

## Le droit civil au Canada Par Benoît Moore\*

*«Si tant est qu'il existe un «amour des lois»,  
le civiliste aime ce qui est sans âge, plutôt  
que ce qui est ancien». Daniel Jutras*

«Laboratoire de droit comparé». Visage moderne du droit civil. La présentation du droit civil québécois en quelques minutes relève plus de la gageure que du défi, tant son portrait doit être circonstancié et nuancé de même que les angles d'attaque, multiples, canalisés. Partant du thème général du congrès (Le face à face droit civil / common law) c'est autour de l'influence de la common law sur le droit civil québécois que porteront les courts propos qui suivent.

On retrouve dans la doctrine portant sur la nature du système juridique québécois et, par extension, canadien, différents vocables qui, pour certains, sont synonymes alors que, pour d'autres, sont porteurs de nuances diverses. Dans le contexte canadien, la common law s'applique uniformément en droit public et, à l'extérieur du Québec, en droit privé. On parle donc de mixité du droit canadien, du caractère hybride du droit canadien ou, encore, plus récemment, du bijuridisme canadien.

Au-delà du choix du terme, on relève plusieurs *sens* au phénomène. Ainsi parle-t-on de bijuridisme canadien comme signifiant tant la coexistence du droit civil et de la common law que pour illustrer l'influence réciproque entre ces deux systèmes<sup>1</sup>. Pour le professeur Tancelin, la mixité du droit québécois, se définit par une hybridation, un métissage des systèmes et s'illustre par l'origine des règles de droit de même que par l'organisation judiciaire, la hiérarchie des sources de droit et l'application de la règle du précédent<sup>2</sup>. Le professeur Morin, quant à lui, dans une très belle et récente étude, propose de distinguer la «coexistence» ou la «juxtaposition» des

---

\* Professeur, titulaire de la Chaire Jean-Louis Baudouin en droit civil, Faculté de droit, Université de Montréal. Le présent texte a été écrit dans le cadre d'une conférence, il en a gardé le style. L'auteur reprend ici, sous une forme modifiée, des propos publiés aux Éditions Thémis dans deux ouvrages collectifs : «Le système juridique canadien et le droit des affaires», dans Guy LEFEBVRE et Stéphane ROUSSEAU (dir), *Introduction au droit des affaires*, Montréal, Thémis, 2006, p. 1-27 ; «Le droit civil et ses codes : parcours à travers les Amériques – Rapport de synthèse», dans Jimena ANDINO DORATO, Jean-Frédéric MÉNARD et Lionel SMITH (dir), *Le droit civil et ses codes : parcours à travers les Amériques*, Montréal, Thémis, 2011, p. 187-212.

<sup>1</sup> Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, *Les solitudes du bijuridisme au Canada. Essai sur les rapports de pouvoir entre les traditions juridiques et la résilience des atavismes identitaires*, Montréal, Thémis, 2007, p. 17. Le professeur Gaudreault-Desbiens parle de bijuridisme structurel et de bijuridisme culturel. Il propose toutefois une distinction entre bijuridisme et mixité, cette dernière renvoyant à «un ordre juridique sur le territoire duquel aucune tradition ne se trouve jamais en situation monopolistique» (p. 10).

<sup>2</sup> Maurice TANCELIN, «Comment un droit peut-il être mixte ?» dans Frederic Parker Walton, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, traduit par Maurice TANCELIN, Toronto, Butterworth, 1980.

traditions, qui caractérise la mixité du droit québécois du métissage, par influence réciproque ou unilatérale d'un système sur l'autre, qui procède plutôt d'un phénomène d'hybridation du droit<sup>3</sup>.

Face à ce pluralisme terminologique, j'opterai pour la neutralité du terme mixité et lui donnerai un sens large réunissant en lui tant la coexistence, au Québec, du système de common law dans les domaines du droit public et du droit civil dans les matières de droit privé (I) que l'interpénétration de ces systèmes, laquelle donne au droit civil québécois une texture si particulière (II) .

## I. LA COEXISTENCE DES SYSTÈMES

La coexistence de la *common law* et du droit civil en droit québécois s'explique par l'histoire. Si cette coexistence oppose en principe le droit public au droit privé, des nuances se doivent toutefois d'être relevées.

*Origines historique de la coexistence des systèmes.* La colonisation initiale de ce qui allait devenir le Canada remonte à l'expédition française de Jacques Cartier de 1534. Au milieu du XVII<sup>e</sup> siècle (1664), Louis XIV adopte un Édît aux termes duquel le droit applicable sur l'ensemble de la colonie est la coutume de Paris, rédigée en 1580. Celle-ci, complétée par diverses autres sources demeure applicable tout au long du régime français. Si le droit est alors essentiellement similaire à celui de la France, il subit, avec le temps, des modifications, tant par la voie d'initiatives métropolitaines que par celle d'interventions des instances coloniales. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, la Nouvelle-France, telle qu'on l'appelle à l'époque, est conquise par la Grande-Bretagne et la capitulation est signée le 8 septembre 1760. Par cet acte, les colons habitant le territoire de la colonie deviennent sujets du Roi de Grande-Bretagne.

La première constitution sous le régime anglais est la Proclamation Royale de 1763. Cette constitution a pour effet de soumettre la colonie à l'administration anglaise et signifie en tout logique un changement de droit applicable. La Proclamation impose donc l'application du droit anglais tant en ce qui concerne le droit public que le droit privé. On vise par là, entre autres choses, à encourager le peuplement du territoire par des colons anglais.

---

<sup>3</sup> Michel MORIN, «Dualisme. Mixité et métissage juridique : Québec, Hong Kong, Macao, Afrique du Sud et Israël», (2012) 57 *McGill L.J.* 645, 650.

Mais cette réalité juridique n'écarte pas le fait que la population est majoritairement composée de colons français qui, non seulement ne connaissent pas le droit anglais, mais ne sont pas en mesure de le comprendre. Ceux-ci protestent donc contre l'introduction du droit anglais dans les rapports privés et demandent au Roi le rétablissement du droit canadien –c'est-à-dire celui qui était applicable sous le régime français.

Ces protestations, jointes à la faible immigration britannique ainsi qu'à des considérations stratégiques, amènent la Grande-Bretagne, par l'Acte de Québec de 1774, à remettre en vigueur le droit qui était applicable sous le régime français pour tout ce qui concerne la propriété et les droits civils sous réserve de quelques exceptions (par exemple la liberté illimitée de tester). Le droit public anglais (incluant le droit criminel) continue toutefois de s'appliquer. C'est donc l'Acte de Québec qui explique, encore aujourd'hui, la coexistence au Québec de la *common law* –pour le droit public et criminel– et du droit civil –pour le droit privé.

Après l'Acte de Québec, deux autres actes constitutionnels vont mener au système fédéral actuel. En 1791 on sépare le territoire de ce qui était alors appelé la « Province of Québec » en deux parties distinctes. La première, nommée le Haut-Canada, est majoritairement anglaise alors que la seconde, appelée le Bas-Canada, est majoritairement peuplée de canadiens français. Une des premières mesures adoptées par le Haut-Canada est le rétablissement du droit privé anglais alors que le Bas-Canada conserve naturellement le droit canadien. C'est donc cette constitution de 1791 qui explique, encore aujourd'hui, la dualité du droit privé applicable au Canada : le droit civil au Québec et la *common law* dans le reste du pays. On adopte ensuite, en 1840, l'Acte d'Union réunissant les Haut et Bas-Canada. L'ensemble des lois devant maintenant être adoptée par un même Parlement, cette union aurait pu provoquer l'unification du droit privé sur l'ensemble du territoire, mais il n'en fût rien, le Parlement Uni adoptant, en ce domaine, des lois distinctes pour chacune des anciennes régions qu'étaient le Bas et le Haut-Canada. Cette nouvelle réforme préfigurait celle à venir.

