



# REVUE JURIDIQUE THÉMIS

de l'Université de Montréal

NUMÉRO SPÉCIAL

## Les fictions en droit civil

### Propos introductifs

Les fictions, réalité incontournable  
du droit civil

Arnaud Tellier-Marcil, Shana Chaffai-Parent,  
Laura Rizko

Notion et fonctions des fictions

Guillaume Wicker

### Les contrats fictifs

Simulation et parénèse :  
mauvaises fictions contractuelles?

André Bélanger

### Les personnes fictives

Les sociétés contractuelles :  
de la fiction de la personnalité juridique au  
débat sur le patrimoine d'affectation

Benjamin Lehaire

### Les liens parentaux fictifs

Les liens parentaux en droit québécois :  
quelle place pour la fiction biologique à l'aube  
d'une réforme du droit de la famille?

Michelle Giroux, Clémence Bensa, Vanessa Gruben

### Les preuves fictives

La présomption de vérité découlant d'une  
décision antérieure : réalité ou fiction?

Guillaume Laganère

L'erreur (manifeste et déterminante)  
est humaine

Shana Chaffai-Parent

### Le langage fictif

Faire du Code civil une loi à la portée de tous :  
une question de mots?

Mélanie Samson

Langage, langage du droit et traduction :  
matières à fiction?

Jean-Claude Gémar

# L'erreur (manifeste et déterminante) est humaine

*Shana CHAFFAI-PARENT\**

(Palpable and Overriding) Errors Happen

El error (manifiesto y determinante) es humano

O erro (manifesto e determinante) é humano

(明显且关键的) 错误是人之常情

---

## Résumé

La procédure d'appel vise à déterminer si une décision rendue en première instance contient des erreurs qui méritent révision. Plusieurs considérations ont mené à la création d'outils pour déceler les erreurs qui nécessitent un tel examen. L'article se veut une contribution à la réflexion sur l'appel du point de vue de la notion d'erreur. La première partie fera état des divers concepts qui gravitent, en matière d'appel, autour de la notion d'erreur. La deuxième partie traitera d'un aspect spécifique, la méthode pour la recherche de l'erreur, et ce, à travers l'exemple de l'arrêt récent de la Cour suprême du Canada *PF Résolu Canada inc. c. Hydro-Québec*. La troisième partie présentera, à la lumière des réflexions soulevées par cet arrêt, certaines critiques relativement à la notion d'erreur telle qu'elle est conceptualisée dans l'appel, notamment quant à

## Abstract

The purpose of the appeal is to determine whether a first instance decision contains reviewable errors. Several considerations have led to the creation of tools to identify errors that should be so reviewed. This article is intended to contribute to the reflection on the appeal, specifically regarding the notion of error. The first part will review the various concepts that revolve around the notion of error in appeal matters. The second part will discuss a specific aspect, the method for finding error, using the example of the recent Supreme Court of Canada judgment *PF Résolu Canada inc. v. Hydro-Québec*. The third part, considering the issues raised by this judgment, will criticize the notion of error as conceptualized in the appeal, particularly with respect to its indeterminate, or even fictive, character. We will find that, in judicial matters,

---

\* Avocate et doctorante à l'Université de Montréal.

son caractère indéterminé, voire fictif. Nous verrons qu'en matière judiciaire, les résultats peuvent être tributaires des méthodes choisies pour réaliser l'examen.

the results may depend on the methods chosen to conduct the examination.

## Resumen

El objetivo de la apelación es determinar si una decisión emitida en primera instancia contiene errores que merecen revisión. Varias consideraciones conllevaron a la creación de herramientas para identificar los errores que requieran dicha revisión. El artículo pretende ser una contribución a la reflexión sobre la apelación desde el punto de vista de la noción de error. La primera parte constatará los distintos conceptos que giran, en materia de apelación, en torno a la noción de error. La segunda parte tratará un aspecto específico, el método de búsqueda de error, a través del ejemplo de la reciente decisión de la Corte Suprema de Canadá *PF Résolute Canada inc. vs. Hydro-Quebec*. La tercera parte presentará, a la luz de las reflexiones suscitadas por esta sentencia, algunas críticas relativas a la noción de error tal como se conceptualiza en la apelación, en particular en cuanto a su carácter indeterminado, incluso ficticio. Veremos que, en materia judicial, los resultados pueden depender de los métodos elegidos para realizar el examen.

## Resumo

O processo de apelação visa a determinar se uma decisão proferida em primeira instância contém erros que merecem revisão. Várias considerações levaram à criação de ferramentas para detectar os erros que necessitam tal revisão. O artigo apresenta-se como uma contribuição à reflexão sobre a apelação do ponto de vista da noção de erro. A primeira parte trata dos diversos conceitos que gravitam, em matéria de apelação, ao redor da noção de erro. A segunda parte tratará de um aspecto específico, o método para a busca do erro, tomando como exemplo para isso o recente acórdão da Corte Suprema do Canadá *PF Résolu Canada inc. c. Hydro-Québec*. A terceira parte apresenta, à luz das reflexões suscitadas por esse acórdão, algumas críticas relativas à noção de erro tal como foi concebida na apelação, notadamente quanto à seu caráter indeterminado, até mesmo fictício. Veremos que, em matéria judiciária, os resultados podem ser tributários dos métodos escolhidos para realizar o exame.

## 摘要

上诉程序旨在确定一审作出的决定是否含有值得复审的错误。为了发现值得复审的错误而创设的一系列工具是基于多方面的考虑因素。本文希望从错误的概念出发，对上诉制度提出一定的思考。第一部分围绕错误的概念，总结了上诉制度中的一些概念。第二部分具体讨论查找错误的方法，以加拿大最高法院的最新判例 *PF Résolu Canada inc. 诉 Hydro-Québec* 为例。第三部分根据该判例提出的思考，就上诉程序中错误的概念提出一定的批判，尤其是它的不确定性甚至是虚构性。我们发现就司法而言，裁判结果可能归因于裁判者选择的审查方法。

## Plan de l'article

<b>Introduction</b> .....	799
<b>I. Théoriser l'erreur</b> .....	800
A. Droit et incertitude.....	800
B. Fonctions de l'appel et complexité inhérente à la notion d'erreur .....	802
C. Notion d'erreur comme clé de voûte du design institutionnel de l'appel.....	806
<b>II. Chercher l'erreur</b> .....	807
A. Importance du cadre d'analyse pour la recherche de l'erreur dans l'arrêt <i>Résolu</i> .....	808
B. Étude des cadres d'analyse utilisés dans l'arrêt <i>Résolu</i> .....	811
1. Approche descendante de la majorité et dimension publique .....	811
2. Approche ascendante de la dissidence et dimension privée.....	813
C. Importance de la méthode dans la recherche de l'erreur .....	814
1. Poids de l'erreur et approche descendante .....	815
2. Poids de l'erreur et approche ascendante .....	816
<b>III. Se réconcilier avec l'erreur</b> .....	818
A. Rapport entre le choix d'un cadre d'analyse et les fonctions de l'appel.....	818
B. Caractère incertain, voire fictif, de l'erreur en appel .....	820
C. Pistes de réconciliation.....	823
<b>Conclusion</b> .....	827



*Les plus grands génies peuvent avoir l'esprit faux sur un principe qu'ils ont reçu sans examen.*<sup>1</sup>

Dans son *Dictionnaire philosophique*, Voltaire, qui s'intéressait particulièrement aux questions relatives à la justice et à la vérité, soulignait l'importance, pour saisir avec justesse le monde qui nous entoure, de faire subir à nos constats un examen. À travers ces propos, il faisait l'éloge de la méthode, en avançant l'idée que toute personne, peu importe son statut et ses connaissances, ne peut poursuivre la vérité qu'à travers un processus ordonné et rigoureux d'évaluation.

La procédure d'appel, dans son essence, vise à déterminer si une décision rendue en première instance contient des erreurs qui méritent révision. En cela, l'appel constitue, en quelque sorte, l'examen de l'examen. Dans un texte extrêmement fouillé relatif à l'appel, le juge Yves-Marie Morissette présente la notion d'erreur, dans le contexte du droit, comme étant à la fois problématique sur le plan conceptuel et trop peu discutée devant les tribunaux d'appel :

À mon avis, cette question du domaine de l'erreur en droit est beaucoup trop rarement abordée de front par les avocats qui plaident en appel. Et trop souvent, lorsqu'elle l'est, c'est sans rigueur aucune, à coup de ronflantes pétitions de principe. Trop nombreuses sont les inscriptions en appel et les requêtes pour permission d'appeler où l'on affirme que le tribunal de première instance a "erré en fait et en droit" (sans d'ailleurs tenter de distinguer les erreurs de fait des erreurs de droit) alors que, de manière presque transparente, la partie appelante ou requérante veut se pourvoir, en disant un peu n'importe quoi, parce que le jugement attaqué ne fait tout simplement pas son affaire. Bref, on veut refaire un procès dont on attendait un résultat plus favorable. Cela n'est pas synonyme d'erreur.<sup>2</sup>

Alors que le sujet général de la norme d'intervention, on le verra, a été abordé par bon nombre de savants auteurs, le présent texte se veut une modeste tentative de contribuer à cette discussion en abordant l'erreur en droit québécois, du strict point de vue des matières civiles et avec un intérêt

---

<sup>1</sup> VOLTAIRE, « Esprit faux », dans *Dictionnaire philosophique*, 5<sup>e</sup> éd., Amsterdam, Éditions Varberg, 1765, reproduit dans *Dictionnaire philosophique*, Paris, Éditions Garnier Frères, 1967, p. 183.

<sup>2</sup> Yves-Marie MORISSETTE, « Aspects historiques et analytiques de l'appel en matière civile », (2014) 59-3 *R.D. McGill* 481, par. 130 et 132 (références omises).

marqué pour l'étude des processus. On verra qu'en matière judiciaire, les résultats sont souvent tributaires des méthodes choisies pour réaliser l'examen.

La première partie de ce texte fera état des divers concepts qui gravitent, en matière d'appel, autour de la notion d'erreur. Cette brève étude de l'«environnement» de l'erreur permettra de mettre en place le cadre pour l'analyse qui suivra. La deuxième partie traitera d'un aspect spécifique, la méthode pour la recherche de l'erreur, et ce, à travers l'exemple de l'arrêt récent *PF Résolu Canada inc. c. Hydro-Québec*<sup>3</sup> (ci-après l'«arrêt Résolu»). L'arrêt Résolu présente des faits procéduraux exceptionnels qui forment un terrain fertile aux réflexions sur la notion d'erreur. Plus particulièrement, il s'agira d'examiner et de commenter les approches tout à fait distinctes utilisées par la majorité et la dissidence pour déterminer s'il y a présence d'une erreur manifeste et déterminante. La troisième et dernière partie du texte présentera, à la lumière des réflexions soulevées par l'arrêt Résolu, certaines critiques relativement à la notion d'erreur telle qu'elle est conceptualisée dans l'appel, notamment quant à son caractère indéterminé.

