

Université de Montréal

**Vers une théorie des fins de non-recevoir
en droit privé québécois**

par
Marie-Lou Laprise

Faculté de droit

Mémoire présenté en vue de l'obtention
du grade de maître en droit (LL. M.)
option droit comparé

Août 2020

© Marie-Lou Laprise, 2020

Université de Montréal
Faculté de droit

Ce mémoire intitulé :

Vers une théorie des fins de non-recevoir en droit privé québécois

Présenté par :

Marie-Lou Laprise

A été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Professeur Michel Morin, président-rapporteur

Professeur Didier Lluelles, membre du jury

Professeur Patrice Deslauriers, directeur de recherche

qui lui a décerné la mention « exceptionnel »

Résumé

La fin de non-recevoir est un concept juridique qui se manifeste par la paralysie totale et définitive d'un droit d'action autrement disponible. Malgré des effets dévastateurs et une popularité toujours croissante, près de quarante ans après sa reconnaissance par la Cour suprême, ses contours demeurent flous et sa substance, incertaine. Juges et juristes ne s'entendent ni sur la définition, ni sur les conditions d'application de cette doctrine mal comprise et peu théorisée.

Ce mémoire s'appuie sur une analyse historique et comparative de ses sources françaises, anglaises et québécoises et sur une analyse systématique des décisions qui y font appel afin de jeter les bases d'une théorie des fins de non-recevoir en droit privé québécois. Il retrace, au fil des bouleversements politiques et économiques qui ont marqué leur histoire, l'émergence des fins de non-recevoir comme mécanisme hybride unique, gardiennes de la cohérence du droit et outils de matérialisation de ses principes généraux. Il introduit une distinction indispensable entre fins de non-recevoir dirimantes et discrétionnaires et établit un cadre conceptuel inédit qui explique et justifie les différentes fins de non-recevoir qui peuvent s'élever – sanctions, remèdes ou mesures d'équité – et systématise les modes et conditions de leur application.

Théoriser la fin de non-recevoir est essentiel pour dépasser les dilemmes du choc entre principes généraux et droit codifié, éviter que l'arbitraire n'étende son emprise au cœur de l'appareil judiciaire et clarifier le rôle des principes généraux dans l'actualisation d'une justice non seulement procédurale, mais aussi matérielle.

Mots-clés : Bonne foi, Droit civil, Droit comparé, Équité, Exceptions procédurales, Généalogie, Histoire comparative du droit, Principes généraux du droit, Obligations, Théorie du droit

Abstract

The *fin de non-recevoir* (bar to an action) is a legal concept that results in the total and definitive paralysis of an otherwise available right of action. Despite its devastating effects and growing popularity, nearly forty years after its recognition by the Supreme Court, its contours remain blurry and its substance, ambiguous. The legal community cannot agree on the definition or conditions of this poorly understood and under-theorized doctrine.

This thesis builds on a comparative historical analysis of French, English, and Quebecois sources and a systematic review of recent cases to lay the groundwork for a theory of *fins de non-recevoir* in Quebec private law. Along the political and economic transformations that shaped their history, it traces the emergence of judicially created barriers to legal actions as a unique, hybrid mechanism in the midst of law, keeper of its coherence and enforcer of its guiding principles. This thesis further introduces a crucial distinction between absolute and discretionary bars and establishes a novel conceptual framework that explains and justifies the various bars that may be invoked—whether as sanctions, remedies, or balancing measures—and systematizes how and when they may apply.

Theorizing unwritten bars to actions allows us to move beyond the paradoxical opposition between general principles and codified law. It prevents arbitrariness from taking hold of vital spaces in the judicial system. It clarifies the role of general principles of law in bringing about a substantive—not merely procedural—form of justice.

Keywords: Bars to Actions, Civil Law, Comparative Law, Comparative Legal History, Equity, Genealogy, General Principles of Law, Good Faith, Jurisprudence, Obligations

Table des matières

RÉSUMÉ	I
ABSTRACT	II
TABLE DES MATIÈRES.....	III
LISTE DES TABLEAUX.....	VI
LISTE DES FIGURES.....	VII
LISTE DES ABRÉVIATIONS.....	VIII
REMERCIEMENTS	XIV
AVANT-PROPOS	XV
INTRODUCTION	1
ÉTAT DE LA LITTÉRATURE	3
OBJECTIFS DE RECHERCHE.....	7
CADRE THÉORIQUE	8
CADRE OPÉRATOIRE ET MÉTHODOLOGIQUE	12
PLAN DU MÉMOIRE	14
PARTIE I – DE DROIT CIVIL, SAUF EXCEPTION : LES DOUBLES RACINES DE LA FIN DE NON-RECEVOIR EN DROIT PRIVÉ QUÉBÉCOIS.....	17
SECTION LIMINAIRE – ARCHITECTURE DE L’ARRÊT <i>SOUCISSE</i> ET DU RÉSEAU DE SES CITATIONS.....	21
A. <i>L’arrêt Soucisse comme point d’inflexion</i>	21
B. <i>L’arrêt Soucisse comme porte d’entrée</i>	26
SECTION I – ORIGINES DISTALES : LA RENCONTRE DES TRADITIONS À L’ÉPOQUE COLONIALE	30
A. <i>Les exceptions péremptoires sur le continent</i>	30
1. L’histoire de l’exception.....	30
2. Les fins de non-recevoir, présomptions d’extinction des créances : Pothier et Denisart	37
3. Les fins de non-recevoir, mécanisme d’équité : Lemerle	41
B. <i>La création d’un droit commun en terre québécoise</i>	49
1. 1608-1759 : Réception du droit français en Nouvelle-France	49
2. 1760-1866 : Période coloniale anglaise.....	53
i. 1760-1789 : Conquête, confusion et anglicisation.....	53
ii. 1789-1838 : Chaos judiciaire et paralysie législative	56
iii. 1838-1866 : Commercialisation, libéralisation et déclin de l’équité	63
SECTION II – ORIGINES PROXIMALES : L’ÉMERGENCE D’UN MÉCANISME HYBRIDE AU SEIN D’UN DROIT NATIONAL MIXTE	72
A. <i>La période post-codification (1867-1920)</i>	72
1. La lente transformation de la culture juridique.....	72

2.	Les ancêtres de l'arrêt <i>Soucisse</i> : <i>laches</i> et <i>waiver</i>	76
B.	<i>La construction d'un droit québécois (1920-1981)</i>	89
1.	Autonomie, réformes et retour aux sources françaises	89
2.	Les ancêtres de l'arrêt <i>Soucisse</i> : <i>estoppel</i> , renonciations et fins de non-recevoir	95
i.	La répudiation des sources anglaises dans les années 1920	96
ii.	Un habit français sur un contenu anglais en droit des obligations	102
iii.	La fin de non-recevoir au secours des assurés éconduits	108
	CONCLUSION DE PARTIE	115
PARTIE II – LES FINS DE NON-RECEVOIR EN DROIT PRIVÉ QUÉBÉCOIS CONTEMPORAIN118		
SECTION LIMINAIRE – DÉFINITIONS ET CADRE CONCEPTUEL		
120		
A.	<i>La dichotomie entre fins de non-recevoir dirimantes et discrétionnaires</i>	120
B.	<i>Le cadre conceptuel de la fin de non-recevoir discrétionnaire</i>	125
1.	La matérialisation des principes généraux comme source de droit	125
2.	La triple identité de la fin de non-recevoir discrétionnaire	129
3.	La place des principes généraux du droit procédural	132
SECTION I – LE TERRITOIRE DES FINS DE NON-RECEVOIR DISCRÉTIONNAIRES.....		
134		
A.	<i>Caractéristiques communes</i>	134
1.	Essence	134
2.	Conditions d'ouverture	138
3.	Aspects procéduraux	140
4.	Limites	144
B.	<i>Les fins de non-recevoir qui matérialisent des principes généraux du droit civil</i>	152
1.	La sanction d'un comportement répréhensible	153
i.	<i>Nemo auditur turpitudinem suam allegans</i>	153
ii.	Protection de l'ordre public	162
iii.	Discrétion judiciaire et théorie des mains propres	165
2.	Le remède pour bris d'une confiance légitime	167
i.	La confiance comme principe	167
ii.	Actes positifs : Paroles, actions et pratiques	171
iii.	Actes négatifs : Silence et inaction	175
3.	L'équité par le maintien d'un équilibre relationnel	176
i.	L'impératif d'équilibre et sa double manifestation	177
ii.	Établir un équilibre informationnel par les obligations accessoires à la bonne foi	178
iii.	Rétablir un équilibre volitionnel en cas d'autorisation ou d'acceptation des risques	181
C.	<i>Les fins de non-recevoir qui matérialisent des principes généraux de la procédure civile</i>	185
1.	Devoir de coopération et contrat judiciaire	185
2.	Stabilité des jugements	187

SECTION II – LES FRONTIÈRES DES FINS DE NON-RECEVOIR DISCRÉTIONNAIRES.....	190
A. <i>Les fins de non-recevoir dirimantes</i>	190
B. <i>Les fausses fins de non-recevoir et les imprécisions de langage</i>	193
1. Défenses directes.....	193
2. Exceptions déclinatoires et dilatoires	196
3. Exception d’inexécution.....	198
4. Abus de procédures	199
C. <i>Les cas où une fin de non-recevoir discrétionnaire ne devrait pas être admise</i>	201
1. Les renonciations tacites.....	201
2. La simple illégalité	208
i. En matière contractuelle.....	209
ii. En responsabilité civile extracontractuelle	214
CONCLUSION DE PARTIE	224
CONCLUSION	225
TABLES BIBLIOGRAPHIQUES	228
I. TABLE DES TEXTES LÉGISLATIFS	228
II. TABLE DE LA JURISPRUDENCE	232
III. BIBLIOGRAPHIE.....	244
ANNEXE A – REPRÉSENTATION GRAPHIQUE DU RÉSEAU DES CITATIONS	I
ANNEXE B – LISTE DES SOURCES DU RÉSEAU DES CITATIONS.....	III
ANNEXE C – LISTE DES DÉCISIONS RETENUES POUR L’ANALYSE SYSTÉMATIQUE DE LA JURISPRUDENCE	VI
ANNEXE D – LISTE DES DÉCISIONS EXCLUES DE L’ANALYSE SYSTÉMATIQUE DE LA JURISPRUDENCE	X

Liste des tableaux

Tableau I.	Évolution des ancêtres des fins de non-recevoir, par périodes et selon les axes politiques et économiques	19
Tableau II.	Fins de non-recevoir disponibles pour une partie A contre le droit d'action d'une partie B	132

Liste des figures

Figure 1.	Défenses et exceptions en France selon Denisart	34
Figure 2.	Défenses et exceptions en France après la codification.....	36

Liste des abréviations

A.C.	Law Reports, Appeal Cases (R.-U.) (1890-)
Actes Rech. Sci. Soc.	Actes de la recherche en sciences sociales
All. E.R.	All England Reports (R.-U.) (1936-...)
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Anthrop. & Soc.	Anthropologie et Sociétés
App. Cas.	Appeal Cases (R.-U.) (1875-1890)
B.R. (A.)	Cour du Banc de la Reine ou du Roi, division d'appel (Québec)
B.R.	Cour du Banc de la Reine ou du Roi (Québec)
BC C.A.	British Columbia Court of Appeal
Bibl. É.C.	Bibliothèque de l'École des chartes
Bull. L.	Bulletin des lois de la République française (1789-1931)
C. de D.	Cahiers de droit
C. rév.	Cour de révision (Québec)
C. com.	Code de commerce (France) (1807)
C. pr. civ. (1806)	Code de procédure civile de la France (1806-2007)
C. pr. civ.	Nouveau Code de procédure civile de la France (adopté progressivement à partir de 1975)
C.A. Ch.	Court of Appeal in Chancery (R.-U.) (1851-1875)
C.A.	Cour d'appel du Québec
C.c.B.C.	Code civil du Bas-Canada (1865)
C.c.fr.	Code civil des Français ou Code Napoléon (France) (1804)
C.c.Q. (1980)	Code civil du Québec (1980)
C.c.Q.	Code civil du Québec (1991)
C.J.C.P.	Comité judiciaire du Conseil privé (R.-U.)
C.J.L.S.	Canadian Journal of Law & Society
C.L.P.	Commission des lésions professionnelles
C.p.c. (1866)	Code de procédure civile du Bas-Canada (1866)
C.p.c. (1897)	Code de procédure civile de la province de Québec (1897)
C.p.c. (1965)	Code de procédure civile du Québec (1965)
C.p.c.	Code de procédure civile du Québec (2016)

C.Q. p.c.	Division des petites créances de la Cour du Québec
C.Q.	Cour du Québec
C.R.T.	Commission des relations du travail
C.S.	Cour supérieure du Québec
C.S.C.	Cour suprême du Canada
Can. Hist. Rev.	Canadian Historical Review
Can. Hist. Rev.	Canadian Historical Review
CanLII	Canadian Legal Information Institute
Ch. D.	Law Reports, Chancery Division (R.-U.) (1875-1890)
Ch.	Law Reports, Chancery (R.-U.) (1891-...)
Civ. (1 ^{re})	Première chambre civile de la Cour de cassation (France)
Civ.	Section civile de la Cour de cassation (France)
Clev. St. L. Rev	Cleveland State Law Review
CNESST	Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail (Québec)
CNRS	Centre national de la recherche scientifique (France)
Com.	Chambre commerciale économique et financière de la Cour de cassation (France)
Cowp.	Cowper's Reports (E.R. vol. 98) (R.-U.) (1774-1778)
Cox	Cox's Equity Reports (E.R. vol. 29-30) (R.-U.) (1783-1796)
CSC	Cour suprême du Canada (référence neutre)
C.S.S.T.	Commission de la santé et de la sécurité au travail (Québec)
D.	Recueil Dalloz (France)
D.L.R.	Dominion Law Reports
DC	Recueil critique Dalloz (France) (1941-1945)
De. G.F & J.	De Gex, Fisher & Jones's Reports (E.R. vol. 45) (R.-U.) (1859-1862)
E.R.	English Reports (R.-U.) (1210-1865)
E.R.P.L.	European Review of Private Law
E.W.C.A.	England and Wales Court of Appeal (R.-U.) (1875-...)
Ed. L. Rev.	Edinburgh Law Review

EWCA Civ.	England and Wales Court of Appeal (Civil Division) (référence neutre) (R.-U.)
Ex. Ch.	Court of Exchequer Chamber (R.-U.) (1585-1875)
Ex. Pl.	Exchequer of Pleas or Court of Exchequer (R.-U.) (12 ^e siècle-1880)
H.L. Cas.	Clark's House of Lords Cases (E.R. vol. 9-11) (R.-U.) (1847-1866)
H.L.	Chambre des Lords (R.-U.)
Hare	Hare's Reports (E.R. vol. 66-68) (R.-U.) (1841-1853)
Harv. L. Rev	Harvard Law Review
I.	Irlande
I.C.A.	Irish Court of Appeal (I.)
I.L.R.	Insurance Law Reporter (Canada)
Int'l & Comp. L.Q.	International and Comparative Law Quarterly
J.E.	Jurisprudence Express (Québec)
J.O.S.S.	Journal of Open Source Software
J.Q.	Jugements du Québec LexisAdvance/Quicklaw
K.B.	Law reports, King's Bench (R.-U.) (1901-1951)
L.a.a.	Loi sur l'assurance automobile (Québec)
L.a.t.m.p.	Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles (Québec)
L.C. Jur.	Lower Canada Jurist
L.f.i.	Loi sur la faillite et l'insolvabilité (Québec)
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
L.H.Q.	Loi sur Hydro-Québec (Québec)
L.J. Ch.	Law Journal Chancery (R.-U.)
L.J.R.	Law Journal Reports (R.-U.)
L.n.t.	Loi sur les normes du travail (Québec)
L.Q.	Lois du Québec (1969-...)
L.R. C.P.	Law Reports, Common Pleas (R.-U.) (1865-1875)
L.R. Ch. App.	Law Reports, Chancery Appeals (R.-U.) (1865-1875)
L.R. Ex.	Law Reports, Exchequer (R.-U.) (1865-1875)
L.R. H.L.	Law Reports, English and Irish Appeal Cases (R.-U. & I.) (1865-1875)
L.R. P.C.	Law Reports, Privy Council (R.-U.) (1865-1875)

L.R. Q.B.	Law Reports, Queen's Bench (R.-U.) (1865-1875)
L.R.C.	Lois révisées du Canada (1985-...)
L.S. Forum	Legal Studies Forum
Law Hist. Rev.	Law and History Review
Lloyd's L.R.	Lloyd's Law Reports (R.-U.) (1968-...)
Man. L.J.	Manitoba Law Journal
McGill L.J.	Revue de droit de McGill
Mens	Mens : Revue d'histoire intellectuelle de l'Amérique française
O.C.B.C.	Ordonnances du Conseil spécial pour les affaires de la province du Bas-Canada (1838-1841)
O.U.P.	Oxford University Press
Ont. Ct. Err. App.	Ontario Court of Error and Appeal
Ont. S.C. (A.D.)	Ontario Supreme Court, Appellate Division
Ont. S.C.	Ontario Supreme Court
Osgoode Hall L.J.	Osgoode Hall Law Journal
Ottawa L. Rev.	Ottawa Law Review
P.G.	Procureur général
P.U.F.	Presses universitaires de France
P.U.L.	Presses de l'Université Laval
P.U.Q.	Presses de l'Université du Québec
Q.B.	Queen's Bench Reports (E.R. vol. 113-118) (R.-U.) (1841-1852)
Q.B.D.	Law Reports, Queen's Bench Division (R.-U.) (1875-1890)
QCCA	Cour d'appel du Québec (référence neutre)
QCCS	Cour supérieure du Québec (référence neutre)
R. de J.	Revue de jurisprudence
R. de L.	Revue de législation et de jurisprudence
R. du B. can.	Revue du Barreau canadien
R. du D.	Revue du Droit (1922-1939)
R. du N.	Revue du Notariat
R.C.S.	Recueils des arrêts de la Cour suprême du Canada
R.D.F.	Recueil de droit de la famille (Québec)

R.D.J.	Revue de droit judiciaire (Québec)
R.D.L.	Régie du logement (Québec)
R.D.U.S.	Revue de droit de l'Université de Sherbrooke
R.G.D.	Revue générale de droit
R.H.A.F.	Revue d'histoire de l'Amérique française
R.I.D.C.	Revue internationale de droit comparé
R.J.Q.	Recueil de jurisprudence du Québec
R.J.T.	Revue juridique Thémis (1966-2012)
R.L. (n.s.)	Revue légale (nouvelle série) (Québec)
R.L.	Revue légale (Québec)
R.L.R.	Restitution Law Review
Req.	Section des requêtes de la Cour de cassation (France)
Rev. B.D.I.	Revue belge de droit international
Rev. écon.	Revue économique
Rev. hist. D.F.É.	Revue historique de droit français et étranger
Rev. interdiscipl. ét. jur.	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
RJTUM	Revue juridique Thémis (2013-...)
RLRQ	Recueil des lois et des règlements du Québec
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil (France)
Rutgers L. Rev.	Rutgers Law Review
S.	Recueil Sirey (France)
S.F.C.B.Q.	Service de la formation continue du Barreau du Québec
S.O.Q.	Statuts et ordonnances du gouverneur et du Conseil législatif de la province de Québec (ordonnances 1775-1792)
S.P.C.	Statuts de la province du Canada (1840-1867)
S.Q.	Statuts du Québec (1867-1969)
S.R.C.	Statuts révisés du Canada (avant 1985)
Sim.	Simon's Reports (E.R. vol. 57-60) (R.-U.) (1826-1852)
Soc. Forces	Social Forces
Soc.-Econ. Rev.	Socio-Economic Review
SOQUIJ	Société québécoise d'information juridique

T.A.	Tribunal d'arbitrage de grief (Québec)
T.A.Q.	Tribunal administratif du Québec
T.A.T.	Tribunal administratif du travail (Québec)
Theor. & Soc'y	Theory and Society
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U.C.P.	University of California Press
U. Rich. L. Rev.	University of Richmond Law Review
U.Q.A.C.	Université du Québec à Chicoutimi
U.T.L.J.	University of Toronto Law Journal
UCLA L. Rev.	UCLA Law Review
UKSC	Cour suprême du Royaume-Uni (référence neutre)
W.L.R.	Weekly Law Reports (R.-U.) (1953-...)
Wm. & Mary Bill Rts. J.	William & Mary Bill of Rights Journal
Y.U.P.	Yale University Press
Yale L.J.	Yale Law Journal

Remerciements

Je remercie le professeur Patrice Deslauriers, qui a accepté d'assumer la direction de ce mémoire et contribué à l'enrichir par ses commentaires éclairés; Me François Le Borgne, dont l'excellent séminaire de méthodologie de la recherche m'a aidé à orienter et structurer ce projet; mon collègue Me Geoffroy Guilbault, dont le soutien indéfectible m'a permis d'entamer et de mener à bon port ce projet, et ma famille, source constante d'inspiration.

Ce mémoire a bénéficié de l'appui financier, dans le cadre de bourses d'excellence pour la recherche, de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, grâce à un fonds mis sur pied par le défunt cabinet Heenan Blaikie, du Vice-rectorat adjoint aux études supérieures et postdoctorales de l'Université de Montréal, grâce au Fonds de bourses J.A. DeSève, et du cabinet Fasken Martineau Dumoulin S.E.N.C.R.L., S.R.L. Je les remercie chaleureusement pour leur soutien et leur contribution au financement de la recherche universitaire.

Avant-propos

Dans ce mémoire, les appels de note et références sont omis des citations en plein texte et les caractères gras dans les citations sont les nôtres.

Le vocabulaire de common law est généralement dans la langue d'origine, pour éviter toute confusion. Les traductions, le cas échéant, proviennent des ouvrages de Jacques Vanderlinden et Gérard Snow, du Centre de traduction et terminologie juridiques de l'Université de Moncton et du Bureau de la traduction du Canada¹.

Les citations d'ouvrages en français classique sont présentées selon l'orthographe et la typographie du français contemporain pour faciliter la lecture : le s long (« f ») est remplacé par le s court, l'orthographe moderne des pluriels et des mots accentués est employé et « oi » est remplacé par « ai » lorsque nécessaire.

¹ Jacques VANDERLINDEN, Gérard SNOW et Donald POIRIER, *La common law de A à Z*, 2^e éd. par G. SNOW et J. VANDERLINDEN, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017; Gérard SNOW et Sylvette SAVOIE THOMAS, *Répertoire des appellations en usage dans les régimes de common law : anglais-français*, 4^e éd., Moncton, Centre de traduction et de terminologie juridiques, Faculté de droit de l'Université de Moncton, 2011; PROMOTION DE L'ACCÈS À LA JUSTICE LANGUES OFFICIELLES (PAJLO), *Lexique du droit des contrats et du droit des délits (common law)*. *Bulletin de terminologie 266*, Ottawa, Bureau de la traduction du Canada, 2008.

Introduction

« *Practical considerations are difficult to weigh, difficult to predict, and are capable of displacing even the firmest legal orthodoxies. Since the force of such 'practicalities' necessarily varies from time to time, judge-made law is always liable to change, and change has usually occurred in response to perceived practical considerations. [...] The practical considerations that have influenced the courts [...] include considerations of policy but are not confined to matters of policy in the usual sense of that word. They include residual considerations of fairness, of convenience, of 'common sense', and of avoiding results perceived as intolerable. This is, it is suggested, a distinct and characteristic aspect of legal reasoning.* »

S. Waddams, « The Practical Dimension of Legal Reasoning », 2016²

1. Les tribunaux ont-ils, dans un État de droit, le pouvoir discrétionnaire de fermer leurs portes à un justiciable et de lui refuser le secours de l'appareil judiciaire pour mettre en œuvre les droits que lui reconnaît la loi³? Interrogés directement, les juges se déclarent liés par le droit en vigueur⁴.

² Stephen WADDAMS, « The Practical Dimension of Legal Reasoning », dans Maksymilian del MAR et Michael LOBBAN (dir.), *Law in Theory and History: New Essays on a Neglected Dialogue*, Oxford, Hart Publishing, 2016, p. 284 à la page 285.

³ Les notions d'État de droit et de *rule of law* sont associées à des projets politiques et sont centrées sur la limitation du pouvoir de l'État et le contrôle de constitutionnalité, mais leurs impératifs ne s'y limitent pas. La *rule of law*, en particulier, requiert d'un ordre juridique des « qualités structurelles » de publicité, de cohérence et de prévisibilité : Daniel MOCKLE, « L'État de droit et la théorie de la *rule of law* », (1994) 35 *C. de D.* 823, 885. Cf. Lon L. FULLER, *The Morality of Law*, 2^e éd., New Haven, Y.U.P., 1969, p. 33-94; Joseph RAZ, « The Rule of Law and its Virtue », dans *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon, 1979, p. 210 à la page 214 (« *This is the basic intuition from which the doctrine of the rule of law derives: the law must be capable of guiding the behaviour of its subjects* »); John M. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon, 1980, p. 270-271 (« *A legal system exemplifies the Rule of Law to the extent [...] that [viii] those people who have authority to make, administer, and apply the rules in an official capacity [a] are accountable for their compliance with rules applicable to their performance and [b] do actually administer the law consistently and in accordance with its tenor* »). Au sujet du modèle retenu au Canada, voir D. MOCKLE, préc., 833 : « le Canada s'affirme désormais comme un État de droit orienté vers des éléments de finalité qui découlent encore [...] d'un système fondé sur la *rule of law*. Ce syncrétisme, loin d'être paradoxal, ne ferait que confirmer l'apport spécifique de chaque notion dans l'élaboration d'une double légitimité fondée sur la structuration juridique de l'État par le droit public et l'existence de valeurs référentielles. »

⁴ Voir *Code de déontologie de la magistrature*, RLRQ, c. T-16, r. 1, art. 1; *Re Ruffo*, 2005 QCCA 1197, par. 285-289 (autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée) (« Que ceux-ci soient d'accord ou pas avec la législation telle que décrétée, ils se doivent de l'accepter dans leurs décisions, lui donner plein effet, en interpréter les termes et, s'ils le jugent à propos, suggérer des changements que le Législateur sera libre d'accepter ou de refuser. [...] Nulle part ai-je vu dans les extraits d'articles et de décisions cités au mémoire des intimés qu'un juge a le pouvoir judiciaire ou social de mettre de côté un article de loi et de lui substituer une façon différente de trancher la question. [...] La loi en vigueur est et doit être la règle de vie de tous les citoyens, c'est leur garantie d'un ordre social équilibré. [...] Le juge doit appliquer la loi telle qu'elle est, non pas telle que, d'après lui ou d'autres, elle devrait être. »); *C.T.C.U.M. c. Syndicat du transport de Montréal (C.S.N.)*, [1977] C.A. 476, [1977] J.Q. n° 126, par. 97-99, 119-124. Cf. Jean-Étienne-Marie

Les motifs de leurs décisions révèlent pourtant au sein du droit québécois une histoire parallèle, difficile à concilier avec cette réponse définitive. Une entité hybride, unique et puissante, y rôde : la fin de non-recevoir. Lorsqu'une partie l'invoque et qu'un juge la retient, elle paralyse de façon totale et permanente la mise en œuvre d'une réclamation autrement valide. Elle est un mécanisme juridique, mais qui admet l'intervention décisive, au cœur du processus judiciaire, de principes essentiellement moraux⁵. Sous sa gouverne, le tribunal met les règles qu'impose le droit à l'épreuve des résultats que tolère la justice et lorsque les règles faillissent, s'autorise à les ignorer au nom de l'équité⁶.

2. L'existence de fins de non-recevoir non codifiées a été reconnue par la Cour suprême dans l'arrêt *Soucisse*⁷ en 1981 et depuis, leur popularité devant les tribunaux judiciaires et administratifs n'a cessé de croître⁸. L'on pourrait croire qu'un tel mécanisme, à l'effet potentiellement dévastateur pour une partie à un litige et qui permet de contredire ou d'ignorer le droit codifié, démocratiquement adopté, serait l'objet d'une grande prudence par la magistrature et d'un examen serré par la doctrine. Pourtant, les fins de non-recevoir sont peu théorisées et mal comprises. Que sont-elles? D'où tirent-elles leurs sources? Qui peut les invoquer et contre qui peuvent-elles s'élever? À quelles conditions? Quels sont leurs effets? Les questions les plus simples n'ont pas de réponse claire. Tour à tour exaltée et décriée, la fin de non-recevoir demeure à ce jour une créature étrange aux contours flous et à la substance incertaine.

3. Ce mémoire révèle que la vision des fins de non-recevoir mise de l'avant par l'arrêt *Soucisse*, loin de reprendre une doctrine établie ou de constituer l'aboutissement d'une lente évolution, a

PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, coll. « Classiques des sciences sociales », n° 3024, U.Q.A.C., 1801, p. 22, en ligne : <<http://dx.doi.org/doi:10.1522/030032830>> (consulté le 7 juillet 2020) (« Quand la loi est claire, il faut la suivre; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives. ») Voir aussi B.-A. Testard MONTIGNY, « Le juge doit-il décider suivant la loi? », (1879) 1 *La Thémis* 161.

⁵ Au sujet du débat sur la relation entre droit et moralité, voir Jules L. COLEMAN, « The Architecture of Jurisprudence », (2011) 121 *Yale L.J.* 2.

⁶ La fin de non-recevoir n'est pas seule à habiter ce domaine. Voir par exemple la fascinante étude de la professeure Anne-Françoise Debruche sur la jurisprudence qui s'autorise de l'équité pour « régularise[r] certains empiétements immobiliers en constatant la création ou le transfert implicite de droits réels immobiliers principaux », peut-être par imitation du *proprietary estoppel* : Anne-Françoise DEBRUCHE, « L'équité judiciaire, de l'ombre à la lumière : archéologie d'une exception singulière aux règles de la publicité immobilière », (2011) 55 *McGill L.J.* 819.

⁷ *Banque Nationale c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339 [*Soucisse*].

⁸ Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2018, n° 2030.

plutôt jeté les bases d'une doctrine nouvelle ou, à tout le moins, fondamentalement renouvelée : la fin de non-recevoir comme matérialisation des principes généraux du droit. Ce faisant, ce mémoire esquisse les réponses aux questions mentionnées ci-dessus et tente d'offrir une conceptualisation de la fin de non-recevoir qui démasque les influences de notions étrangères incompatibles et prend au sérieux l'histoire et la logique interne du droit civil. Il s'efforce de consacrer le tournant de l'arrêt *Soucisse*, tout en se gardant des excès d'une vision contemporaine parfois floue ou exagérée. Ses visées théoriques sont soutenues par une étude empirique de centaines de sources juridiques québécoises, canadiennes, anglaises et françaises, reflet de 400 ans d'histoire.

4. Nous espérons que ce mémoire contribuera à dépasser les dilemmes des juristes confrontés au choc entre une fin de non-recevoir et le droit codifié et à clarifier le rôle des principes généraux du droit dans l'actualisation d'une justice non seulement procédurale, mais aussi matérielle.

État de la littérature

5. Qualifiées par la doctrine de sanctions dérogatoires d'application exceptionnelle, les fins de non-recevoir se manifestent par la paralysie de l'exercice d'un droit d'action autrement disponible⁹. Selon l'article 2921 C.c.Q., la prescription est une fin de non-recevoir¹⁰. Le législateur est avare de précisions sur cette expression qu'il ne mentionne nulle part ailleurs.

6. En 1981, dans l'arrêt *Soucisse*, la Cour suprême, sous la plume du juge Beetz, reconnaissait l'existence incontestable de fins de non-recevoir non codifiées et mettait le lecteur en garde qu'elles avaient souvent été erronément confondues avec l'*estoppel* de la common law. Elle relevait le caractère diffus et la compréhension restreinte du concept, auquel les auteurs associaient de multiples exceptions ayant peu en commun, et ajoutait :

« En fait, il ne semble pas qu'une telle entreprise [de systématisation] ait jamais été tentée en droit civil ancien ou moderne, par la doctrine ou la jurisprudence, de telle sorte qu'il ne paraît pas exister une théorie, articulée des fins de non-recevoir comme il existe une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil ou une théorie de l'*estoppel* en droit anglais. »¹¹

⁹ *Id.*, n° 2034.

¹⁰ Voir aussi MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice. Le Code civil du Québec : un mouvement de société*, Québec, Publications du Québec, 1993, article 2050 C.c.Q. (dans le cadre du contrat de transport, « [l]e défaut de protestation dans les délais prévus constitue une fin de non-recevoir à l'action en dommages-intérêts » contre un transporteur).

¹¹ *Soucisse*, préc., note 7, 360.

7. Près de quarante ans et plus de huit mille décisions plus tard¹², une revue de la littérature révèle d'importantes lacunes dans l'état des connaissances et confirme que cette œuvre demeure à accomplir. Aucune monographie ne traite du sujet, toutefois des ouvrages généraux lui consacrent quelques paragraphes et des articles de périodiques l'ont abordé.

8. L'étude la plus détaillée se trouve dans *Droit des obligations* par le professeur Didier Lluelles et l'honorable Benoît Moore¹³. Ils abordent la question dans la partie du livre consacrée à la force obligatoire du contrat, dans la section sur les sanctions du non-respect de l'exigence contractuelle de bonne foi. Ils y traitent du rôle de la dimension morale dans le droit des contrats, de l'évolution de la notion de bonne foi en droit québécois et en droit français et de l'origine historique de la fin de non-recevoir. Ils en présentent brièvement les sources, la fonction, le champ d'application, les critères et les effets. La fin de non-recevoir s'inscrirait dans une « lente et progressive moralisation du droit des contrats »¹⁴ survenue depuis la deuxième moitié du XX^e siècle, en rupture avec l'« attitude passéiste et rigoriste, exclusivement axée sur l'autonomie de la volonté »¹⁵ qui avait cours auparavant¹⁶. Les auteurs la décrivent comme une « [i]nstitution essentiellement jurisprudentielle » qui permet aux tribunaux « de rejeter une demande, par ailleurs bien fondée en droit, dans la mesure où c'est précisément le comportement répréhensible du demandeur qui est à l'origine du litige »¹⁷. Elle vise toute demande et « peut même paralyser un moyen de défense au fond, neutraliser l'invocation d'une prescription extinctive ou empêcher l'octroi des dépens normalement allouables »¹⁸. Selon les auteurs, son but n'est pas « de rétablir un équilibre économique, mais plutôt de priver un contractant d'un recours ou d'un moyen qu'il a contribué à

¹² La base de données de SOQUIJ, pour les mots-clés « fin* adj3 non-recevoir » ou « fin* adj3 nonrecevoir », du 1^{er} octobre 1981 au 31 décembre 2019, rapporte 8 846 décisions : 5 045 des tribunaux judiciaires et 3 801 des tribunaux spécialisés et organismes. Les cinq thèmes les plus fréquents selon le plan de classification SOQUIJ sont *travail* (3 404 décisions), *vente* (1 090 décisions), *procédure civile* (692 décisions), *obligations* (493 décisions) et *responsabilité* (445 décisions), étant entendu qu'une même décision peut être associée à plus d'un thème. Les décisions judiciaires québécoises proviennent principalement de : C.A. (505 décisions), C.S. (1 942 décisions) et C.Q. (2 308 décisions, y compris 1 482 de la division des petites créances). Parmi les tribunaux spécialisés, les cinq plus fréquents sont : C.L.P. (1 460 décisions), T.A. (1 144 décisions), R.D.L. (206 décisions), T.A.Q. (206 décisions) et T.A.T. (198 décisions).

¹³ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 8, n^{os} 1972-1975, 2028-2039.

¹⁴ *Id.*, n^o 1975.

¹⁵ *Id.*, n^o 1973.

¹⁶ Les résultats de notre étude confirment la justesse de cette interprétation : voir la première moitié de ce mémoire.

¹⁷ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 8, n^{os} 2030-2031.

¹⁸ *Id.*, n^o 2032.

fabriquer artificiellement, et aussi d'éviter à un tribunal de prêter son concours à un contractant qui veut profiter de son comportement répréhensible »¹⁹.

9. Dans *Les obligations*, l'honorable Jean-Louis Baudouin et les professeurs Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina²⁰ qualifient la fin de non-recevoir de moyen de défense prétorien, commun aux contextes contractuel et extracontractuel, qui s'étend bien au-delà du droit des obligations et qui « se situe à la jonction du droit civil et du droit judiciaire »²¹. Ils donnent plusieurs exemples de son application et concluent qu'elle « a toute sa place dans le droit civil » et que la discrétion judiciaire qu'elle permet n'est pas « source de dérapages en jurisprudence » et assure une meilleure justice contractuelle²². En 2017, la professeure Vézina se penche sur le sujet avec une étude approfondie de la fin de non-recevoir en droit bancaire²³. Elle y précise que la fin de non-recevoir, d'une grande souplesse, se trouve « à la jonction du droit des obligations et de la procédure » et possède une « nature mixte », ayant à la fois une « dimension processuelle » et une « dimension substantielle »²⁴.

10. Dans *Jurisprudence commentée sur les obligations*, les professeurs Daniel Gardner et Maurice Tancelin présentent brièvement la fin de non-recevoir comme une « notion floue servant d'ordinaire à appliquer le principe général du droit selon lequel nul ne peut invoquer sa propre turpitude », ou encore, « une notion mixte où le droit procédural l'emporte de beaucoup sur le droit substantif », dont « la jurisprudence fait une application de plus en plus large »²⁵. Elle « sert à substituer l'équité du juge à la règle de droit civil » dans un grand nombre de domaines²⁶. Ils la critiquent pour son non-respect de la scission entre le droit substantif et le droit procédural²⁷. Selon eux, la portion de l'arrêt *Soucisse* sur la fin de non-recevoir « a acquis une valeur quasi

¹⁹ *Id.*, n° 2033.

²⁰ Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et Nathalie VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, n°s 156, 305, 729, 730, 822.

²¹ *Id.*, n° 730.

²² *Id.*

²³ Nathalie VÉZINA, « La fin de non-recevoir en droit bancaire, ou la faute de la banque comme obstacle à la mise en œuvre de ses droits contre le client en matière d'opérations bancaires », dans S.F.C.B.Q., *Développements récents en droit bancaire (2017)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2017, p. 103.

²⁴ *Id.* aux pages 109-110.

²⁵ Daniel GARDNER et Maurice TANCELIN, *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 12^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2017, p. 16.

²⁶ *Id.*, p. 17.

²⁷ *Id.*, p. 16.

législative »²⁸. En outre, en 2002, le professeur Gardner²⁹ abordait le sujet dans un commentaire sur l'arrêt *Mackay*³⁰. Il y souligne que les fins de non-recevoir devraient jouer le rôle d'un mécanisme subsidiaire qui cède la place aux solutions codifiées lorsqu'elles existent et que leurs contours flous laissent « beaucoup trop de latitude aux tribunaux » et « risquent de constituer des nids de procès dont le sort est imprévisible »³¹.

11. Dans son *Précis de droit québécois des obligations*, le professeur Frédéric Levesque la mentionne à quelques reprises, sans toutefois présenter de vision unifiée du mécanisme. La théorie des fins de non-recevoir est d'abord exposée comme l'un des principaux exemples des « principes créés par les juges dans un système de droit civil », avec « l'enrichissement injustifié, [...] l'abus de droit, l'exception d'inexécution et l'obligation *in solidum* »³². Il la qualifie de « “dépanneur” qui sert à venir en aide à un justiciable trompé, lorsque l'application du droit strict impliquerait une décision en sens contraire », utilisée par les juges « en l'absence d'une vraie assise juridique »³³. Plus loin, dans son analyse de l'action en enrichissement injustifié, il écrit que la condition d'absence de faute de l'appauvri ou de fraude à la loi « découle du principe *fraus omnia corrumpit* (la fraude corrompt tout), ce que les Anglais ont traduit par la théorie de l'estoppel et que nous appelons la théorie des fins de non-recevoir » et ajoute que « la maxime un peu populiste : “Ne viens pas devant le tribunal si tu n'as pas les mains propres” » est parfois employée³⁴. Enfin, dans sa section sur le cautionnement, il précise que « [n]ous pouvons résumer une imposante jurisprudence par la phrase suivante : le créancier qui exerce abusivement ses droits en vertu de l'acte de cautionnement perd son recours contre la caution, en vertu de la théorie des fins de non-recevoir »³⁵.