Le 1<sup>er</sup> juillet 1867, le Bas-Canada (qui devient par ce fait la province du Québec), le Haut-Canada (qui devient la province de l'Ontario) ainsi que le Nouveau-Brunswick et la Nouvelle-Écosse, signent l'Acte de l'Amérique du Nord britannique (A.A.N.B.)<sup>4</sup>. Ce pacte constitutionnel

---

<sup>4</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3. Aujourd'hui le Canada est formé de 10 provinces (se sont ajoutées aux provinces originelles : le Manitoba (1870), l'Île-du-Prince-Édouard (1873), la Colombie-Britannique (1871), l'Alberta (1905), la Saskatchewan (1905) puis Terre-Neuve (1949)) ainsi que trois Territoires (Yukon, Territoire du Nord Ouest, Nunavut).

prévoit, entre autres choses, le partage des compétences législatives entre les législatures provinciales et le Parlement fédéral. Ce dernier, aux termes de l'article 91, en plus de recevoir plusieurs compétences particulières –par exemple en matière de droit criminel– reçoit la compétence résiduaire, c'est-à-dire celle portant sur toute matière qui n'est pas expressément déléguée aux provinces. Ces dernières sont limitativement prévues à l'article 92, la plus importante étant celle concernant le droit privé et de propriété (92(13)). Cette compétence permet donc au Québec de maintenir son code et consacre la coexistence des deux systèmes tant en droit québécois, par le diptyque droit privé/droit public, qu'en droit canadien, par l'opposition entre droit privé québécois et le droit privé des autres provinces. L'hermétisme de cette coexistence doit toutefois être nuancé d'une double manière.

*Droit privé fédéral.* D'abord il est nécessaire de soulever l'existence d'un droit privé fédéral. En effet si le pacte constitutionnel de 1867 reconnaît en principe aux provinces la compétence sur le droit privé, il crée plusieurs exceptions. Ainsi le fédéral reçoit la compétence sur la « réglementation du trafic et du commerce » (91(2)), le droit maritime (91(10)) les « banques » (91(15)), « l'intérêt de l'argent » (91(19)), les « lettres de change et billets promissoires » (91(18)), la « banqueroute et la faillite (91(21)) » ou « le mariage et le divorce » (91(26)). Ces matières ont été dévolues au législateur fédéral essentiellement afin de garantir une uniformité de la réglementation pour l'ensemble du pays. Ces compétences fédérales auront évidemment un impact non négligeable sur le droit privé<sup>5</sup>.

D'abord elles provoquent une perte partielle de l'autonomie des provinces. Ainsi, une province qui voudrait aménager différemment les règles de faillite, afin de permettre plus facilement la libération d'un consommateur surendetté ne peut le faire, cette question relevant du législateur fédéral. Mais, plus encore, ce droit privé fédéral pose la question de l'interaction entre celui-ci et les deux systèmes de droit privé coexistant au pays. Cette question pose alors un double défi. Celui, d'abord, de la rédaction législative, laquelle devra être compréhensible dans les deux systèmes de droit et les deux langues officielles puis, ensuite, l'interaction entre le droit légiféré et le droit commun. Sur ce dernier aspect, lorsque le législateur fédéral intervient dans le cadre d'une de ses compétences de droit privé il ne le fait pas en vase clos et sa législation doit reposer sur le droit privé applicable à la fois comme droit supplétif et comme droit commun, compris comme l'ensemble des principes, des notions ou des institutions formant l'armature du

---

<sup>5</sup> Sur cette question en général, voir : Daniel JUTRAS, «Cartographie de la mixité : la common law et la complétude du droit civil au Québec», (2009) 88 *R. du B. can* 246, 252.

droit privé. À titre d'exemple, lorsque la loi sur la faillite recourt au droit des sûretés, à celui des nullités du contrat ou encore aux règles techniques de la compensation, elle le fait par référence aux règles existantes. Quelles doivent être ces règles ? Les mêmes pour toutes les provinces, créant ainsi un véritable droit privé fédéral ou celui de la province dans laquelle le problème intervient ? On voit la difficulté de la question. Si la première solution permet d'atteindre l'uniformité du droit privé fédéral elle risque, à terme, de participer à une expansion de la common law aux dépens du droit civil au Québec. À l'inverse, si la seconde solution permet de protéger la coexistence des systèmes, elle peut empêcher une parfaite uniformité, mettant ainsi une pression supplémentaire sur la technique législative fédérale.

Sur ce point une transformation importante a eu lieu. Si longtemps le recours au droit privé comme droit commun, procédait par l'application de la *common law*, au profit de l'uniformité du droit privé fédéral<sup>6</sup>, il en va différemment aujourd'hui. À la suite de l'adoption du *Code civil du Québec* le législateur fédéral a mis sur pied un vaste programme d'harmonisation de ses lois avec le nouveau Code. Différentes lois d'harmonisation ont été adoptées. La première de celle-ci a ajouté les articles 8.1 et 8.2 à la *Loi d'interprétation*<sup>7</sup> lesquels prévoient que le droit civil et la common law ont pareil autorité et que lorsqu'il est nécessaire de recourir aux règles de droit privé ont doit, sauf exception, référer aux règles applicables dans la province impliquée de même que référer aux notions, institutions et principes de ce système. Si le juriste québécois se doit évidemment de se réjouir d'une telle reconnaissance du bijuridisme canadien, la portée réelle de celle-ci demeure à mesurer<sup>8</sup>. Il reste que le droit civil, et notamment le Code civil du Québec, retrouve ainsi sa nature de «droit commun utilitaire» en matière de droit privé fédéral<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Aline GRENON, «Le bijuridisme canadien à la croisée des chemins ? Réflexion sur l'incidence de l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation*», (2011) 56 *McGill L.J.* 777, 778.

<sup>7</sup> *Loi d'interprétation*, LRC 1985, c. I-21, art. 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.

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.

<sup>8</sup> Pour une étude de la jurisprudence de la Cour suprême sur les articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation*, voir : Aline GRENON, «Le bijuridisme canadien à la croisée des chemins ? Réflexion sur l'incidence de l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation*», (2011) 56 *McGill L.J.* 777. L'auteure pose un constat mitigé sur la jurisprudence de la Cour suprême. Si elle ne peine aucunement à appliquer le principe de ces dispositions lorsque l'interaction impliquée est celle entre le droit privé fédéral et la common law, et si elle l'a également déjà fait en matière de droit civil (notamment en matière de faillite et les règles de compensation : *DIMS construction (Syndic de) c. Québec*, 2005 CSC 52), elle semble s'en éloigner dans certains autres cas impliquant le droit civil.

