



[Accueil](#) » [Publications](#) » [Revue](#)

► [Revue du Barreau](#)
► [Édition courante](#)
► [Archives](#)

Revue du Barreau du Québec

Revue du Barreau: volume 63 numéro 1

Le majeur inapte et le refus catégorique de soins de santé: un concept pour le moins ambigu

Robert P. Kouri et Suzanne Philips-Nootens

La propriété collective. Est-ce grave, docteur? – Réflexions à partir d'une relecture de l'arrêt *Allard*

Générosa Bras Miranda

Les clauses abusives: Dix ans après

Benoît Moor

Précisions sur la théorie de l'imprécision en matière constitutionnelle

Anouk Violette

La «société» en droit québécois

Donald A. Riendeau

Chroniques

Droit des autochtones. Les arrêts *Taku River* et *Haida Nation* devant la Cour suprême: des précisions imminentes concernant la mise en œuvre

du droit qu'ont les Autochtones d'être consultés?  81K

Maxime Saint-Hilaire et Sophie Thériault

[Plan du site](#) | [Liens utiles](#) | [Bottin](#) | [Contactez-nous](#)

Mise à jour : NaN undefined NaN

Le majeur inapte et le refus catégorique de soins de santé: un concept pour le moins ambigu

Robert P. KOURI et Suzanne PHILIPS-NOOTENS

Résumé

L'article 16 du *Code civil du Québec* prévoit le recours au tribunal en cas de refus catégorique d'un majeur inapte de recevoir des soins de santé. À la lumière de la jurisprudence, les auteurs décrivent d'abord l'inaptitude et sa détermination dans ce contexte. Ils abordent ensuite la notion complexe de refus catégorique. Pour répondre à sa qualification, celui-ci doit être conscient et non un simple réflexe biologique: le patient doit à tout le moins se rendre compte du fait qu'il exprime un refus de soins. Par ailleurs, l'ambiguïté persiste, surtout à la lecture de l'arrêt de la Cour suprême *Starson c. Swayze*: refus conscient et inaptitude sont-ils réellement conciliables? L'article 16 C.c.Q. se révèle, à plusieurs égards, inadéquat.

Le majeur inapte et le refus catégorique de soins de santé: un concept pour le moins ambigu

Robert P. KOURI et Suzanne PHILIPS-NOOTENS*

Introduction.	5
1. L'incapacité et les décisions relatives aux soins de santé.	5
A. L'incapacité en général.	6
B. L'incapacité particulière à consentir aux soins de santé	8
2. Le refus catégorique du majeur inapte.	16
A. La perspective du législateur québécois	16
B. L'expression du refus catégorique: peut-on encore parler d'incapacité?	20
3. Le caractère inadéquat de l'article 16 C.c.Q.	22
A. Une perspective limitée au refus	23
B. Des objectifs et des modalités à revoir	23
Conclusion.	25

* Professeurs titulaires, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, membres du Groupe de recherche en droit de la santé de l'Université de Sherbrooke (GREDSUS).

INTRODUCTION

Les gestionnaires de certains établissements du réseau de la santé sont souvent confrontés au problème de refus de soins provenant de personnes, représentées ou non, dont les facultés cognitives sont atteintes à cause du vieillissement, de la maladie ou de la déficience. Face à ce genre de situation, l'article 16 alinéa 1 du *Code civil du Québec* affirme:

L'autorisation du tribunal est nécessaire [...] si le majeur inapte à consentir refuse catégoriquement de recevoir les soins, à moins qu'il ne s'agisse de soins d'hygiène ou d'un cas d'urgence.

Cela veut-il dire que l'on doit s'adresser au tribunal chaque fois qu'un «non» aux soins est prononcé par le patient nonobstant la permission d'un représentant ou d'un proche de les administrer? Certes, le législateur qualifie le refus nécessaire: il doit être catégorique, écartant ainsi une réponse normative ou un «non» hésitant ou irrésolu de la part du patient. Mais doit-on conclure, dans tous les autres cas où un refus est clairement exprimé par l'inapte, que la judiciarisation du dossier devient inévitable?

En abordant cette question, il n'est pas inutile, dans un premier temps, de rappeler brièvement la distinction, bien établie par nos tribunaux, entre l'inaptitude générale de la personne et l'inaptitude particulière à consentir aux soins de santé. La deuxième partie du texte analyse la problématique du refus catégorique et sa portée, tandis que la dernière souligne le caractère inadéquat de l'article 16 C.c.Q. dans sa formulation actuelle. Une décision récente de la Cour suprême du Canada¹ jette sur toute la question un jour particulier.

1. L'inaptitude et les décisions relatives aux soins de santé

La dynamique du *Code civil du Québec*, qui régit les rapports entre les sujets de droit, et notamment les contrats, repose sur les notions de capacité et d'aptitude. Toute personne majeure est

1. *Starson c. Swayze*, (1999) 22 Admin. L.R. (3d) 315, [1999] O.J. n° 4483 (Q.L.) (Cour suprême de justice de l'Ontario), confirmé par la Cour d'appel, (2001) 33 Admin. L.R. (3d) 315, 201 D.L.R. (4th) 123, 146 O.A.C. 121 et par la Cour suprême du Canada, [2003] S.C.J. n° 33, 2003 S.C.C. 32, analysé plus loin.

capable et présumée apte², donc à même de s'obliger, c'est-à-dire de donner un consentement valide à un acte juridique³.

A. *L'inaptitude en général*

Un individu peut se trouver temporairement dans l'impossibilité de donner un consentement: il est, à ce moment, inapte, mais toujours pourvu de la capacité sur le plan légal⁴. Le *Code* ne donne pas de définition spécifique de l'inaptitude. Seul l'article 258 C.c.Q., relatif à l'ouverture des régimes de protection, énonce qu'elle trouve sa source dans divers handicaps ou problèmes de santé physique ou mentale, liés ou non à l'âge, entraînant une altération des facultés mentales ou de l'aptitude physique à exprimer sa volonté. Si l'inaptitude s'étend à la fois dans le temps et à un nombre suffisamment important d'actes de la vie quotidienne, la personne peut se trouver dépourvue au point de ne plus pouvoir administrer ses biens, exercer ses droits, voire prendre soin d'elle-même. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Lévesque c. Ouellet et Curateur public*⁵, une dame âgée de 77 ans, devenue veuve, souffre «d'un syndrome délirant organique amenant des troubles de jugement» et certains comportements irrationnels, et elle a besoin d'aide pour prendre soin de sa personne⁶. Titulaire d'un patrimoine assez important, elle ne s'est jamais occupée de la gestion des biens, tâche entièrement assumée par son défunt mari. Estimant cependant qu'elle n'est pas totalement inapte, le juge établit un régime de tutelle à la personne et aux biens⁷, mais lui laisse, malgré tout, la gestion de ses revenus de pensions.

En présence d'éléments amenant à conclure à une inaptitude d'ordre assez général, un régime de protection, tutelle ou cura-

2. Art. 153 et 4 C.c.Q. Ce principe est réaffirmé par la Cour suprême dans l'arrêt *Starson c. Swayze*, *ibid.*

3. Art. 1398 C.c.Q.

4. E. Deleury et D. Goubau soutiennent que la distinction n'est pas si claire et continuent à qualifier les termes: ils parlent d'incapacité naturelle et d'incapacité juridique, ou encore d'inaptitude de fait: *Le droit des personnes physiques*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 374 et s., par. 411 à 413. Selon nous, le *Code civil du Québec* distingue nettement l'inaptitude (de fait) et l'incapacité (légale).

5. *Lévesque c. Ouellet et Curateur public*, [1990] R.J.Q. 2607 (C.S.).

6. *Ibid.*, p. 2610.

7. Art. 285 à 289 C.c.Q. L'avantage insigne de ce régime est qu'il peut être étroitement adapté, par le juge, aux besoins particuliers de la personne inapte: la tutelle peut être scindée, s'il y a lieu, en tutelle aux biens seulement ou à la personne seulement, ou encore couvrir, comme ici, les deux volets, tout en laissant au majeur la possibilité de poser certains actes.

telle⁸, peut donc être ouvert, ou un mandat donné en prévision de l'inaptitude, homologué⁹. Il revient au demandeur de faire la preuve de l'inaptitude de la personne à protéger, et à cette fin, le législateur québécois exige notamment la production d'évaluations médicale et psychosociale¹⁰. Celles-ci, faites par des experts, doivent donner au juge suffisamment d'indications pour qu'il puisse se prononcer à la fois sur l'inaptitude et sur les besoins de la personne à protéger¹¹. Dans l'arrêt *Lévesque c. Ouellet* susmentionné, le juge a requis une expertise supplémentaire, car, contrairement aux conclusions de deux premiers rapports, la dame ne lui paraissait pas totalement inapte, avait une assez bonne mémoire et se situait bien dans le temps et dans son environnement¹².

La décision judiciaire fait de la personne une incapable sur le plan légal: c'est désormais son représentant ou son mandataire qui agira pour elle¹³, dans la mesure prévue par la loi, par le jugement¹⁴ ou par le mandat.

Malgré l'importance des conséquences juridiques qu'elle entraîne, l'évaluation de l'inaptitude n'est pas chose facile et il faut se garder d'inférer trop facilement son existence en présence de certaines maladies, particulièrement la maladie mentale. Comme le souligne Bruce Quarrington,

Very few diagnosed conditions automatically imply incompetence in some aspects of social or intellectual functioning. For example,

8. Le régime de la curatelle, instauré en cas d'inaptitude totale et permanente, couvre toujours la personne et les biens: art. 281 à 284 C.c.Q. Voir également les articles 259 et 268 C.c.Q. Dans le contexte particulier du présent article, nous laissons intentionnellement de côté le régime du conseiller au majeur, qui n'a jamais juridiction sur la personne et est donc inhabile à consentir pour elle à des soins médicaux.
9. Art. 2131 et 2166 à 2174 C.c.Q. L'étendue des pouvoirs du mandataire est déterminée dans le mandat et le juge ne peut en régler les modalités d'application, qui relèvent du mandataire: *Alloi-Lussier c. Centre d'hébergement Champlain*, [1997] R.J.Q. 807 (C.A.). E. DELEURY et D. GOUBAU, *supra*, note 4, p. 621, par. 714.
10. Art. 270, 276 et 278 C.c.Q., art. 878.0.1 C.p.c. L'interrogatoire, quant à lui, permet au juge de se faire une idée personnelle de la situation: art. 878 C.p.c.
11. Un certain débat, qui n'est pas directement pertinent à notre propos, existe autour de l'exigence relative à ces rapports. Le point important est que l'inaptitude soit clairement établie.
12. *Supra*, note 5, p. 2608.
13. Art. 256 C.c.Q.: «[...] L'incapacité qui en résulte est établie en sa faveur seulement.»
14. Voir ci-dessus, les notes 7 à 9.

neither the diagnosis of schizophrenia, nor the identified psychopathology of “thought disorder” necessarily imply incompetence in managing one’s financial affairs.¹⁵

De même, on ne peut assumer que l’ouverture d’un régime de protection ou l’homologation d’un mandat implique *ipso facto* l’impossibilité pour la personne protégée de donner un consentement valide à quelque acte que ce soit. C’est la position qu’a retenue le législateur et qu’ont précisée les tribunaux dans le domaine particulier du consentement aux soins. Si, par hypothèse, Madame Ouellet, dans la situation décrite à l’arrêt sus-mentionné¹⁶, devait subir une intervention chirurgicale à la suite de la découverte d’un nodule suspect dans un sein, serait-elle inapte à prendre une décision relative à cette intervention?

B. L’inaptitude particulière à consentir aux soins de santé

L’article 10 C.c.Q. énonce le principe que la personne humaine est inviolable et a droit à son intégrité, consacrant ainsi, dans des termes formels, le *noli me tangere* d’origine biblique¹⁷. Cette barrière ne peut être franchie qu’avec la permission de la personne elle-même ou avec l’autorisation de la loi. Lorsque la personne est appelée à autoriser une atteinte à son intégrité, la loi¹⁸ exige un consentement libre et éclairé.

En est-il de même quant au refus de soins? D’aucuns adoptent une approche symétrique à cette question, arguant avec une logique séduisante que, si le consentement doit être éclairé, il en est de même pour le refus¹⁹: celui-ci pourrait souvent être encore plus lourd de conséquences qu’un acquiescement au traitement.

15. B. QUARRINGTON, «Approaches to the Assessment of Mental Competency», (1994) 15(2) *Health Law in Canada* 35, p. 36. Les exigences relatives à l’ouverture d’un régime de protection ou à l’homologation d’un mandat confirment clairement cette assertion: v. notamment les articles 258, 281, 285 et 2166 C.c.Q.

16. *Supra*, note 5.

17. Jean 20:17.

18. Art. 10 C.c.Q.; *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., c. S-4, art. 8. Il est intéressant de mentionner en passant que le droit criminel est fidèle à cette approche en décrétant qu’un élément de l’*actus reus* du délit de voies de fait consiste en l’atteinte à la personne sans sa permission: art. 265(1)a) C.cr.

19. Par exemple F. TÔTH, «L’obligation de renseignement du médecin en droit civil québécois», conférence présentée dans le cadre d’un colloque de l’Institut canadien intitulé *Responsabilité médicale et hospitalière: Aspects éthiques et juridiques*, tenu à Montréal le 29 octobre 1990 et reproduit dans les Actes du colloque de l’Institut, p. 8.

Certes, le fait d'envisager une telle décision n'a pas pour effet d'anéantir le droit de la personne à l'information ni de tempérer le devoir légal et déontologique des professionnels de la santé de lui fournir des renseignements adéquats²⁰. Mais le patient n'assume pas pour autant un devoir d'être informé²¹. Ainsi, lorsque le professionnel a offert toute l'information pertinente et que le patient refuse de la recevoir, préférant s'en remettre à son interlocuteur, le devoir de ce dernier est rempli²².

Peut-on raisonner de la même façon dans le cas de la personne jugée inapte²³? Partant du principe de la présomption d'aptitude²⁴, le fardeau de la preuve repose sur la personne alléguant l'inaptitude et ce, indépendamment de l'existence d'un régime de protection. Comme le souligne le juge Delisle,

[L]'aptitude à consentir à des soins médicaux donnés est soumise à une évaluation particulière qui, si la personne concernée est sous le coup d'une régime de protection, peut s'avérer différente de l'évaluation dont a fait l'objet la raison pour laquelle un tel régime

-
20. *Code de déontologie des médecins*, c. M-9, r. 4.1, art. 29: «Le médecin doit s'assurer que le patient ou son représentant légal a reçu les explications pertinentes à leur (sic) compréhension de la nature, du but et des conséquences possibles de l'examen, de l'investigation, du traitement ou de la recherche qu'il s'apprête à effectuer. Il doit faciliter la prise de décision du patient et la respecter.»; *Code de déontologie des infirmières et infirmiers*, R.R.Q. 1981, c. I-8, r. 4.1, art. 40: «L'infirmière ou infirmier doit fournir à son client toutes les explications nécessaires à la compréhension des soins et des services qu'il lui prodigue» et l'article 41: «Lorsque l'obligation d'obtenir un consentement libre et éclairé incombe à l'infirmière ou à l'infirmier, ce dernier doit fournir au client toutes les informations requises.»
21. T. VANSWEEVELT, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 250, n° 398; R. KOURI, S. PHILIPS-NOOTENS, *Le corps humain, l'inviolabilité de la personne et le consentement aux soins*, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 1999, p. 347-348, n° 329; Y.-H. LELEU, G. GENICOT, *Le droit médical*, Bruxelles, De Boeck & Larcier s.a., 2001, p. 73, n° 90.
22. Du moins lorsqu'il s'agit de soins requis par l'état de santé.
23. J.-P. MÉNARD, «L'impact de la *Loi sur la protection de personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui* sur le consentement aux soins», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la santé mentale (1998)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 237, p. 258 et 259, a raison de signaler que «le consentement aux soins médicaux étant un processus continu, la détermination de l'aptitude l'est également. [...] L'aptitude à consentir à l'acte médical doit être révisée aussi souvent que nécessaire afin que la personne ne soit pas privée indûment de sa capacité.»
24. *Institut Philippe-Pinel de Montréal c. Blais*, [1991] R.J.Q. 1969 (C.S.), p. 1973; *M. (L.) c. M. (J.)*, J.E. 96-971 (C.S.), p. 6.

lui a été ouvert; cela ressort spécialement de l'article 19.2 C.C., maintenant l'article 15 C.c.Q. [...]»²⁵

Le Code civil est silencieux sur les critères mêmes de détermination de l'inaptitude à l'égard du consentement ou du refus de soins. Le juge Delisle énonce encore, à propos de l'article 16 C.c.Q., autrefois l'article 19.4 C.C.: «On y parle de majeur inapte, sans indiquer d'où émane la déclaration d'inaptitude. Suffit-il que le médecin traitant ait constaté l'inaptitude? Quelle est l'essence de cette inaptitude?»²⁶. Face à cette lacune, la jurisprudence québécoise a bien dû relever le défi. Dans l'arrêt *Institut Philippe-Pinel de Montréal c. Blais*²⁷, portant sur le refus de soins d'un patient psychiatrique, la juge LeBel a décidé d'appliquer les critères établis par le *Hospitals Act* de la Nouvelle-Écosse²⁸, qui consistent à déterminer si le patient:

- a) understands the condition for which treatment is proposed;
- b) understands the nature and purpose of the treatment;
- c) understands the risks involved in undergoing the treatment;
- d) understands the risks involved in not undergoing the treatment; and
- e) whether or not his ability to consent is affected by his condition.²⁹

Suivie par les tribunaux de première instance, cette approche a reçu l'aval de la Cour d'appel dans *Institut Philippe-Pinel de Montréal c. G. (A.)*³⁰: «Les tests élaborés à la fois par la législation

25. *Institut Philippe-Pinel de Montréal c. G. (A.)*, [1994] R.J.Q. 2523 (C.A.), p. 2529. Dans le même sens, le juge Baudouin: «...[Le] simple fait qu'une personne ait un régime de protection ne crée pas une présomption d'inaptitude à consentir à des soins médicaux.», dans *M.-W. (J.) c. C.-W. (S.)*, [1996] R.J.Q. 229 (C.A.), p. 235; *Cité de la Santé de Laval c. Lacombe*, [1992] R.J.Q. 58 (C.S.), p. 60 (juge Marx).

26. *Institut Philippe-Pinel de Montréal c. G. (A.)*, *ibid.* p. 2530.

27. *Supra*, note 24.

28. (1989) R.S.N.S., c. 208, art. 52(2).

29. *Supra*, note 24, p. 1974. Ce test est très similaire à celui recommandé par l'Association des psychiatres du Canada, qui consiste également en cinq éléments, reproduits dans *Hôpital Charles-Lemoyne c. Forcier*, [1992] R.D.F. 257 (C.S.), p. 260.

30. *Supra*, note 25. La Cour d'appel a réitéré son intention de suivre ces critères dans *Hôtel-Dieu de Roberval c. C.S.* (8 février 2002), Québec, n° 200-09-003901-029 (C.A.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50113560, J.E. 2002-248, par. 9; *Centre hospitalier Le Centre-de-la-Mauricie c. R.J.* (21 mars 2002), Québec, n° 200-09-003949-028 (C.A.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50117458, J.E. 2002-700, par. 7.

de la Nouvelle-Écosse et l'Association des psychiatres du Canada paraissent complets et peuvent servir d'assise à une appréciation adéquate de l'inaptitude d'une personne majeure à consentir à des soins.»³¹

Dans cette cause, le patient est un jeune homme déclaré coupable de tentative de meurtre, d'introduction par effraction et de voies de fait. Souffrant d'un désordre paranoïde psychotique ainsi que d'un trouble de personnalité de type schizotypique, il est placé en cure fermée aux termes d'une ordonnance émise en vertu de la *Loi sur la protection du malade mental*³². À cause de sa dangerosité, le patient est maintenu en isolement dans sa chambre 23 heures par jour. La médication que les autorités de l'Institut Philippe-Pinel se proposent de lui administrer a pour but de réduire sa tension, son agressivité et ses symptômes. Le jeune homme, qui avait déjà accepté un traitement aux antipsychotiques durant une période de deux mois, le refuse désormais, estimant que ces médicaments ne sont pas nécessaires, d'autant plus qu'ils produisent des effets secondaires indésirables. En première instance, le juge Mercure est d'opinion que G. est apte et il maintient son droit de refuser des soins. Pour sa part, la Cour d'appel considère que le juge de première instance n'a pas tenu compte de l'ensemble des

Voir également *Centre hospitalier régional de Lanaudière c. L.D. et al.* (12 février 2001), Joliette, n° 705-05-005345-015 (C.S.), REJB 2001-22882, par. 28; *CLSC-CHSLD Haute-Ville-Des-Rivières c. A.B. et al.* (7 novembre 2001), Québec, n° 200-05-014869-015 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50104506, par. 24; *Centre hospitalier régional de Rimouski c. F.C. et al.* (12 novembre 2001), Rimouski, n° 100-05-001720-017 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50105407, par. 8; *Centre hospitalier régional de Rimouski c. O.A. et al.* (30 septembre 2002), Rimouski, n° 100-05-001843-025 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50146336, par. 16; *Complexe hospitalier de la Sagamie c. A.D. et al.* (6 février 2003), Chicoutimi, n° 150-17-000487-030 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-501616997, par. 9; *Centre hospitalier Rouyn-Noranda c. J.T.* (27 mai 2003), Rouyn-Noranda, n° 600-05-000771-036 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50177275, par. 12; *Centre hospitalier Pierre-Le Gardeur et Marceau c. M.B. et al.* (6 novembre 2003), Joliette, n° 705-17-000689-032 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-5020547, J.E. 2003-2199, par. 29. Il est intéressant de noter que dans *Jean et Centre hospitalier Beauce-Etchemin c. T.G. et al.* (16 juillet 2003), Beauce, n° 350-17-000040-033 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50192092, par. 3, le juge Bernard fonde sa décision sur le «précédent» *Complexe hospitalier de la Sagamie c. K.P.* (6 février 2003), Chicoutimi, n° 150-17-000490-034 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50169008, énonçant les critères de détermination de l'inaptitude (par. 10).

31. *Ibid.*, p. 2534 (juge Delisle). Voir également l'opinion du juge Steinberg, dissident sur un autre point, p. 2539.

32. L.R.Q., c. P-35, maintenant abrogée et remplacée par la *Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui*, L.R.Q., c. P-38.001, ainsi que par les articles 26 à 31 C.c.Q.

critères de détermination de l'incapacité, se limitant à la question de savoir si le patient comprenait les conséquences de son refus³³.

Le juge Delisle, au nom de la majorité, reprend le test élaboré par l'Association des psychiatres du Canada, qui se résume comme suit:

1. Le patient réalise-t-il que le psychiatre l'examine pour déterminer sa capacité et comprend-il le sens de ce terme?
2. Le patient comprend-il la nature de la maladie pour laquelle on lui propose le traitement en question?
3. Le patient comprend-il la nature et le but du traitement?
4. Le patient saisit-il les risques et les avantages du traitement s'il le subit?
5. Le patient saisit-il les risques et les avantages du traitement s'il ne le subit pas?³⁴

Ce test et celui de la Nouvelle-Écosse ont évidemment des traits communs³⁵. Mais deux critères sont primordiaux, à savoir la perception par la personne de sa maladie (se rend-elle compte qu'elle est malade?) et la détermination que l'incapacité à consentir n'est pas inhérente à la maladie³⁶.

La majorité de la Cour d'appel conclut que, nonobstant la connaissance par le patient des effets secondaires de la médication proposée, il n'a jamais reconnu son véritable état de santé mentale. Il est donc inapte à donner un consentement et, à plus forte raison, à refuser les soins³⁷. En décidant ainsi, les juges semblent avoir été fortement influencés par les conséquences d'une abstention de traitement:

Le fait d'imposer à une personne un traitement contre son gré porte gravement atteinte à sa liberté et son autonomie. Mais n'est-ce pas également violer cette autonomie que d'abandonner cette personne à sa maladie et la garder enfermée en raison de sa dangerosité?³⁸

33. *Supra*, note 25, p. 2527.

34. *Ibid.*, p. 2533.

35. *Ibid.*

36. *Ibid.*

37. *Ibid.*, p. 2538.

38. *Ibid.*

Le juge Steinberg, dissident, partage l'opinion de la majorité en ce qui concerne les critères de détermination de l'inaptitude en matière de consentement aux soins. Mais il diffère de ses collègues quant à l'application desdits critères à la situation factuelle sous étude. Pour lui, le fait que le patient soit disposé à accepter certains traitements et à rencontrer régulièrement son psychiatre indique qu'il reconnaît qu'il souffre d'une maladie mentale³⁹. De plus, il est parfaitement logique qu'un patient refuse des soins pouvant provoquer des effets secondaires d'une certaine gravité⁴⁰.

Le rôle du tribunal, selon le juge Steinberg, est clair:

When a person refuses a medical treatment and his capacity is placed in doubt, the Court must assess the evidence and decide whether or not, in the circumstances of the case, the patient has sufficient understanding of the situation. The judge does not ratify, homologate, or sanction the opinion of the doctors. Rather, it is his role to weigh the evidence, including the expert testimony of the attending physicians and others and to make a determination.⁴¹

Il faut cependant souligner que le juge Steinberg semble prendre pour acquis qu'à cause de la gravité de sa maladie, il y a peu de chances que le patient soit en mesure de vivre ailleurs qu'en milieu institutionnel⁴².

L'affaire *Institut Pinel c. G. (A.)* présente de multiples traits communs avec la décision récente de la Cour suprême du Canada dans la cause *Starson c. Swayze*⁴³, d'origine ontarienne. À cause de troubles bipolaires, le professeur Starson a été hospitalisé dans des établissements psychiatriques pendant plusieurs années. Sa plus récente admission à l'hôpital est survenue après qu'il fut déclaré criminellement non responsable d'avoir proféré des menaces de mort contre des connaissances ainsi que contre des étrangers. Homme exceptionnellement brillant, auteur d'articles scientifiques dans le domaine de la physique, Starson refuse de prendre à nouveau des médicaments destinés à diminuer ses déli-

39. *Ibid.*, p. 2540.

40. *Ibid.*, p. 2541.

41. *Ibid.*, p. 2542.

42. «The proposed treatment is not a cure for the Respondent's condition. The issue then becomes the quality of the Respondent's life, which should be left to his determination. He is entitled to choose virtual incarceration in his room in the Institute rather than accept the side effects of the proposed medication, even if that is not the choice the doctors would recommend or that others would make.», *ibid.*

43. *Supra*, note 1.

res à cause de leurs effets secondaires néfastes, y compris le ralentissement de son esprit et la diminution de sa créativité. En effet, il les a déjà essayés et ils n'ont eu que peu d'effets bénéfiques sur son état. Saisie par le patient d'une demande de révision de la décision de ses médecins de lui imposer des soins, la *Commission du consentement et de la capacité de l'Ontario* confirme au contraire son inaptitude. Mais cette décision est renversée par la Cour supérieure, et la Cour d'appel de l'Ontario approuve la Cour supérieure. La Cour suprême, par une décision majoritaire, confirme le jugement de la Cour d'appel.

La disposition législative la plus pertinente est l'article 4(1)(2) de la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*⁴⁴:

(1) Toute personne est capable à l'égard d'un traitement, de son admission à un établissement de soins ou d'un service d'aide personnelle si elle est apte à comprendre les renseignements pertinents à l'égard de la prise d'une décision concernant le traitement, l'admission ou le service d'aide personnelle, selon le cas, et apte à évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d'une décision ou de l'absence de décision.

(2) Toute personne est présumée capable à l'égard d'un traitement, de son admission à un établissement de soins et de services d'aide personnelle.

Tous les juges de la Cour suprême sont d'accord sur les éléments du critère de détermination de la capacité:

Premièrement, la personne concernée doit être apte à comprendre les renseignements pertinents. Il ne fait aucun doute que l'intimé a satisfait à ce critère. Deuxièmement, la personne concernée doit être apte à évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d'une décision ou de l'absence de décision. Pour cela, cette personne doit être apte à appliquer les renseignements pertinents à sa situation et à évaluer les risques et les avantages prévisibles découlant d'une décision ou de l'absence de décision.⁴⁵

Au nom de la majorité, le juge Major apporte des précisions importantes concernant l'application du test prévu par la loi:

Premièrement, pour que le patient soit considéré apte à appliquer les renseignements pertinents à sa situation personnelle, il n'est

44. L.O. ch. 2, ann. A.

45. *Supra*, note 1, par. 78, le juge Major. Voir également les paragraphes 16 et 17 de l'opinion de la juge en chef McLachlin.

pas nécessaire que le patient soit d'accord avec son médecin traitant sur le diagnostic. [...] Bien qu'un patient n'ait pas à être d'accord avec un diagnostic particulier, s'il est démontré qu'il est dans un «état» psychologique donné, le patient doit être apte à reconnaître la possibilité qu'il puisse être affecté par cet état. [...]

[...]

Deuxièmement, la loi exige qu'un patient ait la capacité d'évaluer les conséquences de sa décision. Elle n'exige pas une évaluation concrète de ces conséquences.⁴⁶

Ce dernier aspect rejoint l'opinion de la juge Hélène LeBel dans *Institut Philippe Pinel c. Blais*⁴⁷: ce qui importe n'est pas la compréhension effective du patient, mais plutôt sa capacité de comprendre. Cette position est également celle du juge Steinberg, dissident, dans *Institut Pinel c. G. (A.)*, alors que la majorité, dans cette cause, place l'emphase sur la compréhension véritable du patient et non sur sa capacité de comprendre. Une lecture de la jurisprudence québécoise pertinente indique qu'effectivement, dans la plupart des cas, c'est le refus de reconnaître l'existence même de la maladie qui semble jouer un rôle prépondérant⁴⁸.

46. *Ibid.*, par. 79 et 80 (souligné dans l'original).

47. *Supra*, note 24, p. 1974.

48. É. DELEURY, D. GOUBAU, *supra*, note 4, p. 132, n° 109. Voir, par exemple, *Institut Philippe-Pinel c. Blais*, *ibid.*, p. 1975; *Cité de la Santé de Laval c. Lacombe*, *supra*, note 25; *Hôpital St-Charles Borromée c. G. (G.)*, [1994] R.D.F. 27 (C.S.); *Institut Philippe-Pinel de Montréal c. G. (A.)*, *supra*, note 25; *Institut Philippe-Pinel de Montréal c. W.*, [1997] R.L. 265 (C.S.), p. 272-273; *Centre hospitalier régional de Rimouski c. R.R. et al.* (20 août 2002), Rimouski, n° 100-05-001900-023 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50142278, par. 23; *Hôpital du Sacré-Cœur de Montréal c. J.G. et al.* (15 janvier 2003), Montréal, n° 500-05-075215-028 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50164174, par. 8; *Complexe Hospitalier de la Sagamie c. A.D. et al.*, *supra*, note 30, par. 5, 7 à 9; *Complexe hospitalier de la Sagamie c. K.P. et al.*, *supra*, note 30, par. 10; *Complexe hospitalier de la Sagamie c. M.-T. T. et al.* (6 février 2003), Chicoutimi, n° 150-17-000484-037 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50169007, par. 10; *Centre hospitalier universitaire de Sherbrooke c. J.P. et al.* (18 septembre 2003), Saint-François, n° 450-05-005314-030 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50193034, par. 3; *Centre hospitalier Vallée-de-l'Or et des soins psychiatriques régionaux (pavillon Brousseau-Dargis de Malartic) c. R.L. et al.* (23 octobre 2003), Abitibi, n° 615-05-000928-030 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50203232, par. 14; *Centre hospitalier Pierre-Le Gardeur et Marceau c. M.B. et al.*, *supra*, note 30, par. 43. Dans *Beauchesne c. Lord* (23 mai 2003), Trois-Rivières, n° 400-17-000482-030 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50176469, le mandataire d'une dame âgée de 91 ans, atteinte de la maladie d'Alzheimer et en «sérieuse perte d'autonomie», a demandé avec succès que l'on ordonne l'hébergement de la patiente dans un établissement spécialisé dans le traitement de personnes souffrant de cette maladie. Le juge Georges Taschereau a souligné que la dame ne comprenait pas ou se refusait à reconnaître qu'elle était en perte d'autonomie (*ibid.*, par. 13).

Quoi qu'il en soit, lorsque l'inaptitude de la personne est établie en fonction des critères ci-haut, celui qui est autorisé par la loi à consentir aux soins peut agir à sa place⁴⁹. Ce n'est qu'en cas de refus catégorique du patient qu'il y a lieu de passer à la deuxième étape.

2. Le refus catégorique du majeur inapte

Les *Commentaires du ministre de la Justice* tentent d'expliquer la portée de l'article 16 C.c.Q., mais ils laissent néanmoins la porte ouverte à diverses interprétations de la réalité que recouvre, ou est censé recouvrir, le refus catégorique.

A. La perspective du législateur québécois

Tel que mentionné ci-haut, afin d'entraîner l'intervention du tribunal qui statuera par la suite en fonction des dispositions de l'article 23 C.c.Q., le Code civil exige que le refus de soins de l'inapte soit catégorique⁵⁰, c'est-à-dire qu'il ne permette aucun doute quant à son existence. Mais la notion même de refus catégorique exige d'être nuancée car, en réalité, le simple constat d'un refus non équivoque ou ferme ne résout pas la question.

L'inaptitude du majeur étant établie dans une première étape en fonction des critères retenus par la jurisprudence, sur

49. Mais il n'en demeure pas moins vrai qu'avant de passer outre au refus du patient, son inaptitude doit être établie. Ainsi, dans *Carrefour de la santé et des services sociaux de la S. c. A.C. et al.* (15 janvier 1999), St-Maurice, n° 410-05-000770-982 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-99021385, la Cour n'a pas donné suite au rapport d'une travailleuse sociale exprimant certains doutes sur la capacité d'une personne physiquement handicapée à rester seule, lorsque deux médecins sont venus témoigner que le patient n'était pas inapte. Dans *Centre hospitalier de Chandler c. C.C. et al.*, [2000] R.J.Q. 1159, [2000] R.D.F. 349 (C.S.) [ci-après cité aux R.J.Q.], le juge G. Blanchet a décidé que, nonobstant les résultats affichés par les tests de Folstein, alternant à la hausse et à la baisse, la patiente n'était pas inapte et que l'on ne pouvait ordonner son placement dans un centre d'hébergement. Étant à la fois oxygéo-dépendante et fumeuse, on craignait qu'elle ne se conforme pas adéquatement à son traitement d'oxygénothérapie et ne prenne pas de précautions pour éviter le risque d'explosion ou d'incendie.

50. Art. 16 C.c.Q.: «... refuse catégoriquement...». *L'hôpital de Mont-Joli c. Madame S. et al.* (14 septembre 1994), Rimouski, n° 100-05-000132-941 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-94021603; *CLSC-CHSLD Haute-Ville-Des-Rivières c. A.B. et al.*, *supra*, note 30, par. 9; *Centre hospitalier Robert-Giffard c. D.D. et al.* (29 octobre 2002), Québec, n° 200-05-011650-996 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50149569, par. 12: «Considérant que ce refus annoncé de l'intimé s'apparente, sans l'être, à un refus libre et éclairé et partant à un refus catégorique au sens de l'article 16 du Code civil du Québec».

quelle base doit-on juger de la qualité même du refus? En effet, n'est-il pas paradoxal qu'un acquiescement aux soins par l'incapable soit généralement perçu d'un œil bienveillant tandis qu'un refus risque d'être mal accueilli⁵¹, d'autant plus qu'il serait fort probablement contraire à la volonté de l'entourage du malade? Et le tribunal, d'après le libellé de l'article 23 C.c.Q., peut décider de ne pas le respecter, puisque nous parlons ici de soins requis par l'état de santé⁵².

51. Dans *Centre hospitalier du Centre de la Mauricie c. C.*, [1998] R.L. 383 (C.S.), p. 389, le juge Legris affirme: «Pour conclure à l'incapacité de l'intimée à donner un consentement, il faudrait, dans les présentes circonstances, consacrer un principe voulant que toute personne qui refuse des soins médicaux jugés nécessaires par la médecine est incapable à y consentir. Tel n'est pas, je crois, l'esprit de l'article 11 C.c.Q.» Par contre, dans une autre cause, *Centre hospitalier Le Centre-de-la-Mauricie c. R.J.*, *supra*, note 30, la décision du juge Legris fut renversée par la Cour d'appel dans les termes suivants (par. 4 à 6): «Au terme d'un jugement lapidaire, le premier juge a conclu que l'intimé ne paraissait pas assez déraisonnable pour être en mesure d'exercer son libre choix de prendre des pilules et de subir des électrochocs'. C'est sur cette base qu'il a rejeté la requête. La conclusion à laquelle le premier juge est parvenu ne trouve aucun appui dans la preuve. Sans motif valable, il a écarté la preuve médicale pour ne se fier qu'à sa propre perception profane des troubles psychiatriques dont l'intimé est atteint. La preuve administrée révèle de façon surabondante que l'intimé n'est pas en mesure de comprendre la nature et le but des traitements qui sont nécessaires à son état, qu'il n'en comprend ni les risques ni les avantages et que généralement, il ignore totalement qu'il est atteint de sa maladie.» Il est intéressant de noter qu'un autre jugement du juge Legris a subi le même sort aux mains de la Cour d'appel dans *Hôtel-Dieu de Roberval c. C.S.*, *supra*, note 30, par. 7: «Le premier juge a refusé d'acquiescer à cette demande estimant que l'intimé, qu'il avait interrogé, était conscient de sa maladie, qu'il comprenait les propos de ses interlocuteurs, qu'il n'était 'en apparence' pas violent, ni déranger pour son entourage et enfin, qu'il avait le droit de refuser les traitements proposés.» Or, selon la Cour d'appel (au par. 9), «[...] le premier juge a manifestement erré dans son interprétation des faits mis en preuve en affirmant que l'intimé était 'conscient' de sa maladie alors que la preuve non contredite par l'expert-psychiatre [...] est indiscutablement à l'effet contraire.» Comme le souligne M^e Sylvain Lussier, «Le refus catégorique de recevoir des soins» dans la *Collection Code civil du Québec: refus catégorique*, Montréal, Association des hôpitaux du Québec, 1993, p. D-3, l'autorisation du tribunal n'est pas nécessaire lorsque l'incapable accepte de recevoir les soins. Par contre, elle devient nécessaire en cas de refus.
52. Le but évident du législateur est d'éviter «l'entreposage» (en anglais, la littérature scientifique parle du «warehousing») des patients, c'est-à-dire le fait de les garder en établissement sans être en mesure de leur fournir des soins exigés par leur état: C. PEARSON, «Consent to Psychiatric Treatment in Canada: Specific Issues», (1993) 2 *Health Law Review* 3, à la p. 4; *Institut Philippe-Pinel de Montréal c. G. (A.)*, *supra*, note 25, p. 2538, l'argument du juge Delisle, cité plus haut, à la partie I, B. Voir également *Réseau Santé Richelieu-Yamaska c. S.G. et al.* (19 mars 1999), St-Hyacinthe, n^o 750-05-001438-992 (C.S.), REJB 1999-12882, p. 5. Notons que le juge Marquis a fait application des critères énoncés dans *Institut Philippe-Pinel de Montréal c. G. (A.)* pour décider si la patiente était incapable. Par contre, les tribunaux ne peuvent autoriser des soins en antici-

Pour que le refus mérite son nom, il faudrait à tout le moins que l'inapte soit capable de comprendre qu'il décide de façon non équivoque de ne pas se faire soigner, que cette décision soit rationnelle⁵³ ou délirante⁵⁴. En effet, si la personne était à ce point inhabile à comprendre le sens du mot «non» comme étant l'équivalent d'un refus, sa résistance ou son opposition ne serait ni réelle ni, par ailleurs, catégorique. Nous serions alors en présence d'un refus factice car, pour l'individu concerné, il s'agirait d'une expression dépourvue de sens. Dans ses *Commentaires*, le ministre de la Justice semble reconnaître la pertinence de cette distinction:

Comme la valeur du refus d'une personne inapte est douteuse, ce refus est qualifié pour indiquer qu'il doit s'apparenter à un refus libre et éclairé *et se distinguer du simple réflexe biologique totalement étranger à l'expression de la volonté*.⁵⁵

Certes, l'affirmation voulant que le refus catégorique s'apparente à un refus libre et éclairé, prise littéralement, porte à confusion car, dans le contexte sous étude, comment le refus d'un inapte pourrait-il équivaloir à un refus ayant des assises plus certaines et exprimé par une personne apte et bien renseignée? S'agit-il d'une façon plus ou moins heureuse de dire que le refus doit être

pant la *possibilité* que certains soins s'avèrent un jour nécessaires, cf. *Institut Philippe-Pinel de Montréal c. W.*, *supra*, note 48, p. 276, «In the Court's opinion, it should not authorize treatment to be imposed by force if no present need, and no probable future need, for the treatment have been established.»

53. Par exemple, le refus de soins à cause des effets secondaires de la médication antipsychotique: *Institut Philippe-Pinel de Montréal c. G. (A.)*, *ibid.*, p. 2541, le juge Steinberg: «I find it perfectly logical that a patient would refuse a treatment that induces symptoms similar in effect to Parkinson's disease, including fatigue, stiffness of the joints, dryness of the mouth, and possible impotency. The refusal is no less logical and reasonable when the attending physician suggests that the side effects can be controlled by other drugs. Are there any side effects to the drugs controlling the side effects? Should not the patient be entitled to draw the line?» Dans *Starson c. Swayze*, *supra*, note 1, par. 102, le juge Major affirme: «Il ressort clairement du dossier que, pour le professeur Starson, sa capacité de travailler comme physicien domine tous les autres facteurs. Il est clair qu'il considère le traitement proposé par ses médecins plus dommageable que ses troubles mentaux.» Voir également H. Archibald KAISER, «Mental Disability Law», dans J. DOWNIE, T. CAULFIELD et C. FLOOD, *Canadian Health Law and Policy*, 2^e édition, Toronto Butterworths, 2002, 251, p. 299.
54. C. PEARSON, *supra*, note 52, p.4. Voir aussi *Centre hospitalier régional de Lanaudière c. L.D. et al.*, *supra*, note 30, par. 48; *Cité de la santé de Laval c. M.D. et al.* (14 mars 2001), Laval, n° 540-05-005846-005 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50115044, par. 15.
55. *Commentaires du Ministre de la justice*, tome 1, *Le Code civil du Québec*, Québec, Les Publications du Québec, 1993, à la p. 18 [nos italiques].

l'expression consciente de la volonté de l'individu par opposition à un refus dépourvu de tout lien avec une intention structurée? Sans revenir sur le débat de la valeur persuasive des *Commentaires du Ministre de la Justice*⁵⁶, il y a là une reconnaissance explicite du fait que tous les refus ne sont pas de valeur égale.

Ces distinctions entraînent des conséquences importantes sur le plan pratique. Tout d'abord, il faut non seulement évaluer l'aptitude de la personne, mais également déterminer si elle réaligne qu'elle exprime carrément un refus des soins proposés, peu important les motifs irrationnels qui sous-tendent ce refus. Par la suite, lorsqu'on est en présence d'un refus qui peut sembler déraisonnable ou injustifié, mais qui s'avère structuré et conscient, le recours au tribunal demeure essentiel afin de vaincre, s'il y a lieu, cette résistance. La jurisprudence tend même à assimiler au refus catégorique l'opposition épisodique d'une personne inapte, portée à changer d'avis assez allégrement⁵⁷. Par contre, si le «refus» du patient n'est pas le résultat d'une volonté organisée, il ne peut être qualifié de refus véritable et encore moins, de refus catégorique. Dans ce cas, le seul consentement du représentant ou du proche, exprimé en conformité avec les principes énoncés à l'article 12 C.c.Q., suffirait. Enfin, avant d'autoriser les soins nonobstant le refus, le tribunal doit être convaincu que l'absence de traitement n'est pas dans le meilleur intérêt du patient. Selon le juge Legris,

56. Voir *Doré c. Verdun (Ville de)*, [1997] 2 R.C.S. 862., par. 12 à 14, confirmant [1994] R.J.Q. 2984 (C.S.) et [1995] R.J.Q. 1321 (C.A.); et de façon plus générale, P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e édition, Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 526.

57. Voir par exemple, *Centre hospitalier Robert-Giffard c. G.D. et al.*, [1994] R.D.F. 270, à la p. 271: «L'ensemble de la preuve a convaincu le tribunal que, de façon épisodique, D... refuse catégoriquement de se soumettre aux soins requis par son état et qu'il y a lieu de faire droit à la demande.» Aussi, dans *Centre hospitalier Robert-Giffard c. L. (C.) et al.* (20 juillet 1999), Québec, n° 200-05-011884-991 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-99026488, à la p. 2: «D'abord Madame elle-même, qui s'est exprimée ce matin, a donné son consentement [sic]. On pourrait s'arrêter ici et conclure qu'il n'y a pas 'refus catégorique'. Mais la maladie de madame – schizophrénie paranoïde sévère – fait que son consentement vaut ce qu'il vaut, demain ce sera peut-être un refus comme ce fut le cas hier. Dans les circonstances il vaut mieux continuer la procédure et disposer de la requête» (les soulignés sont dans l'original). Il est intéressant de noter que, dans ce jugement, le juge a autorisé l'interruption de la grossesse de la patiente ainsi qu'une ligature tubaire. Voir également *Centre hospitalier Rouyn-Noranda c. G.C. et al.* (26 mars 2003), Rouyn-Noranda, n° 600-05-000769-030 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50168515, par. 13 et *Centre hospitalier universitaire de Québec c. L.H. et al.* (16 décembre 2002), Québec, n° 200-05-017597-027 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50157688, par. 3 et 7.

On comprendra ici que puisqu'il s'agit d'atteinte à la liberté de contracter et à l'intégrité de la personne humaine, le fardeau de la preuve soit plus lourd que celui de la simple probabilité.⁵⁸

Les exigences relatives à la qualification du refus du patient soulèvent cependant un doute.

B. L'expression du refus catégorique: peut-on encore parler d'inaptitude?

Le refus catégorique doit donc, selon les *Commentaires* du Ministre déjà rappelés ci-dessus⁵⁹, «s'apparenter à un refus libre et éclairé». L'étude de la jurisprudence, si elle nous éclaire à certains égards, suscite également des interrogations concernant le lien entre le refus catégorique et l'inaptitude de la personne.

Dans la cause *Douglas Hospital Center c. C.T. et le Curateur public du Québec*⁶⁰, le patient souffre de schizophrénie et de paranoïa. Il est persuadé que toute intervention proposée par les médecins vise à le tuer, y compris les examens diagnostics envisagés pour déterminer s'il est effectivement atteint d'un cancer du poumon. Sa médication antipsychotique n'a guère amélioré sa perception des événements. Il n'est même pas en mesure de comprendre, malgré les explications de son psychiatre, qu'il pourrait peut-être avoir un tel cancer et il refuse tout traitement. Nous trouvons-nous ici en face d'un refus conscient s'apparentant à un refus libre et éclairé, ou en présence d'un réflexe biologique de terreur issu du délire du patient, manifestement inapte à tous points de vue? Ce «non» irrationnel a en tout cas amené les autorités de l'hôpital à

58. *Centre hospitalier du Centre de la Mauricie c. C.*, *supra*, note 51, p. 387 (C.S.). La preuve dont parle ici le juge Legris est bien celle qu'il faut faire en vue d'imposer des soins et non pas la preuve ordinaire de l'inaptitude qui, elle, obéit à la balance des probabilités. Voir *Starson c. Swayze*, *supra*, note 1, par. 13, où la juge en chef McLachlin affirme: «La personne est présumée compétente et la norme de preuve applicable pour conclure à l'incapacité est la prépondérance des probabilités.» Le juge Major, parlant au nom de la majorité, est du même avis (par. 77). Dans *Centre hospitalier Pierre-Le Gardeur et Marceau c. M.B. et al.*, *supra*, note 30, le juge Trudel affirme (aux paragraphes 35 et 36): «Bien que le texte de la loi ontarienne soit différent des articles de la loi québécoise, les principes les régissant sont au même effet. Au Québec, la règle applicable en matière civile est énoncée à l'article 2804 C.c.Q. soit la balance des probabilités.»

59. *Supra*, note 55.

60. [1993] R.J.Q. 1128 (C.S.).

saisir le tribunal, conformément à l'article 19.4 C.c.B.C. alors en vigueur⁶¹.

Bien différente est la situation des patients dans les arrêts *Institut Philippe-Pinel de Montréal c. G. (A.)*⁶² et *Starson*⁶³, déjà présentés plus haut. Même si tous deux nient, pour l'essentiel, leur maladie, ils admettent cependant souffrir de certains problèmes mentaux ou de comportement. Tous deux ont déjà fait l'expérience de la médication que les médecins veulent à nouveau leur imposer et qui comporte des effets secondaires néfastes qu'ils connaissent, décrivent et refusent de subir. Ils sont conscients du fait que leur refus de traitement a pour conséquence leur maintien en institution et même, pour l'un, en isolement sévère, et ils affirment préférer cette alternative. Dans *Institut Pinel*, la Cour supérieure a estimé «que l'intimé était capable de soupeser pleinement les effets de son refus et a conclu à l'aptitude de l'intimé à consentir à un traitement ou à le refuser»⁶⁴. Mais la Cour d'appel désavoue son approche trop restrictive dans l'évaluation de l'inaptitude, car elle s'est limitée à la compréhension des conséquences du refus de traitement pour conclure à l'aptitude de l'intimé pour cette décision particulière. Les juges majoritaires appliquent le test plus large en cinq volets exposé plus haut⁶⁵ et concluent, sur chacun des points, à l'inaptitude à consentir aux soins. Comment le refus du patient pourrait-il dès lors «s'apparenter à un refus libre et éclairé»? Le juge Steinberg, dissident, se rallie au contraire à la position du premier juge et estime logique la décision du patient dans les circonstances⁶⁶.

Dans l'arrêt *Starson*, au contraire, la Cour suprême, en se conformant aux exigences de la législation ontarienne, retient

61. Devenu l'article 16, alinéa 1 C.c.Q., avec quelques modifications de forme. Le tribunal a donné raison au psychiatre traitant du patient et refusé les interventions diagnostiques pour le motif que les risques et préjudices pour le patient l'emportaient de loin sur des bienfaits particulièrement aléatoires. Le tribunal énonce cependant, à la p. 1132, un motif qui nous paraît inopportun dans les circonstances: «En cette matière», dit-il, «nous devons choisir le moindre de deux maux, et le respect de la volonté du patient en l'instance, vu l'opinion de son psychiatre, paraît infiniment supérieur». Le patient étant totalement inapte (il est d'ailleurs sous curatelle du Curateur public), c'est évidemment le tribunal qui prend la décision.

62. *Supra*, note 25.

63. *Supra*, note 1.

64. *Supra*, note 25, p. 2527.

