAL, *Les enfants, la société et l'État au Québec, 1608-1989 : Jalons*, Montréal, Éditions Hurtubise HMH, 1999, p. 43 et 73.

24-Ciotola.indb 503 12-12-12 15:12

plement l'ajout d'une procédure de validation judiciaire de l'EMV qui n'en transformerait ni la nature juridique, ni la finalité clinique[58] et qui laisserait intact le principe de l'« antériorité de l'intervention sociale sur l'intervention judiciaire »[59]. Tout comme c'est le cas sous la loi actuelle, les parties négocieraient avec l'intervenant agissant au nom du DPJ la teneur des mesures de protection qui leur paraissent appropriées[60]. Les parents et l'enfant de 14 ans et plus demeureraient parties prenantes au processus et resteraient les agents du changement souhaité. Le juge ne superposerait pas sa décision à la leur ; il n'aurait pour fonction que de s'assurer de la validité des consentements exprimés et de la conformité de l'entente intervenue, en regard du meilleur intérêt de l'enfant et du respect de ses droits[61].

Aucune force exécutoire ne résulterait de l'EMV judiciairement validée et chaque partie resterait libre de s'en soustraire à tout moment, suivant les mêmes modalités que celles qui prévalent présentement. En somme, le juge ne deviendrait qu'un acteur supplémentaire du régime volontaire, sans autre conséquence. L'EMV lui serait soumise pour vérification, hors la présence des parties, sans formalisme particulier. Le juge conserverait néanmoins le pouvoir de convoquer les parties devant lui, si les circonstances ou le contenu de l'entente paraissent le justifier.

---

58 Dans l'analyse des « transactions de droit public » qu'il propose, Jean-Guy Belley envisage d'ailleurs le rôle complémentaire que peut être appelé à jouer le tribunal dans un système qui valorise le recours aux ententes négociées : « La nouvelle culture organisationnelle ne s'affirme pourtant pas en marge du droit ou contre le droit. Au contraire, elle intègre la rationalité juridique comme une de ses composantes nécessaires en lui assignant une finalité nouvelle. [...] Même si la contractualisation se développe pour une bonne part en tant qu'alternative à la judiciarisation, le nouveau régime opérationnel ne fait pas disparaître l'instance judiciaire. Les juges gardent à tout le moins des fonctions de validation (homologation des ententes), de substitution (la judiciarisation faute d'entente) [...] » : J.-G. BELLEY, préc., note 31, à la page 413.

59 O. D'AMOURS, préc., note 6, 291.

60 LPJ, art. 32 et 33.

61 LPJ, art. 3 et C.c.Q., art. 33.

24-Ciotola.indb 504 12-12-12 15:12

Mis à part la présentation du cadre légal à l'intérieur duquel ma proposition pourrait s'articuler, il convient également d'en démontrer le bien-fondé. À mon avis, la validation judiciaire de l'EMV s'impose en raison du consentement parental « relatif » qui la fonde (A) et du sujet incapable qu'elle concerne (B). Indépendamment des finalités cliniques de l'EMV, ces considérations ne peuvent valablement échapper à l'analyse juridique, pour peu que l'on s'intéresse à l'enfant en tant que sujet de droits à part entière (C).

A. Un consentement parental relatif

Comme le précise le *Manuel de référence sur la protection de la jeunesse*, l'EMV n'est envisageable qu'à l'égard des parents et, selon le cas, des enfants qui sont en mesure d'y apporter un « consentement libre et éclairé »[62]. Il incombe à l'intervenant social agissant au nom du DPJ de s'assurer du caractère éclairé du consentement[63]. À cet égard, il lui faudra fournir plusieurs informations aux parents et à l'enfant, notamment quant à la portée légale de l'entente et des mesures qui y sont prévues. À l'appui du caractère libre du consentement, on se référera au droit des parents et de l'enfant de refuser l'entente proposée et, éventuellement, de s'en exclure. Plus généralement, on appuiera la validité des consentements exprimés en invoquant le droit expressément conféré aux parties de consulter un avocat[64].

Au-delà de ces principes, un fait demeure : l'entente sur mesure volontaire est proposée dans un contexte d'autorité publique[65]. Le DPJ n'est pas une « partie » tout à fait neutre. Prétendre le contraire relève du déni pur et simple. Le DPJ incarne l'autorité étatique et détient, à cet égard, le pouvoir d'intervenir dans l'inti-

---

62 Préc., note 19, p. 499.

63 LPJ, art. 32 et 33.

64 *Manuel de référence sur la protection de la jeunesse*, préc., note 19, p. 499 et 500.

65 Violaine LEMAY, *Un contrat pédagogique : l'entente sur mesures volontaires dans l'application de la Loi sur la protection de la jeunesse*, thèse de doctorat, t. 1, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2004, p. 162.

24-Ciotola.indb 505 12-12-12 15:12

mité des familles. Malgré toutes les précautions qu'il mettra de l'avant, l'intervenant social qui proposera l'entente aux parents et à l'enfant restera toujours celui à travers qui l'État pourra éventuellement intervenir de force. Le caractère libre des consentements exprimés pourrait en être affecté, en dépit des compétences cliniques de l'intervenant en charge du dossier et du doigté dont il pourrait faire preuve[66].

On ne peut non plus nier l'état de grande vulnérabilité dans lequel se trouvent la plupart des familles à l'égard desquelles le DPJ doit intervenir[67]. Majoritairement issus de classes défavorisées, les parents concernés ne sont pas toujours en position de défendre leur point de vue avec efficacité[68]. Les carences dont ils se seront rendus responsables à l'égard de leur enfant porteront bien souvent ombrage à leur crédibilité. Et l'état de crise que suscitera l'intervention du DPJ ne fera qu'exacerber leur vulnérabilité[69].

Est-ce à dire qu'il faut limiter l'EMV aux seuls et rares cas où le consentement des parties rencontrera la norme applicable en matière civile ? Pas du tout. Comme je l'ai déjà signalé, je reconnais les avantages cliniques du régime volontaire, y compris à l'égard des parents démunis et défaillants. Mais compte tenu du contexte bien particulier dans lequel l'entente est conclue, la surveillance d'un juge me paraît nécessaire. Non seulement la procédure suggérée permettrait-elle au juge de la jeunesse de vérifier en toute

---

66 Par « doigté », je réfère aux agissements professionnels de l'intervenant qui témoigneront de sa pleine compréhension du concept de contrat pédagogique que constitue l'EMV. Voir *infra*, p. 513-514.

67 « Les parents et l'adolescent sont des citoyens particulièrement vulnérables, dans le cadre d'une intervention étatique dans leur vie privée, peu importe la nature de la situation de compromission » : *Au sujet de J. C.*, préc., note 49, par. 61.

68 *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires)* c. *G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 113-115.

69 À propos des conventions intérimaires (aujourd'hui reconnues aux articles 47.1 à 47.5 LPJ), le juge Bédard écrit : « La convention, malgré sa forme qui laisse penser que les parents et l'enfant sont tout à fait libres, renseignés et volontaires, est signée dans un contexte de vulnérabilité, en situation de crise et sans possibilité réelle de consulter un avocat » : *Au sujet de J. C.*, préc., note 49, par. 75.

24-Ciotola.indb 506 12-12-12 15:12

indépendance la valeur des consentements exprimés aux mesures envisagées, mais elle l'amènerait également à jouer le rôle de gardien des droits de l'enfant qui lui incombe en l'absence de litige. Un rôle que le tribunal est d'ailleurs appelé à assumer dans le cadre du régime judiciaire prévu dans la LPJ qui, rappelons-le, permet désormais aux parties de déposer un projet d'accord après le dépôt de la requête et de convenir d'ententes de révision ou de prolongation des mesures ordonnées[70]. Si la vérification des consentements par le tribunal paraît nécessaire dans le cadre du régime judiciaire, pourquoi ne le serait-elle pas également dans le cadre du régime volontaire ? La question est d'autant plus pertinente que l'EMV ne sera que très rarement examinée par un avocat avant sa signature par les parents et l'enfant. Contrairement aux procédures déposées dans le cadre du régime judiciaire qui, en pratique, sont systématiquement acheminées à l'avocat de l'enfant[71], l'EMV n'aboutira chez un juriste que dans la seule mesure où l'enfant ou ses parents, dûment informés de leur droit à l'avocat par l'intervenant social agissant au nom du DPJ, en auront eux-mêmes sollicité l'intervention[72].

---

70 *Supra*, p. 500.

71 Dans *Protection de la jeunesse 1223*, 2012 QCCQ 675, par. 53-55 : « [...] l'intervention de l'avocat de l'enfant qui informe formellement la Cour, à l'audience, de la position de l'enfant, constitue le mode à privilégier pour s'assurer de son consentement véritable, tant vis-à-vis les mesures recherchées que le processus d'instruction de l'affaire par voie accélérée. [...] en raison de la pratique de la représentation systématique des enfants par avocat en protection de la jeunesse, [...] toute requête concernant un enfant est signifiée à un avocat chargé spécifiquement de le défendre ou de la représenter, la Cour disposera toujours de l'assurance du consentement libre et éclairé de l'enfant dans le cas d'une requête présentée en conformité avec les articles 95 (3) et (4) de la Loi. La cour souscrit entièrement à ces propos ».

72 LPJ, art. 32, 33 et 5. Certaines décisions en lésion de droit nous permettent de croire que l'intervenant social ne s'acquitte pas toujours de cette obligation. Voir par exemple *J.D.* c. *Audet et al.*, [2003] n°AZ-50224707 (C.Q.). Ces omissions peuvent s'expliquer par l'ignorance de la loi ou par la crainte d'une perte d'autorité ou de légitimité de l'intervenant. Sur ce dernier motif, voir V. LEMAY, préc., note 65, p. 384.

24-Ciotola.indb 507 12-12-12 15:12

En somme, je m'explique mal que l'on puisse déclarer la compromission de l'enfant et convenir de mesures de protection sur la seule base d'un consentement parental dont la valeur juridique et clinique ne sera toujours que relative. Posons la question clairement : Les parents à qui l'on s'en remet pour cautionner l'application des mesures préconisées par le DPJ sont-ils vraiment bien outillés pour évaluer le meilleur intérêt de l'enfant qui a souffert de leurs graves lacunes[73] ? Sont-ils bien placés, par exemple, pour juger d'une proposition de placement de l'enfant ? Et s'ils le sont, la partie étatique qui leur fait face n'est-elle pas en position d'orienter leur consentement ?

Dans d'autres circonstances, où le processus « contractuel » se déroule aussi sur fond de crise, le législateur n'a pas hésité à assujettir la validité des ententes intervenues à la surveillance du tribunal. Tel est précisément le cas en matière de divorce et de séparation de corps. Le Code civil et la *Loi sur le divorce*[74] encouragent les époux à convenir d'ententes sur les mesures accessoires de leur rupture, tout en confiant au tribunal la responsabilité de valider les consentements exprimés et les engagements stipulés. Ainsi, prévoit l'article 495 C.c.Q. :

> « Les époux qui soumettent à l'approbation du tribunal un projet d'accord qui règle les conséquences de leur séparation de corps peuvent la demander sans avoir à en faire connaître la cause.
>
> Le tribunal prononce alors la séparation, s'il considère que le consentement des époux est réel et que l'accord préserve suffisamment les intérêts de chacun d'eux et des enfants. »

---

73 Ainsi, déclare l'auteur Boisclair, « [l]a prise en charge de l'enfant par le directeur de la protection de la jeunesse constitue donc un contrôle étatique de l'exercice abusif ou inadéquat de l'autorité parentale » : C. BOISCLAIR, préc., note 20, 149. En d'autres termes, le DPJ n'intervient qu'à l'égard des enfants dont les « besoins fondamentaux » ont été négligés : *J.T. (Dans la situation de)*, [2001] n°AZ-50099431(C.Q.).

74 L.R.C. 1985, c. 3 (2e supp.). Voir particulièrement l'article 9.

24-Ciotola.indb 508 12-12-12 15:12

Dans la même perspective, l'article 822.3 C.p.c. énonce :

> « Si le juge qui préside le tribunal constate que le projet d'accord qui lui est présenté préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des conjoints, il peut rejeter la demande en séparation de corps, en divorce ou en dissolution de l'union civile ou ajourner sa décision jusqu'à la présentation d'un projet d'accord modifié. »

L'homologation judiciaire de l'entente de divorce se justifie, dit-on, par le contexte hautement émotif dans lequel ont pu se dérouler les négociations. Il faut, ajoute-t-on, interposer le tribunal en bout de processus afin de prévenir les abus, et ce, même si chacune des parties a pu bénéficier de conseils juridiques indépendants[75]. Certes, l'entente de divorce et l'EMV n'ont pas la même finalité. La première vise à cristalliser le règlement des conséquences économiques et relationnelles de la rupture, tandis que la seconde établit le cadre organisationnel auquel devront s'en remettre les parents, l'enfant et le DPJ pour mettre fin à la situation de compromission[76]. Cela dit, dans un cas comme dans l'autre, le législa-

---

75 Les propos du doyen Cornu appuient cette prétention : « Beaucoup d'actes juridiques sont [...] conçus sous l'empire d'un sentiment qui en trouble la formation, au point d'en compromettre la validité » : Gérard CORNU, « Du sentiment en droit civil », (1963) 8 *Annales de la Faculté de droit de Liège* 189, 195. Dans une étude portant sur les contrats de famille, Guillaume Creff écrit dans le même sens : « [...] l'existence du lien de famille conduit à redouter que les sentiments n'altèrent le jugement [...] » : Guillaume CREFF, « Les contrats de la famille », dans Loïc CADIET (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Paris, Économica, 1987, p. 245, aux pages 245 et 246. Voir également Ginette PICHÉ, « Le juge et le notaire peuvent-ils s'entendre avec le nouveau Code civil », dans Pierre CIOTOLA (textes réunis par), *Le notariat de l'an 2000 : défis et perspectives*, Les Journées Maximilien Caron, Montréal, Éditions Thémis, 1997, p. 162, à la page 165.

76 Selon la typologie du théoricien Ian R. MacNeil, l'EMV est un véritable « contrat relationnel », tandis que l'entente de divorce (mis à part les dispositions qui organiseraient le partage de la garde des enfants), se rapproche davantage du « contrat transactionnel » (du moins dans les aspects relatifs au partage des actifs) : Ian R. MACNEIL, *The New Social Contract*, London, Yale University Press, 1980.

24-Ciotola.indb 509 12-12-12 15:12

teur fait appel à la notion de consentement libre et éclairé et au principe du meilleur intérêt des enfants en cause.

Le contexte d'autorité dans lequel s'articule l'EMV, conjugué au haut degré de vulnérabilité des parents et de l'enfant sous protection, ne devraient-ils pas justifier une sanction judiciaire comparable à celle que nécessite le projet d'accord ? La question se pose d'autant plus qu'un projet d'accord en divorce ou en séparation de corps n'implique pas nécessairement la présence du sujet juridiquement incapable qu'est l'enfant[77].

B. La présence d'un sujet de droit incapable

En droit québécois, mis à part l'enfant, seul le majeur sous régime de protection est privé de sa pleine capacité d'exercice[78]. À titre comparatif, un regard sur les dispositions du Code civil en matière de protection des majeurs inaptes peut s'avérer utile. Bien sûr, l'ouverture d'un régime de protection dépouille le majeur de sa capacité légale, en tout ou en partie, alors qu'une EMV n'a aucun impact sur le statut juridique du mineur, ce dernier étant et demeurant incapable. Qui plus est, l'EMV vise à mettre fin à une situation de compromission, contrairement au régime de protection qui, évidemment, ne possède aucune vertu clinique. L'analogie n'en demeure pas moins intéressante. Dans un cas comme dans l'autre, le législateur vise la protection d'un sujet de droit et de ses intérêts[79]. Et dans les deux cas, la protection anticipée est susceptible d'avoir un impact significatif sur le quotidien du sujet de droit concerné. Le majeur ne sera plus maître de ses décisions,

---

77 Pour une perspective critique de l'exigence d'homologation judiciaire des ententes de divorce en l'absence d'enfants, voir Alain ROY, « Déjudiciarisation et divorce consensuel : Perspectives socio-juridiques », dans Nicholas KASIRER et Pierre NOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 287.

78 C.c.Q., art. 154.

79 Tant le curateur public que le DPJ sont tenus d'exercer leurs responsabilités dans le meilleur intérêt du sujet protégé. Au sujet du curateur public, voir *Loi sur le curateur public*, L,R.Q. c. C-81, art. 12(2) et C.c.Q., art. 256 et 257. Au sujet du DPJ, voir LPJ, art. 3.

24-Ciotola.indb 510 12-12-12 15:12

tandis que l'enfant ne dépendra plus des seules décisions de ses parents. Sous l'angle juridique, on ne peut nier que chacun des régimes touche aux droits fondamentaux des personnes en cause, soit les droits à la vie privée, à la liberté et à l'intégrité.

Le Code civil balise étroitement l'ouverture des régimes de protection des majeurs inaptes. Qu'il y ait ou non matière à litige, c'est au tribunal que le législateur accorde l'ultime pouvoir décisionnel[80]. Peu importe la volonté exprimée par les membres de l'entourage de la personne inapte ou du curateur public, le tribunal conserve le dernier mot sur le régime approprié et sur le choix du représentant légal. Il en est de même en ce qui a trait au mandat donné en prévision de l'inaptitude. Peu importe qu'il ait été signé devant notaire et que le mandataire et la famille du majeur reconnaissent l'inaptitude constatée dans les rapports médicaux et psychosociaux, une homologation judiciaire du mandat s'avérera toujours nécessaire au soutien de sa mise en vigueur[81].

Le législateur fait ici appel au juge en sa qualité de gardien des droits de l'inapte. On ne lui demande pas de renier les interventions effectuées en amont, ni de substituer systématiquement sa décision à celle de l'inapte ou de la famille réunie en assemblée, mais d'en vérifier le bien fondé, eu égard au meilleur intérêt de l'inapte. En accordant ce pouvoir au tribunal, le législateur ne présume d'aucune incompétence, incurie ou mauvaise foi des personnes, professionnels ou organismes étatiques chargés d'intervenir dans le processus. Il se montre simplement soucieux d'instituer un dernier rempart[82]. Un rempart susceptible de prévenir les abus et

---

80 C.c.Q., art. 268.

81 C.c.Q., art. 2166 al. 2.

82 Édith Deleury et Dominique Goubau écrivent : « Le souci de protection dans le respect de la personne s'exprime de façon éloquente par l'abolition de la curatelle automatique du curateur public, qui pouvait être déclenchée par la simple délivrance d'un certificat médical d'inaptitude. Il n'y a désormais qu'une seule façon d'obtenir l'ouverture d'un régime de protection : la voie judiciaire (art. 268 C.c.Q.) » : É. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 23, n° 666, p. 575.

24-Ciotola.indb 511 12-12-12 15:12

d'éviter les décisions qui ne reflèteraient pas le meilleur intérêt de la personne inapte[83].

Le garde-fou que représente l'intervention du tribunal à l'égard des majeurs inaptes n'est pas remis en question par qui que ce soit. Les garanties que procure la sanction judiciaire sont vues comme un acquis de société, en dépit des coûts financiers et des délais qu'elles impliquent[84]. On ne pourrait aujourd'hui évoquer l'idée d'une déjudiciarisation complète des régimes de protection sans provoquer une levée de boucliers. Qui oserait envisager l'ouverture d'un régime de protection sur la base d'une entente intervenue entre le curateur public et les membres de la famille de l'inapte réunis en assemblée[85] ? L'exclusion du tribunal ou le report de son intervention à une autre étape du processus serait perçue comme une atteinte aux droits de l'inapte[86].

Il est paradoxal de constater que les droits de l'enfant sous protection ne soulèvent pas les mêmes sentiments ou préoccupations. En effet, nul ne semble se formaliser du fait que la situation d'un

---

83 Alain ROY et Michel BEAUCHAMP, *Les régimes de protection du majeur inapte*, 2e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2007, n° 12, p. 4.

84 « Qui dit judiciarisation, dit frais et démarches supplémentaires, et souvent longueur de temps. Mais n'est-ce pas là un moindre mal lorsque comparé à celui de la mise en curatelle systématique, quelquefois arbitraire, de l'ancienne loi que nous évoquions ? » : François DUPIN, « Le praticien et la protection des inaptes », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 53.

85 L'idée de confier aux notaires la charge d'homologuer les mandats de protection à la suite de la survenance de l'inaptitude du mandant a déjà été proposée par la Chambre des notaires, mais elle a toujours été rejetée par le ministère de la Justice du Québec, au nom du droit des majeurs inaptes de bénéficier de la protection du tribunal.