<sup>9</sup> Voir France ALLARD, «La disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, l'idée de droit commun et le rôle du code en droit fédéral», (2009) 88 *R. du B. can* 275, 297 (l'auteure emprunte l'expression au professeur Jean-Maurice BRISSON, «Le Code civil, droit commun ?», dans *Le nouveau Code civil : interprétation et application – Journées*

*Porosité de la distinction droit privé et droit public.* La coexistence structurelle reposant sur la distinction droit privé / droit public se doit aussi d'être relativisée par l'étendue normative qui est conférée au Code civil à titre de droit commun. La disposition préliminaire, à son deuxième alinéa, pose que le Code civil établit « [...] en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun » et qu'il constitue, en toute matière auxquelles il se rapporte, « le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger ». Comme on l'a fait remarquer, l'apparition de l'expression *droit commun* dans le texte de la disposition est tardive et a remplacé celle de *droit privé*. Ce changement n'est pas que stylistique ; il implique que le Code ne contient pas que le droit privé, mais le droit commun, pouvant aussi inclure des règles de droit public, donnant ainsi « [...] la plus grande extension possible au champ opérationnel, tant conceptuel que normatif, du Code civil [...] »<sup>10</sup>. Cet aspect de la disposition préliminaire est relayé par l'article 1376 C.c.Q. qui, en matière d'obligations, prévoit que «[l]es règles du présent livre s'appliquent à l'État, ainsi qu'à ses organismes et à toute autre personne morale de droit public, sous réserve des autres règles de droit qui leur sont applicables». C'est ainsi que, sauf exceptions –certes nombreuses- la puissance publique est soumise aux règles du Code civil et celles-ci seront appliquées par les instances judiciaires de droit commun, deux caractéristiques qui distinguent de manière importante le droit québécois du droit français<sup>11</sup>.

## II. L'INTERPÉNÉTRATION DES SYSTÈMES

La mixité du droit civil québécois repose aussi sur le visage métissé de celui-ci où l'influence de la *common law* se fait sentir. Ce métissage unique s'explique, certes, par l'histoire qui, nous l'avons vu, a permis aux deux traditions de se succéder, de même qu'à des facteurs économique et géographique, le droit civil québécois étant, avec la Louisiane, le seul système de droit civil au nord du Mexique.

Mais plus encore, ce métissage est un effet direct de la coexistence des deux systèmes laquelle joue sur l'inconscient collectif du juriste québécois et participe à créer une sorte de mixité sociologique ou, pour reprendre l'expression du professeur Gaudreault-Desbiens, de mixité (ou bijuridisme) culturelle. Dès ses premiers contacts avec le droit le juriste québécois est, même

---

Maximilien Caron 1993, Montréal, Thémis, 1993, p. 293, à la page 301). Cette idée entend reconnaître, comme le fait l'article 8.2 de la *Loi d'interprétation*, au droit civil québécois un rôle de vivier des notions, institutions, nécessaires à l'application du droit fédéral, tout en concédant qu'il «[...] ne sert ni de base conceptuelle, ni de base philosophique du droit fédéral ; il n'établit ni le système juridique, ni la méthode d'interprétation du droit fédéral ; il ne représente ni l'ordre, ni l'unité, ni la rationalité du système de règles applicables» (p. 297).

<sup>10</sup> Alain-François BISSON, «La disposition préliminaire du *Code civil du Québec*» (1999) *R. D. McGill* 539, 552.

<sup>11</sup> Voir : *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663 ; *Finney c. Barreau du Québec*, [2004] 2 R.C.S. 17.

sans le savoir, un comparatiste. Pour lui il est normal de naviguer dans la culture de *common law* tout autant que dans celle de droit civil. Le juriste québécois, a-t-on pu dire, est schizophrène. Ce bilinguisme juridique permet une ouverture spontanée et sincère au droit comparé et aux inspirations étrangères, donnant une mixité à la substance même de notre droit civil, mais aussi à son ordonnancement, en reconnaissant à la source jurisprudentielle un statut unique pour un système de droit civil.

*Mixité substantielle.* J'entends par mixité substantielle l'influence qu'exerce la *common law* sur le *contenu* même du droit civil –l'inverse étant beaucoup moins manifeste<sup>12</sup>. La mixité substantielle québécoise est polymorphique. Elle est ancienne comme contemporaine ; elle est l'œuvre du législateur comme des tribunaux par l'interprétation des textes ou encore l'utilisation de principes ou notions appartenant à l'autre système. Cette réalité du droit civil québécois est trop connue pour en discuter longuement, je me limiterai à certaines illustrations, représentatives de ces diverses formes d'influences.

D'abord sur un plan législatif, certains emprunts à la *common law* sont historiques. C'est le cas, par exemple, de la liberté illimitée de tester qui, chère aux colons britanniques, avait été maintenue lors de la réintroduction du droit canadien par l'Acte de Québec. Contrairement à la tradition civiliste, le droit québécois ne prévoit donc pas de réserve successorale en faveur ni des enfants, ni du conjoint. Ce principe demeure aujourd'hui - sous réserve des règles de la survie de l'obligation alimentaire- et est perçu comme une partie intégrante de la culture juridique –et sociale- québécoise<sup>13</sup>.

Cet exemple illustre qu'une notion étrangère à une tradition juridique peut s'y greffée au point d'en faire oublier son origine. Le respect de la technique civiliste et l'intégration dans le *corpus* cohérent que forme le Code civil peuvent suffire à terme pour faire de cette notion une notion civiliste. La *valeur* qu'elle véhicule ne peut être rattachée au seul système auquel elle appartient. S'il peut être vrai que les systèmes de droit civil laissent, tout autant qu'à la donnée économique, une grande place aux données morale, familiale et sociale<sup>14</sup>, et qu'en ce sens le

---

<sup>12</sup> Pour Jean-Louis Baudouin l'influence du droit civil sur la *common law* est nulle : Jean-Louis BAUDOIN, « Quel avenir pour le *Code civil du Québec* ? », (2009) 88 *R. du B. Can*, 499, p. 503. Le juge Lebel de la Cour suprême propose toutefois certaines illustrations où, selon lui, le droit civil québécois a eu une influence sur la *common law*, notamment en matière d'enrichissement injustifié : Louis LEBEL et Pierre-Louis LE SAUNIER, « L'interaction du droit civil et de la *common law* à la Cour suprême », (2006) 47 *C. de D.* 179, 206 et suiv. Les auteurs parlent de « dialogue des traditions ».

<sup>13</sup> Michel MORIN, « Dualisme. Mixité et métissage juridique : Québec, Hong Kong, Macao, Afrique du Sud et Israël », (2012) 57 *McGill L.J.* 645, 653

<sup>14</sup> Michel GRIMALDI, « Le droit continental face à la mondialisation », dans *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Paris, Litec, p. 294, à la page 303.

système de droit peut, par sa tradition et sa culture, influencer, dans son rôle prophylactique, les valeurs d'une société, on ne peut réduire l'appartenance d'une règle à la seule valeur qu'elle véhicule. Ces valeurs sont de toute manière relatives. Pour preuve si la réserve successorale, propre aux traditions civilistes, participe d'une solidarité familiale, par opposition à la liberté de tester, qui repose sur la protection de l'autonomie individuelle et du droit de propriété, on voit actuellement dans la question de la protection économique des conjoints de fait en droit canadien, une opposition où les forces sont exactement inversées.