²⁸ *Id.*

²⁹ Daniel GARDNER, « Le point sur deux mécanismes aux contours mal définis : la novation par changement de débiteur et la théorie des fins de non-recevoir. Chronique de jurisprudence », (2002) 104 *R. du N.* 511.

³⁰ *Banque Laurentienne du Canada c. Mackay*, [2002] R.J.Q. 365 (C.A.) [*Mackay*].

³¹ D. GARDNER, préc., note 29, 523, 526.

³² Frédéric LEVESQUE, *Précis de droit québécois des obligations : contrat, responsabilité, exécution et extinction*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, n° 22.

³³ *Id.*, n° 244.

³⁴ *Id.*, n° 382.

³⁵ *Id.*, n° 1113.

12. Quant à la monographie *Prescriptions extinctives et fins de non-recevoir* de Julie McCann, elle se consacre à une étude en profondeur de la prescription et d'autres exceptions codifiées et se limite à confirmer brièvement l'existence de fins de non-recevoir non codifiées³⁶.

13. Du côté du droit comparé, en 2010, le professeur Pascal Ancel, spécialiste français du droit des contrats, présente une étude comparative de droit français et de droit québécois sur les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle dans la formation et l'exécution du contrat. La théorie des fins de non-recevoir développée par la jurisprudence québécoise y est exposée comme source d'inspiration potentielle pour le droit français³⁷. Plus d'un demi-siècle plus tôt, en 1956, une étude comparative détaillée sur les fins de non-recevoir du droit québécois et l'*estoppel* anglais avait été effectuée par Gertrude Wasserman³⁸. Cependant, plus de soixante ans d'histoire la séparent du droit actuel; une histoire dont l'arrêt *Soucisse* a profondément infléchi le cours.

14. Ces travaux antérieurs se contredisent sur plusieurs points essentiels. En plus des débats entre critiques et défenseurs de la notion, les auteurs ne s'entendent pas sur sa définition et les critères de son application. Certains écrivent qu'une faute est requise, de même qu'un avantage indu, mais qu'aucun préjudice n'est indispensable. D'autres soutiennent que seule une violation des principes de bonne foi ou d'équité est nécessaire. D'autres encore prétendent qu'une faute est superflue, mais qu'il doit exister un préjudice³⁹. Plusieurs de ces travaux sont succincts, puisqu'inclus dans des ouvrages généraux. D'autres étudient un domaine spécifique ou un petit nombre de décisions choisies et leurs auteurs se gardent d'émettre des conclusions générales.

Objectifs de recherche

15. Dans son flou actuel, le mécanisme s'insère mal dans la structure du droit civil. Il a tour à tour été qualifié d'« anomalie » du droit des obligations vu son absence de codification⁴⁰, de « règle

³⁶ Julie MCCANN, *Prescriptions extinctives et fins de non-recevoir*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011, p. 172-173.

³⁷ Pascal ANCEL, « Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois », (2011) 45 *R.J.T.* 87.

³⁸ Gertrude WASSERMAN, « The Doctrine of Fins de Non-Recevoir in Quebec Law (with a Comparative Analysis of the English Doctrine of Estoppel) », (1956) 34 *R. du B. can.* 641.

³⁹ Voir, dans l'ordre des trois positions divergentes, D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 8, n^{os} 2033-2034; J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, préc., note 20, n^o 730; J. MCCANN, préc., note 36, p. 173.

⁴⁰ N. VÉZINA, préc., note 35, à la p. 110.

d'équité qui écarte la règle de droit normalement applicable »⁴¹, de « “joker” du droit civil »⁴², de technique passe-partout qui n'est pas « conforme au génie du droit civil »⁴³ ou encore de mécanisme que l'on a trop souvent cherché à détourner de son sens⁴⁴.

16. En droit québécois, contrairement au droit français, les propositions juridiques sont rarement qualifiées de théories⁴⁵. La fin de non-recevoir est une exception notable, celle-ci étant sans hésitation désignée comme théorie par les juristes québécois⁴⁶. Pourtant, à ce jour, elle n'a de théorie que le nom : un tour d'horizon ne révèle aucune réelle tentative de systématisation, de formulation cohérente et de vérification empirique. Ces lacunes dans l'état des connaissances réduisent la prévisibilité du droit et ouvrent la porte à l'arbitraire⁴⁷. En réponse à ces difficultés, la présente recherche a été dirigée dans la logique d'un « effort de type théorique »⁴⁸. Son objectif est de jeter les bases d'une théorie des fins de non-recevoir en droit privé québécois qui soit à la fois conforme à l'état du droit et cohérente avec l'évolution et la structure du droit civil.

Cadre théorique

17. Ce mémoire s'appuie sur l'histoire comparative du droit, alliage de droit comparé et d'histoire du droit, pour reconstituer les dynamiques de la diffusion et de l'hybridation des normes étudiées⁴⁹.

⁴¹ J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, préc., note 20, n° 730.

⁴² D. GARDNER et M. TANCELIN, préc., note 25, p. 16.

⁴³ Daniel GARDNER et Maurice TANCELIN, *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 9^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2006, p. 15-16.

⁴⁴ D. GARDNER, préc., note 29, 526.

⁴⁵ Mathieu DEVINAT et Edith GUILHERMONT, « Enquête sur les théories juridiques en droit civil québécois », (2010) 44 *R.J.T.* 7.

⁴⁶ *Id.*, 36-37.

⁴⁷ D. GARDNER, préc., note 29, 526-527. Cf. Jean-Louis BERGEL, « Spécificité des codes et autonomie de leur interprétation », dans Pierre-André CÔTÉ (dir.), *Le nouveau Code civil : interprétation et application*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 3 aux pages 21-22 : « Il paraît très dangereux de laisser à l'interprète la liberté d'ignorer le sens de la loi pour faire prévaloir sa propre vision de ce qui est juste, équitable, socialement utile ou économiquement satisfaisant. La sécurité juridique impose [...] d'appliquer la loi et non de la dénaturer. »

⁴⁸ Christian ATIAS, *Théorie contre arbitraire : éléments pour une théorie des théories juridiques*, Paris, P.U.F., 1987, p. 56-57.

⁴⁹ Heikki PIHLAJAMAKI, « Merging Comparative Law and Legal History: Towards an Integrated Discipline », (2018) 66 *Am. J. Comp. L.* 733; Alessandro SOMMA, « Global Legal History, Legal Systemology, and the Genealogy of Law », (2018) 66 *Am. J. Comp. L.* 751. Voir aussi James GORDLEY, « Comparative Law and Legal History », dans Mathias REIMANN et Reinhard ZIMMERMANN (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2^e éd., Oxford, O.U.P., 2019, p. 754; Kjell Å. MODÉER, « Abandoning the Nationalist Framework: Comparative Legal History », dans Heikki PIHLAJAMÄKI, Markus D. DUBBER et Mark GODFREY (dir.), *The Oxford Handbook of European Legal History*,

Cette enquête sur les origines des fins de non-recevoir avait pour but d'interroger leur logique, leur cohérence et leur pertinence, et non leur impact sur la pureté ou l'intégrité du droit⁵⁰. Pour ce faire, nous avons dressé une généalogie des transformations vécues par l'ordre juridique québécois en conséquence de la circulation des modèles juridiques⁵¹.

18. L'histoire comparative du droit⁵² est l'une des approches développées en réaction aux critiques de l'approche positiviste, analogique et statique du droit comparé, en vogue dans la première moitié du 20^e siècle. Elle identifiait les similitudes et les différences dans l'état du droit entre deux juridictions, sans les situer dans leur contexte historique, social, politique ou économique⁵³. L'histoire comparative du droit abandonne la vision d'un monde juridique divisé en familles de systèmes plus ou moins étanches⁵⁴. Les frontières y sont poreuses et les propagations, nombreuses; les ordres juridiques y sont en constante négociation pour déterminer à quelles conditions accepter les solutions et influences d'autres ordres⁵⁵. Afin de rendre compte de ces réalités, l'histoire comparative favorise une étude dynamique et polychronique⁵⁶.

Oxford, O.U.P., 2018, p. 100. Au sujet du rôle que peut jouer l'histoire en théorie du droit, et la théorie en histoire du droit, voir M. del MAR et M. LOBBAN (dir.), préc., note 2.

⁵⁰ Au sujet des risques de dérives d'une analyse centrée sur la pureté ou l'intégrité d'un droit local, voir Roderick A. MACDONALD, « Understanding Civil Law Scholarship in Quebec », (1985) 23 *Osgoode Hall L.J.* 573, 586-588; citant Martin FOSS, *The Idea of Perfection in the Western World*, Princeton, Princeton University Press, 1946. Voir aussi Jean-Louis BAUDOIN, « L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada », (1975) 53 *R. du B. can.* 715, 716-717; Jean-Guy BELLEY, « Une croisade intégriste chez les avocats du Québec : La Revue du droit (1922-1939) », (1993) 34 *C. de D.* 183.

⁵¹ A. SOMMA, préc., note 49, 759.

⁵² Cette approche est en croissance depuis 2010. Certains l'associent à une impulsion donnée au droit comparé américain par le professeur Mathias Reimann dans les années 1990 et 2000 suivie d'un tournant allemand et européen en 2010 : K.Å. MODÉER, préc., note 49 aux pages 109-110. Voir Mathias REIMANN (dir.), *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World, 1820-1920*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993; Mathias REIMANN et Alain LEVASSEUR, « Comparative Law and Legal History in the United States », (1998) 46 *Am. J. Comp. L. Supp.* 1. D'autres la croient inspirée par un renouveau de l'approche italienne, dans le sillage des *legal formants* du professeur Rodolfo Sacco et de l'œuvre fondatrice du professeur Gino Gorla, dont les travaux tardifs, bien qu'inscrits dans une approche structuro-fonctionnaliste, étaient fortement historiques : Elisabetta GRANDE, « Development of Comparative Law in Italy », dans M. REIMANN et R. ZIMMERMANN (dir.), préc., note 49, p. 88 aux pages 92-95, 99-100; J. GORDLEY, préc., note 49 à la page 761. Voir Gino GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milan, Giuffrè, 1981; Rodolfo SACCO, « Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law », (1991) 39 *Am. J. Comp. L.* 1. Pour d'autres, elle est bien plus ancienne : Katharina I. SCHMIDT, « From Evolutionary Functionalism to Critical Transnationalism: Comparative Legal History, Aristotle to Present », dans Markus D. DUBBER et Christopher TOMLINS (dir.), *The Oxford Handbook of Legal History*, Oxford, O.U.P., 2018, p. 263.

⁵³ H. PIHLAJAMAKI, préc., note 49, 737.

⁵⁴ A. SOMMA, préc., note 49, 759.

⁵⁵ H. PIHLAJAMAKI, préc., note 49, 740.

⁵⁶ A. SOMMA, préc., note 49, 758.

19. Pour la mettre en œuvre, le professeur Alessandro Somma invite le chercheur à abandonner l'approche analogique en faveur d'une approche généalogique⁵⁷, particulièrement pertinente pour l'étude des interactions entre le droit civil et la common law⁵⁸. Les glissements entre ces systèmes sont subtils et insidieux, difficiles à détecter mais perturbateurs⁵⁹. Ils remodelent et transforment les normes et ils sont liés à des dynamiques qui ne peuvent être identifiées qu'en étudiant l'évolution, à travers le temps, des pratiques institutionnelles et des interprétations du droit⁶⁰. La circulation des modèles juridiques va au-delà de leur simple réception : elle produit des mécanismes hybrides, composites, issus du mélange entre le modèle importé et le contexte importateur⁶¹.

20. Dans le langage courant, la généalogie est une « [s]uite d'ancêtres qui établit une filiation », cette dernière étant une « [s]uccession de choses issues les unes des autres »⁶². La méthode généalogique⁶³ est fondée sur la prémisse selon laquelle concepts et phénomènes n'ont pas une origine unique suivie d'une histoire linéaire et continue. Des mutations et des fractures se produisent au sein des corpus de connaissances⁶⁴. Un même mot exprime parfois un concept nouveau qui remplace l'ancien⁶⁵. Il faut étudier, dans leur complexité et leur multiplicité, l'émergence et la provenance des phénomènes qui se manifestent dans le temps présent :

⁵⁷ *Id.* La méthodologie de l'histoire comparative du droit demeure en développement : cf. J. GORDLEY, préc., note 49 aux pages 767-770; K.Å. MODÉER, préc., note 49 aux pages 112-113.

⁵⁸ A. SOMMA, préc., note 49, 765.

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ *Id.*

⁶² P. ROBERT, préc., note 12, « généalogie » et « filiation ».

⁶³ La méthode généalogique est au cœur des travaux de Michel Foucault, eux-mêmes inspirés par Nietzsche : voir Michel FOUCAULT, « Nietzsche, la généalogie, l'histoire », dans Suzanne BACHELARD (dir.), *Hommage à Jean Hyppolite*, Paris, P.U.F., 1971, p. 145; Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir : naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975; Michel FOUCAULT, *Histoire de la sexualité*, Paris, Gallimard, 1976; voir aussi Friedrich W. NIETZSCHE, *La généalogie de la morale*, Paris, Gallimard, [1887] 1972. Elle a été reprise et adaptée par de nombreux chercheurs dans des disciplines variées : voir notamment Jerry D. LEONARD, « Foucault: Genealogy, Law, Praxis », (1990) 14 *Legal Studies Forum* 3; Guillaume LATOUR, *La méthode généalogique : à la rencontre de la sociologie, la philosophie et l'histoire*, mémoire de maîtrise, Montréal, Département de sociologie, Université du Québec à Montréal, 2016; Alexis BOUCHARD-GOUPIL, *La méthode généalogique foucauldienne et l'ouverture de l'actualité*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté de philosophie, Université Laval, 2016.

⁶⁴ Ian HACKING, *Historical Ontology*, Cambridge, Harvard University Press, 2002, p. 36.

⁶⁵ *Id.* Voir aussi Michael LOBBAN, « Legal Theory and Legal History: Prospects for Dialogue », dans M. del MAR et M. LOBBAN (dir.), préc., note 2, p. 3 aux pages 11-12 : « [...] we must be cautious of a view which implies that pure

« Suivre la filière complexe de la provenance, c'est [...] maintenir ce qui s'est passé dans la dispersion qui lui est propre : c'est repérer les accidents, les infimes déviations – ou au contraire les retournements complets –, les erreurs, les fautes d'appréciation, les mauvais calculs qui ont donné naissance à ce qui existe et vaut pour nous [...]. »⁶⁶

21. Après avoir suivi la trace des fins de non-recevoir à travers quatre siècles d'histoire, une analyse systématique de la jurisprudence récente nous a permis de déterminer comment les tribunaux avaient réagi aux innovations de l'arrêt *Soucisse* et d'évaluer l'état du droit⁶⁷.

22. C'est, enfin, sous l'éclairage de l'épistémologie juridique que nous avons synthétisé les résultats de nos recherches. L'épistémologie juridique est la théorie de la connaissance juridique et l'étude de l'origine, de la valeur et de la portée des connaissances et des conceptions propres au domaine du droit⁶⁸. Les travaux du professeur Christian Atias sur la théorie des théories juridiques s'inscrivent dans cette logique d'une épistémologie qui œuvre à « la description, l'analyse et, éventuellement, l'explication des modes de connaissance du droit, tels qu'ils sont pratiqués » en s'efforçant « de repérer et d'évaluer les postulats, les principes et les résultats de l'activité déployée par ceux qui cherchent à connaître le droit »⁶⁹. Selon le professeur Atias, la formulation du droit en théories juridiques remplit à la fois des fonctions d'explication (rendre compte du droit positif), d'anticipation (fournir des réponses satisfaisantes à des situations nouvelles) et de justification (favoriser la sélection de solutions justes)⁷⁰. Afin d'atteindre une certaine sécurité, les systèmes juridiques sont constamment « en quête du bon degré de généralité, [...] celui qui permettra de justifier et de prévoir la solution particulière, sans éliminer toute adaptation concrète »⁷¹. Ainsi, « l'appel de la théorie est principalement l'appel du général dont le juriste attend plus d'égalité, plus de prévisibilité, dont il espère plus de clarté sur le particulier »⁷².

analysis can tease out timeless legal categories. [...] concepts do not exist in a social or chronological vacuum, but are developed at particular times and places for particular purposes. [...] concepts may change their meaning not only over time, but in different places ».

⁶⁶ Michel FOUCAULT, *Dits et écrits, 1954-1988. I, 1954-1975*, Paris, Gallimard, 2001, p. 1009.

⁶⁷ Voir William BAUDE, Adam S. CHILTON et Anup MALANI, « Making Doctrinal Work More Rigorous: Lessons from Systematic Reviews », (2017) 84 *U. Chi. L. Rev.* 37.

⁶⁸ P. ROBERT, préc., note 12, « Épistémologie », « Épistémologique » et « Épistémè ».

⁶⁹ C. ATIAS, préc., note 48, p. 19-21.

⁷⁰ *Id.*, p. 106, 107, 121.

⁷¹ *Id.*, p. 15.

⁷² *Id.*, p. 59.

23. Par théorie juridique, nous entendons une construction intellectuelle fondée sur l'examen des solutions du droit positif et vérifiée empiriquement⁷³, présentée sous la forme d'une conception globale, cohérente et synthétique des réalités sociales visées et du rôle du droit à leur égard⁷⁴, y compris les conséquences du point de vue substantiel et du point de vue procédural de la reconnaissance de ces réalités par le droit⁷⁵. C'est ainsi que, « [f]ace à l'arbitraire, se dresse le droit »⁷⁶.

Cadre opératoire et méthodologique

24. Les visées théoriques de ce mémoire exigeaient un travail empirique rigoureux qui s'est appuyé sur le cadre opératoire suivant. Le *concept de fin de non-recevoir en droit québécois* y tient lieu de *variable dépendante*. Celle-ci fluctue à travers le temps et l'espace, d'où la nécessité d'une étude polychronique. En tant que concept juridique, cette variable complexe présente des attributs qui peuvent être divisés en quatre principales catégories : (1) sa *nature*, (2) ses *conditions*, (3) ses *aspects procéduraux* et (4) ses *effets juridiques*. La première regroupe ses attributs phénoménologiques. La deuxième rassemble ses attributs qui sélectionnent, à travers le filtre de la création de catégories et de vocabulaire juridique, les réalités sociales auxquelles le concept entend s'appliquer. La troisième réunit ses attributs qui déterminent comment le soumettre à l'appréciation d'un tribunal. La quatrième comprend ses attributs qui assignent à ces réalités sociales, une fois identifiées par un acteur juridique dans le cadre d'une procédure judiciaire, une conséquence juridique. Les indicateurs qui nous ont permis d'étudier ces attributs sont les contenus textuels de documents produits par le système juridique et considérés par ce dernier comme des sources primaires ou secondaires du droit : la *loi*, la *jurisprudence* et la *doctrine*.

25. Les *variables indépendantes*, dont la présente recherche révèle l'influence sur le concept de fin de non-recevoir, sont les *concepts de droit français*, les *concepts de droit anglais*, ainsi que les *concepts de droit romain*. Plusieurs autres facteurs influencent la variable dépendante, mais ne

⁷³ *Id.*, p. 33-34; M. DEVINAT et E. GUILHERMONT, préc., note 45, 17.

⁷⁴ C. ATIAS, préc., note 48, p. 34, 49-50; M. DEVINAT et E. GUILHERMONT, préc., note 45, 17; Alexandre KOYRÉ, *Études d'histoire de la pensée scientifique*, Paris, Gallimard, 1973, p. 173; Jean-Toussaint DESANTI, *La philosophie silencieuse. Critique des philosophies de la science*, Paris, Seuil, 1975, p. 110-111.

⁷⁵ Caroline LARDAUD-CLERC, *Le changement de comportement du créancier en cours d'exécution du contrat. Étude de droit français et anglais*, thèse de doctorat, Lyon, Faculté de droit, Université Jean Moulin (Lyon 3) et Université d'Exeter, 2015, n° 18.

⁷⁶ C. ATIAS, préc., note 48, p. 9.

pouvaient être étudiés directement dans le cadre d'une étude exclusivement documentaire, y compris les *normes sociales*, les *schémas culturels*, les *croyances religieuses* et les *valeurs morales et épistémologiques* adoptées par les personnes qui interagissent au sein des institutions politiques et juridiques. Ces variables indépendantes, conceptuelles et intangibles, sont mises en action dans le cadre de phénomènes complexes d'emprunt, de contamination et d'hybridation générés par les pratiques des acteurs des systèmes politique et judiciaire⁷⁷. Des *variables intermédiaires* permettent et négocient leur influence, y compris les *connaissances* et les *actions du législateur, des plaideurs et des juges*. Nous avons étudié celles des juges à partir de la forme et du contenu de leurs décisions. En outre, des *variables modératrices* nuancent la manière dont les acteurs du système façonnent le concept de fin de non-recevoir : la *géographie*, l'*époque* (date des faits, date des procédures et date de la décision), le *type de juridiction* (tribunal judiciaire, administratif ou d'arbitrage; de première instance, de révision ou d'appel) et le *domaine de droit*. Ces variables ont été contrôlées afin de limiter le bassin de données aux décisions les plus pertinentes pour les objectifs de la recherche : les décisions de droit privé des tribunaux judiciaires, en appel.

26. Les variables explicatives – susceptibles d'expliquer les observations – incluent l'organisation de l'État et sa structure constitutionnelle, l'organisation des tribunaux, le climat social et politique, l'économie, les cultures de la société et du milieu juridique, la survenance d'événements perturbateurs, les intérêts et ressources des parties privées qui s'affrontent dans les litiges et la langue et la formation des juges et des plaideurs. Elles ont été intégrées grâce aux travaux antérieurs de la doctrine juridique et de la littérature scientifique historique et sociologique.

27. Ce mémoire est le résultat de deux études de cas multiples. La première avait pour but de dresser l'histoire comparative du concept de fin de non-recevoir reconnu par l'arrêt *Soucisse* afin de saisir l'émergence et l'évolution du concept en son sein et de distinguer l'influence des traditions anglaise et continentale sur ce processus. Pour ce faire, nous avons répertorié et analysé les sources jurisprudentielles et doctrinales citées par celui-ci. Ensuite, pour les sources jurisprudentielles, nous avons répertorié et analysé les sources secondaires citées par ces sources primaires, et ainsi de suite, pour créer un véritable arbre généalogique de 83 sources – 60 décisions

⁷⁷ Sur la production et la reproduction de pratiques comme source constitutive de l'ordre social et de ses institutions, voir Anthony GIDDENS, *Central Problems in Social Theory: Action, Structure, and Contradiction in Social Analysis*, Berkeley, U.C.P., 1979; Anthony GIDDENS, *The Constitution of Society: Introduction of the Theory of Structuration*, Berkeley, U.C.P., 1984.

et 23 textes de doctrine. Pour chacune des branches, nous avons cessé de remonter lorsqu'une décision ne mentionnait pas le concept de fin de non-recevoir. La représentation graphique du réseau des citations est en Annexe A et la liste de ces sources est en Annexe B.

28. La deuxième étude devait établir l'état actuel du droit québécois. Nous avons d'abord créé une banque avec l'ensemble des décisions mentionnant les mots « fin de non-recevoir » rendues (1) par la Cour suprême du Canada siégeant en appel de la Cour d'appel du Québec entre 1981 et 2019 et (2) par cette Cour d'appel entre 2005 et 2019. Nous avons consulté chacune de ces 274 décisions afin de retenir celles qui portent sur une question de droit privé et qui emploient le concept de fin de non-recevoir dans leur analyse juridique⁷⁸. Après ce classement, 140 décisions ont été retenues pour une analyse en profondeur. La liste des 140 décisions retenues est en Annexe C et celle des 134 décisions exclues, avec les motifs de leur exclusion, en Annexe D. Cette étude respecte les quatre étapes énoncées par Prs Baude, Chilton et Malani dans leurs travaux sur l'utilisation d'études systématiques au soutien d'affirmations descriptives ou normatives sur l'état du droit⁷⁹.

29. Nous avons synthétisé les résultats de ces deux études afin de jeter les bases d'une théorie des fins de non-recevoir en droit privé québécois. En plus des sources étudiées de façon systématique, dont les listes figurent en Annexes B, C et D, nous avons au cours de cette étape finale consulté plusieurs sources additionnelles, incluses dans la bibliographie, pour contextualiser et approfondir nos résultats. Chaque moitié de ce mémoire est consacrée aux résultats de l'une de ces deux études.

Plan du mémoire

30. La première partie de ce mémoire nous entraîne dans un périple sur les traces de la doctrine des fins de non-recevoir, à l'intersection entre les traditions anglaise et continentale. Avant tout, nous examinons le contenu de l'arrêt *Soucisse* et le portrait du réseau de ses citations. De là, nous amorçons un trajet qui nous mène d'abord sur le continent, pour y suivre le cours de l'histoire de

⁷⁸ Ce critère élimine les mentions du concept comme expression du langage courant, les mentions au passage ou dans un *obiter dictum*, ou les mentions uniquement dans la citation d'une autre source ou autorité. Pour une liste des motifs d'exclusion et des décisions exclues, voir l'Annexe D.

⁷⁹ W. BAUDE, A. S. CHILTON et A. MALANI, préc., note 67. Un objectif précis a été défini et énoncé. Un échantillon de décisions à analyser (tribunaux, période, mots-clés) a été défini et les critères d'inclusion et d'exclusion sont précisés explicitement. Quant aux méthodes d'évaluation du poids des décisions dans l'analyse, les décisions de la Cour suprême ont été priorisées sur celles de la Cour d'appel, et parmi ces dernières, une plus grande importance a été donnée, d'abord, à celles qui se sont engagées plus avant dans l'analyse des principes en cause, et ensuite, à celles qui sont plus récentes : *Id.*, 54, 56. Enfin, l'échantillon a été analysé et des conclusions énoncées : *Id.*, 51-54.

l'exception et examiner le traitement des fins de non-recevoir par Pothier, Denisart et Lemerle. Nous parcourons ensuite les quatre temps de l'évolution des fins de non-recevoir au Québec et illustrons comment, au fil de la période coloniale française, puis anglaise, de la période post-codification de 1867 à 1920 et de la période moderne de 1920 à 1981, la fin de non-recevoir a fluctué au confluent de deux fils narratifs et de leurs axes de tensions respectifs.

31. Nous verrons, au long de ce trajet, que la forme des motifs des juges, le langage qu'ils emploient et les sources sur lesquelles ils s'appuient lorsqu'ils font appel à une fin de non-recevoir ont suivi les tensions identitaires associées aux bouleversements politiques et constitutionnels provoqués par la Conquête et la rencontre des mondes anglais et français. De façon parallèle, la nature des objectifs d'équité poursuivis par les juges à l'aide des fins de non-recevoir a plutôt suivi les tensions axiologiques liées aux mutations économiques de la société, alors que la révolution industrielle et la transition vers la modernité ont généré des conflits entre, d'un côté, le féodalisme, le monde agricole et les valeurs traditionnelles, et de l'autre, le capitalisme, le monde commercial et les valeurs libérales. Notre voyage culmine avec la mise au monde, dans l'arrêt *Soucisse*, d'une doctrine renouvelée, explicitement présentée sous sa filiation française mais dotée d'un contenu nouveau : la fin de non-recevoir comme mécanisme discrétionnaire de mise en œuvre des principes généraux du droit.

32. La deuxième partie de ce mémoire se consacre à l'état du droit et esquisse une théorie des fins de non-recevoir grâce à une synthèse de l'étude systématique des décisions en appel, à la lumière de l'étude historique et comparative de leur émergence. Notre voyage à travers le temps révèle qu'avant 1981, les notions de droit anglais⁸⁰ se sont continuellement immiscées dans l'évolution prétorienne de la fin de non-recevoir, au point de rendre difficile le départage de ce qui, dans sa conception actuelle, relève de ses origines anglaises ou de ses origines françaises. Or, l'analyse généalogique dévoile la source et la nature de ces infiltrations et éclaire leurs manifestations dans la jurisprudence contemporaine. La section liminaire de la deuxième partie de ce mémoire propose donc une conceptualisation nouvelle des fins de non-recevoir, qui se veut en harmonie avec les principes et la logique du droit civil. Sa première section décrit les fins de non-recevoir ainsi

⁸⁰ Dans ce mémoire, droit anglais désigne le droit de l'Angleterre et du pays de Galles. Il est notre principal objet de comparaison, puisque la généalogie de la notion de fin de non-recevoir le révèle comme une influence majeure sur l'évolution de cette notion et comme la principale source des concepts de common law ou d'equity qui se sont infiltrés dans le droit québécois dans ce domaine.

reconnues et sa deuxième, ce qui doit en être distingué ou exclu. Cette conceptualisation, qui se dessinera au fil de ce mémoire, se résume comme suit.

33. La fin de non-recevoir est une catégorie qui regroupe les exceptions péremptoires du fond. Elle se divise en *fins de non-recevoir dirimantes* et en *fins de non-recevoir discrétionnaires*. Leurs effets sont similaires, mais leurs sources et les modes et conditions de leur application diffèrent. Les fins de non-recevoir dirimantes sont les exceptions péremptoires, généralement codifiées, qui ne confèrent pas de discrétion au tribunal dans leur application – par exemple, la prescription extinctive, l'autorité de la chose jugée ou les immunités législatives.

34. Les fins de non-recevoir discrétionnaires, reconnues par l'arrêt *Soucisse*, sont les exceptions péremptoires, généralement non codifiées, pour l'application desquelles le tribunal dispose d'un large pouvoir discrétionnaire. Elles mettent en œuvre les principes généraux du droit matériel et procédural, dans un objectif de cohérence du droit. Leur identité est triple : elles sont employées comme *sanction*, comme *remède* et comme *mesure d'équité*. Elles relèvent du principe de la bonne foi dans son acception large, mais la simple mauvaise foi n'est ni une condition nécessaire, ni une condition suffisante de leur application. Elles reposent toujours, au-delà de la bonne foi, sur des principes plus spécifiques. Comme sanction, elles visent à empêcher une partie de *tirer profit de sa propre faute* ou de son propre fait et l'analyse est centrée sur le caractère répréhensible du comportement de cette partie. Comme remède, elles visent la protection de la *confiance légitime* d'une partie et l'analyse est centrée sur le préjudice subi par cette dernière. Comme mesure d'équité, elles visent à rétablir un *équilibre relationnel* et l'analyse englobe les deux parties et les dynamiques de leur relation.

35. Mais avant de plonger plus avant dans l'exploration de ces fins de non-recevoir multiples, entamons le voyage qui nous mènera à leur naissance.

Partie I – De droit civil, sauf exception : les doubles racines de la fin de non-recevoir en droit privé québécois

36. L'étude du réseau des autorités citées par l'arrêt *Soucisse* révèle que la vision des fins de non-recevoir qu'il consacre, loin de reprendre une doctrine établie ou de constituer l'aboutissement d'une lente évolution, a plutôt jeté les bases d'une doctrine nouvelle ou, à tout le moins, fondamentalement renouvelée. Sa nature est différente de celle de la doctrine mentionnée ou appliquée dans les sources auxquelles se réfère la Cour, et les décisions subséquentes qui se réfèrent à l'arrêt *Soucisse* ou s'en inspirent, qui font l'objet de la deuxième partie de ce mémoire, s'éloigneront encore davantage du droit que reflétait ces sources.

37. À la lumière de cette analyse, la fin de non-recevoir apparaît comme une institution hybride unique, modulée au premier chef par la jurisprudence de nos tribunaux. Elle combine des caractéristiques procédurales et matérielles provenant des fins de non-recevoir françaises classiques et de notions de common law et d'equity, dont l'*estoppel*, le *waiver* et les *laches*, afin d'atteindre des objectifs qui reflètent les conceptions morales changeantes des juges qui l'ont façonnée. De l'ancien droit jusqu'à l'arrêt *Soucisse*, quatre époques distinctes apparaissent : la période coloniale française, la période coloniale anglaise, la période post-codification de 1867 à 1920 et le Québec moderne de 1920 à 1981.

38. Une section liminaire présente l'arrêt *Soucisse* et le portrait du réseau de ses citations, avant de plonger dans l'analyse de ses racines mixtes et de le mettre à l'épreuve des ombres et des échos rendus manifestes par l'exhumation de sa filiation. Ayant suivi dans le temps et dans l'espace, jusqu'aux droits anciens et étrangers, les traces de « la filière complexe de la provenance »⁸¹ des fins de non-recevoir, avec ses tours, ses détours et ses accidents de parcours, nous les retraçons ici selon le chemin inverse, des origines jusqu'à nous. La transformation des concepts étudiés survient au confluent de deux fils narratifs dont les axes de tensions respectifs empreignent la vie collective. Le premier concerne des transformations politiques et le deuxième, des mutations économiques⁸².

⁸¹ M. FOUCAULT, préc., note 66, p. 1009.

⁸² Au sujet de l'importance du contexte économique et des conflits nationaux dans l'évolution du droit privé québécois, voir Evelyn KOLISH, « L'introduction de la faillite au Bas-Canada : conflit social ou national? », (1986) 40 *R.H.A.F.* 215. Au sujet de la relation entre le droit et l'économie, voir Duncan KENNEDY, « Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000 », dans David M. TRUBEK et Alvaro SANTOS (dir.), *The New Law and Economic*

D'abord, dans le sillage de la Conquête et des bouleversements politiques et constitutionnels qui l'ont suivi, ainsi qu'en réaction à la Déclaration d'indépendance des États-Unis et à la Révolution française, des tensions identitaires se dessinent entre les mondes anglais et français. Elles teintent les discours politiques et populaires de sentiments d'appartenance et de luttes pour la survivance et créent un ferment où les traditions locales se façonnent à travers un processus complexe d'échanges, d'antagonismes et de négociations⁸³.

39. Par ailleurs, au fil de la transition vers la modernité, avec la révolution industrielle et les transformations économiques profondes qui s'ensuivent, des tensions axiologiques font rage entre structures féodales et capitalistes, entre monde agricole et monde commercial, entre valeurs familiales, collectives ou religieuses et valeurs libérales, et enfin, entre la protection des plus vulnérables et la liberté de contracter⁸⁴. Cet axe prendra une forme renouvelée à la fin du 20^e siècle avec la révolution technologique, l'accélération des phénomènes de globalisation et le passage vers la modernité avancée⁸⁵.

40. Ces axes sont interdépendants et leurs conséquences s'enchevêtrent dans le tissu social jusqu'à ne pouvoir être clairement différenciées les unes des autres; cependant, leur distinction sur le plan théorique fournit une grille d'analyse qui éclaire les changements du droit privé. Dans le cas de la fin de non-recevoir consacrée par l'arrêt *Soucisse*, notre analyse généalogique révèle que la forme de l'argumentation des juges et les sources qu'ils invoquent ont fluctué avec les tensions identitaires associées aux bouleversements politiques. En parallèle, la nature des objectifs normatifs poursuivis par les juges, mentionnés explicitement ou déduits des résultats atteints par

Development: A Critical Appraisal, Cambridge, Cambridge University Press, 2006 à la page 19 : « *framework and context are misleading terms for describing the relationship between legal and economic activities. [...] economic activity can't be understood as something autonomous in relation to a set of passive institutional and legal conceptual constraints [...]. Legal institutions and ideas have a dynamic, or dialectical, or constitutive relationship to economic activity* »; Katharina PISTOR, *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton, Princeton University Press, 2019; Katharina PISTOR, « The Value of Law », (2020) 49 *Theor. & Soc'y* 165.

⁸³ Voir notamment Evelyne KOLISH, *Nationalismes et conflits de droits : le débat du droit privé au Québec, 1760-1840*, LaSalle, Hurtubise HMH, 1994.

⁸⁴ Cette transition a aussi vu d'importants changements dans la constitution sociale des relations de crédit, dans l'évaluation morale du prêt d'argent et du profit et dans les perceptions des rôles de créancier et de débiteur et de ce que représente l'argent. À ce sujet, voir Viviana ZELIZER, *The Social Meaning of Money*, New York, Basic Books, 1994; Bruce G. CARRUTHERS et Laura ARIOVICH, *Money and Credit: A Sociological Approach*, Cambridge, Polity, 2010; Jeanne LAZARUS et Laure LACAN, « Toward a Relational Sociology of Credit: An Exploration of the French Literature », (2018) 0 *Soc.-Econ. Rev.* 1.

⁸⁵ Voir Anthony GIDDENS, *The Consequences of Modernity*, Stanford, Stanford University Press, 1990.

leurs raisonnements, ont plutôt suivi les tensions idéologiques liées aux transformations économiques. Le Tableau I résume l'application de cette grille d'analyse à l'évolution des fins de non-recevoir, jusqu'à l'arrêt *Soucisse*.

Tableau I. Évolution des ancêtres des fins de non-recevoir, par périodes et selon les axes politique et économique

Période	Impact des bouleversements politiques et tensions identitaires	Impact des transformations économiques et tensions axiologiques
1608-1866	Exceptions décrites dans la Coutume de Paris, la doctrine française pré-codification et certaines sources romaines.	Exceptions possibles contre tentatives par un créancier <u>d'exécuter</u> un contrat.
1760-1866	<i>Multiplicité des sources et anglicisation du droit</i>	<i>Libéralisation et commercialisation du droit</i>
1867-1920	Sources principales des exceptions : concepts et jugements anglais. Recours occasionnel à des locutions latines.	Exceptions (<i>estoppel</i> , <i>waiver</i> , confirmation, etc.) possibles contre tentatives, souvent par un débiteur, <u>d'attaquer</u> un contrat.
1920-1981	Sources principales des fins de non-recevoir : réappropriation de la doctrine française pré-codification comme source du concept, en plus de certains concepts et jugements anglais. Recours occasionnel à des locutions latines.	Fins de non-recevoir (parfois <i>estoppel</i> , <i>waiver</i> , confirmation, etc.) possibles contre tentatives, souvent par un débiteur, <u>d'attaquer</u> un contrat. Concept progressivement plus large et plus flou, appliqué pour protéger le contrat. En droit des assurances, il joue contre les assureurs.
1981	Sources principales : doctrine française pré-codification et jugements québécois des deux périodes précédentes.	Arrêt <i>Soucisse</i> : la mauvaise foi d'un créancier rend possible une fin de non-recevoir contre une tentative par un créancier <u>d'exécuter</u> un contrat.

41. La présente partie relate les mutations successives des ancêtres des fins de non-recevoir et les situe dans le contexte social susceptible de les illuminer, de leurs origines distales jusqu'à leurs origines proximales. La première section porte sur la rencontre des traditions anglaise et continentale en terre québécoise pendant la période coloniale. Après un détour sur le continent pour explorer l'histoire des exceptions en droit romain et français, elle couvre les périodes coloniales française, puis anglaise. En vertu de l'ancien droit français, certaines exceptions peuvent être invoquées à l'encontre de l'exécution forcée d'une obligation par un créancier, y compris des fins de non-recevoir, qui agissent le plus souvent comme présomptions d'extinction des créances. La doctrine française pré-codification s'attarde sur ces exceptions tirées des Coutumes, des ordonnances royales et des sources romaines. Elles étaient applicables en Nouvelle-France, mais leur popularité demeure incertaine. Au cours du siècle suivant la Conquête, de nombreux conflits divisent la société et de fortes pressions pour l'anglicisation, la commercialisation et la

libéralisation transforment le droit privé, particulièrement le droit des obligations. Cette période mouvementée culmine avec l'adoption du *Code civil du Bas-Canada* en 1866.

42. La deuxième section suit l'émergence de la fin de non-recevoir comme mécanisme hybride au sein du droit national québécois. De 1867 jusqu'aux années 1920, les décisions judiciaires permettent aux parties d'invoquer des exceptions contre des tentatives d'attaquer un contrat ou d'échapper aux obligations qui en découlent. Celles-ci sont désignées sous les vocables d'*estoppel*, de *laches*, de *waiver*, de ratification ou de confirmation, et les juges se réfèrent principalement à des concepts et jugements anglais pour les justifier, en plus du recours occasionnel à des locutions latines. Cette période prend fin avec deux décisions phares de Cour suprême dans les affaires *Grace et Rawleigh*⁸⁶. Le juge Mignault y expose avec clarté la non-applicabilité de l'*estoppel* en droit civil et les limites de la doctrine des fins de non-recevoir. Entre les années 1920 et l'arrêt *Soucisse* en 1981, les juges continuent de reconnaître la possibilité d'invoquer des exceptions pour empêcher un débiteur de se soustraire à ses obligations. Elles sont souvent appelées fins de non-recevoir, mais parfois encore *estoppel*, *waiver* ou confirmation. Au cours de cette période, les juges se réapproprient la doctrine française comme source du concept, en plus des sources anglaises et locutions latines utilisées jusqu'alors. Tout comme dans la période précédente, les fins de non-recevoir sont souvent opposées à des particuliers ou de petites entreprises qui tentent de faire annuler un contrat. En droit des assurances, une dynamique différente voit le jour. Le respect de l'intégrité contractuelle joue contre les assureurs, débiteurs, qui tentent d'esquiver le paiement d'une indemnité après sinistre. Quoique le domaine d'application des fins de non-recevoir demeure, avant l'arrêt *Soucisse*, relativement limité, les décisions témoignent d'un élargissement et d'un émoussement progressif des frontières tracées par le juge Mignault dans les années 1920.