## I. Théoriser l'erreur

### A. Droit et incertitude

L'erreur, sous ses diverses formes, est inévitable dans la vie en société. À ce titre, dans l'objectif de relativiser, voire d'accepter cette réalité qui va de soi, on rappelle souvent que l'erreur est humaine. Dans son sens commun, on peut définir l'erreur comme un «acte de l'esprit qui tient pour vrai ce qui est faux et inversement», comme une «opinion fautive», comme une «action maladroite, déraisonnable ou blâmable» ou comme une «chose fautive, par rapport à une norme»<sup>4</sup>. Ainsi, la notion d'erreur implique nécessairement une comparaison avec une valeur étalon représentant la vérité, ou du moins, un certain niveau de certitude.

Le droit, contrairement à d'autres champs permettant un haut niveau de précision dans la mesure du réel, est une discipline de nuances où l'in-

<sup>3</sup> 2020 CSC 43.

<sup>4</sup> *Le Robert, dictionnaire en ligne*, Paris, Éditions Le Robert, 2020, en ligne: <<https://dictionnaire.lerobert.com/>>.

détermination est « structurelle »<sup>5</sup>. L'idée qu'un éventail de possibilités existent lorsqu'on interprète une norme juridique n'est ni inédite ni marginale, et représente plutôt la position dominante<sup>6</sup>. Prenons l'exemple de Kelsen qui, dans son ouvrage classique *Théorie pure du droit*, a qualifié de fiction l'idée qu'une norme juridique ne permettrait qu'une seule interprétation exacte ou vraie<sup>7</sup>. Cette caractéristique intrinsèque semble a priori peu compatible avec notre recherche de la cohérence et de l'uniformité du droit. S'ajoute à cette caractéristique l'état évolutif du droit. Tel que le décrit habilement l'auteur Jean-Louis Bergel, « [l]a pensée juridique doit refléter à la fois la permanence et la contingence du droit, ses éléments universels et sa constante relativité. En droit, semble-t-il, rien ne se perd, mais tout se crée et tout se transforme »<sup>8</sup>. Ainsi, étant continuellement en mouvement, le droit et ses interprétations ne se fixent jamais avec permanence.

Aux prises avec ces difficultés, les tribunaux ont la mission fondamentale, quoiqu'à l'occasion délicate, d'établir des certitudes là où il n'y en a pas nécessairement<sup>9</sup>. L'équité des jugements, en plus d'être évaluée en fonction du processus selon lequel ils sont rendus, est tributaire de leur ancrage dans les faits, puisqu'on cherche à juger « sur la base de ce qui s'est réellement passé »<sup>10</sup>. Face à des questions de droit et de fait parfois épineuses, « qu'il s'agisse pour le juge de trancher, ou pour tout homme de se décider, il faut parfois, faute d'une apaisante certitude, affronter le doute »<sup>11</sup>. Un

<sup>5</sup> Paul AMSELEK, « Le doute sur le droit, ou la teneur indéçise du droit », dans INSTITUT DE FORMATION CONTINUE DU BARREAU DE PARIS, *Le doute et le droit, actes du colloque, 12 août 1991*, Paris, Éditions Dalloz, 1994.

<sup>6</sup> La relativité de principe des règles juridiques a été reconnue par la Cour suprême du Canada; voir à ce sujet Frédéric BACHAND, « Le traitement en appel des questions de fait, questions de droit et questions mixtes », (2007) 86-1 *R. du B. can.* 97, 107.

<sup>7</sup> Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Éditions Dalloz, 1962, p. 453.

<sup>8</sup> Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2012, par. 5.

<sup>9</sup> Richard SUSSKIND, *Online Courts and the Future of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 25. Pour une déclinaison sur le même thème, voir dans la présente publication le texte de Guillaume LAGANIÈRE intitulé « La présomption de vérité découlant d'une décision antérieure: réalité ou fiction? ».

<sup>10</sup> France HOULE et Clayton PETERSON, *Hors de tout doute raisonnable: la méthodologie et l'adéquation empirique comme fondements de l'épistémologie du droit de la preuve*, Montréal, Éditions Thémis, 2018, p. 4.

<sup>11</sup> Jean-François CESARO, *Le doute en droit privé*, coll. Droit privé, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2003, qui mentionne au surplus que le doute éprouvé par le juge qui tranche des litiges s'en trouve à être « l'objet de toutes les attentions », p. 722.



certain niveau de certitude, réelle ou fictive, s'en trouve à être fixé au moment du jugement par l'action adjudicatrice des tribunaux.

## B. Fonctions de l'appel et complexité inhérente à la notion d'erreur

On peut qualifier le lien conceptuel entre la procédure d'appel et la notion d'erreur d'intuitif. La perception contemporaine de l'appel par les justiciables semble être conforme aux raisons historiques qui ont mené au développement de l'appel comme on le connaît aujourd'hui<sup>12</sup>. Cette perception définit l'appel comme « une institution qui permet à une partie, qui se croit lésée par un jugement, de s'adresser à une juridiction supérieure pour faire réformer la sentence du premier juge »<sup>13</sup>. En termes clairs, l'appel servirait donc à rectifier des erreurs commises en première instance, et par le fait même, à « corriger les injustices »<sup>14</sup>. En cela, l'existence même de l'appel contribue à la confiance des citoyens dans la justice, sachant qu'une voie est ouverte pour réformer toute décision judiciaire qui le nécessiterait<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Voir à ce sujet Y.-M. MORISSETTE, préc., note 2, par. 11. L'honorable Yves-Marie Morissette souligne à très juste titre qu'il faut se « méfier » quant à la définition de ce qui « lèse » une partie, considérant qu'il y a eu une évolution « radicale » entre les conceptions ancienne et actuelle de l'appel.

<sup>13</sup> Marcel FOURNIER, *Essai sur l'histoire du droit d'appel*, Paris, Éditions A. Durand et Pedone-Lauriel, 1881, p. 8, tel que cité dans *id.*

<sup>14</sup> Sylvain LUSSIER, « Chapitre 2 – Norme d'intervention », dans *LégisPratique – Recours et procédure en appel*, Montréal, LexisNexis, 2011, par. 2-6. L'importance relative de chacune de ces dimensions variera évidemment selon certaines circonstances. Les différents niveaux d'appel n'ont pas les mêmes orientations, et pourront être axés sur l'une ou l'autre des dimensions. Les cours d'appel de dernier niveau, telles que la Cour suprême du Canada, agissent majoritairement dans la dimension publique, puisqu'elles ne sont saisies généralement que des « décisions de principe » qui ont une grande « portée à la fois normative et symbolique ». Elles rendent un nombre limité de ces décisions. Les cours d'appel « intermédiaires », telles que la Cour d'appel du Québec, rendent un plus grand nombre de décisions dont certaines auront une portée d'influence dans la dimension publique, dans les matières où une cour de dernier niveau ne s'est pas encore prononcée, et d'autres plutôt dans la dimension privée, du moins partiellement. Voir à ce sujet Y.-M. MORISSETTE, préc., note 2, par. 114.

<sup>15</sup> Daniel JUTRAS, « The Narrowing Scope of Appellate Review: Has the Pendulum Swung Too Far », (2006) 32-1 *Man. L.J.* 61, 62.

Cette fonction première du processus d'appel consistant à corriger des erreurs pose un défi intrinsèque. Comme il a été précédemment mentionné, l'erreur – au sens propre – ne peut exister qu'en opposition à une certitude. Dans ce contexte, comment déterminer si une partie insatisfaite a été effectivement lésée lorsque le processus de recherche de la vérité n'a pas permis de fixer avec certitude les faits et le droit dans le jugement de première instance? Comment savoir si une position qui semble raisonnablement établie selon le standard de preuve applicable est plus exacte qu'une autre position?

L'histoire récente des tribunaux de common law a montré une évolution dans les fonctions de l'appel, opérant désormais plutôt comme outil pour conserver la cohérence du droit en tant que système que pour la simple correction d'erreurs<sup>16</sup>. Ainsi, on peut dire que l'appel, comme institution, a vu sa fonction de correction des erreurs se raffiner pour présenter deux dimensions distinctes<sup>17</sup>, soit les dimensions privée et publique. La dimension privée implique d'abord la prise en considération des intérêts des parties au litige par la révision du jugement de première instance dans l'objectif d'en corriger les erreurs<sup>18</sup>. La dimension publique vise plutôt, à travers la correction de certaines erreurs, à assurer une meilleure cohérence et une uniformisation du droit. L'action des cours d'appel dans la dimension publique implique une part d'« élaboration » et une part d'« ordonnancement » du droit<sup>19</sup>. Certains auteurs indiquent que dans les matières civiles, cette dimension publique du rôle des cours d'appel primerait, limitant par le fait même l'action des cours d'appel à la correction d'erreurs

<sup>16</sup> Yves-Marie MORISSETTE, « Appellate Standards of Review Then and Now », (2017) 18 *J. App. Prac. & Process* 55, 64. Cette lecture est applicable au Québec, bien qu'elle doive être adaptée au contexte de son système de droit civil et à ses tribunaux judiciaires aux sources mixtes.

<sup>17</sup> S. LUSSIER, préc., note 14, par. 2-3.

<sup>18</sup> L'importance de cette dimension variera, par exemple, selon le contexte. Ainsi, en matière criminelle, pour éviter les condamnations erronées, lorsque des enjeux de droits et libertés de la personne importants sont en jeu, la dimension privée des fonctions des cours d'appel sera évidemment plus sollicitée qu'en matière civile, voir F. BACHAND, préc., note 6, 104.

<sup>19</sup> Y.-M. MORISSETTE, préc., note 2, par. 115. Il mentionne que les cours d'appel, principalement les cours intermédiaires, « façon[nent] des solutions jurisprudentielles susceptibles de trancher une difficulté réelle et jusqu'alors irrésolue » et « instaur[ent] ou préserv[ent] la cohérence du droit, notamment en éliminant ou en conciliant une jurisprudence contradictoire ».

« importantes »<sup>20</sup>. Quoi qu'il en soit, la notion d'erreur, telle qu'elle est construite en droit, semble s'éloigner considérablement du sens « catégorique et rétrospectif » du langage courant<sup>21</sup>.

Le système de justice disposant de ressources limitées, le traitement des erreurs dans le cadre d'un appel pose également une « problématique fondamentale »<sup>22</sup> d'équilibre entre le risque d'en faire trop et celui de ne pas en faire assez. En faire trop risquerait de vider de son sens le travail, très généralement bien fait, des tribunaux de première instance, alors que ne pas en faire assez pourrait nuire tant à la qualité des décisions rendues qu'au développement du droit en général<sup>23</sup>.