Le Québec, contrairement aux autres provinces canadiennes, ne crée aucun effet économique entre les conjoints de fait, non pas (ou plus) dans le but de protéger ou privilégier le mariage, mais dans celui de respecter l'autonomie individuelle des conjoints de convenir des effets économiques de leur union. À l'inverse, les provinces canadiennes de common law prévoient un support alimentaire entre les conjoints de fait et, pour certaines d'entre elles, un partage des biens, imprégnant au droit familial une conception fonctionnaliste et solidariste de la conjugalité. Or, tout au long de ce débat, non seulement a-t-on invoqué le respect de la compétence législative du Québec d'opter pour une solution différente de celles des autres provinces, mais a-t-on également soulevé le respect de l'intégrité de la tradition civiliste québécoise, de sa cohérence et de ses valeurs. Or ces valeurs de solidarité, de liens moraux et familiaux, au centre du débat, sont pourtant celles que l'on rattache plus facilement à la tradition de droit civil qu'à celle de *common law*. On voit bien en fait que les valeurs véhiculées par un système sont relatives et obéissent à des facteurs bien plus complexes qu'à la seule tradition juridique. Le succès des importations tient donc plus de la raison qui les ont motivés et de la qualité légistique de leur introduction au droit québécois que du seul fait de leur extranéité.

Rappelons le cas de l'article 1056 C.c.B.C. Cet article introduisait dans le Code une loi anglaise (le *Lord Campbell's Act*) et limitait à un an le recours en responsabilité civile du conjoint, des ascendants et des descendants suite au décès de la victime. Si cette loi, dans un contexte de la *common law*, avait pour objet de reconnaître un nouveau recours, elle avait dans un contexte de droit civil, pour effet de limiter le recours général en responsabilité civile ouvert à toute victime. Cette disposition s'adaptait donc mal avec l'esprit abstrait du système de responsabilité civile en droit civil et a eu pour effet, par le recours à la jurisprudence anglaise, de refuser aux proches de la victime toute compensation pour préjudice moral découlant du décès<sup>15</sup>. Il a fallu attendre un

---

<sup>15</sup> Voir : Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 7<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 2007, no 1-512, p. 508.

arrêt de la Cour suprême en 1996 afin d'écartier cette jurisprudence<sup>16</sup> de même que la réforme du Code civil qui n'a pas repris l'article 1056 C.c.B.C.

Si l'influence de la jurisprudence de common law s'explique ici par la source de la mesure législative, on remarque d'autres exemples d'influence jurisprudentielle, celles-là indépendantes de toute disposition législative, notamment en matière de responsabilité civile, domaine particulièrement perméable à l'influence de la common law. C'est ainsi que les tribunaux réfèrent encore aujourd'hui à la notion de piège, concept étranger à la tradition civiliste qui devrait se suffire de celle de faute d'entretien ou de sécurité<sup>17</sup>, de même qu'elle applique, de manière généralisée le plafond d'indemnisation du préjudice moral en cas d'atteinte à l'intégrité corporelle, développées par la Cour suprême dans l'affaire *Andrews*<sup>18</sup>.

Une autre illustration d'importation législative peu réussie se trouve en matière de lésion. Sur cette question le droit québécois avait retenu en 1866 un principe analogue au droit français selon lequel la lésion ne peut pas en principe être invoquée entre majeurs<sup>19</sup>. Contrairement toutefois au droit français aucune exception n'existait dans le Code de 1866 et ce n'est, essentiellement, qu'en 1964 à l'article 1040 c) C.c.B.C.<sup>20</sup> puis dans la loi sur la protection du consommateur à l'article 8, que le législateur semble avoir voulu en créer<sup>21</sup>. Je dis *semble* car, et il est intéressant de le noter, le terme lésion ne se retrouve pas dans le texte de ces dispositions. En fait le texte de l'article 1040 c) est emprunté à des lois des provinces anglo-saxonnes portant sur «l'unconscionability» dans les contrats de crédit de même qu'à l'article 2-302 de l' *Uniform code of commerce* américain lequel, depuis 1952, donne le pouvoir aux tribunaux de sanctionner une clause ou un contrat jugé abusif. La version anglaise de l'article

---

<sup>16</sup> *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268.

<sup>17</sup> *Rubis c. Gray Rocks Inn Ltd.*, [1982] 1 R.C.S. 452. Il est intéressant de noter que dans cet arrêt le juge Beetz – civiliste – retient la notion de piège «non pas comme une catégorie juridique mais comme une des innombrables situations de fait dont la présence est parfois susceptible d'être imputable à la faute du maître des lieux, à son fait ou à sa négligence et d'engager sa responsabilité [...] C'est pourquoi l'on voit souvent les tribunaux du Québec se demander si une situation donnée équivaut à un piège afin de décider si le maître des lieux a commis une faute en tolérant cette situation» (p. 466) alors que le juge Estey – juge de common law – est d'avis que l'on ne devrait pas recourir aux concepts de common law – comme la notion de piège – afin d'interpréter les règles de responsabilité civile du Code.

<sup>18</sup> *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229. Le plafond est toutefois critiqué : Jean-Louis BAUDOIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 7<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 2007, no 1- 479.

<sup>19</sup> Art. 1012 C.c.B.C. et 1405 C.c.Q.

<sup>20</sup> L'alinéa 1<sup>er</sup> de cet article prévoyait : «Les obligations monétaires découlant d'un prêt d'argent sont réductibles ou annulables par le tribunal dans la mesure où il juge, eu égard au risque et à toutes les circonstances, qu'elles rendent le coût du prêt excessif et l'opération abusive et exorbitante».

<sup>21</sup> Il y en a d'autres aujourd'hui en matière familiale et en matière de prêt d'argent même lorsque le contrat n'en est pas un de consommation (art. 2332 C.c.Q.).

1040 (c) est d'ailleurs identique à ces dispositions<sup>22</sup>. Plus encore on a soutenu, en doctrine, que le législateur québécois aurait voulu, tant par l'article 1040 (c) que plus tard par l'article 8 L.p.c. «adopter [...] le modèle de *l'unconscionability* de la common law»<sup>23</sup>. Cette parenté peut expliquer, en partie du moins, pourquoi l'article 1040 (c) a été l'objet d'une interprétation restrictive, à l'image d'un *statute* anglais et au nom de l'intégrité du droit civil.

Or si l'emprunt de vocabulaire est évident il ne signifie pas nécessairement que l'on ait voulu importer la théorie de la common law. L'équité dans les contrats, pas plus que les mots utilisés, ne sont l'apanage de la common law, la lésion *lato sensu* pouvant ici être utilisée<sup>24</sup>. C'est d'ailleurs de cette façon que la Cour d'appel va interpréter l'article 8 L.p.c. et procéder au rattachement de celui-ci au système de droit civil<sup>25</sup>. Le législateur va même s'inspirer de ces textes pour définir la lésion à l'article 1406 C.c.Q. Mais alors pourquoi ne pas avoir utilisé la notion de lésion dans le texte de loi<sup>26</sup> ? Par une volonté législative de rendre uniformes les règles du droits québécois et celles des autres provinces ? Par une simple faiblesse légistique ? Mais aussi pourquoi, par la suite, avoir voulu, face à cet emprunt linguistique, introduire le modèle de la common law, plutôt que de recourir à la lésion, notion jouant un rôle similaire en droit civil ? Il y a ici un réflexe à conclure à l'importation d'une notion de common law soit par une crainte irrationnelle de l'emprise du droit étranger, soit par la croyance –fausse- que la common law est plus protectrice du contractant vulnérable. On note d'ailleurs souvent un plus grand empressement à rattacher une règle à la common law qu'à une autre source de droit comparé. N'est-ce pas là, comme le professeur Audit le soulevait concernant l'américanisation du droit, une sorte d'aveu –non fondé- d'une «crispation de notre droit face à toute évolution»<sup>27</sup> ?

