COMPARAISON TRANSYSTÉMIQUE DU *STARE DECISIS* EN DROIT DES AFFAIRES, DROIT DU TRAVAIL, DROIT BANCAIRE ET EN *LEX MERCATORIA* : VERS UNE SYNTHÈSE DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS ET DE LA COMMON LAW CANADIENNE ?

JEAN CARL DENIS

FACULTÉ DE DROIT
UNIVERSITÉ MCGILL
MONTRÉAL, QUÉBEC, CANADA

DÉCEMBRE 2021

THÈSE SOUMISE À L'UNIVERSITÉ MCGILL COMME EXIGENCE PARTIELLE EN VUE DE L'OBTENTION DU DIPLÔME DE MAÎTRISE EN DROIT (LL.M.)

© JEAN CARL DENIS 2021
TOUS DROITS RÉSERVÉS

Remerciements

L'auteur remercie le Professeur Lionel Smith, superviseur de thèse, de même que le Professeur Frédéric Mégret, examinateur de thèse, de la Faculté de Droit de l'Université McGill.

Table des matières

Liste des tableaux ii

Résumé / Abstract iii

Introduction 1

1. Le *stare decisis* en droit québécois 4

1.1 Établissement du droit civil dans son rôle de *jus commune* du Québec 4

1.1.1 Jalon historique du rétablissement du droit civil par l'*Acte de Québec* 5
1.1.2 Transition du Régime Français au Régime Anglais de 1760 à 1763 7
1.1.3 Impératif de « survivance » et de maintien de la « pureté » du droit civil 13

1.2 Nature du *stare decisis* 16

1.2.1 Définition du *stare decisis* en droit canadien *vs.* en droit québécois 16
1.2.2 Application du *stare decisis* en droit public *vs.* en droit privé québécois 20
1.2.3 Fondement conceptuel du *stare decisis*: degré de discrétion du juge 22

1.3 Débat doctrinal sur le *stare decisis* en droit privé québécois 28

1.3.1 Corpus doctrinal traditionnellement défavorable envers le *stare decisis* 29
1.3.2 État actuel du débat: compatibilité du *stare decisis* avec le *jus commune* 31

2. Analyse comparative transystémique du *stare decisis* en droit substantif 41

2.1 Droit des affaires: Délit de commercialisation trompeuse (*passing-off*) 41

2.1.1 Arrêt de principe *Boulangerie St-Méthode* 42
2.1.2 Analyse comparative de l'usage du *stare decisis* dans *Boulangerie St-Méthode* 45

2.2 Droit du travail: Congédiement pour incompétence 50

2.2.1 Test du congédiement pour incompétence de la décision *Edith Cavell* 50
2.2.2 Au Québec: courant jurisprudentiel du Test *Edith Cavell* et arrêt de principe *Costco* 54

2.3 Droit bancaire: Délai raisonnable de rappel de prêt 57

2.3.1 Arrêt de principe *Mister Broadloom* 58
2.3.2 Application du Test *Mister Broadloom* au Québec 64

2.4 *Lex mercatoria*: Quasi-système distinct et effets de commerce 67

2.4.1 Obligation statutaire d'appliquer le *stare decisis* en droit civil québécois 68
2.4.2 Liens transystémiques relatifs à l'application de la *lex mercatoria* 72

2.5 Résultats: Le *stare decisis* est appliqué en pratique en droit civil québécois 78

3. Synthèse: liens transystémiques entre le *stare decisis* et les principes généraux du droit 81

3.1 Implications relatives à l'usage du *stare decisis* en droit civil québécois 81

3.1.1 *Stare decisis* et principes généraux en droit des affaires 82
3.1.2 *Stare decisis* et principes généraux en droit du travail 86
3.1.3 *Stare decisis* et principes généraux en droit bancaire 95
3.1.4 *Stare decisis* et principes généraux en *lex mercatoria* 101

3.2 Les principes généraux du droit dans leur rôle de source de droit civil 104

3.2.1 Disposition préliminaire du *Code civil du Québec* et principes généraux du droit 104
3.2.2 Définition doctrinale, et identification jurisprudentielle, des principes généraux du droit 108
3.2.3 Vers un *stare decisis* de droit civil québécois à part entière 112

Conclusion 119

Bibliographie 123

Liste des tableaux

Tableau 1	*Stare decisis* Comparaison des composantes de la règle	18
Tableau 2	Synthèse Test du délit de *passing-off* en droit civil québécois et comparaison avec la common law canadienne	47
Tableau 3	Test *Mister Broadloom* Courant jurisprudentiel en droit civil québécois	65
Tableau 4	Test *Edith Cavell* Comparaison: Version originale de Colombie-Britannique *vs.* Version tronquée dans une lignée au Québec	91
Tableau 5	Principes Généraux du Droit (PGD) Identifiés jurisprudentiellement en droit civil québécois	111
Tableau 6	Deux courants jurisprudentiels sous-tendus par deux Principes Généraux du Droit (PGD) contradictoires à l'égard du *stare decisis* en droit civil québécois	114
Tableau 7	Reformulation: Deux Principes Généraux du Droit (PGD) contradictoires	121

Résumé

Après la Conquête de la Nouvelle-France en 1760, qui a instauré un régime juridique entièrement fondé sur le droit Anglais constitutionnel, statutaire et la common law, les Néo-François ont réussi à faire rétablir le droit civil en 1774 avec l'*Acte de Québec*. À partir de 1774, les juristes civilistes de la Colonie de Québec (XVIII^{e} s.), puis du Bas-Canada (XIX^{e} s.) et enfin de la Province de Québec (XX^{e} s.), ont graduellement développé une position doctrinale dite de « survivance », prônant la résistance contre la common law et le maintien de la « pureté » du droit civil, qui s'est notamment traduite dès le début du XX^{e} siècle par un rejet explicite de la doctrine du *stare decisis*. Or, lorsqu'on examine la pratique judiciaire réelle sur le terrain, on constate que le *stare decisis* a été admis et appliqué en droit civil québécois depuis le milieu du XIX^{e} siècle jusqu'à nos jours, ce qui contredit cette position doctrinale de résistance. L'auteur passe en revue l'application judiciaire du *stare decisis* dans quatre domaines du droit privé au Québec: droit des affaires, droit du travail et droit bancaire, de même que son application statutaire en *lex mercatoria*. Au delà de son utilité et de sa nécessité en droit civil québécois, l'auteur montre que le *stare decisis* est en outre compatible avec la Disposition préliminaire du nouveau *Code civil du Québec* de 1994, et devrait donc désormais être explicitement reconnu en tant que « *stare decisis* civiliste québécois » à part entière.

Abstract

After the Conquest of Nouvelle-France in 1760, which established a legal regime entirely based upon English constitutional, statutory and common law, the Neo-Franceois were successful in obtaining the reinstatement of civil law in 1774 through the *Quebec Act*. Beginning in 1774, civilist jurists first in the Québec Colony (18th century), then in Lower-Canada (19th century) and eventually in the Province of Québec (20th century), gradually developed a legal scholarly position known as "survivance", advocating for resistance against the common law and for maintaining the "purity" of civil law, which manifested itself at the beginning of the twentieth century by an explicit rejection of the doctrine of *stare decisis*. However, looking at actual judicial practice, obviously *stare decisis* has been accepted and applied in Québec civil law since the middle of the nineteenth century up to today, which contradicts this scholarly position of resistance. The author reviews the judicial application of *stare decisis* in four areas of private law in Québec: business law, labour/employment law and banking law, as well as its statutory application in *lex mercatoria*. Beyond the fact that it is useful and necessary in Québec civil law, the author shows that *stare decisis* is consistent with the Preliminary Provision of the new C*ivil Code of Québec* of 1994, and ought henceforth to be explicitly recognized as a "Québec civilist *stare decisis*" in its own right.

> PREMIÈREMENT, il faut savoir que faire quand on ne sait pas; savoir aborder rationnellement la méconnaissance [...] [1]

Introduction

Selon un courant doctrinal civiliste bien établi, le *stare decisis* n'existerait pas (ni ne devrait exister) en droit québécois:

> Le principe généralement admis est que le magistrat québécois, s'il fait abondamment référence aux décisions antérieures, n'est en aucune façon lié par les précédents.[2] [soulignement ajouté]

Cet énoncé du professeur Mazen, synthétisant le courant doctrinal, présente deux questions analytiques. La première, de loin la plus évidente, concerne la teneur de l'énoncé, à savoir si le *stare decisis* existe ou non en droit québécois. La seconde, beaucoup moins évidente, concerne la formulation de l'énoncé, qui indique qu'il s'agit d'un « principe généralement admis », soulevant ainsi la question de savoir si cet énoncé constitue un « principe général du droit », dans le sens de « règle de droit » où l'entend la Disposition préliminaire du *Code civil du Québec*[3].

Cette seconde question trouvera réponse dans la Partie 3, où nous soutenons qu'il s'agit effectivement d'un « principe général du droit ». Nous concluons qu'à ce titre, le *stare decisis* fait partie du droit civil québécois au sens de la Disposition préliminaire. Pour parvenir à cette conclusion, nous traiterons la première question en deux temps. Dans la Partie 1, nous passerons en revue l'historique de la position doctrinale s'inscrivant « contre » le *stare decisis* au Québec. Dans la Partie 2, nous ferons la démonstration que le *stare decisis* existe et est appliqué en droit civil québécois.

---

1 Alain Supiot, « Grandeur et petitesses des professeurs de droit » (2001) 42:3 C de D 595 à la p 598.

2 Jean-Noël Mazen, « Le juge civil québécois (Approche comparative d'un système de droit mixte) » (1982) 34:2 RIDC 375 à la p 395.

3 *Code civil du Québec*, RLRQ, c. CCQ-1991 [*Code civil* ou CcQ].

Pour comprendre cette position doctrinale « contre » le *stare decisis* dans son contexte historique, il nous faut remonter jusqu'à la Nouvelle-France. La doctrine actuelle continue d'accorder une haute importance au *rétablissement* du droit civil par l'*Acte de Québec*. Dans cette perspective, nous clarifions d'abord l'aspect juridique de l'expectative raisonnable et légitime que la Nouvelle-France était en droit d'entretenir à l'égard du maintien du droit civil à partir de la Conquête Anglaise en 1760. Nous posons ensuite que le Régime Anglais a juridiquement porté atteinte à cette expectative à partir de 1763, et que les conséquences de cette atteinte se sont exprimées, dans le monde juridique, à travers le corpus doctrinal de « survivance » exigeant le maintien de la « pureté » du droit civil québécois. Cette doctrine de « survivance » conduit ensuite à la doctrine civiliste québécoise cherchant à interdire l'usage du *stare decisis*.

Si l'on compare les définitions du *stare decisis* en droit canadien et en droit québécois, il appert que le point de résistance précis des juristes du courant doctrinal relève du fondement même du *stare decisis*, à savoir le degré de discrétion du juge. Le *stare decisis* restreignant la discrétion du juge, le courant doctrinal l'a qualifié de « corset de fer ». Ainsi, ce courant doctrinal apparaît davantage fonction d'une prise de position socio-politique, qu'un énoncé de l'état réel du droit jurisprudentiel, puisqu'en pratique, les tribunaux appliquent le *stare decisis* en droit civil québécois. L'affirmation doctrinale selon laquelle les juges du système civiliste québécois « ne sont en aucune façon liés par les précédents » ne reflète pas la réalité. Dans l'activité judiciaire sur le terrain, les juges appliquent effectivement le *stare decisis*. Nous analyserons des exemples d'application dans quatre domaines du droit.

En premier lieu, nous verrons trois cas de transplants de common law en droit civil dans l'univers du *jus commune*: le délit de « *passing-off* » en droit des affaires, le « Test *Edith Cavell* » du congédiement pour incompétence en droit du travail, et le Test *Mister Broadloom* du délai raisonnable de rappel de prêt en droit bancaire. En second lieu, nous analyserons le cas de la *lex mercatoria*, quasi-système juridique distinct appliqué au Québec en raison de l'obligation statutaire imposée par la *Loi sur les lettres de change*. L'application de la *lex mercatoria* en droit civil québécois requiert l'usage du *stare decisis*, et implique des liens étroits avec la méthodologie de common law, notamment au regard de la connaissance d'office. Cette analyse comparative du *stare decisis*, tel qu'utilisé par les tribunaux dans ces quatre domaines du droit, met en lumière une multiplicité de liens transystémiques entre les systèmes de common law canadienne et de droit civil québécois.

L'analyse de ces liens transystémiques dans le cadre de l'application du *stare decisis* à travers ces quatre domaines du droit civil québécois, révèle un phénomène de conflit entre certains principes généraux du droit, se manifestant uniquement dans le système juridique québécois. Le courant doctrinal opposé au *stare decisis* fait en sorte que, pour une même situation factuelle, certains tribunaux appliquent le *stare decisis*, alors que d'autres ne l'appliquent pas. En conséquence, le système juridique québécois est incapable de garantir le respect de tous les principes généraux du droit.

Cela a une importance certaine, au regard de la Disposition préliminaire du *Code civil*, qui articule le lien entre le droit commun ou le *jus commune*, et les principes généraux du droit. La définition même de ce qu'est un principe général du droit ne fait pas l'unanimité. À partir des éléments actuellement disponibles en doctrine, nous avons mis au point une grille de vérification (*checklist*) indicative, permettant de vérifier si un énoncé peut se qualifier comme principe général du droit. À nouveau, l'identification des principes généraux du droit par la jurisprudence apparaît transystémique entre la common law et le droit civil, tant du point de vue *substantif* que *méthodologique*.

Enfin, nous présentons deux principes généraux du droit contradictoires à l'égard du *stare decisis* en droit québécois, qui reflètent les deux courants doctrinaux « pour » et « contre » le *stare decisis*. Nous montrons que l'usage du *stare decisis*, eu égard à ses liens avec les principes généraux du droit, est compatible avec la Disposition préliminaire du *Code civil*. Par contre, la position de non-usage du *stare decisis* n'est pas admissible, parce qu'elle entraîne de sérieux conflits au niveau des principes généraux du droit, ce qui est incompatible avec la Disposition préliminaire.

En somme, le courant doctrinal s'opposant au *stare decisis*, fonction d'une prise de position socio-politique de « résistance » issue du XVIII^{e} siècle, a perdu sa raison d'être parce qu'il est incompatible avec la Disposition préliminaire. Le *stare decisis* mérite d'avoir droit de cité dans le système civiliste québécois.

> ON OBSERVE QUE LE DROIT FRANÇAIS s'ouvre, en ce qui concerne des règles de fond, à la *common law*, les emprunts faits à ce système juridique se multipliant dans certains domaines. [4]

1. Le *stare decisis* en droit québécois

Dans la présente Partie (1.), nous traiterons de la première question, en établissant que le *stare decisis* existe en droit québécois. D'abord (1.1), nous passerons en revue l'historique général de la position doctrinale relative au *stare decisis* au Québec. Ensuite (1.2), nous nous pencherons sur la nature du *stare decisis*, sa définition, et la distinction historique entre son application en droit public, comparativement à son applicabilité ou non en droit privé. En troisième lieu (1.3), nous montrerons que le courant doctrinal relatif au *stare decisis* est davantage fonction d'une prise de position socio-politique (1.3.1) qu'un énoncé de l'état réel du droit tel qu'établi par la jurisprudence, puisque les tribunaux appliquent en pratique le *stare decisis* en droit civil québécois (1.3.2).

1.1 Établissement du droit civil dans son rôle de *jus commune* du Québec

Du point de vue d'un juriste comparatiste étranger qui examinerait le droit des États de l'Amérique, la première question serait de savoir si le « droit commun » d'un État, c'est-à-dire son *jus commune*, est fondé sur la common law ou sur le droit civil. Par exemple, l'État de la Louisiane a un système de droit civil[5], alors que l'État du Texas a un système de common law[6]. De même, il est facile de déterminer que l'État du Québec a un système de droit civil, avec ces deux références simples:

> 92. Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives [à]:
> (13) La propriété et les droits civils dans la province;[7]
>
> DP. Le Code civil du Québec [...] établit [...] le droit commun [...]
>
> PP. The Civil Code of Québec [...] lays down the *jus commune* [...] [8]

---

4 Blandine Mallet-Bricout, « Libres propos sur l'efficacité des systèmes de droit civil » (2004) 56:4 RIDC 865 à la p 879.

5 *Code civil de la Louisiane*, Louisiana Acts 1987, No. 124, § 1.

6 Avant 1836, le Texas avait un système de droit civil. En 1840, le Congrès du Texas a abrogé tout le droit civil Mexicain et Espagnol, et a légiféré que « the common law of England (so far as it is not inconsistent with the constitution or the acts of Congress now in force) shall, together with such acts, be the rule of decision in this Republic », donnant effet à la *Constitution of the Republic of Texas* (1836), Art. IV, sec. 13.: voir George C. Butte, « Early Development of Law and Equity in Texas » [1917] Yale LJ 699 à la p 700. Bien que l'important substrat de droit civil ait par la suite influencé son droit statutaire, le Texas a maintenu son système de common law jusqu'à aujourd'hui: Basil Duke Sartin, « Is Texas a Common Law State? » (1916) 5:2 Ky LJ 40 à la p 48. Dan Patrick, *Amendments to the Texas Constitution Since 1876*, Austin, Texas Legislative Council, June 2021.

7 *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., 1867, c. 3, para 92(13) [*Loi constitutionnelle de 1867*].

8 CcQ, Disposition préliminaire (« DP »); Preliminary Provision (« PP »).

S'écartant d'une telle simplicité, les doctrinaires québécois considèrent l'*Acte de Québec* de 1774[9] comme un point charnière de la plus haute importance, et ainsi, persistent à citer l'*Acte de Québec* pour affirmer que le Québec a un système de droit civil au sein de la common law canadienne. Dans cette section (1.1), nous présentons l'hypothèse qui nous paraît la plus vraisemblable permettant d'expliquer les raisons d'un si haut degré d'importance accordé à l'*Acte de Québec*. D'abord, nous passerons en revue la trame doctrinale persistante qui réfère au jalon historique du rétablissement du droit civil par l'*Acte de Québec* (1.1.1). Ensuite, nous montrerons que la Nouvelle-France avait une expectative raisonnable et légitime de maintien du droit civil à partir de la Conquête Anglaise en 1760, mais que le Régime Anglais a porté atteinte à cette expectative à partir de 1763 (1.1.2). Enfin, nous mettrons en lumière les conséquences de cette atteinte, telles qu'elles se sont exprimées à travers le corpus doctrinal de « survivance » exigeant le maintien de la « pureté » du droit civil québécois (1.1.3).

1.1.1 Jalon historique du rétablissement du droit civil par l'*Acte de Québec*

Depuis le XVIII[e] siècle, les doctrinaires civilistes québécois formulent un certain type d'argument juridique de nature constitutionnelle, qui est structuré à partir d'une référence au jalon historique que constitue le rétablissement du droit civil par l'*Acte de Québec*, pour ensuite en arriver à dégager diverses conclusions socio-politico-juridiques. Ce genre d'énoncé: « En 1774, l'*Acte de Québec* avait réintroduit les lois civiles françaises au Québec [...] »[10], dans ce premier exemple tiré d'un écrit doctrinal du Sénateur Beaudoin publié en 2002, fournit une illustration typique de cette référence qui se retrouve abondamment dans la doctrine.

Comme second exemple, dans un écrit doctrinal publié en 2011, le Juge en chef du Québec, J.J. Michel Robert, utilisait la même structure pour établir un lien entre l'*Acte de Québec* et notre *Constitution* actuelle: « L'*Acte de Québec* maintiendra le droit civil français pour la propriété et les droits civils, expression d'ailleurs que l'on retrouvera beaucoup plus tard dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. »[11]

---

9 *Acte de Québec* (R-U), 14 Geo III, 1774, c 83 [*Acte de Québec*].

10 Gérald-A Beaudoin, « Le Canada: droit civil et common law, quelques notes historiques » (2002) 32 RGD 87 à la p 87.

11 J.J. Michel Robert, « L'apport du droit français en Amérique du Nord et notre double héritage juridique » (2011) 52 C de D 109 aux pp 115-16.

À une extrémité du continuum, les deux précédents exemples datent du XXI[e] siècle. À l'autre extrémité du continuum, notons que cette même structure est utilisée par des auteurs académiques depuis au moins deux siècles, comme en témoigne ce troisième exemple datant de 1827:

> Surpris, atterrés, ruinés, nos ancêtres, après avoir souffert cette oppression pendant quelques années, élevèrent enfin la voix et transmirent leurs griefs au pied du trône, qui accueillit favorablement leurs plaintes et leur rendit partiellement justice par la passation de l'Acte de Québec, qui remit en force les lois et usages de la colonie.[12] [soulignement ajouté]

Enfin, à titre d'autres exemples illustratifs de la constance, de l'actualité et de la pérennité de cet usage, notons que ce jalon historique a encore tout récemment été cité comme fondement d'argument dans le cadre de trois projets de recherche académique en 2020, que nous présenterons ci-dessous comme quatrième, cinquième et sixième exemples.

Le quatrième exemple est un mémoire de maîtrise en histoire à l'Université de Montréal, dans lequel l'auteure Émy Gervais met en relation le jalon historique et l'objectif d'assurer la sécurité de la colonie en conservant la loyauté de la population:

> Alors que la Proclamation royale de 1763 stipulait que les lois anglaises devaient être appliquées dans la colonie, l'Acte de Québec permettait la conservation des lois françaises en ce qui a trait au droit de propriété et aux causes civiles.[13]

Le cinquième exemple est une thèse de maîtrise en droit à l'Université McGill, dans laquelle l'auteur Ghyslain Raza met en relation le jalon historique et les détails de l'œuvre de François-Joseph Cugnet:

> Quoi qu'il en soit, l'adoption de l'*Acte de Québec*, en juin 1774, marque un moment décisif; il instaure notamment le dualisme juridique appelé à être au cœur de la tradition juridique québécoise naissante. [...] ayant comme principale conséquence de renverser les effets de la *Proclamation royale de 1763* quant au droit civil. Les Canadiens se voyaient, en théorie, assurés du bénéfice et de l'usage du droit civil canadien pour les causes relevant de la propriété et des droits civils [...] [14]

---

12 Jacques Labrie, *Les premiers rudiments de la constitution britannique, Précédés d'un Précis Historique, et suivis d'observations sur la constitution du Bas-Canada*, Montréal, James Lane, 1827 aux pp 35-36.

13 Émy Gervais, *Passer outre la barrière culturelle : comment les Britanniques se renseignent sur les populations du Canada et de l'Inde, 1757-1774*. Mémoire, Université de Montréal, août 2020 à la p 92.

14 Ghyslain Raza, *François-Joseph Cugnet et la formation de la tradition juridique québécoise*, Thèse de LL.M., Faculté de droit, Université McGill, février 2020 à la p 116.

Le sixième exemple est un article académique contribuant à des études de doctorat en droit à l'Université Laval, dans lequel l'auteur François Côté met en relation le jalon historique et la menace que constituait la révolution américaine:

> Au travers de l'*Acte de Québec*, l'Empire proclamera l'application de son régime de common law dans certains domaines ciblés [...], mais reconnaîtra d'autre part un maintient de la tradition civiliste au Québec en matière de « propriétés et droits civils » [...] [15]

Ces six exemples mettent en lumière trois points importants. Premièrement, on constate que la doctrine utilise constamment la même formulation d'argument, à savoir que l'on s'appuie sur la référence au jalon historique pour en tirer une conclusion socio-politico-juridique. Deuxièmement, les références au jalon historique ne visent pas tant à montrer que le droit civil était/est en vigueur au Québec, mais visent plutôt à montrer le *rétablissement* du droit civil au Québec. Troisièmement, les exemples démontrent que cet argument est utilisé de la même façon en doctrine québécoise, à travers un continuum temporel s'étendant au moins de 1827 jusqu'à 2020, soit presque deux siècles.

1.1.2 Transition du Régime Français au Régime Anglais de 1760 à 1763

L'histoire constitutionnelle qui a conduit à notre situation contemporaine au Québec et au Canada remonte au moins au XVI[e] siècle et, sur une période de vie politique de 500 ans[16], comprend une multitude de composantes sociales et politiques qui, bien qu'ayant toutes leur importance, dépassent largement l'objet de la présente étude. En brossant un large tableau d'ensemble, on peut diviser cette période de cinq siècles en deux grandes parties d'une durée à peu près égale de 2½ siècles chacune: le Régime Français (1523-1763: 240 ans), et le Régime Anglais (1763-2021: 258 ans). La transition du premier au deuxième régime a été marquée d'abord par la conquête militaire Anglaise et la capitulation de la Nouvelle-France en 1760, puis par le *Traité de Paris*[17] de 1763 qui a eu pour effet de céder la Nouvelle-France à l'Angleterre.

---

15 François Côté, « Droit commun, langue commune: Un retour sur l'interprétation judiciaire du droit linguistique au Québec à la lumière du droit commun » (2020) 42 Comp Linguistics 41 à la p 55, n 15.

16 Robert, *supra* note 11 aux pp 109, 112. Le Juge Robert commence le décompte à partir de la fondation de Québec en 1608 par Samuel de Champlain, et établit la période à 400 ans. Quant à nous, aux fins de cette recherche, nous commençons le décompte à partir des premières interrelations de nature constitutionnelle entre la France et les instances Autochtones, à savoir l'instauration de la Nouvelle-France en 1534 par Jacques Cartier, de même que le voyage de Giovanni da Verrazzano en 1523-1524, ce qui établit la période pertinente à 499 ans.

17 *Traité de paix et d'alliance entre la Grande Bretagne, la France et l'Espagne*, Paris 10 février 1763 [*Traité de Paris*].

Dans les *Articles de Capitulation* de 1760, le Marquis de Vaudreuil avait négocié, à l'article 42, une *condition* à la capitulation de la Nouvelle-France, acceptée en principe par le Général Amherst[18]:

> Art: 42 Les francois et Canadiens Continüeront d'Estre Gouvernés Suivant La Coutume de Paris et les Loix et Usages Etablis pour ce pays; Et Ils ne pouront Estre assujettis à d'Autres Impots qu'a Ceux qui Estoient Etablis sous la domination françoise. [soulignement ajouté]

Du point de vue des Néo-François[19], le *Traité de Paris* n'a pas expressément abrogé cette stipulation du maintien du système de droit civil (y compris (1) *Coutume de Paris*, (2) *Loix* et (3) *Usages*), et il est même possible d'argumenter que l'article 2 du *Traité de Paris* permet d'inférer, implicitement ou par déduction nécessaire, que les stipulations des *Articles de Capitulation* qui n'ont pas été abrogées par le *Traité de Paris*, y compris l'article 42, « [...] devront être observés exactement à l'avenir dans toute leur Teneur, & religieusement exécutés de Part & d'autre dans tous leurs Points [...] » [soulignement ajouté].

Du point de vue des nouveaux Régents Coloniaux Britanniques[20], l'article 4 du *Traité de Paris* opérait une cession de la Nouvelle-France à l'État-Nation Britannique « [...] avec la Souveraineté, Propriété, Possession, & tous Droits acquis par Traité, ou autrement, que le Roy Très Chretien et la Couronne de France ont eus jusqu'à present sur les dits Pays, Isles, Terres, Lieux, Côtes & leurs Habitans [...] ». En vertu du principe de la souveraineté étatique westphalienne[21], et du principe de la suprématie parlementaire[22], les Régents Coloniaux Britanniques ont interprété le *Traité de Paris* comme s'il allait de soi que l'ensemble du droit anglais devait désormais s'appliquer en ce « Pays » nouvellement acquis.

---

18 *Articles de Capitulation*, Montréal, Entre le Général Amherst et le Marquis de Vaudreuil, 8 septembre 1760, copie du Général Amherst, Londres (R-U), Public Record Office, vol 93, reproduite dans *Archives publiques, Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, 6-7 Edw VII (1907), Document parlementaire N° 18, 2e éd par Adam Shortt et Arthur G. Doughty, dir, Bureau de publication des documents historiques, Ottawa, Thomas Mulvey, 1921, aux pp 5-22 [*Archives publiques 1921*]. Concernant la négociation et l'acceptation en principe, voir notamment *Archives publiques 1921* (*ibid*) aux pp 18, 429-30, 435.

19 Le néologisme « Néo-François » est utilisé ici pour particulariser les citoyens de la Nouvelle-France au moment de la *Capitulation* de 1760, désignés dans le *Traité de Paris*, art 4 *in fine*, par l'appellation générique « Habitans François ou autres, qui auroient été Sujets du Roy Très Chretien en Canada », reproduit dans *Archives publiques 1921, ibid* à la p 86.

20 L'expression « Régents Coloniaux Britanniques » désigne ici les ressortissants Britanniques (*British nationals*) établis dans la Colonie de Québec à partir de la *Proclamation Royale* (1763), LRC 1985, app II, no 1 [*Proclamation Royale* de 1763], à des fins de gouvernance, et leurs supérieurs et/ou collaborateurs non établis dans la Colonie.

21 Voir Thomas J. Biersteker, « State, Sovereignty, and Territory », Chapitre 10 dans Walter Carlsnaes, Thomas Risse et Beth A. Simmons, dir, *Handbook of International Relations*, 2e éd, London, Sage, 2013 aux pp 245-72. Même si les conceptions modernes d'« État » et de « souveraineté » ont changé depuis l'époque du *Traité de Paris*, la notion de souveraineté étatique du XVIIIe siècle était conforme au modèle westphalien: voir pp 252, 261.

22 Principe établi par le *Bill of Rights* (R-A), 1 Wm & Mar sess 2, 1688 c 2 art 1: « That the pretended power of suspending of laws, or the execution of laws, by regal authority, without consent of parliament, is illegal. » [*Bill of Rights* de 1689].

Plus précisément, suivant le principe de la souveraineté étatique westphalienne, (1) l'État détient légitimement l'autorité absolue et finale (2) à l'intérieur de frontières territoriales spécifiques, et (3) n'est subordonné à aucune autre personne ou entité. Les Régents Coloniaux Britanniques se croyaient donc légitimement en droit de remplacer le système civiliste français par le droit anglais dans ce qu'ils appelaient une « province » mais qu'ils considéraient, en réalité, comme une « colonie » de l'Angleterre[23].

Toutefois, la question n'est pas si simple. En effet, ce n'est pas parce qu'un État pourrait avoir la prérogative d'invoquer un droit en théorie, qu'il doit nécessairement le mettre en œuvre en pratique. Du point de vue des Néo-François, les Régents Coloniaux Britanniques auraient pu simplement laisser le système de droit civil de la Nouvelle-France en place, tel quel, dans la nouvelle Colonie de Québec. Il y a au moins trois arguments[24] au soutien de cette position Néo-Françoise. Le premier se rattache aux *Articles de Capitulation* de 1760. Le second relève de la coutume de la Grande-Bretagne à la lumière de la doctrine de l'époque. Le troisième est un argument fondé sur *l'equity*.

En premier lieu, les *Articles de Capitulation*, d'une part, peuvent être considérés comme un traité[25] entre deux États. Rien n'indique que le *Traité de Paris* ait abrogé les *Articles de Capitulation*. D'autre part, il faut rappeler que dans les faits historiques, les *Articles de Capitulation* sont demeurés en vigueur pendant trois ans de 1760 à 1763, et que, même jusqu'en 1764, les Régents Coloniaux Britanniques ont gouverné la Colonie de Québec en maintenant le système de droit civil[26]. Le tout crée une attente raisonnable que le traité sera respecté, la création de cette attente étant de la nature d'une préclusion promissoire (*promissory estoppel*). Les Régents Coloniaux Britanniques étaient préclus (*estopped*) de rompre leur promesse en supprimant le régime de droit civil.

---

23 Dans la *Proclamation Royale* de 1763, *supra* note 20, le Roi George III parle de « [...] Nos colonies en Amérique [...] », de « [...] la paix publique, le bon ordre ainsi que le bon gouvernement desdites colonies [...] », et « [...] Nous avons donné aux gouverneurs de Nos colonies [...] », etc. Il est à noter que dans l'organisation politique Britannique de cette époque, les termes « colonie » et « province » étaient interchangeables, mais l'usage de l'appellation « colonie » a été prédominant jusqu'à l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui remplaça le statut de « colonie » par celui de « dominion »: D.G. Bell, « Maritime Legal Institutions under the *Ancien Régime* 1710 » (1995) 23 Man LJ 103 à la p 108, n 10.

24 Leur développement approfondi dépasse largement l'objet de la présente recherche. Nous allons esquisser sommairement la structure de ces arguments, et réserver l'approfondissement pour des recherches futures.

25 Afin d'esquisser sommairement ce point, il faut se rapporter à la compréhension qu'en avaient le Marquis de Vaudreuil et les Néo-François en 1760, suivant Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Paris, 1625 (traduction anglaise: *The Rights of War and Peace, Including the Law of Nature and of Nations*, New York, Cosimo, 2007, à la p 171): les traités sont catégorisés en « traités égaux » (*equal treaties*) et « traités inégaux » (*unequal treaties*); une « capitulation conditionnelle » (*conditional surrender*) est une sous-catégorie de « traité inégal » (*unequal treaty*).

26 *Ordonnance établissant des cours civiles* (17 septembre 1764), Archives can, Q162A, part 2, 500, reproduite dans *Archives publiques 1921*, *supra* note 18 aux pp 180-85. Les actions à la Cour des plaids communs fondées sur les « lois et les coutumes françaises » ont été autorisées et admises jusqu'au 30 septembre 1764.

En second lieu, même à cette époque, la doctrine en droit constitutionnel précisait qu'un État conquérant avait l'option de maintenir en place les lois de l'État conquis[27]. Or, la Grande-Bretagne avait établi un précédent à cet égard avec le Traité d'union avec l'Écosse[28] en 1706. Le Royaume d'Angleterre a choisi de maintenir en place le régime de droit civil dans le droit privé Écossais. L'article 18 du Traité, reproduit dans les *Actes d'Union*[29] de 1707 prévoyait ce maintien:

> **Article XVIII**
>
> [...] all other Laws in use within the Kingdom of Scotland [...] remain in the same force as before (except such as are contrary to or inconsistent with this Treaty) but alterable by the Parliament of Great Britain with this difference betwixt the Laws concerning publick right Policy and Civil Government and those which concern private right that the Laws which concern publick right Policy and Civil Government may be made the same throughout the whole United Kingdom But that no alteration be made in Laws which concern private right Except for evident Utility of the Subjects within Scotland. [soulignement ajouté]

Si les Écossais pouvaient maintenir leur droit civil par Traité, les Néo-François n'auraient-ils pas pu, également, maintenir leur droit civil par ce Traité que constituaient les *Articles de Capitulation*? Il est vrai que, contrairement au Traité avec l'Écosse, le Traité avec la Nouvelle-France a été obtenu par la guerre et impliquait donc un droit de conquête. Toutefois, l'Écosse avait maintes fois refusé les propositions d'union, jusqu'à ce que l'Angleterre menace l'Écosse d'invasion militaire:

> The Treaty was vastly unpopular in Scotland [...] The Convention of Royal Burghs, which represented the trading interest, petitioned against the Treaty [...] the great majority of the Scottish people were opposed to it [...] the Union was accepted by the Scottish Parliament only because the alternative was an English invasion and 'in the end the whole country would fall under the Dominion of England by right of conquest. .... England wou'd never allow us to grow rich and powerful in a separate state'. For these reasons, 'the Articles were confirmed in the Parliament of Scotland contrary to the inclinations of at least three-fourth of the Kingdom.' In his History he said that 'not even 1% of the people approved'.[30] [soulignement ajouté]

Dans les deux cas, l'Angleterre a exercé de la coercition (*duress*) militaire pour obtenir les Traités: menace d'invasion militaire contre l'Écosse, courte bataille militaire contre la Nouvelle-France.

---

27 Voir Jean Bodin, *Les six livres de la République*, Lyon, Imp. de Tournes, 1579, où l'on peut lire, par exemple, les principes suivants: « De plusieurs citoyens, soyent naturels, ou naturalisés [...] se fait une Republique, quand ils sont gouuernés par la puissance souveraine d'un ou plusieurs seigneurs, encores qu'ils soyent diuersifiés en loix, en langue, en coustumes, en religions, en nations » à la p 50; « On pourroit dire à plus iuste occasion, que c'est une vraye marque de souveraineté de contraindre les subiects à changer de langue » à la p 173. [soulignement ajouté]

28 *Treaty (Act) of the Union of Parliament* 1706.

29 *Union with Scotland Act 1706*, 1706, Ch. 11 6 Ann. *Union with England Act 1707*, 1707 Ch. 7.

30 Paul Henderson Scott, « Why did the Scottish Parliament Accept the Treaty of Union? » (2005) 52 Scot Affairs 45 aux pp 48-49.

La seule distinction est que l'Écosse a accepté son Traité avec moins de 1% des voix du peuple, mais *avant* que la bataille commence[31], tandis que la Nouvelle-France a accepté son Traité *après* le commencement de la bataille. Le précédent de l'Écosse milite en faveur d'une expectative légitime des Néo-François, que la Grande-Bretagne respecterait le Traité et maintiendrait le droit civil.

Enfin, en troisième lieu, l'*equity* a toujours permis de tenir compte des notions d'abus de pouvoir, d'*unconscionability* et d'obligation fiduciaire. Il est possible qu'un Gouvernement commette un manquement à ses obligations fiduciaires, comme par exemple dans le cas de l'obligation fiduciaire *sui generis* à l'égard d'un peuple Autochtone. Dans l'arrêt *Williams Lake* de 2018, la Cour suprême a dégagé un deuxième type d'obligation gouvernementale, l'obligation fiduciaire *ad hoc*:

> [44] La relation entre la Couronne et les peuples autochtones peut donner naissance à une obligation fiduciaire de deux façons. D'abord, [...] obligation fiduciaire « *sui generis* » [...] Ensuite, une obligation fiduciaire peut également naître lorsque sont réunies les conditions générales nécessaires à l'établissement d'une relation fiduciaire *ad hoc* de droit privé, c'est-à-dire lorsque la Couronne s'est engagée à exercer son pouvoir discrétionnaire à l'égard d'un intérêt juridique ou d'un intérêt pratique important dans l'intérêt du supposé bénéficiaire [...] [32] [soulignement ajouté]

Voici une application théorique de cette obligation fiduciaire *ad hoc* au cas de la Nouvelle-France: (1) « la Couronne s'était engagée à exercer son pouvoir discrétionnaire », explicitement par l'article 42 des *Articles de Capitulation*, et implicitement par le précédent Écossais, (2) « à l'égard d'un intérêt juridique ou pratique important », le maintien du système de droit civil était un intérêt juridique, pratique, et important, et (3) « dans l'intérêt de », c'est-à-dire non pas dans l'intérêt propre (*self-interest*) de la Couronne, mais dans un intérêt fiduciaire / altruiste (*fiduciary / selfless*) envers les Néo-François.

Ce type d'argument fiduciaire, aujourd'hui très développé dans le cadre des dossiers Autochtones, est fondé sur des principes généraux d'*equity* qui étaient connus bien avant le XVIII[e] siècle. En 1763, ce type d'argument d'*equity* était susceptible d'être compris au moins intuitivement, sinon expressément, par les Néo-François, qui, en conséquence, ont subi un bris d'obligation fiduciaire.

---

31 Encore une fois, à titre d'esquisse sommaire, il faut se rapporter à la compréhension qu'en avaient le Marquis de Vaudreuil et les Néo-François en 1760, suivant Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, *supra* note 26 à la p 172: « Unequal treaties may be made not only between conquerors and the conquered but also between mighty and impotent states, between whom no hostilities have ever existed. » Suivant cette définition, le fait qu'il n'y ait pas eu bataille est non pertinent, et les deux « traités inégaux » que l'Angleterre a conclus avec l'Écosse et la Nouvelle-France sont identiques.

32 *Williams Lake Indian Band c. Canada (AADN)*, [2018] 1 RCS 83, au para 44.

En somme, on voit qu'il est possible de formuler bon nombre d'arguments juridiques au soutien du fait que les Néo-François avaient une expectative raisonnable que le droit civil serait maintenu, et que les Régents Coloniaux Britanniques ont manqué à cette expectative.

Quels étaient les recours disponibles? En 1764, le Roi George III a institué à Québec une cour supérieure de judicature, ou Cour du Banc du Roi, où des instances judiciaires de nature constitutionnelle ou administrative auraient pu être introduites[33], par exemple en se fondant sur la *Proclamation Royale* de 1763[34], et/ou sur la *Magna Carta*[35]. Au lieu de cela, les politiciens-juristes Néo-François ont opté pour un recours en Pétition au Roi en vertu de l'article 5 du *Bill of Rights* de 1689[36]:

> 5. That it is the right of the subjects to petition the King, and all commitments and prosecutions for such petitioning are illegal. [soulignement ajouté]

La première pétition[37], en 1770, demandait « d'être Jugés et Gouvernés Suivant les Loix, Coutumes et Ordonnances, Sous Lesquels Ils sont nés ». De 1770 à 1773, le Gouvernement a étudié le dossier. La seconde pétition[38], en 1773, redemandait « nos anciennes loix, priviléges et coûtumes », mais, combinée au contexte plus large des débats politiques de l'époque, conduisait à requérir du Roi une ordonnance équivalant à un *mandamus* en application de la *Proclamation Royale* de 1763, à savoir ordonner au Gouverneur de la Colonie de Québec de convoquer une Assemblée ou un Conseil, en vue que les citoyens puissent exercer le pouvoir législatif, ce qui laissait entrevoir une volonté raffermie d'obtenir le rétablissement du droit civil.

Les politiciens-juristes Néo-François ont gagné leur recours en Pétition au Roi. Quatre mois après avoir reçu la seconde pétition en février 1774, le Roi George III a fait grâce à leur requête, et a répondu en accordant la sanction Royale à l'*Acte de Québec*.

---

33 *Ordonnance établissant des cours civiles* (17 septembre 1764), *supra* note 26. Pour des exemples de sujets en lien avec ces types d'instances, voir notamment Michel Morin, « Les débats concernant le droit français et le droit anglais antérieurement à l'adoption de l'*Acte de Québec* de 1774 » (2014) 44 RDUS 259 aux pp 271-74.

34 « Et attendu qu'il est à propos de faire connaître à Nos sujets Notre sollicitude paternelle à l'égard des libertés [...] de ceux qui habitent [...] Dans l'intervalle [...] tous ceux qui habitent [...] nosdites colonies peuvent se confier en Notre protection royale et compter sur Nos efforts pour leur assurer les bienfaits des lois de Notre royaume d'Angleterre »

35 *Magna Charta Libertatibus* (1215). *Magna Carta* (1297) 25 Edw 1, 1297, c. 9, art. 29 [*Magna Carta*]: « No freeman is to be [...] disseised [...] of his liberties or free customs [...] To no-one will we sell or deny or delay right or justice. ».

36 *Bill of Rights de 1689, supra* note 22.

37 *Pétition pour obtenir le rétablissement des lois et coutumes françaises* (1770), Archives can, Q7, 363, reproduite dans *Archives publiques 1921, supra* note 18 aux pp 399-400.

38 *Pétition des sujets français au Roy* (décembre 1773), Compte-rendu des procès-verbaux, Procureur Général Francis Maseres, aux pp 112-131, reproduite dans *Archives publiques 1921, supra* note 18 aux pp 490-94.

1.1.3 Impératif de « survivance » et de maintien de la « pureté » du droit civil

Nous avons montré qu'à partir de 1763, le Régime Anglais a rompu la confiance des Néo-François en supprimant le droit civil, contrairement aux attentes légitimes qui découlaient de l'entente négociée en 1760 par le Marquis de Vaudreuil. Dix ans après cette rupture, les politiciens-juristes Néo-François ont réussi l'exploit de faire rétablir le droit civil grâce à l'*Acte de Québec* de 1774.

Cependant, du point de vue Néo-François, quelles garanties l'*Acte de Québec* offrait-il pour l'avenir? Absolument aucune, en vertu du principe constitutionnel de la suprématie parlementaire: le Parlement de Londres demeurait libre d'abroger l'*Acte de Québec* à tout instant, ce qui eût été peut-être pire qu'une seconde Conquête. Face à cet état de choses, la réaction des Néo-François fut de se retrancher stratégiquement en mode de « survivance », puis de défendre farouchement non seulement le droit civil dans son rôle de *jus commune*, mais aussi sa « pureté » même, ces deux réalités étant alors considérées comme des instruments essentiels à la « survivance » du peuple.

Depuis 1774, la doctrine a cheminé suivant cette stratégie. En 2011, le Juge en chef Robert réitérera que « L'*Acte de Québec* est un moment charnière pour la survivance du droit civil au Québec »[39]. Pendant cette période, il s'est dégagé une trame doctrinale qui tend vers une double thématique: d'une part, la notion d'impératif de « survivance » du peuple, qui risque de se faire engloutir par cet océan anglo-saxon qu'est l'Amérique du Nord, et, d'autre part, la nécessité de préserver la « pureté » du droit civil, face à ce qui est perçu comme des assauts montés par le système de common law contre le *jus commune* de droit civil.

Cette double thématique a été résumée, en 1973, par le professeur Adrian Popovici au moyen d'un énoncé-synthèse: l'influence du droit anglais sur la jurisprudence québécoise est un « phénomène de colonisation juridique »[40]. Cette synthèse doctrinale a été citée avec approbation par Mazen en 1982[41]. L'idée de « colonisation » sous-tend « [...] un mode de gouvernance étatique qui a impliqué un véritable ethnocide juridique, c'est-à-dire la destruction plus ou moins systématique de l'ensemble du référentiel de la juridicité [...] »[42].

---

39 Robert, *supra* note 11 à la p 116.

40 Adrian Popovici, « Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles sources de droit au Québec ? » (1973) 8 RJT 189 aux pp 194-95.