43. Cette histoire culmine avec l'arrêt *Soucisse*, en 1981, qui statue, en s'appuyant sur l'ancienne doctrine française et des jugements québécois de la période précédente, que la mauvaise foi d'un créancier rend possible une fin de non-recevoir contre une tentative d'exécution d'un contrat. Ce revirement constitue un réel point d'inflexion pour les fins de non-recevoir, dès lors principalement conçues comme un moyen opposable à un créancier.

⁸⁶ *Grace and Company v. Perras*, (1921) 62 R.C.S. 166 [*Grace*]; *W.T. Rawleigh Co. v. Dumoulin*, [1926] R.C.S. 551 [*Rawleigh*].

Section liminaire – Architecture de l’arrêt *Soucisse* et du réseau de ses citations

A. L’arrêt *Soucisse* comme point d’inflexion

44. L’arrêt *Soucisse* immortalise l’histoire du Dr Groulx. Par deux lettres dont il ne pouvait pressentir l’impact, ni pour sa femme et ses deux filles, ni pour le droit civil québécois, il accepte en 1959 et en 1961 de garantir les dettes actuelles et futures de Maurice Robitaille et de la compagnie de ce dernier, Maurice Robitaille Auto Inc. Le Dr Groulx décède sans testament en octobre 1963, laissant pour héritières sa veuve et ses filles, pour un tiers chacune. La Banque nationale communique par écrit avec la succession à deux reprises, en janvier et en avril 1964, pour la mettre au courant des obligations de ce dernier. Dans ces lettres, la banque passe sous silence les cautionnements révocables, en vertu desquels elle s’apprête à consentir des avances de plus de 100 000 \$ dont le remboursement fera l’objet du litige. La banque intente par la suite une poursuite contre les héritières du Dr Groulx pour recouvrer près de 15 000 \$ en dettes nées avant son décès, en vertu d’un billet à ordre et des cautionnements, et plus de 100 000 \$ en dettes nées après son décès, en vertu des cautionnements⁸⁷.

45. Dès le premier paragraphe de l’arrêt, le juge Beetz résume, pour une Cour suprême unanime, la question à trancher : « Il faut décider si les héritiers de la caution doivent rembourser les avances faites après le décès de celle-ci par un créancier qui était au courant du décès alors que les héritiers, qui ignoraient tout du cautionnement, n’avaient pu le révoquer »⁸⁸.

46. En Cour supérieure, le juge Archambault maintient l’action de la Banque nationale dans sa totalité, à l’exclusion d’une portion prescrite⁸⁹. Il souligne la clarté des stipulations du contrat, qu’il se sent forcé de respecter, sans manquer d’exprimer sa réticence à l’égard du résultat qui lui paraît inéquitable. Il explique son dilemme dans un passage repris par le juge Beetz :

« Les longues références à l’ancien droit comme au *common law* marquent **l’hésitation sinon la répugnance du tribunal à ne pouvoir trouver dans nos textes de loi une disposition qui aurait pu venir au secours des défenderesses prises au piège d’une obligation qu’elles n’ont personnellement ni voulue ni connue [...]**.

⁸⁷ *Soucisse*, préc., note 7, 343-344.

⁸⁸ *Id.*, 341.

⁸⁹ *Banque Nationale c. Soucisse*, [1970] C.S. 116 [*Soucisse C.S.*]; commentaires : Maurice TANCELIN, « Chronique de jurisprudence », (1970) 11 *C. de D.* 382.

[...] en bonne logique, **on peut conclure à ce qui pourrait paraître, en équité du moins, une absurdité, mais d'une rigoureuse légalité.** [...]

Impuissant à trouver dans notre droit la solution équitable d'une situation aussi pénible, le tribunal exprime le souhait que nos juristes, chargés de la Révision du Code civil, à cette époque où les transactions bancaires courantes s'accompagnent très souvent d'exigences aussi exorbitantes, se penchent sur ce problème véritablement social [...]. »⁹⁰

47. La Cour d'appel, en 1976⁹¹, infirme le jugement et ne maintient l'action que pour les dettes encourues avant le décès. Les juges Owen et Bélanger qualifient l'engagement de cautionner des dettes à venir comme une promesse non transmissible, et non un cautionnement véritable. Le juge Bélanger ajoute qu'un cautionnement continu nécessite un consentement continu de la caution lors de la naissance de chaque dette principale, ce qui devient impossible avec son décès⁹².

48. Dans son arrêt de 1981, la Cour suprême exprime son désaccord avec le raisonnement de la Cour d'appel. Cette dernière s'est éloignée du droit en vigueur au point d'empiéter sur le domaine du législateur, en distinguant là où la loi ne distingue pas, et a contredit le texte clair des lettres de cautionnement⁹³. L'obligation de couvrir des dettes futures est un cautionnement et le C.c.B.C. prévoit la transmissibilité des engagements des cautions⁹⁴. Les lettres de cautionnement, limpides, ont été interprétées correctement par le juge Archambault et ne sont contraires « ni aux bonnes mœurs ni à l'ordre public ni aux dispositions de la loi »⁹⁵.

49. Le juge Beetz se penche d'abord sur les sources disponibles en matière de cautionnement continu⁹⁶. La doctrine et la jurisprudence québécoises ayant peu abordé la question, il se tourne vers la jurisprudence française et belge, « d'un poids considérable car le droit napoléonien qu'elle applique est le même que le nôtre »⁹⁷. Il en résume l'évolution : « Les arrêts les plus anciens sont les plus rigoureux et ils favorisent nettement la position du créancier garanti. Les plus récents s'attachent à des circonstances particulières pour nuancer la position antérieure et ils tendent à

⁹⁰ *Soucisse C.S.*, préc., note 89, 128-129; *Soucisse*, préc., note 7, 345-346. Le juge Beetz souligne que la Commission de révision du Code civil a répondu à cette demande puisque son projet prévoit une disposition d'ordre public pour que le cautionnement prenne fin avec le décès de la caution, sauf pour les dettes alors existantes : *Id.*, 347.

⁹¹ *Soucisse c. Banque Nationale*, [1976] C.A. 137 [*Soucisse C.A.*].

⁹² *Soucisse*, préc., note 7, 347.

⁹³ *Id.*, 347-348.

⁹⁴ Art. 1937 C.c.B.C. (« Les engagements des cautions passent à leurs héritiers, à l'exception de la contrainte par corps, si l'engagement était tel que la caution y fût obligée »); *Soucisse*, préc., note 7, 349.

⁹⁵ *Id.*, 350.

⁹⁶ *Id.*, 350 et suiv.

⁹⁷ *Id.*, 351. Voir art. 2017 C.c.fr.

protéger les héritiers de la caution. »⁹⁸ Parmi les arrêts qu'il étudie se trouve une décision de la Cour d'appel de Paris du 23 juin 1977, confirmée par la Cour de cassation, qui commence à « tempérer la rigueur de la jurisprudence antérieure » et qu'il voit comme « d'un grand poids »⁹⁹. Une banque réclamait plus de 120 000 francs de la veuve et des enfants mineurs d'une caution décédée en 1973, en vertu d'un cautionnement continu et révocable donné vingt ans auparavant, dont l'unique exemplaire se trouvait en possession de la banque¹⁰⁰. Lorsque le notaire en charge de la succession a contacté la banque au sujet de la situation du défunt, la banque a fait état de ses comptes et a omis de l'informer du cautionnement, une omission que la Cour d'appel de Paris juge fautive¹⁰¹. Elle condamne la succession à payer le montant réclamé, vu l'article 2017 C.c.fr., mais elle condamne la banque à payer un montant équivalent en dommages et prononce la compensation entre les deux¹⁰². Selon le juge Beetz, ce raisonnement est imparfait puisque « les héritiers, ayant payé par compensation avec leur propre créance la dette du débiteur principal, ont un recours contre ce dernier et pourraient ainsi s'enrichir »¹⁰³. Cependant, conclut-il, « si la technique est discutable, le principe lui ne l'est pas et, en droit québécois, il peut être mis en œuvre par une fin de non-recevoir dirigée contre l'action de la banque »¹⁰⁴.

50. La Cour suprême a découvert dans la jurisprudence française le résultat qu'elle désire atteindre : priver la Banque, en raison de son comportement répréhensible, pour protéger les défenderesses et pour des motifs d'équité, du droit d'action qui était le sien. Elle doit alors trouver par quel mécanisme y arriver et c'est sur la théorie des fins de non-recevoir que son choix s'arrête. Mais d'abord, le juge Beetz examine la faute commise par la Banque nationale à l'encontre des héritières de la caution¹⁰⁵. La Banque avait une obligation de renseignement, qui découle de l'obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat¹⁰⁶. Pour justifier cette obligation, le juge Beetz se réfère à une décision française, aux ouvrages de Mignault et de Trudel et à l'article

⁹⁸ *Soucisse*, préc., note 7, 351.

⁹⁹ *Id.*, 353-354; citant Paris, 23 juin 1977, D. 1980.I.R.11, JurisData n° 1977-635097, conf. par Civ. (1^{re}), 17 oct. 1979, D. 1980.I.R.198.

¹⁰⁰ *Soucisse*, préc., note 7, 353-354.

¹⁰¹ *Id.*, 354.

¹⁰² *Id.*

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ *Id.*, 355-356.

¹⁰⁶ *Id.*, 356.

1024 C.c.B.C., ancêtre de l'article 1434 C.c.Q.¹⁰⁷ Lorsqu'une partie prend l'initiative de renseigner l'autre, elle s'oblige à le faire de façon complète, puisqu'une information partielle est trompeuse et d'autant plus répréhensible lorsqu'une partie choisit « de révéler ce qu'il était à son avantage de révéler et de taire ce qu'il était dans son intérêt de cacher »¹⁰⁸. Le juge Beetz conclut :

« Parce que la Banque a été fautive en ne révélant pas l'existence des lettres de cautionnement aux héritières de la caution et en les empêchant par là de les révoquer, la Banque à mon avis est irrecevable à soutenir que c'est sur la foi de ces lettres qu'elle a consenti de nouvelles avances aux débiteurs. Son action contre les héritières de la caution est aussi irrecevable car nul ne doit tirer avantage de sa propre faute ni surtout demander le secours des tribunaux pour y arriver. »¹⁰⁹

Ainsi, c'est une irrecevabilité qui sanctionne le fait que nul ne doit profiter de sa propre faute.

51. En passant à l'étude des fins de non-recevoir, le juge Beetz se réfère d'abord aux définitions générales de la doctrine française de la fin du 18^e et du début du 19^e siècle, soit les ouvrages de Pothier, Denisart et Lemerle¹¹⁰. Il conclut que les fins de non-recevoir visent à faire rejeter une demande ou une défense « sans en attaquer le fond »¹¹¹. Elles doivent être distinguées des exceptions appelées fins de non-procéder qui ne visent qu'à retarder une action ou une défense¹¹². Il souligne que « [l']extension de ces définitions est d'autant plus grande que leur compréhension est restreinte » et que les auteurs y classent « les exceptions les plus nombreuses et les plus diverses qui n'ont entre elles rien d'autre en commun que cette définition »¹¹³. Néanmoins, il est « indiscutable qu'il y a dans le droit civil québécois des fins de non-recevoir que l'on a parfois

¹⁰⁷ *Id.*, 356-357; citant Paris, 28 avril 1980, D. 1981.I.R.15, JurisData n° 1980-096304; Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien, basé sur les répétitions écrites sur le Code civil de Frederic Murlon avec revue de la jurisprudence de nos tribunaux*, t. 5, Montréal, Théorêt, 1901, p. 262-264; Gérard TRUDEL, *Traité de Droit civil du Québec. Traité des obligations: Des contrats*, t. 7, ptie 1 « Articles 982 à 1040 : Des contrats », Montréal, Wilson & Lafleur, 1946, p. 328-329.

¹⁰⁸ *Soucisse*, préc., note 7, 357.

¹⁰⁹ *Id.*, 358.

¹¹⁰ *Id.*, 359; citant Robert J. POTHIER, *Œuvres de Pothier, contenant les traités du droit français. Traité des obligations*, nouvelle édition par M. DUPIN, t. 1, Paris, Béchét Aîné, 1824; Robert J. POTHIER, *Œuvres de Pothier, contenant les traités du droit français. Traité de la procédure civile, –de la procédure criminelle, –des fiefs*, nouvelle édition par M. DUPIN, t. 9, Paris, Béchét Aîné, 1824; Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence tant ancienne que moderne*, mise dans un nouvel ordre, corrigée & augmentée, t. 8, Paris, Veuve Desaint, 1789; Louis-Léonard-Frédéric LEMERLE, *Traité des fins de non-recevoir*, Nantes, chez l'auteur, rue Haute du Chateau, 1819.

¹¹¹ *Soucisse*, préc., note 7, 360.

¹¹² *Id.* Elles incluent les exceptions déclinatoire, de litispendance, dilatoire et à la forme.

¹¹³ *Id.*

confondues avec l'*estoppel* malgré l'admonition du juge Mignault dans *Grace and Company c. Perras* »¹¹⁴.

52. Il note que la jurisprudence a « maintenu des fins de non-recevoir dans un grand nombre d'affaires en les désignant parfois sous le nom *d'estoppel* et souvent en utilisant les deux vocables »¹¹⁵ et réfère à sept décisions¹¹⁶. Il se penche ensuite sur leurs fondements juridiques :

« L'un des fondements juridiques possibles d'une fin de non-recevoir est **le comportement fautif de la partie contre qui la fin de non-recevoir est invoquée**. Le juge Mignault y fait allusion dans le passage cité plus haut de *Grace and Company c. Perras* [...]. C'est ce qu'enseigne Lemerle à la p. 144 de son traité où il écrit :

On n'est pas recevable à se plaindre ni à se prévaloir de son propre fait, de sa négligence, de son imprudence, de son impuissance, à plus forte raison de sa faute, au préjudice d'autrui. [...] on ne doit pas tirer avantage d'une faute que l'on a commise: il est juste, au contraire, de réparer le tort qu'on a fait. »¹¹⁷

53. Il cite comme exemple d'application de ces principes trois autres décisions québécoises, *Union Electric, Sinyor et Rawleigh*, tout en distinguant les faits de cette dernière affaire¹¹⁸. Le juge Beetz clôt ainsi son analyse : « compte tenu de toutes les circonstances, la Banque tirerait avantage de sa propre faute si les cours de justice lui prêtaient leur concours pour le remboursement des dettes principales contractées après le décès de la caution. Ce concours doit donc lui être refusé. »¹¹⁹

¹¹⁴ *Id.*, 360-361; citant *Grace*, préc., note 86. Il cite des sources qui ont mis en garde contre cette confusion fréquente ou souligné que l'*estoppel* n'existait pas en droit civil : *Grace*, préc., note 86; Pierre-Basile MIGNAULT, « The Authority of Decided Cases », (1925) 3 *R. du B. can.* 1, 23; *Industrial Fuel and Refrigeration Co. Ltd. v. Pennboro Coal Company*, [1957] R.C.S. 160 [*Pennboro*]; A.D.P. HEENEY, « Estoppel in the Law of Quebec », (1930) 8 *R. du B. can.* 401; G. WASSERMAN, préc., note 38.

¹¹⁵ *Soucisse*, préc., note 7, 361-362.

¹¹⁶ *Id.*, 362; citant *Gabias v. Mainville*, (1921) 33 B.R. 32 [*Gabias*]; *Stevenson v. Brique Champlain Ltée*, [1943] B.R. 196 [*Stevenson*]; *Larouche v. La Progressive*, [1952] B.R. 244 [*Larouche*]; *Labrador Realities Ltd. c. Legault*, [1960] C.S. 228 [*Labrador*]; *Louis et Genet Entreprises Inc. v. Dubé*, [1962] C.S. 335 [*Genet*]; *Punger c. Héritiers Serega*, [1962] C.S. 702 [*Punger*]; *Schnabel c. Empire Life Insurance Co.*, [1970] C.S. 313 [*Schnabel*].

¹¹⁷ *Soucisse*, préc., note 7, 362; citant L.-L.-F. LEMERLE, préc., note 110, p. 144.

¹¹⁸ *Soucisse*, préc., note 7, 362-363; citant *Union Electric Supply Co. Ltd. c. Bourrassa*, [1964] R.L. 174 (C.S.) [*Union Electric*]; *Sinyor Spinners of Canada Ltd. c. Leesona Corp.*, [1976] C.A. 395 [*Sinyor*]; *Rawleigh*, préc., note 86.

¹¹⁹ *Soucisse*, préc., note 7, 363.

B. L'arrêt *Soucisse* comme porte d'entrée

54. La représentation graphique du réseau des citations de la portion de l'arrêt *Soucisse* portant sur les fins de non-recevoir est jointe en Annexe A¹²⁰. Ce réseau, représenté par un graphe orienté acyclique dont l'arrêt *Soucisse* est le nœud source, comporte 83 nœuds et 99 arcs. Chaque nœud correspond à une source jurisprudentielle ou doctrinale et chaque arc indique un lien de citation entre deux nœuds.

55. Dans l'arrêt *Soucisse*, le juge Beetz, dans son étude de la notion de fin de non-recevoir, cite douze décisions québécoises rendues entre 1921 et 1976 : cinq de la Cour supérieure, quatre de la Cour d'appel et trois de la Cour suprême¹²¹. Il cite également huit ouvrages de doctrine rédigés par sept auteurs, dont trois publiés en France entre 1789 et 1824 par Denisart, Lemerle et Pothier¹²² et cinq publiés au Québec entre 1901 et 1956 par Mignault, Heeney, Trudel et Wasserman¹²³. Ces jugements et ouvrages sont ici désignés comme sources de niveau I.

56. Les décisions de niveau I portent toutes sur le droit des obligations. Elles incluent huit actions en exécution de contrat ou passation de titre, une action en responsabilité civile contractuelle et deux actions sur billet promissoire. Une dernière concerne l'exécution contre un assureur d'un jugement rendu sur une action en responsabilité civile extracontractuelle et peut donc être assimilée à une action en exécution de contrat¹²⁴. Les concepts de fin de non-recevoir et d'*estoppel* y sont étroitement liés et souvent imbriqués. Parmi ces douze décisions, huit mentionnent la fin de

¹²⁰ Ce graphe a été réalisé à l'aide de R CORE TEAM, *R: A Language and Environment for Statistical Computing*, Vienna, R Foundation for Statistical Computing, 2019, en ligne : <<https://www.R-project.org/>>; Hadley WICKHAM, Mara AVERICK, Jennifer BRYAN, Winston CHANG, Lucy D'AGOSTINO MCGOWAN, Romain FRANÇOIS, Garrett GROLEMUND, Alex HAYES, Lionel HENRY, Jim HESTER, Max KUHN, Thomas L. PEDERSEN, Evan MILLER, Stephan MILTON BACHE, Kirill MÜLLER, Jeroen OOMS, David ROBINSON, Dana P. SEIDEL, Vitalie SPINU, Kohske TAKAHASHI, Davis VAUGHAN, Claus WILKE, Kara WOO et Hiroaki YUTANI, « Welcome to the Tidyverse », (2019) 43 *J.O.S.S.* 1686; Thomas L. PEDERSEN, *ggraph: An Implementation of Grammar of Graphics for Graphs and Networks*, R, 2020, en ligne : <<https://CRAN.R-project.org/package=ggraph>>.

¹²¹ En ordre chronologique : *Grace*, préc., note 86; *Gabias*, préc., note 116; *Rawleigh*, préc., note 86; *Stevenson*, préc., note 116; *Larouche*, préc., note 116; *Pennboro*, préc., note 114; *Labrador*, préc., note 116; *Punger*, préc., note 116; *Genet*, préc., note 116; *Union Electric*, préc., note 118; *Schnabel*, préc., note 116; *Sinyor*, préc., note 118.

¹²² J.-B. DENISART, préc., note 110; L.-L.-F. LEMERLE, préc., note 110; R.J. POTHIER, préc., note 110; R.J. POTHIER, préc., note 110.

¹²³ P.-B. MIGNAULT, préc., note 107; P.-B. MIGNAULT, préc., note 114; A.D.P. HEENEY, préc., note 114; G. TRUDEL, préc., note 107; G. WASSERMAN, préc., note 38.

¹²⁴ Ce total exclut quatre décisions que le juge Mignault mentionne dans *Rawleigh*, préc., note 86 dans le seul but de préciser que selon lui elles ne peuvent être suivies.

non-recevoir¹²⁵ et onze, l'*estoppel* ou un terme lié¹²⁶. Onze concernent des exceptions opposées à une partie, le plus souvent débitrice, qui tente d'attaquer un contrat ou d'échapper aux obligations qui en découlent. Une seule fait obstacle à la partie qui tentait d'obtenir l'exécution d'un contrat, mais seulement après qu'elle l'ait répudié et ait tenté d'en obtenir l'annulation¹²⁷.

57. Les huit décisions de niveau I qui mentionnent la notion de fin de non-recevoir¹²⁸ font référence à un total combiné de 30 décisions, dont deux inter-citations à des décisions déjà répertoriées au niveau I¹²⁹ et 28 décisions de niveau II. Les 28 décisions de niveau II incluent 22 décisions rendues entre 1877 et 1959 dans des affaires québécoises¹³⁰ et six décisions rendues entre 1845 et 1931 dans des affaires de l'extérieur du Québec (une en droit français et cinq en common law)¹³¹. Ces huit décisions de niveau I citent quinze ouvrages de doctrine. Ceux-ci incluent quatre inter-

¹²⁵ Les quatre décisions qui ne mentionnent pas la notion de fin de non-recevoir sont *Grace*, préc., note 86; *Pennboro*, préc., note 114; *Union Electric*, préc., note 118; *Schnabel*, préc., note 116.

¹²⁶ La décision qui ne mentionne pas la notion d'*estoppel* est *Larouche*, préc., note 116. Une décision utilise les mots « *procluded and estopped* » : *Genet*, préc., note 116.

¹²⁷ *Labrador*, préc., note 116.

¹²⁸ Parmi celles-ci, une décision ne réfère à aucune source : *Sinyor*, préc., note 118.

¹²⁹ *Rawleigh*, préc., note 86; *Stevenson*, préc., note 116.

¹³⁰ Une par le Comité judiciaire du Conseil privé (« C.J.C.P. » ou « Conseil privé »), deux par la Cour suprême, dix par la Cour d'appel (sous ce nom ou sous le nom de Cour du Banc du Roi ou de la Reine), deux par la Cour de révision et sept par la Cour supérieure. En ordre chronologique : *Whyte v. Western Assurance Co.*, (1877) 22 L.C. Jur. 215 (C.J.C.P.) (en appel de B.R.) [*Whyte*]; *Hamel v. Smith*, (1907) 31 C.S. 298 [*Hamel*]; *United Shoe Machinery Co. of Canada v. Brunet*, [1909] A.C. 330 (C.J.C.P.) (en appel de B.R. (A.) Q.) [*United Shoe*]; *Banque de St-Hyacinthe v. The Aetna Insurance Co.*, (1911) 17 R.L. (n.s.) 413 (C.A.) [*Aetna*]; *Compagnie Immobilière des Trois-Rivières v. Lupien*, (1917) 52 C.S. 412 (C. rév.) [*Lupien*]; *Paré v. Compagnie Carette Ltée*, (1918) 53 C.S. 306 [*Carette*]; *Robert v. Montreal Trust Co.*, (1918) 56 R.C.S. 342 [*Robert*]; *British Colonial Fire Insurance Co. v. Rahal*, (1919) 28 B.R. 227 [*Rahal*]; *Pesant dit Sanscartier v. Comtois*, (1920) 29 B.R. 81 [*Pesant*]; *General Fire Insurance Co. of Paris, France v. Claprood*, (1920) 29 B.R. 361 [*Claprood*]; *Gaudet v. Guardian Assurance Co.*, (1921) 27 R.L. 428 (C. rév.) [*Gaudet*]; *St-Martin v. Mathieu*, (1924) 36 B.R. 421 [*St-Martin*]; *Lesieur v. Giroux*, (1925) 63 C.S. 456 [*Lesieur*]; *Compagnie d'assurance mutuelle contre le feu de Beauce et Dorchester v. Beaudoin*, (1928) 45 B.R. 551 [*Beauce*]; *St. Lawrence Paper Mills Ltd v. British Oak Insurance Co. Ltd*, (1929) 46 B.R. 109 [*St. Lawrence Paper*]; *Laventure v. Vaillancourt*, (1936) 42 R. de J. 276 (C.S.) [*Laventure*]; *Wall Chemicals Ltd. v. American Automobile Insurance Co.*, (1939) 77 C.S. 293 (appel réglé hors cour) [*Wall Chemicals*]; *Bercovici v. Guardian Insurance Co.*, (1941) 71 B.R. 267 [*Bercovici*]; *Lefebvre v. South*, [1943] C.S. 172 [*Lefebvre*]; *Shaposnick v. Workman*, [1947] R.L. 385 (B.R.) [*Shaposnick*]; *Péloquin v. Compagnie J. A. Gosselin Ltée*, [1954] B.R. 674 (rés.) [*Péloquin*]; *Faubert v. Poirier*, [1959] R.C.S. 459 [*Faubert*].

¹³¹ Une décision anglaise : *Carlisle and Cumberland Banking Co. v. Bragg*, [1911] 1 K.B. 489 (U.K.); une décision française : Req., 4 juin 1845, D. 1845.1.307; et quatre décisions du reste du Canada : *Western Canada Accident and Guarantee Insurance Co. v. Parrott*, (1921) 61 R.C.S. 595 (en appel de la Sask.) [*Western Canada*]; *Cadeddu v. Mt. Royal Ass'ce Co.*, [1929] 2 D.L.R. 867 (B.C. C.A.) [*Cadeddu*]; *McKnight v. General Casualty Ins. Co.*, [1931] 3 D.L.R. 476 (B.C. C.A.) [*McKnight*]; *Dufferin Paving and Crushed Stone Ltd. v. Canadian Surety Co.* (1935), 2 I.L.R. 525 (Ont. S.C.) [*Dufferin Paving*].

citations de sources de niveau I (Lemerle, Pothier, Mignault et Wasserman)¹³² et onze citations de sources de niveau II : huit textes de droit civil publiés en France entre 1846 et 1911 par Bioche, Mourlon, Larombière, Laurent, Fuzier-Herman, Aubry et Rau, Baudry-Lacantinerie et Planiol¹³³ et trois textes en matière d'assurance publiés en anglais au Canada et en Angleterre entre 1933 et 1941 par Porter, Lavery et Agar¹³⁴.

58. Parmi les 22 décisions de niveau II provenant du Québec, cinq traitent de l'interdiction de produire une preuve testimoniale afin de modifier ou d'ajouter aux termes d'un contrat sous seing privé¹³⁵. La quasi-totalité des dix-sept autres concerne des exceptions invoquées par des créanciers qui cherchent l'exécution forcée d'un contrat, contre leurs débiteurs qui tentent de s'y soustraire. Seules deux mentionnent la notion de fin de non-recevoir et toutes deux mentionnent aussi l'*estoppel*, soit l'arrêt *Robert* par la Cour suprême en 1918 et la décision *Gaudet* par la Cour de révision en 1921¹³⁶.

59. L'arrêt *Robert* se réfère à 21 décisions, soit une inter-citation d'une décision de niveau II¹³⁷ et 20 citations de décisions de niveau III rendues entre 1874 et 1917 : deux décisions du Conseil privé dans des affaires bas-canadiennes¹³⁸ et dix-neuf décisions dans des affaires provenant

¹³² L.-L.-F. LEMERLE, préc., note 110; R.J. POTHIER, préc., note 110; P.-B. MIGNAULT, préc., note 107; G. WASSERMAN, préc., note 38. Quoique les ouvrages soient les mêmes, les tomes ou passages spécifiques cités sont souvent différents.

¹³³ M. BIOCHE, *Dictionnaire de procédure civile et commerciale*, 3^e éd., t. 4, Paris, Videcoq, 1846; Frédéric MOURLON, *Répétitions écrites sur le code civil contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, 11^e éd. par C. DEMANGEAT, t. 2, Paris, Garnier, 1881; M.L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, livre III du code civil, art. 1101 à 1386*, 2^e éd., t. 3 & 7, Paris, Durand, 1885; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, 5^e éd., t. 15, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1893; Ed. FUZIER-HERMAN (dir.), *Répertoire général alphabétique du droit français*, t. 13 « concile à contrainte », Paris, Larose, 1895; C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 5^e éd., Paris, Marchal et Billard, 1897; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, XII. Des obligations*, 3^e éd., t. 1, Paris, Librairie de la société du recueil J.-B. Sirey et du Journal du Palais, 1906; Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, 6^e éd., Paris, L.G.D.J., 1911.

¹³⁴ James B. PORTER, *Laws of Insurance: Fire, Life, Accident, and Guarantee*, 8^e éd., London, 1933; Francis J. LAVERTY, *The Insurance Law of Canada: fire, life, accident, automobile, guarantee, marine, etc.*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1936; T.J. AGAR, « Statutory Conditions in Insurance Policies », (1941) 19 *R. du B. can.* 701.

¹³⁵ *Hamel*, préc., note 130; *Lupien*, préc., note 130; *Carette*, préc., note 130; *Lesieur*, préc., note 130; *Lefebvre*, préc., note 130.

¹³⁶ *Robert*, préc., note 130; *Gaudet*, préc., note 130.

¹³⁷ *United Shoe*, préc., note 130.

¹³⁸ *Guyon dit Lemoine v. Lionais*, (1874) 27 L.C. Jur. 94 (C.J.C.P.) (en appel de B.R. Q.) [*Guyon*]; *Préfontaine v. Grenier*, [1907] A.C. 101 (C.J.C.P.) (en appel de B.R. (A.) Q.) [*Préfontaine*].

d'Angleterre¹³⁹ et du reste du Canada¹⁴⁰. Il cite également cinq textes de doctrine, tous français, dont quatre inter-citations de textes de niveau II (Lemerle, Baudry-Lacantinerie, Aubry et Rau et Larombière)¹⁴¹ et un texte de niveau III publié en France par Demolombe en 1868¹⁴². La décision *Gaudet* cite deux sources, soit une inter-citation d'une décision de niveau II (l'arrêt *Rahal* de 1919)¹⁴³ et une décision de niveau III également citée par *Robert*, l'arrêt *Caldwell* rendu par la Cour suprême en 1883, dans une affaire de la Nouvelle-Écosse¹⁴⁴. Elle ne cite pas de doctrine.

60. Parmi les 21 décisions de niveau III, seules deux proviennent du Bas-Canada, *Guyon* et *Préfontaine*, et toutes deux ont été rendues en anglais par le Conseil privé. Aucune décision de niveau III ne mentionne la notion de fin de non-recevoir.

¹³⁹ *Life Association of Scotland v. Siddal*, [1861] 3 De. G.F. & J. 58; [1861] 45 E.R. 800 (H.L.) [*Siddal*]; *Archbold v. Scully*, [1861] 9 H.L. Cas. 360; [1861] 11 E.R. 769; *Directors of the Central Railway Co. of Venezuela v. Kisch*, [1867] L.R. 2 H.L. 99 [*Kisch*]; *Bwlch-Y-Plwm Lead Mining Co. v. Baynes*, [1867] L.R. 2 Ex. 324 (U.K. Ex. Pl.) [*Bwlch*]; *Oakes v. Turquand (In re Overend, Gurney & Co. Ltd.)*, [1867] L.R. 2 H.L. 325 [*Turquand*]; *Ogilvie v. Currie* (1868), 37 L.J. Ch. 541 (H.L.) [*Ogilvie*]; *Clough v. London and North Western Railway Co.*, [1871] L.R. 7 Ex. 26 (U.K. Ex. Ch.) [*Clough*]; *Morrison v. Universal Marine Insurance Co.*, [1873] L.R. 8 Ex. 197 (U.K. Ex. Ch.) [*Morrison*]; *Sharpley v. Louth and East Coast Railway Co.*, [1876] 2 Ch. D. 663 (U.K.) [*Sharpley*]; *Cory & Sons v. Burr*, [1882] 9 Q.B.D. 463 (U.K.); *Smith v. Chadwick*, [1884] 9 App. Cas. 187 (H.L.) [*Chadwick*]; *Aaron's Reefs Ltd. v. Twiss*, [1896] A.C. 273 (H.L.) (en appel de I.C.A.) [*Aaron's Reefs*].

¹⁴⁰ *Lindsay Petroleum Co. v. Hurd*, [1874] L.R. 5 P.C. 221 (C.J.C.P.) (en appel de Ont. Ct. Err. App.) [*Hurd*]; *Caldwell v. Stadacona Fire and Life Ins. Co.*, (1883) 11 R.C.S. 212 (en appel de la Nouvelle-Écosse) [*Caldwell*]; *Ewing v. Dominion Bank*, (1904) 35 R.C.S. 133 (en appel de l'Ontario) [*Ewing*]; *Farrell v. Manchester and Portland Rolling Mills Co.*, (1908) 40 R.C.S. 339 (en appel du Nouveau-Brunswick) [*Farrell*]; *Morrisburgh and Ottawa Electric R. Co. v. O'Connor*, (1915) 23 D.L.R. 748 (Ont. S.C. (A.D.)) [*Morrisburgh*]; *Barry v. Stoney Point Canning Co.*, (1917) 55 R.C.S. 51 (en appel de l'Ontario); *Bawlf Grain Co. v. Ross*, (1917) 55 R.C.S. 232 (en appel de l'Alberta).

¹⁴¹ L.-L.-F. LEMERLE, préc., note 110; M.L. LAROMBIÈRE, préc., note 133; C. AUBRY et C. RAU, préc., note 133; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, préc., note 133.

¹⁴² C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, 3^e éd., t. 24 « Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, tome premier », Paris, Durand, 1868.

¹⁴³ *Rahal*, préc., note 130.

¹⁴⁴ *Caldwell*, préc., note 140.

Section I – Origines distales : la rencontre des traditions à l'époque coloniale

A. Les exceptions péremptoires sur le continent

61. Après la Conquête, les droits de la Nouvelle-France et de la France divergent de façon marquée, particulièrement pendant la période coloniale anglaise¹⁴⁵. Le droit et la doctrine française de cette période auront toutefois un impact considérable, quoiqu'à retardement, sur le droit québécois : nos juges et juristes y reviendront et se réapproprièrent progressivement ces sources alors que le droit civil devient un front de lutte identitaire et politique¹⁴⁶. La présente sous-section relate l'histoire de l'exception, de Rome à Paris, avant d'examiner le traitement des fins de non-recevoir par Pothier et Denisart, avant la codification, et ensuite par Lemerle, après la codification.

1. L'histoire de l'exception

« pr. – Occupons-nous maintenant des exceptions. Elles ont été introduites pour protéger ceux contre qui l'action est dirigée. Souvent, en effet, il arrive que la poursuite du demandeur, quoique conforme au droit, blesse l'équité à l'égard du défendeur [...].

§1. – Par exemple, si, poussé par la crainte, surpris par dol ou cédant à une erreur, vous avez promis à Titius ce que vous ne deviez pas, d'après le droit civil vous êtes évidemment obligé et l'action par laquelle on prétend que vous devez donner est efficace; mais il y aurait iniquité à vous condamner, et l'on vous donne, pour repousser l'action, une exception de dol, de crainte ou *in factum*. »¹⁴⁷

62. Dans le droit romain, l'exception est « une question subsidiaire posée par le préteur, qui [permet] au juge d'absoudre le défendeur, si le fait allégué par ce dernier [est] justifié »¹⁴⁸. Parmi les moyens qu'un défendeur peut opposer à une action, ou *defensiones*, se trouvent « la négation pure et simple du droit allégué » et les *exceptiones*, qui « tendent à paralyser la demande sans la

¹⁴⁵ *Infra*, par. 97-120.

¹⁴⁶ *Infra*, par. 147-149, 156 et suiv.

¹⁴⁷ *Institutes*, Lib. 4, tit. 13, *De exceptionibus*, §0 et 1 traduit par Calixte ACCARIAS, *Précis de droit romain : contenant, avec l'exposé des principes généraux, le texte, la traduction et l'explication des Institutes de Justinien*, 4^e éd., t. 2, Paris, Pichon, 1891, p. 1060. Pour une traduction française du *Corpus Iuris Civilis*, y compris le *Digeste* et les *Institutes*, voir JUSTINIEN 1ER, *Corps du droit civil*, traduit par Jean-François BERTHELOT, Henri HULOT, Pascal-Alexandre TISSOT et Alphonse BÉRENGER, Metz, Behmer et Lamort, 1803-1811; voir aussi Witold WOŁODKIEWICZ, « Affaire Hulot. Traduction du "Corps de droit civil" en français au XVIII^e siècle », (1995) 73 *Rev. hist. D.F.É.* 333.

¹⁴⁸ M. RICHOMME, « Exception », dans Charles J.A. BIOCHE et Charles GOUJET (dir.), *Dictionnaire général raisonné de procédure civile et commerciale*, édition augmentée de la législation et de la jurisprudence de Belgique, t. 2 « D à E », Bruxelles, Tarlier, 1836, p. 241 à la page 242.

contredire, sans nier qu'elle soit conforme au droit »¹⁴⁹. En cela, les exceptions, par leur nature, « supposent un antagonisme dans la législation; elles expriment un droit de formation postérieure qui a réagi et prévalu contre un droit plus ancien, mais non abrogé »¹⁵⁰.

63. Déjà en droit romain, les exceptions sont trop nombreuses pour être comptées : elles « se rencontrent en toute espèce d'action » et « se tirent de tous les faits propres à engendrer des actions, parfois même de faits qui n'en engendrent aucune », puisque l'« on favorise plus volontiers la défense que l'attaque »¹⁵¹. Les exceptions sont de source soit législative, soit prétorienne et une forte majorité relève de cette dernière catégorie¹⁵². Le jurisconsulte français Calixte Accarias explique qu'« il y a nombre de cas où le droit prétorien paralyse le droit civil », mais aussi « quelques-uns où le droit civil lui-même, sans toucher à ses principes généraux, leur ôte certaines applications ». Pour ce faire, « il recourt à la forme de l'exception », laquelle « n'est que le signe d'une dérogation au droit commun, un hommage rendu à la permanence du principe général »¹⁵³.

64. Le droit romain divise les exceptions entre celles proposées dans l'édit et celles qui se donnent *cognita causa*¹⁵⁴. La formule générale et les conditions des premières sont connues et déterminées à l'avance. Une exception donnée *cognita causa*, à l'opposé, « n'est promise à personne, [...] tout dépend de l'examen des circonstances et du pouvoir discrétionnaire du magistrat »¹⁵⁵. Elle est soit « absolument en dehors des prévisions de l'édit », soit « l'extension d'une exception régulière à un cas non prévu » et qui « s'[inspire] de l'esprit, sinon de la lettre de l'édit »¹⁵⁶. Par ailleurs, les exceptions du droit romain peuvent être séparées selon qu'elles sont fondées sur l'équité ou sur l'ordre public¹⁵⁷. Les unes sont tirées d'un reproche de mauvaise foi à l'encontre du demandeur; les autres sont liées à des motifs d'ordre public et leur application peut blesser l'équité¹⁵⁸. C'est le

¹⁴⁹ C. ACCARIAS, préc., note 147, n° 890, p. 1061; voir aussi Leopold A. WARNKÖNIG, *Eléments de droit romain privé*, Paris, Deschamps, 1827, p. 362.

¹⁵⁰ C. ACCARIAS, préc., note 147, n° 890, p. 1062.