65. Voir section II, A. Voir également *Hôpital Charles-Lemoyne c. Forcier*, *supra*, note 29, p. 260.

66. *Institut Pinel c. G. (A.)*, *supra*, note 25, p. 2538.

deux critères pour la détermination de la capacité en matière de traitement: «la capacité cognitive d'analyser, de retenir et de comprendre les renseignements pertinents» [...] et l'aptitude «à évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d'une décision ou de l'absence de décision»⁶⁷. Or il n'a pas été démontré «que le professeur Starson était inconscient de son état ou qu'il ne comprenait pas les conséquences du traitement»⁶⁸. Au contraire, ayant pris les substances en question et en ayant constaté l'effet sur le fonctionnement de son cerveau, «il est clair qu'il considère le traitement proposé par ses médecins plus dommageable que ses troubles mentaux»⁶⁹. La Cour rejette donc le pourvoi pour le motif que l'intimé n'était pas inapte à prendre une décision concernant le traitement que l'on voulait lui imposer.

Nous voici donc en face d'un refus catégorique qui constitue clairement, aux yeux de la Cour suprême, un refus libre et éclairé. L'arrêt *Starson* entérine ainsi *a posteriori* la position minoritaire du juge Steinberg dans la cause *Institut Pinel*. Ni la Cour suprême ni la Cour d'appel du Québec ne se penchent sur la définition du refus catégorique. Mais, en présence d'une personne qui comprend effectivement la nature, les effets et les inconvénients du traitement que l'on veut lui imposer, et même si sa décision semble déraisonnable aux yeux des médecins et des instances impliquées qui la considèrent comme inapte, la Cour suprême conclut au contraire à l'aptitude du patient à prendre la décision d'accepter ou de refuser ledit traitement. Dès lors, le refus catégorique a-t-il réellement une existence autonome ou se confond-il avec l'aptitude, très restreinte, à prendre cette décision spécifique? Selon nous, dès le moment où le patient fait un choix étayé par la réalité, donc qui ne s'avère pas entièrement irrationnel tout en n'étant pas dans son meilleur intérêt aux yeux des tiers, la question est posée.

3. Le caractère inadéquat de l'article 16 C.c.Q.

Faut-il vraiment s'étonner des difficultés causées par la mise en œuvre de l'article 16 C.c.Q.? L'approche retenue par le législateur s'y trouve particulièrement restreinte.

67. *Supra*, note 1, par. 78.

68. *Ibid.*, par. 106.

69. *Ibid.*, par. 102.

A. Une perspective limitée au refus

Qu'il s'agisse du représentant ou d'un proche du majeur inapte, ou du majeur inapte lui-même⁷⁰, le législateur ne prend littéralement en compte que le refus de soins, qui seul justifierait le recours au tribunal. Cette position traduit un *a priori* qui peut se révéler très contestable: le consentement irait d'emblée dans le sens du meilleur intérêt de la personne, comme le veut l'article 12 C.c.Q., s'il est donné par un tiers, ou serait une réelle manifestation d'autonomie s'il est donné par le majeur inapte. Le refus, quant à lui, est suspect.

C'est méconnaître jusqu'à un certain point la réalité. Bien sûr, les médecins sont présumés ne proposer que les traitements qui sont dans le meilleur intérêt de leurs patients. Mais la médecine n'est pas une science exacte. Des divergences peuvent exister entre les professionnels, entre ceux-ci et le patient, avec la famille du patient, lorsqu'il s'agit de déterminer, en tenant compte des bienfaits envisagés, des risques et inconvénients appréhendés et de toutes les circonstances⁷¹, ce qui est dans le meilleur intérêt de la personne inapte. Bien plus, si la décision est sienne, il est présumé que son consentement n'a pas à être remis en question. Or une proposition de traitement et un acquiescement peuvent s'avérer tout aussi contestables qu'un refus. À titre d'exemple, l'arrêt *Douglas Hospital Center c. C.T.*⁷² fait état d'une profonde divergence de vues entre le pneumologue et le psychiatre traitant le patient. Si ce dernier s'était avéré plus passif, n'avait pas opposé de «refus catégorique», l'affaire ne se serait pas retrouvée devant le tribunal et se serait donc réglée au niveau des instances internes de l'hôpital, comme la très grande majorité des cas. Le seul «refus catégorique» justifie-t-il donc un double standard dans les décisions prises pour les personnes réellement inaptes à tous égards, alors qu'il s'agit, nous l'avons vu plus haut, d'une notion bien mal définie?

B. Des objectifs et des modalités à revoir

Dans le cadre d'une prise de décision médicale pour un majeur inapte, l'objectif est double: préserver autant que faire se peut son autonomie et assurer sa protection. La préservation de

70. L'approche est la même pour le mineur également.

71. Art. 12 C.c.Q.

72. *Supra*, note 60.

l'autonomie résiduelle est assurée par la distinction, bien établie par les tribunaux, entre l'incapacité générale et l'incapacité particulière à consentir aux soins⁷³. Le législateur a également inscrit l'article 16 C.c.Q. dans cette perspective, surtout pour répondre, à l'époque, aux revendications des groupes de défense des personnes atteintes de maladie mentale, qui craignent plus que d'autres les traitements imposés⁷⁴. La protection du patient majeur inapte relève à la fois des obligations légales et déontologiques du médecin et des obligations légales du représentant ou des proches qui prennent pour lui une décision de traitement ou de non traitement⁷⁵. Tous ont le devoir d'agir dans son meilleur intérêt, de soupeser les risques et bienfaits de tous ordres susceptibles de découler de la décision, que celle-ci soit un consentement au traitement, le choix d'une alternative de traitement ou un refus de traitement.

Il n'y a donc aucune raison de réserver l'intervention du tribunal aux cas de refus catégorique par le majeur dit inapte ou de «refus injustifié de celui qui peut consentir à des soins requis par l'état de santé» de ce majeur⁷⁶. Cette disposition ne répond ni à la réalité clinique ni aux véritables besoins des majeurs inaptes. Pour respecter les objectifs énoncés ci-haut, le recours au tribunal en matière de soins de santé s'imposerait dans les cas suivants:

73. Voir plus haut, partie I, B.

74. Voir par exemple l'intervention de Paul Morin lors des audiences devant la Commission permanente de la justice le 28 avril 1983, *Journal des débats: Commissions parlementaires*, 4^e sess., 32^e Lég., p. B-1699, et surtout p. B-1701. La Commission des droits de la personne du Québec, dans son mémoire présenté devant la Commission permanente de la justice lors des auditions sur le *Projet de loi n° 106: Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes*, avait déjà affirmé: «[...] afin d'assurer le respect de la dignité et de l'autonomie de la personne, nous recommandons, suivant le raisonnement du professeur Somerville, que l'autorisation du tribunal soit requise au cas où un majeur 'non doué de discernement' refuse un traitement... » (p. 13). En effet, Somerville avait écrit dans son rapport à la Commission de réforme du droit du Canada, *Le consentement à l'acte médical*, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1980, p. 102: «De même, lorsqu'un handicapé mental refuse de subir une intervention médicale, sa décision devrait sur les plans moral et juridique, avoir plus de poids que s'il acceptait, de sorte que son droit de veto ait plus d'impact que sa capacité de consentir.» Madame Francine Fournier, de la Commission des droits de la personne, avait réitéré cette position lors de sa présentation orale devant la Commission permanente, *Journal des débats: Commissions parlementaires*, id., p. B-1682.

75. Art. 12, 15, 256, 257, 259, 260 et 264 C.c.Q.

76. Art. 16, al. 1 C.c.Q. L'article mentionne également l'empêchement de celui qui peut consentir à des soins.

- s’il existe un doute sérieux ou une contestation sur l’incapacité du majeur à prendre une décision éclairée⁷⁷. Ce doute peut être soulevé aussi bien en présence d’une acceptation que d’un refus de traitement.
- si le majeur est inapte, il existe une dissension quant à la décision, acceptation ou refus de traitement, qui respecte son meilleur intérêt ou encore les volontés qu’il a pu manifester⁷⁸. Une telle dissension peut survenir entre les proches du patient, ou entre les proches et les professionnels de la santé ou entre les professionnels eux-mêmes.

Ces situations supposent évidemment que quelqu’un de l’entourage du patient ou du milieu hospitalier décide d’entreprendre une démarche judiciaire après avoir, de préférence, épuisé les autres possibilités d’en arriver à une entente⁷⁹. Il nous semble que le majeur ne serait certes pas moins bien protégé qu’avec le texte actuel, de portée restreinte, de l’article 16 C.c.Q. : ce sont, en tout état de cause, les professionnels de la santé ou les proches qui vont décider que le patient exprime un refus catégorique et qu’il faut donc, en principe, saisir le tribunal. Cette décision peut aussi être le fait de l’institution elle-même qui veut se protéger contre un recours éventuel.

Conclusion

S’il fallait s’adresser au tribunal chaque fois que le patient inapte, de façon instinctive ou inconsciente, prononce le mot «non» à toute offre de soins, la loi serait détournée de sa finalité qui consiste en un second regard sur un projet de traitement face à la réticence bien arrêtée du patient⁸⁰. La présence du qualificatif

77. Rappelons que c’est finalement l’aspect sur lequel la Cour suprême et les tribunaux inférieurs se sont prononcés.

78. Art. 12 C.c.Q.

79. Pensons au dialogue franc avec le médecin et l’équipe soignante, l’équipe multidisciplinaire s’il en est, le comité d’éthique, le service social.

80. Voir C. BROWN, E. MURPHY, «Falling Through the Cracks: The Quebec Mental Health System», (2000) 45 *Revue de droit McGill* 1037, p. 1066-1067 : «While such a provision does not guarantee that treatment will not be imposed on the refusing patient, it places the onus on an interested party to convince the court that both the finding of incapacity to consent is well-founded, and second, that the proposed treatment is in fact necessary. This independent review mechanism reinforces the primacy of the patient’s right to inviolability and bodily integrity as articulated in article 10 of the C.C.Q.» Mais dans *Centre hospitalier du Centre de la Mauricie c. C.*, *supra*, note 51, p. 389, le juge Legris affirme que «[...] le tribunal doit autoriser ce qu’on appelle en d’autres lieux la contrainte

«catégoriquement» à l'article 16 C.c.Q. milite en faveur de la thèse que l'incapable doit avoir une pensée suffisamment organisée afin d'être conscient qu'il exprime un refus à l'égard du traitement proposé. Nonobstant les avantages de ce point de vue, qui semble épargner aux personnes chargées de soigner les incapables le fardeau de recourir chaque fois à la justice, il ne faut pas méconnaître le risque évident qu'on soit porté à traiter la plupart des refus de façon routinière sous prétexte qu'ils sont irréels ou illusoire. Reste le problème du refus équivoque, c'est-à-dire un refus exprimé lorsqu'il existe une incertitude quant à la compréhension du patient. Dans ce cas, le recours au tribunal s'avérera nécessaire afin de déterminer le niveau d'entendement de l'incapable et ordonner éventuellement le traitement.

La rédaction de l'article 16 C.c.Q., qui renvoie à l'article 23 C.c.Q., illustre bien les écueils inhérents à une volonté de judicia-riser le consentement aux soins médicaux⁸¹. Le nombre d'arrêts portant sur le refus catégorique depuis l'ajout de l'article 19.4 à l'ancien *Code civil du Bas-Canada* et sa reconduction dans le *Code civil du Québec*, témoigne d'une lourdeur dans ce domaine, d'autant plus que ces requêtes pour permission de soigner ont presque exclusivement pour but d'autoriser les soignants à administrer une médication antipsychotique⁸². Bien que la régularité

par corps, les voies de fait, la séquestration, etc. En ce cas, l'autorisation du tribunal participe davantage de la nature d'une homologation que d'une décision sur l'opportunité des soins.» Dans *Le curateur public du Québec c. M.L. et l'Hôpital du Sacré-Cœur de Montréal* (28 septembre 1999), Montréal, n° 500-05-052068-994 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-00026011, on a ordonné l'administration «d'un traitement pharmacologique par injection» même si le taux de réussite du traitement n'était que de 20 % à 25 %.

81. Selon D. MORRISON, «Informed Consent, Competency and Psychiatry: A Quebec Perspective», (1986) 7 *Health Law in Canada* 106, p. 108, «... [T]here is going to be a trend towards judicialization of psychiatric practice; that is, psychiatrists will have to be much more cautious in assessing the competency of psychiatric patients and will have to defend their decision in court. I do not think that this option of going to court in an adversarial context will help the psychiatric patient or the doctor-patient relationship.»
82. Dans deux cas, *Hôpital du Sacré-Cœur de Montréal c. J.G. et al.*, *supra*, note 48 et *Centre hospitalier régional de Rimouski c. R.R. et al.* (2 mai 2003), Rimouski, n° 100-05-001981-031 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50173405, il s'agissait de la troisième fois que les centres hospitaliers concernés s'adressaient au tribunal afin de traiter des patientes contre leur gré. Le jugement dans *Centre hospitalier Robert-Giffard c. J.-P. C et al.* (27 juin 2003), Québec, n° 200-05-009407-987 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50182324 renouvelait pour une période de trois ans, une autorisation de soigner déjà émise et qui était sur le point de prendre fin. Notons qu'il arrive parfois que le tribunal ordonne l'hébergement de la personne, voir, par exemple, *Beauchesne c. Lord*, *supra*, note 48; *Centre hospitalier Rouyn-Noranda c. G.C.*, *supra*, note 57; *Hôtel-Dieu*

avec laquelle ces requêtes sont accueillies atteste de la probité reconnue par les tribunaux à la psychiatrie⁸³, d'aucuns pourraient y voir une preuve de l'inutilité de cette démarche imposée par la loi.

Par contre, il importe de pas perdre de vue la pertinence évidente de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁸⁴ et de la

de Lévis c. M.D. et al. (20 mai 2003), Québec, n° 200-17-003267-036 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50175338; *Jean et le Centre hospitalier Beauce Etchemin c. H.P.* (11 septembre 2003), Beauce, n° 350-17-000054-034 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50195892; *P.-H. P. c. B.P. et al.* (18 septembre 2003), Québec, n° 200-17-003568-037 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50193260.

83. Par exemple dans les cas suivants, le tribunal semble avoir rendu jugement sur la foi des rapports médicaux produits au dossier ainsi que des affidavits détaillés des médecins et autres professionnels: *Centre hospitalier universitaire de Québec c. P. C.-M. et al.* (23 novembre 2001), Québec, n° 200-05-016077-013 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50106607; *Centre hospitalier Robert-Giffard c. Y.R. et al.* (12 décembre 2001), Québec, n° 200-05-016138-013 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50109314; *Centre hospitalier Robert-Giffard c. A.M. et al.* (12 décembre 2001), Québec, n° 200-05-016152-014 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50109316; *Centre hospitalier Robert-Giffard c. R.H. et al.* (21 décembre 2001), Québec, n° 200-05-013149-005 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50110063; *Centre hospitalier universitaire de Québec et Painchaud c. P.R. et al.* (3 janvier 2002), Québec, n° 200-05-016308-012 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50109501; *Centre hospitalier Robert-Giffard c. É.O. et al.* (11 juin 2002), Québec, n° 200-05-016639-028 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50133180; *Centre hospitalier universitaire de Québec c. J.-E.M. et al.* (17 octobre 2002), Québec, n° 200-05-017495-024 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50148349; *Centre hospitalier Robert-Giffard c. G.G. et al.* (27 novembre 2002), Québec, n° 200-05-017660-023 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50154022; *Centre hospitalier Robert-Giffard c. C.B. et al.* (28 février 2003), Québec, n° 200-17-003102-035 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50165018; *Hôtel-Dieu de Lévis c. M.D. et al.*, *supra*, note 82; *Centre hospitalier Robert-Giffard c. C.B. et al.* (10 juin 2003), Québec, n° 200-17-003391-034 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50180705; *Centre hospitalier Robert-Giffard c. G.D. et al.* (2 juillet 2003), Québec, n° 200-17-003456-035 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50182549; *Centre hospitalier Robert-Giffard c. S.D.B. et al.* (3 juillet 2003), Québec, n° 200-17-003441-037 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50182548; *Centre hospitalier Robert-Giffard c. H.M. et al.* (17 juillet 2003), Québec, n° 200-17-003504-032 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50184972; *Centre hospitalier Robert-Giffard c. L.C. et al.* (24 juillet 2003), Québec, n° 200-17-003489-036 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50186304; *Centre hospitalier Robert-Giffard c. J.-F. G. et al.* (6 août 2003), Québec, n° 200-05-0016842-028 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50193158; *Centre hospitalier Robert-Giffard c. S.L. et al.* (6 août 2003), Québec, n° 200-17-003564-036 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50193160; *Centre hospitalier Robert-Giffard c. P.Y.P. et al.* (6 août 2003), Québec, n° 200-17-003581-030 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50193536; *Centre hospitalier Robert-Giffard c. A.T.* (6 août 2003), Québec, n° 200-05-009302-980 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50193159; *Centre hospitalier Robert-Giffard c. R.P. et al.* (16 septembre 2003), Québec, n° 200-17-003687-035 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50193027; *Centre hospitalier universitaire de Québec c. T.R. et al.* (8 octobre 2003), Québec, n° 200-17-003787-033 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50197278; *Centre hospitalier Robert-Giffard c. W.-J. K-Y. et al.* (9 octobre 2003), Québec, n° 200-17-003775-038 (C.S.), en ligne: SOQUIJ, AZ-50197279.
84. *Loi de 1982 sur le Canada, annexe B, 1982 (R.-U.)*, c. 11, art. 7, 12 et 15(1).

*Charte des droits et libertés de la personne*⁸⁵. Le juge Robins, parlant au nom de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Re Fleming and Reid*⁸⁶, a bien souligné la nécessité d'être vigilant quant à la protection des droits fondamentaux découlant de la Charte canadienne dans toute législation visant l'administration des soins aux malades mentaux. Lors d'un jugement déclarant contraire à la *Charte canadienne des droits et libertés* certaines dispositions du *Mental Health Act*⁸⁷, il affirme:

The right to personal security is guaranteed as fundamental in our society. Manifestly, it should not be infringed any more than is clearly necessary. [...] To completely strip these [incompetent] patients of the freedom to determine for themselves what shall be done with their bodies cannot be considered a minimum impairment of their Charter right.⁸⁸

Il est indéniable que les personnes vulnérables de notre société doivent être entourées de protections additionnelles afin d'assurer le respect de leur inviolabilité et de leur autonomie⁸⁹. Dans la mesure du possible, la volonté de la personne inapte doit être prise en considération sans conclure automatiquement que le refus de soins équivaut à une décision déraisonnable⁹⁰.

85. L.R.Q., c. C-12, art. 1, 3, 4, 5 et 10.

86. (1991) 82 D.L.R. (4th) 298.

87. R.S.O., 1980, c. 262, art. 35(a) et 35(2)(b)(ii).

88. *Supra*, note 86, p. 320.

89. Voir *Centre hospitalier de Chandler c. C.C. et al.*, *supra*, note 49, p. 1167, où le juge Blanchet a reconnu le droit de l'intimée de refuser le placement irréversible en hébergement de longue durée. Selon le juge Robins, dans l'affaire *Re Fleming and Reid*, *id.*, p. 311, «Mentally ill persons are not to be stigmatized because of the nature of their illness or disability. Their right to personal autonomy and self-determination is no less significant, and is entitled to no less protection, than that of competent persons suffering from physical ailments.»

90. G.B. ROBERTSON, *Mental Disability and the Law in Canada*, 2^e édition, Toronto, Carswell, 1994, p. 486.

La propriété collective. Est-ce grave, docteur? – Réflexions à partir d'une relecture de l'arrêt *Allard*

Générosa BRAS MIRANDA

Résumé

La société de personnes présente un trouble de la personnalité. Elle souffre d'une absence de personnalité morale. Ce diagnostic a été établi par l'arrêt *Allard* de la Cour d'appel.

Qui est alors propriétaire des biens tenus en société de personnes? Certains ont cru percevoir que la Cour d'appel avait considéré que les biens étaient la propriété indivise des associés. Aussitôt de graves critiques ont été portées contre une telle qualification. La société ne peut se conjuguer avec l'indivision puisque l'une suppose un apport translatif de propriété et créateur d'un lien personnel entre la société et l'apporteur; alors que l'autre préserve un rapport de type réel entre le bien et celui qui le met à la disposition de la société.

La doctrine a proposé d'autres solutions: celle de la propriété collective entendue comme étant une indivision sans quote-part, puis celle du patrimoine d'affectation.

L'auteur tente de démontrer que ces voies pour intéressantes qu'elles paraissent doivent être abandonnées dès lors qu'elles ne se répartissent pas du concept même de patrimoine, sur lequel le raisonnement trébuche toujours.

Les regroupements sans personnalité juridique sont résolument tissés sur une trame différente: celle de la propriété collective. Le vocable n'est pas nouveau. Mais le sens qu'on entend lui donner au Québec reste à définir. Les tribunaux devront prendre position. Tel que nous l'entendons, la propriété collective se lit en

dehors de tout concept de patrimoine, d'apport et d'indivision. Elle s'inscrit sur un registre différent qui s'écrit en termes de pouvoirs, de mise en commun de biens et d'obligation de *praestare*.

La société de personnes n'est pas constituée par un apport translatif de propriété mais par une simple opération de mise en commun de biens qui préserve le lien de propriété entre l'associé et le bien mis à la disposition d'un but particulier et collectif. Chacun des associés s'engage à ne prendre de décision concernant son bien qu'en accord avec les autres afin d'atteindre le but commun préétabli. Une situation juridique particulière, que l'on peut appeler propriété collective, émerge de cette limitation contractuellement organisée des pouvoirs de chacun des propriétaires sur ses biens. Analysée sous l'angle des obligations, cette restriction résulte de l'engagement de chacun des associés dans une obligation oubliée par le législateur, celle de *praestare*.

La propriété collective. Est-ce grave, docteur? – Réflexions à partir d’une relecture de l’arrêt *Allard*

Générosa BRAS MIRANDA*

INTRODUCTION	33
PARTIE I- La société de personnes souffre d’un trouble de la personnalité	33
Par. 1) Le diagnostic de la Cour	34
Par. 2) L’expertise des professeurs	37
A- Propriété collective ou personnalité morale au rabais	37
B- Patrimoine d’affectation	38
PARTIE II- Le symptôme: la mise en commun	39
Par. 1) Il n’y a pas apport	40
Par. 2) Il n’y a pas indivision	44
Par. 3) Il y a mise en commun	47
A- La mise en commun ne crée pas d’affectation de patrimoine.	47
B- La mise en commun ne crée pas de patrimoine sans sujet.	50
C- Il y a division et affectation de patrimoine . . .	51

* Docteure en droit, chercheure au Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec.

PARTIE III- Le remède: l'admission de la propriété collective?	54
CONCLUSION	56

INTRODUCTION

La société de personnes présente un trouble de la personnalité. Le diagnostic a clairement été posé en 1996, par l'arrêt *Québec (Ville de) c. Cie d'Immeubles Allard ltée*¹; elle souffre d'une absence de personnalité morale.

Qui est alors propriétaire des biens constitués en société de personnes? La position de la Cour d'appel sur cette question était attendue. Elle n'est pas venue. On a cru que la Cour s'était retranchée sur la propriété indivise des associés². Cette qualification a déçu. Il est vrai qu'une lecture simple du dispositif de l'arrêt prête à quelques critiques. La doctrine a tôt fait de les soulever. Pourtant, il nous semble qu'une étude attentive de la décision permet de nuancer sa lecture en terme d'indivision et de poser un nouveau diagnostic: celui de propriété collective. Est-ce grave, docteur? Non.

PARTIE I- La société de personnes souffre d'un trouble de la personnalité

Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si l'immeuble acquis par les quatre associés d'une société de personnes appartenait à la société ou plutôt aux associés, en copropriété. Le litige a été soulevé par la Ville de Québec sur le territoire de laquelle est érigé l'immeuble. Plus précisément, deux des associés ont vendu leurs parts à une autre société, la défenderesse, *Cie d'Immeubles Allard ltée*. Voulant parfaire l'entente, ils ont vendu, un mois plus tard, leurs parts indivises sur l'immeuble à la même société et ont

1. *Québec (Ville de) c. Cie d'Immeubles Allard ltée*, [1996] R.J.Q. 1566 (C.A.), J.E. 96-1388. Voir les commentaires de Charlaïne BOUCHARD, «La mise au rancart de la théorie jurisprudentielle de la réalité de la personne morale», (1996) 56 *R. du B.* 485; «Le fondement du patrimoine autonome des sociétés de personnes», (1996) 2 *C.P. du N.* 31-53; Nabil N. ANTAKI et Charlaïne BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise*, t. 1, *Entrepreneurs et sociétés de personnes*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, aux p. 353 à 388.
2. Louise Hélène RICHARD, «L'autonomie patrimoniale de la société: le patrimoine d'affectation, une avenue possible?», (2002) 36 *Rev. Thémis.* 733, à la p. 745; Jean-Claude THIVIERGE, «Le débat sur la personnalité morale de la société est-il clos?», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit commercial (1993)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 109, à la p. 113; Charlaïne BOUCHARD, «La société de personnes: une entité en quête d'identité», (2003) 105 *R. du N.* 591, spécialement à la p. 619.

enregistré le tout. La Ville de Québec réclame alors des droits de mutation. À la base, il s'agit d'une contestation de la valeur foncière de l'immeuble sur laquelle est calculé le droit de mutation réclamé à l'acquéreur, *Cie d'Immeubles Allard ltée*.

Mais la résolution du conflit implique une prise de position sur une question de fond capitale: la vente des parts de la société implique-t-elle le transfert du droit réel sur les biens acquis au nom de la société? Ce qui revient à se demander si la société est réellement propriétaire ou non de ces (ses?) biens.

Par. 1) Le diagnostic de la Cour

En première instance, le tribunal a considéré que la vente des parts de l'immeuble n'était qu'une confirmation de la vente des parts des deux associés cédants. Elle n'avait pour utilité que de rendre la cession opposable aux tiers grâce à l'enregistrement. Il considère donc que la société est propriétaire des immeubles acquis en son nom et que la cession de la moitié de ses parts suffit à la pleine réalisation de l'opération. La cession, un mois plus tard, de la propriété de la moitié de l'immeuble n'est qu'un acte simulé visant à inscrire l'identité des nouveaux associés, au bureau d'enregistrement.

Ce jugement est cassé. La décision de la Cour d'appel est très importante car elle est la première, après la mise en vigueur du nouveau *Code civil du Québec*, à prendre position sur la conception de la personnalité morale au Québec. La Cour, par un syllogisme parfait, conclut que la société de personnes n'a pas la personnalité morale puisque le *Code civil du Bas-Canada* (applicable à l'espèce)³ ne reconnaît expressément cette qualité qu'aux sociétés par actions⁴. Une conséquence irréfutable en découle:

3. *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57, art. 121: «Les actes conclus et les obligations contractées par une société en nom collectif ou en commandite ou par l'un de ses associés avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle demeurent régis par la loi ancienne en ce qui a trait à l'ensemble des rapports de la société et des associés envers les tiers.»

4. Art. 352 C.c.B.-C.: «Toute corporation légalement constituée forme une personne fictive ou morale dont l'existence et la successibilité sont perpétuelles, ou quelquefois pour un temps défini seulement, et qui est capable de certains droits et sujette à certaines obligations».

Comparé à l'article 2188 du *Code civil du Québec*, édictant, plus clairement encore que seule la société par actions possède la personnalité juridique: Art. 2188, al. 2 C.c.Q.: «[la société] peut aussi être par actions; dans ce cas, elle est une personne morale».

n'ayant pas de personnalité juridique, elle ne saurait être titulaire d'aucun droit de propriété⁵. Si donc la société n'est pas propriétaire des biens acquis par ses associés en son nom, seuls ces derniers peuvent en être les propriétaires indivis.

Sur le point central du syllogisme, la Cour d'appel a raison: la société de personnes ne saurait avoir la personnalité juridique (morale). Seulement, la personnalité n'est pas tout. Il ne faut pas confondre personnalité morale et attributs de la personnalité. Il est clair que ces attributs doivent être tous reconnus dès lors qu'il y a personnalité juridique. Mais la personnalité n'est pas une condition *sine qua non* à la reconnaissance de *certain*s attributs de la personnalité. La Cour énonce:

[...] la société civile ne constitue pas une personne juridique distincte de ses membres, [...] même si la société *peut paraître* posséder certains attributs de la personnalité juridique, elle ne jouit pas de la propriété d'un patrimoine distinct de celui des associés.⁶
[nos emphases]

Selon F. Galgano, le rapporteur général de la conférence H. Capitant de 1969 portant sur les regroupements sans personnalité juridique⁷, il y a, en matière de personnalité juridique, deux mouvements opposés: l'un qui a tendance à étendre largement l'attribution de la personnalité juridique⁸ et l'autre qui en restreint l'application. L'arrêt de la Cour d'appel s'inscrit dans ce dernier mouvement.

C'est une position valable car reconnaître la personnalité morale à tous les regroupements n'est pas nécessairement le meilleur choix. Il n'est sûrement pas non plus le plus innovateur. Il nous semble qu'admettre des regroupements circonstanciés sans

5. *Québec (Ville de) c. Cie d'Immeubles Allard ltée*, précité, note 1, à la p. 1571.

6. *Québec (Ville de) c. Cie d'Immeubles Allard ltée*, précité note 1, à la p. 1581.

7. Francesco GALGANO, «Rapport général sur les regroupements et organismes sans personnalité juridique en droit civil», dans *Travaux de l'association Henri Capitant, Les regroupements sans personnalité juridique*, Journées italiennes, t. XXI, Paris, éd. Dalloz, 1969, p. 5 à 18, à la p. 17.

8. Comme le droit français qui va jusqu'à accorder la personnalité aux sociétés unipersonnelles, formées d'un seul associé. Cf. art. 1832, al. 2 C.c.fr.: «[La société] peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne». Cf. aussi la loi n° 85-697 du 11 juillet 1985, relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et exploitation agricole à responsabilité limitée, J.O. 12 juillet 1985.

nécessairement leur accorder⁹ la personnalité relève d'une souplesse d'esprit et d'un avant-gardisme enrichissant. Il n'est pas nécessairement pertinent de sortir l'artillerie lourde et reconnaître, comme les Français, la personnalité morale à une entreprise unipersonnelle¹⁰.

De plus, les juges de la Cour d'appel n'ont pas tort de distinguer la capacité d'être titulaire de droit de la reconnaissance des autres attributs de personnalité, tels le nom ou l'adresse. Admettre qu'un groupement possède un patrimoine aboutit à un résultat si proche de l'admission pure et simple de la personnalité que cela revient, à toutes fins utiles, à lui concéder cette dernière. Or, il faut reconnaître, avec les juges de la Cour d'appel, que cette solution est contraire aux principes du droit civil québécois, n'octroyant la personnalité morale qu'aux sociétés par actions.

À notre avis, le refus de la personnalité morale est la seule position claire qu'énonce la Cour d'appel dans cet arrêt. La doctrine nous incite à lire l'arrêt *Allard* comme énonçant le principe selon lequel les biens d'un regroupement dépourvu de personnalité morale sont détenus en indivision¹¹. Mais la Cour d'appel a-t-elle réellement pris une telle position? Une relecture attentive de l'arrêt permet d'en douter (partie 3).

-
9. Ou imposer, car la personnalité entraîne aussi des inconvénients, lorsque l'on souhaite garder le regroupement secret, pour des raisons stratégiques, par exemple. Les règles d'imposition sont également différentes.
 10. Si la France préfère s'engager dans une reconnaissance large de la personnalité morale, qui peut paraître évolutive, c'est croyons-nous, uniquement pour respecter la traditionnelle règle qui veut que seule la personnalité juridique soit titulaire de droit. L'entorse faite à la règle selon laquelle une personne ne saurait être titulaire de deux patrimoines distincts, à laquelle aboutit la reconnaissance de l'entreprise unipersonnelle se révèle finalement plus respectueuse des principes fondamentaux du droit civil que la reconnaissance de certains attributs de la personnalité à des entités qui n'ont pas la personnalité. Pour un avis similaire, voir N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 1, aux p. 355-356; voir aussi Madeleine CANTIN CUMYN, «Les personnes morales dans le droit privé du Québec», (1990) 31 *C. de D.* 1021, aux p. 1033-1034: «La constitution d'entités nouvelles, de nouvelles universalités juridiques, apparaît dès lors comme le moyen juridique d'échapper à la rigueur de la théorie du patrimoine. La facilité avec laquelle le droit civil admet la constitution de personnes morales a donc un rapport avec la structure même du droit. Elle introduit une mesure nécessaire de flexibilité dans un cadre qui serait autrement trop restrictif».
 11. N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 1, à la p. 369: «Si la position majoritaire dans la décision *Allard* est acceptée, il n'y aura plus de distinction entre l'indivision et la société quant à la détention des biens».

Par. 2) L'expertise des professeurs

Un hic est immédiatement relevé par la doctrine: l'indivision ne saurait se conjuguer avec la société. Les indivisaires sont en effet propriétaires de leurs parts alors qu'en société, dès l'instant de leur apport, les associés deviennent créanciers de la société. Droits réels d'une part, droit personnels d'autre part: «l'opération d'apport a, en matière de société, un pouvoir transformateur de droit qui n'existe pas dans l'indivision»¹². Indivision et société sont antinomiques¹³. Cette contradiction a valu à la Cour d'appel d'être gravement critiquée par la doctrine qui s'est alors attachée à déterminer la nature juridique des biens détenus par une société de personnes.

A- Propriété collective ou personnalité morale au rabais

À notre connaissance, les premiers auteurs à s'être interrogés sur la question sont les professeurs N. Antaki et C. Bouchard, qui ont fait part de leurs réflexions à travers plusieurs publications¹⁴.

Selon eux, la Cour d'appel a tort de conclure à la propriété des associés. Ils fondent essentiellement leur opinion sur l'idée selon laquelle nier que les biens appartiennent à la société sur le seul argument de l'absence de personnalité procède d'une interprétation trop stricte de la théorie du patrimoine. Nier la possibilité pour la société de posséder un patrimoine impliquerait nécessai-

12. C. BOUCHARD, *loc. cit.*, note 1, à la p. 492. L'auteur poursuit: «La mise en commun de biens qu'implique le contrat de société, transforme le droit indivis de l'associé, [...] en droit personnel»; «Les apports effectués sont translatifs de propriété; ils deviennent ainsi la propriété «collective» des associés; aucun associé ne pourra prétendre *individuellement* à la propriété des biens apportés pendant l'existence de la société».

13. Raymond SALEILLES, *De la personnalité juridique – Histoire et théories*, Paris, éd. L.G.D.J., 1910, neuvième leçon, à la p. 184.

Contra: Francis DELHAY, *La nature juridique de l'indivision: Contribution à l'étude du rapport de la notion d'indivision avec les notions de société civile et de personnalité morale*, Paris, éd. L.G.D.J., 1968, plus spéc., à la p. 421: «À supposer que la personnalité soit de l'essence de la société, et que l'indivision soit rebelle, par définition, à la personnalité, on peut se demander si les différences qui en résultent entre les deux institutions sont fondamentales. L'autonomie patrimoniale du regroupement et son organisation sont, en effet, les principales conséquences attachées à sa personnalité. Si certaines indivisions bénéficient des mêmes avantages, la distinction de la société et de l'indivision n'est pas irréductible.»

14. C. BOUCHARD, *loc. cit.*, note 1, à la p. 485; N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 1.

rement que les biens soient tenus en indivision par les associés. Or, société et indivision sont des notions incompatibles.

L'opération d'apport est pointée comme étant celle qui sépare l'indivision de la société. L'apport, exposent justement ces auteurs, est une opération translatrice de propriété. Par conséquent, l'associé transférerait la propriété de son bien qui deviendrait la «propriété collective» de tous les associés.

Il nous semble que ce raisonnement induit ce qu'il entend établir; à savoir, l'autonomie de la société. Il suppose qu'il y ait apport; c'est-à-dire transfert de propriété. Mais est-ce réellement le cas? Par ailleurs, comment admettre que chacun des associés apporte à la «collectivité des associés», sans induire l'autonomie du regroupement, alors que l'argument a précisément pour but de le démontrer ! Comment les associés peuvent-ils transférer des droits à un regroupement par une opération qui a précisément pour but de créer celui-ci? Enfin, nous avouons ne pas saisir l'affirmation selon laquelle il existe un droit *naturel* à la personnalité morale¹⁵.

Ces auteurs concluent à l'autonomie de la société de personnes sur la base d'une propriété collective, celle-ci étant entendue par ces auteurs comme étant «une copropriété sans part»¹⁶. Ce qui revient à admettre la théorie de la réalité de la personne morale, selon laquelle la personnalité juridique peut exister en dehors de toute reconnaissance par le législateur. Il suffit qu'une volonté collective soit organisée dans le but de réaliser un intérêt permanent et collectif.

B- Patrimoine d'affectation

Le débat a récemment évolué avec la contribution du professeur L.-H. Richard¹⁷. Son objectif est avoué: reconnaître l'autonomie de la société¹⁸. Sa pensée va donc dans le sens de celles des professeurs N. Antaki et C. Bouchard, bien qu'elle réfute plusieurs des arguments de ces derniers. Mais elle va plus loin.

S'appuyant essentiellement sur la reconnaissance d'une théorie moderne du patrimoine à l'article 2 du *Code civil du*

15. C. BOUCHARD, *loc. cit.*, note 1, à la p. 496.

16. N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 1, à la p. 371.

17. L.-H. RICHARD, *loc. cit.*, note 2, p. 733.

18. *Id.*, p. 738.

Québec¹⁹, le professeur L.-H. Richard propose de repenser la société de personnes en fonction de la notion de patrimoine d'affectation.

Elle reconnaît que le *Code civil du Québec* adhère à la théorie de la fiction, selon laquelle il ne saurait y avoir personnalité juridique en dehors d'une reconnaissance législative claire. Par contre, et là est son propos, l'autonomie de la société se trouverait néanmoins à la portée du droit civil québécois grâce à son ouverture à la théorie moderne du patrimoine, qui admet désormais séparations et affectations de patrimoines.

Elle s'appuie sur les articles relatifs à la fiducie pour considérer qu'une telle analyse est possible au Québec. De l'argument selon lequel le législateur n'admet d'autres modes d'affectation des biens que «dans la mesure prévue par la loi»²⁰, l'auteur fait peu de cas. Il serait possible que cette mesure soit *implicite*. Mais n'est-ce pas là une interprétation un peu trop large?

PARTIE II- Le symptôme: la mise en commun

La question de savoir si la société de personnes est propriétaire des biens qui en constituent l'actif équivaut à celle de déterminer si elle jouit de la personnalité juridique. Il nous semble inutile d'étirer le vieux débat qui consiste à déterminer si le droit québécois, par sa législation et son interprétation jurisprudentielle, adhère à l'une ou l'autre des théories patrimoniales (théorie de la fiction, théorie de la réalité et désormais théorie moderne de l'affectation). Le tour en a déjà été fait.

Nous émettons l'hypothèse suivante: la société de personnes (comme tout autre regroupement sans personnalité juridique) ne constitue pas un *patrimoine* qui se dessinerait quelque part entre l'indivision et la personnalité.

Comme l'ont bien vu les auteurs que nous avons cités, il est essentiel de déterminer le rapport juridique qui s'établit entre les associés et la société lors de sa constitution. Dès lors qu'il y a apport, l'indivision est exclue. Mais dans les groupements depour-

19. Qui, rappelons-le, n'était pas applicable à l'affaire *Québec (Ville de) c. Cie d'Immeubles Allard ltée*, précité, note 1.

20. Cf. art. 2 C.c.Q.

vus de personnalité juridique, y a-t-il réellement apport (par. 1)? Et puis, y a-t-il indivision (par. 2)?

Par. 1) Il n'y a pas apport

Il nous semble difficile d'affirmer qu'en matière de société de personnes, non pourvue de personnalité morale (comme l'affirme justement la Cour d'appel), il y ait *apport*²¹. Pourtant le terme «société» renvoie à la notion d'apport. Mais une analyse sérieuse implique qu'au besoin l'on s'écarte des mots car ils comportent des acceptions qu'il s'agit précisément de vérifier.

Au sens strict, apport signifie transfert de droit²². Or, il n'est pas vrai que les associés d'une société de personnes transfèrent les biens qu'ils «apportent»; car, à qui les transféreraient-ils? À la collectivité des associés? C'est impossible car elle n'est ni titulaire de la personnalité, ni reconnue comme constituant un patrimoine d'affectation; et en conséquence, n'est pas susceptible de posséder des biens.

Il nous apparaît inexact de dire que les associés s'apportent individuellement à eux-mêmes collectivement. La mise en commun ne constitue pas un apport, au sens strict du terme, c'est-à-dire un transfert de droits²³. Les membres demeurent chacun titulaire exclusif du droit de propriété sur les biens qu'ils ont «mis en commun», et non «apportés»²⁴. La nature du rapport entre l'asso-

21. Pour un avis similaire, voir R. SALEILLES, *op. cit.*, note 14, neuvième leçon, à la p. 207: «La notion d'apport n'existe pas chez nous [en France] en dehors des sociétés proprement dites». Comprendons: des sociétés de capitaux.

22. Cf. C. BOUCHARD, *loc. cit.*, note 1 à la p. 492: «L'opération d'apport a, en matière de société un pouvoir transformateur de droit qui n'existe pas dans l'indivision».

23. Pour un avis similaire, voir Henri BLAISE, *L'apport en société*, Paris, éd. Sirey, 1955, p. 156, n° 105: «N'est-il pas anormal de considérer que dans la société en nom collectif, l'associé transfère la propriété de son apport à la société alors qu'en fait, la société n'a pas véritablement d'existence indépendante et que dès lors dans la réalité des choses le bien ne cesse pas entièrement d'appartenir à l'associé, mais est simplement l'objet d'un mode de tenure différent?». Sur l'acte d'apport, cf. aussi R. PEYRE, *Les apports en société*, Thèse, Montpellier, 1943.

24. Dans le même sens, voir Corinne REGNAULT-MOUTIER, *La notion d'apport en société*, coll. Bibl. de droit privé, t. 242, Paris, éd. L.G.D.J., 1994, à la p. 15: «[À l'inverse], il est des hypothèses de mise à disposition sans transfert de détention d'un patrimoine à l'autre, ainsi de la mise à disposition au profit de la société en participation, dépourvue de personnalité morale, donc de patrimoine. Dans ce cas de figure, il est parfaitement concevable que l'apporteur garde la mainmise matérielle sur la chose qui est pourtant mise à la disposition de la société, ou

cié et le bien reste inchangée: l'associé était seul propriétaire et le demeure. De même, lorsqu'une indivision existe entre les futurs associés, chacun demeure propriétaire de sa part. Seulement, en constituant une société, les associés ont nécessairement voulu quitter la position d'indivisaire pour une position plus stable. Il nous semble donc que chaque indivisaire a nécessairement renoncé à son droit de disposer de sa part unilatéralement. C'est la seule façon de distinguer l'état d'indivision de celui de société de personnes. C'est la seule interprétation qui, dans la circonstance d'une indivision déjà existante entre les futurs membres, donne un sens, une valeur juridique, à l'acte de constitution de la société de personnes, la mise en commun (... que l'on appelle à tort *apport*).

En toute circonstance, la mise en commun n'est pas une opération de transfert de droit réel. C'est un acte créant des effets *personnels* par lequel tous les propriétaires s'engagent les uns envers les autres à réserver leurs biens respectifs à un but particulier *commun*; à les soumettre en conséquence aux mêmes opérations²⁵. *Les associés s'engagent dans une obligation oubliée par le législateur, celle de praestare*²⁶, sur laquelle nous reviendrons.

encore qu'il y ait transfert de détention au profit du gérant sans que ce dernier puisse prétendre que la chose est mise à sa disposition. [...] [le transfert peut être] juridique quand la mise à disposition n'emporte pas transfert de détention mais seulement *un changement d'affectation de la chose dans le patrimoine du débiteur de l'obligation* qui, à compter de la mise à disposition, détient la chose pour le compte du bénéficiaire de la prestation.» [nos emphases].

Voir aussi N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 1, à la p. 335: «Si l'apport peut paraître le corollaire du patrimoine distinct de la société, ceci ne signifie pas pour autant que dans les sociétés dénuées de patrimoine (société en participation) il n'y ait pas d'apport. Bien au contraire, l'apport est, là aussi, une condition essentielle du contrat de société. Cependant, comme la société en participation n'a pas de patrimoine distinct, la condition juridique de l'opération d'apport doit être analysée comme une «mise à disposition» plutôt que comme une véritable disposition.»

25. Précisons qu'il s'agit de les soumettre tous à une seule opération; et non de les soumettre chacun à des opérations identiques. C'est en cela qu'ils forment alors une masse.

Cf. G. SIESSE, *Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé*, Paris, 1922, tel que cité par F. DELHAY, *op. cit.*, note 14, à la p. 429, n° 289: «lorsque des copropriétaires sont d'accord pour agir en commun, ils ont à eux tous le même pouvoir sur la chose commune qu'aurait un propriétaire unique».

26. Sur cette obligation, voir l'excellente étude de Geneviève PIGNARRE, «À la redécouverte de l'obligation de *praestare* pour une relecture de quelques articles du Code civil», (2000) *Rev. trim. dr. civ.* 41. Voir aussi la thèse récente de Serge VICENTE, *L'activité en tant que bien – Réflexions sur les fondements de la distinction des obligations de faire et de donner*, Thèse, Grenoble, 1999.

Toutefois, si le rapport entre l'associé et son bien reste un droit de propriété (et non de créance), celui-ci n'est plus exclusivement individuel. Il n'est pas devenu indivis non plus. Il a été modulé: il est devenu collectif²⁷. Bien qu'elle laisse persister une relation de nature réelle entre l'associé et le bien mis en commun; bien qu'elle ne transforme pas une relation de nature réelle en une relation de nature personnelle, l'opération de mise en commun a un pouvoir transformateur de droit. C'est une opération juridique à part entière²⁸.

Que faut-il en conclure? Puisqu'il est admis par le législateur lui-même que les sociétés de personnes sont des sociétés et que, par ailleurs, il n'y a pas véritablement d'apport dans ces sociétés, *l'apport n'est pas un élément définissant de la société de personnes*. L'article 2186 du *Code civil du Québec* le confirme:

Art. 2186, al. 1 C.c.Q.: Le contrat de société est celui par lequel les parties conviennent, dans un esprit de collaboration, d'exercer une activité, incluant celle d'exploiter une entreprise, d'y contribuer par *la mise en commun de biens*, de connaissances ou d'activités et de partager entre elles les bénéfices pécuniaires qui en résultent.
[nos emphases]

L'élément définissant n'est donc pas tant *l'apport* (impliquant le transfert d'un droit réel) que la *mise en commun*. De toute façon, comment serait-il possible de transférer la propriété de connaissances ou d'activités, que l'on reconnaît comme pouvant faire l'objet d'un apport?

Le terme «apport», à l'article 2252 du *Code civil du Québec* (Section: «De la société en participation») nous semble donc impropre. Il est incorrect de dire que «[...] l'associé demeure propriétaire des biens constituant son apport à la société». Il nous semble qu'il eût mieux valu affirmer que «les biens mis en commun par les associés demeurent leur propriété». De même, l'alinéa suivant

27. F. DELHAY, *op. cit.*, note 14, à la p. 439, n° 297: «la propriété collective tout en demeurant une véritable propriété n'est plus la propriété individuelle».

28. Sur la nature juridique de cette opération, voir l'étude de H. BLAISE, *op. cit.*, note 24, notamment, à la p. 8: «Selon la nature de la société qui en bénéficie, l'apport voit en effet certains de ses caractères essentiels se modifier. Ainsi, dans une société destinée à durer pendant une période limitée, comme le sont ordinairement les sociétés de personnes, l'apport constitue pour l'associé qui l'effectue un dessaisissement provisoire destiné à prendre fin au moment de la dissolution de la société par le retour du bien apporté dans le patrimoine de l'apporteur».

aurait dû s'écrire: «Sont indivis entre les associés, les biens dont l'indivision existait avant la mise en commun de *leurs biens*, [...]»; et non de la «mise en commun de leurs *apports*».

Finalement, il semble que le terme «apport» ne soit plus utilisé par le législateur de 1994 uniquement dans le sens strict d'acte translatif de propriété, mais comme signifiant plus largement une mise en commun²⁹, ... pouvant prendre la forme d'un *transfert* des droits de propriété ou en jouissance (définition de l'apport), mais pouvant aussi n'être qu'une «mise en commun sans transfert de droit»³⁰ (cf. art. 2252 C.c.Q.). Ce n'est qu'à ce prix que l'on peut affirmer que la société de personnes est bel et bien une

29. En ce sens, voir H. BLAISE, *id.*, notamment à la p. 9: «[...] il n'y a pas à strictement parler une nature juridique unitaire de l'apport: cette opération permet de réaliser aussi bien un transfert de droits réels, comme c'est le cas en matière d'apport en propriété, qu'une simple création d'obligation dans l'hypothèse de l'apport en industrie. Est-ce à dire qu'il n'existe entre les différentes variétés d'apports aucun lien commun? On ne saurait l'admettre puisque l'intégration de tous les apports dans le cadre juridique, contractuel ou légal, que constitue la société permet de parvenir à grouper dans un concept fondamental unique les diverses catégories d'apport. Mais précisément l'originalité de l'apport réside dans les multiples aspects que peut prendre sa nature juridique selon l'objet de la prestation effectuée.»

Notons, par exemple que P. Martel ne semble pas y voir de difficulté, assimilant l'apport à la mise en commun, faisant de l'une le synonyme de l'autre. Cf. Paul MARTEL, dans Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, vol. 1, *Personnes, successions, biens*, Sainte-Foy, Les presses de l'Université Laval, 1993, p. 959, à la p. 970, n° 3.

C'est ce qui semble être admis en droit belge, en matière de société momentanée. Cf. Marcel FONTAINE, «Les groupements sans personnalité juridique en droit commercial belge», dans Travaux de l'association Henri Capitant, *Les groupements sans personnalité juridique*, Journées italiennes, t. XXI, Paris, éd. Dalloz, 1969, p. 99, à la p. 109: «Compte tenu de l'absence de personnalité juridique [des sociétés momentanées], et donc de patrimoine social, ces apports sont simplement «mis en commun», en principe sans transfert de droit; ce sont des apports en jouissance. [...] Un troisième régime est possible, celui de l'indivision, lorsque telle a été la volonté, expresse ou tacite, des associés; mais on considère généralement cette situation comme exceptionnelle.»

30. *Contra*: Michelle THÉRIAULT, «L'entreprise contractuelle», dans Barreau du Québec, Collection de droit (1996-97), vol. 8, *Droit des affaires*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 25, à la p. 29: «Les parties [à une société] doivent contribuer à la société par la mise en commun d'apports. Ces apports forment le patrimoine de la société. Une fois qu'il les a fournis, l'associé ne peut plus les revendiquer, puisqu'ils sont devenus propriété de la société». En note de bas de page, l'auteur précise: «il faut rejeter la thèse selon laquelle la société est formée par la mise en commun de biens demeurant la copropriété indivise des associés». Pourtant, elle reconnaît aussitôt que «dans le cas de la société en participation, [...], les apports fournis ne deviennent pas la propriété de la société mais demeurent la propriété de l'associé apporteur ou deviennent des biens indivis, selon le cas (art. 2252 C.c.Q.).»

société, formée par un apport initial. La concession est importante. Elle implique que la société ne soit pas nécessairement fondée sur un apport, sur un transfert de droit. Elle peut résulter d'une simple mise en commun, d'une propriété collective³¹. Il en est nécessairement ainsi puisqu'on ne lui reconnaît pas de personnalité, son autonomie juridique ne peut résulter que de la volonté interne d'affecter le bien à un but collectif.