41 Mazen, *supra* note 2 à la p 394.

42 Etienne Le Roy, « Sur le chemin de Kahnawake. Décolonisation du droit et mondialisations » (2010) 15:1 Lex Electronica 493 à la p 496.

C'est pourquoi tant que durera la situation de « colonisation », elle continuera à entraîner une réaction sous forme d'impératif de « survivance ». Ainsi, le professeur Pierre-Gabriel Jobin observe que de 1900 à 1940, « il subsiste au Québec un fort mouvement de défense de la nation » québécoise francophone contre les « tentatives d'assimilation à la société anglaise », mouvement qui « comportait une importante faction de juristes, défenseurs de l'intégrité du droit civil. » Il fait un lien entre ce mouvement de défense de la nation et la nécessité de protéger le droit civil en empêchant que la common law s'y introduise:

> Ils se sont efforcés de protéger cette partie du droit québécois tirée du droit français contre toute influence étrangère, spécialement son interprétation selon la méthode de la common law et l'introduction de règles de la common law par le biais des précédents judiciaires. Pour eux, assurer la pureté du droit civil, c'était préserver l'un des éléments caractéristiques et essentiels de la nation canadienne-française.[43] [soulignement ajouté]

Le professeur Vernon Valentine Palmer, écrivant d'un point de vue comparatiste entre la Louisiane et le Québec, présente une synthèse de la notion de « survivance » du droit civil, en reprenant les opinions doctrinales formulées en 1932 par le juge Pierre-Basile Mignault de la Cour suprême du Canada, et conclut que le droit civil québécois est un héritage « nécessaire à la survie de la nation »:

> This credo reached its apogee in Pierre-Basile Mignault's conception that Quebec civil law was a complete and closed system: *"Une cloison étanche et infranchissable sépare les deux grands systèmes juridiques. ... Il n'y a pas immixtion ou absorption de l'un au profit ou au détriment de l'autre."* There could be no mixing at all, for Quebec civil law was an ancestral heritage necessary to the survival of the nation. To be pure, it had to stay introverted and closed. [...] Mignault viewed the law of other provinces as *"un droit étranger"* which might insensibly infiltrate and contaminate *"la pureté de notre droit"*.[44] [soulignement ajouté]

La position doctrinale exprimée par le juge Mignault au début du XX^e^ siècle était assez radicale: il faut une *cloison étanche et infranchissable qui sépare les deux grands systèmes juridiques*, de façon à ce qu'il n'y ait *pas immixtion ou absorption* de concepts juridiques entre les deux systèmes, afin que ce *droit étranger* qu'est la common law ne vienne pas contaminer *la « pureté » de notre droit* civil québécois.

---

[43] Pierre-Gabriel Jobin, « L'influence de la doctrine française sur le droit civil québécois : Le rapprochement et l'éloignement de deux continents » (1992) 44:2 RIDC 381 à la p 388 [Jobin « influence »].

[44] Vernon Valentine Palmer, « Quebec and Her Sisters in the Third Legal Family » (2009) 54:2 RD McGill 321 à la p 349, en se basant notamment sur: Pierre-Basile Mignault, « Les rapports entre le droit civil et la 'common law' au Canada, spécialement dans la province de Québec » (1932) 11 R du D 201 aux pp 206, 211.

Le juge Mignault met le droit civil québécois sur un pied d'égalité avec la religion et la langue, ce qui renforce l'idée de l'impératif d'en conserver la « pureté »[45]:

> Je redoute tout, si on se laisse influencer, dans nos causes, par les précédents du common law. [...] Notre droit civil est ce que nous, de la Province de Québec, avons de plus précieux après notre religion et notre langue. C'est un héritage que nous avons reçu de nos pères à charge de le conserver et de le rendre. [soulignement ajouté]

Le professeur Jobin qualifie l'opposition à l'*infiltration contaminante* de la common law de *leitmotiv*, en soulignant que ce phénomène d'opposition se manifeste de façon constante dans le temps, et de açon généralisée à travers le droit civil:

> Il faut cependant souligner un leitmotiv qui revient à toutes les époques, dans tous les secteurs du droit civil, qui surgit même dans certains jugements, soit l'opposition à l'infiltration de la *common law* dans notre jurisprudence.[46] [soulignement ajouté]

Le professeur Sylvio Normand, quant à lui, remarque que les juristes sont vigilants et cherchent à garder le droit civil français « pur de tout alliage étranger », et « rejettent du revers de la main tout ce qui peut amener au métissage du droit ». Le droit civil est un *système immunitaire* assurant la survie de la nation:

> Le *Code* fait partie du système immunitaire de la nation canadienne française. Héritage des ancêtres, à l'instar de la langue et de la religion, il doit demeurer intact si l'on désire que la nation conserve sa vigueur. Porter atteinte à son intégrité, c'est ouvrir une brèche dans l'enceinte, c'est rendre la nation perméable aux idées étrangères et par le fait même compromettre tôt ou tard la survie du groupe ethnique.[47] [soulignement ajouté]

Enfin, le professeur Jobin utilise une métaphore associée à la « pureté », soit l'inquiétude que le droit civil québécois soit exposé au *métissage*, et qu'il devienne *une sorte de droit « bâtard »*:

> Dans ces conditions, on peut à juste titre s'inquiéter que, [...] le droit civil soit exposé au métissage. [...] le droit civil québécois est exposé à deux dangers. D'abord, il pourrait s'imbiber de plus en plus de la *common law* ; [...] Le droit québécois pourrait par ailleurs devenir un droit dans lequel coexistent deux systèmes de pensée et de règles : le droit québécois deviendrait une sorte de droit « bâtard ».[48] [soulignement ajouté]

---

45 Jobin « influence », *supra* note 43 aux pp 381-408. Le même passage est cité dans Sylvio Normand, « Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec: La sauvegarde de l'intégrité du droit civil » (1987) 32 RD McGill 559 à la p 570.

46 Pierre-Gabriel Jobin, « Les réactions de la doctrine à la création du droit civil québécois par les juges: les débuts d'une affaire de famille » (1980) 21 C de D 257 aux pp 272-73 [Jobin « réactions »].

47 Normand, *supra* note 45 aux pp 571-74.

48 Jobin « influence », *supra* note 43 aux pp 406-07.

1.2 Nature du *stare decisis*

Nous avons vu dans la précédente section (1.1) qu'à partir de la Conquête de la Nouvelle-France en 1760, il s'est produit une séquence d'événements, dans une sorte de chaîne causale selon laquelle le rétablissement du droit civil par l'A*cte de Québec* a entraîné un impératif de « survivance », qui a lui-même conduit à la doctrine du maintien de la « pureté » du droit civil, qui a elle-même conduit à la doctrine de la résistance contre une « infiltration contaminante » de la common law. Dans la prochaine section (1.3), nous montrerons que cette résistance, par le même enchaînement causal, conduit ensuite à la doctrine civiliste québécoise qui cherche à interdire l'usage du *stare decisis*. Mais pour comprendre cette doctrine particulière au droit civil québécois, il faut au préalable examiner la nature du *stare decisis*, ce que nous ferons dans la présente section (1.2). Nous commencerons par comparer les définitions du *stare decisis* en droit canadien et en droit québécois (1.2.1). Ensuite, nous verrons que le *stare decisis* est appliqué de longue date en droit public québécois (1.2.2). Enfin, nous verrons que le point précis à propos duquel les juristes québécois ont résisté relève du fondement même du *stare decisis*, à savoir le degré de discrétion du juge (1.2.3).

1.2.1 Définition du *stare decisis* en droit canadien *vs.* en droit québécois

La règle du *stare decisis* telle qu'elle s'applique en droit canadien dans les provinces de common law a été formulée de la façon suivante en ce qui concerne sa composante centrale:

> The canadian common-law courts have taken over the essential features of the English doctrine of *stare decisis*. The first and, probably, the most important part of that doctrine is the principle that all courts are bound by the decisions of superior courts in the hierarchy. For Canada, this means that all Canadian courts [...] of the common law provinces -- are bound by the decisions of the Supreme Court of Canada, and that trial courts are bound by the decisions of the appeal court of their province.[49] [soulignement ajouté]

En plus de cette composante centrale, le *stare decisis* de common law comprend aussi d'autres composantes additionnelles, dont deux s'avèrent particulièrement pertinentes pour notre analyse comparative: la technique de distinction (*distinguishing*), et les courants jurisprudentiels.

---

[49] Wolfgang Friedmann, « Stare Decisis at Common Law and under the Civil Code of Quebec » (1953) 31:7 Can Bar Rev 723 aux pp 725-26. Cet article, toujours d'actualité, a été cité en 2021 dans *Moffat v Edmonton (City) Police Service*, 2021 ABCA 183 au para 134.

En premier lieu, la technique de distinction de précédents est importante, car, comme on le verra avec plus de détails (*infra*, 1.2.3), l'argument civiliste de la doctrine dite du « corset de fer » est formulé de façon à ignorer complètement la possibilité que l'on puisse distinguer un précédent. Une formulation concise de la technique du *distinguishing* est citée par les professeurs de Oxford Sir Rupert Cross et James Harris, reprenant un passage de H.L.A. Hart:

> This process of 'distinguishing' the earlier case involves finding some legally relevant difference between it and the present case, and the class of such differences can never be exhaustively determined. On the other hand, in following an earlier precedent, the courts may discard a restriction found in the rule as formulated from the earlier case on the ground that it is not required by any rule established by statute or earlier precedent.[50] [soulignement ajouté]

En second lieu, le concept de courants jurisprudentiels est lui aussi important pour des raisons similaires. Quoique dans ce cas-ci, les juristes civilistes québécois connaissent bien sûr le concept de courant jurisprudentiel, l'argument de la doctrine du « corset de fer » est à nouveau formulé en méconnaissant la pertinence d'appliquer le *stare decisis* d'une façon qui tient compte du courant jurisprudentiel, plutôt qu'en ne considérant qu'une seule décision dans un vacuum. Le professeur Graham Hughes de NYU décrit le *stare decisis* en termes de courant de jurisprudence:

> A better approach is to understand that the application of the doctrine of precedent in the common law is a process of arriving at what a court perceives as the best understanding of a flow of judicial activity over time. In the long run, it is not the individual case that matters so much, but rather the understanding that modern courts give to a line of cases -- the principles and policies that they have extracted from them and in the light of which they now read them. [...] The chains of precedent must not bind too tightly, and the doctrine of *stare decisis* is not unyielding. Indeed, at times an appellate court will openly abandon the reasoning of earlier decisions by overruling them, when the results they appear to dictate now seem inequitable or imprudent. The correct statement of the doctrine of precedent, therefore, is that it imposes an obligation to seek the best understanding of the most basic principles that a line of cases expresses. The common law's fidelity is to principle and not to the isolated decision.[51] [soulignement ajouté]

À partir de cette formulation de base du *stare decisis* de common law, nous effectuerons une analyse comparative avec le *stare decisis* tel qu'il est conçu en droit civil québécois. Le Tableau 1, à la page suivante, présente un sommaire de cette analyse.

---

50 Rupert Cross et James W. Harris, *Precedent in English Law*, 4e éd, Clarendon Law Series. Oxford, Clarendon Press, 1991 à la p 213 [Cross & Harris]. Voir aussi Debra Parkes, « Precedent Unbound? Contemporary Approaches to Precedent in Canada » (2007) 32:1 Man LJ 135.

51 Graham Hughes, « Common Law Systems », in *Fundamentals of American Law*, Global Law School Program, New York University School of Law, New York, Oxford University Press, 1998 aux pp 20-21.

TABLEAU 1
Stare decisis
Comparaison des composantes de la règle

	Droit civil québécois	**Common law canadienne**
1	On emploie l'expression « *stare decisis* » pour désigner la règle du précédent, ce qui signifie s'en tenir aux décisions de justice déjà rendues. Source: *Émond & Lauzière* [52], p. 145.	This is the doctrine of *stare decisis* -- i.e., earlier judicial decisions must be followed when the same points arise again in litigation. [...] The full latin expression is *stare decisis et non quieta movere* (abide by earlier decisions and do not disturb settled points) Source: *Duxbury* [53], p. 12. *CSN* [54], CSC par. 26.
2	Selon cette règle, un tribunal est lié par les jugements ...	[...] a lower court is not entitled to ignore binding precedent [...]. Source: *Bedford* [55], CSC, par. 44.
3	... [a] des tribunaux qui lui sont hiérarchiquement supérieurs;	[...] lower courts must follow the decisions of higher courts [...]. Source: *Carter* [56], CSC, par. 44.
4	... [b] qui traitent des mêmes règles de droit;	Where, on the other hand, the [b] legal issue remains the same and arises in a [c] similar context, the precedent still represents the law and must be followed by the courts Source: *CSN*, CSC, par. 24.
5	... [c] dans lesquels les faits sont semblables à ceux du présent litige. Source: *Émond & Lauzière*, p. 100.	
6	La règle du *stare decisis* s'applique uniquement en ligne hiérarchique directe. Source: *Émond & Lauzière*, p. 146-7, 153.	Decisions [are] not absolutely binding on courts of co-ordinate authority nor on that court itself [...] Source: *Singh* [57], CF, par. 4.
7	Seule la *ratio decidendi* possède l'autorité d'un précédent, et non les *obiter dicta*. Source: *Émond &Lauzière*, p. 147.	Prior decisions bind on points of law essential to the decision (the *ratio decidendi*) but not on *obiter dicta*. Source: *Arcand* [58], CA Alta, par. 413.
8	La règle du *stare decisis* implique la règle de la *distinction*: « pour écarter l'application d'un précédent défavorable, il suffit alors de convaincre le tribunal que le droit applicable diffère. » Source: *Émond & Lauzière*, p. 147-150.	[*stare decisis* requires that] rules which are established in earlier cases be followed unless they can be fairly distinguished [...] Source: *Irving Pulp & Paper* [59], CSC, par. 78.

De prime abord, cette comparaison démontre que chacune des huit composantes du *stare decisis* en droit civil québécois a sa correspondance directe équivalente à une composante spécifique du *stare decisis* en common law canadienne. On peut donc tirer la conclusion préliminaire suivante. Dans la mesure où ces huit composantes correspondent vraiment à la compréhension qu'ont les juristes civilistes québécois du *stare decisis*, il n'existe aucune différence avec la common law. Les deux systèmes conçoivent le *stare decisis* de façon identique à l'égard de ces huit composantes.

---

52 André Émond et Lucie Lauzière, *Introduction à l'étude du droit*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005 [Émond & Lauzière].
53 Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
54 *Canada (Attorney General) v. Confédération des syndicats nationaux*, [2014] 2 RCS 477 [*CSN*].
55 *Canada (Attorney General) v. Bedford*, [2013] 3 RCS 1101.
56 *Carter v. Canada (Attorney General)*, [2015] 1 RCS 331.
57 *Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1999 CanLII 8337 (CF).
58 *R. c. Arcand*, 2010 40 Alta LR (5th) 199 (CA) [*Arcand*].
59 *C.E.P.U.C., Local 30 v. Irving Pulp & Paper*, Ltd., [2013] 2 RCS 458.

Cependant, cette conclusion préliminaire ne reflète pas la situation réelle sur le terrain à propos d'un point important, à savoir le fait d'être « lié » par un précédent (« *binding* »). Les auteurs André Émond et Lucie Lauzière[60] ont correctement articulé la règle du *stare decisis*, comme on a pu le voir au Tableau 1 ci-dessus. Cependant, comme nous le détaillerons davantage ci-dessous (1.2.3), les doctrinaires québécois ont pris la position suivant laquelle le juge québécois ne doit pas se soumettre au *stare decisis*, au motif qu'il s'agit d'un « corset de fer ». Cette divergence entre la compréhension du *stare decisis* suivant les perspectives de droit civil et de common law a été décrite en 2008 par Neil Duxbury comme une différence entre *se sentir* lié et *être vraiment* lié:

> [...] classic common law argument that precedents set by courts do not merely claim the attention of, but actually *bind*, other courts. This is the doctrine of *stare decisis* -- i.e., earlier judicial decisions must be followed when the same points arise again in litigation. Although it would be a mistake to think that courts in civil-law jurisdictions never follow precedents, it is fair to say that *stare decisis* is very much a common-law -- and indeed, we will see, a modern common law -- doctrine and that continental lawyers tend to think of precedent as persuasive argument rather than as legal authority. [...] decision-makers often *feel* bound to follow precedents. *Stare decisis*, however, has it not that common-law judges feel bound, but that they are bound, to follow precedents.[61] [soulignement ajouté]

Ainsi, une conséquence implicite qui découle du *stare decisis* est que, dans la mesure où un précédent s'avère réellement « liant » (« *binding* »), il s'ensuit que même si la cour subalterne n'est pas d'accord avec la *ratio decidendi* du précédent en question, le juge doit suspendre son jugement par rapport à cette *ratio decidendi*, et doit ainsi appliquer le précédent malgré son désaccord[62]. Les professeurs Cross & Harris rappellent qu'en pratique, cette conséquence peut être nuancée par la technique du *distinguishing* de la *ratio decidendi* et de l'*obiter dictum*[63]. Dans le même ordre d'idées, le professeur Lionel Smith a proposé une typologie des techniques de *distinguishing*[64]. C'est cette perception civiliste non nuancée, en quoi l'obligation d'appliquer une *ratio decidendi* malgré un désaccord serait toujours inflexible, qui sous-tend la doctrine du « corset de fer ».

---

60 Émond & Lauzière, *supra* note 52. Ce volume a été cité avec approbation par la Cour d'appel du Québec dans *Michaud c. Équipements ESF inc.*, 2010 QCCA 2350, par la Cour supérieure du Québec dans *Masson c. Telus Mobilité*, 2017 QCCS 1675, et par la Cour du Québec dans *R. c. Desormeaux*, 2011 QCCQ 1470.

61 Duxbury, *supra* note 53 aux pp 12-13.

62 Voir L.S. Abrams, K.P. McGuiness, et J. Brecher, dir, *Halsbury's Laws of Canada*, 1ère éd, *Civil Procedure, 2017 Reissue*, Toronto, LexisNexis, 2017 aux pages 285 et 289, et T. Desourdie, dir, *Canadian Encyclopedic Digest*, 4e éd, vol 14, t 40, Courts, Toronto, ThomsonReuters, 2018 à la p 107.

63 Cross & Harris, *supra* note 50 à la p 49. Voir aussi Mathieu Devinat, « The Trouble with Henry: Legal Methodology and Precedents in Canadian Law », (2006) 32 Queen's LJ 278.

64 Lionel Smith, « The Rationality of Tradition », dans Timothy Endicott, Joshua Getzler et Edwin Peel, *Properties of Law, Essays in Honour of Jim Harris*, New York, Oxford University Press, 2006, à la p 297.

1.2.2 Application du *stare decisis* en droit public *vs.* en droit privé québécois

S'il est clair qu'en droit privé québécois, le droit civil s'applique, un courant de jurisprudence tout aussi clair de la Cour suprême établit qu'au Québec, en droit public, la common law s'applique[65]:

> [81] Selon la *ratio decidendi* de l'arrêt *Keable* [*Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60], la common law s'applique de façon générale, en droit public québécois, sous réserve des amendements législatifs particuliers. Cette *ratio* a été reprise dans l'affaire *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)* (1986), 3 Q.A.C. 163. Dans cette cause, [...] [l]e juge Nichols, citant notamment L.-P. Pigeon, *Rédaction et interprétation des lois* (1965), effectue une excellente revue de la place qu'occupe la common law en droit public québécois (aux pp. 193 à 195):
>
> > L'arrêt pose donc un principe extrêmement important, savoir que le droit fondamental dans la province de Québec, chaque fois qu'il s'agit de droit public, c'est le droit anglais. [...]
>
> [82] [...] En appel devant nous ([...] [1989] 1 R.C.S. 705), notre Cour s'est prononcée dans le même sens. Dans mon opinion concourante, je précisais ce qui suit [...] :
>
> > C'est donc la Common Law qui se trouve le droit fondamental dans la province de Québec en tout ce qui n'est pas *property and civil rights*. [...]
>
> [soulignement ajouté]

Ce passage de 1996 a été cité avec approbation en 2001 par la Cour suprême dans l'arrêt *Proulx*, où la cour énumère divers énoncés de principe de la jurisprudence et de la doctrine depuis 1913[66]:

> [73] [...] Personne ne conteste que le droit public au Québec relève du droit anglais tel que modifié au fil des ans par le droit d'origine législative et la jurisprudence. [...] Lorsqu'une question relève du droit public, c'est dans le droit anglais qu'il faut puiser le principe applicable et, en ce qui concerne ces questions, le droit du Québec ne diffère pas de celui d'une autre province du Canada. [...] Le fond de notre droit public, au Canada comme au Québec, est la common law, importée d'Angleterre au moment de la conquête, telle que modifiée par les lois et la jurisprudence locales. [...] La source de ce droit est la common law dont les principes ne sont pas écartés par des lois qui n'en parlent pas. [...] La common law s'applique de façon générale, en droit public québécois, sous réserve des amendements législatifs particuliers. [...]
> [soulignement ajouté]

Non seulement la common law s'applique en droit public, mais, en outre, comme l'indiquent les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache dans l'arrêt *Proulx*, « Personne ne conteste » cette réalité.

---

65 *2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 RCS 919 aux para 81-82, motifs concourants du juge L'Heureux-Dubé, unanime sur le résultat [*Régie des alcools*].

66 *Proulx c. Québec (Procureur général)*, [2001] 3 RCS 9 au para 73.

Cependant, le fait que « la common law s'applique », ne signifie pas nécessairement, du point de vue des juristes civilistes, que « le *stare decisis* s'applique ». En effet, la position doctrinale civiliste dite du « corset de fer » adopte une lecture étroite de ce courant jurisprudentiel, et ainsi, présuppose que la common law s'applique uniquement pour les règles de droit substantif, et non pour le *stare decicis*, qui est conçu comme une technique de nature méthodologique, plutôt que comme une règle de droit.

Or, dans l'arrêt *Régie des alcools*, le juge L'Heureux-Dubé a fait avancer ce courant jurisprudentiel d'un pas de plus, en indiquant que si le *droit substantif* de common law s'applique, alors il s'ensuit que la *méthodologie* de common law doit nécessairement, elle aussi, s'appliquer[67]:

> [93] Or, en l'espèce, nous ne sommes pas dans le domaine de la propriété et des droits civils: nous sommes en droit [...] public, où la common law et la méthodologie de common law s'appliquent. [...]
>
> [101] En somme, la méthodologie se résume comme suit. En droit administratif tant québécois que canadien, la common law s'applique et l'on doit utiliser la méthodologie de common law, plutôt qu'une méthodologie d'inspiration civiliste. L'analyse doit se faire comme suit: (1) identifier le régime de common law applicable au cas d'espèce, c'est-à-dire (1a) la common law déjà déclarée dans la jurisprudence et (1b) la common law non encore déclarée, si nécessaire le cas échéant; (2) déterminer l'effet qu'ont les dispositions de la législation quasi constitutionnelle sous étude sur le régime de common law applicable, c'est-à-dire: (2a) Les dispositions s'appliquent-elles au cas d'espèce? Dans l'affirmative, (2b) s'agit-il de dispositions qui ont pour effet (i) de codifier, (ii) de remplacer ou (iii) d'abroger la common law? (2c) Les dispositions constituent-elles un code complet qui a pour effet d'exclure ou de supplanter la common law dans un domaine de droit particulier? [soulignement ajouté]

Dans ce passage, la Cour suprême indique non pas que l'on *peut*, mais que l'on *doit* « identifier la common law déjà déclarée dans la jurisprudence, et la common law non encore déclarée ». Cette exigence méthodologique de common law oblige le juriste à appliquer le *stare decisis*.

En somme, le juge québécois est *tenu* d'appliquer non seulement le *droit substantif* de common law, mais aussi le *stare decisis*, en droit public au Québec. Le droit public comprend notamment les branches suivantes du droit: constitutionnel, libertés publiques, administratif et pénal[68]. Ces branches couvrant un vaste domaine du droit, force est de conclure que les juristes civilistes québécois sont familiers avec la nature du *stare decisis* et le caractère obligatoire de son application en droit public.

---

67 *Régie des alcools, supra* note 65 aux para 93, 101.

68 Daniel Mockle, « Mondialisation et État de droit » (2000) 41:2 C de D 237 à la p 242.

1.2.3 Fondement conceptuel du *stare decisis*: degré de discrétion du juge

Les définitions techniques des composantes du *stare decisis* aux deux sous-sections précédentes indiquent au juriste *comment* appliquer le *stare decisis*, mais n'en précisent aucunement le *pourquoi* en termes de fondement conceptuel. Une analyse plus approfondie du *stare decisis* révélera le fondement réel de la règle, à savoir: la nécessité d'un certain degré de discrétion judiciaire.

Il va de soi que la discrétion du juge peut varier sur un continuum, allant de l'extrême contrainte que représenterait une absence totale de discrétion, jusqu'à l'autre extrême où le juge n'aurait aucune contrainte, donc une totale discrétion. On peut voir transparaître ces deux extrêmes dans la doctrine des XVIII[e] et XIX[e] siècles, à travers le *Discours de Portalis* (1801)[69], et la *Doctrine de la Libre recherche scientifique* de François Gény (1899), deux écrits doctrinaux civilistes anciens mais importants et demeurant toujours d'actualité[70].

La théorie de Portalis distingue nettement le rôle du législateur et le rôle du juge, et, à partir de cette distinction, en déduit qu'il est interdit au juge de « faire du droit », c'est-à-dire du « *judge-made law* ». Par voie de conséquence, cela équivaut à interdire au juge l'usage du *stare decisis*:

> L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit [...] C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application. [...] L'interprétation par voie d'autorité, [...] par voie de règlements ou de dispositions générales. Ce mode d'interprétation est le seul qui soit interdit au juge.[71] [soulignement ajouté]

Cependant, la théorie de Portalis nuance elle-même cette interdiction de l'usage du *stare decisis* en admettant que la jurisprudence joue un rôle crucial dans le système du droit civil:

---

69 Discours de Portalis, rapporté dans Fenet, P.A. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t 1, Paris, 1827 aux pp 463 et s [Portalis].

70 L'ancienneté de ces sources n'en amoindrit pas la valeur. En général, les sources de droit sont susceptibles d'être considérées comme valides tant qu'elles n'ont pas été supplantées, et le *discours de Portalis* lui-même cite d'ailleurs ce principe général du droit: « Les lois conservent leur effet, tant qu'elles ne sont point abrogées, ou qu'elles ne sont point tombées en désuétude. »: Portalis, *ibid* à la p 479. Ce principe général du droit s'applique aussi à la doctrine en tant que source de droit, comme en fait foi un récent article de 2016 de la juge retraitée Thérèse Rousseau-Houle, qui utilise encore le *discours de Portalis*: Thérèse Rousseau-Houle, « L'art de juger: sources et méthodologie. Ce que révèle l'oeuvre du juge Louis LeBel » (2016) 57 C de D 231 à la p 239.

71 Portalis, *supra* note 69 aux pp 470, 474.

> [...] dans toutes les nations policées, [la jurisprudence a constamment été regardée comme] le vrai supplément de la législation [...] à défaut de texte précis sur chaque matière, [lorsque la jurisprudence s'établit en] une suite non interrompue, les décisions semblables tiennent lieu de loi [...] en matière civile; là, il faut une jurisprudence parce qu'il est impossible de régler tous les objets civils par des lois [...] [72] [soulignement ajouté]

Il découle clairement de ces passages que, malgré cette interdiction de principe, Portalis voit la nécessité qu'il y ait des « *règles jurisprudentielles* » dans le droit civil, et même une certaine forme de « *droit jurisprudentiel* » qui supplémente la législation, ce qui, en réalité, correspond au concept de la règle du *stare decisis*. Or, ce rôle crucial que Portalis reconnaît à la jurisprudence est considérablement amoindri à cause de la crainte de possibles abus de pouvoir de la part des juges:

> [...] le juge, [...] s'il est des choses qui sont arbitraires à sa raison, il n'en est point qui le soient purement à son caprice ou à sa volonté. En Turquie, où la jurisprudence n'est point un art, où le [P]acha peut prononcer comme il le veut, quand des ordres supérieurs ne le gênent pas, on voit les justiciables ne demander et ne recevoir justice qu'avec effroi. [...] Pour combattre l'autorité que nous reconnaissons dans les juges, de statuer sur les choses qui ne sont pas déterminées par les lois, on invoque le droit qu'a tout citoyen de n'être jugé que d'après une loi antérieure et constante. Le droit écrit, qui se compose des lois romaines, a civilisé l'Europe. La découverte que nos aïeux firent de la Compilation de Justinien, fut pour eux une sorte de révélation. C'est à cette époque que nos tribunaux prirent une forme plus régulière, et que le terrible pouvoir de juger fut soumis à des principes.[73] [soulignement ajouté]

Le style rhétorique employé dans ces passages du discours de Portalis témoigne d'un ethos d'aversion à l'abus de pouvoir judiciaire. Il faut *combattre l'autorité des juges*, et *les soumettre à des principes*. Il faut restreindre le *terrible pouvoir* des juges, car ils causent de l'*effroi* aux justiciables soit par leurs *caprices*, soit en s*tatuant sur des choses autres que les lois*. Prononcé aux lendemains de la Révolution Française, le discours de Portalis doit être lu en gardant en tête la *Déclaration des droits de l'Homme* de 1789[74], dont le préambule déplorait « la corruption des Gouvernemens », et dont l'article 2 élevait « la résistance à l'oppression » au rang des « droits naturels et imprescriptibles de l'Homme ». Cet ethos d'aversion à l'abus de pouvoir judiciaire s'inscrit dans le contexte de résistance à l'oppression gouvernementale de la Révolution Française.

---

72 *Ibid* aux pp 470, 471, 473-74.

73 *Ibid* aux pp 472, 480.

74 *Déclaration des droits de l'Homme en société* (1er Octobre 1789), Paris, Assemblée Nationale [*Déclaration des droits de l'Homme* de 1789].

Au delà de cet ethos qui est propre au contexte historique, le discours de Portalis laisse voir les deux pôles de la discrétion du juge aux deux extrémités d'un continuum. À un extrême, le rôle du juge est circonscrit de façon très serrée, afin de prévenir les possibles abus de pouvoir, comme ceux qui se voyaient dénoncés en France à l'époque révolutionnaire. À l'autre extrême, on admet qu'il est impossible de tout régler par la législation, et le droit jurisprudentiel s'avère donc nécessaire.

Le discours de Portalis a fait l'objet d'un développement doctrinal, notamment un siècle plus tard par le philosophe juriste François Gény. Dans son volume classique publié en 1899, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Gény présente un exposé doctrinal en trois parties: (1) exposé de la méthode traditionnelle d'interprétation juridique, (2) critique négative de cette méthode traditionnelle, qui montre les abus de la déduction et de la logique, et (3) ébauche d'un plan de reconstruction de la méthode traditionnelle, fondée sur la *Libre recherche scientifique*[75].

Selon Gény, dans la mesure où les magistrats et les doctrinaires peuvent utiliser la *Libre recherche scientifique*, cela leur confère un grand pouvoir permettant des changements sociaux importants. Cependant, la nécessité de rééquilibrer ce pouvoir a des conséquences: « [...] ni la jurisprudence, ni la doctrine ne pouvaient être considérées comme sources de droit. Par conséquent, la production du juge, et plus encore, celle de l'auteur de doctrine, demeurent à l'extérieur des sources formelles du droit. »[76] Une telle méthode, où la jurisprudence et la doctrine ne peuvent être sources de droit, peut facilement conduire à des résultats juridiques incertains, changeants, et controversés[77].

De façon analogue à ce que nous avons montré ci-dessus au sujet du discours de Portalis, l'exposé doctrinal de Gény met en lumière les deux pôles de la discrétion judiciaire sur un continuum. À l'un de ces pôles, Gény fait voir les limites que sont les abus de la déduction et de la logique. À l'autre pôle, en supposant que soient réglés les abus de déduction et de logique, les magistrats et doctrinaires pourraient désormais recourir à la *Libre recherche scientifique*, mais, ce faisant, acquerraient trop de pouvoir *social* et se verraient donc retirer toute autorité formelle à titre de source de droit.

---

75 Duncan Kennedy et Marie-Claire Belleau, « François Gény aux États-Unis », dans Thomasset et al., *François Gény, mythes et réalités 1899-1999 Centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* » Cowansville, Yvon Blais et Paris, Dalloz, 2000, aux pp 295 et 299 [Kennedy et Belleau].

76 *Ibid* à la p 297.

77 *Ibid* à la p 298.

Le Discours de Portalis et la Doctrine de Gény forment ensemble une assise doctrinale à l'égard des deux pôles de la discrétion du juge civiliste sur un continuum, et cette notion a été présente et développée en doctrine au moins à partir de la Révolution Française en fin XVIII^{e} siècle et de la promulgation du premier *Code civil des Français* au tournant du XIX^{e} siècle. L'existence même de ce courant doctrinal établit que les juristes civilistes doivent avoir été conscients, pendant toute la période du XVIII^{e} siècle jusqu'à aujourd'hui, que la discrétion que peut avoir le juge civiliste de « faire du droit » jurisprudentiel est variable sur un continuum allant d'un extrême où la discrétion est nulle, à l'autre extrême où la discrétion est totale.

À notre époque, au tournant du XXI^{e} siècle, les doctrinaires civilistes continuent à analyser ce continuum de discrétion judiciaire, mais en faisant désormais un saut de logique qui assimile le « *stare decisis* » à une « discrétion judiciaire nulle », c'est-à-dire en cherchant à traiter ces deux concepts comme des synonymes désignant une seule et même réalité à l'extrême du continuum.

Ainsi, en 2006, le juge Louis LeBel de la Cour suprême du Canada faisait état que pour certains doctrinaires civilistes québécois, le *stare decisis* constitue un « corset de fer »:

> C'est en 1909, dans l'arrêt *Stuart c. Bank of Montreal*, que la Cour suprême adopta expressément la règle du *stare decisis*, à l'instar de la Grande-Bretagne. [...] La doctrine critiqua parfois cette méthode qu'elle estimait difficilement réconciliable avec la méthodologie du droit civil, qualifiant même ce principe de « corset de fer ».[78]

En 2018, le Doyen Robert Leckey a montré que non seulement les juges de première instance ne se sentent pas liés à l'autorité des tribunaux supérieurs par le *stare decisis*, mais, en outre, les juges des cours provinciales se sont même déclarés libres de ne pas se soumettre au *stare decisis*. Autrement dit, ils se sont libérés du « corset de fer »:

> Nos résultats suggèrent que les juges de première instance ne se perçoivent pas comme entièrement liés à la doctrine du *stare decisis* ou à l'autorité des tribunaux supérieurs. [...] le juge Mayrand observe que les « cours provinciales » du Québec se sont déclarées « libres de ne pas se soumettre à l'autorité du *stare decisis* ».[79] [soulignement ajouté]

---

[78] Louis LeBel, et Pierre-Louis Le Saunier, « L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada » (2006) 47:2 C de D 179 à la p 217 [LeBel et Le Saunier].

[79] Robert Leckey, « L'enrichissement injustifié, l'union de fait et l'emprunt à la common law dans le droit mixte du Québec, » (2018) 59:3 C de D 495 aux pp 611, 593.

Pourquoi ces juges s'opposent-ils avec tant de vigueur au *stare decisis* vu comme un « corset de fer »? Le Doyen Leckey indique que ces juges désirent avoir une discrétion totale, à l'autre extrémité du continuum, leur accordant le pouvoir d'évaluer le caractère persuasif ou non d'une décision d'un tribunal hiérarchiquement supérieur, afin d'avoir le pouvoir de décider de la suivre ou de la rejeter:

> [...] Il soutient que, « dans la très grande majorité des cas, ce n'est pas par adhésion à la doctrine du *stare decisis* que les tribunaux de première instance du Québec suivent les décisions des cours supérieures. C'est plutôt pour plusieurs autres raisons, telles que l'autorité persuasive des précédents ». Ces propos évoquent la distinction entre la force du raisonnement et le pedigree d'un précédent, c'est-à-dire l'autorité supérieure qui l'a établi. Le juge Mayrand semble suggérer que les tribunaux de première instance peuvent, selon leurs propres évaluations, suivre ou non les précédents des cours qui leur sont supérieures.[80] [soulignement ajouté]

L'idée de « distinction entre la *force du raisonnement* et le *pedigree* d'un précédent » semble, à première vue, rationaliser la prise de position de ces juges. En effet, si tel précédent de la Cour d'appel ne semble pas persuasif selon l'évaluation d'un juge de la Cour supérieure, alors son simple pedigree ne devrait pas forcer ce juge à l'appliquer, sinon le pedigree serait un « corset de fer ». Le juge de la Cour supérieure revendique alors la discrétion de rejeter ce précédent, malgré son pedigree de Cour d'appel, étant libre de ne pas se soumettre au *stare decisis*, au « corset de fer ».

Cependant, cette rationalisation est sursimplifiée et pose problème, comme l'illustre l'exemple suivant. Dans la récente affaire *Gestions Multiprojets*[81] de 2020, la Cour suprême du Canada a décidé que l'article 12 de la *Charte canadienne*[82] ne protège pas les personnes morales contre les peines cruelles et inusitées. Supposons qu'un juge d'une cour inférieure évalue le raisonnement de la Cour suprême dans cet arrêt, et ne le trouve pas persuasif. À en croire cette rationalisation, le juge de la cour inférieure pourrait simplement rejeter ce précédent, malgré son pedigree de Cour suprême, ne voulant pas appliquer le *stare decisis* parce qu'il trouve que c'est un « corset de fer ». Ayant rejeté ce précédent, ce juge pourrait, par exemple, annuler une amende de $1 million, infligée à une personne morale pour avoir illégalement déversé un contaminant dans l'environnement, ce juge étant d'avis qu'il s'agirait d'une peine cruelle et inusitée contraire à l'article 12 de la *Charte canadienne*. On voit que cette rationalisation est intenable.

---

80 *Ibid* aux pp 593-94.

81 *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 CSC 32 [*Gestions Multiprojets*].

82 *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [*Charte canadienne des droits et libertés*, *Charte canadienne*].

Sur quoi un juge d'une cour inférieure se base-t-il lorsqu'il juge « non-persuasif » un arrêt de la Cour suprême? Une des bases possibles serait un jugement dissident dans l'arrêt rejeté, que le juge trouve plus « persuasif » que le jugement majoritaire. Une autre base possible serait que l'argumentaire « persuasif » auquel le juge adhère soit entièrement différent, tant de la majorité que de la dissidence de l'arrêt rejeté. Dans ce cas, il s'agirait d'une « troisième voie » qui, à la limite, serait un argumentaire juridique qui ne figure peut-être encore nulle part dans notre droit. Ainsi, en poussant jusqu'à son aboutissement la doctrine civiliste de libération du « corset de fer » du *stare decisis*, on arrive à la conclusion qu'un tel pouvoir décisionnel équivaut à une discrétion totale pure et simple, qui, au point extrême du continuum, devient basée uniquement sur l'intuition du juge.

Ce scénario a été qualifié d'« approche intuitionniste » par François Gény, comme l'ont rappelé les professeurs Duncan Kennedy et Marie-Claire Belleau dans leur revue de la doctrine de Gény publiée en 2000. La position doctrinale de Gény contient en elle-même l'exposé des conséquences indésirables du rejet du *stare decisis*: le recours illimité à l'intuition du juge, qui, à terme, aboutit à une « discrétion pure et simple du juge », c'est-à-dire un « *hunch* » judiciaire:

> La deuxième forme de parenté entre les idées de Gény et celles des Américains procède d'une autre sorte de contorsion de sa pensée. En effet, l'intuition joue un certain rôle dans la Libre recherche scientifique de Gény. Pour lui, l'intuition conduit à la solution juste, celle qui se conforme le mieux à l'organisation juridique. C'est avec Science et Technique que Gény cite Bergson comme autorité pour l'approche intuitionniste. [...] Le juge Joseph Hutcheson opéra une appropriation similaire en développant sa théorie du « hunch » (intuition) judiciaire. Son article: « The Judgment intuitive: the function of the "hunch" in judicial decision », bien connu à l'époque, et toujours cité pour illustrer ce qu'il y avait de scandaleux dans le « Legal Realism » [...] décrit comment les juges solutionnent habituellement les controverses sur lesquelles ils sont appelés à décider principalement à partir de « hunches », c'est-à-dire de pressentiments, ou, plus exactement, d'intuition. Hutcheson, s'inspirant de Cardozo, décrit ce phénomène judiciaire comme « l'impulsion vitale, motrice pour la décision c'est un sens intuitif de ce qui est juste ou injuste pour telle affaire.» [...] il vient un moment où les juges ne peuvent plus se reposer sur une règle formelle, mais doivent se confier à leur propre habileté pour trouver la décision convenable, qu'il ne leur est pas permis de refuser. Les limites intrinsèques aux concepts purs et aux règles formelles obligent et légitiment l'intervention nécessaire de l'intuition. [...] dans ses formes extrêmes, le mouvement du libre juge en Amérique est à tendance nihiliste. [...] Certaines de ces formes extrêmes aboutissent à réduire le droit dans la pratique à la discrétion pure et simple du juge.[83] [soulignement ajouté]

---

83 Kennedy et Belleau, *supra* note 75 aux pp 313-15.

En somme, le *stare decisis* a pour fonction fondamentale d'encadrer la discrétion accordée au juge, afin, d'une part, d'éviter une discrétion illimitée qui conduit au « *hunch* » purement intuitif, et, d'autre part, d'éviter le soi-disant « corset de fer » qui conduit à des illogismes abusifs.

La doctrine franco-civiliste des XVIII^{e} et XIX^{e} siècles, qui avait correctement identifié le continuum de la discrétion judiciaire avec ses deux pôles extrêmes, a évolué chez nous pour prendre au XXI^{e} siècle la forme d'une doctrine québéco-civiliste de libération du « corset de fer » du *stare decisis*, qui se positionne au pôle extrême de la discrétion illimitée. Suivant cette doctrine, les juges civilistes québécois seraient peut-être prêts à appliquer un précédent, mais uniquement dans la mesure où ils se trouvent à être d'accord avec ce qu'ils jugent « persuasif » dans le précédent. En refusant le *stare decisis*, ils refusent de se soumettre à toute autorité supérieure ou hiérarchique, et ainsi, refusent de se soumettre à tout raisonnement, qui, selon leur jugement purement subjectif, ne leur semble pas persuasif.

1.3 Débat doctrinal sur le *stare decisis* en droit privé québécois

Nous avons vu précédemment que le juge civiliste québécois est tenu d'appliquer le *stare decisis* en droit public au Québec, qu'il s'agisse de droit fédéral ou québécois. Force est de conclure que les juges québécois sont familiers avec cet outil du raisonnement juridique qu'est le *stare decisis*.

Toutefois, la doctrine québécoise cherche à interdire le *stare decisis* en droit privé. Comme nous l'avons montré ci-dessus, l'interdiction prend la forme d'une doctrine québéco-civiliste de libération du « corset de fer » du *stare decisis*. Dans la présente section (1.3), nous montrerons que cette doctrine a été, jusqu'à ce jour, traditionnellement défavorable au *stare decisis*, mais qu'elle prend appui, en partie ou en totalité, sur des composantes des deux pôles du continuum (1.3.1). Dans un deuxième temps, nous montrerons que la doctrine et la jurisprudence admettent le *stare decisis* en pratique en droit québécois (1.3.2).

1.3.1 Corpus doctrinal traditionnellement défavorable envers le *stare decisis*

La position doctrinale québéco-civiliste majoritaire rejette effectivement en bloc la totalité du concept de *stare decisis*, sans faire quelque distinction que ce soit entre les diverses composantes de cette règle, ni tenir aucun compte de ses possibles interactions avec d'autres concepts juridiques. D'abord, la doctrine énonce de façon lapidaire que le juge québécois n'est « d'aucune façon » lié par les précédents, et ensuite, précise que c'est le *stare decisis* lui-même qui est rejeté:

> [...] le magistrat québécois, s'il fait abondamment référence aux décisions antérieures, n'est en aucune façon lié par les précédents. [...] L'incertitude québécoise [...] ne porte pas seulement sur le degré d'autorité du précédent, [...] mais sur le principe même du recours à la technique du précédent.[84] [soulignement ajouté]

La doctrine du rejet du *stare decisis* apparaît à partir du début du XX^{e} siècle. En 1920, le juge Pierre-Basile Mignault de la Cour suprême du Canada prescrit de cesser de recourir aux précédents de common law, parce que le système civiliste est « complet par lui-même »:

> Certaines remarques des arrêts rendus par le juge Mignault sont devenues légendaires, tel ce « Il est temps de réagir contre l'habitude de recourir [...] aux précédents de droit commun anglais, pour le motif que le Code civil contiendrait une règle qui serait d'accord avec un principe du droit anglais [...] Chaque système est complet par lui-même, et, sauf le cas où un système prend dans l'autre un principe qui lui était auparavant étranger, on n'a pas besoin d'en sortir [...].[85] [soulignement ajouté]

Cette doctrine rejetant l'application du *stare decisis* au Québec trouve écho dans la jurisprudence, comme le montre cette déclaration du juge Pratte, dans l'affaire *Wilfrid Bedard* en 1966, qui précise que le régime juridique civiliste québécois « n'admet pas la doctrine *stare decisis* »:

> Mais s'il est vrai que l'intérêt général et des raisons de convenance engagent la Cour d'appel à ne point écarter à la légère ses propres décisions, il faut bien reconnaître aussi que, sous notre régime juridique qui n'admet pas la doctrine *stare decisis*, une seule décision, si digne de respect soit-elle, ne fait pas jurisprudence.[86] [soulignement ajouté]

---

84 Mazen, *supra* note 2 aux pp 395, 399.

85 Jobin « réactions », *supra* note 46 aux pp 272-73, citant la décision concourante du juge Mignault dans *Desrosiers c. R.*, (1919-1920) 60 RCS 105 à la p 126 [*Desrosiers*].