¹⁵¹ *Digeste*, Lib. 50, tit. 17, *De diversis regulis juris antiqui*, L. 125 et L. 156 §1; C. ACCARIAS, préc., note 147, n° 892, p. 1066. Voir aussi L.A. WARNKÖNIG, préc., note 149, p. 362-363.

¹⁵² *Institutes*, Lib. 4, tit. 13, *De exceptionibus*, §7; C. ACCARIAS, préc., note 147, n° 893, p. 1067.

¹⁵³ *Id.*, n° 893, p. 1067-1068.

¹⁵⁴ *Id.*, n° 894, p. 1068-1069. Cette distinction est essentielle pour éclairer le droit contemporain : *Infra*, par. 200-201.

¹⁵⁵ *Id.*, n° 894, p. 1068.

¹⁵⁶ *Id.*, n° 894, p. 1069.

¹⁵⁷ *Id.*, nos 896-897, p. 1072-1075. Cette distinction demeure elle aussi pertinente de nos jours : *Infra*, par. 202.

¹⁵⁸ *Id.*, n° 896, p. 1072.

cas, par exemple, de l'autorité de la chose jugée, « une des garanties nécessaires de l'ordre social », qui peut créer une injustice dans un cas particulier¹⁵⁹.

65. En outre, il existe deux types d'exception : la temporaire et dilatoire et la perpétuelle et péremptoire¹⁶⁰. Les premières « ne peuvent être opposées que pendant un certain temps et se résolvent en un délai », telles « l'exception de pacte, lorsqu'il a été convenu que l'action ne serait pas intentée avant une certaine époque »¹⁶¹. Les secondes, ancêtres des fins de non-recevoir, « forment un obstacle permanent à la demande et [...] paralysent le droit pour toujours », telles les « exceptions tirées du dol, de la crainte, ou d'un pacte portant que la somme ne sera jamais demandée »¹⁶². Le droit qu'elles paralysent est réputé nul, sauf dans les cas exceptionnels où il survit comme obligation naturelle¹⁶³. Le juge absout le défendeur et « le droit du demandeur est perdu sans retour, parce que la *litis contestatio* l'a épuisé »¹⁶⁴. L'exception péremptoire doit être écrite dans la formule, mais si elle a été omise, le défendeur peut, avant la sentence, faire remanier la formule pour qu'elle y soit insérée¹⁶⁵. En bref, « les exceptions péremptoires sont la ruine à peu près absolue du droit »¹⁶⁶. À l'inverse, « les exceptions dilatoires ne font qu'en retarder l'exigibilité ou la poursuite » et le demandeur, « avec un peu de patience et de prudence, [y] échappera »¹⁶⁷.

66. En France, le mot exception prend diverses significations, différentes de celles du droit romain¹⁶⁸. Dans l'Ordonnance de 1667 sur la procédure civile, édictée par Louis XIV, il est précisé

¹⁵⁹ *Id.*

¹⁶⁰ *Institutes*, Lib. 4, tit. 13, *De exceptionibus*, §8; Charles MAYNZ, *Éléments de droit romain*, Bruxelles, Meline, Cans & Cie, 1845, p. 347.

¹⁶¹ *Institutes*, Lib. 4, tit. 13, *De exceptionibus*, §9-10 traduit par C. ACCARIAS, préc., note 147, n° 898, p. 1076. Les exceptions dilatoires incluent les exceptions fondées sur la prématurité, ou *ex tempore*, ainsi que les exceptions fondées sur le défaut de qualité du demandeur, ou *ex persona*, puisque le défendeur « se dérobe à son adversaire plutôt qu'il ne décline la poursuite elle-même » : *Id.*, n° 898, p. 1077, 1079; voir aussi C. MAYNZ, préc., note 160, p. 348.

¹⁶² *Institutes*, Lib. 4, tit. 13, *De exceptionibus*, §9-10 traduit par C. ACCARIAS, préc., note 147, p. 1076.

¹⁶³ *Id.*, n° 899, p. 1080.

¹⁶⁴ *Id.*, n° 899, p. 1081; voir aussi C. MAYNZ, préc., note 160, p. 348.

¹⁶⁵ C. ACCARIAS, préc., note 147, n° 899, p. 1081; C. MAYNZ, préc., note 160, p. 349. La distinction péremptoire / dilatoire a survécu à la procédure formulaire. Les exceptions dilatoires ont continué à devoir, « à peine de déchéance, être produites au début du procès »; les péremptoires, comme les « défenses tirées du fond, purent être opposées en tout état de cause » – même en appel : C. ACCARIAS, préc., note 147, n° 899, p. 1081-1082.

¹⁶⁶ C. ACCARIAS, préc., note 147, n° 898, p. 1079.

¹⁶⁷ *Id.*

¹⁶⁸ Alphonse RODIÈRE, *Exposition raisonnée des lois de la compétence et de la procédure en matière civile*, t. 2, Toulouse, chez les principaux libraires, 1841, p. 38 (« Entre les exceptions du droit romain et celles dont parle notre code il n'y a de commun que le nom; la chose a subi une complète transformation »).

que « Dans les défenses seront employées les fins de non recevoir, nullité des exploits, ou autres exceptions péremptoires, si aucunes y a, pour y être préalablement fait droit »¹⁶⁹. Jousse, dans son nouveau commentaire de 1769 sur cette ordonnance, explique que le défendeur doit proposer ses moyens contre l'action, soit en niant son fondement par une défense, soit en invoquant une *autre* exception¹⁷⁰. Jousse désigne par le mot *exception* tous les moyens que peut opposer un défendeur, y compris les exceptions déclinatoires, dilatoires et péremptoires – nullités ou fins de non-recevoir – et les défenses au fond¹⁷¹. À l'inverse, Pothier, dans des ouvrages publiés en latin entre 1761 et 1778¹⁷², donne plutôt au mot *défense* le sens large du droit romain qui englobe tous les moyens qu'un défendeur peut soulever – ce que Jousse nommait *exception*¹⁷³. Pothier scinde les *défenses* au sens large « en défenses proprement dites, et en exceptions, ne comprenant dans ces dernières que les moyens qui, sans attaquer le fond de la demande, tendent à prouver que le demandeur ne doit pas être écouté à la proposer »¹⁷⁴.

67. Le traitement par Denisart des actions civiles et des moyens à leur encontre reprend cette définition des *défenses* et *exceptions*¹⁷⁵, comme l'illustre la Figure 1¹⁷⁶. Les exceptions privent la demande de ses effets, de façon temporaire ou permanente, « sans examiner si elle est juste ou non dans son principe »¹⁷⁷. Il existe trois classes d'exceptions : les exceptions déclinatoires, pour faire rejeter ou renvoyer l'action devant un autre tribunal, les exceptions dilatoires, pour retarder la

¹⁶⁹ *Ordonnance de Louis XIV, roy de France et de Navarre, donnée à Saint Germain en Laye (Ordonnances sur la réformation de la justice civile)*, Paris, chez les associez choisis par ordre de sa Majesté pour l'impression de ses nouvelles ordonnances, 1667 [*Ordonnance de 1667*], titre I, art. V.

¹⁷⁰ Daniel JOUSSE, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile du mois d'avril 1667 : Idée de la justice civile*, t. 1, Paris, Debure, 1769, p. 63.

¹⁷¹ *Id.*, p. 63 et suiv. cité par M. RICHOMME, préc., note 148 à la page 242.

¹⁷² Pothier (1699-1772), après sa nomination comme professeur royal de droit français à l'Université d'Orléans, rédige une trentaine de traités. Il meurt avant d'achever ceux sur la procédure civile et sur la procédure criminelle, qui seront publiés de façon posthume en 1778. Voir Jean-Louis THIREAU, « Pothier, Robert-Joseph », dans Patrick ARABEYRE, Jean-Louis HALPÉRIN et Jacques KRYNEN (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français (XII^e-XX^e siècle)*, 2^e éd., Paris, P.U.F., 2015, p. 832 à la page 833.

¹⁷³ C.J.A. BIOCHE et C. GOUJET, préc., note 148, p. 242; citant R.J. POTHIER, préc., note 110.

¹⁷⁴ *Id.*

¹⁷⁵ Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence tant ancienne que moderne*, mise dans un nouvel ordre, corrigée & augmentée, t. 6, Paris, Veuve Desaint, 1783, p. 71 (publiée entre 1754 et 1756; partiellement republiée après sa mort en version refondue entre 1783 et 1790).

¹⁷⁶ Les diagrammes ont été réalisés avec R CORE TEAM, préc., note 120; Richard IANNONE, *DiagrammeR: Graph/Network Visualization*, R, 2020, en ligne : <<https://CRAN.R-project.org/package=DiagrammeR>>.

¹⁷⁷ J.-B. DENISART, préc., note 175, p. 72.

poursuite de l'action, et les exceptions péremptoires, pour obtenir son rejet pur et simple¹⁷⁸. Les exceptions péremptoires se divisent en deux sous-classes, les *nullités* et les *fins de non-recevoir*¹⁷⁹. Les nullités font voir « que l'action a été mal dirigée », par exemple en raison de vices dans la signification des procédures¹⁸⁰. Les fins de non-recevoir démontrent « qu'il n'y a point d'action contre le défendeur, ou que l'on doit juger comme s'il n'y en avait point »¹⁸¹. Par leur moyen, « celui qui défend à une demande, peut la faire rejeter, sans entrer dans la discussion du fonds »¹⁸².

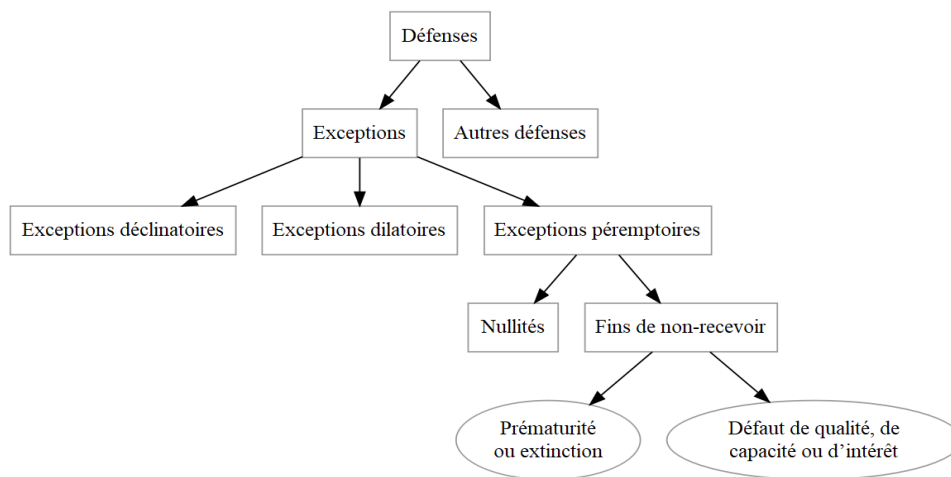


Figure 1. Défenses et exceptions en France selon Denisart

68. D'autres distinguaient, parmi les exceptions péremptoires, *fins de non-valoir* et *fins de non-recevoir*. Les fins de non-valoir résultaient du défaut de qualité du demandeur ou de l'assignation du mauvais défendeur. Les fins de non-recevoir, elles, soulevaient un défaut de qualité de la demande; elles « attaquaient l'action elle-même et se confondaient avec les défenses »¹⁸³.

¹⁷⁸ J.-B. DENISART, préc., note 110, p. 166.

¹⁷⁹ *Id.* Denisart distingue aussi les fins de non-recevoir des fins de non-procéder. Ces dernières, généralement jugées sommairement, ont pour but « d'éloigner ou d'empêcher l'instruction qui doit être la suite d'une demande » : *Id.*, p. 638. Elles incluent les exceptions déclinatoires et dilatoires et les désertions d'appel : *Id.*; citant D. JOUSSE, préc., note 170. Selon le professeur Rodière, fins de non-procéder désignait seulement l'exception déclinoire : *Ordonnance de 1667*, préc., note 169, titre VI; A. RODIÈRE, préc., note 168, p. 39. Voir aussi Philippe BORNIER, *Conférences des nouvelles ordonnances de Louis XIV, roy de France et de Navarre : avec celles des rois prédécesseurs de Sa Majesté, le droit écrit, & les arrêts, enrichies de nouvelles annotations & décisions importantes*, nouvelle édition, Paris, chez les associés choisis par ordre de Sa Majesté, 1703.

¹⁸⁰ J.-B. DENISART, préc., note 110, p. 166.

¹⁸¹ *Id.*

¹⁸² *Id.*, p. 638. Selon Richomme, elles sont des « moyens ayant pour but de faire rejeter définitivement la demande, sans examiner si elle est bien ou mal fondée », en raison « de vices ou de circonstances inhérents, soit à la personne du demandeur, soit à sa réclamation » : M. RICHOMME, préc., note 148 à la page 243.

¹⁸³ A. RODIÈRE, préc., note 168, p. 39. Cf. *Ordonnance de 1667*, préc., note 169, titre V, art. V.

69. Lors de la rédaction du Code Napoléon, c'est la définition large de Jousse qui est reprise : exception désigne « les moyens que le défendeur peut opposer au demandeur »¹⁸⁴. Pourtant, lors de l'élaboration du Code de procédure civile de la France¹⁸⁵, c'est plutôt la définition restrictive de Pothier qui est retenue¹⁸⁶. Dans la version finale adoptée en 1806, le défendeur peut proposer deux types de moyens : des exceptions ou des défenses au fond¹⁸⁷. Les fins de non-recevoir ne sont pas mentionnées. À l'étape du projet de loi, un article sous la rubrique « Des fins de non-recevoir » prévoyait que « [l]e défendeur, qui soutiendra le demandeur non-recevable en sa demande, sera tenu de proposer cette exception préalablement à toutes défenses au fond »¹⁸⁸. Dans ses commentaires, le Tribunat¹⁸⁹ a observé ne voir « dans ces moyens que des défenses au fond » et l'article et la rubrique ont été retirés¹⁹⁰. Les fins de non-recevoir se retrouvent dès lors assimilées dans les défenses au fond et « ne doivent plus être considérés comme exceptions »¹⁹¹. Selon Isabelle Pétel-Teyssié, la jurisprudence, déterminée à sauver les fins de non-recevoir du « régime restrictif des exceptions, obligatoirement soulevées *in limine litis*, [...] les assimila aux défenses »¹⁹². En 1841, le professeur Rodière explique que seuls portent le nom d'exceptions les « moyens préjudiciels que le défendeur peut invoquer pour se dispenser de répondre *immédiatement* à l'objet de la demande », alors que ceux qui visent à la repousser définitivement sont appelés défenses¹⁹³. Selon lui, le législateur a volontairement évité les locutions « fins de non-procéder, fins de non-valoir, fins de non-recevoir », souvent utilisées par les parlements mais de portée imprécise¹⁹⁴.

¹⁸⁴ M. RICHOMME, préc., note 148 à la page 242. Voir art. 1208, 1360, 1361, 1367, 2012 C.c.fr.; voir aussi A. RODIÈRE, préc., note 168, p. 38.

¹⁸⁵ Ci-après, « C. pr. civ. (1806) ».

¹⁸⁶ M. RICHOMME, préc., note 148 à la page 242.

¹⁸⁷ *Id.* Voir art. 166-192 C. pr. civ. (1806).

¹⁸⁸ M. RICHOMME, préc., note 148 à la page 242.

¹⁸⁹ Le Tribunat est l'une des assemblées mises en place par la Constitution du 22 frimaire an VIII. Sa fonction était de discuter des projets de loi et de voter sur leur adoption avant qu'ils ne soient décrétés par une autre assemblée, le Corps législatif. Il sera supprimé en 1807. Voir Léon MUEL, *Précis historique des assemblées parlementaires et des hautes cours de justice en France de 1789 à 1895*, Paris, Guillaumin, 1896, p. 51-52, 56.

¹⁹⁰ M. RICHOMME, préc., note 148 à la page 242.

¹⁹¹ *Id.*

¹⁹² Isabelle PÉTEL-TEYSSIÉ, « Défenses, exceptions, fins de non-recevoir », *Répertoire de procédure civile Dalloz* 2013, par. 3.

¹⁹³ A. RODIÈRE, préc., note 168, p. 38 (une exception accueillie « n'empêche point le demandeur de reproduire ou de poursuivre plus tard sa demande », alors qu'une défense accueillie « vicie l'action dans son germe, et le demandeur ne peut plus reproduire sa prétention ultérieurement »).

¹⁹⁴ *Id.*, p. 39-40. Les parlements sont des cours de justice de l'ancien régime.

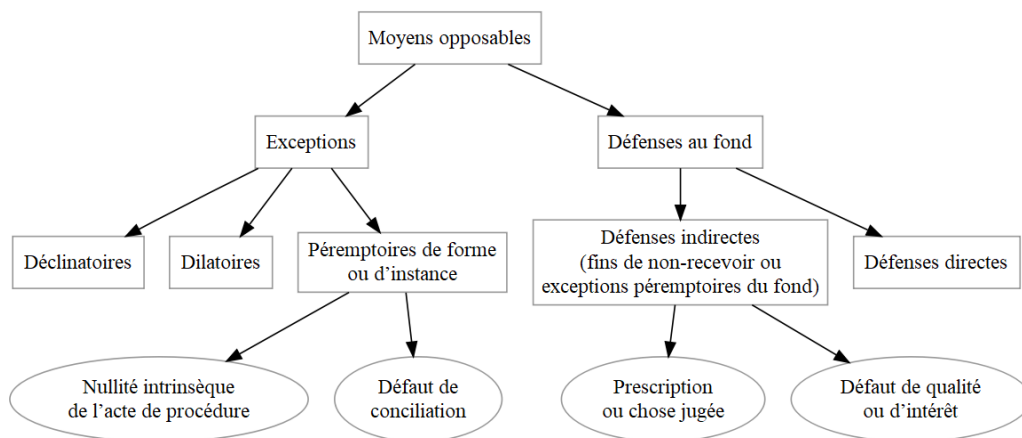


Figure 2. Défenses et exceptions en France après la codification

70. Ce n'est qu'en 1935 que le terme « fins de non-recevoir » fera son entrée au Code de procédure civile, dans la section sur les exceptions¹⁹⁵. Les tribunaux ont toutefois persisté dans leur résistance à astreindre les fins de non-recevoir à un régime plus sévère que celui des défenses. Ils ont interprété restrictivement le nouveau texte et ont déterminé que certaines doctrines autrefois considérées comme des fins de non-recevoir constituaient en réalité des défenses au fond¹⁹⁶. En 1972, une nouvelle modification législative consacre « un régime propre aux fins de non-recevoir » et « marque l'achèvement du triptyque “défenses au fond, fins de non-recevoir, exceptions” »¹⁹⁷.

71. La doctrine reconnaissait auparavant deux formes d'exceptions péremptoires : celles de la forme, y compris la nullité, et celles du fond, les fins de non-recevoir. Après la codification, les exceptions demeurent divisées en déclinatoires, dilatoires et péremptoires, mais ces dernières excluent les fins de non-recevoir : dénuées d'existence catégorielle propre, les fins de non-recevoir ne sont désormais que des défenses au fond¹⁹⁸. Les exceptions péremptoires ayant survécu à la codification sont celles de forme ou d'instance, c'est-à-dire les problèmes d'informité de la

¹⁹⁵ I. PÉTEL-TEYSSIÉ, préc., note 192, par. 3.

¹⁹⁶ *Id.* citant Civ., 17 déc. 1941, DC 1942.113, note Carbonnier; Civ. (1^{re}), 6 oct. 1953, *RTD civ.* 1954.138, obs. Hébraud.

¹⁹⁷ I. PÉTEL-TEYSSIÉ, préc., note 192, par. 3. Art. 71-72 C. pr. civ. (défenses au fond); art. 73-121 C. pr. civ. (exceptions de procédure : d'incompétence, de litispendance et de connexité, dilatoires, de nullité); art. 122-126 C. pr. civ. (fins de non-recevoir). Dans ce régime, fin de non-recevoir signifie « tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée » (art. 122 C. pr. civ.). Elle désigne un moyen selon lequel le droit d'agir en justice n'existe pas, n'existe plus ou n'existe pas encore : *Id.*, par. 6-8, 10, 22, 27. En plus des moyens énumérés, elle inclut par exemple l'immunité ou le manquement à certaines formalités : *Id.*, par. 32, 40.

¹⁹⁸ M. RICHOMME, préc., note 148 à la page 242.

demande : le défaut de conciliation et la nullité intrinsèque de l'acte de procédure¹⁹⁹. Vu la mise de côté des fins de non-recevoir en tant que catégorie distincte, celles-ci ont graduellement perdu en importance et la place qui leur était faite dans la doctrine française s'est amenuisée. Par exemple, dans le *Répertoire général* en 37 volumes édité par Fuzier-Herman entre 1886 et 1906, aucune entrée n'existe pour « Fin de non-recevoir ». Une entrée est faite sous la lettre E pour « Exceptions et fins de non-recevoir », mais elle ne contient qu'une courte liste de renvois²⁰⁰.

2. Les fins de non-recevoir, présomptions d'extinction des créances : Pothier et Denisart

72. Pothier aborde principalement le sujet des fins de non-recevoir dans son *Traité des obligations*, avec les modes d'extinction des obligations²⁰¹. Dans une définition maintes fois reprise, il précise que « [l]es fins de non recevoir contre les créances, sont certaines causes qui empêchent le créancier d'être écouté en justice pour exiger sa créance »²⁰². Il donne en exemple la fin de non-recevoir qui résulte de l'autorité de la chose jugée, ou *exceptio rei judicatae*, celle qui résulte du serment décisoire du débiteur, ou *exceptio jurisjurandi*, et celle qui résulte de l'écoulement « du laps du temps auquel la loi a borné la durée de l'action qui naît de la créance », ou prescription²⁰³.

73. Pothier souligne à l'égard de cette dernière que « le terme de *prescription* [est] un terme général, qui peut aussi convenir à toutes les autres fins de non recevoir »²⁰⁴, et fait porter la suite de son chapitre sur cette exception, assimilant fin de non-recevoir et prescription dans une même analyse²⁰⁵. Les fins de non-recevoir qui résultent de l'écoulement du temps ont un double fondement : d'abord, « une présomption de paiement ou de remise de la dette » et la nécessité de libérer après un certain temps le débiteur de l'obligation « de conserver les quittances qui sont la preuve du paiement qu'il a fait »²⁰⁶; ensuite, « une peine de la négligence du créancier »²⁰⁷. Elles

¹⁹⁹ *Id.* aux pages 242-243.

²⁰⁰ Ed. FUZIER-HERMAN (dir.), *Répertoire général alphabétique du droit français*, t. 21 « établissements à extraction », Paris, Larose, 1900, p. 208 (« V. Appel [mat. civ.]. –Bénéfice d'inventaire. –Cassation [mat. civ.]. –Caution judicatum solvi. –Cautionnement. –Communication de pièces. –Compétence civile et commerciale. –Connexité. –Déclinatoire. –Exploit. –Garantie. –Litispendance. –Nullité. –Règlement de juges. –Renvoi d'un tribunal à un autre »).

²⁰¹ R.J. POTHIER, préc., note 110, p. 2, article préliminaire, n° 1.

²⁰² *Id.*, p. 409, n° 676.

²⁰³ *Id.*, p. 409-410, n° 676-677.

²⁰⁴ *Id.*, p. 410, n° 677.

²⁰⁵ *Id.*

²⁰⁶ *Id.*, p. 411, n° 679.

²⁰⁷ *Id.*

agissent comme une présomption d'extinction ou d'acquiescement²⁰⁸. Elles « doivent être opposées par le débiteur; le juge ne les supplée pas »²⁰⁹. Une obligation présumée éteinte en vertu d'une fin de non-recevoir devient une obligation naturelle et son paiement ne donne pas lieu à répétition²¹⁰.

74. Dans son *Traité de la vente*, Pothier traite de deux fins de non-recevoir contre l'action rédhibitoire pour vices de la chose vendue²¹¹ : celle résultant de l'écoulement du temps et celle résultant de l'exclusion contractuelle de la garantie contre les vices, ou *exceptionem pacti*²¹². Quant à celle fondée sur l'écoulement du temps, Pothier en tire la source dans les usages : « Par le droit romain, l'acheteur avait six mois utiles pour intenter cette action. L'usage des différentes provinces accorde un temps beaucoup plus court. Il faut suivre à cet égard celui du lieu où le contrat est passé. »²¹³ Quant à l'*exceptionem pacti*, elle ne peut s'élever contre l'acheteur si le vendeur était de mauvaise foi et avait connaissance des vices²¹⁴. L'acheteur peut dans ce cas opposer le dol du vendeur pour détruire l'exception²¹⁵. Un vendeur qui, par réticence ou mensonge, tire avantage du déséquilibre informationnel entre les parties « blesse » l'égalité, contrarie l'équité et « pêche contre la bonne foi qui doit régner »²¹⁶. De telles manœuvres « tend[ent] un piège » à la « parfaite liberté d'acheter ou de ne pas acheter » dont devrait jouir l'acheteur et constituent une injustice²¹⁷. Le droit les réprime et en permet la sanction. Ces impératifs d'équité doivent toutefois être pondérés en fonction de « [l]'intérêt du commerce », lequel ne laisse pas aisément les parties « revenir contre les marchés qui ont été conclus »²¹⁸.

75. Cette limitation de l'*exceptionem pacti* mène à une vision comme au travers d'un miroir, par-delà le temps, de la fin de non-recevoir en tant que sanction de l'obligation de bonne foi dans la

²⁰⁸ *Id.*, p. 410, n° 677 : « Les fins de non recevoir n'éteignent pas la créance, mais ils la rendent inefficace, en rendant le créancier non recevable à intenter l'action qui en naît. [...] quoique les fins de non recevoir n'éteignent pas *in rei veritate* la créance, néanmoins elles la font présumer éteinte et acquittée, tant que la fin de non recevoir subsiste. »

²⁰⁹ *Id.*, p. 410-411, n° 677.

²¹⁰ *Id.*, p. 99-100, n° 195-196. Pothier s'écarte ici du droit romain : *Supra*, par. 65.

²¹¹ Les mêmes principes sont applicables à l'action estimatoire : Robert J. POTHIER, *Œuvres de Pothier, contenant les traités du droit français. Traité du contrat de vente*, nouvelle édition par M. DUPIN, t. 2, Paris, Béchét Aîné, 1825, p. 104, n° 233.

²¹² *Id.*, p. 103, n° 230.

²¹³ *Id.*, p. 104, n° 232.

²¹⁴ *Id.*, p. 103, n° 231.

²¹⁵ *Id.*, p. 104, n° 231.

²¹⁶ *Id.*, p. 105, n° 234.

²¹⁷ *Id.*, p. 106, n° 238.

²¹⁸ *Id.*, p. 107, n° 239.

formation et l'exécution du contrat. Dans le paradigme d'alors, la sanction d'un manquement se manifeste par l'interdiction, pour la partie de mauvaise foi, d'invoquer pour défendre le contrat une fin de non-recevoir qui serait autrement disponible. Par contraste, dans le droit québécois contemporain, cette sanction s'incarne par la possibilité de faire appel à une fin de non-recevoir contre la partie de mauvaise foi, pour attaquer le contrat ou échapper aux obligations qui en découlent. La sanction de ne pouvoir invoquer une fin de non-recevoir est devenue celle de se voir opposer une fin de non-recevoir.

76. Quant à Denisart, dans sa *Collection de décisions*, il s'étend sur les fins de non-recevoir sur près de quinze pages, dans un traitement en trois parties : d'abord, leur définition, leur objet et leurs principales espèces; ensuite, par qui et contre qui elles peuvent se proposer et les cas où elles ont lieu; enfin, les effets qu'elles produisent²¹⁹. Il souligne qu'« [o]n serait infini, si on entreprenait de détailler toutes les espèces de fins de non-recevoir qui peuvent s'élever »²²⁰. Lorsqu'une fin de non-recevoir est applicable, l'action doit être rejetée même si elle est légitime sur le fond²²¹. Elles peuvent opérer même « contre les demandes les plus justes en elles-mêmes »²²². Elles « n'éteignent pas les créances; mais tant qu'elles subsistent, elles les rendent inefficaces et les font présumer éteintes »²²³. Puisqu'il ne s'agit que d'une présomption, « le paiement fait par un débiteur au préjudice d'une fin de non-recevoir qu'il pouvait opposer, est valable » et il ne peut en obtenir restitution que s'il était mineur au moment du paiement²²⁴.

77. D'une part, les fins de non-recevoir « peuvent être proposées par tous ceux qui ont qualité ou intérêt pour le faire », à condition « qu'elles soient proposées par la partie même contre laquelle l'action est dirigée ou qui a droit de s'en plaindre : le juge ne peut pas la suppléer »²²⁵. D'autre part, elles « ne peuvent être opposées que contre ceux qui peuvent ester en justice », ce qui exclut les mineurs et les « femmes en puissance de mari »²²⁶. L'Ordonnance de 1667 prévoit que « [l]a

²¹⁹ Voir J.-B. DENISART, préc., note 110, p. 638-653.

²²⁰ *Id.*, p. 645.

²²¹ *Id.*, p. 166.

²²² *Id.*, p. 645.

²²³ *Id.*, p. 652.

²²⁴ *Id.*, p. 653.

²²⁵ *Id.*, p. 648.

²²⁶ *Id.*

fin de non-recevoir n'aura lieu contre les mineurs, pendant le temps de leur minorité, et jusqu'à ce qu'ils aient 25 ans accomplis, après lesquels les délais commenceront à courir »²²⁷.

78. Selon Denisart, il existe cinq classes de fins de non-recevoir, soit celles qui font voir la prématurité de l'action, l'extinction de l'action, l'absence de qualité de la partie adverse, son absence de capacité ou son absence d'intérêt²²⁸. (1) La prématurité s'applique notamment à l'action contre le débiteur d'une obligation à terme ou sous condition, lorsque le terme n'est pas échu ou que la condition n'est pas réalisée²²⁹, et à l'action contre un possesseur de bonne foi contre une demande en éviction fondée sur le pétitoire, lorsqu'il n'a pas encore été adjugé sur le possessoire²³⁰. (2) L'extinction de l'action englobe la péremption d'instance, la prescription, le défaut de s'opposer à un décret²³¹, l'autorité de la chose jugée²³² et la transaction sur procès²³³. Elle comprend également l'acquiescement à un jugement²³⁴ et l'acquiescement à un acte juridique qui empêche de l'attaquer, sauf en cas de nullité absolue²³⁵. (3) Le défaut de qualité est opposé à la personne qui tente d'agir au nom d'une succession à laquelle elle a renoncé ou dans laquelle elle n'a aucun droit et à l'usufruitier ou au locataire qui cherchent à exercer une action réservée au propriétaire²³⁶. (4) Le défaut de capacité concerne les mineurs ou les interdits qui tentent d'ester en justice sans l'assistance requise par la loi, la « femme en puissance de mari » qui n'a pas été autorisée par ce dernier ou par la Cour à former sa demande et les « bâtards adultérins », non-recevables à réclamer la succession du mari de leur mère²³⁷. (5) Enfin, le défaut d'intérêt vise, par exemple, une demande en réparation d'un dommage causé à un tiers plutôt qu'au demandeur²³⁸.

²²⁷ *Ordonnance de 1667*, préc., note 169, tit. 27, art. 16; citée par J.-B. DENISART, préc., note 110, p. 648.

²²⁸ J.-B. DENISART, préc., note 110, p. 166, 638.

²²⁹ *Id.*, p. 639.

²³⁰ *Id.*

²³¹ *Id.*, p. 166, 639.

²³² *Id.*, p. 639 rapportant un arrêt en la grand'chambre du Parlement de Paris du 31 août 1744.

²³³ *Id.*, p. 641 rapportant un arrêt du 26 août 1744.

²³⁴ *Id.* rapportant un arrêt du 9 juillet 1745.

²³⁵ *Id.* rapportant un arrêt du 9 décembre 1780 (acceptation d'un legs qui empêche d'attaquer le testament) et Grand'chambre du Parlement de Paris, 19 juill. 1783, *Gazette des tribunaux* XVI, n° 39, 1783.195 (testament reçu par un curé sans l'autorisation exigée par une ordonnance royale de 1735).

²³⁶ J.-B. DENISART, préc., note 110, p. 644.

²³⁷ *Id.*, p. 645 rapportant un arrêt du 11 juin 1779.

²³⁸ *Id.* rapportant un arrêt du 9 décembre 1780 (acceptation d'un legs qui empêche d'attaquer le testament).

79. Il existe un ordre dans lequel les exceptions et les défenses doivent, de façon générale, être présentées²³⁹ : 1° exceptions déclinatoires, 2° exceptions péremptoires de la première classe (fondées sur les nullités des procédures), 3° exceptions dilatoires, 4° exceptions péremptoires de la seconde classe (fins de non-recevoir), 5° défenses au fond²⁴⁰. Cet ordre est toutefois sujet à des limitations. Plusieurs de ces moyens peuvent être cumulés ou invoqués de façon subsidiaire. Certaines fins de non-recevoir doivent être opposées avant certaines exceptions dilatoires²⁴¹, d'autres « se couvrent par les défenses au fond » qui en constituent une renonciation²⁴², et d'autres encore « peuvent être opposées en tout état de cause »²⁴³. Il n'est donc pas possible de formuler des règles précises sur le moment auquel les proposer, par rapport au débat sur le fond²⁴⁴. Dans tous les cas, la partie qui propose une exception est libre de la présenter de façon préalable et, dans le cas du défendeur, en théorie, il n'est pas tenu de se défendre sur le fond avant qu'il ne soit adjugé sur son exception²⁴⁵. En effet, une exception accueillie pourra éviter un long et coûteux débat²⁴⁶. Alternativement, le défendeur peut « défendre à toutes fins »²⁴⁷, c'est-à-dire présenter par le même acte son exception et, de façon subsidiaire, sa défense sur le fond, dans le but d'éviter des coûts et des délais additionnels si l'exception est rejetée²⁴⁸. Les « fins de non-recevoir tirées de l'extinction de l'action » sont souvent invoquées ainsi, avec les moyens du fond²⁴⁹.

3. Les fins de non-recevoir, mécanisme d'équité : Lemerle

80. Louis-Léonard-Frédéric Lemerle, juriste, ne semble pas avoir été un auteur très connu ou prolifique. Son traité de 1819 sur les fins de non-recevoir²⁵⁰, paru peu après l'adoption du Code Napoléon et du Code de procédure civile de la France, est son seul ouvrage qui a survécu jusqu'à

²³⁹ Voir *Id.*, p. 168-169.

²⁴⁰ *Id.*, p. 169.

²⁴¹ *Id.*, p. 168-169.

²⁴² *Id.*, p. 652. C'est le cas, entre autres, de la prescription.

²⁴³ *Id.* C'est le cas de certains défauts de qualité du demandeur.

²⁴⁴ *Id.*

²⁴⁵ *Ordonnance de 1667*, préc., note 169, titre I, art. V; J.-B. DENISART, préc., note 175, p. 72; J.-B. DENISART, préc., note 110, p. 637. En pratique, les juges réservaient parfois leur décision sur les fins de non-recevoir jusqu'à celle sur le principal et ordonnaient de défendre à toute fin : *Id.*, p. 652; citant D. JOUSSE, préc., note 170.

²⁴⁶ J.-B. DENISART, préc., note 110, p. 637.

²⁴⁷ *Id.*

²⁴⁸ J.-B. DENISART, préc., note 175, p. 73.

²⁴⁹ J.-B. DENISART, préc., note 110, p. 637.

²⁵⁰ L.-L.-F. LEMERLE, préc., note 110.

nos jours. Il a été cité à multiples reprises par les juges québécois au courant du 20^e siècle, au passage ou en note de bas de page, principalement pour ses définitions des fins de non-recevoir en général ou de certaines d'entre elles. C'est en partie sur ce traité que s'est fondée la Cour suprême pour justifier sa décision dans l'arrêt *Soucisse*. Le juge Beetz qualifie Lemerle d'« auteur qui paraît avoir le plus étudié la question », tout en soulignant que son traité est « un inventaire et une classification des fins de non-recevoir beaucoup plus qu'une tentative de systématisation »²⁵¹. Pourtant, il n'est pas évident que le traité de Lemerle reflète fidèlement l'état du droit au moment de sa publication. S'il est vrai qu'il s'agit de la plus longue monographie sur les fins de non-recevoir, d'autres auteurs ont mené une étude détaillée du concept dans des traités généraux²⁵² et plusieurs lacunes réduisent la force de persuasion de l'œuvre de Lemerle.

81. Lemerle présente les fins de non-recevoir comme des outils au service de l'équité et de l'ordre public, intrinsèquement liées à la vision juridique du juste et du bien et à la nécessité d'atteindre un résultat qui respecte la justice matérielle. Il dit des fins de non-recevoir qu'elles sont « favorables » et non « odieuses »²⁵³. Dès ses premières pages, il les présente sous un jour extrêmement propice et adopte un vocabulaire lyrique à forte connotation morale :

« **Délivrer les hommes** d'une incertitude accablante, assurer leur état, **fixer leurs droits**, remettre aux fers la **discorde**, **enchaîner l'injustice**, forcer au silence la **chicane**, **défendre** les propriétés, **protéger les familles** contre les entreprises de la **mauvaise foi** et de la **cupidité**, qui s'efforcent de faire revivre des prétentions surannées et abandonnées, **opposer enfin au torrent des procès une digue insurmontable**, tel est l'objet des fins de non recevoir. »²⁵⁴

82. Dans le même registre, il reprend une citation selon laquelle la prescription est « la sauvegarde commune qui met réciproquement les familles hors d'insulte, la plus forte chaîne, la plus solide jointure qui empêche la société de se désunir, de se démembrer », puisqu'elle représente « l'exécution d'un contrat passé entre la loi et l'homme » par lequel « [l]a loi promet à l'homme qu'après un temps déterminé elle ne souffrira plus qu'on le trouble »²⁵⁵. Si elle se dément, « les inquiétudes renaissent de toutes parts, les patrimoines se confondent, s'évanouissent, le destin de

²⁵¹ *Soucisse*, préc., note 7, 360.

²⁵² Voir par exemple Robert J. POTHIER, *Œuvres de Pothier, contenant les traités du droit français*, nouvelle édition par M. DUPIN, Paris, Béchét Aîné, 1823-1825; J.-B. DENISART, préc., note 175; J.-B. DENISART, préc., note 110.

²⁵³ L.-L.-F. LEMERLE, préc., note 110, p. 5.

²⁵⁴ *Id.*, p. 1-2.

²⁵⁵ Auteur inconnu, citation reprise par L.-L.-F. LEMERLE, préc., note 110, p. 4-5.

chaque citoyen va flotter au gré de l'avarice et de l'iniquité »²⁵⁶. Il ajoute que « la prescription tient de la reconnaissance des hommes le surnom glorieux de patronne du genre humain »²⁵⁷ et que ce principe s'étend à toutes les exceptions, « qui ont le même objet en vue »²⁵⁸.

83. Nonobstant l'œuvre récente de codification, supposée faire table rase du droit ancien²⁵⁹, Lemerle fait amples références aux principes de droit romain, aux ordonnances royales et aux coutumes, souvent en priorité sur le droit codifié. Ce dernier est invoqué à la pièce, à titre d'illustration plutôt qu'en tant que système complet et cohérent. Le traité de Lemerle, dénué d'une structure synthétique, regroupe dix-neuf chapitres dans un ordre d'une logique incertaine. Le traitement ne témoigne que de timides tentatives de systématiser ou de critiquer les concepts qui y sont relatés et ne s'attarde pas à les situer les uns par rapport aux autres ou dans la structure d'un droit nouvellement codifié. L'auteur confond parfois, au fil de ses explications, la structure des défenses et exceptions avant et après la codification²⁶⁰. D'ailleurs, il précède son traité d'un avertissement quant au caractère préliminaire de son travail²⁶¹.

84. Selon Lemerle, les fins de non-recevoir regroupent des moyens qui ont pour but de « former obstacle à ce qu'une action soit reçue »²⁶². Elles sont « des exceptions péremptoires par le moyen desquelles on peut faire rejeter une demande sans entrer dans la discussion »²⁶³, mais aussi « de véritables défenses ou moyens du fond »²⁶⁴. Alors qu'une nullité détruit un acte de procédure

²⁵⁶ Auteur inconnu, citation reprise par L.-L.-F. LEMERLE, préc., note 110, p. 4-5.