Le niveau d'interventionnisme des tribunaux d'appel oscille sur un spectre comportant différents piliers conceptuels qui sous-tendent l'équilibre de la procédure d'appel. À une extrémité du spectre, la déférence envers les tribunaux de première instance est un pilier préminent de l'appel selon la jurisprudence. Dans l'arrêt *Housen*, la Cour suprême du Canada a indiqué très clairement l'importance de la déférence en faisant état de « trois principes de base » qui sous-tendent ce pilier, à savoir la réduction du nombre, de la durée et du coût des appels; la favorisation de l'autonomie du procès et de son intégrité; et la reconnaissance de l'expertise du juge de première instance et de sa position avantageuse<sup>24</sup>. La Cour, dans *Housen*, tente donc d'extraire de ces principes l'essence de la tâche des cours d'appel :

<sup>20</sup> Voir notamment F. BACHAND, préc., note 6, 104 et 118, qui indique que le « volet correctif » visant à servir les intérêts des parties à un litige civil, soit ce que nous décrivons en l'espèce comme la dimension privée de la fonction des cours d'appel, serait secondaire.

<sup>21</sup> Y.-M. MORISSETTE, préc., note 2, par. 130.

<sup>22</sup> *Id.*, par. 63.

<sup>23</sup> *Id.* Le juge Morissette cite Friedman qui s'exprime ainsi : « The basic problem of review or appeal is how to avoid doing everything over again – which would be a tremendous waste – but at the same time make sure that lower-court mistakes are corrected. », voir Lawrence M. FRIEDMAN, *History of American Law*, 2<sup>e</sup> éd., New York, Simon & Schuster, 1985, p. 149.

<sup>24</sup> *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, par. 4 (ci-après l'« arrêt *Housen* »). Pour une explication étendue sur les raisons qui expliquent l'importance de la déférence envers les tribunaux de première instance, voir également *Canada v. South Yukon Forest Corporation*, 2012 CFA 165, par. 43, 44 et 46, tels que repris dans Y.-M. MORISSETTE, préc., note 16, 79.

Le rôle [des juges des cours d'appel] n'est pas de rédiger de meilleurs jugements, mais de contrôler les motifs à la lumière des arguments des parties et de la preuve pertinente, puis de confirmer la décision à moins que le juge de première instance n'ait commis une erreur manifeste ayant conduit à un résultat erroné.<sup>25</sup>

On perçoit ainsi une tendance vers la limitation de l'appel relativement aux questions discrétionnaires, et ainsi, l'acceptation du fait que, pour certaines questions, le juge de première instance peut emprunter différentes avenues sans être dans l'erreur<sup>26</sup>. À l'autre extrémité de ce spectre, des considérations liées à l'uniformisation et à la précision du droit constituent d'autres piliers qui appellent, pour leur part, un interventionnisme plus grand<sup>27</sup>. Entre les deux extrémités du spectre, la représentation du processus d'appel comme une expérience cathartique pour les parties ainsi que la recherche générale d'une justice de qualité constituent des considérations additionnelles qui peuvent faire varier l'interventionnisme en appel.

L'objectif d'atteindre l'équilibre entre ces différents piliers nourrit la réflexion que chaque juridiction doit conduire relativement à la conception institutionnelle de l'appel, réflexion qui, à notre sens, doit nécessairement évoluer à travers le temps. Cette entreprise exige de déterminer la nature des erreurs qu'on estime devoir être corrigées, l'ampleur de l'exercice, voire son opportunité. En effet, comme le mentionne l'auteur Daniel Jutras, la possibilité même de faire appel d'une décision ne constitue pas un « corollaire logique de l'action de juger », bien que l'appel « puisse être désirable, ou même politiquement nécessaire »<sup>28</sup>. Retenons donc que la construction d'une procédure d'appel, dans ce contexte, n'a que peu de limites, si ce n'est que le respect, lors de sa conduite, des garanties de l'équité procédurale.

<sup>25</sup> Arrêt *Housen*, par. 4.

<sup>26</sup> On voit cette tendance s'installer à travers plusieurs arrêts d'importance, voir notamment l'arrêt *Housen*.

<sup>27</sup> Ce qui est également reconnu dans l'arrêt *Housen*, préc., note 24, par. 8 et 9, où la Cour mentionne qu'« [a]u moins deux raisons justifient l'application de la norme de la décision correcte aux questions de droit. Premièrement, le principe de l'universalité impose aux cours d'appel le devoir de veiller à ce que les mêmes règles de droit soient appliquées dans des situations similaires. [...] Une deuxième raison, connexe, d'appliquer la norme de la décision correcte aux questions de droit tient au rôle qu'on reconnaît aux cours d'appel en matière de création du droit. »

<sup>28</sup> D. JUTRAS, préc., note 15, 62.

### C. Notion d'erreur comme clé de voûte du design institutionnel de l'appel

Quant à la conception institutionnelle de l'appel<sup>29</sup>, la matérialisation de ce spectre de l'interventionnisme nécessite des outils de contrôle de l'accès à l'appel. Ainsi, le juge Yves-Marie Morissette explique cet exercice de création procédurale en indiquant que l'appel « repose sur une série de compromis et de dosages normatifs au moyen desquels on tente de concilier ces deux objectifs en procédant à un filtrage des dossiers traités en appel »<sup>30</sup>. La permission d'en appeler ainsi que la procédure de rejet préliminaire d'un appel sont des exemples d'outils de filtrage qui réduisent le nombre de dossiers ayant accès à la tenue même d'un appel. Après que la partie s'estimant lésée a accédé à l'opportunité d'être entendue en appel, la norme d'intervention, ou norme de contrôle, est un outil aux fonctions analogues qui permet de limiter les questions sur lesquelles les tribunaux d'appel peuvent intervenir<sup>31</sup>. La notion d'erreur est centrale à la norme d'intervention et structure la procédure d'appel.

Historiquement, tant dans le monde anglo-saxon qu'en France, les procédures d'appel étaient dirigées à l'encontre du juge personnellement pour avoir rendu un jugement erroné<sup>32</sup>. Bien que les fonctions contemporaines de l'appel s'éloignent de la simple correction individuelle de décisions de première instance, l'esprit qui habite ce processus demeure marqué par ses origines. En effet, l'articulation de l'appel est orientée vers la recherche d'erreurs, ce qui transparaît clairement tant dans les procédures d'appel que dans les décisions rendues. À ce sujet, l'auteur Sylvain Lussier, désormais juge, décrit de manière imagée la structure de la procédure d'appel comme « le procès du jugement de première instance »<sup>33</sup>. Bien que cette perspective culpabilisante de la justice d'appel se soit substantiellement adoucie, l'appel demeure structuré non pas autour de la formulation d'un second avis, mais autour de la recherche d'une erreur à corriger dans le jugement de première instance.

<sup>29</sup> Voir sur le sujet, de manière générale, l'article de D. JUTRAS, *id.*, particulièrement la première partie.

<sup>30</sup> Y.-M. MORISSETTE, préc., note 2, par. 63.

<sup>31</sup> D. JUTRAS, préc., note 15, 66.

<sup>32</sup> Y.-M. MORISSETTE, préc., note 16, 57.

<sup>33</sup> S. LUSSIER, préc., note 14, par. 2-2.

Puisqu'il s'agit de la norme la plus complexe, et parce que c'est celle qui nous intéresse dans le cadre de cette réflexion, quelques précisions nous semblent nécessaires quant à l'erreur manifeste et déterminante, norme d'intervention applicable, selon l'arrêt *Housen*, aux questions de fait et aux questions mixtes de fait et de droit. En présence de l'une de ces questions, l'intervention en appel n'est possible qu'en présence d'une erreur manifeste et déterminante. L'erreur est *manifeste* si on peut la « montrer du doigt »<sup>34</sup>, puisqu'elle « tient, non pas de l'aiguille dans une botte de foin, mais de la poutre dans l'œil »<sup>35</sup>. Elle est *déterminante* lorsqu'elle ébranle l'ensemble du raisonnement de la décision. La présence de cette erreur doit faire tomber « l'arbre entier »<sup>36</sup>.

La souplesse de la notion d'erreur, à titre de norme d'intervention, constitue à la fois un atout et une faiblesse. On le constatera dans le cadre de notre analyse de l'arrêt *Résolu*.

## II. Chercher l'erreur

L'arrêt *Résolu*, rendu en décembre 2020, s'intéresse à l'interprétation d'une série de contrats passés dans le cours des affaires de PF Résolu Canada Inc. (ci-après « Résolu ») pour son approvisionnement en électricité, d'abord par la Compagnie d'électricité Gatineau (ci-après « Électricité Gatineau ») et, suivant la nationalisation de la distribution de l'électricité au Québec, par Hydro-Québec. Le litige oppose Hydro-Québec, qui réclame à Résolu le paiement de redevances imposées par le gouvernement québécois en surplus de ses tarifs d'électricité pour un montant de plus de trois millions de dollars<sup>37</sup>. Au cœur du litige, le principal enjeu est de déterminer s'il y a eu cession en faveur d'Hydro-Québec d'un contrat signé en 1926 par Électricité Gatineau, contrat comprenant une clause qui permettrait à Hydro-Québec

<sup>34</sup> *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, par. 70.

<sup>35</sup> *J.G. c. Nadeau*, 2016 QCCA 167, par. 77.

<sup>36</sup> *Id.*

<sup>37</sup> Il est à noter qu'à la suite de son refus de paiement, Résolu a procédé au paiement des sommes exigées sous protêt, et les parties se sont entendues pour que Résolu procède à titre de demanderesse dans le cadre d'une demande de jugement déclaratoire pour des raisons qui ne sont pas précisées. Le fardeau de preuve incombait néanmoins à Hydro-Québec, et ce, malgré un ordre inversé dans le déroulement du procès, ce qui pourrait avoir créé une certaine confusion dans le cadre des procédures; voir à ce sujet les commentaires en dissidence au paragraphe 214.

de réclamer lesdites redevances à Résolu. Il doit être noté que le droit entourant une telle cession de contrat n'était pas clairement établi préalablement à la décision.

Ces questions relatives au droit substantiel, quoique très intéressantes, ne nous occuperons pas dans la présente analyse, qui s'intéressera plutôt à l'existence d'une erreur et, par le fait même, à l'opportunité d'intervenir en appel. L'arrêt *Résolu* présente une opposition marquée entre les motifs de la majorité, rendus sous la plume du juge Nicholas Kasirer avec l'appui des juges Wagner, Abella, Moldaver, Karakatsanis, Brown et Martin, et ceux de la dissidence, rendus par la juge Suzanne Côté avec l'appui du juge Rowe. Cette opposition porte principalement sur l'existence éventuelle d'une erreur manifeste et déterminante, critère déterminant s'il est possible ou non de réformer la décision rendue en première instance. En soi, une telle opposition en appel n'est pas exceptionnelle. Toutefois, nous verrons que cette opposition a ceci de particulier qu'elle est d'abord sous-tendue par des différences importantes dans les méthodes choisies en majorité et en dissidence pour *chercher l'erreur*.