86 *Wilfrid Bedard inc. c. Assistance Loan and Finance Corporation*, 1966 BR 113 [*Wilfrid Bedard*].

En 1992, à la fin du XX[e] siècle, le professeur Jobin a qualifié la doctrine québéco-civiliste du rejet du *stare decisis* de « dogmatique et intégriste »[87]. Au début du XXI[e] siècle, la doctrine continue à rejeter l'application la règle du *stare decisis* en droit civil québécois. Cette prise de position doctrinale se manifeste en général sous la forme d'une récitation « dogmatique et intégriste » de sa formule déclaratoire, où le doctrinaire ne prend rarement ou jamais soin de l'expliciter ni d'en fournir les justifications sous-jacentes. Autrement dit, la doctrine pose *a priori* cette formule déclaratoire comme un axiome, à partir duquel on doit raisonner, comme l'illustre bien cet extrait représentatif datant de 2002:

> Les jugements antérieurs ne constituent pas une source formelle de droit, en droit civil.[88]

La doctrine semble s'attendre à ce que les juristes québécois prennent pour acquis cette formule déclaratoire « dogmatique et intégriste », à titre de prescription contraignant le raisonnement juridique. Ainsi, aussi récemment qu'en 2012, la doctrine continue à répéter machinalement cette formule déclaratoire, ce qui en illustre la pérennité même jusqu'à notre époque contemporaine:

> Dans la tradition de la common law, c'est le *stare decisis* qui définit le régime juridique et qui établit la préséance de la jurisprudence. [...] Plutôt que de recourir à la *ratio decidendi* des décisions judiciaires antérieures, la tradition de droit civil met l'accent sur le droit écrit, ou codifié, qui est la principale source de droit.[89]

Cependant, bien que le corpus doctrinal soit traditionnellement défavorable au *stare decisis*, cela ne fait pas nécessairement l'unanimité en pratique. En effet, les juges civilistes québécois appliquent le *stare decisis* de longue date, même en droit privé, mais sans toujours l'indiquer explicitement, comme on le verra dans la prochaine sous-section.

---

87 Jobin « influence », *supra* note 43 à la p 389.

88 Josée Touchette, « Le bijuridisme canadien : coexistence de deux systèmes juridiques institutionnels » (2002) 32:1 RGD 117 à la p 123.

89 Matthew Shoemaker, « Bilinguisme et bijuridisme à la Cour suprême du Canada » (2012) 35:2 R parl can 30 à la p 32.

1.3.2 État actuel du débat: compatibilité du *stare decisis* avec le *jus commune*

Dans la présente sous-section, nous montrerons que le *stare decisis* est, en réalité, admis et appliqué *in concreto* en droit civil québécois. D'abord, nous présenterons un échantillon d'extraits doctrinaux qui font état de cette pratique, et ensuite, nous en ferons de même avec des extraits de jurisprudence.

Voilà près d'un demi-siècle, en 1973, le professeur Adrian Popovici observait que « [...] si, en droit, le précédent n'est pas obligatoire, en pratique, il l'est souvent. »[90]. Celui-ci atteste de l'application du *stare decisis* en droit civil par les tribunaux québécois, comme suit:

> La jurisprudence n'est pas censée créer du droit. [...] Officiellement, la jurisprudence ne s'attribue pas un rôle créateur. Le tribunal ne peut appliquer que la loi, qu'il doit parfois interpréter, il est vrai : "Ce n'est pas la fonction d'un tribunal de modifier ou d'amender les textes de loi, même pour corriger des situations qui semblent inéquitables". [...]
>
> > [...] En privé, la plupart de nos juges seraient en parfait accord avec la citation suivante d'O. DUPEYROUX; (*La jurisprudence, source abusive de droit*, dans *Mélanges Maury*, t. II, p. 349, à la p. 376): "C'est en tant que techniciens du droit hautement qualifiés pour déceler les imperfections des lois votées par les représentants du peuple [...] que les juges prétendent au pouvoir de compléter, voire de modifier ces lois, et bénéficient dans cette audace d'un large appui de la part des théoriciens et des praticiens du droit".[91] [soulignement ajouté]

On voit que l'opinion doctrinale cherchant à rejeter le *stare decisis* ne fait pas l'unanimité. En réalité, ce serait plutôt le contraire qui fait consensus. Popovici l'affirme en observant que « Le milieu juridique québécois est un milieu propice à l'utilisation de la jurisprudence comme source de droit.[92] [...] Le consensus du monde juridique sur l'importance de la jurisprudence comme source de règles de droit, par contre, est acquis. »[93]. Popovici oppose la position doctrinale théorique « officielle » qui rejette le *stare decisis*, à la position jurisprudentielle pratique que les juges expriment « en privé », c'est-à-dire la position « non-officielle », qui accepte et applique le *stare decisis*.

---

90 Adrian Popovici, « Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles sources de droit au Québec ? » (1973) 8 RJT (ns) 189 à la p 192.

91 *Ibid* à la p 193.

92 *Ibid* à la p 191.

93 *Ibid* à la p 199.

En 2015, le juge LeBel illustre l'opposition entre la position doctrinale théorique « officielle » et la position jurisprudentielle pratique « non-officielle », en énonçant d'abord la position qu'on pourrait qualifier d'« étroite » par rapport au rôle du juge:

> Dans la forme la plus pure d'une conception étroite du rôle de la magistrature dans la société, le juge serait assimilé à un technicien des règles juridiques, appelé à identifier ou à reconnaître la règle de droit pertinente dans une situation de fait, à apprécier si elle s'applique à celle-ci et à tirer la conclusion inévitable de son constat. En somme, le juge serait un orfèvre du syllogisme. [...] le juge ne peut que raisonner à partir de la loi générale. Il ne saurait créer la loi, rôle dévolu à un législateur qu'il n'est pas : « La première proposition est la loi générale ; la seconde exprime l'action conforme ou contraire à la loi; la conséquence est l'absolution ou le châtiment de l'accusé. »[94] [soulignement ajouté]

Ensuite, le juge LeBel poursuit l'analyse en présentant deux exemples d'affaires où les tribunaux ont clairement « créé du droit », à savoir les décisions *Torstar*[95] et *Prud'homme*[96], et montre ainsi le contraste entre la position jurisprudentielle pratique et la position doctrinale théorique:

> Ces exemples pourraient être multipliés à l'infini dans les domaines les plus divers du droit et valideraient la conclusion que les tribunaux créent du droit dans le système juridique du Québec [...] En effet, j'entends rappeler que le juge québécois est un créateur de droit. [...] il faut passer à l'acceptation de la nature réelle de la fonction judiciaire, comme elle s'exerce dans notre société et dans notre système juridique.[97] [soulignement ajouté]

Auparavant, en 2006, le juge LeBel avait déjà fait état d'un exemple où les tribunaux québécois ont « appliqué la common law » dans le cadre de la trilogie *Andrews*, *Thornton*, et *Arnold*[98]. Cet exemple de transplant de common law est ensuite passé sans prétention en jurisprudence de droit civil. Cette fonction « créatrice de droit » dans le système de droit civil avait aussi été identifiée dès 2001 par le professeur Mathieu Devinat, qui a notamment mis en lumière que les juges créent du droit par l'entremise de l'activité d'interprétation des lois:

> En premier lieu, le fait que l'interprétation de la loi puisse avoir un effet créatif est généralement tenu pour acquis par les juristes [...] L'interprétation des textes constitue aujourd'hui la voie la plus évidente de la création judiciaire.[99] [soulignement ajouté]

---

94 Louis LeBel, « La loi et le droit : la nature de la fonction créatrice du juge dans le système de droit québécois » (2015) 56:1 C de D 85 à la p 90.

95 *Grant c. Torstar Corp*., [2009] 3 RCS 640.

96 *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 RCS 663.

97 LeBel, *supra* note 94 aux pp 95, 96, 88.

98 LeBel et Le Saunier, *supra* note 78 aux pp 222-23.

99 Mathieu Devinat, *La règle prétorienne en droit civil français et dans la Common Law canadienne. Étude de méthodologie juridique comparée*, Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005, à la p 203 [éd 2001].

Après avoir vu ce que la doctrine enseigne à l'égard de la position jurisprudentielle « non-officielle », nous passerons en revue deux arrêts qui ont établi des principes encadrant l'évolution de la pratique du *stare decisis* civiliste québécois, soit *Viger c. Lauréat Giguère*[100] de la Cour suprême du Canada en 1977, et *Michaud c. Équipements ESF*[101] de la Cour d'appel du Québec en 2010, que nous contrasterons avec l'approche du juge Mignault découlant de l'arrêt *Desrosiers* en 1920, et de son article doctrinal de 1934[102].

Dans *Viger c. Lauréat Giguère*, il est bien connu que la cour a « créé du droit », en promulguant jurisprudentiellement le droit de l'enrichissement sans cause et l'action *de in rem verso* au Québec. Mais au delà de ce nouveau droit *substantif*, le juge Beetz, au nom d'une cour unanime, a établi le principe *méthodologique* suivant, qui encadre la pratique du *stare decisis* dans le système civiliste québécois:

> Le *Code civil* ne contient pas tout le droit civil. Il est fondé sur des principes qui n'y sont pas tous exprimés et dont il appartient à la jurisprudence et à la doctrine d'assurer la fécondité.[103] [soulignement ajouté]

Puisque « le *Code civil* ne contient pas tout le droit civil » et que les règles n'y sont pas toutes exprimées, il doit donc nécessairement se trouver des règles de droit civil dans une source de droit autre que le *Code civil*, mais laquelle? Des règles de droit civil peuvent se trouver d'abord dans les autres lois (par exemple, le *Code de procédure civile*)[104], et ensuite, dans les règlements[105]. Cependant, ces sources statutaires évidentes ne sont sans doute pas ce que le juge Beetz avait en tête, puisque comme autre(s) source(s) de droit civil, il pointe expressément vers (1) la jurisprudence et (2) la doctrine.

Tel qu'indiqué précédemment, pour les fins de la présente étude qui se focalise sur le *stare decisis*, nous mettons provisoirement de côté l'aspect méthodologique de l'usage de la doctrine, puisque tous s'entendent, tant dans le système civiliste québécois que dans le système canadien de common law, que la doctrine civiliste et son équivalent, le *academic commentary* (ou *scholarly commentary*), ne peuvent avoir qu'un caractère persuasif, et ne peuvent pas avoir une force liante (*binding*) envers un tribunal, mais peuvent, par contre, être d'excellentes sources d'« inspiration », dont les tribunaux font d'ailleurs un usage abondant.

---

100 *Cie Immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 RCS 67 [*Viger c. Lauréat Giguère*].
101 *Michaud c. Équipements ESF inc.*, 2010 QCCA 2350 [*Michaud*].
102 Pierre-Basile Mignault, « L'enrichissement sans cause » (1934) 13 R du D 157.
103 *Viger c. Lauréat Giguère*, *supra* note 100 à la p 76.
104 *Code de procédure civile*, RLRQ c C-25.01.
105 Voir par ex *Kraus c. Nakis Holding Ltd.*, [1969] CS 261 aux para 9-14, juge Mayrand, où un règlement de zonage a créé une « sorte » de servitude. Le règlement contient donc une règle de droit civil, non exprimée dans le *Code civil*.

Ainsi, comme l'indiquent le professeur Daniel Turp et le juriste James Leavy, eux-mêmes citant les professeurs Alain-François Bisson et Pierre Azard, de même que le doctrinaire Marcel Planiol, la doctrine ne crée pas du droit, ne constitue qu'une *source indirecte* du droit québécois et canadien, et « joue à peu près le même rôle que *l'opinion publique en politique* »:

> Qu'il s'agisse du système de droit civil ou de "common law", il demeure toutefois que la qualité de source de droit de la doctrine demeure précaire et que la négation de l'autorité formelle de celle-ci n'est guère contestable. Ainsi, les auteurs Azard et Bisson considèrent que:
>
> > Si certains auteurs ont exercé une grande influence sur l'orientation de la jurisprudence et, d'une manière plus large sur la pensée juridique de leurs contemporains, il ne s'agit là que d'une influence indirecte: beaucoup moins encore que la jurisprudence, la doctrine ne saurait prétendre au titre de source créatrice de droit.
>
> Comme ces deux auteurs le soulignent, on ne saurait toutefois nier que la doctrine tend à être une source indirecte du droit québécois et canadien et, comme l'a affirmé l'illustre Marcel Planiol, elle joue dans la science du droit à peu près le même rôle que l'opinion publique en politique. En cela, elle est appelée à exercer une influence considérable sur les détenteurs des pouvoirs législatifs et judiciaires [...] [106] [soulignement ajouté]

Par contre, suivant Turp et Leavy, à l'opposé de la doctrine, la jurisprudence tant canadienne que québécoise est « génératrice de règles de droit », et constitue donc une source formelle de droit:

> Ainsi, [...] les jugements constituent en eux-mêmes des sources de droit et c'est la mission attribuée au juge qui permet aux décisions d'être génératrices de règles de droit et nous autorise de conclure que l'ensemble des décisions, arrêts et jugements a vocation de source de droit. [...] On ne saurait en revanche ignorer l'activité créatrice du juge et nier "le rôle législatif du pouvoir judiciaire".[107] [soulignement ajouté]

Ainsi, Turp et Leavy soulignent que dans le cadre de son activité, le juge exerce un *rôle législatif*. Il va de soi que ce *rôle législatif* se manifeste uniquement dans la *ratio decidendi*, et non dans le reste de la décision. Ce qui est essentiel dans ce *rôle législatif* est la *force obligatoire* de la règle de droit[108]. En droit jurisprudentiel, la *ratio decidendi* a une *force obligatoire* dont l'application est restreinte à la ligne hiérarchique directe. Toute partie de la jurisprudence qui ne rencontre pas ces deux conditions: (1) constituer la *ratio decidendi*, et (2) être en ligne hiérarchique directe, ne peut avoir qu'un effet persuasif, n'est pas liante (*not binding*), et, sous cet aspect, est donc sur un pied d'égalité avec la doctrine.

---

106 Dainel Turp et James Leavy, *Sources et méthodologie du droit québécois et canadien*, Montréal, Thémis, 1981, à la p 485.

107 *Ibid* aux pp 319-20.

108 *Ibid* à la p 7.

En somme, en revenant à l'énoncé *méthodologique* du juge Beetz, pour qu'il y ait « du droit civil » contenu dans une décision de tribunal, il faut que l'énoncé constitue une *règle de droit liante*, et non pas un simple énoncé juridique dont l'adoption repose seulement sur son caractère persuasif. Sinon, ce n'est pas « du droit civil », mais seulement un énoncé non-liant qui, bien que figurant dans une décision de tribunal, est de la même nature qu'un énoncé doctrinal ou de *academic commentary*, et joue donc un rôle analogue à l'opinion publique en politique.

Ce *caractère liant* d'une règle de droit civil doit être clairement distingué de l'*origine* de cette règle de droit civil liante contenue dans la jurisprudence. Cette règle peut avoir une *origine interne* au droit civil, ou *externe* à celui-ci. Ainsi, une *règle d'origine interne* pourrait, par exemple, être inférée par déduction à partir du *Code civil*, ou en s'inspirant d'énoncés doctrinaux civilistes, ou encore en s'inspirant d'énoncés non-liants figurant dans des décisions de tribunaux civilistes. Une *règle d'origine externe* pourrait provenir d'un *emprunt* ou d'un *transplant* provenant d'un autre système, comme la common law[109]. Dans ce scénario, le tribunal civiliste québécois, dans un premier temps, se laisse persuader par l'énoncé original en provenance de l'autre système, énoncé qui est non-liant (*non-binding*) pour le tribunal civiliste québécois, et qui peut se trouver dans une décision de common law ou dans un *academic commentary*. Ensuite, dans un second temps, le tribunal civiliste québécois adopte cette règle et en prescrit l'application par le système judiciaire. C'est à partir de ce moment que la règle acquiert son caractère liant (*binding*) à l'égard des autres tribunaux québécois en ligne hiérarchique.

Dans ce scénario, il est impératif d'éviter de confondre l'*origine* de la règle avec son *caractère liant*: la règle *origine* de la common law, mais elle est *adoptée* par le tribunal civiliste québécois *à cause de son caractère persuasif*, et non à cause d'un quelconque caractère liant qu'elle ne possède aucunement au regard du tribunal civiliste québécois. Selon notre théorisation, il est en principe impossible[110] en droit privé qu'une décision de common law d'une autre juridiction, par exemple, de la Cour d'appel de l'Ontario, soit intrinsèquement liante (*binding*) à l'égard des tribunaux de droit civil québécois, mais elle pourrait en revanche avoir une capacité persuasive certaine.

---

109 L'emprunt ou le transplant ne sont pas *obligés* de provenir de la common law. Pour les fins de notre théorisation, l'emprunt ou le transplant pourraient tout aussi bien provenir, par exemple, du *Bürgerliches Gesetzbuch* (*BGB*). Voir à ce sujet Marième Lacroix, « La relativité aquilienne en droit de la responsabilité civile - Analyse comparée des systèmes germanique, canadien et québécois » (2013) 59:2 RD McGill 425. Dans le même ordre d'idées, l'emprunt ou le transplant pourraient tout aussi bien provenir du *Code civil de la République Populaire de Chine*.

110 Par exception, cela peut être possible, comme dans le cas des effets de commerce: voir *infra* section 2.4.

Toujours en lien avec le principe *méthodologique* du juge Beetz, rappelons d'abord que, suivant son énoncé, il existe des règles de droit civil qui sont contenues dans une autre source que le *Code civil*. Pour que ce soit une « règle de droit » civil, il faut qu'elle ait le *caractère législatif* de la *force obligatoire*; sinon ce n'est pas une « règle de droit », mais seulement un énoncé de nature doctrinale, qui a la valeur d'un énoncé d'opinion politique. La doctrine et la partie non-liante de la jurisprudence étant incapables de conférer ce caractère de force obligatoire, il s'ensuit que l'aspect *méthodologique* de l'énoncé du juge Beetz, par implication nécessaire, inclut l'exigence du *stare decisis* dans le droit civil jurisprudentiel québécois.

Le principe *méthodologique* établi par le juge Beetz est opposé à l'approche adoptée par le juge Mignault en 1920 dans *Desrosiers*. En effet, le juge Mignault rejetait non seulement les règles *substantives* de droit anglais, mais rejetait aussi la *méthodologie* du *stare decisis*, en posant en principe que le système civiliste est « complet par lui-même » et qu'« on n'a pas besoin d'en sortir », et cela, tant du point de vue des règles de droit *substantif*, que du point de vue *méthodologique*. D'abord, du point de vue des règles de droit *substantif*, le juge Mignault énonçait ce qui suit:

> Si les articles 1716 et 1717 du code civil étaient empruntés la fois de Pothier et du droit anglais ce ne serait pas une raison de dire que les principes généraux du droit anglais doivent être adoptés pour résoudre les questions auxquelles ces articles donnent lieu. Je ferais plutôt prévaloir la doctrine de Pothier et de l'ancien droit français, d'autant plus que les codificateurs ne disent pas que ces articles sont *empruntés* au droit anglais, mais, au sujet de l'article 1727 C.C., ils font remarquer que cet article est basé sur l'exposé de la doctrine de Pothier, laquelle, ajoutent-ils, *est d'accord avec* les lois anglaise écossaise, et américaine. Il me semble respectueusement qu'il est temps de réagir contre l'habitude de recourir, dans les causes de la province de Québec aux précédents du droit commun anglais pour le motif que le code civil contiendrait une règle qui serait d'accord avec un principe du droit anglais.[111] [soulignement ajouté]

Ensuite, du point de vue *méthodologique*, le juge Mignault s'exprimait comme suit:

> Chaque système, je le répète, est complet par lui-même, et sauf dans le cas où un système prend dans l'autre un principe qui lui était auparavant étranger, on n'a pas besoin d'en sortir pour chercher la règle qu'il convient d'appliquer aux espèces bien diverses qui se présentent dans la pratique journalière. [...] *Priestly* v. *Fernie*. C'est sur l'autorité de cette décision que l'honorable juge Audette a renvoyé la pétition de droit de l'appelant. [...] je crois que c'est à tort que la pétition de droit de l'appelant a été renvoyée. J'infirmerais donc le jugement dont appel [...][112] [soulignement ajouté]

---

111 *Desrosiers, supra* note 85 à la p 126.
112 *Ibid* aux p 126, 128, 130.

Dans *Desrosiers*, le juge Mignault a mis l'accent sur l'idée d'utiliser préférablement la doctrine civiliste, même si celle-ci était équivalente aux règles de common law applicables en l'espèce. L'énoncé du juge Mignault ci-dessus soutient cette première proposition: « chaque système est complet par lui-même, et on ne doit pas effectuer un emprunt ou un transplant d'une règle de droit *substantif*, à moins que ce ne soit absolument nécessaire ». Mais en outre, le juge Mignault s'est du même coup inscrit en défaveur de l'application de la *méthodologie* du *stare decisis* en droit civil québécois. L'énoncé ci-dessus soutient aussi cette seconde proposition: « chaque système est complet par lui-même, et *méthodologiquement* on n'a pas besoin d'en sortir pour chercher la règle qu'il convient d'appliquer aux espèces ». On déduit la règle à partir du *Code civil*, en s'inspirant de la doctrine civiliste, mais on ne « sortirait » pas en jurisprudence pour aller y chercher une règle *liante*. Sous cet angle, le *stare decisis* est incompatible avec l'approche préconisée par le juge Mignault. Au surplus, son dispositif confirme sa vision des choses, ayant infirmé le jugement en soulignant expressément que le juge avait appliqué la décision *Priestly v. Fernie* en vertu du *stare decisis*.

Après l'arrêt *Desrosiers* de 1920, le juge Mignault a publié en 1934 un article doctrinal[113] portant sur l'enrichissement sans cause et l'action *de in rem verso*, article par ailleurs récemment analysé et commenté par le professeur Lionel Smith[114]. Cet article du juge Mignault est convergent avec notre analyse de sa position méthodologique dans *Desrosiers* ci-dessus. En effet, le juge Mignault était précurseur de longue date de la partie *substantive* de l'arrêt *Viger c. Lauréat Giguère* de 1977, en préconisant l'emprunt ou le transplant du droit jurisprudentiel français de l'enrichissement sans cause dans le droit civil québécois.

Dans un premier temps, cette partie *substantive* de l'opinion doctrinale du juge Mignault est conforme à la première proposition dégagée ci-dessus, à savoir que l'on ne doit effectuer un emprunt ou un transplant d'une *règle de droit substantif* que si nécessaire, ce qui est le cas ici. Dans un second temps, la partie *méthodologique* de l'opinion du juge Mignault est, elle aussi, conforme à la seconde proposition dégagée ci-dessus, qui s'inscrit en défaveur de l'application de la *méthodologie* du *stare decisis* en droit civil québécois. Dans la théorisation du *stare decisis* de la présente étude, le fait d'accepter un emprunt ou un transplant d'un autre système (common law, ou droit civil français, ou autre), n'entraîne pas la conclusion syllogistique que l'on accepte aussi le *stare decisis* en droit civil québécois, ces deux concepts étant distincts.

---

113 Mignault, *supra* note 102.

114 Lionel Smith, « Pierre-Basile Mignault, « L'enrichissement sans cause »», dans Brigitte Lefebvre et Benoît Moore, dir, *Les grands textes*, Montréal, Thémis, 2018 à la p 219.

L'opinion du juge Mignault fournit un exemple de l'acceptation de l'emprunt ou du transplant du droit *substantif* de l'enrichissement sans cause, mais sans accepter l'application de la *méthodologie* du *stare decisis* en droit civil québécois. Ainsi, par exemple, le juge Mignault indique que:

> On ne croit plus maintenant que tout le droit soit consigné au Code, ce qui, du reste, n'a jamais été vrai. Et c'est un des plus curieux aspects de la science juridique contemporaine que de voir s'ériger, en marge sinon au delà des textes, de véritables constructions jurisprudentielles, qui deviennent source de droit presqu'au même titre que les textes.[115] [soulignement ajouté]

Cet énoncé, *prima facie* similaire à l'énoncé du juge Beetz, est en réalité significativement différent. Premièrement, en présumant que le juge Mignault réfère à « tout le droit *civil* »[116] qui n'est pas « consigné au *Code civil* », il révèle plus loin sa pensée du point de vue *méthodologique* en précisant que:

> On me paraît admettre la force obligatoire d'une maxime qui est l'expression d'un principe de droit formulé implicitement dans une disposition de la loi. Souvent le législateur sous-entend une de ces maximes. C'est le pourquoi de la loi qu'il édicte.[117] [soulignement ajouté]

Le juge Mignault indique explicitement que le « droit qui n'est pas consigné » au *Code civil* consiste en des énoncés que l'on infère déductivement du *Code civil*, en s'interrogeant sur ce que le législateur sous-entend et sur le pourquoi de la loi, ce qui est une technique civiliste par excellence, mais il ne fait pas de lien explicite à ce sujet avec la jurisprudence. Cette partie de l'énoncé du juge Mignault ne soutient pas la présence de *règles de droit civil liantes* dans la jurisprudence. Deuxièmement, le juge Mignault *qualifie* l'évolution jurisprudentielle de cette époque de « *curieux aspect* de la science juridique contemporaine », *reconnaissant* ainsi son *existence* en tant que phénomène, mais il ne va pas jusqu'à *entériner* cette évolution jurisprudentielle. Troisièmement, il est d'avis que la jurisprudence est une source de droit « *presque* » au même titre que les « textes »[118]. La qualification de « presque » n'est pas en conformité avec le caractère liant (*binding*) de la *ratio decidendi* applicable hiérarchiquement, qui, comme nous l'avons montré, participe du *rôle législatif* du juge, et a *force obligatoire*, et non « *presque* obligatoire ».

---

115 Mignault, *supra* note 102 à la p 157.

116 Le juge Beetz réfère à « tout le droit *civil* », alors que la formulation du juge Mignault « tout le droit » est ambiguë et peut être comprise comme référant au droit *en général*, ce qui, compte tenu du contexte de l'époque, pourrait inclure par exemple des éléments de droit *public* en sus du droit *privé*.

117 Mignault, *supra* note 102 à la p 172.

118 Par ailleurs, la mise en comparaison de la jurisprudence avec les « textes » dénote une prémisse sous-jacente selon laquelle le droit jurisprudentiel serait toujours du droit « non-écrit », contrairement au droit civil, qui est du droit « écrit ». Cette prémisse confond l'état du droit jurisprudentiel du XX^{e} siècle, qui est « écrit », avec l'ancien droit coutumier « non-écrit » datant de plusieurs siècles, voire d'un millénaire, auparavant.

Quatrièmement, enfin, le juge Mignault montre que, tout en acceptant l'emprunt ou le transplant, il utilise une approche civiliste traditionnelle qui exclut spécifiquement la méthodologie du *stare decisis*. Ainsi, à partir des exemples jurisprudentiels qu'il a recensés, il commence par synthétiser et reformuler ce qui serait l'équivalent[119] d'une *ratio decidendi* établissant le Test de l'enrichissement sans cause:

> Je me résume. Il faut : 1º un enrichissement ; 2º un appauvrissement ; 3º un lien causal entre les deux ; 4º que les deux soient sans cause ; 5º que l'appauvri n'ait pour se faire indemniser aucun autre recours, ni aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit.[120]

Cependant, du point de vue *méthodologique*, il n'accepte pas comme règle de droit cette formulation en *ratio decidendi* du Test de l'enrichissement sans cause, mais indique plutôt expressément qu'il n'accepte, comme règle de droit, uniquement que *la maxime qui sous-tend* l'enrichissement injuste:

> Il est temps de formuler mes conclusions. J'accepte comme règle de droit la maxime que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui. Il ne s'agira que d'en déduire les conséquences pratiques.[121]

Le juge Mignault adopte donc une technique civiliste par excellence qui consiste à inférer déductivement la règle de droit à partir du *Code civil*, et rejette le caractère de règle de droit du « test en cinq branches » qu'il avait lui-même synthétisé sous la forme d'une *ratio decidendi* jurisprudentielle. Son approche se confirme en fin d'analyse par sa remarque qu'il faut rester « libres » par rapport à la jurisprudence:

> Sous ces réserves, on pourra, sans aucun doute, s'aider des solutions de la jurisprudence française. D'un côté ou de l'autre, nous partons du même principe. Les résultats pratiques ne sauraient être très différents, mais nous restons libres d'apprécier ces résultats et de déterminer s'ils sont justifiés par le point de départ.[122] [soulignement ajouté]

Ces observations témoignent d'une approche civiliste québécoise traditionnelle, qui accepte les emprunts ou transplants *substantifs* lorsque requis, mais sans toutefois aller jusqu'à accepter la *méthodologie* du *stare decisis* en droit civil québécois. En terminant, il est à noter que notre étude ne cherche en rien à diminuer la valeur de l'œuvre de cet éminent juriste que fut Pierre-Basile Mignault, mais vise seulement à montrer que sa pensée civiliste authentique a constitué une assise pour ce qui est plus tard devenu le courant doctrinal s'opposant à l'application de la méthodologie du *stare decisis* en droit civil québécois.

---

119 Ce serait l'équivalent d'une *ratio decidendi* si le juge Mignault écrivait un texte jurisprudentiel à titre de juge, plutôt qu'un texte doctrinal à titre de doctrinaire, comme c'est le cas ici.

120 Mignault, *supra* note 102 aux pp 164-65.

121 *Ibid* à la p 179.

122 *Ibid* à la p 180.

De ce qui précède, nous avons conclu que c'est à partir de l'arrêt *Viger c. Lauréat Giguère*, en 1977, que la Cour suprême a méthodologiquement instauré le *stare decisis* en droit civil québécois. Le second arrêt significatif à ce chapitre est la décision de la Cour d'appel du Québec de 2010 dans *Michaud c. Équipements ESF*[123]. Dans un arrêt unanime, la juge d'appel France Thibault a, en premier lieu, déterminé que la Cour supérieure avait commis une erreur de droit en ne respectant pas le *stare decisis*, en l'occurrence en omettant de suivre l'arrêt *Massinon*[124] de la Cour d'appel, et a infirmé la décision de la Cour supérieure[125]. En second lieu, la juge Thibault a établi le principe selon lequel le *stare decisis* est *d'ordre public* au Québec:

> [93] Le juge de première instance ne s'est pas conformé aux enseignements de la Cour dans l'affaire *Massinon* [...]
>
> [94] À mon avis, le juge de première instance a commis une erreur en refusant d'accepter l'autorité du précédent [...] Le respect de l'autorité du précédent ne relève pas du caprice, mais elle reflète un impératif d'ordre public qui est de permettre aux justiciables de régler leurs affaires dans un cadre prévisible et d'agir dans ce cadre. [...] [soulignement ajouté]

L'arrêt *Michaud* a établi un courant de jurisprudence, en ayant été cité dans 70 jugements subséquents de 2011 à 2021 au Québec. Plus particulièrement, au delà des divers aspects de droit substantif dont traite l'arrêt *Michaud*, sa *ratio decidendi* spécifique établissant l'applicabilité du *stare decisis* au Québec a été appliquée à cette fin, notamment par la Cour du Québec en 2011 dans les décisions *R. c. Desormeaux*[126], *Dubreuil c. G.G.*[127], et *APCHQ c. 9117-6412 Québec inc.*[128], et par la Cour supérieure en 2017 dans *Masson c. Telus Mobilité*[129].

En conclusion, depuis la base établie par *Viger c. Lauréat Giguère* en 1977, et particulièrement depuis le courant jurisprudentiel établi par l'arrêt *Michaud* à partir de 2011, il apparaît désormais indubitable[130] que le régime juridique civiliste québécois admet le *stare decisis*.

---

123 *Michaud*, *supra* note 101.
124 *Massinon c. Ghys*, 1998 JE 98-1195 (CAQ).
125 *Michaud*, *supra* note 101.
126 *R. c. Desormeaux*, 2011 QCCQ 1470 au para 18.
127 *Dubreuil c. G.G.*, 2011 QCCQ 8922 au para 7.
128 *Garantie des bâtiments résidentiels neufs de l'APCHQ inc. c. 9117-6412 Québec inc.*, 2011 QCCQ 5272 au para 29.
129 *Masson c. Telus Mobilité*, 2017 QCCS 1675 aux para 172-173.
130 Il est à noter que dans *Genex Communications inc. c. A.Q.I.D.S.V.*, 2009 QCCA 2201 au para 27 [*Genex*], le juge Dalphond de la Cour d'appel du Québec avait avancé qu'il « n'y a pas vraiment de *stare decisis* en droit civil », sans fournir d'autorité à l'appui de cette proposition. L'appel dans *Genex* ayant été décidé à majorité sur un autre point, cette proposition a valeur d'*obiter dictum*, et a été réfutée l'année suivante à l'unanimité par *Michaud*.

> THE TRANSSYSTEMIC APPROACH, as a project of epistemology, [...] seeks to develop theoretical as well as practical knowledge to identify ideas and concepts that different legal traditions share, as well as the tensions between legal traditions [...] Confrontation thus becomes dialogue [...] transsystemia brings out the ideas and principles underlying a renewed plural legal identity. [131]

2. Analyse comparative transystémique du *stare decisis* en droit substantif

Dans la présente partie (2.), nous montrons que l'affirmation doctrinale selon laquelle les juges du système civiliste québécois « ne sont en aucune façon liés par les précédents » ne reflète pas la réalité. Dans l'activité judiciaire sur le terrain, les juges appliquent effectivement le *stare decisis*. À cette fin, nous analyserons des exemples d'application dans quatre domaines du droit. En premier lieu, nous verrons trois cas de transplants de la common law au droit civil: d'abord, le droit des affaires, avec le délit de « *passing-off* » (2.1), ensuite, le droit du travail, avec le test du congédiement pour incompétence (2.2), et enfin en droit bancaire, avec le test du délai raisonnable de rappel de prêt (2.3). En second lieu, nous analyserons le cas de la *lex mercatoria*, quasi-système distinct appliqué au Québec en raison de l'obligation statutaire imposée par la *Loi sur les lettres de change* (2.4).

2.1 Droit des affaires: Délit de commercialisation trompeuse (« *passing-off* »)

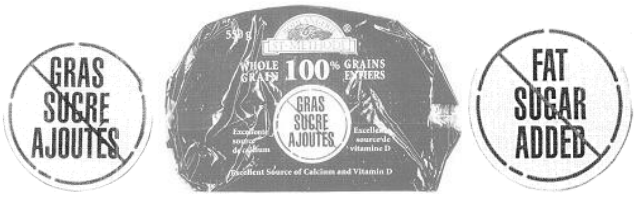
Les gens d'affaires s'entendent pour dire que le marketing est la base du commerce. Il s'agit de fournir un produit différencié de la concurrence, mais qui tire avantage des forces de cette même concurrence, forces que le marché apprécie. Ainsi, les produits peuvent être très peu différenciés, et, à la limite, la proximité peut devenir du copiage. Un tel copiage fautif cause préjudice à la victime, qui perd des ventes. L'article 1457 du *Code civil* ne précise pas quelles sont les « règles de conduite » qui s'imposent au concurrent. Dans cette section, nous verrons l'exemple de l'affaire *Boulangerie St-Méthode*, où le système civiliste québécois utilise un transplant issu de la common law: le test du délit de *passing-off* (2.1.1). Nous effectuerons ensuite une analyse comparative qui montre que le test est identique dans les deux systèmes (2.1.2). Ce test de common law constitue une application transystémique du *stare decisis* au Québec.

---

131 Yaëll Emerich, « Concepts and Words: A Transsystemic Approach to the Study of Law between Law and Language » (2017) 51 RJTUM 591 à la p 613.

2.1.1 Arrêt de principe *Boulangerie St-Méthode*

Un modèle exemplaire d'application du *stare decisis* en droit civil québécois est le dossier de *Boulangerie St-Méthode inc. c. Boulangerie Canada Bread ltée*[132], qui s'est déroulé de 2011 à 2014 inclusivement. Dans cette affaire, Canada Bread avait copié un logo (la pastille « sans gras sans sucre ajoutés ») que St-Méthode utilisait sur ses emballages de pains. La question centrale était de savoir si ce logo était « distinctif », ou simplement « descriptif », car le fait d'être distinctif implique une conclusion juridique que son usage par un concurrent constitue un délit de commercialisation trompeuse (*tort of passing-off*), et donne droit à St-Méthode à une injonction permanente contre Canada Bread. Cette question centrale est factuellement présentée de façon claire et succincte par le juge de première instance[133]:

> [4] La pastille dont St-Méthode revendique la propriété et l'usage exclusif à titre de marque de commerce est la suivante:
>
> 
>
>
> [5] Pour sa campagne de publicité débutant le 16 juin 2011, Canada Bread a inséré cette pastille sur ses présentoirs et commères d'étagère se trouvant dans les commerces où elle distribue ses pains, cette commère d'étagère étant reproduite ci-après:
>
>
>

St-Méthode commercialise la gamme de pains sans gras sans sucre ajoutés depuis 1992, et utilise la pastille à des fins de marketing depuis 1995. Contrairement aux pains de Canada Bread, la gamme sans gras sans sucre ajoutés de St-Méthode a plusieurs accréditations officielles qui attestent de sa qualité du point de vue « santé »:

---

132 *Boulangerie St-Méthode inc. c. Boulangerie Canada Bread ltée*, 2012 QCCS 83 [*Boulangerie St-Méthode* CSQ]; *Boulangerie Canada Bread ltée c. Boulangerie St-Méthode inc.*, 2013 QCCA 1503 [*Boulangerie St-Méthode* CAQ].

133 *Boulangerie St-Méthode* CSQ, *ibid* aux para 4-5.

> [77] De plus, la gamme de produits sans gras sans sucre ajoutés, qui existe depuis 1992, est recommandée par des professionnels du domaine de la santé et de la nutrition et elle est la seule à avoir reçu l'approbation de la Société canadienne du diabète comme faisant partie d'un menu équilibré adapté aux gens souffrant de cette maladie.
>
> [78] La porte-parole de l'entreprise [St-Méthode] depuis 2009 est d'ailleurs la réputée docteure en nutrition Isabelle Huot, une référence en matière de nutrition au Québec, que des mandataires de la défenderesse [Canada Bread] ont d'ailleurs tenté d'approcher au cours de la dernière année.[134] [soulignement ajouté]

St-Méthode distribue ses produits dans environ 800 détaillants et supermarchés à travers le Québec. En 2011, elle a vendu près de 6 millions de pains de la gamme sans gras sans sucre ajoutés, à des centaines de milliers de consommateurs. Dans les quelques années précédant le litige, les ventes de St-Méthode avaient considérablement augmenté, soit de 30% pour les pains santé en général, et 19% pour la gamme sans gras sans sucre ajoutés[135]. Or, durant cette même période, les données de marketing « compilées par le Groupe Nielsen démontrent la place grandissante qu'occupe St-Méthode dans le marché québécois [tandis que] Canada Bread connaît une décroissance importante au Québec »[136].

Face à cette importante décroissance dans le marché québécois, Canada Bread a développé une stratégie marketing visant à augmenter sa part relative de marché par rapport à St-Méthode. Cette stratégie marketing comprenait trois points principaux à l'égard du pain Bon Matin de Canada Bread: (1) lui ajouter du germe de blé, ce qui permettrait de prétendre qu'il s'agit de « grain entier » (« *to make a "whole grain" claim* ») tout en maintenant sa texture moelleuse; (2) compétitionner contre St-Méthode en ajoutant un pain Bon Matin désigné « sans gras sans sucre ajouté »; (3) communiquer cette mise à jour des aspects nutritifs au moyen d'un emballage remanié[137].

Canada Bread a ensuite expressément demandé à son agence de marketing de copier la pastille « sans gras sans sucre ajoutés » de St-Méthode[138].

---

134 *Ibid* aux para 77-78.
135 *Ibid* aux para 71 à 76 et 84.
136 *Ibid* aux para 14-15.
137 *Ibid* aux para 17-18.
138 *Ibid* au para 19.

En juin 2011, dès que St-Méthode constate que Canada Bread commence à utiliser la pastille, St-Méthode met Canada Bread en demeure de retirer immédiatement tout le matériel publicitaire et de cesser d'utiliser la pastille, en l'avisant que cette pastille est « distinctive » des produits de boulangerie de St-Méthode. Canada Bread répond que les mots « sans gras sans sucre ajoutés » et le Signe de Prohibition sont « dilués dans le marché alimentaire par leur utilisation fréquente et diversifiée », qu'ils ne sont pas « distinctifs », et ne peuvent donc pas constituer une marque de commerce appartenant à St-Méthode[139].

En première instance à la Cour supérieure, St-Méthode a eu gain de cause, le juge Jacques ayant déterminé que Canada Bread avait commis le délit de commercialisation trompeuse, s'était livré à de la concurrence déloyale, et avait enfreint l'article 6(5) de la *Loi sur les marques de commerce*[140]. Le juge Jacques a accordé une injonction permanente ordonnant à Canada Bread de cesser d'utiliser la pastille et de s'abstenir de le faire à l'avenir. Toutefois, la cour a rejeté la demande de dommages-intérêts punitifs en vertu de l'article 49 de la *Charte québécoise*[141] contre Canada Bread.

Canada Bread s'est pourvue en appel à la Cour d'appel du Québec. Le juge Rochette, an nom d'une cour unanime, a rejeté les neuf moyens d'appel avancés par Canada Bread, et a confirmé l'analyse juridique du juge Jacques de la Cour supérieure.

---

139 *Ibid* au para 27.
140 *Loi sur les marques de commerce*, LRC 1985, c. T-13.
141 *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ c. C-12.

2.1.2 Analyse comparative de l'usage du *stare decisis* dans *Boulangerie St-Méthode*

Dans la présente sous-section, nous allons analyser comment le *stare decisis* a été appliqué dans l'affaire *Boulangerie St-Méthode*, tant par la Cour supérieure que par la Cour d'appel du Québec. En premier lieu, nous allons recenser les sources de droit utilisées par les deux cours. En second lieu, nous synthétiserons le test complet du délit de « *passing off* » en droit civil québécois.

En première instance, le juge Jacques structure ses motifs à partir des sources suivantes.

D'abord, il cite les dispositions législatives pertinentes en droit fédéral et en droit québécois: la *Loi sur les marques de commerce*, articles 2, 4, 6, et 7, et le *Code civil*, articles 7 et 1457.

Ensuite, le juge Jacques expose le droit jurisprudentiel relatif au délit de *passing-off*, en s'appuyant sur trois arrêts de la Cour suprême du Canada, et trois arrêts de la Cour d'appel du Québec. L'arrêt de principe de la Cour suprême est *Ciba-Geigy c. Apotex*[142] en 1992, où le juge Gonthier, au nom d'une cour unanime, a établi un test à trois éléments nécessaires à une action en *passing-off*[143]: 1) existence d'un achalandage; 2) déception du public due à la représentation trompeuse; 3) dommages actuels ou possibles pour le demandeur. Le juge Jacques s'appuie ensuite sur deux autres arrêts subséquents de la Cour suprême pour compléter le test de *Ciba-Geigy*: l'arrêt *Mattel*[144] en 2006, et l'arrêt *Masterpiece*[145] en 2011, portant tous deux sur la notion de « confusion » au sens de l'article 6 de la *Loi sur les marques de commerce*. Les trois arrêts de la Cour d'appel cités par le juge Jacques sont: *Kisber*[146] en 1998, *Auto Prix*[147] en 2006, et *T-Rex*[148] en 2008, qui, tous trois, traitent du délit de *passing-off* et citent les critères de *Ciba-Geigy*.

Enfin, le juge Jacques s'appuie sur un texte de doctrine de 2005 de la professeure Charlaine Bouchard, portant sur la notion d'« achalandage » dans le contexte de l'action en *passing-off*.

---

142 *Ciba-Geigy Canada Ltd. c. Apotex Inc.*, [1992] 3 RCS 120 [*Ciba-Geigy*].
143 *Boulangerie St-Méthode (CSQ)* au para 54. Nous utilisons la graphie *passing-off* en français, suivant *Ciba-Geigy*.
144 *Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, [2006] 1 RCS 772 [*Mattel*].
145 *Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc.*, [2011] 2 RCS 387 [*Masterpiece*].
146 *Kisber & Co. Ltd c. Ray Kisber & Associates Inc.*, 1998 CanLII 12807 (QCCA) [*Kisber*].
147 *9055-6473 Québec inc. c. Montréal Auto Prix inc.*, 2006 QCCA 627 [*Auto Prix*].
148 *T-Rex Véhicules inc. c. 6155235 Canada inc.*, 2008 QCCA 947 [*T-Rex*].

En appel, le juge Rochette reprend et entérine chacune des six sources jurisprudentielles et la source doctrinale, recensées ci-dessus, sur lesquelles le juge Jacques s'était appuyé en première instance pour établir le test du *passing-off*. En outre, le juge Rochette rajoute les deux sources additionnelles suivantes: l'arrêt *Veuve Cliquot*[149] de la Cour suprême en 2006, concourant avec l'arrêt *Mattel* pour la norme du « consommateur pressé » du test, et un texte doctrinal de common law, *Fox on Canadian Law of Trade-Marks and Unfair Competition*[150] au soutien des divers éléments, et en particulier le « caractère distinctif » du test[151].

En résumé, la Cour d'appel, unanime, a maintenu et entériné la totalité des motifs du juge Jacques, tant pour les sources de droit que pour la structure de l'argumentation[152], et, en outre, a complété le tout en rajoutant deux sources supplémentaires à l'appui de deux points spécifiques du test.

Cette recension des sources de droit utilisées par les deux cours permet maintenant de synthétiser le test complet du délit de *passing-off* en droit civil québécois. Ce test est fondé d'abord sur la base des trois éléments de *Ciba-Geigy*, qui seront ensuite complétés par les six arrêts additionnels de la Cour suprême et de la Cour d'appel, de même que les deux sources doctrinales additionnelles, qui déclinent des précisions et détails à partir des trois éléments de base.