86 En 1999, le législateur a accordé aux notaires de nouvelles prérogatives en matière de régime de protection. Mais en bout de ligne, le tribunal demeure l'ultime décideur : « La réforme de 1999, qui permet d'introduire les demandes d'ouverture des régimes de protection également auprès d'un notaire (art. 863.4 C.p.c. et s.) ne modifie pas ce principe fondamental (l'existence du contrôle judiciaire) puisque la décision finale appartient toujours au tribunal qui peut entériner les conclusions du notaire ou, au contraire, les rejeter [...] » : É. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 23, n° 666, p. 575.

24-Ciotola.indb 512 12-12-12 15:12

enfant puisse être déclarée compromise et que des mesures de protection puissent être appliquées à l'abri du regard du tribunal, et ce, sous prétexte qu'un consentement parental a été obtenu. Conjuguée à la valeur toute relative que revêt ce consentement[87], l'incapacité du sujet sur lequel porte l'EMV me paraît au contraire justifier l'intervention d'un juge, à l'intérieur des paramètres déjà exposés[88].

C. Le faux-fuyant disciplinaire

Les juristes et les intervenants qui œuvrent en protection de la jeunesse savent pertinemment que l'EMV n'est pas un contrat au sens légal du terme[89]. La simple lecture des dispositions qui en régissent l'application permet de le constater sans difficulté. Sur cette base, certains observateurs se croient justifiés d'évacuer toute référence au droit : s'agissant d'un outil d'intervention clinique, le concept ne saurait faire l'objet d'une analyse proprement juridique, au risque d'en dénaturer la portée[90].

Cette perception confond la cause et l'effet de l'EMV. La cause d'une telle entente relève indéniablement du paradigme juridique[91]. C'est le législateur lui-même qui en pose les conditions d'accès. Bien qu'en certaines circonstances, le régime volontaire puisse paraître cliniquement profitable au DPJ, il ne pourra y avoir recours que si les conditions légales sont rencontrées. Prenons l'exemple d'un jeune de 16 ans qui éprouverait des problèmes de comportement graves, en dépit du milieu familial adéquat dans lequel il évolue[92]. Même si le jeune est le principal, sinon le seul agent des changements souhaités, l'EMV ne sera envisageable que

---

87 *Supra*, p. 505 et suiv.

88 *Supra*, p. 503-504.

89 C. BOISCLAIR, préc., note 20, 189 et 195.

90 V. LEMAY, préc., note 65, p. 165 et suiv.

91 Il en est de même du but de l'EMV, expressément fixé par le législateur. L'État envisage l'EMV parce qu'il estime qu'elle peut avantageusement mettre fin à la situation de compromission.

92 LPJ, art. 38(f).

24-Ciotola.indb 513 12-12-12 15:12

si le DPJ obtient le consentement des parents. Si ceux-ci s'y opposent, aucune EMV ne pourra être conclue, malgré les bénéfices cliniques qui pourraient en résulter, vu l'engagement de l'enfant à résoudre ses propres problèmes. Tel est le résultat auquel conduisent les conditions prescrites par le législateur[93].

Ce sont donc les effets de l'EMV qui doivent être appréhendés au moyen d'un regard externe au droit : les effets recherchés ne découlent pas du droit des contrats prévus au Code civil, mais de l'efficacité clinique que procure la volonté des parents et de l'enfant de collaborer à l'application des mesures de protection envisagées par le DPJ. Tel que précédemment mentionné, l'entente devient alors l'instrument pédagogique au moyen duquel on pourra mettre fin à la situation de compromission. Toutefois, ce n'est pas parce qu'une entente intervient en raison d'objectifs non pas juridiques mais cliniques qu'elle peut pour autant brimer les droits de l'enfant concerné ! Si le droit des contrats ne s'y applique pas, il n'en est pas de même des valeurs juridiques garantes des droits fondamentaux de l'enfant.

93 Violaine Lemay refuse de voir dans les consentements requis par la loi des conditions légales à l'EMV. Celle-ci écrit : « Pour réussir à éviter le malentendu paradigmatique, il suffit pourtant au juriste classique d'être un peu plus réflexif : il réalise alors que la puissance publique n'a pas besoin d'un "consentement" du justiciable, au sens du droit des obligations, pour intervenir et protéger la jeunesse. L'État souverain peut légitimement s'imposer, que le justiciable consente ou non. Le législateur ne souscrit pas la recherche d'une entente parce qu'il en a "juridiquement" besoin, il le fait parce que c'est efficace au plan clinique [...] » : V. LEMAY, préc., note 65, p. 168. L'auteure semble oublier la séparation des pouvoirs qui caractérise les sociétés démocratiques et les exigences constitutionnelles qui s'imposent au législateur. Sans consentement parental, le législateur ne pourrait constitutionnellement autoriser l'organisme gouvernemental que constitue le DPJ à retirer l'enfant de son milieu familial sans autorisation judiciaire préalable, sauf en présence d'un préjudice grave ou d'un risque de préjudice grave, auquel cas une audience « rapide et équitable » après l'appréhension sera néanmoins requise : *Office des services à l'enfance et à la famille de Winnipeg* c. *KLW*, [2000] 2 R.C.S. 519. Au Québec, le législateur respecte ces exigences constitutionnelles. Voir LPJ, art. 46 et l'interprétation retenue dans REJB 2000-16571 (C.Q.) et J.E. 2006-1259 (C.Q.).

24-Ciotola.indb 514 12-12-12 15:12

Conclusion

Les recherches que j'ai effectuées ces dernières années sur le contrat conjugal m'ont permis de découvrir les multiples finalités du processus contractuel. Au-delà des conceptions classiques que véhiculent les juristes, le processus contractuel présente d'importantes vertus pédagogiques dont profitent différents professionnels dans plusieurs sphères d'intervention. En matière conjugale, par exemple, le contrat n'est pas l'apanage exclusif des juristes ; les thérapeutes y ont également recours pour soutenir leur intervention auprès des couples en difficulté[94]. Les conjoints y reconnaîtront les problèmes qui les opposent et y déclareront leur engagement mutuel à apporter les correctifs susceptibles de ramener l'harmonie au sein de leur couple. Sans portée et finalité légale, le contrat devient alors thérapeutique ou pédagogique, dans une perspective similaire à celle qui sous-tend l'EMV. Les bénéfices cliniques pouvant découler d'une démarche contractuelle déployée dans une perspective extrajuridique sont sans doute fort intéressants, mais ils ne doivent pas pour autant nous faire oublier les droits qui peuvent être en cause[95].

Or, le contrat pédagogique que constitue l'EMV est de nature à affecter les droits fondamentaux des enfants concernés, dans un contexte de crise susceptible d'affecter la qualité du consentement des parents et leur aptitude à évaluer le bien fondé des pro-

---

94 Alain Roy, *Le contrat de mariage réinventé. Perspectives sociojuridiques pour une réforme*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 178 ; Alain Roy, « Le contrat en contexte d'intimité », (2002) 47 *R. D. McGill* 855 ; Alain Roy et Violaine Lemay, *Le contrat conjugal : Pour l'amour ou pour la guerre ? Étude empirique des représentations professionnelles du contrat conjugal chez les juristes et les psychothérapeutes*, Montréal, Éditions Thémis, 2009.

95 Jean-Guy Belley écrit : « Quelles sont les conditions de légitimité de cette conciliation contractuelle des aspirations publiques et privées ? Dans la perspective du justiciable considéré comme défendeur passible d'une sanction négative, la première condition paraît être celle du respect de ses droits constitutionnels à une application de la loi "en conformité avec les principes de justice fondamentale" » : J.-G. Belley, préc., note 31, à la page 417. À mon avis, la validation judiciaire de l'EMV s'inscrit dans l'objectif d'assurer au justiciable le respect de ses droits fondamentaux.

24-Ciotola.indb 515 12-12-12 15:12

positions du DPJ. C'est cette spécificité qui m'amène à revendiquer l'institution d'une procédure de validation judiciaire de l'EMV, selon les modalités ci-dessus énoncées.

Certains s'opposeront sans doute à la proposition soumise en raison des coûts et des délais qu'elle pourrait engendrer. À mon avis, de tels arguments ne font pas le poids devant les enjeux que soulèvent les droits de l'enfant. Pas plus qu'ils ne font actuellement le poids face à l'idée de déjudiciariser les régimes de protection des personnes majeures inaptes ou toute autre procédure d'homologation imposée par la loi. Il faut également spécifier que l'intervention du tribunal dans un contexte amiable peut emprunter des voies hautement simplifiées. Le projet de 64 favorisant l'accès à la justice en matière familiale récemment déposé par le ministre de la Justice du Québec en témoigne de manière éloquente[96].

D'autres se montreront perplexes face à l'idée d'introduire une surveillance judiciaire sous prétexte qu'on ne dénote aucun problème particulier en pratique[97]. Il n'y aurait donc pas lieu d'administrer un remède là où il n'y a pas de maux[98]. Comme je l'ai

---

96 Dans le communiqué accompagnant le projet de loi, on affirme : « Dans l'intérêt de l'enfant, les services que l'on propose faciliteraient l'accès à la justice en matière familiale pour de nombreux parents, sans égard à leurs revenus. Nous voulons simplifier la vie des parents en situation de rupture en leur offrant une démarche plus simple, plus rapide et moins coûteuse au moment de réviser un jugement ou de rajuster le montant d'une pension alimentaire », a déclaré le ministre de la Justice. [...] Le projet de loi permettrait aux parents qui s'entendent sur un changement à apporter au montant de la pension alimentaire, à la garde des enfants ou aux droits d'accès, de préparer à l'aide d'un avocat [sic] une entente qui pourrait ensuite être homologuée par un greffier spécial. Ce service serait offert à coût fixe aux parents, peu importe leurs revenus. Il leur permettrait ainsi de mettre à jour un élément d'un jugement plus rapidement et à moindre coût » : *Loi favorisant l'accès à la justice en matière familiale*, projet de loi n° 64, 2e sess., 39e légis., 2011.

97 Bien qu'il n'existe aucune méthode permettant de s'en assurer. En effet, les personnes dont les droits ont pu être lésées ne saisiront pas nécessairement le tribunal de leur situation.

98 Il faut toutefois demeurer conscients des risques existants. Comme toute autre instance publique, le DPJ et les centres jeunesse subissent les coupes de l'État et font régulièrement l'objet de réformes structurelles (voir d'ail-

24-Ciotola.indb 516 12-12-12 15:12

mentionné en introduction, ma réflexion en est une de principes. Or, si une surveillance judiciaire de l'EMV s'avère justifiée au nom des principes, j'estime qu'elle a lieu d'être, indépendamment des statistiques rapportées et du nombre d'EMV à l'égard desquels les consentements exprimés ou le contenu s'avèreraient effectivement problématiques.

En 1991, le Canada a ratifié la *Convention relative aux droits de l'enfant*[99]. Cette convention, rappelons-le, a permis l'élévation de l'enfant au rang de sujet de droit à part entière[100]. Un sujet que le législateur doit désormais aborder en fonction des mêmes repères que ceux qu'il utilise à l'égard des autres justiciables. Les dispositions qui encadrent l'EMV relèvent assurément d'une intention législative noble, mais en privant l'enfant du regard indépendant du juge, elles contribuent à le maintenir dans l'état d'infériorité qui l'a trop longtemps caractérisé.

leurs J.-P. HOTTE, préc., note 55). De telles réalités ne sont pas sans soulever certaines inquiétudes. Un intervenant surchargé de dossiers pourrait être tenté de privilégier le régime volontaire qui exigera de lui moins de démarches et d'opérations que le régime judiciaire, même si le recours au tribunal constitue la voie que justifie la situation de l'enfant et des parents concernés. Voir V. LEMAY, préc., note 65, p. 340, 367 et 383.

99 Préc., note 48.

100 Dans une récente affaire de protection de la jeunesse, le juge Mario Gervais rappelle le principe en ces termes : « Par ailleurs, il est maintenant bien établi en droit québécois et canadien que l'enfant n'est pas un objet de droit, mais bien un sujet de droit. », *Protection de la jeunesse 1223*, préc., note 71, n° 41.

24-Ciotola.indb 517 12-12-12 15:12

24-Ciotola.indb 518 12-12-12 15:12

LE DROIT ET LA QUALITÉ DE L'INFORMATION

Pierre TRUDEL*

I. UNE EXIGENCE DÉTERMINÉE 522

II. UN OBJECTIF PROCLAMÉ 524
A. Un standard 526
B. Un enjeu 527

III. LA DÉTERMINATION PROCESSUELLE 530

CONCLUSION 537

* Professeur titulaire au Centre de recherche en droit public (CRDP), Faculté de droit, Université de Montréal, et titulaire de la Chaire L. R. Wilson en droit des technologies de l'information et du commerce électronique.

24-Ciotola.indb 519 12-12-12 15:12

24-Ciotola.indb 520 12-12-12 15:12

Tout le monde recherche la qualité : le consommateur, l'investisseur, le patient, le client. Il ne se passe pas une journée sans que l'on évoque les qualités d'un bien, d'un service ou encore les carences quant aux qualités de ce qui est proposé au public. Mais comment la règle de droit parvient-elle à assurer les obligations relatives à la qualité d'un bien ou d'un service ?

Les rapports entre les règles de droit et la qualité de l'information sont au cœur des questions les plus centrales du droit de l'information. D'une part, il est plausible qu'une grande part du *corpus* de règles de droit encadrant la production et la circulation de l'information soit concernée par le souci d'assurer que l'information produite ou transmise soit de qualité. D'autre part, il y a une certaine antinomie à postuler que le droit peut, à sa guise poser des interdits ou imposer des obligations au nom de la qualité de l'information. Randall P. Bezanson relève que « It is axiomatic that the quality of speech – its goodness or badness from a litterary, artistic, or aesthetic perspective, or its effectiveness in communicating to an audience- should bear no relationship to its protection under the First Amendment. »[1] Il y a un malaise certain à postuler que des jugements de valeurs peuvent être posés à l'égard de l'information. Compte tenu du caractère supra-légal de cette liberté, on va s'attendre à ce que l'exigence de qualité imposée par le droit soit formulée après en avoir justifié le caractère raisonnable dans le cadre d'une société démocratique.

La recherche de la qualité de l'information figure au nombre des raisons justifiant l'adoption de règles juridiques. Ainsi, les règles de droit précisent les qualités des informations échangées lors de transactions. La plupart des législations exigent que les échanges d'informations inhérents aux transactions s'effectuent selon des standards de qualité, de précision et d'exactitude. C'est ce que visent les règles prescrivant des exigences pour identifier une personne dans les transactions électroniques. Dans d'autres situations, les lois font obligation de fournir certaines informations précontractuelles. La réglementation de la publicité oblige les com-

---

1 Randall P. BEZANSON, « The Quality of First Amendment Speech », (1998) 20 *Hastings COMM/ENT* 275, 277.

24-Ciotola.indb 521 12-12-12 15:12

merçants à informer les consommateurs en respectant des exigences de probité.

La qualité se présente dans le droit comme une exigence, un résultat recherché par l'application de la loi. La notion figure au nombre des justifications, voire des légitimations des règles énoncées dans la loi. Il arrive aussi que le législateur détermine *a priori*, le seuil de qualité nécessaire pour engendrer une conséquence juridique. Mais le plus souvent, la qualité est exprimée dans un standard d'appréciation des conduites ou des caractéristiques des objets. Alors, le droit institue des processus afin d'évaluer si une entité possède ou non le niveau requis de qualité.

I. Une exigence déterminée

C'est au nom de la qualité de l'information que sont édictées plusieurs dispositions réglementaires, voire même certains régimes de responsabilité relatifs au contenu des messages. Derrière tout *corpus* de règles, se profilent forcément des principes, valeurs et intérêts qui en sous-tendent la légitimité. La loi – expression de la volonté générale – apparaît comme le principal véhicule de ces règles et principes qui les sous-tendent et les justifient.

Lorsque la loi édicte des règles, des interdits ou des obligations, le seuil de qualité est déterminé *a priori* par le législateur. Par exemple, les réglementations sur l'étiquetage des produits indiquent les informations qui doivent figurer sur les emballages. La qualité se présente alors comme le résultat ou la condition recherchée par la règle de droit. Par exemple, une loi qui énumère les données à communiquer afin d'obtenir un avantage ou pour produire une conséquence juridique. Par exemple, au Canada, la réglementation prescrit les documents et les déclarations à produire lors d'une demande pour obtenir un passeport. Dans ce genre de situations, la loi impose des exigences en vue d'obliger à un seuil déterminé de qualité pour l'information destinée à procurer la certitude quant à l'identité du requérant.

Dans ce type de cas de figure, le *quantum* d'information nécessaire pour conclure à l'existence du seuil requis de qualité d'information est ainsi précisé par le législateur. La qualité est ici

24-Ciotola.indb 522 12-12-12 15:12

envisagée comme une obligation de résultat. Pour engendrer la conséquence juridique prévue par la loi, il faut produire un ensemble prédéfini d'information. C'est la situation où les textes de loi énumèrent les caractéristiques que doivent posséder les documents.

Dans d'autres situations, la loi va considérer la qualité de l'information dans le cadre des évaluations inhérentes à l'appréciation de la conformité aux obligations de moyens. Par exemple, selon la tendance jurisprudentielle favorable à la liberté de presse en droit québécois, l'obligation du média lorsqu'il diffuse une information portant atteinte à la réputation d'une personne est une obligation de moyens. Le média doit se conformer aux usages journalistiques reconnus dans ses démarches de vérification de l'information. L'appréciation de la qualité du travail journalistique accompli se trouve au cœur de l'évaluation de son caractère fautif.

Lorsque la loi énonce les droits et obligations des participants à l'activité de communication, le lien entre ces obligations et la qualité de l'information est postulé. Par exemple, la nature même de l'information médicale et les conséquences qu'elle peut avoir sur la vie des personnes appellent nécessairement des cadres juridiques visant à en assurer le niveau de qualité suffisant[2]. Le besoin d'information de qualité fonde et légitime les choix faits par le législateur et dont l'interprète s'efforce de rendre compte dans le cadre d'une démarche de constat. L'interprète constate si les exigences du législateur sont remplies. L'exigence de qualité est ici réputée procéder de la volonté du législateur.

Postulée par l'interprète, la recherche de la qualité servira de fil conducteur, de principe explicatif, des solutions retenues par le législateur. L'interprète va parfois se sentir obligé de s'en remettre à des jugements de valeurs afin de déterminer si le seuil requis de qualité est atteint.

Mais alors, peut se poser la difficulté découlant du hiatus entre ce qui est tenu pour correspondre à la qualité dans la loi et les di-

---

2 Voir par exemple : Kristin B. KELTNER, « Networked Health Information : Assuring Quality Control on the Internet », (1998) 50 *Federal Communications Jnl*. 417.

24-Ciotola.indb 523 12-12-12 15:12

verses visions qui peuvent coexister, voire s'affronter dans la société civile. Le droit de la communication offre plusieurs exemples d'un tel phénomène. Ainsi, la réglementation de la publicité par la loi engendre des controverses qui attestent des difficultés découlant de ces conflits de visions au sujet de la qualité de l'information. En somme, il est plus facile de postuler que le législateur agit dans le sens de la recherche de la qualité lorsque la matière ou la solution retenue fait consensus. Dans les autres situations, la décision législative est objet de controverses et ces controverses se construisent autour de ce qui doit être tenu pour conforme à l'information de qualité. Devant l'absence de consensus, la loi pourra se limiter à seulement proclamer l'objectif de qualité et laisser à un processus de régulation le soin de déterminer si le seuil de qualité est atteint. La qualité est alors un objectif simplement proclamé par la loi.

II. Un objectif proclamé

L'exigence de qualité est parfois proclamée dans les lois lorsque, à la manière d'une incantation. La loi vient proclamer la nécessité de préserver la qualité ou de la promouvoir. Renonçant à délimiter directement le sens concret des droits et obligations, le législateur s'en remet alors à l'interprète ou à l'instance chargée d'appliquer le texte. L'approche se caractérise par l'énonciation de standards.

Par exemple, l'article 3(1)g) de la *Loi sur la radiodiffusion*[3] déclare que « la programmation offerte par les entreprises de radiodiffusion devrait être de haute qualité »[4]. Le principe s'attache à la programmation de chaque radiodiffuseur. Dans l'arrêt *CKOY* c. *La Reine*, la Cour suprême donne un sens large à la notion de programmation, estimant que « le mot « programmation » n'englobe pas seulement les paroles diffusées sur les ondes, mais vise également toutes les étapes de la collecte d'informations, du montage

3 L.R.C., c. B. 9.01, en ligne ; http ://lois.justice.gc.ca/fr/B-9.01/index.html.

4 Sur cette question, voir : Pierre Trudel, « Le standard de programmation de haute qualité dans la législation sur la radio et la télévision », (1989) 34 *R.D. McGill* 203.

24-Ciotola.indb 524 12-12-12 15:12

et de la diffusion des émissions en général, auxquelles s'applique l'exigence d'une programmation de haute qualité »[5]. On voit mal, évidemment, comment une loi prescrivant une programmation de haute qualité ne rallierait pas de larges suffrages. Cependant, les désaccords surgissent dès qu'on cherche à identifier ce qui doit être tenu pour correspondre à la haute qualité.