²⁵⁷ L.-L.-F. LEMERLE, préc., note 110, p. 5.

²⁵⁸ *Id.*

²⁵⁹ *Loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804) sur la réunion des lois civiles en un seul corps, sous le titre de Code civil des Français*, Bull. L., 3^e S., n° 354-3677, art. 7 : « À compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent code. » Voir Jacques POUMARÈDE, « De la fin des coutumes à la survie des usages locaux. Le Code civil face aux particularismes », dans Claude GAUVARD (dir.), *Les penseurs du code civil*, Paris, Association française pour l'histoire de la justice, 2009, p. 173.

²⁶⁰ Voir par exemple L.-L.-F. LEMERLE, préc., note 110, p. 10-11.

²⁶¹ *Id.*, p. xvi-xvii : « où sont donc les *Fins de non recevoir*, si désirées d'un côté, si redoutées de l'autre? on est tenté de répondre, partout et nulle part. Les matériaux propres à l'édifice existent; ils sont dispersés, ils ont besoin d'être rassemblés, il faut avoir le courage de les aller chercher en différents endroits; il faut, surtout, en les mettant en place, leur donner la forme et la liaison convenables : on ne se flatte pas d'avoir réussi dans cette entreprise, plus pénible que glorieuse. [...] Que ce travail soit un encouragement à mieux faire, on aura atteint le but qu'on s'est proposé. »

²⁶² *Id.*, p. 2.

²⁶³ *Id.*, p. 2-3. Les exceptions péremptoires en général sont « des motifs d'exclusion de l'action tellement puissants, qu'ils anéantissent cette action » et qui regroupent les nullités, tirées de la forme de l'action, et les fins de non-recevoir, catégorie résiduelle pour toutes les autres exceptions péremptoires.

²⁶⁴ *Id.*, p. 3.

« sans porter atteinte à l'action »²⁶⁵, la fin de non-recevoir efface « l'action elle-même, en la rendant inefficace », puisque le droit est présumé éteint²⁶⁶. Les fins de non-recevoir sont perpétuelles²⁶⁷. Elles sont applicables à l'encontre des réclamations et exceptions formulées par un défendeur²⁶⁸. Elles « peuvent être opposées en tout état de cause, même sous l'appel », à moins que, « par des circonstances particulières, on [soit] présumé y avoir renoncé »²⁶⁹. La renonciation peut vaincre plusieurs fins de non-recevoir, puisque chacun est libre de « renoncer à son droit, à ce qui est à son avantage, pourvu que ce soit sans blesser l'équité, les lois, les bonnes mœurs, ni l'intérêt d'un tiers »²⁷⁰. L'on ne peut cependant « renoncer pour l'avenir à opposer les fins de non-recevoir qui pourraient s'ouvrir »²⁷¹.

85. Il appelle « fins de non recevoir textuelles » celles qui sont créées législativement²⁷² et qu'il identifie grâce à l'emploi de « locutions consacrées »²⁷³. Il en catalogue 64 exemples variés, principalement dans les codes et dans certains décrets²⁷⁴. Il est loin d'être clair que toutes les soi-disant fins de non-recevoir textuelles ainsi recensées par Lemerle auraient été désignées comme telle en vertu des définitions préalablement acceptées, voire, qu'elles doivent ou puissent utilement être regroupées dans une même catégorie.

²⁶⁵ *Id.*

²⁶⁶ *Id.*, p. 4.

²⁶⁷ *Id.*, p. 5. À ce sujet, voir C. MAYNZ, préc., note 160, p. 330-331.

²⁶⁸ L.-L.-F. LEMERLE, préc., note 110, p. 11; citant *Digeste*, Lib. 22, tit. 3, *De probationibus*, L. 19 et Lib. 44, tit. 1, *De exceptionibus*, L. 1.

²⁶⁹ *Id.*, p. 6 citant l'art. 2224 C.c.fr. qui prévoyait cette règle pour la prescription; selon lui, cet article régit les exceptions par « similitude » ou « supériorité de puissance ». Une fin de non-recevoir peut toujours être présentée de façon préalable, et lorsqu'elle est « absolument indépendante du fonds », elle doit l'être : *Id.*, p. 10 citant art. 173 C. pr. civ. (1806); *Ordonnance de 1667*, préc., note 169, titre V, art. V; Colmar, 17 mars 1810, S. 1810.X.2.202.

²⁷⁰ L.-L.-F. LEMERLE, préc., note 110, p. 12; citant Domat. Voir Jean DOMAT, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, t. 1, Paris, Coignard, 1689, n° 27, p. 32.

²⁷¹ L.-L.-F. LEMERLE, préc., note 110, p. 14 : « Si l'on autorisait une pareille renonciation, elle deviendrait bientôt de style dans les contrats, et l'on trouverait, après plusieurs siècles, une génération enchaînée par une abdication funeste dont la plus insigne mauvaise foi pourrait recueillir le fruit [...] »

²⁷² Voir *Id.*, p. 34-46.

²⁷³ *Id.*, p. 35. Il en identifie trois types, selon le vocabulaire du législateur : (1) « non recevable », « pas reçu », « inadmissible » ou « pas admis », (2) ne peut « être attaqué » ou « être opposé » ou sont « interdites », (3) une chose doit être faite « sous peine de déchéance », « [à] défaut de telle formalité, telle personne perdra », une action ou une prétention « [c]essera, sera éteinte » ou un jugement « [s]era nul, réputé non venu » : *Id.*, p. 35-36.

²⁷⁴ L.-L.-F. LEMERLE, préc., note 110, p. 36-46. 36 exemples du premier type, 10 du deuxième et 18 du troisième.

86. Par ailleurs, malgré le caractère exhaustif de l'œuvre de codification tout juste achevée, Lemerle note qu'il serait erroné « de croire que l'on ne doit admettre que les fins de non recevoir qui sont écrites en termes formels dans la loi », de la même façon que, sur le continent, l'on ne reçoit pas en justice uniquement « les actions dont la formule est tracée par la loi », d'autant plus que la défense doit être favorisée²⁷⁵. Selon lui, « à la source des actions, se doivent puiser les exclusions », et par conséquent, « il suffit qu'une fin de non recevoir trouve son appui dans le contrat, le quasi-contrat, le délit ou le quasi-délit, ou dans une disposition quelconque de la loi »²⁷⁶. Lemerle répertorie une multitude de fins de non-recevoir non codifiées, qu'il tire de maximes du droit romain ou, plus rarement, de décisions judiciaires. Elles constituent un assortiment d'exceptions diverses au service d'une justice matérielle au sens large. Parmi celles-ci, certaines concernent l'autorité de la parole donnée, les conséquences du propre fait du demandeur et la protection de l'ordre public et des bonnes mœurs.

87. Parole donnée. Dans les litiges de nature contractuelle, des fins de non-recevoir découlent de l'« autorité de chose convenue » et ont pour but « de protéger la convention formée, le contrat voulu, la solennité consommée, contre le caprice, l'instabilité et l'injustice », et sont opposables à celui qui tenterait d'attaquer ou d'esquiver ce contrat²⁷⁷. À l'inverse, lorsqu'une partie contrevient elle-même à un contrat, elle n'est pas recevable à en demander l'exécution, puisque « ce serait à-la-fois rompre les liens de la réciprocité, blesser la bonne-foi et dénaturer le contrat »²⁷⁸. Par ailleurs, des renonciations tacites sont permises par la loi et peuvent être opposées à un demandeur comme fin de non-recevoir²⁷⁹. Elles doivent être claires et ne se présument pas. Cette analyse doit tenir compte de l'équité²⁸⁰ et en cas de doute, « on doit se déclarer pour le maintien des droits, la

²⁷⁵ *Id.*, p. 9-10.

²⁷⁶ *Id.*, p. 10. Lemerle ne cite aucune autorité au soutien de ces affirmations.

²⁷⁷ *Id.*, p. 320.

²⁷⁸ *Id.*, p. 232. Au sujet de la distinction entre l'exception d'inexécution et la fin de non-recevoir : *Infra*, par. 344-345.

²⁷⁹ *Id.*, p. 64 citant la maxime *taciti et expressi idem est iudicium* et les art. 1115, 1338, 2221 C.c.fr.

²⁸⁰ *Id.*, p. 71-72 : « La cinquième règle est b[a]sée sur l'équité, loi universelle qui doit se faire entendre, lorsque toutes les autres se taisent; loi à laquelle sont dévolues les questions qui ne peuvent trouver leur solution dans un texte précis; loi imprescriptible et sacrée, retraçant ce premier devoir qui honore l'humanité, celui d'être juste ». Il cite *Digeste*, Lib. 27, tit. 1, *De excusationibus*, L. 13 §7 et *Digeste*, Lib. 22, tit. 5, *De testibus*, L. 13.

stabilité des actes », comme le « commande notre respect pour la justice, cette volonté constante de conserver à chacun ce qui lui appartient »²⁸¹.

88. *Propre fait.* Est une fin de non-recevoir la proposition selon laquelle « On n'est pas recevable à se plaindre ni à se prévaloir de son *propre fait*, de sa *négligence*, de son *imprudence*, de son *impuissance*, à plus forte raison de *sa faute*, au préjudice d'autrui »²⁸². Celle-ci est justifiée par trois principes : (1) « sur ce que, d'une part, quiconque proteste contre son propre ouvrage, s'inscrit contre soi-même, désavoue sa conduite au gré de son caprice ou de son intérêt, ne mérite pas d'être écouté », (2) « sur ce que, d'autre part, on ne peut se créer un droit, se former un titre sans la participation, le concours ou le consentement au moins présumé de la partie intéressée à contester ce droit ou ce titre » et (3) « sur ce qu'enfin on ne doit pas tirer avantage d'une faute que l'on a commise : il est juste, au contraire, de réparer le tort qu'on a fait »²⁸³. Lemerle en donne 79 exemples d'application trouvés dans les codes, des décrets, les maximes du droit romain, les auteurs français – surtout Domat et Pothier – et les décisions de la Cour de cassation²⁸⁴. Parmi les exemples non codifiés, quatre groupes se dessinent²⁸⁵, soit les fins de non-recevoir opposables à la partie qui (i) a agi de manière fautive, négligente ou illégale²⁸⁶, (ii) a accepté les risques²⁸⁷,

²⁸¹ *Id.* citant *Digeste*, Lib. 1, tit. 1, *De justitia et jure*, L. 10 (*justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*; Lemerle cite erronément L. 1). Il présente la présomption de stabilité des contrats comme la conséquence d'une conception de la justice qui vise à conserver à chacun ce qui lui appartient; une justice conservatrice, plutôt que distributive. Cependant, la maxime qu'il cite se traduit plutôt par « la justice est une volonté constante et perpétuelle de rendre à chacun ce qui lui est dû » : JUSTINIEN IER, préc., note 147, Lib. 1, p. 43.

²⁸² L.-L.-F. LEMERLE, préc., note 110, p. 144.

²⁸³ *Id.*, p. 144-145; citant *Digeste*, Lib. 50, tit. 17, *De diversis regulis juris*, L. 74 et L. 155 (*factum cuique suum non adversario nocere debet*; il cite erronément L. 197).

²⁸⁴ *Id.*, p. 145-163.

²⁸⁵ Il s'agit de notre catégorisation; Lemerle ne présente qu'une liste sans structure particulière.

²⁸⁶ L.-L.-F. LEMERLE, préc., note 110, p. 149-151 donne les exemples suivants. « [C]elui qui s'est attiré un dommage par sa faute » : *Digeste*, Lib. 50, tit. 17, *De diversis regulis juris*, L. 203; ceux qui « doivent s'imputer leur méprise » : *Digeste*, Lib. 27, tit. 6, *Quod falso tutore auctore*, L. 1 §6; « celui qui s'est trompé [...] en se mêlant de ce qu'il ne savait pas ou de ce qui ne le concernait pas » : *Digeste*, Lib. 50, tit. 17, *De diversis regulis juris*, L. 132 (il cite erronément L. 174) et L. 36 (il cite erronément L. 3 §6); « ceux qui ont partagé la fraude, ou qui en ont eu connaissance » : *Digeste*, Lib. 50, tit. 17, *De diversis regulis juris*, L. 145; « ceux qui, ayant connu le mal, pouvant l'empêcher, ne l'ont pas fait », « ceux qui en ont fourni l'occasion » et « ceux qui ont ordonné de le commettre » : *Digeste*, Lib. 9, tit. 2, *Ad legem aquiliam*, L. 30 §3 et L. 45; *Digeste*, Lib. 50, tit. 17, *De diversis regulis juris*, L. 169 (il cite erronément L. 69).

²⁸⁷ *Id.*, p. 150-151 donne les exemples suivants. La partie « qui s'est placé dans un lieu périlleux » : *Digeste*, Lib. 9, tit. 2, *Ad legem aquiliam*, L. 11 (il cite erronément Lib. 1, tit. 6, *De his qui sui*, L. 11); « celui qui s'est mis dans la nécessité dont il se plaint » : *Digeste*, Lib. 4, tit. 2, *Quod metus causa*, L. 9; « ceux qui ont voulu que la chose se fit ou arrivât » : *Digeste*, Lib. 47, tit. 10, *De injuriis et famosis libellis*, L. 1.

(iii) a volontairement causé les faits sur lesquels s'appuie son action²⁸⁸ ou (iv) est coupable de contradictions ou d'incohérence au détriment d'autrui²⁸⁹.

89. *Ordre public et bonnes mœurs.* Certaines actions sont « non recevables de leur nature »²⁹⁰. C'est le cas de l'action qui, en matière d'obligations, n'est pas fondée sur un contrat ou quasi-contrat, en matière de préjudice, n'est pas fondée sur un crime, un délit, un quasi-délit ou une contravention, ou en toute matière, ne saurait résulter de la loi²⁹¹. Si la loi n'attribue pas d'effet juridique aux faits invoqués, l'action ne peut être poursuivie en justice²⁹². Le droit n'a pas réponse à tout. Lemerle y inclut au premier chef la non-recevabilité d'une action qui vise « l'exécution d'un contrat, d'une promesse, ou l'accomplissement d'un fait contraire aux lois concernant l'ordre public ou les bonnes mœurs »²⁹³. Un fait contraire à l'ordre public ne peut pas plus « être l'objet d'une obligation » qu'un fait « qui serait absolument impossible »²⁹⁴.

90. Les imprécisions de Lemerle se répercuteront dans la jurisprudence et la doctrine ultérieure. Il assimile de multiples exceptions qui ont, en réalité, peu en commun. Les fins de non-recevoir qui agissent comme des obstacles absolus et celles qui sont d'application discrétionnaires, les exceptions d'intérêt général et celles d'intérêt particulier, divers types d'irrecevabilité, et même l'exception d'inexécution, sont abordées d'un même trait et sans les distinctions qui s'imposent. Cela étant dit, son traité marque un moment charnière dans l'histoire des fins de non-recevoir : leur reconceptualisation comme mesure d'équité. Cette conception, au Québec, se manifestera

²⁸⁸ *Id.*, p. 151, 153 donne les exemples suivants. « [L]a partie qui propose un moyen de nullité de son propre fait » : Civ., 4 germinal an 8 (25 mars 1800), S. 1800.I.2.243; « la partie demanderesse en péremption [...] qui, par son dol ou sa faute, aurait retardé l'instruction » : Civ., 4 févr. 1807, S. 1807.VIII.1.40; « celui qui a empêché l'accomplissement du fait [...] auquel le droit ou l'exercice du droit d'autrui était subordonné » : art. 1178 C.c.fr.; *Digeste*, Lib. 50, tit. 17, *De diversis regulis juris*, L. 39 et L. 161 (il cite erronément L. 121).

²⁸⁹ L.-L.-F. LEMERLE, préc., note 110, p. 150-151, 153-154 donne les exemples suivants. « [C]elui qui a reconnu librement et volontairement un fait qu'il conteste ensuite » : *Digeste*, Lib. 42, tit. 2, *De confessis*, L. 3; le « plaideur qui, par les qualités qu'il prend et le mode de défense qu'il adopte, entretient son adversaire dans une erreur qui finit par lui être funeste, en opérant une prescription » : Civ., 5 févr. 1812, S. 1812.XII.1.153; « la partie qui [...] a, par une dissimulation préjudiciable, laissé ignorer à son adversaire qu'elle avait cessé d'être intéressée à la contestation, au moyen de la cession de ses droits à un tiers » : Req., 4 févr. 1807, S. 1807.VII.1.254.

²⁹⁰ L.-L.-F. LEMERLE, préc., note 110, c. 14, p. 215 et suiv.

²⁹¹ *Id.*, p. 215.

²⁹² *Id.*, p. 216.

²⁹³ *Id.*

²⁹⁴ *Id.*, p. 218; citant R.J. POTHIER, préc., note 110, n° 137.

d'abord timidement, par leur emploi comme équivalent fonctionnel de l'*estoppel* et du *waiver* de droit anglais, avant de prendre sa pleine ampleur avec l'arrêt *Soucisse*.

91. Dans la doctrine française classique, les fins de non-recevoir ne constituaient pas un mécanisme, mais plutôt une catégorie conceptuelle qui regroupait des présomptions d'extinction des créances à l'aide desquelles les débiteurs pouvaient se défendre. Leurs conditions et leurs effets étaient décrits par la loi, et avant elle, par les Coutumes, et variaient d'une fin de non-recevoir à l'autre. Le législateur français a transformé le concept de fins de non-recevoir, d'abord par son retrait du Code de procédure de 1806, qui a eu pour effet d'assimiler les fins de non-recevoir d'alors aux défenses sur le fond, puis par sa réintroduction en 1970, à titre d'exception préliminaire soumise à un régime restrictif au sein d'une classification tripartite, interprété par la jurisprudence comme excluant plusieurs exceptions péremptoires qui portaient initialement ce nom.

92. Lemerle, plutôt que de suivre le tournant de 1806, redéfinit et réinvente une fin de non-recevoir nouvelle et élargie, mais aussi confuse, vague et à forte teneur normative. Il s'inscrit dans une première génération d'interprètes du Code Napoléon qui, au cours des 30 années qui suivent son adoption, expriment leur désaccord avec la méthode exégétique pure qui domine déjà les facultés de droit et prônent une approche ouverte, historique et comparative²⁹⁵. En cas de silence ou d'insuffisance des textes, ils n'hésitent pas à faire appel à la notion d'équité ou aux sources de l'ancien régime. Il n'est pas surprenant, vu le triomphe en France de l'École de l'exégèse dans sa version formaliste²⁹⁶, que les idées de Lemerle y aient eu peu de répercussions. En droit québécois, le législateur n'a pas pris d'actions comparables à celles du législateur français pour rompre la filiation des fins de non-recevoir avec le droit romain et l'ancien droit français. En outre, malgré l'emprise longtemps exercée au Québec par le formalisme²⁹⁷, la culture et la pratique juridiques se sont avérées un terreau fertile à la réception des idées de Lemerle²⁹⁸. Ainsi, les fins de non-recevoir françaises et québécoises n'ont aujourd'hui en commun que le nom, ou presque.

²⁹⁵ Cf. Jean-Marie AUGUSTIN, « Les premières années d'interprétation du Code civil français (1804-1837) », dans P.-A. CÔTÉ (dir.), préc., note 47, p. 27 aux pages 37-39. Philippe-Antoine Merlin de Douai, Henri Klimrath et Athanase Jourdan et ses collaborateurs à la revue *Thémis* (1819-1831) en sont les figures les plus connues.

²⁹⁶ Michel MORIN, « Des juristes sédentaires? L'influence du droit anglais et du droit français sur l'interprétation du Code civil du Bas Canada », (2000) 60 *R. du B.* 247, 260-262.

²⁹⁷ *Id.*, 363-371.

²⁹⁸ *Infra*, par. 157 et suiv.

B. La création d'un droit commun en terre québécoise

1. 1608-1759 : Réception du droit français en Nouvelle-France

93. Aux débuts de la Nouvelle-France, le principal défi des colons est de survivre et la structure institutionnelle est simple²⁹⁹. Peu de droit formel régit la vie quotidienne³⁰⁰. Jusqu'au 18^e siècle, la conciliation et l'équité dominent la résolution de conflits³⁰¹. La réception du droit français dans la colonie et la création d'un droit commun local est un phénomène long, complexe et à géométrie variable³⁰². Sur le vieux continent, à l'aube de l'ère de l'absolutisme royal, le pouvoir fragmenté de la société féodale s'est peu à peu concentré entre les mains de la monarchie, mais le droit demeure constitué d'une pluralité de sources dominées par la coutume, à laquelle s'ajoutent droit romain, droit canonique et une doctrine naissante³⁰³. Au 16^e siècle, le français, parlé par une minorité de la population, devient langue nationale³⁰⁴. Après Jacques Cujas, le droit romain n'est plus vu comme nécessairement normatif pour l'Europe³⁰⁵. Il est le droit d'un peuple en particulier à une époque spécifique. Le droit, détachable de son contexte naturel ou religieux, est susceptible de création et de modification par l'humain³⁰⁶. La Coutume de Paris³⁰⁷, dont les origines remontent

²⁹⁹ H. Patrick GLENN, « Persuasive Authority », (1987) 32 *McGill L.J.* 261, 273.

³⁰⁰ *Id.*

³⁰¹ *Id.* Les premiers éléments d'un système judiciaire formel sont mis en place par Louis XIV en 1663 avec la création du Conseil souverain : John E.C. BRIERLEY, « Quebec's Civil Law Codification Viewed and Reviewed », (1968) 14 *McGill L.J.* 521, 522. Au sujet de l'administration de la justice pendant la période coloniale française, avant et après l'établissement du Conseil souverain en 1663, devenu le Conseil supérieur en 1702, voir Marie-Ève OUELLET, « Le conseil souverain : l'écho de la justice royale », (2013) 114 *Cap-aux-Diamants. La revue d'histoire du Québec* 10.

³⁰² H.P. GLENN, préc., note 299, 269; voir aussi Evelyn KOLISH, « The Impact of the Change in Legal Metropolis on the Development of Lower Canada's Legal System: Judicial Chaos and Legislative Paralysis in the Civil Law, 1791-1838 », (1988) 3 *C.J.L.S.* 1, 3-4.

³⁰³ David GILLES, *Essais d'histoire du droit. De la Nouvelle-France à la Province de Québec*, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 2014, p. 45, 52-53, 64-65.

³⁰⁴ J. POUMARÈDE, préc., note 259 aux pages 174-176; H. Patrick GLENN, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, 5^e éd., Oxford, O.U.P., 2014, p. 142.

³⁰⁵ H.P. GLENN, préc., note 304, p. 158; Xavier PRÉVOST, *Jacques Cujas (1522-1590): jurisconsulte humaniste*, Genève, Librairie Droz, 2015. Jacques Cujas (1522-1590) est l'un des plus célèbres représentants de l'humanisme juridique et l'auteur d'une reconstruction du *Corpus Iuris Civilis* de Justinien : voir X. PRÉVOST, préc. Au sujet du droit romain et de son influence sur les droits français et anglais, voir D. GILLES, préc., note 303, p. 17-44, 63.

³⁰⁶ H.P. GLENN, préc., note 304, p. 158.

³⁰⁷ *Coutume de la Ville, Prevoste et Vicomte de Paris: ou, droit civil parisien. Avec les commentaires de L. Charondas Le Caron, jurisconsulte parisien*, 4^e éd., Paris, Pierre Chevalier, 1605. Voir Olivier MARTIN, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, Paris, P.U.F., 1922-1930; Yves F. ZOLTVANY, « Esquisse de la Coutume de Paris », (1971) 25 *R.H.A.F.* 365, 366-367; H.P. GLENN, préc., note 299, 269; D. GILLES, préc., note 303, p. 57.

au Haut Moyen Âge, applicable sur une grande portion du territoire de la France, est mise par écrit à deux reprises, en 1510 et en 1580. L'idée d'enseigner un droit français émerge lentement, mais ne gagnera les universités qu'en 1679³⁰⁸. Au 17^e siècle, une fois l'État conceptualisé, il est vite présenté comme omnipotent et capable de se déclarer source du droit³⁰⁹. Louis XIV édicte de multiples ordonnances royales, précurseurs d'une loi nationale imposée par une autorité centrale³¹⁰. L'Ordonnance de 1667 sur la procédure civile en fait partie.

94. À leur arrivée en sol canadien, les colons continuent de suivre le droit qui leur est familier, généralement celui de la région de France dont ils sont originaires³¹¹. Après une période initiale de diversité, des efforts d'unification sont entrepris³¹². Dès 1640, la Coutume de Paris est utilisée pour les concessions de terres sur l'île de Montréal³¹³. En 1664, son adoption pour régler les droits de propriété dans l'ensemble de la colonie est formalisée par un édit royal qui rencontre peu de résistance³¹⁴. Ce droit coutumier choisi n'a pas vocation à l'exhaustivité³¹⁵. Des sources françaises et romaines le complètent et les particularités locales survivent à sa réception³¹⁶. En Nouvelle-France, la réception du droit français est volontairement partielle, négociée à la pièce³¹⁷. Elle a lieu lorsqu'une raison spécifique la motive, auquel cas le droit pertinent est examiné et, si nécessaire, adapté aux circonstances locales³¹⁸. Le droit commun de la Nouvelle-France se construit par une adhésion délibérée, modulée par un constant processus d'adaptation, au droit de la France³¹⁹. Parmi

³⁰⁸ D. GILLES, préc., note 303, p. 58.

³⁰⁹ H.P. GLENN, préc., note 304, p. 145-146; voir aussi Anthony GIDDENS, *The Nation-State and Violence*, Berkeley, U.C.P., 1987; Peter FITZPATRICK, *The Mythology of Modern Law*, London, Routledge, 1992; Karim BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2015, p. 15, 591-603.

³¹⁰ H.P. GLENN, préc., note 304, p. 142; D. GILLES, préc., note 303, p. 55-57.

³¹¹ H.P. GLENN, préc., note 299, 269.

³¹² *Id.*

³¹³ *Id.* Au sujet de la Coutume de Paris, voir Y.F. ZOLTVANY, préc., note 307.

³¹⁴ H.P. GLENN, préc., note 299, 269; F. Murray GREENWOOD, « Lower Canada (Quebec): Transformation of Civil Law, from Higher Morality to Autonomous Will, 1774-1866 », (1995) 23 *Man. L.J.* 132, 133.

³¹⁵ H.P. GLENN, préc., note 299, 269.

³¹⁶ *Id.*, 270.

³¹⁷ *Id.*; E. KOLISH, préc., note 302, 3-4.

³¹⁸ H.P. GLENN, préc., note 299, 270. Entre 1664 et 1760, environ dix pourcents des articles de la Coutume de Paris, l'Ordonnance de 1667 et la loi sur le mariage sont modifiés pour accommoder les circonstances locales : Y.F. ZOLTVANY, préc., note 307, 373; H.P. GLENN, préc., note 299, 270; D. GILLES, préc., note 303, p. 55.

³¹⁹ H.P. GLENN, préc., note 299, 270; voir aussi Louis BAUDOIN, « Les apports du Code civil du Québec », dans Edward MCWHINNEY (dir.), *Canadian Jurisprudence. The Civil Law and Common Law in Canada*, Toronto,

les auteurs français influents au Canada se trouvent Claude de Ferrière et son fils Claude-Joseph, spécialistes de la Coutume de Paris³²⁰.

95. En matière commerciale, ecclésiastique ou procédurale, des sources extérieures sont mises à contribution, selon leur disponibilité dans la colonie³²¹. En plus du droit français, lui-même éclectique, le droit canadien comprend une portion significative de droit romain, surtout en matière de contrats, et de droit canon, surtout en matière de mariage³²². Il inclut des règles tirées d'autres coutumes, la législation adoptée par les gouverneurs et les intendants de la colonie et les édits royaux³²³. Il se réfère à des jugements rendus en France et au Canada, en particulier les arrêts et les règlements du Conseil souverain, la plus haute cour coloniale³²⁴. En outre, il est presque certain que les ordonnances royales du 17^e et du début du 18^e siècle en matière de procédure, de commerce, de droit maritime, de donations et de successions sont appliquées en Amérique, quoiqu'il n'existe pas de preuve de leur adoption formelle par les autorités coloniales par enregistrement auprès du greffe du Conseil souverain³²⁵. Avec le temps, s'ajoutent des lois locales et impériales et les écrits

Carswell, 1958, p. 71 à la page 72. Certains considèrent le droit de la Nouvelle-France en « état de dépendance à l'égard d'une production intellectuelle extérieure » et voient les colons comme incapables d'« imposer des orientations propres à l'intérieur du champ juridique » : Sylvio NORMAND, « Une culture en redéfinition : la culture juridique québécoise durant la seconde moitié du XIX^e siècle », dans Bjarne MELKEVIK (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Sainte-Foy, P.U.L., 1998, p. 221 à la page 228. À l'image du professeur Glenn, nous interprétons plutôt cette réception partielle comme les débuts d'une tradition méthodologique d'évaluation et d'adoption sélective d'autorités persuasives de sources diverses dans l'élaboration du droit : voir H.P. GLENN, préc., note 299, 263.

³²⁰ Y.F. ZOLTVANY, préc., note 307, 383-384; F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 134; D. GILLES, préc., note 303, p. 58-60. Claude-Joseph a repris et continué l'œuvre de son père : *Id.*, p. 58-59. Après 1761, il s'y ajoutera Robert-Joseph Pothier, dont les ouvrages largement distribués deviendront de loin les plus cités par les tribunaux canadiens : voir notamment Michel MORIN, « Blackstone et le bijuridisme québécois, de la *Proclamation royale* de 1763 au *Code civil du Bas Canada* », dans Stéphane ROUSSEAU (dir.), *Juriste sans frontières. Mélanges Ejan Mackaay*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, p. 585.

³²¹ H.P. GLENN, préc., note 299, 270. Au sujet de l'impact de la disponibilité des ouvrages écrits sur la réception d'un droit impérial, voir G. Blaine BAKER, « The Reconstitution of Upper Canadian Legal Thought in the Late-Victorian Empire », (1985) 3 *Law Hist. Rev.* 219.

³²² F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 133.

³²³ *Id.*

³²⁴ *Id.* Au sujet du Conseil souverain, établi en 1663 et devenu le Conseil supérieur en 1702, voir M.-È. OUELLET, préc., note 301.

³²⁵ John A. DICKINSON, *Justice et justiciables : la procédure civile à la prévôté de Québec, 1667-1759*, Québec, P.U.L., 1982, p. 74; H.P. GLENN, préc., note 299, 270; F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 134.

d'avocats locaux³²⁶. Les sources consultées ne permettent pas d'établir avec certitude l'état du droit, en Nouvelle-France, à l'égard des fins de non-recevoir³²⁷.

96. Ce droit de la Nouvelle-France incarne des valeurs supérieures que le professeur Frank Murray Greenwood divise en trois catégories : l'équité dans les contrats, la relation de la famille avec ses terres traditionnelles et la protection ou le juste traitement des personnes les plus vulnérables³²⁸. L'équité contractuelle est assurée par des lois qui protègent les débiteurs et prohibent les taux d'intérêt excessifs sur les prêts³²⁹. Un écrit est nécessaire pour faire la preuve d'une dette de plus de 100 livres et le recouvrement de certaines dettes de consommation est soumis à de courts délais de prescription de six ou douze mois, alors que le délai en droit anglais est de six ans³³⁰. La lésion, si la perte dépasse certains seuils, est une cause d'annulation des transactions immobilières³³¹. La protection des personnes vulnérables est assurée notamment par l'égalité entre les membres de la famille en matière de successions, sans égard au sexe ou à l'ordre de naissance, en contraste marqué avec la primogéniture anglaise selon laquelle le fils aîné hérite de tous les immeubles³³². Elle se manifeste également par le douaire de droit coutumier, qui assure une protection viagère de l'intérêt de la veuve dans la moitié des immeubles de son mari, dont la propriété retombe par la suite aux enfants, en préférence aux créanciers ordinaires et sans possibilité de renonciation après le mariage³³³. Les droits de propriété des femmes mariées sont mieux protégés qu'en Angleterre, bien que par un régime paternaliste et autoritaire³³⁴. De façon générale, aux débuts de la Nouvelle-

³²⁶ F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 134.

³²⁷ Cela étant dit, la large diffusion des écrits de Pothier dès 1761 laisse croire que sa conception ait pu rapidement prévaloir après la Conquête : cf. F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 134; M. MORIN, préc., note 320.

³²⁸ F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 135. Voir aussi Y.F. ZOLTVANY, préc., note 307, 383.

³²⁹ F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 135.

³³⁰ En droit français : *Coutume de Paris*, préc., note 307, p. 95, art. CXXVI-CXXVII (126-127). En droit anglais : *Limitation Act 1623*, 21 James I, c. 16 (R.-U.). Voir F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 135.

³³¹ F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 135; citant R.J. POTHIER, préc., note 211, n^{os} 20-23. Le professeur Greenwood croit cependant que la lésion était peu invoquée en pratique, puisque plusieurs auteurs de l'époque n'en font pas même mention dans leurs traités : F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 135.

³³² F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 136. L'égalité n'est cependant pas assurée en ce qui concerne les fiefs, pour lesquels le fils aîné est priorisé : *Coutume de Paris*, préc., note 307, p. 13, art. XV-XVI (15-16).

³³³ F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 136. Voir à ce sujet Mireille D. CASTELLI, « Le douaire en droit coutumier ou la déviation d'une institution », (1979) 20 *C. de D.* 315.

³³⁴ Y.F. ZOLTVANY, préc., note 307, 370; F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 137.

France comme dans les jeunes années des autres colonies d'Amérique du Nord, les attitudes sont favorables aux débiteurs plutôt qu'aux créanciers³³⁵.

2. 1760-1866 : Période coloniale anglaise

i. 1760-1789 : Conquête, confusion et anglicisation

97. Avec l'arrivée des Anglais, les sources potentielles pour le droit québécois se diversifient encore davantage³³⁶. Quinze ans après la Conquête, l'*Acte de Québec*³³⁷ met fin à une période de confusion³³⁸ et restaure les lois d'origine française en matière de propriété et de droits civils, dont celles applicables en matière seigneuriale ou féodale³³⁹. Ces lois d'origine française, non encore codifiées et systématisées, ont été qualifiées d'*unwieldy mass*³⁴⁰. Les sources sont multiples, se chevauchent souvent, se contredisent parfois³⁴¹. Jusqu'en 1791, les juges locaux nommés aux deux principales cours, la Cour des plaidoyers communs pour les districts de Montréal et de Québec,

³³⁵ Evelyn KOLISH, « Imprisonment for Debt in Lower Canada, 1791-1840 », (1987) 32 *McGill L.J.* 602, 604 note 6; Peter J. COLEMAN, *Debtors and Creditors in America: Insolvency, Imprisonment for Debt, and Bankruptcy, 1607-1900*, Madison, State Historical Society of Wisconsin, 1974.

³³⁶ H.P. GLENN, préc., note 299, 271.

³³⁷ *An Act for making more effectual provision for the government of the province of Quebec in North America*, 1774, 14 Geo. III, c. 83 (R.-U.) (ci-après, « *Acte de Québec* »).

³³⁸ Après la capitulation de Montréal en 1760 et la signature du traité de Paris en 1763, la Proclamation royale de 1763 – entrée en vigueur en 1764 – introduit le droit anglais dans la colonie : *Proclamation du 7 octobre 1763* reproduite dans Adam SHORTT et Arthur G. DOUGHTY (dir.), *Archives publiques : Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, 2^e éd., Ottawa, Mulvey, imprimeur de Sa Majesté, 1921, p. 136; Michel MORIN, « Les grandes dates de l'histoire du droit québécois, 1760-1867 », dans *Actes de la XIIIe Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 293 aux pages 293-295. Au sujet de la période de confusion qui s'ensuit, voir André MOREL, « La réaction des Canadiens devant l'administration de la justice de 1764 à 1774 : une forme de résistance passive », (1960) 20 *R. du B.* 53; Michel MORIN, « Les changements de régimes juridiques consécutifs à la Conquête de 1760 », (1997) 57 *R. du B.* 689; Arnaud DECROIX, « La controverse sur la nature du droit applicable après la conquête », (2011) 56 *McGill L.J.* 489; 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 *R.D.U.S.* 259, 268-273; Michel MORIN, « Les premières controverses concernant la justice au Québec sous le régime de la Proclamation royale de 1763 », dans Jean-Philippe GARNEAU, Donald FYSON, Thierry NOOTENS et Pascal BASTIEN (dir.), *Justice et espaces publics en Occident, du Moyen Âge à nos jours*, Québec, P.U.Q., 2014, p. 147.

³³⁹ Art. 8 de l'*Acte de Québec*; F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 133; M. MORIN, préc., note 338 aux pages 295-296; M. MORIN, préc., note 338, 261-262, 292-306. La liberté de tester britannique s'ajoute toutefois au droit français : art. 10 de l'*Acte de Québec*; André MOREL, *Les limites de la liberté testamentaire dans le droit civil de la province de Québec*, Paris, L.G.D.J., 1960; et les terres concédées en vertu de la tenure anglaise demeurent régies par le droit anglais : art. 9 de l'*Acte de Québec*; John E.C. BRIERLEY, « The Co-existence of Legal Systems in Quebec: "Free and Common Socage" in Canada's "pays de droit civil" », (1979) 20 *C. de D.* 277.

³⁴⁰ F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 132.

³⁴¹ *Id.*, 133.

sont médecins, militaires, marchands ou fonctionnaires et ont souvent peu d'expérience juridique³⁴². Ces derniers continuent de se référer aux commentateurs français³⁴³. Plusieurs juges d'origine britannique et de formation de common law sont nommés et chargés d'administrer un système de justice qui leur est peu familier, et font souvent appel au droit anglais dans leurs décisions³⁴⁴. Evelyn Kolish qualifie l'attitude des représentants de la Couronne britannique dans la colonie de continuelle « *ignorance of and indifference to Canadian law and a desire to see it assimilated to English law and practice* »³⁴⁵. Le système de justice est hautement imprévisible³⁴⁶.

98. Pendant plusieurs décennies, un débat public soutenu a lieu au sujet des sources du droit³⁴⁷. Deux traditions juridiques s'affrontent dans l'arène politique et dans les salles de Cour et la magistrature se politise³⁴⁸. Les loyautés politiques sont divisées et des discussions comparatives intenses ont lieu quant aux mérites du droit anglais et du droit français dans divers domaines³⁴⁹. Ces conflits s'ajoutent aux tensions entre les élites et la bourgeoisie³⁵⁰. De l'*Acte de Québec* jusqu'à la Révolution française, alliances et divisions suivent essentiellement une logique de classes plutôt que des lignes ethniques ou linguistiques, alors que plusieurs marchands et membres de la haute société canadienne appuient leurs vis-à-vis d'origine britannique³⁵¹.

99. Selon le professeur Greenwood, l'ancien droit français était caractérisé par la primauté de la moralité, dans ses diverses acceptions, sur les désirs individuels³⁵². Cette motivation préindustrielle et féodale entre en conflit, dès la restauration du droit civil, avec les intérêts des marchands britanniques³⁵³. Les lois anglaises mettent l'accent sur l'autonomie individuelle et

³⁴² E. KOLISH, préc., note 302, 5; F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 137.

³⁴³ Jean-Maurice BRISSON, *La formation d'un droit mixte : l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, Montréal, Éditions Thémis, 1986, p. 57-58.

³⁴⁴ E. KOLISH, préc., note 302, 4; F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 138.

³⁴⁵ E. KOLISH, préc., note 302, 4.

³⁴⁶ Voir Hilda M. NEATBY, *The Administration of Justice Under the Quebec Act*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1937; F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 137; A. DECROIX, préc., note 338.

³⁴⁷ H.P. GLENN, préc., note 299, 271.

³⁴⁸ E. KOLISH, préc., note 302, 5-6; F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 138.

³⁴⁹ H.P. GLENN, préc., note 299, 271.

³⁵⁰ F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 138.

³⁵¹ *Id.*, 139-140, 143. Cette coalition se manifeste notamment dans les demandes pour un gouvernement parlementaire, stimulées, dans les années 1780, par l'immigration massive de loyalistes causée par l'indépendance étatsunienne : F. Murray GREENWOOD, *Legacies of Fear: Law and Politics in Quebec in the Era of the French Revolution*, Toronto, University of Toronto Press, 1993, p. 35-37; M. MORIN, préc., note 338 à la page 296.