Une fois le test établi en droit civil québécois, nous le comparons point par point avec le test tel qu'établi en common law de façon générale, et en particulier en common law canadienne dans les provinces autres que le Québec, et arrivons à la conclusion que les deux tests sont identiques.

Le Tableau 2 à la page suivante présente cette synthèse.

---

149 *Veuve Clicquot Ponsardin c. Boutiques Cliquot Ltée*, [2006] 1 RCS 824 [*Veuve Cliquot*].

150 Kelly Gill et R. Scott Jollife, *Fox on Canadian Law of Trade-Marks and Unfair Competition*, 4e éd, (feuilles mobiles), Toronto, Carswell, 2002 [*Fox*].

151 Le juge Rochette rajoute aussi quatre autres sources jurisprudentielles au soutien des questions subsidiaires concernant les témoins experts. Il est à noter que ces questions relèvent du droit de la preuve, et ne sont pas centrales au test de *passing-off*, puisque ce n'est pas dans tous les cas que les parties présenteront de la preuve experte. Pour cet aspect complémentaire, voir *Boulangerie St-Méthode* CAQ, *supra* note 132 aux para 42-44.

152 Voir *Boulangerie St-Méthode* CAQ, *supra* note 132 aux para 4-19.

TABLEAU 2
Synthèse
Test du délit de *passing-off* en droit civil québécois
et comparaison avec la common law canadienne

	Droit civil québécois		Common law canadienne
1	Existence d'un achalandage. [*Ciba-Geigy*, 1992 CSC, élément 1]		**Identique:** *Ciba-Geigy* (CSC) est en appel de la Cour d'appel de l'Ontario, et suit la common law ontarienne et générale.
	1.1	Marque, ou étiquetage ou emballage du produit est/sont reconnu(s) par le public comme constituant un caractère « distinctif ». [*Kisber*, 1998 CAQ]	**Identique:** *Kisber*: « dégagé du droit anglais », citant *Reckitt*[153], 1990 House of Lords (Lord Oliver), cité dans *Ciba-Geigy* à la p 132.
	1.2	Une combinaison de mots, même communs, peut avoir un caractère « distinctif ». [*Auto Prix*, 2006 CAQ]	**Identique:** *Auto Prix* réfère sur ce point à *Via Rail*[154], qui renvoie sur ce point à *Fox* et à un courant de jurisprudence de common law.
	1.3	Existence d'un achalandage = test en 2 volets: 1. Achalandage, réputation ou notoriété propre. 2. Produit est reconnu d'après l'élément imité. [*Charlaine Bouchard*, 2005]	**Identique:** Ces 2 volets sont présents dans les critères de *Reckitt*, cité dans *Ciba-Geigy* à la p 132, sans que le mot « test » soit utilisé dans *Reckitt* pour ces 2 volets.
	1.4	Preuve de calque ou de copie crée présomption d'achalandage et de caractère distinct. [*T-Rex*, 2008 CAQ]	**Identique:** Cette présomption provient de la common law, voir référence à *Fox* dans *Boulangerie St-Méthode* CAQ, aux para 30-31.
2	Déception du public due à la représentation trompeuse. [*Ciba-Geigy*, 1992 CSC, élément 2]		**Identique:** *Ciba-Geigy* (CSC) est en appel de la Cour d'appel de l'Ontario, et suit la common law ontarienne et générale.
	2.1	Représentation amène, ou est susceptible d'amener à croire, que produits sont les mêmes. [*Kisber*, 1998 CAQ]	**Identique:** *Kisber*: « dégagé du droit anglais », citant *Reckitt*, cité dans *Ciba-Geigy* à la p 132.
	2.2	Test = Client ordinaire, raisonnable et avisé, mais sans plus, standard première impression. [*Auto Prix*, 2006 CAQ]	**Identique:** *Auto Prix* réfère sur ce point à *Kisber* (« pas sur ses gardes »), ce dernier référant sur ce point à *Fox* en common law: « unwary purchaser ».
	2.3	Risque de confusion: *in concreto* point de vue clientèle, et non *in abstracto* public général. [*T-Rex*, 2008 CAQ]	**Identique:** *T-Rex* emploie les expressions *in concreto* et *in abstracto* pour désigner le concept de common law basé sur un corpus jurisprudentiel: voir *T-Rex* aux para 60-62.
	2.4	Confusion: consomateur moyen pressé, réminiscence imparfaite de la marque. [*Mattel*, 2006 CSC; *Veuve Cliquot*, 2006 CSC]	**Identique:** Norme provient de la common law, voir notamment: *Klotz c. Corson*[155], 1927 C.S. Ont.; voir aussi *Coca-Cola*[156], 1942 C.P.
	2.5	Marque doit être analysée comme un tout, sans considérer chaque partie séparément. [*Masterpiece*, 2011 CSC]	**Identique:** *Masterpiece* (CSC) est en appel de la Cour d'appel Fédérale, d'une cause provenant de l'Ontario et de l'Alberta, et suit la common law générale.
3	Dommages actuels ou possibles pour le demandeur. [*Ciba-Geigy*, 1992 CSC, élément 3]		**Identique:** *Ciba-Geigy* (CSC) est en appel de la Cour d'appel de l'Ontario, et suit la common law ontarienne et générale.
	3.1	Demandeur subit, ou est susceptible de subir, des dommages à cause de la croyance erronée. [*Kisber*, 1998 CAQ]	**Identique:** *Kisber*: « dégagé du droit anglais », citant *Reckitt*, cité dans *Ciba-Geigy* à la p 132.
	3.2	Demandeur n'a pas encore subi préjudice pécuniaire quantifiable , mais en subira. [*Auto Prix*, 2006 CAQ]	**Identique:** *Auto Prix* renvoie sur ce point à *Ciba-Geigy*, ce dernier citant *Reckitt*, qui qualifie cette situation anticipée de « *quia timet* ».

153 *Reckitt & Colman Products Ltd. c. Borden Inc.*, [1990] 1 All ER 873 (HL), Lord Oliver.
154 *Via rail Canada inc. c. Location via-route inc.*, [1992] RJQ 2109, 96 DLR (4e) 347 (CAQ).
155 *Klotz c. Corson* (1927), 33 O.W.N. 12 (CS).
156 *Coca-Cola Company of Canada Ltd. c. Pepsi-Coca Company of Canada Ltd.*, [1942] 2 DLR 657 (CP).

La première conclusion, et la plus évidente, qui est mise en lumière par la comparaison présentée au Tableau 2, est que l'ensemble des trois éléments de base du test, de même que l'ensemble des onze sous-éléments du test, ont tous leur correspondance directe identique en common law générale et/ou en common law canadienne. On peut dès lors en tirer la conclusion que, du point de vue substantif, le Test du délit de *passing-off* en droit civil québécois est identique au test de *passing-off* de common law.

Une deuxième conclusion a trait à deux particularités du test en droit civil québécois: la première étant l'usage de l'expression doctrinale « test en deux volets »[157] au sous-élément 1.3, et la seconde étant l'usage des deux expressions « *in concreto* » et « *in abstracto* »[158] au sous-élément 2.3. Il est à noter que ces expressions ne changent pas le fond du test de common law.

Ainsi, même si le terme « volet » n'est pas employé, les « deux volets » sont substantivement présents dans l'énoncé de principe de Lord Oliver dans l'arrêt *Reckitt* de la House of Lords, cité dans *Ciba-Geigy*[159]:

> [Volet 1 =] [...] il doit établir l'existence d'un achalandage ou d'une réputation relativement aux produits ou services qu'il fournit en raison du fait que le public associe, sans son esprit [= notoriété], la présentation particulière [= propre] [...]
>
> [Volet 2 =] [...] de sorte que cette présentation est reconnue par le public comme constituant un caractère distinctif des produits ou services du demandeur. [soulignement original omis, notre soulignement ajouté]

L'arrêt *Reckitt*, en 1990, a réaffirmé le test en trois éléments du *passing-off*, et, suivant un style de rédaction jurisprudentielle fréquemment employé par souci de concision envers les praticiens, Lord Oliver a sans aucun doute choisi de ne pas décomposer le test en sous-éléments numérotés, comme nous le faisons dans la présente étude à des fins analytiques. Cependant, les « deux volets » sont effectivement présents au plan substantif, sous le premier élément, tel que montré ci-dessus.

---

157 Ce test en deux volets a été formulé par le juge Jacques dans *Boulangerie St-Méthode* CSQ, *supra* note 132 aux para 68-70, et confirmé par le juge Rochette dans *Boulangerie St-Méthode* CAQ, *supra* note 132 au para 8.

158 Ces deux expressions sont proposées par le juge Chamberland dans *T-Rex*, *supra* note 148 au para 60.

159 *Ciba-Geigy*, *supra* note 142 à la p 132.

De même, l'idée d'appréciation « *in concreto* » plutôt que « *in abstracto* » correspond à l'impératif de dûment accorder considération aux faits particuliers propres à chaque cas, plutôt que de tenter d'appliquer une proposition théorique à vocation générale à des cas hétérogènes. Cette notion se fonde sur un corpus jurisprudentiel auquel se réfère le juge Chamberland dans l'arrêt *T-Rex*[160]. Par exemple, le consommateur prend naturellement plus de précautions pour l'achat d'une voiture que pour l'achat d'un repas, et il faut donc apprécier une telle situation d'achat *in concreto*. De la même façon, lorsque le consommateur choisit une marchandise sur les rayons d'un supermarché, « la représentation trompeuse risque de "prendre" plus facilement » que dans le cas d'un produit de luxe, et il faut donc apprécier une telle situation d'achat *in concreto*. Également, « dans certains marchés, il conviendra de présumer le bilinguisme fonctionnel » d'un consommateur, et il faut donc apprécier une telle situation d'achat *in concreto*.

Les quelques cas que nous mentionnons ici ne constituent que quelques exemples illustratifs, mais il faut garder à l'esprit que la jurisprudence abonde de cas particuliers où les tribunaux ont apprécié la situation concrètement. La terminologie préconisée par le juge Chamberland est donc tout à fait indiquée.

Ces deux particularités du test ont pour résultat de concilier des éléments terminologiques civilistes avec les composantes substantives du test de common law, sans en modifier la teneur sur le fond.

Au delà de ces deux particularités, le caractère identique de l'ensemble des éléments et sous-éléments du test, de même que l'approche analytique retenue par la Cour supérieure, et confirmée par la Cour d'appel, permettent de tirer la conclusion générale que l'application du *stare decisis* eu égard au test du délit de *passing-off* est transystémique entre le droit civil québécois et la common law canadienne.

---

160 *T-Rex*, *supra* note 148 aux para 60-62.

2.2 Droit du travail: Congédiement pour incompétence

Comment définit-on ce qu'est de l'« incompétence »? Ensuite, dans lesquelles des multiples circonstances en milieu de travail un employeur peut-il unilatéralement résilier un contrat de travail pour « incompétence » du salarié? Ces questions trouvent réponse en droit civil québécois par un courant jurisprudentiel qui utilise le *stare decisis* afin d'appliquer un test de common law en droit de l'emploi, connu sous le nom de « Test *Edith Cavell* », initialement développé en Colombie-Britannique, et qui a par la suite cheminé jusqu'au Québec. D'abord, nous analyserons ce test et verrons comment il a été introduit en droit civil québécois (2.2.1). Ensuite, nous passerons en revue son utilisation pratique à travers le flux du courant jurisprudentiel québécois (2.2.2).

2.2.1 Test du congédiement pour incompétence de la décision *Edith Cavell*

Edith Cavell[161], infirmière Britannique parlant couramment français, était surintendante d'un hôpital et d'une école de sciences infirmières à Bruxelles, pendant l'occupation Allemande lors de la Première Guerre Mondiale. En 1915, après qu'elle eut organisé un réseau de fuite pour les soldats Alliés, elle connut une fin tragique lorsque les Allemands l'ont arrêtée pour trahison puis fusillée par peloton d'exécution. Son histoire de dévouement et de courage a été source d'inspiration dans le monde du nursing, commémorée par plus de 100 monuments dans 15 pays. Au Canada, la plus haute montagne de l'Alberta dans le Parc National de Jasper a été nommée Mount Edith Cavell[162]. Bon nombre d'hôpitaux et de centres de santé portent son nom, qui est devenu un modèle de référence synonyme des vertus de dévouement, de professionnalisme et d'intégrité en nursing[163]. C'est un tel ethos qui a façonné le contexte dans lequel le Edith Cavell Private Hospital s'efforçait de maintenir des normes élevées de compétence, et qui a conduit, en 1982, à l'affaire *Edith Cavell Private Hospital*[164], une cause en droit du travail à Vancouver, Colombie-Britannique.

---

161 Voir Alison S. Fell et Claudia Sternberg, « Nurse-Martyr-Heroine: Representations of Edith Cavell in Interwar Britain, France and Belgium » (2018) 11:4 J War & Culture Stud 273.

162 Parks Canada. *Mount Edith Cavell. In the Heart of the Subalpine*. Ottawa, Minister of the Environement, 1983.

163 Terri Arthur, « Edith Cavell: The Other Nightingale » (2020) 25:2 Online J Issues in Nursing 1.

164 *Re Edith Cavell Private Hospital and Hospital Employees' Union, Local 180*, 1982 6 LAC (3d) 229 (TA) [*Edith Cavell*].

Dans cette affaire, l'employée[165] Fe Datwin avait été embauchée par l'employeur Edith Cavell Private Hospital en 1973 à titre de diététicienne adjointe, puis a été promue comme sous-chef et enfin chef cuisinier en 1976. L'employeur l'a congédiée en 1981, alléguant deux « raisons » et cinq « plaintes » se rapportant à sa compétence[166], qui avaient surtout trait à l'organisation de son travail et à l'inventaire. L'arbitre Hope a conclu que l'employeur n'alléguait pas de motifs disciplinaires, mais plutôt des motifs reliés au rendement de l'employée. Il note aussi que la jurisprudence arbitrale considère qu'un « mauvais rendement » peut être traité comme « *culpable* », ou « *non-culpable* », ce qui correspond à la notion de faute en droit civil, à savoir « fautif » ou « non-fautif ». Il poursuit en observant que dans ce dossier, les déficiences alléguées du rendement de l'employée ne sont aucunement « *deliberate* » (délibérées), mais constituent simplement un rendement que l'employeur trouve insatisfaisant, sans que cela n'entraîne nécessairement de la discipline d'employeur.

La *ratio decidendi* de cette décision[167], lue de façon générale, est formulée comme suit:

> [Where] the assertions with respect to poor job performance are non-culpable [...] It is not open to an employer alleging a want of job performance to merely castigate the performance of the employee. It is necessary that specifics be provided. [soulignement ajouté]

La *ratio decidendi*, lue de façon plus spécifique, est formulée sous forme d'un test à appliquer à un congédiement pour incompétence non-fautive, qui sera plus tard appelé le « Test *Edith Cavell* »[168]:

> An employer who seeks to dismiss an employee for a non-culpable deficiency in job performance must meet certain criteria:
>
> (a) The employer must define the level of job performance required.
> (b) The employer must establish that the standard expected was communicated to the employee.
> (c) The employer must show it gave reasonable supervision and instruction to the employee and afforded the employee a reasonable opportunity to meet the standard.
> (d) The employer must establish an inability on the part of the employee to meet the requisite standard to an extent that renders her incapable of performing the job and that reasonable efforts were made to find alternate employment within the competence of the employee.
> (e) The employer must disclose that reasonable warnings were given to the employee that a failure to meet the standard could result in dismissal. [soulignement ajouté]

---

165 Nous traduisons ici « *employee* » par « employé », correspondant à « salarié » en droit civil québécois.
166 *Edith Cavell, supra* note 164 à la p 230.
167 *Ibid* à la p 233.
168 *Ibid*.

En l'espèce, le tribunal a décidé que l'employeur ne passait pas le test, et a réintégré l'employée au motif que celle-ci avait occupé le poste de chef cuisinier pendant cinq ans, à la connaissance de l'employeur et sous sa direction. En outre, l'employeur avait effectué diverses réorganisations qui ont affecté et complexifié les tâches de l'employée. L'arbitre était d'avis que dans de telles circonstances, il n'est pas suffisant de simplement produire à l'employée une copie de la description de tâches, et de lui imposer l'obligation d'accomplir à la lettre tout ce qui peut y être stipulé. L'employeur doit plutôt se conformer au Test *Edith Cavell*, de façon à ce que l'employée, d'une part, puisse avoir la possibilité d'atteindre le niveau de rendement exigé, et, d'autre part, puisse être en mesure, le cas échéant, d'exercer ses droits de contester les conséquences disciplinaires des actions de l'employeur.

Par ailleurs, l'arbitre a confirmé que tout employé a l'obligation de satisfaire à une norme raisonnable de rendement au travail, et qu'en l'espèce, la décision n'a pas pour effet d'entériner le rendement spécifique de l'employée. Dans cet ordre d'idées, l'arbitre a en outre considéré la demande subsidiaire de l'employeur d'imposer une démotion à l'employée, mais n'y a pas fait droit dans ce cas, à cause d'une preuve insuffisante sur la balance des probabilités. En ce sens, la décision s'inscrit dans un sous-courant naissant de la jurisprudence, permettant une démotion pour incompétence non seulement « fautive », mais aussi « non-fautive », ce qui serait concordant avec le critère « (d) » du Test *Edith Cavell*. Comme l'indiquent dès 1984 les auteurs doctrinaux Brown & Beatty:

> The general idea now seems to be that demotion or transfer is an appropriate disciplinary response where blameworthy, viz., wilful, conduct undermines the competence of the employee to perform his job and is amenable to a corrective response. It has also been said that a disciplinary demotion or transfer is appropriate where the misconduct is job related. [...] *Edith Cavell Private Hospital* (1982), 6 L.A.C. (3d) 229 (Hope); [...] [169] [soulignement ajouté]

D'un point de vue plus général, l'affaire *Edith Cavell* témoigne de la volonté du tribunal de prendre en compte les intérêts des parties au contrat de travail dans un contexte plus large de relations industrielles. En effet, l'arbitre Hope prend la peine de préciser que la gestionnaire qui avait congédié l'employée pour incompétence, était « [...] a woman of sophisticated business acumen and considerable energy and expertise in her chosen profession », pour ensuite déclarer assez clairement que cette gestionnaire était elle-même « incompétente » en relations industrielles:

---

[169] Donald J.M. Brown et David M. Beatty, *Canadian Labour Arbitration*, 2e éd, Aurora, Canada Law Book, 1984 à la p 422 [*Brown & Beatty*], cité dans *Lachance et Zellers Inc.*, (1986) [1987] TA 10, DTE 87T-12, au para 55.

> She did not, with respect to her, demonstrate a sure grasp of the industrial relations and arbitral principles applicable in a collective bargaining milieu. Those observations are not intended as criticism of Mrs. Fraser whose business and administrative skills became apparent in the arbitration. It is to acknowledge that industrial relations is an expertise unto itself that can elude a senior management whose views of managements rights may be more parochial than the adversarial reality of collective bargaining relationship advises or permits.[170] [soulignement ajouté]

Pourquoi le tribunal a-t-il pris la peine d'exprimer explicitement cette réalité dans sa décision? C'est là que le contexte prend son importance. L'employeur gestionnaire de l'hôpital était évidemment motivé à rechercher l'« excellence » dans la prestation de services aux patients et bénéficiaires. Cet idéal de dévouement et de professionnalisme dans la prestation de services de santé reflète l'ethos du courant de pensée issu de l'infirmière modèle Edith Cavell, dont l'Hôpital a adopté le célèbre nom. En outre, le Edith Cavell Private Hospital était un hôpital privé, et non pas public, et donc dépendant de la satisfaction des patients et bénéficiaires de sa prestation sous un régime contractuel de droit commun, non pas de droit administratif comme pour les hôpitaux publics. On comprend dès lors que l'employeur gestionnaire recherche les niveaux les plus élevés d'excellence pour sa prestation de services, et qu'il cherche ainsi à « pousser » les employés à atteindre un summum de performance, d'où son insatisfaction par rapport au rendement de l'employée, qui ne s'avérait que « moyen ».

C'est dans cet esprit que le tribunal a indiqué qu'un congédiement pour ce que l'employeur considère comme de l'« incompétence » doit être encadré par un processus équitable (*due process*). L'idéal de la recherche du summum de l'excellence ne peut pas être poussé à un tel extrême qu'il supprime les droits de justice fondamentale de l'employé, en l'occurrence, le droit de l'employé d'avoir une occasion véritable de répondre à l'exigence de rendement imposée par l'employeur, soit en s'ajustant pour rencontrer les attentes exprimées, soit en contestant leur bien-fondé.

Après que la décision *Edith Cavell* ait été rendue en 1982, il s'est développé un courant de jurisprudence pan-canadien qui a appliqué le « Test *Edith Cavell* ». Jusqu'en 2021, en plus de 35 applications directes, *Edith Cavell* a été cité et considéré dans au moins 109 autres décisions au Fédéral et dans huit provinces[171].

---

170 *Edith Cavell, supra* note 164 à la p 234.

171 Ces statistiques proviennent d'une recherche sommaire dans les bases de données CanLII et WestLaw, aux seules fins de donner un aperçu du courant jurisprudentiel. Il est possible que d'autres cas non répertoriés existent.

2.2.2 Au Québec: courant jurisprudentiel du Test *Edith Cavell* et arrêt de principe *Costco*

Au Québec, l'adoption du Test *Edith Cavell* au moyen du *stare decisis* en droit civil s'est produite relativement tôt dans le courant jurisprudentiel pan-canadien décrit ci-dessus, soit en 1994. Toutefois, le cheminement d'adoption et d'intégration s'est avéré plus complexe, sans nul doute en raison des considérations doctrinales dont nous avons traité à la Partie 1.

Dans l'affaire *Maison Ami-co*[172], la salariée, Madame Denault, était représentante des ventes de produits de coiffure, rémunérée à commission. Elle a été congédiée en 1993, l'employeur alléguant des motifs hybrides de discipline et d'incompétence. Suite à une plainte en vertu de l'article 124 de la *Loi sur les normes*[173], le Commissaire du travail[174] a rejeté les motifs disciplinaires invoqués par l'employeur, a déclaré que le congédiement pour incompétence était injustifié, et a adjugé à M^me^ Denault une indemnité de 16 mois de salaire. Le commissaire M^e^ Benoît Monette a appliqué le Test *Edith Cavell*, comme l'indique le juge Forget de la Cour supérieure, siégeant en révision judiciaire[175]:

> Analysant la preuve, le commissaire reconnaît le bien-fondé du grief de l'employeur sur le rendement inadéquat de madame Denault : (p. 23)
>
> > "La contre-performance de la plaignante au niveau de ses ventes, surtout à compter du mois de janvier 1993, est largement prouvée……"
>
> Est-ce un motif suffisant de congédiement, s'interroge l'arbitre. Il énonce les critères qui lui serviront de base dans son analyse, critères qu'il tire d'une décision de l'arbitre Hope, commentée dans un article de doctrine [Citation omise]:
>
> > "The most frequently cited case dealing with incompetence is the decision by Arbitrator Allan Hope in *Edith Cavell Private Hospital v. Hospital Employees Union, Local 180* [(1982) 6 L.A.C, (3d) 229 (June 29, 1982) (Hope)] [...].

Le juge Forget entérine l'usage du Test *Edith Cavell,* et identifie spécifiquement la *ratio decidendi* de sa décision comme se rattachant à un manquement à la branche « (c) » du Test *Edith Cavell*:

> [...] l'arbitre a conclu que l'employeur aurait dû apporter une aide à une employée éprouvant des difficultés dans l'accomplissement de ses fonctions avant de la congédier; telle est la *ratio decidendi* de sa décision.[176] [soulignement ajouté]

---

172 *Maison Ami-co (1981) inc. c. Monette*, 1994 DTE 94T-1419 (CSQ) [*Maison Ami-co*].
173 *Loi sur les normes du travail*, RLRQ c. N-1.1.
174 Décision du 28 mai 1994, non publiée, citée dans *Maison Ami-co*, *supra* note 172 aux para 5-6.
175 *Maison Ami-co*, *supra* note 172 aux para 10-11.
176 *Ibid* au para 25.

Après avoir analysé tous les moyens invoqués par la requérante, le juge Forget rejette la requête en révision judiciaire, confirmant la décision de première instance du Commissaire du travail, et ainsi, incorpore le Test *Edith Cavell* dans le droit civil québécois.

Après *Maison Ami-co*, soit de 1995 à 2004, la décision *Edith Cavell* elle-même a continué à être appliquée dans trois décisions de tribunaux administratifs en droit du travail au Québec. En 1995, dans trois dossiers[177] de plaintes en vertu de l'article 124 de la *Loi sur les normes*, le Commissaire du travail a déclaré que les congédiements pour incompétence étaient injustes, et a donné gain de cause aux quatre salariés concernés. Dans *L'Écuyer* et *Dufour & Duquette*, le commissaire Monette a expressément basé sa décision sur le Test *Edith Cavell*, et, dans *Dufour & Duquette*, il a en outre cité *Maison Ami-co* avec approbation. Dans *Laprise*, le commissaire Doré a, lui aussi, expressément basé sa décision sur le Test *Edith Cavell*.

En 2000-2001, deux de ces précédents ont été repris dans l'affaire *Garage Montplaisir*[178], soit la décision *L'Écuyer* du commissaire Monette en 1995, basée expressément sur le Test *Edith Cavell*, et la décision *Château Vaudreuil*[179] de la commissaire Bélanger en 1998, basée sur une modification du Test *Edith Cavell*, sans le référencer nommément. Dans *Garage Montplaisir*, le gérant des ventes fut congédié pour incompétence. En 2000, dans le cadre d'un recours en vertu de l'article 124 de la *Loi sur les normes*, le commissaire Couture[180] a repris le Test *Edith Cavell* modifié tel qu'exprimé dans *Château Vaudreuil*[181]. En 2001, en révision judiciaire en Cour supérieure, le juge Verrier cite avec approbation le test modifié dans *Château Vaudreuil*[182], conclut que le commissaire Couture n'a pas erré de façon manifestement déraisonnable, et rejette la requête en révision judiciaire. Avec *Garage Montplaisir*, la Cour supérieure a introduit le Test *Edith Cavell* modifié.

Du point de vue du courant jurisprudentiel, l'effet de *Garage Montplaisir* en 2001 a été de créer une contradiction avec *Maison Ami-co* de 1994, deux décisions de la Cour supérieure du Québec.

---

177 *Dufour et Helca Métro ltée (Duquette et Helca Métro ltée)*, [1995] CT 236, DTE 95T-449 (Benoît Monette) [*Dufour & Duquette*]; *Laprise et Clinique familiale St-Vincent enr.*, (1995) DTE 95T-557 (CT) (Jacques Doré) [*Laprise*]; *L'Écuyer et Marché Lord inc*. [1995] CT 258, DTE 95T-622 (Benoît Monette) [*L'Écuyer*].

178 *Garage Montplaisir ltée c. Couture*, 2001 CanLII 26458 (CSQ) [*Garage Montplaisir*].

179 *Bonin et Sheraton Château Vaudreuil*, 1998 DTE 98T-646 (CT), au para 32 [*Château Vaudreuil*].

180 *Savoie c. Garage Montplaisir inc.*, 2000 CM-1005-5665, 1er mai 2000 (CT).

181 *Garage Montplaisir*, *supra* note 178 au para 44.

182 *Ibid* au para 82.

Plus précisément, en vertu de *Maison Ami-co*, le Test *Edith Cavell* inclut l'obligation de l'employeur de faire des efforts raisonnables pour réaffecter l'employé, alors qu'en vertu de *Garage Montplaisir*, le Test *Edith Cavell* n'inclut pas cette obligation de réaffectation. Cette contradiction sera résolue par la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Costco*[183].

Dans *Costco*, le directeur-adjoint fut congédié pour incompétence en 2002. En première instance en 2003[184], la Commission des relations du travail a appliqué le Test *Edith Cavell* modifié en citant comme autorité la décision de première instance de *Garage Montplaisir*[185]. En 2005, le juge Delisle de la Cour d'appel du Québec a noté que la décision de première instance utilisait le test modifié, et a rétabli le Test *Edith Cavell* original, en référant directement à la décision *Edith Cavell* comme source de droit originale[186], mais sans invalider la décision de première instance, qui s'appuyait sur des critères communs aux deux versions du test. Ce renversement opéré par la Cour d'appel du Québec s'appuie sur un arrêt de la Cour suprême du Canada rendu en 2004, soit entre les deux instances *Costco*. Dans l'arrêt *Lethbridge College*[187], la Cour suprême a entériné le Test *Edith Cavell* original, comme l'avait fait la Cour d'appel de l'Alberta, ajoutant qu'il pourrait s'appliquer non seulement à de la conduite « non blâmable », mais possiblement aussi à de la conduite « blâmable »[188].

C'est ainsi que l'arrêt *Costco* de la Cour d'appel du Québec en 2005 est devenu l'arrêt de principe, qui, par application du *stare decisis*, établit le Test *Edith Cavell* comme l'état du droit en matière de congédiement pour incompétence en droit civil québécois. Toutefois, dans *Costco*, les paragraphes 13 à 15 ont été par la suite mal interprétés par les tribunaux inférieurs, de sorte qu'il y a eu une période d'ambiguïté durant laquelle l'obligation de l'employeur de faire des efforts raisonnables pour réaffecter l'employé n'a pas été citée. La Cour supérieure, dans l'affaire *Kativik*[189] en 2017, a rectifié cette anomalie, et il est maintenant confirmé que « le test Edith Cavell prévaut au Québec [...] ce qui inclut le critère imposant à l'employeur de déployer des efforts raisonnables pour réaffecter l'employé dans un autre poste compatible. »

---

183 *Costco Wholesale Canada Ltd c. Laplante,* 2005 QCCA 788 [*Costco, Costco* CAQ].
184 *Laplante c. Costco Wholesale Canada Ltd.*, 2003 QCCRT 543 [*Costco, Costco* CRT].
185 *Ibid* au para 76.
186 *Costco* CAQ, *supra* note 183 aux para 13-14.
187 *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*, [2004] 1 RCS 727 [*Lethbridge College*].
188 *Ibid* aux para 42-45.
189 *Commission scolaire Kativik c. Ménard,* 2017 QCCS 4686 aux para 81, 91 [*Kativik* CSQ], conf par *Commission scolaire Kativik c. Association des employés du Nord québécois,* 2019 QCCA 961 [*Kativik* CAQ].

2.3 Droit bancaire: Délai raisonnable de rappel de prêt

Les « trente glorieuses », de 1945 à 1975, furent des années marquées par une forte croissance économique et une prospérité sans précédent[190]. Cependant, à partir du début des années '70, un formidable revirement a conduit à une crise économique également sans précédent:

> By the 1970s, however, the long post-war boom began coming to an end, producing a harsher labour market climate featuring mass lay-offs, factory closures, and increased precariousness for all workers. Business bankruptcies also increased dramatically from around 3000 annually in 1974 to nearly 11,000 in 1982.[191] [soulignement ajouté]

Le premier choc pétrolier de 1973-1974 a causé une flambée inflationniste si extrême qu'elle a provoqué l'adoption de la *Loi anti-inflation*[192] au Canada le 15 décembre 1975:

> L'indice des prix à la consommation (IPC) était supérieur de 10.6 pour cent au niveau atteint un an auparavant [...] l'augmentation moyenne du taux de base des salaires était supérieure à 20 pour cent. [...] la montée en flèche des prix des produits pétroliers, avaient provoqué une flambée des prix des matières premières comme jamais vue depuis le début des années '50.[193] [soulignement ajouté]

En 1974-1975, le produit intérieur brut a décru, provoquant d'abord une récession, qui, combinée à la flambée d'inflation et au chômage, a causé un nouveau phénomène: la *stagflation*[194]. Malgré des profits apparents, en réalité, à cause de l'inflation, les profits décroissaient: « On estime qu'en 1978, aux États-Unis, un tiers des gains rapportés par les entreprises est illusoire. »[195]. Le second choc pétrolier de 1979-1981 a provoqué une deuxième récession, plus profonde et plus longue que la première[196]. Dans un tel contexte économique, les banques cherchent à protéger leurs intérêts, et vont décider de rappeler des prêts. Dans la présente section, nous analyserons l'affaire *Mister Broadloom*, qui prévoit un test pour déterminer le délai raisonnable de rappel d'un prêt (2.3.1). Nous verrons ensuite l'application jurisprudentielle transystémique de ce test au Québec (2.3.2).

---

190 Voir Magda Fahrni et Robert Rutherdale, dir, *Creating Postwar Canada. Community, Diversity and Dissent 1945-75*, Vancouver, UBC Press, 2008 aux pp 2-10.

191 Eric Tucker, « Shareholder and Director Liability for Unpaid Workers' Wages in Canada: From Condition of Granting Limited Liability to Exceptional Remedy » (2008) 26:1 L & Hist Rev 57 à la p 89.

192 *Loi anti-inflation*, SC 1974-75-76, c. 75.

193 Commission de lutte contre l'inflation, *Rapport sur la première année*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 1976, à la p 1.

194 André Joyal, « Les avatars des économies de marché » (1981) 12:4 Études int 717 à la p 724.

195 *Ibid* aux pp 719, 728-29.

196 Barry B. Hughes, « The First Two Oil Shocks: Policy Response and Effectiveness » (1986) 5:4 Pol'y Stud Rev 722 à la p 723.

2.3.1 Arrêt de principe *Mister Broadloom*

C'est dans ce contexte économique chaotique de la fin des « trente glorieuses » que s'est déroulée l'affaire *Mister Broadloom*[197]. Dans cette affaire, la Banque de Montréal avait rappelé un prêt commercial stipulé « à demande » de $1.5 million, en ne donnant que 50 minutes de préavis à Mister Broadloom. Les détails de la trame factuelle sont importants pour apprécier le raisonnement des tribunaux, et nous passerons donc en revue les faits pertinents.

Deux entrepreneurs, Morris Diamond et Paul Gerring, ont fondé la compagnie Mister Broadloom, qui exploitait une entreprise de merchandising de tapis en Ontario dans les années '60. En contexte des « trente glorieuses », la compagnie a connu un grand succès et était prospère. On peut se faire une idée de la taille de la compagnie et des moyens des deux propriétaires, en considérant d'abord qu'ils exploitaient 21 magasins, ayant même commencé à les franchiser, ensuite, que la dette en litige, $1.5 million, correspondrait aujourd'hui à $7.25 millions en dollars de 2021[198], et enfin, comme l'a noté le juge de première instance, que le propriétaire Gerring roulait en Rolls-Royce[199].

Or, en 1975, dans la foulée de la crise économique, Mister Broadloom a commencé à éprouver des problèmes financiers, parce que certains de ses franchisés avaient fraudé la compagnie à l'égard des inventaires de tapis. Le 1er avril 1975, Mister Broadloom a conclu un contrat de débenture avec la Banque de Montréal, stipulant notamment que:

> [...] "it will on demand [...] pay to the bank the sum of $1,000,000 of lawful money of Canada" [...] as well as interest at 13% per annum. [...] The money was to be payable if Mister Broadloom made "default in the payment of any indebtedness or liability of the company to the bank when due [...] [200] [soulignement ajouté]

En janvier 1977, les propriétaires Diamond et Gerring voulaient construire une nouvelle usine pour leur filiale manufacturière. Sur l'avis de leurs comptables, ils ont sollicité un prêt de $325,000 afin de réorganiser la structure financière des deux compagnies.

---

197 *Mister Broadloom Corporation (1968) Ltd. v. Bank of Montreal et al.*, 1979 25 OR (2d) 198 (HC) [*Mister Broadloom, Mister Broadloom* HC].

198 Donnée calculée à partir de www.bankofcanada.ca/rates/related/inflation-calculator/.

199 *Mister Broadloom* HC, *supra* note 197 au para 16.

200 *Ibid* au para 28.

Le gérant de succursale avait recommandé ce prêt au bureau-chef de la Banque. Cependant, l'assistant-gérant du département de crédit du bureau-chef de la Banque a refusé le prêt, et a commencé à entretenir de la suspicion envers Mister Broadloom et ses deux propriétaires. Même si Mister Broadloom était financièrement solide et que la réorganisation financière avait été recommandée par ses comptables, la Banque a interprété celle-ci comme une manœuvre à l'apparence louche. La Banque a retenu les services de la firme Woods Gordon pour analyser cette demande de prêt et la situation financière générale de Mister Broadloom, avec le résultat suivant:

> On April 7, 1977, the Woods, Gordon report was forwarded to the bank. The covering letter stated, inter alia:
>
> > We sense that this may be a rapidly deteriorating situation and the Bank should take steps now to protect its position rather than to allow operations to continue unchanged.
>
> The body of the report suggested that the loan of Mister Broadloom be called and that a receiver and manager be appointed, as well as certain other suggestions.[201]
> [soulignement ajouté]

Mercredi le 20 avril 1977, la Banque a pris la décision de rappeler tous les prêts de Mister Broadloom et de toutes ses filiales. La Banque, avec son séquestre Clarkson Company Limited, a organisé une reprise de possession ayant l'apparence d'un traquenard. La Banque, désirant protéger ses intérêts, a tenu ses décisions secrètes, et a entièrement caché ses agissements à l'égard de Mister Broadloom. En fait, les propriétaires Diamond et Gerring étaient optimistes et ne se doutaient de rien:

> The principals of Mister Broadloom felt that its relations with the bank were good. [...] The principals of Mister Broadloom, consequently, felt quite relaxed about their relations with the bank in the circumstances.
>
> Mister Broadloom was hopeful that the Woods, Gordon report would extend their credit by $325,000 to enable them to continue on the road to economic recovery, which they felt they were on. They did not expect what was to follow shortly.[202] [soulignement ajouté]

Lundi le 25 avril 1977, à 09h00, la Banque a sommé les propriétaires de se présenter sur-le-champ à une rencontre. Diamond est arrivé à 09h10, mais Gerring n'a pu y assister, étant en Californie.

---

201 *Ibid* au para 13.
202 *Ibid* aux para 16-17.

La Banque lui a immédiatement signifié en mains propres 25 mises en demeure rappelant chacun des prêts, pour un total de près de $1.5 million. Diamond a demandé combien de temps il aurait pour payer. Le gérant de Banque Vincent a répondu comme suit:

> Vincent responded that there was no time, that the bank wanted its money right away. Diamond said that his partner was out of town and that he could not come up with the money at that moment. Diamond says he again asked how much time he had to pay and that Vincent responded again that there was no time, that the money was payable immediately.[203] [soulignement ajouté]

À 10h00, soit après 50 minutes, la Banque a ordonné à son séquestre, qui était déjà discrètement en poste sur le terrain en une sorte de stratégie de raid ou d'embuscade, de prendre possession de toutes les installations et opérations de Mister Broadloom.

La position financière de Mister Broadloom à ce moment est également hautement pertinente. Premièrement, quelques heures plus tard, Diamond a offert de payer $250,000 le jour même, mais la Banque ne voulait plus négocier. Deuxièmement, le fait que Mister Broadloom aurait pu payer la totalité du $1.5 million « within three or four days » a été spécifiquement mis en preuve et testé en première instance, maintenu en appel, et admis par la Banque. Troisièmement, deux mois plus tard en juin 1977, les deux propriétaires Diamond et Gerring ont eux-mêmes racheté du séquestre les inventaires et actifs de Mister Broadloom pour $425,000. Quatrièmement, en juillet 1977, la Banque a reçu du séquestre la totalité des sommes dues au titre des prêts, de même que la totalité de ses dépens (« *costs* »), ce qui, en Ontario, correspond à ce qui constituerait les honoraires extrajudiciaires au Québec. Force est donc de conclure que Mister Broadloom avait amplement la capacité de payer, que ce soit à trois jours d'avis en cash, ou au bout de trois mois après liquidation complète des actifs.

En première instance à la High Court de l'Ontario, le juge Linden a rejeté la réclamation de Mister Broadloom, disposant que, dans ce cas particulier, le préavis de 50 minutes était suffisant.

---

[203] *Ibid* au para 18.

Toutefois, le juge a développé un test qui constitue la *ratio decidendi* de la décision, et qui deviendra par la suite le Test *Mister Broadloom*. Pour ce faire, le juge a commencé par préciser et actualiser la définition de l'expression « payable à demande » en se fondant sur la jurisprudence en matière de délai de rappel de prêts: « When money is payable on demand, what does this mean? ». Tout d'abord, il a identifié les deux jalons extrêmes, qui sont tous deux déraisonnables:

> Does it mean that the money must be paid immediately or does it mean that it must be paid within a reasonable time thereafter? Clearly, the debtor does not have the right in every case to get as much time as he needs to see if he can raise the money: [*Cripps (Pharmaceuticals) v. Wickenden*, [1973]] But neither can a creditor expect the debtor to have the money ready in his pocket to hand over instantly, especially if a large sum is involved. Even the strictest of the old cases permit the debtor enough time to go and get the money from his desk or from his bank: [*Toms v. Wilson*, [1863] [...]; *Moore v. Shelley*. (1883)] [204] [soulignement ajouté]

Ensuite, à l'intérieur du continuum entre ces deux extrêmes, il s'agit de déterminer dans chaque cas quelle période de temps serait raisonnable. Le juge note que la jurisprudence a toujours exigé que le créancier accorde une période de temps raisonnable:

> A reasonable time always had to be given, and what is a reasonable time has always depended on the circumstances. The earlier cases allowed for less actual time than some of the more recent cases, but the need for a reasonable time in which to pay has always been recognized, even when only enough time is given to go and get the money from the bank [...] In the circumstances of those cases, the Courts felt that a few minutes to permit a withdrawal from a nearby bank was sufficient time to qualify as "reasonable". In other circumstances, more time might be required to comply with the description "reasonable".[205] [soulignement ajouté]

Cependant, ce qui constitue une durée « raisonnable » a changé depuis les anciennes décisions du XIX^{e} siècle. À cette époque, les montants étaient moindres, les gens d'affaires avaient coutume de payer cash, et l'usage des lettres de change était répandu. Au XX^{e} siècle, dans les années '70, les montants sont plus élevés, la complexité des modes de paiement a augmenté, et il se peut fort bien que « seulement quelques minutes » ne soit plus un délai raisonnable. Le juge Linden a même reconnu que, dans certains « cas appropriés », les tribunaux avaient augmenté cette durée jusqu'à « au moins quelques jours »:

> More recently our Courts appear to have extended the time allowed, in appropriate cases, to "at least a few days in which to meet the demand": see Aylen, J., in *West City Motors Ltd. et al. v. Delta Acceptance Corp. Ltd.*, [1963] 2 O.R. 683 at p. 689.[206] [soulignement ajouté]

---

204 *Ibid* au para 40.
205 *Ibid* au para 42.
206 *Ibid* au para 43.

La question devient alors de savoir si Mister Broadloom constitue un « cas approprié » qui se qualifie pour une période de « au moins quelques jours » pour honorer la demande de paiement.

Pour répondre à cette question, le juge Linden a synthétisé la jurisprudence ancienne et récente, et a formulé le Test *Mister Broadloom* à 7 critères, dont voici l'expression *in extenso*[207]:

> This principle of being allowed a reasonable time to pay a demand debt is a sound and just one, and I accept it as fairly reflecting the current law of Ontario. [...] [it is] merely a restatement of an old principle that is being more liberally administered these days.
>
> Despite this principle, there may still be cases where "all the creditor has to do is to give the debtor time to get it from some convenient place" [...] But the circumstances of such a case, where only a few minutes is permitted, will be such as to lead the Court to the conclusion that it is reasonable in the situation.
>
> Thus, a reasonable time must always be allowed, but, in assessing what length of time is reasonable in a particular fact situation various factors must be analyzed:
>
> (1) the amount of the loan;
> (2) the risk to the creditor of losing his money or the security;
> (3) the length of the relationship between the debtor and the creditor;
> (4) the character and reputation of the debtor;
> (5) the potential ability to raise the money required in a short period;
> (6) the circumstances surrounding the demand for payment; and
> (7) any other relevant factors.
>
> The creditor must weigh all of these factors in making up its mind about how much time it will allow the debtor to raise the money owing. Normally, creditors will act responsibly and reasonably. If they do, they will not be held liable, but if they do not, then they must be called to account for their errors in the same way as any other professional people would be. [soulignement ajouté]

En appliquant ce test en l'espèce, le juge Linden a accordé un poids considérable au critère n^{o} 6, au motif que pendant la rencontre, Diamond n'aurait pas demandé une période spécifique, ni n'aurait démontré la capacité d'amasser l'argent, ce qui justifiait la Banque de présumer qu'il ne pourrait pas, ou ne voulait pas, obtenir l'argent, et donc que tout délai additionnel aux 50 minutes aurait été futile.

Cette partie des motifs du juge Linden a été renversée par la Cour d'appel de l'Ontario[208].

---

207 *Ibid* aux para 43-47.

208 *Mister Broadloom Corp. (1968) Ltd. v. Bank of Montreal et al.* 1983 44 OR (2d) 368 (CA) [*Mister Broadloom, Mister Broadloom* CA], permission d'en appeler à la CSC refusée: [1984] 1 RCS v.

La Cour d'appel s'est basée sur la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Lister c. Dunlop*[209], rendue en 1982, soit entre les deux instances de *Mister Broadloom* en 1979 et 1983, faisant en sorte que le juge Linden n'avait pas eu la possibilité d'en tenir compte dans son analyse jurisprudentielle. La Cour d'appel en a résumé le point pertinent en l'instance comme suit:

> The Supreme Court rejected the contention that the debtor, at the moment the demand was made, had to request time to pay as a condition for an extension of time for payment. Estey J. held that this did not deprive the debtor of entitlement to reasonable notice [...] [210] [soulignement ajouté]

La Cour suprême ayant rejeté l'argument selon lequel un avis raisonnable serait conditionnel au fait d'en faire la demande, la Cour d'appel a confirmé que cela contredit les motifs du juge Linden au critère n^{o} 6, et a donc accueilli l'appel de Mister Broadloom. En outre, la Cour d'appel a souligné que le gérant de succursale, autant que Diamond, étaient tous deux inexpérimentés en cette matière, et que Diamond était « en état de choc » lors de la rencontre, d'autant plus que son partenaire d'affaires en était absent.