Par. 2) *Il n'y a pas indivision*

Même si la société de personnes n'est pas constituée par des apports, il n'en reste pas moins que l'affirmation selon laquelle une société de personnes ne peut pas constituer une indivision ordinaire demeure vraie. Indivision et société demeurent antinomiques. Soit, il s'agit de société de capitaux, auquel cas, l'apport (ici véritable) rend chaque associé créancier de la personne morale. Il n'y a pas indivision. Les biens apportés appartiennent à une seule personne: la société. Soit, il s'agit de société de personnes; nous voulons ici démontrer qu'il y a alors mise en commun de biens, *et non indivision*.

Si société et indivision sont incompatibles³², société et mise en commun de biens ne le sont pas ! Là réside probablement la réponse à l'énigme que constitue la nature juridique de la société de personnes, qui ne saurait être propriétaire des biens en tant que personne morale (inexistante) mais dont on ne saurait pas plus admettre que les associés soient propriétaires indivis des biens. Apport et indivision sont antinomiques. Mais il faut assurément reconnaître que la société de personnes n'est qu'un regroupement sans personnalité juridique. Or, dans ce genre d'organisation, il n'y a précisément *ni* apport (nous venons de le voir), *ni* indivision. Il n'y a *que* mise en commun. Il n'y a *que* propriété collective³³.

31. Comparer à N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 1, à la p. 400: «La société de personnes constitue donc une copropriété sans part entre les associés, où ils sont tous collectivement propriétaires et sujet de droit, sans être individuellement propriétaires des biens affectés en tout ou en partie.»

32. Par contre, elles sont très proches en droit allemand. Cf. R. SALEILLES, *op. cit.*, note 57, neuvième leçon, aux p. 184-185: «Ce sont, au contraire, deux notions très voisines l'une de l'autre pour les Germains et leurs successeurs. Dans le droit primitif, il y a très peu d'indivisions qui ne soient organisées en associations, et toute association est à base d'indivision, sauf à prendre cette dernière au sens de propriété commune.»

33. R. SALEILLES, *op. cit.*, note 14, neuvième leçon, à la p. 185: «[Dans la théorie de la propriété collective], indivision, association, corporation, ne sont guère que des modalités de la propriété collective; il n'y a guère là que des degrés, de plus

Il est important ici de distinguer l'indivision de la propriété collective. Seule l'indivision est la propriété de *plusieurs* sur un *même bien*³⁴. Contrairement à ce que l'on pourrait croire – et ce point est capital –, la propriété collective n'est pas un type de *copropriété* semblable à une indivision, dans laquelle seule manquerait la division intellectuelle en quotes-parts, comme en droit allemand³⁵. En droit civil de tradition française, il n'y a pas à strictement parler, propriété commune. *Chaque membre demeure le propriétaire exclusif des biens qu'il choisit de mettre en commun*. Le vocable «propriété commune» prête donc à confusion³⁶.

À l'inverse de la propriété collective, l'indivision conçue en quotes-parts est communiste dans sa technique mais individualiste dans son fonctionnement puisque chaque copropriétaire peut disposer comme bon lui semble de sa part³⁷. Finalement, l'une, la

en plus complexes et hiérarchisés, d'unification. C'est la propriété s'élevant aux différents échelons de la propriété corporative»; N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 1, à la p. 386: «Il existe, et ce particulièrement depuis la réforme de 1994 [nouveau *Code civil du Québec*], un dynamisme nouveau des notions de société et d'indivision qui dépasse largement le cadre de la personnalité morale.»

34. Notons que ce fait suffit à rejeter la qualification «indivision» puisque celle-ci est «[...] la propriété que plusieurs personnes ont ensemble et concurremment sur un même bien [...]» (art. 1010 C.c.Q.).

Voir pour une remarque similaire en droit français, C. SAINT-ALARY-HOUIN, «Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du Code civil», (1970) 23 *Rev. trim. dr. com.* 645, à la p. 686: «L'indivision est un état, une manière d'être des biens. L'observation s'impose lorsque l'indivision est héréditaire: les héritiers se «trouvent» dans l'indivision. Leurs biens «sont» dans l'indivision. Les expressions utilisées pour désigner cet état statique s'opposent vivement à celles d'apport, d'affectation qui traduisent la dynamique sociétaire. La remarque vaut aussi pour l'indivision conventionnelle.»

35. *Contra*: N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 1, à la p. 371: «Il s'agit, [...], d'une copropriété sans part où tous les associés sont collectivement propriétaires et sujet de droit, sans être toutefois personnellement propriétaires des biens affectés en tout ou en partie.»

Cf. François GUIBAN, *La notion de Gesamte Hand ou de conjonction appliquée à la société en nom collectif*, Thèse, Lausanne, 1905; Joseph RICOL, *La copropriété en main commune (Gesamte Hand) et son application possible en droit français*, Thèse, Toulouse, 1907.

36. Peut-être la formule «communauté de propriétés» est-elle plus juste.

37. R. SALEILLES, *op. cit.*, note 14, dix-septième leçon, à la p. 387: «L'indivision est presque une amplification du droit individuel, tellement elle est à l'opposé du droit collectif»; voir aussi H. BLAISE, *L'apport en société*, Paris, éd. Sirey, 1955, notamment à la p. 155, n° 105: «[...] l'indivision est beaucoup plus proche de la propriété individuelle que de la propriété collective. *L'indivision apparaît comme une juxtaposition de quotes-parts idéales qui attendent d'être matériellement déterminées*» [italiques de l'auteur cité]; Anne-Marie PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, coll. Droit fondamental, Paris, éd. P.U.F., 1989, à la p. 184, n° 156: «Dans l'indivision, rien n'est communautaire puisque

propriété collective, organise l'intérêt commun par le simple biais de *l'engagement* des uns et des autres, de ne prendre de décisions relatives à ce bien que celles qui correspondent à la volonté du groupe vouée à un but déterminé. La propriété collective n'est rien d'autre, répétons-le, que l'accord de plusieurs propriétaires sur les décisions à prendre concernant leurs biens respectifs³⁸. Ce n'est qu'une façon de tenir la propriété; ce n'est qu'une sorte de tenure³⁹.

L'autre, l'indivision, organise l'intérêt commun par le biais, beaucoup plus strict, du droit réel de (co)propriété. Notons d'ailleurs que dans l'indivision, l'intérêt commun réside exclusivement dans la propriété elle-même⁴⁰. Au contraire, la propriété collective n'est qu'un moyen de réaliser un objectif commun extérieur à elle-même. L'indivisaire est avant tout le *propriétaire* d'une part. À ce titre, il peut en abuser à sa guise.

C'est sur ce point précis que se révèle l'avantage et le paradoxe de la propriété collective: bien qu'étant fondamentalement individualiste dans sa technique, la propriété collective est une méthode particulièrement efficace de réalisation d'un but collectif. Le propriétaire qui accepte de mettre son bien en commun *restreint* contractuellement son pouvoir sur eux⁴¹. Contrairement

l'objet est approprié individuellement en quotes-parts idéales et rien n'est privatif puisque les quotes-parts ne sont pas individualisées»; Christian ATIAS, *Droit civil – Les biens*, 4^e éd., Paris, éd. Litec, 1999, à la p. 133, n° 105.

38. En ce sens, voir De VAREILLES-SOMMIÈRES, *Les personnes morales*, Paris, éd. Pichon et Durand-Auzias, 1919, à la p. 137: «[le droit de l'associé] est simplement limité par l'obligation qu'il a contracté de laisser ses coassociés user de sa part pour l'entreprise commune. [...] L'homme qui a loué sa maison ou son champ a limité son droit de disposer de son bien. L'aliénation qu'il en ferait ne serait pas opposable, ne pourrait nuire au preneur. Mais il est évident à tous que cet homme reste pourtant propriétaire du bien qu'il ne peut reprendre au preneur. Qui ne voit l'analogie qui existe entre les obligations d'un associé, quant à sa part dans le fonds social, envers ses coassociés, et celle d'un locateur, quant au bien loué ou affermé, envers le locataire ou le fermier?».
39. En ce sens, H. BLAISE, *op. cit.*, note 24, à la p. 156, n° 105; voir aussi Louis JOSSERAND, «Essai sur la propriété collective», dans *Le Code civil 1804-1904 – Le livre du centenaire*, t. 1, *Généralités – Études spéciales*, publié par la société d'études législatives, Paris, éd. A. Rousseau, 1904, p. 355, à la p. 362.
40. Dans le même sens, N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 1, à la p. 473 et l'auteur cité: Lucie LAFLAMME, «La copropriété par indivision», *Revue de droit, nouvelle série*, Biens-Doctrine-Document n° 6, n° 18.
41. Dans le même sens, en matière de société constituée en personne morale, voir Madeleine CANTIN CUMYN, *Traité de droit civil – L'administration du bien d'autrui*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, à la p. 116, n° 140: «Fondé sur un pouvoir et non pas dans un droit, l'action des organes doit être conforme au mode d'exercice de cette prérogative et assujettie aux mécanismes de contrôle du respect de la finalité»; Roger BÉRAUD, (1955) *Rev. int. D. Comp.* 775, à la p. 779, n° 12: «L'approfondissement des rapports entre le pouvoir de disposer

au copropriétaire, propriétaire de sa part, le propriétaire en commun *ne* dispose *plus* de pouvoir absolu sur son bien; pouvoir qu'il a librement consenti à restreindre, dans la mesure de la restriction équivalente des autres propriétaires, dans un but commun. *La propriété commune repose sur le ressort de la responsabilité contractuelle*⁴². Elle s'oppose à la *liberté absolue* du propriétaire de part. *Responsabilité* du contractant d'une part, *liberté et pouvoir* du propriétaire de l'autre⁴³; voilà identifiée la différence qui sépare la propriété commune de l'indivision.

Par. 3) Il y a mise en commun

La convention de mise en commun créatrice d'une société de personnes a pour résultat pratique de scinder le patrimoine de ceux qui y souscrivent, sans toutefois en créer un nouveau. On peut penser qu'elle réalise soit un patrimoine d'affectation (A), soit un patrimoine sans sujet (B), soit une division de patrimoine (C).

A- La mise en commun ne crée pas d'affectation de patrimoine

Comme le soulignent parfaitement les professeurs N. Antaki et C. Bouchard, l'empêchement essentiel à la reconnaissance de l'affectation de patrimoine est la conception classique de l'unité patrimoniale. Dès lors que le nouveau *Code civil du Québec* s'est

d'une part, la capacité juridique, la capacité d'agir et le droit de propriété de l'autre [contribuerait certainement à affiner les concepts juridiques].»

42. À ce propos, il est extrêmement intéressant de souligner la définition que donnait Pothier de l'obligation: «l'obligation est une diminution de la liberté du débiteur»; tel qu'exposé par Witold RODYS, *Cours élémentaire de droit civil français et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1956, à la p. 96.
43. À ce propos, citons un passage fort intéressant écrit par Madeleine CANTIN CUMYN, «Les personnes morales dans le droit privé du Québec», (1990) 31 *C. de D.* 1021, à la p. 1035: «La personnalité morale ne joue qu'un rôle secondaire en droit anglais. Elle ne fait pas partie intégrante de la structure d'un système qui ignore les notions civilistes de patrimoine, de gage commun des créanciers, de succession à la personne. Le droit anglais, en revanche, admet une multiplicité de droits de propriété. Il trouve sa flexibilité, non dans une application extensive de la personne morale, mais dans une conception protéiforme de la propriété dans l'élaboration de laquelle la notion de *trust* a joué un rôle déterminant. [...] Le *trust* rend [...] l'essentiel des services que les pays de droit civil demandent à la personnalité morale». Voir aussi Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil – Les biens, la publicité foncière*, 4^e éd., Paris, éd. Cujas, 1998, à la p. 92, n° 359: «[...] le principe de la liberté des conventions permet aux particuliers de créer tous les droits que la loi n'interdit pas, notamment ceux qui confèrent à leur titulaire des prérogatives directes sur la chose et opposables aux tiers, même si la loi ne l'a pas expressément prévu dans sa liste de droits réels.»

défait de cette idée pour s'engager dans la voie des patrimoines d'affectation, les obstacles à la propriété collective semblent s'estomper⁴⁴. Mais ils ne tombent pas car patrimoine d'affectation et propriété collective sont fondamentalement différents.

Lorsqu'il y a patrimoine d'affectation, il y a précisément *patrimoine*: un actif répond d'un passif. Bien qu'il soit totalement détaché de toute personnalité, il demeure que la logique interne du patrimoine (celle de permettre la responsabilité civile) subsiste. Le moteur demeure le même qu'en matière de personnalité juridique (le mécanisme de la responsabilité) même s'il n'est pas recouvert d'une carrosserie (la personnalité).

En matière de propriété collective, *il n'y a pas de patrimoine*⁴⁵. Le mécanisme de la responsabilité est totalement différent. Il est disloqué entre plusieurs patrimoines, pour ce qui est du passif, et une masse de biens qui joue alors le rôle d'un actif. Par conséquent, l'admission des patrimoines d'affectation, si elle constitue une ouverture d'esprit certainement profitable à la propriété collective, demeure, pour la reconnaissance de cette dernière, un argument d'une portée relative. Pour être ouvertement reconnue, celle-ci ne doit compter que sur sa compatibilité intrinsèque avec les principes de responsabilité civile.

La propriété collective s'intégrerait parfaitement dans le droit civil québécois actuel puisqu'elle n'est qu'une *convention ordinaire par laquelle des propriétaires s'engagent à ne gérer le bien mis en commun qu'en accord avec les autres contractants*⁴⁶.

44. N. ANTAKI et C. BOUCHARD, à la p. 392: «La conception du patrimoine d'affectation québécoise dépasse largement le cadre des patrimoines d'affectation nommés que constituent la fondation et la fiducie.»

45. *Contra*: cf. L. JOSSERAND, *op. cit.*, note 40.

Il nous semble que la Cour supérieure a voulu exprimer cette idée lorsque, maladroitement, elle a énoncé: «[il y a] un patrimoine d'affectation qui, en droit québécois, ne correspond pas à la notion de patrimoine distinct». Il aurait fallu dire qu'il y a création d'une *masse de biens affectés* (... et non un patrimoine d'affectation) qui ne constitue pas un patrimoine distinct. Une formulation évitant le terme «patrimoine» lui aurait épargné la critique du professeur C. Bouchard, qui lui reproche d'être mal fondé en droit. Voir *Caisse populaire Laurier c. 2959-6673 Québec inc.*, C.S., n° 200-05-004938-960 et C. BOUCHARD, *loc. cit.*, note 2, à la p. 625.

46. Pour un avis similaire en droit français, voir R. SALEILLES, *op. cit.*, note 14, dix-septième leçon, à la p. 403: «On doit admettre, en effet, [...], qu'un propriétaire, par cela seul qu'il est propriétaire, a le droit de mettre sa propriété en commun avec d'autres, de façon à constituer un patrimoine séparé et distinct de tout patrimoine individuel».

En toute circonstance, ce sont eux-mêmes qui s'engagent. Il n'y a rien en cela que de très conforme au droit civil, selon lequel les personnes s'engagent comme elles l'entendent et en subissent la responsabilité sur leur patrimoine. Il s'agit donc d'une explication du mécanisme interne de nombreux regroupements, qu'il y a lieu de reconnaître et d'approfondir. En ce sens, contrairement à la doctrine actuelle⁴⁷, nous appuyons la position prise par le législateur de 1994 et par les juges de la Cour d'appel tendant à reconnaître la propriété collective comme mode d'action dans le commerce juridique, aux dépens de la personnalité juridique, cantonnée aux seuls cas où elle est expressément octroyée par le législateur⁴⁸.

Nous n'avons guère d'autres choix puisque le législateur s'est clairement engagé dans la voie des regroupements sans personnalité juridique dont les membres demeurent propriétaires collectifs des biens mis en commun. Soulignons, par exemple, les nombreux attributs juridiques de la personnalité que le Code civil octroie aux sociétés de personnes sans toutefois leur reconnaître la personnalité: la possibilité d'ester en justice⁴⁹, surtout, mais aussi le rachat des parts des membres par la société⁵⁰. La jurisprudence n'est pas en reste. Relevons l'arrêt *Prince Consort Foundation c. Blanchard*⁵¹, par lequel la Cour d'appel a révélé que les associations non déclarées, bien que ne jouissant pas de la personnalité juridique, possèdent néanmoins certains attributs de la personnalité.

47. N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *loc. cit.*, note 1, à la p. 373: «il apparaît on ne peut plus important de rappeler que la décision *Allard* constituait une position minoritaire sous le C.c.B.-C. La jurisprudence a été pendant une centaine d'années favorable à la personnalité morale des sociétés. Un courant aussi ferme ne peut être balayé du revers de la main par une décision partagée, aussi abondamment appuyée soit-elle!». Nous sommes en désaccord avec ses auteurs. Nous ne voyons pas pourquoi les tribunaux ne pourraient pas revenir sur leur position qui consistait à reconnaître la personnalité morale aux sociétés de personnes; alors, d'une part que l'interprétation des textes ne le permet pas, et d'autre part qu'il s'agit désormais d'appliquer un nouveau Code.

48. Il s'agit essentiellement des compagnies (*Loi sur les compagnies du Québec*, L.R.Q., c. C-38), des sociétés par actions (*Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), c. C-44), des coopératives (*Loi sur les coopératives*, L.R.Q., c. C-67.2.), des sociétés créées directement par l'État et des corporations professionnelles.

49. Art. 2225 C.c.Q.: «La société [en nom collectif] peut ester en justice sous le nom qu'elle déclare et elle peut être poursuivie sous ce nom». Voir les arrêts *Sumabus Inc. c. Daoust*, C.S. Montréal, n° 500-05-012277-883, 10 janvier 1994, J.E. 94-195; *Denem ltée c. Greenshields Inc.*, C.S. Montréal, n° 500-05-01718-929, 18 mars 1994, J.E. 94-655.

50. Art. 2209, al. 1 C.c.Q.

51. [1991] R.J.Q. 1547.

B- La mise en commun ne crée pas de patrimoine sans sujet

Mais au-delà de ces attributs, la bataille se joue essentiellement sur la question de savoir si ces entités sont propriétaires des biens mis en commun; autrement dit, si elles ont un patrimoine. Selon la doctrine actuelle, la réponse est positive. Les professeurs N. Antaki et C. Bouchard considèrent:

par la mise en commun de biens qu'ils effectuent lors de la constitution de la société et le choix qu'ils font de la rendre publique en optant pour le régime de la société en nom collectif ou de la commandite, les associés créent un gage prioritaire pour les créanciers avec lesquels ils vont contracter dans l'exercice de leurs activités. Les sociétés bénéficient donc d'un *patrimoine autonome* et de plusieurs attributs juridiques.⁵² [nos emphases]

Ces auteurs précisent ensuite que les sociétés bénéficient de *plusieurs* attributs de la personnalité: nom, domicile, capacité d'agir en justice et d'acquérir. Ce ne sont pas là plusieurs attributs de la personnalité mais *tous* ! Reconnaître tous les attributs de la personnalité n'est-ce pas reconnaître la personnalité? Les textes ne le permettent pas.

Mais surtout, il nous semble discutable d'affirmer que la société ait un patrimoine. Il est vrai que la mise en commun rendue publique crée un gage prioritaire pour les créanciers⁵³. Ces derniers pourront saisir les biens communs par priorité (par rapport aux créanciers ordinaires). Mais cela ne signifie pas que cette masse soit fondue dans un patrimoine. Il reste que ce sont les associés qui sont poursuivis et que ce sont leurs biens (demeurés) personnels (bien qu'affectés) qui sont saisis. Ce sont eux, et eux seuls, en toute circonstance, qui sont immédiatement responsables des dettes de la société.

Il est compréhensible qu'il tienne à cœur à la doctrine de préserver l'autonomie de la société. Sans elle, la puissance et la liberté d'action du regroupement se trouveraient gravement amoindries. Nous voulons ici attirer l'attention sur le fait que cette autonomie ne passe pas nécessairement par le mécanisme patrimonial (actif/passif); autrement dit, par la personnalité. Face

52. N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 1, à la p. 401.

53. Sur le rapport entre patrimoine et droit réel de garantie, voir Roger BÉRAUD, «Pluralité de patrimoines et indisponibilité», (1955) *Rev. int. D. Comp.* 775, à la p. 777, n° 6.

aux tiers, elle est simplement obtenue par la reconnaissance (législative) d'un gage prioritaire, constitué des biens mis en commun. Il suffit, pour accéder à ce mécanisme légal, d'enregistrer le regroupement. Cette simple démarche suffit à organiser cette autonomie face aux tiers. La personnalité est superflue.

On est proche, ici, de la théorie de la fiction, laquelle repose sur la reconnaissance législative du regroupement; à ceci près toutefois qu'il ne s'agit pas de reconnaître la *personnalité* morale, mais simplement la création d'un gage commun (d'un passif). Et c'est bien tout ce qui compte pour assurer l'autonomie du regroupement. En effet, l'intérêt de la personnalité n'est-il pas de donner accès au marché juridique? N'est-il pas de permettre l'engagement envers des tiers grâce au mécanisme de la responsabilité contractuelle?

Dès lors que ce mécanisme est mis en place par la création d'un gage prioritaire, il importe peu que cette masse de biens appartienne au regroupement (ce qui implique nécessairement qu'il ait la personnalité morale) ou à ses membres. *Le mécanisme de la responsabilité civile peut résonner en dehors de la personnalité*. Ce qu'il exige, ce n'est pas tant un *patrimoine* (actif lié à un passif en une seule universalité juridique: le patrimoine) qu'un *passif* (une masse de biens législativement organisée en gage réservé).

La seule création d'un tel gage par un simple enregistrement auprès de l'autorité étatique suffit donc à atteindre l'autonomie juridique. La personnalité est résolument superflue.

C- Il y a division et affectation de patrimoine

Peut-être y aurait-il plutôt *division* de patrimoine. Citons de nouveau les professeurs N. Antaki et C. Bouchard qui expliquent clairement la distinction entre *l'affectation* de patrimoine, que réalisent la fondation et la fiducie, et la *division* d'un patrimoine, que crée, par exemple, la mise en commun de biens dans le but de créer une société de personnes:

Certains biens pourront être affectés à un même but et former un gage exclusif pour certains créanciers. Il s'agira des divisions de patrimoine général d'une personne. Ces divisions, à la différence des patrimoines d'affectation, n'ont pas de régime de propriété et d'administration autonomes; ce qui signifie que le lien avec le titu-

laire du patrimoine est maintenu. L'affectation des biens doit donc être vue, dans ce cas, non comme une véritable disposition – telle qu'elle se produit en matière de fiducie – mais plutôt comme une charge ou une restriction pesant sur le droit de propriété – [...]»⁵⁴

La stipulation d'inaliénabilité (art. 1212 et s. C.c.Q.) et la substitution (art. 1218 et s. C.c.Q.) fournissent les schémas les plus simples de telles divisions du patrimoine: celui dans lequel il est divisé en deux masses soumises à des régimes différents. Relevons qu'il y a abus de langage à parler de division de *patrimoine* car à proprement parler, il ne s'agit pas de séparer une «tranche» du patrimoine du stipulant (de l'inaliénabilité ou de la substitution), comprenant une égale partie de l'actif *et* du passif mais uniquement d'isoler une masse de biens, c'est-à-dire, uniquement un «actif»⁵⁵ (le terme est imparfait, car un actif ne se conçoit que par rapport à un passif; or, justement, il n'aliène – comment pourrait-il faire autrement? – qu'une *masse* de biens). De la même manière, du fait de l'acceptation de la libéralité, le patrimoine du donataire ne s'en trouve pas séparé en deux. Seule la masse de biens reçue est isolée; et encore ne l'est-elle que par une clause qui restreint les *pouvoirs* de son propriétaire⁵⁶.

La société de personnes fournit un autre exemple, plus complexe, parce qu'il suppose non seulement la division de plusieurs patrimoines mais, de plus, la mise en commun des actifs (car, là aussi, il ne s'agit que d'actifs) ainsi isolés *dans* (et non «de») leurs patrimoines d'origine⁵⁷. La propriété collective qui résulte d'une telle mise en commun de biens ne conserve alors avec la

54. N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 1, à la p. 394.

55. Le titre cinquième du *Code civil du Québec* qui contient ces dispositions le révèle très bien. Il s'intitule: «Des restrictions à la libre disposition de certains biens».

56. Le grevé de substitution est responsable des dettes encourues pour «les actes nécessaires à l'entretien et à la conservation des biens» (art. 1226 C.c.Q.) sur son patrimoine «personnel», dirait l'article 1233 du *Code civil du Québec*; sur son unique patrimoine, dirions-nous.

Dans le même sens, voir Madeleine CANTIN CUMYN, *Traité de droit civil – L'administration du bien d'autrui*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, aux p. 125-126, nos 151 et 152.

57. N'est-ce pas là, l'équivalent de la *separatio bonorum* du droit romain? De VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, note 39, notamment à la p. 160, n° 358: «Par une série d'opérations qui sont un jeu pour elle, l'imagination partage d'abord chaque membre de l'association en deux parties, la partie *associée*, celle qui a des intérêts communs avec d'autres personnes, et la partie qui n'est pas associée, qui a des intérêts particuliers. De toutes les parties associées, elle fabrique une personne unique, qui sera l'association. De chaque partie non associée elle reconstitue une personne qui sera en dehors de l'association.»

notion de patrimoine séparé qu'un trait distinctif, l'affectation de la masse à un but. Mais ici, contrairement à la division ordinaire de patrimoine, le but n'est pas individuel et futur. Il est immédiat et collectif.

La séparation de patrimoines réalisée par une mise en commun crée une propriété collective, institution spécifique, qui présente pour particularité d'être vecteur de droit sans pourtant être ni un *patrimoine* ordinaire (c'est-à-dire, une personne juridique), ni un *patrimoine* d'affectation ... ni (à strictement parler) un *patrimoine* séparé. *Il est capital de bien comprendre que la propriété collective doit absolument se concevoir en dehors de toute notion de patrimoine.* Répétons-le, la propriété collective n'est pas un *patrimoine*⁵⁸; *ce n'est qu'une masse de biens.* Ou, plus justement, une *restriction collective contractuelle* des pouvoirs de chacun sur les biens dont il *est et demeure* seul propriétaire et qu'il met en commun⁵⁹.

Analysée sous l'angle des obligations, elle correspond à la définition que donne le professeur A. Sériaux de l'obligation de *praestare*:

Praestare signifie transférer un bien, en remettre à autrui la possession ou la détention pour une durée déterminée plus ou moins longue, à charge pour qui se voit ainsi légitimement investi, de le restituer à son maître.⁶⁰

Soulignons la formulation employée «transférer un bien»; et non «transférer la propriété» car c'est bien là tout ce qui distingue l'obligation de *praestare* de la controversée obligation de donner.

58. D'ailleurs comment le pourrait-elle? Propriété et patrimoine ne se placent pas sur le même plan. La propriété s'exprime en terme de pouvoir réels (un faisceau de droits) et le patrimoine en termes de droits et d'obligations personnels (jonctions des créances et des dettes).

R. SALEILLES, *op. cit.*, note 14, dix-septième leçon, à la p. 388: «Au fond, il ne s'agit pas encore d'un patrimoine unique dégagé des droits individuels qui pèsent sur lui».

59. Pour un avis similaire, voir L. JOSSERAND, *loc. cit.*, note 40, à la p. 362: «La *Gesamnte Hand* est avant tout une forme de la propriété ou, si l'on veut et d'une façon plus générale, une forme de tenure pour les droits patrimoniaux; c'est une notion essentiellement d'ordre patrimonial et économique.» Voir aussi N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 1, à la p. 394.

60. Alain SÉRIAUX, *Droit civil – Contrats civils*, éd. P.U.F., coll. Droit fondamental, 2001, n° 5.

PARTIE III- Le remède: l'admission de la propriété collective?

Il est vrai que le juge Brossard de la Cour d'appel utilise le terme indivision à quelques reprises, dans sa décision. Il nous semble néanmoins que sa formulation ne devrait pas avoir l'impact d'un énoncé de principe. Plusieurs arguments nous invitent à le soutenir.

D'abord, notons que le propos de la Cour d'appel n'est pas celui de qualifier positivement la nature juridique de la société de personnes. La question qui lui est posée est celle de savoir si la société peut détenir des biens. La Cour y répond en démontrant qu'elle ne le peut pas parce qu'elle ne jouit pas de la personnalité juridique. À aucun moment la Cour ne tente de démontrer qu'il y a indivision. Le contenu démonstratif de l'arrêt est *exclusivement* consacré à l'énoncé de l'absence de personnalité.

Ensuite, le litige porte bel et bien sur les droits que deux associés détenaient *effectivement* en indivision sur un *seul* immeuble. L'acquisition même de l'immeuble par les associés s'est faite en indivision. Ce n'est pas la constitution de la société qui détermine la nature du bien mais uniquement son mode d'acquisition.

Enfin, relevons également les propos du juge Biron. Ils sont essentiels. Il souligne que, d'après la preuve, la moitié indivise de l'immeuble (objet du litige) n'a jamais appartenu à la société.

Il faudrait, pour conclure autrement que la preuve révèle que les associés ont fait une mise en argent et que la société a ensuite acheté l'immeuble, ou encore, déjà propriétaire de l'immeuble, les associés en ont transféré la propriété à la société. Nous n'avons pas cette preuve.⁶¹

L'examen des titres de propriété révèle que l'immeuble a été purement et simplement acheté par quatre individus. Rien ne permet d'établir qu'ils ont transféré ce bien à la société. Ces personnes sont propriétaires indivis de l'immeuble; sans que la société dont ils font, *par ailleurs*, partie n'ait aucun lien avec cet immeuble. Le juge Biron conclut donc à une indivision simple, totalement distincte de la société qui a été constituée.

61. Propos du juge Biron, à la p. 1584 de l'arrêt, précité, note 1.

Ces arguments démontrent que le seul propos de la Cour est de refuser la personnalité. Il nous semble donc possible d'interpréter le recours au terme *indivision*, comme étant réalisé dans son sens large, commun; par simple opposition à la propriété individuelle. Le juge semble seulement vouloir dire que nous sommes en présence d'une figure juridique autre que celles de propriété individuelle et de personnalité morale; une figure à mi-chemin, *de l'ordre de l'indivision*.

Nous espérons que la Cour d'appel poursuivra son analyse dans la voie qu'elle semble s'être laissée ouverte, en reconnaissant que la société de personnes constitue une propriété collective née d'une mise en commun de biens, restant chacun d'eux la propriété exclusive de son propriétaire «apporteur»; propriété contractuellement et temporairement limitée par une affectation volontaire des ressources d'un bien à un but collectif.

L'interprétation que l'on a faite de l'arrêt *Allard* voyant dans cette décision l'affirmation d'une indivision doit être nuancée. La solution que l'on attribue à la Cour d'appel ne doit pas, à notre avis, être comprise en dehors des faits de l'affaire discutée. La Cour affirme qu'il s'agit d'une indivision parce qu'en l'espèce, le litige portait bel et bien sur les droits que deux associés détenaient *effectivement* en indivision sur un *seul* immeuble, avant sa mise en commun.

Les juges ont rejeté avec raison la personnalité morale et la propriété dont celle-ci ne peut être titulaire. C'est un point important. Mais ils n'ont pas établi positivement la nature juridique des biens de la société. Là n'était pas leur propos.

Mais en ne formulant qu'une demi-vérité (la société de personnes n'est pas une personne morale), les juges de la Cour d'appel ont laissé ouverte la porte à une interprétation prévisible de leurs propos: les biens d'une société de personnes seraient donc tenus en indivision. C'est regrettable. Nous espérons que les prochains arrêts de la Cour d'appel portant sur la question poseront le pas suivant: le rejet de la lecture de ses propos affirmant que la société de personnes constitue une indivision et la reconnaissance de la *propriété commune*, comme vecteur spécifique de droits. Les tribunaux devront également déterminer le sens exact qu'ils entendront donner à cette qualification. Deux voies leur sont, a priori, ouvertes: celle qui consiste à concevoir la propriété commune comme une *indivision sans quote-part*, tel que semblent l'enten-

dre les professeurs N. Antaki et C. Bouchard⁶²; ou celle, que nous préférons, qui la comprend comme une restriction contractuelle du mode d'exercice de la propriété qui demeure *individuelle* et *exclusive* à chacun des membres du groupe.

CONCLUSION

L'autonomie patrimoniale de la société de personnes est mise à mal. La jurisprudence *Allard* ne permet plus l'analyse en terme de *personne*. Poussée par les intérêts pratiques, la doctrine tente de sortir du carcan de la théorie de la personnalité (et de son corollaire d'unicité) en soulignant l'ouverture du droit québécois aux patrimoines d'affectation: la société n'est pas une personne. Soit ! Elle peut néanmoins garder son autonomie puisqu'il serait possible de la lire en terme d'*indivision sans quote-part* (proposition des professeurs N. Antaki et C. Bouchard) ou de patrimoine d'affectation, admis par le nouveau Code civil (proposition du professeur L.-H. Richard).

Les regroupements sans personnalité juridique nous semblent résolument tissés sur une trame différente: celle de la propriété collective. Le vocable n'est pas nouveau. Mais le sens que l'on entend lui donner, au Québec, reste à définir. Les tribunaux doivent prendre position. Tel que nous l'entendons, la propriété collective se lit en dehors de tout concept de patrimoine, d'apport, d'indivision et de transfert de droit, sur lesquels le raisonnement trébuche toujours. Elle s'inscrit sur un registre différent mais non inconnu; celui qui s'écrit en termes de pouvoirs, de mise en commun de biens et d'obligation de *praestare*.

Une reconnaissance prétorienne de la propriété collective ne signifie pas que l'on bouleverse la théorie de la propriété, à l'instar du droit allemand qui admet une véritable propriété de tous sans quote-part. Il s'agit simplement de reconnaître que le droit québécois permet que des biens soient mis en commun par le biais d'une obligation de *praestare* qui mène à conférer les *pouvoirs* sur les biens à l'ensemble des membres du groupe sans que le *titre* de propriété ne soit transféré. Le tout dans un but commun, celui de partager des bénéfices, dans le cas de la société de personnes.

62. N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 1, à la p. 400: «La société de personnes constitue donc une copropriété sans part entre les associés, où ils sont tous collectivement propriétaires et sujet de droit, sans être individuellement propriétaire des biens affectés en tout ou en partie.»

Il n'y a aucune révolution conceptuelle à craindre. La propriété collective s'inscrit déjà, en filigrane, en de nombreux endroits, dans le cadre législatif qui est le nôtre: celui de la propriété individuelle. L'avènement de la propriété collective comme concept de droit positif éviterait les errements qui, faute de mieux, mènent les juges de la Cour d'appel à ne pas prendre de position de principe claire sur la nature juridique des biens de la société de personnes.

Les clauses abusives: Dix ans après

Benoît MOORE

Résumé

La consécration, à l'article 1437 C.c.Q., d'une règle sanctionnant de nullité ou de réductibilité les clauses abusives dans les contrats d'adhésion ou de consommation, constitue sans nul doute l'un des changements les plus importants qu'a apportés la réforme de 1994 comme en témoignent une jurisprudence nombreuse ainsi qu'une doctrine tout à la fois agitée et divisée.

Dans le présent texte, l'auteur entend proposer un bilan des dix premières années d'application de l'article 1437 C.c.Q. et ce, sous un double aspect. Tout d'abord, l'auteur procède à une revue des différents critères posés par le code et qui soulèvent certaines difficultés dont celle du moment de l'appréciation du caractère abusif de la clause. Puis, en un second temps, l'auteur étudie la question du champ d'application de l'article 1437 C.c.Q. Sur ce point, il propose quatre catégories afin de classer les différentes clauses jugées abusives et, suite à cette synthèse, traite de l'importante controverse doctrinale portant sur le rapport liant la notion de clause abusive et celle de lésion et propose d'y voir là deux notions complémentaires.

Les clauses abusives: Dix ans après

Benoît MOORE*

I. LES CRITÈRES D'APPLICATION DE L'ARTICLE 1437 C.C.Q.	69
A. Caractère excessif et déraisonnable de la clause (...)	70
1) Caractéristiques de l'adhérent	70
2) Moment de l'évaluation du caractère abusif de la clause	71
B. (...) allant ainsi à l'encontre de la bonne foi	76
C. La clause dénaturant le contrat	78
II. LE CHAMP D'APPLICATION DE L'ARTICLE 1437 C.C.Q.	80
A. Les clauses visées par l'article 1437 C.c.Q.: Petit inventaire jurisprudentiel.	82
B. L'article 1437 C.c.Q. et les prestations des parties	91
CONCLUSION.	100

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et avocat au Barreau du Québec. Le présent article tire son origine d'un chapitre du volume 2 du *Droit québécois des obligations* présentement en cours de rédaction avec le professeur Didier Lluellas. L'auteur tient à remercier son collègue Adrian Popovici pour avoir lu et commenté une version antérieure du présent texte et M. Sébastien Jetté pour son assistance dans le travail de recherche ayant été à la base de cet article.

La sanction des clauses abusives et, plus spécifiquement, l'adoption de l'article 1437 C.c.Q., qui donne un pouvoir au juge lorsque celles-ci se situent dans un contrat d'adhésion¹, fut certainement l'un des changements les plus importants de la codification de 1994, tout au moins dans le droit des obligations. Cette disposition donna lieu à de multiples réactions, tant doctrinales que jurisprudentielles, en ce qu'elle devenait dès lors l'une des dispositions les plus emblématiques de ce qu'il est convenu d'appeler la «nouvelle morale contractuelle». Elle est d'autant plus une icône que la lésion, elle, fut sacrifiée sur l'autel de la liberté contractuelle. Le présent texte entend proposer une revue des différentes difficultés soulevées par l'application de l'article 1437 C.c.Q. afin de voir comment les tribunaux ont su réagir à ce qui représentait, pour un auteur, «[...] l'un des plus grands défis de la profession juridique en droit des obligations»². Mais ce défi que lançait, en 1994, l'article 1437 C.c.Q., s'il constituait une rupture avec le droit québécois d'alors, s'inscrivait dans une forte mouvance européenne. Ce double contexte nous semble devoir être décrit avant de poser un constat sur les dix premières années d'application de l'article 1437 C.c.Q. en en voyant tant les conditions que le champ d'application.

Perspectives historiques. Dans le droit québécois antérieur au 1^{er} janvier 1994, la neutralisation de certaines clauses défavorisant indûment un contractant s'opérait de manière fragmentaire par des interventions ponctuelles, tant de la magistrature que du législateur.

Le législateur tout d'abord intervenait dans des secteurs spécifiques, afin de limiter le pouvoir de la partie dominante. Il convient de mentionner le contrat d'assurance où est, par exemple, interdite, depuis la réforme de 1974, la clause qui exclut la couverture pour tout dommage résultant d'une «violation de la loi à moins que cette violation ne constitue un acte criminel»³, ou encore où est limitée à deux ans celle excluant le suicide en

1. Dans le présent article, nous ne mentionnerons que les termes *contrat d'adhésion* ou *adhérent*, afin d'éviter une surcharge du texte. Les lecteurs et les lectrices comprendront que, sauf contexte dérogatoire, les mots «contrat d'adhésion» et «adhérent» incluent «contrat de consommation» et «consommateur».

2. Pierre-Gabriel JOBIN, «Les clauses abusives», (1996) 75 *R. du B.* 503, 504.

3. Art. 2481 C.c.B.C. (maintenant art. 2402 C.c.Q.).

matière d'assurance vie⁴. Également, la *Loi sur la protection du consommateur*⁵ interdit certaines stipulations aux termes des articles 10 et suivants: qu'il suffise de citer la clause de non-responsabilité ou la clause imposant aux consommateurs des frais suite à l'inexécution de ses obligations. Enfin en matière de bail résidentiel, depuis la réforme de 1979⁶, plusieurs clauses, dont la clause pénale⁷ et la clause limitative de responsabilité du locateur⁸, sont annulables ou réductibles. Mais en ce domaine l'article 1664.11 C.c.B.C. mérite surtout d'être signalé puisqu'il est la première règle générale donnant au tribunal le pouvoir d'annuler ou de réduire toute clause qui «[...] en tenant compte des circonstances, est déraisonnable». Cette disposition, maintenant reprise à l'article 1901 C.c.Q., constitue en quelque sorte la préfiguration, de par son caractère général, de l'article 1437 C.c.Q.⁹.

Parallèlement à cette évolution législative, les tribunaux ont eux aussi agi afin de contrer ou de limiter certaines clauses spécifiques prenant, pour ce faire, appui sur différents moyens. Tout d'abord, et tout naturellement, les tribunaux ont utilisé l'exigence du consentement afin de limiter certaines clauses dérogatoires au droit commun et défavorables à l'adhérent, imposant pour ces clauses une preuve particulière de la «connaissance effective» de celles-ci. Ce fut tout particulièrement le cas en matière de clause limitative de responsabilité¹⁰, mais aussi pour d'autres clauses se retrouvant dans différents contrats d'adhésion, tels le contrat de travail, d'assurance ou de transport¹¹. Même si cet important outil

4. Art. 2532 C.c.B.C. (maintenant art. 2441 C.c.Q.).

5. *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1.

6. Cette loi (*Loi instituant la Régie du logement et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1979, c. 48) fait suite à une première réforme de 1973 (*Loi concernant le louage de choses*, L.Q. 1973, c. 74) qui comportait déjà des restrictions concernant certaines clauses particulières. Sur l'évolution de ces règles, voir: Pierre-Gabriel JOBIN, *Traité de droit civil- Le louage de choses*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, n° 169, p. 412.

7. Art. 1664.10 C.c.B.C.

8. Art. 1664.4 C.c.B.C.

9. Sur l'interprétation de cette disposition: P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 6, n° 170, p. 417; Pierre GAGNON, «L'équité contractuelle en droit du logement depuis 1994 et l'interdiction conventionnelle relative aux animaux favoris», (1999) 59 *R. du B.* 333 (l'auteur remarque que si cette disposition, sous l'ancien code, avait reçu une interprétation plutôt timide, son équivalent dans le Code civil du Québec a «pris du galon» dans le contexte, entre autres, de l'article 1437 C.c.Q.).

10. Sur ce point, voir notre texte: Benoît MOORE, «À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois», (1994) 28 *R.J.T.* 177, 211.

11. Marc LEMIEUX, «Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion», (2000) 41 *C. de D.* 61, 64.

se situait en amont du *contenu* du contrat, en ciblant la réalité du consentement – référant aujourd’hui aux articles 1435 et 1436 C.c.Q. plutôt qu’à l’article 1437 C.c.Q. –, il a contribué à mettre en évidence le danger potentiel que représentait le phénomène des contrats d’adhésion.

Les tribunaux ont également fait appel à deux principes directeurs du droit des contrats. Tout d’abord la notion d’ordre public leur a permis d’écarter ou de limiter certaines stipulations dont la fameuse clause de non-concurrence des cessions de commerce, des contrats de travail, de services ou de société. L’exigence de la bonne foi fut aussi, à tout le moins implicitement, utilisée afin de limiter certaines autres clauses. Ce fut le cas de la clause d’exclusion de la garantie des vices cachés: pour la Cour suprême du Canada, cette stipulation ne peut favoriser un vendeur professionnel, présumé connaître l’existence du vice¹². Il en est de même pour les clauses de non-responsabilité: en dépit de leur validité de principe¹³, ces clauses ont vu leur efficacité fortement limitée par les tribunaux. En effet, celles-ci ne peuvent écarter la responsabilité du débiteur de sa faute lourde ou volontaire ou encore, pour une certaine jurisprudence, ne peut avoir pour effet d’écarter la responsabilité du débiteur découlant de l’inexécution de l’obligation essentielle du contrat¹⁴.

Enfin, mais plus marginalement, certains tribunaux adoptant une vision extensive de la lésion, ont pu utiliser l’article 8 de la *Loi sur la protection du consommateur* afin de contrôler différentes clauses se retrouvant dans les contrats soumis à cette loi. Ce fut le cas pour la clause par laquelle un consommateur garantit la valeur résiduelle du véhicule loué à long terme¹⁵, la clause pénale ou encore la clause attributive de risques¹⁶.

L’ensemble de ces interventions, provenant soit d’une application des règles du droit commun, soit d’une intervention particulière du législateur, offrait plusieurs outils aux tribunaux afin

12. *General Motors c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790, 799. Cette décision est maintenant codifiée à l’article 1733 C.c.Q. Sur ce sujet, voir: Pierre-Gabriel JOBIN, *La vente*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, n° 156, p. 197.

13. *Glengoil Steamship Line Co. c. Pilkington*, (1897) 28 R.C.S. 146.

14. Sur ces limites, en grande partie codifiées aux articles 1474-1477 C.c.Q., voir: Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, n°s 1410-1422, p. 951-962.

15. Ces clauses sont, depuis 1991, réglementées aux articles 150.18 et s. L.p.c.

16. Sur cette jurisprudence, voir: Claude MASSE, *Loi sur la protection du consommateur – Analyse et commentaires*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 152.

de limiter les clauses abusives dans les contrats, sans toutefois que la notion elle-même, dans sa généralité, soit législativement reconnue, ce que faisaient déjà à cette époque plusieurs législations européennes.

Perspectives comparatives. Plusieurs pays d'Europe ont en effet, dès le milieu des années 70, développé une législation afin de protéger les parties vulnérables – consommateurs ou non-professionnels – à l'encontre des clauses abusives. Ces interventions diffèrent par leurs méthodes et leurs domaines d'application; limitons-nous à certaines illustrations les plus représentatives.

Par une loi du 9 décembre 1976¹⁷, la République fédérale d'Allemagne contrôlait le contenu des «conditions générales» des contrats quel que soit, en principe, la qualité des parties¹⁸. La notion de condition générale remplace celle de contrat-type ou de contrat d'adhésion que nous connaissons. Les conditions générales sont des clauses élaborées à l'avance dans le but d'unifier leur contenu normatif et d'assurer du même coup aux rédacteurs une position de dominance¹⁹. Est ainsi exclue de la réglementation, toute clause qui a été individuellement négociée par les parties. Ce sont les articles 9 à 11 de cette loi qui soumettent les conditions générales à un système de contrôle à deux vitesses. L'article 9 donne le pouvoir au juge de «déclarer nulle une clause d'AGB [conditions générales] qui désavantage de manière inappropriée le consommateur au mépris des principes de bonne foi et d'équité»²⁰. Cette disposition générale est suivie de deux autres articles présentant des listes de clauses. La première de ces listes, à l'article 10, est constituée de clauses en principe nulles mais que le tribunal peut, selon les circonstances, déclarer valides. C'est ce qu'on a communément appelé la liste grise. L'article 11, quant à lui, présente une liste de clauses abusives *in se*, c'est-à-dire de clauses pour lesquelles le tribunal n'a aucune marge d'apprécia-

17. *Loi relative au régime juridique des conditions générales des contrats*, 9 décembre 1979. Pour une présentation en français de cette loi, voir: Frédérique FERRAND, *Droit privé allemand*, Paris, Dalloz, 1997, nos 661-714, p. 632-682.

18. Alfred RIEG, «La lutte contre les clauses abusives des contrats – Esquisse comparative des solutions allemande et française», dans *Études offertes à René Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, p. 221, à la p. 237.

19. F. FERRAND, *op. cit.*, note 17, n° 661, p. 632. La notion de conditions générales est définie à l'article 1 de la loi et fut l'objet d'une interprétation très libérale: Han W. MICKLITZ, «La loi allemande relative au régime juridique des conditions générales des contrats du 9 décembre 1976 – Bilan de onze années d'application», *R.I.D.C.* 1989. 101.

20. F. FERRAND, *op. cit.*, note 17, n° 693, p. 661.

tion; c'est la liste noire²¹. Ce système qui allie une définition abstraite à une énumération de clauses spécifiques a également été adopté par d'autres pays européens²² et, nous le verrons, a inspiré la directive européenne.

En 1978, la France adopte à son tour une loi sur la protection des consommateurs²³ et instaure un système de contrôle différent impliquant tout à la fois le recours aux organes législatif, exécutif, administratif et judiciaire. Cette loi vise non seulement à sanctionner, mais aussi à prévenir l'inclusion de clauses abusives²⁴ dans tout contrat conclu entre un professionnel et un «non professionnel ou consommateur». L'article 35 de cette loi, prévoit que les clauses abusives sont réputées non écrites et établit les critères à cette qualification: 1) la clause doit porter sur un sujet limitativement énoncé à cet article²⁵; 2) elle doit avoir été imposée par le professionnel par un *abus de puissance* économique et conférer à ce premier un *avantage* excessif; 3) elle doit avoir été interdite, limitée ou réglementée par un décret pris en Conseil d'État. Ce système, trop complexe, fut plutôt un échec, le Conseil d'État s'étant limité à l'adoption d'un seul décret peu de temps après l'adoption de la loi. Cette relative inaction du pouvoir exécutif a également été à l'origine d'un vif débat: était-il absolument nécessaire qu'une clause fut ciblée pour mériter le label de clause abusive? Après des jugements contradictoires et malgré un texte de loi qui semblait clair, la Cour de cassation décida qu'un tribunal pouvait déclarer une clause abusive, en l'absence même de tout décret, dès lors que les autres conditions de la loi se trouvaient réunies²⁶.

21. Pour connaître le contenu de ces deux listes, voir: F. FERRAND, *op. cit.*, note 17, n° 678, p. 648.

22. Cf: B. MOORE, *loc. cit.*, note 10, p. 188.

23. Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et services.

24. Pour tenter de prévenir l'insertion des clauses abusives, la loi instaure à son article 37, la commission des clauses abusives. Cette commission a pour mission de: 1) conseiller le Conseil d'État sur les projets de décret; 2) enquêter sur les clauses abusives se retrouvant dans les différents contrats-type usuels puis proposer leur éradication au Conseil d'État; 3) produire annuellement un rapport rendu public dans lequel la Commission propose certains changements législatifs et réglementaires. Voir B. MOORE, *loc. cit.*, note 10, p. 189 et s.

25. Cette liste contient les éléments suivants: les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, de résolution ou de reconduction du contrat.

26. Civ. 1^{re} 26 mai 1993, D. 1993. 568, note PAISANT; Christian LARROUMET, *Droit civil – Les obligations: Le contrat*, tome 3, 4^e éd., Paris, Economica, 1999, n° 433 bis, p. 397.

Face à ces interventions législatives multiples et diverses, la Communauté européenne adopte, le 5 avril 1993, une directive²⁷ sur le sujet. Celle-ci définit, à son article 3, la clause abusive comme étant celle qui, «[...] en dépit de l'exigence de la bonne foi, [...] crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties découlant du contrat». La clause doit se retrouver dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur – qui doit nécessairement agir pour des fins personnelles – et ne doit pas avoir fait l'objet d'une négociation individuelle, ce qui est notamment le cas, prévoit la directive, dans le cadre d'un contrat d'adhésion²⁸. Cette définition de la clause abusive est suivie par une «liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être déclarées abusives» empruntant ainsi quelque peu à la «liste grise» utilisée dans plusieurs législations nationales.