## A. Importance du cadre d'analyse pour la recherche de l'erreur dans l'arrêt *Résolu*

Il est nécessaire, pour commencer l'analyse, d'établir certains détails procéduraux dans l'objectif de comprendre les approches de la majorité et de la dissidence quant à la recherche d'une erreur manifeste et déterminante. L'arrêt *Résolu* pose l'épineuse situation de la question mixte de droit et de fait et de la norme d'intervention qui y est associée, l'erreur manifeste et déterminante<sup>38</sup>. Avant d'aborder la réflexion principale à ce sujet, il est nécessaire de résumer les principaux faits saillants de l'historique procédural de l'affaire *Résolu*. Rappelons que l'enjeu principal en appel<sup>39</sup> concerne l'interprétation d'une série de contrats conclus entre Résolu et Électricité Gatineau, et ensuite, Hydro-Québec. Il s'agit de déterminer si, à un moment ou à un autre, le contrat passé en 1926 – qui permettrait la réclamation des redevances – a été légalement cédé par Électricité Gatineau

<sup>38</sup> Il s'agit ici d'une question d'interprétation contractuelle, à laquelle s'applique cette norme d'intervention; voir à ce sujet l'arrêt *Résolu*, par. 49 à 56, appliquant l'arrêt *Uniprix inc. c. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*, 2017 CSC 43.

<sup>39</sup> D'autres questions sont posées par cet arrêt, mais comme elles ne font pas l'objet de la présente analyse, nous nous limiterons aux détails essentiels à la démonstration.

à Hydro-Québec, laquelle pourrait alors, en tant que partie au contrat, en invoquer les clauses.

Contrairement aux appels à la Cour d'appel du Québec et à la Cour suprême du Canada, l'importance de la question de la cession de contrat semble avoir été faible en première instance, surtout pour la partie qui en aurait bénéficié juridiquement, soit Hydro-Québec. Lors du procès, l'argument principal d'Hydro-Québec était qu'indépendamment de la réalisation d'une cession du contrat de 1926, elle n'avait pas à être partie à ce contrat pour l'invoquer, notamment en raison de son statut légal particulier de distributeur exclusif d'électricité dans la province. À titre d'argument subsidiaire, toutefois, elle aborde l'éventualité d'une cession du contrat de 1926. Pour étayer cet argument, elle relève trois *moments* où la cession de contrat aurait pu survenir. En réponse, Résolu plaide que, conformément au principe de l'effet relatif des contrats, le contrat de 1926 ne peut être invoqué par Hydro-Québec à moins qu'elle y soit partie, ce qui ne serait pas le cas puisqu'il n'y aurait pas eu cession de ce contrat. Pour étayer son argument, Résolu fait l'inventaire d'un ensemble de *moments* qui auraient pu occasionner une cession du contrat de 1926, et explique pourquoi aucune cession n'est survenue. À l'issue du débat, la juge de première instance, dans sa décision, indique que la preuve fournie par Hydro-Québec ne soutient pas l'existence d'une cession de contrat et que, pour cette raison, Hydro-Québec ne peut invoquer le contrat de 1926, auquel elle n'est pas partie<sup>40</sup>.

Hydro-Québec fait appel du jugement de première instance. Devant la Cour d'appel, le débat se transforme, et cet argument passe de secondaire à principal. Il est à noter qu'à cette occasion, Hydro-Québec plaide la survenance de la cession à un *moment* contractuel qu'elle n'avait pas plaidé en première instance, mais qui avait été mentionné par Résolu en contre-argument. La Cour d'appel accueille l'appel d'Hydro-Québec, et relève ainsi une « erreur révisable » commise par la juge de première instance, soulignant au passage la transformation dans la position d'Hydro-Québec :

Résolu prétend que la position d'Hydro-Québec en première instance diffère de celle en appel et qu'il y aurait même avoué qu'il n'y a pas de cession, ce que nie Hydro-Québec. D'une part, il ne peut y avoir d'aveu d'une partie sur la qualification juridique d'un contrat. D'autre part, Hydro-Québec présente

<sup>40</sup> *PF Résolu Canada inc. c. Gatineau Power Company/Compagnie d'électricité Gatineau*, 2016 QCCS 3862, par. 35 et suiv.



peut-être l'argument différemment, mais tous les faits nécessaires à soutenir l'argument de droit sont au dossier et la juge a traité de l'existence ou non d'une cession dans son jugement. [...] Nous concluons que la juge a commis une erreur révisable en décidant que le Contrat de 1926 n'avait pas été cédé à Hydro-Québec. La cession se trouve dans le Contrat de 1965.<sup>41</sup>

Ainsi, une question qui était subsidiaire en première instance est devenue centrale devant la Cour d'appel du Québec, créant un revirement de situation complet. L'histoire se répète devant la Cour suprême, cette fois l'appel étant à l'initiative de Résolu. La question de la cession du contrat de 1926 est, encore une fois, au cœur du débat. Alors que la dissidence est d'avis qu'il n'y a pas d'erreur manifeste et déterminante, la majorité pense tout autrement :

[J]e partage [le] point de vue [de la Cour d'appel] selon lequel l'entente de 1965 effectue une cession du contrat de 1926 et – ceci dit avec beaucoup d'égards – que la juge de première instance a commis une erreur manifeste et déterminante dans son interprétation de cette entente [...] Soit dit en tout respect, la facture du jugement porte à croire que l'ensemble du contrat de 1965 n'a pas été pris en compte.<sup>42</sup>

Bien que l'enjeu n'ait pas réellement été décortiqué ni par la Cour d'appel ni par la Cour suprême, l'affaire *Résolu* pose la question bien particulière du traitement en appel des questions subsidiaires<sup>43</sup>. Cet enjeu n'est pas anodin puisque la manière de traiter un argument dont l'importance relative change entre la première instance et l'appel peut, comme on a pu le voir, transformer complètement l'issue d'un litige. L'évaluation en appel des questions subsidiaires se distingue de l'enjeu de la réévaluation du poids de la preuve par les tribunaux d'appel, qui n'est généralement pas permise<sup>44</sup>, ainsi que de la possibilité d'introduire en appel des arguments

<sup>41</sup> *Hydro-Québec c. PF Résolu Canada inc.*, 2019 QCCA 30, par. 39 et 40.

<sup>42</sup> Arrêt *Résolu*, par. 57.

<sup>43</sup> Cette question, ainsi que celle du partage des rôles entre les acteurs de l'instance et celle du contrat judiciaire, sont abordées de façon plus détaillée dans l'article suivant : Arnaud TELLIER-MARCIL et Shana CHAFFAI-PARENT, « La cohabitation du contrat commercial et du contrat judiciaire : Analyse critique des aspects contractuels et procéduraux de l'affaire *Résolu c. Hydro-Québec* », texte révisé et accepté pour publication dans la *Revue du Barreau* (à paraître à l'automne 2021).

<sup>44</sup> L'arrêt *Housen* énonce qu'une cour d'appel « n'est pas habilitée à modifier une conclusion factuelle avec laquelle elle n'est pas d'accord, lorsque ce désaccord résulte d'une divergence d'opinion sur le poids à attribuer aux faits à la base de la conclusion », par. 23. Voir aussi *Nelson (City) c. Mowatt*, 2017 CSC 8, où il est mentionné qu'« il n'appartient

étayés à l'aide de nouveaux éléments de preuve, une possibilité également limitée par des conditions strictes<sup>45</sup>.

Le traitement par les tribunaux des questions subsidiaires pose des difficultés à la fois conceptuelles et pratiques. Pour la partie qui l'emploie, l'argument subsidiaire agit comme un dernier rempart. Cette manière d'utiliser un argument entre en conflit tant avec l'esprit qu'avec le déroulement de la procédure contradictoire, puisqu'elle implique d'accorder une importance moindre, voire superficielle, à un élément, ce qui est susceptible d'avoir une incidence sur l'évaluation de la prépondérance des probabilités<sup>46</sup>. Ce traitement limité pose, comme en l'espèce, un risque accru face à un éventuel appel. L'erreur, face à un argument subsidiaire, devient difficilement évitable.

Ce contexte bien particulier de l'arrêt *Résolu* offre la possibilité de réfléchir à la portée de la notion d'erreur. Est-ce que l'évaluation de l'erreur commise en première instance doit être effectuée en considération du contexte procédural du débat ou de manière absolue, hors de ce contexte? Comment le juge de première instance devrait-il traiter les arguments subsidiaires? Dans *Résolu*, on verra que la majorité et la dissidence ont envisagé ces interrogations très différemment, laissant entrevoir deux postures bien distinctes quant aux fonctions des tribunaux d'appel. Cette différence de traitement s'est manifestée principalement à travers la méthode adoptée pour chercher l'erreur.

## B. Étude des cadres d'analyse utilisés dans l'arrêt Résolu

### 1. Approche descendante de la majorité et dimension publique

À titre de méthode pour chercher l'erreur, la majorité a adopté une approche que nous qualifierons de *descendante* – désignation inspirée de l'expression bien connue *top-down* – en ce que le point de départ de l'analyse

---

pas aux cours d'appel de remettre en question le poids attribué aux différents éléments de preuve » simplement « sur la base d'une divergence d'opinions », par. 38.

<sup>45</sup> Art. 380 C.p.c. Voir les conditions initialement établies dans *Palmer c. R.*, (1980) 1 R.C.S. 759, reprises notamment dans *Ben Aïssa c. Groupe SNC-Lavalin inc.*, 2020 QCCA 735. Voir également *Droit de la famille – 2060*, 2020 QCCA 99, 2019 QCCA 912 et *FCA Canada inc. c. Garage Poirier & Poirier inc.*, 2019 QCCA 2213.

<sup>46</sup> Art. 2804 C.c.Q.

est l'enjeu juridique à traiter, et non pas les circonstances de la décision de première instance. Ainsi, la méthode est de l'ordre de la déduction plutôt que de l'induction. Il faut rappeler que l'arrêt *Résolu* aborde la cession de contrat, une question qui nécessitait alors un apport jurisprudentiel pour être clarifiée<sup>47</sup>. En effet, le droit entourant la cession de contrat présentait jusque-là deux conceptions concurrentes dans la doctrine, créant ainsi de l'incertitude dans son application.