Cela illustre à quel point le contexte économique prend toute son importance. En pleine crise économique des années '70, le bureau-chef de la Banque de Montréal a pris peur et a perdu confiance en son client malgré une relation banquier-client mutuellement avantageuse pendant 13 ans. Une telle perte de confiance peut peut-être s'expliquer par le contexte de crise économique, mais s'est avérée erronée comme l'a par ailleurs mentionné le juge Linden:

> Even though there may not have been a solid foundation for their fears, it reasonably appeared to them on the available evidence that there was reason for serious concern. This feeling of the bank, even though it was partly based on intuition, must be given considerable weight in determining whether it gave a reasonable time in the circumstances.[211] [soulignement ajouté]

Cependant, au delà du cas d'espèce, la Cour d'appel a explicitement repris et entériné le Test *Mister Broadloom* tel que développé et formulé par le juge Linden[212]. Ainsi, l'arrêt *Mister Broadloom* est devenu l'arrêt de principe en matière de délai raisonnable de rappel de prêt, et le Test *Mister Broadloom* s'est solidement établi dans un courant jurisprudentiel au Canada.

---

209 *Ronald Elwyn Lister Ltd. et al. v. Dunlop Canada Ltd.*, [1982] 1 S.C.R. 726.
210 *Mister Broadloom* CA, *supra* note 208 au para 22.
211 *Mister Broadloom* HC, *supra* note 197 au para 55.
212 *Mister Broadloom* CA, *supra* note 208 au para 17.

2.3.2 Application du Test *Mister Broadloom* au Québec

Le Test *Mister Broadloom* a fait son entrée en droit civil québécois en 1987 dans l'affaire *Houle*[213], où la Banque Nationale avait accordé un délai de 3 heures à une compagnie cliente avec laquelle elle faisait affaires depuis 58 ans. La situation factuelle dans *Houle* était très proche de celle de *Mister Broadloom*. Le rappel a été fait en 1974, soit en pleine crise économique du premier choc pétrolier. Le gérant de succursale était d'accord avec l'augmentation de crédit demandée, mais l'a envoyée au bureau-chef. Celui-ci a commandé une étude de consultants, qui ont recommandé le rappel. Le bureau-chef a attendu à la dernière minute avant d'informer le gérant de succursale de la décision de rappeler les prêts.

En première instance, la Cour supérieure a conclu que la Banque Nationale avait été fautive en ne donnant pas un avis suffisant. La Cour d'appel du Québec a rejeté l'appel, et a cité le Test *Mister Broadloom* avec approbation. En 1990, la Cour suprême du Canada[214] a aussi cité avec approbation le Test *Mister Broadloom* et a conclu que « les critères ne devraient pas être différents en droit civil ».

Les auteurs Nicole L'Heureux et Marc Lacoursière[215] indiquent que « Pour apprécier le caractère raisonnable d'un prêt, la Cour suprême adopte les critères énoncés dans l'affaire *Mister Broadloom* [..] », et qualifient ensuite d'« éloquente » la jurisprudence qu'ils passent en revue à ce sujet.

À partir de l'arrêt *Houle*, un courant jurisprudentiel en droit civil québécois s'est établi, notamment avec les décisions figurant au Tableau 3 à la page suivante. Il se dégage de cet échantillon que les délais très courts ont tendance à être déclarés insuffisants, ce qui est convergent avec le résultat de l'affaire *Mister Broadloom* elle-même, et que les délais plus longs apparaissent suffisants. L'exception à cette tendance est l'affaire *Vicply*, où le délai très court a été maintenu parce que l'entreprise n'aurait pas pu trouver les fonds en temps utile, ce que le test original prévoit d'ailleurs. On voit donc que l'application du Test *Mister Broadloom* en droit civil québécois donne des résultats convergents avec son application en common law.

---

213 *Banque Nationale du Canada c. Houle*, [1987] RJQ 1518 (CAQ) [*Houle, Houle* CAQ].
214 *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 RCS 122, aux p 173-174 [*Houle, Houle* CSC].
215 Nicole L'Heureux et Marc Lacoursière, *Droit Bancaire*, 5e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2017 aux pp 476-78.

TABLEAU 3 **Test *Mister Broadloom*** **Courant jurisprudentiel en droit civil québécois**						
Année	**Cour**	**Intitulé**	**Montant**	**Durée Relation**	**Délai Accordé**	**Délai Suffisant**
1983	CAO	*Mister Broadloom*	$1,500,000	13 ans	50 minutes	Non
1990	CSC	*Houle*	$900,000	58 ans	3 heures	Non
1996	CAQ	*Vicply* [216]	$1,000,000	20 ans	Quelques H	Oui
2004	CAQ	*Backman* [217]	$485,657	15 ans	2 jours	Oui
2005	CSQ	*HSBC* [218]	$1,712,598	n/d	5½ mois	Oui
2005	CSQ	*Banque de Montréal* [219]	$88,784	1 an	15 jours	Oui
2006	CAQ	*Abdelnour* [220]	$530,000	1 an	8 jours	Oui
2007	CQ	*Nussenbaum* [221]	$2,500	n/d	1 jour	Non
2010	CSQ	*Fier Succès* [222]	$500,000	1 an	1 jour	Non

Enfin, l'implantation du Test *Mister Broadloom* au Québec est un exemple de ce que le Doyen Leckey a qualifié d'indice d'« inconfort causé par un emprunt à la common law »:

> Est-ce l'indice d'un inconfort causé par l'emprunt, que l'on apprivoise, camoufle ou « civilise », pour éviter d'affaiblir une tradition minoritaire qui baigne dans un océan de common law [...] ? [223] [soulignement ajouté]

Le Test *Mister Broadloom* semble être traité par la jurisprudence comme un emprunt de common law qu'on ne cherche pas à développer davantage. En effet, la jurisprudence prend soin de citer le test exprimé dans sa version originale, sans tenter de le modifier ou d'en retirer des branches, contrairement à ce qu'on a constaté avec le Test *Edith Cavell*. Toutefois, dans la plupart des décisions de ce courant, les tribunaux effectuent une analyse civiliste en parallèle rejoignant la théorie de l'abus de droit, ou encore font le lien avec la responsabilité extracontractuelle.

---

216 *Vicply inc. c. Banque royale du Canada*, 1996 CanLII 5730 (CAQ).
217 *Backman c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2004 CanLII 7273 (CAQ) au para 115.
218 *Banque HSBC Canada c. Entreprises RER inc.*, 2005 CanLII 91440 (CSQ) au para 50
219 *Banque de Montréal c. 9111-6822 Québec Inc.*, 2005 CanLII 11070 (CSQ) au para 54.
220 *Abdelnour c. Banque HSBC*, 2006 QCCA 1348 au para 20.
221 *Nussenbaum c. TD Canada Trust*, 2007 QCCQ 2558 au para 60.
222 *Fier Succès c. Caisse populaire Desjardins de Hauterive*, 2010 QCCS 2511 au para 114.
223 Leckey, *supra* note 79 à la p 612-614.

Cette façon de traiter le test va dans le même sens que ce que la Cour suprême indiquait dans *Houle*:

> Payette, *loc. cit.*, va plus loin en affirmant, à la p. 158, que les critères ne devraient pas être différents en droit civil:
>
> > Ces critères [établis dans l'arrêt *Mister Broadloom*, précité] ne paraissent se rattacher à aucune règle juridique particulière au common law; ce sont en réalité des circonstances factuelles auxquelles on suggère de s'attarder dans la recherche de ce qui est commercialement "raisonnable". D'ailleurs, plusieurs de ces circonstances sont retenues par les tribunaux français dans la détermination du caractère fautif ou abusif d'une rupture d'ouverture de crédit: importance du crédit, durée des relations avec le débiteur, réputation de celui-ci, risque de perdre, conduite des affaires du débiteur.
>
> Même s'il reste encore aux tribunaux québécois à élaborer leurs propres critères de façon aussi systématique que ne l'a fait la common law, il ne saurait y avoir de liste exhaustive. En fin de compte, tout est fonction des faits de chaque cause [...] [224] [soulignement ajouté]

L'« inconfort » se manifeste notamment dans l'extrait doctrinal de l'auteur Louis Payette cité par la Cour et reproduit ci-dessus, où l'on perçoit un effort de distanciation par rapport à la common law, en faisant valoir que les tribunaux français utilisent des critères identiques. En outre, le Test *Mister Broadloom* avait déjà fait l'objet de commentaires doctrinaux dans la littérature académique, à partir de la décision de la Cour d'appel en 1987. La professeure Louise Poudrier-LeBel a fait une revue des critères applicables:

> Les tribunaux ont indiqué certains critères pour déterminer la durée du délai. Dans *Les Entreprises 309 boul. Taché est*, le Juge Bisson de la Cour d'appel s'exprime ainsi:
>
> > Pour décider du délai, il est important de considérer, entre autres, l'importance du prêt, les intentions manifestées par le débiteur et le risque que disparaissent les actifs dont les parties avaient convenu qu'ils devaient garantir le remboursement.
>
> Ces critères reprennent ceux dégagés en common law, spécialement par la Cour suprême d'Ontario dans *Mister Broadloom Corporation* et dont Me Payette a relevé des applications en droit québécois. Outre les critères mentionnés par le Juge Bisson, le juge pourra, selon les circonstances, considérer la performance de l'entreprise débitrice et son intégrité de même que la capacité du débiteur de trouver les fonds requis pour le financement.[225] [soulignement ajouté]

À nouveau, on perçoit que la doctrine fait certains efforts de distanciation en citant d'autres critères pour déterminer la durée du délai. Cependant, la jurisprudence québécoise n'a pas semblé prendre cette direction, et a continué de s'appuyer sur les critères du Test *Mister Broadloom*.

---

224 *Houle* CSC, *supra* note 214 à la p 174.

225 Louise Poudrier-LeBel « La libération de la caution par la faute du créancier » (1987) 28:4 C de D 939 aux pp 950-51.

2.4 *Lex mercatoria*: Quasi-système distinct et effets de commerce

Examinons enfin un domaine du droit au confluent du droit des affaires et du droit bancaire: le droit des effets de commerce, encadré par la *Loi sur les lettres de change*[226]. Un effet de commerce se définit comme un « titre négociable qui représente une créance de somme d'argent ou relative à un bien meuble. »[227]. Un exemple bien connu d'effet de commerce est le chèque. Considérant qu'en 2020 au Canada[228] il y a eu 432 millions de chèques émis, pour une valeur de plus de $3 billions, représentant environ le tiers de la valeur totale de tous les modes de paiement, on peut apprécier l'importance des effets de commerce dans la perspective du droit des affaires et du droit bancaire.

Le droit des effets de commerce existe depuis fort longtemps. Dès le XI[e] siècle en Europe[229], le droit des marchands a formé la *lex mercatoria*, qui a continué à se développer jusqu'à nos jours. En 1602, en common law, on retrace la première cause sur une lettre de change, *Martin c. Boure*[230]. Du côté du droit civil, Louis XIV promulguait en 1673 l'*Ordonnance du mois de Mars 1673 touchant le Commerce*[231], qui codifiait le droit commercial et le droit des effets de commerce, et qui s'appliquait tant en Europe qu'en Nouvelle-France.

Aujourd'hui au Québec, le droit des effets de commerce se distingue des autres domaines, du point de vue de la méthodologie juridique: la loi impose une obligation d'appliquer la common law en matière de lettres de change et de billets promissoires. Ainsi, nous verrons, dans un premier temps, comment s'articule cette obligation d'appliquer la common law en droit civil québécois en matière d'effets de commerce (2.4.1). Ensuite, nous verrons que l'application de la *lex mercatoria* en droit civil québécois implique des liens transystémiques étroits avec la common law (2.4.2).

---

226 *Loi sur les lettres de change*, LRC 1985, c B-4 [*Loi sur les lettres de change*, LLC].

227 Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé, *Dictionnaires de droit privé en ligne*, Montréal, Université McGill, 2021 *sub verbo* « effet de commerce » [*Dictionnaires de droit privé*].

228 Stephen Yun et Pooja Paturi, *Rapport Canadien sur les modes et les tendances de paiement 2021*, Ottawa, Paiements Canada, 2021 à la p 9.

229 Élise Charpentier, « Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme / consensualisme » 2002 43:2 C de D 275 à la p 283, n 21.

230 R St J Macdonald et al, « Reviews and Notices » (1956) 34:4 Can Bar Rev 489 aux pp 495-96.

231 Daniel Jousse, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance du commerce du mois de mars 1673*, Paris, Debure, 1756.

2.4.1 Obligation statutaire d'appliquer le *stare decisis* en droit civil québécois

L'obligation d'appliquer la common law et le *stare decisis* en droit civil québécois s'articule comme suit. D'abord, cette obligation découle du paragraphe 91(18) de la *Loi constitutionnelle de 1867*:

> 91. [...] l'autorité législative exclusive du parlement du Canada s'étend à [...] :
> (18) Les lettres de change et les billets promissoires.[232]

Ensuite, la *Loi sur les lettres de change* prévoit explicitement cette obligation à l'article 9:

> 9. Les règles de la *common law* d'Angleterre, y compris en droit commercial, s'appliquent aux lettres, billets et chèques dans la mesure de leur compatibilité avec les dispositions expresses de la présente loi. [soulignement ajouté]

Puis, la Disposition préliminaire prévoit que les *autres lois* peuvent *ajouter* au *Code civil*:

> DP. Le Code civil du Québec [...] constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger.[233] [soulignement ajouté]

Ainsi, l'article 9 de la *Loi sur les lettres de change* a l'effet d'*ajouter* au *Code civil* l'obligation d'appliquer la common law aux « lettres, billets et chèques », c'est à dire, à la lumière de la règle d'interprétation *noscitur a sociis*[234], en matière d'« effets de commerce » (« *negotiable instruments* »)[235]. Cette règle ajoutée dans le *Code civil* prévoit que, dans le domaine spécifique des effets de commerce, les tribunaux ont une obligation légale, c'est-à-dire statutaire, d'appliquer la common law en droit civil québécois.

Or, la Cour suprême du Canada[236] a prescrit que, lorsque l'on applique la common law *substantive*, il faut aussi appliquer la *méthodologie* de common law, ce qui inclut le *stare decisis*:

> [93] [...] la common law et la méthodologie de common law s'appliquent. [...]
>
> [101] En somme, la méthodologie se résume comme suit. [...] la common law s'applique et l'on doit utiliser la méthodologie de common law, plutôt qu'une méthodologie d'inspiration civiliste. [soulignement ajouté]

Par conséquent, dans le cadre de l'application de la common law en matière d'effets de commerce, les tribunaux sont légalement tenus d'appliquer le *stare decisis* en droit civil québécois.

---

232 *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 7, para 91(15) et (18).

233 CcQ, Disposition préliminaire, al 2.

234 *Régie des alcools*, *supra* note 65 au para 195: « Le sens d'un terme [...] est connu par ceux auxquels il est associé ».

235 *Dictionnaires de droit privé*, *supra* note 227, *sub verbo* « effet de commerce »: « Les effets de commerce les plus courants sont la lettre de change, le chèque et le billet. [...] Angl. negotiable instrument. ». [soulignement ajouté]

236 *Régie des alcools*, *supra* note 65 aux para 93, 101, juge L'Heureux-Dubé.

À ce point-ci de l'analyse, on constate qu'il serait illégal de ne pas appliquer le *stare decisis* en droit civil québécois, parce que cela constituerait une infraction à l'article 9 de la *Loi sur les lettres de change*. Aussi, l'influence du courant s'opposant au *stare decisis* s'est fait sentir en ce domaine, sous la forme d'un débat doctrinal où les opposants prônent l'interprétation la plus restrictive possible de l'« empiètement » de l'article 9 de la *Loi sur les lettres de change* sur le droit civil. Ainsi, en 1995, le professeur Jean Leclair a fait une revue[237] de la constitutionnalité de cette interaction entre les compétences fédérale et provinciale à l'égard des effets de commerce. Il en arrive à la conclusion que l'interprétation restrictive n'est pas inconstitutionnelle, mais il exprime certaines réserves en quoi il ne s'agit pas d'un tableau définitif, et ne parvient pas à exclure définitivement une interprétation plus large. Par la suite, en 2000, la Cour supérieure du Québec a fait état de ce débat dans l'affaire *Duchesnay*[238]:

> [59] Si on applique les règles de la *common law*, ce sont les règles relatives au plaidoyer *non est factum* qu'il s'agit alors d'appliquer. Par contre, si on applique plutôt les règles de droit civil, il faut alors se référer aux règles relatives à l'absence ou au vice de consentement.
>
> [60] Selon M^e^ Bradley Crawford, c'est la *common law* qui doit recevoir application [...]:
>
> > Dean Falconbridge and Antonio Perrault disagreed over whether the common law plea of *non est factum* has any effect in the civil law of Quebec. It is to be observed that both the Supreme Court of Canada and the Quebec Court of Appeal have cited and relied upon the English case law. But it appears to us in each case to have been in support or confirmation of a result already reasoned from civil law principles, rather than in an exercise of *stare decisis*. [...]
>
> [61] M^es^ Nicole L'Heureux et Édith Fortin soutiennent, pour leur part, que ce sont les règles du droit civil qui doivent être appliquées [...]:
>
> > La *Loi sur les lettres de change* relève du pouvoir législatif exclusif du gouvernement fédéral. Par ailleurs, en vertu de l'article 9, on doit référer à la *common law*, dans le cas de silence ou d'ambiguïté de la loi. Doit-on conclure que, dans toute matière relative aux effets de commerce, il faut en référer à la *common law*? La doctrine et la jurisprudence font la distinction entre ce qui relève des effets de commerce au sens large et ce qui relève des effets de commerce au sens strict.
> >
> > Si la loi est silencieuse ou ambiguë relativement à une question de forme et de négociabilité de la lettre (lettre de change au sens strict), [...] on réfère à la *common law* d'Angleterre. Par ailleurs, quant aux aspects contractuels (lettre de change au sens large), [...] on réfère au droit civil de la province [...] [soulignement ajouté]

---

237 Jean Leclair, « L'interaction entre le droit privé fédéral et le droit civil québécois en matière d'effets de commerce: perspective constitutionnelle » (1995) 40 RD McGill 691 à la p 755.

238 *Duchesnay c. 2820498 Canada inc.*, 2000 CanLII 17867 (CSQ), aux para 59-61 [*Duchesnay*].

Dans *Duchesnay*, la Cour supérieure a décidé de ne pas trancher ce débat, jugeant qu'en l'espèce les conclusions seraient les mêmes tant en common law qu'en droit civil. De façon plus générale, même si l'on se place du point de vue de l'interprétation la plus restrictive, il demeure que l'usage du *stare decisis* est imposé législativement en droit civil québécois dans le domaine des effets de commerce. À première vue, la question sur laquelle porte ce débat est celle de savoir où exactement se trouve la frontière entre ce qui relève du droit civil, et ce qui relève du droit spécifique aux effets de commerce, ce qui revient à une dialectique constitutionnelle visant à trouver l'équilibre entre les paragraphes 91(18) et 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

C'est dans l'optique de cette question que le professeur Leclair a fixé les paramètres de son étude. Afin de répondre à la question constitutionnelle, celui-ci a fait une analyse historique commençant à partir de l'*Acte des lettres de change*[239] canadien de 1890, modelé sur le *Bills of Exchange Act*[240] britannique de 1882. Quant à nous, l'objet de la présente étude est différent. Nous ne nous prononçons pas sur la position relative de cette frontière, qui dépend du choix d'une interprétation plus ou moins restrictive. Nous posons plutôt la prémisse qu'il est certain qu'il existe une zone, d'un côté de cette frontière, où il est légalement obligatoire d'appliquer la common law en droit civil québécois. Afin d'élucider le fond du débat, il est nécessaire de faire remonter l'analyse historique plus loin dans le passé que ne l'a fait le professeur Leclair.

En 1866, le *Code civil du Bas-Canada*[241] comprenait une règle au même effet que l'article 9 de l'actuelle *Loi sur les lettres de change*. Cette règle avait été incluse à l'article 2340 CcBC, dans le Livre quatrième traitant « Des lettres de change, billets et chèques ou mandats à ordre »:

> 2340. Dans toute matière relative aux lettres de change pour laquelle il ne se trouve pas de disposition dans ce code, on doit avoir recours aux lois d'Angleterre qui étaient en force le trente de mai mil huit cent quarante-neuf. [soulignement ajouté]

Cet article 2340 CcBC, qui prévoyait en 1866 l'application du droit Anglais aux lettres de change, entraîne plusieurs observations, comme suit.

---

239 *Acte des lettres de change*, SC 1890, c. 33.
240 *Bills of Exchange Act*, (R-U) 45 & 46 Vict, 1882, c. 61.
241 *Code civil du Bas-Canada*, 29 Vict, 1865, c. 41 [*Code civil du Bas-Canada*, CcBC].

En premier lieu, la notion d'*ajout* de l'article 9 LLC au *Code civil* actuel, par effet de la Disposition préliminaire, reflète une réalité plausible du point de vue méthodologique en droit civil québécois. Si cette règle peut faire partie intégrante du *Code civil du Bas-Canada,* alors pourquoi pas également du *Code civil du Québec*? Sans même devoir amender le *Code civil,* il s'agit simplement d'admettre l'existence de cette règle en droit civil québécois, comme le fit le droit civil bas-canadien.

En second lieu, l'article 2340 CcBC est entré en vigueur le 1er août 1866[242], et est demeuré en vigueur jusqu'au 28 août 1891[243], soit pendant une période de 25 ans. Pendant ce quart de siècle, une génération de juristes civilistes d'origine bas-canadienne: avocats, notaires et juges, ont appliqué la common law aux lettres de change, en droit civil québécois, en vertu de l'article 2340 CcBC.

En troisième lieu, l'article 2340 CcBC, comme son libellé l'indique, est en lien avec un acte de 1849, soit le *Inland Bills of Exchange and Promissory Notes Amendment Act*[244], qui avait pour objet d'effectuer diverses modifications au droit des effets de commerce. L'article 32 de cet acte se lit comme suit:

> XXXII. And be it enacted, That in all matters relating to Bills of Exchange and Promissory Notes in this Province, not herein specially provided for, reference shall be had to the law of England in force at the time of the passing of this Act, which shall be deemed and taken to be in such cases the law of this Province.[245] [soulignement ajouté]

Cet article 32 est entré en vigueur le 30 mai 1849, et est demeuré en vigueur jusqu'au 1er août 1866, soit pendant une période de 17 ans. Pendant ces 17 ans, une autre génération de juristes civilistes bas-canadiens ont appliqué la common law aux effets de commerce, sur la toile de fond du droit civil du Bas-Canada alors constitué de la *Coutume de Paris* dans son rôle de droit commun.

Au total, donc, pendant 42 ans, les juristes civilistes bas-canadiens ont appliqué la common law sur la toile de fond du droit civil bas-canadien puis québécois, en matière d'effets de commerce.

---

242 *Proclamation Royale du 26 mai 1866,* 29 Vict.

243 Jusqu'en 1891, année d'adoption de l'article 9 LLC (anciennement art 10) par le *Act to amend "The Bills of Exchange Act, 1890"*, 54-55 Vict, 1891, c. 17, art 8, sanctionné le 28 août 1891.

244 *Act to amend the Law regulating Inland Bills of Exchange and Promissory Notes*,12 Vict, 1849, c. 20.

245 Trois précisions seront utiles. (1) L'expression « this Province » signifie la Province du Canada-Uni, mais, dans cette loi même, on continue de distinguer les deux Provinces du Bas-Canada et du Haut-Canada, et on reconnaît le notariat et le régime de preuve distincts du Bas-Canada (voir arts 26, 31). (2) Dans l'expression « law of England », le terme « law » désigne « le droit »: actes, ordonnances, common law, equity (voir arts 1, 7, 27, 31). (3) L'expression « Bills of Exchange and Promissory Notes » est employée dans le sens plus large de « negotiable instruments » (voir art 2).

2.4.2 Liens transystémiques relatifs à l'application de la *lex mercatoria*

Comment se fait-il que les juristes civilistes bas-canadiens, non seulement ne s'opposèrent pas à l'application de la common law en droit civil, mais au contraire, firent même l'effort de l'intégrer explicitement au *Code civil du Bas-Canada*? Pour mieux comprendre ce choix, il faut se référer avec précision aux définitions et à la nature du droit des effets de commerce. Considérons d'abord les versions française et anglaise de l'actuel article 9 LLC:

> 9. Les règles de la *common law* d'Angleterre, y compris en droit commercial, s'appliquent aux lettres, billets et chèques dans la mesure de leur compatibilité avec les dispositions expresses de la présente loi.
>
> 9. The rules of the common law of England, including the law merchant, save in so far as they are inconsistent with the express provisions of this Act, apply to bills, notes and cheques. [soulignement ajouté]

On voit que l'expression anglaise « law merchant » est rendue en français par « droit commercial ». Or, « law merchant » est un synonyme direct de « *lex mercatoria* »:

> The History of Bills of Exchange and Promissory Notes, shows how the usages of merchants, bankers, and traders became the Common Law in regard to these instruments. [...] This Law-making power of merchants is known as the **Law-Merchant (Lex Mercatoria)** which the courts of justice are bound to know and recognize.[246]
> [caractères en gras dans l'original; soulignement ajouté]

L'appellation « droit commercial », et sa version anglaise « commercial law », est plus large que la *lex mercatoria*, et s'étend aussi à d'autres domaines du droit qui ne sont pas du « law merchant »[247]:

DROIT COMMERCIAL: Branche du droit privé qui réglemente les actes de commerce et les rapports juridiques qui en découlent.	COMMERCIAL LAW: Branch of private law governing acts of commerce and the legal relationships which follow from them.
ACTE DE COMMERCE: Acte juridique à titre onéreux accompli dans un but de spéculation.	ACT OF COMMERCE: Act by onerous title effected with a view to speculation.
Rem. 1º Une opération peut constituer un acte de commerce alors même que celui qui l'accomplit n'est pas commerçant.	Obs. 1º An act may be commercial even if the person effecting it is not a trader.
COMMERÇANT: Angl. merchant, trader.	TRADER: Syn. merchant.
	[soulignement ajouté]

246 J.W. Johnson, *Promissory Notes and Bills of Exchange*, 6e éd, Belleville, Ontario Business College, 1895 à la p 4.

247 *Dictionnaires de droit privé, supra* note 227, *sub verbis* « droit commercial », « commercial law », « acte de commerce », « act of commerce », « commerçant », et « trader ».

Par exemple, le droit commercial inclut le contrat de vente, mais, celui-ci n'étant pas exclusif aux commerçants, le domaine du « droit commercial » s'avère plus large que celui du « law merchant ». En outre, certains aspects du droit commercial touchent le droit administratif et le droit fiscal[248], ce qui ne fait pas partie du domaine du « law merchant ». Au XX^e^ et XXI^e^ siècles, ce qui est considéré comme faisant partie du droit commercial s'étend à un domaine éminemment plus vaste que le « law merchant »:

> Aussi, est-il admis d'inclure dans le domaine du droit commercial toutes les règles du Code civil qui régissent les contrats, les garanties de paiement, la responsabilité, toute la législation contenue dans le quatrième livre du Code civil et toutes les lois fédérales et provinciales à caractère économique.[249] [soulignement ajouté]

Pour un juriste civiliste des XX^e^ et XXI^e^ siècles qui comprend la définition du « droit commercial » dans son sens large, il va de soi que l'article 9 LLC, qui semble vouloir appliquer « la common law d'Angleterre y compris [tout] le droit commercial [au sens large, incluant de vastes parties du *Code civil* et *toutes* les lois fédérales *et* provinciales à caractère économique] », constitue un empiètement tellement démesuré et inconstitutionnel, qu'il est naturel de vouloir y opposer une forte résistance.

Or, la version française de l'article 9 LLC est incorrecte, parce qu'elle a pour effet d'induire en erreur. La portée réelle de la version anglaise de l'article 9 LLC est précisément restreinte: premièrement, au « law merchant », deuxièmement, spécifiquement applicable aux effets de commerce, et, troisièmement, *compris dans* la common law. Cela correspond exactement à la *lex mercatoria*.

La version française de l'article 9 LLC devrait correspondre précisément au « law merchant », non pas au « droit commercial » au sens large, et devrait donc être interprétée et comprise comme suit:

> 9. Les règles de la *common law* d'Angleterre, y compris [la *lex mercatoria*], s'appliquent aux lettres, billets et chèques dans la mesure de leur compatibilité avec les dispositions expresses de la présente loi. [soulignement ajouté]

La portée de l'article ayant été circonscrite, il est maintenant indiqué de clarifier quelles sont les caractéristiques pertinentes de la *lex mercatoria* aux fins de la présente section.

---

248 *Dictionnaires de droit privé*, *supra* note 227, *sub verbis* « droit commercial » et « commercial law », Obs. 2.

249 Bernard Clermont et Benoît Yaccarini, *Initiation au droit des affaires du Québec*, 4^e^ éd, Québec, Presses de l'Université Laval, 1986 à la p 22.

Du XI^e^ au XVI^e^ siècle, les marchands formaient une communauté juridiquement autonome, et le « law merchant » était appliqué par les marchands eux-mêmes dans leurs propres tribunaux. À partir du XVII^e^ siècle, le « law merchant » a commencé à être graduellement absorbé par la common law[250]. Le Doyen John Falconbridge commente cette période comme suit:

> This lex mercatoria or custom of merchants was formerly not part of the common law of England as it is now, but was a concurrent and co-existent law or custom. [...] Up to the reign of Edward III the law merchant [...] was administered in England by local and popular courts of merchants, mariners or civic officials. [...] The complete incorporation of the law merchant in the common law was not effected till [...] 1788. Up to this time mercantile business had been divided between the courts of law and equity.[251] [soulignement ajouté]

À l'origine, le « law merchant » ou « *lex mercatoria* » était du *droit coutumier*, la « coutume des marchands », qui « coexistait » avec la common law et l'*equity*. Puisqu'il s'agissait de droit coutumier, il était nécessaire de faire la preuve de l'« usage » des marchands, devant les tribunaux de droit commun:

> The law merchant [...] is neither more nor less than the usages of merchants and traders in the different departments of trade, ratified by the decisions of courts of law, which, upon such usage being proved before them, have adopted them as settled law with a view to the interests of trade and the public convenience.[252] [soulignement ajouté]

Le concept d'*admission* d'une preuve d'usage en common law est analogue à celui du droit civil. Toutefois, dans leurs détails, les deux régimes de preuve d'usage diffèrent considérablement sur deux points cruciaux: l'admissibilité, et le *stare decisis*. Dans deux arrêts en 2011 et 2012, la Cour d'appel du Québec a eu l'occasion de décrire *in extenso* et de se prononcer sur la preuve d'usage en droit civil québécois. Dans *Château Drummond*[253], la Cour a reformulé la règle en un énoncé succinct:

> [62] Je crois utile de me prononcer immédiatement sur la notion d'usage puisque cela facilitera le reste de l'analyse.
>
> [64] Un usage doit être non seulement allégué, mais aussi prouvé[12]. Il doit de plus être ancien, fréquent, général, public et uniforme[13]. [soulignement ajouté]
>
> [12] Léo Ducharme, *Précis de la preuve*, 6^e^ éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 24.
> [13] *Canadian Jewish Congress c. Polger*, 2011 QCCA 1169 (CanLII), 2011 QCCA 1169, paragr. 53. Voir aussi Karim, *Les obligations*, *supra*, note 9, p. 584.

250 R St J Macdonald et al, « Reviews and Notices » (1956) 34:4 Can Bar Rev 489 à la p 496.
251 John D. Falconbridge, « The Law Merchant in Canada » (1913) 49:21 Can LJ 627 aux pp 627, 639.
252 *Ibid* à la p 640.
253 *Gregory c. Château Drummond*, [2012] QCCA 601 aux para 62 à 68 [*Château Drummond*].

Ainsi, la Cour d'appel a d'abord souligné qu'un usage doit être prouvé, et non pas seulement allégué. Cela signifie en pratique que la partie qui désire se prévaloir d'une règle, établie par l'usage des marchands, doit faire la preuve de cet usage en recourant aux moyens de preuve applicables. Sur ce point, le droit civil québécois et la common law sont identiques.

Ensuite, la Cour d'appel a précisé que l'usage doit satisfaire à cinq critères: être ancien, fréquent, général, public et uniforme. Sur ce point, le droit civil québécois et la common law sont susceptibles de diverger à l'égard de l'usage des marchands. Par exemple, dans la mesure où l'on tient compte de l'évolution technologique, un usage des marchands n'a pas nécessairement besoin d'être « ancien » pour être légitimement admissible. De même, le critère d'uniformité ne sera pas nécessairement pertinent, tout dépendant du groupe de marchands en question.

Mais le point où le régime de preuve d'usage diverge le plus radicalement est celui du *stare decisis*. Dans *Polger*[254], la Cour d'appel a passé en revue le détail de la doctrine civiliste en matière de preuve d'usage, et a cité le passage suivant avec approbation:

> [55] […] **111** – *Allégation et preuve de l'usage* – Avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, les tribunaux ont toujours assimilé l'usage à un fait et exigé qu'il soit allégué et clairement établi, sauf dans des circonstances rares et exceptionnelles. […] Théoriquement, on pourrait soutenir que le tribunal est tenu de prendre connaissance d'office de l'usage. En pratique, un juge ne peut connaître tous les usages susceptibles d'être invoqués pour interpréter ou compléter une convention. Aussi, sauf dans le cas d'un usage raisonnablement incontestable, les plaideurs devront continuer d'alléguer et de prouver un usage, c'est-à-dire une pratique constante, répétée, publique, uniforme et générale à laquelle les contractants ont donné une force obligatoire. [soulignement ajouté]

Dans *Polger*, la Cour confirme d'abord l'état du droit avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, ce qui correspond tant à la période d'application du *Code civil du Bas-Canada*, qu'à la période antérieure où l'ancien droit s'appliquait, en l'occurrence, la *Coutume de Paris* et l'article 32 de l'Acte de 1849. La Cour confirme ensuite qu'en pratique, les tribunaux civilistes québécois ne prennent pas connaissance d'office (*judicial notice*) d'un usage, mais qu'au contraire, l'usage devra continuer d'être prouvé par les avocats dans pratiquement tous les cas.

---

254 *Canadian Jewish Congress c. Polger*, [2011] QCCA 1169 au para 55, permission d'en appeler refusée par la Cour suprême du Canada: *Polger c. Canadian Jewish Congress*, [2012] CanLII 5504 (CSC) [*Polger*].

Dans *Château Drummond*, la Cour fait état de la même règle, en précisant que « la connaissance d'office ne peut *jamais* porter sur des *faits* précis *générateurs de droit* dans un litige donné »:

> [67] Il peut arriver que le tribunal puisse prendre connaissance d'office d'un usage. Toutefois, les cas sont limités, tel qu'affirmé précédemment par cette cour :
> Il est admis que la connaissance d'office ne peut jamais porter sur les faits précis générateurs de droit dans un litige donné: le fait doit donc s'imposer avec un tel degré de certitude que toute preuve contraire paraisse futile[14]. [soulignement ajouté]
>
> [14] *Petro-Canada c. Malbaie Construction Inc.*, 2003 CanLII (CAQ), paragr. 11. Voir aussi Ducharme, *Précis de la preuve*, *supra*, note 12, p. 24.

Polger et *Château Drummond* établissent qu'en droit civil québécois, une preuve d'usage doit obligatoirement être faite dans chaque cause. Les exceptions sont qualifiées de « circonstances rares et exceptionnelles », où l'usage est « incontestable », et le contraire paraît « futile ». Ainsi, pour établir l'« usage des marchands » de telle autre ville ou région, ou de tel État étranger, il va sans dire que, dans tous les cas, preuve devra en être faite à la satisfaction du tribunal.

C'est là où le *stare decisis* prend son sens en matière de « law merchant ». La première fois qu'un marchand souhaite prouver un « usage des marchands » devant un tribunal de droit commun, cela doit être fait entièrement et en suivant toutes les règles de preuve applicables. Ensuite, lorsque la *même règle établie par cet usage désormais reconnu* est invoquée dans une prochaine cause, le *stare decisis* s'applique, et le marchand n'a pas besoin de refaire cette preuve d'usage à partir de zéro pour rétablir la même règle de « law merchant ». Le Doyen Falconbridge décrit ces caractéristiques du *stare decisis* comme suit:

> [...] By this process, what before was usage only, unsanctioned by legal decision, has become engrafted upon, or incorporated into, the common law, and may thus be said to form part of it. "When a general usage has been judicially ascertained and established [...] it becomes part of the law merchant, which courts of justice are bound to know and recognize.[255] [soulignement ajouté]

Contrairement à ce que prône l'approche civiliste québécoise, le *stare decisis* implique que le juge prenne connaissance d'office (*judicial notice*) de l'usage en tant que règle de « law merchant »:

> The existence, nature and scope of a given usage is a question of fact. A particular or local usage must be proved each time, until it becomes so notorious that the courts will not require further proof of it, but will take judicial notice of it [...] [256] [soulignement ajouté]

[255] Falconbridge, *supra* note 251 à la p 640.

[256] J.J. Maclaren, *The Bills of Exchange Act, 1890 Canada, and the Amending Act of 1891*, Toronto, Carswell, 1892 à la p 452.

Sauf en ce qui concerne les exceptions notées ci-dessus, le processus de prise de connaissance d'office fonctionne, à toutes fins pratiques, de façon identique en droit civil québécois. Le processus est prévu aux articles 2806 à 2810 CcQ, qui forment le chapitre « de la connaissance d'office ». Le régime se divise en obligations absolues et facultatives, à l'égard des faits et du droit.

Les deux obligations absolues sont prévues aux articles 2807 et 2808 CcQ:

> 2807. Le tribunal doit prendre connaissance d'office du droit en vigueur au Québec. Doivent cependant être allégués [...] le droit international coutumier.
>
> 2808. Le tribunal doit prendre connaissance d'office de tout fait dont la notoriété rend l'existence raisonnablement incontestable. [soulignement ajouté]

En corollaire de l'obligation absolue, l'article 2806 CcQ dispense la partie du fardeau de la preuve. Si l'obligation est facultative, *a contrario* la partie devra s'acquitter du fardeau de preuve:

> 2806. Nul n'est tenu de prouver ce dont le tribunal est tenu de prendre connaissance d'office. [soulignement ajouté]

Les deux obligations facultatives sont prévues aux articles 2809 et 2810 CcQ:

> 2809. Le tribunal peut prendre connaissance d'office du droit des autres provinces ou territoires du Canada et du droit d'un État étranger, pourvu qu'il ait été allégué. Il peut aussi demander que la preuve en soit faite, laquelle peut l'être, entre autres, par le témoignage d'un expert ou par la production d'un certificat établi par un jurisconsulte. [...]
>
> 2810. Le tribunal peut, en toute matière, prendre connaissance des faits litigieux [...] Il peut procéder aux constatations qu'il estime nécessaires, et se transporter, au besoin, sur les lieux. [soulignement ajouté]

En utilisant une approche comparative, la preuve d'un usage en *lex mercatoria* se ferait comme suit. L'usage doit au préalable avoir été allégué (2809 CcQ). Ensuite, le juge pourrait facultativement prendre connaissance d'office « du droit de l'État étranger ». Sinon, le juge demandera que preuve en soit faite. La partie pourra faire sa preuve par témoignage d'expert, ou utiliser tout autre moyen de preuve sous réserve des règles de preuve applicables. Si l'usage est contesté par la partie adverse, le juge peut prendre connaissance de ces faits litigieux, peut constater des faits, et peut aussi visiter les lieux (2810 CcQ).

On voit donc que le régime du *Code civil* est entièrement apte à traiter une preuve d'usage en *lex mercatoria*. Cependant, si un tribunal civiliste refuse le *stare decisis*, il n'applique l'usage de *lex mercatoria* qu'aux parties à l'instance, et refuse d'étendre la règle à d'autres, ce qui va à l'encontre de la raison d'être de la *lex mercatoria*.

2.5 Résultats: Le *stare decisis* est appliqué en pratique en droit civil québécois

Notre analyse transystémique de l'application du *stare decisis* dans quatre domaines du droit civil québécois a produit les résultats suivants.

En premier lieu, nos résultats démontrent sans équivoque, sur la base d'une validation empirique, qu'en pratique il est vrai que les tribunaux appliquent le *stare decisis* en droit civil québécois. Or, la profession juridique persiste à répéter machinalement des aphorismes tels que, par exemple:

> Les jugements antérieurs ne constituent pas une source formelle de droit, en droit civil.[257]
>
> Dans la tradition de la common law, c'est le *stare decisis* qui définit le régime juridique et qui établit la préséance de la jurisprudence. [...] Plutôt que de recourir à la *ratio decidendi* des décisions judiciaires antérieures, la tradition de droit civil met l'accent sur le droit écrit, ou codifié, qui est la principale source de droit.[258]

Une première conclusion découle directement de la validation empirique effectuée par la présente étude. Les aphorismes prétendant qu'il n'y aurait pas de *stare decisis* en droit civil québécois sont faux, et constituent ni plus ni moins que des brocards que la profession juridique devrait arrêter de véhiculer.

En second lieu, nos résultats illustrent le fonctionnement du *stare decisis* en droit civil québécois, au regard des spécificités de chacun des quatre domaines du droit que nous avons analysés.

En droit des affaires, le droit civil québécois a introduit un transplant, soit le délit de *passing-off*, non explicitement prévu par l'article 1457 CcQ, à partir de l'arrêt *Ciba-Geigy* de la Cour suprême du Canada, en provenance de l'Ontario. La Cour d'appel du Québec, dans l'affaire St-Méthode, a utilisé trois arrêts de la Cour suprême du Canada et trois arrêts de la Cour d'appel du Québec afin de formuler le test civiliste du délit de *passing-off*, qui comprend trois branches et onze sous-branches. Du point de vue substantif, le test du délit de *passing-off* en droit civil québécois est identique au test de *passing-off* de common law. Ce caractère identique, de même que l'approche analytique retenue par la Cour supérieure, et confirmée par la Cour d'appel, permettent de conclure que l'application du *stare decisis* eu égard au test du délit de *passing-off* est transystémique entre le droit civil québécois et la common law canadienne.

---

257 Touchette, *supra* note 88 à la p 123.
258 Shoemaker, *supra* note 89 à la p 32.

En droit du travail, le droit civil québécois a introduit un transplant, soit le test du congédiement pour incompétence, non explicitement prévu par les articles 2085, 2091 et 2094 CcQ, à partir de la décision *Edith Cavell* en provenance de la Colombie-Britannique. La Cour supérieure du Québec a entériné le Test *Edith Cavell* à cinq branches et deux sous-branches. Pendant une période de temps, certains tribunaux québécois ont tenté de retrancher une branche du test, à savoir l'obligation d'accommodement raisonnable incombant à l'employeur, créant ainsi un courant jurisprudentiel contradictoire. La Cour d'appel du Québec, dans l'arrêt *Costco*, puis la Cour supérieure, dans l'arrêt *Kativik*, ont résolu cette contradiction en rétablissant toutes les branches du Test *Edith Cavell* original. Ainsi, le système judiciaire civiliste québécois a invalidé la position doctrinale prétendant « se déclarer libres de ne pas se soumettre au *stare decisis* »[259], et prétendant en conséquence pouvoir librement modifier une *ratio decidendi* constituant un test jurisprudentiel. Cela a pour effet de confirmer empiriquement que la méthodologie du *stare decisis* s'applique intégralement en droit civil québécois, y compris le fait que le juge soit *lié* par une *ratio decidendi* et doive l'appliquer malgré qu'il puisse être en désaccord. En conclusion, l'application du *stare decisis* eu égard au Test *Edith Cavell* est transystémique entre le droit civil québécois et la common law canadienne.

En droit bancaire, le droit civil québécois a introduit un transplant, soit le test du délai raisonnable de rappel de prêt, non explicitement prévu par les articles 2314 et 1595 CcQ, à partir de la décision *Mister Broadloom* de la Cour d'appel de l'Ontario. Dans l'affaire *Houle*, la Cour d'appel du Québec a adopté le Test *Mister Broadloom* à 7 branches, ce que la Cour suprême du Canada a entériné, en précisant que les critères de ce test de common law ne devraient pas être différents en droit civil. Notre étude a illustré que l'application du Test *Mister Broadloom* en droit civil québécois donne des résultats convergents avec son application en common law. Toutefois, l'implantation du Test *Mister Broadloom* au Québec est un exemple d'« inconfort causé par un emprunt à la common law ». En effet, bon nombre de tribunaux, en plus d'appliquer le test, ajoutent une analyse civiliste en parallèle rejoignant la théorie de l'abus de droit, ou encore la responsabilité extracontractuelle. La doctrine a fait des efforts de distanciation en citant d'autres critères pour déterminer la durée du délai. Cependant, la jurisprudence québécoise n'a pas semblé suivre la voie doctrinale, et a continué de s'appuyer sur les critères du test. Malgré cet « inconfort », l'application du Test *Mister Broadloom* demeure transystémique, spécialement compte tenu du fait que le régime bancaire est fédéral.

---

[259] Leckey, *supra* note 79 aux pp 593, 611.