La France s'est conformée à la directive européenne par une loi du 1^{er} février 1995, modifiant ainsi la loi de 1978²⁹. Cette nouvelle législation présente une définition de la clause abusive similaire à celle de la directive, le critère déterminant étant le «déséquilibre significatif» provoqué par la clause³⁰. Le domaine d'application de la loi est celui des contrats liant un professionnel et un «non-professionnel ou consommateur» mais n'est pas limité, contrairement à la directive, aux seules clauses n'ayant pas été individuellement négociées ce qui écarte, une fois de plus, toute référence à la notion de contrat d'adhésion ou de condition générale. Le législateur français reproduit ensuite la liste de clauses incluses à la directive en précisant toutefois que non seulement cette liste n'est qu'indicative, mais également qu'elle n'a pas pour effet de dispenser le consommateur de prouver le caractère abusif de la clause litigieuse³¹. Enfin la loi, tout en n'abrogeant pas le pouvoir du Conseil d'État de déclarer certaines clauses abusives

27. Directive CEE n° 93-13 du Conseil du 5 avril 1993 – *Concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, D. 1993. L. 360.

28. Art. 3, al. 1 et 2. Encore une fois, on constate l'exclusion du contrat d'adhésion comme discriminant nécessaire à la qualification d'une clause abusive. Le critère retenu porte plutôt sur la non-négociation individuelle de la clause litigieuse et s'inspire indubitablement de la notion de «condition générale» retenue par la loi allemande de 1976.

29. *Loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial*, J.C.P. 1995. III. 67286.

30. Art. 1, al. 1. Cette loi a été insérée à l'article L. 132-1 du Code de la consommation français. Nous la citerons désormais de cette façon.

31. L. 132-1, al. 3 Code de la consommation français.

en regard de la définition législative, confirme la position de la Cour de cassation quant au caractère facultatif d'un tel décret. Les tribunaux ont donc le pouvoir de déclarer abusive toute clause répondant aux critères généraux de la loi. Pour ce faire ils peuvent s'inspirer de la liste indicative incluse dans la loi ainsi que des recommandations de la Commission des clauses abusives.

*

Malgré l'existence de ces divers modèles, le législateur québécois a opté pour un système basé uniquement sur une définition large de la notion de clause abusive. C'est cette définition, présente à l'alinéa 2 de l'article 1437 C.c.Q., qui retiendra maintenant notre attention. Il convient d'examiner comment ont été interprétés les différents critères qui y sont précisés (I), pour ensuite en étudier le champ d'application (II).

I. LES CRITÈRES D'APPLICATION DE L'ARTICLE 1437 C.C.Q.

L'article 1437 C.c.Q., après avoir posé dans son premier alinéa que la clause abusive incluse dans un contrat d'adhésion est nulle ou réductible, précise, dans son alinéa second, qu'«[e]st abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une *manière excessive et déraisonnable*, allant ainsi à l'encontre de la bonne foi; est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci». Devant cette «tentative» de définition, critiquée³², il est opportun de cerner le sens des critères retenus par la loi, soit le caractère excessif et déraisonnable de la clause (A) qui va à l'encontre des exigences de la bonne foi (B). Nous verrons ensuite comment est utilisée la partie finale de ce second alinéa qui établit que la clause dénaturant le contrat est abusive (C).

32. Pour un auteur qui met en doute l'opportunité d'une telle définition, voir: Jean H. GAGNON, «Le contrat d'adhésion sous le Code civil du Québec», dans *Développements récents en droit commercial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 1, à la p. 33 (qui remarque qu'un tel effort n'a pas réellement été fait dans le cadre des clauses illisibles ou incompréhensibles). C'était d'ailleurs la conclusion de l'O.R.C.C. qui, à l'article 76 de son rapport, proposait une règle sur les clauses abusives dont toute définition était absente: «La clause abusive d'un contrat est annulable ou réductible».

A. *Caractère excessif et déraisonnable de la clause (...)*³³

Ces facteurs, qui rappellent ceux utilisés en matière de lésion, calibrant la disproportion dans les avantages que procure une clause au stipulant, exigent que le déséquilibre soit injuste – nous y reviendrons – et paraissent, *a priori*, être objectifs, détachés des particularités propres à l'adhérent³⁴. Or, cette question de l'abstraction de l'évaluation ne fait pas l'unanimité dans la jurisprudence et la doctrine, et recoupe, en fait, plusieurs difficultés. Le juge Baudouin, prenant le soin de distinguer les deux éléments du critère, expose bien cette incertitude. Pour lui, si le qualificatif «déraisonnable» semble référer à une norme exclusivement objective, le qualificatif «excessif» recoupe à la fois un aspect objectif – c'est-à-dire une disproportion objective entre les obligations respectives – et un aspect subjectif. L'aspect subjectif réfère alors tant à l'impact de la clause sur la *situation particulière de l'adhérent* (1), qu'aux circonstances spécifiques de son *application*³⁵, ce qui pose alors la question du moment de l'évaluation du caractère abusif d'une clause (2).

1) **Caractéristiques de l'adhérent**

À ce chapitre on se doit tout d'abord d'écarter les caractéristiques liées à *l'aptitude* pour une partie de comprendre ou de négocier le contrat, ces éléments ne relevant pas de l'article 1437 C.c.Q. mais plutôt de la qualification du contrat d'adhésion aux termes de l'article 1379 C.c.Q. L'article 1437 C.c.Q. ne vise pas en effet à sanctionner l'ignorance vraisemblable de la clause, mais son contenu injuste. Par conséquent le fait que la partie aurait normalement pu connaître et comprendre cette clause est indifférent, une fois qu'a été établie l'impossibilité pour lui de la faire modifier³⁶.

Plus problématique apparaît la question de savoir si la situation particulière de l'adhérent doit être prise en compte dans l'évaluation *des effets de la clause* (appréciation *in concreto*) ou si

33. Cette section reprend des passages de notre texte: «Le contrôle des clauses abusives: entre formation et exécution du contrat», dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, p. 461.

34. Adrian POPOVICI, «Le nouveau code civil et les contrats d'adhésion», (1992) *Mer. Mem. Lect.* 137, 152.

35. *P.G. Québec c. Kabakian-Kechichian*, [2000] R.J.Q. 1730, 1739 (C.A.).

36. Cette distinction n'est pas toujours faite dans la jurisprudence: B. MOORE, *loc. cit.*, note 33, p. 464.

l'on ne doit pas plutôt se limiter à une évaluation abstraite de ceux-ci (appréciation *in abstracto*). Sur cette question, au moins quelques décisions acceptent de prendre en compte l'impact particulier d'une clause envers l'adhérent. Ces décisions concernent la clause incluse dans un bail interdisant au locataire de posséder un animal domestique. Une telle clause, qui n'est généralement pas reconnue abusive, peut, selon ces décisions, le devenir lorsqu'on l'applique, par exemple, à l'encontre d'une personne qui ressent un bienfait tout particulier de la présence d'un animal de compagnie³⁷. Mais cette question de la prise en compte des caractéristiques de l'adhérent recoupe celle, plus générale, des *circonstances de l'application* de la clause.

2) Moment de l'évaluation du caractère abusif de la clause

La question ici est de savoir si le caractère abusif d'une clause doit être relevé en tenant compte des circonstances existant lors de l'application de celle-ci ou si on ne doit pas plutôt évaluer le caractère abusif de la clause au moment de la formation du contrat et ainsi se limiter aux clauses abusives *in se*. Sur ce point, si certaines décisions se limitent aux circonstances présentes à la formation du contrat³⁸, plusieurs acceptent de prendre en compte les circonstances lors de l'application de la clause litigieuse³⁹. En

37. P. GAGNON, *loc. cit.*, note 9. En jurisprudence voir, entre autres: *Fram c. Office municipal d'habitation de Pointe-Claire*, J.E. 98-1402 (C.Q.). En plus des caractéristiques personnelles de l'adhérent, les tribunaux exigent l'absence de préjudice pour les autres locataires et au lieu loué. Ces éléments qui s'imposent au bon sens – un serin n'est pas cochon chinois! – ne nous semblent par ailleurs pas relever d'une analyse du contenu contractuel sous l'article 1437 C.c.Q. En effet, même en l'absence de clause interdisant les animaux, un locataire ne peut posséder un animal – ou poser tout autre geste – susceptible de préjudicier les autres locataires ou le propriétaire.

La Cour d'appel a, par ailleurs, récemment rendu une décision ayant pour effet d'opposer une telle clause prohibitive, renversant ainsi le jugement de la Cour supérieure qui, compte tenu des circonstances particulières, avait permis à la locataire de conserver ses deux chats. Mais, les motifs de l'arrêt de la Cour d'appel portent uniquement sur le fait que les décisions de la Régie du logement et de la Cour du Québec n'étaient pas manifestement déraisonnables et donc que la Cour supérieure n'aurait pas dû les renverser. Cette décision ne constitue par conséquent pas un arrêt de principe: *Office municipal d'habitation de Pointe-Claire c. Coulombe*, [1999] R.J.Q. 2348 (C.A.); [1996] R.J.Q. 1905 (C.S.).

38. *Tellier c. La Mutuelle du Canada, Compagnie d'assurance sur la vie*, J.E. 98-1530 (C.S.); *Huel c. Décalcomanie Beaver Inc.*, J.E. 97-727 (C.S.); *Rousse c. Dion*, J.E. 2001-1213 (C.S.). Voir aussi: *Banque Toronto-Dominion c. Béland*, B.E. 97BE-661.

39. *Gaillard c. Microtec Inc.*, J.E. 95-782 (C.Q.); *Société générale Beaver Inc. c. Métaux ouverts St-Philippe Inc.*, J.E. 94-1295 (C.S.); *Gosselin c. 102150 Canada Inc.*, J.E. 96-730 (C.Q.); *Audet c. Jetté*, J.E. 98-2097 (C.S.).

ce sens, on a jugé abusive la clause par laquelle un salarié perdait une partie de son bonus lorsqu'il quittait son emploi dans les cinq premières années, lorsque cette clause était appliquée à un salarié qui quittait pour raison de maladie⁴⁰. A également été jugée abusive une clause incluse dans un contrat d'assurance, limitant la couverture des soins à ceux prodigués dans les douze mois suivant l'accident, lorsqu'il appert que certains traitements particuliers ne pouvaient être effectués, pour des raisons médicales, à l'intérieur de cette période⁴¹. Toujours en matière de contrat d'assurance, a également été jugée abusive une clause soumettant la couverture pour troubles psychiatriques au fait que l'assuré recevait des soins réguliers d'un psychiatre alors qu'il n'y avait pas de tel spécialiste dans sa région de résidence⁴².

Cette approche reçoit l'aval d'une majorité d'auteurs⁴³, mais certains la critiquent, soulignant qu'un tel procédé risque de confondre la notion de clause abusive avec celle d'abus de droit, et surtout, d'imprévision⁴⁴. C'est ce qu'a d'ailleurs retenu la Cour d'appel dans l'important arrêt *Kabakian-Kechichian*. Le juge Baudouin, au nom de la Cour, écrit qu'«[...] en matière de clauses abusives, on doit évaluer principalement celles-ci au moment de la conclusion de l'engagement. Revoir le contrat au moment de son exécution et réduire l'obligation du parrain en tenant compte de sa capacité de payer me paraît alors n'être rien d'autre qu'une révision de la convention par le juge pour imprévision, notion qui n'est pas acceptée dans notre droit comme principe général [...]»⁴⁵. La

40. *Mc Andrew c. Supermarché Tassé ltée*, J.E. 96-2308 (C.Q.).

41. *S.S.Q., Société d'assurance-vie c. 2970-3691 Québec Inc.*, J.E. 95-1806 (C.S.).

42. *Papineau c. La Survivance, Compagnie mutuelle d'assurance-vie*, [2001] R.R.A. 277 (C.Q.).

43. Vincent KARIM, *Les obligations*, vol. 1, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 393; Sylvette GUILLEMARD, «Les clauses abusives et leurs sanctions: la quadrature du cercle», (1999) 59 *R. du B.* 369, 382; Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 105, p. 123; P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 2, p. 514; François HÉLEINE, «Le droit des obligations – Une double préoccupation des tribunaux: contrôler les comportements – s'adapter au droit nouveau», dans *Le nouveau Code civil du Québec: un bilan*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1995, p. 27, à la p. 38.

44. Brigitte LEFEBVRE, «La bonne foi: notion protéiforme», (1996) 26 *R.D.U.S.* 321, 353. Un autre auteur soulève également qu'une telle appréciation porterait indûment atteinte à la sécurité des transactions: M. LEMIEUX, *loc. cit.*, note 11, p. 91. En jurisprudence, voir: *Rousse c. Dion*, J.E. 2001-1213 (C.Q.); *Tellier c. La Mutuelle du Canada, Compagnie d'assurance sur la vie*, précité, note 38; *Huel c. Décalcomanie Beaver Inc.*, précité, note 38.

45. *P.G. Québec c. Kabakian-Kechichian*, précité, note 35. Remarquons par ailleurs dans cette citation, que la Cour se préserve contre une affirmation trop caté-

solution à cette difficile question, quant à nous, semble devoir participer à la fois d'une application *raisonnée et nécessaire* de l'article 1437 C.c.Q. et d'une approche *pragmatique* de ce remède.

Il faut tout d'abord se préserver d'utiliser l'article 1437 C.c.Q. dans des situations où l'application de la théorie générale des obligations aurait suffi pour protéger adéquatement l'adhérent. Ainsi, on a vu un tribunal, invoquant des circonstances particulières, annuler une clause imposant à un entrepreneur d'indemniser la ville pour tout dommage qu'elle a l'obligation de compenser à un tiers. Or, en l'occurrence, ces «circonstances particulières» résidaient dans le fait que les dommages causés aux tiers ne provenaient pas des travaux effectués par l'entrepreneur et étaient extérieurs au contrat. L'application du droit commun aurait ici suffi, le débiteur n'ayant commis aucune faute⁴⁶. Dans une autre affaire, il aurait été suffisant d'invoquer le caractère impératif des dispositions sur les vices du consentement afin d'annuler une clause par laquelle l'adhérent renonçait à son droit d'invoquer le dol⁴⁷. Aussi, les tribunaux ont pu utiliser l'article 1437 C.c.Q., alors que la notion d'ordre public ou, encore, une disposition impérative interdisant ou réglementant la clause litigieuse, aurait suffi⁴⁸.

Mais l'utilisation «abusive» de l'article 1437 C.c.Q. se fait tout particulièrement au détriment des règles d'interprétation du contrat, et plus spécialement de l'article 1432 C.c.Q. Par exemple, dans l'affaire déjà citée, en quoi était-il nécessaire d'annuler la clause de la perte de bonus de l'employé, alors qu'il aurait été tout

gorique en laissant la porte ouverte à une évaluation des circonstances de l'application de la clause.

46. *Allstate, compagnie d'assurance c. Lasalle (Ville de)*, B.E. 99BE-781 (C.S.).

47. *Lachapelle c. Promotions C.G.S. Inc.*, J.E. 95-1356 (C.Q.) [nullité en cas de dol]; *Pitney Bowes du Canada ltée (P.B. Leasing)*, [1996] A.Q. n° 2530 (Quicklaw) (C.Q.).

48. Voir: *A.T. & T. Capital Can. Inc. c. 3100-9459 Québec Inc.*, J.E. 99-1916 (C.S.) [art. 1848]; *Abadie c. Mutuelle-vie des fonctionnaires du Québec*, [2000] R.J.D.T. 569 (C.Q.) [clause imposant une pénalité pour une résiliation unilatérale violant ainsi l'article 2091 C.c.Q.]; *Orsonique Inc. c. Girard*, D.T.E. 2002T-593 (C.Q.) [clause imposant un préavis trop long violant ainsi l'article 2091 C.c.Q. – le tribunal cite cet article avec l'article 1437 C.c.Q.]; *Bouchard c. Securespace*, J.E. 98-2326 (C.Q.) [152 L.p.c.]; *St-Pierre c. Canadian Tire Magasins associés*, B.E. 97BE-560 (C.Q.) [1733 C.c.Q.]. Voir également une affaire où on a appliqué l'article 1437 C.c.Q. dans un contrat qui non seulement n'était pas d'adhésion mais qui, en fait, n'existait pas puisqu'il était soumis à une condition suspensive qui ne s'est jamais réalisée: *Bourassa c. Dumais*, [2001] R.D.I. 157 (C.Q.).

à fait possible, en interprétant cette clause, de ne la limiter qu'au départ volontaire – démission – du salarié⁴⁹? Il en va de même dans des décisions où est annulée une clause sous prétexte qu'elle *devient* abusive lorsqu'on lui attribue un certain sens. C'est le cas dans une décision où a été jugée abusive une clause qui permettait au locataire de ne couper que les arbres morts lorsque les locataires, de bonne foi, avaient également coupé les arbres malades et irrécupérables nuisant à l'exploitation⁵⁰. La question est ici de savoir si l'interprétation donnée par les locataires pouvait être défendue. Or, ce recours à «l'interprétation abusive» relève clairement des principes d'interprétation selon lesquels, entre deux sens possibles, on doit préférer celui qui rend la clause légale plutôt qu'illégale. Le rapport entre interprétation et clause abusive rappelle quelque peu celui qui existe entre la clause incompréhensible et l'interprétation⁵¹, et leur cohabitation semble résider dans la sanction respective des deux notions: *sens* favorable à l'adhérent dans un cas, *nullité* de la clause dans l'autre.

En dernière analyse, la prise en considération des circonstances lors de l'application de la clause semble donc généralement cacher une utilisation critiquable de l'article 1437 C.c.Q. Afin d'éviter de tels «abus», le tribunal doit s'assurer, avant d'appliquer cet article, qu'il ne peut pas interpréter la clause en lui donnant un sens favorable à l'adhérent⁵², ou encore appliquer le droit commun ou une disposition spécifique concernant ladite clause.

Mais malgré cela, et même s'il est vrai, en principe, que l'évaluation du caractère abusif de la clause doit se faire en fonction des circonstances existant lors de la formation du contrat⁵³,

49. *Mc Andrew c. Supermarché Tassé ltée*, précité, note 40. Pour d'autres exemples: *Syndicat des copropriétaires de l'Aristocrate c. Morgan*, [2000] R.J.Q. (C.S.); *Allstate, Compagnie d'assurances c. Lasalle (Ville de)*, précité, note 46. Sur le rapprochement entre l'exercice interprétatif de la clause et le caractère abusif de celle-ci, voir également: *Compagnie d'assurances du Québec c. Groupe pétrolier Nirom Inc.*, [1999] R.R.A. 253 (C.A.); [1996] R.R.A. 176 (C.S.).

50. *Audet c. Jetté*, précité, note 39. Voir également sur cette idée «d'interprétation abusive»: *Paquin c. Territoire des Lacs Inc.*, [2000] R.D.I. 297; *Compagnie d'assurances du Québec c. Groupe pétrolier Nirom Inc.*, [1999] R.R.A. 253 (C.A.), où la Cour d'appel semble condamner un tel raisonnement.

51. Voir: Benoît MOORE, «Autonomie et spécificité de l'article 1436 C.c.Q.», dans Pierre-Claude LAFOND (dir.), *Mélanges Claude Masse – En quête de justice et d'équité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 593.

52. V. KARIM, *op. cit.*, note 43, p. 400.

53. C'est d'ailleurs ce que prévoit l'article 4(1) de la directive européenne ainsi qu'à l'article 1 par. 5 de la loi introduisant cette directive en droit français.

l'on doit tout de même éviter, comme nous y invite en quelque sorte la Cour d'appel⁵⁴, de refuser péremptoirement de prendre en compte des événements particuliers pouvant «corroborer»⁵⁵ ou révéler le caractère abusif d'une clause. En ce sens, *il faut adopter une approche pragmatique de la notion de clause abusive*. Prenons par exemple l'évaluation du caractère abusif d'une clause pénale pour laquelle il est vain de soutenir qu'elle puisse être abusive *in se*, l'analyse des circonstances, dont les dommages réels, étant incontournable dans l'évaluation⁵⁶. On ne doit donc pas écarter une appréciation contextuelle, *in concreto*, lorsque cela s'avère nécessaire⁵⁷.

L'appréciation des caractères «déraisonnable et excessif» d'une clause doit donc être faite en fonction du contexte interne de celle-ci [incluant les autres clauses du contrat, nous y reviendrons] et, dans une moindre mesure, de son contexte externe [la situation du cocontractant et les circonstances de l'exécution du contrat] à tout le moins comme révélateur de l'abus préexistant dans la clause. Si, par ailleurs, le contexte interne nous semble nécessaire dans tous les cas, l'évaluation du contexte externe n'est utile que lorsque la clause n'est pas *a priori* et en soi abusive. Cette conclusion nous semble la seule possible afin que ne soient pas nulles les seules clauses abusives *in se*. Une telle solution, trop restrictive, aurait pratiquement pour effet de neutraliser l'article 1437 C.c.Q. puisque bien souvent les clauses abusives en elles-mêmes, en dehors de tout contexte, peuvent être sanctionnées par la notion d'ordre public. En adoptant une solution pragmatique où l'évaluation des circonstances est permise, un rapprochement peut être fait avec les listes noire et grise anciennement adoptées par certaines législations européennes, constituées de clauses réputées ou présumées abusives. Les tribunaux sauront, au gré de leur décisions, nous le souhaitons, développer de telles présomp-

54. Dans l'affaire *Kabakian*, la Cour souligne en effet qu'«en matière de clauses abusives, on doit évaluer *principalement* celles-ci au moment de la conclusion de l'engagement [...]» (c'est nous qui soulignons): *P.G. Québec c. Kabakian-Kechichian*, précité, note 35.

55. *Millette c. S.S.Q. Société d'assurance-vie Inc.*, [1997] R.R.A. 243 (C.Q.).

56. Voir par exemple: *2429-8952 Québec Inc. c. Trois-Rivières (Ville de)*, [2001] R.J.Q. 2218 (C.A.); *Univers Gestion multi-voyages Inc. c. Air Club International Inc.*, J.E. 97-772 (C.S.); *151276 Canada Inc. c. Verville*, [1994] R.J.Q. 2950 (C.S.).

57. Il est par ailleurs vrai qu'une telle approche contextualisée crée un rapprochement entre les notions de clause abusive, d'abus de droit et d'imprévision. Sur cette question, voir nos commentaires dans *loc. cit.*, note 33, p. 461.

tions afin de rendre certaines clauses abusives dans tous les cas et, par ce fait, donner éventuellement un rôle *préventif* à l'article 1437 C.c.Q.⁵⁸.

Le législateur ne donne aucune autre indication de ce que constitue le caractère excessif ou déraisonnable d'un avantage. Certes l'utilisation même des termes laisse à penser qu'il s'agit non pas d'un simple avantage mais c'est la présence de la bonne foi qui donne réellement la balise nécessaire à l'intervention judiciaire: tirer profit d'une situation de dominance oui, en abuser, non.

B. (...) allant ainsi à l'encontre de la bonne foi

La bonne foi, à laquelle réfère l'article 1437 C.c.Q., est une bonne foi «objective», c'est-à-dire fixant une norme comportementale conformément aux articles 7 et 1375 C.c.Q.⁵⁹. Cette bonne foi vise l'étape pré-contractuelle au cours de laquelle se détermine le contenu du contrat⁶⁰. Elle implique ainsi un devoir de loyauté exigeant du stipulant qu'il ne profite pas indûment de sa situation de dominance. La présence de la bonne foi à l'article 1437 C.c.Q. ne semble pas, pour une majorité d'auteurs⁶¹, ajouter un critère distinct au caractère excessif et déraisonnable, mais constitue plutôt le fondement de la règle en plus d'affirmer le sens à donner au seul véritable critère – le caractère excessif et déraisonnable de la clause –, d'en donner un *facteur* d'évaluation⁶². On rejoint alors indubitablement l'idée d'exploitation de l'article 1406 C.c.Q.⁶³. On condamne uniquement la clause qu'un autre stipulant se trouvant dans cette même situation privilégiée n'aurait pas, profitant de l'incapacité de l'autre d'y faire obstacle, incluse dans le contrat.

58. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 43, n° 103, p. 120.

59. Nathalie CROTEAU, «Le contrôle des clauses abusives dans le contrat d'adhésion et la notion de bonne foi», (1996) 26 *R.D.U.S.* 401, 406; A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 34, p. 153; B. LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 44, p. 329.

60. Brigitte LEFEBVRE, «Le contrat en général – Rapport canadien», dans *Travaux de l'Association Henri Capitant, La bonne foi*, t. XLIII, Paris, Litec, 1992, p. 85, à la p. 98.

61. De cet avis: J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 2, n° 104, p. 122; B. MOORE, *loc. cit.*, note 10, p. 224; P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 2, p. 513.

62. P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 2, p. 513.

63. Sur cette idée: Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2001, n° 239, p. 425; N. CROTEAU, *loc. cit.*, note 59, p. 406. En jurisprudence, voir: *Le c. Le*, [1994] R.J.Q. 1058 (C.S.).

Agissant ainsi, le stipulant n'adopte pas un comportement raisonnablement prudent et diligent et pose là un geste fautif⁶⁴.

Un critère qui est fréquemment utilisé par les tribunaux⁶⁵, ainsi que par une certaine doctrine⁶⁶, participe de cette analyse: il s'agit du caractère standard de la clause. Ce critère ne trouve pas sa justification dans le consentement présumé de l'adhérent que le tribunal déduirait de la fréquence de l'utilisation de la clause. L'article 1437 C.c.Q. ne portant pas sur le consentement, il ne sert à rien de démontrer, un peu comme on le fait pour l'inclusion d'un usage dans le contenu contractuel, que l'adhérent devait ou aurait dû connaître la clause. Le fondement possible d'un tel critère repose plutôt sur l'absence d'exploitation de la part du stipulant dans le fait d'inclure une clause dite «standard». Même s'il répond à une certaine logique, ce critère mérite, à notre avis, d'être écarté⁶⁷. Une clause n'est pas moins injuste parce qu'elle est fréquente. En fait, adopter une telle logique revient à nier le danger même que recèle l'utilisation des contrats d'adhésion puisque l'absence de pouvoir de l'adhérent sur le contenu ainsi que la standardisation des contrats et l'absence de concurrence quant au contenu normatif de ceux-ci, rendent standard bien souvent, les clauses abusives.

À tout événement, la notion de bonne foi, tout aussi vague et floue que la notion de clause abusive, ne fournit tout au plus qu'un guide à la magistrature qui, fait-on remarquer, ne l'utilise que fort peu⁶⁸ et généralement que d'une façon rhétorique, tout comme la doctrine d'ailleurs qui n'y fait, bien souvent, qu'une rapide allusion lorsqu'elle ne critique pas le fait qu'on lui fasse référence⁶⁹.

64. *P.G. Québec c. Nicolas*, [1996] R.J.Q. 1679 (C.S.); J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 63, n° 239, p. 425.

65. *Banque Toronto-Dominion c. Béland*, précité, note 38; *Bonanza Holidays Tours Ltd. c. British Airways*, J.E. 95-1531 (C.S.) [le tribunal, statuant sur une clause de résiliation unilatérale exigeant un préavis de sept jours, relève que la demanderesse n'a soumis aucune preuve d'usage en ce domaine qui aurait pu démontrer le caractère abusif d'une telle stipulation]; *Chrétien c. Chambre des notaires du Québec*, [2001] R.J.Q. 2671 (C.S.); *Loiselle c. Société Canada Trust-Le Permanent*, J.E. 97-999 (C.A.); *Medi-Dent Service c. Bercovitch*, J.E. 96-2131 (C.S.); *Électronique Norjec Inc. c. McNicoll*, J.E. 97-1778 (C.Q.).

66. V. KARIM, *op. cit.*, note 43, p. 396.

67. Du même avis: Brigitte LEFEBVRE, «Le contrat d'adhésion», dans Numéro spécial de la Revue du Notariat, *Le Code civil du Québec: Bilan d'un première décennie 1994-2004*, Montréal, 2003, p. 439, 460.

68. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 43, n° 104, p. 121; N. CROTEAU, *loc. cit.*, note 59, p. 423.

69. A. POPOVICI, *op. cit.*, note 34, p. 153.

C. La clause dénaturant le contrat

Les éléments vus précédemment sont suivis, à l'alinéa 2 de l'article 1437 C.c.Q., de ce qui semble être un exemple de clause abusive: «[...] est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci». Malgré ce rôle illustratif, ce passage ne pêche pas par excès de clarté et les rares auteurs qui le discutent en proposent plusieurs significations possibles.

Certains ont ainsi vu, dans cette expression, un renvoi à la théorie anglo-saxonne du *fundamental breach of contract*, destinée à neutraliser une clause de non-responsabilité dans le contexte de l'inexécution de l'obligation principale au contrat. Si ce lien n'est pas dénué de tout fondement – comme tend à le démontrer une certaine jurisprudence qui utilise maintenant l'article 1437 C.c.Q. pour invalider ce type de clause⁷⁰ –, il semble par ailleurs réducteur en ce que seule serait visée la clause d'exclusion de responsabilité⁷¹ dans un contexte où la jurisprudence, nous l'avons vu, l'avait déjà invalidée⁷². Une certaine jurisprudence⁷³ a plutôt invoqué la théorie des attentes raisonnables pour justifier cet énoncé. C'est d'ailleurs dans le contexte de l'article sur les clauses abusives que se retrouvait codifiée, dans l'*Avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, la théorie des attentes raisonnables⁷⁴. Il nous semble que le texte tel qu'adopté, même s'il ne contient plus cette référence expresse à la théorie, laisse encore place à son

70. Par exemple: *Thériault c. Dumas*, J.E. 2000-1961 (C.Q.); *Huot c. Systèmes de sécurité Nasa Inc.*, J.E. 2001-1216 (C.Q.).

71. Élise CHARPENTIER, «L'article 1437 C.c.Q. ou de l'art de lire un article qui surprend», dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, p. 233, 242; B. MOORE, *loc. cit.*, note 10, p. 226.

72. Certains auteurs voient d'ailleurs, dans cette jurisprudence, l'inspiration de cette partie de l'article 1437 C.c.Q.: J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 43, n° 106, p. 124; Nathalie CROTEAU, *Le contrat d'adhésion: De son émergence à sa reconnaissance*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, p. 120; P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 2, p. 513; *Rousse c. Dion*, précité, note 38. On peut également y voir une présomption irréfragable: Pierre-Gabriel JOBIN, «La révision du contrat par le juge dans le Code civil», dans *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 400, 414; *Banque Toronto-Dominion c. Béland*, précité, note 38.

73. *Michaud c. Société Mutuelle d'Assurance générale du comté de Rivière-du-Loup*, [1997] R.R.A. 629 (C.Q.); *Wofford c. Boréal Assurances Co.*, [1995] R.R.A. 811 (C.Q.).

74. Art. 1484, al.2: «Est abusive toute clause qui, dans l'exécution du contrat, désavantage l'une des parties d'une manière excessive et déraisonnable ou la prive de ses attentes raisonnables» (c'est nous qui soulignons).

application, dans un sens plus relatif, encadré par un *constat d'ordre objectif*⁷⁵. Si une clause est tellement éloignée de ce qui se retrouve *naturellement* dans le contrat, il y a tout lieu de croire que l'adhérent ne pouvait s'y attendre et qu'il ne pouvait la négocier.

Cette partie de l'article 1437 C.c.Q. peut également être reliée à la fois à une théorie d'interprétation des contrats d'adhésion avancée par certains anciens auteurs français⁷⁶, qu' à deux présomptions présentes dans la loi allemande de 1976⁷⁷. À l'article 9 de cette loi, il est prévu que dans le doute «il convient de présumer qu'un tel désavantage inapproprié existe dès lors qu'une stipulation: 1) n'est pas compatible avec les principes fondamentaux de la réglementation légale à laquelle elle déroge ou 2) restreint à un tel point les droits ou obligations essentiels découlant de la nature même du contrat que la finalité du contrat semble compromise»⁷⁸. Il nous semble que ces deux éléments se retrouvent conjugués dans l'expression utilisée à l'article 1437 C.c.Q.⁷⁹. On doit se servir de la nature du contrat, de sa «finalité» et de la réglementation légale supplétive⁸⁰, afin de donner un cadre objectif au contenu contractuel, posant ainsi un étalon de comparaison.

75. Sur cette théorie, voir: Didier LLUELLES, «La théorie des attentes légitimes (ou «raisonnables») dans la clarification contractuelle: Est-ce si légitime? Est-ce bien raisonnable», dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, p. 407.

76. Sur cette théorie, voir: René DEMOGUE, *Traité des obligations en général: Sources des obligations*, t. 2, Paris, Arthur Rousseau, 1923, p. 311: «Elle consiste à distinguer dans les contrats d'adhésion deux sortes de clauses: les clauses essentielles qui sont généralement verbales ou manuscrites et les clauses accessoires qui sont généralement imprimées. La plupart du temps, les deux parties acceptent sciemment et librement les clauses essentielles. Quant aux autres, l'adhérent connaît ou comprend mal leur teneur et la portée qu'elles peuvent avoir si on les prend à la lettre. Elles ne doivent produire d'effet contre l'adhérent que si elles ont pour résultat de préciser ou de compléter les clauses essentielles, mais non si elles viennent métamorphoser subrepticement l'essence du contrat». Également, la professeure Charpentier soutient qu'il est possible de relier la notion de dénaturation à Domat selon qui les conventions comportent des «suites naturelles» qui peuvent être écartées si elles le font explicitement et si elles respectent la nature et la finalité du contrat: É. CHARPENTIER, *loc. cit.*, note 71, p. 242 et s.

77. De cet avis: E. CHARPENTIER, *loc. cit.*, note 71, p. 246.

78. F. FERRAND, *op. cit.*, note 17, n° 693, p. 66.

79. On retrouvait plus expressément encore ces deux présomptions dans le Projet de loi 125 à l'article 1433, al. 2: «[...] est *présumée* l'être celle qui est si éloignée des obligations essentielles qui découlent normalement de la *nature du contrat* ou de sa *réglementation* qu'elle dénature celui-ci» (c'est nous qui soulignons).

80. V. KARIM, *op. cit.*, note 43, p. 393; É. CHARPENTIER, *loc. cit.*, note 71. Et non de sa réglementation impérative, la clause y dérogeant étant nécessairement nulle sans besoin d'invoquer l'article 1437 C.c.Q. pour ce faire: *Abadie c.*

Mais cette expression ne constitue pas un critère d'application de l'article 1437 C.c.Q. et doit se cantonner à son rôle d'exemple⁸¹. S'il est acceptable que les tribunaux utilisent cette illustration afin de faciliter la qualification du caractère abusif de la clause litigieuse, tout particulièrement lorsque celle-ci exonère le stipulant d'une partie importante ou de l'ensemble de ses obligations principales⁸², il faut souhaiter que les juges ne l'exigent pas comme critère nécessaire, ce qui ne semble pas toujours le cas⁸³.

II. LE CHAMP D'APPLICATION DE L'ARTICLE 1437 C.C.Q.

Si tout contrat même négocié est susceptible de contenir des clauses au contenu déraisonnable ou injuste pour l'un des contractants, la vulnérabilité de l'adhérent justifie que l'on écarte plus aisément le contenu contractuel afin de protéger la partie défavorisée. C'est ce constat que pose le législateur en ciblant, à l'article 1437 C.c.Q., les seuls contrats d'adhésion ou de consommation. Nous verrons dans cette partie le champ d'application de cette disposition, mais il nous semble utile, avant tout, de tracer en quelques lignes les moyens qui existent afin d'intervenir sur les clauses injustes hors de l'application de l'article 1437 C.c.Q., c'est-à-dire dans les contrats de gré à gré.

Tout d'abord le *Code civil du Québec*, tout comme le faisait dans une certaine mesure le *Code civil du Bas-Canada*, régle-

Mutuelle-vie des fonctionnaires du Québec, précité, note 48 [clause imposant à l'employé une pénalité en cas de résiliation, et ce, en violation de l'article 2091 C.c.Q.].

81. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 43, n° 106, p. 124; N. CROTEAU, *op. cit.*, note 72, p. 128; P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 2, p. 513.
82. Par exemple: *Leroux c. Toyota Canada Inc.*, B.E. 99BE-70 (C.Q.) [clause dans un contrat de garantie additionnelle exigeant de l'acheteur qu'il démontre que tous les propriétaires antérieurs ont respecté les conditions de la garantie et les instructions d'entretien]; *Michaud, Société mutuelle d'assurance générale du comté de Rivière-du-Loup*, précité, note 73 [clause d'exclusion de risque dans un contrat d'assurance]; *St-Pierre c. Canadian Tire Magasins associés*, précité, note 408 [clause de limitation de garantie]; *Thériault c. Dumas*, J.E. 2000-1961 (C.Q.) [clause de limitation de responsabilité].
83. *Banque Toronto-Dominion c. Béland*, précité, note 38; *Bonanza Holidays Tours Ltd. c. British Airways*, précité, note 65 [le tribunal, statuant sur une clause de résiliation unilatérale exigeant un préavis de sept jours, relève que la demanderesse n'a soumis aucune preuve d'usage en ce domaine qui démontrerait le caractère abusif d'une telle stipulation]; *Chrétien c. Chambre des notaires du Québec*, précité, note 65; *Loiselle c. Société Canada Trust-Le Permanent*, J.E. 97-999 (C.A.); *Medi-Dent Service c. Bercovitch*, précité, note 65.

mente certaines clauses – les plus répandues et les plus dangereuses – sans égard au type de contrat dans lequel elles se trouvent. C'est le cas des clauses de non-responsabilité (art. 1474 C.c.Q.) dont la validité est soumise à certaines règles et des clauses pénales (art. 1623 C.c.Q.) que le tribunal peut réduire en cas d'abus. Le législateur intervient également dans plusieurs contrats nommés, afin de protéger la partie vulnérable contre certaines clauses. Si ce contrôle peut, dans le cas du contrat de bail résidentiel, porter sur toute clause déraisonnable (art. 1901 C.c.Q.), ces interventions portent généralement sur des clauses spécifiques telles, par exemple, la clause de non-concurrence en matière de contrat de travail (art. 2089 C.c.Q.), la clause de limitation de la garantie des vices cachés en matière de vente lorsque le vendeur connaît ou est présumé connaître le vice caché (art. 1733 C.c.Q.), ou encore la clause donnant à une partie une position privilégiée quant à la nomination d'un arbitre (art. 2641 C.c.Q.). Ces interventions, codifiant pour la plupart des développements jurisprudentiels ou reprenant des règles déjà existantes, si elles se font dans des contrats où il y a généralement un déséquilibre entre les parties, ne ciblent pas spécifiquement les contrats d'adhésion.

Mais à l'extérieur de ces situations particulières, c'est par l'application de la théorie générale des contrats que peut s'exercer la sanction des clauses injustes. C'est ce qu'a fait, nous l'avons vu, la jurisprudence sous l'ancien code, en utilisant la notion d'ordre public afin de limiter, par exemple, la clause de non-concurrence, ou encore en recourant à l'exigence du consentement et au principe de bonne foi⁸⁴, afin de limiter les clauses de non-responsabilité et d'exclusion des vices cachés. Cette jurisprudence doit être maintenue, confortée d'ailleurs par la consécration de l'exigence de la bonne foi à l'article 1375 C.c.Q. En effet cette exigence, posée en principe, peut sanctionner non seulement l'exercice d'un droit – par l'abus de droit –, mais aussi sanctionner le contenu d'une clause qui crée *dans l'immédiat* un abus plutôt que de simplement créer une potentialité⁸⁵.

La notion de cause de l'obligation peut également être utilisée afin d'annuler les clauses qui «[...] détruisent la cohérence du

84. Voir en droit français: Denis MAZEAUD, «La protection par le droit commun», dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD, *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris, Economica, 1998, p. 33, à la p. 37.

85. Jacques MESTRE, «Rapport de synthèse» dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD, *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris, Economica, 1998, p. 157, à la p. 159.

contrat, énervent sa force obligatoire en privant de cause tel ou tel des engagements *essentiels* qui y ont été souscrits⁸⁶. Ainsi, en France, la Cour de cassation a utilisé cette notion afin d'écarter certaines clauses telles, par exemple, celle qui en assurance responsabilité exige que la réclamation de la victime soit reçue par l'assuré avant l'expiration du contrat⁸⁷. Également, dans une affaire *Chronopost* qui suscita de fortes réactions, la Cour de cassation a écarté la clause, incluse dans un contrat de «courrier rapide», selon laquelle «[e]n cas de non respect des délais de livraison de son fait, Chronopost s'engage[ait] à rembourser exclusivement le prix du transport»⁸⁸. Pour la Cour suprême française, cette stipulation, écartant l'obligation essentielle, violait l'article 1131 C.c.fr. portant sur la cause⁸⁹.

Plusieurs clauses, souvent les plus fréquentes et les plus dangereuses, peuvent donc être contrôlées tant par le droit commun que par des interventions législatives ponctuelles. Mais ce contrôle est soit indirect, soit ciblé. L'article 1437 C.c.Q., quant à lui, offre un contrôle général. Nous en verrons son véritable champ d'application en proposant un inventaire des clauses sanctionnées sous son égide (A), pour ensuite soulever une éventuelle limite à ce pouvoir (B).

A. Les clauses visées par l'article 1437 C.c.Q.: ***Petit inventaire jurisprudentiel***

Comme on l'a déjà fait remarquer⁹⁰, il est très difficile de présenter exhaustivement ou, *a fortiori*, de procéder à une synthèse des différentes clauses qui ont pu être jugées abusives. Il est tout aussi illusoire d'évaluer, en peu de mots, le comportement des tribunaux face au défi que représente l'application de l'article 1437 C.c.Q. S'il est vrai, comme on a tout de même pu écrire, que «[...] le premier quinquennat de l'article 1437 C.c.Q. n'a pas provoqué

86. J. MESTRE, *loc. cit.*, note 85, p. 161 (c'est nous qui soulignons).

87. Civ. 1^{re}, 19 décembre 1990, J.C.P. 1991. I. 3778, obs. Jean BIGOT.

88. Com. 22 octobre 1996, J.C.P. 1997. I. 4002, obs. Muriel FABRE-MAGNAN. Cette décision concernant deux professionnels, la loi sur les clauses abusives ne s'appliquait pas.

89. Sur ces décisions et le rôle de l'article 1131 C.c.fr. sur les clauses abusives, voir: D. MAZEAUD, *loc. cit.*, note 84, p. 41. Cet arrêt rejoint les décisions québécoises qui ont invalidé une clause de non-responsabilité lorsque celle-ci porte sur l'obligation fondamentale. Cette jurisprudence, si elle est classiquement rattachée à la bonne foi, peut en effet tout autant l'être à la cause.

90. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 64, n° 239.1, p. 427.

de révolution jurisprudentielle [...]»⁹¹ ou encore qu'un «[...] nombre considérable de clauses contestées ont été déclarées valides»⁹², il reste qu'un nombre tout aussi important de clauses ont été soit annulées, soit réduites par l'effet de l'article 1437 C.c.Q. Pour preuve, mais sans prétendre que cela soit un marqueur fiable, les décisions ne valant pas que par leur dispositif, sur les 168 décisions que nous avons retenues, 81 ont conclu au caractère abusif de la clause alors que 87 concluaient le contraire. Constatons également que si un grand nombre de clauses distinctes ont été, une fois ou l'autre, contestées en vertu de l'article 1437 C.c.Q., le *corpus* jurisprudentiel est composé, en bonne partie, de certaines clauses plus souvent attaquées – qui sont d'ailleurs, remarquons-le, pour la plupart, spécialement réglementées par le code. Essentiellement il s'agit des clauses pénales, des clauses de non-responsabilité et des clauses de résiliation unilatérale. Si aucune de ces clauses n'est invariablement jugée abusive, il se détache généralement une majorité de jugements les sanctionnant.

Cela étant, et assumant cette impossibilité d'atteindre l'exhaustivité, il est permis de relever quatre grandes familles de clauses particulièrement visées par l'article 1437 C.c.Q.

1. Les clauses affectant les obligations et les droits des parties. Appartiennent à cette catégorie, les *clauses qui aménagent à la baisse les obligations du stipulant*. Ainsi ont été jugées abusives, en matière d'assurances, des clauses d'exclusion ou de limitation de risques⁹³ et d'engagement formel⁹⁴. En matière de vente, ont également été sanctionnées la clause exigeant d'un acquéreur subséquent d'un véhicule le paiement d'une somme d'argent au manufacturier afin que la garantie conventionnelle lui soit trans-

91. P. GAGNON, *loc. cit.*, note 9, p. 335.

92. P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 2, p. 512.

93. *Michaud c. Société mutuelle d'assurances générales du comté de Rivière-du-Loup*, précité, note 73; *Millette c. S.S.Q., Société d'assurance-vie Inc.*, [1997] R.R.A. 243 (C.Q.); *Savard c. Napierville (Ville de)*, C.Q. Iberville, n° 755-32-000222-952, le 30 avril 1996 (contrat d'assurance automobile limitation aux seuls accidents impliquant une collision avec un autre véhicule).

94. *Papineau c. La Survivance, Compagnie mutuelle d'assurance-vie*, précité, note 42; *Wofford c. Boreal Insurance Inc.*, précité, note 73. On peut également citer l'affaire *Groupe pétrolier Nirom Inc. c. Compagnie d'assurances du Québec* dans laquelle la Cour supérieure ([1996] R.R.A. 176) avait considéré abusive la clause qui soumettait la couverture d'un sinistre à la découverte par l'assuré de celui-ci dans les 120 heures suivant sa survenance. La Cour d'appel, quoique confirmant la décision de première instance ([1999] R.R.A. 253), conclut que cette clause, lorsque correctement interprétée, n'est pas abusive.

mise⁹⁵, ou encore la clause exigeant de l'acheteur de prouver que tous les propriétaires précédents ont respecté la garantie du fabricant et ses instructions d'entretien⁹⁶.

En sens contraire, cette catégorie abrite les *clauses aménageant à la hausse les obligations ou à la baisse les droits de l'adhérent*. Figurent dans cette sous-catégorie: la clause par laquelle le versement d'une prime ou d'une commission est soumis au maintien du lien d'emploi lors du versement⁹⁷; la clause d'un contrat de travail à temps partiel qui exige de l'employé une exclusivité de service⁹⁸; la stipulation par laquelle le locataire à long terme d'une voiture garantit la valeur résiduelle de la voiture⁹⁹ ou encore, exceptionnellement, la clause par laquelle le locataire s'engage à ne pas avoir d'animal de compagnie¹⁰⁰. Entre également dans cette catégorie, la clause de non-concurrence (régie par

95. *Boulangier c. Toyota Canada Inc.*, J.E. 98-1469 (C.Q.). Dans cette décision, le tribunal décide de diminuer ce paiement de 200 \$ à 50 \$. Une autre décision a plutôt jugé qu'une telle clause violait l'article 152 L.p.c. et par conséquent était nulle: *Desjardins c. Toyota Canada Inc.*, J.E. 98-1971 (C.Q.).

96. *Leroux c. Toyota Canada Inc.*, précité, note 82.

97. Cette clause a fait l'objet de plusieurs litiges dont un recours collectif toujours pendant (*Latreille c. L'Industrielle-Alliance, Compagnie d'assurance sur la vie*, J.E. 98-415 (C.S.)). Les tribunaux ont retenu le caractère abusif de cette clause à deux reprises (*Blais c. ITT Canada Finance Inc.*, J.E. 95-772 (C.S.)); *McAndrew c. Supermarché Tassé ltée*, précité, note 40 [dans des circonstances particulières]); et ont reconnu sa validité dans deux autres cas (*Lévesque c. Groupe Investors*, J.E. 96-645 (C.Q.)); *Loiselle c. Société Canada Trust – Le Permanent*, précité, note 65). Malgré cette opposition apparente, il semble que ces différentes décisions se complètent, l'avantage perdu n'ayant pas la même signification dans les différents cas. Ainsi dans l'affaire *Lévesque*, le tribunal justifie la validité de cette clause par le fait que la prime constituait une gratification additionnelle, non prévue lors de l'embauche et unilatéralement décidée par l'employeur afin de fidéliser ses meilleurs employés. Contrairement donc aux autres décisions, il ne s'agissait pas d'une partie de la rémunération normale et convenue des parties qui ne peut en toute logique être soumise, une fois gagnée, au maintien, le jour du paiement, du lien d'emploi. Pour le professeur Karim ce type de clause dénature en fait le contrat de travail: V. KARIM, *op. cit.*, note 43, p. 393. Voir également: *Aeterna-Vie, Compagnie d'assurances c. Bergeron*, B.E. 97BE-830 (C.S.); *Banque Nationale du Canada c. Lafrenière*, J.E. 99-360 (C.Q.) [le tribunal rejette l'action de la banque qui demande le remboursement des avances de commissions parce que l'employé n'a pas atteint l'objectif fixé au contrat qui était de l'avis du tribunal impossible à atteindre].

98. *Agence de placement Hélène Roy c. Rioux*, [1997] R.L. 297 (C.Q.).

99. *Location B.M. Inc. c. Constructions Jacques Vallée Inc.*, [2000] R.L. 283 (C.Q.). Cette clause qui avait fait l'objet de plusieurs décisions sous l'article 8 L.p.c. est régie, depuis 1991, par les articles 150.18 et suivants L.p.c. qui les limitent mais les permettent. Sur ces clauses, voir: C. MASSE, *op. cit.*, note 16, p. 654.

100. Voir: *Fram c. Office municipal d'habitation de Pointe-Claire*, précité, note 37. Comme nous l'avons par ailleurs déjà vu, cette clause est fréquemment jugée valide.

l'article 2089 C.c.Q. en matière de contrat de travail), qui, par ailleurs, est généralement soumise aux critères développés par la jurisprudence en application de la notion d'ordre public. Ont par ailleurs été jugées valides, la clause dans un contrat de cautionnement par laquelle l'adhérent renonce à son bénéfice de discussion et de division¹⁰¹ ou encore la clause par laquelle une partie s'engage à ne pas solliciter la clientèle de son cocontractant¹⁰².