De la même façon, la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*[6] adoptée par le Parlement du Québec en juin 2001 identifie les qualités que doivent posséder les documents technologiques pour être considérés comme intègres. L'article 6 de cette loi prévoit que :

> « **6.** L'intégrité du document est assurée, lorsqu'il est possible de vérifier que l'information n'en est pas altérée et qu'elle est maintenue dans son intégralité, et que le support qui porte cette information lui procure la stabilité et la pérennité voulue.
>
> L'intégrité du document doit être maintenue au cours de son cycle de vie, soit depuis sa création, en passant par son transfert, sa consultation et sa transmission, jusqu'à sa conservation, y compris son archivage ou sa destruction.
>
> Dans l'appréciation de l'intégrité, il est tenu compte, notamment des mesures de sécurité prises pour protéger le document au cours de son cycle de vie. »

Dans cette disposition de la loi québécoise, l'intégrité est une qualité que possède un document. Elle résulte de deux éléments : premièrement, on considère que l'intégrité d'un document est assurée lorsqu'il y a possibilité de vérifier que l'information n'en est pas altérée et qu'elle est maintenue dans son intégralité. Deuxièmement, il faut que le support portant l'information procure à celle-ci la stabilité et la pérennité voulue (article 6, alinéa 1). Il ne faut pas que l'information soit volatile ou susceptible de disparaître ou d'être modifiée sans que l'on puisse s'en apercevoir. C'est à

---

5 [1979] 1 R.C.S. 2, 13.

6 L.Q. 2001, c. 32, en ligne avec annotations : http://www.autoroute.gouv.qc.ca/loi_en_ligne (consulté le 15 janvier 2002).

24-Ciotola.indb 525 12-12-12 15:12

une appréciation *in concreto* que l'on renvoie ici. Les qualités que doivent posséder un document ne sont pas déterminées une fois pour toutes : elles dépendent plutôt de leur capacité à procurer des moyens de vérifier le maintien intégral du document de même qu'elle appelle à une évaluation de la capacité technique du support à procurer stabilité et pérennité.

Le seuil de qualité que doivent posséder les informations est ici exprimé au moyen d'un standard. Dans le débat social ou judiciaire, son sens, sa portée et l'appréciation auquel il donnera lieu deviendront un enjeu.

A. Un standard

Le standard ne tend pas à une délimitation objective de ce qui est permis et de ce qui est défendu. Il constitue une formule d'appréciation de la conduite des personnes sur la base d'un type-modèle. On entend par standard une norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé. C'est une directive générale indiquant le but poursuivi. Il constitue un guide qui identifie le seuil ou le résultat qu'il faut atteindre. À l'instar des autres notions à contenu variable, le standard se caractérise par une relative indétermination. Mais il suppose une instruction expresse de procéder à une évaluation contextuée[7].

La technique du standard convient aux situations pour lesquelles il est difficile de formuler une règle a priori sur les comportements que doivent avoir les sujets de droit. La transmission de l'information, caractérisée par son évolution rapide et la place importante qu'elle laisse à l'activité créatrice s'accommode mal de règles détaillées.

Il est certaines questions pour lesquelles il est difficile ou impossible de légiférer par prescriptions ou interdictions décrivant un comportement. Cela est particulièrement vrai dans les secteurs fortement marqués par l'évolution rapide des techniques et des façons de faire. À l'égard de certaines réalités volatiles comme celles

7 André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e éd., Paris, LGDJ, 1993, p. 581.

24-Ciotola.indb 526 12-12-12 15:12

qui caractérisent les technologies de l'information, l'on constate souvent que le législateur ne maîtrise pas les données scientifiques et techniques, ou que ces données sont susceptibles de changer. Plutôt que de formuler la loi en se référant à un contexte technique susceptible de changer très rapidement, l'on va plutôt établir, dans la loi, les caractéristiques que doivent posséder les réalités que l'on régit.

Lorsqu'il utilise un standard pour exprimer une règle, le législateur se limite à réaffirmer son attachement à certaines valeurs et proclamer des principes ou les facteurs dont il doit être tenu compte. En somme, on élabore des règles comportant des directives, non des prescriptions. Le standard commande à l 'interprète, au juge de se référer à un autre système normatif : comme ceux qui prescrivent les meilleures pratiques, techniques ou précautions afin d'atteindre un résultat à l'égard de documents.

Ici la notion de qualité se présente comme une notion dont la teneur et le sens restent à être déterminés par l'interprète et généralement au fil des applications concrètes que pourra connaître la règle de droit. Elle devient un enjeu.

B. Un enjeu

La notion de qualité, à l'instar de la plupart des notions juridiques renvoyant à des valeurs fondamentales est susceptible d'une pluralité de sens. Chacune des significations qui sont données à la notion peut revendiquer une certaine part de légitimité. C'est pourquoi elle devient le siège des enjeux opposant les divers groupes d'intérêt dans la société civile.

L'information prend son sens dans un contexte. C'est toujours par rapport à un contexte spécifique que s'évalue ou s'apprécie la qualité. Le recours aux standards procure les outils nécessaires afin d'organiser la confrontation de la notion abstraite avec les contextes concrets dans lesquels le sens va se délimiter.

Les standards commandent à l'interprète de s'enquérir de ce qui est exigible dans le milieu dans lequel la décision va s'appliquer. La notion de qualité, qu'elle soit inscrite dans une loi ou déduite de celle-ci, prescrit à l'interprète d'évaluer les actions, les

24-Ciotola.indb 527 12-12-12 15:12

objets ou les situations. Alors, la notion de qualité prend l'allure, non pas d'un droit susceptible de produire, en lui-même des prérogatives mais comme un outil du juriste, un cadre de référence afin d'aider à résoudre une contradiction découlant de l'affirmation conflictuelle d'un droit à faire circuler une information et un droit de s'opposer à une telle circulation.

Par exemple, des droits concernant des intérêts aussi englobants et diversifiés que ceux qui se rattachent à la qualité de l'information ne peuvent se définir concrètement que dans leurs relations avec les autres droits et libertés. Les critères de qualité sont appelés à la rescousse afin de contribuer à situer les limites permises et les contenus minimas.

La notion de qualité possède une pluralité de sens qui sont établis dans le cadre de processus multiples allant des forums judiciaires et forums professionnels jusqu'aux forums plus diffus que sont le sens commun et les réflexes déontologiques. Le défi des sociétés post-modernes est d'assurer le caractère démocratique des délibérations. Concrètement, cela pourra signifier que des énoncés de la loi se présenteront soit sous la forme de principes abstraits, soit sous la forme de principes partiellement organisés ou encore sous la forme d'énoncés décrivant des pratiques qui paraissent acceptables.

Les différents types d'énoncés retenus dans la loi doivent être envisagés dans le contexte d'un environnement normatif de l'État post-moderne caractérisé par un va-et-vient entre les principes et les normativités, la pluralité des pôles de normativité de même que l'absence d'univocité des principes et règles. Énoncés, dans un texte de loi, les principes deviennent autant d'arguments, de justifications, de légitimations pour préconiser ou appuyer des décisions. Mais en retour, ces mesures mises en place dans le déroulement de la vie sociale influent sur le sens des principes énoncé dans les lois et sur les dialogues entre les différents pôles qui prennent part à l'application et à l'interprétation des règles.

Les systèmes juridiques sont traditionnellement conçus suivant une conception hiérarchique, linéaire et arborescente. La structure du système serait ainsi hiérarchique puisque ses organes sont placés en situation de supériorité et de subordination les

24-Ciotola.indb 528 12-12-12 15:12

uns par rapport aux autres ; il en va de même de la normativité qui respecte le principe classique de la hiérarchie des normes. Les relations sont traditionnellement linéaires et à sens unique entre les différents niveaux normatifs ou institutionnels. Le système moderne est conçu en arborescence car ses différents éléments s'engendrent à partir d'un foyer de création unique, habituellement la constitution. Or, dans la pensée juridique contemporaine, le réseau se substitue de plus en plus aux institutions hiérarchisées comme lieu de conception et d'énonciation de la normativité[8].

Au sein des réseaux s'élaborent des principes repères qui doivent habituellement être relayés par d'autres pôles de normativité. D'où l'idée d'un droit relayé dans plusieurs vecteurs. Le droit est en effet tantôt supplanté, tantôt relayé des principes internationaux vers les droits nationaux alors qu'à leur tour ces derniers sont relayés par les normativités régulatrices et les normes mises en place par les acteurs[9]. Les réseaux, notamment les réseaux d'influence, se superposent aux lieux institutionnels que sont les États et les instances internationales[10]. Gordon Smith et Daniel Wolfish en déduisent que ce monde polycentrique

> « signifie que l'interconnectivité et l'ambiguïté sont omniprésents. La réalité du monde polycentrique est que de moins en moins de relations se prêtent à une codification officielle dans les lois ou à un enchâssement dans des contrats. Traditionnellement, les gouvernements sont très mal à l'aise pour composer avec ce genre d'ambiguïté »[11].

---

8 François OST et Michel de KERCHOVE, « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? », (2000) 44 *R.I.E.J* 1 ; Ari HIRVONEN, *Polycentricity The Multiple Scenes of Law*, Stylus Publishing, 1999.

9 Pierre TRUDEL, « Quel droit et quelle régulation dans le cyberespace ? », (2000) 22-2 *Sociologie et sociétés* 189, en ligne : http ://www.erudit.org/erudit/socsoc/v32n02/trudel/trudel.pdf.

10 Mary L. CHEEK, « The Limits of Informal Regulatory Cooperation in interntional Affairs : A Review of the Global Intellectual Property regime », (2001) 33 *Georges Washington Int. L.R.* 277.

11 Gordon SMITH et Daniel WOLFISH, *Qui a peur de l'État ?*, coll. « Tendances », Montréal, P.U.M., 2001, p. 338.

24-Ciotola.indb 529 12-12-12 15:12

Dans une société de réseaux, les normes sont pensées, élaborées et appliquées au sein de plusieurs pôles interagissants. Les problèmes et enjeux auxquels répondent les mesures étatiques, de même que les autres normativités, sont débattus et mis au jour dans plusieurs lieux. Ces lieux sont en dialogue : chacun peut, à un moment où l'autre, se trouver en situation de proposer une signification à un principe ou une mesure. Il peut arriver que les appréciations diverses de la qualité soient invoquées au soutien ou à l'encontre d'une interprétation.

Ainsi, l'appréciation de la qualité se présente dans le droit comme un processus de dialogue entre de multiples pôles de normativité contribuant chacun à leur façon, à cerner et à formaliser les représentations par lesquelles se construisent les appréciations de la qualité. Voilà l'esquisse des processus par lesquels se détermine la signification de l'exigence de qualité.

III. La détermination processuelle

Dans plusieurs situations, le sens et la teneur de la notion de qualité se dégage à la faveur de processus décisionnels spécialisés tels ceux représentés par les autorités administratives indépendantes, comme, en France, le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) ou au Canada, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC). La qualité est parfois cernée au moyen d'instruments négociés et exprimés par des véhicules qui ne sont pas toujours ceux qu'empruntent traditionnellement les règles de droit. On voit de plus en plus de normes exprimées dans des lignes de conduite souples (*soft law*), énoncés de politiques, lettres aux protagonistes ou des conditions de permis. Dans d'autres situations, on renvoie à des normes émanant des organismes de standardisation tels que l'ISO, comme si celles-ci assuraient un niveau de qualité conforme aux exigences du droit.

Ces lieux d'élaboration, de négociation et d'application des normes encadrant les activités de communication constituent les instances d'articulation des droits et valeurs fondamentales. Ils contribuent au décodage dans le cadre de processus ouverts des sens multiples que peut prendre la notion de qualité.

24-Ciotola.indb 530 12-12-12 15:12

L'accroissement du rôle de telles instances dans le domaine de la communication est peut-être un indice de la nécessité de se donner les moyens de dégager le sens des règles de droit dans un cadre processuel continu et ouvert aux débats. C'est certes là un environnement inconfortable pour ceux qui postulent que les lois et règlements renferment la totalité des règles de droit. Mais le phénomène témoigne d'une mutation dans la manière dont les règles sont générées, énoncées, comprises et appliquées.

Le droit étatique ne crée pas la plupart des normes qu'il comporte : il les reçoit, les emprunte des autres systèmes normatifs. Dans beaucoup de cas, le droit ne fait que juridiciser les normes existant dans d'autres univers normatifs. Le droit étatique ne peut s'appliquer en dehors de toute référence aux bonnes pratiques techniques ou aux « bons comportements ». Si les traits caractéristiques de tels standards ne sont pas énoncés dans des textes auto réglementaires, ils sont forcément pris ailleurs par les législateurs et les tribunaux. Ils peuvent même, à la rigueur, être construits de toute pièce dans le système juridique. Mais en puisant dans les autres univers normatifs, le système juridique profite de l'expertise qui soutient ces derniers et du même coup, peut se prévaloir de leur légitimité.

Cette porosité que montre le droit à l'égard de la production normative émanant des autres univers et pratiques ne fonctionne que dans la mesure où l'on aura pris soin de garder le système juridique ouvert sur les autres univers et pratiques. Il faut prendre garde à la tentation de mettre en place des mesures qui prétendront couper court à l'apport des autres réflexions éthiques et surtout aux bénéfices des évolutions qui vont inévitablement survenir dans la pratique.

La proclamation des standards ou des règles commandant de s'enquérir de la qualité de l'information a lieu dans un ensemble plus global. La notion de qualité peut posséder un sens immédiatement obligatoire dans le système juridique, mais c'est habituellement dans d'autres systèmes, ayant des traits communs mais aussi des différences avec le système juridique que l'on ira puiser les référents permettant de juger de la qualité. La détermination, dans le concret de ce qui correspond à une information de qualité

24-Ciotola.indb 531 12-12-12 15:12

est un enjeu opposant les divers groupes d'intérêt qui, de manière diverse ont avantage à voir prévaloir une conception plutôt qu'une autre.

Le sens de la notion résulte ainsi de l'action conjuguée de la pluralité des systèmes normatifs agissant dans l'environnement social. Il résulte d'arbitrages, parfois provisoires, parfois plus ou moins permanents (ou possédant une plus grande pérennité) ou ayant vocation a une plus grande permanence entre les diverses conceptions de la qualité qui coexistent dans les sociétés pluralistes.

On peut, avec Philippe Jestaz[12] parler des systèmes denses tel le système politique, les institutions politiques et juridiques, les mœurs, les usages et même le juge... Dans ces cadres, il existe une communauté d'interprétation au sein de laquelle se dégage le sens des droits et libertés. C'est dans ces communautés que sont générés les repères permettant de résoudre les contradictions. Le rôle du savoir juridique paraît ici déterminant. Le rôle de la culture des juristes ou des spécialistes du domaine concerné, ces évidences qui semblent tellement aller de soi que personne ne s'aventure à les remettre en question sont ici déterminants. On est ici dans l'univers des représentations. Dans une grande mesure ce qui est tenu pour correspondre à la qualité se constitue au niveau des représentations sociales[13]. Jean-François Dortier écrit que :

> « Notre univers mental est fait de représentations. De l'idée de grenouille à l'image du bonheur, les représentations possèdent quelques règles d'organisation et de fonctionnement qui en font des outils essentiels pour penser, orienter nos actions, communiquer avec autrui, imaginer... »[14]

Le sens de la notion de qualité de l'information se définit ainsi dans ce que Jestaz appelle « les systèmes diffus » : la morale, l'idéologie, les croyances communes ou communément admises, les représentations et fantasmes plus ou moins répandus dans la société

---

12 Philippe JESTAZ, *Le droit*, 4e éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 25 et suiv.

13 Pierre MANNONI, *Les représentations sociales*, Paris, P.U.F., 1998.

14 Jean-François DORTIER, « L'univers des représentations ou l'imaginaire de la grenouille », (2002) 128 *Sciences Humaines* 24.

24-Ciotola.indb 532 12-12-12 15:12

civile. Bref le sens commun de l'époque, la moralité qui se décèle du corps social dans son entier.

Les raisonnements donnant lieu aux articulations entre les droits fondamentaux et valeurs liées aux activités de communication s'alimentent aussi bien au niveau des systèmes diffus qu'à celui des systèmes denses. Ils se présentent dans la déontologie et se sédimentent dans le droit par le truchement des décisions des juges ou dans les analyses doctrinales. Ces systèmes contribuent, par leurs synergies, à la détermination du sens des règles de droit. C'est par un tel processus que se construit, à l'égard des situations concrètes, la teneur de l'exigence de qualité prévue dans le droit.

Pour assurer que le sens donné à la notion de qualité reflète en tout temps les valeurs sous-jacentes à l'un et l'autre des droits et libertés en cause, il importe de maintenir un équilibre et un dialogue entre les différents lieux de recherche et de détermination du sens des notions telles que la vie privée et la liberté de presse.

Le raffinement des raisonnements, des concepts et des conceptions qui constituent le standard de ce qui est constitutif de la qualité passe par le maintien d'un milieu vivace au sein duquel peuvent se confronter les diverses conceptions et systèmes. Aucune source du droit, même la législation, ne saurait agir de façon définitive sur l'émergence des conceptions et des façons de voir qui se combinent, se confrontent et se recombinent suivant un modèle variable. Occasion d'ouverture vers les autres lieux d'élaboration des normes, la notion de qualité commande à l'interprète et singulièrement au juge de s'éclairer des significations générées dans les autres univers normatifs.

Pour dégager les caractéristiques que doivent posséder les situations de fait et les comportements soumis à son appréciation, de même que la signification concrète de la qualité, l'interprète et ultimement les juges doivent forcément avoir recours à certains repères. Les usages et les réglementations professionnelles et techniques figurent au nombre des repères servant aux juges et aux autres interprètes.

Les divers milieux définissent les pratiques et les normes de conduite dans leurs champs de pratique respectifs. Les comportements et précautions qui émergent dans ces milieux aident à déli-

24-Ciotola.indb 533 12-12-12 15:12

miter les frontières respectives de la vie privée, de la liberté de presse, de la liberté d'expression et de la liberté d'entreprendre et les autres valeurs qui doivent être prises en compte lors de la circulation de l'information.

Ainsi, dans le domaine de la radio-télévision, la notion de haute qualité, mentionnée dans la *Loi canadienne sur la radiodiffusion* a été comprise et appliquée comme une notion renvoyant aux bonnes pratiques de programmation et de travail journalistique. Dans sa décision de 1974 sur le renouvellement des licences de réseaux de la Société Radio-Canada[15], le CRTC déclare qu'il faut porter beaucoup d'attention au respect des standards journalistiques, notamment en ce qui a trait à l'exactitude de l'information et à la présentation de commentaires informés sur tous les aspects ainsi que sur l'ensemble des points de vue sur une question. De la même façon, dans une décision relative au renouvellement de la licence de la Rogers Cable en 1985, le Conseil rappelait que : « Quant à la haute qualité de l'émission, le Conseil s'attend toujours à ce que des normes de rédaction élevées et un code d'éthique soient bien respectés par la titulaire, et souligne la responsabilité de la titulaire à l'égard des émissions qu'elle diffuse. »[16]

Cette approche est semblable à celle suivie dans l'*Avis concernant une plainte faite par la Media Watch à l'égard de CKVU Television, Vancouver C.-B.*[17], où le CRTC affirme que, pour déterminer si un radiodiffuseur s'est acquitté de ses responsabilités en matière de qualité, il faut tenir compte des circonstances de chaque cas, y compris du contexte dans lequel s'inscrit l'émission, et :

> « [...] de la mesure dans laquelle le radiodiffuseur a eu l'occasion de déterminer, avant la mise en ondes de l'émission, si une déclaration méritait d'être présentée ou non et, s'il n'a pas eu

---

15 CRTC, Décision 74-70, 31 mars 1974, *Les ondes radioélectriques sont propriété publique* ; voir aussi : CRTC, Décision 79-320, 30 avril 1979, *Renouvellement des licences de réseaux de télévision et de radio de la Société Radio-Canada*.