En *lex mercatoria*, la situation est différente, puisque l'obligation d'appliquer le *stare decisis* en droit civil québécois est imposée législativement, par la combinaison du paragraphe 91(18) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de l'article 9 de la *Loi sur les lettres de change*. En outre, la situation diffère aussi d'un point de vue historique, puisqu'en vertu de l'ancien droit et du *Code civil du Bas-Canada*, les juristes civilistes bas-canadiens ont effectivement appliqué la common law aux effets de commerce, sur une toile de fond de droit civil, pendant 42 ans de 1849 à 1891. L'actuel article 9 LLC devrait être compris comme référant au *law merchant*, c'est-à-dire à la *lex mercatoria*, et non pas au « droit commercial », ce dernier étant un trop vaste domaine du droit.

Cette application du *stare decisis* imposée législativement vient s'ajouter au *Code civil* par l'entremise de la Disposition préliminaire. Cet ajout a l'effet de modifier le droit relatif à l'usage en tant que source de droit, et à la connaissance d'office prévue au *Code civil*, en établissant que la règle de *lex mercatoria* identifiée par une preuve de l'usage des marchands, admise au moyen de la connaissance d'office, peut s'appliquer à d'autres cas, grâce au *stare decisis*. En raison de son caractère législativement imposé, l'application du *stare decisis* en *lex mercatoria* est sans doute la plus transystémique entre le droit civil québécois et la common law, parmi les quatre domaines du droit que nous avons analysés.

Enfin, notre analyse de la situation en *lex mercatoria* a permis de mettre au jour un autre aphorisme répété machinalement par la profession:

> [...] le magistrat québécois [...] n'est <u>en aucune façon</u> lié par les précédents.[260]
> [soulignement ajouté]

Cet énoncé est catégoriquement faux. Le magistrat québécois est « en *au moins une* façon » lié par les précédents. N'importe quel magistrat québécois, qui entend une cause impliquant un effet de commerce, « *est* lié par les précédents » en vertu de l'article 9 LLC et du paragraphe 91(18) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cet énoncé constitue un brocard que la profession juridique devrait arrêter de véhiculer.

---

[260] Mazen, *supra* note 2 à la p 395.

> ON EN APPELLE VOLONTIERS, dans une discussion juridique, aux « principes généraux du droit ». [...] C'est là un langage d'initiés: par hypothèse, l'interlocuteur ou le lecteur est juriste; on lui fait l'honneur de croire, et il se persuade aisément, qu'il connaît les principes. [261]

3. Synthèse: liens transystémiques entre le *stare decisis* et les principes généraux du droit

Dans la foulée du débat doctrinal sur le *stare decisis* en droit privé québécois, nous avons exemplifié l'usage du *stare decisis* par les tribunaux en situation réelle dans les quatre domaines du droit des affaires, du droit du travail, du droit bancaire et de la *lex mercatoria*. Dans la présente Partie, nous dégagerons d'abord certaines implications relatives au *stare decisis* et aux principes généraux du droit dans chacun de ces quatre domaines (3.1). Ensuite, nous montrerons que le *stare decisis*, eu égard à ses liens avec les principes généraux du droit, est compatible avec la Disposition préliminaire du *Code civil* (3.2).

3.1 Implications relatives à l'usage du *stare decisis* en droit civil québécois

Il est clair que dans la réalité du terrain, la position jurisprudentielle pratique en faveur du *stare decisis* l'emporte sur la position doctrinale théorique qui s'oppose au *stare decisis*. À partir de ce constat, quelles sont les implications qui découlent de l'usage du *stare decisis* par les tribunaux en droit civil québécois? Ces implications peuvent varier sensiblement suivant le domaine du droit, et peuvent révéler certains principes généraux du droit qui sont particuliers à chacun des domaines, ou encore d'application générale à plusieurs domaines.

Afin d'illustrer les similitudes et les différences entre ces quatre domaines du droit, nous utiliserons une approche analogue pour chacun de ceux-ci dans les quatre sous-sections ci-dessous: droit des affaires (3.1.1), droit du travail (3.1.2), droit bancaire (3.1.3), et *lex mercatoria* (3.1.4). Après avoir formulé le cadre de référence de base qui découle du *Code civil* à l'égard des exemples d'application, nous dégagerons de ce cadre de référence certaines conséquences au regard de certains principes généraux du droit qui seront parfois similaires, parfois différents, entre les quatre domaines.

---

[261] Jean Boulanger, « Principes généraux du droit et droit positif », dans *Le droit privé français au milieu du XX^e^ siècle, Études offertes à Georges Ripert*, Tome 1, Paris, LGDJ, 1950, 51-74, à la p 51.

3.1.1 *Stare decisis* et principes généraux en droit des affaires

Rappelons l'exemple d'application analysé ci-devant en droit des affaires: Canada Bread a copié des éléments du marketing de son concurrent St-Méthode, afin de lui « voler » une part de marché en trompant les clients, et lui causant ainsi préjudice. Aux fins de notre analyse comparative, le cadre de référence de base découlant du *Code civil* serait le suivant. Présumant qu'il n'existe aucun contrat entre une entreprise et son concurrent, le fait de lui avoir causé un préjudice relève de la responsabilité civile extracontractuelle, prévue à l'article 1457 CcQ:

> 1457. Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.
>
> Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel. [...] [soulignement ajouté]

Tous s'entendent pour dire qu'il y a trois éléments à prouver, soit (1) faute, (2) causalité, et (3) préjudice. Avant cela, toutefois, la première vraie question *substantive* qui se pose au juge est de savoir quelles sont ces « règles de conduite » que la personne a le « devoir de respecter »; parce que la « faute » renvoie au « manquement à ce devoir ». Dans l'exemple d'application, la première question qui se pose au juge est donc de savoir quelle est la « règle de conduite » qui « s'impose à » une entreprise qui désire imiter le marketing d'un concurrent, mais qui souhaite aussi demeurer dans la légalité.

Le *Code civil* ne répond pas à cette question. C'est à ce point-ci de l'analyse qu'il y a bifurcation entre les tenants des deux positions à l'égard du *stare decisis*: les *opposants* et les *adhérents*.

Suivant le premier embranchement de la bifurcation, les opposants vont dire qu'ils « ne sont pas liés par le *stare decisis* »[262], et, en conséquence, ne partiront pas à la recherche de cette « règle de conduite » dans la jurisprudence. En l'absence de doctrine[263] sur ce point, ils vont formuler eux-mêmes cette « règle de conduite » en se basant sur leur intuition[264] de ce qui leur semble juste en l'espèce.

---

262 Voir Leckey, *supra* note 79.

263 Dans ce cadre de référence intentionnellement simplifié, nous faisons abstraction de la faculté de s'inspirer de la doctrine, puisque la méthodologie d'utilisation de la doctrine est identique pour les tenants des deux positions.

264 Voir le passage à propos de Portalis, Gény, et la référence de Kennedy et Belleau, *supra* à la p 27.

Suivant le second embranchement de la bifurcation, les adhérents au *stare decisis* vont dire que, étant donné que le *Code civil* ne répond pas à la question, il faut alors suivre le principe établi par le juge Beetz de la Cour suprême du Canada en 1977 dans *Viger c. Lauréat Giguère*[265]:

> Le *Code civil* ne contient pas tout le droit civil. Il est fondé sur des principes qui n'y sont pas tous exprimés et dont il appartient à la jurisprudence et à la doctrine[266] d'assurer la fécondité. [soulignement ajouté]

La Cour suprême unanime nous dit que « le *Code civil* ne contient *pas* tout le *droit civil* », et, donc, que le *droit civil* qui n'est *pas contenu* dans le *Code* est *susceptible d'être contenu dans la jurisprudence*. La jurisprudence *contient* du *droit civil*, et constitue donc une *source de règles de droit civil*. Dans l'exemple d'application, les adhérents au *stare decisis* vont donc partir à la recherche de cette « règle de conduite » dans la jurisprudence, et vont trouver cette règle dans la *ratio decidendi* de l'arrêt *Boulangerie St-Méthode*, en l'occurrence, le Test du délit de *passing-off* en droit civil québécois.

Ce cadre de référence permet de dégager certains principes généraux du droit, dont voici les plus importants pour cette partie de la présente recherche.

Un premier principe général du droit se rattache à l'aspect *substantif* de l'exemple d'application. Le Test du délit de *passing-off* en droit civil québécois est sous-tendu par le principe général du droit suivant: « nul ne peut usurper le travail d'autrui » (« PGD #1 »)[267]. Ce principe général du droit des affaires a été cristallisé par le juge Gonthier de la Cour suprême du Canada dans *Ciba-Geigy*:

> Il n'est pas besoin d'être féru de morale pour comprendre en quoi l'usurpation du travail d'autrui, car c'est bien de cela qu'il s'agit, est un affront à la bonne foi.[268] [soulignement ajouté]

Dans la version anglaise, l'expression est traduite comme suit: « appropriating another person's work ». Ce principe général du droit rend illégal le fait d'usurper, c'est-à-dire s'approprier sans droit, autrement dit: voler, le travail d'autrui. Si quelqu'un se fait « voler » son « travail », le Test du délit de *passing-off* doit aboutir à un redressement, sinon il ne sera pas cohérent avec le principe général du droit.

---

265 *Viger c. Lauréat Giguère*, *supra* note 100 à la p 76.
266 Ici encore, dans ce cadre de référence intentionnellement simplifié, nous faisons abstraction de la doctrine.
267 Dans cette section, nous numéroterons les principes généraux du droit avec l'acronyme « PGD ».
268 *Ciba-Geigy*, *supra* note 142 à la p 136.

Considérons maintenant un second principe général du droit: « les cas semblables doivent être traités de la même manière » (PGD #2), reformulé en 2010 par le juge Nicholas Kasirer de la Cour d'appel du Québec:

> [...] "like cases should be treated alike". It rests upon a theory of justice – 'if my neighbour claims damages before the courts, I expect him or her to be treated as I am treated; that insofar as our cases are alike, they should be treated alike'.[269] [soulignement ajouté]

Ce principe de traitement égal n'est pas exclusif au droit des affaires, mais s'applique aussi dans d'autres domaines du droit. En outre, il ne s'agit pas d'un principe essentiellement *substantif*, mais plutôt d'un principe *procédurier*. Examinons maintenant les liens entre ces deux principes.

L'exemple d'application *Boulangerie St-Méthode* fournit un scénario hypothétique, mais plausible dans la réalité de terrain: supposons qu'un troisième concurrent, par exemple Weston[270], copiait aussi la pastille de St-Méthode, comme l'a fait Canada Bread. Dans notre recherche, ce scénario permet de mettre en lien ces deux principes généraux du droit. Selon ce scénario, les deux actes de copiage seraient parfaitement identiques, mais les deux défendeurs seraient différents. À supposer deux juges, l'un adhérant au *stare decisis* et appliquant le Test du délit de *passing-off*, et l'autre s'opposant au *stare decisis* et se basant sur son intuition, les deux jugements seraient susceptibles d'être contradictoires. Un juge ferait gagner St-Méthode, et l'autre juge ferait perdre St-Méthode. En pareil cas, l'un de ces deux jugements enfreindrait nécessairement le principe général du droit « nul ne peut usurper le travail d'autrui ». Un tel système judiciaire, où un juge applique le Test du délit de *passing-off*, tandis que l'autre juge ne l'applique pas, est incapable de garantir le respect du second principe général du droit « les cas semblables doivent être traités de la même manière ».

Ce conflit entre ces deux principes généraux du droit peut être résolu de la façon suivante. Posons un troisième principe général du droit: « le *Code civil* ne contient pas tout le droit civil: *la jurisprudence contient aussi une partie du droit civil* » (PGD #3). Pour respecter ce troisième principe, il est obligatoire, et non optionnel, de rechercher s'il y a un test applicable dans la jurisprudence, et, si oui, de l'appliquer. Le fait de respecter ce troisième principe empêche le conflit entre les deux premiers de se produire, et les trois principes demeurent en cohérence.

---

269 *Stations de la vallée de St-Sauveur inc. c. M.A.*, [2010] RJQ 1872 (CAQ) au para 82.

270 *St-Méthode* CSQ, *supra* note 132 au para 187. Ce scénario a été présenté à l'audience par Canada Bread au sujet de l'injonction.

Enfin, il est à noter que ce troisième principe général du droit: « le *Code civil* ne contient pas tout le droit civil: *la jurisprudence contient aussi une partie du droit civil* », n'est pas foncièrement *substantif*, ni *procédurier*, mais constitue davantage un principe général du droit *méthodologique*.

De façon plus générale, le principe de traitement égal revêt une importance particulière en droit des affaires, pour au moins trois raisons. D'abord, la structure économique québécoise et canadienne, fondée sur le libre marché, exige que les entreprises concurrentes soient sujettes aux mêmes « règles du jeu » dans l'arène de la concurrence. Ensuite, l'allocation des ressources financières et matérielles exige que les entreprises planifient stratégiquement à moyen et long terme, ce qui implique que les règles juridiques doivent être prévisibles. Enfin, puisque de vastes ressources sont souvent concentrées dans des unités d'affaires qui constituent des parties unitaires dans les litiges, les montants en jeu s'avèrent souvent importants. Par exemple, dans l'affaire *Boulangerie St-Méthode*, la défenderesse Canada Bread, « non satisfaite d'avoir copié et utilisé la pastille distinctive de St-Méthode, lui réclame en plus »[271] des dommages-intérêts, des honoraires extrajudiciaires et des dépens totalisant $ 1,010,272.[85] [272].

L'importance du principe général du droit: « les cas semblables doivent être traités de la même manière » en droit des affaires conduit directement à l'importance de l'application du *stare decisis* en droit des affaires. Ainsi, la professeure Madeleine Cantin Cumyn a observé que dans le domaine du droit des affaires, les tribunaux font déjà un usage explicite du *stare decisis*, en utilisant des précédents de common law de façon courante, sans avoir à autrement se justifier d'appliquer le *stare decisis*:

> Le droit des sociétés par actions ou des compagnies est encore un domaine où il n'existe pas de différence importante entre la façon de le pratiquer, d'en juger ou de l'enseigner au Québec, pays de droit civil, et dans les autres provinces canadiennes, pays de common law. Notamment, la jurisprudence québécoise s'appuie sur les précédents et les auteurs de la common law de façon courante, sans même songer à justifier leur pertinence en droit québécois.[273] [soulignement ajouté]

On voit donc que, dans le domaine du droit civil des affaires, il est impératif de respecter le principe général du droit suivant: « le *Code civil* ne contient pas tout le droit civil, et comme la jurisprudence contient aussi une partie du droit civil, l'application du *stare decisis* est obligatoire. »

---

271 *Ibid* au para 206.
272 *Ibid* aux para 47-49.
273 Madeleine Cantin Cumyn, « Les innovations du Code civil du Québec, un premier bilan » (2005) 46-1/2 C de D 463 à la p 473, n 31.

3.1.2 *Stare decisis* et principes généraux en droit du travail

L'exemple d'application analysé précédemment était celui d'un congédiement pour incompétence « non-coupable », autrement dit, « non-fautive ». Aux fins d'analyse comparative, le cadre de référence de base découlant du *Code civil* serait le suivant. D'abord, le contrat de travail est défini à l'article 2085 CcQ:

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

Comme dans tout contrat, les parties sont liées (1434 CcQ), et une seule partie ne peut pas unilatéralement mettre fin au contrat, à moins que la loi le permette par exception (1439 CcQ):

> 1434. Le contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les usages, l'équité ou la loi.
>
> 1439. Le contrat ne peut être résolu, résilié, modifié ou révoqué que pour les causes reconnues par la loi ou de l'accord des parties. [soulignement ajouté]

Lorsque l'une des parties *n'est pas d'accord* pour résilier le contrat, l'autre partie peut le résilier seulement si la loi le permet. Le cas du contrat de travail en est un où la loi le permet, de deux façons: d'abord suivant l'article 2091 CcQ avec un préavis qui satisfait à certains critères, et ensuite, suivant l'article 2094 CcQ sans préavis, mais pour motif sérieux:

> 2091. Chacune des parties à un contrat à durée indéterminée peut y mettre fin en donnant à l'autre un délai de congé.
> Le délai de congé doit être raisonnable et tenir compte, notamment, de la nature de l'emploi, des circonstances particulières dans lesquelles il s'exerce et de la durée de la prestation de travail.
>
> 2094. Une partie peut, pour un motif sérieux, résilier unilatéralement et sans préavis le contrat de travail. [soulignement ajouté]

En pratique juridique sur le terrain, il y a une multitude de cas de fin de contrat de travail avec préavis suivant 2091 CcQ, mais cette vaste tranche de jurisprudence n'est pas l'objet principal de la présente étude. Notre objet est plutôt centré sur l'article 2094 CcQ qui prévoit la résiliation unilatérale du contrat de travail, sans préavis pour motif sérieux.

La première question qui se pose au juge est: qu'est-ce qu'un « motif sérieux »? Le *Code civil* ne fournit pas la réponse à cette question. À ce point-ci se produit une première bifurcation semblable à celle identifiée dans la sous-section précédente en droit des affaires[274]. Les opposants diront qu'ils « ne sont pas liés par le *stare decisis* », et formuleront par eux-mêmes ce qu'ils croient être un « motif sérieux » en se basant sur leur intuition de ce qui leur semble juste en l'espèce. Les adhérents au *stare decisis*, quant à eux, suivront le juge Beetz dans *Viger c. Lauréat Giguère*:

> Le *Code civil* ne contient pas tout le droit civil. Il est fondé sur des principes qui n'y sont pas tous exprimés et dont il appartient à la jurisprudence et à la doctrine d'assurer la fécondité.[275] [soulignement ajouté]

Le juge Beetz indique qu'il faut rechercher, dans la jurisprudence, ce qu'est un « motif sérieux ». Dans l'affaire *Blais c. Aéroport de Québec*[276] en 2016, la Cour supérieure du Québec en a fourni une définition par une énumération de catégories génériques de « motifs sérieux » au sens de 2094 CcQ,:

> [47] Mais qu'entend-on par « congédiement pour motif sérieux » ou « pour cause juste et suffisante »? On vise avant tout le licenciement d'un employé qui n'exécute pas adéquatement sa prestation de travail par inaptitude, mauvaise volonté ou incapacité. [...]
>
> [48] Par exemple, la rupture du lien de confiance entre l'employeur et l'employé demeure un élément important à considérer, surtout en présence du congédiement d'un cadre où cela peut constituer un motif sérieux. S'ajoutent notamment l'insubordination, l'indiscipline grave, la négligence ou la paresse au travail, l'incompétence, la malhonnêteté, l'alcoolisme, l'usage de drogue, l'absentéisme ou le manque de devoir de respect à l'endroit de l'employeur qui peuvent s'avérer des indices importants pour conclure à l'existence de motifs sérieux. [soulignement ajouté]

Depuis lors, cet énoncé de la Cour supérieure a été suivi par la jurisprudence québécoise, jusqu'à son application la plus récente par la Cour du Québec dans l'affaire *McIntosh c. Exfo*[277] en 2021.

Cet énoncé jurisprudentiel nous permet d'avancer quelque peu dans l'analyse. Il est clair que l'« incompétence » fait bel et bien partie des possibles « motifs sérieux » envisagés par 2094 CcQ. Cependant, cela ne résout pas l'affaire, et entraîne la prochaine question qui se pose au juge: qu'est ce que de l'« incompétence »?

---

274 Voir *supra*, sous-section 3.1.1.
275 *Viger c. Lauréat Giguère*, *supra* note 100 à la p 76.
276 *Blais c. Aéroport de Québec inc.*, 2016 QCCS 1563 aux para 47-48.
277 *McIntosh c. Exfo inc.*, 2021 QCCQ 3886 aux para 22, 24.

Se produit alors une seconde bifurcation où, tel qu'illustré précédemment, les opposants se feront une idée intuitive de ce qu'est de l'« incompétence », et les adhérents au *stare decisis* en trouveront au moins une définition de base formulée par la Cour du Québec dans *Immeubles Saga*[278]:

> Si le reproche formulé est l'insatisfaction quant au rendement de l'employé, l'employeur doit démontrer clairement et objectivement l'incompétence ou l'incapacité de l'employé à atteindre les objectifs préétablis. [...] [soulignement ajouté]

Plus précisément, ces « objectifs préétablis » sont en fait « purement subjectifs », et *imposés* par l'employeur, comme l'indique la Cour supérieure dans *Cégep du Vieux-Montréal*[279]:

> En conséquence, comme la preuve de l'incompétence relève généralement de critères purement subjectifs, l'employeur doit tenter, dans la mesure du possible, de donner à ses employés des objectifs clairs et précis que ceux-ci devront atteindre dans le cadre de leur emploi. [soulignement ajouté]

L'incompétence se définit donc jurisprudentiellement comme « le fait pour un employé d'être incapable d'atteindre des objectifs de travail purement subjectifs et imposés par l'employeur ». Le caractère subjectif et imposé des objectifs de travail se comprend clairement à la lumière du droit de gérance de l'employeur, et de son corollaire: le lien de subordination et devoir d'obéissance de l'employé, découlant de l'article 2085 CcQ, qui prévoit que « le salarié s'oblige [...] à effectuer un travail sous la direction ou le contrôle [de] l'employeur ».

Le droit de gérance de l'employeur sous-tend que le fardeau de prouver l'incompétence lui revient, mais sous-tend aussi qu'il possèderait l'expertise requise pour faire cette preuve, comme s'il était un « témoin expert » en gestion des ressources humaines, ce qui n'est pas toujours le cas. En outre, les juges non plus n'ont pas toujours cette expertise, surtout si les fonctions du poste sont techniques et/ou complexes.

Dans une situation de congédiement pour incompétence, l'employeur joue le double rôle de témoin expert et de partie au litige. Cela soulève un problème eu égard aux principes généraux du droit.

---

278 *Lefebvre c. Immeubles Saga*, 2017 QCCQ 3944 au para 32, suivi dans *Gauthier c. 9245-9163 Québec inc. (Kia Saint-Constant)*, 2019 QCCQ 8381 au para 41.

279 *Senécal c. Cégep du Vieux Montréal*, 2012 QCCS 1995 au para 72.

La règle « *nemo judex in propria sua causa debet esse* »[280], signifiant que « nul ne doit être juge dans sa propre cause », constitue un principe général du droit[281] (PGD #4). Dans la mesure où, d'une part, l'employeur joue *de facto* le rôle de témoin expert sur la preuve d'incompétence de l'employé, et, d'autre part, le juge accepte une telle preuve, cela enfreint le principe général du droit *nemo judex*, et, en conséquence, est contraire à la justice naturelle.

On voit que l'asymétrie entre les droits et obligations de l'employeur et de l'employé crée un fort déséquilibre de pouvoir en faveur de l'employeur, susceptible de contrevenir à la justice naturelle, ce qui invite l'application des articles 6, 7 et 1375 CcQ en ce qui concerne la bonne foi:

> 6. Toute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi.
>
> 7. Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi.
>
> 1375. La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction. [soulignement ajouté]

Suivant les articles 6, 7 et 1375 CcQ, un congédiement, qui constitue l'extinction d'une obligation, est un droit civil de l'employeur en vertu de 2094 CcQ, mais qui ne doit pas être exercé d'une manière excessive et déraisonnable. Cette combinaison de règles soulève une prochaine question qui se pose au juge: un congédiement pour incompétence, fondé sur des critères subjectifs imposés par la partie dominante, est-il « excessif et déraisonnable » à la lumière des faits de l'espèce?

En théorie, on voit assez clairement que l'employeur peut abuser de son droit de gérance, et imposer des objectifs intentionnellement exagérés afin de pouvoir congédier n'importe quel employé dans n'importe quelles circonstances. En pratique, l'employeur est toujours en conflit d'intérêts, désirant éviter les coûts élevés d'un congédiement *avec préavis* suivant 2091 CcQ, comme l'illustre par exemple la décision *Girard*[282] où la Cour supérieure a condamné une Caisse populaire employeure à payer à son employée $ 213,404.[17]. En congédiant pour « motif sérieux », à savoir: incompétence, *sans préavis* en vertu de 2094 CcQ, l'employeur économisera des coûts de cet ordre de grandeur.

---

280 *Régie des alcools, supra* note 65 aux para 115-127, juge L'Heureux-Dubé.

281 *Mastrocola c. Autorité des marchés financiers,* 2010 QCCS 1243 aux para 57-58, maintenu à la Cour d'appel, appel accueilli sur un autre point: *Mastrocola c. Autorité des marchés financiers,* 2011 QCCA 995.

282 *Girard c. Caisse populaire Desjardins de Saint-Raymond-Sainte-Catherine,* 2019 QCCS 4770.

Comment décider d'un cas réel sur le terrain? À ce point-ci se présente une troisième bifurcation, où les opposants au *stare decisis* jugeront du cas intuitivement, tandis que les adhérents au *stare decisis* répondront à cette question au moyen du Test *Edith Cavell*[283].

Toutefois, l'application du Test *Edith Cavell* au Québec a généré une « controverse » temporaire, maintenant réglée[284], mais qu'il est important de considérer à cause de ses implications à l'égard du *stare decisis* et des principes généraux du droit.

En effet, dans *Kativik* CAQ, la Cour d'appel a fait état qu'il se serait créé « [...] une certaine « controverse » en ne reprenant pas textuellement l'un des critères [du] « test Edith Cavell » »[285]. Le critère manquant en question est celui des « efforts raisonnables pour réaffecter l'employé ». Afin de clarifier la portée de cette « controverse » eu égard aux principes généraux du droit, nous avons reproduit le Test *Edith Cavell* original, et sa version tronquée, dans le Tableau 4 à la page suivante.

La « controverse » jurisprudentielle a commencé lorsqu'un tribunal a décidé de retrancher le critère « 4.2 » du Test *Edith Cavell*, et que, par la suite, certaines décisions ont été rendues en prétendant appliquer le Test *Edith Cavell*, mais à l'exclusion de ce critère. Le retranchement du critère « 4.2 » apparaît en droit civil dans l'affaire *Garage Montplaisir*[286] en 2001. Dans cette affaire, le juge Jocelyn Verrier de la Cour supérieure a utilisé le test modifié en 1998 par la Commissaire du travail Hélène Bélanger dans *Château Vaudreuil*[287]. Celle-ci avait réintégré la salariée, appuyant sa décision sur le Test *Edith Cavell*, sans toutefois le référencer nommément, et en citant comme source un résumé de la jurisprudence fait par sa collègue, la Commissaire du travail Huguette Vaillancourt, dans une décision de 1996 non publiée. À l'examen du Tableau 4, on constate que, dans *Château Vaudreuil*, un élément important du Test *Edith Cavell* original a disparu: l'obligation de l'employeur de faire des efforts raisonnables pour réaffecter le salarié à un autre travail pour lequel il a les compétences requises, c'est-à-dire critère « 4.2 ».

---

283 Précédemment exposé *supra* à la section 2.2.
284 Tel qu'indiqué précédemment *supra* à la sous-section 2.2.2.
285 *Kativik* CAQ, *supra* note 189 au para 5.
286 *Garage Montplaisir*, *supra* note 178 au para 82.
287 *Château Vaudreuil*, *supra* note 179 au para 32.

TABLEAU 4
Test *Edith Cavell*
Comparaison:
Version originale de Colombie-Britannique *vs.* Version tronquée dans une lignée au Québec

		Version originale complète, telle que réexprimée, et traduite en français, par la Cour suprême du Canada dans *Lethbridge College*, [2004] 1 RCS 727 [288]	**Version tronquée où le critère « 4.2 » a été retranché par la lignée *Château Vaudreuil* et *Garage Montplaisir*, causant une « controverse » en droit civil québécois**
		Pour congédier un employé pour incompétence, l'employeur doit:	Avant de congédier un employé pour incompétence, l'employeur doit s'assurer que: ("l'employé"):
1.		définir le niveau de rendement requis;	connaît les politiques de l'entreprise et les attentes fixées;
2.		communiquer cette norme à l'employé;	que ses lacunes lui ont été signalées;
3.	**3.1**	lui offrir l'encadrement et la formation appropriés et	qu'il a obtenu le support nécessaire pour atteindre ses objectifs;
	3.2	lui accorder un délai raisonnable pour satisfaire à la norme;	qu'il a bénéficié d'un délai raisonnable pour s'ajuster;
4.	**4.1**	établir que l'incapacité de l'employé de satisfaire à la norme l'empêche de s'acquitter de sa tâche et	[*Fardeau de preuve*] [289]
	4.2	que des efforts raisonnables ont été faits pour trouver un autre poste correspondant à ses compétences;	
5.		donner à l'employé des avertissements propres à lui indiquer que le défaut de satisfaire à la norme pourrait entraîner son congédiement.	qu'il a été prévenu du risque de congédiement à défaut d'amélioration.

Cette « controverse » jurisprudentielle soulève deux points importants pour la présente étude, dont nous traiterons tour à tour ci-dessous: d'une part, l'application « non-officielle » du *stare decisis*, et, d'autre part, les implications du retranchement d'une branche du Test *Edith Cavell* eu égard aux principes généraux du droit.

---

288 *Lethbridge College, supra* note 187 au para 5. Nous avons renuméroté les composantes afin de pouvoir effectuer les comparaisons.

289 Cette branche « 4.1 », apparemment manquante, est implicitement incluse dans la version tronquée du test, car elle relève du fardeau de preuve de l'employeur.

Premièrement, on voit un exemple frappant du fait que certains juges québécois, dans la réalité, appliquent clairement le *stare decisis*, mais *sans le mentionner* de façon explicite, comme le Doyen Leckey l'a mis en lumière dans son étude de 2018:

> [...] le juge Duprat [...] cite presque 1,300 mots de cette décision. [...] Le nom de l'arrêt de la Cour suprême est absent de la décision, sans pour autant que l'emprunt à la common law soit effacé.[290] [soulignement ajouté]

Le Doyen Leckey poursuit l'analyse de ce phénomène d'application « non-officielle » en soulevant la question de savoir s'il ne s'agirait pas d'une tentative de *camouflage* de l'usage du *stare decisis,* allant jusqu'à en effacer les traces:

> Est-ce l'indice d'un inconfort causé par l'emprunt, que l'on apprivoise, camoufle ou « civilise », pour éviter d'affaiblir une tradition minoritaire qui baigne dans un océan de common law [...] ? [...] Nous avons également vu les pratiques et les mécanismes d'intégration ou d'appropriation en droit civil québécois d'idées venues de la common law, qui sont parfois accompagnés d'un effacement de la trace de leurs origines.[291] [soulignement ajouté]

Que ce soit une position d'application « non-officielle », ou une tentative de camouflage de l'usage du *stare decisis*, on voit, avec le Test *Edith Cavell*, que le fait d'omettre la véritable source d'une *ratio decidendi* est susceptible de causer une chaîne d'erreurs dans les décisions subséquentes.

Deuxièmement, ce retranchement d'une branche du Test *Edith Cavell* a une assez forte implication eu égard au principe général du droit du travail suivant: « l'employeur a l'obligation d'accommoder un employé qui, sans faute de sa part, ne peut accomplir son travail, en faisant des efforts raisonnables pour trouver un autre poste correspondant à ses compétences » (PGD #5).

Les principes généraux des droits de la personne comprennent l'obligation d'accommodement. À partir de ceux-ci, les tribunaux ont reconnu un principe général du droit du travail, à savoir l'obligation d'accommodement d'un employé atteint d'un handicap au sens de la *Charte québécoise*.

---

290 Leckey, *supra* note 79 à la p 608.
291 *Ibid* aux pp 612-14.

Plus récemment, dans l'affaire *Caron*[292] en 2018, la Cour suprême du Canada a reconnu que ce principe général du droit du travail s'applique aussi, de façon encore plus ciblée, imposant à l'employeur a une obligation d'accommodement, non seulement à l'égard d'un handicap, mais aussi à l'égard de lésions professionnelles au sens du régime de santé et sécurité au travail.

> Le régime d'indemnisation des accidentés du travail prévoit divers types d'accommodement, comme la réintégration, un emploi équivalent ou, à défaut, l'emploi qui convient le mieux. Le fait que le régime prévoit certains types d'accommodement n'exclut pas l'accommodement général plus vaste qu'exige la *Charte québécoise*.[293] [soulignement ajouté]

Ainsi, ce principe général du droit du travail impose l'obligation à l'employeur d'accommoder un employé qui, sans faute de sa part, se voit dans l'impossibilité d'accomplir le travail de son poste, en offrant un autre emploi convenable comportant des fonctions qu'il est en mesure d'accomplir. On voit ce principe général du droit du travail en arrière-plan du critère « 4.2 » du Test *Edith Cavell*: « l'employeur doit établir que des efforts raisonnables ont été faits pour trouver à l'employé un autre poste correspondant à ses compétences ».

Dans la réalité des vrais litiges sur le terrain, pendant la période de 16 ans à partir de *Garage Montplaisir* en 2001, jusqu'à *Kativik* CSQ en 2017, un certain nombre de justiciables ont été privés de leur droit à l'accommodement, à savoir ceux qui ont eu la malchance de se retrouver dans la mauvaise lignée de jurisprudence.

En outre, il se produit ici la même contradiction que nous avons identifiée dans la sous-section précédente en droit des affaires. Puisqu'il y a certains tribunaux qui appliquent la branche « 4.2 » du Test *Edith Cavell*, et d'autres tribunaux qui ne l'appliquent pas, le système judiciaire est incapable de garantir le respect du principe général du droit « les cas semblables doivent être traités de la même manière ».

La solution à ce conflit entre les deux principes généraux du droit est la même: il s'agit de respecter le principe général du droit suivant: « le *Code civil* ne contient pas tout le droit civil, et comme la jurisprudence contient aussi une partie du droit civil, l'application du *stare decisis* est obligatoire. »

---

292 *Québec (CNESST) c. Caron*, [2018] 1 RCS 35 aux para 20, 51.
293 *Ibid* au para 50.

Au delà de cette solution pragmatique, le nœud du problème relève de la méthodologie judiciaire: les opposants au *stare decisis* refusent d'accepter que la jurisprudence *contient du droit civil*, et donc que le Test *Edith Cavell*, dans son rôle normatif, *est une règle de droit civil* qu'il faut appliquer. Au surplus, en retranchant la branche « 4.2: accommodement » du Test *Edith Cavell*, les opposants au *stare decisis* révèlent leur désaccord avec l'application de ce principe général du droit du travail à une situation de congédiement pour incompétence. Ils ont l'intuition que cet accommodement ne devrait pas être imposé aux employeurs. Cette approche est incorrecte pour les raisons suivantes.

La Cour suprême du Canada a précisé ce principe méthodologique: le *stare decisis* exige qu'un tribunal applique la *ratio decidendi* d'un précédent *applicable* (c.-à-d. qu'on n'est pas à même de distinguer), peu importe son opinion à l'égard de cette *ratio decidendi*. Cette précision a été faite dans l'affaire *Wabasso* en 1979, où le juge Paré de la Cour d'appel du Québec s'exprimait ainsi:

> Même si à l'extrême on pouvait douter que les motifs exprimés par les trois juges mentionnés formulent exclusivement la *ratio decidendi* de l'arrêt précité, les opinions qu'ils émettent me semblent formelles sur la question qui nous occupe. Même si je ne partageais pas leur opinion, ce qui n'est pas le cas, j'hésiterais fortement avant d'adopter un principe contraire, devant si forte autorité.[294] [soulignement ajouté]

Ce processus décisionnel du juge Paré montre exactement l'application du *stare decisis*[295]. Les motifs dissidents du juge Paré ont ensuite été repris en appel dans l'arrêt unanime de la Cour suprême en 1981, sous la plume du juge Chouinard[296], ce qui a validé et confirmé l'approche du juge Paré. Ainsi, il faut éviter l'erreur méthodologique de croire que « *ratio decidendi* » est synonyme de « dispositif ». Ce qui est obligatoire, c'est d'appliquer la *ratio decidendi*, c'est-à-dire ici le Test *Edith Cavell* en entier, sans en retrancher des branches, pour en arriver au dispositif en l'espèce, qui, lui, n'est pas prédéterminé. Ainsi, dans tel cas, la branche « 4.2: accommodement » ne s'appliquera pas, car l'employé sera réintégré. Dans tel autre cas, la branche s'appliquera, mais il y aura contrainte excessive parce que, par exemple, l'employeur est de trop petite taille et/ou n'a pas suffisamment de ressources. Dans tel autre cas enfin, la branche s'appliquera, et un employeur disposant de vastes ressources, comme la grande entreprise ou le gouvernement, devra fournir un accommodement raisonnable en réaffectant l'employé incompétent, mais non-fautif, dans un autre poste correspondant à ses compétences.

---

294 *National Drying Machinery Co. c. Wabasso Limited*, 1979 CA 279 (CAQ) à la p 283, juge Paré.
295 Voir Mazen, *supra* note 2 à la p 395, qui arrive à une conclusion identique par une réflexion similaire.
296 *Wabasso Ltd. c. National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 RCS 578 aux pp 590-91.

3.1.3 *Stare decisis* et principes généraux en droit bancaire

Dans le domaine du droit bancaire, l'exemple d'application était celui du délai accordé par une banque à son client lors du rappel d'un prêt à demande. Aux fins de l'analyse comparative, le cadre de référence de base découlant du *Code civil* serait le suivant. D'abord, le contrat de prêt est défini à l'article 2314 CcQ:

> 2314. Le simple prêt est le contrat par lequel le prêteur remet une certaine quantité d'argent ou d'autres biens qui se consomment par l'usage à l'emprunteur, qui s'oblige à lui en rendre autant, de même espèce et qualité, après un certain temps. [soulignement ajouté]

La période « après un certain temps » correspond au « terme » qui se définit dans son sens général comme la « période qui s'étend de la naissance d'un droit ou d'une obligation jusqu'au moment de son exigibilité [...] »[297]. Dans le cas d'un prêt à demande[298], l'exigibilité est suspendue (1508 CcQ) jusqu'à ce que la banque créancière renonce au bénéfice du terme (1511 CcQ), et, à ce moment, l'article 1515 CcQ s'applique et le remboursement du prêt devient « immédiatement exigible »:

> 1515. La renonciation au bénéfice du terme [...] rend l'obligation immédiatement exigible. [soulignement ajouté]

Dans le cas d'un prêt à demande, cette renonciation au bénéfice du terme se produit lorsque la banque « rappelle » le prêt. Ce rappel, effectué par « mise en demeure » écrite, constitue une demande extrajudiciaire ayant pour effet de constituer le client débiteur en demeure (1594 al 2 CcQ):

> 1594. [al. 2] [Le débiteur] peut être aussi constitué en demeure par la demande extrajudiciaire que lui adresse son créancier d'exécuter l'obligation [...] [soulignement ajouté]

Une fois que le client débiteur est en demeure, si celui-ci retarde l'exécution, la banque créancière peut dès lors passer à l'exécution forcée (1590 CcQ):

> 1590. L'obligation confère au créancier le droit d'exiger qu'elle soit exécutée entièrement, correctement et sans retard.
> Lorsque le débiteur, sans justification, n'exécute pas son obligation et qu'il est en demeure, le créancier peut [...]:
>
> 1° Forcer l'exécution en nature de l'obligation; [...] [soulignement ajouté]

---

297 *Dictionnaires de droit privé*, *supra* note 227, *sub verbo* « terme ».
298 Voir par ex *Roy c. Pilon,* 2015 QCCQ 7783 au para 39.

On voit que, dans ce scénario, l'obligation de rembourser le prêt rappelé est immédiatement exigible, et le créancier doit s'exécuter entièrement et sans retard, autrement dit, payer le montant en entier et immédiatement. Toutefois, l'article 1595 CcQ prévoit que la banque créancière doit accorder au client débiteur un « délai d'exécution suffisant »:

> 1595. La demande extrajudiciaire par laquelle le créancier met son débiteur en demeure doit être faite par écrit.
>
> Elle doit accorder au débiteur un délai d'exécution suffisant, eu égard à la nature de l'obligation et aux circonstances; autrement, le débiteur peut toujours l'exécuter dans un délai raisonnable à compter de la demande. [soulignement ajouté]

La première question qui se pose au juge est: qu'est-ce qu'un « délai d'exécution suffisant? » Le *Code civil* ne répond pas à cette question. De nouveau, il se produit à ce point-ci une première bifurcation semblable à celles que nous avons identifiées dans les deux sous-sections précédentes en droit des affaires et en droit du travail[299]. Les opposants diront qu'ils « ne sont pas liés par le *stare decisis* », et formuleront par eux-mêmes ce qu'ils croient être un « délai d'exécution suffisant » en se basant sur leur intuition de ce qui leur semble un délai juste et suffisant en l'espèce. Les adhérents au *stare decisis*, quant à eux, suivront le juge Beetz dans *Viger c. Lauréat Giguère*:

> Le *Code civil* ne contient pas tout le droit civil. Il est fondé sur des principes qui n'y sont pas tous exprimés et dont il appartient à la jurisprudence et à la doctrine d'assurer la fécondité.[300] [soulignement ajouté]

Le juge Beetz indique qu'il faut rechercher, dans la jurisprudence, ce qu'est un « délai d'exécution suffisant ». Les adhérents au *stare decisis* se réfèreront à l'arrêt *Houle*[301] de la Cour suprême du Canada, et appliqueront le Test *Mister Broadloom* comme nous l'avons exposé ci-devant[302].

À cette étape, il faut garder à l'esprit que le régime juridique du rappel d'un prêt à demande implique non seulement un « délai d'exécution suffisant », mais aussi le souci de la banque de protéger ses intérêts, ce qui est susceptible de se traduire par des stratégies de mise en œuvre qui ressemblent à des raids ou des embuscades, comme ce fut le cas dans l'affaire *Mister Broadloom*.

---

299 Voir *supra*, sous-sections 3.1.1 et 3.1.2.
300 *Viger c. Lauréat Giguère*, *supra* note 100 à la p 76.
301 *Houle*, *supra* note 214 aux pp 173-74.
302 Voir *supra*, sous-section 2.3.2.

La possibilité que de tels types de stratégies d'exécution soient mises en œuvre a des implications eu égard aux principes généraux du droit. En particulier, il existe en droit civil québécois un principe général du droit (PGD #6), de la nature d'un *estoppel* promissoire en *equity*, reformulé par le juge Guthrie de la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Cigna* en 1998[303]:

> Suivant le principe général latent de notre droit civil, lorsqu'une partie par ses paroles ou sa conduite donne à l'autre partie des motifs raisonnables de croire à l'existence de certains faits, cette partie ne peut plus être autorisée par la suite à déclarer que cet état de fait n'a pas existé. [soulignement ajouté]

En comparant cet *estoppel* promissoire québécois avec le *promissory estoppel* original en *equity*, on voit que les deux sont de même nature et visent le même objet, comme le montre cette formulation par Lord Denning[304]:

> In *Combe v. Combe*, [1951] 2 K.B. 215, Denning, L.J., described the doctrine in the following terms:
>
> 'The principle as I understand it, is that, where one party has, by his words or conduct, made to the other a promise or assurance which was intended to effect the legal relations between them and to be acted on accordingly, then, once the other party has taken him at his word and acted on it, the one who gave the promise or assurance cannot afterwards be allowed to revert to the previous legal relations as if no such promise or assurance had been made by him [...] [soulignement ajouté]

Cet énoncé de Lord Denning a été cité avec approbation dans *Royal Bank c. Forster*, une affaire de droit bancaire où la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a en outre noté que la doctrine du *promissory estoppel* a été acceptée au Canada.

En somme, non seulement ce principe général du droit, posant l'*estoppel* promissoire québécois, a-t-il vocation à s'appliquer dans l'ensemble du droit civil, mais il a en outre été spécifiquement reconnu en droit bancaire, et son caractère transystémique apparaît à ces deux égards. Nous le reformulons comme suit dans le cadre de la présente étude: « une partie ne peut pas renier ses paroles ou sa conduite, après avoir induit l'autre partie à se fier sur celles-ci ».

---

303 *Cigna Assurance compagnie du Canada c. Catlen Transport*, [1998] RJQ 3177 (CSQ) au para 36.

304 *Royal Bank of Canada c. Forster*, 1986 47 Sask R 208 (BR Sask) au para 24.

Ce principe général du droit sous-tend le Test *Mister Broadloom* à plusieurs égards. Pour illustrer cette réalité, revenons à la situation factuelle de l'affaire *Mister Broadloom* elle-même. En première instance, la preuve admise comprenait notamment les éléments suivants[305]:

(1) Le gérant de succursale s'est dit d'accord pour accorder le prêt de $325,000 et l'a recommandé au bureau-chef. C'est le bureau-chef qui a eu une réaction diamétralement opposée en perdant complètement confiance, mais sans l'affirmer directement au client (par. 7).

(2) La Banque a tenu secrètes ses discussions négatives avec Woods Gordon, qui recommandait le rappel, alors que Mister Broadloom avait des motifs raisonnables d'anticiper une réponse contraire, à savoir que Woods Gordon recommanderait le prêt (par. 13, 17).

(3) La toute dernière transaction, juste avant le rappel et le raid, a été un autre prêt de $9,000 (par. 16), équivalant à $37,539.[13] en dollars de 2021[306]. Est-ce un usage normal qu'une banque prête un tel montant la veille de rappeler tous les prêts et de déclencher un raid d'exécution forcée?

(4) Le point précédent se comprend peut-être mieux lorsqu'on considère que le gérant de succursale n'a appris l'intention du bureau-chef de rappeler les prêts et d'effectuer le raid, seulement que vendredi, soit moins d'un jour ouvrable avant la demande faite par 25 mises en demeure, lundi matin à 09h10 (par. 54).

Tous ces faits, mis en preuve, testés et admis en première instance, ont été soupesés par le juge Linden lorsqu'il a appliqué le Test *Mister Broadloom*. Bien que les motifs n'y fassent pas nommément référence, il est clair que ces faits cadrent directement dans le *promissory estoppel*: une partie, la Banque de Montréal, par ses paroles et/ou sa conduite, donne à l'autre partie, Mister Broadloom, des motifs raisonnables de croire que (... tout va bien, rien ne changera, le *statu-quo* continue, etc. ...). Peut-être que le demandeur a seulement mis les faits en preuve, sans plaider le *promissory estoppel*, et/ou que le juge Linden souhaitait résoudre cette cause en common law seulement, et non en *equity*. Il demeure que les éléments du *promissory estoppel* étaient prouvés, et prêts à être considérés.