---

<sup>22</sup> Par exemple *The Unconscionable Transactions Relief Act*, R.S.O., c. 472, art. 2 : «[...] the cost of the loan is excessive and that the transaction is harsh and unconscionable [...]». Cette disposition reprend l'article 5 d'une loi de 1912 : *An Act respecting Money-Lending*, S.O. 1912, c. 30.

<sup>23</sup> Maurice TANCELIN, *Des obligations : Contrats et responsabilité*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1988, n<sup>o</sup> 156, p. 85 et 86 [l'auteur, qui était d'avis que le législateur avait puisé à la common law, a ce commentaire : «La doctrine de *l'unconscionability* est d'ailleurs inspirée de la conception civiliste allemande de la lésion subjective, si cette précision peut rassurer les défenseurs de la pureté du droit civil !» (n<sup>o</sup> 156, p. 86)]

<sup>24</sup> Ce rattachement semble évident pour certains : Louis PERRET, «L'incidence de la nouvelle Loi sur la protection du consommateur sur le droit positif des contrats et perspectives de réforme du Code civil», (1985) 15 *R.D.U.S.* 251, 263-270 ; Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie générale des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2001, n<sup>o</sup> 106.1, p. 224-226. Il l'est moins pour d'autres : Maurice TANCELIN, *op. cit.*, note 72, n<sup>o</sup> 156, p. 85 et 86 ; Jean-Louis BAUDOUIN, *Les obligations*, Cowansville, Yvon Blais, 1983, n<sup>o</sup> 198, p. 136 et 137.

<sup>25</sup> *Gareau Auto Inc. c. Banque canadienne Impériale de Commerce*, [1989] R.J.Q. 1091 (C.A.).

<sup>26</sup> Comme le fait maintenant le législateur à l'article 2332 C.c.Q. lequel remplace l'article 1040 (c) C.c.B.C.

<sup>27</sup> Bernard AUDIT, «L'américanisation du droit –Introduction», dans *L'américanisation du droit*, (2001) 45 *Arch. Phil. du Drt*, p. 7 à la page 8.

Si dans ces premiers exemples, les influences de la common law ont été néfastes ou ont ralenti l'évolution du droit c'est parce qu'elles ne répondaient pas à un besoin de complémentarité des systèmes mais à un mimétisme, sans réel effort d'adaptation à la méthode civiliste. Il est toutefois possible de donner des exemples où cette nécessité de l'emprunt et la méthode d'y procéder ont assuré le succès de l'importation de la notion étrangère.

On peut d'abord penser au recours collectif qu'a emprunté le droit québécois aux traditions de *common law*. Cette procédure vise à permettre à une personne d'exercer une action, au nom d'une collectivité, pour les intérêts individuels des membres de cette collectivité, sans qu'elle n'ait reçu un mandat pour ce faire ou sans qu'il y ait jonction d'actions individuelles. Cette procédure est donc dérogoire au principe que nul ne peut plaider au nom d'autrui. Le recours collectif opère autorité de la force jugée pour toute personne faisant partie du groupe représenté et qui ne s'est pas prévalu de son droit de retrait. Si le recours collectif a d'abord été perçu comme une procédure d'exception, la Cour d'appel y voit maintenant une procédure disponible au même titre que les autres<sup>28</sup>. Cette lente évolution peut s'expliquer par le fait que l'action collective est une notion étrangère au système civiliste, contrairement à la common law. Toutefois le droit québécois a su, tant par l'inclusion du recours collectif dans le *Code de procédure civile* que dans plusieurs traits distinctifs (notamment la procédure d'autorisation) l'adapter à sa réalité et ses besoins et lui donner une identité propre.

Il est possible aussi de soulever l'exemple des dommages intérêts punitifs. Les systèmes de droit civil refusent ce type de dommages tant parce que la punition relève du droit pénal que parce que ces dommages suscitent de nombreuses craintes: double peine, exagération des montants –si décriée aux Etats-Unis– ou encore absence de garanties équivalentes au droit pénal qui participent toutes à donner aux dommages punitifs une fort mauvaise réputation.

Au Québec, bien que la jurisprudence, après une certaine incertitude, se soit progressivement fixée en ce sens, ce n'est qu'en 1955 que la Cour suprême du Canada pose clairement le principe selon lequel les dommages punitifs sont étrangers aux principes de responsabilité du droit civil<sup>29</sup>. Malgré cela le législateur québécois avait déjà reconnu, et continuera de le faire, la possibilité de réclamer des dommages punitifs dans des cas spécifiques. Il l'a fait dès 1929 dans

---

<sup>28</sup> *Tremaine c. A.H. Roins Canada Inc.*, [1990] R.D.J. 500.

<sup>29</sup> *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834, 841. La Cour suprême confirmait ainsi la jurisprudence de la Cour d'appel. Sur l'évolution de la jurisprudence avant cet arrêt, voir : Pierre-Gabriel JOBIN, «Les dommages punitifs en droit québécois» dans *Études de droit de la consommation – Liber amicorum Jean Calais-Auoy*, Paris, Dalloz, p. 537.

la *Loi sur la protection des arbres*<sup>30</sup>, puis en 1975 dans la *Charte québécoise des droits et libertés* et, en 1978, dans la *Loi sur la protection du consommateur*. En 1994 le Code civil prend acte de ces diverses lois et adopte l'article 1621 C.c.Q. Cette disposition, contrairement à ce qu'avait proposé l'Office de Révision du Code civil, maintient le caractère d'exception des dommages punitifs et prévoit que le tribunal ne peut octroyer des dommages intérêts punitifs que dans le cadre et conformément aux conditions prévues par une disposition spécifique de la loi et non sur la seule base de la gravité de la conduite de l'auteur. Si les cas où le législateur permet l'octroi de dommages punitifs sont importants (notamment la Charte québécoise), ils demeurent donc des exceptions.

L'exemple des dommages punitifs est particulièrement intéressant compte tenu de l'hostilité qu'ils suscitent en France où certains projets de réforme proposent leur reconnaissance à tout le moins dans le cas de la faute lucrative<sup>31</sup>. Or il ne faut pas écarter une notion au seul motif qu'elle est propre, voire emblématique, à un autre système ou qu'elle peut parfois y connaître des dérives. L'essentiel est d'abord de s'assurer que la notion est utile, que l'emprunt est nécessaire et que l'implantation se fasse en conformité avec l'esprit du système importateur. Il est par la suite nécessaire que les tribunaux participent à l'implantation de la norme en évitant d'importer la jurisprudence du système exportateur comme si celle-ci avait été, par le seul fait de l'emprunt, intégrée à notre droit. Certes, les juges peuvent puiser dans cette jurisprudence un riche enseignement, mais celui-ci doit demeurer ce qu'il est, une approche comparative des droits. Ce me semble être le cas en ce qui concerne les dommages punitifs. Ceux-ci servent à punir, certes, mais également à dissuader et à dénoncer<sup>32</sup>. Les dommages punitifs jouent aussi un rôle incitatif, en ce qu'ils peuvent participer à convaincre le consommateur d'exercer ses droits lorsque les dommages qu'il a subis sont marginaux. Les dommages punitifs contribuent alors à l'accès à la justice et à une meilleure application des droits. Ce sont là des fonctions non seulement utiles, mais qu'aucune autre notion ne peut rencontrer et qui ne sont pas, loin s'en faut, étrangères au système civiliste.