2. *Les clauses portant sur les conséquences d'un défaut de l'une des parties.* Cette catégorie inclut les différentes clauses allégeant l'impact du défaut du stipulant. Citons la clause d'un contrat de construction dispensant le maître d'ouvrage de verser quelque intérêt que ce soit à l'entrepreneur en cas de retard dans le paiement¹⁰³ ou une clause limitant la garantie d'un traitement anti-rouille¹⁰⁴. Mais, c'est tout particulièrement les clauses exonérant le stipulant de sa responsabilité qui subissent le plus fréquemment le contrôle de l'article 1437 C.c.Q. et ce, même si la clause respecte les conditions de validité de l'article 1474 C.c.Q.¹⁰⁵. En matière de contrat d'adhésion, une clause exonérant

101. *Banque de Nouvelle-Écosse c. Promotions Atlantique Inc.*, J.E. 2001-576 (C.S.) (en appel, C.A.M., n° 500-09-010650-018); *S.S.Q., Société d'assurance-vie Inc. c. 2970-3691 Québec Inc.*, précité, note 41.
102. *Services Investors ltée c. Hudson*, J.E. 98-1329 (C.S.).
103. *Fernand Gilbert ltée c. Municipalité de St-Gervais*, J.E. 2000-495 (C.S.), conf. par B.E. 2002BE-474 (C.A.).
104. *Dumais c. Labelle Pontiac Buick ltée*, J.E. 99-2150 (C.Q.); *St-Pierre c. Canadian Tire Magasins Associés*, précité, note 48.
105. Voir: *Allendale Mutual Insurance Co. c. Hydro-Québec*, [2002] R.J.Q. 84 (C.A.) [clause de non-responsabilité d'Hydro-Québec en cas de panne]; *Bouchard c. Sécurespace*, précité, note 48 [clause de non-responsabilité dans un contrat d'entreposage – le tribunal utilise principalement l'article 13 L.p.c.]; *Gosselin c. 102150 Canada Inc.*, J.E. 96-730 (C.Q.) [contrat de forfait de voyage. Le tribunal statue sur deux clauses de non-responsabilité. Le tribunal juge valide la première puisque, portant sur la ponctualité des vols, le retard était dû à une décision de l'équipage pour des considérations liées à la sécurité des voyageurs. La deuxième, portant sur la non-réalisation d'expéditions promises dans le forfait, fut jugée abusive]; *Trudeau c. Entreprises Dorette Va/Go Inc.*, J.E. 95-1381 (C.Q.) [contrat de forfait de voyage]; *Huot c. Systèmes de sécurité Nasa Inc.*, J.E. 2001-1216 (C.Q.) [contrat de système de surveillance où la responsabilité est limitée à 100 \$ – le tribunal conclut au caractère abusif de cette clause puisqu'elle exclut la responsabilité du professionnel en cas d'inexécution de son obligation fondamentale]; *Thériault c. Dumas*, J.E. 2000-1961 (C.Q.) [contrat d'entreprise – le tribunal utilise le même argument]; *Lucas c. Amerispec Service d'inspection de maison*, J.E. 96-330 (C.Q.) [contrat d'inspection d'immeuble – le tribunal utilise également la négligence grossière]; *Régie d'assainissement des eaux du bassin de La Prairie c. Janin Construction (1983) ltée*, [1999] R.J.Q. 929 (C.A.) [contrat d'entreprise]; *Sinto Laurentides Inc. c. Brennan*, J.E. 2000-1488 (C.S.) [contrat de bail]. Enfin citons au long une clause qui était incluse dans un contrat de forfait de voyage et dont le texte n'est pas loin d'être poétique(!): «les

le stipulant de dommages matériels causés par sa faute simple peut ainsi s'avérer abusive. Cette solution jurisprudentielle, qui suit d'ailleurs l'opinion de la doctrine¹⁰⁶, nous semble devoir être approuvée. Une disposition du Code qui réglemente expressément une clause ne doit pas avoir pour effet d'écarter, dans les contrats d'adhésion, le contrôle de l'article 1437 C.c.Q.¹⁰⁷. Le contexte particulier dans lequel se retrouve la clause de non responsabilité – le contrat d'adhésion – justifie qu'elle soit soumise à un contrôle plus resserré sans pour autant qu'elle soit totalement proscrite¹⁰⁸.

Canadiens jouissent d'un standard de vie parmi les plus élevés au monde. Par contre, dans certains pays, les conditions varient en qualité et en disponibilité. À l'occasion, une restriction d'eau et d'électricité peut survenir. Un climat tropical favorise la vie d'insectes qui apprécient autant les hôtels de luxe que ceux de catégorie standard. Royal Vacances Inc. ne pourra être tenue responsable de la qualité des services par les hôteliers ni des inconvénients qui en résultent»: *Desfossés c. Royal Vacances*, [1996] R.L. 501 (C.Q.); *Marcoux c. Caisse populaire Desjardins de Neufchâtel*, [1997] R.L. 399 (C.Q.) [clause dégageant la banque de toute responsabilité issue, entre autres, du non-respect d'un contrordre de paiement écrit et non ambigu].

106. Voir: Nathalie CROTEAU, «L'intervention du tribunal dans les contrats», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit des contrats (2000)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 1, à la p. 22; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 63, n° 239.1, p. 428 à la note 823. Pour des développements nuancés sur cette question: M. LEMIEUX, *loc. cit.*, note 11, p. 91.
107. Il nous semble que cette solution devrait être appliquée dans tous les cas. Si l'article 1437 C.c.Q. ne doit jamais avoir pour effet de limiter la protection offerte par une autre disposition ou un courant jurisprudentiel, il devrait au contraire toujours pouvoir ajouter à ces régimes particuliers et instaurer un certain «climat» favorisant l'application de ces régimes par les tribunaux (c'est ce que relève un auteur constatant que l'article 1901 C.c.Q. en matière de bail résidentiel «[...] a pris du galon dans le contexte plus «contestataire» du nouveau C.c.Q.»: P. GAGNON, *loc. cit.*, note 9, p. 338). Ainsi, par exemple, l'adoption de l'article 2089 C.c.Q. concernant les clauses de non-concurrence, en matière de contrat de travail, n'écarter pas l'application dans d'autres types de contrats, lorsqu'ils sont d'adhésion, de l'article 1437 C.c.Q., non plus que ce dernier n'a pas pour effet de rendre caduque la jurisprudence ayant limité, par la notion d'ordre public, ces mêmes stipulations (J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 43, n° 103, p. 121). Par ailleurs, et toujours en application de ce même raisonnement, l'article 1437 C.c.Q. ne devrait pas permettre la réduction de la clause de non-concurrence lorsque celle-ci viole l'ordre public – sanction que refusait la jurisprudence –, puisque cela aurait pour effet de désavantager l'adhérent en lançant, entre autres, un message de permissivité aux stipulants. À l'inverse, dans l'éventualité où une clause de non-concurrence serait abusive aux termes de l'article 1437 C.c.Q. sans toutefois violer l'ordre public, elle devrait pouvoir être annulée ou réduite.
108. Ainsi les tribunaux reconnaissent la validité d'une telle clause dans certaines situations: *Laberge c. Caisse populaire Desjardins de Cowansville*, [1999] R.L. 503 (C.Q.) [clause dans un contrat de carte de débit par laquelle la banque décline toute responsabilité advenant que le client choisisse un NIP trop facile à découvrir]; *Gaillard c. Microtec Inc.*, précité, note 39 [clause dans un contrat de système d'alarme-incendie par laquelle le client reconnaît que le système

À l'inverse on relève un nombre important de *clauses imposant de lourdes conséquences au défaut de l'adhérent*. On pense tout d'abord au contrôle de la clause pénale régie par l'article 1623 C.c.Q. qui donne au tribunal le pouvoir de diminuer la clause pénale abusive. Encore ici, la question de l'adéquation des différents articles du code se pose. Si certains sont d'avis que le contrôle de ce type de clause doit se cantonner à l'article 1623 C.c.Q. même lorsqu'elle est incluse dans un contrat d'adhésion¹⁰⁹, il nous semble que, tout comme pour les clauses élusives de responsabilité et l'article 1474 C.c.Q., l'article 1623 C.c.Q. ne doit pas exclure l'application de l'article 1437 C.c.Q.¹¹⁰. Ces deux dispositions constituent des règles particulières, l'une portant sur un type spécifique de clause, l'autre portant sur un type spécifique de contrat. Elles doivent ainsi se compléter et, ayant toutes deux pour but de protéger les intérêts de la partie vulnérable, ne doivent pas se neutraliser. Ainsi, si l'article 1623 C.c.Q. permet au tribunal de réduire une clause pénale figurant dans un contrat qui n'est ni d'adhésion ni de consommation, l'article 1437 C.c.Q. permet à ce même tribunal, non seulement de réduire, mais également d'annuler une clause pénale qui se retrouve dans un contrat d'adhésion, nullité qui n'est pas possible sous le régime de l'article 1623 C.c.Q. Cette nullité a alors pour effet, non pas de nier au créancier tout droit à des dommages-intérêts, mais de l'obliger à faire la preuve de l'existence et de la mesure de ces dommages, tout en perdant toute possibilité d'obtenir des dommages comminatoires¹¹¹.

Au-delà de la clause pénale, se retrouve dans cette catégorie le contrôle des clauses qui, en cas de défaut de l'adhérent, fixe un

peut parfois émettre une fausse alarme – par exemple lorsque le temps est très humide – et par conséquent accepte d'en assumer les conséquences].

109. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 63, n° 469, p. 799; J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 43, n° 107, p. 125; Nathalie VÉZINA, «Réactions judiciaires à quelques nouveautés du droit des obligations», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements en droit civil (1995)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 71, à la p. 100. En jurisprudence: *AlSCO Uniform & Linen Service Ltd. c. 9097-7786 Québec Inc.*, J.E. 2002-1899 (C.S.) [mais le juge soulève la possibilité de réduire la clause pénale à 0].
110. De cet avis: J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 14, n° 1351, p. 899; N. CROTEAU, *loc. cit.*, note 59, p. 419; Vincent KARIM, «La clause pénale et le pouvoir de révision des tribunaux», dans Pierre-Claude LAFOND, *Mélanges Claude Masse – En quête de justice et d'équité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 527, 558. En jurisprudence, voir: *Grenier-Lacroix c. Lafond*, J.E. 94-358 (C.Q.).
111. *Contra*: N. VÉZINA, *loc. cit.*, note 109, p. 100.

taux d'intérêt¹¹², prévoit la responsabilité personnelle et solidaire d'une personne qui signe le contrat pour le compte d'une compagnie¹¹³, régit la déchéance du bénéfice du terme¹¹⁴ ou donne au stipulant des droits exorbitants en cas de défaut, aussi minime soit-il, de l'adhérent¹¹⁵.

3. *Les clauses garantissant un contrôle unilatéral ou plus avantageux au stipulant quant à l'exécution ou à la fin du contrat.* En ce qui concerne le contrôle de l'exécution du contrat, on peut penser à la clause qui prévoit que toute question relative à l'application ou à l'interprétation du contrat relève du stipulant et est sans appel¹¹⁶; à la clause permettant au stipulant de décider unilatéralement et sans possibilité de vérification que l'adhérent est en défaut¹¹⁷ ou encore celle permettant au stipulant, dans un contrat de louage commercial, de s'ingérer dans l'entreprise de son locataire¹¹⁸. On pourrait plus généralement penser à toute clause qui donne un pouvoir unilatéral au stipulant de modifier les clau-

112. Ont été jugées abusives: *St-Pierre c. Laprise*, précité, note 48 (18 %); *Sun Life Trust Co. c. Bionaire inc.*, J.E. 99-2063 (C.Q.) (24 %). A été jugé acceptable: *Médi-Dent Service c. Bercovitch*, précité, note 65 [18 % – le tribunal compare avec le taux d'intérêts des cartes de crédit].
113. *Location du cuivre ltée c. Construction Cardel Inc.*, J.E. 95-492 (C.Q.); *Slush Puppie Trois-Rivières c. Bégin*, B.E. 2001BE-268 (C.Q.).
114. *Fairway Realities Inc. c. 169493 Canada Inc.*, B.E. 98BE-339 (C.S.)
115. Ce type de clause a souvent été contestée, avec succès, dans les contrat de crédit-bail: *Crédit-bail Findq c. 9030-8669 Québec Inc.*, J.E. 2000-395 (C.Q.) (en appel); *Location Tiffany Leasing Inc. c. 3088-6022 Québec Inc.*, J.E. 98-1485 (C.Q.); *Société générale Beaver Inc. c. Destefano*, J.E. 96-1193 (C.Q.); *Société générale Beaver Inc. c. Métaux ouverts St-Philippe Inc.*, précité, note 39 (en appel). Pour un cas où la clause a été jugée valide: *Corporation financière Télétéc c. Tremblay*, [1996] R.J.Q. 813 (C.Q.). Voir également: *3390152 Canada Inc. c. 3056309 Canada Inc.*, B.E. 99BE-214 (C.S.). A par ailleurs été jugée valide une clause dans un contrat de carte de paiement, prévoyant la perte des points-privilèges recueillis en cas de résiliation du contrat suite au non-paiement du compte par le client: *Mathieu c. Amex Canada Inc.*, J.E. 95-1812 (C.Q.).
116. *Transport Stéphane Julien Inc. c. Transport Montkar ltée*, C.Q. Québec, n° 200-32-014788-987, 14 mai 1998.
117. *Slush Puppie Montréal Inc. c. 153226 Canada Inc.*, [1994] R.J.Q. 1703 (C.Q.). Cette décision, qui a été l'une des toutes premières appliquant l'article 1437 C.c.Q., invalide une clause qui spécifiait que Slush Puppie, afin de vérifier si ses clients respectaient leur obligation d'exclusivité dans l'approvisionnement des produits, effectuait un test dont le résultat faisait foi et ne pouvait être contesté. C'est ce caractère unilatéral et occulte qui rendait, dans cette affaire, la clause abusive. Le client avait beau dire qu'il n'avait pas violé son obligation d'exclusivité, si le test, selon Slush Puppie, démontrait le contraire, il n'y avait rien à faire. Depuis cette décision, la compagnie semble plus transparente quant à l'élaboration de son test: *Slush Puppie Canada Inc. c. Sycan Entreprises ltée*, J.E. 2000-292 (C.Q.); *Slush Puppie Montréal Inc. c. 3100-5465 Québec Inc.*, J.E. 96-1876 (C.Q.).
118. *3390152 Canada Inc. c. 3056309 Canada Inc.*, B.E. 99BE-214 (C.S.).

ses du contrat le rendant ainsi «maître» du contrat¹¹⁹. Mais dans ce dernier cas, il faut distinguer les cas où une telle clause est abusive – le pouvoir lui-même est abusif – de ceux où ce n'est que l'utilisation qui en a été faite qui doit être réprimée. Dans le premier cas, il est nécessaire d'annuler la clause aux termes de l'article 1437 C.c.Q., alors que dans le second, c'est l'abus de droit qui doit plutôt jouer¹²⁰.

Incontestablement c'est le droit à la résiliation unilatérale qui a retenu le plus fréquemment l'attention des tribunaux en ce domaine et la solution varie d'une espèce à l'autre. Ainsi une clause de résiliation unilatérale sera annulée si la pénalité demandée est supérieure au montant de tous les droits exigibles aux termes du contrat¹²¹ ou encore, dans un bail commercial, la clause qui exige de l'autre le paiement de tous les loyers futurs même lorsque le bailleur réussit à relouer le logement¹²². Par ailleurs, dès lors que la clause de résiliation est identique pour les deux parties, elle sera généralement reconnue valide¹²³ de même que si le coût pour ce faire équivaut simplement aux dommages de l'autre partie¹²⁴.

4. *Les clauses défavorisant l'adhérent dans l'exercice de ses recours.* Cette dernière catégorie regroupe les clauses qui visent à rendre plus difficile l'exercice du recours de l'adhérent, par exemple en donnant le pouvoir au stipulant de fixer le lieu du tribunal compétent n'importe où dans le monde¹²⁵, ou encore visant à supprimer certains recours à l'adhérent tel celui de demander

119. Cette expression est empruntée: J. MESTRE, *loc. cit.*, note 85, p. 159.

120. Voir: J. MESTRE, *loc. cit.*, note 85, p. 159; D. MAZEAUD, *loc. cit.*, note 84, p. 35. L'affaire *Université de Montréal c. Fédération des médecins résidents du Québec*, [1994] R.J.Q. 1650 (C.S.); [1997] R.J.Q. 1832 (C.A.), est une bonne illustration d'une situation où une clause donnant le pouvoir à une des parties de modifier unilatéralement le contenu du contrat n'est pas abusive.

121. *Huiles Desroches Inc. c. Poulin*, B.E. 97BE-501 (C.Q.).

122. *Marcotte c. Marcotte*, B.E. 98BE-114 (C.Q.). Voir également: *3390152 Canada Inc. c. 3056309 Canada Inc.*, B.E. 99BE-214 (C.S.).

123. *Bertrand Équipements Inc. c. Kubota Canada ltée*, [2002] R.J.Q. 1329 (C.S.); *Pérusse c. Eastern Marketing ltée*, J.E. 96-1449 (C.S.) (conf. pour d'autres motifs à J.E. 97-59).

124. *2622-1374 Québec Inc. c. Sardo*, J.E. 98-1767 (C.Q.) [clause dans un contrat concernant une réception de mariage selon laquelle les clients qui résilient unilatéralement le contrat doivent compenser pour les pertes réelles subies]. Voir également: *Bonanza Holidays Tours Ltd c. British Airways*, précité, note 65.

125. *HSBC Bank Canada c. Nytschuk*, B.E. 2002BE-199 (C.S.) (en appel).

la nullité du contrat¹²⁶, sa résiliation¹²⁷ ou des dommages-intérêts¹²⁸. Par ailleurs, la clause compromissaire par laquelle les parties s'entendent pour soumettre tout litige à un arbitre a été reconnue valide¹²⁹.

À l'extérieur de ces quatre familles, diverses autres clauses ont été contestées, avec ou sans succès¹³⁰. Ont ainsi été déclarées nulles la clause empêchant l'adhérent de plaider la force majeure¹³¹, celle par laquelle l'adhérent renonce à sa libération suivant sa faillite¹³² ou encore par laquelle un copropriétaire renonce à mettre une antenne extérieure¹³³. Est également nulle,

126. *Lachapelle c. Promotions C.G.S. Inc.*, J.E. 95-1356 (C.Q.) [nullité en cas de doll]; *Pitney Bowes du Canada ltée (P.B. Leasing)*, [1996] A.Q. n° 2530 (Quicklaw) (C.Q.).
127. *A.T. & T. Capital Canada Inc. c. 3100-9459 Québec Inc.*, précité, note 48.
128. *Bel-Gaufre Inc. c. 159174 Canada Inc.*, J.E. 95-1448 (C.S.), appel accueilli en partie; J.E. 98-1291 (C.A.).
129. *Location d'équipement Jalon-Simplex ltée c. Animation Proludik Inc.*, B.E. 97BE-410 (C.Q.) [par ailleurs le mode de nomination de l'arbitre a été jugé contraire à l'article 2641 C.c.Q.].
130. Exemples de clauses jugées valides: *Électronique Norjec Inc. c. McNicoll*, précité, note 65 [clause dans un contrat de travail rendant responsable l'employé – gérant – pour les pertes encourues au chapitre des inventaires]; *Location de voitures Compacte (Québec) ltée c. Gagnon*, J.E. 95-968 (C.Q.) [contrat de location d'un véhicule automobile qui exige du locataire qu'il obtienne un rapport policier en cas d'accident]; *Pagé Construction, division de Simard-Beaudry c. Trois-Rivières-Ouest (corporation municipale de la ville de)*, J.E. 99-462 (C.S.) [clause par laquelle un entrepreneur assumait toute hausse qu'il pourrait avoir à verser à ses employés suite à une modification du décret sur la construction]; *Productions Mark Blanford Inc. c. Caisse populaire St-Louis-de-France*, [1997] R.J.Q. 1779 (C.S.), infirmé pour d'autres motifs par la Cour d'appel, [2000] R.J.Q. 1696 (C.A.) [accord de vérification dans un contrat de gestion de compte bancaire]; *Services de financement automobile Primus Canada Inc. c. 2625-2106 Québec Inc.*, J.E. 2002-1303 (C.S.) (en appel) [clause dans un contrat de cession générale de contrats de location par laquelle le cédant garantit l'existence et la validité des contrats de location]; *Perreault c. Programmes de protection prolongée*, C.Q., n° 200-32-015652-984, 15 septembre 1998 [clause soumettant la garantie prolongée au fait que le client effectue l'entretien du véhicule chez un concessionnaire autorisé].
131. *Société de transport de la Rive-Sud de Montréal c. 158880 Canada Inc.*, [2000] R.J.Q. 1332 (C.Q.). Dans cette affaire, la défenderesse vendait des titres de transport de la demanderesse. Lors de la crise du verglas elle fut victime d'un vol, incluant les titres de transport non vendus. La demanderesse exige le remboursement de ceux-ci conformément à la clause 12 du contrat qui présume de façon irréfutable que les titres non restitués à la fin du mois ont été vendus. Le juge conclut que cette clause était abusive puisqu'elle empêche la défenderesse d'invoquer la force majeure.
132. *St-Germain c. Québec (Ministre de l'Éducation)*, J.E. 99-426 (C.Q.) [cette clause avait été exigée par le ministère afin que l'étudiant puisse à nouveau faire une demande de prêt et bourse].
133. *Syndicat des copropriétaires de l'Aristocrate c. Morgan*, [2000] R.J.Q. 1516 (C.S.) (en appel).

la clause dans un contrat de location d'équipement par laquelle le locataire s'engage à remettre l'îlot en béton loué, ce qui exige sa démolition et endommagera le matériel appartenant au locataire¹³⁴. Enfin deux autres stipulations ont fait l'objet de décisions multiples: la clause fixant le taux d'intérêt dans un contrat de crédit et la clause de «soutien» dans le contrat de parrainage. Mais ces stipulations méritent un traitement particulier puisqu'elles soulèvent la question de savoir si l'article 1437 C.c.Q. peut remettre en question l'équilibre des prestations du contrat.

B. L'article 1437 C.c.Q. et les prestations des parties¹³⁵

C'est en fait la question du rapport existant entre les notions de clause abusive et de lésion qui se pose ici¹³⁶. Or, le lien entre ces deux notions fait actuellement l'objet d'un vif débat dans la doctrine québécoise, certains soutenant que la notion de clause abusive se rapproche, voire se confond, avec celle de lésion¹³⁷. Cette conception permettrait ainsi de sanctionner la lésion entre majeurs dans les contrats d'adhésion en donnant la possibilité au juge d'intervenir sur la «clause» fixant le prix lorsqu'elle est déraisonnable. D'autres sont d'avis que, même semblables, ces deux notions se distinguent en ce que l'article 1437 C.c.Q. se limite aux seules clauses périphériques au contrat, excluant ainsi les prestations réciproques des contractants¹³⁸. Au-delà de ces opinions

134. *Pétroles Irving Inc. c. Garage Guilbert Inc.*, B.E. 2001BE-113 (C.Q.).

135. Cette section reprend des passages de notre texte: «Le contrôle des clauses abusives: entre formation et exécution du contrat», dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, p. 461.

136. Sur cette question dans son ensemble, voir: Brigitte LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 67, p. 461.

137. En fait, les auteurs ne confondent jamais totalement les deux notions mais constatent d'une façon ou d'une autre leur très forte similarité, ce qui justifie certains à conclure que la notion de clause abusive peut jouer le rôle de la lésion: N. VÉZINA, *loc. cit.*, note 109, p. 71, à la p. 96 [pour cette auteure, il est «illusoire de chercher à distinguer les deux mécanismes»]; V. KARIM, *op. cit.*, note 43, p. 229 [cet auteur inclut la clause abusive dans ses développements sur la lésion (p. 229) puis est d'avis que l'article 1437 C.c.Q. permet d'intervenir sur le prix mais distingue tout de même les deux notions (p. 402)]. Pour certains auteurs, si la clause abusive s'éloigne de la lésion objective (disproportion) elle se rapproche la notion de la «lésion-équité»: Pierre-Claude LAFOND, «Contours et ramifications de la «nouvelle» définition du contrat de consommation du Code civil du Québec», (1996) 56 *R. du B.* 569, 604 [cet auteur, à la p. 605 parle de «lésion édulcorée»]; N. CROTEAU, *op. cit.*, note 72, p. 109. Le professeur Popovici, quant à lui, après avoir distingué les deux notions, se demande si le législateur n'a pas «[...] au fond, rétabli la notion de lésion entre majeurs en la limitant aux contrats de consommation et d'adhésion [...]»: A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 34, p. 151.

138. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 63, n° 239, p. 425; B. MOORE, *loc. cit.*, note 10, p. 224; Louis PERRET, «Une philosophie nouvelle

opposées, une première distinction entre ces deux notions est soulevée par la plupart des auteurs: celle de leur nature juridique respective. Selon les termes mêmes du code, la clause abusive ne se rapporte pas au *consentement* mais au *contenu* et à la force obligatoire du contrat, alors que la lésion, elle, constitue un vice du consentement¹³⁹. Mais cette distinction, à caractère théorique, rencontre de sérieuses limites en ce que les natures juridiques respectives de ces notions ne sont, ni l'une ni l'autre, à l'abri de toute critique. En effet, un examen de l'article 1437 C.c.Q. révèle une connexité possible avec la qualité du consentement¹⁴⁰. À l'inverse, la lésion, quoique expressément incluse par le *Code civil du Québec* dans les vices du consentement, est conçue par plusieurs comme étant un simple défaut d'équivalence entre les prestations et semble ainsi relever de l'objet du contrat plutôt que du consentement¹⁴¹. L'on doit alors pousser l'analyse plus loin et c'est à ce niveau que les opinions se divisent.

Les auteurs qui soutiennent que l'article 1437 C.c.Q. recoupe la lésion soulèvent tout d'abord la communauté d'intention des articles 1406 al. 1^{er} et 1437 C.c.Q. qui visent tous deux à sanctionner l'exploitation de la faiblesse de l'un par l'abus de puissance de l'autre. Ces deux notions visant un même but, l'équilibre dans les contrats, elles sont de même essence et ne s'opposent pas en principe¹⁴². Certains arguments de texte peuvent également être apportés à partir de la formulation de l'article 1437 C.c.Q. qui précise que toute «clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable» peut être

des droits des contrats fondée sur l'idée de justice contractuelle», (1980) 11 *R.G.D.* 537, 562; Louise LANGEVIN et Nathalie VÉZINA, «Les obligations», dans *Collection de droit (2001-2002)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 55.

139. Voir, entre autres: S. GUILLEMARD, *loc. cit.*, note 43, p. 374; Jean H. GAGNON, «Le contrat d'adhésion sous le Code civil du Québec», dans *Service de la formation permanente*, Barreau du Québec, *Développements récents en droit commercial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 1, à la p. 37; N. VÉZINA, *loc. cit.*, note 109, p. 71, à la p. 96; A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 34, p. 150.

140. Voir B. MOORE, *loc. cit.*, note 33, p. 464.

141. Didier LLUELLES, *Droit québécois des obligations*, volume 1, avec la collaboration de Benoît MOORE, Montréal, Thémis, 1998, n° 780, p. 425. Il est intéressant de noter que le Professeur Ghestin traite de la lésion dans son chapitre concernant la *valeur de l'objet* et qu'il présente les clauses abusives dans celui portant sur le caractère *licite de l'objet* (Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil – Les obligations – Le contrat: Formation*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., n° 540, p. 620, (lésion); n° 587, p. 670, (clause abusive)). Ainsi, même à l'extérieur des vices du consentement, le rapprochement entre clause abusive et lésion peut se faire.

142. N. VÉZINA, *loc. cit.*, note 109, p. 96. Le professeur Tancelin parle d'une «variation sur le même thème»: Maurice TANCELIN, *Des obligations – Actes et responsabilités*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, n° 230, p. 108.

qualifiée d'abusives. On note tout d'abord la similitude des termes avec ceux de l'article 1406 al. 1^{er} C.c.Q. et de l'article 8 L.p.c. qui, tous deux, définissent la lésion¹⁴³. On note ensuite l'absence de limitation des types de clauses visées par l'article 1437 C.c.Q. *Toute* clause peut être abusive, ce qui inclut celles fixant les prestations réciproques des parties – dont la «clause» de prix –¹⁴⁴, admettant du même coup, la révision d'un contrat lésionnaire. Enfin, une auteure soulève deux arguments de cohérence interne au code¹⁴⁵.

Malgré la pertinence de bon nombre de ces arguments, nous sommes d'avis qu'il faut distinguer ces deux notions sans quoi l'article 1405 C.c.Q., qui exige une volonté expresse du législateur afin d'introduire la lésion entre majeurs, serait pratiquement vidé de son sens¹⁴⁶. Il ne s'agit pas ici de nier l'unicité d'esprit qui habite les deux notions. Celles-ci visent, l'une et l'autre, la protection de la partie faible au contrat et prennent de près ou de loin leur source dans la recherche d'une équité contractuelle¹⁴⁷: chacune combat l'exploitation¹⁴⁸. Mais ce rapprochement s'illustre, non pas par le recoupement de ces notions mais, au contraire, par leur complémentarité. On ne doit pas confondre tout désavantage qu'impose une clause à une disproportion dans les prestations¹⁴⁹, non plus que l'on ne doit pas confondre équité contractuelle et lésion. Toute disposition visant la protection d'une partie ou visant un rééquilibrage du contenu contractuel n'appartient pas

143. D'ailleurs, l'article 8 de la *Loi sur la protection du consommateur* est utilisé à l'occasion pour annuler une clause accessoire au contrat jugée déraisonnable: C. MASSE, *op. cit.*, note 16, p. 148.

144. S. GUILLEMARD, *loc. cit.*, note 43, p. 377.

145. *Ibid.* Elle soulève tout d'abord (p. 378) qu'il serait antinomique d'exclure les stipulations essentielles de la notion de clause abusive puisque ce sont celles qui, aux termes de l'article 1379 C.c.Q., doivent être prises en considération afin de qualifier un contrat d'adhésion et ainsi permettre l'application de l'article 1437 C.c.Q. Deuxièmement, elle soulève (p. 381) la présence de l'article 1438 C.c.Q. qui prévoit que «[l]a clause qui est nulle ne rend pas le contrat invalide quant au reste, à moins qu'il n'apparaisse que le contrat doive être considéré comme un tout indivisible». Cet article, selon elle, s'applique spécifiquement à l'article 1437 C.c.Q. qui doit par conséquent viser non seulement les clauses accessoires au contrat mais également les clauses essentielles qui ne peuvent être divisées du contrat et qui emportent donc la nullité de l'ensemble de celui-ci.

146. L. LANGEVIN et N. VÉZINA, *op. cit.*, note 138, p. 55; J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 43, n° 98, p. 117; P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 2, p. 507; *Québec (Procureur Général) c. Nicolas*, précité, note 64.

147. Sur ce fondement de l'article 1437 C.c.Q., voir: M. LEMIEUX, *loc. cit.*, note 11, p. 83.

148. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 63, n° 239, p. 425; *P.G. Québec c. Kabakian-Kechichian*, précité, note 35.

149. S. GUILLEMARD, *loc. cit.*, note 43, p. 374.

forcément au domaine de la lésion¹⁵⁰. Cette dernière est un moyen et non un tout. Afin d'assurer cette complémentarité, l'article 1437 C.c.Q. ne doit viser, en principe, que les clauses périphériques aux prestations réciproques des parties *excluant ainsi toute remise en question de l'objet même du contrat ou encore de l'équilibre économique des prestations, de la globalité du contrat*. Un contrat est lésionnaire, une clause est abusive¹⁵¹. L'origine de la notion de clause abusive et son utilité l'exigent. Si cette notion s'est développée en Europe et en jurisprudence, c'était justement pour pallier, même là où la lésion était disponible, le fait qu'une clause, isolément défavorable à une partie, ne pouvait rendre à elle seule un contrat lésionnaire. Cette idée, nous l'avons vu, se retrouve invariablement dans les différentes législations européennes. Ainsi, lors de l'adoption de la loi allemande de 1976, les commentateurs insistaient sur cette caractéristique des «conditions générales au contrat»¹⁵². Dans la loi française de 1995 comme dans la directive européenne de 1993, on retrouve une disposition qui précise expressément que «[l']appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert»¹⁵³.

Les auteurs français tiennent également pour acquis cette différence dans les champs d'application respectifs de chaque

150. Voir cependant certains auteurs qui semblent faire ce rapprochement: V. KARIM, *op. cit.*, note 43, p. 229; P.-C. LAFOND, *loc. cit.*, note 137, p. 604; N. CROTEAU, *op. cit.*, note 72, p. 109.

151. De cet avis: J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 63, n° 239, p. 425; Louis PERRET, «Une philosophie nouvelle des droits des contrats fondée sur l'idée de justice contractuelle», (1980) 11 *R.G.D.* 537, 562; B. MOORE, *loc. cit.*, note 10, p. 224; L. LANGEVIN et N. VÉZINA, *loc. cit.*, note 138, p. 55. Le professeur Jobin, quoique d'avis que la notion de clause abusive se distingue de celle de lésion et qu'elle ne peut pas s'appliquer au prix, ne limite tout de même pas l'article 1437 C.c.Q. aux seules clauses accessoires, thèse qu'il trouve trop restrictive: P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 2, p. 508; J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 43, n° 98, p. 118.

152. «La nouvelle loi allemande sur les conditions générales du contrat du 6 décembre 1976», (1977) *Rev. Intern. Dr. comp.* 359, 362. L'article 8 de la loi allemande exclut d'ailleurs du domaine des clauses abusives celles qui portent sur la nature de la prestation et sur l'équilibre du prix: H.W. MICKLITZ, *loc. cit.*, note 19, p. 105. L'auteur soulève, par ailleurs, que les tribunaux ont quelque peu atténué ce principe en intervenant sur des stipulations qui concernaient les prestations réciproques. Mais il semble tout de même qu'il ne s'agit jamais de la fixation elle-même des prestations des parties.

153. Texte de l'article L. 132-1, al. 7 du Code de la consommation français. Ce même article se retrouve à l'article 4, al. 2° de la Directive européenne n° 93-13 du 5 avril 1993 *Concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*.

notion¹⁵⁴. Ainsi, en guise d'exemple, le professeur Ghestin écrit: «On peut rapprocher ces dispositions légales [sur les clauses abusives] de la notion de lésion. Mais encore faut-il alors entendre la lésion dans un sens très large, et non pas dans son sens précis et technique de juste prix. En effet, il ne s'agit pas en l'espèce de corriger un défaut d'équivalence entre l'objet et son prix. Il s'agit d'éliminer certaines clauses qui apparaissent comme des clauses accessoires, mais qui sont susceptibles d'avoir de grandes répercussions sur l'exécution du contrat»¹⁵⁵.

Cette solution mérite d'être adoptée en droit québécois. Lorsqu'il a proposé d'intervenir en matière de clauses abusives, le législateur empruntait une notion et un vocable qui contenaient déjà un sens bien arrêté et il est plus que vraisemblable qu'il ait voulu l'adopter comme tel. Cela semble d'ailleurs le cas puisque dans l'*Avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, la lésion pouvait être invoquée par une personne physique – même majeure – ne contractant pas pour l'utilité ou l'exploitation d'une entreprise (art. 1449). Dans ce même texte, la notion de clause abusive était également reconnue (art. 1484). Dans la version qui a suivi (le Projet de loi 125), la lésion ne pouvait plus être invoquée entre majeurs (art. 1402) mais la sanction de la clause abusive était maintenue (art. 1433), tout comme dans le texte finalement adopté. Cette coexistence

154. De cet avis, voir, entre autres: C. LARROUMET, *op. cit.*, note 26, n° 435, p. 400; François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 1999, n° 307, p. 304.

155. Jacques GHESTIN, *Le contrat – Principes directeurs, consentement, cause et objet*, Montréal, Université Mc Gill, 1982, p. 298. L'auteur évoque d'ailleurs, à la page 309, les débats qui ont entouré l'adoption de la loi de 1978. Une première version du texte définissait la clause abusive comme celle qui créait un «déséquilibre manifeste» dans les obligations réciproques des parties. Cette phraséologie faisant craindre un rapprochement trop étroit avec la notion de lésion. On lui a préféré celle qui définissait la clause abusive comme celle conférant à la partie dominante «un avantage excessif». Or, il est à noter que la loi de 1995, reprenant pour elle les termes utilisés par la directive européenne de 1993, définit maintenant la clause abusive comme étant celle qui crée «un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat». C'est ce changement de vocable, qui ne vise pas à nier la différence existant entre les domaines d'application de la clause abusive et de la lésion, qui a rendu nécessaire l'al. 7 de l'article 132-1 du Code de la consommation qui spécifie expressément que sont exclues de tout contrôle les clauses portant sur l'objet principal du contrat ou sur l'adéquation du prix. L'exclusion expresse de la clause portant sur les prestations réciproques n'est donc pas nécessaire afin de limiter la clause abusive aux clauses périphériques et l'absence d'une telle mention à l'article 1437 C.c.Q. est selon nous sans conséquence. Voir sur l'historique des textes français: Philippe STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J., 2000, n° 404, p. 331.

initiale illustre la prise en compte par le législateur de la distinction existant entre ces deux notions et – même si on a pu en douter¹⁵⁶ – la cautionnait. L'on ne doit alors pas transformer la notion survivante, qui est par nature un «concept original»¹⁵⁷, pour lui faire jouer le rôle de la notion défunte. *Si l'on peut juger le résultat insatisfaisant ce n'est pas dû au fait de l'inefficacité du concept de clause abusive, mais bien au rejet de la lésion entre majeurs.* En dernière analyse, si le législateur avait voulu faire de l'article 1437 C.c.Q. une exception au refus de la lésion, il aurait dû, conformément à l'article 1405 C.c.Q., le faire expressément¹⁵⁸ en reconduisant une solution similaire à celle de l'avant-projet de loi. Force est de constater qu'il ne l'a pas fait, ce que – il faut le dire –, nous regrettons.

Même si les tribunaux ont eu à débattre du rapport entre les notions de clause abusive et de lésion, le *corpus* jurisprudentiel illustre bien plus la difficulté de la question qu'il n'aide à la solutionner. Ainsi, si certains juges confondent – consciemment ou non – les deux notions, utilisant par exemple les expressions «contrat abusif» ou «entente abusive»¹⁵⁹ dans le contexte de l'article 1437 C.c.Q., ou en refusant de déclarer une clause abusive au motif, entre autres, qu'elle n'est qu'accessoire au contrat¹⁶⁰, rares sont ceux qui discutent expressément du rapport existant entre les deux notions¹⁶¹. Rares également sont ceux qui appliquent

156. A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 34, p. 151.

157. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 43, n° 101, p. 119.

158. P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 2, p. 506; S. GUILLEMARD, *loc. cit.*, note 43, p. 375.

159. *Banque Toronto-Dominion c. Béland*, précité, note 38; *Système Troc Inc. c. 133120 Canada Inc.*, J.E. 95-879 (C.Q.); *Walker c. Roy*, [1997] R.R.A. 976; *Slush Puppie Trois-Rivières c. Bégin*, précité, note 113; *Mc Mahon, distributeur pharmaceutique Inc. c. Ouimet*, J.E. 2003-602 (C.S.).

160. *Mathieu c. Amex Canada Inc.*, J.E. 95-1812 (C.Q.): clause dans un contrat de carte de crédit qui prévoit que le détenteur perd les «points-privilège» dans l'éventualité où la Banque résilie, pour défaut de paiement, la carte.

161. *Option Consommateurs c. Service aux marchands détaillants ltée (Household Finance)*, J.E. 2001-1018 (C.S.) [le tribunal qualifie l'article 1437 C.c.Q. de lésion objective]; *Québec (Procureur Général) c. Nicolas*, [1996] R.J.Q. 1679, 1686 (C.S.) [le tribunal semble faire une distinction «verticale» plutôt qu'«horizontale» entre la clause abusive et la lésion, le fardeau de preuve à établir aux termes de l'article 1437 C.c.Q. étant plus élevé que celui de l'article 1406 C.c.Q. (p. 1686)]; *Yoskovitch c. Tabor*, [1995] R.J.Q. 1397 C.S.) [cette décision porte sur la validité d'un contrat de vente d'un «fonds de commerce» contenant un petit four, des accessoires pour la cuisson, 2 recettes et 12 clients pour le prix de 50 000 \$. Le tribunal annule le contrat au motif de l'erreur mais soulève la question à savoir s'il peut être annulé au motif que le prix est abusif aux termes de l'article 1437 C.c.Q. Sans répondre clairement à la question, le juge semble être d'avis que cet article ne peut s'appliquer à «une clause essentielle» telle celle du prix (p. 1406)].

l'article 1437 C.c.Q. à une situation de déséquilibre économique du contrat dans sa globalité. Sous réserve de certains cas isolés et incertains¹⁶², il n'y a en définitive que les deux clauses que nous avons jusqu'à présent mises de côté qui fournissent des situations où les tribunaux sont intervenus directement sur les prestations elles-mêmes, par le biais de l'article 1437 C.c.Q.

La première est celle qui, dans un contrat de parrainage, exige du parrain qu'il se porte garant pendant 10 ans de la personne immigrant au pays. Si la Cour d'appel, dans l'important arrêt *Kabakian*, a finalement conclu qu'une telle clause n'est pas abusive¹⁶³, jamais ne l'a-t-elle fait au motif qu'étant la prestation même d'une partie au contrat, elle était du ressort exclusif de la lésion¹⁶⁴. Certains propos du juge Baudouin amènent même le professeur Jobin à conclure que la Cour consacre la vision extensive de la clause abusive qui, dès lors, peut sanctionner un déséquilibre dans l'économie générale du contrat¹⁶⁵.

162. *Slush Puppie Trois-Rivières c. Bégin*, précité, note 113 [cette décision aurait dû porter sur l'erreur ou peut-être sur l'article 1436 C.c.Q.]; *Système Troc Inc. c. 133120 Canada Inc.*, précité, note 159. Voir aussi: *Système Troc Inc. c. Solution Publicité Inc.*, B.E. 97BE-135 (C.Q.).
163. *Québec (Procureur général) c. Kabakian-Kechichian*, précité, note 35.
164. Avant la décision de la Cour d'appel, une décision avait jugé cette clause abusive: *Brutus c. Joseph*, [1996] R.J.Q. 2619 (C.S.). Les autres décisions étaient à l'effet qu'une telle clause n'était pas abusive: *Le c. Le*, précité, note 63 [certains propos du juge reprennent implicitement l'idée que la prestation principale ne peut être abusive aux termes de l'article 1437 C.c.Q. (p. 1066-1067)]; *Québec (Procureur général) c. Nicolas*, précité, note 64. Depuis l'arrêt de la Cour d'appel: *Affaires sociales – 598*, [2000] T.A.Q. 1002 (T.A.Q.); *H.S. c. Québec (Ministre de la solidarité sociale)*, T.A.Q.E. 2002AD-91 (T.A.Q.).
165. Pierre-Gabriel JOBIN, «L'équité en droit des contrats», dans Pierre-Claude LAFOND, *Mélanges Claude Masse*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 473, à la p. 499. Le juge Baudouin écrit, au par. 55 de la décision (*Québec (Procureur général) c. Kabakian-Kechichian*, précité, note 35): «Le caractère excessif d'une clause peut être apprécié soit en fonction d'un critère objectif (par exemple, exiger du contractant l'exécution d'une obligation pratiquement impossible à remplir ou totalement disproportionnée par rapport à l'obligation corrélatrice) [...]». Plus loin, au paragraphe 57, il écrit: «Quant au caractère déraisonnable de la clause résultant d'une disproportion entre les prestations [...]». S'il est vrai que ces propos peuvent incliner à croire que la porte est ouverte à la sanction, par l'article 1437 C.c.Q., des stipulations portant sur les prestations des parties, cette conclusion n'est tout de même pas la seule possible. Ce passage ne soulève pas directement la question de l'applicabilité de l'article 1437 C.c.Q. à ces clauses. De plus, le juge Baudouin, quelques paragraphes avant (par. 50), soulève la controverse doctrinale sur la nature de la clause abusive sans préciser sa propre conception. Selon nous, cet arrêt, s'il est utile aux débats, n'y met pour autant pas fin. Du même avis: Brigitte LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 67, p. 463.

L'autre situation met en scène la clause fixant le taux d'intérêt en matière de prêt¹⁶⁶. Encore une fois, cette clause, qui fixe le prix en matière de crédit, décrit l'équilibre économique du contrat et devrait donc être attaquée sous l'angle de la lésion. Mais dans ce domaine, la question demeure souvent théorique puisque la lésion est admise entre majeurs aux termes de l'article 2332 C.c.Q.¹⁶⁷. Elle pourrait être toutefois importante dans le cas des contrats de crédit autres que le prêt et non soumis à la *Loi sur la protection du consommateur*.

Cette revue de la jurisprudence est pour nous révélatrice. Même si les caractères distinct et complémentaire des notions de lésion et de clause abusive ne sont pas expressément consacrés par les tribunaux, et même si certains passages de l'affaire *Kabakian* laissent la porte ouverte à une interprétation large de l'article 1437 C.c.Q., l'application de cette disposition la confine largement aux stipulations périphériques au contrat présentant, lors de l'exécution, d'importantes conséquences pour l'adhérent.

166. Ont été jugées abusives: *Aumont c. Lapointe*, B.E. 2000BE-1233 (C.Q.) (29 %); *Beneficial Canada Inc. c. Nadeau*, B.E. 99BE-469 (C.Q.) (38.52 %); *Beneficial Canada Inc. c. Sirois*, [2000] R.L. 329 (C.Q.) (37.66 %); *Crédit Trans-Canada ltée c. McClemens*, [1995] R.J.Q. 985 (C.Q.) (39.61 %); *Services financiers Avco Canada ltée c. Bourdeau*, B.E. 97BE-423 (C.Q.) (37.38 %); *Corporation de crédit Trans-Canada Inc. c. Descoteaux*, J.E. 2003-242 (C.Q.) (40 %). Ont été jugées non abusives: *Crédit Trans-Canada ltée c. Prévost*, [1995] R.J.Q. 977 (C.Q.) (39.85 %) [voir sur cette décision: Nathalie VÉZINA, «Réactions judiciaires à quelques nouveautés du droit des obligations», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit civil* (1995), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 71, à la p. 91 et Jean PINEAU, «Existence et limites de la discrétion judiciaire dans la formation et l'exécution du contrat», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit commercial* (1996), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 1, à la p. 9); *Potvin & Bouchard Inc. c. 3127877 Canada Inc.*, J.E. 98-2319 (C.S.) (27 %).
167. D'ailleurs, les décisions qui font appel – injustement selon nous – à l'article 1437 C.c.Q. afin de réduire le taux d'intérêt dans un contrat de prêt, utilisent également l'article 2332 C.c.Q.: *Aumont c. Lapointe*, précité, note 166; *Beneficial Canada Inc. c. Nadeau*, précité, note 166; *Beneficial Canada Inc. c. Sirois*, précité, note 166; *Crédit Trans-Canada ltée c. McClemens*, précité, note 166 [on lit cette remarque à la page 992: «Nous avons vu que l'article 2332 C.c.Q. fixe les sanctions. L'article 1437 fixe les normes»; *Crédit Trans-Canada ltée c. Prévost*, précité, note 166 [voir sur cette décision: N. VÉZINA, *loc. cit.*, note 109, p. 91 et Jean PINEAU, «Existence et limites de la discrétion judiciaire dans la formation et l'exécution du contrat», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit commercial* (1996), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 1, à la p. 9]; *Potvin & Bouchard Inc. c. 3127877 Canada Inc.*, J.E. 98-2319 (C.S.) (27 % – non abusif); *Services financiers Avco Canada ltée c. Bourdeau*, B.E. 97BE-423 (C.Q.) (37.38 % – abusif); *Corporation de crédit Trans-Canada Inc. c. Descoteaux*, J.E. 2003-242 (C.Q.) (40 % – abusif; art. 1437 et 2332).

Ce comportement en quelque sorte inconscient ou réflexe des acteurs judiciaires – juges et avocats –, constitue peut-être l'ultime argument afin de trancher la controverse qui demeure essentiellement doctrinale.

Ceci étant, et quoique nous soyons d'avis que la notion de clause abusive se distingue de la lésion, il faut se méfier d'une réaction dogmatique excessive qui aurait pour effet de limiter par trop le rôle de l'article 1437 C.c.Q. L'on ne doit pas confondre les stipulations fixant les prestations réciproques des parties – tel le prix – avec d'autres clauses pouvant avoir un rapport étroit avec celles-ci¹⁶⁸. Par exemple, une stipulation permettant au stipulant de modifier le prix de façon unilatérale ne porte pas sur l'équilibre économique global du contrat et n'est donc pas exclusive de l'article 1437 C.c.Q. Il en irait de même de la clause évasive de responsabilité liée à l'inexécution de l'obligation de livrer ou, plus généralement, de l'obligation fondamentale ou encore de toute clause d'exclusion dans le contrat d'assurance. Même si ces clauses touchent la prestation principale du stipulant, elles n'y sont qu'accessoires, périphériques.

En outre ce n'est pas parce que la clause abusive ne peut pas viser l'équilibre économique principal du contrat que l'application de l'article 1437 C.c.Q. exclut toute évaluation globale du contrat. Comme l'enseignent la Cour d'appel¹⁶⁹ et les auteurs¹⁷⁰, le caractère excessif et déraisonnable d'une clause particulière ne peut être déterminé sans calibrer celle-ci à l'intérieur de son environnement contractuel¹⁷¹. Mais il importe de souligner qu'en ce faisant on ne cherche pas à établir si le contrat lui-même, dans son ensemble, est abusif ou déséquilibré – ce qui serait de l'ordre de la lésion –, mais de s'assurer que la clause contestée n'a pas été incluse en contrepartie de certains autres éléments. La clause

168. P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, note 155, n° 404, p. 331.

169. *Régie d'assainissement des eaux du bassin de la Prairie c. Janin Construction* (1983) *Itée*, [1999] R.J.Q. 929 (C.A.). Les propos du juge Baudouin dans l'arrêt *Kabakian* soutiennent également cette opinion: *Québec (Procureur général) c. Kabakian-Kechichian*, précité, note 35, par. 55 et 57.

170. Sont entre autres de cet avis: J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 43, n° 105, p. 123; Pierre-Gabriel JOBIN, «Les clauses abusives», (1996) 75 *R. du B. can.* 503, 514; A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 34, p. 152; M. LEMIEUX, *loc. cit.*, note 11, p. 90 (relève quant à lui la souplesse laissée aux tribunaux dans l'interprétation de cet article).

171. C'est la solution que retiennent l'article 4 de la directive européenne et l'article 1, par. 5 de la loi française. Voir F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 154, n° 307, p. 304.

abusive ne vise donc pas uniquement et exclusivement ce qu'on a pu appeler le «juste juridique» exclusif à tout «juste économique», ces deux pôles ne pouvant aucunement être distingués; tout dans un contrat peut être ramené à l'économique¹⁷². Si une clause d'exclusion de garantie peut *a priori* être abusive, elle se justifie possiblement lorsqu'il appert qu'elle a été consentie en fonction d'un prix à la baisse. À l'inverse cette évaluation globale peut aider, nous l'avons vu, à condamner une clause de résiliation unilatérale sans indemnité en faveur du stipulant, si l'exercice du même pouvoir par l'adhérent présuppose le paiement d'une pénalité¹⁷³. Comme plusieurs auteurs l'ont fait remarquer cette méthode est au surplus conforme au principe de l'article 1427 C.c.Q. selon lequel le contrat forme un tout¹⁷⁴.

CONCLUSION

D'aucuns se souviennent des débats, longs et houleux, qui ont entouré la question du sort de la lésion dans le nouveau Code civil¹⁷⁵. L'acceptation de celle-ci entre majeurs devait constituer, pour certains, un rempart contre l'exploitation du faible par le fort – n'est-ce pas d'ailleurs le nœud de la définition de la lésion? – alors que pour d'autres elle allait résulter au déclin du contrat, à sa déconsidération sociale. On le sait, les seconds ont tenu bon et eurent gain de cause. Seul l'article 1437 C.c.Q. fut sauvé des eaux. Pour les tenants de la lésion, il devenait leur espoir...