Les motifs de la majorité sont articulés sous la forme d'un débat visant à déterminer laquelle des deux conceptions doit primer. Cette structure de réflexion est exposée explicitement. En effet, la majorité mentionne notamment que le débat constituerait le « thème récurrent » du litige dans ces mots : « [o]r, puisque le va-et-vient entre les deux conceptions de la cession de contrat a été un thème récurrent de ce litige, thèse qui se reflète également dans la doctrine et la jurisprudence, il me semble pertinent [...] »<sup>48</sup>; ainsi que dans ces mots : « [l]e désaccord entre les parties reflète un débat important qui a cours dans la doctrine [...] »<sup>49</sup>. Le cadre du débat est donc constitué d'abord comme un reflet du débat doctrinal, et non pas comme un exercice d'évaluation du fardeau de preuve d'Hydro-Québec à partir des positions des parties.

À l'issue de cet exercice d'analyse de l'enjeu juridique principal, la majorité en vient à la conclusion de l'existence d'une erreur manifeste et déterminante. La notion d'erreur, en l'espèce, participe donc à l'exploration d'un débat doctrinal dans l'objectif d'y mettre un terme. Il doit toutefois être rappelé que ce débat doctrinal, en première instance, sous-tendait un argument qui n'avait alors qu'un caractère subsidiaire et de faible importance. Plus particulièrement, en plaidoirie, Hydro-Québec a qualifié la cession de contrat d'argument « subsidiaire, subsidiaire, qui vient à la toute fin »<sup>50</sup> et a mentionné qu'il importait « peu » de déterminer si le contrat avait été cédé ou non<sup>51</sup>. Ainsi, bien qu'on puisse qualifier cet enjeu de « thème récurrent » du litige en appel, la faible importance de l'argument en première instance et la transformation du débat en appel ont peu con-

<sup>47</sup> Arrêt *Résolu*, par. 132.

<sup>48</sup> *Id.*, par. 123.

<sup>49</sup> *Id.*, par. 132.

<sup>50</sup> *Id.*, par. 214.

<sup>51</sup> *Id.*, par. 213.

tribué à la réflexion de la majorité, quoiqu'une discrète mention en a été faite<sup>52</sup>.

L'approche de la majorité sous-entend une conception large, voire holistique, de l'erreur, en ce sens qu'elle s'éloigne de son sens littéral pour s'inscrire dans une démarche plus globale. En application de cette approche, le repérage des écarts précis du décideur de première instance n'est pas essentiel; le fait de ne pas avoir atteint le résultat considéré comme adéquat est, en soi, constitutif de l'erreur. Cette approche permet une flexibilité accrue, l'erreur y étant un outil d'intervention qui s'adapte aux circonstances<sup>53</sup>. Ainsi, l'approche descendante sert bien la dimension publique des fonctions des tribunaux d'appel, sa souplesse permettant d'intervenir au besoin dans l'intérêt général de préciser le droit.

## 2. Approche ascendante de la dissidence et dimension privée

À l'opposé, la dissidence a adopté une approche que nous qualifierons d'*ascendante* – désignation inspirée de l'expression *bottom-up* – en ce que le débat y est structuré autour de l'expérience vécue par le décideur en première instance. Dans ses motifs, la dissidence effectue principalement une reconstitution du détail des circonstances procédurales de première instance. À l'inverse de celle de la majorité, la démarche est ici plus inductive que déductive. C'est donc en analysant la situation du point de vue de la juge de première instance qu'on a cherché à déterminer si celle-ci a commis une erreur manifeste et déterminante.

Les motifs expriment en termes précis la démarche qui a été effectuée par la dissidence: « [1]a réponse de notre Cour [...] dépend de l'application de la norme d'intervention appropriée à l'encontre de la décision de la juge de première instance, prise dans son contexte factuel et procédural »<sup>54</sup>. La recherche de l'erreur devrait donc être effectuée à travers l'histoire procédurale de la première instance: « [a]fin de déterminer si la juge [...] a

<sup>52</sup> *Id.*, par. 45.

<sup>53</sup> C'est le propre d'un critère qui fait appel à l'analogie ou à la fiction; voir Bérénice K. SCHRAMM, *La fiction juridique et le juge: Contribution à une autre herméneutique de la Cour internationale de justice*, coll. Jus Gentium, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 33.

<sup>54</sup> Arrêt *Résolu*, par. 202. Dans le même ordre d'idée, la dissidence, au paragraphe 181, mentionne également que « ce pourvoi requiert que notre Cour se penche sur le contrat judiciaire intervenu entre les parties à l'instance, afin de comprendre la nature du débat qui s'est déroulé devant la Cour supérieure ».

commis une erreur révisable [...], il importe de se pencher sur les arguments qui lui ont été soumis et la manière dont elle en a disposé»<sup>55</sup>.

À l'issue de cet exercice, la dissidence en vient à la conclusion, selon les « contours du débat »<sup>56</sup> intervenu en première instance, que la juge de première instance n'a pas commis d'erreur manifeste et déterminante. Le cadre exploré est principalement structuré autour des arguments juridiques des parties et de l'évaluation du fardeau de preuve. La dissidence reproche d'ailleurs à la Cour d'appel d'avoir évalué le dossier « sous un nouvel angle » et sans considération des circonstances de première instance, ce qui expliquerait pourquoi elle n'a pu établir qu'une « erreur révisable », et non une erreur qu'on peut qualifier de manifeste et déterminante<sup>57</sup>.

À l'inverse de celle de la majorité, l'approche ascendante de la dissidence est plutôt chirurgicale. La recherche de l'erreur y est précise et contextualisée. L'erreur n'existe que si elle peut être identifiée clairement à travers le processus décortiqué du juge de première instance. Elle prend donc vie à travers une enquête minutieuse qui rappelle la reconstitution des détails d'une scène de crime. Cette approche tend à prioriser la dimension privée de l'action des tribunaux d'appel. Tant l'intérêt des parties à recevoir une décision exempte d'erreur que leurs positions respectives dans le cadre du procès sont pris en compte à travers la démarche, puisque celle-ci s'élabore en fonction du litige tel qu'il a été présenté par les parties.

### C. Importance de la méthode dans la recherche de l'erreur

Cet exercice a mis en lumière certains effets que peuvent avoir deux approches distinctes sur la recherche de l'erreur dans le cadre de l'application de la norme d'intervention par les tribunaux d'appel. Il est singulier de constater que l'aspect strictement méthodologique de la norme d'intervention n'a été que peu abordé par les tribunaux et la littérature à la suite de l'arrêt *Housen*. Les écrits existants, et relativement abondants, se concentrent majoritairement sur les distinctions entre question de droit, question de fait et question mixte, ainsi que sur l'approfondissement des notions de simple erreur de droit et d'erreur manifeste et déterminante. Doit-on considérer qu'une description minutieuse de cette fameuse erreur

<sup>55</sup> *Id.*, par. 208.

<sup>56</sup> *Id.*, par. 210.

<sup>57</sup> *Id.*, par. 227 à 231.

sera suffisante pour arriver à correctement la déceler? À la lumière du précédent exercice, nous croyons qu'au contraire, la méthode pour chercher l'erreur est d'importance puisqu'elle peut avoir une incidence certaine tant sur les processus que sur les résultats.

## 1. Poids de l'erreur et approche descendante

Dans le cadre de l'approche descendante de la majorité, l'omission de considérer le contexte de la première instance a des effets significatifs. Dans sa description de l'erreur commise par la juge, la majorité indique qu'elle n'aurait vraisemblablement pas pris en compte le contrat à l'occasion duquel serait survenue la cession du contrat de 1926<sup>58</sup>. Il nous semble surprenant qu'une juge ait pu omettre de s'intéresser à un élément si crucial au litige, et qu'aucune indication n'ait été donnée quant à la preuve disponible relativement à cet élément. La majorité indique également que le dossier ne contient aucune preuve concomitante à la formation du contrat en cause<sup>59</sup>. Lorsqu'on examine la situation en tenant compte du contexte de la première instance – à savoir que la partie qui avait le fardeau de preuve n'avait que peu d'intérêt pour cet argument –, on peut imaginer qu'une portion minimale du débat a été consacrée à cet argument et qu'aucune partie n'avait un intérêt stratégique à déposer de la preuve à son égard.

Est-il réaliste d'exiger d'une juge de première instance qu'elle priorise un élément étiqueté comme subsidiaire alors que bon nombre d'autres questions sont traitées? Dans ce contexte, pour en arriver à une conclusion similaire à celle de la majorité, la juge de première instance aurait dû, à notre avis, passer outre la théorie de la cause d'Hydro-Québec et ainsi aller à l'encontre du principe de la maîtrise du dossier par les parties<sup>60</sup> de même que du rôle traditionnel du juge dans un système contradictoire<sup>61</sup>. La juge aurait alors adopté une attitude proactive dans la détermination des enjeux juridiques de l'affaire, attitude plutôt associée à la conduite des

<sup>58</sup> *Id.*, par. 57.

<sup>59</sup> *Id.*, par. 71.

<sup>60</sup> Art. 19 C.p.c. Il est à noter que bien que ce principe ait certaines limites, celles-ci sont déterminées par les notions de saine gestion et de bon déroulement des instances, notions qui ne sont pas soulevées en l'espèce.

<sup>61</sup> À ce sujet, voir notamment John A. JOLOWICZ, « Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure », (2003) 52-2 *I.C.L.Q.* 281; Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*, 6<sup>e</sup> éd. par Catherine PICHÉ, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2020, par. 13.

procédures en Europe continentale<sup>62</sup>. Au surplus, dans le contexte limité en ressources des tribunaux québécois de première instance, il nous semble impraticable d'exiger le traitement en profondeur d'éléments que les parties ont choisi de qualifier de subsidiaires. Alors que chaque précieuse minute de procès est savamment planifiée, il est difficile d'imaginer que la juge aurait pu exiger des parties qu'elles orientent le dossier vers un élément secondaire.

L'expression veut qu'il faille apprendre de nos erreurs. Toutefois, en l'espèce, le poids de l'erreur, sans l'éclairage du contexte, est lourd sur les épaules d'un juge de première instance qui voudrait l'éviter. On peut facilement imaginer l'étendue des pressions diverses qu'implique le risque de voir sa décision infirmée en appel pour un juge de première instance, bien que cela soit difficile à vérifier empiriquement<sup>63</sup>. De manière générale, la notion d'erreur constitue, comme corollaire de ce risque, un incitatif souhaitable à plus de minutie et de précaution. Or, l'affaire *Résolu* présente un portrait tout autre où l'approche choisie envoie un ensemble de signaux qui risquent d'être, volontairement ou non, transmis aux tribunaux de première instance quant aux ressources à investir dans le traitement des questions subsidiaires. Ainsi, pour ces raisons, l'erreur reprochée par la majorité à la juge de première instance nous semble avoir été inévitable.