Si les juristes québécois pouvaient, à une certaine époque, légitimement craindre pour la survie du droit civil et voyaient donc dans tout emprunt un danger, cette réalité semble aujourd'hui dépassée. L'adoption en 1991 d'un *Code civil* moderne et la prise de conscience de

---

<sup>30</sup> L.R.Q., c. P-37, art. 1.

<sup>31</sup> Geneviève VINEY, «La condamnation de l'auteur d'une faute lucrative à restituer le profit illicite qu'il a retiré de cette faute», dans Benoît MOORE (dir), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Yvon Blais, 2012, p. 949.

<sup>32</sup> *Montigny c. Brossard*, 2010 CSC 51.

l'importance de préserver la richesse que représente le bijuridisme canadien participant, je pense, à cette force tranquille du droit civil québécois. De même le développement d'une doctrine civiliste a été un facteur déterminant de cette confiance retrouvée. La doctrine québécoise, et son influence, est relativement récente. À l'exception de certains ouvrages, notamment le célèbre traité de Pierre-Basile Mignault, intitulé *Le droit civil canadien* et basé sur l'œuvre de Frédéric Mourlon, ce n'est qu'à compter des années 60, profitant de l'avènement d'un enseignement universitaire dispensé par des professeurs de carrière, qu'une doctrine plus scientifique, plus conceptuelle, délaissant le simple commentaire des articles du Code, voit le jour. À ce titre des professeurs tels Jean-Louis Baudouin, Paul-André Crépeau, Jean Pineau ou Maurice Tancelin, pour ne nommer que ceux-là, seront des précurseurs. Cette doctrine participe à définir l'esprit du droit civil québécois en le reliant, certes, au droit français, mais en assurant aussi une légitime spécificité. Avec cette nouvelle doctrine québécoise on constate tout logiquement un déclin de l'influence de la doctrine française<sup>33</sup>.

Tous ces éléments contribuent donc à faire en sorte qu'on ne vive plus la mixité substantielle du droit civil québécois comme un danger, résultat d'un droit assiégé, mais au contraire, à ce qu'on la cultive comme une richesse. Comme le professeur Glenn l'écrivait, peu après l'adoption du nouveau code «[l]a mixité du droit québécois se trouv[e] non pas tellement dans la diversité de ses sources originales (quel pays européen pourrait échapper ainsi à la «mixité» ?) mais dans son ouverture continue envers des sources étrangères du droit»<sup>34</sup>. Cet état d'esprit s'accompagne d'ailleurs d'un élargissement des sources d'influences. Certes les influences historiques que sont le Code civil français et des institutions de *common law* se font encore sentir dans le nouveau Code mais les références aux sources étrangères se sont diversifiées de manière importante : ce sont des textes internationaux, des codes étrangers ou des lois ponctuelles dont la provenance et le système d'origine importent peu. En ce sens le *Code civil du Québec* dévoile peut-être là son plus grand trait de modernité, annonciateur d'un avenir où,

---

<sup>33</sup> Le professeur Jobin présente l'influence de la doctrine française en trois grandes périodes : 1) de 1900 à 1939 la doctrine française a plus ou moins d'influence à la fois parce que les juristes ont un réflexe de nationalisme identitaire que par l'influence de la *common law* ; 2. de 1940 à 1969 est la période de l'apogée de l'influence de la doctrine française, elle agit comme un contre-poids à la *common law* et la doctrine québécoise est encore mince ; 3. de 1970-1990 il y a une perte de l'influence de la doctrine française, en grande partie par l'émergence d'une doctrine québécoise. Voir : Pierre-Gabriel JOBIN, «La circulation de modèles juridiques français au Québec. Quand ? Comment ? Pourquoi ?», dans Générosa BRAS-MIRANDA et Benoît MOORE, *Mélanges Adrian Popovici – Les couleurs du droit*, Montréal, Thémis, 2010, p. 599.

<sup>34</sup> H. Patrick GLENN, «Le droit comparé et l'interprétation du Code civil du Québec», dans *Le nouveau Code civil, interprétation et application – Journées Maximilien-Caron 1992*, Montréal, Thémis, 1992, 175, à la page 180.

comme le soulignait le professeur Glenn, «[...] le droit comparé [...] risque de disparaître comme discipline dite scientifique, pour devenir simplement une autre façon de penser le droit»<sup>35</sup>.

*Mixité systémique.* C'est en définitive ailleurs que se trouve la marque la plus caractéristique de la mixité du droit civil québécois, soit dans le rôle du juge et de la jurisprudence. Quoiqu'on ait pu en dire, le système civiliste a toujours laissé une grande part au juge comme le rappelait Portalis dans son discours préliminaire. Certes, cette part, structurellement, n'est pas identique à celle que réserve la *common law*, en ce qu'elle relève de la loi et ne constitue ni le droit commun ni le point central du système. Elle n'est toutefois pas moins importante, l'aspect ouvert et abstrait des dispositions du Code pouvant même, paradoxalement, conférer « un plus grand pouvoir de créativité aux magistrats »<sup>36</sup>. Le pouvoir créateur du juge civiliste québécois existe – si tant est que l'on s'entende sur ce que cela signifie – , cela est indéniable<sup>37</sup>. Mais ce rôle créateur ne me semble pas distinguer le juge québécois du juge français ou des juges civilistes en général. D'ailleurs les exemples classiques de créations prétorienne québécoises sont non seulement les mêmes que celles que l'on donne en France, mais les tribunaux se sont référés du droit français pour les opérer. Pensons au développement de la bonne foi, dans les affaires *Soucisse*, *Houle* et *Bail*, à l'enrichissement injustifié dans l'affaire *Viger* ou encore, plus anciennement, à la responsabilité du fait des choses et l'article 1054 C.c.B.C. Sur ce point il n'y a plus véritablement débat et on constate d'ailleurs une nette convergence entre les deux systèmes<sup>38</sup>. La place des juges s'est vue accrue dans les systèmes civilistes –ou du moins il est plus facilement admis– alors que la place du juge dans les traditions de *common law* a perdu du terrain tant du fait de l'augmentation du rôle de la loi que de l'accumulation des précédents<sup>39</sup>.

C'est bien plus la forme de la jurisprudence et la place que cette forme lui consacre dans l'imaginaire juridique québécois que le rôle créateur de la jurisprudence qui singularise la jurisprudence civiliste au Québec<sup>40</sup> : le juge civiliste statue alors que le juge du Québec, à

---

<sup>35</sup> H. Patrick GLENN, «Le droit comparé et l'interprétation du Code civil du Québec», dans *Le nouveau Code civil, interprétation et application – Journées Maximilien-Caron 1992*, Montréal, Thémis, 1992, 175, à la page 196.

<sup>36</sup> Jean-Louis BAUDOIN, « Quel avenir pour le Code civil du Québec ? », (2009) 88 *R. du B. Can*, 499, p. 507.