³⁵² F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 132.

³⁵³ *Id.*, 132, 139.

s'affichent comme particulièrement propices au commerce, un discours repris par les marchands, qui perçoivent le droit civil comme hostile à leur endroit³⁵⁴. Cette attitude s'explique en partie par leur ignorance ou leurs préjugés envers les lois de tradition continentale, mais aussi par un désaccord au sujet des valeurs qu'elles incarnent³⁵⁵. Les marchands sont particulièrement critiques des lois qui favorisent ou protègent les débiteurs et de l'absence de registre foncier³⁵⁶. Très vite, ils obtiennent certaines concessions. En 1777, le droit anglais de la preuve est imposé en matière commerciale et l'emprisonnement de particuliers endettés envers des commerçants est introduit³⁵⁷. Cependant, les juges restreignent le champ d'application des règles de preuve anglaises et l'emprisonnement pour dettes requiert une preuve de fraude ou de risque imminent de fuite du débiteur, contrairement à la situation en droit anglais³⁵⁸. En 1785, le procès devant jury est permis en matière de délits et de contrats entre marchands et a lieu si l'une des parties en fait la demande, mais demeure exclu dans les autres cas³⁵⁹.

100. Les marchands font grand cas de l'incertitude des lois gouvernant les échanges commerciaux et de la conduite non-professionnelle de la magistrature³⁶⁰. Ils se plaignent d'inconduite judiciaire,

³⁵⁴ *Id.* Paradoxalement, le droit commercial anglais pour lequel militaient les commerçants anglophones est sans doute le moins « anglais » de tous les domaines de la common law : voir H.P. GLENN, préc., note 299, 271.

³⁵⁵ F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 139-140.

³⁵⁶ *Id.*

³⁵⁷ *Ordonnance pour établir des cours de judicature dans la province de Québec*, S.O.Q. 1777, 17 Geo. III, c. 1 et *Ordonnances pour régler la procédure dans les cours de judicature civile de la province de Québec*, S.O.Q. 1777, 17 Geo. III, c. 2, reproduites dans A. SHORTT et A.G. DOUGHTY (dir.), préc., note 338, p. 668, 671. Voir en général E. KOLISH, préc., note 82, 222; F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 140; Rosalie JUKIER, « The Impact of Legal Traditions on Quebec Procedural Law: Lessons from Quebec's New Code of Civil Procedure », (2015) 93 *R. du B. can.* 211. En réalité, l'emprisonnement pour dettes avait existé en droit français, entre 1566 et 1667, et subsistait dans certains cas exceptionnels : Y.F. ZOLTVANY, préc., note 307, 377. Pour une étude de l'emprisonnement pour dettes comme illustration de l'évolution du recouvrement des créances dans la colonie, voir E. KOLISH, préc., note 335. Elle constate qu'entre 1760 et 1840, les Canadiens français sont en faveur de larges pouvoirs de saisie et de vente en justice, alors que les commerçants britanniques défendent leur droit de recourir à la contrainte par corps pour se prémunir contre la fraude. L'emprisonnement pour dettes est partiellement aboli en 1849 : *An Act to Abolish Imprisonment for Debt, and for the Punishment of Fraudulent Debtors, in Lower-Canada, and for Other Purposes*, S.P.C. 1849, 12 Vict., c. 42, mais demeure admis dans certaines circonstances, qui seront codifiées (art. 2271-2277 C.c.B.C). Il disparaît, sauf en cas d'outrage au tribunal, lors de l'adoption de l'article 1 C.p.c. (1965). Voir aussi P.J. COLEMAN, préc., note 335 (histoire juridique de l'emprisonnement pour dettes et de la faillite aux États-Unis).

³⁵⁸ E. KOLISH, préc., note 335, 607; F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 140.

³⁵⁹ *Ordinance to regulate the proceedings in the Courts of Civil Judicature, and to establish Trials by Juries in actions of a Commercial nature and Personal Wrongs to be compensated in damages*, S.O.Q. 1785, 25 Geo. III, c. 2, art. 9, reproduite dans A. SHORTT et A.G. DOUGHTY (dir.), préc., note 338, p. 765; F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 140.

³⁶⁰ Les treize volumes de l'enquête de 1787 sur l'administration de la justice dans la colonie menée par le juge en chef William Smith, qui regorgent de plaintes variées, le révèlent : F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 140.

de délais excessifs, de jugements non motivés, de contradiction entre les décisions, d'auditions arbitrairement refusées, de partisanerie dans le cadre d'auditions *ex parte* et de favoritisme de la magistrature envers les hautes classes sociales³⁶¹. La Cour d'appel juge parfois selon le droit canadien et parfois selon le droit anglais, selon l'affiliation politique des juges³⁶². À la Cour des plaidoyers communs de Montréal, un juge insistait pour juger de toute affaire selon la Coutume de Paris, même pour les questions de preuve d'une transaction commerciale, alors qu'un autre prétendait n'avoir aucun besoin de connaître le droit français, puisqu'il jugeait selon sa conscience³⁶³. Peu après sa nomination comme juge en chef, dans un arrêt *Gray v. Grant* de 1786, William Smith interprète l'*Acte de Québec* comme signifiant que tout litige entre sujets d'origine britannique est régi par le droit anglais³⁶⁴. Sa décision implique que le Parlement britannique aurait, par l'*Acte de Québec*, rétabli le principe archaïque de la personnalité des lois, aux dépens de leur territorialité³⁶⁵. La Cour des plaidoyers communs refuse catégoriquement de suivre ce précédent et les renversements en appel deviennent fréquents³⁶⁶. L'influence de cette doctrine sera de courte durée : elle ne survivra pas à la mort de Smith en 1793³⁶⁷.

*ii. 1789-1838 : Chaos judiciaire et paralysie législative*³⁶⁸

101. La Révolution américaine, la Révolution française et les guerres franco-anglaises ont un impact majeur sur le Canada français et son droit³⁶⁹. En 1791, l'*Acte constitutionnel* crée le Haut et le Bas-Canada et transforme le système politique³⁷⁰. Selon le professeur Jean-Pierre Wallot, entre 1791 et 1815, le Canada français, « *which had not emerged from the American Revolution*

³⁶¹ *Id.*, 140-141.

³⁶² E. KOLISH, préc., note 302, 5; F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 141.

³⁶³ F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 141. Le juge Edward Southouse aurait dit alors qu'il siégeait que « *he had no occasion for a knowledge of French law [...] as his conscience [...] guided his judgments* ».

³⁶⁴ *Id.*

³⁶⁵ *Id.*, 141-142.

³⁶⁶ *Id.*, 142.

³⁶⁷ *Id.*, 142, note 45.

³⁶⁸ L'expression est celle de E. KOLISH, préc., note 302.

³⁶⁹ Jean-Pierre WALLOT, « Religion and French-Canadian Mores in the Early Nineteenth Century », (1971) 52 *Can. Hist. Rev.* 51; F.M. GREENWOOD, préc., note 351.

³⁷⁰ *A Bill to Repeal certain Parts of an Act, passed in the fourteenth year of His Majesty's reign, intituled « An Act for making more effectual provision for the government of the Province of Quebec in North America », and to make further Provision for the Government of the said Province, S.O.Q. 1791, 31 Geo. III, c. 31 (R.-U.)* (ci-après « *Acte constitutionnel* »), reproduit dans A. SHORTT et A.G. DOUGHTY (dir.), préc., note 338, p. 1013; voir M. MORIN, préc., note 338 aux pages 296-298.

unscathed, experience[s] in a kaleidoscopic fashion the stirrings of the French Revolution, the establishment of a hope-raising but unworkable colonialist parliamentary system, the unnerving pressure of the United States, the growing strain between conflicting nationalisms, and an economic restructuring »³⁷¹. La population canadienne française, plutôt conservatrice et catholique, bien que pas particulièrement pieuse, a une réaction hostile devant le caractère sanglant de la Révolution française, ses tendances laïques et les changements sociaux radicaux qu'elle provoque³⁷². De l'autre côté, les élites anglaises craignent l'influence de la France révolutionnaire sur la population francophone³⁷³. Alors que débute le 19^e siècle, les tensions sociales et politiques se sont presque entièrement reconfigurées autour d'un axe ethnolinguistique³⁷⁴.

102. Le Parti canadien (Parti patriote dès 1826), auparavant ouvert à la modernisation du droit, se recentre sur la protection des lois et coutumes traditionnelles, qu'il défend avec vigueur, voire avec rigidité³⁷⁵. L'avocat Pierre-Stanislas Bédard, à la tête du parti de 1801 à 1812, et ses partisans adoptent une rhétorique qui lie la continuité du droit privé à la survie de la culture canadienne française³⁷⁶. Ils commencent à parler de l'« édifice » bien construit du droit civil, dont l'intégrité structurelle doit être préservée³⁷⁷, un discours auquel le Parti anglais répond par des critiques

³⁷¹ J.-P. WALLOT, préc., note 369, 52.

³⁷² Au sujet de la réaction à la Révolution française, voir F.M. GREENWOOD, préc., note 351. Au sujet de la relation complexe, et parfois paradoxale, des Canadiens français avec la religion catholique, voir J.-P. WALLOT, préc., note 369, 76-80. Le clergé catholique, appauvri et plongé dans l'insécurité par la Conquête, fait face à des attaques des autorités impériales avec qui il négocie une indépendance partielle, précaire et conditionnelle, mais il maintient une influence telle sur la population que Londres sera éventuellement forcé de le reconnaître officiellement : *Id.*, 53-63.

³⁷³ Au sujet des craintes des Canadiens anglais, voir F.M. GREENWOOD, préc., note 351.

³⁷⁴ Voir *Id.*; F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 144.

³⁷⁵ F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 143, 145, 147.

³⁷⁶ *Id.*, 145.

³⁷⁷ *Id.* En 1809, l'avocat et député du Parti canadien Denis-Benjamin Viger décrit le droit civil canadien comme empreint de beauté, de sagesse et de simplicité majestueuse et le journal *Le Canadien* louange le pamphlet de Viger comme une œuvre d'érudition magistrale et une lecture essentielle pour les Canadiens : Denis-Benjamin VIGER, *Considérations sur les effets qu'ont produit en Canada, la conservation des établissements du pays, les moeurs, l'éducation, etc. de ses habitants et les conséquences qu'entraîneraient leur décadence par rapport aux intérêts de la Grande Bretagne*, Montréal, Brown, 1809; *Le Canadien*, 11 mars 1809; voir F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 146.

acerbes³⁷⁸. L'identité canadienne française commence à se définir par son opposition à ce qui est anglais, y compris le droit³⁷⁹.

103. En plus de ces tensions identitaires, les transformations de l'économie font pression en faveur de la commercialisation du droit, particulièrement au cours de la première moitié du 19^e siècle. L'économie préindustrielle de la colonie se diversifie, les sociétés par actions se multiplient et les premières institutions financières voient le jour³⁸⁰. La croissance démographique et l'immigration britannique sont fortes³⁸¹. Les théories d'Adam Smith et de Jeremy Bentham dominent les discours, aux dépens des prétentions morales traditionnelles sur lesquelles reposaient les écrits des juristes français préévolutionnaires³⁸². Les germes de la dialectique opposant Agriculture et Commerce apparaissent³⁸³. Dans les années 1830, une crise économique et des famines soulèvent la colère dans la population³⁸⁴. Louis-Joseph Papineau, chef du Parti patriote alors que se prépare la rébellion (1815-1837), fait la promotion d'une société agricole et pastorale de fermiers libres et égaux, s'oppose à la commercialisation du droit et pourfend le capital de risque, les banques, le commerce du bois et la British American Land Company, incorporée en 1833 et propriétaire de nombreux terrains dans les Cantons de l'Est³⁸⁵.

104. En plus des affrontements dans les journaux, les pamphlets et les discours politiques, les partisans du Parti patriote et du Parti anglais croisent le fer au Parlement du Bas-Canada. Les mêmes réformes y sont sans cesse proposées et rejetées, dans une lutte constante entre l'Assemblée législative, chambre basse élue et à majorité francophone, et le Conseil législatif, chambre haute non élue et à majorité anglophone³⁸⁶. Les principaux objets de discorde concernent le régime

³⁷⁸ Un haut placé du Parti anglais, Ross Cuthbert, publie une réponse à Viger dans laquelle il ridiculise l'« édifice de clarté » comme une construction moyenâgeuse, désordonnée et tombée en ruines : Ross CUTHBERT, *An Apology for Great Britain, in allusion to a pamphlet intituled « Considerations, etc. par un Canadien, M.P.P. »*, Québec, Neilson, 1809, p. 8; voir F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 146.

³⁷⁹ Au sujet de l'émergence des identités canadienne-française et canadienne-anglaise dans les décennies suivantes, particulièrement entre 1837 et 1867, voir Michel DUCHARME, « Se souvenir de demain : réflexions sur l'édification des mémoires collectives au Canada-Uni », (2006) 7 *Mens* 9.

³⁸⁰ E. KOLISH, préc., note 82, 225; E. KOLISH, préc., note 335, 632.

³⁸¹ E. KOLISH, préc., note 82, 225.

³⁸² F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 132.

³⁸³ *Id.*, 147; citant Donald G. CREIGHTON, *The Empire of the St. Lawrence*, Toronto, Macmillan, 1956, c. 6, 10.

³⁸⁴ F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 154; M. MORIN, préc., note 338 à la page 298.

³⁸⁵ F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 147-148.

³⁸⁶ E. KOLISH, préc., note 302, 6; F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 146.

seigneurial, les hypothèques, l'établissement d'un registre foncier, le recouvrement des créances et l'introduction d'une loi sur la faillite³⁸⁷. Kolish a qualifié cette période de 1805 jusqu'aux rébellions de 1837-1838 de « paralysie législative » d'un droit figé dans le temps, coincé au milieu de conflits politiques qui empêchent tout changement d'envergure³⁸⁸.

105. Malgré la professionnalisation de la magistrature après l'*Acte constitutionnel* de 1791, les reproches d'imprévisibilité dans l'administration de la justice fusent de toute part et se poursuivront jusqu'à la codification³⁸⁹. Les critiques visent les sources multiples et contradictoires du droit, la nature archaïque de la Coutume de Paris, la quasi-absence de recueils publiés de décisions judiciaires, la duplicité des avocats et le fonctionnement de la Cour d'appel qui mène à de nombreux renversements en raison des rivalités régionales³⁹⁰. De plus, au cours des décennies 1800 et 1810, une guerre ouverte fait rage à propos des règles de procédure pour l'administration de la justice, entre l'Assemblée législative dominée par le Parti canadien et une magistrature majoritairement anglaise³⁹¹. Les juges en chef Sewell et Monk sont d'avis que la Conquête a éliminé la procédure canadienne – y compris l'Ordonnance de 1667, que l'*Acte de Québec* n'a restauré que le droit matériel et que les cours sont compétentes pour promulguer de véritables codes de procédure³⁹². Agissant sur ces présomptions, en 1809 et en 1811, ils adoptent un ensemble complet de règles fondées sur le modèle de Westminster pour la Cour d'appel et la Cour du Banc du Roi des districts de Québec et de Montréal³⁹³. Cela soulève la colère du Parti canadien et en 1814, l'Assemblée législative vote pour destituer les juges en chef, mais la destitution est rejetée par le Conseil privé et la procédure anglaise, conservée³⁹⁴.

³⁸⁷ E. KOLISH, préc., note 82; E. KOLISH, préc., note 335; E. KOLISH, préc., note 302, 7-9; F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 146.

³⁸⁸ E. KOLISH, préc., note 302, 6; voir aussi F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 145-147.

³⁸⁹ Jean-Pierre WALLOT, « Plaintes contre l'administration de la justice (1807) », (1966) 19 *R.H.A.F.* 551; F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 148.

³⁹⁰ F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 148. La Cour d'appel était présidée tour à tour par le juge en chef du district de Montréal et celui de Québec, chacun se plaisant à renverser les jugements provenant du district de l'autre : E. KOLISH, préc., note 302, 10.

³⁹¹ J.-M. BRISSON, préc., note 343, p. 58-65; E. KOLISH, préc., note 302, 14-16; F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 150.

³⁹² F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 150-151.

³⁹³ J.-M. BRISSON, préc., note 343, p. 59-60; E. KOLISH, préc., note 302, 14; F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 151.

³⁹⁴ Robert CHRISTIE, *A History of the Late Province of Lower Canada, Parliamentary and Political, from the Commencement to the Close of Its Existence as a Separate Province*, t. 2, Montréal, Worthington, 1866, p. 255-258; J.-M. BRISSON, préc., note 343, p. 60-61; F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 151.

106. Les francophones reprochent à la magistrature anglaise, largement majoritaire jusqu'en 1836, son ignorance du droit civil, voire sa volonté expresse d'anglicisation du droit³⁹⁵. Si l'anglicisation de la procédure est remarquable, d'autres domaines, dont le droit de la preuve, témoignent du phénomène³⁹⁶. Il est difficile d'évaluer le degré d'anglicisation du droit matériel, en l'absence de publication de l'ensemble des décisions. Selon le professeur Greenwood, les jugements « anglicisants » abondaient et leur autorité a éventuellement été affaiblie par la codification³⁹⁷. Les commentaires des juges³⁹⁸ et des politiciens³⁹⁹ de l'époque sont éloquentes à ce sujet⁴⁰⁰. En 1836, l'Assemblée législative, dirigée par Papineau, enquête sur des accusations contre plusieurs juges anglais qui auraient déclaré ne rien vouloir connaître du droit civil ou qui refusaient simplement de l'appliquer⁴⁰¹. Dr Kolish conclut de son étude sur les causes et les effets du maintien d'une magistrature majoritairement britannique pendant cette période que « *the gradual introduction of judges with legal training did not significantly reduce the state of judicial chaos, but rather increased it to the point where a Canadian judge almost despaired of seeing order emerge except at the price of adopting English civil laws* »⁴⁰². En plus du climat économique et politique, les

³⁹⁵ F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 148-149. Les juges anglais auront un poids considérable encore par la suite.

³⁹⁶ En 1809, dans une affaire *Pozer v. Meiklejohn*, le juge en chef Sewell étend la portée du droit anglais de la preuve en matière commerciale aux transactions d'affaires des artisans et des boutiquiers : E. KOLISH, préc., note 302, 14; F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 150.

³⁹⁷ F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 149. Le professeur Morin, pour sa part, présente une vision plus positive de la jurisprudence de l'époque : Michel MORIN, « La perception de l'ancien droit et du nouveau droit français au Bas-Canada, 1774-1866 », dans H. Patrick GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 1.

³⁹⁸ En 1820, Pierre-Stanislas Bédard, devenu juge provincial à Trois-Rivières, écrit que vu la tendance, bientôt, à l'exception de la tenure et des héritages, ses compatriotes n'auraient que des lois civiles anglaises, tant sur la forme que sur la substance : E. KOLISH, préc., note 302, 16; citant la correspondance de Bédard à Neilson, 1^{er} juillet 1820.

³⁹⁹ En 1814, John Richardson, homme d'affaires et politicien né en Écosse, alors membre du Conseil exécutif, affirme que la réalisation phare des cours de justice depuis 1792 est l'amalgamation sobre et judicieuse de la science juridique française avec les principes de droit anglais : F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 149; citant la correspondance de Richardson à Sewell, 21 février 1814.

⁴⁰⁰ Dans les années 1820, la magistrature et le gouvernement se lancent même dans des efforts pour éliminer l'usage du français dans les brefs. En 1824, James Stuart, à la veille d'être nommé procureur général, explique que « [...] *the sole use of the English language in all writs, records and written proceedings in His Majesty's Courts of Justice [...] would be productive of the best effects, in contributing to anglify the country* » : E. KOLISH, préc., note 302, 16; voir aussi F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 151-152, 156.

⁴⁰¹ James Kerr, juge de la Cour du Québec, d'origine écossaise et ayant pratiqué à Londres avant d'émigrer, aurait déclaré que le droit canadien était « *unworthy of an English judge* », et alors qu'il siégeait, que « *he did not know what the law of Lower Canada might be, as applicable* » au dossier devant lui : E. KOLISH, préc., note 302, 23 note 46. John Fletcher, juge provincial pour les Cantons de l'Est, a été dénoncé pour mépriser le droit canadien en général et rejeter les règles françaises de la preuve même dans les affaires non commerciales : *Id.*

⁴⁰² E. KOLISH, préc., note 302, 17.

débats sur l'administration de la justice et les tensions entre droit anglais et droit civil canadien contribuent à l'agitation qui mène aux insurrections de 1837-1838⁴⁰³.

107. Exceptions et fins de non-recevoir sont, à cette époque, essentiellement des catégories procédurales. Une compilation de jurisprudence canadienne publiée en 1872 reprend et traduit une « dissertation » de 1810 par le juge en chef Sewell sur les plaidoiries écrites au Bas-Canada, tirée d'une affaire *Forbes v. Atkinson*, qui expose la classification qui prévaut :

« [...] Les plaidoyers sont celles des plaidoiries qui contiennent la défense; ils sont tantôt négatifs, tantôt affirmatifs. [...] **on nomme un plaidoyer négatif défense au fonds**, parce qu'il nie et sape le fonds de la demande, telle que exposée dans la déclaration, **contrairement au plaidoyer affirmatif, que l'on nomme exception** [...], parce qu'il n'attaque pas le fonds de la demande exposée dans la déclaration, mais qu'il allègue un ou plusieurs faits nouveaux et se fonde entièrement sur eux pour faire retarder ou congédier la poursuite [...]. »⁴⁰⁴

108. Dès l'assignation à comparaître, le défendeur peut proposer des fins de non-procéder qui doivent être jugées de manière préliminaire, afin de déterminer si le défendeur est tenu de répondre à l'assignation⁴⁰⁵. Toutes les fins de non-procéder sont des exceptions, puisqu'elles sont des plaidoyers affirmatifs⁴⁰⁶. Plus précisément, elles sont des « exceptions préliminaires »⁴⁰⁷ et elles se divisent en exceptions déclinatoires, dilatoires et à la forme⁴⁰⁸. En cas d'échec des fins de non-procéder, l'instance va de l'avant et le défendeur doit présenter ses plaidoyers au mérite, défenses ou exceptions⁴⁰⁹. La défense au fond allègue l'insuffisance en fait ou en droit de la déclaration du demandeur, alors que l'exception requiert l'allégation et la preuve de faits nouveaux⁴¹⁰. Les

⁴⁰³ Les 92 résolutions qui rassemblent les revendications des Patriotes, adoptées par l'Assemblée législative du Bas-Canada le 21 février 1834, reflètent leurs préoccupations à l'égard du droit et de l'administration de la justice : *Chambre d'assemblée, vendredi, 21 février 1834 – Quatre-vingt-douze résolutions proposées à la Chambre d'assemblée*, coll. BAnQ numérique, Québec, s.é., 1834, en ligne : <<http://numerique.banq.qc.ca/patrimoine/details/52327/2983482>> (consulté le 16 avril 2020). Voir aussi F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 155-156.

⁴⁰⁴ SEWELL, « Dissertation sur les plaidoiries dans le Bas-Canada », dans Alphonse LUSIGNAN, *Jurisprudence canadienne : index analytique des décisions judiciaires rapportées de 1864 à 1871*, Montréal, Franc-Parleur, 1872, p. 1 à la page 3.

⁴⁰⁵ *Id.* à la page 4.

⁴⁰⁶ *Id.* à la page 5.

⁴⁰⁷ *Id.* à la page 7.

⁴⁰⁸ *Id.* aux pages 5-6.

⁴⁰⁹ Devant une défense, le demandeur produira une réplique; devant une exception, il produira une réponse, à laquelle le défendeur pourra rétorquer à son tour par une réplique : *Id.* à la page 3; citant *Ordinance to regulate the proceedings in the Courts of Civil Judicature, and to establish Trials by Juries in actions of a Commercial nature and Personal Wrongs to be compensated in damages*, S.O.Q. 1785, 25 Geo. III, c. 2, art. 13.

⁴¹⁰ *Id.* à la page 7.

exceptions présentées à cette étape « tendent en droit à exclure pour toujours l'action du demandeur, ou à l'écarter jusqu'à ce que les obstacles qu'elles soulèvent aient disparu » et sont donc qualifiées d'« exceptions péremptoires en droit », « du latin *perimere*, éteindre, détruire », pour les distinguer des exceptions préliminaires qui n'ont pas cet effet⁴¹¹.

109. Selon Sewell, les exceptions péremptoires, « comme l'*exceptio* de la loi romaine et comme le plaidoyer en chancellerie », ne rendent jamais nécessaire l'examen du mérite des faits allégués par le demandeur⁴¹². Cependant, les moyens nouveaux qu'elles exposent peuvent être soit étrangers, soit rattachés au mérite de la demande et aux faits sur lesquels elle se fonde. En cela, les exceptions péremptoires en droit se divisent en fins de non-recevoir et en fins de non-valoir⁴¹³. Les premières, comme la prescription extinctive, « allèguent des moyens suffisants en droit (que les faits de la déclaration soient vrais ou faux) pour autoriser en faveur du défendeur un jugement qui renvoie l'action » et font voir « que la Cour ne peut légalement recevoir le demandeur à poursuivre le procès qu'il a intenté »⁴¹⁴. Les secondes, comme le terme non échu, la transaction ou la chose jugée, présentent des moyens qui « admettent et confessent nécessairement les faits de la déclaration », mais justifient néanmoins de débouter le demandeur en faisant voir qu'il ne peut se prévaloir de sa cause d'action⁴¹⁵. Plus proches de la vision de Pothier et Denisart que de celle de Lemerle, fins de non-recevoir et de non-valoir apparaissent comme des catégories de plaidoyers permis par la loi, de nature purement procédurale et qui ne font pas appel à l'équité. Comme nous le verrons, la distinction entre fins de non-recevoir et fins de non-valoir sera vite oubliée et ces dernières, confondues avec les premières⁴¹⁶.

⁴¹¹ *Id.*

⁴¹² *Id.* à la page 9.

⁴¹³ *Id.* à la page 10; citant P. BORNIER, préc., note 179. Par ailleurs, les exceptions péremptoires sont de deux classes, les perpétuelles et les temporaires : SEWELL, préc., note 404 à la page 8. Toutes deux détruisent l'action, mais l'étendue de leur effet dans le temps varie : *Id.* à la page 9. Sewell compare cette distinction avec celle entre exceptions *perpetuae* et *temporales* en droit romain (*Infra*, par. 65) et avec celle entre *abatement* (ou *temporary bar*) et *bar* (ou *perpetual bar*) en droit anglais : *Id.* Cependant, en droit romain, toutes les exceptions péremptoires étaient perpétuelles. Le droit canadien tempérait cette rigueur par la dissociation des deux caractéristiques.

⁴¹⁴ SEWELL, préc., note 404 à la page 10; citant P. BORNIER, préc., note 179.

⁴¹⁵ SEWELL, préc., note 404 à la page 10; citant P. BORNIER, préc., note 179.

⁴¹⁶ *Infra*, par. 198.

iii. 1838-1866 : Commercialisation, libéralisation et déclin de l'équité

110. Après les révoltes, de 1838 à 1841, le Conseil spécial du Bas-Canada remplace l'Assemblée législative et se lance dans la commercialisation du droit privé⁴¹⁷. Des officiers et marchands anglais et des Canadiens modérés opposés à Papineau contrôlent le Conseil spécial, non élu⁴¹⁸. En 1839, il impose une loi sur la faillite modelée sur le droit anglais⁴¹⁹ et en 1841, il rend obligatoire la publication des titres et de la majorité des sûretés, modifie le régime des hypothèques et permet aux femmes mariées de renoncer au douaire du droit coutumier⁴²⁰.

111. L'époque du Canada-Uni⁴²¹, qui s'ouvre en 1841, correspond à la fin de la première Révolution industrielle en Amérique du Nord, caractérisée par un développement ferroviaire et manufacturier rapide, et à la naissance de l'économie de marché⁴²². L'activité commerciale s'intensifie⁴²³. Soudainement, après plusieurs décennies de relative immobilité, les législateurs se préoccupent des compagnies, des assurances, des banques, de la monnaie et des faillites et ils adoptent une multitude de lois particulières pour stimuler et encadrer l'économie nouvelle⁴²⁴. En 1847, au grand bonheur des marchands anglais, les courts délais de prescription de la Coutume de

⁴¹⁷ *An Act to Make Temporary Provisions for the Government of Lower Canada*, 1838, 1 & 2 Vict., c. 9 (R.-U.), modifié par *An Act to amend an Act of the last Session of Parliament for making Temporary Provisions of the Government of Lower Canada*, 1839, 2 & 3 Vict., c. 53 (R.-U.); voir F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 158; M. MORIN, préc., note 338 aux pages 298-299.

⁴¹⁸ F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 158.

⁴¹⁹ *Ordonnance concernant les Banqueroutiers, et l'administration et la distribution de leurs effets, et de leurs biens*, O.C.B.C. 1839, 2 Vict., c. 36; voir E. KOLISH, préc., note 82, 233.

⁴²⁰ *Ordonnance pour prescrire et régler l'enregistrement des Titres aux Terres, Ténements, et Héritages, Biens Réels ou Immobiliers, et des Charges et Hypothèques sur iceux; et pour le changement et l'amélioration, sous certains rapports, de la Loi relativement à l'Aliénation et l'Hypothèque des Biens Réels, et des Droits et intérêts acquis en iceux*, O.C.B.C. 1841, 4 Vict., c. 30; voir F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 158.

⁴²¹ Voir *An Act to re-unite the Provinces of Upper and Lower Canada, and for the government of Canada*, 1840, 3 & 4 Vict., c. 35 (R.-U.), reproduit à L.R.C. 1985, App. II, n° 4, qui réalise l'union des deux Canadas et crée les provinces du Canada-Ouest et du Canada-Est. Selon son article 46, « le droit de chacune des anciennes provinces demeure en vigueur jusqu'à ce qu'il soit modifié par une loi du Canada-Uni » : M. MORIN, préc., note 338 aux pages 299-300.

⁴²² Jean HAMELIN, *Histoire économique du Québec, 1851-1896*, Montréal, Fides, 1971; F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 158.

⁴²³ J. HAMELIN, préc., note 422, p. 351, 357.

⁴²⁴ F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 159. Le délaissement progressif de l'emprisonnement pour dettes en faveur d'un régime global d'insolvabilité résulterait de la dépersonnalisation et de la mise en réseau des relations de crédit provoquée par l'industrialisation et la croissance de l'industrie financière : E. KOLISH, préc., note 335, 631-632; P.J. COLEMAN, préc., note 335.

Paris sont abolis et remplacés par les six ans anglais⁴²⁵. Plusieurs changements ne font qu'ajouter au droit en place pour légiférer sur des phénomènes nouveaux. D'autres, comme la marchandisation de la monnaie et de l'immobilier⁴²⁶, assimilés à de simples produits ou objets d'échange, représentent des transformations profondes, en rupture avec les valeurs morales reflétées par le droit antérieur⁴²⁷.

112. L'Église enseignait depuis longtemps que faire fructifier son argent par intérêt était péché et ce dogme se manifestait, en droit québécois, par la nullité de tout contrat au taux d'intérêt supérieur à six pourcents et la sanction du prêteur par la confiscation du triple du principal⁴²⁸. Au début du 19^e siècle, cette règle est de plus en plus contestée dans la communauté d'affaires⁴²⁹. Dans les années 1840, son non-respect est courant et devant les tribunaux, juges et jurys tendent à ignorer les protestations des emprunteurs, perçus comme des personnes au tempérament suspect qui tentent de faire usage d'artifices pour échapper à leur parole⁴³⁰. Les adversaires de la prohibition de l'usure invoquent les écrits de Bentham et l'exemple de l'Angleterre et avancent comme motifs de réforme la liberté contractuelle, l'attraction de capital étranger, la disponibilité de liquidités pour les prêts spéculatifs et la baisse des taux d'intérêt grâce à la diminution des risques pour les prêteurs⁴³¹. Ils font face à une opposition vive – mais qui faiblit peu à peu – de la population canadienne française, parmi laquelle les fermiers, généralement débiteurs, sont nombreux⁴³². Les lois civiles sur l'usure sont assouplies en 1853, puis abolies en 1858, sauf exceptions⁴³³.

⁴²⁵ *An Act to repeal a certain Act therein mentioned, and to make better provision for the Limitation of Actions in Lower Canada*, S.P.C. 1847, 11 Vict., c. 11. Cf. *Limitation Act 1623*, 21 James 1, c. 16 (R.-U.); *Civil Procedure Act 1833*, 3 & 4 Will. IV, c. 42 (R.-U.). F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 159.

⁴²⁶ *An act for the abolition of feudal rights and duties in Lower Canada*, S.P.C. 1854, 18 Vict., c. 3 (abolition du système seigneurial avec compensation); *An Act for settling the Law concerning Lands held in Free and Common Socage in Lower Canada*, S.P.C. 1857, 20 Vict., c. 45; *An Act respecting the final abolition of Feudal Rights and Duties*, S.P.C. 1860, 23 Vict., c. 60. Polanyi, dans son analyse de la naissance de l'économie de marché, désigne le travail, les terres et la monnaie comme des marchandises fictives (*fictitious commodities*), puisqu'il s'agit non pas de biens produits pour être consommés, mais de fondements de la vie sociale que l'économie de marché traite comme des marchandises : Karl POLANYI, *The Great Transformation*, Boston, Beacon Press, [1944] 1957; voir aussi Jean-Michel SERVET, « L'institution monétaire de la société selon Karl Polanyi », (1993) 44 *Rev. écon.* 1127.

⁴²⁷ F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 159-160.

⁴²⁸ J.-P. WALLOT, préc., note 369, 73; F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 161.

⁴²⁹ F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 162.

⁴³⁰ *Id.*

⁴³¹ *Id.*

⁴³² *Id.*, 166-167.

⁴³³ *An Act to modify the Usury Laws*, S.P.C. 1853, 16 Vict., c. 80; *An Act to amend the Laws of this Province regulating the Rate of Interest*, S.P.C. 1858, 22 Vict., c. 85; *Id.*, 162.

113. Quoique certains demeurent soucieux de préserver les valeurs traditionnelles, la plupart des changements sont soutenus par les élites canadiennes françaises et l'opinion populaire qui voient d'un œil favorable les promesses de la nouvelle économie de marché⁴³⁴. Les intérêts stratégiques des politiciens francophones les poussent à s'allier avec leurs collègues anglophones et à s'éloigner de leurs prédécesseurs des années 1820 et 1830 et de leur aversion pour le commerce⁴³⁵. La bourgeoisie francophone, qui croît à une vitesse fulgurante avec la multiplication des occasions d'affaires, milite en faveur de ces mesures qui s'alignent avec ses intérêts économiques⁴³⁶.

114. Dès 1846, une voix s'élève pour demander la codification et la modernisation du droit civil et l'effacement des vestiges de l'époque féodale et autres restrictions injustes à la liberté de l'industrie, du commerce et des contrats⁴³⁷. La multiplication des lois et des décisions judiciaires, publiées dans les *Lower Canada Reports* à partir de 1850⁴³⁸, ne réduit en rien la confusion et les tensions qui règnent dans le droit canadien⁴³⁹. Le Code Napoléon de 1804 et dans une moindre mesure le Code bilingue adopté par la Louisiane en 1825 peuvent servir d'exemples pour une codification⁴⁴⁰. D'ailleurs, plaideurs et juges se réfèrent couramment, devant les tribunaux québécois, au Code Napoléon et à ses commentateurs⁴⁴¹. Depuis son adoption, la doctrine sur la

⁴³⁴ *Id.*, 163.

⁴³⁵ *Id.*, 163-165.

⁴³⁶ *Id.*, 165.

⁴³⁷ ANONYME, « De la codification des lois du Canada », (1846) 1 *R. de L.* 337; voir J.E.C. BRIERLEY, préc., note 301, 530-531. Le professeur Brierley croit que Cartier en est peut-être l'auteur.

⁴³⁸ J.E.C. BRIERLEY, préc., note 301, 534-535. Au sujet du développement de l'activité éditoriale juridique au Québec, voir Sylvio NORMAND, « Profil des périodiques juridiques québécois au XIX^e siècle », (1993) 34 *C. de D.* 153.

⁴³⁹ S. NORMAND, préc., note 319 aux pages 222-223. Voir les citations rapportées par André MOREL, « L'émergence du nouvel ordre juridique instauré par le Code civil du Bas-Canada (1866-1890) », dans P.-A. CÔTÉ (dir.), préc., note 47, p. 49 à la page 52.

⁴⁴⁰ *An Act to provide for the Codification of the Laws of Lower Canada relative to Civil matters and Procedure*, S.P.C. 1857, 20 Vict., c. 43 (ci-après, « *Loi de codification* »), préambule et art. 7; J.E.C. BRIERLEY, préc., note 301, 540-542. Au sujet de l'émergence du concept de codification et de l'histoire des idées et pratiques qui lui sont associées, voir Yves CARTUYVELS, « L'idéal de la codification. Étapes et développements avant le 19^e siècle », (1993) 31 *Rev. interdiscipl. ét. jur.* 85. Il distingue « trois étapes structurantes de l'idéal de la codification dont le dépassement progressif va permettre l'avènement des grandes codifications “modernes” du 19^e siècle », d'abord (1) « un idéal juridique de *compilation ordonnée* des sources déjà présent à l'époque romaine », à partir duquel (2) « se développent des projets de *consolidation* étatique du droit à l'époque moderne », et enfin, (3) « à partir de 1750 en Europe, le principe d'un *code systématique et réformateur* qui pose les fondements de cet idéal qualitatif de la codification qu'on louera dans les codes napoléoniens et qui fera la célébrité d'un Jeremy Bentham » : *Id.*, 4.

⁴⁴¹ A. MOREL, préc., note 439 aux pages 52, 56-57; voir aussi J.E.C. BRIERLEY, préc., note 301, 539-540; J.-M. BRISSON, préc., note 343, p. 143.

Coutume de Paris s'amenuise⁴⁴². Il est également devenu nécessaire de traduire des règles de droit civil qui ne sont pas disponibles en anglais, langue du quart de la population, et des règles de droit commercial pour lesquelles aucune version française n'existe⁴⁴³. Des motivations politiques, avec la création prochaine du Canada, s'ajoutaient peut-être à ces motifs techniques⁴⁴⁴.

115. En 1857, le système judiciaire est réorganisé selon un modèle plus décentralisé⁴⁴⁵. La même année, Georges-Étienne Cartier lance le processus de codification⁴⁴⁶. Une commission de trois membres est établie : René-Édouard Caron, juge à la Cour d'appel, Augustin-Norbert Morin, juge à la Cour supérieure, et Charles Dewey Day, juge à la Cour supérieure⁴⁴⁷. Leur mission est double : la codification des lois civiles et la production d'un code de procédure⁴⁴⁸. La consigne législative est de recenser le contenu des règles générales et permanentes du droit du Bas-Canada pour toutes les matières civiles, commerciales ou non, et de les distiller dans un code unique, tout en recommandant des amendements lorsqu'approprié, le résultat final devant inclure un texte dans les deux langues⁴⁴⁹. Selon le professeur John Brierley, les commissaires ont recours à plus de 350 sources, dont les principales sont la Coutume de Paris, les Œuvres de Pothier, le droit romain et, lorsqu'il reprend le droit ancien, le Code Napoléon⁴⁵⁰. Ce dernier sert d'inspiration pour le plan

⁴⁴² *Loi de codification*, préambule; J.E.C. BRIERLEY, préc., note 301, 538-540.

⁴⁴³ *Loi de codification*, préambule; J.E.C. BRIERLEY, préc., note 301, 535-538.

⁴⁴⁴ Thomas MCCORD, *Synopsis of the changes in the law effected by the Civil Code of Lower Canada*, Ottawa, Desbarats, 1866, p. 1-2; J.E.C. BRIERLEY, préc., note 301, 527-533.

⁴⁴⁵ *An Act to Amend the Judicature Acts of Lower Canada*, S.P.C. 1857, 20 Vict., c. 44; J.E.C. BRIERLEY, préc., note 301, 522.

⁴⁴⁶ *Loi de codification*. Voir L. BAUDOUIN, préc., note 319 à la page 74; J.-M. BRISSON, préc., note 343, p. 117; F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 167. Voir aussi Sylvio NORMAND, « La codification de 1866 : contexte et impact », dans H.P. GLENN, préc., note 397; Brian YOUNG, *The Politics of Codification. The Lower Canadian Civil Code of 1866*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1994; John W. CAIRNS, *Codification, Transplants and History. Law Reform in Louisiana (1808) and Quebec (1866)*, Clark, New Jersey, Talbot Publishing, 2015.