---

305 *Mister Broadloom* HC, *supra* note 197 notamment aux para 7, 13, 16, 17, 54.

306 www.bankofcanada.ca/rates/related/inflation-calculator/.

La Cour d'appel, ayant renversé la décision sur un autre point, a néanmoins entériné les conclusions de fait du juge Linden à propos de ces éléments[307]:

> The evidence fully supports Mr. Justice Linden's finding that they had no reason to believe that they were in any difficulty with the Bank until the early part of 1977.
>
> The Bank continued to support the appellant throughout this difficult period because it had confidence in its long-term prospects and in the integrity of its two principals. [...]
>
> Linden J. found that they had no reason to suspect the purpose of the meeting because of their continuing cordial relations with the branch. [soulignement ajouté]

Enfin, sans que l'arrêt le mentionne nommément, le dispositif semble sous-entendre que la conduite de la Banque de Montréal était *unconscionable* au sens de l'*equity*. En effet, dans son dispositif, la Cour d'appel a explicitement déclaré, par deux fois, que la Banque de Montréal avait *détruit* l'entreprise de Mister Broadloom[308]:

> Broadly speaking, the damages claimed by the appellant include compensation for loss suffered by the forced liquidation of its inventory and sale of its assets, damage for the destruction of its business and exemplary damages. The claim for exemplary damages was not pursued in this appeal. In all other respects, the appellant is entitled to succeed. The order below should be varied by entering judgment for the appellant with a reference to the master of Toronto:
>
> (1) to determine the damages suffered by the unlawful entry of the receiver and his detention and sale of the appellant's assets, such damages to sound in trespass and conversion, and
>
> (2) to assess damages for lost profits from the destruction of the business.
>
> The appellant should have its costs of the appeal and of the trial. [soulignement ajouté]

En 1987, soit quatre ans après l'arrêt de la Cour d'appel, le protonotaire (*master*) Linton de Toronto[309] a rendu une ordonnance condamnant la Banque de Montréal à payer à Mister Broadloom des dommages-intérêts de $ 3,076,090.[39], ce qui correspond au double du montant de $1.5 million que la Banque de Montréal avait collecté en détruisant l'entreprise de Mister Broadloom.

---

307 *Mister Broadloom* CA, *supra* note 208 aux para 7, 8, 13.

308 *Ibid* aux para 27-28.

309 *Mister Broadloom (1968) Ltd. v. Bank of Montreal and Clarkson Company*, 1988 13 ACWS (3d) (HCO). Le juge Hughes a renvoyé le dossier de motion au protonotaire pour un recalcul de certains montants.

On voit donc que ce principe général du droit, posant le *promissory estoppel*, sous-tend le Test *Mister Broadloom*, notamment dans les branches 3: relation créancier-débiteur, 4: caractère et réputation du débiteur, et 6: circonstances entourant la demande de paiement. Tant le Test *Mister Broadloom* (de la nature de la common law), que le *promissory estoppel* (de la nature de l'*equity*), sont devenus des transplants de façon transystémique au Québec, par deux voies jurisprudentielles différentes.

Revenant maintenant aux principes généraux du droit, encore une fois, il se produit ici les mêmes problèmes que nous avons identifiés dans les deux sous-sections précédentes en droit des affaires et en droit du travail.

En premier lieu, dans la mesure où un tribunal québécois opposé au *stare decisis* n'applique pas le Test *Mister Broadloom*, il est susceptible de contrevenir au principe général du droit posant l'*estoppel* promissoire québécois: « une partie ne peut pas renier ses paroles ou sa conduite, après avoir induit l'autre partie à se fier sur celles-ci », et ainsi, de priver des justiciables du traitement équitable auquel ils pourraient autrement avoir droit.

En second lieu, puisqu'il y a certains tribunaux qui appliquent le Test *Mister Broadloom*, et d'autres tribunaux qui ne l'appliquent pas, le système judiciaire est incapable de garantir le respect de cet autre principe général du droit: « les cas semblables doivent être traités de la même manière ».

La solution à ce conflit entre les deux principes généraux du droit est la même: il s'agit de respecter le principe général du droit suivant: « le *Code civil* ne contient pas tout le droit civil, et comme la jurisprudence contient aussi une partie du droit civil, l'application du *stare decisis* est obligatoire. »

3.1.4 *Stare decisis* et principes généraux en *lex mercatoria*

En revenant maintenant à la situation du droit civil au Bas-Canada, on peut dès lors mieux comprendre pourquoi les juristes civilistes bas-canadiens ne se sont pas opposés à l'application de la common law et du *stare decisis* dans le domaine des effets de commerce. D'abord, dans la tradition de droit civil de la Nouvelle-France et du Bas-Canada, le droit relatif aux effets de commerce était, au début du XVIII[e] siècle, presque identique:

> Beawes' *Lex Mercatoria*, written about 1720, will shew that the law, or perhaps rather the practice, as to bills of exchange, was even then pretty well defined. [...] Comparing English law with French, it will be seen that, for the most part, where they differ, French law is in strict accordance with the rules laid down in Beawes. The fact is that when Beawes wrote, the law or practice of both nations on this subject was uniform.[310] [soulignement ajouté]

Les usages des marchands évoluèrent ensuite pour suivre les deux Révolutions Industrielles, mais, comme l'indique le Doyen Falconbridge: « The French law, however, was embodied in a code by the "Ordonnance de 1673" [...] Its development was thus arrested [...] »[311].

En même temps, il était apparent que le « law merchant » constituait non seulement un corpus spécifique de règles, mais aussi, que son mode de développement par preuve d'usage en faisait un *troisième* domaine de droit, distinct de la common law et de l'*equity*[312]. Aujourd'hui, on retrouve encore des indices révélateurs de cette troisième position, notamment dans certaines lois provinciales sur les sûretés mobilières, où l'on énumère les trois systèmes:

> 65(2) The principles of the common law, equity and the law merchant, except insofar as they are inconsistent with the provisions of this Act, supplement this Act and continue to apply.[313] [soulignement ajouté]

Cette place en troisième position ne faisant pas l'unanimité, nous qualifions le « law merchant », ou la *lex mercatoria*, comme un *quasi-système distinct* de droit[314].

---

310 Falconbridge, *supra* note 251 à la p 644.

311 *Ibid*.

312 *Ibid* à la p 639.

313 *The Personal Property Security Act*, CCSM c. P35, par 65(2). Une formulation identique se retrouve dans deux autres lois: *The Personal Property Security Act 1993*, SS 1993 c P-6.2, par 65(2), et *Personal Property Security Act*, SNWT (Nu) 1994, c 8 par 65(2).

314 Voir aussi par ex Peter Mazzacano, « The *Lex Mercatoria* as Autonomous Law » (2008) 4:6 Comp Research in L & Pol Econ, Research Paper 29/2008.

Or, pour que l'activité marchande en plein essor au XIX^e^ siècle puisse fonctionner, il était nécessaire que le quasi-système du « law merchant » fonctionne efficacement. Sans application du *stare decisis*, les marchands auraient été forcés de constamment refaire une preuve d'usage à chaque litige, malgré qu'une telle preuve eût déjà été faite et admise précédemment, ce qui se serait avéré non seulement onéreux, mais aussi susceptible de paralyser l'activité marchande:

> Justice could not be administered if evidence were required to be given *toties quoties* to support such usages, and issue might be joined upon them in each particular case. [...] A mercantile custom may be so frequently proved in courts of law that the courts will take judicial notice of it, and it becomes part of the law merchant. It would entail useless expense in such a case to require parties to prove by a large number of witnesses a custom which has been proved over and again. But if the reported cases do not clearly establish a custom it must be proved by evidence as on a question of fact.[315] [soulignement ajouté]

Au vu de l'ensemble de ces facteurs, les juristes civilistes bas-canadiens ont choisi d'appliquer le *stare decisis* en droit civil bas-canadien, puis québécois, pendant 42 ans de 1849 à 1891. Cela ne semble pas avoir entraîné de problèmes, puisque ces juristes civilistes ont, par surcroît, choisi d'incorporer l'exigence de suivre le *stare decisis* dans le *Code civil du Bas-Canada*. Incidemment, à la même époque, les juristes civilistes d'Écosse ont eux aussi appliqué la common law et le *stare decisis* en droit civil écossais, sans problèmes non plus comme le précise le Doyen Falconbridge: « [t]he provision does not seem to have given rise to any difficult problems as between England and Scotland [...] »[316].

Toutefois, à partir du début du XX^e^ siècle, quantité de juristes civilistes québécois ont choisi de se rallier au courant doctrinal d'opposition au *stare decisis*, avec pour résultat que des tribunaux ont eu tendance à seulement citer des décisions de common law, mais sans appliquer le *stare decisis*:

> It is to be observed that both the Supreme Court of Canada and the Quebec Court of Appeal have cited and relied upon the English case law. But it appears to us in each case to have been in support or confirmation of a result already reasoned from civil law principles, rather than in an exercise of *stare decisis*.[317] [soulignement ajouté]

Le simple fait que les juristes civilistes bas-canadiens aient mis en œuvre le *stare decisis*, démontre le faible fondement de l'argument du courant doctrinal civiliste québécois s'opposant au *stare decisis*.

---

315 Falconbridge, *supra* note 251 aux pp 640, 642.
316 John D. Falconbridge, « The Bills of Exchange Act in Quebec » (1942) 20-9 Can Bar Rev 724 à la p 725.
317 *Duchesnay*, *supra* note 238 au para 60.

Pour conclure cette section, notons d'abord que cette synthèse des interactions transystémiques entre la *lex mercatoria* et le droit civil conduit aux mêmes implications que nous avons dégagées eu égard aux principes généraux du doit, dans les trois autres domaines du droit ci-devant.

Ensuite, le professeur Philippe Kahn a compilé une liste de 19 principes généraux du droit faisant spécifiquement partie de la *lex mercatoria*[318], dont voici un exemple: « unconscionable contracts and clauses should not be enforced. » Ce principe général du droit en *lex mercatoria* exige d'appliquer la doctrine de l'*unconscionability*, qui relève de l'*equity*, et qui est étrangère au droit civil, comme vient de le réaffirmer la Cour supérieure du Québec en 2021 dans l'affaire *Edible Arrangements*[319]:

> [29] Indeed, [...] the doctrine on unconscionability [...] does not exist under Québec law.

Ainsi, dans la mesure où un tribunal civiliste québécois n'applique pas le *stare decisis*, il n'appliquera pas non plus la doctrine de l'*unconscionability* dans un cas qui l'exigerait, et cela, d'une part, enfreint le principe général du droit en *lex mercatoria* précité, et, d'autre part, est susceptible de priver le justiciable de ses droits. Il est à noter que cette même déficience peut se produire avec n'importe lequel des 19 principes généraux du droit spécifiques à la *lex mercatoria*.

Enfin, notons en terminant que l'intérêt pour ce débat sur l'application de la common law imposée par l'article 9 LLC semble avoir diminué au cours de la dernière décennie, alors que le volume des transferts électroniques de fonds (TEF) a augmenté aux dépens des effets de commerce. Aussi, la Cour d'appel a statué en 2019 dans l'affaire *Coop fédérée*[320] qu'un transfert électronique de fonds n'est pas une lettre de change et que la LLC ne s'y applique pas. Certes, cela a pour effet d'éliminer l'obligation d'appliquer la common law et la *lex mercatoria* à un nombre considérable de transactions. Cependant, cela ne veut pas dire que l'obligation prévue à l'article 9 LLC perdra sa raison d'être. En effet, on peut envisager un proche avenir où la technologie blockchain pourrait avoir l'effet de revitaliser les effets de commerce, sous la forme d'un « DigiBoE » (*Digital Bill of Exchange*)[321].

---

318 Philippe Kahn, « La *lex mercatoria*: point de vue français après quarante ans de controverses » (1992) 37 RD McGill 413 à la p 422.

319 *9259-5057-Québec inc. c. Edible Arrangements International*, 2021 QCCS 1870 au para 29.

320 *Compagnie d'assurances générales Co-Operators c. Coop fédérée*, 2019 QCCA 1678 au para 67.

321 A. Ponza, S. Scannapieco, A. Simone, et C. Tomazzoli, « Envisioning the Digital Transformation of Financial Documents: A Blockchain-Based Bill of Exchange.» dans J. Prieto et al, dir, « Blockchain and Applications. 2nd International Congress 2020 ». *Advances in Intelligent Systems and Computing*, 2020 vol 1238 à la p 81.

3.2 Les principes généraux du droit dans leur rôle de source de droit civil

Considérons cet énoncé: « il faut que chacun reçoive son dû, selon son mérite ». Il renvoie à une expectative sociétale de justice distributive[322] qui, on doit le présumer, reçoit un large assentiment. Il va de soi que, si la société enfreignait de quelque façon cet énoncé, le justiciable en éprouverait un sentiment d'injustice. Cet énoncé est-il un *principe général du droit* civil québécois? Dans la présente section, nous verrons d'abord comment le *Code civil* articule le lien entre le droit commun, le *jus commune*, et les principes généraux du droit (3.2.1). Ensuite, nous déterminerons avec plus de précision quelle est la définition de ce qu'est un principe général du droit (3.2.2). Enfin, nous montrerons qu'en suite de ses liens avec les principes généraux du droit, le *stare decisis* a droit de cité dans le droit civil québécois (3.2.3). Pour d'éviter d'alourdir le texte, dans la présente section nous utiliserons aussi l'acronyme « PGD », signifiant « principe(s) général(-aux) du droit ».

3.2.1 Disposition préliminaire du *Code civil du Québec* et principes généraux du droit

Tous s'entendent pour dire que le *Code civil* est une « véritable constitution civile du Québec »[323]. Selon le professeur Alain-François Bisson, « la Disposition préliminaire pourrait être porteuse d'une réorganisation intellectuelle et pratique de tout le système juridique québécois. »[324]. La Disposition préliminaire est libellée en deux alinéas comme suit:

> Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.
>
> Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger.

---

322 « *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuens »: Corpus Juris Civilis*, (Réédition 1878) Berlin, Weidmann, 534, L. I, art 1; principe découlant de: Marc T. Cicéron, *De republica*, (Réédition 1807), Paris, Delance, ~54, p. 182: « [...] *suum cuique tribuens* [...] *justicia dicitur »*; principe lui-même découlant de: Aristote, *Morale à Nicomaque*, (Réédition 1856) Paris, Durand, ~323, L. V, S. V, § XV: « [...] l'équité personnelle, la pratique personnelle de la justice est un milieu entre une injustice commise et une injustice soufferte. D'une part, on a plus qu'on ne doit avoir; de l'autre, on a moins. ».

323 Voir France Allard, « La disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, l'idée de droit commun et le rôle du Code en droit Féderal » (2010) 88-2 R du B can 275 à la p 293, qui, en retraçant l'origine de cette expression, réfère à Gil Rémillard et Paul-André Crépeau, qui ont tous deux repris, comme d'autres, l'image sociologique du rôle du *Code* dans l'imaginaire collectif décrit par Jean Carbonnier.

324 Alain-François Bisson, « La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec* » (1999) 44:3 RD McGill 539 aux pp 539, 565.

En subdivisant la Disposition préliminaire, cinq principales composantes[325] constituent des objets d'étude potentiels: (1) « Harmonie avec la *Charte des droits et libertés de la personne* », (2) « Harmonie avec les principes généraux du droit », (3) « Ensemble de règles », (4) De façon expresse ou implicite », et (5) « La lettre, l'esprit ou l'objet ». Pour les fins de la présente étude, la composante la plus pertinente est celle de l'« harmonie avec les principes généraux du droit ».

L'analyse de cette composante soulève les deux questions suivantes. Premièrement, les principes généraux du droit constituent-ils une source de droit autonome? Deuxièmement, les principes généraux du droit ont-ils préséance sur le *Code civil*? Nous répondrons à ces deux questions par l'affirmative, ci-dessous.

Le *Dictionnaire de droit* de Hubert Reid définit les principes généraux du droit comme suit:

> Principes qui constituent le fondement des règles juridiques d'un État et que les tribunaux invoquent généralement en cas de silence, d'ambiguïté et d'insuffisance de la loi.[326]

Dans un premier temps, si les tribunaux invoquent les PGD en cas de silence, d'ambiguïté et d'insuffisance de la loi, c'est que le texte exact du PGD en question ne figure pas dans la loi, et que les PGD sont donc « non écrits dans la loi ». Il faudra donc les rechercher ailleurs que dans la loi, ce qui signifie dans les autres sources de droit susceptibles de les contenir. À supposer qu'un PGD se trouve dans la doctrine, constitue-t-il de la doctrine *per se*, ou bien une source autonome? La même question se pose pour un PGD qui se trouverait dans la jurisprudence. Selon le courant doctrinal majoritaire au XX^{e} siècle, les PGD constituent une source de droit autonome, comme l'illustrent les trois extraits suivants:

En 1925, Giorgio del Vecchio, pour sa part, était d'avis que les PGD sont « nettement séparés » de la source de droit « loi »:

> [...] la loi elle-même fait une place, à côté de l'interprétation par analogie, aux principes généraux du droit en donnant à ceux-ci, par cette formule si largement compréhensive, une identité nettement séparée et une véritable sanction d'ordre positif.[327] [soulignement ajouté]

---

325 *Ibid* aux pp 556-57.

326 Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5^{e} éd, Montréal, WIlson & Lafleur, 2015 à la p 498.

327 Giorgio del Vecchio, « Essai sur les principes généraux du droit », (1925) 45 RCLJ 153 à la p 164.

En 1954, Benoît Jeanneau réitérait que les PGD constituent une « source autonome du droit », en mettant l'accent sur le droit administratif, mais en confirmant que c'était aussi le cas en droit civil:

> [...] les principes généraux jouissent dans la hiérarchie des règles de droit d'une place éminente et peuvent être considérés à certains égards comme dotés d'une autorité supérieure à celle de la loi, il devient difficile de leur contester le caractère d'une source autonome du droit administratif. [...] Dès lors que les principes généraux ne peuvent être assimilés ni à la loi écrite, ni à la coutume, ni à la jurisprudence, mais constituent une source autonome du droit administratif [...] les principes généraux du droit « commandent tout à la fois le droit public et le droit civil, autrefois réunis sous le nom de *jus civile* » [...] [328] [soulignement ajouté]

En 1962, Henri Buch, quant à lui, précisait que les principes généraux du droit sont distincts des autres sources « classiques » du droit:

> Classiquement, les sources du droit sont: la loi, la jurisprudence et la doctrine, sans oublier la coutume. [...] Il en est autrement des principes généraux. En tant que propositions directrices, que concepts, ils se différencient des mœurs, qui sont des faits et gestes. Ils se distinguent des sources du droit en tant qu'ils constituent des propositions qui sont fondamentales pour le droit, mais dont l'existence est fonction d'éléments sociaux extérieurs au droit.[329] [soulignement ajouté]

Selon ce courant doctrinal du XX^{e} siècle, les PGD constituent une source autonome du droit, distincte des autres sources classiques que sont la loi, la jurisprudence et la doctrine. Au début du XXI^{e} siècle, Patrick Glenn exprime une vision concordante en s'appuyant sur l'exemple français:

> Parler des principes généraux, c'est donc parler d'un droit commun supplétif, tiré de sources multiples [...] Aujourd'hui, cette Cour [de cassation] fait appel de manière croissante aux principes généraux, et leur pouvoir normatif est de plus en plus évident. Comme c'était le cas auparavant entre les coutumes, les principes généraux sont vus de nos jours comme des « traits de liaison entre les droits nationaux [...] [330] [soulignement ajouté]

Enfin, il est clair que les PGD peuvent être « non écrits », puisque « Le code [...] établit, en termes exprès *ou de façon implicite*, le droit [...] », ce qui implique que, parmi l'« ensemble de règles », il doit exister des règles non écrites.

---

328 Benoît Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 1954 aux pp 248-49, 205, italiques dans l'original.

329 Henri Buch, « La nature des principes généraux du droit » (1962) 23 RIDC 55 aux pp 56-57.

330 Patrick Glenn, « La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, le droit commun et les principes généraux du droit » (2005) 46:1/2 C de D 339.

Dans un deuxième temps, il s'agit de savoir en quelle position de préséance la source autonome PGD se trouve par rapport au *Code civil* et aux autres sources. À nouveau, la doctrine établit que les PGD sont en position hiérarchiquement supérieure aux autres sources. Selon Jean Boulanger, « les principes règnent sur le droit positif »[331], et selon Benoît Jeanneau, « les principes généraux jouissent dans la hiérarchie des règles de droit d'une place éminente et peuvent être considérés à certains égards comme dotés d'une autorité supérieure à celle de la loi »[332]. En raison de la position hiérarchique supérieure des PGD, le *Code* ne pourrait pas y déroger, suivant un rapport analogue à celui qu'il entretient avec la *Charte*.

En outre, un second facteur sous-tend la préséance des PDG. L'alinéa 2 *in fine* de la Disposition préliminaire, en prévoyant le caractère supplétif du *Code*, établit du même coup un rapport de préséance entre le *Code* et les « autres lois », qui « peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger ». En effet, les « autres lois », même si elles sont d'égal niveau dans la hiérarchie des sources, ont néanmoins préséance sur le *Code* d'un point de vue méthodologique. En suivant ce même rapport de préséance, les PGD sont, de la même façon, susceptibles d'« ajouter au code ou y déroger ».

Enfin, le *Code* doit régir « en harmonie avec [...] les principes généraux du droit ». Lorsque le *Code* régit, par exemple, « les rapports entre les personnes », il doit les régir « en harmonie » tant avec la *Charte* qu'avec les PGD. Ainsi, le *Code* ne peut pas créer de la dysharmonie en régissant d'une façon contraire à la *Charte*. De la même manière, le *Code* ne peut pas créer de la dysharmonie en régissant d'une façon contraire aux PGD. Toutefois, il ne faut pas confondre ce double rapport de préséance établi par la Disposition préliminaire, avec le caractère quasi-constitutionnel de la *Charte québécoise*. Un PGD peut être de nature constitutionnelle, mais ne l'est pas forcément. Dans les deux cas, si le *Code* enfreint un PGD, le résultat sera dysharmonique.

La possibilité qu'il se produise des résultats dysharmoniques entre les PGD et d'autres sources de droit illustre l'impératif de considérer l'ensemble comme un système, ce que Alain-François Bisson laissait d'ailleurs présager, en soulignant que la Disposition préliminaire recherche un « effet de système »[333].

---

331 Boulanger, *supra* note 261 aux pp 56-57.
332 Jeanneau, *supra* note 328 à la p 260.
333 Bisson, *supra* note 324 à la p 546.

3.2.2 Définition doctrinale, et identification jurisprudentielle, des principes généraux du droit

Approfondissons maintenant la définition du concept de « principes généraux du droit », cette fois en nous référant aux entrées plus élaborées du *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu:

> **Principes généraux du droit.**
>
> *a*/ (adm.). Règles admises par la jurisprudence comme s'imposant à l'administration et à ses rapports avec les particuliers, même sans texte, et ayant une valeur égale à celle de la loi, de sorte que celle-ci peut y déroger et que, au contraire, l'administration et le pouvoir réglementaire doivent les respecter.
>
> *b*/ (int. publ.) Source du Droit international au regard de l'a. 38 du statut de la Cour internationale de justice, qui fait référence aux principes généraux du Droit reconnus par les nations civilisées: principes communs aux ordres juridiques internes et à l'ordre international (bonne foi, abus de droit, enrichissement sans cause, autorité de chose jugée, égalité des parties à une instance), ou principes spécifiques à l'ordre international qui parfois se distinguent difficilement des règles coutumières (souveraineté, responsabilité, légalité des États).[334]

On retrouve également d'autres définitions des principes généraux du droit dans le *Vocabulaire juridique* de Cornu, catégorisées sous le terme général « principe »[335]:

> **PRINCIPE**
>
> *N.m. - lat principium* : ce qui vient en premier, à l'origine.
>
> **1** Règle ou norme générale, de caractère non juridique d'où peuvent être déduites des normes juridiques. Ex. le principe des nationalités, celui de la souveraineté nationale. Comp. *valeurs fondamentales*.
>
> **2** Règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure. Ex. les « principes fondamentaux » reconnus par les lois de la République et les « principes politiques, économiques et sociaux ... particulièrement nécessaires à notre temps », visés par le préambule de la Constitution de 1946 auquel renvoie celui de la Constitution de 1958 s'imposent même au législateur; les « principes fondamentaux », c'est-à-dire les règles les plus importantes de certaines matières, sont réservées par l'a. 34 de la Constitution de 1958, à la compétence du législateur. V. *précepte*.
>
> **3** Maxime générale juridiquement obligatoire bien que non écrite dans un texte législatif. Ex. *fraus omnia corrumpit*. V. *adage, coutume*.
>
> **4** Nom donné à une maxime intransgressable; règle tenue pour absolue.
>
> **5** Règle générale qui doit, à défaut de texte spécial ou de dérogation particulière, régir une sorte de cas, par opposition à exception. Comp. *droit commun*.
>
> **6** Élément essentiel qui caractérise un régime, une Constitution. Ex. le principe du régime parlementaire est la responsabilité politique du cabinet. Comp. *définition*. [...]

---

334 Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 9e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2012 à la p 798. Caractères gras et italiques dans l'original. Renvois omis.

335 *Ibid* à la p 797. Caractères gras et italiques dans l'original.

S'il est vrai que les définitions de Reid et Cornu cernent correctement le concept de PGD, elles ne font pas toujours l'unanimité. Ainsi, en 1950, Jean Boulanger rappelle qu' « Il importe tout d'abord de rechercher une définition. Comme cela se remarque souvent dans la terminologie juridique, le même mot recouvre des significations très différentes. »[336]. Boulanger examine ensuite les définitions des PGD proposées par certains auteurs tels que Domat, Planiol et Capitant, et montre que chacun formule sa propre version. Outre leur définition de « Propositions directrices régnant sur le droit positif et en dirigeant le développement »[337], Boulanger en identifie trois autres[338]: (1) présentation d'une étude systématique des caractères essentiels d'une législation positive à travers son évolution, un effort doctrinal de synthèse; (2) exposé de l'ensemble des règles qui composent le droit positif, ou tout au moins une discipline déterminée, un « corps de doctrine »; (3) ensemble systématique de règles établies dans certaines dispositions du *Code civil*.

Ensuite, en 1962, Henri Buch présente deux définitions des PGD, la première étant une « catégorie de la pensée » générale, et la seconde, un « état concret », soit le « contenu » de la catégorie générale:

> Comme il a été dit, les termes « principes généraux » ont un sens double. Catégorie de la pensée, les principes sont la traduction en termes juridiques des rapports entre l'égalité et la liberté. En ce sens, mais en ce sens seulement, on peut dire que depuis que la société s'est divisée en classes et a conséquemment fait naître le droit, il y a toujours eu des principes généraux du droit. Cette affirmation ne vaut que comme formule générale et par conséquent vide de contenu concret. Pris dans l'autre sens, les « principes généraux du droit » expriment l'état concret à une époque donnée de la civilisation, des rapports entre la liberté et l'égalité des hommes. Ou en d'autres termes ils sont le contenu de la formule générale.[339] [soulignement ajouté]

Plus tard, en 1988, Philippe Gérard a lui aussi remarqué un certain degré de confusion dans la signification du terme « principe(s) » employé par les juristes:

> Le terme « principe » jouit d'une grande faveur auprès des juristes, alors même que sa signification demeure assez confuse. [...] Le terme « principes » est d'abord utilisé par les juristes lorsqu'ils exposent, de manière synthétique, le contenu de l'ensemble ou de larges secteurs du droit positif. [...] Mais le terme est également utilisé pour désigner certaines normes juridiques elles-mêmes. Parfois qualifiés de fondamentaux ou de généraux, ces principes sont des règles juridiques supérieures qui relèvent du droit positif conçu comme un ensemble hiérarchisé de normes.[340] [soulignement ajouté]

---

336 Boulanger, *supra* note 261 à la p 52.
337 *Ibid* à la p 57.
338 *Ibid* à la p 54.
339 Buch, *supra* note 329 aux pp 68-69.
340 Philippe Gérard, « Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit » (1988) 12 Déviance & soc 75 à la p 75.

De ce qui précède découlent trois observations. D'abord, il n'y a pas une seule définition spécifique du concept de PGD qui fait l'unanimité. Par contre, aucune de ces définitions n'est « mauvaise » en soi, ni n'a été « invalidée » de quelque façon. Enfin, l'ensemble de ces définitions couvre un très large champ, et peut s'étendre à un grand nombre de types d'énoncés formulés de façon considérablement différente. À un extrême, on retrouve la traditionnelle maxime latine, catégorisée dans la définition « principe » #3 de Cornu. À l'autre extrême, on a un énoncé général exprimant un rapport entre la liberté et l'égalité, selon le type « catégorie de la pensée » identifié par Buch.

En conséquence, selon nous, la meilleure approche serait d'utiliser ce groupe de définitions comme une grille de vérification (*checklist*), dont l'objet serait comme suit. D'une part, on devrait s'assurer que l'énoncé en question est bel et bien un PGD, et non un autre type d'énoncé, qui pourrait, le cas échéant, soit porter sur un sujet juridique mais n'étant pas apte à constituer une règle, soit relever d'une autre discipline telle que la sociologie, les sciences politiques, l'économie, etc., et avoir un caractère trop éloigné de ce qui pourrait constituer une règle de droit. D'autre part, on devrait qualifier l'énoncé en question, et en identifier les caractéristiques, afin d'être en mesure de l'appliquer correctement en situation juridique réelle. Par exemple, le PGD en question pourrait relever de l'*equity*, ou, dans un autre ordre d'idées, pourrait s'avérer de nature constitutionnelle.

Ainsi, l'utilisation de cette grille de vérification permet d'encadrer le jugement professionnel du juriste, en obtenant une indication *prima facie* à savoir si un énoncé peut se qualifier comme PGD. Afin d'illustrer, on pourrait évaluer l'énoncé « *nemo judex in propria sua causa debet esse* », cité à la sous-section 3.1.2 ci-devant, au regard de la grille afin de confirmer son caractère de PGD. En se référant d'abord à Cornu, principe #3, l'énoncé correspond à une « maxime générale juridique non écrite dans un texte législatif »; et ensuite à Cornu, paragraphe « *a/* », l'énoncé est admis par la jurisprudence: *Mastrocola c. Autorité des marchés financiers,* 2010 QCCS 1243 aux para 57-58. Au surplus, cet énoncé est identifié par la doctrine comme un principe commun à deux ordres juridiques internes (anglo-saxon et français)[341], correspondant ainsi à Cornu, paragraphe « *b/* ». Cet énoncé est en cohérence avec la grille, et paraît donc se qualifier à bon titre comme un PGD.

---

341 Aubert Lefas, « Essai de comparaison entre le concept de « natural justice » en droit administratif anglo-saxon et les « principes généraux du droit » ainsi que les « règles générales de procédure » en droit administratif français » (1978) 30:3 RIDC 745 aux pp 761 et s.

On remarquera que le rôle premier de la doctrine est de définir *le concept de ce qu'est un PGD* d'un point de vue *méthodologique*, afin que, par la suite, la jurisprudence puisse correctement identifier des PGD *substantifs*. Un PGD substantif pourrait-il aussi être *déclaré* par la doctrine? Il semblerait qu'une telle activité doctrinale rejoindrait ce que Portalis et Gény considéraient comme un extrême du continuum[342]. Ce cadre de référence étant établi, passons maintenant à quelques exemples de PGD identifiés jurisprudentiellement en droit civil québécois, figurant au Tableau 5 ci-dessous.

TABLEAU 5
Principes généraux du droit (PGD)
Identifiés jurisprudentiellement en droit civil québécois

#	Décision	Énoncé du PGD
1	*Pace (RP Management Consulting) c. Club Auto Prestige inc.*, 2021 QCCQ 8620	[L']entreprise individuelle. Aucune loi particulière ne réglemente sa naissance et son fonctionnement. Les principes généraux du droit relatifs aux personnes, aux biens, aux contrats et aux autres obligations régissent cette forme d'entreprise.
2	*Régie du bâtiment du Québec c. APCHQ inc.*, 2020 QCCA 606.	Cette interdiction découle du principe général du droit civil voulant qu'une personne ne puisse abandonner à un tiers le pouvoir général de faire une libéralité relativement à ces biens.
3	*Enerkem Alberta Biofuels c. Papillon et Fils ltée*, 2019 QCCA 1334	Le *Code civil du Québec* érige la bonne foi en un principe général du droit des obligations, à la base de tout contrat, y compris dans la phase de l'exécution.
4	*2741-8854 Québec inc c. Restaurant King Ouest inc.*, 2018 QCCA 1807.	La thèse avancée par les requérantes est séduisante, d'autant plus qu'elle fait écho aux principes généraux du droit privé de la responsabilité civile qui distingue ces notions.
5	*Lépine c. Renaud*, 2015 QCCQ 14155.	Une fois établi le principe général du droit de tout associé à se renseigner sur les affaires de la société, les limites de ce droit y sont clairement exprimées.
6	*Location Bristar Idealease Inc. (Syndic de)*, 2012 QCCS 211.	La bonne foi inclut le principe d'équité, et à notre avis, par l'effet combiné de cette inclusion et la consécration du principe général de bonne foi aux articles 6 et 1375 CcQ, l'équité est également devenue un principe général du droit québécois.
7	*Banque Nationale du Canada c. Attaches et remorques Labelle inc.*, 2011 QCCQ 3906.	Le principe général du droit civil est à l'effet que le transfert de propriété d'un bien a lieu dès la conclusion d'un contrat.
8	*Stanford International Bank Ltd. (Syndic de)*, 2009 QCCS 4106.	Il s'agit d'un principe général du droit civil d'application générale, qui peut se fonder sur les articles 6 , 7 et 1375 du *Code civil* qui sanctionne la conduite abusive et la mauvaise foi.
9	*Studios Marko inc. (Syndic de)*, 2008 QCCS 4225.	À ce moment-là, le bien en fiducie est identifiable et la fiducie répond aux exigences d'une fiducie établie en vertu des principes généraux du droit.
10	*Girard c. 2944-7828 Québec inc.*, 2006 QCCS 6252.	Cette détermination est conforme aux principes généraux du droit de la responsabilité suivant lesquels l'indemnisation est proportionnelle à l'obligation.

Ces exemples démontrent d'abord que l'activité judiciaire en droit civil québécois est à même d'identifier bon nombre de PGD. Ensuite, il apparaît que les formulations de ces PGD peuvent varier, ce qui risque de présenter des défis d'interprétation judiciaire. Enfin, la source d'où provient ces PGD n'est pas toujours indiquée de façon explicite. Il n'est pas certain que les tribunaux aient tous les outils méthodologiques nécessaires pour s'assurer qu'ils appliquent le *Code civil* « en harmonie » avec les PGD.

342 Voir *supra* sous-section 1.2.3.

3.2.3 Vers un *stare decisis* de droit civil québécois à part entière

La revue du processus de détermination des PGD, présentée aux sous-sections précédentes, révèle une seconde conclusion importante, cette fois d'un point de vue méthodologique. D'abord, on constate que la façon d'identifier les PGD par voie jurisprudentielle est analogue à une prise de connaissance d'office effectuée en vertu des articles 2806 à 2810 du *Code civil*, comme nous l'avons exposé ci-devant. Ensuite, cette prise de connaissance d'office est un processus analogue à l'identification d'une règle de *lex mercatoria*, comme nous l'avons aussi exposé ci-devant. Enfin, cette prise de connaissance d'office d'un PGD, analogue au processus en *lex mercatoria*, correspond à la méthode employée par les tribunaux de common law pour l'identification des règles de droit substantif de common law, *equity* et/ou law merchant, par voie jurisprudentielle.

Cette correspondance méthodologique entre, d'une part, l'identification d'un PGD par prise de connaissance d'office dans le système de droit civil québécois, et, d'autre part, l'établissement jurisprudentiel de règles substantives dans le système de common law, conduit à une importante synthèse des deux systèmes, qui se produit au niveau des PGD. Non seulement y a-t-il des PGD identiques au point de vue *substantif*, mais en outre, la *méthodologie* s'avère aussi identique.

Étant contraint par les limites d'ampleur de la présente étude, nous réservons l'approfondissement doctrinal de cette synthèse à de futures recherches. Toutefois, aux fins de la présente étude, une conclusion apparaît comme suit: si le système des tribunaux civilistes québécois est capable d'accommoder l'induction de « principes généraux du droit » par cette méthode inductive qu'est la connaissance d'office, alors il est aussi capable, par ce même processus jurisprudentiel, d'accommoder l'induction de « règles spécifiques de droit », ce qui correspond en tous points à la méthodologie employée en common law au point d'origine du processus du *stare decisis*.

En conséquence, force est de conclure que l'application de la méthode du *stare decisis* en droit civil québécois n'entraînera pas une « contamination » de sa « pureté », puisque le système civiliste québécois d'ores et déjà emploie la même méthodologie, en inférant des PGD par induction[343].

---

[343] Le juge Nicholas Kasirer a fait une observation convergente eu égard à cette méthodologie dans *Threlfall c. Carleton University*, 2017 QCCA 1632 aux para 128, 130, conf par *Threlfall v. Carleton University*, 2019 SCC 50.

Au surplus, en guise d'appui additionnel à cette conclusion, il est à propos de citer l'exemple de la France, qui a appuyé de longue date l'usage du *stare decisis*. En effet, en 1892, la Cour de cassation a introduit dans le droit civil français l'action *de in rem verso* pour enrichissement sans cause, par induction jurisprudentielle fondée sur un PGD, comme en fait état Benoît Jeanneau:

> Nous ne prétendons pas que tous les principes généraux du droit privé trouvent leur expression dans un texte formel du *Code civil*. [...] Il advient, en effet, qu'en certaines occasions, le juge civil fasse appel à des règles qui ne trouvent dans les textes aucun appui. Le principe selon lequel nul ne saurait s'enrichir aux dépens d'autrui illustre remarquablement cette constatation. Les termes mêmes des arrêts de la Cour de cassation qui en constatent l'existence ne laissent place sur ce point à aucune équivoque. « Attendu, peut-on lire dans les motifs du célèbre arrêt de la Chambre des Requêtes du 15 juin 1892, que cette action (*de in rem verso*) dérivant du principe d'équité qui défend de s'enrichir aux dépens d'autrui et n'ayant été réglementé par aucun texte de nos lois, son exercice n'est soumis à aucune condition déterminée ».[344] [soulignement ajouté]

Dans un second exemple illustratif en France un siècle plus tard, Blandine Mallet-Bricout fait état de « la remarquable intervention de la jurisprudence qui a permis de résoudre certaines difficultés pratiques qui n'avaient pas été envisagées par le législateur »[345] au sujet de la cession de créances « Dailly ». Ces exemples montrent qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre le *stare decicis* et le droit civil français. Si le système civiliste de la France est capable d'accommoder le *stare decisis*, tout en conservant sa « pureté », alors le système civiliste du Québec devrait être capable d'en faire tout autant.

Par ailleurs, en 1974, la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Jardins Taché c. Dasken*[346] a confirmé l'existence de « principes généraux du droit *québécois* »:

> Ce texte ne saurait être considéré comme réservant exclusivement à la municipalité le recours en démolition car, en l'absence d'un tel texte le droit à l'injonction et à l'ordre de démolition existe en vertu des principes généraux du droit québécois, ainsi que cette Cour l'a décidé dans *Ville de Montréal c. Morgan*. [soulignement ajouté]

Outre les PGD pouvant provenir d'autres juridictions, il existe donc des PGD purement québécois. D'une part, certains de ceux-ci pourraient être issus du droit civil québécois et s'appliquer de façon générale en s'étendant à d'autres juridictions ou d'autres systèmes. D'autre part, certains de ces PGD québécois pourraient avoir une application limitée au système québécois, à cause de ses caractéristiques propres. C'est à cette seconde possibilité que nous allons maintenant nous attarder.

---

344 Jeanneau, *supra* note 328 aux pp 202-03.
345 Mallet-Bricout, *supra* note 4 aux pp 875-76.
346 *Jardins Taché c. Dasken*, [1974] RCS 2 à la p 17.

Le débat doctrinal sur l'application du *stare decisis* dans le système de droit civil québécois peut se synthétiser en une tension entre deux PGD contradictoires. D'un côté se trouve la position doctrinale du « corset de fer », s'opposant au *stare decisis*. De l'autre, se trouve la position doctrinale en faveur du *stare decisis*. Ces deux positions doctrinales *pro* et *contra* s'articulent ensuite sous la forme de deux PGD contradictoires, dont l'état de tension est illustré au Tableau 6 ci-dessous.

TABLEAU 6
Deux courants jurisprudentiels sous-tendus par deux Principes Généraux du Droit (PGD) contradictoires à l'égard du *stare decisis* en droit civil québécois

	PGD *contra* **Est opposé au *stare decisis*** **Est *contre* le « corset de fer »**	**PGD *pro*** **Est favorable au *stare decisis*** **Est *pour* la certitude et la prévisibilité du droit**
1909		Francis Anglin, Cour suprême du Canada: Il est d'importance capitale que les gens sachent avec certitude quelle est la loi, objectif qu'on peut atteindre uniquement en adhérant fidèlement à la doctrine du *stare decisis*. *Stuart* c. *Bank of Montreal*, (1909) 41 RCS 516.
1920	Pierre-Basile Mignault, Cour suprême du Canada: Si nécessaire, le droit civil peut admettre l'emprunt ou le transplant d'une règle de droit *substantive* d'un autre système. Cependant, le droit civil constitue un système complet par lui-même et doit s'interpréter d'après ses propres règles; on n'a pas besoin d'en sortir. Le *stare decisis* n'est pas une de ces règles. *Desrosiers c. R.*, (1919-1920) 60 RCS 105.	
1965	Pierre Azard, Doyen, Faculté de droit civil, Université d'Ottawa: Le *stare decisis* est un « corset de fer ». (1965) 43 Can Bar Rev 553.	
1966	Garon Pratte, Cour d'appel du Québec (anc. Banc de la Reine): Notre régime juridique n'admet pas la doctrine du *stare decisis*. *Wilfrid Bedard inc. c. Assistance Loan and Fin. Corp.*, 1966 BR 113.	
1977		Jean Beetz, Cour suprême du Canada: Le *Code civil* ne contient pas tout le droit civil. Il est fondé sur des principes qui n'y sont pas tous exprimés et dont il appartient à la jurisprudence et à la doctrine d'assurer la fécondité. *Cie Immobilière Viger c. Lauréat Giguère inc.*, [1977] 2 RCS 67.
1996		Claire L'Heureux-Dubé, Cour suprême du Canada: Quand on applique la common law, y compris lorsque cela est requis au Québec, la *méthodologie* de common law s'applique. Cela comprend le *stare decisis*. *2747-3174 Québec Inc. c. (Qc) Régie des alcools*, [1996] 3 RCS 919.
2010		France Thibault, Cour d'appel du Québec: Ne pas accepter l'autorité du précédent est une erreur. Le respect de l'autorité du précédent reflète un impératif d'ordre public, qui est de permettre aux justiciables de régler leurs affaires dans un cadre prévisible et d'agir dans ce cadre. *Michaud c. Équipements ESF inc.*, 2010 QCCA 2350.
	Reformulation du Principe Général du Droit « contre le *stare decisis* » Le droit civil constitue un système complet en lui-même, qui ne doit utiliser que ses propres règles; comme le *stare decisis* n'est pas une règle de droit civil, notre système juridique ne doit pas admettre le *stare decisis*.	**Reformulation du Principe Général du Droit « pour le *stare decisis* »** Le *Code civil* ne contient pas tout le droit civil: il est fondé sur des principes qui n'y sont pas tous exprimés; et comme la jurisprudence contient aussi une partie du droit civil, notre système juridique, pour viser à être complet, doit admettre le *stare decisis*.

Ces deux PGD contradictoires sont utilisés en pratique dans le système judiciaire, et, comme nous l'avons montré ci-devant, l'utilisation simultanée de ces deux PGD contradictoires entraîne d'importantes conséquences. D'une part, le système judiciaire est incapable de garantir le respect du PGD de traitement égal: « les cas semblables doivent être traités de la même manière ». D'autre part, cette utilisation cause des conflits insolubles avec bon nombre d'autres PGD. Ces conséquences entraînent à leur tour de possibles dénis de justice pour les justiciables.

À la lumière de ce qui précède, il va de soi que la position doctrinale d'opposition au *stare decisis* est intenable. Dans le même ordre d'idées, le juge LeBel de la Cour suprême du Canada est d'avis que ce courant doctrinal est une « négation du réel », un « déni de la réalité »:

> Ces exemples pourraient être multipliés à l'infini dans les domaines les plus divers du droit et valideraient la conclusion que les tribunaux créent du droit dans le système juridique du Québec. Les contestations de la légitimité de cette fonction de création reposent ainsi sur une négation du réel [...] En effet, j'entends rappeler que le juge québécois est un créateur de droit. [...] D'un déni de réalité, il faut passer à l'acceptation de la nature réelle de la fonction judiciaire, comme elle s'exerce dans notre société et dans notre système juridique.[347] [soulignement ajouté]

En outre, la juge France Thibault de la Cour d'appel du Québec, dans *Michaud c. Équipements ESF,* a déclaré en 2010 que le *stare decisis* est d'ordre public, au motif qu'il est impératif « de permettre aux justiciables de régler leurs affaires dans un cadre prévisible et d'agir dans ce cadre »:

> [94] [...] Le respect de l'autorité du précédent ne relève pas du caprice, mais elle reflète un impératif d'ordre public qui est de permettre aux justiciables de régler leurs affaires dans un cadre prévisible et d'agir dans ce cadre. [...] [348] [soulignement ajouté]

Enfin, dans l'arrêt *Nechi* en 2011, la Cour d'appel à l'unanimité a rajouté que le *stare decisis* est l'un des fondements de la primauté du droit:

> [22] Source de stabilité et de structure pour le système juridique, l'autorité du précédent est l'un des fondements de la primauté du droit. Ce principe assure au justiciable non seulement une prévisibilité relative par rapport à la prise de décision judiciaire, mais également une protection contre l'arbitraire dans l'exercice de ce pouvoir.
>
> [23] La sécurité juridique des justiciables est en effet une des valeurs qui sous-tendent l'autorité des précédents en droit public. [...] [349] [soulignement ajouté]

---

347 LeBel, *supra* note 94 aux pp 95, 96, 88.

348 *Michaud*, *supra* note 101 au para 94.