<sup>37</sup> Rappelons le célèbre extrait du juge Beetz dans l'affaire *Viger* : «Le Code civil ne contient pas tout le droit civil. Il est fondé sur des principes qui n'y sont pas tous exprimés et dont il appartient à la jurisprudence et à la doctrine d'assurer la fécondité» : *Cie Immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère inc.*, [1972] 2 R.C.S. 67, 76.

<sup>38</sup> Jean-Louis BAUDOIN, « Quel avenir pour le Code civil du Québec ? », (2009) 88 *R. du B. Can*, 499, p. 504.

<sup>39</sup> Pierre J. DALPHOND, « Le style civiliste et le juge : le juge québécois ne serait-il pas le prototype du juge civiliste de l'avenir ? », dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le droit civil, avant tout un style?*, Montréal, Thémis, 2003, p. 81, à la page 88.

<sup>40</sup> Pierre J. DALPHOND, « Le style civiliste et le juge : le juge québécois ne serait-il pas le prototype du juge civiliste de l'avenir ? », dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le droit civil, avant tout un style?*, Montréal, Thémis, 2003, p. 81, à la page 96.

l'image de celui de *common law*, tente de convaincre<sup>41</sup>. La jurisprudence est à l'image de la loi; abstraite en France ou dans les traditions civilistes, elle est ici plus concrète. Le juge québécois s'il crée du droit le fait, comme le juge anglo-saxon, de manière pragmatique alors que le juge civiliste, à l'image du législateur civiliste, a tendance à poser des règles abstraites détachées des faits.

Pour paraphraser mon collègue Adrian Popovici dans le système juridique québécois, contrairement au système civiliste français, le *number one* est le juge. La magistrature au Québec, comme au Canada, n'est pas professionnalisée. Les juges, comme dans le système britannique, sont nommés parmi les membres du Barreau qui ont un minimum de dix années de pratique. Le jugement prend la forme d'une opinion judiciaire dans laquelle le juge motive, parfois longuement, sa décision à l'aide d'autorités jurisprudentielles et doctrinales. Dans les instances supérieures, en Cour d'appel et en Cour suprême, la décision est rendue par une formation de trois à neuf juges. Il peut alors y avoir plusieurs motifs concurrents, voire des décisions dissidentes. Cette forme des jugements participe certainement à l'importante autorité que la communauté juridique reconnaît à la jurisprudence, autorité qui se rapproche de celle du système de *common law*. Incidemment la doctrine joue un rôle distinct que celui qu'elle a en France. Elle est d'abord remplacée par le juge dans l'exposé du raisonnement et de la rationalité de la décision, ce que fait le commentateur français et à ce titre est *a priori* reléguée à un rôle de spectateur. Mais d'un autre côté elle est intégrée à la décision elle-même, les tribunaux référant explicitement aux autorités doctrinales. Elle est alors hissée à un rôle d'acteur principal. La forme de la jurisprudence et le rôle qu'on lui reconnaît posent ainsi une hiérarchie des sources qui se rapproche de celle des systèmes de *common law*<sup>42</sup> qui s'incarne dans l'application, de manière généralisée<sup>43</sup>, de la règle de l'autorité du précédent<sup>43</sup>. Cette hiérarchie des sources, bien

---

<sup>41</sup> Adrian POPOVICI, « Le droit civil, avant tout un style... », dans dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le droit civil, avant tout un style?*, Montréal, Thémis, 2003, à la page 212.

<sup>42</sup> Serge GAUDET, «La doctrine et le Code civil du Québec», dans *Le nouveau Code civil, interprétation et application – Journées Maximilien-Caron 1992*, Montréal, Thémis, 1992, 223, à la page 242 (l'auteur parle du juge comme du héros du droit québécois).

<sup>43</sup> Sur cette question, voir : Pierre-André CÔTÉ, Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, *Interprétation des lois*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2009, no 1963. On peut trouver des cas où un juge écarte ouvertement un arrêt antérieur d'un tribunal supérieur au motif que la règle du précédent ne s'applique pas en droit civil, ce sont là, toutefois, des situations d'exception qui sont aisément reçus comme des anomalies juridiques. Voir les propos suivants (mais le juge suit *in fine* l'arrêt de la Cour d'appel) *Brochu c. Société des loteries du Québec*, 2009 QCCS 5678 :

[89] La règle du *stare decisis* qui exige que l'on s'en tienne aux solutions adoptées dans les décisions déjà rendues relève de la tradition juridique de la *common law*. Or, la tradition juridique du droit civil québécois traite les décisions judiciaires selon une méthode différente : la règle du précédent. Le poids normatif des précédents en droit civil québécois demeure un sujet controversé et rarement défini explicitement par les tribunaux. [90] Selon la doctrine majoritaire et certaines décisions, la jurisprudence n'est que persuasive.[91] Évidemment, la jurisprudence en droit privé québécois demeure un guide important. La Cour supérieure a suivi généralement la voie tracée par la Cour d'appel et la Cour suprême du Canada pour des motifs qui sautent aux yeux des praticiens. Notamment, le principe

plus que n'importe quelle notion juridique intrinsèque constitue donc la réelle mixité de notre droit civil<sup>44</sup>.

Je terminerai par une illustration aussi récente qu'éclatante de la mixité tant substantielle que systémique du droit civil québécois à l'aide d'une décision de la Cour d'appel. Cette affaire portait sur une question *a priori* fort technique, soit celle de savoir quel revenu, entre le brut et le net, devait être pris en compte dans la fixation de l'indemnité pour pertes salariales passées en matière de préjudice corporel. Mettant ainsi fin à une controverse, la Cour d'appel<sup>45</sup> a, par deux arrêts, opté pour la thèse du revenu brut, retenue par la Cour suprême en 1966 dans l'affaire *R. c. Jennings*<sup>46</sup> portant sur le droit ontarien. Par ces arrêts la Cour d'appel rejette ainsi un important courant jurisprudentiel qui, inspiré par le professeur Daniel Gardner, était d'avis que cette solution n'était ni juste ni compatible avec le principe de la réparation intégrale du droit civil qui innerve le droit de la responsabilité civile et fonde l'article 1611 C.c.Q. selon lequel «les dommages intérêts dus au créancier compensent la perte qu'il subit et le gain dont il est privé». Sans rentrer dans les détails techniques de la controverse, l'argument reposait essentiellement sur le fait que la prise en compte du revenu brut avait pour effet de sur indemniser la victime d'un préjudice de moindre importance et de sous indemniser la victime d'un préjudice plus important<sup>47</sup>. La Cour d'appel va écarter cette thèse pour retenir celle établie dans l'affaire *Jennings*. Au-delà de la conclusion de la Cour, que l'on peut partager ou non, ce sont les motifs

---

de sécurité juridique, voulant que la règle de droit jurisprudentielle reflète pour les justiciables un certain degré de certitude, prévisibilité et stabilité raisonnable, exige des motifs sérieux pour qu'un tribunal s'écarte d'un courant de jurisprudence constant et bien établi (exemple : corriger une erreur, éviter une injustice, assurer le progrès et l'évolution du droit en le réformant et rechercher la véritable intention du législateur).[92] Cela dit, il faut privilégier l'interprétation d'une décision d'un haut tribunal de façon telle qu'elle soit conforme à l'objet de la procédure de recours collectif surtout si la décision ne dispose essentiellement que d'un cas d'espèce.