16 CRTC, Décision 85-496, 28 juin 1985, *Rogers Cable TV Ltd*, 11 R.T.C. 530.

17 CRTC, Avis public 1983-187, 17 août 1983, 9 R.T.C. (partie 2) 89.

24-Ciotola.indb 534 12-12-12 15:12

cette occasion, du fait que le radiodiffuseur ait été disposé ou pas à assumer la responsabilité d'une déclaration présentée qui n'a pas satisfait à des normes acceptables de radiodiffusion et à s'en excuser. »

Dans cette affaire, le Conseil affirmait aussi que :

« [...] les radiodiffuseurs sont loin de s'acquitter de leurs responsabilités et de respecter les normes élevées de programmation requises lorsque la fréquence qui leur a été confiée est utilisée, non pas pour faire une critique des activités d'un groupe en particulier, mais pour promouvoir de la violence sexuelle à l'égard de ses membres. »[18]

L'avis public du 28 juin 1984[19] faisait suite à des plaintes formulées contre la station de radio CFCF de Montréal. Il portait sur l'utilisation d'un sondage téléphonique (Instapoll) dans lequel les auditeurs étaient invités à dire, en appelant à la station, s'ils partageaient les motifs ayant poussé le caporal Denis Lortie à se livrer à une fusillade meurtrière à l'Assemblée nationale du Québec, le 8 mai 1984. C'est en soulignant les lacunes de ce type de sondage, dont la méthodologie est notoirement incomplète, que le CRTC conclut que le standard de haute qualité n'avait pas été respecté. Le Conseil écrit à cet égard que « demander aux auditeurs de répondre par un « oui » ou un « non » peut être acceptable ou, à tout le moins, inoffensif si la question ne porte pas sur un élément vital de l'ordre public. Mais cet exercice est inopportun et même dangereux lorsqu'il s'agit d'une question fondamentale. »[20] En outre, dans ce cas, on ne pouvait détecter le nombre d'appels en provenance d'un même auditeur. Certains éléments contextuels ont aussi été mentionnés soient le manque de considération pour les proches des victimes et l'éventuelle possibilité d'encourager les gens à exprimer des sentiments extrêmes suite à de tels événements. C'est pourquoi le Conseil conclut qu'en réalisant et en diffusant

---

18 *Id.*, 90.

19 CRTC, Avis public 1984-159, 28 juin 1984, *Radiodiffusion controversée – Plaintes formulées contre la station CFCF de Montréal*.

20 *Id.*, 6.

24-Ciotola.indb 535 12-12-12 15:12

un tel sondage, la station avait manqué à ses obligations de maintenir un standard de haute qualité dans sa programmation[21].

Dans son rapport, le Comité spécial du CRTC sur l'émission *Air of Death* souligne que la notion de « haute qualité », tout comme la notion d'équilibre, ne doit pas, dans le cas des documentaires, « orienter ou restreindre la recherche des radiodiffuseurs » en vue de trouver des moyens de décrire les problèmes intéressant le public[22]. Par contre, le Comité ne trouve ni sain, ni conforme à la notion de haute qualité le principe de « l'exagération pour obtenir des résultats ». Il sera impossible de maintenir la confiance envers les radiodiffuseurs, selon le Comité, si l'on admet que l'exagération est une technique légitime. On constate que la notion de haute qualité est un standard aidant à porter un jugement sur les décisions des radiodiffuseurs en matière de programmation. Elle n'est pas appliquée comme un principe limitant le champ de la créativité des radiodiffuseurs mais plutôt comme une sorte de paramètre à l'aide duquel on jugera *a posteriori* des décisions prises par une entreprise.

On constate à la lumière de ces exemples combien l'évaluation de la qualité est tributaire d'un processus de questionnement sur les pratiques et usages admis dans le champ d'activité concerné.

Le processus juridique mis en place afin de déterminer si l'exigence de qualité est accomplie est informé par les autres lieux d'élaboration des normes comme les milieux professionnels pratiquant diverses formes d'autoréglementation. La déontologie se révèle ainsi comme l'un des lieux de détermination de ce qui correspond à la qualité.

L'intégration de ces normes déontologiques passe par ces passerelles permettant d'importer dans le droit les « normes de bon

---

21 Le CRTC a toutefois reconnu, à titre de circonstances atténuantes, que la station avait admis son erreur et s'était excusée.

22 CRTC, Avis public, 9 juillet 1970, *Rapport du Comité spécial sur l'émission « Air of Death »* dans Pierre TRUDEL, *Droit de l'information et de la communication – Notes et documents*, Montréal, Éditions Thémis, 1984, p. 485.

24-Ciotola.indb 536 12-12-12 15:12

comportement ». Les « standards »[23], tels les notions de « nécessités de l'information du public », de « prudence et diligence normale » ou de la haute qualité peuvent trouver leur signification à l'aide du recours à l'observation de la pratique.

En raison de leurs origines, généralement liées à la pratique et à l'expertise technique, les normes autoréglementaires fournissent, bien que cela ne soit pas leur finalité première, les préceptes de savoir-faire à partir desquels les tribunaux jugeront les comportements. Par conséquent, les conceptions de la qualité sécrétées dans la déontologie et les autres pratiques autoréglementaires contribuent à la détermination du sens que prendra la notion dans les circonstances concrètes de l'application des règles prévues par la loi.

Dans d'autres situations, la normativité technique fournira les éclairages permettant de déterminer les seuils de qualité exigés par la loi.

CONCLUSION

Le droit énonce les exigences de qualité par deux sortes de procédés. Soit qu'il édicte, dans le détail, les caractéristiques que doivent posséder les informations pour être conformes à la règle de droit édictée en vue de promouvoir la qualité, soit qu'il organise des processus de dialogue devant permettre de déterminer, dans chaque situation, si le seuil de qualité correspond à ce qui est exigé. Lorsqu'il existe un haut degré de consensus, il peut être plus facile d'exprimer a priori et de manière détaillée, les différents droits et obligations des acteurs de même que leurs limites respectives.

---

[23] Ce mot n'a pas ici le même sens que lorsqu'on l'utilise en anglais afin de désigner une norme de qualité ou des caractéristiques minimales que certains produits doivent posséder. Voir : Stéphane RIALS, « Les standards, notions critiques du droit », dans Chaim PERELMAN et Raymond VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variables en droit*, Bruxelles, Travaux du Centre national de recherches en logique, 1984, p. 44 ; Pierre TRUDEL, « La programmation de haute qualité : Repères sur le rôle des standards dans la réglementation canadienne de l'audiovisuel », (1988) 4 *R.R.J.* 989.

24-Ciotola.indb 537 12-12-12 15:12

Il y a des situations dans lesquelles, le degré de consensus semble insuffisant pour que la loi puisse affirmer un régime juridique qui fait prévaloir une conception de ce qui se conforme à une information de qualité. Alors, la recherche de la qualité est affirmée sous la forme d'incantation. Il est plus aisé d'énoncer une règle en renvoyant l'interprète à une appréciation. Cela suppose le recours à un standard qui guidera les décideurs dans leur mission d'arbitrage. On déterminera alors le sens de la notion au fil des situations concrètes. L'exigence de qualité demeure alors au stade d'une affirmation solennelle et devient de ce fait un enjeu. Sa détermination effective s'effectue ailleurs que dans l'énoncé législatif des droits et obligations des personnes.

C'est donc souvent en organisant des processus de dialogue entre les intérêts et expertises diversifiées que le droit permet une application du standard de qualité. Alors le défi des systèmes juridiques est de pourvoir à la mise en place et au fonctionnement efficace de processus ouverts permettant d'assurer l'adéquation entre les exigences abstraites du droit et la détermination dans le concret des seuils requis de qualité.

24-Ciotola.indb 538 12-12-12 15:12

DROITS DE L'HOMME, DROITS DE LA PERSONNE, DROITS ET LIBERTÉS ET DROITS HUMAINS : ESSAI SUR LA DÉNOMINATION DES DROITS ET PLAIDOYER POUR LES « DROITS FONDAMENTAUX »

Daniel TURP*

I. « DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN » ET « DROITS DE L'HOMME » 543

II. « DROITS », « DROITS ET LIBERTÉS », « DROITS DE LA PERSONNE » ET « DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE » 548

III. « DROITS HUMAINS » 550

IV. UN PLAIDOYER POUR LES « DROITS FONDAMENTAUX » 552

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

24-Ciotola.indb 539 12-12-12 15:12

24-Ciotola.indb 540 12-12-12 15:12

C'est un plaisir pour moi que d'apporter ma contribution aux Mélanges en l'honneur de Pierre Ciotola. J'ai eu la chance d'être d'abord l'étudiant du professeur Ciotola à l'Université de Sherbrooke en 1974 et d'apprécier les grands talents pédagogiques d'un enseignant qui m'a fait apprécier le droit civil québécois. J'aurai ensuite eu le privilège de devenir le collègue de celui-ci à la Faculté de droit de l'Université de Montréal jusqu'à son départ à la retraite en 2007 et être témoin de la contribution exceptionnelle à la vie intellectuelle de l'institution qu'il a si bien servie pendant plus de 40 ans.

L'un de mes plus beaux souvenirs d'étudiant m'aura inspiré dans le choix du sujet de la contribution aux présents Mélanges. Pendant le cours de « Biens et prescription » qu'il me prodigua, le professeur Ciotola affectionnait particulièrement le concept de « bon père de famille » et rappelait l'importance de cette notion dans l'économie générale de notre *Code civil du Bas-Canada*. Ce dernier faisait ainsi une place de choix au « bon père de famille » car l'obligation d'agir en « bon père de famille » se retrouvait dans les titres sur le louage (art. 1617), le mandat (art. 1710), le prêt (art. 1766) et le dépôt (art. 1802). L'insistance du pédagogue Ciotola m'avait convaincu qu'une question d'examen chercherait à vérifier notre compréhension de cet important concept. Et je n'eus pas tort...et réussis plutôt bien l'examen de « Biens et prescription ».

L'entrée en vigueur du nouveau *Code civil du Québec* en 1994 allait substituer à l'obligation d'agir en « bon père de famille » celui du devoir d'agir « avec prudence et diligence ». La référence à cette « prudence et diligence » revient d'ailleurs à 11 reprises dans le nouveau code et notamment à l'article 2138 selon lequel « [l]e mandataire est tenu d'accomplir le mandat qu'il a accepté et il doit, dans l'exécution de son mandat, agir avec prudence et diligence ». De toute évidence, ce changement visait à moderniser la langue du code et à supprimer la connotation sexiste de la terminologie de cette loi civile fondamentale du Québec[1].

---

1 Sur le caractère de loi fondamentale de ce code, il y a lieu de rappeler que la Cour suprême du Canada a affirmé dans l'affaire *Gilles E. Néron Communication Marketing Inc.* c. *Chambre des notaires*, [1999] 3 R.C.S. 95, par. 56 que « le *Code civil du Québec* qui représente la loi fondamentale générale du Québec, comme le prévoit sa disposition préliminaire ».

24-Ciotola.indb 541 12-12-12 15:12

Dans le champ du droit public, un geste analogue de modernisation linguistique se produira également plusieurs années auparavant dans le cadre du débat visant à doter le Québec d'une législation destinée à élargir la protection des droits au-delà de ceux reconnus dans le code civil. Inspiré par le projet du professeur Jacques-Yvan Morin de doter le Québec d'une « Charte des droits de l'homme »[2], le comité des droits civils de l'Office de révision du Code civil proposait dans un rapport publié en 1966 l'inclusion d'une « déclaration des droits civils » dans le code civil[3]. Si les mots « droits de l'Homme apparaissent à plusieurs reprises dans ce rapport, l'expression « droits et libertés de la personne » fait une première apparition lorsque le comité affirmait que « la protection des *droits et libertés de la personne* se trouverait considérablement renforcée par l'inclusion dans le code d'un titre spécial consacré aux droits civils de l'homme »[4].

Prenant la relève du comité des droits civils de l'ORCC et donnant suite au mandat qui leur est confié en mars 1971 par le ministre de la Justice du Québec de rédiger un projet de loi visant à consacrer de tels droits, les professeurs Frank R. Scott et Paul-André Crépeau retiendront également l'appellation « droits et libertés de la personne »[5]. Les deux juristes formulent un projet de *Loi concernant les droits de la personne* qui comprend une première partie intitulée « Charte des droits et libertés de la personne » et une deuxième partie sur « Commission des droits de la personne ». Donnant suite à ce rapport, le ministre de la Justice du Québec, Jérôme Choquette, déposera trois ans plus tard un projet de *Loi*

---

2 Jacques-Yvan MORIN, « Une Charte des droits de l'homme pour le Québec », (1963) 9 *McGill L. J.* 273.

3 OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport du Comité sur les droits civils*, Montréal, 1966, p. 1.

4 *Id.*, p. 3 et 5.

5 Voir Frank R. SCOTT et Paul-André CRÉPEAU, *Rapport sur un projet de Loi concernant les droits et libertés de la personne*, 25 juillet 1971. Le texte intégral de ce rapport est reproduit dans Alain-Robert NADEAU, « La Charte québécoise : origines, enjeux et perspectives », (2006) *R. du B.* 571.

24-Ciotola.indb 542 12-12-12 15:12

sur les droits et libertés de la personne[6] et en présentera une version révisée – qui sera adoptée – portant le titre *Charte des droits et libertés de la personne*[7].

Ce choix du Québec de substituer aux mots « droits de l'homme » les mots « droits et libertés de la personne » a été à l'origine de débats de nature terminologique et continue de susciter aujourd'hui de tels débats. L'objet du présent article est de commenter les diverses dénominations visant à décrire, en langue française, ces droits dont la protection demeure un défi collectif et d'identifier celle qui paraît convenir le mieux. Je présenterai les instruments tant nationaux qu'internationaux qui font appel aux concepts de « droits de l'homme et droits du citoyen » et « droits de l'homme » (I), de « droits », « droits et libertés », « droits de la personne » et « droits et libertés de la personne » (II) et de « droits humains (III). J'y présenterai également la notion de « droits fondamentaux » et énoncerai les raisons qui plaident, selon moi, en faveur du choix de cette dénomination (IV).

I. « DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN » ET « DROITS DE L'HOMME »

Précédé par un projet du Marquis de Lafayette inspiré par la Déclaration d'indépendance des États-Unis d'Amérique et se présentant sous la forme d'une *Déclaration des droits de l'homme*, la *Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen* fut adoptée le 26 août 1789 et promulguée par le roi le 3 novembre 1789.

Dans la *Déclaration française de 1789*, l'expression « droits de l'homme » réfère aux droits appartenant à tout être humain et suggère que ces droits ont une portée universelle. Ainsi, le préambule de la *Déclaration française* affirme les droits naturels, inaliénables

---

6 Projet de loi nº 50, *Loi sur les droits et libertés de la personne* (1ère lecture), 2e sess., 30e lég. [1974] (Qué.).

7 QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 3e sess., 30e légis., vol. 16, 26 mars 1975, p. 221. Ce projet de loi a été adopté et sanctionné le 27 juin 1975 et la loi est entrée en vigueur le 27 juin 1976. Elle est devenue le chapitre 6 du recueil des lois annuelles du Québec de 1975 (L.Q. 1975, c. 6) et constitue aujourd'hui le chapitre C-12 du recueil des lois refondues du Québec (L.R.Q., c. C-12).

24-Ciotola.indb 543 12-12-12 15:12

et sacrés de l'homme ». L'article 1er déclare que « [l]es hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits » et l'article 4 rappelle que « l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits ». « L'homme » se voit aussi reconnaître dans la déclaration des garanties juridiques, comme en font foi l'article 7 qui prévoit que « [n]ul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites » et l'article 9 qui stipule que « [t]out homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi ».

S'agissant des « droits du Citoyen », ils sont garantis à l'être situé, qui a un lien d'allégeance avec la France. Ainsi, selon l'article 6, le droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à la formation de la loi qui est l'expression de la volonté générale est garanti à tous les « citoyens ». Ces mêmes citoyens sont admissibles, en vertu du même article, à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents. De tels citoyens ont par ailleurs des devoirs puisqu'en application de l'article 7, « tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la Loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance ». L'article semble également imposer un devoir au citoyen car « [p]our l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés ».

La *Déclaration française* semble parfois confondre l'homme et le citoyen. Ainsi, l'article affirme que « [l]a libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'*homme* », mais ajoute que « tout *citoyen* peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre à l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi ». On prévoit aussi que « [l]a garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée ».

24-Ciotola.indb 544 12-12-12 15:12

Si la référence aux « droits de l'homme et du Citoyen » de la *Déclaration française de 1789* est reprise dans des versions subséquentes de 1793 et de 1795, c'est plutôt l'expression « droits de l'homme » qui se répandra au lendemain de la révolution en France. Cette terminologie sera pérennisée dans les constitutions des républiques qui verront le jour, y compris celle de la IV^e^ république de 1946 dont le préambule présentera un catalogue de droits de l'homme et celle de la V^e^ république de 1958 qui incorporera ce préambule ainsi que la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* dans le bloc de constitutionnalité.

Un examen des textes constitutionnels des autres pays européens de langue française permet de constater que ce choix terminologique n'est toutefois pas celui des deux autres pays européens de langue française, qu'il s'agisse de la Belgique et de la Suisse dont les premières constitutions adoptées au milieu du XIX^e^ siècle ne feront pas référence aux « droits de l'homme ». Mais le modèle français sera toutefois suivi par ses anciennes colonies puisque les premières constitutions des pays qui naissent de la décolonisation comportent l'utilisation de l'expression « droits de l'homme ». Les trois premières constitutions du Sénégal de 1959, 1960 et 1963 feront ainsi de multiples références aux « droits de l'homme », comme ce sera également le cas des constitutions initiales de la Côte-d'Ivoire, du Gabon et du Mali[8].

Lorsque l'on assistera à l'internationalisation de la protection des droits au lendemain de l'Holocauste en 1945, l'expression « droits de l'homme » sera retenue par les rédacteurs de la *Charte des Nations Unies*. Ainsi, parmi les buts et principes de la nouvelle organisation internationale, l'on note celui de :

> « réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social et humanitaire, en développant et en encourageant le respect des "droits de l'homme" et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion ».

---

8 Voir à ce sujet Maurice KAMTO, « L'énoncé des droits dans les constitutions des États africains francophones », (1991) 2/3 *Revue juridique africaine* 7.

24-Ciotola.indb 545 12-12-12 15:12

Il sera fait référence à six autres reprises aux « droits de l'homme » dans cette Charte, et notamment à l'article 68 qui instruira le Conseil économique et social de créer des commissions pour les questions économiques et sociales et le progrès des « *droits de l'homme* ». Une Commission des droits de l'homme sera d'ailleurs instituée en 1946 et se verra confier le mandat de rédiger une *Charte internationale des droits de l'Homme*.

En application de ce mandat, la Commission choisira de rédiger d'abord une *Déclaration universelle des droits de l'homme* qui sera adoptée par l'Assemblée générale des Nations le 10 décembre 1948. Étant un idéal commun à atteindre et contenant des normes n'ayant pas de force obligatoire à l'origine, la *Déclaration universelle* sera complétée par deux véritables traités internationaux adoptés en 1966. Si le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* ne comportent pas dans leurs titres la référence aux droits de l'homme, ils sont présentés ensemble comme les *Pactes internationaux relatifs aux droits de l'Homme*. La référence aux « droits de l'homme » sera systématique dans le droit des Nations Unies et les traités subséquents, qu'il s'agisse des conventions relatives à la discrimination raciale ou à l'égard des femmes, des conventions de protection catégorielle (réfugiés, apatrides, enfants, personnes disparues) et de nature spécifique (génocide, torture). Il en ira de même pour les organes des Nations responsables de la surveillance du respect des droits, qu'il s'agisse du Haut-Commissariat aux droits de l'Homme et du Conseil des droits de l'Homme, ce dernier se substituant à la Commission des droits de l'homme en 2006, ainsi que le Comité des droits de l'Homme responsable de l'application du *Pacte sur les droits civils*. Et ne célèbre-t-on pas, le 10 décembre de chaque année, la Journée internationale des « droits de l'homme » ?

Les institutions spécialisées des Nations Unies font également appel à la notion de « droits de l'homme ». Ainsi, l'*Acte constitutif de l'Organisation des Nations Unies pour la science, l'éducation et la culture* (UNESCO) emploie l'expression « droits de l'homme ». Elle s'intéresse à l'éducation et aux droits de l'homme et a adopté à cette fin *Recommandation sur l'éducation pour la compréhension, la coopération et la paix internationales et l'éducation re-*

24-Ciotola.indb 546 12-12-12 15:12

lative aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales en 1974 un *Cadre d'action intégré concernant l'éducation pour la paix, les droits de l'homme et la démocratie* en 1995. L'Organisation internationale du travail (OIT) a choisi une voie analogue comme en fait foi sa Constitution, bien qu'elle fasse une place importante comme on le verra à l'expression « droits fondamentaux ». L'expression « droits de l'homme » fait également partie du vocabulaire de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), même si le préambule de sa Constitution précise que la possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre constitue l'un des « droits fondamentaux » de tout être humain.

Les organisations internationales régionales prendront partie pour les « droits de l'homme ». Le Conseil de l'Europe adoptera en 1950 la *Convention de sauvegarde sur les droits de l'homme et les libertés fondamentale*s, l'Organisation des États américains adoptera d'abord la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme* en 1948 et la *Convention américaine des droits de l'homme* de 1969, l'Organisation de l'Unité africaine – devenue l'Union africaine – se dotera d'une *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* et la Ligue arabe ouvrira à la signature et à la ratification, à dix ans d'intervalle, une première et une deuxième *Charte arabe des droits de l'homme* en 1994 et 2004. Et ce sont à une Cour européenne des droits de l'Homme, à une Cour et une Commission interaméricaine des droits de l'homme, à une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples et à une Commission arabe des droits de l'homme que sera confié le mandat de statuer sur le respect des droits.