⁴⁴⁷ *Loi de codification*, art. 1. F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 169.

⁴⁴⁸ *Loi de codification*, art. 4-5.

⁴⁴⁹ *Loi de codification*, art. 4, 6, 7, 9, 15; J.E.C. BRIERLEY, préc., note 301, 542-543; A. MOREL, préc., note 439 aux pages 53, 58.

⁴⁵⁰ J.E.C. BRIERLEY, préc., note 301, 552, 558; voir aussi Pierre-Gabriel JOBIN, « L'influence de la doctrine française sur le droit civil québécois : Le rapprochement et l'éloignement de deux continents », (1992) 44 *R.I.D.C.* 381, 382. Le droit romain, exalté par certains comme « plus beau monument [...] que l'esprit humain ait jamais élevé à la science du Droit », a une influence encore considérable : « Du droit du Bas-Canada », (1861) 1 *L'Observateur* 8 tel que cité par S. NORMAND, préc., note 319 à la page 223. Les codificateurs consultent aussi des lois adoptées pour la Nouvelle-France, des décisions judiciaires locales et françaises, d'autres coutumes, d'autres auteurs français, le Code civil louisianais de 1825, des auteurs britanniques et américains, la common law, quelques auteurs canadiens, le Code civil du royaume de Sardaigne et le droit du canton suisse de Vaud : J.E.C. BRIERLEY, préc., note 301, 545-552.

de l'ouvrage, son degré d'abstraction et la formulation de nombreux articles⁴⁵¹. Le résultat de ce travail est une compilation bilingue de 2615 articles⁴⁵². Le projet de loi est introduit au début de l'année 1865 et après quelques modifications, est adopté pour entrer en vigueur le 1^{er} août 1866⁴⁵³.

116. Le Code de procédure civile du Bas-Canada, amalgame de droit anglais et français, est adopté la même année⁴⁵⁴. Avant la codification, les règles de pratique des cours et de multiples lois et ordonnances d'inspiration anglaise avaient modifié et en partie remplacé l'Ordonnance de 1667; néanmoins, les écrits de Jousse et de Pigeau continuaient de faire autorité⁴⁵⁵. Le code, plus proche d'une compilation que d'une codification⁴⁵⁶, unifie des sources dispersées et clarifie le droit, mais opère peu de changements majeurs⁴⁵⁷. Il élimine d'anciennes catégories et divise simplement les exceptions en exceptions préliminaires et péremptoires⁴⁵⁸. La « contestation en cause »⁴⁵⁹ se divise en exceptions préliminaires⁴⁶⁰ – déclinatoires, dilatoires et à la forme – et en « contestation au

⁴⁵¹ L. BAUDOUIN, préc., note 319 aux pages 79-80; J.E.C. BRIERLEY, préc., note 301, 543; F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 173.

⁴⁵² *Code civil du Bas Canada : 1^{er} au 7^e rapports et rapport supplémentaire*, Québec, Desbarats, 1865.

⁴⁵³ *Code civil du Bas-Canada*, d'après le rôle déposé au bureau du greffier du Conseil législatif en conformité avec *An Act respecting the Civil Code of Lower Canada*, S.P.C. 1865, 29 Vict., c. 41 (ci-après, « C.c.B.C. »); J.E.C. BRIERLEY, préc., note 301, 526. Voir aussi A. MOREL, préc., note 439 à la page 58.

⁴⁵⁴ *Code de procédure civile du Bas-Canada*, d'après le rôle déposé au bureau du greffier du Conseil législatif en conformité avec *An Act respecting the Code of Civil Procedure of Lower Canada*, S.P.C. 1866, 29 & 30 Vict., c. 25 (ci-après, « C.p.c. (1866) »). Voir Gonzalve DOUTRE, *Les lois de la procédure civile dans la province de Québec*, Montréal, Senécal, 1867-1869; J.-M. BRISSON, préc., note 343, p. 120-142, 156-157. Ce code organise l'administration de la justice de manière largement similaire au modèle retenu par les autres provinces : *Dans l'affaire: Renvoi à la Cour d'appel du Québec portant sur la validité constitutionnelle des dispositions de l'article 35 du Code de procédure civile qui fixent à moins de 85 000 \$ la compétence pécuniaire exclusive de la Cour du Québec et sur la compétence d'appel attribuée à la Cour du Québec*, 2019 QCCA 1492, par. 146 [Renvoi : compétence de la Cour du Québec]. Au sujet de l'histoire de la procédure civile québécoise, voir S. Axel-Luc HOUNTOHOTÉGBÉ, « De l'ombre à la lumière : l'hypothèse de la renaissance de la filiation romano-germanique de la procédure civile québécoise », (2015) 60 *McGill L.J.* 215.

⁴⁵⁵ J.-M. BRISSON, préc., note 343, p. 58, 136.

⁴⁵⁶ *Id.*, p. 159-160, 162.

⁴⁵⁷ Gonzalve DOUTRE, *Les lois de la procédure civile dans la province de Québec*, t. 1, Montréal, Senécal, 1867, p. xxiii-liv; J.-M. BRISSON, préc., note 343, p. 120-142, 153-162.

⁴⁵⁸ Gonzalve DOUTRE, *Les lois de la procédure civile dans la province de Québec*, t. 2, Montréal, Senécal, 1869, n° 130, p. 58.

⁴⁵⁹ Art. 107 et suiv. C.p.c. (1866)

⁴⁶⁰ Art. 107-112 C.p.c. (1866)

mérite»⁴⁶¹. Lors de la contestation au mérite, le défendeur peut faire valoir trois sortes d'exceptions péremptoires : la litispendance, la non-échéance et l'extinction totale ou partielle⁴⁶².

117. Pendant le processus de codification, des figures nationalistes décrivent le droit français révolutionnaire et son entreprise de modernisation, perçue comme une menace à la religion, aux coutumes et à l'identité des Canadiens français⁴⁶³. Ils réclament le maintien de la filiation du contenu du futur code avec le droit français de l'ancien régime. Dans les faits, leurs craintes s'avèrent en partie injustifiées, puisque les codificateurs, conformément aux instructions du législateur, favorisent la préservation du droit ancien⁴⁶⁴ – un droit que les générations suivantes seront elles aussi, pendant près d'un siècle, réticentes à amender⁴⁶⁵. Le Canada français emprunte au Code Napoléon sa forme, mais rejette sa substance lorsqu'elle diverge des valeurs locales ou des règles en place, particulièrement en droit de la famille⁴⁶⁶. La déférence envers la Coutume de Paris est vantée comme une démonstration de la pureté et de la fidélité du droit québécois à ses origines et son inspiration chrétienne⁴⁶⁷. En outre, le Code civil du Bas-Canada, contrairement au Code Napoléon qui s'était expressément dissocié du passé juridique prérévolutionnaire, n'a pas

⁴⁶¹ Art. 136-147 C.p.c. (1866)

⁴⁶² Art. 136 C.p.c. (1866) (« 1. La litispendance; 2. Les moyens résultant de ce que le terme apposé à l'action n'est pas échu, ni la condition arrivée; 3. Les moyens qui ont éteint l'action ou réduit le droit réclamé par le demandeur »); G. DOUTRE, préc., note 458, n° 130, p. 58. L'extinction inclut une série d'exceptions prévues par le C.c.B.C., c'est-à-dire les exceptions de paiement, de novation, de remise, de compensation, de confusion, d'impossibilité, de jugement d'annulation ou de rescision, de condition résolutoire ou de terme, de prescription extinctive ou acquisitive, résultant de la mort du créancier ou du débiteur, de subrogation, résultant des impenses, résultant d'une sûreté antérieure, de division et plusieurs autres, trop nombreuses pour être énumérées : *Id.*, nos 134-151, p. 59-66.

⁴⁶³ F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 175; citant une série d'articles publiée par Joseph-Édouard Lefebvre de Bellefeuille dans la revue nationaliste et catholique *Revue canadienne*. Au sujet des débats, en France, sur l'esprit de la réforme – révolutionnaire ou bourgeois – voir : Jean-François NIORT, « Retour sur “l'esprit” du Code civil des Français », dans C. GAUVARD (dir.), préc., note 259, p. 121.

⁴⁶⁴ *Loi de codification*, art. 4, 6 et 9; J.E.C. BRIERLEY, préc., note 301, 543-544, 566; F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 174-176. Au sujet des changements, voir T. MCCORD, préc., note 444. Selon le professeur Cartuyvels, la temporalité d'un code est partagée entre « une temporalité [...] anticipative », « tournée vers l'avenir », qui cherche à codifier une loi nouvelle « universelle et immortelle », et une temporalité rétroactive, « une raison historique qui se méfie des mirages de l'abstraction » et des réformes et cherche à codifier le droit existant : Y. CARTUYVELS, préc., note 440, 29.

⁴⁶⁵ Voir Michel MORIN, « Entre fidélité et rupture : la tradition et le droit civil québécois », dans Benoît MOORE et Brigitte LEFEBVRE (dir.), *Les grandes valeurs*, Montréal, Éditions Thémis, 2019, p. 163 aux pages 187-188.

⁴⁶⁶ J.E.C. BRIERLEY, préc., note 301, 558; F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 173, 176-177.

⁴⁶⁷ Sylvio NORMAND, « Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : la sauvegarde de l'intégrité du droit civil », (1987) 32 *McGill L.J.* 559, 570.

l'ambition d'énoncer le droit de façon exclusive⁴⁶⁸. L'ancien droit n'est pas abrogé; il est simplement remplacé dans les cas de duplication ou d'incompatibilité avec le nouveau code, lequel peut être complété par les sources anciennes en cas de silence ou d'ambiguïté⁴⁶⁹. Les juristes continueront de s'appuyer sur le droit français en droit privé et sur la *common law* d'Angleterre, du Canada et des États-Unis en droit public, et poursuivront l'utilisation plus qu'occasionnelle, quoique contestée, de chacune de ces sources dans le domaine attribué à l'autre⁴⁷⁰.

118. Entre 200 et 260 articles contiennent du droit nouveau⁴⁷¹. La plupart des changements visent (1) à clarifier des sources confuses ou contradictoires en retenant les solutions les plus commodes en pratique, (2) à simplifier certaines formes de transactions et (3) à moderniser lorsque les conditions socio-économiques le justifient⁴⁷². À la lumière des mutations de l'économie et de l'avancée du capitalisme, propriété privée et liberté contractuelle sont redessinées⁴⁷³. Le législateur élimine les dernières restrictions de l'époque féodale, étend la liberté testamentaire, consacre la liberté de contracter et l'affranchit des restrictions de la moralité, dans le but exprimé de faciliter les relations commerciales et d'accroître le bien-être matériel de la communauté⁴⁷⁴. L'intégrité du contrat est érigée en principe fondamental chargé de garantir la stabilité sociale autrefois assurée par les règles de propriété et de succession liant familles et terres⁴⁷⁵. En ligne directe avec les idées d'Adam Smith et de David Ricardo, les parties contractantes, quel que soit leur pouvoir relatif de négociation, sont maîtres d'écrire la loi applicable entre elles. Elles sont libres de toute notion

⁴⁶⁸ J.E.C. BRIERLEY, préc., note 301, 556-557, 565; H.P. GLENN, préc., note 299, 293; S. NORMAND, préc., note 467, 570; F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 173.

⁴⁶⁹ Art. 2613 C.c.B.C. (plus tard 2712 C.c.B.C.); J.E.C. BRIERLEY, préc., note 301, 557-558; H.P. GLENN, préc., note 299, 293; F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 173. Il n'interdit pas non plus d'employer une décision judiciaire comme source de droit : H.P. GLENN, préc., note 299, 293. La différence entre le Québec et la France à ce sujet, en réalité, est sans doute moindre que plusieurs l'ont laissé entendre : M. MORIN, préc., note 296, 275-276.

⁴⁷⁰ H.P. GLENN, préc., note 299, 294.

⁴⁷¹ T. MCCORD, préc., note 444, p. 38-39; J.E.C. BRIERLEY, préc., note 301, 570.

⁴⁷² F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 174-175; voir aussi T. MCCORD, préc., note 444, p. 4, 23.

⁴⁷³ T. MCCORD, préc., note 444, p. 5; L. BAUDOIN, préc., note 319 à la page 83; J.E.C. BRIERLEY, préc., note 301, 568-570; F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 178.

⁴⁷⁴ T. MCCORD, préc., note 444, p. 5, 7, 9, 11; F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 178.

⁴⁷⁵ T. MCCORD, préc., note 444, p. 4-5; voir aussi F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 179.

d'équité imposée *a posteriori* par les juges, vue comme incertaine, arbitraire et dangereuse⁴⁷⁶. De façon générale, les codificateurs se fient à la sagesse inhérente de la règle du laissez-faire⁴⁷⁷.

119. Cette philosophie se manifeste dans le nouveau droit des obligations⁴⁷⁸. Les tribunaux n'ont plus la discrétion de diminuer le montant prévu par une clause pénale⁴⁷⁹. La lésion entre adultes est abolie, au motif qu'elle est une institution désuète qui n'a pas sa place dans un pays où l'immobilier fait l'objet de spéculation sur une base quotidienne et qu'il n'y a pas de raison de libérer un adulte des conséquences de sa propre imprudence⁴⁸⁰. L'abolition de la prohibition de l'usure est maintenue⁴⁸¹. Il est précisé deux fois plutôt qu'une que les engagements des cautions sont transmissibles à leurs héritiers, afin d'écarter sans équivoque le droit romain et certaines coutumes françaises qui prévoyaient la fin des obligations de la caution avec son décès⁴⁸². La protection de l'équité et de la famille passe au second plan⁴⁸³. Les penseurs de l'époque en sont conscients et certains s'y opposent avec vigueur, mais sans succès : le consentement des parties devient la règle dans presque tous les cas⁴⁸⁴.

120. Les profonds changements que connaît le droit civil québécois, de 1774 à 1866, l'extirpent de ses anciennes morales pour le tourner vers la valorisation de l'autonomie de la volonté individuelle, particulièrement dans les domaines liés au monde des affaires⁴⁸⁵. Les normes morales contraignantes disparaissent de l'univers contractuel⁴⁸⁶. La solidarité envers les débiteurs et les

⁴⁷⁶ F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 179. Le juge Day voit l'altération des stipulations claires d'un contrat par l'application d'une « *uncertain equity* » comme un mal définitif : J.E.C. BRIERLEY, préc., note 301, 569; F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 180. Voir aussi G. DOUTRE, préc., note 458, p. vii-x.

⁴⁷⁷ T. MCCORD, préc., note 444, p. 11-12; F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 181.

⁴⁷⁸ T. MCCORD, préc., note 444, p. 11-14.

⁴⁷⁹ Art. 1076 C.c.B.C.; T. MCCORD, préc., note 444, p. 12; J.E.C. BRIERLEY, préc., note 301, 569-570; F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 179-180.

⁴⁸⁰ Art. 1012 C.c.B.C.; J.E.C. BRIERLEY, préc., note 301, 569; F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 179.

⁴⁸¹ Art. 1785 C.c.B.C. (prêt avec intérêt et taux de l'intérêt légal).

⁴⁸² Art. 1030, 1937 C.c.B.C.; art. 2017 C.c.fr. Voir *Soucisse*, préc., note 7, 349.

⁴⁸³ F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 180.

⁴⁸⁴ Voir François-Maximilien BIBAUD, « Observations sur le projet de code canadien », dans *Exégèse de jurisprudence*, s.l., s.n., s.d., p. 7 à la page 16, au sujet de l'abolition de la lésion entre majeurs : « J'espère bien que la législature rejettera cette suggestion déshonnête, car c'est par le droit naturel [...] que l'égalité est requise dans les contrats commutatifs [...]. Les commissaires [...] veulent que, comme aux États-Unis, on puisse acquérir d'une manière valide ce qui vaut mille louis pour un dollar! J'admire la présomption de trois légistes canadiens qui ont entrepris de dénaturer tout ce que la sagesse collective des siècles a sanctionné. »

⁴⁸⁵ F.M. GREENWOOD, préc., note 314, 132, 175-182.

⁴⁸⁶ *Id.*, 181-182.

plus vulnérables laisse place à une valorisation des créanciers et de leur contribution à la croissance économique. La table est mise pour un siècle de jurisprudence dédiée à la protection de l'intégrité des contrats contre ceux qui tentent de les contester et la porte est ouverte à l'usage de concepts du droit anglais pour y arriver.

Section II – Origines proximales : l'émergence d'un mécanisme hybride au sein d'un droit national mixte

A. La période post-codification (1867-1920)

1. La lente transformation de la culture juridique

121. En 1867, l'Acte de l'Amérique du Nord britannique crée le Dominion du Canada et au Québec, le long processus de construction d'un droit national débute⁴⁸⁷. Le droit colonial devient droit national⁴⁸⁸. Au fil de cette transformation de la culture juridique dans la province, qui durera plusieurs décennies, le droit se professionnalise, ses sources sont hiérarchisées et il est redéfini comme science⁴⁸⁹. La transmission des savoirs juridiques s'institutionnalise dans les facultés de droit⁴⁹⁰ et les perceptions des praticiens face à leur profession changent : leur art devient une « science positive »⁴⁹¹ et leur métier, une profession⁴⁹². À terme, un droit « ordonné, logique et prévisible » affirmera « son autonomie à l'égard du champ politique à la faveur d'un mouvement de modernisation des institutions, accompagné d'un renouvellement des élites »⁴⁹³.

122. Dès la fin du 19^e siècle, l'idée d'un droit national contraignant gagne en popularité⁴⁹⁴ et avec lui, celle d'utiliser le droit à des fins nationales, voire nationalistes⁴⁹⁵. Cette impulsion est vigoureuse au Québec, où « [l]es tentatives d'assimilation des Canadiens français à la société anglaise, par une certaine élite anglaise de Londres, du Haut-Canada et même du Bas-Canada, depuis la conquête, [restent] fraîches à la mémoire »⁴⁹⁶. Le discours dominant martèle qu'une population culturellement distincte a besoin de son droit propre comme moyen de démarcation, sinon comme condition de survie⁴⁹⁷. La sauvegarde du droit civil est liée à celle de la langue

⁴⁸⁷ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.). Voir, en général, S. NORMAND, préc., note 319.

⁴⁸⁸ *Id.* à la page 222.

⁴⁸⁹ *Id.*; M. MORIN, préc., note 296, 272.

⁴⁹⁰ S. NORMAND, préc., note 319 aux pages 231, 235.

⁴⁹¹ G. DOUTRE, préc., note 458, p. vi; David HOWES, « From Polyjurality to Monojurality: The Transformation of Quebec Law, 1875-1929 », (1987) 32 *McGill L.J.* 523, 549-550; S. NORMAND, préc., note 319 à la page 224.

⁴⁹² S. NORMAND, préc., note 319 à la page 224.

⁴⁹³ *Id.* aux pages 221, 223.

⁴⁹⁴ H.P. GLENN, préc., note 299, 291.

⁴⁹⁵ *Id.*

⁴⁹⁶ P.-G. JOBIN, préc., note 450, 388.

⁴⁹⁷ H.P. GLENN, préc., note 299, 291.

française et de la foi catholique⁴⁹⁸. Il doit à tout prix être protégé contre les influences étrangères, particulièrement anglaises, mais aussi contre la modernité à la française⁴⁹⁹. Ce nationalisme juridique gagnera en force au 20^e siècle⁵⁰⁰.

123. Par la codification, la loi a remplacé la coutume et l'action législative prend une portée nouvelle⁵⁰¹. La capacité de l'État à dire le droit est reconnue⁵⁰². Voix du pouvoir, elle est placée au cœur du droit et au sommet de l'organisation de l'État et de la société, chargée d'assurer sa stabilité et sa protection⁵⁰³. Des juristes se félicitent de la fin du règne de l'équité et de la vaste discrétion qu'elle accordait aux juges, en faveur du règne la loi : l'équité est « un vestige d'une société révolue » et sa disparition, un progrès dans la lutte contre l'arbitraire⁵⁰⁴.

124. Au tournant du siècle, cependant, plusieurs facteurs de résistance entravent la construction d'un droit purement national et le Code mettra quelques décennies à surpasser ces obstacles afin de s'imposer comme droit commun. La priorité de la loi, parmi les sources plurielles du droit civil, ne se transpose pas immédiatement dans la pratique judiciaire⁵⁰⁵ : selon une étude du professeur André Morel, jusque vers 1885, les juges continuent de se référer en premier lieu à la doctrine plutôt que d'interpréter les dispositions d'un code qu'ils ignorent même parfois entièrement⁵⁰⁶. En

⁴⁹⁸ P.-G. JOBIN, préc., note 450, 389.

⁴⁹⁹ *Id.*, 388. Cf. S. NORMAND, préc., note 467, 562-562.

⁵⁰⁰ H.P. GLENN, préc., note 299, 291.

⁵⁰¹ Voir A. MOREL, préc., note 439 à la page 54 : « Ainsi et d'un seul coup, la loi occupait toute la place comme source créatrice de droit. Elle était exclusive; elle était omniprésente. »

⁵⁰² Voir Y. CARTUYVELS, préc., note 440, 26-27, au sujet des liens entre le concept de code et le paradigme « du monopole de la légalité étatique comme mode de régulation des rapports juridiques » : « À la multiplicité complexe des réseaux de pouvoirs et à la parcellisation des souverainetés régionales ou locales de l'Ancien Régime, l'État absolutiste substitue peu à peu un rapport de souveraineté hiérarchique, vertical et linéaire. L'État tend à s'imposer comme détenteur unique d'une souveraineté sans partage sur un territoire unifié, alors que la loi s'affirme comme le bras privilégié de l'autorité publique dans cette redistribution centralisatrice des rapports de pouvoir. » Voir aussi S. NORMAND, préc., note 319 à la page 224.

⁵⁰³ G. DOUTRE, préc., note 458, p. vii-x; S. NORMAND, préc., note 319 à la page 225. Selon le professeur Morel, le C.c.B.C. « inaugurerait une ère nouvelle qui allait être celle de l'hégémonie de la loi » : A. MOREL, préc., note 439 à la page 63. Voir aussi Y. CARTUYVELS, préc., note 440, 26-27.

⁵⁰⁴ G. DOUTRE, préc., note 458, p. vii-x; S. NORMAND, préc., note 319 à la page 225.

⁵⁰⁵ D. HOWES, préc., note 491, 526-532; A. MOREL, préc., note 439 à la page 54; Raymonde CRÊTE, « Aspects méthodologiques de la jurisprudence québécoise en droit commercial à la fin du XIX^e siècle », (1993) 34 *C. de D.* 219, 243; S. NORMAND, préc., note 319 à la page 225.

⁵⁰⁶ A. MOREL, préc., note 439 aux pages 53-60. Voir aussi François LANGELIER, *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 1905, p. x (« Une grande partie des erreurs que l'on trouve dans les décisions de nos tribunaux, provient de ce qu'on néglige trop les textes pour suivre les opinions des commentateurs

outre, la pratique est bien ancrée chez les juges et les juristes de faire appel à la common law dans l'interprétation du droit civil⁵⁰⁷. Les plaideurs, « à la recherche d'autorités favorables à leurs clients, [citent] indistinctement des décisions de common law à propos de règles d'origine civile »⁵⁰⁸. Le droit de la preuve est d'inspiration principalement anglaise, et les règles de preuve anglaise demeurent applicables à titre supplétif dans les matières commerciales⁵⁰⁹. Par ailleurs, le Conseil privé et la Cour suprême soutiennent l'uniformisation du droit. Les juges du Conseil privé à Londres sont peu familiers avec le droit civil et sa méthodologie. Ils tendent à interpréter le code de manière littérale et restrictive, comme une loi particulière, et refusent de se référer à la doctrine et aux travaux des codificateurs⁵¹⁰. La Cour suprême du Canada, établie en 1875, entend ses premières causes en 1876 et commence à siéger en sessions régulières en 1877⁵¹¹. À ses débuts, elle favorise l'imposition d'un droit canadien homogène, d'inspiration rationnelle et en grande partie emprunté de l'étranger⁵¹². L'objectif d'uniformisation du droit privé poursuivi par la Cour suprême⁵¹³, dont elle ne se cache pas⁵¹⁴, se déploie à deux échelles : d'une part, à l'intérieur du Canada, et d'autre part, à travers le monde occidental, particulièrement en droit commercial⁵¹⁵.

du Code Napoléon »); S. NORMAND, préc., note 319 aux pages 226-227. Pour certains auteurs, le Code n'est qu'une source parmi d'autres : D. HOWES, préc., note 491, 531. Pour d'autres, cette vision doit être nuancée, puisque le code et les rapports des codificateurs, ainsi que l'intégrité du droit civil, sont déjà perçus comme important : M. MORIN, préc., note 296, 280-302, 348-376.

⁵⁰⁷ H.P. GLENN, préc., note 299, 293. Le droit commercial continue de s'appuyer sur des sources étrangères, principalement anglo-américaines : R. CRÊTE, préc., note 505, 243-245. La professeure Crête cite notamment, en droit des compagnies : *Compagnie de Villas du Cap Gibraltar v. Hughes*, (1884) 11 R.C.S. 537; *Common v. McArthur*, (1898) 29 R.C.S. 239; en droit bancaire : *Bank of Toronto v. Perkins*, (1883) 8 R.C.S. 603; en droit de la preuve : *Munn v. Lewis Berger & Sons*, (1884) 10 R.C.S. 512.

⁵⁰⁸ P.-G. JOBIN, préc., note 450, 390; voir aussi H.P. GLENN, préc., note 299, 290; R. CRÊTE, préc., note 505, 249-250.

⁵⁰⁹ Art. 1206 C.c.B.C.; L. BAUDOUIN, préc., note 319 aux pages 85-86.

⁵¹⁰ Pierre-Basile MIGNAULT, « L'avenir de notre droit civil », (1923) 1 *R. du D.* 104, 107-110; S. NORMAND, préc., note 467, 581; M. MORIN, préc., note 296, 293-302. Voir *Despatie v. Tremblay*, [1921] 1 A.C. 702 (C.J.C.P.). Les tribunaux inférieurs ont cependant refusé de lui emboîter le pas : M. MORIN, préc., note 296, 358.

⁵¹¹ Voir Michael J. HERMAN, « The Founding of the Supreme Court of Canada and the Abolition of the Appeal to the Privy Council », (1976) 8 *Ottawa L. Rev.* 7.

⁵¹² H.P. GLENN, préc., note 299, 290. Les professeurs Howes et Jobin parlent d'« éclectisme » : D. HOWES, préc., note 491, 542; P.-G. JOBIN, préc., note 450, 390. Le professeur Morin nuance cette qualification : M. MORIN, préc., note 296, 280-302.

⁵¹³ Voir Pierre AZARD, « La Cour suprême du Canada et l'application du droit civil de la province de Québec », (1965) 43 *R. du B. can.* 553; J.-L. BAUDOUIN, préc., note 50; Reynald BOULT, « Aspects des rapports entre le droit civil et la common law dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada », (1975) 53 *R. du B. can.* 738; R. CRÊTE, préc., note 505, 243-245; Louis LEBEL et Pierre-Louis LE SAUNIER, « L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada », (2005) 47 *C. de D.* 179.

⁵¹⁴ Voir par exemple *Robert*, préc., note 130, 362-364.

⁵¹⁵ P.-G. JOBIN, préc., note 450, 390-391.

Selon la professeure Crête, l'uniformisation n'était « pas une fin en soi, mais plutôt un moyen de trouver des guides conformes à l'idéologie dominante marquée par le libéralisme économique », qui poussait les juges à retenir les sources qui protègent le consensualisme, « la sécurité des transactions » et « les impératifs du commerce »⁵¹⁶. Pendant plusieurs décennies, la jurisprudence des tribunaux inférieurs oscille entre la résignation « à suivre les précédents britanniques » et la révolte « contre les décisions du Conseil Privé ou de la Cour Suprême, lorsqu'elles [affichent] une tendance à interpréter les textes du Code suivant les normes de la politique sociale anglaise »⁵¹⁷.

125. En 1895, Mignault publie *Le droit civil canadien* en neuf tomes, premier grand ouvrage de la doctrine québécoise, modelé sur l'œuvre de Mourlon en droit français⁵¹⁸. Pendant longtemps, « [l]es écrits des auteurs québécois présentent [...] une forte dépendance à l'endroit des auteurs européens ou américains qui leur servent souvent d'inspiration ou de modèles »⁵¹⁹. Lentement, le droit québécois affirme sa spécificité et la production doctrinale prend son envol⁵²⁰. Avec la reconnaissance de la centralité du Code et la montée en force de l'idée de l'État-nation⁵²¹, les instruments du positivisme juridique formel sont en place. Le temps est venu de fermer la porte aux sources justifiées par leur force de persuasion et d'élever un ensemble de lois locales complet, distinctif et unificateur⁵²². La jurisprudence est appelée à tenir « un rôle complémentaire », pour

⁵¹⁶ R. CRÊTE, préc., note 505, 250-251.

⁵¹⁷ L. BAUDOUIN, préc., note 319 à la page 87.

⁵¹⁸ Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien, basé sur les « Répétitions écrites sur le code civil » de Frédéric Mourlon avec revue de la jurisprudence de nos tribunaux*, Montréal, Théoret, 1895. Voir P.-G. JOBIN, préc., note 450, 385.

⁵¹⁹ S. NORMAND, préc., note 319 à la page 230; citant « Bibliographie », (1898) 1 *R. du N.* 336, 346.

⁵²⁰ R.A. MACDONALD, préc., note 50; S. NORMAND, préc., note 438; S. NORMAND, préc., note 319 aux pages 229-230. Cf. Jean-Joseph BEAUCHAMP, *Répertoire général de jurisprudence canadienne*, t. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 1914, p. x-xi : « Notre Droit national est à se former. Nos tribunaux sont appelés, tous les jours, à se prononcer sur des questions nouvelles que font naître l'agglomération de notre peuple, et une immigration rapide venant de tous les pays. [...] Un jour nous aurons un corps de Droit national homogène probablement composé de Droit français, anglais, américain et de nos Coutumes, coordonnés avec les inaltérables principes du Droit commun, et éclairés par nos anciennes Ordonnances françaises, dans lesquelles ont puisé toutes les nations de l'Europe et de l'Amérique. »

⁵²¹ A. GIDDENS, préc., note 309; Charles-Albert MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 29-52; K. BENYKHELF, préc., note 309, p. 27-36, 591-603.

⁵²² H.P. GLENN, préc., note 299, 290; Y. CARTUYVELS, préc., note 440, 26-27. Voir aussi A. MOREL, préc., note 439 à la page 62. Voir, en France : J. POUMARÈDE, préc., note 259 à la page 176 (au sujet de la rencontre de la « Loi » et de la « Nation »).

circonscrire la loi et combler ses lacunes, sans la contredire⁵²³. De la codification découle la hiérarchisation de la loi, de la jurisprudence et de la doctrine comme sources du droit privé⁵²⁴ : « la loi édicte le droit, la jurisprudence l'applique et la doctrine l'explique »⁵²⁵. Dans cette centralité de la loi, un formalisme nouveau, inscrit dans une logique d'exégèse, prendra racine⁵²⁶.

2. Les ancêtres de l'arrêt *Soucisse* : *laches* et *waiver*

126. C'est au cœur de cette période charnière d'un droit qui se cherche que nous retrouvons la trace des sources judiciaires les plus anciennes auxquelles remonte la généalogie de l'arrêt *Soucisse*, d'abord à Londres, devant le Conseil privé, puis à Ottawa, devant la Cour suprême. Ces décisions révèlent l'importance cruciale qu'ont eu les concepts du droit anglais dans l'émergence de la fin de non-recevoir contemporaine.

127. En 1874 et en 1875, deux arrêts sont rendus en anglais par le Conseil privé dans des affaires québécoises de droit des obligations. Dans l'affaire *Guyon*, le Conseil privé confirme le refus des tribunaux inférieurs d'annuler une transaction immobilière pour fraude et lésion au-delà de la moitié du juste prix⁵²⁷. L'époux séparé en biens de Dame Marguerite Roy avait orchestré des machinations pour lui faire vendre, en 1846, un immeuble qui lui appartenait en propre. Un peu moins de dix ans plus tard, en 1856, M. Guyon, ayant-cause de Dame Roy pour avoir acquis ses droits litigieux, intente une action pour annuler la vente. Entre-temps, en 1852, le grand incendie de Montréal avait fait augmenter considérablement la valeur du terrain et le défendeur y avait investi des sommes importantes⁵²⁸. Le droit du Bas-Canada applicable à l'affaire était fondé sur la Coutume de Paris⁵²⁹. Le Conseil privé, qui ne réfère à aucune source, conclut que Dame Roy aurait

⁵²³ S. NORMAND, préc., note 319 à la page 227. Ce n'est qu'au 20^e siècle, avec la large diffusion de ses arrêts, que la jurisprudence québécoise dépassera la doctrine en importance dans les raisonnements juridiques : A. MOREL, préc., note 439, par. 62.

⁵²⁴ A. MOREL, préc., note 439 à la page 62; S. NORMAND, préc., note 319 aux pages 224-225. Voir aussi Y. CARTUYVELS, préc., note 440, 27.

⁵²⁵ S. NORMAND, préc., note 319 à la page 227.

⁵²⁶ Voir David HOWES, « La domestication de la pensée juridique québécoise », (1989) 13 *Anthrop. & Soc.* 103; M. MORIN, préc., note 296, 359-371.

⁵²⁷ *Guyon*, préc., note 138 (source de niveau III de l'arrêt *Soucisse*). L'action a été rejetée par la Cour supérieure et ce jugement a été confirmé en appel. Le juge de première instance et les cinq juges de la Cour du Banc de la Reine ont rejeté l'argument de lésion, mais deux juges dissidents en appel ont conclu que la fraude avait été établie.

⁵²⁸ *Id.*, 107.

⁵²⁹ *Id.*, 101.

pu obtenir un remède, immédiatement ou peu après la signature de l'acte, mais que les faits survenus par la suite font obstacle à son droit d'action. Incompatibles avec la survie du droit à l'annulation, elles impliquaient plutôt sa confirmation. Avoir institué l'action à l'intérieur de délai de prescription ne suffisait pas :

*« The action was no doubt commenced within, though only just within, the legal term of prescription. But that does not in such a suit relieve a party from the consequences of his own acts or laches. A Court of Justice will not give its aid to a person seeking to set aside his own solemn deed of sale, if it appears that he has acquiesced in it for years, lying by, until by circumstances, and the expenditure of capital, the subject matter of the sale has greatly increased in value and new interests have been created in it. He must sue promptly, or explain the delay. »*⁵³⁰

128. Le Conseil privé rejette le pourvoi, tout en soulignant sa réprobation devant les comportements frauduleux en cause, que la loi ne permet pas de sanctionner, puisqu'il faut accorder la priorité au droit de portée générale plutôt qu'à la justice dans un cas particulier⁵³¹. Bien que le droit applicable fût celui de la Coutume de Paris, les juges du Conseil privé ne se réfèrent aucunement à son contenu, ni au code qui lui succède, et appliquent plutôt les notions de droit anglais qui leur sont familières, y compris celle de *laches*.

129. Peu après, en 1875, dans l'affaire *Whyte*, le Conseil privé confirme la décision des tribunaux inférieurs de rejeter une action en exécution forcée d'un contrat d'assurance. L'assureur invoquait entre autres l'insuffisance de l'avis de sinistre⁵³². Le demandeur soulevait une exception de *waiver*, selon laquelle l'assureur avait renoncé à cette condition, puisqu'il n'avait pas répondu aux preuves qui lui avaient été envoyées par le demandeur ou à ses lettres subséquentes. Le Conseil privé conclut que le délai de production des preuves de perte était essentiel à la condition stipulée par la police et que l'assuré ne pouvait être indemnisé que si les preuves avaient été envoyées dans le délai ou s'il y avait eu *waiver* de cette condition⁵³³. Il cite deux précédents anglais et ajoute que le droit québécois est compatible avec cette interprétation, sans préciser à quel article il fait

⁵³⁰ *Id.*, 107.

⁵³¹ *Id.*, 108 : « *Nor would their Lordships have been sorry to mark the view which they take of the respondent's conduct in these transactions by granting such relief. But they could not do so consistently with what is of far higher importance than the merits of the parties in this particular case, viz., the substantial principles by which Courts of Justice ought to be guided in determining suits of this kind.* »

⁵³² *Whyte*, préc., note 130 (source de niveau II de l'arrêt *Soucisse*). L'action a été rejetée par la Cour supérieure sur la base des déterminations d'un jury sur plusieurs questions de fait. Ce jugement a été confirmé en appel par la Cour du Banc de la Reine, avec dissidence.

⁵³³ *Id.*, 220.

référence⁵³⁴. Le Conseil privé conclut que le simple silence de l'assureur à l'égard de preuves tardives, son défaut de répondre à une lettre ou sa négation de responsabilité *après* l'expiration du délai ne constituent pas un *waiver* et ajoute que pour juger autrement, il aurait fallu que l'assureur ait agi de façon à induire l'assuré en erreur ou l'ait poussé à engager des frais⁵³⁵.

130. Laches. Les décisions *Guyon* et *Whyte* font appel à deux concepts de droit anglais, les *laches* et le *waiver*. La doctrine des *laches* est une défense contre une action en equity. Elle s'est développée comme un équivalent fonctionnel de la prescription extinctive prévue par la loi (*statute of limitations*) en common law, généralement inapplicable aux causes d'action en equity⁵³⁶. Dans sa forme anglaise contemporaine, elle permet aux cours de refuser un *specific relief* si le demandeur a laissé s'écouler un délai déraisonnable avant son action, et ce, même si elle n'est pas prescrite en vertu de la loi⁵³⁷. Au contraire de la prescription, qui repose sur le simple écoulement d'un laps de temps prévu à l'avance, il n'existe pas de délai prédéterminé pour l'application des *laches*⁵³⁸. Les tribunaux doivent évaluer la raisonnable du délai selon les circonstances de chaque dossier et requièrent généralement que le délai ait causé un préjudice à l'autre partie⁵³⁹. En Angleterre, entre 1861 et 1896, une série de décisions⁵⁴⁰ sur l'annulation de contrats – lesquelles, en 1918, serviront de fondement à l'arrêt *Robert* de la Cour suprême⁵⁴¹ – ont tracé les contours de cette défense. En 1874, le Conseil privé formule la doctrine comme suit :

« *Where it would be practically unjust to give a remedy, either because the party has, by his conduct done that which might fairly be regarded as equivalent to a waiver of it, or where by his conduct and neglect he has, though perhaps not waiving that remedy, yet put the other party in a situation in which it would not be reasonable to place him if the remedy*

⁵³⁴ *Id.* : « *And indeed the cases which have been referred to which have been decided in England [...] are decisions by the Courts here that the time mentioned is an essential part of a condition of this kind, and that is affirmed by the clause which has been cited from the Code of Canada, by which, if by some impossibility the assured is prevented from sending in his proofs within the proper time, further time may be given to him.* »

⁵³⁵ *Id.*, 220-221.

⁵³⁶ *Laches* se traduirait en français par « délai préjudiciable » : J. VANDERLINDEN, G. SNOW et D. POIRIER, préc., note 1, « délai préjudiciable ».

⁵³⁷ Stephen A. SMITH, *Rights, Wrongs, and Injustices. The Structure of Remedial Law*, Oxford, O.U.P., 2019, p. 312.

⁵³⁸ *Id.*

⁵³⁹ *Id.*

⁵⁴⁰ *Siddal*, préc., note 139; *Archbold v. Scully*, préc., note 139; *Kisch*, préc., note 139; *Bwlch*, préc., note 139; *Turquand*, préc., note 139; *Ogilvie*, préc., note 139; *Clough*, préc., note 139; *Morrison*, préc., note 139; *Hurd*, préc., note 140; *Sharpley*, préc., note 139; *Cory & Sons v. Burr*, préc., note 139; *Chadwick*, préc., note 139; *Aaron's Reefs*, préc., note 139 (source de niveau III de l'arrêt *Soucisse*).