Dix ans se sont écoulés et s'il est délicat de synthétiser en quelques lignes le *corpus* jurisprudentiel concernant cette notion, il reste possible de soutenir que la déstabilisation du contrat n'a pas eu lieu. Les tribunaux, depuis 1994, sont même plutôt sobres dans leur application et leur interprétation de l'article 1437 C.c.Q. Bien souvent sont sanctionnées des clauses qui l'étaient déjà sous l'ancien droit, ou qui sont spécialement réglementées dans le Code. Également, les tribunaux ne semblent généralement pas enclins, même si le débat reste ouvert, à lui faire jouer le rôle de la lésion. Pour nous, cette réaction judiciaire, empreinte de sérénité,

172. P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, note 155, n° 404, p. 332.

173. Ou, *a fortiori*, lorsque l'adhérent n'a pas du tout le pouvoir de résiliation unilatérale: A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 34, p. 156.

174. Voir entre autres: N. CROTEAU, *op. cit.*, note 72, p. 128.

175. Voir: Jean PINEAU, «Le nouveau Code civil et les intentions du législateur», dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, p. 3.

démontre une fois de plus que la méfiance à l'encontre des tribunaux qui a justifié – à tout le moins indirectement et silencieusement – la solution concernant la lésion entre majeurs, doit être regrettée. Les tribunaux doivent être à la fois gardiens de l'équité contractuelle et de sa stabilité et la reconnaissance, même active, de la première ne résulte pas nécessairement en la disparition de la seconde. Les dix premières années d'application de la notion de clause abusive semblent devoir nous le confirmer.

Précisions sur la théorie de l'imprécision en matière constitutionnelle

Anouk VIOLETTE

Résumé

«Il ne suffit pas de revêtir le caprice d'une toge de juge pour satisfaire aux principes de justice fondamentale.»¹

Les lois trop imprécises ne respectent pas les principes de justice fondamentale parce qu'elles attribuent une discrétion insuffisamment balisée, et sont de ce fait arbitraires. La théorie de l'imprécision a trouvé, en tant que principe de justice fondamentale, son principal point d'ancrage à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La lecture des arrêts de principe de la Cour suprême du Canada laisse par ailleurs subsister une certaine confusion quant à la localisation et à l'articulation exactes de l'argument d'imprécision, lorsqu'il ne peut être invoqué que dans le contexte de l'article premier de la *Charte*, en raison de la nature de la garantie en jeu.

Le présent texte se fonde sur le principe consubstantiel de la primauté du droit pour revendiquer une application uniforme et intégrée de la théorie de l'imprécision, quels que soient les droits et libertés fondamentaux touchés par la loi contestée. Il revoit en premier lieu, dans cette optique, la question de la place appropriée de l'imprécision dans l'analyse en vertu de la *Charte*. Il tente ensuite d'apporter des éclaircissements sur ce «guide suffisant pour un débat judiciaire» qui est le critère jurisprudentiel de l'imprécision.

1. A. Lamer, dans *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, p. 729 (ci-après «*Morales*»).

Précisions sur la théorie de l'imprécision en matière constitutionnelle

Anouk VIOLETTE

I.	INTRODUCTION	107
II.	FONDEMENTS ET CRITÈRE APPLICABLE	108
III.	PLACE APPROPRIÉE DE L'ARGUMENT DE L'IMPRÉCISION DANS LES LITIGES RELATIFS À LA <i>CHARTÉ</i>	109
	1. Place dans les précédents	109
	2. Place au sein de l'article premier	110
	3. Rapport entre l'imprécision et la portée excessive	112
IV.	CRITÈRE DU GUIDE SUFFISANT POUR UN DÉBAT JUDICIAIRE	113
	1. Démarche interprétative.	113
	2. Facteurs objectifs constitutifs du guide suffisant pour un débat judiciaire	115
	2.1 Facteurs objectifs reliés au contexte général dans lequel s'insère la disposition	116
	2.2 Facteurs objectifs reliés à la disposition elle-même	119
	3. Impact du caractère précurseur de la disposition contestée	123
V.	CONCLUSION	124

I. INTRODUCTION

La sévérité du critère jurisprudentiel qui permet de conclure qu'une loi est imprécise au point d'être inconstitutionnelle ne doit pas nous faire oublier la fonction indispensable qu'occupe la théorie de l'imprécision dans l'«État de droit» moderne. Elle est, en effet, directement reliée au principe de la primauté du droit qui est lui-même le pivot de notre démocratie politique et constitutionnelle.

Alors que l'État intervient de plus en plus agressivement pour réaliser une série d'objectifs sociaux, et que les lois adoptées à cette enseigne limitent souvent significativement les droits et libertés de la personne enchassés dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'imposition d'un devoir de compréhensibilité minimale dans la rédaction des lois, par l'application rigoureuse du critère posé par la Cour suprême du Canada, est d'autant plus impérieuse.

Les tribunaux sont les arbitres de dernier ressort chargés aux termes de la *Charte* d'assurer le délicat dosage entre les intérêts collectifs et individuels. Ils doivent, pour s'acquitter adéquatement de ce mandat, être à l'abri des pressions populaires du moment, d'où l'exigence constitutionnelle qu'ils demeurent eux-mêmes encadrés par la règle de droit².

C'est dans cette perspective que le présent texte étudie deux aspects particuliers de la théorie de l'imprécision en matière constitutionnelle. La première question examinée concerne la place appropriée de l'imprécision dans les litiges relatifs à la *Charte*, selon la disposition substantielle de celle-ci dont on s'autorise. Le texte aborde ensuite la question du contenu du critère de l'imprécision énoncé par la Cour suprême. Plus particulièrement, il tente de dégager des précédents de la Cour qui ont appliqué ce critère, les facteurs objectifs et juridiques permettant d'évaluer si une loi donnée le satisfait.

2. Voir les motifs du juge Iacobucci, dissident, dans *R. c. Hall*, [2002] 3 R.C.S. 309, p. 370 (ci-après «*Hall*»).

II. FONDEMENTS ET CRITÈRE APPLICABLE

Les deux fondements logiques de la théorie de l'imprécision mentionnés par la Cour suprême reposent sur le principe de la primauté du droit, et sont:

1. la nécessité de donner aux citoyens un avertissement raisonnable au sujet de la conduite prohibée; et
2. la nécessité de limiter le pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi³.

Considérant ces deux fondements, le juge Gonthier a posé dans l'arrêt charnière *Nova Scotia Pharmaceutical Society* le critère assez exigeant de l'imprécision comme il suit:

La théorie de l'imprécision peut donc se résumer par la proposition suivante: *une loi sera jugée d'une imprécision inconstitutionnelle si elle manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire*. Cet énoncé de la théorie est le plus conforme aux préceptes de la primauté du droit dans l'État moderne et il reflète l'économie actuelle du système de l'administration de la justice, qui réside dans le débat contradictoire.⁴ (nos italiques)

Le juge Gonthier a réitéré ce critère suivant lequel une loi sera jugée d'une imprécision inconstitutionnelle si elle manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire dans un autre arrêt de principe sur le sujet: *Canadien Pacifique Ltée*⁵. La Cour suprême a systématiquement suivi ce critère dans sa jurisprudence subséquente⁶.

3. *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 626-627, 632-636 (ci-après «*Nova Scotia Pharmaceutical Society*»); *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, p. 1069-1070 (ci-après «*Canadien Pacifique Ltée*»); *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, p. 47 (ci-après «*Suresh*»).

4. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*, note 3, p. 643.

5. *Canadien Pacifique Ltée*, *supra*, note 3, p. 1069.

6. *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267, p. 330 (ci-après «*Ruffo*»); *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, p. 457 (ci-après «*Lucas*»); *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, p. 671 (ci-après «*Winko*»); *Suresh*, *supra*, note 3, p. 47; *Hall*, *supra*, note 2.

III. PLACE APPROPRIÉE DE L'ARGUMENT D'IMPRÉCISION DANS LES LITIGES RELATIFS À LA CHARTE

1. Place dans les précédents

La Cour suprême a déclaré que l'imprécision peut être invoquée dans le cadre des articles substantiels de la *Charte* comprenant une restriction inhérente, à savoir les garanties juridiques des articles 7 à 14⁷. Ainsi, une infraction réglementaire rédigée en termes imprécis et punissable d'emprisonnement viole l'article 7 de la *Charte* parce qu'elle attente à la liberté de façon non conforme au principe de justice fondamentale concernant la précision des lois. De la même manière, une disposition législative qui prévoit un motif de détention avant procès en termes imprécis enfreint l'alinéa 11e) de la *Charte* selon lequel «[t]out inculpé a le droit [...] de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable». La mention d'une «juste cause» (la restriction inhérente) fait en sorte que la mise en liberté sous caution ne doit être refusée que dans certains cas précis et lorsque cela s'impose pour favoriser le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution⁸.

Les arrêts *Nova Scotia Pharmaceutical Society* et *Canadien Pacifique ltée*, dans lesquels le critère de l'imprécision fut fixé par le juge Gonthier, ont été prononcés sous l'égide d'une de ces dispositions comprenant une restriction inhérente, soit plus spécifiquement l'article 7 de la *Charte*. Il en a résulté, comme nous le verrons, une théorie de l'imprécision lacunaire à l'égard des litiges qui ne font pas intervenir une des garanties juridiques des articles 7 à 14, mais auxquels la théorie s'applique néanmoins.

Cela dit, le juge Gonthier a expressément reconnu que théoriquement l'imprécision pouvait de plus être soulevée dans le cadre de l'article premier et cela sous deux aspects, soit:

1. à l'étape de la règle de droit, au motif que la disposition est imprécise au point qu'elle ne satisfait pas à l'exigence

7. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*, note 3, p. 631; S. BEAULAC, «Les bases constitutionnelles de la théorie de l'imprécision: partie d'une précaire dynamique globale de la Charte», (1995) 55 *R. du B.* 257, p. 266; M. RIBEIRO, «Le problème constitutionnel de l'imprécision des lois», (1998) 32 *R.J.T.* 663-770, p. 670.

8. Voir *Morales*, *supra*, note 1; *Hall*, *supra*, note 2.

selon laquelle une restriction de droits garantis par la *Charte* doit être prescrite «par une règle de droit»; et

2. à l'étape du volet de «l'atteinte minimale» du test de proportionnalité de l'article premier⁹.

L'imprécision en ce qui concerne le volet «atteinte minimale» du critère de l'article 1 de la *Charte* est intimement liée à la notion connexe de portée excessive. Nous reviendrons plus amplement ci-après sur le rapport qui existe entre l'imprécision et la portée excessive.

2. Place au sein de l'article premier

Quand on peut exciper d'une disposition de la *Charte* comportant une restriction inhérente, les arguments relatifs au critère minimal de l'imprécision sont considérés au regard de celle-ci plutôt qu'au regard de l'article premier. Cela explique pourquoi le juge Gonthier, dans les deux affaires phares précitées¹⁰, n'a pas approfondi la question de la relation entre l'article premier et l'imprécision. Il n'était en effet pas tenu de le faire ayant déjà passé en revue toutes les considérations pertinentes au traitement de l'imprécision à l'occasion de son analyse relative à la justice fondamentale sous l'article 7 de la *Charte*.

De ce fait, ces deux arrêts, ainsi que pour les mêmes motifs tous les arrêts ultérieurs de la Cour suprême en la matière sauf deux¹¹, ne proposent pas de raisonnement complet qui permette d'appréhender de façon satisfaisante l'imprécision en dehors du cadre particulier des articles 7 à 14. Cela devient pourtant nécessaire lorsque la seule garantie de fond dont le demandeur, supposons une personne morale, peut se réclamer à l'encontre de la loi alléguée imprécise est par exemple la liberté d'expression de l'alinéa 2b). Dans ce cas, le fondement constitutionnel de l'argument d'imprécision ne peut être que l'article premier. Mais où peut-on le plaider au cœur de cet article, et doit-on moduler le critère applicable dans ces circonstances?

9. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*, note 3, p. 626.

10. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*, note 3; *Canadien Pacifique ltée*, *supra*, note 3.

11. *R c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731 (ci-après «Zundel»), et, *Ruffo*, *supra*, note 6, tous les deux décidés sous l'empire des art. 2b) (liberté d'expression) et 1 de la *Charte*.

L'endroit logique sur le plan conceptuel se trouve à l'étape préliminaire de la règle de droit. Cependant, la Cour suprême a historiquement hésité à décider qu'une disposition était imprécise au point de ne pas constituer une règle de droit aux termes de l'article premier *in limine* de la *Charte*, et a plutôt préféré aborder la question de l'imprécision sous l'angle de l'atteinte minimale¹². Cette approche comporte deux dangers. Elle risque d'engendrer la fusion des notions convergentes mais distinctes d'imprécision et de portée excessive. Elle encourage de plus l'émergence de normes multiples d'imprécision suivant l'assise juridique revendiquée¹³.

Le juge Gonthier, dans *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, a toutefois bien spécifié que l'imprécision forme une norme unique qui s'applique à tous les textes de loi¹⁴. Le juge Lamer a endossé ce principe dans l'arrêt *Morales*¹⁵:

Je ferai en outre observer que dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, à la p. 642, notre Cour a déclaré explicitement que la théorie de l'imprécision s'applique à tous les types de textes législatifs:

Pour terminer, je tiens à souligner en outre que la norme que j'ai exposée s'applique à tous les textes de loi, de droit civil, de droit pénal, de droit administratif ou autre. Les citoyens ont droit à ce que l'État se conforme aux normes constitutionnelles régissant la précision chaque fois qu'il établit des textes de loi.

Si la théorie de l'imprécision vise à faire en sorte que toutes les dispositions soient libellées en termes qui permettent un véritable débat judiciaire, alors toutes les dispositions sont régies par cette théorie, peu importe leur forme. (nos italiques)

L'idée d'une théorie unifiée de l'imprécision nous ramène à son principe sous-jacent, celui de la primauté du droit. Ce principe

12. *Osborne c. Canada (Conseil du trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, p. 94-95 (ci-après «*Osborne*»); *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*, note 3, p. 627; *Zundel*, *supra*, note 11, p. 760. Voir cependant *Harper c. Canada (Attorney General)*, [2001] A.J. n° 808 (Alta. Q.B.) (QL), où la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a décidé que la définition de «publicité électorale» contenue à la *Loi électorale du Canada* était vague et imprécise au point de ne pas constituer une règle de droit.

13. Voir S. BEAULAC, *supra*, note 7, p. 261, 266, 293.

14. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*, note 3, p. 642.

15. *Morales*, *supra*, note 1, p. 728-729.

est incorporé à la *Charte* par le truchement du préambule qui se lit ainsi:

Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit.

Cette filiation entre le principe prééminent de la primauté du droit et la théorie de l'imprécision supporte, selon nous, la position suivant laquelle l'imprécision au sens propre devrait être l'objet d'une analyse indépendante dans le processus de l'article premier. L'altérité du critère du véritable débat judiciaire permet de le considérer comme une condition justificatrice minimale, préalable, et distincte en vertu de l'article premier. Au surplus, l'on peut difficilement voir comment une disposition qui ne remplit pas le critère minimal du juge Gonthier puisse autrement être sauvegardée par l'article 1 de la *Charte*¹⁶.

En reconnaissant ainsi une place unique à l'imprécision au sein de l'article premier, on évitera de la confondre avec la notion de portée excessive qui ne lui est pas équivalente, comme nous le verrons ci-après.

3. Rapport entre l'imprécision et la portée excessive

L'imprécision et la portée excessive sont en effet des concepts différents mais qui quelquefois se recoupent dans des cas particuliers. Ainsi, l'on pourra difficilement délimiter le champ d'application d'une loi dont le libellé est trop imprécis et cette loi sera par conséquent considérée comme ayant un effet trop large, donc de portée excessive. Cependant, une loi peut être claire et néanmoins de portée excessive parce que les moyens choisis par l'État sont démesurés par rapport aux fins recherchées. Une loi imprécise sera corrélativement de portée excessive, mais l'inverse n'est pas toujours vrai. L'imprécision et la portée excessive sont des concepts connexes en ce que le législateur dans les deux cas a défini de manière inadéquate les moyens choisis pour atteindre son objectif légitime¹⁷.

La notion de portée excessive, même lorsqu'elle est associée à celle d'imprécision dans la jurisprudence, n'a pas de statut auto-

16. Voir, par analogie, *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1997] 3 R.C.S. 844, p. 899-902, 909.

17. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*, note 3, p. 630; *R c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, p. 792 (ci-après «*Heywood*»).

nome dans le droit canadien. La portée excessive est en effet toujours subsumée dans le volet «atteinte minimale» du critère de l'article premier de la *Charte*¹⁸. Or, le critère du guide suffisant n'est pas quant à lui subsumé dans celui de l'atteinte minimale. C'est pourquoi, comme nous l'avons proposé ci-dessus, aux fins de l'analyse en vertu de l'article premier la question de l'imprécision devrait être débattue séparément de celle de la portée excessive.

L'imprécision en vertu du critère de l'absence de débat judiciaire est une forme plus grave d'imprécision que celle dont souffrira une disposition qualifiée au sens strict de portée excessive. La disposition imprécise suivant le critère énoncé *infra* est en réalité une disposition dont la portée est indéterminable et tributaire totalement de la discrétion judiciaire. Dans cette situation, la portée excessive est un symptôme, mais elle n'est pas la maladie. En effet, la cause du vice n'est pas l'adoption volontaire d'une disposition claire mais de trop grande envergure, comme c'est le cas pour la portée excessive, mais plutôt une carence incorrigible du langage législatif.

IV. CRITÈRE DU GUIDE SUFFISANT POUR UN DÉBAT JUDICIAIRE

1. Démarche interprétative

En matière d'imprécision, ce n'est qu'après avoir tenté d'interpréter la disposition attaquée et essayé de déterminer une sphère de risque que le tribunal sera en mesure d'apprécier si celle-ci fournit un guide suffisant pour un débat judiciaire¹⁹.

Que l'on se plaigne de l'imprécision ou de la portée excessive d'une disposition, le tribunal doit entreprendre de la même manière le processus d'interprétation qui est inhérent au «rôle de médiateur» du pouvoir judiciaire²⁰. La démarche interprétative n'aura cependant pas la même profondeur selon que le grief à l'encontre de la disposition sera du premier ou du second ordre.

L'arrêt *Sharpe* est une illustration de la démarche interprétative applicable en matière de portée excessive²¹. Dans cette affaire, il était admis que le paragraphe 163.1(4) du *Code criminel*

18. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*, note 3, p. 627, 629.

19. *Canadien Pacifique ltée*, *supra*, note 3, p. 1070, 1088, 1090.

20. *Canadien Pacifique ltée*, *supra*, note 3, p. 1070.

21. *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45.

interdisant la simple possession de pornographie juvénile porte atteinte à la liberté d'expression. La question en litige était de savoir si le paragraphe 163.1(4) du *Code criminel* va trop loin et criminalise sans justification la possession d'un éventail trop large de matériel. La majorité, sous la plume de la juge McLachlin, a conclu qu'en substance l'interdiction de possession simple de pornographie juvénile était valide, sauf pour deux catégories limitrophes de situations à l'égard desquelles la dernière étape du test de la proportionnalité de l'article 1 de la *Charte* n'était pas respectée.

La juge McLachlin a souligné que, pour déterminer si une disposition a une portée excessive, il faut au préalable savoir à quoi elle s'applique et donc l'interpréter²². Elle a effectivement défini le sens de six termes différents retrouvés dans la définition législative de l'expression «pornographie juvénile» du paragraphe 163.1(1). Elle a au surplus interprété les moyens de défense prévus par le législateur. Cet exercice n'aurait pas été concluant si lesdits termes avaient été inconstitutionnellement imprécis puisque dans cette hypothèse le tribunal aurait été dans l'incapacité de tracer le contour d'une sphère de risque. En d'autres mots, dans *Sharpe* la majorité a décidé que la disposition était intelligible mais que son périmètre d'application était trop étendu.

Le transcodage judiciaire de l'intention législative s'est poursuivi dans *Sharpe* jusqu'au stade de la réparation. La juge McLachlin a en effet ordonné à ce chapitre, au moyen de l'interprétation large (*reading in*), l'inclusion d'une exception dans la loi existante afin d'en maintenir l'équilibre constitutionnel.

Le tribunal n'est pas obligé d'aller aussi loin dans l'interprétation de la loi lorsqu'il est strictement saisi d'une prétention d'imprécision. Il s'agit alors pour lui de vérifier si la loi peut faire l'objet d'une interprétation. À cette fin, le recours à des situations factuelles hypothétiques (hypothèses raisonnables) est inutile²³. Par ailleurs, l'intercession judiciaire se termine au moment où le défaut d'imprécision est constaté. En effet, l'imprécision pourra

22. *Ibid.*, p. 74.

23. *Canadien Pacifique ltée*, *supra*, note 3, les motifs du juge Lamer, p. 1044, 1045, 1048. Par contre, lorsque le tribunal saisi d'une allégation de portée excessive procède à l'interprétation effective de la loi, le recours aux hypothèses raisonnables pourra s'avérer indispensable pour mesurer la proportionnalité entre l'objet de la loi et ses effets: voir les motifs du juge Gonthier dans le même arrêt aux p. 1090-1091.

difficilement être corrigée par la technique de l'interprétation large ou atténuée, sans entraîner un empiètement inacceptable du domaine législatif²⁴. Les seules réparations disponibles seront alors la déclaration d'invalidité complète ou la dissociation²⁵.

En dernier lieu sur ce point, il est péremptoire de réaliser que le contrôle du potentiel interprétatif de la loi ne doit évidemment pas être effectué dans l'abstrait ou sur la base de facteurs subjectifs et conjecturaux, mais plutôt à partir de facteurs objectifs et juridiques. En effet, le juge Gonthier, dans *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, apporte les détails ci-après sur la teneur du débat judiciaire en tant que norme constitutionnelle:

Une disposition imprécise ne constitue pas un fondement adéquat pour un débat judiciaire, *c'est-à-dire pour trancher quant à sa signification à la suite d'une analyse raisonnée appliquant des critères juridiques*. Elle ne délimite pas suffisamment une sphère de risque et ne peut donc fournir ni d'avertissement raisonnable aux citoyens ni de limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi. Une telle disposition n'est pas intelligible, pour reprendre la terminologie de la jurisprudence de notre Cour, et ne donne par conséquent pas suffisamment d'indication susceptible d'alimenter un débat judiciaire. Elle ne donne aucune prise au pouvoir judiciaire.²⁶ (nos italiques)

L'exégèse de la jurisprudence de la Cour suprême permet de repérer, comme nous le verrons sous la rubrique ci-après, quels sont ces critères juridiques auxquels le tribunal peut et doit se référer pour s'acquitter de son rôle de médiateur.

2. Facteurs objectifs constitutifs du guide suffisant pour le débat judiciaire

De quoi se compose ce «guide suffisant» qui permet de délimiter une sphère de risque et d'alimenter un débat judiciaire? Nous trouvons réponse à cette question dans la jurisprudence de la Cour suprême.

Selon les instructions de la Cour suprême, l'imprécision doit être appréciée dans un contexte interprétatif large. Il faut donc dans un premier temps replacer la disposition en cause dans le

24. *Heywood*, *supra*, note 17, p. 803-804; *Rocket c. Collège Royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, p. 252.

25. Voir *Hall*, *supra*, note 2.

26. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*, note 3, p. 639-640.

contexte général dans lequel elle s'inscrit. On essaiera, en second lieu, de dégager le sens de la disposition en tenant compte de ce contexte global ainsi que de son libellé particulier.

La lecture de la jurisprudence pertinente de la Cour suprême révèle que celle-ci se reporte dans le cadre des deux volets susmentionnés de la démarche interprétative systématiquement à certains facteurs objectifs constants dont nous entreprenons ci-après l'étude.

2.1 Facteurs objectifs reliés au contexte général dans lequel s'insère la disposition

Les facteurs reliés au contexte général utilisés par la Cour suprême dans le bornage d'une disposition donnée sont:

- l'historique de la loi;
- les objectifs de la loi en général;
- les valeurs sociales en jeu;
- les dispositions législatives connexes²⁷.

L'historique de la loi informera souvent sur les objectifs poursuivis par cette dernière, lesquels à leur tour permettent, dans certains cas, de circonscrire la portée de la disposition en cause. Les valeurs sociales en jeu et les dispositions législatives connexes peuvent aussi quelquefois être d'un certain secours à cet égard.

Dans *Nova Scotia Pharmaceutical Society* l'argument d'imprécision se rapportait au mot «indûment» apparaissant à l'alinéa 32(1)c) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* («LEC») qui crée l'acte criminel du complot pour empêcher ou diminuer indûment la concurrence. L'analyse des objectifs de la loi a été facilitée dans cette affaire par le fait que:

- l'historique de la législation canadienne en matière de concurrence remonte à 1889;
- l'article 32 est lui-même l'un des piliers de la loi;

27. Voir *Canadien Pactifique ltée*, *supra*, note 3, p. 1070.

- l’alinéa 32(1)c) en cause est la disposition la plus ancienne de la loi;
- l’alinéa 32(1)c) repose sur un substrat de valeurs; et par
- la comparaison révélatrice entre la LEC et la législation antitrust américaine²⁸.

Cette enquête des mobiles de l’intervention législative a révélé que la LEC est un instrument central et établi de la politique économique du Canada. La LEC procède du principe selon lequel le fait d’empêcher la concurrence porte en soi préjudice au public, et, entend donc éliminer les activités qui diminuent indûment la concurrence sur le marché. Quant à savoir comment déterminer si un accord nuit à la concurrence au point d’engager la responsabilité c’est-à-dire lui nuit «indûment», le juge Gonthier a découvert, au moyen d’un rapprochement entre la législation antitrust américaine et l’alinéa 32(1)c), que ce dernier renferme manifestement un principe juridique général pour ce faire. Il a en effet déduit de ce parallèle que l’alinéa 32(1)c) exige l’application partielle de la «règle de la raison» américaine dans l’examen de la gravité des effets de l’accord sur la concurrence²⁹.

Dans l’optique de cette politique d’intérêt public, les objectifs de l’alinéa 32(1)c) offrent donc déjà, selon le juge Gonthier, une idée claire de ce que signifie réduire «indûment» la concurrence et du type d’examen qu’il commande. En fait, l’alinéa 32(1)c) énonce une norme juridique générale porteuse d’un sens attitré en droit³⁰.

Le juge Gonthier a épousé la même méthode dans *Canadien Pacifique ltée*³¹ où Canadien Pacifique alléguait l’imprécision et la portée excessive de l’expression «dégradation de la qualité de l’environnement naturel relativement à tout usage qui peut en être fait» contenue à l’alinéa 13(1)a) de la *Loi sur la protection de l’environnement* («LPE») de l’Ontario.

28. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*, note 3, p. 648-650.

29. Plus spécifiquement, la législation antitrust américaine a retenu deux paradigmes relatifs aux décisions judiciaires: «la règle *per se*» et la «règle de la raison». Le juge Gonthier écrit sur ce sujet à la p. 650: «[s]uivant la première, [per se], des conséquences découlent d’actes définis avec précision, peu importe les circonstances, tandis que la seconde, [de la raison], est plus générale et commande un examen plus approfondi des détails de l’opération.»

30. *Ibid.*, p. 650.

31. *Canadien Pacifique ltée*, *supra*, note 3.

Les éléments du contexte interprétatif large qui ont eu une incidence sur l'allégation d'imprécision de l'alinéa 13(1)a) au regard de l'article 7 de la *Charte* ont été dans cette affaire:

- l'objet important de la LPE, soit d'assurer la protection et la conservation de l'environnement³²;
- le fait que cet objet corresponde à une valeur sociale fondamentale à laquelle les citoyens sont fortement sensibilisés³³;
- la nature réglementaire de l'infraction prévue à l'alinéa 13(1)a)³⁴.

Eu égard à ces trois éléments, le juge Gonthier a été d'opinion que l'interdiction de la pollution prévue à l'alinéa 13(1)a), dans sa formulation générale plutôt qu'énumérative, donnait un avertissement raisonnable aux citoyens du fond de la prohibition. L'interprétation contextuelle a donc permis essentiellement de légitimer au regard des normes constitutionnelles régissant l'imprécision, l'exclusion par le législateur de la codification exhaustive au profit de la rédaction en termes généraux pour décrire l'interdiction de pollution.

Dans l'arrêt *Zundel*³⁵ également, la juge McLachlin, qui a signé les motifs majoritaires de la Cour, s'est livrée à l'analyse de l'histoire et des objectifs de l'article 181 du *Code criminel* contesté pour cause d'imprécision. Contrairement aux deux autres précédents précités, cet exercice ne fut pas dans ce cas probant.

En effet, la juge McLachlin a eu de la difficulté à identifier l'objectif précis poursuivi par l'article 181 du *Code criminel* relatif aux «fausses nouvelles», et cela a collaboré à son invalidation en raison à la fois de l'imprécision et de la portée excessive de son contenu. L'article 181 du *Code criminel* remonte au Statut de Westminster de 1275. L'infraction a été adoptée au Canada en 1892. Cette infraction a été abolie ailleurs mais conservée au Canada. Le seul renseignement quant à son objet que dévoile l'histoire de l'article 181 est que l'infraction visait initialement à protéger la primauté du droit et la sécurité de l'État, représenté

32. *Ibid.*, p. 1072-1075.

33. *Ibid.*, p. 1075.

34. *Ibid.*, p. 1076.

35. *Zundel*, *supra*, note 11.

par le détenteur du pouvoir, que ce soit le roi ou, par la suite, le gouvernement. L'article 181 était à l'origine axé sur «la prévention des déclarations diffamatoires délibérées contre la haute noblesse du royaume». Cinq objectifs courants différents ont été avancés par les parties à ce litige. La juge McLachlin en conclut qu'il est impossible de dire avec quelque assurance quel but recherchait le législateur quand il a décidé, contrairement à ce qui s'est produit dans d'autres démocraties, de maintenir l'article 181 dans notre droit pénal.

L'interprétation contextuelle large a donc fait ressortir l'anachronisme de l'article 181 du *Code criminel*, et après examen du texte lui-même sur lequel nous reviendrons ci-après la juge McLachlin a jugé que dans sa facture présente l'article 181 ne pouvait pas être actualisé.

2.2 Facteurs objectifs reliés à la disposition elle-même

La prise en compte du contexte interprétatif large quelles que soient les conclusions qu'on puisse en tirer ne dispense évidemment pas le tribunal de procéder à l'examen des termes mêmes de la disposition législative contestée³⁶.

La signification des termes employés par le législateur peut être élucidée en recourant là encore à des critères objectifs, lesquels peuvent avoir plusieurs sources mais doivent tous être reliés directement au langage employé.

À ce chapitre, nous avons extrait de la jurisprudence de la Cour suprême plusieurs critères récurrents que nous avons classés à des fins de commodité dans les deux catégories suivantes:

- les critères objectifs de sources internes;
- les critères objectifs de sources externes.

- Critères objectifs de sources internes

Dans le passé, la Cour suprême a fait appel dans l'exercice de ses tâches d'interprétation dans le but de trancher un argument d'imprécision:

- aux dictionnaires³⁷;

36. *Canadien Pacifique Ltée*, *supra*, note 3, p. 1078.

37. *Heywood*, *supra*, note 17, p. 786.

- aux textes français et anglais de la disposition³⁸;
- au reste de l'article dans lequel la disposition s'insère³⁹;
- aux diverses techniques d'interprétation connues⁴⁰;
- à la jurisprudence ayant interprété et appliqué la disposition ou une disposition semblable⁴¹.

Lorsque la Cour suprême parle de «guide suffisant pour un débat judiciaire», elle renvoie donc à ce corpus de règles juridiques.

Ainsi, dans *Canadien Pacifique ltée* le juge Gonthier a utilisé plusieurs principes d'interprétation reconnus pour cerner l'expression «relativement à tout usage qui peut en être fait [de l'environnement naturel]» et pour établir les lignes de démarcation de l'application de l'alinéa 13(1)a) de la LPE ontarienne⁴². Plus particulièrement, ont été mis à contribution: la règle *ejusdem generis*, le principe de l'absurdité ainsi que celui de l'interprétation restrictive, et l'adage *de minimis non curat lex*.

De la même manière, la jurisprudence ayant interprété et appliqué le terme controversé ou un terme semblable au pays ou ailleurs aidera tantôt à clarifier le sens de ce terme, tantôt à confirmer le caractère non limitatif et confus de celui-ci.

Nova Scotia Pharmaceutical Society illustre bien l'assistance appréciable que peut représenter la jurisprudence dans le balisage d'une disposition législative. Le juge Gonthier a fait remarquer qu'outre les indications fournies par les outils d'interprétation traditionnels, le texte de l'alinéa 32(1)c) de la LEC était rendu encore plus précis par la jurisprudence qui a tracé les grandes lignes du processus d'examen qu'il requiert, en ce qui a trait à la structure du marché et au comportement⁴³.

38. *Lucas*, *supra*, note 6, p. 474.

39. *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, 982 (ci-après «*Irwin Toy Ltd.*»); *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*, note 3, p. 650, 656-657; *Canadien Pacifique ltée*, *supra*, note 3, p. 1081.

40. *Canadien Pacifique ltée*, *supra*, note 3, p. 1081-1083.

41. *Zundel*, *supra*, note 11, p. 766, 770; *Morales*, *supra*, note 1, p. 731-732; *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*, note 3, p. 647-648; *Canadien Pacifique ltée*, *supra*, note 3, p. 1079, 1083.

42. *Canadien Pacifique ltée*, *supra*, note 3, p. 1082-1083.

43. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*, note 3, p. 651, 657.

L'apport de la jurisprudence à la résolution de la question relative à l'imprécision soulevée dans l'affaire *Canadien Pacifique ltée* est également indéniable. En effet, le juge Gonthier s'est appuyé notamment sur la jurisprudence pour conclure que le terme «dégradation» (impairment) et le terme «usage» à l'alinéa 13(1)a) de la LEC peuvent aiguiller un débat judiciaire. En ce qui concerne le terme «dégradation» (impairment), le juge Gonthier s'est référé aux débats judiciaires qui ont entouré pendant des décennies la notion d'«impairment» en matière d'infractions d'alcool au volant en vertu du *Code criminel*. Quant au concept de l'usage, il a été interprété judiciairement dans de multiples contextes dont: l'«usage» de biens sous le régime fiscal; l'«usage» d'un brevet; l'«usage» d'un véhicule automobile; l'«usage» d'un local comme maison de jeu; l'«usage» d'un écrit censé constituer un affidavit; et l'«usage» comme lieu d'habitation.

À l'inverse, la rareté ou l'instabilité de la jurisprudence sur le sens d'un terme peut étayer ou corroborer une conclusion d'imprécision. Il en a été ainsi du terme «intérêt public» qui se retrouvait aux anciens articles 181⁴⁴ et 515(10)b)⁴⁵ du *Code criminel*. La jurisprudence a été un facteur sur lequel la Cour a insisté pour conclure respectivement dans *Zundel*⁴⁶ et *Morales*⁴⁷ à l'opacité inexpugnable par la voie de l'interprétation judiciaire de ce terme. Plus particulièrement, le juge Lamer, dans *Morales*, a été d'avis que l'incapacité de la jurisprudence de donner au terme «intérêt public» un sens pratique, constant et établi mettait en évidence son caractère non limitatif, et démontrait qu'il ne contient pas d'indication pour structurer le pouvoir discrétionnaire et éclairer un débat judiciaire.

44. L'article 181 du *Code criminel* rendait coupable d'un acte criminel quiconque publie une fausse nouvelle susceptible de causer un tort à quelque «intérêt public».

45. L'article 515(10)b) du *Code criminel* faisait de «l'intérêt public» un des critères de détention avant procès.

46. *Zundel*, *supra*, note 11, p. 766, 770.

47. *Morales*, *supra*, note 1, p. 731-732. Dans *Hall*, *supra*, note 2, le dialogue constitutionnel engagé entre la Cour suprême et le législateur dans *Morales* s'est poursuivi. La majorité a statué que le nouveau motif de détention avant procès fondé sur «l'autre cause juste» est d'une imprécision inacceptable, mais que par contre le motif qui permet la détention avant procès «pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice» est quant à lui plus limité et assez précis.

- Critères objectifs de sources externes

Nous avons dégagé de la jurisprudence de la Cour suprême les critères objectifs de sources externes pertinents suivants:

- les débats parlementaires⁴⁸;
- les normes, documents et conventions internationaux⁴⁹.

Le juge Gonthier, dans *Canadien Pacifique ltée*, s'est également basé sur des sources externes pour interpréter le terme «usage» dans le domaine environnemental. Plus particulièrement, il a cité la définition de ce terme proposée par un groupe de 13 experts du droit de l'environnement, dans un rapport commandé par les Nations Unies et destiné à servir de guide pour l'élaboration des lois internes de protection de l'environnement. Selon le juge Gonthier, le fait que ces 13 experts en droit de l'environnement aient adopté la notion d'«usage» comme principe juridique pour le droit interne de l'environnement et qu'ils aient entrepris de le définir dans leur rapport, prouve qu'elle puisse constituer un fondement pour un débat judiciaire⁵⁰.

Les normes internationales se sont pareillement vu attribuer un poids considérable dans l'affaire *Suresh*. La Cour suprême devait disposer de la question à savoir si les termes «danger pour la sécurité du Canada» et «terrorisme», motifs d'expulsion en vertu de la *Loi sur l'immigration*, étaient imprécis au point d'être inconstitutionnels. La Cour a essentiellement opiné que les normes internationales constituaient un guide approprié quant aux situations ciblées par ces termes. Plus particulièrement, en ce qui a trait au terme «terrorisme», la Cour a pu pallier l'absence de définition faisant autorité à l'échelle internationale, de même qu'aux manipulations politiques, conjectures et polémiques auxquelles il se prête, en empruntant la définition du terme «terrorisme» proposée par la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*.

Les documents externes qui ont servi dans ces affaires à établir que les termes attaqués avaient un sens suffisamment certain

48. Heywood, *supra*, note 17, p. 789.

49. *Canadien Pacifique ltée*, *supra*, note 3, p. 1085-1086; *Ruffo*, *supra*, note 6, p. 331; *Suresh*, *supra*, note 3.

50. *Canadien Pacifique ltée*, *supra*, note 3, p. 1085-1086.

pour être pratiques, raisonnables et constitutionnels sont assimilables à des règles de droit. Des études scientifiques, par exemple, ne pourraient pas, de façon analogue, constituer les paramètres convenables d'un débat judiciaire. Il transparaît des précédents de la Cour suprême ci-dessus que le guide recherché doit être juridique. Ce serait stériliser d'ailleurs complètement la théorie de l'imprécision que de faire d'experts en marketing, économie, médecine, sociologie, psychologie ... les cicérones de notre constitution.

3. Impact du caractère précurseur de la disposition contestée

Nous croyons que le caractère précurseur et avant-gardiste de la disposition contestée, et le fait qu'elle introduit des concepts inédits dans la législation canadienne et internationale, impose un fardeau plus lourd au législateur au niveau définitionnel, vu l'absence de repère légal extrinsèque pour la comprendre et d'avertissement préalable de ce qu'elle défend⁵¹.

S'il décide de s'éloigner des sentiers battus et d'innover, le législateur doit incorporer expressément dans sa loi la cartographie de ses objectifs et des moyens de leur mise en œuvre. Lorsqu'une loi est couchée en des termes nouveaux, généraux, vastes, abstraits, et faisant appel à des concepts subjectifs, elle devient un idiome abscons et indéchiffrable autant pour les personnes assujetties que pour les tribunaux. La théorie de l'imprécision existe pour empêcher ces derniers, dans ces circonstances, de faire dire à la loi ce qu'ils désirent, ou encore, d'abdiquer en faveur du gouvernement, malléable face au point de vue quelquefois «irrationnel et subjectif du public»⁵², la tâche de déterminer à la pièce la portée de la loi.

51. Comme nous l'avons déjà vu, dans *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*, note 3, p. 654-657, ce qui a alimenté le débat judiciaire de façon à répondre à la norme constitutionnelle de précision a été l'imposant contentieux jurisprudentiel généré par l'article 32 de la LEC du fait de son ancienneté ainsi que l'étude comparative sur des décennies de la législation et de l'abondante jurisprudence émanant des États-Unis et de la Communauté européenne. Par contre, dans *Zundel*, la Cour a jugé que l'article 181 du *Code criminel* était anachronique, son objet original n'étant manifestement plus actuel. Ce facteur et le fait que les autres juridictions l'ont abrogé et qu'il a très peu été utilisé au cours des années sont autant d'ingrédients qui ont motivé la conclusion de la Cour selon laquelle l'article 181 du *Code criminel* ne respectait pas la norme constitutionnelle.

52. Voir les motifs du juge Iacobucci, dissident, dans *Hall*, *supra*, note 2, p. 361.

V. CONCLUSION

Sans imposer à l'État une camisole de force dans les domaines de la politique sociale⁵³, lorsque d'aventure il restreint les libertés fondamentales, il doit le faire dans un langage conforme à la théorie universelle de l'imprécision.

La jurisprudence de la Cour suprême compulsée ci-dessus démontre que le critère du «guide suffisant pour un débat judiciaire» n'est pas aussi indulgent vis-à-vis du législateur qu'il n'apparaît à première vue. Il exige que celui-ci choisisse des mots dont on peut extraire, en faisant appel aux facteurs objectifs et juridiques catalogués dans le présent texte, une norme quant à la conduite visée qui, bien qu'elle puisse être générale, doit avoir une acception signifiante en droit. Cette norme juridique doit être cohérente et constante, même si son application dans des situations individuelles peut ne pas toujours être facile.

Ainsi, la loi au lieu d'être créatrice de chaos pourra ordonner la vie en société, comme l'a fait pour Peter Handke, du temps de ses études de droit avant qu'il ne devienne écrivain, la lecture des Pandectes⁵⁴:

Quoi qu'il en soit, ce qui m'attirait tellement dès cette époque à la lecture de ce code, ce n'étaient pas, me semble-t-il aujourd'hui, je ne sais quelles lignes directrices de la Justice, mais cette façon de mettre en ordre, de classer, d'éclaircir, d'aérer le chaos ou ce qu'il est convenu d'appeler la réalité, aussi bien celle de la Rome contemporaine – laquelle, du reste, s'était déjà effondrée depuis longtemps à l'époque de ce corpus juridique précisément fait, sans doute, pour lui redonner son statut d'empire – que celle d'aujourd'hui, la mienne, à l'intérieur comme à l'extérieur; en épelant les Pandectes article par article, section et sous-section, je voyais, aussi différents

53. *Canadien Pacifique ltée*, *supra*, note 3, p. 1072.

54. *Black's Law Dictionary*, 6^e éd., définit «Pandects» comme il suit à la p. 1110: «[a] compilation of Roman law, consisting of selected passages from the writings of the most authoritative of the older jurists, methodically arranged, prepared by Tribonian with the assistance of sixteen associates, under a commission from the emperor Justinian. This work, which is otherwise called the "Digest", because in this compilation the writings of the jurists were reduced to order and condensed quasi digestioe, comprises fifty books, and is one of the four great works composing the Corpus Juris Civilis. It was first published in A.D. 533, when Justinian gave to it the force of law.» *Le Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, par P. ROBERT, t. 5 (1962), nous dit quant à lui à la p. 86 que depuis 1573 on confère au mot «Pandectes» le sens de «livre contenant toutes choses».

de ceux d'aujourd'hui que fussent les faits répertoriés, le désordre et l'obscurité disparaître de mon univers. Même ce qui apparaissait au premier abord comme une finasserie partageait le monde avec plus de précision et de clarté, tout en en agrandissant l'image.

[...]

Dès lors que les articles du droit prévoyaient toutes les façons dont les choses pouvaient tourner, aucun chaos ne me menaçait plus, l'irréel se dissipait – il n'y avait rien à mes yeux de plus catastrophique que lui. Une œuvre juridique qui fait un catalogue exhaustif de la faute et de la punition ne consiste pas qu'en un classement mais, je l'éprouve aujourd'hui encore à cette lecture, elle donne au monde une cohérence et lui rend hommage. Ce qui apparaît alors parfois, c'est effectivement quelque chose comme un empire; non l'Empire romain disparu, mais un empire qui me fait à nouveau penser au «Nouveau Monde»; ce que je ressens alors, c'est tout le contraire de la disparition⁵⁵.

55. P. HANDKE, *«Mon année dans la baie de Personne»*, Un conte des temps nouveaux, Gallimard, 1997, p. 150-153.

La «société» en droit québécois

Donald A. RIENDEAU

Résumé

Depuis la décision de la Cour d'appel dans l'arrêt *Québec (Ville de) c. La Cie d'immeuble Allard ltée et al.*, la question portant sur la nature véritable de la société en droit québécois a refait surface. La cour écartait définitivement la thèse de la société comme entité juridique et concluait à l'existence d'un droit de propriété indivis des associés sur les actifs de la société. Cette décision ayant été rendue sous l'empire du *Code civil du Bas Canada*, l'auteur s'interroge sur la portée de cette décision face aux nouvelles dispositions du *Code civil du Québec*. Le refus du législateur de reconnaître une personnalité juridique à la société (à l'exception de la société par actions) viendrait-il appuyer la thèse de l'indivision? L'auteur ne le croit pas. L'introduction dans le *Code civil du Québec* de la notion de division du patrimoine permet d'écarter cette thèse et d'entrevoir dans la société une forme particulière de détention des biens. Toutefois l'auteur souligne la présence de certaines dispositions dans le *Code civil du Québec* qui ne sont pas totalement en accord avec cette théorie. Bien que non concluantes, ces dispositions laissent planer le doute sur l'intention véritable du législateur en cette matière et une intervention de ce dernier pour mettre fin à l'incertitude serait souhaitable.

La «société» en droit québécois

Donald A. RIENDEAU

1. NATURE VÉRITABLE DE LA SOCIÉTÉ SOUS LE CODE CIVIL DU QUÉBEC	134
1.1 Dispositions du Code civil du Québec vs celles du Code civil du Bas Canada	135
1.1.1 Exigence d'un nom propre pour la société en nom collectif et pour la société en commandite (art. 2189 C.c.Q.)	136
1.1.2 Recours des créanciers sous le Code civil du Bas Canada (art. 1899 C.c.B.C.) et ceux sous le <i>Code civil du Québec</i> (art. 2221 C.c.Q.) . . .	137
1.1.2.1 Analyse de l'article 1899 C.c.B.C.. . .	137
1.1.2.2 Analyse de l'article 2221 C.c.Q. . . .	139
1.1.3 Reconnaissance législative de la division du patrimoine et du patrimoine d'affectation (art. 2 et 2645 C.c.Q.)	140
2. LA COPROPRIÉTÉ PAR INDIVISION DES ARTICLES 1012 C.C.Q. ET SUIVANTS ET LA SOCIÉTÉ, INDIVISION D'UN TYPE PARTICULIER OU AUTRE MODALITÉ DU DROIT DE PROPRIÉTÉ	141
2.1 Détention de biens en commun	142
2.2 La quote-part indivise et la part sociale.	143
2.2.1 Quote-part	143
2.2.2 La part sociale	144
2.2.2.1 La part sociale sous le Code civil du Bas Canada et le Code Napoléon . . .	144

2.2.2.2	La part sociale sous le Code civil du Québec	148
2.3	Une modalité du droit de propriété	152
2.3.1	Rapport des associés entre eux	152
2.3.2	La société et les tiers	154
3.	OBSTACLES À LA THÉORIE DE LA DIVISION DU PATRIMOINE.	155
3.1	L'article 2207 C.c.Q.	156
3.2	Article 2211 C.c.Q.	159
	CONCLUSION.	161

Est-il possible qu'en l'an 2004, nous en soyons encore à discuter de cette question de la personnalité morale des sociétés en droit québécois? Le débat dure depuis plus d'un siècle. Alors que l'on pouvait croire la question à peu près réglée sous le *Code civil du Bas Canada* («C.c.B.C.»), voilà que surgit de nouveau le débat en 1996 avec la décision de la Cour d'appel dans l'arrêt *Québec (Ville de) c. La Cie d'Immeubles Allard ltée et al.*¹ (ci-après «arrêt Allard»). Bien que cette décision porte sur les dispositions du C.c.B.C., nous verrons son impact sur les dispositions du *Code civil du Québec* («C.c.Q.»).

En l'absence de dispositions expresses sur la personnalité des sociétés dans le C.c.B.C., pouvons-nous néanmoins y découvrir les éléments requis pour conclure à l'existence de cette personnalité? Cette recherche n'est pas un exercice purement théorique. En l'absence de réponse précise, il est impossible de cerner l'étendue des droits des associés à l'intérieur de cette institution et, notamment, leur rapport avec les biens mis en commun.

Chez les auteurs, tel Mignault, l'on reconnaissait à la société, tant civile que commerciale, une personnalité distincte de celle des associés, quoique moins étendue que celle de la corporation:

Je crois que, faisant abstraction des corporations, on peut considérer comme personne morale les associations, car ces associations ont un patrimoine distinct de celui qui appartient aux personnes qui les composent. Il n'est pas douteux que le patrimoine de la société est distinct de celui des associés (art. 1899)... je dirai donc que toutes les sociétés sont des personnes morales, et je ne crois pas qu'il y ait lieu de distinguer à cet égard la société commerciale de la société civile, comme le font la plupart des auteurs en France.²

La jurisprudence est également volumineuse sur cette question. Dès 1896, la Cour d'appel du Québec confirmait, dans une certaine mesure, l'existence de cette personnalité chez les sociétés commerciales (*Damien c. Société de prêt et de placement*)³.

1. [1996] R.J.Q. 1566.

2. MIGNAULT, *Droit civil canadien*, tome 8, 1919, p. 186-187.

3. [1896] 3 R.D.J. 2.

Il faut toutefois remarquer que la question de la personnalité juridique de la société n'a été abordée que de façon accessoire par nos tribunaux jusqu'en 1996, soit jusqu'à l'arrêt *Allard*. Dans cette cause, après une étude exhaustive de la jurisprudence, la Cour d'appel mettait fin définitivement au débat et concluait à l'absence de personnalité juridique des sociétés sous l'ancien Code civil. Pour le juge Brossard, la société n'est pas une entité juridique. En conséquence, cette société ne pouvait, à titre d'exemple, détenir elle-même des biens. Lorsque l'on parle des «immeubles de la société» (art. 1851 C.c.B.C.) cela n'implique pas nécessairement la propriété de cette dernière:

il s'agit d'une façon abrégée de désigner les biens dont la propriété demeure entre les mains des associés. (p.1580)

De même, lorsqu'on parle des affaires de la société administrées par l'associé, en réalité cet associé le fait pour le compte des associés et non pour la société. Enfin, le juge Brossard en vient à la conclusion que la vente des «parts sociales» ne signifie pas autre chose que

[...] la vente d'une part indivise dans la propriété des actifs de sorte qu'il y avait un transfert réel de la moitié indivise de l'immeuble [...]. (p. 1581)

C'est ainsi que la cour était amenée à reconnaître la validité de l'imposition par la ville de droits de mutation lors du transfert d'une part sociale.