Dans l'affaire *Groupe Sutton Immo Inc.*, 2007 QCCQ 2165 un juge de la Cour du Québec, après avoir cité quelques références à l'effet que la règle du *stare decisis* n'existe pas en droit civil (notamment un arrêt de la Cour d'appel dans *Éclipse Bescor Ltd. C. Soudures d'Auteuil inc.*, [2002] R.J.Q. 855 (C.A.)) conclut qu'il n'est pas lié «d'une manière obligatoire et irrémédiable» (par. 117) à un arrêt de la Cour d'appel qui, selon lui, renversait une jurisprudence bien établie. La Cour d'appel infirme la décision du juge de première instance (2008 QCCA 2379). Elle ne le fait toutefois pas au motif que le juge a violé la règle du précédent, elle se contente de soulever qu'il a erré en droit eu égard à l'interprétation constante de la jurisprudence sur le fait qu'une faute contractuelle ne suffit pas pour établir une faute à l'égard d'un tiers (par. 34 et 38). La Cour d'appel dans l'affaire *Benakezouh c. Les Immeubles Henry Ho*, [2003] R.R.A. 76 (C.A.) n'avait donc fait qu'appliquer ces principes jurisprudentiels.

<sup>44</sup> Adrian POPOVICI, «Repenser le droit civil : un nouveau défi pour la doctrine québécoise», (1995) 29 *R.J.T.* 545, 550.

<sup>45</sup> *Montréal (Ville de) c. Wilson Davie*, 2013 QCCA 34 ; *Clément c. Painter*, 2013 QCCA 99.

<sup>46</sup> *R. c. Jennings*, [1966] R.C.S. 532.

<sup>47</sup> Ce résultat s'explique par le fait que le capital octroyé n'est pas imposable (contrairement au revenu de travail) alors que les intérêts sur ce capital le seront (intérêts qui sont pris en compte dans la fixation de la somme octroyée) : Daniel GARDNER, *Le préjudice corporel*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 2009, no 797 et suiv.

qu'elle utilise qui surprennent. Bien que l'on devine –du moins c'est mon sentiment- une certaine volonté des juges d'opter pour la thèse du revenu net, ils se considèrent *in fine* liés par la règle du revenu brut établie par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Jennings*. Voici certains extraits de leurs motifs :

80. *La thèse du professeur Gardner est séduisante. Elle se colle à la règle générale énoncée à l'article 1611 C.c.Q. Il est assez évident que, en l'espèce, l'intimée retirerait une indemnité supérieure pour la compenser de sa perte (242 000 \$) que le salaire net (189 000 \$) qu'elle aurait perçu n'eût été la faute de l'appelante.*
81. *Cette thèse heurte de plein fouet l'enseignement répété de la Cour suprême du Canada. Les règles énoncées ou les principes juridiques développés par la Cour suprême lient les tribunaux d'appel et tous les tribunaux inférieurs. Ceux-ci sont tenus de les suivre.*
82. *Les tribunaux peuvent s'écarter de cet enseignement, mais uniquement dans la mesure où il est possible d'apporter des distinctions factuelles ou juridiques par rapport à celles envisagées ou discutées par la Cour suprême elle-même.[...]*
98. *Tout en notant des différences marquées en matière de dommages-intérêts en ce qui a trait aux chefs de dommages recouvrables, les auteurs notent que « en matière extracontractuelle, le principe de la restitution intégrale prévaut aussi, que ce soit en droit civil ou en common law »<sup>48</sup>.*
99. *Il ne faut donc pas se surprendre que l'arrêt Jennings ait, pour des motifs identiques, fait l'objet de critiques tant par la doctrine civiliste que par celle de common law.*
- 100 *Étant incapable de dégager les assises juridiques distinctives qui permettraient d'écarter les enseignements de la Cour suprême du Canada, je ne peux que les appliquer.*

Puis dans l'arrêt *Clément c. Painter* rendu une semaine après, aux paragraphes 18 et 20 :

*Je suis en parfait accord avec les motifs du juge Rochon et je les fais miens dans le cas à l'étude. Faute de pouvoir conclure à la non-application de l'enseignement de la Cour suprême dans un cas de figure particulier, les tribunaux inférieurs sont tenus de s'y conformer. Il y va de l'uniformité des rapports juridiques entre personnes assujetties à une même règle de droit.*

*C'est le caractère inéluctable de la taxation sur le revenu provenant du travail qui fonde le raisonnement proposé par le professeur Gardner. Cette approche est sans nul doute attrayante, notamment en ce qu'elle colle au vécu, mais elle n'est pas la seule à pouvoir résister à l'analyse. Tout comme le juge Rochon, je suis d'avis qu'il n'appartient qu'à la Cour suprême de revoir la question, si toutefois elle le juge approprié.*

---

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 221.

Ces propos ne peuvent que surprendre. Que la Cour d'appel souhaite opter pour la règle du revenu brut parce qu'elle la considère opportune, est une chose. Mais ce qu'elle fait en l'espèce participe d'une logique autre. Selon les juges l'arrêt de la Cour suprême rendu dans l'affaire *Jennings* les lie sauf s'il peut être établi une distinction factuelle ou juridique. La Cour expose là, tout simplement, la règle du précédent et la technique du *distinguishing*, pivots de la construction de la common law. Or il s'agit ici d'une question de responsabilité civile relevant techniquement de la tradition civiliste. On voit donc la mixité systémique aux termes de laquelle la Cour d'appel se sent liée par une règle jurisprudentielle posée par la Cour suprême comme s'il s'agissait d'une disposition légale. Même si le caractère absolu des termes utilisés peut frapper le lecteur, l'application de la règle du *stare decisis* ne saurait toutefois surprendre tant elle est maintenant intégrée au droit civil québécois.

Mais là où il est permis de s'inquiéter est qu'en l'occurrence la Cour fait fi que la règle en question en est une de common law et qu'elle ne s'applique donc pas au Québec. La Cour va même jusqu'à nier cet état des choses dans l'affaire *Painter* en soutenant que la règle selon laquelle un tribunal est lié à un précédent d'un tribunal supérieur s'impose au nom de l'uniformité «des rapports juridiques entre personnes assujetties à une même règle de droit». Il s'agit pourtant ici d'un arrêt de common law d'une part et de l'interprétation d'une disposition du Code civil d'autre part. Non seulement, donc, la Cour d'appel applique-t-elle, sans nuance, la règle du précédent à une matière relevant du droit civil, mais elle le fait au profit d'une règle provenant d'une source étrangère à notre droit.

Que les tribunaux puissent souhaiter, pour des motifs liés à la sécurité et à la prévisibilité du droit, atteindre une certaine stabilité de la jurisprudence et conserver un respect pour les décisions des instances supérieures peut se comprendre. Mais force est de constater que dans le présent cas, par les motifs utilisés, la Cour fait autre chose. Le respect de l'arrêt *Jennings* est présenté non pas comme un *choix* de politique judiciaire mais comme une *contrainte* juridique. Si cela est vrai pour un arrêt de la Cour suprême du Canada portant sur une source étrangère au droit québécois –que son contenu soit similaire ou non, on saisit aisément la puissance de la règle du précédent dans l'inconscient juridique, et judiciaire, québécois. Là est, me semble-t-il, la marque la plus certaine et convaincante de la mixité du droit civil québécois.