349 *Nechi Investments Inc. c. Autorité des marchés financiers*, 2011 QCCA 214 aux para 22-23.

La tâche de la doctrine au XXI[e] siècle n'est plus de *militer de façon partisane* en faveur de la position de « survivance » et du « corset de fer ». La tâche de la doctrine se situe désormais à un niveau académique plus élevé, et consisterait plutôt à *résoudre la contradiction* entre les deux PGD québécois *pro* et *contra* l'application du st*are decisis* dans le système civiliste québécois.

Plus précisément, la doctrine devrait considérer les deux PGD figurant au Tableau 6 ci-dessus, et déterminer lequel de ces deux PGD contradictoires devrait prévaloir, au moyen d'une approche transparente, c'est-à-dire qui ne dissimule pas de prémisses sous-jacentes. En effet, l'argumentaire de la position s'opposant au *stare decisis* est fondé notamment sur une prémisse sous-jacente de « résistance », prémisse qui n'est pas juridique, mais socio-politique. Cette prémisse sous-jacente est fallacieuse, car le *stare decisis* n'a pas d'incidence véritable sur la « pureté » du droit civil, puisque le système civiliste français, lui-même, l'a accepté. Comme l'indiquait le juge L'Heureux-Dubé de la Cour suprême du Canada, dans un jugement concourant qualifié de « lucide » par les professeurs Pierre-André Côté, Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat[350], « l'époque des prémisses sous-jacentes dissimulées est maintenant révolue »:

> [158] Avec l'évolution que connaît notre droit dans la foulée de l'adoption des Chartes, [...] je crois que l'époque des prémisses sous-jacentes dissimulées est maintenant révolue. À mon avis, il faut mettre en lumière ces prémisses afin de favoriser la cohérence de notre droit et l'intégrité de notre système judiciaire.[351] [soulignement ajouté]

Si cette position doctrinale d'opposition au *stare decisis* continue à être admissible en justice, le processus de détermination et d'usage des PGD pourrait donner lieu à des interprétations qui risquent d'outrepasser le champ de la discrétion judiciaire légitime.

À titre d'exemple illustratif, on peut citer le cas d'application en droit du travail que nous avons analysé ci-devant, où des tribunaux, peut-être « ne se sentant pas liés par le *stare decisis* », ou « refusant de se soumettre à l'autorité du *stare decisis* »[352], ont « interprété » le Test *Edith Cavell* de façon à en retrancher une branche, privant ainsi les justiciables d'un droit de nature constitutionnelle à un accommodement raisonnable.

---

350 Pierre-André Côté avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat, *Interprétation des lois*, 4[e] éd, Montréal, Thémis, 2009 à la p 291, n 22.

351 *Régie des alcools, supra* note 65 au para 158, juge L'Heureux-Dubé.

352 Voir *supra* sous-section 1.2.1.

Si des tribunaux se livraient à une interprétation juridique manœuvrée en fonction du résultat souhaité, il s'agirait de ce que la Cour suprême du Canada a qualifié d'« interprétation à la Humpty-Dumpty »[353]:

> [170] [...] The ... argument is a Humpty-Dumpty-like exercise in *making words mean what they want them to mean* ("When I use a word", Humpty-Dumpty said, in a rather scornful tone, "it means just what I choose it to mean -- neither more nor less." Lewis Carroll, *Through the Looking-Glass*, Chapter 6).
>
> [171] [...] Un exercice d'interprétation à la Humpty-Dumpty n'est en fait rien d'autre qu'une interprétation fondée sur des règles aléatoires ou floues, ou qui est accomplie uniquement de façon intuitive ou en se fondant sur des impressions non rationalisées, ou encore *en omettant de considérer les prémisses sous-jacentes du raisonnement juridique. Il va de soi que les tribunaux doivent éviter ce genre d'exercice d'interprétation.* [soulignement dans l'original, italiques soulignées ajoutées]

La Cour suprême prescrit que les tribunaux doivent se garder de l'interprétation « Humpty-Dumpty »[354].

Suite à l'adoption du nouveau *Code civil*, et à l'enchâssement des principes généraux du droit dans la Disposition préliminaire, la faculté de recourir aux principes généraux du droit, en particulier les « non-écrits », donne à la branche judiciaire de larges pouvoirs discrétionnaires qui, dans la mesure où l'on souhaite prévenir de possibles excès, demandent à être encadrés et contrebalancés[355]. Comme le rappelle Benoît Jeanneau, l'application par les tribunaux des principes généraux du droit nécessite qu'il existe des mécanismes de contrôle disponibles au justiciable[356].

Un mécanisme de contrôle constitutionnel existe au paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*[357], qui prévoit que « La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ». Il reste à déterminer si les principes généraux du droit constituent toujours des « règles de droit » au sens du paragraphe 52(1), considérant notamment qu'ils sont libellés en de multiples styles rédactionnels et qu'ils portent sur une multitude de sujets hétéroclites. En outre, la même interrogation se présente à l'égard de l'article 52 de la *Charte québécoise*, mais, en raison des termes différents employés dans celle-ci, une parfaite correspondance entre les deux *Chartes* n'est pas assurée.

---

353 *Régie des alcools*, *supra* note 65 aux para 170-171, juge L'Heureux-Dubé.

354 Pour apprécier cette prescription de la Cour suprême du Canada dans un contexte plus large, voir aussi Vincent Caron, « Alice au pays des merveilles dans le monde juridique », (2017) 47:2 RGD 433.

355 Caroline Bouix, *Les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2017 aux pp 411-12.

356 Jeanneau, *supra* note 328 aux pp 259-60.

357 *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

Les mécanismes de contrôle de l'usage des PGD par les tribunaux ne doivent pas nécessairement être limités à des recours constitutionnels. En outre, il n'est pas exclu que des recours de droit administratif puissent être considérés par le justiciable, par exemple, en *certiorari* pour s'assurer que le PGD invoqué respecte les règles de justice naturelle ou l'obligation d'agir équitablement, ou encore en *mandamus* pour mander à un décideur administratif d'appliquer le *stare decisis*.

En raison des contraintes de la présente étude, nous réservons l'approfondissement doctrinal de ces questions constitutionnelles et administratives à de futures recherches. Toutefois, la présente étude montre déjà que l'application du *stare decisis* constitue, en soi, une mesure de contrôle de l'exercice de la discrétion judiciaire en matière d'identification et d'application de PGD.

Une fois précisés ces encadrements et contrebalancements de l'activité judiciaire relative aux PGD, il ne reste qu'à résoudre la contradiction entre les deux PGD « pour » et « contre » le *stare decisis*. L'utilisation du PGD du « corset de fer » en pratique, dans le raisonnement juridique, ne peut que conduire aux multiples contradictions avec d'autres PGD, comme nous l'avons montré en détail dans les précédentes sections. En outre, nous avons montré que le fait pour un tribunal d'utiliser le PGD du « corset de fer » est susceptible de conduire à des dénis de justice pour le citoyen. En somme, lorsqu'un tribunal, qui se réclame du courant doctrinal du « corset de fer », applique le *Code civil* dans la réalité pratique des véritables litiges, les multiples contradictions qui surgissent entre les PGD sont nécessairement dysharmoniques, enfreignant ainsi la Disposition préliminaire.

La question est déjà résolue, parce qu'il n'existe que deux solutions pouvant résoudre la contradiction. La première solution serait que le législateur promulgue explicitement l'obligation d'appliquer le *stare decisis* en droit civil québécois[358]. La deuxième solution serait que le législateur amende le *Code civil* pour retrancher l'obligation d'« harmonie » avec les PGD qui y a été enchâssée. En l'absence de l'un ou l'autre de ces deux actes législatifs positifs, le PGD du « corset de fer » est illégal, parce que contraire à la Disposition préliminaire du *Code civil*, et le PGD en faveur du *stare decisis* constitue l'état actuel du droit, en matière de droit civil privé québécois.

En somme, le moment semble venu de reconnaître l'existence, la légitimité, et la nécessité d'un « s*tare decisis* civiliste québécois » à part entière.

---

[358] Voir à ce sujet: Albert Mayrand, « L'autorité du précédent au Québec » (1994) 28:2 RJT 771 à la p 773.

> FAIRE APPEL À DES PRINCIPES GÉNÉRAUX est [...] une technique qui équivaut à contourner la prohibition qui interdit au juge de créer lui-même du droit. [359]
>
> TOUT HOMME QUI A DU POUVOIR est porté à en abuser [...] Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir. [360]

Conclusion

Le courant doctrinal s'opposant au *stare decisis*, tributaire d'une prise de position socio-politique de « résistance » issue du XVIII[e] siècle, en est venu à prendre la forme d'une sorte de mouvement québéco-civiliste de libération du « corset de fer » du *stare decisis*. Certains ont affirmé qu'il n'y a pas de *stare decisis* en droit québécois, d'autres que le juge québécois n'est « en *aucune* façon » lié par les précédents, d'autres encore se sont « déclarés libres de ne pas se soumettre à l'autorité du *stare decisis* ». De telles affirmations constituent essentiellement des brocards, que la profession juridique en général, et particulièrement les doctrinaires, auraient avantage à cesser de véhiculer.

Les argumentaires avancés par la position doctrinale « pour » le *stare decisis* se sont multipliés avec les années, sans réussir à convaincre les tenants de la position « contre », pour qui le droit civil québécois demeure un « système complet » dont on doit conserver la « pureté » et que l'on « contaminerait » en y rajoutant la méthodologie du *stare decisis*.

Ces affirmations doctrinales ne reflètent pas la réalité. Dans la pratique réelle des véritables litiges sur le terrain, les juges appliquent effectivement le *stare decisis* en droit civil québécois, comme nous l'avons démontré avec l'analyse comparative transystémique dans quatre domaines du droit. Dans le même ordre d'idées, le juge Louis LeBel de la Cour suprême du Canada est d'avis que ce courant doctrinal est une « négation du réel », un « déni de la réalité ». En outre, la juge France Thibault de la Cour d'appel du Québec, a récemment déclaré que le *stare decisis* est d'ordre public. Le droit doit être prévisible, par conséquent le *stare decisis* est d'ordre public, on ne peut y déroger, et il s'ensuit que l'application du *stare decisis* est obligatoire.

---

359 Steve Gilson, dir, *Au-dela de la loi ? Actualités et évolutions des principes généraux du droit*, Louvain-la-Neuve, Arthemis, 2006 aux pp 7-8.

360 Charles Louis de Secondat, Baron de Montesquieu, *Esprit des lois*, Paris, Delagrave, 1748, Livre XI, Ch. IV.

Dans le cadre de la présente étude, nous avons développé un argument qui s'inscrit dans la lignée des arguments du juge LeBel et de la juge Thibault, précités, également orienté vers l'ordre public, et en faveur du *stare decisis*.

Notre argument est sous-tendu par les résultats de l'analyse comparative transystémique que nous avons effectuée dans les quatre domaines du droit suivants: droit des affaires, droit du travail, droit bancaire, et *lex mercatoria*. D'une part, cette analyse a mis en lumière que le non-usage du *stare decisis* entraîne une multiplicité de contradictions entre différents principes généraux du droit. Par exemple, le test du délit de *passing-off* en droit civil québécois est sous-tendu par le principe général du droit suivant: « nul ne peut usurper le travail d'autrui »; or, l'application du principe général du droit « d'opposition au *stare decisis* » peut contredire celui-ci. D'autre part, cette analyse a permis de dégager une synthèse des deux systèmes, qui se produit au niveau des principes généraux du droit. Non seulement y a-t-il des principes généraux du droit identiques au point de vue *substantif* entre les deux systèmes, mais en outre, la *méthodologie* s'avère aussi identique.

Notre argument s'articule à l'intersection des principes généraux du droit et la Disposition préliminaire. Véritable constitution civile du Québec, le *Code civil* doit régir « les rapports entre les personnes » « en harmonie avec [...] les principes généraux du droit ». Le *Code civil* ne doit pas régir ces rapports de façon dysharmonique, contrevenant aux principes généraux du droit. Il existe un principe général du droit prescrivant que: « les cas semblables doivent être traités de la même manière ». Dans la mesure où certains tribunaux civilistes québécois appliquent le *stare decisis*, et d'autres ne l'appliquent pas, d'une part, le système judiciaire est incapable de garantir le respect de ce principe général du droit, et, d'autre part, cela est susceptible de conduire à ces dénis de justice pour les citoyens. Le fait de ne pas appliquer le *stare decisis* est illégal, parce que contraire à la Disposition préliminaire du *Code civil*.

La tâche de la doctrine juridique québécoise au XXI^{e} siècle n'est plus de militer de façon partisane au soutien d'une idéologie socio-politique de « survivance » du XVIII^{e} siècle, et, du coup, de militer de façon partisane contre le *stare decisis*. La tâche de la doctrine doit se situer à un niveau plus élevé, et consisterait plutôt à résoudre la contradiction entre deux principes généraux du droit québécois, en état de tension et contradictoires, et qui sont utilisés en pratique dans le système judiciaire.

Afin de contribuer à ce travail doctrinal, nous avons synthétisé et reformulé les deux principes généraux du droit qui sous-tendent la jurisprudence de la Cour suprême du Canada et de la Cour d'appel du Québec appuyant les positions « pour » et « contre » le *stare decisis*, tel qu'indiqué au Tableau 7:

TABLEAU 7 **Reformulation:** **Deux Principes Généraux du Droit (PGD) contradictoires**	
Principe Général du Droit **« contre le *stare decisis* »**	**Principe Général du Droit** **« pour le *stare decisis* »**
Le droit civil constitue un système complet en lui-même, qui ne doit utiliser que ses propres règles; comme le *stare decisis* n'est pas une règle de droit civil, notre système juridique ne doit pas admettre le *stare decisis*.	Le *Code civil* ne contient pas tout le droit civil: il est fondé sur des principes qui n'y sont pas tous exprimés; et comme la jurisprudence contient aussi une partie du droit civil, notre système juridique, pour viser à être complet, doit admettre le *stare decisis*.

Il revient à la doctrine de résoudre la contradiction entre ces deux principes généraux du droit. Pour notre part, la présente recherche a montré que le principe général du droit « contre le *stare decisis* » est intenable, et qu'ainsi, le moment semble venu de reconnaître l'existence, la légitimité, et la nécessité d'un « s*tare decisis* civiliste québécois » à part entière.

Enfin, la présente recherche a identifié certaines limitations découlant de l'état actuel de la doctrine, qui pointent en direction d'au moins cinq axes de recherches futures.

Un premier axe devrait raffiner la formulation d'une définition des principes généraux du droit, susceptible d'assister la branche judiciaire à identifier ceux-ci avec plus de certitude. Le concept même de ce qu'est un « principe général du droit » devrait être doctrinalement défini d'un point de vue méthodologique, afin que, par la suite, la jurisprudence puisse correctement les identifier d'un point de vue substantif, tout en mettant explicitement en lumière la source d'où ils proviennent.

Un second axe de recherche devrait déterminer dans quelle mesure l'équilibre constitutionnel de la séparation des pouvoirs pourrait être affecté par le recours aux principes généraux du droit, en particulier les principes « non-écrits ». En cette matière, en raison de la possibilité d'excès, l'exercice du pouvoir judiciaire demande à être encadré et contrebalancé.

Un troisième axe de recherche devrait déterminer dans quelle mesure divers énoncés prétendant au statut de principes généraux du droit peuvent se qualifier à titre de « règle de droit » au sens du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Une question analogue se pose à l'égard de l'article 52 de la *Charte québécoise*. Il va de soi que lorsqu'il se qualifie à titre de « règle de droit », un principe général du droit qui s'avérerait incompatible avec la Constitution serait inopérant.

Suite à la décision de la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Michaud*, le *stare decisis* est désormais d'ordre public au Québec. Les deux axes de recherche ci-dessous doivent se conformer à cette réalité.

Un quatrième axe de recherche devrait examiner l'application du *stare decisis* dans d'autres domaines du droit civil, moins influencés par les considérations économiques que les quatre domaines qui ont fait l'objet de la présente étude. À titre d'exemple, les droits extrapatrimoniaux prévus au *Code civil* doivent être maintenus en harmonie non seulement avec la *Charte québécoise*, mais aussi avec les principes généraux du droit, double objectif que l'application du *stare decisis* permet d'atteindre.

Enfin, un cinquième axe de recherche s'inscrit dans une perspective plus large pouvant recourir aux approches juridique, historique, sociologique et politique. Le phénomène de contradiction entre la position « officielle », qui affirmait le rejet du *stare decisis*, et la position « non-officielle », qui faisait le contraire en admettant le *stare decisis*, a survécu avec ténacité du XVIII^{e} siècle jusqu'à nos jours. La doctrine devrait s'efforcer de mettre en lumière les prémisses sous-jacentes de ce phénomène de contradiction, afin d'en faire apparaître le véritable objectif, et d'en faire la mise à jour au XXI^{e} siècle. Une hypothèse de recherche est qu'il existerait un principe général du droit constitutionnel, à partir des *Articles de Capitulation* de 1760, suivant lequel les Néo-François, les Bas-Canadiens, puis les Québécois, ont maintenu leur droit acquis de promouvoir leur propre dialectique constitutionnelle de négociation du partage des pouvoirs. Suivant cette hypothèse, le véritable objectif du phénomène de contradiction aurait été de contribuer à l'argumentaire au soutien de ce principe général du droit et de cette négociation. Le *stare decisis* étant désormais d'ordre public, la position « officielle » de rejet n'a plus de fondement conceptuel et ne peut plus servir à cette fin. La doctrine devrait donc s'appliquer à développer de futurs arguments, autres que le rejet du *stare decisis*.

En somme, ces cinq axes de recherche visent à renforcer la théorie qui sous-tend les principes généraux du droit, ce qui s'impose en vue de favoriser l'essor et le rayonnement du *Code civil*, afin qu'il puisse continuer à se développer dans son rôle de Constitution civile du Québec.

BIBLIOGRAPHIE

1. LÉGISLATION

Act to amend "The Bills of Exchange Act, 1890", 54-55 Vict, 1891, c. 17.
Act to amend the Law regulating Inland Bills of Exchange and Promissory Notes, 12 Vict, 1849, c. 20.
Acte de Québec (R-U), 14 Geo III, 1774, c 83.
Acte des lettres de change, SC 1890, c. 33.
Bill of Rights (R-A), 1 Wm & Mar sess 2, 1689, c. 2.
Bills of Exchange Act, (R-U) 45 & 46 Vict, 1882, c. 61.
Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738; 2021 BGBl. I S. 3515.
Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ c. C-12.
Code civil de la Louisiane, Louisiana Acts 1987, No. 124, § 1.
Code civil de la République Populaire de Chine, 2020, ANP 28-05-2020.
Code civil du Bas-Canada, 29 Vict, 1865, c. 41.
Code civil du Québec, RLRQ c. CCQ-1991.
Code de procédure civile, RLRQ c C-25.01.
Constitution of the Republic of Texas (1836).
Corpus Juris Civilis, (Réédition 1878) Berlin, Weidmann, 534.
Loi anti-inflation, SC 1974-75-76, c. 75.
Loi constitutionnelle de 1867 (R-U), 30 & 31 Vict, 1867, c. 3.
Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c. 11.
Loi sur les lettres de change, LRC 1985, c B-4.
Loi sur les marques de commerce, LRC 1985, c. T-13.
Loi sur les normes du travail, RLRQ c. N-1.1.
Magna Charta Libertatibus (1215).
Magna Carta (1297) 25 Edw 1, 1297, c. 9.
Personal Property Security Act, SNWT (Nu) 1994, c 8.
The Personal Property Security Act, CCSM c. P35.
The Personal Property Security Act 1993, SS 1993 c P-6.2.
Union with Scotland Act 1706, 1706, Ch. 11 6 Ann.
Union with England Act 1707, 1707, Ch. 7.

2. ACTES ET INSTRUMENTS HISTORIQUES DE NATURE CONSTITUTIONNELLE

Archives publiques, Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791, 6-7 Edw VII (1907), Document parlementaire N° 18, 2e éd par Adam Shortt et Arthur G. Doughty, dir, Bureau de publication des documents historiques, Ottawa, Thomas Mulvey, 1921.
Articles de Capitulation (8 septembre 1760), Londres (R-U), Public Record Office, vol 93.
Déclaration des droits de l'Homme en société (1er Octobre 1789), Paris, Assemblée Nationale.
Ordonnance établissant des cours civiles (17 septembre 1764), Archives can, Q162A, part 2, 500.
Pétition des sujets français au Roy (1773), Compte-rendu des procès-verbaux, Procureur Général Francis Maseres, aux pp 112-131.
Pétition pour obtenir le rétablissement des lois et coutumes françaises (1770), Archives can, Q7, 363.
Proclamation Royale (8 octobre 1763), LRC 1985, app II, no 1.
Traité de paix et d'alliance entre la Grande Bretagne, la France et l'Espagne (10 février 1763), Paris.
Treaty (Act) of the Union of Parliament Between the Kingdom of England and the Kingdom of Scotland, 1706.

3. JURISPRUDENCE

2741-8854 Québec inc c. Restaurant King Ouest inc., 2018 QCCA 1807.
2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool), [1996] 3 RCS 919.
9055-6473 Québec inc. c. Montréal Auto Prix inc., 2006 QCCA 627.
9259-5057-Québec inc. c. Edible Arrangements International, 2021 QCCS 1870.
Abdelnour c. Banque HSBC, 2006 QCCA 1348.
Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College, [2004] 1 RCS 727.
Backman c. Canadian Imperial Bank of Commerce, 2004 CanLII 7273 (CAQ).
Banque de Montréal c. 9111-6822 Québec Inc., 2005 CanLII 11070 (CSQ).
Banque HSBC Canada c. Entreprises RER inc., 2005 CanLII 91440 (CSQ).
Banque Nationale du Canada c. Attaches et remorques Labelle inc., 2011 QCCQ 3906.
Banque Nationale du Canada c. Houle, [1987] RJQ 1518 (CAQ).
Blais c. Aéroport de Québec inc., 2016 QCCS 1563.
Bonin et Sheraton Château Vaudreuil, 1998 DTE 98T-646 (CT).
Boulangerie Canada Bread ltée c. Boulangerie St-Méthode inc., 2013 QCCA 1503.
Boulangerie St-Méthode inc. c. Boulangerie Canada Bread ltée, 2012 QCCS 83.
Canada (Attorney General) v. Bedford, [2013] 3 RCS 1101.
Canada (Attorney General) v. Confédération des syndicats nationaux, [2014] 2 RCS 477.
Canadian Jewish Congress c. Polger, [2011] QCCA 1169.
Carter v. Canada (Attorney General), [2015] 1 RCS 331.
C.E.P.U.C., Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd., [2013] 2 RCS 458.
Ciba-Geigy Canada Ltd. c. Apotex Inc., [1992] 3 RCS 120.
Cie Immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc., [1977] 2 RCS 67.
Cigna Assurance compagnie du Canada c. Catlen Transport, [1998] RJQ 3177 (CSQ).
Coca-Cola Company of Canada Ltd. c. Pepsi-Coca Company of Canada Ltd., [1942] 2 DLR 657 (CP).
Combe v. Combe, [1951] 2 K.B. 215.
Commission scolaire Kativik c. Association des employés du Nord québécois, 2019 QCCA 961.
Commission scolaire Kativik c. Ménard, 2017 QCCS 4686.
Compagnie d'assurances générales Co-Operators c. Coop fédérée, 2019 QCCA 1678.
Costco Wholesale Canada Ltd c. Laplante, 2005 QCCA 788.
Desrosiers c. R., (1919-1920) 60 RCS 105.
Dubreuil c. G.G., 2011 QCCQ 8922.
Duchesnay c. 2820498 Canada inc., 2000 CanLII 17867 (CSQ).
Dufour et Helca Métro ltée (Duquette et Helca Métro ltée), [1995] CT 236, DTE 95T-449.
Enerkem Alberta Biofuels c. Papillon et Fils ltée, 2019 QCCA 1334.
Fier Succès c. Caisse populaire Desjardins de Hauterive, 2010 QCCS 2511.
Garantie des bâtiments résidentiels neufs de l'APCHQ inc. c. 9117-6412 Québec inc., 2011 QCCQ 5272.
Garage Montplaisir ltée c. Couture, 2001 CanLII 26458 (CSQ).
Gauthier c. 9245-9163 Québec inc. (Kia Saint-Constant), 2019 QCCQ 8381.
Genex Communications inc. c. A.Q.I.D.S.V., 2009 QCCA 2201.
Girard c. 2944-7828 Québec inc., 2006 QCCS 6252.
Girard c. Caisse populaire Desjardins de Saint-Raymond-Sainte-Catherine, 2019 QCCS 4770.
Grant c. Torstar Corp., [2009] 3 RCS 640.

Gregory c. Château Drummond, [2012] QCCA 601.
Harvey v. Dominion Textile Co., (1917) 59 RCS 508.
Houle c. Banque Canadienne Nationale, [1990] 3 RCS 122.
Janssen Inc. v. Canada (Attorney General), 2021 FCA 137.
Kisber & Co. Ltd c. Ray Kisber & Associates Inc., 1998 CanLII 12807 (CAQ).
Klotz c. Corson (1927), 33 OWN 12 (CSO).
Kraus c. Nakis Holding Ltd.,, [1969] CS 261 (CSQ).
Lachance et Zellers Inc., 1986 [1987] TA 10, DTE 87T-12.
Laplante c. Costco Wholesale Canada Ltd., 2003 QCCRT 543.
Laprise et Clinique familiale St-Vincent enr., 1995 DTE 95T-557 (CT).
L'Écuyer et Marché Lord inc. [1995] CT 258, DTE 95T-622.
Lefebvre c. Immeubles Saga, 2017 QCCQ 3944.
Lépine c. Renaud, 2015 QCCQ 14155.
Location Bristar Idealease Inc. (Syndic de), 2012 QCCS 211.
MacPherson c. MacPherson, 1976 13 OR (2d) 233 (CA).
Maison Ami-co (1981) inc. c. Monette, 1994 DTE 94T-1419 (CSQ).
Masson c. Telus Mobilité, 2017 QCCS 1675.
Massinon c. Ghys, 1998 JE 98-1195 (CAQ).
Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc., [2011] 2 RCS 387.
Mastrocola c. Autorité des marchés financiers, 2010 QCCS 1243.
Mastrocola c. Autorité des marchés financiers, 2011 QCCA 995.
Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc., [2006] 1 RCS 772.
McIntosh c. Exfo inc., 2021 QCCQ 3886.
McKellar General Hospital c. C.U.P.E., Local 1409, 1986 24 LAC (3d) 69.
Michaud c. Équipements ESF inc., 2010 QCCA 2350.
Michaud c. Équipements ESF inc., 2008 QCCS 2000.
Mister Broadloom Corporation (1968) Ltd. c. Bank of Montreal et al., 1979 25 OR (2d) 198 (HC).
Mister Broadloom Corp. (1968) Ltd. c. Bank of Montreal et al., 1983 44 OR (2d) 368 (CA).
Mister Broadloom Corp. (1968) Ltd. c. Bank of Montreal et al., [1984] 1 RCS v.
Mister Broadloom (1968) Ltd. c. Bank of Montreal and Clarkson Company, 1988 13 ACWS (3^{d}) (HCO).
Moffat c. Edmonton (City) Police Service, 2021 ABCA 183.
Mount Sinai Hospital Center c. Quebec (Minister of Health and Social Services), [2001] 2 RCS 281.
National Drying Machinery Co. c. Wabasso Limited, 1979 C.A. 279 (CAQ).
Nechi Investments Inc. c. Autorité des marchés financiers, 2011 QCCA 214.
Nussenbaum c. TD Canada Trust, 2007 QCCQ 2558.
Pace (RP Management Consulting) c. Club Auto Prestige inc., 2021 QCCQ 8620.
Polger c. Canadian Jewish Congress, [2012] CanLII 5504 (CSC).
Proulx c. Québec (Procureur général), [2001] 3 RCS 9.
Prud'homme c. Prud'homme, [2002] 4 RCS 663.
Purolator Courier Ltd. c. Teamsters Union, Local 938, 1992 24 LAC (4th) 300.
Québec (CNESST) c. Caron, [2018] 1 RCS 35.
Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc., 2020 CSC 32.
R. c. Arcand, 2010 40 Alta LR (5th) 199 (CA).
R. c. Desormeaux, 2011 QCCQ 1470.

Re Edith Cavell Private Hospital and Hospital Employees' Union, Local 180, 1982 6 LAC (3d) 229.
Reckitt & Colman Products Ltd. c. Borden Inc., [1990] 1 All ER 873 (HL).
Régie du bâtiment du Québec c. APCHQ inc., 2020 QCCA 606.
Ronald Elwyn Lister Ltd. et al. c. Dunlop Canada Ltd., [1982] 1 S.C.R. 726.
Roy c. Pilon, 2015 QCCQ 7783.
Royal Bank of Canada c. Forster, 1986 47 Sask R 208 (BR Sask).
Sanchez Herrera c. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), 2021 FC 401.
Savoie c. Garage Montplaisir inc., 2000 CM-1005-5665, 1er mai 2000 (CT).
Senécal c. Cégep du Vieux Montréal, 2012 QCCS 1995.
Singh c. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 1999 CanLII 8337 (CF).
Stanford International Bank Ltd. (Syndic de), 2009 QCCS 4106.
Stations de la vallée de St-Sauveur inc. c. M.A., [2010] RJQ 1872 (CAQ).
Stuart c. Bank of Montreal, (1909) 41 RCS 516.
Studios Marko inc. (Syndic de), 2008 QCCS 4225.
T-Rex Véhicules inc. c. 6155235 Canada inc., 2008 QCCA 947.
Threlfall c. Carleton University, 2017 QCCA 1632.
Threlfall c. Carleton University, 2019 SCC 50.
Veuve Clicquot Ponsardin c. Boutiques Cliquot Ltée, [2006] 1 RCS 824.
Via rail Canada inc. c. Location via-route inc., [1992] RJQ 2109, 96 DLR (4th) 347 (CAQ).
Vicply inc. c. Banque royale du Canada, 1996 CanLII 5730 (CAQ).
Wabasso Ltd. c. National Drying Machinery Co., [1981] 1 RCS 578.
Williams Lake Indian Band c. Canada (AADN), [2018] 1 RCS 83.
Wilfrid Bedard inc. c. Assistance Loan and Finance Corporation, 1966 BR 113.

4. DOCTRINE - ARTICLES ACADÉMIQUES

Allard, France, « La disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, l'idée de droit commun et le rôle du Code en droit Fédéral » (2010) 88-2 R du B can 275.
Arthur, Terri, « Edith Cavell: The Other Nightingale » (2020) 25:2 Online J Issues in Nursing 1.
Azard, Pierre, « La Cour suprême du Canada et l'application du droit civil de la Province de Québec » (1965) 43 Can Bar Rev 553.
Bajikijaïe, Benjamin, « La responsabilité des vérificateurs dans les sociétés par actions en droit positif canadien » (1996) 28:1 RD Ottawa 91.
Baudoin, Jean-Louis, « L'affaire *Wabasso*: un débat entre la théorie et la pratique ? » (1982) 27 RD McGill 809.
Beaudoin, Gérald-A, « Le Canada: droit civil et common law, quelques notes historiques » (2002) 32 RGD 87.
Bell, D.G., « Maritime Legal Institutions under the *Ancien Régime* 1710 » (1995) 23 Man LJ 103.
Bisson, Alain-François, « La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec* » (1999) 44:3 RD McGill 539.
Buch, Henri, « La nature des principes généraux du droit » (1962) 23 RIDC 55.
Butte, George C., « Early Development of Law and Equity in Texas » [1917] Yale LJ 699.
Cantin Cumyn, Madeleine, « Les innovations du Code civil du Québec, un premier bilan » (2005) 46-1/2 C de D 463.
Caron, Vincent, « Alice au pays des merveilles dans le monde juridique » (2017) 47:2 RGD 433.

Charpentier, Élise, « Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme / consensualisme » 2002 43:2 C de D 275.

Côté, François, « Droit commun, langue commune: Un retour sur l'interprétation judiciaire du droit linguistique au Québec à la lumière du droit commun » (2020) 42 Comp Linguistics 41.

Crête, Raymonde, « Aspects méthodologiques de la jurisprudence québécoise en droit commercial à la fin du XIX^{e} siècle » (1993) 34:1 C de D 219.

del Vecchio, Giorgio, « Essai sur les principes généraux du droit », (1925) 45 RCLJ 153.

Devinat, Mathieu, « The Trouble with *Henry*: Legal Methodology and Precedents in Canadian Law » (2006) 32 Queen's LJ 278.

Emerich, Yaëll, « Concepts and Words: A Transsystemic Approach to the Study of Law between Law and Language » (2017) 51 RJTUM 591.

Falconbridge, John D., « The Bills of Exchange Act in Quebec » (1942) 20-9 Can Bar Rev 724.

Falconbridge, John D., « The Law Merchant in Canada » (1913) 49:21 Can LJ 627.

Fell, Alison S. et Claudia Sternberg, « Nurse-Martyr-Heroine: Representations of Edith Cavell in Interwar Britain, France and Belgium » (2018) 11:4 J War & Culture Stud 273.

Friedmann, Wolfgang, « Stare Decisis at Common Law and under the Civil Code of Quebec » (1953) 31:7 Can Bar Rev 723.

Gélinas, Fabien, « Codes, silence et harmonie - Réfexions sur les principes généraux et les usages du commerce dans le droit transnational des contrats » (2005) 46:4 C de D 941.

Gérard, Philippe, « Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit » (1988) 12 Déviance & soc 75.

Glenn, Patrick, « La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, le droit commun et les principes généraux du droit » (2005) 46:1/2 C de D 339.

Hughes, Barry B., « The First Two Oil Shocks: Policy Response and Effectiveness » (1986) 5:4 Pol'y Stud Rev 722.

Jobin, Pierre-Gabriel, « Les réactions de la doctrine à la création du droit civil québécois par les juges: les débuts d'une affaire de famille » (1980) 21 C de D 257.

Jobin, Pierre-Gabriel, « L'influence de la doctrine française sur le droit civil québécois : Le rapprochement et l'éloignement de deux continents » (1992) 44:2 RIDC 381.

Jobin, Pierre-Gabriel, « *Wabasso*: un arrêt tristement célèbre » (1982) 27 RD McGill 813.

Joyal, André, « Les avatars des économies de marché » (1981) 12:4 Études int 717.

Kahn, Philippe, « La *lex mercatoria*: point de vue français après quarante ans de controverses » (1992) 37 RD McGill 413.

Kennedy, Duncan et Marie-Claire Belleau, « François Gény aux États-Unis » dans Thomasset et al., *François Gény, mythes et réalités 1899-1999 Centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* » Cowansville, Yvon Blais et Paris, Dalloz, 2000, 295.

Lacroix, Marième, « La relativité aquilienne en droit de la responsabilité civile - Analyse comparée des systèmes germanique, canadien et québécois » (2013) 59:2 RD McGill 425.

LeBel, Louis et Pierre-Louis Le Saunier, « L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada » (2006) 47:2 C de D 179.

LeBel, Louis, « La loi et le droit : la nature de la fonction créatrice du juge dans le système de droit québécois » (2015) 56:1 C de D 85.

Leckey, Robert, « L'enrichissement injustifié, l'union de fait et l'emprunt à la common law dans le droit mixte du Québec » (2018) 59:3 C de D 495.

Leclair, Jean, « L'interaction entre le droit privé fédéral et le droit civil québécois en matière d'effets de commerce: perspective constitutionnelle » (1995) 40 RD McGill 691.

Lefas, Aubert, « Essai de comparaison entre le concept de « natural justice » en droit administratif anglo-saxon et les « principes généraux du droit » ainsi que les « règles générales de procédure » en droit administratif français » (1978) 30:3 RIDC 745.

Le Roy, Etienne, « Sur le chemin de Kahnawake. Décolonisation du droit et mondialisations » (2010) 15:1 Lex Electronica 493.

Macdonald, R St J et al, « Reviews and Notices » (1956) 34:4 Can Bar Rev 489.

Mallet-Bricout, Blandine, « Libres propos sur l'efficacité des systèmes de droit civil » (2004) 56:4 RIDC 865.

Mayrand, Albert, « L'autorité du précédent au Québec » (1994) 28:2 RJT 771.

Mazen, Jean-Noël, « Le juge civil québécois (Approche comparative d'un système de droit mixte) » (1982) 34:2 RIDC 375.

Mazzacano, Peter, « The *Lex Mercatoria* as Autonomous Law » (2008) 4:6 Comp Research in L & Pol Econ, Research Paper 29/2008.

Mignault, Pierre-Basile, « Les rapports entre le droit civil et la 'common law' au Canada, spécialement dans la province de Québec » (1932) 11 R du D 201.

Mignault, Pierre-Basile, « L'enrichissement sans cause » (1934) 13 R du D 157.

Mockle, Daniel, « Mondialisation et État de droit » (2000) 41:2 C de D 237.

Morin, Michel, « Les débats concernant le droit français et le droit anglais antérieurement à l'adoption de l'*Acte de Québec* de 1774 » (2014) 44 RDUS 259.

Normand, Sylvio, « Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec: La sauvegarde de l'intégrité du droit civil » (1987) 32 RD McGill 559.

Palmer, Vernon Valentine, « Quebec and Her Sisters in the Third Legal Family » (2009) 54:2 RD McGill 321.

Parkes, Debra, « Precedent Unbound? Contemporary Approaches to Precedent in Canada » (2007) 32:1 Man LJ 135.

Popovici, Adrian, « Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles sources de droit au Québec ? » (1973) 8 RJT (ns) 189.

Poudrier-LeBel, Louise, « La libération de la caution par la faute du créancier » (1987) 28:4 C de D 939.

Rémillard, Gil, « Codification et mondialisation » (2005) 46:1/2 C de D 601.

Robert, J.J. Michel, « L'apport du droit français en Amérique du Nord et notre double héritage juridique » (2011) 52 C de D 109.

Rousseau-Houle, Thérèse, « L'art de juger: sources et méthodologie. Ce que révèle l'œuvre du juge Louis LeBel » (2016) 57 C de D 231.

Sartin, Basil Duke, « Is Texas a Common Law State? » (1916) 5:2 Ky LJ 40.

Sayre, Paul, « United Nations Law » (1947) 25:8 Can Bar Rev 809.

Scott, Paul Henderson, « Why did the Scottish Parliament Accept the Treaty of Union? » (2005) 52 Scot Affairs 45.

Shoemaker, Matthew, « Bilinguisme et bijuridisme à la Cour suprême du Canada » (2012) 35:2 R parl can 30.

Supiot, Alain, « Grandeur et petitesses des professeurs de droit » (2001) 42:3 C de D 595.

Touchette, Josée, « Le bijuridisme canadien : coexistence de deux systèmes juridiques institutionnels » (2002) 32:1 RGD 117.

Tucker, Eric, « Shareholder and Director Liability for Unpaid Workers' Wages in Canada: From Condition of Granting Limited Liability to Exceptional Remedy » (2008) 26:1 L & Hist Rev 57.

5. DOCTRINE - OUVRAGES

Abrams, L.S., K.P. McGuiness, et J. Brecher, dir, *Halsbury's Laws of Canada*, 1ère éd, *Civil Procedure, 2017 Reissue*, Toronto, LexisNexis, 2017.

Aristote, *Morale à Nicomaque*, (Réédition 1856) Paris, Durand, ~ 323.

Biersteker, Thomas J., « State, Sovereignty, and Territory », Chapitre 10 dans Walter Carlsnaes, Thomas Risse et Beth A. Simmons, dir, *Handbook of International Relations*, 2e éd, London, Sage, 2013.

Bodin, Jean, *Les six livres de la République*, Lyon, Imp. de Tournes, 1579.

Bouix, Caroline, *Les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2017.

Brierley, John E. C. et Roderick A. Macdonald, dir, *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery, 1993.

Brown, Donald J.M. et David M. Beatty, *Canadian Labour Arbitration*, 2e éd, Aurora, Canada Law Book, 1984.

Cicéron, Marc T., *De republica*, (Réédition 1807), Paris, Delance, ~ 54.

Clermont, Bernard et Benoît Yaccarini, *Initiation au droit des affaires du Québec*, 4e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 1986.

Côté, Pierre-André avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat, *Interprétation des lois*, 4e éd, Montréal, Thémis, 2009.

Cross, Rupert et James W. Harris, *Precedent in English Law*, 4e éd, Clarendon Law Series, Oxford, Clarendon Press, 1991.

Desourdie, T., dir, *Canadian Encyclopedic Digest*, 4e éd, vol 14, t 40, Courts, Toronto, ThomsonReuters, 2018.

Devinat, Mathieu, *La règle prétorienne en droit civil français et dans la Common Law canadienne. Étude de méthodologie juridique comparée*, Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005 [éd 2001].

Duxbury, Neil, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

Edlin, Douglas E., *Judges and Unjust Laws. Common Law, Constitutionalism and the Foundations of Judicial Review*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2010.

Émond, André et Lucie Lauzière, *Introduction à l'étude du droit*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005.

Fahrni, Magda et Robert Rutherdale, dir, *Creating Postwar Canada. Community, Diversity and Dissent 1945-75*, Vancouver, UBC Press, 2008.

Fenet, P.A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t 1, Paris, 1827.

Gill, Kelly et R. Scott Jollife, *Fox on Canadian Law of Trade-Marks and Unfair Competition*, 4e éd, (feuilles mobiles), Toronto, Carswell, 2002.

Gilson, Steve, dir, *Au-dela de la loi? Actualités et évolutions des principes généraux du droit*, Louvain-la-Neuve, Arthemis, 2006.

Grotius, Hugo, *De jure belli ac pacis*, Paris, 1625 (traduction anglaise: *The Rights of War and Peace, Including the Law of Nature and of Nations*, New York, Cosimo, 2007).

Hughes, Graham, « Common Law Systems », in *Fundamentals of American Law*, Global Law School Program, New York University School of Law, New York, Oxford University Press, 1998.

Jeanneau, Benoît, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 1954.

Johnson, J.W., *Promissory Notes and Bills of Exchange*, 6e éd, Belleville, Ontario Business College, 1895.

Jousse, Daniel, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance du commerce du mois de mars 1673*, Paris, Debure, 1756.

Labrie, Jacques, *Les premiers rudiments de la constitution britannique, Précédés d'un Précis Historique, et suivis d'observations sur la constitution du Bas-Canada*, Montréal, James Lane, 1827.

L'Heureux, Nicole et Marc Lacoursière, *Droit Bancaire*, 5e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2017.

Maclaren, J.J., *The Bills of Exchange Act, 1890 Canada, and the Amending Act of 1891*, Toronto, Carswell, 1892.

Montesquieu, Charles Louis de Secondat (Baron de), *Esprit des lois*, Paris, Delagrave, 1748.

Patrick, Dan, *Amendments to the Texas Constitution Since 1876*, Austin, Texas Legislative Council, June 2021.

Ponza, A., S. Scannapieco, A. Simone, et C. Tomazzoli, « Envisioning the Digital Transformation of Financial Documents: A Blockchain-Based Bill of Exchange.» dans J. Prieto et al, dir, « Blockchain and Applications. 2nd International Congress 2020 ». *Advances in Intelligent Systems and Computing*, 2020.

Roy, Claudine, *La théorie de l'expectative légitime en droit administratif*, Cowansville, Yvon Blais, 1993.

Smith, Lionel, « Pierre-Basile Mignault, « L'enrichissement sans cause »», dans Brigitte Lefebvre et Benoît Moore, dirs, *Les grands textes*, Montréal, Thémis, 2018.

Smith, Lionel, « The Rationality of Tradition », dans Timothy Endicott, Joshua Getzler et Edwin Peel, *Properties of Law, Essays in Honour of Jim Harris*, New York, Oxford University Press, 2006.

Turp, Daniel et James Leavy, *Sources et méthodologie du droit québécois et canadien*, Montréal, Thémis, 1981.

6. DICTIONNAIRES JURIDIQUES

Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé, *Dictionnaires de droit privé en ligne*, Montréal, Université McGill, 2021.

Cornu, Gérard, *Vocabulaire juridique*, 9e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2012.

Reid, Hubert, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5e éd., Montréal, WIlson & Lafleur, 2015.

7. AUTRES SOURCES

Banque du Canada, www.bankofcanada.ca/rates/related/inflation-calculator/.

Commission de lutte contre l'inflation, *Rapport sur la première année*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 1976.

Gervais, Émy, *Passer outre la barrière culturelle : comment les Britanniques se renseignent sur les populations du Canada et de l'Inde, 1757-1774*. Mémoire. Université de Montréal. Août 2020.

Parks Canada. *Mount Edith Cavell. In the Heart of the Subalpine*. Ottawa, Minister of the Environment, 1983.

Raza, Ghyslain, *François-Joseph Cugnet et la formation de la tradition juridique québécoise*. Thèse de LL.M., Faculté de droit, Université McGill. Février 2020.

Yun, Stephen et Pooja Paturi, *Rapport Canadien sur les modes et les tendances de paiement 2021*, Ottawa, Paiements Canada, 2021.