Mais la portée de cette décision ne se limitait pas à cette seule question fiscale: elle remettait en cause la nature véritable de la société, tant en vertu du *Code civil du Bas Canada* que du *Code civil du Québec*, comme nous le verrons en détail plus loin.

Tout ce débat sur la personnalité des sociétés aurait pu être évité avec la présence d'une disposition spécifique dans le *Code civil du Bas Canada*. Nous aurions souhaité que le nouveau Code civil clarifie la situation. De fait, l'Office de révision du Code civil avait clairement identifié le problème et proposait, comme solution, l'attribution expresse de la personnalité juridique aux sociétés. Cette proposition fut retenue dans trois projets de loi traitant de la réforme du Code civil, mais ces projets ne virent jamais le jour.

Entre l'adoption du *Code civil du Québec* en 1991 et sa mise en vigueur en 1994, la position du législateur au sujet des sociétés a été modifiée substantiellement sous la pression, en particulier, des fiscalistes. En effet, dans la mesure où les sociétés seraient devenues des personnes morales, certains prétendaient que cela aurait automatiquement changé leur statut fiscal. Or, cette façon de voir a été fortement critiquée par plusieurs, car l'obstacle ne leur apparaissait pas insurmontable⁴. Malheureusement, le choix des tenants de «l'absence de personnalité» fut retenu par le législateur. C'est ainsi que, comme sous l'ancien Code, nous ne retrouvons aucune disposition dans le *Code civil du Québec* conférant une personnalité juridique à la société de personnes. En fait, nous avons maintenant une disposition qui prive expressément de cet attribut les sociétés de personnes autres que la société par actions (art. 2188, 2^e alinéa C.c.Q.). Certains ont tenté de se convaincre que ce renvoi aux sociétés par actions à l'article 2188 n'avait pas pour conséquence de dénier entièrement la personnalité morale aux sociétés en commandite et en nom collectif⁵ (art. 2186 à 2279 C.c.Q.). D'autres auteurs, tout en reconnaissant que les sociétés n'étaient pas des personnes morales, affirment que le législateur leur a conféré la personnalité juridique⁶: cette distinction nous apparaît trop subtile. Pour notre part, nous sommes d'avis que le débat est clos et l'absence de personnalité pour ces sociétés ne fait plus aucun doute.

Alors que la réforme du Code civil s'avérait le moment idéal pour clarifier la situation en accordant expressément la personnalité morale aux sociétés, il n'en fut rien. Nous sommes replongés dans l'incertitude qui existait sous l'ancien Code et il existe actuellement une grande confusion sur cette question, comme nous pourrions le constater à la lecture de certaines décisions de nos tribunaux.

Dans la cause *Société en nom collectif Vausko c. Ameublement et Décoration Côté Sud (St-Denis) inc.*⁷, le juge G.B. Maughan, après avoir cité l'arrêt *Allard*, en vient à la conclusion étonnante que le législateur n'a pas écarté, sous le nouveau Code,

4. Voir la critique de Charlaïne BOUCHARD, «La Réforme du Droit des sociétés: l'exemple de la personnalité morale», (1993) 34 C.A.D. 85-86.

5. Voir notamment les articles de M.-A. LABRECQUE, «Statuts juridiques des sociétés en vertu du *Code civil du Québec*», (1997) R. du N. 373.

6. D.-C. LAMONTAGNE et B. LAROCHELLE, *Droit spécialisé des contrats*, vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 495.

7. [1999] R.J.Q. 3037.

le concept qu'une société est une personne et possède manifestement une personnalité juridique distincte de ses associés.

Par contre, dans l'arrêt *Caisse populaire Laurier c. 2959-6673 Québec inc. et al.*⁸, le juge Frank G. Baraket déclare:

Également, il semble clair que, n'étant pas une personne morale et une personne distincte de ses associés, la société ne peut avoir ni détenir un bien en tant que propriétaire. (p. 14)

Pour le juge Baraket, la société ne peut même pas acquérir de biens sous le nom qu'elle déclare, faute de disposition légale à cet effet (page 13).

Enfin, dans la cause *Corporation des Maîtres-Électriciens du Québec c. Clément Jodoin Électrique Inc. et al.*⁹, la juge Suzanne Courteau, en s'appuyant sur le texte de M^e Charlaïne Bouchard, conclut à l'existence d'un patrimoine d'affectation et écarte le concept de la personnalité juridique de la société.

Ces trois décisions résument, en quelque sorte, les trois régimes juridiques possibles en présence: la société comme entité distincte, l'indivision et le patrimoine d'affectation. Il est intéressant de constater que la théorie mise de l'avant par M^e Charlaïne Bouchard semble, pour le moment, avoir la faveur de nos tribunaux en cette matière. Cette théorie n'est cependant pas sans faille comme nous aurons l'occasion de le souligner au cours de notre exposé.

Tout d'abord, nous essaierons de cerner la nature véritable de la société en partant de la prémisse qu'il ne s'agit pas d'une personne morale. Nous tenterons ensuite de concilier les dispositions du *Code civil du Québec* avec certains principes fondamentaux exprimés dans l'arrêt *Allard* tout en tenant compte du nouveau cadre juridique mis en place par le législateur en 1994.

1. NATURE VÉRITABLE DE LA SOCIÉTÉ SOUS LE CODE CIVIL DU QUÉBEC

Il existe dans notre Code civil plusieurs groupements de personnes qui possèdent certains attributs de la personnalité juridique leur permettant d'agir comme un ensemble ou une collectivité sans pour autant être dotés nécessairement de la person-

8. C.S., n° 200-05-004938-960.

9. C.S. (Joliette), n° 705-05-001282-964.

nalité juridique complète. C'est le cas de la société en participation (art. 2250 C.c.Q.), de l'association non personnifiée (art. 2267 C.c.Q. et s.), de l'indivision (art. 1012 et s.), etc. Ainsi, même si le législateur a écarté la notion de personne morale pour la société (et nous nous référons ici tant à la société en nom collectif qu'à la société en commandite), on y retrouve néanmoins, comme sous l'ancien Code civil, de nombreuses dispositions traitant de l'organisation de cette institution en tant que groupement de personnes, ayant un but collectif et dotée d'une certaine autonomie. Par exemple, la société a un nom propre sous lequel elle agit (art. 2189 C.c.Q.), elle peut s'obliger et lier les tiers envers elle (art. 2208 C.c.Q.), ester en justice (art. 2225 C.c.Q.), etc. Comment, alors, caractériser cette institution dans la mesure où elle n'est pas une personne morale? A-t-elle une vie distincte de celle de ses membres ou associés, possède-t-elle des biens propres?

Nous avons déjà mentionné l'arrêt *Allard* dans lequel ces questions ont été analysées en profondeur à la lumière des dispositions de l'ancien Code civil. Malgré des attributs incontestables rattachés normalement à la personnalité juridique, la Cour d'appel du Québec a refusé de reconnaître cette personnalité à la société et conclut à l'existence d'un groupement ou d'une collectivité sans vie propre et entièrement rattaché à l'existence des associés. C'est ainsi que les biens de la société ont été caractérisés comme faisant partie d'une indivision dont les associés étaient les propriétaires.

Pouvons-nous, à la lumière des dispositions du nouveau *Code civil du Québec*, nous écarter de la thèse de l'indivision mise de l'avant par la Cour d'appel? Dans l'affirmative, quelle est la véritable structure mise en place par notre législateur en 1994? Pouvons-nous parler de patrimoine autonome ou d'affectation ou sommes-nous encore ramenés à l'indivision?

1.1 Dispositions du Code civil du Québec vs celles du Code civil du Bas Canada

Nous devons d'abord résoudre la question suivante. En l'absence de personnalité morale de la société, ne sommes-nous pas obligés de nous en remettre à l'arrêt *Allard* et de reconnaître que les biens mis en commun doivent nécessairement se trouver entre les mains des associés et accepter, comme régime juridique de détention des biens, l'indivision pure et simple entre les associés? Nous ne le croyons pas.

Il est vrai que l'on retrouve dans le *Code civil du Québec* des dispositions analogues à celles du *Code civil du Bas Canada* en matière de société. Toutefois nous avons noté la présence de nouvelles dispositions qui nous amènent à soutenir que le législateur a voulu modifier substantiellement le régime juridique des sociétés du Code civil. Nous examinerons ici les changements que nous croyons les plus pertinents.

1.1.1 Exigence d'un nom propre pour la société en nom collectif et pour la société en commandite (art. 2189 C.c.Q.)

Contrairement au régime des sociétés sous l'ancien Code, l'existence de la société en nom collectif tout comme celle de la société en commandite ne relève pas uniquement du domaine contractuel. L'article 2189 C.c.Q. prévoit expressément que la société en nom collectif ou en commandite «est formée sous un nom commun aux associés» et que, faute de se déclarer, elle est réputée être une société en participation. C'est donc par son nom et son immatriculation que la société en nom collectif et la société en commandite prennent véritablement naissance, du moins à l'égard des tiers. Une telle disposition n'existait pas dans l'ancien Code.

Également, cette référence du législateur à la société en participation est fort intéressante. Il ne fait pas de doute que dans une société en participation chaque associé demeure propriétaire des biens constituant son apport à la société ainsi que des autres biens acquis durant l'existence de la société (art. 2252 C.c.Q.). Selon le ministre de la Justice, cet article «énonce, à propos de la propriété des biens sociaux, des règles qui découlent naturellement du fait que la société en participation, contrairement à la société en nom collectif ou en commandite, ne dispose pas, à l'égard des tiers, d'un patrimoine distinct de celui des associés».

Certains trouveront dans ces commentaires du ministre un appui important à la thèse du «patrimoine distinct». Sans nécessairement en arriver à cette conclusion¹⁰, cela fait clairement ressortir que, sans nom et sans immatriculation, il n'existe pas comme tel de biens sociaux à l'égard des tiers. Ainsi aucun bien immeuble ne pourra être considéré (du moins vis-à-vis des tiers)

10. Il est difficile en effet de parler de «patrimoine distinct» dans la mesure où l'on ne reconnaît pas de personnalité juridique à la société. En cela, nous rejoignons la position exprimée par le juge Baraket dans la cause *Caisse populaire Laurier*, note 8, *supra*.

comme un bien de la société à moins d'être inscrit en son nom propre au registre foncier.

Bien que cette disposition nous indique l'intention du législateur de démarquer distinctivement les biens personnels de l'associé de ceux acquis dans le cadre des activités de la société, elle ne nous éclaire pas sur la forme ou la nature de la détention de l'associé sur ces biens.

1.1.2 Recours des créanciers sous le Code civil du Bas Canada (art. 1899 C.c.B.C.) et ceux sous le Code civil du Québec (art. 2221 C.c.Q.)

Il existe, selon nous, une différence importante entre les dispositions du *Code civil du Bas Canada* et celles du *Code civil du Québec* en ce qui a trait aux recours des créanciers de la société contre les biens sociaux, et la façon dont le passif de la société est traité par le législateur est très révélatrice de la nature exacte de l'actif de la société. Par exemple, dans la mesure où les créanciers de la société et ceux des associés peuvent exercer les mêmes recours contre les biens de la société, il est difficile alors de parler d'un patrimoine de la société distinct de celui des associés.

1.1.2.1 Analyse de l'article 1899 C.c.B.C.

À première vue, les dispositions de l'article 1899 C.c.B.C. semblent accorder beaucoup de poids à la théorie du patrimoine social distinct de celui des associés puisque les «biens de la société doivent être employés au paiement des créanciers de la société de préférence aux créanciers particuliers de chaque associé...». C'est l'opinion qu'exprimait le juge Rothman dans l'arrêt *Lalumière c. Moquin*¹¹. En se référant à l'article 1899 C.c.B.C., le juge déclare:

While a partnership does not have the same distinct legal personality as a corporation, it is, I believe, well established that the patrimony of a commercial partnership is distinct from the patrimonies of the individual partners. (p. 446)

Le juge Rothman pouvait effectivement s'appuyer sur les propos de plusieurs auteurs tels que H. Roch et R. Paré¹² auxquels il se réfère ainsi que Michael Wilhelmson¹³. Quant à la position de

11. [1995] R.D.J. 440.

12. H. ROCH et R. PARÉ, *Traité de droit civil du Québec*, t. 13, p. 339.

13. «The Nature of the Quebec Partnership: Moral Person, Organized Indivision or Autonomous Patrimony?», (1992) *McGill Law Journal*, n° 37.

P.B. Mignault que cite le juge Rothman, celle-ci nous apparaît manquer de clarté. Dans son analyse de l'article 1899 C.c.B.C., Mignault souligne, après avoir déclaré que la société constitue une personne morale et qu'à ce titre elle a des créanciers et des débiteurs, que:

Il se peut ainsi que l'associé ait deux catégories de créanciers, ceux de la société et ses créanciers individuels.

De deux choses l'une, il s'agit soit de créanciers de la société soit des associés mais non des deux à la fois. On retrouve cette même ambiguïté dans cet autre passage de Mignault:

La société diffère également de la corporation. Bien qu'elle constitue un être moral, les associés s'obligent en même temps qu'ils obligent la société. Ils sont propriétaires de ses biens et leurs créanciers peuvent faire vendre leur part dans les biens de la société. Ces créanciers prendront rang après les créanciers de la société (art. 1899), mais ils ont un recours direct contre l'actif de la société.¹⁴

Nous savons que l'opinion du juge Rothman n'a pas été suivie par la Cour d'appel en 1996 dans l'arrêt *Allard*. Selon le juge Brossard, la théorie du patrimoine distinct de la société découlant de l'article 1899 C.c.B.C. ne pouvait être retenue puisque la société ne jouit pas de la personnalité juridique:

Mon argumentation est à l'effet premier que la société n'a pas de personnalité juridique distincte de celle des personnes qui la composent et que, par voie de conséquence, elle ne peut avoir un patrimoine distinct de celui des associés. (p.1575)

De plus, pour le juge Brossard, l'article 1899 C.c.B.C. doit être lu dans un contexte bien particulier, soit celui de la dissolution de la société, qui a ses origines dans la common law et, plus précisément, dans le domaine de la faillite et de l'insolvabilité:

Il me paraît discutable qu'une règle de common law applicable au cas de dissolution d'une société, visant la protection des créanciers ayant contracté avec la société, soit invoquée pour accréditer la théorie concernant le patrimoine distinct des sociétés alors que, tel que vu précédemment, le «partnership» de common law ne reconnaît pas ce concept. (p. 1575)

14. *Supra*, note 2, tome 2, p. 330-331.

Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point et de démontrer que l'absence de personnalité de la société ne fait aucunement obstacle à l'existence d'un patrimoine particulier de l'associé ou d'une portion de ce patrimoine spécialement réservé aux recours de certains créanciers.

1.1.2.2 Analyse de l'article 2221 C.c.Q.

Contrairement à l'article 1899 C.c.B.C., l'article 2221 C.c.Q. ne traite plus de dissolution de la société: il est donc maintenant difficile de prétendre que cet article est inspiré de la common law en matière de faillite et d'insolvabilité, comme l'affirmait le juge Brossard. L'article aura donc une portée plus générale. C'est l'avis exprimé par M^e Payette dans des notes préparées pour une communication au déjeuner-causerie du 19 mars 1997¹⁵. Selon lui, bien qu'il existe une grande similitude entre ces deux articles, l'article 1899 C.c.B.C. n'aurait d'application que dans le cas de dissolution de la société alors que l'article 2221 C.c.Q. est d'application plus générale.

Mais il existe d'autres différences beaucoup plus importantes entre ces deux articles. Ainsi, nous constatons que l'article 2221 C.c.Q. ne fait pas référence (contrairement à l'article 1899 C.c.B.C.) aux recours des créanciers personnels des associés contre les biens de la société, mais uniquement de leur priorité sur les biens des associés. Dans la mesure où le créancier personnel d'un associé est privé de recours contre les biens de la société (conclusion qui nous apparaît découler de cette disposition) il existe, de toute évidence, un cloisonnement entre ces deux types de biens, les biens sociaux étant le gage exclusif des créanciers de la société, et les biens personnels de l'associé, le gage commun tant des créanciers de la société que de ceux des associés, avec préférence en faveur de ces derniers. On voit alors poindre à l'horizon les théories, longuement débattues en droit français, du patrimoine d'affectation et de la division du patrimoine.

15. Les Sociétés en commandite, le *Code civil du Québec* et l'arrêt *Québec (Ville de) c. La Cie d'immeuble Allard ltée*, notes préparées pour une communication au déjeuner-causerie du 19 mars 1997, Association du Barreau canadien, Section droit des affaires et Section droit immobilier.

1.1.3 Reconnaissance législative de la division du patrimoine et du patrimoine d'affectation (art. 2 et 2645 C.c.Q.)

Sous l'ancien Code civil, le système juridique de la détention des biens était établi essentiellement en fonction de la personne. Toute personne était dotée d'un patrimoine et d'un seul, bien que l'on retrouvait dans le Code certaines exceptions à la règle de l'indivisibilité du patrimoine telles que l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire, l'envoi en possession des biens d'un absent, les biens faisant l'objet d'une substitution, etc. Quant au rattachement du patrimoine à une personne physique ou morale, il ne pouvait y avoir d'exception et la Cour d'appel le confirme clairement dans l'arrêt *Allard*. À ce sujet, le juge Brosard déclare:

Or, le droit de propriété est un attribut d'une personne et ne peut donc exister qu'en faveur d'une personne physique ou morale. (p. 1575)

Pour la Cour d'appel, comme la société n'est pas une personne morale, elle ne peut être dotée d'un patrimoine: pas de personne sans patrimoine et pas de patrimoine sans sujet (personne physique ou morale).

Un long débat a eu cours en Allemagne, en France ainsi qu'en Belgique sur ce qu'on appelle le «patrimoine d'affectation». Il s'agit d'un concept avec lequel nous sommes très peu familiers au Québec. Nous en avons trouvé une définition particulièrement intéressante dans un texte de Pierre Charbonneau, laquelle nous éclaire sur les deux formes possibles du patrimoine d'affectation. Voici comment il s'exprime à ce sujet:

Résultant de l'affectation de biens à une destination, à une fin, le patrimoine d'affectation peut se définir comme étant un ensemble actif et passif de biens, une universalité juridique, dont les éléments sont groupés en vue d'une affectation spéciale, ensemble ou universalité juridique existant au sein du patrimoine général d'une personne, voire même s'en détachant pour vivre de sa propre autonomie [...].¹⁶

16. «Le patrimoine d'affectation: vers un nouveau paradigme en droit québécois du patrimoine», (1983) 85 *R. du N.* 492-493.

Cette théorie a eu peu d'adeptes au Québec sous le régime de l'ancien Code civil, car le principe de l'unicité du patrimoine et son rattachement à une personne était solidement ancré. Or, voici qu'avec le nouveau Code civil l'existence d'un patrimoine d'affectation et le principe de la divisibilité de celui-ci sont clairement reconnus.

L'article 2 C.c.Q. prévoit expressément que le patrimoine peut faire l'objet d'une division ou d'une affectation. Dans ses commentaires, le ministre de la Justice insiste sur le fait que cette division et cette affectation ne sont toutefois pas laissées à la seule discrétion des parties, ce qui aurait pu entraîner des abus et de la fraude: elles ne sont permises que dans les cas prévus par la loi. Les seules formes de patrimoines d'affectation complètement autonomes reconnues par la loi sont la fiducie et la fondation. La société ne tombe donc pas dans cette catégorie: elle ne peut être considérée comme un patrimoine autonome, sans sujet de droit. Il pourrait toutefois s'agir d'une sorte de division de patrimoine (ou patrimoine d'affectation non autonome): dans ce dernier cas, nous retrouvons un sujet de droit, une personne détentrice de droits et d'obligations mais dont le patrimoine est composé de biens de diverses catégories, certains étant le gage commun des créanciers et d'autres destinés à la garantie exclusive de certains créanciers.

On recherchera en vain dans le *Code civil du Québec* une disposition expresse à l'effet que la société serait un exemple de division de patrimoine permise par la loi. Nous verrons toutefois que cette notion découle naturellement d'une interprétation logique de certaines règles que l'on retrouve au chapitre sur les sociétés et, en particulier, de l'article 2221 C.c.Q.

Il nous faut donc refaire l'analyse de la structure de la société du code civil à la lumière de ces nouveaux principes édictés par le *Code civil du Québec*. Sommes-nous depuis 1994 devant une nouvelle forme de société, différente de celle identifiée par la Cour d'appel dans l'arrêt *Allard*?

2. LA COPROPRIÉTÉ PAR INDIVISION DES ARTICLES 1012 C.C.Q. ET SUIVANTS ET LA SOCIÉTÉ, INDIVISION D'UN TYPE PARTICULIER OU AUTRE MODALITÉ DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

Il est malheureux que la Cour d'appel, dans l'arrêt *Allard*, n'ait pas fait ressortir la distinction fondamentale, même sous

l'empire du *Code civil du Bas Canada*, entre l'indivision pure et simple et l'état dans lequel se retrouvent les associés à l'intérieur de la société. Aujourd'hui, avec le nouveau Code civil, cette distinction nous apparaît encore plus clairement. Bien qu'il existe des traits communs entre le régime de la société et celui de l'indivision, nous retrouvons dans la société des caractéristiques qui lui sont particulières et qui la distinguent de l'indivision proprement dite. En voici quelques exemples.

2.1 Détention de biens en commun

L'indivision est essentiellement un état des biens. Elle naît de l'acquisition (par succession ou autrement) d'un bien avec d'autres personnes. C'est un système centré sur le bien lui-même: pas de biens, pas d'indivision. Au contraire, la société prend naissance dès la signature du contrat de société (du moins entre les parties) et avant même que les biens soient mis en commun: chaque associé détient une part sociale même en l'absence d'actifs sociaux. À ce sujet, il est intéressant de noter que le législateur n'a pas repris dans le nouveau Code civil les dispositions de l'article 1893 C.c.B.C. prévoyant la dissolution de la société «par la perte de la chose» mise en commun. N'est-ce pas là une indication de la volonté du législateur de s'écarter davantage du concept de l'indivision en matière de société?

Également, on ne peut concevoir l'indivision sans la multiplicité de sujets. Or, la société, comme cela est prévu à l'article 2232 C.c.Q.¹⁷, peut subsister (pour une période de 120 jours) advenant la réunion des parts sociales dans les mains d'une même personne. Il est déjà difficile de concevoir qu'une personne puisse être associée avec elle-même (ce qui ne serait pas possible sans une disposition expresse dans la loi). Comment alors imaginer qu'une personne puisse détenir par elle-même un bien dans l'indivision?

Dans le cas de la société, il existe une plus grande flexibilité au niveau de l'élaboration des relations juridiques entre les associés puisqu'il s'agit davantage d'une relation personnelle que

17. L'article 2232 est de droit nouveau et il s'agit, selon nous, d'un changement majeur par rapport à l'ancien droit. Le ministre de la Justice, dans ses commentaires, souligne qu'il s'agit d'une «solution pragmatique qui vise à assurer la protection des tiers et des créanciers...». Or, c'est minimiser l'importance de ce changement. On a introduit ici une notion et une caractéristique de la société qui rend impossible son rapprochement avec l'indivision.

réelle. On ne retrouve pas cette flexibilité dans l'indivision, même conventionnelle: par exemple, les parties ne peuvent, dans leur convention, prévoir le maintien de l'indivision advenant la réunion des parts indivises entre les mains d'une même personne ou advenant la disparition du bien, ce qui irait à l'encontre même de la nature de l'indivision.

2.2 La quote-part indivise et la part sociale

La différence fondamentale entre l'indivision et la société réside essentiellement au niveau de la détention des droits de l'indivisaire à l'égard de sa quote-part et celle de l'associé à l'égard de sa part sociale.

2.2.1 Quote-part

Selon la définition même de la copropriété, qu'elle soit divisée ou indivise, le copropriétaire est «investi, privativement, d'une quote-part du droit de propriété» (art. 1010 C.c.Q.). Quant à la copropriété par indivision, l'article 1015 C.c.Q. prévoit que chacun des indivisaires a, relativement à sa part, les droits et obligations d'un propriétaire exclusif. Le copropriétaire peut aliéner ou hypothéquer sa quote-part et ses créanciers peuvent la saisir.

En réalité, et contrairement à ce que l'article 1015 C.c.Q. sous-entend, le droit de l'indivisaire dans une quote-part d'un bien indivis et son droit dans le bien lui-même se confondent. La quote-part n'est pas un droit comme tel. La quote-part n'est qu'un fractionnement du droit de propriété, une unité de mesure des intérêts de l'indivisaire dans la propriété du bien. Par exemple, hypothéquer sa part indivise dans un immeuble ou hypothéquer l'immeuble dans la proportion de ses droits s'équivalent. Il en découle nécessairement que, si les biens indivis se composent d'immeubles, l'hypothèque consentie par l'indivisaire sera une hypothèque de nature immobilière. D'ailleurs, l'indivisaire apparaît au registre foncier comme l'un des propriétaires de cet immeuble et sous son nom propre. Cette quote-part ou les intérêts de l'indivisaire dans les biens se trouvent alors exposés aux recours de tous ses créanciers sans distinction entre ceux ayant ou non un rapport avec l'immeuble détenu en indivision.

2.2.2 *La part sociale*

Rappelons d'abord que la part sociale se compose d'un ensemble de droits et d'obligations réciproques entre les associés; c'est cette part sociale qui permet à l'associé de recevoir une partie des profits réalisés par la société, qui l'oblige à une participation aux charges et qui lui donne droit éventuellement à une portion des fruits de la liquidation. Or, la part sociale est-elle de nature purement contractuelle, un droit personnel de l'associé en retour de son apport à la société ou bien, comme dans l'indivision, un droit de propriété dans les actifs de la société?

À première vue, il ne semble pas y avoir une grande différence entre la quote-part de l'indivisaire et la part sociale d'un associé. En effet, dans la mesure où l'on ne reconnaît point une personnalité propre à la société, les droits de l'associé dans sa part sociale et ses droits dans les actifs de la société ne se confondent-ils pas? Ainsi, comme dans l'indivision, la nature de chaque part devrait varier en fonction de la composition de l'actif social: elle serait mobilière ou immobilière selon que l'actif est composé de meubles ou d'immeubles, ou même de nature mixte si l'actif comprend à la fois des meubles et des immeubles.

Cette question a longuement été débattue sous l'ancien Code civil jusqu'à ce que l'arrêt *Allard* vienne y mettre fin. Il est toutefois intéressant de s'y arrêter quelques instants, car cette analyse pourra mettre en lumière certaines caractéristiques propres à la société sous le nouveau Code civil.

2.2.2.1 *La part sociale sous le Code civil du Bas Canada et le Code Napoléon*

L'article 387 C.c.B.C. (bien que cette disposition ne soit pas d'une très grande limpidité) décrétait que la part sociale était mobilière alors même que des immeubles étaient compris dans l'actif social. Cette proposition n'offrait pas de difficulté et semblait découler naturellement du principe alors généralement reconnu à l'effet que la société devait être considérée comme une entité légale distincte des associés. D'ailleurs, plusieurs voyaient en l'article 387 C.c.B.C. une reconnaissance par le législateur de cette personnalité légale de la société.

Telle était l'opinion exprimée par un grand nombre d'auteurs québécois et français dans leurs commentaires sur l'article 387

C.c.B.C. et son équivalent en droit français, l'article 529 C.N.¹⁸. Ainsi, Mignault affirmait:

Que l'action et l'intérêt soient meubles lorsque le fonds, le capital social est lui-même mobilier, rien de plus logique, rien de plus conforme à la théorie générale de notre code sur la classification du droit. Mais la loi ajoute que l'action et l'intérêt sont meubles, alors même que le fonds social est immobilier. Sa décision, dans ce cas, ne peut se comprendre et ne se justifie qu'au moyen d'une fiction. Les rédacteurs du code sont partis de cette idée: la société ou l'être collectif constitue une personne civile, morale, distincte de la personne des associés considérés individuellement. C'est à cette personne morale qu'appartient le capital qui constitue son avoir, son patrimoine propre.¹⁹

Il est frappant de constater combien les auteurs se sont écartés du but premier de cet article qui était de déclarer meuble la part sociale par détermination de la loi pour s'attarder davantage à ce qu'ils croyaient être son corollaire, soit la preuve de l'existence d'une personnalité morale de la société. Or, ce corollaire ne découle pas nécessairement de cet article et on peut même en arriver à la conclusion inverse. En effet, on peut argumenter que cet article est la preuve que les sociétés ne sont pas dotées d'une personnalité morale. Quel serait l'intérêt d'un tel article si, effectivement, la société était une personne morale? Si une telle personnalité existait, il irait de soi que la part de l'associé, comme celle de l'actionnaire, serait un bien meuble quelle que soit la composition de l'actif de la société ou de la corporation. C'est là l'interprétation que faisait la Cour d'appel de cet article, dans l'arrêt *Allard*.

Une telle position de la cour aurait dû nécessairement l'amener à assimiler la part sociale d'un associé à sa quote-part dans les actifs de la société, au même titre qu'un indivisaire. Or, à notre grande surprise, la cour déclare ne pouvoir repousser entièrement l'existence d'une part sociale considérée comme bien meuble, donc comme distinct de l'actif social:

[...] il (art. 387 C.c.B.C.) n'aurait plutôt pour effet que de rendre meuble la part sociale ou l'intérêt qu'a un associé dans une société, ce sous certaines conditions [...]. (p. 1572)

18. C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, Traité de la distinction des biens*, tome 1, n° 412; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, tome 5, 4^e édition, n° 503.

19. *Supra*, note 2, tome 2, p. 440.

Comment parler d'une part sociale comme étant mobilière dans une société composée d'actifs immobiliers dans la mesure où l'on refuse de considérer la société comme un être distinct? Dans un tel cas, les droits de l'associé ne portent-ils pas directement sur les biens de la société comme dans l'indivision? Lorsque l'associé dispose de sa part sociale, il ne peut alors que poser un acte directement sur les biens de la société. De même, en saisissant la part sociale les créanciers saisissent du même coup les actifs de la société. D'ailleurs, c'est une conclusion à laquelle la cour en arrive:

[...] que l'immeuble ayant fait l'objet de la cession de Sam Wong et André Morisset à l'intimée demeurait la propriété des associés, que la vente des «parts sociales» détenues par Wong et Morisset ne signifiait pas autre chose que la vente de leurs parts indivises dans la propriété des actifs, et qu'il y a donc eu un transfert réel de la moitié indivise de l'immeuble social [...]. (p. 1581)

Ainsi, contrairement aux apparences, la cour ne semble pas assimiler complètement la part sociale à la quote-part de l'indivisaire en matière d'indivision. En d'autres termes, la cour n'écarte pas l'existence d'une part sociale distincte des droits de l'associé dans l'actif social mais sans s'expliquer plus clairement sur cette question.

En France, on était confronté à la même difficulté avec les dispositions de l'article 529 C.N. Comment, en effet, expliquer l'existence de cette part sociale en l'absence d'une personnalité attribuée à la société? Voici comment s'exprime Planiol sur cette question:

2259 – Assimilation du droit de l'associé à une créance –

En sommes-nous donc réduits à reconnaître que la décision de l'art. 529 ne peut s'expliquer que par la fiction de la personnalité des sociétés? Je ne pense pas. Du moment où l'associé est considéré comme possédant deux patrimoines distincts, on conçoit qu'il s'établisse entre eux des rapports de créance et d'obligation analogues à ceux qui existent entre deux personnes différentes. Ainsi, le droit de toucher individuellement les dividendes est de plus en plus traité en pratique comme une créance d'un genre particulier existant contre la société. Ainsi encore ce qu'on appelle sa part (action ou intérêt) figure dans son patrimoine personnel en même temps que dans le patrimoine social; c'est une valeur représentative de la part réelle et qui peut être aliénée par lui et saisie par ses créanciers. Devons-nous voir dans cette valeur un droit de propriété? Pas pour le moment. Ce sera un jour une propriété, lorsque la société

sera dissoute et que les ex-associés se partageront son actif; mais provisoirement, ce n'est qu'une créance: l'associé ou son auteur a déboursé une somme ou a cédé un bien quelconque pour la formation de la société; la restitution de cette valeur est due par la société, mais sans détermination précise; elle peut se faire en nature ou en argent. Le patrimoine personnel est donc créancier de la société, et, à raison de l'indétermination de son objet, qui est exprimé seulement par un chiffre, cette créance ne peut être que mobilière [...].²⁰

Cette explication de Planiol a été reprise par Louis Payette dans son traité (*Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2^e édition, page 453, n° 1061). Voici comment il s'exprime sur cette question:

Le patrimoine de l'associé fait l'objet d'une division: son patrimoine propre et celui qu'il affecte à la société. Pour reprendre l'expression de Planiol, il s'établit entre ces deux patrimoines un rapport de créance et d'obligation analogue à celui qui existe entre deux personnes différentes. La part de l'associé figure dans son patrimoine personnel: il ne constitue pas un droit de propriété; il n'est qu'une créance contre l'autre patrimoine [...].

Comment peut-on parler de rapport de créance et d'obligation entre deux patrimoines sans leur reconnaître une autonomie complète, ce que ne semblent admettre ni Planiol ni Payette. Ainsi, malgré l'affirmation de Planiol à l'effet que l'article 529 C.N. pouvait s'expliquer sans recours à la fiction de la personnalité des sociétés, sa démonstration n'est pas entièrement satisfaisante. En effet, en l'absence de cette personnalité, qui, alors, est propriétaire des biens sociaux? Comment parler d'un droit de créance de l'associé en l'absence d'une personnalité morale de la société? Nous ne voyons pas comment l'associé peut détenir une créance sur des biens qui se retrouvent dans son patrimoine: il ne peut être à la fois débiteur et créancier de la même créance.

Est-il vraiment nécessaire de parler de créance d'un patrimoine contre un autre pour expliquer la nature de la part sociale? En fait, il faut retenir que le patrimoine de l'associé se divise en deux, ses biens personnels d'une part, gage commun de ses créanciers, et les biens spécialement affectés au but social, gage exclusif des créanciers de la société.

20. PLANIOL, *Traité élémentaire du droit civil*, tome 1, 6^e édition, Paris 1866, n° 2259, p. 697.

Certains auteurs ont cru entrevoir une solution du côté de la notion de patrimoine autonome ou de patrimoine d'affectation. Ainsi, les auteurs Mongin et Saleilles, cités par Planiol, tentent une explication en se référant précisément au concept de l'affectation du patrimoine social. Voici ce que Planiol déclare à ce sujet:

On distingue chez les personnes associées deux sortes de patrimoine, leur patrimoine personnel et leur part dans le patrimoine social. Cette dernière, dit M. Saleilles, «est affectée à une destination exclusive, qui la soustrait au gage commun des créanciers». Elle est comprise dans le fonds social, qui est nécessairement soumis à un régime d'administration unitaire, et qui est en même temps soustrait, pour toute la durée de la société, aux demandes en partage des copropriétaires et aux poursuites de leurs créanciers... Ce que nous appelons «apport à une société», en considérant cet acte comme une aliénation au profit d'une personne fictive, se concevait alors comme une simple affectation, équivalant à une scission dans le patrimoine de l'associé et suffisante pour arrêter l'action de ses créanciers personnels.²¹

Cette théorie, selon Planiol, ne peut être retenue car elle vient à l'encontre des dispositions de l'article 529 C.N., lequel considère meuble la part de l'associé dans l'actif social. Pour lui, il y a là un obstacle insurmontable:

Cependant, il en est un que cette théorie ne paraît pas justifier complètement: c'est le caractère mobilier des parts d'associés, dans le cas où la société possède des immeubles. En effet, chacun d'eux continue à être lui-même et personnellement propriétaire de sa part dans l'actif social: il est donc propriétaire d'immeuble.²²

Nous allons voir maintenant si cet obstacle demeure, notamment avec l'avènement du nouveau Code civil.

2.2.2.2 *La part sociale sous le Code civil du Québec*

Le *Code civil du Québec* n'a pas reproduit les dispositions de l'article 387 C.c.B.C., soit l'équivalent de l'article 529 C.N. Peut-on alors recourir à la théorie de Mongin et Saleilles pour tenter d'expliquer la nature exacte de la part sociale? Charlaïne Bouchard semble le croire et voici comment elle explique la naissance de la part sociale:

21. Voir note 20, p. 744.

22. Voir note 20, p. 744.

L'associé reçoit en contrepartie de l'apport qu'il effectue, une part sociale représentant ses intérêts dans la société. Le mécanisme de l'affectation de biens au but commun transforme donc le droit de l'associé, qu'il soit en propriété ou en jouissance, en droit personnel. L'affectation de biens au but commun a donc un pouvoir transformateur de droit, et nul besoin de recourir à la création d'un être moral pour expliquer le caractère mobilier de la part sociale.²³

Mais, si le bien a quitté le patrimoine de l'associé et que la société ne constitue pas une personne morale, où est donc passé ce bien?

Selon M^e Bouchard, la part sociale que l'associé reçoit en contrepartie de son apport ne lui fait pas perdre définitivement la propriété du bien mis en commun. Elle tente d'expliquer que le bien ne quitte pas de façon absolue le patrimoine de l'associé. On retrouverait donc, dans le patrimoine de l'associé, d'une part, un bien mobilier constitué de la part sociale, laquelle fait partie du patrimoine personnel de l'associé, gage de tous ses créanciers et, d'autre part, un droit de propriété (meuble ou immeuble, selon l'objet sur lequel il porte mais d'une nature particulière, comme nous le verrons plus loin) éventuel des biens sociaux.

C'est la «part sociale» qui permettra à l'associé de recevoir une partie des actifs de la société lors de sa dissolution. M^e Bouchard décrit la nature de ce lien comme étant une charge sur les biens sociaux:

La nature particulière de la part sociale est simplement la conséquence de l'incomplète autonomie du patrimoine social à l'égard de l'associé. En effet, bien qu'elle puisse constituer une garantie pour l'associé par le cloisonnement patrimonial qu'elle opère, l'autonomie patrimoniale existe surtout en faveur des tiers: «ni l'actif ni le passif social ne sont absolument distincts de l'actif et du passif de chacun des associés. On ne saurait oublier que l'actif initial de la société est composé de biens apportés à la société.» En fait, comme la part sociale permet à l'associé de reprendre son apport après le paiement des dettes sociales, l'affectation doit être considérée plutôt comme une charge imposée au bien que comme une véritable disposition. Le droit de l'associé sur son apport est simplement paralysé pour la durée de l'affectation. Après la liquidation, le bien réintégrera le patrimoine général de l'associé.²⁴

23. C. BOUCHARD, *Les cours de perfectionnement*, novembre 1996, *Le fondement du patrimoine autonome des sociétés de personnes*, p. 41.

24. *Supra*, note 23, p. 41 et 42.

Pendant la durée de la société, nous serions en présence d'une sorte de propriété collective qui n'a rien à voir avec l'indivision classique.

La propriété collective est une copropriété sans part, dotée comme la personne morale d'une autonomie patrimoniale... La société de personnes constitue donc une copropriété sans part entre les associés, où ils sont tous collectivement propriétaires et sujets de droit, sans être individuellement propriétaire des biens affectés en tout ou en partie. La question qui se pose alors est: comment concilier le fait que tous les copropriétaires soient sujets de droit mais qu'aucun d'entre eux ne soit propriétaire individuellement?²⁵

Ainsi, il est parfois question de patrimoine autonome, parfois de biens sans maître et parfois de propriété collective. On cherchera en vain une définition de la propriété collective dans le *Code civil du Québec*: il s'agirait, selon Charlaïne Bouchard et Nabil Antaki, de biens appartenant à plusieurs sans appartenir à aucun des associés individuellement. Voilà, à notre avis, un concept bien ambigu.

Enfin M^e Bouchard précise que les biens compris dans ce patrimoine seraient grevés d'une charge permettant à l'associé de reprendre le bien qu'il y a apporté lors de la création de la société ou d'y exercer un contrôle absolu après la liquidation de la société.

Nous sommes confrontés ici à deux obstacles majeurs face à cette théorie.

D'une part, comme nous l'avons déjà souligné, l'existence d'un patrimoine autonome dans le cas de la société n'est pas expressément prévue dans la loi. Si certaines dispositions du code nous permettent de conclure à la reconnaissance d'une division de patrimoine en matière de société, il n'y a rien d'aussi évident au niveau du patrimoine d'affectation proprement dit.

D'autre part, de quelle disposition législative M^e Bouchard peut-elle tirer cette conclusion à l'effet que l'associé aurait un droit de reprendre son apport lors de la liquidation? Elle affirme que cette conclusion découle des dispositions de l'article 1324 C.c.Q. Or, cet article ne traite aucunement de cette question. Avait-elle à l'esprit les dispositions des articles 2265 et 2266 C.c.Q.? En effet,

25. N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *Droits et pratiques de l'entreprise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 399 et 400.

l'article 2265 C.c.Q. accorde à l'associé le «droit d'obtenir la restitution des biens correspondant à la part dont il a la propriété et d'exiger l'attribution en nature ou en équivalent, des biens dont il a la propriété indivise dans la société, au moment où le contrat prend fin...». Comme le précise le ministre de la Justice dans ses commentaires, cet article reconnaît le droit de chaque associé de demander la restitution des biens dont il a la propriété exclusive. Cela se comprend aisément pour un associé dans une société en participation puisque, dans ce cas, chaque associé demeure propriétaire des biens constituant son apport (art. 2252 C.c.Q.). Il est donc logique dans un tel cas qu'il puisse reprendre son bien à la fin du contrat de société²⁶.

Pour les sociétés en nom collectif ou en commandite, il faut plutôt regarder les articles 358 à 364 C.c.Q. auxquels réfère l'article 2235 C.c.Q. Ainsi, l'article 361 C.c.Q. parle de remboursement des apports par le liquidateur une fois les dettes payées. Mais cette disposition ne saurait s'appliquer à l'apport d'un bien dont la propriété elle-même est transférée à la société car cela voudrait dire que la société ne pourrait disposer définitivement et irrévocablement de ce bien, lequel serait grevé d'une espèce de droit de retour en faveur de l'associé qui a fait cet apport. Il n'y a rien de tel de prévu dans la loi. Par contre, on comprendra facilement que l'associé qui n'a apporté à la société que la jouissance d'un bien puisse à la fin de la société reprendre cette jouissance dont il ne s'est départi que temporairement. De même, la loi précise (art. 2199, al. 3) que l'apport en jouissance de biens normalement appelés à être renouvelés pendant la durée de la société transfère la propriété des biens à la société, à la charge pour celle-ci, d'en rendre une pareille quantité, qualité et valeur²⁷.

Signalons enfin que la thèse de Me Bouchard ne trouverait d'application que pour les apports faits par les associés et non pour les autres biens sociaux acquis durant l'existence de la société.

Ainsi nous ne pouvons endosser entièrement la thèse de Me Bouchard. Toutefois son analyse a le mérite de faire ressortir certains éléments propres à la société et qui la distingue de l'indi-

26. On notera que les commentaires du ministre ne sont pas entièrement en accord avec le libellé de l'article, lequel traite «des biens correspondant à la part dont il a la propriété» et non pas «des biens dont il a la propriété».

27. Voir au même effet D.-C. LAMONTAGNE et B. LAROCHELLE, *supra*, note 6, p. 552 et 553.

vision. Mais, alors, si la société n'est pas une indivision, comment caractériser cette institution juridique?

2.3 Une modalité du droit de propriété

Bien qu'il n'y ait pas unanimité sur la nature exacte des rapports entre l'associé et les biens de la société, l'on doit reconnaître, malgré l'arrêt *Allard*, qu'il ne s'agit pas de droits indivis au sens courant du terme.

Le droit de propriété de l'associé sur les actifs de la société ne possède pas le caractère «exclusif» ou «privatif» souligné plus haut au sujet de la quote-part en matière d'indivision. L'associé ne peut seul poser d'actes à l'égard des actifs de la société (à l'exception des bénéfices): les associés doivent agir ensemble et tout se passe comme si les biens appartenaient à la collectivité alors que cette dernière se trouve dépourvue de personnalité légale. C'est ce qui amène le constat suivant de M^e Bouchard:

La difficulté est alors d'expliquer comment une pluralité de personnes peut jouir collectivement d'un patrimoine autonome sans constituer ni une indivision ni une personne morale.²⁸

En effet la société donne naissance à une forme de détention qui ne s'identifie à aucune des modalités du droit de propriété mentionnées dans le Code civil. Selon nous, les biens de la société sont l'objet d'une forme spéciale de détention des biens ou, comme l'affirme M^e Bouchard:

Cette structure juridique se distingue tant de l'indivision que de la personnalité morale; il s'agit, en fait, d'une autre modalité de la propriété, à l'orée des deux précédentes.²⁹

Afin de mieux saisir la nature exacte de cette modalité particulière du droit de propriété, il faut examiner d'une part les rapports des associés entre eux et leurs rapports avec les tiers.

2.3.1 Rapport des associés entre eux

Entre les associés tout se passe au niveau de la part sociale. À cet égard, les droits des associés sont semblables à ceux des indivisaires: ils sont propriétaires exclusifs et privatifs de cette part.

28. *Supra*, note 23, p. 41.

29. *Supra*, note 23, p. 42.

Il existe toutefois une différence fondamentale entre la quote-part de l'indivisaire et la part sociale de l'associé. Comme nous l'avons souligné plus haut, l'acte posé par l'indivisaire à l'égard de sa quote-part équivaut à un acte posé sur le bien lui-même. Tel n'est pas le cas pour la part sociale. Par exemple, la cession d'une part sociale ne signifie pas un transfert d'une part dans les actifs sociaux, du moins vis-à-vis des tiers. S'il y a un transfert d'une part sociale, cette transaction est de nature mobilière (même si les actifs de la société comprennent des immeubles) et ne requiert aucunement l'observation des règles de publicité ayant trait aux immeubles: seule une inscription au registre spécial établi en vertu de la *Loi sur la publicité légale des entreprises, des sociétés et des personnes morales* (ci-après le «registre de l'Inspecteur général») est requise. Cette transaction ne sera pas notée au registre foncier, l'immeuble demeurant inscrit au nom de la société. Également, l'acte posé par un associé au niveau de sa part sociale (vente, hypothèque, etc.) n'aura aucun effet sur l'actif de la société: les tiers, tels les créanciers détenant une hypothèque sur les actifs de la société, ne seront aucunement affectés.

Cette structure ressemble étrangement à celle que les promoteurs immobiliers vont parfois choisir pour éviter les inconvénients inhérents à la copropriété indivise. Nous voulons parler ici de la détention d'immeubles par le truchement d'une corporation prête-nom qui apparaît comme propriétaire inscrit au registre foncier et dont les actions sont détenues par les promoteurs. Généralement ces derniers signeront une entente pour régir les droits et obligations de chacun, entente qui est parfois qualifiée de convention de copropriété bien qu'en réalité cette copropriété n'a d'effet qu'entre les parties et non à l'égard des tiers. À toutes fins utiles, l'actif de chaque promoteur est constitué de droits résultant de la convention dite de copropriété et d'actions dans la corporation prête-nom: il s'agit donc de droits mobiliers que chacun peut hypothéquer ou céder à sa guise. Par contre, si on désire céder l'immeuble ou l'hypothéquer, il faudra nécessairement passer par la corporation prête-nom et toute décision à cet égard sera prise par les promoteurs à titre d'actionnaires ou d'administrateurs de cette corporation et non comme copropriétaires indivis non inscrits de l'immeuble.

Ainsi, le double régime que nous croyons retrouver dans le domaine des sociétés, soit l'un régissant les rapports entre les

associés et l'autre leurs rapports avec les tiers, n'a rien de spectaculaire et d'inusité.

2.3.2 La société et les tiers

À l'égard des tiers, la société se comporte comme une entité juridique distincte. Ainsi les actifs sociaux sont détenus sous un nom qui lui est propre et non pas sous le nom de chaque associé. Il n'y a aucune nécessité (il y a même une impossibilité) de tenir compte, par une inscription au registre foncier ou autrement, des changements qui peuvent survenir au niveau des associés: une transmission d'une part sociale n'entraîne pas, à l'égard des tiers, un transfert de propriété des actifs sociaux. Dans ces circonstances, l'arrêt *Allard* n'aurait jamais existé puisqu'en l'absence d'inscription des transactions survenues entre les associés, aucun droit de mutation n'aurait été dû (art. 6 de la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*, L.R.Q., c. D-15.1).

Ainsi, lorsqu'on désire acquérir un immeuble inscrit au nom d'une société, il n'y a pas lieu de rechercher au registre foncier toutes les transactions ayant pu s'opérer sur les parts sociales depuis la création de la société: elles n'y figurent pas et ne devraient pas s'y retrouver puisqu'il ne s'agit pas d'actes qui intéressent les tiers. Il faudra simplement s'assurer, par une vérification du registre de l'Inspecteur général, que les associés avec lesquels l'on désire traiter sont bien ceux dont le nom apparaît au registre à cette date précise. De plus, en raison de la présomption d'exactitude des renseignements contenus dans la déclaration de la société et dans la déclaration modificative (cette dernière étant requise lorsqu'il se produit, par exemple, un changement d'associé), il n'est pas requis de retracer la chaîne de titres de la part sociale depuis la formation de la société.

N'oublions pas, cependant, que la société n'est pas une personne morale et que nous ne sommes pas non plus en présence d'un patrimoine autonome ou d'un patrimoine de la société, distinct de celui des associés. Donc, les actifs sociaux et la part sociale doivent nécessairement se retrouver dans le patrimoine de chaque associé. Toutefois, comme nous l'avons vu plus haut, ces biens ne sont pas régis par les mêmes règles juridiques. La part sociale relève du domaine exclusif de l'associé: l'associé peut en disposer et ses créanciers peuvent la saisir. Quant aux actifs sociaux, ils ne peuvent être considérés comme la propriété exclu-

sive des associés mais plutôt comme une copropriété indivise d'un type particulier car non inscrite en son nom ou une modalité particulière du droit de propriété: l'associé ne peut seul traiter avec ces biens. Tout se passe comme si le patrimoine de l'associé était fractionné en deux parties, l'une composée de la part sociale et l'autre des actifs sociaux.

Bien qu'il n'existe pas de disposition expresse dans le Code civil confirmant une telle division du patrimoine en matière de société, cela nous semble découler logiquement de l'article 2221 C.c.Q., lequel prévoit un double régime en matière de recours des créanciers de la société et de ceux des associés.

Nous sommes également d'avis que cette division du patrimoine ou cette modalité particulière du droit de propriété continue d'exister même dans le cas prévu à l'article 2232 C.c.Q. où l'associé se retrouve temporairement le seul membre de la société. Comment pouvons-nous alors parler d'indivision? Celle-ci présuppose nécessairement la présence de plusieurs personnes. En fait les biens sociaux, durant cette période, demeurent dans une catégorie distincte du patrimoine de l'associé: ils ne peuvent être considérés comme sa propriété absolue et ne peuvent se confondre avec les autres actifs de son patrimoine.

3. OBSTACLES À LA THÉORIE DE LA DIVISION DU PATRIMOINE

Dans notre exposé, nous avons souligné la présence dans le *Code civil du Québec* de certaines dispositions nous permettant de nous éloigner de la théorie retenue par la Cour d'appel dans l'arrêt *Allard*. Nous croyons qu'il faut absolument nous éloigner de cet arrêt en raison des conséquences désastreuses découlant de son application.