## 2. Poids de l'erreur et approche ascendante

Dans le cas de l'approche ascendante de la dissidence, l'évaluation du contexte comporte aussi des conséquences qui doivent être notées. Protéger les principes directeurs ainsi que l'équité procédurale est, bien évidemment, un objectif louable. Toutefois, en l'espèce, l'ampleur de l'étude entreprise, ainsi que la quantité de ressources investies pour la seule application de la norme de contrôle, peuvent sembler démesurées. La lecture des motifs de la dissidence permet de constater que la seule reconstitution du contexte procédural a nécessité la mise en commun et l'étude des actes de procédure, de l'entente d'admissions, des transcriptions du procès ainsi que des plans de plaidoiries, ce qui n'est pas une mince tâche. Ce travail est

<sup>62</sup> Plutôt propre au modèle procédural que certains désignent comme le modèle inquisitoire – une désignation peu appropriée à notre avis. Voir à ce sujet Loïc CADIET, Jacques NORMAND et Soraya AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2020.

<sup>63</sup> D. JUTRAS, préc., note 15, 63.

d'abord orienté vers la recherche d'une erreur, et non pas vers le fond du dossier.

L'action de la dissidence s'en trouve tirillée par cette « tension » qui caractérise l'appel, à savoir « comment déterminer s'il y a dans un jugement une erreur méritant rectification, sans justement, refaire ce qui s'est fait en première instance ou, à tout le moins, revoir en détail et dans sa teneur même la contestation qui s'est déroulée au procès? »<sup>64</sup>. La profondeur de la démarche de la dissidence semble aller à l'encontre du consensus actuel sur la question de l'économie des ressources à déployer pour identifier l'erreur<sup>65</sup>. L'auteur Frédéric Bachand, désormais juge, avait ainsi décrit l'état de la jurisprudence quant à la quantité de ressources à investir dans la recherche d'une erreur manifeste et déterminante :

[L]a jurisprudence actuelle de la Cour semble suggérer qu'en matière civile, l'erreur manifeste et dominante devrait pouvoir être décelée, du moins en règle générale, au terme d'un examen sommaire des preuves versées au dossier, ce qui impliquerait que les cours d'appel devraient normalement refuser l'invitation d'un plaideur de procéder à un examen approfondi des preuves en s'interrogeant sur le caractère raisonnable des conclusions tirées en première instance.<sup>66</sup>

Paradoxalement, et à l'inverse de l'esprit de la notion d'erreur manifeste qui devrait être facilement décelable, il nous semble difficile, sans un tel exercice, d'être à même d'établir en quoi une erreur n'est pas manifeste. Cela constitue très certainement, sur le plan de l'application, une faiblesse de la norme de contrôle. Il n'est certainement pas souhaitable que l'application de la norme de contrôle s'apparente, à certains égards, à un appel *de novo*. Dans tous les cas, cette approche nous semble, réalistement, difficile à appliquer en pratique, surtout dans le contexte d'un plus fort volume de dossiers d'appel de second niveau<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> Y.-M. MORISSETTE, préc., note 2, par. 63.

<sup>65</sup> À cet égard, Daniel Jutras mentionne que les démarches entreprises pour repérer l'erreur peuvent être exagérées : « I am not certain that the question whether the standard of review is met can indeed be turned into a preliminary issue [...], but I remain perturbed by the fact that the ordinary resources of a court of appeal must be set in motion only to come to the conclusion, after a full airing of the issues, that the court's intervention is not warranted after all. », D. JUTRAS, préc., note 15, 77.

<sup>66</sup> F. BACHAND, préc., note 6, 106.

<sup>67</sup> Voir à ce sujet notamment Y.-M. MORISSETTE, préc., note 16.



### III. Se réconcilier avec l'erreur

#### A. Rapport entre le choix d'un cadre d'analyse et les fonctions de l'appel

L'affaire *Résolu* présente une situation exceptionnelle où l'erreur, si elle existe, est loin d'être claire et facile à cerner. Le juge Yves-Marie Morissette désigne ce genre de cas par le terme «acatalepsie», soit une «situation dans laquelle l'existence d'une erreur, au sens propre du terme, est pratiquement impossible à démontrer»<sup>68</sup>. Rares sont les litiges qui présentent un revirement de situation aussi radical entre la première instance et l'appel, et où les résultats sont en totale opposition en raison d'une question d'abord procédurale. La réflexion relative aux cadres d'analyse utilisés pour chercher l'erreur et ainsi appliquer la norme d'intervention dépasse toutefois les frontières de cette affaire.

L'étude de l'arrêt *Résolu* met en lumière la disparité des résultats obtenus en application de deux cadres d'analyse distincts. Ce constat mène instinctivement à tenter de déterminer quel serait le meilleur cadre d'analyse. Toutefois, comme nous l'avons vu, les deux cadres présentent chacun autant d'avantages qu'ils posent de difficultés. À notre avis, il est plutôt nécessaire de comprendre comment les différents cadres d'analyse, dans leurs nuances, peuvent s'harmoniser et appuyer les fonctions et les objectifs de l'appel.

Comme il a été mentionné plus tôt, la dimension publique du travail des tribunaux d'appel a été bien servie par l'approche de la majorité. Le travail de recherche de l'erreur a constitué la base d'une opération où les enjeux juridiques soulevés par l'affaire ont été clarifiés. Ainsi, par ce travail, l'environnement idéal à l'étude de l'enjeu juridique incertain de la cession de contrat a été composé. L'appel, dans un tel cadre, représente un lieu important de développement du droit au bénéfice de tous. À long terme, on peut penser que cette précision apportée au droit va profiter à d'autres, par exemple en permettant la prévention des litiges dès l'étape contrac-

<sup>68</sup> L'honorable Yves-Marie Morissette parle de ces cas comme d'une situation d'«acatalepsie», soit une «situation dans laquelle l'existence d'une erreur, au sens propre du terme, est pratiquement impossible à démontrer», Y.-M. MORISSETTE, préc., note 2, par. 131.

tuelle. L'influence d'une telle décision d'appel dépasse ainsi les confins du litige des parties, et même du système de justice.

On reconnaît toutefois à travers cette approche descendante une conception plus interventionniste de l'action des tribunaux d'appel qui détone par rapport à la nature privée du litige et à la tradition contradictoire. Rappelons que cette tradition est fondée sur l'idée que d'être responsable et en pleine maîtrise de son dossier renforce la confiance du justiciable dans l'autorité des tribunaux, en plus de faciliter l'acceptation de la manifestation de cette autorité à travers la décision judiciaire<sup>69</sup>. Au lendemain de l'entrée en vigueur d'un *Code de procédure civile* où le législateur énonce vouloir favoriser « la participation des personnes »<sup>70</sup>, il nous semble que cette approche risque de créer chez le justiciable un sentiment d'être déresponsabilisé quant au règlement de son litige<sup>71</sup>. Cette distance pourrait, du point de vue des parties, réduire l'aspect significatif et cathartique de la procédure d'appel.

Cela n'indique toutefois pas que l'approche de la majorité est moins adéquate que celle de la dissidence. L'ensemble des bénéfices généraux relatifs à la précision du droit n'aurait pu être atteint avec l'approche de la dissidence. À notre avis, l'approche ascendante axée sur le contexte constitue une barrière importante à l'intervention en appel doublée d'une entreprise lourde en termes de ressources. Le risque serait donc de transformer les tribunaux d'appel en instance d'application de la norme de contrôle, ce qui n'est guère souhaitable.

L'approche ascendante s'accorde toutefois davantage avec l'idée d'une justice plus participative, où le justiciable est investi dans le règlement de son problème, et ne l'abandonne pas au système de justice. Le principe de la maîtrise du dossier par les parties est le plus souvent invoqué dans les contextes où on cherche à s'assurer un contrôle accru à l'exclusion du tribunal, mais il comporte également en corollaire l'imputabilité quant aux

<sup>69</sup> Voir à ce sujet J.A. JOLOWICZ, préc., note 61. Voir aussi Mirjan R. DAMAŠKA, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven et Londres, Yale University Press, 1983.

<sup>70</sup> Disposition préliminaire du C.p.c.

<sup>71</sup> Voir à ce propos Pierre NOREAU, *Révolutionner la justice*, Montréal, Éditions Thémis, 2010 et Miville TREMBLAY, « Chapitre I: La justice participative », dans Jocelyne TREMBLAY (dir.), *La justice participative*, coll. Habilitéés, Montréal, Barreau du Québec et Éditions Yvon Blais, 2012.

erreurs commises en cours d'instance. Soulignons au passage que dans l'affaire *Résolu*, si erreur il y a eu, celle-ci serait, à notre avis, d'abord attribuable aux parties qui avaient la responsabilité de déterminer la teneur de leur argumentaire, y compris l'importance relative accordée aux arguments présentés. Les ressources judiciaires de l'appel sont précieuses et ne devraient pas être utilisées pour la simple correction d'erreurs stratégiques commises par une partie en première instance.

L'arrêt *Résolu*, par ses particularités procédurales, lève le voile sur une réalité généralement peu visible aux observateurs du système de justice, soit le dilemme posé lorsqu'une intervention en appel est nécessaire d'un point de vue général, mais peu justifiable du point de vue des parties. Face à une telle situation, deux approches différentes font chacune la promotion d'objectifs louables que nous aurions intérêt à réconcilier. Dans ce contexte contemporain et complexe de l'appel, la notion d'erreur est-elle toujours appropriée ou, faute de mieux, devrait-on plutôt s'en accommoder ?

## B. Caractère incertain, voire fictif, de l'erreur en appel

Comme plusieurs l'ont déjà indiqué<sup>72</sup>, le critère de l'erreur manifeste et déterminante et son corollaire, la question mixte de droit et de fait, présentent un caractère indéterminé qui rend l'application de la norme d'intervention de l'arrêt *Housen* difficilement prévisible, et ce, tant pour le justiciable profane que pour le juriste<sup>73</sup>. Un premier niveau d'indétermination est posé dès lors qu'on cherche à déceler, à travers les motifs d'une décision de première instance, une potentielle erreur. Un deuxième niveau d'indétermination prend forme lorsqu'on cherche à départager les questions de fait, les questions de droit et les questions mixtes. Un troisième niveau d'indétermination est franchi alors qu'il devient nécessaire de distinguer l'erreur de droit de l'erreur manifeste et déterminante. Il résulte de cette superposition de *couches* d'indétermination que le décideur peut rai-

<sup>72</sup> Ces critiques sont nombreuses. Donnons l'exemple de D. JUTRAS, préc., note 15, 73 et 74 et F. BACHAND, préc., note 6, 99. De manière plus générale, des critiques ont été formulées à l'égard de la distinction entre le fait et le droit dans le contexte judiciaire; voir Ronald J. ALLEN et Michael S. PARDO, « The Myth of the Law-Fact Distinction », (2002) 97-4 *N.W.U. L. Rev.* 1769.