La dénomination « droits de l'homme » a également droit de cité à l'Organisation de la Francophonie. Ainsi, l'article 1er de la *Charte de la Francophonie* prévoit que

> « [l]a Francophonie, consciente des liens que crée entre ses membres le partage de la langue française et des valeurs universelles, et souhaitant les utiliser au service de la paix, de la coopération, de la solidarité et du développement durable, a pour objectifs d'aider : à l'instauration et au développement de la démocratie, à la prévention, à la gestion et au règlement des conflits, et au soutien à l'État de droit et aux droits de l'Homme [...] ».

24-Ciotola.indb 547 12-12-12 15:12

Il en va de même pour la *Déclaration de Bamako* qui rappelle « les dispositions de la Charte de la Francophonie, qui consacrent comme objectifs prioritaires l'aide à l'instauration et au développement de la démocratie, la prévention des conflits et le soutien à l'Etat de droit et aux droits de l'Homme ».

Ainsi, tant en France que dans les pays d'Afrique francophone ainsi que dans le cadre multilatéral de l'Organisation des Nations Unies, des organisations régionales et au sein de la Francophonie, l'on privilégie une terminologie faisant appel à l'expression « droits de l'homme ». Cette terminologie est retenue dans le nom de grandes organisations nationales et internationales de défense des droits, et notamment par plusieurs ligues des droits de l'homme à vocation nationale et par la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme. Il va de même pour le sites www.aidh.org qui se présente comme un site public d'information consacré à la promotion des droits de l'homme en français, mais également des périodiques spécialisés que sont la *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, la *Revue des droits de l'homme* (http ://revdh.org) et la *Revue universelle des droits de l'ho*mme dont la parution a malheureusement cessé en 2006.

II. « Droits », « droits et libertés », « droits de la personne » et « droits et libertés de la personne »

Comme cela a été évoqué dans la section précédente, la Belgique n'a pas suivi l'exemple de la France lorsqu'il s'est agi de la dénomination des droits dans ses lois fondamentales. Ainsi, le texte initial de la *Constitution belge du 7 février 1831* fera plutôt référence dans son titre II intitulé « Des Belges et de leurs droits » aux « droits ». Ce même titre dans le *Texte coordonné de la Constitution belge 17 février 1994* fait référence quant à lui aux « droits », mais utilise également l'expression « droits et libertés ».

Au Canada, ce sont également le mot et l'expression « droits » et « droits et libertés » qui seront préférés au vocable « droits de l'homme ». S'agissant de l'utilisation du mot « droits » dans le titre de la première loi fédérale sur cette matière, le choix semble résulter d'un alignement de la version française sur la version anglaise. En optant pour une terminologie se rapprochant de celle

24-Ciotola.indb 548 12-12-12 15:12

du *Bill of Rights* britannique de 1688 et l'*American Bill of Rights* adopté en 1789, comme l'avaient également fait antérieurement deux provinces en adoptant l'*Alberta Bill of Rights* de 1946 et le *Saskatchewan Bill of Rights Act* de 1947, le Parlement du Canada adoptait en 1960 le *Canadian Bill of Rights* et, en langue française, la *Déclaration canadienne des droits*[9]. Cette déclaration fait également mention des « droits ou libertés » en son article 3. C'est la terminologie des « droits et libertés » qui sera privilégiée lorsque sera enchâssée dans la *Constitution du Canada*, et plus particulièrement dans la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, une *Charte canadienne des droits et libertés*. La *Charte canadienne* contient de nombreuses références aux « droits et libertés » et aucune utilisation des termes « droits de l'homme » ne s'y retrouve.

L'expression « droits de la personne » fera quant à elle sa première apparition en 1977 avec l'adoption par le Parlement du Canada de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*[10]. Cette appellation sera également retenue par trois provinces et trois territoires du Canada qui publient une version française de leurs lois et qui ont rassemblé dans un texte législatif analogue à la *Loi canadienne sur les droits de la personne* des normes visant à interdire la discrimination. Ainsi, l'Ontario, le Manitoba et le Nouveau-Brunswick ont adopté chacune un *Code des droits de la personne*[11]. Les Territoires du Nord-Ouest, le Yukon et le Nunavut ont pour leur part adopté une *Loi sur les droits de la personne*[12].

---

9 L.C. 1960, c. 44, devenu L.RC. (1985), appendice III. Il y a lieu de noter que le titre au long de cette première mesure législative fédérale est *Loi ayant pour objet la reconnaissance et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (*An Act for the Recognition and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*). Le préambule, l'article 1er et le paragraphe 5 (1) de la *Déclaration canadienne des droits* comporte également des références aux « droits de l'homme ».

10 L.C. 1976-77, c. 33, devenue L.R.C 1985, c. H-6.

11 Voir le *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, c. H-19 (Ontario), le *Code des droits de la personne*, CPLM, c. H-175 (Manitoba) et le *Code des droits de la personne*, L.N.B. 2011, c. 171 (Nouveau-Brunswick).

12 Voir la *Loi sur les droits de la personne*, L.T.N.-O. 2002, c. 18 (Territoires du Nord-Ouest), la *Loi sur les droits de la personne*, L.R.Y. 2002, c. 116

24-Ciotola.indb 549 12-12-12 15:12

Tant au Canada que dans ses provinces et territoires, les lois instituent des commissions des « droits de la personne » et créent également, dans certains cas, un tribunal ou tribunal d'arbitrage des « droits de la personne ». L'Ontario a par ailleurs mis sur pied un Centre d'assistance juridique en matière de « droits de la personne »[13].

Comme nous l'avons déjà indiqué, le Québec opte délibérément dans son cas pour l'expression « droits et libertés de la personne ». Son Assemblée nationale n'adoptera pas, comme le suggérait le professeur Jacques-Yvan Morin dès 1963 une « Charte des droits de l'homme pour le Québec », mais effectuera le virage linguistique proposé par l'Office de révision du Code civil du Québec en se dotant en 1975 d'une *Charte des droits et libertés de la personne*. Le Québec tiendra ainsi à mettre l'accent non seulement sur les droits, mais également sur les libertés comme on le fera plus tard dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, en y précisant – comme dans les lois fédérales, provinciales et territoriales – que la « personne » en est titulaire. Lorsqu'il s'agira de dénommer les institutions visant à mettre en œuvre la *Charte québécoise*, le mot « libertés » sera toutefois sacrifié puisque sera instituée d'abord une Commission des « droits de la personne » (qui deviendra ultérieurement la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) et ensuite créé un Tribunal des « droits de la personne ».

III. « DROITS HUMAINS »

Contrairement aux dénominations qui précèdent, l'expression « droits humains » n'a pas véritablement obtenu droit de cité dans les textes nationaux et internationaux. On ne la retrouve dans aucun titre de constitutions ou lois nationales des pays de la Francophonie ou de conventions ou déclarations adoptées au sein ou sous l'égide d'organisations internationales. La *Déclaration uni-*

(Yukon) et la *Loi sur les droits de la personne*, L. Nun. 2003, c. 12 (Nunavut).

13 Pour plus d'informations sur ces commissions, tribunaux et centres, voir le site de l'Association canadienne des commissions et conseil des droits de la personne, en ligne : http ://www.cashra.ca/fr/liens.html.

24-Ciotola.indb 550 12-12-12 15:12

verselle des droits de l'homme réfère bien aux êtres « humains » en rappelant dans le deuxième considérant de son préambule que « la méconnaissance et le mépris des droits de l'homme ont conduit à des actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité et que l'avènement d'un monde où les êtres "humains" seront libres de parler et de croire, libérés de la terreur et de la misère, a été proclamé comme la plus haute aspiration de l'homme ». Elle réfère à nouveau dans son article premier aux êtres « humains » quand elle affirme leur égalité en dignité et en droits. Il y est également fait mention de la famille « humaine », à la personne « humaine », à la dignité « humaine » et à la personnalité « humaine ». Mais aucune référence aux « droits humains » ne s'y trouve.

Il en va de même pour les *Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme* qui ne font pas de place à l'expression « droits humains », comme c'est également le cas pour les actes constitutifs et traités multilatéraux conclus sous l'égide des institutions spéciales de l'ONU. On note toutefois la publication par l'Organisation mondiale de la santé d'une série intitulée *Santé et « Droits Humains »* pour étudier les liens complexes entre la santé et les « droits humains » face aux nombreux défis dans le domaine de la santé[14]. Les conventions adoptées dans le cadre d'organisations régionales et les instruments adoptés par la Francophonie, et notamment la *Déclaration de Bamako*, n'ont pas retenu cette expression non plus.

L'expression « droits humains » a eu un certain attrait pour certains centres de recherche, académies, cliniques juridiques et organismes de défense des droits. Ainsi, le Département fédéral suisse des affaires étrangères et le Département fédéral suisse de justice et police ont mandaté une association de quatre universités pour qu'elles constituent le Centre suisse de compétence pour les « droits humains ». En Suisse encore, il existe une *Académie de droit international humanitaire et des « droits humains » à Genève.* Créée et parrainée par la Faculté de droit de l'Université

14 Publié en juillet 2002, le premier numéro de cette série s'intitule : *25 Questions Réponses sur la Santé et les Droits Humains*, en ligne : http ://whqlibdoc.who.int/publications/2003/9242545694_fre.pdf.

24-Ciotola.indb 551 12-12-12 15:12

de Genève et l'Institut universitaire de Hautes Études Internationales, l'Université de Lausanne et le Comité international de la Croix-Rouge y sont également associés[15]. La Clinique internationale de défense des « droits humains » de l'Université du Québec à Montréal est quant à elle une activité académique menée par des équipes d'étudiants sous la supervision directe d'avocats – professeurs, dans le cadre de laquelle sont entreprises diverses initiatives de promotion et de protection des droits de la personne de par le monde, en collaboration avec plusieurs organisations.

Dans ses communications en langue française, Amnistie internationale emploie également les mots « droits humains » comme en fait foi l'intitulé de son rapport annuel de 2011 qui examine « La situation des droits humains dans le monde ». Créée par le pionnier de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, John P. Humphrey, mais ayant cessé d'exister aujourd'hui, la Fondation canadienne des droits de l'homme s'est transformée une époque en une « Fondation canadienne des "droits humains" ». L'Association internationale des droits de l'homme a utilisé, pendant une certaine période, l'adresse www. droitshumains.org pour son site électronique.

IV. Un plaidoyer pour les « Droits fondamentaux »

Plusieurs instruments nationaux et internationaux privilégient aujourd'hui une dénomination mettant l'accent sur le caractère fondamental des droits[16]. Si l'on fait appel parfois aux expressions « droits et libertés fondamentaux »[17] ou « libertés fondamenta-

---

15 L'Académie est responsable d'une collection destinée à accueillir les résultats de ces travaux de recherche et a publié l'ouvrage de Annyssa BELLAL, *Immunités et violations graves des droits humains. Vers une évolution structurelle de l'ordre juridique international ?*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

16 Voir au sujet du débat relatif aux critères sur lesquels reposerait la « fondamentalité » d'un droit ou d'une liberté l'ouvrage de Michel LEVINET, *Droits et libertés fondamentaux*, coll. « Que sais-je ? », Paris, P.U.F., 2010, *passim*.

17 Bien qu'elle soit moins utilisée et qu'elle ne se retrouve pas dans le titre des instruments, l'expression « libertés et droits fondamentaux » est présente dans certains textes. Ainsi, le premier considérant du préambule de la *Charte des droits et libertés de la per*sonne du Québec rappelle « qu'il y a

24-Ciotola.indb 552 12-12-12 15:12

les »[18], le qualificatif « fondamental » a été principalement utilisé dans la dénomination « droits fondamentaux ».

S'agissant de l'appellation « droits fondamentaux », la *Constitution suisse du 18 avril 1999* privilégie dorénavant cette expression. Ainsi, le chapitre 1 du titre 2 présente un catalogue très vaste de « droits fondamentaux » et ses articles 7 à 35 garantissent ainsi des droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels. Les articles 36 et 37 prévoient quant à eux des règles relatives à la réalisation et à la restriction des « droits fondamentaux ».

La *Déclaration universelle des droits de l'homme* fait appel elle-même à la notion de « droits fondamentaux ». Ainsi, le quatrième considérant du préambule affirme que dans la Charte les

---

lieu d'affirmer solennellement dans une Charte les *libertés* et *droits fondamentaux [...]* ». Le paragraphe 3 de l'article 24 du *Texte coordonné de la Constitution belge 17 février 1994* énonce que « chacun a droit à l'enseignement dans le respect des libertés et droits fondamentaux ». Le paragraphe 3 de l'article 18 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* prévoit quant à lui que la « liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui ». Les rédacteurs d'un périodique pluridisciplinaire et numérique ont également fait appel à une dénomination similaire en inversant par ailleurs les mots libertés et droits puisqu'est publiée, par la voie électronique, une *Revue des droits et libertés fondamentaux* (http://webu2.upmf-grenoble.fr/rdlf).

18 L'expression « libertés fondamentales » se retrouve souvent dans la dénomination plus large « droits de l'homme et libertés fondamentales » et elle est d'ailleurs présente dans le titre de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des « libertés fondamentales »,* mieux connue comme étant la *Convention européenne des droits de l'homme*. La nomenclature des « libertés fondamentales » se trouve dans la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec dont l'article 3 prévoit que « [t]oute personne est titulaire des "libertés fondamentales" telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association ». La Charte canadienne contient également un énoncé des libertés fondamentales à son article 2. La *Déclaration universelle des droits de l'homme* et les *Pactes internationaux relatifs aux droits de l'Homme* utilisent aussi l'expression « Droits de l'homme et libertés fondamentales ».

24-Ciotola.indb 553 12-12-12 15:12

peuples des Nations Unies ont proclamé à nouveau leur foi dans les « droits fondamentaux » de l'homme, alors que son article 8 prévoit que « [t]oute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les "droits fondamentaux" qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi. Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* ainsi que le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* contiennent également une référence aux « droits fondamentaux » puisque le paragraphe 2 de l'article 5 qui leur est commun énonce qu'« [i]l ne peut être admis aucune restriction ou dérogation aux "droits fondamentaux" de l'homme reconnus ou en vigueur dans tout État partie au présent Pacte en application de lois, de conventions, de règlements ou de coutumes, sous prétexte que le présent Pacte ne les reconnaît pas ou les reconnaît à un moindre degré ».

S'agissant des actes constitutifs des institutions spécialisées ainsi que des instruments internationaux adoptés sous leur égide, il y a lieu de souligner que l'Organisation internationale du travail fait également usage de l'expression « droits fondamentaux ». En fait ainsi foi la *Déclaration de l'OIT relative aux principes et « droits fondamentaux » au travail* adoptée en 1998. Celle-ci *« déclare que l'ensemble des Membres, même lorsqu'ils n'ont pas ratifié les conventions en question, ont l'obligation, du seul fait de leur appartenance à l'Organisation, de respecter, promouvoir et réaliser, de bonne foi et conformément à la Constitution, les principes concernant les "droits fondamentaux" qui sont l'objet desdites conventions, à savoir : a) la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective ; b) l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire ; c) l'abolition effective du travail des enfants ; d) l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession ».* Comme cela a déjà été souligné, le préambule de la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé précise que la possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre constitue l'un des « droits fondamentaux » de tout être humain, ce que fait également le préambule de la *Convention-cadre de l'OMS sur la lutte antitabac* adoptée en 2003.

24-Ciotola.indb 554 12-12-12 15:12

La Francophonie n'a pas retenu l'expression « droits fondamentaux » dans ses textes, mais il y a tout de même lieu de remarquer que l'un de ses opérateurs, l'Agence universitaire de la Francophonie (AUF), accueille en son sein un Réseau des « droits fondamentaux »[19].

La *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* est sans doute l'instrument le plus intéressant à cet égard. Destiné à suppléer une lacune qui avait été comblée par une utilisation des normes de la *Convention européenne des droits de l'homme*[20] et visant à rassembler dans un texte unique les droits devant être garantis par l'Union et ses États membres dans l'exercice de leurs compétences européennes, la Charte a été proclamée par le Parlement européen, le Conseil et la Commission, le 7 décembre 2000 à Nice. Le *Traité de Lisbonne* conférera neuf ans plus tard à cette charte une place significative dans l'ordre juridique de l'Union européenne puisqu'il amendera le *Traité sur l'Union européenne* dont l'article 6.1 prévoit maintenant que « l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007, à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités ». Dans ses 50 premiers articles, la Charte décline les « droits fondamentaux » et répartit ceux-ci en six titres : Dignité, Libertés, Égalité, Solidarité, Citoyenneté et Justice. Les articles 51 à 54 contiennent quant à eux des règles relatives à l'interprétation et

---

19 Créé en mai 1993 par l'Université des réseaux d'expression française (UREF), composante de l'Association des Universités partiellement ou entièrement de langue française (AUPELF), devenu aujourd'hui l'AUF, ce réseau de chercheurs de niveau universitaire est destiné à rapprocher ceux qui, dans les pays ayant le français en partage, s'intéressent aux droits de l'homme et à l'État de droit, tant dans le cadre de chaque État qu'aux plans international ou régional. Des informations sur ce *Réseau de chercheurs « Droits fondamentaux »* sont accessibles en ligne : http ://www.df.auf.org.

20 À ce sujet et notamment sur les rapports entre les normes de la *Convention européenne des droits de l'homme* et la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, voir Laurent SCHEECK, « Le dialogue des droits fondamentaux en Europe, fédérateur de loyautés, dissolvant de résistance », dans Emmanuelle BRIBOSIA, Laurent SCHEECK, Amaya UBEDA, *L'Europe des Cours : résistances et loy*autés, Bruxelles, Bruylant, 2009.

24-Ciotola.indb 555 12-12-12 15:12

l'application des droits garantis par la Charte. Par ailleurs, une Agence des « droits fondamentaux » de l'Union européenne a été créée en 2007 avec la mission de fournir aux institutions et aux autorités compétentes de l'Union et de ses États membres, lorsqu'ils mettent en œuvre notamment la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, des informations, une assistance et des compétences en matière de droits fondamentaux, afin de les aider à respecter pleinement ces derniers lorsque, dans leurs domaines de compétence respectifs, ils prennent des mesures ou définissent des actions des positions qu'elles adoptent au cours des procédures législatives pour ce qui concerne leur compatibilité avec les droits fondamentaux[21].

Et s'agissant de « droits fondamentaux », l'on peut également signaler l'existence de la *Revue des droits fondamentaux* (http://www.droits-fondamentaux.org), qui est une revue en format électronique, et dont le premier volume est paru en 2001[22].

S'agissant de l'expression « droits fondamentaux », on peut constater ainsi qu'elle est enracinée dans une certaine histoire et qu'elle tend aujourd'hui à gagner du terrain tant au niveau national qu'international. C'est la dénomination que je préfère quant à moi et voici les raisons qui militent en faveur de son utilisation.

Les mots ont certes une histoire, mais ils ne sont pas neutres. Ils sont porteurs de sens et traduisent une certaine représentation des sociétés nationales, voire de la communauté internationale

---

21 Pour des informations relatives à cette agence, consulter son site électronique en ligne : http://fra.europa.eu/fraWebsite/home/home_fr.htm.

22 Dans l'éditorial de présentation de la nouvelle revue, le professeur Emmanuel Decaux ne justifiait pas le choix de l'expression « Droits fondamentaux » dans le titre de la revue, mais s'exprimait par ailleurs en ces termes : « Ainsi, le "*droit des gens*" est sans cesse menacé. C'est en ce sens que notre revue, qui se veut avant tout juridique, ne saurait séparer l'évolution du droit positif et l'émergence d'une communauté internationale. Le sous-titre choisi – *droit, éthique, société* – l'indique clairement : Les droits de l'homme – au carrefour de la liberté individuelle et de l'éthique internationale – concernent désormais non seulement "tous les peuples et toutes les nations" mais aussi "tous les individus et tous les organes de la société" » (http://www.droits-fondamentaux.org/spip.php?article7).