Peut-on, par exemple, imaginer la situation dans laquelle nous serions plongés si les commanditaires devaient être considérés comme propriétaires des immeubles compris dans l'actif de la société? Toutes les transactions sur les parts sociales devraient alors être inscrites au registre foncier: il pourrait en résulter des milliers d'inscriptions puisque certaines sociétés en commandite comprennent des centaines de commanditaires.

Comment également, dans un tel régime, considérer la part sociale du commanditaire comme un titre négociable tel qu'il est

prévu à l'article 2237 C.c.Q.? C'est ce que faisait remarquer Louis Payette:

L'application de cet arrêt (c'est-à-dire l'arrêt *Allard*) aux sociétés en commandite sous le nouveau Code aurait certes pour effet d'empêcher qu'une part sociale soit un «titre négociable». En effet, un titre négociable est un titre qui se négocie «par endossement et délivrance ou par délivrance seulement» (art. 2709 C.c.Q.). Une part sociale d'une société en commandite titulaire de droits immobiliers, dont la cession ne deviendrait parfaite que par une inscription dans les registres appropriés dans les bureaux de la publicité des droits fonciers, ne serait pas un titre négociable. Elle ne serait pas une valeur mobilière.³⁰

La théorie de la division du patrimoine n'entraîne pas de telles conséquences. Nous devons cependant admettre que certaines dispositions du Code civil ne sont pas parfaitement en accord avec cette théorie.

3.1 L'article 2207 C.c.Q.

C'est ainsi que nous ne pouvons passer sous silence les dispositions de l'article 2207 C.c.Q. lequel traite des créances de la société. En principe, selon notre théorie, un associé seul n'aurait aucun contrôle sur cette créance. Or, cet article (lequel est la reproduction textuelle de l'article 1844 C.c.B.C.) prévoit ceci:

Lorsque l'un des associés a reçu sa part entière d'une créance de la société et que le débiteur devient insolvable, cet associé est tenu de rapporter à la société ce qu'il a reçu, encore qu'il ait donné quittance pour sa part.

Selon la Cour d'appel, dans l'arrêt *Allard* (page 1580), cet article indique clairement que l'associé a un droit direct dans la créance qui est due à la société. Le paiement fait à l'associé de sa part de la créance serait valable: si ce n'était pas le cas, le législateur aurait plutôt parlé de répétition de l'indu et obligé l'associé à rapporter ce qu'il a reçu dans tous les cas et non seulement s'il y a insolvabilité du débiteur. La créance serait donc la propriété indivise de chaque associé et, comme l'affirment Beaudry-Lacantinerie et Albert Wahl:

On peut tirer un argument semblable de l'article 1849, qui oblige l'associé auquel aurait été payée, par le débiteur devenu depuis

30. *Supra*, note 15, p. 43 et 44.

insolvable, sa part entière dans la créance commune, de rapporter cette part à la société; ce texte suppose ainsi la validité du paiement, fait à l'associé, de sa part dans la créance et ne permet pas aux autres créanciers du débiteur insolvable d'exercer contre lui la répétition de l'indû et de concourir avec la société sur la somme payée à l'associé. Si le paiement fait à l'associé est valable, c'est évidemment que l'associé a un droit personnel à faire valoir la créance pour sa part.³¹

D'ailleurs, pour la Cour d'appel, l'article 1844 C.c.B.C. est un autre argument confirmant l'absence de personnalité de la société. C'est ce qu'affirmait également Laurent dans un exposé sur l'article 1849 du Code Napoléon (l'équivalent des articles 1844 C.c.B.C. et 2207 C.c.Q.). Voici ce qu'il déclare à ce sujet:

Tant que dure la société, dit DuVergier, chaque associé n'a point une part distincte dans les créances sociales. Cela suppose que la créance appartient à la société, considérée comme un être moral. C'est la société, dit Troplong, qui est propriétaire de la créance; ce que l'associé reçoit de la créance sociale n'était pas à lui, mais à la société: les deniers, en passant par ses mains sont tombés forcément dans celles de la société; il en a été le ministre malgré lui, il a agi pour elle, alors qu'il croyait n'agir que dans son intérêt individuel. Il est inutile de combattre cette interprétation, nous la signalons comme une erreur, à notre avis, évidente. L'article 1849, loin de consacrer l'opinion qui personnifie la société civile, témoigne contre ceux qui l'invoquent, car on ne peut pas séparer cette disposition de l'explication que Pothier en donne, il n'y a pas un mot dans Pothier qui ait trait à la personnification; au contraire, ce qu'il dit implique que les créances sociales se divisent et qu'elles appartiennent à chaque associé pour sa part; et le texte de l'article 1849 le dit en toutes lettres, puisqu'il prévoit le cas où l'associé aurait donné quittance pour sa part. Les auteurs oublient donc le texte de la loi, et ne tiennent aucun compte de son esprit.³²

Comme l'explique Laurent, les auteurs DuVergier et Troplong oublient le texte même de l'article 1849 C.N. Cet article serait en effet inutile dans la mesure où la créance appartiendrait effectivement à la société. Puisqu'il s'agit d'une créance de la société, cette obligation pour l'associé de remettre à la société ce qu'il a reçu d'un débiteur de la société devrait exister dans tous les cas et non seulement s'il y a insolvabilité du débiteur.

31. *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3^e édition, tome 23, Librairie de la société du recueil J.-B. Sirey et du Journal du palais, 1907, p. 12.

32. F. LAURENT, *Principes de droit civil*, tome 26, 4^e édition, Paris 1884, p. 278.

Il est intéressant de noter que malgré les dispositions assez claires de l'article 1844 C.c.B.C. la Cour supérieure, dans la cause *Papineau c. Théroux*³³, avait conclu qu'un créancier personnel d'un associé ne pouvait saisir une créance due à la société, que la cession d'une part sociale n'avait pas transféré une part indivise dans les biens de la société et que seulement lors du partage il y aurait transfert des biens sociaux à l'associé (voir également dans le même sens *Caisse Populaire c. Couture*³⁴). Or, cette décision ne fait malheureusement plus autorité puisqu'elle repose en grande partie sur le principe de la société comme entité distincte des associés, principe qui a été clairement écarté cent ans plus tard par la Cour d'appel dans l'arrêt *Allard*.

Force nous est de reconnaître qu'à sa face même, l'article 1844 C.c.B.C., ou son équivalent dans le nouveau Code (art. 2207 C.c.Q.), constitue un obstacle sérieux à la théorie de la division du patrimoine de l'associé: selon cette théorie, cette créance de la société visée par l'article 1844 C.c.B.C. devrait être considérée comme une créance de la collectivité, ou comme une créance comprise dans le patrimoine spécialisé de l'associé et non dans son patrimoine ordinaire, gage général de tous ses créanciers. Ce n'est pas ce que semble prévoir cet article.

Or, nous croyons qu'une interprétation aussi restrictive des dispositions de l'article 1844 C.c.B.C., comme celle retenue par la Cour d'appel dans l'arrêt *Allard*, peut entraîner un préjudice sérieux aux créanciers de la société. Une partie de l'actif qu'ils croyaient leur être spécialement consacrée serait comprise dans l'actif général de l'associé: les créanciers de la société se retrouveraient en concurrence avec les créanciers ordinaires de l'associé à l'égard de cette créance de la société. N'y a-t-il pas là une contradiction entre les dispositions de l'article 2207 et celles de l'article 2221 C.c.Q.? En effet, nous avons vu que, selon les dispositions de cet article 2221, les créanciers de la société se voyaient conférer un droit exclusif sur les biens de la société (y compris la créance en question) à l'encontre des créanciers ordinaires de l'associé.

Quel sens donner alors à l'article 2207 C.c.Q.? Il faut, selon nous, regarder cette disposition comme une exception à la règle

33. (1889) 16 *Québec Law Reports* 4.

34. [1983] C.P. 149.

générale à l'effet que les actifs sociaux ne font pas généralement partie du domaine exclusif du patrimoine de l'associé. Le législateur aurait fait exception à cette règle en ce qui a trait aux créances de la société. Cette exception peut se justifier: dans la mesure où chaque associé reçoit du débiteur une portion de la créance égale à sa part sociale, aucun associé ne peut s'en plaindre. Ainsi, nous croyons que, dans la mesure où le paiement d'une partie de la créance fait directement à un associé causerait un préjudice aux créanciers de la société, ceux-ci pourraient, en invoquant les dispositions de l'article 2221 C.c.Q., prétendre avoir un droit exclusif sur cette créance à l'encontre des créanciers d'un associé.

3.2 Article 2211 C.c.Q.

Selon notre théorie, un associé ne peut seul poser un acte à l'égard des actifs sociaux. Comment alors expliquer les dispositions de l'article 2211 C.c.Q. selon lesquelles «la part d'un associé dans l'actif ou les bénéfices de la société peuvent faire l'objet d'une hypothèque...»? Nous reconnaissons que l'associé puisse hypothéquer sa part des bénéfices de la société puisque ceux-ci lui appartiennent en propre. Mais nous ne pouvons accepter qu'il puisse grever l'actif de la société puisqu'il ne peut poser d'acte sur l'actif qu'en agissant en commun avec les autres associés: l'associé n'a de contrôle réel que sur sa part sociale.

Il faut d'abord distinguer entre les dispositions de l'article 2209 C.c.Q. traitant de la part de l'associé dans la société et celles de l'article 2211 C.c.Q. où l'on vise plutôt la part de l'associé dans l'actif social. Il s'agit, selon nous, de deux concepts bien distincts mais tous ne font pas cette distinction³⁵ y compris le ministre de la Justice dans ses commentaires sur l'article 2211 C.c.Q.³⁶. Pour lui, la part dans l'actif et la part dans la société s'équivalent. C'est ce qui ressort de ses commentaires sous l'article 2211 C.c.Q.:

Cet article est de droit nouveau. Il reflète l'ouverture désormais créée par le droit des sûretés en faveur de la constitution d'hypothèques mobilières, en permettant à tout associé d'hypothéquer sa part sociale pour la garantie de ses obligations. L'article apporte

35. Voir l'analyse de Denys-Claude LAMONTAGNE et al., *supra*, note 6, p. 530.

36. Louis Payette parle également de l'hypothèque sur la part sociale dans ses commentaires sous l'article 2211 C.c.Q., *Les Sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 454.

cependant une distinction entre l'hypothèque de la part dans l'actif de la société et celle dans les bénéfices de celle-ci [...].
(les soulignés sont de nous)

Or, quoi qu'en dise le ministre de la Justice, l'article 2211 C.c.Q. ne vise pas la part sociale ou la part de l'associé dans la société. Il en est plutôt question aux articles 2209 et 2210 C.c.Q. Le ministre a toutefois raison de souligner la possibilité pour l'associé d'hypothéquer sa part sociale, mais ce n'est pas de cela que traite l'article 2211 C.c.Q.

Si l'on prend l'article 2211 C.c.Q. à la lettre³⁷, cela signifie qu'un associé, tout comme l'indivisaire, peut poser des actes directement contre un bien de la société (quoique dans certains cas le consentement de tous les associés soit requis) et non seulement contre sa part sociale. Or, une telle interprétation soulève de nombreuses difficultés. Par exemple, devrait-on inscrire au registre foncier le nom de chaque associé comme propriétaire des immeubles de la société? En effet, comment un associé peut-il conférer une hypothèque sur une part de l'actif si cet actif n'est pas inscrit en son nom? Pour nous, il ne fait aucun doute que les actifs, y compris les immeubles mis en commun par les associés, doivent être inscrits sous le nom commun que les associés se sont donné. Ainsi en l'absence d'une inscription sous son nom propre, un associé ne pourrait seul hypothéquer un actif de la société ni une part de celui-ci.

Alors quel sens donner aux dispositions de l'article 2211 C.c.Q.? Nous croyons que la solution se trouve dans le texte même de cet article. En effet, on y prévoit que l'hypothèque «sur la part de l'associé dans l'actif n'est possible que si les autres associés y consentent...». À notre avis, tout repose sur la portée juridique de ce consentement accordé par les coassociés. En acceptant qu'un tel acte soit posé par un associé, tout se passe comme si la société (ou les associés en tant que collectivité et agissant au nom de la société), permettait qu'une part indivise d'un bien de la société soit hypothéquée en faveur du créancier de l'un des associés. Ainsi, advenant un défaut en vertu de l'acte constatant l'hypothèque ainsi consentie, le créancier, ou un tiers, par suite de l'exercice d'un recours hypothécaire, deviendrait copropriétaire du

37. Certains prétendront qu'il s'agit d'une rédaction boiteuse et qu'en réalité, le législateur visait l'hypothèque sur la part sociale et non sur les actifs eux-mêmes.

bien, mais non pas un «associé» à moins qu'une hypothèque ait également été consentie par le débiteur sur sa part sociale. En d'autres termes, l'indivision qui n'avait d'existence qu'au niveau des relations des associés entre eux deviendrait possible également au niveau des relations avec les tiers par suite de cette décision collective des associés permettant à l'un d'eux de grever une partie des actifs.

CONCLUSION

Notre analyse nous a permis d'identifier à l'intérieur du nouveau Code civil de nombreux éléments permettant de nous éloigner de l'arrêt *Allard*. Parler de simple indivision entre les associés nous apparaît inacceptable tant sur un fondement théorique que sur un fondement pratique. Ce régime enlève à l'institution toute sa raison d'être puisqu'il n'y aurait pratiquement plus de distinction entre la société et l'indivision proprement dite. Pis encore: la société serait désavantagée par rapport à l'indivision puisqu'il n'existe dans le Code aucune disposition prévoyant la publication d'un contrat de société pour le rendre opposable aux tiers comme c'est le cas pour l'indivision (voir l'article 1014 C.c.Q.). Or, nous savons combien cette disposition législative avait été souhaitée par les praticiens puisque sous l'ancien droit les tiers n'étaient point liés par le contenu de la convention d'indivision, laquelle par exemple comprenait habituellement de nombreuses restrictions quant aux droits pour les parties de disposer de leur quote-part.

Nous croyons éviter ces difficultés en considérant la société comme une modalité du droit de propriété. À l'égard des tiers, tout se comporte comme si nous étions en présence d'une entité distincte, une propriété unique détenue sous un nom propre à la collectivité: une modalité du droit de propriété qui a ses règles propres, distinctes de celles prévues pour l'indivision proprement dite.

Toutefois, nous regrettons l'absence dans notre Code civil de dispositions claires sur la nature véritable de la société. Cela laissera planer un doute sur toute théorie mise de l'avant, que ce soit le patrimoine distinct, le patrimoine autonome, l'indivision, etc. Nous pourrions laisser aux théoriciens la tâche d'explorer davantage l'un ou l'autre de ces concepts. Mais des impératifs économiques doivent prévaloir et le législateur serait bien avisé

d'intervenir pour mettre fin à cette incertitude. S'il jugeait bon de le faire, nous suggérons d'opter en faveur de la personnalité morale plutôt que du patrimoine autonome, notion peu connue au Québec et encore moins dans les provinces de common law. C'est le souhait qu'exprimait M^e Wilhelmson³⁸ dans son analyse sur les sociétés qui a été publiée en 1992 et qui demeure toujours valable.

38. *Supra*, note 10.

CHRONIQUE

DROIT DES AUTOCHTONES

Maxime SAINT-HILAIRE et Sophie THÉRIAULT*

Les arrêts *Taku River* et *Haida Nation* devant la Cour suprême: des précisions imminentes concernant la mise en œuvre du droit qu'ont les Autochtones d'être consultés?

Le 24 mars 2004, la Cour suprême du Canada entendra les affaires *Taku River Tlingit First Nation c. Tulsequah Chief Mine Project*¹ et *Haida Nation c. British Columbia (Minister of Forests)*². Elle sera ainsi appelée à fournir une réponse à une question qui, jusqu'à maintenant, a été posée en les termes suivants: l'État a-t-il l'obligation constitutionnelle de consulter les Autochtones lorsque leurs droits n'ont toujours pas été prouvés³?

L'obligation constitutionnelle de l'État de consulter spécialement les Autochtones est apparue comme l'un des critères de vérification du caractère justifié des atteintes qu'il a pu porter à leurs

droits constitutionnels. Le processus qui a donné naissance, la genèse, de cette obligation a débuté avec l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Sparrow*⁴, affaire pénale dans laquelle un droit ancestral était invoqué en défense et à l'encontre de la mesure sur laquelle se fondait l'accusation. L'arrêt de la même cour dans l'affaire *R. c. Badger*⁵ a étendu le test de l'arrêt *R. c. Sparrow* à la vérification du caractère justifié des atteintes qui ont été portées aux droits issus de traités des peuples autochtones. Dans l'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*⁶, la Cour suprême du Canada, après avoir précisé les paramètres du titre aborigène, s'est certes livrée à des développe-

* Doctorants à la Faculté de droit de l'Université Laval. Nous tenons à remercier tout particulièrement M^e Paul Dionne, qui fut à l'origine de notre réflexion.

1. (2002) 211 D.L.R. (4th) 89, 2002 BCCA 59; permission d'appel accordée [2002] S.C.C.A. No. 148 (QL).

2. (2002) 99 B.C.L.R. (3d) 209, 2002 BCCA 147; permission d'appel accordée [2002] S.C.C.A. No. 417 (QL).

3. P. DIONNE, «La revendication de droits ancestraux entraîne-t-elle pour la Couronne une obligation constitutionnelle de consulter?», *Recherches amérindiennes au Québec*, 2002, vol. 32, n° 1, p. 100.

4. [1990] 1 R.C.S. 1075.

5. [1996] 1 R.C.S. 771.

6. [1997] 3 R.C.S. 1010.

ments sur l'obligation de consulter les Autochtones. Or l'obligation en question était encore appréhendée en tant qu'un des éléments qu'il faut prendre en considération lors de la vérification du caractère justifié des atteintes aux droits constitutionnels des peuples autochtones.

Les gouvernements, et notamment celui de la Colombie-Britannique, ont souvent plaidé devant les tribunaux que l'obligation de consulter les Autochtones au sujet de l'adoption de mesures portant atteinte à leurs droits ancestraux ne prenait naissance qu'avec la détermination judiciaire ou par traité de tels droits. Nous n'exposerons pas ici toutes les causes dans lesquelles un tel argument a été mis de l'avant⁷. À notre avis, cet argument attestait une mauvaise compréhension d'un problème qui, pour être bien circonscrit, exigeait un peu plus de finesse. Comme l'a bien expliqué la juge Rowles, qui a rendu les motifs majoritaires de l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Taku River Tlin-*

*git First Nation c. Tulsequah Chief Mine Project*⁸, un tel argument est symptomatique d'un «misreading of the decisions of the Supreme Court of Canada»⁹.

Dans l'arrêt *Sparrow*, par exemple, la Cour suprême du Canada, devant qui venait d'être établie pour la première fois l'existence du droit ancestral invoqué par l'accusé, a renvoyé l'affaire en première instance pour qu'y soit tranchée la question du caractère justifié de l'atteinte que lui portait la mesure contestée. À cette fin, la Cour suprême du Canada a donc notamment demandé au juge de première instance de vérifier si la mesure avait été l'objet d'une consultation avant d'être adoptée, donc à un moment où le droit ancestral n'avait toujours pas été déterminé ni judiciairement ni par voie de traité. Qui plus est, c'est toute la jurisprudence de la Cour suprême du Canada en matière de droits ancestraux qui interdit de ne considérer comme «existants» que les droits ancestraux qui ont été reconnus dans un jugement ou un traité¹⁰. Cette même juris-

7. À ce sujet, on pourra se reporter notamment aux textes suivants: R.F. DEVLIN et R. MURPHY, «Contextualizing the Duty to Consult: Clarification or Transformation?», (2003) 14 *National Journal of Constitutional Law* 167; S. LAWRENCE et P. MACKLEM, «From Consultation to Reconciliation: Aboriginal Rights and the Crown's Duty to Consult», (2000) 79 *Canadian Bar Review* 252, aux pages 261-262; J.J.L. HUNTER, «Consultation With First Nations Prior to Natural Resource Development», dans Pacific Business & Law Institute, *Environmental Law and Canada's First Nations*, Conference Proceedings, November 18-19, 1999; J. WOODWARD, «First Nation Empowerment Over Traditional Territories: An End to False Consultation», *ibid.*; J. WOODWARD et R.J.M. JANES, «Fulfilling the Promise of Consultation: Strategies and Tactics», dans *First Nations, The Environment and Development: The Emerging Duty to Consult*, Canadian Bar Association, Institute of Continuing Legal Education (dir.), Conference Proceedings, January 28-30, 1999.

8. *Supra*, note 1.

9. *Ibid.*, par. 194.

10. Voir notamment *R. c. Sparrow*, *supra*, note 4; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507 et *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, *supra*, note 6.

prudence a d'ailleurs posé que les droits ancestraux «existants» des peuples autochtones sont ceux qui n'ont jamais été éteints par traité ou, mais seulement avant l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹¹, par une loi fédérale témoignant d'une intention claire et expresse à cet effet¹².

Au demeurant, c'est l'essentiel de la politique judiciaire de la plus haute juridiction au pays que d'indiquer aux gouvernements que les droits ancestraux des peuples autochtones sont *reconnus* par la Constitution. Les gouvernements doivent donc, étant donné la relation de nature fiduciaire qui les lie aux Autochtones, s'efforcer de respecter ces droits à la faveur d'un dialogue avec leurs titulaires plutôt que de continuer de les méconnaître pour que les Autochtones n'aient d'autre choix que celui de recourir aux tribunaux. La jurisprudence de la Cour suprême du Canada ne peut être, et n'est en rien, une invitation lancée aux Autochtones à entreprendre des procédures judiciaires pour se faire octroyer des droits spéciaux; elle exhorte plutôt les gouverne-

ments à éviter les litiges en *reconnaissant* les droits ancestraux et en en négociant les modalités d'exercice avec leurs titulaires¹³. À l'occasion de l'affaire *Taku River*, la juge Rowles a bien expliqué que:

[w]hile it is so that the onus of proving a *prima facie* infringement of an aboriginal right under s. 35(1) of the Constitution Act, 1982 lies on the individual or group challenging legislation or regulations, it does not logically follow that until an aboriginal right has been established in court proceedings, the right does not exist.¹⁴

Si par la suite le gouvernement de la Colombie-Britannique a, dans l'affaire *Haida Nation c. British Columbia (Minister of Forests)*¹⁵, de nouveau et sans plus de succès invoqué devant la Cour d'appel l'argument selon lequel l'obligation de consultation n'existe qu'à l'égard de droits déterminés judiciairement ou par traité, il ne l'a pas fait devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Heiltsuk Nation c. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)*¹⁶, par exemple. Ce gouvernement a alors

11. L.R.C. (1985), app. II, n° 44 (Can.).

12. *Calder c. P.G. Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, p. 404 (J. Hall); *R. c. Sparrow*, *supra*, note 4, p. 1099; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, p. 748-755; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, *supra*, note 6, p. 1120-1122.

13. L'ex-juge en chef du Canada, Antonio Lamer, qui a rédigé les motifs principaux du jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, s'est expliqué au sujet de la politique judiciaire de la Cour en matière de droits ancestraux: «L'essentiel de ma conclusion [dans l'arrêt *Delgamuukw*] est l'avertissement que je donnais au gouvernement: laissez [tomber le recours aux] tribunaux et procédez donc par négociation» (A. LAMER, cité dans A.-R. NADEAU, «Le juge Lamer sur...», *Le Devoir*, 11 janvier 2000). L'ex-juge en chef du Canada tenait ainsi les politiques pour responsables, en partie du moins, de l'importance du nombre des litiges portant sur les droits des Autochtones qui sont soumis aux tribunaux.

14. *Supra*, note 1, par. 183.

15. *Supra*, note 2.

16. (2003) 19 B.C.L.R. (4th) 107, 2003 BCSC 1422.

plutôt choisi, même en présence de droits ancestraux revendiqués mais non établis judiciairement ou par traité, d'admettre son obligation de consultation. Le litige se situait donc là où il s'agissait de savoir si ce gouvernement s'était acquitté de cette obligation.

À notre sens, et sur un plan surtout théorique, il faut répondre par l'affirmative à la question de savoir si les Autochtones doivent être l'objet d'une consultation distincte même si leurs droits n'ont pas encore été prouvés. Or il est une « sous-question » sensiblement plus délicate en la circonstance, soit celle de savoir s'il est possible pour les Autochtones d'obtenir la sanction judiciaire, notamment par un recours en contrôle judiciaire, du défaut de la part de l'État de les consulter sans avoir à faire la preuve d'une atteinte à un droit ancestral ou issu de traité. On comprend en effet que, si la consultation préalable est l'une des conditions de justification d'une atteinte à un droit constitutionnel autochtone, conclure à l'obligation de consultation sans avoir constaté une telle atteinte tient de la pétition de principe. Pour le juge, se demander ainsi si l'État s'est acquitté de son obligation de consulter un groupe autochtone en particulier signifie qu'il reconnaît l'existence en faveur de ce groupe d'un droit ancestral ou issu de traité et qu'il a une connaissance suffisante de la portée de ce droit pour avoir jugé que l'État lui avait porté atteinte. On comprend également que, si cela est moins vrai

dans les cas de droits issus de traités, les magistrats puissent hésiter à reconnaître des droits ancestraux et à se prononcer sur leur portée dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire. De fait, c'est la question plus délicate de savoir si les Autochtones peuvent, sans établir devant le tribunal l'existence, la teneur et la portée d'un droit ancestral de même qu'une atteinte à ce droit, obtenir par un recours en contrôle judiciaire l'annulation d'une décision ou d'un processus décisionnel pour le motif qu'ils n'ont pas été, ne sont pas ou ne seront pas consultés.

Ce sont les réponses différentes que l'un et l'autre entendaient donner à cette question qui expliquent la concurrence que se livrent les motifs respectifs des juges Finch et Huddart dans l'arrêt *Halfway River First Nation c. British Columbia (Ministry of Forests)*¹⁷. Dans cette affaire qui portait sur des droits issus de traité, à la différence du juge Finch avec qui elle s'est du reste entendue sur les conclusions, la juge Huddart a considéré qu'il était précipité de procéder au test du caractère justifié des atteintes aux droits constitutionnels des peuples autochtones pour décider si le défaut de consultation devait emporter l'annulation de la décision contestée¹⁸. Sans davantage de précisions sur ce point, elle a jugé que les circonstances imposaient au décideur un devoir de consulter la première nation de Halfway River au sujet de ses

17. (1999) 178 D.L.R. (4th) 666, 1999 BCCA 470.

18. *Ibid.*, par. 178-185.

droits issus de traité, devoir dont le défaut d'accomplissement devait entraîner l'annulation de sa décision sans que la première nation n'ait à établir avec précision, dans un cadre qui, a-t-elle indiqué, ne s'y prêtait pas, comment cette décision leur portait atteinte.

Le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Ontario (Minister of Municipal Affairs and Housing) c. Transcanada Pipelines Ltd.*¹⁹, dont les motifs ont été rendus par le juge Borins, se rattachait quant à lui au courant jurisprudentiel selon lequel les Autochtones devaient, s'ils voulaient obtenir l'annulation de mesures au sujet desquelles ils n'avaient pas été consultés, faire d'abord la preuve du fait que la mesure en question portait atteinte à au moins un de leurs droits ancestraux ou issus de traités.

De la même manière, dans le jugement qu'elle a rendu dans l'affaire *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Minister of Canadian Heritage)*²⁰ sous la plume de la juge Hansen, la section de première instance de la Cour fédérale a bien vérifié, de manière subsidiaire, si la nation autochtone avait été consultée au sujet de la décision dont elle demandait la révision judiciaire, mais ce, dans le strict cadre du test du caractère justifié des atteintes aux droits issus de traités.

Lorsque l'affaire *Taku River Tlingit First Nation c. Tulsequash Chief Mine Project* s'est retrouvée

devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique²¹ cependant, la juge Huddart n'a eu aucun mal à se rallier aux motifs de la juge Rowles, qui comme les siens dans l'affaire *Halfway River* postulaient entre autres que, dans le cadre du contrôle judiciaire, les Autochtones n'avaient pas à prouver une atteinte à un droit ancestral ou issu de traité pour faire sanctionner le défaut de les avoir consultés. Il convient de reproduire ici les extraits les plus pertinents de ces motifs:

¶ 190 In the case before us, the chambers judge was not required to make a specific determination of the nature of specific aboriginal rights the Tlingits claimed to have or the boundaries of any lands over which they might be found to have aboriginal title. Instead, the question was whether the Ministers of the Crown "had effectively addressed the substance of the Tlingits' concerns with respect to when, and on what terms and conditions, the mineral rights to be exploited by Redfern should be developed."

¶ 191 The footing on which the learned chambers judge proceeded in arriving at her decision to quash the Project Approval Certificate is clear from her reasons, the relevant portions of which I have reproduced above. The chambers judge stated (in paragraph 130) that the federal government had agreed to negotiate land claims with the Tlingits in 1984 on the basis of a preliminary determination that they had aboriginal rights in their territory flowing from their pre-existing

19. [2000] O.J. No. 1066 (Q.L.).

20. [2002] 1 C.N.L.R. 169, 2001 FCT 1426.

21. [2002] 2 C.N.L.R. 312, 2002 BCCA 59.

use and occupation of the land and resources of the area. That fact, together with the fact that the federal government had accepted the Tlingits' claim under the Comprehensive Land Claims Policy, was known to the provincial government when it entered into a framework agreement to negotiate with the Tlingits under the B.C. treaty process.

¶ 192 The chambers judge also pointed out (in paragraph 70) that the Tlingits, throughout the environmental review process, had emphasized their reliance on their system of land use to support their domestic economy and their social and cultural life and all of the experts who prepared reports for the environmental assessment recognized that reliance. That approval of the project would have a profound impact on the Tlingits' way of life and their ability to sustain themselves in their traditional territory was not disputed.

¶ 193 In my opinion, the jurisprudence supports the view taken by the chambers judge that, prior to the issuance of the Project Approval Certificate, the Ministers of the Crown had to be "mindful of the possibility that their decision might infringe aboriginal rights" and, accordingly, to be careful to ensure that the substance of the Tlingits' concerns had been addressed.

¶ 194 In summary, I am of the view that the Crown's argument that any obligation to consult the Tlingits would arise only after there had been a determination that the Tlingits had aboriginal rights or aboriginal title which could be infringed by issuance of the Project Approval Certificate

rests on a misreading of the decisions of the Supreme Court of Canada. To accept the appellants' proposition would largely negate the purpose of the constitutional protection provided by s. 35(1) of the Constitution Act, 1982.

On remarquera que la juge Rowles précisait ainsi un peu plus les circonstances dans lesquelles, sans que les Autochtones n'aient à faire la preuve qu'elle porte atteinte à un droit ancestral ou issu de traité, une mesure au sujet de laquelle ils n'ont pas été consultés au préalable pouvait faire l'objet d'une révision judiciaire.

Moins d'un mois plus tard, le juge Lambert rendait les motifs de l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Haida Nation c. British Columbia (Minister of Forests)*²². Bien qu'il ait tenté de démentir qu'il y ait quelque divergence entre la jurisprudence de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et celle de la Cour d'appel de l'Ontario au sujet de l'obligation constitutionnelle de l'État de consulter les Autochtones, le juge Lambert n'a pu faire autrement que de se délier du principe de l'arrêt *Transcanada Pipelines* pour s'inscrire plutôt dans le prolongement de l'arrêt *Taku River* et se livrer à des développements sur une obligation autonome incombant à l'État – et à certaines conditions aux tiers – de consulter les Autochtones, obligation dont le défaut d'exécution peut être sanctionné par les tribunaux sans qu'il soit nécessaire que les Autochtones fassent la preuve de l'existence, de la teneur et de la

22. *Supra*, note 2.

portée d'un droit ancestral ou issu de traité et d'une atteinte à ce droit. Encore ici, il convient de reproduire les extraits pertinents des motifs du juge Lambert:

¶ 46 [...] In a court proceeding by the aboriginal people to establish aboriginal rights and allege an infringement, the first step is to consider whether aboriginal title or aboriginal rights have been established, on a balance of probabilities, and to decide on the nature and scope of the title and rights; the second step is to determine whether the particular title and rights have been infringed by a specific action; and the third step is to ask whether the Crown has discharged its onus to show justification including "whether it has fulfilled its duty to consult with a First Nation". But the Ontario Court of Appeal is not saying that the duty to consult does not arise until the court considers whether it has been discharged. What the Ontario Court of Appeal is saying is that the duty to consult arises "as a prelude to a potential infringement" and should be assessed in relation to "the severity of the proposed Crown action". So, in factual terms the consultation ought to precede the infringement, and both are likely to precede the court determination of the existence of aboriginal title and aboriginal rights, but as a matter of logical progression in court then, first the title is proved, then the infringement is proved, and then the onus shifts to the Crown to establish that there was justification for the infringement at and before the time when the infringement occurred.

¶ 47 I do not consider that there is any divergence of views bet-

ween this Court and the Ontario Court of Appeal on the question of consultation. [...]

¶ 51 The strength of the Haida case gives content to the obligation to consult and the obligation to seek an accommodation. I am not saying that if there is something less than a good *prima facie* case then there is no obligation to consult. I do not have to deal with such a case on this appeal. But certainly the scope of the consultation and the strength of the obligation to seek an accommodation will be proportional to the potential soundness of the claim for aboriginal title and aboriginal rights.

¶ 52 In my opinion, the obligations to consult and seek an accommodation with the Haida people were enforceable, legal and equitable duties at the relevant times in 1999 and 2000 of the Crown Provincial, MacMillan Bloedel, and its successor, Weyerhaeuser. The chambers judge has found as a fact that the Haida people were not consulted when the replacement of T.F.L. 39 and its transfer to Weyerhaeuser occurred, and that the Haida people objected to the replacement and to the transfer. No accommodation with the Haida people was sought by the Crown, by MacMillan Bloedel, or by Weyerhaeuser. In my opinion, the Crown Provincial and Weyerhaeuser were in breach of these enforceable, legal and equitable duties to the Haida people.

¶ 53 I consider that the courts have considerable discretion in shaping the appropriate remedy in this judicial review proceeding taken before any final determination of the title and rights of the Haida people by a court of competent jurisdiction. [...]

¶ 58 As I have said, the Crown Provincial and Weyerhaeuser were in breach of an enforceable, legal and equitable duty to consult with the Haida people and to seek an accommodation with them at the time when the processes were under way for a replacement of T.F.L. 39 and Block 6 and for a transfer of T.F.L. 39 from MacMillan Bloedel to Weyerhaeuser in the year 2000. That enforceable legal and equitable duty has continued from then until the present time and will continue until the Haida title and rights are determined by treaty or by a Court of competent jurisdiction. But it does not necessarily follow that the replacement of T.F.L. 39 in 2000 and the transfer to Weyerhaeuser are either invalid or void. That question was not, in my opinion, sufficiently fully argued on this appeal. And it could much more readily be argued after the extent of any infringement of aboriginal title and rights by T.F.L. 39 has been determined by a Court of competent jurisdiction.

¶ 59 For those reasons I would not now make an order about the validity, invalidity, or partial validity of T.F.L. 39 and Block 6. That does not mean that, if circumstances change, there cannot be consideration of that question as an interim matter in these proceedings on the basis of proper argument and full facts. But it seems to me that the proper time to determine that question would be at the same time as the determination of aboriginal title, aboriginal rights, *prima facie* infringement, and justification, by a Court of competent jurisdiction. At that time also the question of whether the Provincial Crown title is encumbered by abo-

original title and rights is likely to be determined and argument could be directed to the effect of any such encumbrance on T.F.L. 39.

Avec l'arrêt *Haida Nation*, l'obligation de consultation veut s'émanciper du test du caractère justifié des atteintes aux droits constitutionnels des peuples autochtones. Mais les motifs du juge Lambert apportent un éclairage plutôt faible sur la question des circonstances dans lesquelles, sans que les Autochtones n'aient à faire la preuve d'une atteinte à un droit ancestral ou issu de traité, le défaut de les consulter peut être sanctionné par les tribunaux. Et il n'en va pas autrement de ce que nous disent ces mêmes motifs au sujet des formes qu'une telle sanction peut prendre, sinon que les tribunaux possèdent un pouvoir discrétionnaire plutôt large à cet égard. N'empêche qu'en ce qui a trait à la première question, l'idée d'un «good *prima facie* case» était lancée.

Comme il fallait s'y attendre, l'arrêt *Haida Nation* a rapidement fait jurisprudence en Colombie-Britannique. Peu de temps après qu'il eut été rendu, en effet, des Autochtones ont demandé, en entamant une procédure de contrôle judiciaire, à la Cour suprême de la Colombie-Britannique une injonction interlocutoire devant empêcher le ministre de prendre la décision qui devait clore le processus décisionnel qu'ils contestaient. Il s'agit de l'affaire *Skeena Cellulose Inc.*²³. Les requérants, dont les

23. La référence du jugement sur la demande d'injonction interlocutoire est: *Skeena Cellulose Inc. (Re)*, (2002) 34 C.B.R. (4th) 298, 2002 BCSC 597.

droits ancestraux n'avaient jamais été établis judiciairement ou par traité, invoquaient le fait qu'ils n'avaient pas été convenablement consultés. Il vaut d'être souligné que, dans le contexte de la demande de contrôle judiciaire, l'existence de l'obligation de consultation n'était pas en litige²⁴. C'était plutôt sur la question de savoir si le ministre s'était acquitté de cette obligation que portait le différend. Nous sommes tentés d'y voir une suite de l'arrêt *Haida Nation*. Le 30 avril 2002, le juge Brenner a rejeté la demande d'injonction interlocutoire sur la base de la prépondérance des inconvénients. Or ses motifs, rendus oralement à l'origine, indiquent que l'arrêt *Haida Nation* représentait pour lui l'essentiel du droit applicable à la demande de contrôle judiciaire des Gitanyow²⁵.

En janvier 2003, la section d'appel de la Cour fédérale rendait jugement dans l'affaire *Pictou c. Canada*²⁶, qui ne consistait pas en une demande de révision judiciaire. La Cour d'appel fédérale devait plutôt disposer de pourvois contre:

la décision du juge Bowie de la Cour de l'impôt de rejeter des arguments selon lesquels les Indiens inscrits ne sont pas tenus de percevoir et de verser la taxe sur les produits et services (TPS) (Loi sur la taxe d'accise, partie IX)

à l'égard des ventes à des clients non indiens dans des points de vente au détail situés dans des réserves en Nouvelle-Écosse. Les appelants soutiennent que certains traités conclus en 1760-1761 entre les autorités britanniques et les Mi'kmaq les dispensaient de l'obligation prévue par la loi de percevoir et de verser les taxes à l'égard de telles ventes²⁷.

Or les appelants présentaient entre autres arguments celui selon lequel découlait des traités de 1760-1761 «une relation *sui generis* [...] en vertu de laquelle l'intimée avait envers les appelants l'obligation fiduciaire de procéder à des négociations de bonne foi en vue de concilier les intérêts divergents avant que toute charge ou obligation nouvelle puisse être valablement imposée aux Mi'kmaq»²⁸. Voici comment le juge Stone, qui a rendu les motifs de la cour, a disposé de cet argument:

Les appelants font valoir deux décisions des tribunaux de la Colombie-Britannique à l'appui de leurs prétentions, soit *Westbank First Nation v. British Columbia* (2000), 191 D.L.R. (4th) 180 (C.S.C.-B.), et *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)* (2002), 216 D.L.R. (4th) 1 (C.A.C.-B.). L'une des questions en litige dans *Westbank First Nation* concernait la question de savoir si le chef de district du ministère provincial des forêts était tenu de consulter les Indiens

24. *Ibid.*, par. 10.

25. Le 26 juin de la même année, le juge Rowles, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, leur a accordé la permission de se pourvoir à l'encontre de la décision du juge Brenner: *Skeena Cellulose Inc. (Re)*, (2002) 36 C.B.R. (4th) 101, 2002 BCCA 403.

26. [2003] 2 F.C. 737, 2003 CAF 9.

27. *Ibid.*, extrait du résumé.

28. *Ibid.*, par. 26.

avant que des arbres puissent être coupés dans une région visée par une revendication du titre aborigène. Le juge Sigurdson a rejeté cet argument en prenant appui sur la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Transcanada Pipelines Ltd. v. Beardmore (Township)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 403, où l'on a statué, au paragraphe 119, que «[TRADUCTION] l'obligation de la Couronne de consulter les premières nations est une obligation légale qui aide le tribunal à décider si la Couronne est justifiée ou non au plan constitutionnel de prendre une mesure particulière jugée enfreindre *prima facie* un droit ancestral ou issu de traité existant d'une première nation». Dans *Haida Nation*, précitée, les Haïdas prétendaient que la Couronne avait l'obligation légale de les consulter avant d'autoriser des opérations forestières dans les îles de la Reine-Charlotte à l'égard desquelles ils revendiquaient un titre aborigène. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a fait droit à cette prétention. Comme semble l'indiquer le paragraphe 50 de *Haida Nation*, la Cour d'appel a été influencée par la conclusion tirée au procès selon laquelle la prétention des Haïdas «[TRADUCTION] concernant un titre aborigène et des droits ancestraux était établie *prima facie*». La conclusion selon laquelle il restait peu de vieilles forêts de cèdre était d'égale importance. Malgré que le bien-fondé de la revendication n'avait pas encore été établi par un tribunal, il ressort implicitement de la dernière conclusion que permettre à la coupe de continuer jusqu'à ce qu'un tribunal se prononce sur l'existence du titre

aborigène ne ferait qu'accentuer la pénurie existante d'un bien, soit un élément qu'on ne rencontre pas dans la présente affaire. En l'espèce, les appelants ne disposent pas d'un droit issu de traité établi de faire le commerce des produits à l'égard desquels ils ont été imposés, ni n'ont solidement établi *prima facie* l'existence soit d'un droit de commercer qui viserait ces produits, soit d'une obligation fiduciaire de la Couronne de consulter les Mi'kmaq avant d'adopter les dispositions relatives à la perception et au versement d'une taxe de la partie IX de la Loi sur la taxe d'accise ou avant de les imposer par suite du défaut de procéder à une telle perception et à un tel versement.²⁹

L'arrêt *Pictou* semble donc importer depuis l'arrêt *Haida Nation* vers un cadre autre que celui du contrôle judiciaire l'exigence diminuée qu'est celle d'établir un «good *prima facie* case». Mais le juge Stone veut ajouter une autre condition pour que les tribunaux puissent sanctionner le défaut de consulter les Autochtones alors que ceux-ci n'ont pas établi l'atteinte à un droit ancestral ou issu de traité: que la mesure contestée soit susceptible de causer un tort irréparable.

En juin 2003, la section de première instance de la Cour fédérale décidait de l'affaire *Premières nations du Traité n° 8 c. Canada (Procureur général)*³⁰. Il s'agissait d'un recours en contrôle judiciaire qu'avaient intenté les premières nations en question à l'encontre de règlements fédéraux relatifs aux

29. *Ibid.*, par. 34.

30. [2003] F.C.J. No. 1009 (QL), 2003 CFPI 782.

élections et aux référendums qui sont tenus au sein des «bandes d'Indiens». Les premières nations du Traité n° 8 demandaient:

un jugement déclarant que les Règlements contreviennent aux droits ancestraux et issus de traités garantis par le paragraphe 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 parce qu'ils ont été rédigés et adoptés sans qu'on ait préalablement procédé à une consultation véritable des membres des Premières nations, en particulier sans que les demandeurs aient été véritablement consultés.³¹

La juge Dawson paraît avoir estimé qu'il était nécessaire pour les premières nations du Traité n° 8 d'établir l'existence non seulement d'un droit ancestral ou issu de traité à la gouvernance, mais également d'un droit ancestral d'être consulté³² ! Elle a conclu qu'elles avaient échoué à ces deux exigences³³. Or voici comment la juge Dawson a composé avec le fait que les premières nations s'appuyaient sur l'arrêt *Haida Nation*:

Les demandeurs s'appuient sur l'arrêt qu'a prononcé la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, (2002) 6 W.W.R. 243, pour soutenir qu' [TRADUCTION] «il n'est pas nécessaire de prouver qu'il y a eu atteinte dans le contexte de ces affaires de consultation». Dans l'arrêt *Haida*, la question en litige était de savoir si la Couronne avait l'obligation de consulter un peuple autoch-

tone, qui revendiquait expressément un droit ancestral, au sujet des risques d'atteinte, avant que le tribunal compétent ait reconnu l'existence d'un tel droit ancestral. À mon avis, cette décision n'a pas eu pour effet de créer une nouvelle obligation de consultation lorsqu'un titre aborigène ou des droits ancestraux ou autres reconnus par le paragraphe 35(1) de la Charte ne sont pas en litige.³⁴

Enfin, le 18 septembre 2003, la Cour suprême de la Colombie-Britannique rendait jugement dans l'affaire *Heiltsuk Nation c. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)*³⁵. Cette affaire consistait en une demande de la part de la nation Heiltsuk de contrôle judiciaire de l'octroi d'une série de permis qui devait rendre possibles des activités piscicoles dans un territoire où cette nation revendiquait des droits ancestraux. La demande se fondait notamment sur le défaut des décideurs de les avoir convenablement consultés. Le jugement du juge Gerow prend appui sur l'arrêt *Haida Nation*, dont il a estimé que les motifs lui reconnaissaient une discrétion suffisamment large pour lui permettre de décider de l'affaire en se posant notamment les questions suivantes: les Heiltsuk ont-ils établi un «*prima facie* claim» de titre aborigène ou de quelque droit ancestral portant sur les terres et les eaux couvertes par les permis en question?; dans l'affirmative, les Heiltsuk ont-ils établi un «*prima facie* infringe-

31. *Ibid.*, par. 3.

32. *Ibid.*, par. 43-44.

33. *Ibid.*, par. 79.

34. *Ibid.*, par 80.

35. *Supra*, note 16.

ment» sur au moins un de ces droits? Le juge Gerow en est venu à la conclusion que les Heiltsuk n'avaient fait la preuve d'un «strong *prima facie* claim» qu'à l'égard d'un droit ancestral d'utilisation non exclusive du territoire ainsi que d'un droit ancestral de pêche. Cependant, il fut d'avis que les Heiltsuk n'avaient pas réussi à établir devant lui un «*prima facie* infringement» sur l'un de ces deux droits. Or, étant donné que la Couronne avait reconnu avoir en la circonstance une obligation de consultation à l'endroit des Heiltsuk, le juge Gerow a néanmoins conclu à l'existence d'une telle obligation. Mais il a enfin jugé que tant la Couronne que la société Omega Salmon s'étaient acquittées de leur obligation de consulter les Heiltsuk.

De cette analyse, on peut se sentir autorisé à conclure que la réponse à la question de savoir s'il est possible pour les Autochtones d'obtenir la sanction judiciaire, notamment par un recours en contrôle judiciaire, du défaut de la part de l'État de les consulter sans avoir à faire la preuve d'une atteinte à un droit ancestral ou issu de traité doit recevoir une réponse affirmative. L'arrêt *Haida Nation* semble bien faire jurisprudence, et ce, notamment à la faveur des efforts qu'a déployés à cette occasion le juge Lambert pour résoudre l'antinomie entre les arrêts *Taku River* et *Transcanada Pipelines*. Du reste, le fait que, depuis, le gouvernement de la Colombie-Britannique soit disposé à admettre – officiellement du moins – qu'il a – ou avait – l'obli-

gation de consulter les Autochtones au sujet de leurs droits ancestraux même lorsque ces droits n'ont pas été – ou ne sont pas – établis judiciairement ou par traité doit retenir l'attention. Pour autant, il ne faut pas présenter l'état du droit sur la question sous un jour meilleur qu'il ne l'est en réalité. On sait que, particulièrement en droit des Autochtones, la jurisprudence n'a qu'une autorité bien précaire tant qu'elle n'a pas été avalisée par la Cour suprême du Canada. L'audition devant elle des affaires *Taku River* et *Haida Nation* sera tenue en mars. En attendant qu'elle rende jugement dans ces affaires, on sait que la réception de l'arrêt *Haida Nation* dans la jurisprudence de la Cour fédérale n'a pas été parfaite. En appel dans l'affaire *Pictou*, par exemple, cette cour a suggéré qu'un «good *prima facie* case» devait être accompagné d'un risque de préjudice irréparable ou gravissime pour justifier la révision judiciaire d'une décision qui n'a pas été précédée d'une consultation des Autochtones sans que ceux-ci n'aient à prouver l'atteinte à un droit ancestral ou issu de traité.

L'innovation que veut apporter l'arrêt *Haida Nation* soulève certaines questions auxquelles il faut espérer que la Cour suprême du Canada sera suffisamment attentive. Nous nous contenterons en l'occurrence d'en mentionner deux.

Premièrement, on peut se demander, s'il devient possible pour les Autochtones, par une

demande de contrôle judiciaire, de faire sanctionner par les tribunaux le défaut de la Couronne de les consulter sans avoir à faire la preuve d'une atteinte à un droit ancestral ou issu de traité, ce qui pourra les empêcher d'ainsi faire sanctionner un tel défaut par d'autres avenues judiciaires, par exemple en défense dans le cadre d'une poursuite pénale. Au cours des années 1990, la Cour suprême du Canada s'est attachée à un important travail de développement du droit substantif relatif aux droits constitutionnels des peuples autochtones. Le défi est maintenant celui de s'assurer, notamment par le truchement de précisions relevant du partage constitutionnel des compétences, du droit administratif et du droit judiciaire, que les Autochtones disposent de moyens efficaces pour mettre en œuvre, là où ils sont bafoués, les droits que cette cour leur a reconnus. Les arrêts qu'elle rendra dans les affaires *Taku River* et *Haida Nation* pourraient bien être significatifs à cet égard. Rappelons au passage que, depuis le récent arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*³⁶, on sait que même les tribunaux administratifs, lorsqu'ils sont habilités, que ce soit explicitement ou implicitement, à se prononcer sur toute

question de droit, sont compétents pour trancher des questions relatives aux droits constitutionnels des peuples autochtones³⁷.

Deuxièmement, la question suivante se pose également: s'il n'est pas choquant à l'esprit que, à la suite d'une révision judiciaire consacrant une obligation de consulter une communauté autochtone au sujet de droits qu'elle n'a établis que «*prima facie*», un procès se termine avec le constat que cette communauté n'a pas réussi à faire la preuve de ces droits, en est-il autrement de la situation inverse? Dans la mesure où certains des principes de l'arrêt *Haida Nation* seront avalisés par la Cour suprême du Canada, il est vraisemblable que, dans les cas où la demande de contrôle judiciaire pour défaut de consultation aura échoué avant qu'un procès ne finisse par établir l'atteinte tant redoutée à un droit ancestral ou issu de traité, le droit d'être indemnisé pour une telle atteinte sera d'autant réduit.

Ce ne sont là que deux questions parmi une pléthore d'autres, dont celle de l'extension de l'obligation constitutionnelle de consulter les Autochtones à d'autres titulaires que la «Couronne», sur lesquelles la Cour suprême du Canada sera convoquée à se prononcer.

36. 2003 CSC 55.

37. *Ibid.*, par. 39.