<sup>73</sup> Frédéric Bachand souligne que les plaideurs sont généralement « laissés à eux-mêmes » face à la législation qui est muette, et la jurisprudence qui « ne semble pas toujours des plus cohérentes », F. BACHAND, préc., note 6, 99.

sonnablement justifier un large spectre de solutions dans l'application de la norme d'intervention.

Rappelons qu'aux fins de contrôle du débit des appels, le caractère incertain de ces notions qui nourrissent la mécanique de la norme d'intervention constitue tant un atout qu'une faiblesse. Dans l'intérêt général, l'indétermination, et la flexibilité qu'elle implique, permet aux tribunaux d'appel d'intervenir dès lors qu'un travail juridique d'importance doit être réalisé<sup>74</sup>. Cet avantage, toutefois, est miné par l'opacité du critère, qui risque de réduire la signification du processus d'appel aux yeux des justiciables qui y participent et qui l'alimentent de leurs litiges, et ce, à grands frais. Comme le mentionne à juste titre l'auteur Frédéric Bachand : « [I]es justiciables sont en droit de s'attendre à ce que le droit fournisse des réponses claires, cohérentes et prévisibles à une question aussi fondamentale que de savoir quelle norme de révision est applicable à un appel donné »<sup>75</sup>.

À cet égard, les auteurs américains Ronald J. Allen et Michael S. Pardo soutiennent que la distinction classique entre les faits et le droit complexifie le processus d'appel et serait d'abord, voire essentiellement, utilitaire, permettant la réalisation de « pragmatic allocative choices in the disguise of principled analysis »<sup>76</sup>. L'auteur américain Timothy Endicott, bien que ses idées se distinguent de celles d'Allen et Pardo, indique que la complexité de la distinction crée une brèche permettant aux tribunaux d'orienter leur action vers l'issue espérée<sup>77</sup>. Ces théories, à notre avis, sont tout aussi

<sup>74</sup> À ce sujet, voir D. JUTRAS, préc., note 15, 74. Il doit être mentionné que Daniel Jutras est d'avis qu'un critère plus spécifique n'est pas nécessairement une solution qui serait concluante pour diminuer l'usage stratégique de la norme de contrôle : « In the end, I remain convinced that none of this strategic use can be avoided or circumscribed by greater specificity of the concepts, more words, or more finely tuned categories ».

<sup>75</sup> F. BACHAND, préc., note 6, 118.

<sup>76</sup> À ce sujet, Ronald J. Allen et Michael S. Pardo indiquent que « [b]y relying on the law-fact distinction, appellate-review doctrine simply mirrors the problematic nature of the distinction itself »; voir R.J. ALLEN et M.S. PARDO, préc., note 72, 1785 et 1778. Leur argumentaire se fonde notamment sur l'idée que les notions de « droit » et de « fait » sont fictives, et n'ont pas réellement de nature ontologique distincte, une position à laquelle nous n'adhérons pas en totalité, notamment en raison des spécificités du système judiciaire américain. Pour une critique de la position d'Allen et Pardo du point de vue québécois, voir Y.-M. MORISSETTE, préc., note 2, par. 92.

<sup>77</sup> Timothy ENDICOTT, « Questions of Law », (1998) 114-2 *Law Q. Rev.* 292, 292, tel que cité par Y.-M. MORISSETTE, préc., note 2, par. 96.

instructives dans le cadre d'une réflexion sur la notion d'erreur<sup>78</sup>. Tant en application du raisonnement d'Allen et Pardo qu'en application de celui d'Endicott, on peut conclure que la norme d'intervention constitue un outil dont la représentativité de la réalité des processus judiciaires est variable et, dans certains cas, faible.

Cette interrogation est d'autant plus pertinente que la majorité des cas qui se rendent en appel sont ceux qui soulèvent des incertitudes<sup>79</sup>. Le juge Yves-Marie Morissette rappelle à cet égard que les cas d'erreurs « authentiques » sont rares et que les cas ambigus, de par leur spécificité, sont peu générateurs d'erreurs manifestes et dominantes<sup>80</sup>. Il est donc normal que les parties aient de la difficulté à déterminer la norme d'intervention applicable, ce qui tend à prolonger les débats sur des questions essentiellement procédurales<sup>81</sup>. S'ajoute à ces difficultés, que nous qualifierons de juridiques, l'obstacle conceptuel évoqué plus tôt de la validité d'une pluralité d'interprétations, rendant illusoire la poursuite d'une unique solution à chaque litige<sup>82</sup>.

La complexité de la notion d'erreur la situe dans une zone d'incertitude qui rend très certainement ardue son application uniforme au fil des dossiers. Tel que nous l'avons mentionné plus tôt, la jurisprudence contient certes des précisions quant à la teneur de l'erreur manifeste et déterminante, mais peu d'indications sont fournies en ce qui concerne la méthode à utiliser pour la trouver, bien que certaines orientations générales aient été données par les tribunaux<sup>83</sup>. C'est pourtant face à de telles zones d'in-

---

<sup>78</sup> Bien qu'elles ne soient pas en complète symbiose, les deux théories présentent des points d'intérêt qui convergent.

<sup>79</sup> Y.-M. MORISSETTE, préc., note 2, par. 125. Les cas « certains » seront le plus souvent tranchés sans problème en première instance sans besoin d'appel.

<sup>80</sup> *Id.*, par. 115 aux notes 131 et 190. Ajoutons qu'en matière de droit de la preuve, plusieurs soutiennent qu'une majorité de questions, peu importe leur qualification, sont au moins partiellement liées à l'analyse des faits d'une affaire, R.J. ALLEN et M.S. PARDO, préc., note 72, 1790.

<sup>81</sup> Sans parler des frais associés à un tel débat. Voir sur la question les commentaires de F. BACHAND, préc., note 6, 120.

<sup>82</sup> Y.-M. MORISSETTE, préc., note 2, par. 121. Voir également à ce sujet F. HOULE et C. PETERSON, préc., note 10, p. 65, tout particulièrement leur présentation de la théorie de la vérité par l'assertabilité garantie d'Hilary PUTNAM, *Reason Truth and History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981.

<sup>83</sup> Mentionnons par exemple l'arrêt *P.L. c. Benchetrit*, 2010 QCCA 1505, par. 24, qui indique aux parties qu'elles doivent diriger l'attention de la Cour vers un « point déter-

certitude que la constance procédurale prend toute son importance, constituant une assurance et un rempart pour le traitement équitable des justiciables.

### C. Pistes de réconciliation

L'ensemble de ces réflexions ouvre la voie à quelques commentaires finaux.

Plusieurs auteurs sont d'avis que la dimension publique de l'intervention des tribunaux d'appel, du moins dans les matières civiles, constitue le cœur de leur action, et ainsi, que la dimension privée est secondaire<sup>84</sup>. Cette position est fondée, à bon droit, sur les règles en vigueur relatives à la norme de contrôle, et s'inscrit dans l'esprit des décisions de principe applicables. Toutefois, nous croyons que l'entrée en vigueur du *Code de procédure civile*, réformé en 2016, appelle des réflexions nouvelles sur la place des justiciables dans la justice d'appel.

Les préoccupations et les codes de la justice de première instance sont complètement transformés dans les juridictions supérieures<sup>85</sup>. Bien qu'il s'agisse d'une réalité raisonnable et compréhensible du point de vue du juriste, le fossé entre la signification de la procédure d'appel et son déroulement peut sembler abyssal pour le justiciable. N'oublions pas que c'est ce justiciable, sa volonté de confier son litige aux bons soins de la justice

---

miné», et non pas l'inviter à «porter un regard panoramique». Aussi, l'arrêt *J.G. c. Nadeau*, préc., note 35, par. 76, qui indique que l'erreur manifeste doit être décelable «avec une grande économie de moyens, sans que la chose ne provoque un long débat de sémantique, et sans qu'il soit nécessaire de revoir des pans entiers d'une preuve documentaire ou testimoniale qui est partagée et contradictoire».

<sup>84</sup> Voir notamment D. JUTRAS, préc., note 15, 62. Les positions présentées dans ces textes, bien évidemment, sont nuancées à différents degrés. Citons également le juge Sylvain Lussier, dans S. LUSSIER, préc., note 14, par. 2-9, qui mentionne que la dimension privée occupe une part importante du travail de la Cour d'appel du Québec: «Dans un grand nombre de cas, seule la fonction de révision est présente. La Cour ne fait qu'appliquer une règle de droit bien établie aux faits qui lui sont présentés et qu'elle peut être appelée à jauger différemment du juge de première instance». On peut penser que cette proportion est tout autre devant la Cour suprême du Canada.

<sup>85</sup> Pensons notamment à l'indétermination de la norme de contrôle qui invite à faire un usage stratégique de celle-ci pour parvenir à convaincre un tribunal d'appel d'intervenir; voir à ce sujet D. JUTRAS, préc., note 15, 74. La spécialisation de certains avocats praticiens dans les subtilités de l'appel tend à appuyer l'existence de cette réalité.

étatique ainsi que ses ressources financières qui nourrissent la progression d'une affaire à travers les différentes étapes du système judiciaire. Sa confiance dans la justice en général, et dans le processus d'appel en particulier, est nécessaire pour assurer l'évolution harmonieuse des institutions judiciaires<sup>86</sup>. La dimension publique du travail des tribunaux d'appel contribue bien involontairement à cet écart entre la pratique judiciaire et la réalité des justiciables. La mission de préciser le droit et d'en assurer la cohérence, bien qu'elle soit fondamentale pour la société, n'a pas cette signification aux yeux du justiciable qui évolue individuellement dans le système de justice.

Il n'est pas simple, dans cette perspective, de réconcilier les dimensions publique et privée de l'appel. Le traitement d'une affaire par une cour d'appel strictement à l'intérieur de la dimension publique de ses fonctions risque de diminuer la signification que revêt l'appel, et plus largement la justice, aux yeux des justiciables impliqués. Pour les parties à un litige, l'appel revêt une dimension cathartique liée à leur dignité ainsi qu'à l'acceptabilité d'une décision négative qui nourrit la confiance et l'autorité des tribunaux dans la société<sup>87</sup>. À cet égard, rappelons les propos de Lon Fuller et Kenneth Winston qui mentionnaient que la participation est une caractéristique essentielle de l'adjudication :

[...] [T]he distinguishing characteristic of adjudication lies in the fact that it confers on the affected party a peculiar form of participation in the decision, that of presenting proof and reasoned arguments for a decision in his favor. Whatever heightens the significance of the participation lifts adjudication toward its optimum expression. Whatever destroys the meaning of that participation destroys the integrity of adjudication itself.<sup>88</sup>

Cette difficulté de réconciliation se répercute dans la norme d'intervention elle-même, notamment à travers la notion d'erreur. L'auteur Daniel Jutras a énoncé l'idée que l'usage de la même norme d'intervention devant

<sup>86</sup> Voir à ce sujet Jean-Guy BELLEY, « Une justice de la seconde modernité : proposition de principes généraux pour le prochain Code de procédure civile », (2001) 46-2 *R.D. McGill* 317 et Pierre NOREAU, « Réforme de la justice et théorie du changement », (2020) 54 *R.J.T.U.M.* 105.