24-Ciotola.indb 556 12-12-12 15:12

ou de l'humanité. La volonté de remplacer l'expression « droits de l'homme » par une autre dénomination participe d'une volonté de donner une primauté au sens sur l'histoire. Même si elle est enracinée dans l'histoire et qu'elle fait son apparition avec une révolution française qui est aussi porteuse de sens, la dénomination « droits de l'homme » véhicule une représentation où l'homme, par opposition à la femme, est le véritable titulaire des droits. Une telle affirmation est combattue par les tenants du maintien de l'expression « droits de l'homme ». Ainsi, dans un avis sur la dénomination « Droits de l'Homme » adopté le 19 novembre 1998[23], la Commission nationale consultative des droits de l'homme de France motive un tel maintien en affirmant d'abord que « l'expression "Droits de l'Homme" est indissolublement liée à l'affirmation de l'égalité en droits de tous les êtres humains et [que] rien ne permet de réduire celle-ci à une démarche sexiste, largement contemporaine d'une conception du monde que la Déclaration de 1789 a contribué à bouleverser ». Elle ajoute ensuite : « Quel que soit le caractère partiel de l'application aux femmes de le Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, on ne saurait considérer que celle-ci ne s'applique qu'à la moitié de l'Humanité. » Selon cette commission, « [l]a portée universelle et universaliste de ce texte a entraîné une acception de celui-ci pour l'ensemble de l'Humanité » et « [o]n ne saurait dénier, aujourd'hui, à l'expression "Droits de l'Homme" un caractère générique concernant l'ensemble des femmes et des hommes ».

Cette invocation du caractère générique de l'expression n'est guère convaincante. Ce caractère générique pose problème dans la mesure où il est porteur en lui-même d'inégalité et véhicule cette représentation d'un monde où la femme et l'homme ne sont pas à égalité lorsqu'il s'agit des droits. Abordant également la question de l'emploi de la majuscule « H » dans le mot « Homme » pour consacrer le caractère générique du mot et dont il y a lieu de souligner qu'elle n'est jamais utilisée dans les textes officiels tant nationaux

---

23 Pour le texte intégral de cet avis, consulter le site sur l'actualité internationale des droits de l'homme en ligne : http://www.aidh.org/drts_hom-hum.htm.

24-Ciotola.indb 557 12-12-12 15:12

qu'internationaux, l'auteure Christine Delphy présente une réfutation qui mérite d'être citée :

> « Les défenseurs de l'expression [droits de l'homme] disent que, là, "l'homme" inclut les femmes. Et pourquoi là et pas ailleurs ? Et comment sait-on quand les femmes sont incluses et quand elles ne le sont pas ? On ne le sait pas : certains prétendent que c'est quand le "h" de "homme" est écrit en majuscules : "Homme". Les dictionnaires n'ont jamais entendu parler de cette distinction, qui, si elle existait, ne s'entendrait de toutes façons pas à l'oral. Et un sondage de 1998 montre que pour la population ordinaire les "droits de l'homme" sont les droits *des hommes*. Par opposition aux femmes.
>
> Ce qui conduit à une autre dérive différencialiste : on entend parler depuis trois décennies des droits... des femmes. C'est quoi, en droit international ? Tout simplement l'application des droits humains aux femmes (il n'y a pas dix mille droits fondamentaux, sinon ils ne seraient pas fondamentaux). Mais en français franchouillard ça donnerait : "l'application des droits de l'homme aux femmes", ce qui sonne bizarre, et ne se fait pas. Insister pour conserver le vocable archaïque "droits de l'homme" oblige donc aujourd'hui à le compléter par le vocable "droits des femmes" ; cette coexistence renforce l'idée que si les hommes et les femmes n'ont pas les mêmes droits, ce n'est pas l'effet de l'oppression et justement du déni de droits, mais parce qu'il s'agit de deux populations si différentes qu'elles n'ont pas *besoin* des mêmes droits. »[24]

Dans cette perspective, les mots « droits de la personne » sont nettement plus appropriés et on ne saurait leur reprocher d'être sexistes et de conduire à une « dérive différentialiste ». L'utilisation de ces mots est bien davantage porteuse du sens de l'égalité de l'homme et de la femme puisque la personne inclut l'homme et la femme sans donner préséance de l'un sur l'autre dans la terminologie employée pour décrire le titulaire du droit. C'est pour por-

---

[24] Voir Christine DELPHY, « Droits de l'homme ou droits humains ? », 19 février 2007, accessible sur le site lesmotssontimportants.net, en ligne : http ://lmsi.net/Droits-de-l-homme-ou-droits.

24-Ciotola.indb 558 12-12-12 15:12

ter un tel sens que le Québec 75 a choisi de privilégier dès 1975 l'emploi du mot « personne » dans sa *Charte des droits et libertés de la personne* et qu'une loi fédérale ainsi que des lois provinciales et territoriales au Canada ont emboîté le pas en retenant également dans leurs textes législatifs l'expression « droits de la personne ». Par ailleurs, l'utilisation du mot « personne » a l'avantage d'inclure dans les titulaires des droits non seulement les personnes physiques, mais également les personnes morales[25]. Comme l'a confirmé tant la jurisprudence nationale qu'internationale, les personnes morales sont titulaires de certains droits, notamment les garanties juridiques, mais également de libertés fondamentales comme la liberté d'expression et la liberté d'association.

Les expressions « droits de la personne » ou « droits et libertés de la personne » devraient-elles pour autant être retenues pour les fins d'une dénomination des droits ? Je ne le crois pas car le mot « personne » ne saurait être interprété comme incluant par exemple les peuples auxquels sont reconnus des droits collectifs comme le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Il en va de même pour les minorités lorsqu'il leur est reconnu également des droits collectifs, comme c'est le cas au Canada où des droits de gestion scolaire sont garantis aux minorités de langues officielles par la *Charte canadienne des droits et libertés*. La reconnaissance de droits collectifs des minorités dans l'ordre juridique international n'est pas aussi évidente et l'on a nettement privilégié à ce jour la garantie des droits individuels des personnes appartenant à des minorités comme en fait foi l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

La même objection vaut pour l'expression « droits humains » puisqu'elle ne saurait refléter adéquatement la réalité des droits

---

[25] Au Québec la notion de « personne » n'est pas définie dans la *Charte des droits et libertés de la personne*, mais le paragraphe 16 de l'article 61 de la *Loi d'interprétation du Québec*, L.R.Q., c. I-16 rend son application aux personnes tant physiques que morales très claire : « Art. 61. Dans toute loi, à moins qu'il n'existe des dispositions particulières à ce contraire : 16° le mot "personne" comprend les personnes physiques ou morales, leurs héritiers ou représentants légaux, à moins que la loi ou les circonstances particulières du cas ne s'y opposent. »

24-Ciotola.indb 559 12-12-12 15:12

collectifs et doit être comprise comme faisant référence aux droits des « êtres humains ». Mais cette appellation ne semble devoir être accordée pour des motifs de nature linguistique également car elle est contraire à l'économie et au génie de la langue française. Elle semble d'abord se présenter comme une traduction littérale de l'expression « human rights ». L'auteure Christine Delphy semble d'ailleurs le reconnaître en écrivant :

> « Ces déclarations [*Déclaration universelle des droits de l'homme* et autres déclarations de l'ONU] ont bien entendu été rédigées au départ dans une langue, et cette langue, c'est la langue internationale *de facto*, l'anglais (les Français ont du mal à accepter cela, demandent "pourquoi pas le français, comme avant ?" et semblent penser qu'on peut revenir en arrière. On ne peut pas). Puis elles ont été traduites dans toutes les langues. Et tous les pays ont traduit littéralement, et loyalement, le "Human Rights" de la déclaration. Tous, sauf les Français.
>
> Comment peut-on prétendre que "droits humains" est un terme anglo-saxon, sauf à ne l'avoir jamais entendu ou lu dans les autres langues ? Les Italiens disent-ils "Diritti del uomo" ? Non, ils disent "Diritti humani". Les Espagnols disent-ils "Derechos del hombre" ? Non, ils disent "Derechos humanos". Idem en grec, etc. Et en occitan on dit "drets humans" [...] Mais pourquoi, dira-t-on, pourquoi d'abord la France a-t-elle refusé de traduire correctement "Human Rights" ? » [26]

Je ne partage pas la vue selon laquelle l'expression « droits humains » devrait être retenue de préférence à « droits de l'homme » en raison du fait qu'elle serait une meilleure traduction de l'expression anglaise « human rights ». La langue française a son génie propre et on devrait pouvoir construire à l'aide de ses propres mots une expression qui reflète bien le contenu et la nature des droits[27].

---

[26] *Ibid*.

[27] Sur cette question, voir aussi Jean-Marie CROUZATIER, « Droits de l'homme ou "Droit humain" ; une différence sémantique », (2008) *Revue Aspects* 11.

24-Ciotola.indb 560 12-12-12 15:12

L'expression « Droits fondamentaux » reflète bien selon moi ces contenu et nature. S'agissant du contenu, l'utilisation du mot « droits » permet de référer à l'ensemble des droits individuels et collectifs et de ne pas exclure les seconds aux dépens des premiers en associant au mot « droits » leur titulaire. En n'identifiant pas le titulaire du droit, on évite également le débat sur le genre et, avec justesse, la prétention selon laquelle la référence au titulaire que serait l'homme, au sens générique, est porteuse d'inégalité entre la femme et l'homme. Concernant la nature des droits, le mot « fondamentaux » me semble également fort approprié pour qualifier des droits qu'on cherche à élever à un rang hiérarchiquement supérieur en les incluant dans des constitutions ou des lois quasi-constitutionnelles ou dans des instruments internationaux qui ont dans l'ordre juridique international, une primauté sur le droit interne[28].

***

Ce plaidoyer pour les « droits fondamentaux » est aussi une réponse aux tenants du *statu quo* linguistique qui prétendent, comme les membres de la Commission nationale consultative des droits de l'homme en France, que la récusation de l'expression « droits de l'homme » serait de « méconnaître les diversités qui font la richesse culturelle de l'Humanité » et « ignorer la portée des constructions culturelles et de leur représentation sémantique ». Substituer la dénomination « droits fondamentaux » à l'expression « droits de l'homme » est susceptible de contribuer à réaliser concrètement l'égalité entre les femmes et les hommes, en France comme ailleurs. Si l'atteinte d'une telle égalité implique, comme le suggère la Commission et comme cela doit être reconnu, « un effort sans commune mesure avec celui que requiert un changement de mots », que « la discrimination et les violences qui frappent les femmes, la nécessité d'y mettre un terme, nous entraînent bien au delà d'une querelle linguistique » et que « [l]'effectivité des Droits ne dépend pas d'une terminologie », les mots ont tout de même un poids.

---

28 Sur la nature des droits fondamentaux, voir E. BREEN, « Des droits de l'homme aux droits fondamentaux », 7 mai 2011, en ligne : http://libredroit.editme.com/RubriqueIIA2.

24-Ciotola.indb 561 12-12-12 15:12

Ce sont les mots dont le poids est porteur d'égalité qui devraient être utilisés dans le discours des défenseurs et défenseures des droits et qui devraient trouver leur place dans les constitutions et les traités. S'agissant des droits fondamentaux, la Suisse et l'Union européenne ont effectué ce virage vers les droits fondamentaux. Dans le cadre d'une révision de la *Charte des droits et libertés de la personne* que la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse promeut[29], le Québec devrait transformer son actuelle charte en une *Charte québécoise des droits fondamentaux* et l'enchâsser d'ailleurs dans une Constitution québécoise[30].

Et l'on est en droit d'espérer que la *Charte internationale des droits de l'homme*, qui rassemble la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, les *Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme* et leurs protocoles, devienne *un Code universel des droits fondamentaux* dans lequel seraient rassemblés les autres instruments internationaux adoptés par l'Organisation des Nations Unies et des institutions spécialisées en vue de protéger les droits des enfants, des femmes, des hommes, des peuples et des minorités qui participent de notre humanité commune.

29 Voir COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DE LA JEUNESSE, *Après 25 ans – La Charte québécoise des droits et libertés – Bilan et recommandations*, vol. 1, 2003.

30 Voir à ce sujet Daniel TURP, *Nous peuple du Québec. Un projet de Constitution du Québec*, Québec, Les Éditions du Québécois, 2005, dans lequel est présenté en annexe d'un projet de *Constitution nationale du Québec* le texte d'une *Charte québécoise des devoirs et droits fondamentaux* (p. 103-112).

24-Ciotola.indb 562 12-12-12 15:12

LIBERTÉ DE RELIGION ET DEMANDES D'EXEMPTION À L'ÉGARD DU CURRICULUM SCOLAIRE OBLIGATOIRE : LES RÉPONSES DES TRIBUNAUX AMÉRICAINS

José WOEHRLING*

INTRODUCTION 565

I. DANS QUELS CAS UN PROGRAMME OU UNE ACTIVITÉ PÉDAGOGIQUE OBLIGATOIRE EST-IL CONSIDÉRÉ COMME ENTRAÎNANT UNE ATTEINTE À LA LIBERTÉ DE RELIGION ? 571

II. SI UN PROGRAMME OU UNE ACTIVITÉ PÉDAGOGIQUE OBLIGATOIRE EST CONSIDÉRÉ COMME ENTRAÎNANT UNE ATTEINTE À LA LIBERTÉ DE RELIGION, À QUELLES CONDITIONS UNE EXEMPTION SERA-T-ELLE CONSIDÉRÉE COMME UN ACCOMMODEMENT RAISONNABLE OU, AU CONTRAIRE, POURRA-T-ELLE ÊTRE LÉGITIMEMENT REFUSÉE ? 578

CONCLUSION 583

* Professeur associé, Faculté de droit, Université de Montréal.

24-Ciotola.indb 563 12-12-12 15:12

24-Ciotola.indb 564 12-12-12 15:12

Introduction

La liberté de conscience et de religion permet-elle aux parents d'obtenir que leurs enfants soient exemptés de certains éléments des programmes et activités scolaires obligatoires (le *curriculum*) des écoles publiques ? Au Canada, à l'heure actuelle, cette problématique n'a encore été que peu traitée par les tribunaux[1].

---

1 La question de la conformité à la liberté de religion du cours d'Éthique et de culture religieuse (ÉCR) mis en place au Québec depuis 2008, autant dans les écoles publiques que dans les écoles privées, a été soulevée au Québec par les demandes d'exemption formulées par des parents catholiques qui considèrent que le caractère obligatoire, sans possibilité d'exemption, de cet enseignement contrevient à leur liberté de religion et à celle de leurs enfants. Dans l'affaire *S.L.* c. *Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, la Cour suprême du Canada a commencé par déplorer que les requérants aient pris la décision de contester le cours ÉCR de façon prématurée, peu de temps après sa mise en application, à un moment où peu de manuels étaient encore disponibles, ces circonstances faisant en sorte qu'il était très difficile pour la Cour d'évaluer les effets réels du programme. Sur la base des éléments incomplets qui lui étaient soumis, la Cour suprême a conclu que les requérants n'avaient pas réussi à faire la preuve que le nouveau programme enfreignait leur liberté de religion ou celle de leurs enfants. D'une part, la Cour a jugé que le fait d'exposer les enfants à une présentation globale des diverses religions, sans les obliger à y adhérer, ne constituait pas, contrairement à ce que prétendaient les requérants, un « endoctrinement » des élèves qui porterait atteinte au droit des parents de vouloir transmettre leurs convictions religieuses à leurs enfants. D'autre part, elle a également conclu que l'exposition précoce des enfants à des réalités autres que celles qu'ils vivent dans leur environnement familial immédiat constitue un fait de la vie en société et que suggérer que le fait même d'exposer des enfants à différentes réalités religieuses porterait atteinte à la liberté de religion de ceux-ci ou de leurs parents reviendrait à rejeter la réalité multiculturelle de la société canadienne et à méconnaître les obligations de l'État québécois en matière d'éducation publique. Dans des motifs concordants, les juges LeBel et Fish ont cependant souligné que, même si le programme ne portait pas *en lui-même* atteinte à la liberté de religion, une telle atteinte pourrait éventuellement résulter de sa mise en application concrète. Cela suggère que la question pourrait être reportée devant les tribunaux dans l'avenir, par exemple si des parents qui s'opposent au programme réussissaient à démontrer qu'il est présenté de façon tendancieuse par certains enseignants. Par ailleurs, il faut noter que le raisonnement adopté par la Cour, dans la mesure où il insiste sur l'obligation de neutralité religieuse (ou « laïcité ») de l'État

24-Ciotola.indb 565 12-12-12 15:12

Par contre, elle a fait l'objet d'une jurisprudence fournie et de nombreuses réflexions doctrinales aux États-Unis. Jusqu'à présent, la jurisprudence des tribunaux des États-Unis ne s'est généralement pas montrée très favorable aux demandes présentées pour faire exempter des enfants fréquentant l'école publique de certains programmes ou de certaines activités pédagogiques obligatoires. Cette tendance jurisprudentielle est approuvée par certains commentateurs et critiquée par d'autres. En tenant compte à la fois de la tendance jurisprudentielle dominante et des critiques d'une partie de la doctrine, il est possible de réunir un ensemble assez complet d'arguments favorables ou, au contraire, défavorables aux exemptions à l'égard du *curriculum*.

Le débat mené devant les tribunaux et dans la doctrine juridique des États-Unis sur la question des accommodements relatifs au curriculum scolaire présente deux types d'éléments.

En premier lieu, on y trouve un certain nombre de problématiques correspondant à la conceptualisation juridique propre au droit constitutionnel américain et n'ayant pas de véritable contrepartie dans la conceptualisation juridique canadienne. Ces idiosyncrasies américaines ne présentent donc que peu d'intérêt pour une étude de droit comparé axée sur la préoccupation de trouver en droit américain des éléments de réflexion susceptibles d'aider à identifier des solutions juridiques canadiennes et québécoises efficaces et fonctionnelles. Un exemple d'une telle idiosyncrasie qui, en droit américain, occupe beaucoup de place dans les écrits des spécialistes et dans les décisions judiciaires, est celui de la problématique du « degré de contrôle » (*level of scrutiny*) applicable dans les cas où un justiciable réclame une mesure d'accommodement destinée à neutraliser les effets négatifs, sur l'exercice

québécois, ne concerne directement que les écoles *publiques*. D'autres principes s'appliqueraient probablement dans le cas d'une école privée confessionnelle. À ce sujet, on peut noter qu'en 2010, la Cour supérieure du Québec a autorisé le Collège jésuite Loyola à enseigner le cours obligatoire ÉCR selon une perspective catholique plutôt que selon la perspective ministérielle : *Loyola High School* c. *Courchesne*, 2010 QCCS 2631 (juge Dugré). Le jugement a été porté en appel.

24-Ciotola.indb 566 12-12-12 15:12

de sa liberté de religion, d'une norme ou d'une politique dont les objectifs sont purement laïques.

Avant 1990, la Cour suprême des États-Unis exigeait que l'autorité publique, pour se soustraire à l'obligation d'accommodement, démontre que sa politique était justifiée par un intérêt prépondérant (*compelling interest*) et que les moyens utilisés pour atteindre celui-ci soient les moins restrictifs possibles sur la liberté de religion. Ces conditions très exigeantes faisaient en sorte qu'il était très difficile, au moins en théorie, de repousser l'obligation d'accommodement.

En 1990, dans la célèbre affaire *Smith*[2], la Cour a modifié le critère de justification applicable en matière d'accommodements religieux pour le ramener à un niveau de contrôle beaucoup moins sévère ; désormais il suffisait que l'autorité publique poursuive un intérêt important et que les moyens utilisés soient rationnels. Ces nouvelles conditions font en sorte qu'il est en principe très facile dorénavant pour une autorité publique de justifier le refus de l'accommodement réclamé par un justiciable en matière religieuse sur le fondement de la Constitution[3].

Or cette problématique relative au degré de contrôle applicable n'est nullement transposable en droit canadien. En effet, la Cour suprême du Canada, en interprétant l'article 1 de la *Charte canadienne*[4], a adopté une méthodologie en vertu de laquelle les divers degrés de contrôle, d'une sévérité variable, ne sont pas appliqués comme aux États-Unis de façon *alternative*, mais plutôt de façon

---

2 *Employment Division* v. *Smith*, 494 US 872 (1990).

3 Aux États-Unis, ceux qui cherchaient à obtenir des accommodements religieux ont suivi la suggestion de la Cour suprême dans l'affaire *Smith* en s'adressant au législateur fédéral puis aux législateurs étatiques, avec un succès certain puisque ceux-ci tout comme celui-là ont adopté des lois pour rétablir en quelque sorte la jurisprudence antérieure à l'affaire *Smith* en ordonnant aux tribunaux de mettre à nouveau en œuvre les critères de justification que la Cour suprême appliquait avant 1990, c'est-à-dire des critères plus exigeants pour les pouvoirs publics et, en théorie du moins, plus favorables pour les demandeurs d'accommodement.

4 Partie I (articles 1 à 34) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.) ; L.R.C. 1985, app. II, n° 44.

24-Ciotola.indb 567 12-12-12 15:12

successive et *cumulative*. Autrement dit, au Canada, on ne se demande pas, comme aux États-Unis, s'il faut appliquer le critère du lien rationnel *ou* celui de l'atteinte minimale, avec le résultat qu'il sera facile de justifier le refus d'un accommodement dans le premier cas et beaucoup plus difficile dans le second. Conformément aux principes posés par la Cour suprême dans l'affaire *Oakes*[5], les tribunaux canadiens appliqueront *d'abord* le critère du lien rationnel et, si le refus de l'accommodement peut être justifié selon ce critère, appliqueront *ensuite* celui de l'atteinte minimale. Autrement dit, les atteintes aux droits et libertés et les refus d'accommodements sont plus difficiles à justifier au Canada qu'aux États-Unis, et ceci en théorie peu importe les circonstances. Même si la Cour suprême du Canada fait également varier la sévérité de son contrôle sous l'article 1 de la *Charte canadienne*, elle le fait selon d'autres critères et en vertu d'autres considérations que les tribunaux des États-Unis[6].

Cependant, on trouve également en droit américain, dans le domaine des accommodements fondés sur la religion et réclamés par rapport au programme scolaire, des éléments de réflexion et de raisonnement parfaitement transposables au Canada et au Québec car relatifs à des questions et à des problèmes qui se soulèvent chez nous d'une manière semblable ou similaire et qui sont juridiquement conceptualisés de la même façon. En fait, deux questions qui sont régulièrement abordées et traitées en droit américain le sont également en droit canadien. La première consiste à se demander quelles conditions doivent être réunies pour qu'un certain programme ou une certaine activité pédagogique imposé aux élèves entraîne une atteinte à leur liberté de religion ou constitue à leur égard une discrimination fondée sur la religion. Si aucune atteinte ou discrimination n'est constatée, l'examen s'arrête évidemment là. Dans le cas contraire, la seconde question consiste à se demander si l'atteinte peut être justifiée et si l'autorité publi-

5 *R.* c. *Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

6 José WOEHRLING, « La Cour suprême du Canada et la problématique de la limitation des droits et libertés », (1993) 4 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 379.

24-Ciotola.indb 568 12-12-12 15:12

que de laquelle l'accommodement est réclamé peut à bon droit le refuser. Autrement dit, la seconde question est celle des justifications susceptibles de fonder un refus de l'accommodement réclamé par le justiciable.

Une troisième question qui se pose aux États-Unis est peu susceptible de se poser également au Canada, à cause des différences existant entre les deux instruments constitutionnels applicables. Aux États-Unis, on se demande parfois si un accommodement considéré comme s'imposant à une autorité publique en vertu de la clause dite de « libre exercice » du Premier Amendement ne doit pas, paradoxalement, être simultanément considéré comme prohibé en vertu de la clause de « non établissement » également contenue dans le même Premier Amendement. En effet, les tribunaux et les auteurs des États-Unis considèrent fréquemment que les deux « clauses religieuses » du Premier Amendement sont en tension, voire en contradiction, l'une avec l'autre. Néanmoins, cette troisième problématique présente également un autre aspect, moins acrobatique sur le plan conceptuel et probablement plus pratique : un accommodement en matière religieuse volontairement consenti par le pouvoir politique et contenu dans une loi fédérale ou étatique (un accommodement *statutaire* plutôt que *constitutionnel*), peut-il s'avérer inconstitutionnel car constituant une forme d'appui à la religion prohibé par la clause de non établissement ? (en effet, de nombreuses lois adoptées aux États-Unis prévoient des accommodements statutaires).

La Constitution canadienne ne contenant, au contraire de la Constitution américaine, aucune disposition explicite de non établissement, la question ne se pose pas ici de la même façon qu'aux États-Unis. Cependant, la Cour suprême du Canada a fait découler par interprétation de la liberté de religion une obligation de neutralité religieuse qui s'impose aux pouvoirs publics fédéraux et provinciaux (ainsi que municipaux). Les spécialistes de la liberté de religion au Canada s'accordent généralement pour reconnaître que cette obligation de neutralité n'est pas sans ressemblances avec le principe américain de non établissement, mais également pour considérer que l'obligation de neutralité qui s'impose au Canada est moins contraignante et moins rigoureuse que celle qui s'applique

24-Ciotola.indb 569 12-12-12 15:12

aux États-Unis[7]. Ainsi, les provinces canadiennes peuvent financer les écoles religieuses privées à condition qu'elles le fassent sans discriminer entre les groupes religieux (plus de la moitié d'entre elles assurent effectivement un tel financement), alors qu'aux États-Unis l'aide financière des pouvoirs publics aux écoles religieuses privées, même non entachée de discrimination, est considérée comme incompatible avec la clause de non établissement. Il nous semble que, de façon similaire, un accommodement statutaire qui serait considéré comme inconstitutionnel aux États-Unis ne devrait pas nécessairement subir le même sort au Canada. La question de la constitutionnalité des accommodements religieux volontaires s'est moins posée au Canada qu'aux États-Unis jusqu'à présent, précisément à cause de l'absence d'une disposition constitutionnelle canadienne comparable à la clause américaine de non établissement. Elle a cependant été soulevée dans l'affaire *Grant* en 1995, lorsque la décision de la Gendarmerie Royale du Canada d'autoriser les Sikhs à servir dans les rangs de ce corps policier en conservant certains de leurs attributs religieux a été contestée, mais sans succès, devant la Cour fédérale[8].

---

7 De nombreux auteurs prennent la position selon laquelle le principe de neutralité reconnu au Canada, doit être considéré comme moins rigoureux que le principe de non-établissement aux États-Unis ; voir notamment : Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Scarborough, Thomson-Carswell, 2005, p. 945 ; Bruce RYDER, « State Neutrality and Freedom of Conscience and Religion », (2005) 29 *Supreme Court Law Review* (2d) 169, 174-179. Voir également Paul HORWITZ, « The Sources and Limits of Freedom of Religion in a Liberal Democracy : Section 2(a) and Beyond », (1996) 54 *University of Toronto Faculty of Law Review* 1, 60 et 61 : « ... aid to religion should be constrained by only two considerations. It must not create an "element of religious compulsion" on the part of any believers or non-believers in a given faith. Also, while government aid may properly create the impression that the state is supportive of religion as it is of other mediating institutions, it should not create the impression that it has singled out a particular faith, or religiosity over non-religiosity, for endorsement. Endorsement, even if it does not compel behaviour on the part of the minority, defeats the pluralism and multiculturalism that are a central part of religion's value to society » (notes infrapaginales omises).

8 *Grant* c. *Canada (Procureur Général)*, [1995] 1 C.F. 158 ; la Cour fédérale (Section de 1ère instance) a jugé que les mesures prises par le Commissaire de la GRC pour que les membres de celle-ci soient autorisés à porter des

24-Ciotola.indb 570 12-12-12 15:12

Avant de passer à l'examen des cas dans lesquels des justiciables américains ont saisi les tribunaux pour leur demander d'imposer aux autorités scolaires l'obligation de dispenser leurs enfants d'activités pédagogiques qu'ils considéraient comme répréhensibles du point de vue religieux, il faut souligner qu'il est fréquent aux États-Unis que les autorités scolaires, de leur propre gré, consentent de tels accommodements et prévoient des exemptions, en particulier à l'égard des cours d'éducation sexuelle, des cours d'éducation physique avec mixité des sexes et des cours portant sur des questions de santé publique lorsque ceux-ci soulèvent des questions morales controversées. De même, de nombreux États de l'Union américaine ont légiféré pour prévoir le droit à des accommodements de ce genre. Par conséquent, les décisions des tribunaux, dans lesquelles ces derniers se montrent en général assez peu disposés à *imposer* des accommodements aux autorités scolaires lorsque celles-ci sont récalcitrantes, sont loin de rendre compte de la totalité de la réalité scolaire dans ce domaine[9].

I. Dans quels cas un programme ou une activité pédagogique obligatoire est-il considéré comme entraînant une atteinte à la liberté de religion ?

Lorsqu'un justiciable veut obtenir pour son enfant une exemption à l'égard d'un programme ou d'une activité pédagogique obli-

symboles religieux, tel le turban sikh, ne portent pas atteinte à la *Charte canadienne*. Appel rejeté par la Cour fédérale d'appel le 31 mai 1995 (A-368-94, juge Linden). La question des éventuelles limites constitutionnelles, découlant de l'obligation de neutralité religieuse qui s'impose à l'État, à la capacité du législateur de prévoir des accommodements religieux a été abordée dans le jugement dissident du juge LeBel dans l'affaire *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine* c. *Lafontaine (Village)*, 2004 CSC 48 ; [2004] 2 R.C.S. 650, par. 78 et 79. Pour une analyse de cet aspect de l'opinion du juge LeBel, voir : José Woehrling, « Quelle place pour la religion dans les institutions publiques ? », dans Jean-François Gaudreault-Desbiens (dir), *Le droit, la religion et le « raisonnable »*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 115, aux pages 131-135.

9 Sur ce point, voir : George W. Dent, Jr., « Symposium ; Religion and the Public Schools After *Lee* v. *Weisman* : Of God and Caesar : The Free Exercise Rights of Public School Students », (1993) 43 *Case W. Res.* 707, 710 et 711.

24-Ciotola.indb 571 12-12-12 15:12

gatoire, il doit d'abord démontrer que cette activité ou ce programme (comme la lecture de certains textes) entraîne une atteinte (discriminatoire ou non) à la liberté de religion de son enfant ou à sa propre liberté de religion, ou encore une atteinte à son droit de faire donner à ses enfants une éducation conforme à ses convictions religieuses ou morales. Or les tribunaux américains considèrent généralement que le simple fait d'exposer des enfants à des idées que leurs parents considèrent comme répréhensibles (*objectionable*) du point de vue de religieux ne suffit pas pour constituer une atteinte à la liberté de religion (qu'il s'agisse de celle des enfants ou de celle de leurs parents).

La décision de principe dans ce domaine reste l'arrêt *Mozert* de 1987[10]. Dans cette affaire, un certain nombre de parents d'élèves, Chrétiens conservateurs, avaient demandé que leurs enfants soient exemptés de l'obligation de lire les textes contenus dans le livre de lecture utilisé dans l'ensemble des écoles publiques de la commission scolaire intimée et publié par les éditions Holt parce qu'ils estimaient que certains d'entre eux contenaient des idées incompatibles avec les valeurs religieuses qu'ils cherchaient à transmettre à leurs enfants. Le parcours procédural de la cause est complexe et, sans entrer dans tous les détails, il faut signaler que les parents avaient obtenu gain de cause devant le tribunal de première instance, lequel avait enjoint à la commission scolaire d'accorder la dispense réclamée, les parents s'engageant à remplacer la lecture des textes incriminés par une instruction équivalente donnée à domicile.

En appel, la Cour d'appel a renversé cette décision et rejeté la demande d'exemption en considérant, comme nous l'avons déjà mentionné, que le simple fait d'exposer les enfants à des idées considérées par leurs parents comme répréhensibles du point de vue religieux n'entraînait aucune atteinte à la liberté de religion, qu'il s'agisse de celle des enfants ou de celle des parents. Le juge en chef Lively s'est exprimé comme suit sur ce point :

---

[10] *Mozert* v. *Hawkins County Board of Education*, 827 F.2d 1058 (C.A. 6th Cir. 1987) [ci-après : «*Mozert*»].

24-Ciotola.indb 572 12-12-12 15:12

> « It is clear that governmental compulsion either to do or refrain from doing an act forbidden or required by one's religion, or to affirm or disavow a belief forbidden or required by one's religion, is the evil prohibited by the *Free Exercise Clause* [...] The requirement that students read the assigned materials and attend reading classes, in the absence of a showing that this participation entailed affirmation or denial of a religious belief, or performance or non-performance of a religious exercise or practice, does not place an unconstitutional burden on the students' free exercise of religion. »[11]

Comme on le constate, le juge en chef s'appuie sur la distinction entre, d'une part, le simple fait *d'être exposé* (*mere exposure*) à des idées considérées comme répréhensibles du point de vue religieux, qui selon lui n'entraîne aucune atteinte à la liberté de religion, et, d'autre part, le fait de devoir *agir* contrairement à une conviction religieuse ou de devoir *affirmer son adhésion* à une croyance, qui constituent des atteintes à cette liberté. Cette distinction lui a permis d'écarter comme non pertinent en l'espèce le jugement de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Virginia State Board of Education* v. *Barnette*[12], dans laquelle la Cour avait jugé que l'obligation faite aux enfants de participer à une cérémonie patriotique de salut au drapeau (*flag salute*) au début de la

---

11 *Id*., 1069. Selon les parents dans l'affaire *Mozert*, les textes dont la lecture était imposée à leurs enfants entraient en contradiction avec leurs convictions religieuses dans la mesure où l'on y trouvait les idées ou conceptions suivantes (nous reproduisons ici un extrait des prétentions des parties dans la langue anglaise originale du document) :

> « (1) teach[ing] witchcraft and other forms of magic and occult activities ;
> (2) teach[ing] that some values are relative and vary from situation to situation ;
> (3) teach[ing] attitudes, values, and concepts of disrespect and disobedience to parents ;
> (4) depict[ing] prayer to an idol ;
> (5) teach[ing] that one does not need to believe in God in a specific way but that any type of faith in the supernatural is an acceptable method of salvation ;
> (6) depict[ing] a child who is disrespectful of his mother's Bible study ;
> (7) imply[ing] that Jesus was illiterate ;
> (8) teach[ing] that man and apes evolved from a common ancestor ; and
> (9) teach[ing] various humanistic values. »

12 *West Virginia State Bd. of Educ*. v. *Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).

24-Ciotola.indb 573 12-12-12 15:12

journée scolaire était contraire à la Constitution. Dans ce dernier cas, les enfants étaient obligés d'affirmer leur adhésion à certaines valeurs, ce qui n'est pas le cas lorsqu'ils sont seulement tenus de s'exposer (*mere exposure*) à certaines idées en faisant des lectures déterminées[13].

Une autre décision de la Cour suprême que le juge en chef se trouvait obligé d'écarter en distinguant la situation qui était en cause dans cette affaire de celle existant en l'espèce est l'affaire *Wisconsin* v. *Yoder* de 1972[14], dans laquelle la Cour suprême a jugé que la liberté de religion obligeait les autorités scolaires à exempter des parents appartenant à la secte des Amish de l'obligation de continuer d'envoyer leurs enfants à l'école (publique ou privée) jusqu'à l'âge de 16 ans, une fois complétées leurs études primaires. À première vue, on pourrait penser que si des parents peuvent obtenir pour leurs enfants une *exemption complète* à l'égard de la scolarité obligatoire, *a fortiori* devraient-ils avoir droit à une *exemption partielle* à l'égard de certains éléments du programme pédagogique. Cependant, dans l'arrêt *Yoder*, la Cour suprême avait pris soin de limiter la portée de son jugement aux situations semblables à celles des enfants Amish qui sont destinés à mener une existence en retrait de la société plus large, au sein d'une petite communauté rurale fermée sur elle-même et refusant en bonne partie le progrès et le monde moderne. Dans pareil contexte, le fait pour les enfants d'être privés d'une partie des bénéfices d'une éducation destinée à les préparer aux nécessités de la société contemporaine n'entraînait pas les mêmes effets négatifs que dans le cas des enfants de l'affaire *Mozert*, que leurs parents voulaient élever au sein de la société plus large et qu'ils avaient pour cette raison choisis d'envoyer à l'école publique plutôt que dans une école religieuse privée, ou encore de les éduquer à domicile, ce qu'il leur aurait été légalement possible de faire. Une autre différence est que, dans *Yoder*, la Cour suprême avait conclu à l'existence d'une

---

13 Un des juges composant le banc dans l'affaire *Mozert*, le juge Boggs, a inscrit sa dissidence sur la question de l'existence d'une atteinte à la liberté de religion. Pour lui, l'obligation faite aux enfants de lire les textes auxquels s'objectaient leurs parents constituait bien une telle atteinte.

14 *Wisconsin* v. *Yoder*, 406 U.S. 205 (1972).

24-Ciotola.indb 574 12-12-12 15:12

atteinte à la liberté de religion en considérant que la fréquentation par les enfants Amish de l'école publique au-delà du primaire, en les exposant à des valeurs très différentes de celles de leurs parents ainsi qu'à la pression de leurs pairs, risquait de perturber gravement la vie et les valeurs de cette petite communauté[15].

La Cour suprême des États-Unis a refusé la permission d'appel qui lui était présentée dans l'affaire *Mozert*, le dernier mot revenant donc à la Cour d'appel. Depuis cette date, la Cour suprême n'a jamais eu l'occasion (ou n'a jamais voulu la saisir !) de se prononcer sur la question des exemptions au *curriculum* scolaire réclamées pour des raisons religieuses.

De nombreux auteurs de doctrine écrivant aux États-Unis critiquent la distinction, qui est au cœur de l'arrêt *Mozert*, entre la simple exposition à des idées incompatibles avec les convictions religieuses (*mere exposure*), qui n'entraîne aucune atteinte à la liberté de religion, et l'obligation *d'exprimer son adhésion* à certaines valeurs ou l'obligation *d'adopter une conduite* incompatible avec celles-ci, qui constituent une telle atteinte.

Ainsi, le Professeur Malcolm Stewart souligne que l'argument voulant qu'une simple exposition à certaines idées n'entraîne aucune coercition, l'individu étant capable de porter un jugement critique sur celles-ci, est sans doute vrai dans le cas d'adultes mais beaucoup moins dans celui de jeunes enfants. Le fait que ces idées soient présentées aux enfants dans le cadre de l'école publique a inévitablement pour effet de leur faire penser que l'école les approuve et, dans la mesure où elles entrent en contradiction avec les valeurs que leurs parents essaient de leur transmettre, de semer la confusion dans l'esprit des enfants. Le même auteur considère que la décision dans *Mozert* est purement et simplement incompatible avec celle dans l'affaire *Yoder*, dans laquelle la Cour suprême a jugé que le fait d'exposer les enfants Amish à des valeurs

[15] Par la suite, la Cour suprême a d'ailleurs refusé d'étendre la solution de l'arrêt *Yoder* à des contextes autres que ceux de la communauté Amish. Il faut en outre souligner que la problématique de l'arrêt *Yoder* a perdu de son importance avec l'adoption dans tous les États américains de lois autorisant la fréquentation d'écoles privées, notamment religieuses, et l'éducation à domicile, en lieu et place de la fréquentation de l'école publique.

24-Ciotola.indb 575 12-12-12 15:12

et à des attitudes incompatibles avec celles de leurs parents entraînait une atteinte à leur liberté de religion. Il ne nie pas que le contexte différent des deux affaires puisse justifier une distinction, mais celle-ci ne devrait pas être faite à l'étape de la constatation de l'existence ou non d'une atteinte à la liberté de religion, mais plutôt à l'étape de la possible justification d'une telle atteinte (ou, si l'on préfère, à l'étape de l'examen de la portée et des limites de l'accommodement nécessaire pour réparer l'atteinte)[16].

Une autre auteure, qui a consacré à l'arrêt *Mozert* un long et savant commentaire qui jouit d'une grande autorité, souligne que, même en acceptant la distinction faite par le juge en chef Lively et rappelée dans le paragraphe précédent entre une simple exposition à des idées et l'obligation d'adopter une conduite ou de faire une profession de foi, force est d'admettre que l'obligation faite aux enfants de faire certaines lectures les obligeait bel et bien à adopter une certaine conduite. Dans un passage du jugement, le juge en chef vient d'ailleurs très près d'accepter l'idée que *la lecture à haute voix* des textes incriminés (qui n'était pas en l'occurrence imposée aux enfants) constituerait peut-être une conduite imposée, voire une obligation de profession de foi[17].

Enfin, pour ne mentionner qu'un troisième auteur ayant adopté une attitude critique à l'égard de la définition restrictive donnée au concept d'atteinte à la liberté de religion dans l'arrêt *Mozert*, le professeur Lupu, un des auteurs les plus prolifiques et les plus autorisés sur la liberté de religion aux États-Unis, s'exprime ainsi :

> « Chief Justice Lively's opinion for the panel rested explicitly on a finding that the reading requirements did not amount to a burden sufficient to trigger scrutiny under free exercise standards. Because the children were obliged only to read the challenged material, and not to affirm the truth of what they read, the court concluded that neither their interests in free

---

16 Malcolm STEWART, « The First Amendment, the Public Schools, and the Inculcation of Community Values », (1989) 18 *J. L. & Educ*. 23, 81-85.

17 Nomi Maya STOLZENBERG, « He Drew a Circle That Shut Me Out : Assimilation, Indoctrination, and the Paradox of a Liberal Education », (1993) 106 *Harvard L. Rev*. 581, 604.

24-Ciotola.indb 576 12-12-12 15:12

exercise nor those of their parents had been affected in a legally cognizable fashion. *Mozert* thus stands for the unattractive principle that compulsory exposure to ideas from which an individual is obliged by religion to dissociate does not even implicate the free exercise clause, much less violate it. »[18].