<sup>87</sup> À ce sujet, voir Robert N.C. NIX, « The View from the Appellate Bench » dans *Appellate Advocacy*, Chicago, American Bar Association, 1981, tel que cité dans S. LUSSIER, préc., note 14, par. 2-6.

<sup>88</sup> Voir Lon L. FULLER et Kenneth I. WINSTON, « The Forms and Limits of Adjudication », (1978) 92-2 *Harv. L. Rev.* 353, 364.

les cours d'appel de niveau intermédiaire et la Cour suprême du Canada n'est pas optimal, en raison des différences marquées entre leurs fonctions<sup>89</sup>. De cette réflexion, nous retenons d'abord qu'il y aurait un lien direct entre la réalisation des fonctions de l'appel et la formulation du critère de la norme d'intervention. Dans le même ordre d'idée, à la lumière de l'analyse de l'arrêt *Résolu*, il peut être avancé qu'une norme d'intervention unique et conçue autour de la notion d'erreur serait plutôt adaptée à la réalisation de la dimension privée du travail d'appel, mais moins à sa dimension publique.

L'arrêt *Southam*, qui a précédé de quelques années l'arrêt *Housen*, donne une première piste de solution en proposant d'envisager la recherche d'une erreur – face à une question mixte de droit et de fait – en orientant la réflexion sur la portée de la décision analysée en appel :

À l'opposé, il arrive que les faits dans certaines affaires soient si particuliers, de fait qu'ils soient si uniques, que les décisions concernant la question de savoir s'ils satisfont aux critères juridiques n'ont pas une grande valeur comme précédents. Si une cour décidait que le fait d'avoir conduit à une certaine vitesse, sur une route donnée et dans des conditions particulières constituait de la négligence, sa décision aurait peu de valeur comme précédent. Bref, plus le niveau de généralité de la proposition contestée se rapproche de la particularité absolue, plus l'affaire prend le caractère d'une question d'application pure, et s'approche donc d'une question de droit et de fait parfaite. [...] <sup>90</sup>

Ainsi, dans l'arrêt *Southam*, la Cour suprême indique qu'en appel, la portée de l'erreur reprochée au juge de première instance, plutôt que sa seule nature, devrait être analysée à titre d'élément déterminant<sup>91</sup>. Si ce raisonnement demeure applicable suivant l'arrêt *Housen*, on doit en conclure qu'une décision dont la portée générale est faible devrait être traitée avec une plus grande déférence qu'une décision dont l'influence risque d'être importante, et ce, avec moins d'égard pour la nature, voire l'existence, d'une éventuelle erreur commise en première instance. Dans un même ordre d'idée, le juge Yves-Marie Morissette avance que l'erreur, à travers l'action créatrice de droit des cours d'appel, serait plus prospective

<sup>89</sup> D. JUTRAS, préc., note 15, 72.

<sup>90</sup> *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 37 (références omises).

<sup>91</sup> C'est l'avis exprimé par F. BACHAND, préc., note 6, 113. Il indique que l'arrêt *Housen* devrait être analysé à la lumière des propos tenus dans l'arrêt *Southam*.



que rétroactive; cette action viserait plutôt l'intégration harmonieuse des interprétations de règles ambiguës, et moins la correction d'applications erronées de règles clairement établies<sup>92</sup>. Ces réflexions renforcent l'idée selon laquelle le critère de l'erreur peut être inadéquat, tout en étant sensibles aux réalités des fonctions concurrentes de l'appel. On peut se demander si l'erreur, telle qu'elle est représentée dans la jurisprudence, s'éloigne tant du sens commun qu'elle appelle une remise en question de l'utilisation même de la notion.

Lorsque la dimension publique prime, comme dans l'arrêt *Résolu*, les tribunaux d'appel répondent à des questions et à des préoccupations différentes de celles qui avaient été posées par la première instance<sup>93</sup>. La recherche d'une erreur suffisamment importante pour justifier une intervention jugée nécessaire peut mener à une manipulation telle de la notion que son sens risque de s'effriter. La dimension publique du travail d'appel pourrait gagner à être réalisée en application d'un critère structuré autrement qu'à l'aide de la notion d'erreur, ou selon une notion d'erreur définie plus clairement et largement. Cette remise en question semble aussi à propos lorsqu'on considère les poids historique et procédural de l'erreur formulée comme un reproche au décideur de première instance, ce qui semble être peu représentatif de la réalité contemporaine de l'appel.

En parallèle, à défaut d'un critère spécifique à l'intervention des tribunaux d'appel à travers la dimension publique de leurs fonctions, la méthode de recherche de l'erreur pour l'application de la norme d'intervention aurait grand avantage à être précisée, et ce, dans un souci d'équité dans l'application des normes. Nous avons vu que l'usage de deux approches distinctes comportait, dans chaque cas, des avantages et des inconvénients, et qu'il répondait à des finalités tout à fait opposées. À cet égard, Hart énonçait à propos du pouvoir discrétionnaire des tribunaux face à l'indétermination du droit qu'il « concevait cette discrétion comme tout à fait compatible avec la primauté du droit pour autant que la méthode retenue en vue de résoudre cette indétermination permette rationnellement de distinguer la discrétion de l'arbitraire »<sup>94</sup>.

<sup>92</sup> Y.-M. MORISSETTE, préc., note 2, par. 147.

<sup>93</sup> Une idée à laquelle fait allusion brièvement D. JUTRAS, préc., note 15, 65.

<sup>94</sup> Voir Stéphane BERNATCHEZ, « Briser la loi du silence sur le silence de la loi : de l'interprétation sémantique à l'application pragmatique du droit », (2015) 56 *C. de D.* 233, 240, qui explique plus précisément certaines nuances quant à la position énoncée par

Une telle réflexion sur le sens de la notion d'erreur, ainsi que l'établissement d'une méthode plus systématique pour la recherche de l'erreur, pourraient contribuer, à notre avis, à aider la réconciliation des dimensions privée et publique de l'appel. Ultiment, cet arrimage amélioré entre les sens commun et juridique de la notion d'erreur aurait le bénéfice additionnel d'accentuer la signification de l'appel pour le justiciable, en accord avec l'esprit d'accessibilité et de participation du *Code de procédure civile*. À ce sujet, citons l'auteur Daniel Jutras qui résume bien la délicatesse de l'équilibre à atteindre entre les intérêts privés et publics dans le traitement des litiges en appel :

The design of interdependent trial and appellate courts necessarily involves a compromise between competing pragmatic and substantive aspirations: to correct mistakes, but also to achieve finality at a reasonable cost; to give justice to every litigant, but also to give each court a meaningful and distinctive role in relation to the parties' interests and the larger public interest.<sup>95</sup>

\*  
\*   \*   \*

L'erreur, plus qu'un mal à éviter, est souvent mise en perspective avec sagesse pour l'établir comme une fatalité, voire une source d'apprentissage. On dit que l'erreur est humaine et qu'il faut apprendre de ses erreurs. L'erreur, ainsi, accompagne le changement et constitue une occasion de corriger, de réformer. À ce titre, l'influence des tribunaux d'appel sur les droits québécois et canadien est indéniable. La qualité des juristes qui composent les bancs d'appel est telle que nous pouvons compter sur des esprits aiguisés qui assurent une uniformité et une cohérence de l'application du droit, particulièrement dans les matières où des incertitudes existent.

L'étude proposée relativement à la notion d'erreur est loin de constituer une finalité. Elle se veut plutôt une ouverture à la remise en question de la norme d'intervention, alors que celle-ci fait l'objet d'un nombre important de critiques. Elle propose surtout de revoir l'équilibre entre les dimensions privée et publique de l'intervention des tribunaux d'appel, pour que l'intérêt général soit poursuivi tout en considérant, particulièrement du point de vue de l'accessibilité des processus et de la participation

---

Hart dans Herbert L. A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976.

<sup>95</sup> *Id.*, p. 65.

des justiciables, l'intérêt des parties qui portent leur litige en appel. Cette réflexion a été effectuée avec pour toile de fond la réforme du *Code de procédure civile* et les objectifs annoncés à sa disposition préliminaire<sup>96</sup>.

Cette étude invite également à réfléchir à la notion d'erreur dans la perspective de l'évolution constante de l'institution de l'appel. Pour conclure, revenons aux propos du juge Yves-Marie Morissette, alors qu'il évoque la transformation de la charge des tribunaux d'appel canadiens dont les rôles sont de plus en plus occupés, pour ce qui est des matières civiles, par des litiges de masse, actions collectives et autres affaires posant de multiples questions complexes et où les arguments des parties sont soutenus par une preuve titanesque<sup>97</sup>. De par leur volume et leur nature, ces dossiers comportent un plus grand risque d'erreurs, révisables ou non. Il est par conséquent plus facile pour les parties impliquées et leurs procureurs de formuler une liste de motifs pour justifier l'appel en application de la norme de contrôle. Face à l'évolution des dossiers portés en appel et à un volume accru d'informations à traiter pour chaque affaire, les outils de filtrage pour l'accès à l'appel, dont la norme d'intervention, sont voués, dans tous les cas, à se transformer. Serait-ce là une occasion de repenser la justice d'appel en matière civile pour la rendre plus accessible, tout particulièrement aux individus? Nous l'espérons.

---

<sup>96</sup> Au sujet de cette réforme, il aurait été pertinent que le législateur y inclue des indications pour adapter les principes directeurs de la procédure civile aux réalités distinctes de l'appel. Ce n'est d'ailleurs pas la seule omission du législateur dans le cadre de cette réforme. Pensons également à l'absence de réflexion pour une réforme des règles de fond du droit de la preuve qui a plusieurs conséquences juridiques et pratiques dont l'auteur traitera dans *Déconstruire le principe de contradiction dans une instance civile réformée*, thèse de doctorat, à venir en 2022. Sur la possibilité ainsi que la manière d'établir une norme d'intervention alternative à celle de l'arrêt *Housen* par la voie législative, voir D. JUTRAS, préc., note 15, 73, qui cite notamment l'arrêt *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 R.C.S. 401 où la Cour suprême interprète une telle norme législative adoptée par la Saskatchewan.

<sup>97</sup> Y.-M. MORISSETTE, préc., note 16, 83 et 84.