Compte tenu de toutes ces critiques et du fait que les tribunaux canadiens sont portés à interpréter la liberté de religion de façon extrêmement large et généreuse, comme le montrent les décisions de la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Amselem*[19] et *Multani*[20], il n'est pas exclu que celle-ci adopte, si la question est soulevée devant elle, une attitude différente de celle de la Cour d'appel américaine dans l'arrêt *Mozert* et qu'elle considère que l'obligation faite aux élèves des écoles publiques de suivre des enseignements ou de faire des lectures que leurs parents désapprouvent pour des raisons religieuses entraîne une atteinte à la liberté de religion des parents et/ou des enfants. Dans un tel cas, il faudra alors passer à l'examen de la justification du caractère obligatoire du *curriculum* contesté ou, si l'on préfère, à l'examen de la « raisonnabilité » de l'accommodement réclamé par les parents sous la forme d'une exemption en faveur de leurs enfants à l'égard des activités pédagogiques incriminées.

---

18 Ira C. LUPU, « Where Rights Begin : The Problem of Burdens on the Free Exercise of Religion », (1989) 102 *Harvard Law Review* 933, 943 et 944. Pour d'autres articles qui critiquent la solution adoptée dans l'arrêt *Mozert*, voir : George W. DENT, Jr., « Religious Children, Secular Schools », (1988) 61 *S. Cal. L. Rev*. 863, 877-79 ; Shane RAMSEY, « Comment : Opting Out of Public School Curricula : Free Exercise and Establishment Clause Implications », (2006) 33 *Florida State University Law Review* 1199.

19 *Syndicat Northcrest* c. *Amselem*, 2004 CSC 47 ; [2004] 2 R.C.S. 551.

20 *Multani* c. *Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256. Soulignons que, dans une décision plus récente, la Cour suprême du Canada a semblé revenir à une interprétation moins généreuse de la liberté de conscience et de religion : *Alberta* c. *Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567. Pour un commentaire de cette décision, voir : José WOEHRLING, « Quand la Cour suprême s'applique à restreindre la portée de la liberté de religion : l'arrêt *Alberta Hutterian Brethren of Wilson Colony* (2009) », (2011) 45 *R.J.T.* 7.

24-Ciotola.indb 577 12-12-12 15:12

II. Si un programme ou une activité pédagogique obligatoire est considéré comme entraînant une atteinte à la liberté de religion, à quelles conditions une exemption sera-t-elle considérée comme un accommodement raisonnable ou, au contraire, pourra-t-elle être légitimement refusée ?

Si, contrairement à ce qui a été décidé dans *Mozert*, un programme ou une activité pédagogique obligatoire est considéré comme entraînant une atteinte à la liberté de religion, il faudra encore se demander si une exemption doit être accordée aux enfants des parents qui le demandent ou si, au contraire, les autorités scolaires peuvent à bon droit refuser une telle exemption en démontrant qu'elle entraînerait des inconvénients excessifs (ou encore, ce qui revient au même, en démontrant que le maintien intégral du *curriculum* obligatoire – sans exemption possible – est justifié).

Un des membres du banc qui a jugé l'affaire *Mozert* en Cour d'appel, la juge Kennedy, a abordé cette question bien que cela n'ait pas été strictement nécessaire vu la conclusion de la majorité de la Cour à l'étape précédente. De même, la question du caractère raisonnable d'une telle exemption a été examinée par le tribunal de première instance dans cette affaire, lequel a effectivement accordé un tel accommodement. D'autres tribunaux dans d'autres affaires ont abordé la question sous cet angle. Enfin, les auteurs de doctrine qui ont critiqué la position de la Cour d'appel dans *Mozert* ont généralement examiné la question du caractère raisonnable de l'exemption, question qui d'après eux aurait du être abordée par la Cour d'appel dans la mesure où celle-ci aurait du, à leur avis, considérer qu'il y avait atteinte à la liberté de religion. Nous disposons donc d'une littérature très riche et fort intéressante sur cette problématique. Comme nous allons le voir, les juges et les auteurs qui ont réfléchi à la question l'ont fait en examinant les raisons pour lesquelles une exemption pourrait être refusée à la fois sous l'angle de la « contrainte excessive » (raisons tenant au bon fonctionnement administratif des écoles) et sous l'angle de la justification par les missions de l'école publique.

Ainsi, dans l'affaire *Mozert*, la juge Kennedy estime que s'il y avait atteinte à la liberté de religion par l'imposition obligatoire du

24-Ciotola.indb 578 12-12-12 15:12

programme de lecture contesté, une telle atteinte serait en l'occurrence justifiée par la mission de l'école publique de développer la capacité des élèves de réfléchir de façon critique sur des sujets complexes et controversés afin de les préparer à exercer leurs responsabilités de citoyens :

> « Teaching students about complex and controversial social and moral issues is just as essential for preparing public school students for citizenship and self-government as inculcating in the students the habits and manners of civility. [...] Several witnesses for appellants testified that in order to develop critical reading skills, and therefore achieve appellants' objectives, the students must read and discuss complex, morally and socially difficult issues. Many of these necessarily will be subjects on which appellees believe the Bible states the rule or correct position. Consequently, accommodating appellees' beliefs would unduly interfere with the fulfillment of the appellants' objectives. »[21]

La juge Kennedy invoque un peu plus loin une autre mission de l'école publique pour établir la portée et les limites de l'obligation d'accommodement en matière scolaire, celle d'éduquer les enfants issus de divers milieux religieux à la tolérance en les habituant à se côtoyer, objectif qui serait contrecarré si les écoles publiques devaient dispenser certains enfants de participer aux activités pédagogiques que leurs parents estiment répréhensibles pour des motifs religieux :

> « Accordingly, the opt-out remedy ordered by the court [la Cour de première instance] is inconsistent with the public schools' compelling interest in "promoting cohesion among a heterogeneous democratic people." *Illinois ex rel. McCollum v. Board of Educ., 333 U.S. 203, 216, 92 L. Ed. 649, 68 S. Ct. 461 (1948)*. »

Enfin, la juge Kennedy invoque également des raisons tenant au bon fonctionnement administratif de l'école pour écarter l'ac-

---

21 *Mozert*, préc., note 10, 1071.

24-Ciotola.indb 579 12-12-12 15:12

commodement réclamé comme entraînant une contrainte excessive :

> « The divisiveness and disruption caused by the opt-out remedy would be magnified if the schools had to grant other exemptions. Although the District Court found that no other objections to the Hawkins County public school curriculum have been raised and that Hawkins County is homogeneous from a religious perspective, this case would create a precedent for persons from other religions to request exemptions from core subjects because of religious objections. If the school district were required to accommodate exceptions and permit other students to opt-out of the reading program and other core courses with materials others found objectionable, this would result in a public school system impossible to administer. »[22]

Le professeur Lupu insiste lui aussi sur ces problèmes logistiques et souligne que les tribunaux sont mal équipés pour les apprécier et les résoudre :

> « *Mozert* once again offers a striking illustration. The district court judge held that parents should be permitted to withdraw their children from the reading skills portion of the public school curriculum, on the condition that the parents provide adequate alternative instruction. Deciding whether the free exercise clause requires such an arrangement forces the decision maker to confront a host of questions that cannot possibly by answered with confidence. How many children will be removed from the reading program ? How will the number change over time ? How will it be distributed across the grades ? Of what quality will the alternative instruction be, and how will it compare with what the state would have provided ? What impact will the departure of those children who do not participate in the reading curriculum have on those who remain ? What sort of reallocation of school resources—for example, reallocation away from support of reading teachers and toward the support of caretaker personnel responsible for watching

[22] *Id.*, 1072 et 1073.

24-Ciotola.indb 580 12-12-12 15:12

> opt-out children during reading class—will result from this free exercise option ? The Court's free exercise decisions provide precious little guidance to a judge struggling to decide whether the costs of upholding a free exercise claim are likely to be so great that the claim should be denied[23]. [...] *Mozert* is by no means atypical in its potential for forcing courts to confront questions of behavioral prediction, and accompanying economic and social uncertainty, over long stretches of time. Such questions create a significant risk of mistake. In free exercise cases, the mistakes courts make include consequences as grave as failing to protect constitutional rights and imposing unreasonable and oppressive requirements of accommodation upon the government. It is no wonder, then, that judges might prefer to avoid deciding such questions out of a sense that they are institutionally ill-suited to do so and highly likely to reach results in which they lack confidence. »[24]

D'autres auteurs, comme le professeur Dent, insistent pour dire que les problèmes logistiques, pour pouvoir justifier le refus d'un accommodement, doivent être avérés plutôt que simplement imaginés, voire fantasmés. Cet auteur souligne que précisément dans l'affaire *Mozert*, l'accommodement ordonné par la Cour de première instance s'appliquait sans créer aucune difficulté avant qu'il ne soit contesté en Cour d'appel[25] (ce qui n'est pas sans rappeler l'affaire *Multani* au Québec, où les requérants Sikhs et la direction de l'école étaient arrivés à un compromis mutuellement satisfaisant avant que le conseil des commissaires ne décide d'interdire le port du *kirpan*). En sens opposé, le professeur Dent mentionne également les effets pervers que risque d'entraîner la multiplication des demandes d'accommodement, même si elles ne sont pas toutes acceptées :

> « A possible objection to this and to all other remedies is that school boards may respond by watering down the curriculum. To avoid the inconvenience of accommodating religious chil-

---

23 I. C. LUPU, préc., note 18, 950 et 951.

24 *Id*., 952.

25 G. W. DENT, préc., note 18, 925 et 926.

24-Ciotola.indb 581 12-12-12 15:12

dren, a school board might simply remove all materials to which any sect objects. The result would be a dull curriculum that does not expose children to challenging, controversial issues. »[26]

Une autre mission de l'école publique qui permet de déterminer la portée et les limites des accommodements raisonnables dans le domaine scolaire est évidemment celle d'instruire et de former intellectuellement les élèves, qu'il s'agisse de l'ensemble de ceux qui fréquent l'école ou qu'il s'agisse des enfants pour lesquels leurs parents demandent une exemption. Or l'existence d'un système d'exemptions est susceptible de contrecarrer, dans une mesure variable, cette mission à l'égard des deux catégories d'élèves[27].

Dans le cas de ceux qui, par hypothèse, seraient exemptés de certaines activités ou programmes pédagogiques, l'impact négatif sur leur formation dépendrait évidemment de la nature même des éléments du *curriculum* faisant l'objet de l'exemption, d'une part, et de l'existence et de la qualité d'une instruction de remplacement (par les parents eux-mêmes par exemple, comme dans l'affaire *Mozert*), d'autre part. Tous les contenus pédagogiques ne sont pas pareillement importants et si l'on voit mal comment un élève pourrait être exempté du cours de mathématiques, une exemption à l'égard d'un cours de musique semblerait devoir diminuer moins gravement l'utilité de la scolarité pour son insertion future dans la société ; de même pour une exemption à l'égard de l'assistance à une pièce de théâtre dont les parents trouvent le sujet répréhensible pour des raisons religieuses. Une exemption à l'égard d'un sujet déterminé, auquel est consacré une courte période de temps à l'intérieur d'un enseignement qui s'étend sur l'année, ne pourrait probablement pas davantage être considérée comme enlevant à l'enfant exempté le bénéfice complet du programme en cause.

En ce qui concerne les effets d'éventuelles exemptions sur les intérêts pédagogiques des *autres* enfants qui fréquentent l'école, ils entrent dans deux catégories. La première est celle des inconvénients pratiques découlant du fait que, d'un enseignement à

---

[26] *Id.*, 926 et 927.

[27] Sur cet aspect, voir M. STEWART, préc., note 16, 87-89.

24-Ciotola.indb 582 12-12-12 15:12

l'autre, des enfants seront soustraits ou ajoutés au groupe d'élèves concernés. Ici, par conséquent, on rejoint les préoccupations « fonctionnelles » faisant partie du concept de contrainte excessive[28]. La seconde préoccupation est relative aux effets psychologiques du fonctionnement d'un système d'exemptions sur les autres élèves. Comme le dit le professeur Stewart en commentant certains des arguments qui étaient soulevés par la commission scolaire dans *Mozert* pour justifier le refus de l'accommodement :

> « The threat posed by a right of excusal from individual portions of the curriculum is partly administrative – where will these children go ? – but it is more importantly psychological. The proper functioning of a school requires a sense of order, a sense that those who run the institution are truly in charge of its operations and that all children are subject to the same rules. Perhaps most important, it depends upon a sense of community, or shared experience ; the right of excusal, by contrast, threatens to create a hodgepodge of subgroups whose members change constantly. »[29]

Autrement dit, le fait de prévoir un régime d'exemptions et d'autorisations d'absences pourrait également contrecarrer, au moins dans certaines circonstances, la mission de l'école d'éduquer les enfants à la tolérance et à la cohabitation harmonieuse entre membres de groupes religieux distincts.

CONCLUSION

Toutes les considérations qui précèdent doivent évidemment être appréciées et mises en œuvre non pas de façon abstraite et

---

[28] Parmi les inconvénients administratifs susceptibles d'être causés par un régime d'exemptions ou d'autorisations d'absence, on peut également signaler les problèmes qu'un tel régime risque de poser pour l'administration des examens standardisés auxquels les élèves sont soumis : faudra-t-il soustraire les éléments du programme qui ont fait l'objet d'exemptions pour certains élèves de la matière sujette à examen pour tous les élèves ou faire passer un examen distinct aux élèves qui ont bénéficié d'une exemption ? Sur ce point, voir : S. RAMSEY, préc., note 18, note infrapaginale 111.

[29] M. STEWART, préc., note 16, 88.

24-Ciotola.indb 583 12-12-12 15:12

générale, mais dans le contexte particulier d'une affaire déterminée et d'une école et d'un milieu social donnés. On comprend donc qu'il n'est pas possible de prévoir comment, dans un cas donné, les tribunaux mettront en balance de telles considérations quand ils seront confrontés à une demande d'exemption à l'égard d'activités pédagogiques obligatoires.

Il faut également mentionner l'opinion de deux auteurs selon lesquels l'attitude peu favorable des tribunaux américains à l'égard des demandes d'exemption fondées sur des raisons religieuses a eu comme effet, qu'il faut sans doute considérer comme « pervers » si l'on est en faveur d'une fréquentation des écoles publiques la plus large possible, de convaincre un nombre grandissant de parents « religieux » d'envoyer leurs enfants dans une école privée dont les orientations correspondent davantage à leurs convictions religieuses, ou encore de choisir de les éduquer à domicile :

> « [...] when court decisions effectively shut out parents who want to have a meaningful say in their children's education, they will often choose to remove their children from the public schools. These parents will instead look to alternative forms of education which respect their desires and their rights. The number of students in private education, including home schooling, continues to increase dramatically. Home schooling, an insignificant component of our nation's educational mix as recently as the 1980s, has grown so rapidly that as of 1996, the number of home schooled students nationwide stood at 1.23 million – comparable to the number of public school pupils in either Georgia or New Jersey, and more than the total number of public school students in the states of Wyoming, Vermont, Delaware, North and South Dakota, Alaska, Rhode Island, Montana and Hawaii combined. Setbacks in parental rights fuel the desire for an even greater variety of educational choices, including charter schools, vouchers, and tuition tax credits. Every time parents' rights are diminished – whether in a local school board skirmish or a published decision of a United States Court of Appeals – a greater number

24-Ciotola.indb 584 12-12-12 15:12

of families become determined to take their own money, their tax money, and their children to non-public schools. »[30]

Enfin, soulignons pour terminer que les éléments de droit américain que nous venons d'examiner ne rendent compte que d'un des deux volets de la contestation actuellement dirigée au Québec contre le cours d'éthique et de culture religieuse. En effet, un cours d'enseignement religieux et moral à visée culturelle plutôt que confessionnelle comme le cours ÉCR est susceptible d'être contesté à partir de deux positions principales. D'une part, il peut heurter les parents animés de fortes convictions religieuses qui considèrent l'enseignement en question, précisément à cause de ses ambitions de neutralité et d'objectivité, comme véhiculant un relativisme qui vient en conflit avec leur désir de transmettre à leurs enfants leurs propres convictions religieuses. Ce premier point de vue correspond à la position des requérants dans l'affaire de la Commission scolaire des Chênes jugée en 2012 par la Cour suprême du Canada et, au moins en partie, à celle des requérants dans l'affaire *Mozert*. D'autre part, un enseignement comme le cours ÉCR peut également subir la critique de ceux qui adoptent un point de vue foncièrement laïque et considèrent la présence d'éléments religieux, même présentés de façon culturelle plutôt que confessionnelle (et *a fortiori* s'il y a présence d'un élément de confessionnalité), comme contraire à leurs convictions philosophiques et à leur liberté de conscience. Ce deuxième point de vue est également représenté au Québec à l'heure actuelle, notamment par le *Mouvement laïque québécois*. Pour examiner ce deuxième volet de la problématique, il conviendrait d'analyser notamment la décision de la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'affaire *Folgero*[31], dans

---

30 Michael FARRIS et Bradley P. JACOB, « Public Schools' Pyrrhic Victories Over Parental Rights », en ligne : http ://law.richmond.edu/rjolpi/Issues_Archived/1998_Fall_Education_Issue/farris_fin.htm.Il est vrai que l'opinion de ces deux auteurs est probablement influencée par leurs options idéologiques. L'un et l'autre sont membres dirigeants de la *Home School Legal Defense Association* et l'un d'entre eux, Michael Farris, a agi comme procureur pour les parents requérants dans l'affaire *Mozert*.

31 *Folgero et autres* c. *Norvège* [GC], n° 15472/02, CEDH 2007-III. Pour des commentaires de cette jurisprudence, voir notamment : Gérard GONZALEZ,

24-Ciotola.indb 585 12-12-12 15:12

laquelle le programme d'enseignement religieux et moral en vigueur en Norvège était attaqué par des membres de l'Association humaniste norvégienne défendant la position laïque, comme contraire à l'article 9 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (Convention européenne des droits de l'homme), qui garantit la liberté de pensée, de conscience et de religion, et à l'article 2 du Protocole additionnel n°1 de la Convention, qui énonce :

> « Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'État, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques ».

La Cour a jugé que les dispositions en cause n'empêchent pas les États de répandre par l'enseignement ou l'éducation des informations ou connaissances ayant, directement ou non, un caractère religieux ou philosophique et que ces mêmes dispositions n'autorisent pas les parents à s'opposer à l'intégration de pareil enseignement ou éducation dans le programme scolaire. Elles ne renferment aucunement le droit pour les parents de laisser leurs enfants dans l'ignorance en matière de religion et de philosophie. Par ailleurs, l'État, en s'acquittant des fonctions assumées par lui en matière d'éducation et d'enseignement, doit veiller à ce que les informations ou connaissances figurant au programme soient diffusées de manière objective, critique et pluraliste, permettant aux élèves de développer un sens critique à l'égard du fait religieux dans une atmosphère sereine, préservée de tout prosélytisme intempestif. Les dispositions applicables lui interdisent de poursuivre un but d'endoctrinement qui pourrait être considéré comme ne respectant pas les convictions religieuses et philosophiques des

---

« Des difficultés de combattre objectivement l'inculture religieuse », (2008) 73 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 251 ; Carolyn EVANS, « Religious Education in Public Schools : An International Human Rights Perspective », (2008) 8 *Human Rights Law Review* 449 ; Pamela SLOTTE, « Waving the Freedom of Religion or Belief Card, or Playing it Safe : Religious Instruction in the Cases of Norway and Finland », (2008) 3 *Religion and Human Rights* 33.

24-Ciotola.indb 586 12-12-12 15:12

parents. L'État peut respecter cette obligation de neutralité et d'objectivité qui s'impose à lui de deux manières : soit en organisant un enseignement *en lui-même suffisamment neutre et objectif*, auquel cas l'État peut le rendre obligatoire sans possibilité de choix ou d'exemption ; soit en prévoyant un système de choix ou d'exemption (dispense) s'il s'avère que l'enseignement ne présente pas le degré nécessaire de neutralité et d'objectivité. Autrement dit, si, comme c'est le cas au Québec avec le cours ÉCR, l'État n'offre aux parents aucun choix entre l'enseignement de la religion et de l'éthique et un enseignement alternatif, et s'il refuse également toute dispense aux parents qui en font la demande, il doit pouvoir montrer que l'enseignement en cause est suffisamment neutre et objectif. S'il n'y réussit pas, il peut néanmoins assurer la compatibilité de son enseignement religieux et moral avec les obligations qui découlent des instruments internationaux en prévoyant des modalités adéquates d'exemption ou des possibilités de choix correspondant aux vœux des parents.

Dans l'affaire *Folgero*, la Cour européenne a suivi cette démarche en examinant, en premier lieu, si l'enseignement incriminé était *en lui-même* suffisamment neutre et objectif et, après être arrivée à une réponse négative, en second lieu, si les possibilités de choix et d'exemption prévues permettaient néanmoins de conclure au respect des dispositions applicables. Elle est également arrivée à une deuxième réponse négative.

24-Ciotola.indb 587 12-12-12 15:12

24-Ciotola.indb 588 12-12-12 15:12