⁵⁴¹ *Infra*, par. 143 et suiv.

were afterwards to be asserted, in either of these cases, lapse of time and delay are most material. [...] Two circumstances always important in such cases, are, the length of the delay and the nature of the acts done during the interval, which might affect either party and cause a balance of justice or injustice in taking the one course or the other, so far as relates to the remedy. »⁵⁴²

131. En Angleterre, un contrat vicié par la fraude demeure valide tant que la partie fraudée ne l'a pas répudié⁵⁴³. Celle-ci doit déployer des efforts raisonnables pour s'informer et dès la découverte de la fraude, décider sans tarder de répudier ou de confirmer le contrat⁵⁴⁴. Ce choix (*election*), manifesté par ses mots ou ses actions, est définitif⁵⁴⁵. Dans ce contexte, le passage du temps et l'acquiescement ne sont pas deux concepts distincts, mais une seule et même proposition : en l'absence de prescription extinctive prévue par la loi, le simple passage du temps peut constituer, selon les circonstances, une preuve d'acquiescement⁵⁴⁶, dont la force de persuasion dépend des circonstances et de la nature du contrat⁵⁴⁷. En common law, l'annulation d'un contrat est généralement réclamée en défense à une action fondée sur le contrat et il revient au défendeur de prouver qu'il n'a pas acquiescé au contrat⁵⁴⁸. En chancellerie, à l'inverse, l'annulation est habituellement recherchée par le demandeur, par action en annulation⁵⁴⁹, et la doctrine des *laches* constitue une défense qui doit être alléguée et prouvée par le défendeur⁵⁵⁰. En présence d'une prescription prévue par la loi, cependant, la doctrine des *laches* est normalement inapplicable et le simple passage du temps ne prouve pas l'acquiescement, puisque le demandeur a simplement attendu pendant la période au cours de laquelle la loi lui permet d'attendre⁵⁵¹. Ainsi, la doctrine des *laches* semble fondamentalement incompatible avec le droit civil, lequel prévoit législativement les délais de prescription applicables à toute action et comporte ses propres règles au sujet de la confirmation des contrats viciés.

⁵⁴² *Hurd*, préc., note 140, 239-240.

⁵⁴³ *Turquand*, préc., note 139; *Ogilvie*, préc., note 139, 546; *Clough*, préc., note 139, 34.

⁵⁴⁴ *Bwlch*, préc., note 139; *Turquand*, préc., note 139; *Ogilvie*, préc., note 139, 546; *Sharpley*, préc., note 139; *Aaron's Reefs*, préc., note 139.

⁵⁴⁵ *Clough*, préc., note 139, 34.

⁵⁴⁶ *Siddal*, préc., note 139, 72-73.

⁵⁴⁷ *Clough*, préc., note 139, 35; *Aaron's Reefs*, préc., note 139, 294.

⁵⁴⁸ Voir par exemple *Aaron's Reefs*, préc., note 139.

⁵⁴⁹ *Id.*, 295.

⁵⁵⁰ *Id.* En outre, un contractant qui, par ses *laches*, a perdu le droit de répudier un contrat, perd en même temps son action pour délit de dol (*action of deceit in tort*) : *Ogilvie*, préc., note 139; *Chadwick*, préc., note 139, 195-196.

⁵⁵¹ *Archbold v. Scully*, préc., note 139, 383.

132. Waiver. Le *waiver* est le mot anglais utilisé pour désigner la renonciation⁵⁵². Au Québec, il a été invoqué par un grand nombre d'ancêtres de l'arrêt *Soucisse* et il demeure à ce jour fréquemment utilisé dans le domaine des assurances⁵⁵³. En droit anglais, la notion de *waiver* est polysémique et sa définition ne fait pas consensus⁵⁵⁴. L'exploration de deux significations du *waiver* est nécessaire pour comprendre son emploi dans les décisions ancêtres de l'arrêt *Soucisse* : le *waiver in the sense of election*, lié à la validité et la survie d'un contrat, et le *waiver in the sense of forbearance*, lié aux effets d'une modification en cours de contrat. Le premier s'apparente au *waiver* invoqué contre un assureur qui attaque la validité du contrat d'assurance pour fausse déclaration du risque par l'assuré⁵⁵⁵, alors que le deuxième est plus proche de celui invoqué contre un assureur qui a laissé l'assuré croire qu'il renonçait à certaines conditions de la police, souvent au sujet de l'avis de sinistre, de la preuve de perte ou d'une clause d'exclusion, comme dans l'affaire *Whyte*⁵⁵⁶. Ces deux types de *waiver* sont liés, à différents égards, au concept d'*estoppel*, lui aussi multiple.

133. Waiver in the sense of election. En droit anglais, le droit à l'annulation ou à la résiliation d'un contrat peut être perdu pour diverses raisons, y compris par *waiver in the sense of election*⁵⁵⁷. Il y a *waiver in the sense of election* lorsqu'une partie qui a le droit d'anéantir un contrat indique, par une déclaration ou une action non-équivoque⁵⁵⁸, son intention de néanmoins l'exécuter⁵⁵⁹. Puisque ce *waiver* est fondé sur la confirmation du contrat⁵⁶⁰, il requiert que la partie en droit de l'anéantir, au moment de la déclaration ou de l'action en question, ait eu connaissance des faits

⁵⁵² Voir J. VANDERLINDEN, G. SNOW et D. POIRIER, préc., note 1, « renonciation ».

⁵⁵³ Voir par exemple Philippe PAGÉ, « L'irrémissible "Waiver" et le prix des sous-entendus », dans S.F.C.B.Q., *Développements récents en droit des assurances (2005)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 4.

⁵⁵⁴ Ewan MCKENDRICK, « Contract: In General », dans Andrew S. BURROWS (dir.), *English private law*, 3^e éd., Oxford, O.U.P., 2013, par. 8.52; citant *The Laconia* (sub nom *Mardorf Peach & Co. Ltd. v. Attica Sea Carriers Co. of Liberia*), [1977] A.C. 850, 871 (H.L.) [*The Laconia*].

⁵⁵⁵ Au sujet de leur équivalent dans la jurisprudence contemporaine : *Infra*, par. 353.

⁵⁵⁶ Au sujet de leur équivalent dans la jurisprudence contemporaine : *Infra*, par. 292 et suiv.

⁵⁵⁷ E. MCKENDRICK, préc., note 554, par. 8.387. Alors que l'exécution appropriée d'une obligation contractuelle par une partie la libère et lui donne le droit *prima facie* de forcer l'autre à respecter ses engagements, la rupture (*breach*) du contrat peut donner droit à l'autre partie d'y mettre fin, à moins que le contrat ne l'exclue : *Id.*, par. 8.354, 8.379.

⁵⁵⁸ E. MCKENDRICK, préc., note 554, par. 8.389; citant *The Mihaios Xilas* (sub nom *China National Foreign Trade Transportation Co. v. Evlogia Shipping Co. S.A. of Panama*), [1979] 1 W.L.R. 1018, 1024 (H.L.).

⁵⁵⁹ E. MCKENDRICK, préc., note 554, par. 8.388; citant *Bentsen v. Taylor, Sons & Co. (No 2)*, [1893] 2 Q.B. 274 (E.W.C.A.); cf. *The Kanchenjunga* (sub nom *Motor Oil Hellas (Corinth) Refineries S.A. v. Shipping Co. of India*), [1990] 1 Lloyd's L.R. 391; *The Times*, 19 février 1990 (H.L.) [*The Kanchenjunga*]; *The Happy Day* (sub nom *Glencore Grain Ltd. v. Flacker Shipping Ltd.*), [2002] EWCA Civ. 1068, par. 64-65, 68.

⁵⁶⁰ E. MCKENDRICK, préc., note 554, par. 8.391; citant *Kwei Tek Chao v. British Traders & Shippers Ltd.*, [1954] 2 Q.B. 459, 477.

donnant naissance à son droit et du droit lui-même⁵⁶¹. Cependant, il n'est pas nécessaire que l'autre partie ait agi en se fiant à cette déclaration ou action et en subisse un préjudice (*detrimental reliance*)⁵⁶². Le choix (*election*) de confirmer le contrat prive la partie de son droit d'y mettre fin, mais pas de son droit à des dommages, le cas échéant⁵⁶³. Le *waiver* n'a pas lieu si la partie continue l'exécution tout en émettant des réserves appropriées ou en demandant à son cocontractant de remédier à la rupture⁵⁶⁴. Le défaut de réclamer l'anéantissement du contrat n'emporte pas nécessairement le choix de le confirmer⁵⁶⁵, mais ce choix peut s'inférer d'un délai indu lorsqu'il était commercialement raisonnable de s'attendre à une action prompte⁵⁶⁶.

134. Le *waiver in the sense of election* peut interagir avec la doctrine de l'*estoppel by representation* (préclusion par assertion de fait), selon laquelle une personne qui a fait une représentation de fait précise et non-ambiguë peut être empêchée – *estopped* – d'en nier la vérité s'il y a eu *detrimental reliance* de l'autre personne⁵⁶⁷. Ainsi, si A, après une rupture du contrat par B, se conduit de façon à donner à B des motifs raisonnables de croire que A a confirmé le contrat, alors A pourrait être *estopped*, par sa représentation implicite, de nier cette confirmation, et ce, même si A n'avait pas connaissance de la rupture du contrat par B⁵⁶⁸.

135. Waiver in the sense of forbearance. Le mot *waiver* est aussi employé pour désigner l'un des effets que peut produire une *forbearance* (abstention) qui ne lie pas contractuellement les parties⁵⁶⁹. Il existe en droit anglais un problème inconnu en droit civil, celui de l'absence de contrepartie (*consideration*) en matière contractuelle. La doctrine de la contrepartie est fondée sur

⁵⁶¹ E. MCKENDRICK, préc., note 554, par. 8.391; citant *Peyman v. Lanjani*, [1985] Ch. 457 (E.W.C.A.).

⁵⁶² E. MCKENDRICK, préc., note 554, par. 8.390; citant en exemple *The Athos*, [1981] 2 Lloyd's L.R. 74, 87-88, conf. sur ce point par [1983] 1 Lloyd's L.R. 127; *The Kanchenjunga*, préc., note 559, 399; *Oliver Ashworth (Holdings) Ltd. v. Ballard (Kent) Ltd.*, [2000] Ch. 12, 27 (E.W.C.A.).

⁵⁶³ E. MCKENDRICK, préc., note 554, par. 8.388. Il faut le distinguer du *total waiver*, qui a lieu lorsqu'une partie décide d'abandonner tous ses droits, et non seulement son droit d'anéantir le contrat.

⁵⁶⁴ *Id.*, par. 8.389; citant *Cobec Brazilian Trading & Warehousing Co. v. Alfred C. Toepfer*, [1983] 2 Lloyd's L.R. 386 (E.W.C.A.); *Bremer Handelsgesellschaft mbH v. Deutsche Conti-Handelsgesellschaft mbH*, [1983] 2 Lloyd's L.R. 45 (E.W.C.A.) [*Bremer*].

⁵⁶⁵ E. MCKENDRICK, préc., note 554, par. 8.389; citant *Bremer*, préc., note 564; *Allen v. Robles*, [1969] 1 W.L.R. 1193 (E.W.C.A.).

⁵⁶⁶ E. MCKENDRICK, préc., note 554, par. 8.389; citant *The Laconia*, préc., note 554, 872; *The Balder London* (sub nom *Gatoil Anstalt v. Omennial Ltd.*), [1980] 2 Lloyd's L.R. 489, 491-493.

⁵⁶⁷ E. MCKENDRICK, préc., note 554, par. 8.202; citant *Low v. Bouverie*, [1891] 3 Ch. 82 (E.W.C.A.); *Woodhouse A.C. Israel Cocoa Ltd. SA v. Nigerian Produce Marketing Co. Ltd.*, [1972] A.C. 741 (H.L.).

⁵⁶⁸ E. MCKENDRICK, préc., note 554, par. 8.391; citant *Peyman v. Lanjani*, préc., note 561, 501.

⁵⁶⁹ E. MCKENDRICK, préc., note 554, par. 8.52.

l'idée de la réciprocité comme légitimation de la force obligatoire du contrat⁵⁷⁰. Une promesse, pour être constitutive d'un contrat valide et opposable, doit être constatée par un acte formaliste (*deed*) ou être justifiée par une contrepartie, c'est-à-dire que la personne qui reçoit la promesse doit avoir donné en échange une chose à laquelle la loi reconnaît une valeur⁵⁷¹. Une promesse informelle et gracieuse ne peut contraindre son auteur comme un contrat⁵⁷². La modification ou la résolution du contrat requièrent elles aussi une contrepartie⁵⁷³. Une modification qui n'a pas force de contrat en raison de l'absence de contrepartie peut néanmoins produire des effets en common law, sous la forme d'un *waiver in the sense of forbearance* (renonciation par abstention volontaire)⁵⁷⁴. La partie qui a accordé une *forbearance* peut la rétracter et forcer l'exécution du contrat d'origine⁵⁷⁵, mais pas immédiatement et de plein droit⁵⁷⁶. Elle doit donner à l'autre un avis raisonnable de son intention⁵⁷⁷.

136. *Equitable forbearance et promissory estoppel.* Une modification sans force contractuelle peut aussi, en droit anglais, produire des effets en equity, par *equitable forbearance*⁵⁷⁸. Lorsqu'il serait inéquitable pour le promettant – la partie qui a accordé une *forbearance* – de revenir sur sa promesse⁵⁷⁹, notamment en cas de *detrimental reliance* par l'autre partie, le promettant sera empêché de nier les effets juridiques de la promesse⁵⁸⁰. Les effets d'une *equitable forbearance* sont souvent appelés *promissory estoppel* (préclusion promissoire), en raison de leur ressemblance avec l'*estoppel by representation*⁵⁸¹. Contrairement à l'*estoppel by representation*, toutefois, le

⁵⁷⁰ *Id.*, par. 8.31.

⁵⁷¹ *Id.*, n° 8.31. citant *Thomas v. Thomas* (1842), 2 Q.B. 851, 859.

⁵⁷² E. MCKENDRICK, préc., note 554, n° 8.31; citant *Re Hudson* (1885), 54 L.J. Ch. 811.

⁵⁷³ E. MCKENDRICK, préc., note 554, par. 8.49. C'est aussi le cas de la promesse du créancier d'accepter un paiement partiel en règlement complet d'une créance : *Id.*, par. 8.58; *Foakes v. Beer* (1884), 9 App. Cas. 605 (H.L.). L'absence de contrepartie a dans ce cas des conséquences différentes que dans celui d'une modification. Notamment, ce n'est que depuis un revirement récent que l'equity vient au secours du débiteur par *equitable evasion* donnant lieu à un *promissory estoppel* : E. MCKENDRICK, préc., note 554, par. 8.60-8.61; *Collier v. P. & M.J. Wright (Holdings) Ltd.*, [2007] EWCA Civ. 1329 (motifs de Arden L.J.).

⁵⁷⁴ E. MCKENDRICK, préc., note 554, par. 8.52.

⁵⁷⁵ *Id.*; citant *Charles Rickards Ltd. v. Oppenheim*, [1950] 1 K.B. 616 (E.W.C.A.).

⁵⁷⁶ E. MCKENDRICK, préc., note 554, par. 8.52; citant *Hartley v. Hymans*, [1920] 3 K.B. 475.

⁵⁷⁷ E. MCKENDRICK, préc., note 554, par. 8.52; citant *Charles Rickards Ltd. v. Oppenheim*, préc., note 575.

⁵⁷⁸ E. MCKENDRICK, préc., note 554, par. 8.53.

⁵⁷⁹ *Id.*, par. 8.55; citant *Maharaj v. Chand*, [1986] A.C. 898 (C.J.C.P.) (en appel de la Cour d'appel de Fiji). Même dans ce cas, les circonstances pourraient justifier que le promettant revienne sur sa promesse : E. MCKENDRICK, préc., note 554, par. 8.55; citant *Williams v. Stern* (1879), 5 Q.B.D. 409.

⁵⁸⁰ E. MCKENDRICK, préc., note 554, par. 8.55; citant *Maharaj v. Chand*, préc., note 579.

⁵⁸¹ E. MCKENDRICK, préc., note 554, par. 8.53.

promissory estoppel a des effets suspensifs, et non permanents, et est fondé sur la représentation d'une intention, et non d'un fait⁵⁸². Comme le *waiver in the sense of forbearance*, l'*equitable forbearance* ne fait que suspendre les droits créés par le contrat d'origine; ceux-ci peuvent être réaffirmés sur préavis raisonnable⁵⁸³. En outre, l'*equitable forbearance* fait obstacle à la mise en œuvre de droits, mais ne peut créer une cause d'action là où aucune n'existait⁵⁸⁴.

137. Ces concepts découlent d'une logique inhérente au droit anglais et ne peuvent utilement s'appliquer à l'analyse d'une situation selon le droit civil. Le droit civil des obligations prévoit un ensemble complet de règles qui régit la naissance, la transformation et l'extinction des obligations, y compris la renonciation à un droit et la confirmation d'un contrat vicié (domaine du *waiver in the sense of election*). En outre, les contractants peuvent modifier le contrat ou y mettre fin (domaine du *waiver in the sense of forbearance*) par simple accord de volontés, sans exigence de contrepartie. Vu que le droit civil permet la modification d'un contrat par échange de consentement, exprès ou tacite, le recours à la notion de *forbearance* et à ses effets, *waiver* ou *estoppel*, est inutile. Plus encore, il risque de distraire le juriste de l'analyse requise à l'égard de l'expression, de la qualité et de l'objet du consentement. Néanmoins, ces notions de droit anglais continueront pendant plusieurs décennies d'être invoqués dans les affaires québécoises⁵⁸⁵ et leur influence se décèle même dans la jurisprudence contemporaine⁵⁸⁶.

138. Trente ans après *Guyon* et *Whyte*, en 1906, le Conseil privé, dans l'affaire québécoise *Préfontaine v. Grenier*, confirme la décision de la Cour du Banc du Roi, division d'appel, de rejeter

⁵⁸² *Id.*, par. 8.53 et note 206. Alors que l'*estoppel by representation* empêche une partie de nier un fait, le *promissory estoppel* l'empêche de nier les effets juridiques d'une promesse dont l'existence est admise ou prouvée.

⁵⁸³ *Id.*, par. 8.54; citant *Tool Metal Manufacturing Co. Ltd. v. Tungsten Electric Co. Ltd.*, [1955] 1 W.L.R. 761 (H.L.); *The Kanchenjunga*, préc., note 559, 399. En cela, elle est semblable au *waiver in the sense of forbearance* de common law. Elle les éteint, exceptionnellement, seulement si des événements subséquents rendent impossible l'exécution de l'obligation d'origine ou font en sorte qu'il serait fortement inéquitable d'y forcer le débiteur : E. MCKENDRICK, préc., note 554, par. 8.54; citant *Birmingham & District Land Co. v. London & North Western Railway Co.* (1888), 40 Ch. D. 268; *Ogilvy v. Hope-Davies*, [1976] 1 All. E.R. 683.

⁵⁸⁴ E. MCKENDRICK, préc., note 554, par. 8.56; citant *Combe v. Combe*, [1951] 2 K.B. 215, 224 (E.W.C.A.). Elle est inapplicable si l'effet d'une promesse est d'augmenter les obligations d'une partie. Cela est conforme au dicton selon lequel l'*estoppel* opère « *as a shield and not as a sword* », cependant il peut aussi bénéficier à un demandeur, en empêchant le défendeur de soulever en défense l'absence d'effets d'une promesse : E. MCKENDRICK, préc., note 554, par. 8.56; citant *The Ion* (sub nom *Nippon Yusen Kaisha v. Pacifica Navegacion S.A.*), [1980] 2 Lloyd's L.R. 245.

⁵⁸⁵ *Infra*, par. 156 et suiv.

⁵⁸⁶ *Infra*, par. 349 et suiv.

une action en responsabilité civile⁵⁸⁷. Des découverts sur comptes-clients autorisés à tort par le caissier d'une banque avaient entraîné la déconfiture de celle-ci. Des vérificateurs indépendants, nommés par les administrateurs, avaient fait défaut de découvrir les irrégularités. Le demandeur, actionnaire et administrateur de la banque, avait été contraint de contribuer au remboursement des dettes et poursuivait le président de la banque pour recouvrer les montants ainsi payés et le prix d'achat de ses actions. Il alléguait que le défendeur lui avait représenté que la banque était prospère alors qu'elle était en difficulté en raison de sa négligence, de sa mauvaise administration et de sa supervision inadéquate des autres dirigeants. Le Conseil privé conclut qu'il est impossible d'établir un délit de négligence à l'encontre du président pour avoir simplement, de bonne foi, échoué à découvrir les irrégularités que le caissier dissimulait. En Angleterre, des plaideurs ont tenté à maintes reprises, mais toujours en vain, de rendre administrateurs et dirigeants personnellement responsables de la conduite des affaires d'une compagnie, y compris pour s'être fiés à tort à des personnes dûment nommées et d'apparence honnête⁵⁸⁸. Le Conseil privé s'appuie sur une décision de la Chambre des Lords comme seule autorité nécessaire⁵⁸⁹ et ajoute :

*« in the absence of any legislation in force in Quebec inconsistent with the law as acted upon in England, and in the absence of any evidence of custom and course of business to the contrary, the Court of King's Bench was right in accepting the English rulings, because they were based, not upon any special rule of English law, nor upon any circumstances of a local character, but upon the broadest considerations of the nature of the position and the exigencies of business. »*⁵⁹⁰

139. En 1909, le Conseil privé rend jugement dans une autre affaire québécoise, *United Shoe*, cette fois pour renverser la décision des tribunaux inférieurs⁵⁹¹. Une compagnie américaine dominant le marché de la machinerie industrielle pour la fabrication de chaussures avait poursuivi en injonction et en dommages un manufacturier québécois de chaussures, en vertu de contrats de louage de machinerie qui interdisaient leur exploitation en combinaison avec de l'équipement fourni par un compétiteur de la locatrice. La demanderesse alléguait la violation de ces stipulations; la défenderesse plaidait que les baux devaient être annulés pour fraude et fausses représentations et

⁵⁸⁷ *Préfontaine*, préc., note 138 (source de niveau III de l'arrêt *Soucisse*). La Cour supérieure a accueilli l'action en partie, rejetant la portion relative au prix des actions. La Cour de révision a rejeté l'action en entier par prescription. La Cour du Banc du Roi, division d'appel, a maintenu le rejet, puisqu'aucune faute n'avait été établie.

⁵⁸⁸ *Id.*, 109.

⁵⁸⁹ *Id.*, 110; citant *Dovey v. Cory*, [1901] A.C. 477 (H.L.).

⁵⁹⁰ *Préfontaine*, préc., note 138, 110.

⁵⁹¹ *United Shoe*, préc., note 130 (source de niveau II de l'arrêt *Soucisse*).

pour être contraires à l'ordre public, en ce qu'ils visaient à établir un monopole et à restreindre le libre commerce. Tant la Cour supérieure, sur la foi des déterminations d'un jury, que la Cour du Banc du Roi, division d'appel, avaient accepté cette défense et rejeté l'action. Le Conseil privé accueille le pourvoi et, précédents anglais à l'appui, rejette tous les arguments de la défenderesse.

140. Au sujet de la fraude, le Conseil privé se réfère notamment aux décisions anglaises *Clough* et *Twiss* et explique qu'un contrat conclu par fraude n'est pas nul, mais seulement annulable à l'option de la victime⁵⁹². L'élément primordial du fardeau de cette dernière serait d'établir qu'elle a répudié le contrat immédiatement après la découverte de la fraude, ou à tout le moins dans un délai raisonnable, et ce, peu importe la gravité de la fraude⁵⁹³. À moins que la victime, par mot ou action, ne répudie le contrat, celui-ci demeure valide et obligatoire⁵⁹⁴. En l'espèce, après avoir eu connaissance de la fraude, la défenderesse en a avisé la demanderesse et lui a donné avis de venir reprendre la machinerie. Cependant, selon les déterminations du jury, pendant deux mois, la défenderesse a conservé la machinerie et a continué de l'utiliser et de payer les royautés exigées par les baux⁵⁹⁵. Le jury a déterminé que la défenderesse avait montré, par ses actions, son intention de ne pas être liée par les clauses l'empêchant d'exploiter d'autres équipements⁵⁹⁶. Selon le Conseil privé, il faut en conclure que la défenderesse a confirmé les baux⁵⁹⁷, puisque la partie fraudée ne peut répudier une portion du contrat et confirmer le reste, à moins que ces portions ne soient distinctes au point de pouvoir constituer deux contrats indépendants⁵⁹⁸.

141. Quant à l'affront à l'ordre public, le Conseil privé, citant deux précédents anglais, soutient que l'ultimatum présenté par la compagnie américaine en position dominante aux manufacturiers canadiens – louer ses machines selon ses termes ou s'en passer entièrement – ne les assujettit à aucune coercition au-delà de ce que leurs propres intérêts commerciaux leur imposent. Ils sont aussi libres de choisir parmi ces options que la demanderesse est libre de leur imposer ce choix⁵⁹⁹.

⁵⁹² *Id.*, 339; citant *Clough*, préc., note 139; *Aaron's Reefs*, préc., note 139.

⁵⁹³ *United Shoe*, préc., note 130, 338.

⁵⁹⁴ *Id.*, 339.

⁵⁹⁵ *Id.*, 339-340.

⁵⁹⁶ *Id.*, 340.

⁵⁹⁷ *Id.*, 339.

⁵⁹⁸ *Id.*, 340.

⁵⁹⁹ *Id.*, 342-343 : « *By virtue of the privilege which the law secures to all traders, namely, that they shall be left free to conduct their own trade in the manner which they deem best for their own interests, so long as that manner is not*

La jurisprudence anglaise permet aux commerçants de pousser très loin le privilège de conduire leurs affaires à leur guise, dans la promotion de bonne foi de leurs intérêts commerciaux, et ce, même si leur conduite cause à leurs concurrents un préjudice clairement prévisible⁶⁰⁰. La liberté de commerce ne peut être détournée pour restreindre les termes possibles dans un contrat commercial ou prétendre qu'un contrat dûment conclu est contraire à l'ordre public simplement parce qu'il est onéreux pour l'une des parties⁶⁰¹.

142. Dans toutes ces décisions, jamais le Conseil privé ne mentionne le concept de fin de non-recevoir. Autant dans *Guyon* que dans *Whyte*, qui confirment les décisions de la Cour du Banc de la Reine, il est explicitement reconnu que le droit applicable est celui du Québec, mais le contenu de ce droit est évacué de la réflexion. Les juges se tournent vers le droit qui leur est familier, alors qu'ils évoquent dans *Guyon* le concept de *laches* et dans *Whyte*, celui de *waiver* et des précédents anglais. Le droit québécois est ignoré ou mentionné au passage, après avoir atteint une conclusion en vertu du droit anglais, simplement pour prétendre qu'il aurait été au même effet si l'on avait pris la peine de l'examiner. Trente ans plus tard, dans *Préfontaine*, le Conseil privé va plus loin et déclare que le droit privé anglais peut très bien être appliqué au Québec, en autant qu'il ne soit pas en contradiction avec une autre loi en vigueur et qu'il n'y ait pas de preuve au dossier d'une pratique commerciale à l'effet contraire. Il confirme en conséquence la décision de la Cour du Banc du Roi qui s'était elle-même fondée sur ce droit anglais. Dans *United Shoe*, le Conseil privé applique des précédents anglais pour renverser les décisions des deux tribunaux inférieurs québécois, sans se questionner sur le contenu du droit québécois applicable.

143. La Cour suprême, jusque dans les années 1920, s'inscrit dans le même courant. En 1918, dans l'arrêt *Robert*⁶⁰², particulièrement révélateur de ses tendances unificatrices, elle confirme un jugement qui ordonne l'exécution forcée d'une convention de souscription d'actions⁶⁰³. La

in itself illegal, the respondents are at liberty to hire or not to hire the appellants' machines [...] irrespective altogether of the injury their refusal to deal may inflict on others. The same privilege entitles the appellants to dispose of the products they manufacture on any terms not in themselves illegal, or not to dispose of their products at all, as they may deem best in their own interest [...]. This privilege is, indeed, the very essence of that freedom of trade in the name and in the interest of which the respondents claim to escape from the obligations of their contracts [...]. »

⁶⁰⁰ *Id.*, 343.

⁶⁰¹ *Id.*, 344.

⁶⁰² *Robert*, préc., note 130 (source de niveau II de l'arrêt *Soucisse*).

⁶⁰³ La Cour supérieure a accueilli l'action et rejeté la défense. Ce jugement a été confirmé par la Cour supérieure siégeant en révision. Le pourvoi à la C.S.C. est rejeté avec dissidence du juge en chef Fitzpatrick.

compagnie émettrice avait été incorporée dans le but de fusionner plusieurs bijouteries, mais les promoteurs ont échoué et la compagnie n'a pu réaliser son plan d'affaire qui nécessitait un capital considérable. Le souscripteur, confronté à une tentative d'exécution par un créancier cessionnaire de la convention de souscription, recherche sa nullité pour fausses représentations. Deux ans et demi s'étaient écoulés entre la découverte des fausses représentations et la demande en nullité, formulée pour la première fois dans la défense. Le juge Anglin, auteur des plus longs motifs pour la majorité, conclut à l'absence de preuve de fausses représentations⁶⁰⁴. Quoique cette conclusion eût été suffisante pour rejeter la défense, il se lance dans une longue discussion sur le délai écoulé après la connaissance des fausses représentations par le défendeur, lequel empêchait sa défense d'être reçue⁶⁰⁵. Il conclut qu'une présomption d'acquiescement ou de confirmation tacite, similaire à la doctrine anglaise des *laches*, constitue une fin de non-recevoir à la défense, et ce, malgré le délai de prescription de dix ans prévu au Code⁶⁰⁶. Il appuie entre autres son raisonnement sur la nécessité d'uniformité pancanadienne en matière de valeurs mobilières⁶⁰⁷. Au fil de son analyse, il étudie ou mentionne les décisions dans douze affaires provenant d'Angleterre⁶⁰⁸ et sept du Canada anglais⁶⁰⁹, de même que les décisions du Conseil privé dans les affaires québécoises *Guyon*, *Préfontaine* et *United Shoe*, en plus de cinq textes de doctrine français. Après l'étude de ces autorités et des concepts anglais d'acquiescement, de confirmation et de *laches*⁶¹⁰, le juge Anglin se tourne brièvement vers le droit québécois :

⁶⁰⁴ *Robert*, préc., note 130, 353-354.

⁶⁰⁵ *Id.*, 354 : « *his delay in repudiating liability should [...] be taken to raise a presumption of acquiescence or confirmation—of an election not to avoid, which precludes his doing so. Qui tacet consentire videtur* ».

⁶⁰⁶ Art. 2258 C.c.B.C. Outre les concepts de *laches*, d'inaction, de passage du temps, d'acquiescement, de confirmation et de fin de non-recevoir étudiés par la Cour suprême, les parties et les tribunaux inférieurs ont invoqué un *estoppel*. Cependant, le juge Idington dans ses motifs concurrents et le juge en chef Fitzpatrick dans sa dissidence expliquent qu'aucun *estoppel* n'est applicable en l'espèce. Le juge Anglin n'en fait pas mention.

⁶⁰⁷ *Robert*, préc., note 130, 362-364 : « *it would seem eminently desirable that a subscription for shares in a company should entail similar obligations and that the right to avoid or repudiate it should be subject to the same conditions throughout Canada. [...] Many of the questions which arise in connection with the formation and administration of companies are determined in the Province of Quebec, as elsewhere in Canada, according to the principles established in the English courts.* »

⁶⁰⁸ *Siddal*, préc., note 139; *Archbold v. Scully*, préc., note 139; *Kisch*, préc., note 139; *Bwlch*, préc., note 139; *Turquand*, préc., note 139; *Ogilvie*, préc., note 139; *Clough*, préc., note 139; *Morrison*, préc., note 139; *Sharpley*, préc., note 139; *Cory & Sons v. Burr*, préc., note 139; *Chadwick*, préc., note 139; *Aaron's Reefs*, préc., note 139.

⁶⁰⁹ *Hurd*, préc., note 140; *Caldwell*, préc., note 140; *Ewing*, préc., note 140; *Farrell*, préc., note 140; *Morrisburgh*, préc., note 140; *Barry v. Stoney Point Canning Co.*, préc., note 140; *Bawlf Grain Co. v. Ross*, préc., note 140.

⁶¹⁰ *Robert*, préc., note 130, 354-361.

« *Had the case at bar arisen in any of the other provinces of Canada, [...] I should have been prepared to discard the defence [...] on the sole ground of delay under circumstances importing an election not to avoid, or the loss of the right to elect by acquiescence. The provisions of Art. 2258 C.C. [...] and the doctrine of the civil law as to the requisites of tacit confirmation [...] however are said to present obstacles to the application of this doctrine in the Province of Quebec. I assume Art. 2258 to be applicable at least by analogy to a defence of fraud. Yet we have the authority of the Privy Council in [United Shoe], that unreasonable delay in repudiation affords an answer to a defence of misrepresentation in Quebec. In [Guyon], where Art. 2258 had been brought to their attention, their Lordships took the same view.* »⁶¹¹

144. Il cite les extraits de la décision *Guyon* portant sur les *laches* et l'impossibilité d'entamer une action en nullité après avoir acquiescé au contrat pendant plusieurs années, nonobstant la prescription non échue⁶¹². Il se tourne ensuite vers le traité de Lemerle, dont il cite deux courts extraits sur les fins de non-recevoir découlant du fait de garder le silence alors que l'on devait parler ou de garder le silence « sur une exception d'incompétence, de nullité, ou sur une demande susceptible d'être formée en première instance », auquel cas « ce silence est réputé approbation et emporte renonciation aux moyens qu'on a négligés »⁶¹³. Il revient enfin aux décisions anglaises *Archbold* et *Siddal*⁶¹⁴ et conclut son analyse comme suit :

« *While I should deprecate any attempt to modify or affect any doctrine of the civil law of Quebec [...] by an introduction of English law or by adopting English views or practice merely for the sake of securing conformity, [...] in regard to subscriptions for shares in companies, "in the absence of any legislation in force in Quebec inconsistent with the law as acted upon in England" and other provinces of Canada, and in the absence of any jurisprudence or established practice to the contrary, the courts of Quebec might well accept and apply the English rule imposing prompt repudiation as a condition of maintaining a plea of misrepresentation or granting the relief of rescission on that ground, and that while the right to repudiate on that ground may there be held not to be legally extinguished until the expiry of the limitation period prescribed by Art. 2258, the courts may decline to give effect to it in cases where that would be the attitude of courts administering English law.* »⁶¹⁵

145. Selon le juge Anglin, l'uniformité pancanadienne justifie l'application du droit anglais dans la mesure où le droit québécois ne l'interdit pas expressément, puisque les considérations de politique publique sont les mêmes. Pour justifier le fait que les tribunaux québécois peuvent priver

⁶¹¹ *Id.*, 361-362. L'article 2258 C.c.B.C. prévoyait le délai de prescription applicable.

⁶¹² *Guyon*, préc., note 138, 104, 107.

⁶¹³ L.-L.-F. LEMERLE, préc., note 110, p. 186, 189.

⁶¹⁴ *Archbold v. Scully*, préc., note 139; *Siddal*, préc., note 139.

⁶¹⁵ *Robert*, préc., note 130, 363-364.

d'effet un droit d'action qui existe en vertu du droit québécois, dans les cas où les tribunaux appliquant le droit anglais agiraient de même, le juge Anglin se réfère à la décision *Préfontaine* du Conseil privé⁶¹⁶ et à la décision *Burr*⁶¹⁷, rendue par la Cour d'appel d'Angleterre en 1882. Dans *Burr*, la Cour d'appel anglaise, appelée à interpréter une police d'assurance-maritime, s'était exprimée au sujet du rôle potentiel des précédents américains en matière d'assurance en Angleterre⁶¹⁸. Ainsi, dans un raisonnement circulaire, le juge Anglin cite un précédent anglais sur le rôle de la jurisprudence d'une autre juridiction de common law pour justifier le fait que les tribunaux québécois appliquant le droit civil devraient suivre les précédents anglais pour ce faire. Au surplus, il se réfère, afin de déterminer que le droit québécois est au même effet que le droit anglais, aux décisions du Conseil privé dans les affaires *Guyon* et *United Shoe*. Pourtant, autant dans *Guyon* que dans *United Shoe*, d'une part, c'est le droit anglais et non le droit québécois qui avait été suivi, et d'autre part, des actions positives des demandeurs, au-delà du simple passage du temps, indiquaient leur intention de confirmer le contrat.

146. Ainsi, entre 1867 et 1920, le droit national se construit lentement, mais l'influence des sources étrangères demeure puissante. Du côté des fins de non-recevoir, les ancêtres de l'arrêt *Soucisse* se réfèrent à des autorités anglaises et interprètent et appliquent des principes du droit anglais, y compris les concepts de *laches* et de *waiver*, tout en soulignant que le droit québécois est au même effet, mais sans explorer plus avant cette affirmation.

B. La construction d'un droit québécois (1920-1981)

1. Autonomie, réformes et retour aux sources françaises

147. En France et aux États-Unis, la pensée juridique du début du 20^e siècle est caractérisée par une vague de remise en question de l'approche positiviste qui avait peu à peu étendu son emprise au 19^e siècle. Ce mouvement n'est que l'une des manifestations des « tensions de plus en plus

⁶¹⁶ *Préfontaine*, préc., note 138.

⁶¹⁷ *Cory & Sons v. Burr*, préc., note 139.

⁶¹⁸ *Id.*, 469 : « *It has been said that there are American cases in which the contrary has been held [...]. If I thought that there were American authorities clear on this point, I do not say that I would follow them, but I would try do so, for [...] with regard to marine insurance law it is most advisable that the law should, if possible, be in conformity with what it is in all countries. [...] although American decisions are not binding on us in this country, I have always found those on insurance law to be based on sound reasoning and to be such as ought to be carefully considered by us and with an earnest desire to endeavour to agree with them.* »

vives entre l'ordre politico-normatif libéral et les revendications nées de l'industrialisation et de l'urbanisation de la société »⁶¹⁹. Cette méfiance rejoint également le Québec – où le positivisme n'exerçait pas encore la même autorité que dans ces deux pays – et prend de l'ampleur avec la crise économique des années 1930⁶²⁰.

148. De 1900 à 1940, le droit québécois est à la recherche de son identité et les tribunaux s'abreuvent à des sources variées : « la doctrine française vient au premier rang; la rare doctrine québécoise est aussi mise à profit; la jurisprudence de common law exerce également une influence secondaire, quoique non négligeable »⁶²¹. La doctrine québécoise se concentre sur l'étude des décisions qui interprètent le Code⁶²². Attachés à la Coutume de Paris, les auteurs s'intéressent à l'ancien droit, se méfient des institutions découlant de la Révolution française et mettent l'accent sur les contrastes entre la codification locale et la codification napoléonienne⁶²³. Devant les tribunaux, Pothier est beaucoup plus cité que les auteurs récents⁶²⁴. Durant l'entre-deux-guerres, les prétentions juridiques du nationalisme québécois se manifestent à la fois dans la législation et par un antagonisme croissant envers les sources anglaises, jugées incompatibles avec la tradition civiliste⁶²⁵. La sauvegarde de l'intégrité du droit civil demeure un thème dominant⁶²⁶. Dans la *Revue du Droit*, publiée de 1922 à 1939, la « lutte pour la survivance du droit civil s'exprim[e] dans un langage émotif et enflammé »⁶²⁷. Le juge Mignault est une figure essentielle du mouvement de défense du droit civil de cette époque et l'un des artisans du passage vers un droit national, fondé sur l'interprétation formaliste du texte d'une source unique, le Code⁶²⁸.

⁶¹⁹ S. NORMAND, préc., note 467, 561.

⁶²⁰ *Id.*, 562.

⁶²¹ P.-G. JOBIN, préc., note 450, 385.

⁶²² *Id.*, 386; voir aussi R.A. MACDONALD, préc., note 50. La doctrine française, avec sa tradition bien établie, jouera un rôle important dans l'évolution du droit au 20^e siècle : P.-G. JOBIN, préc., note 450, 382.

⁶²³ S. NORMAND, préc., note 467, 570; P.-G. JOBIN, préc., note 450, 389. Selon le professeur Normand, « [I]es juristes francophones, apôtres d'un nationalisme imprégné d'un solide attachement à la langue française et à la religion catholique, ont peu d'affinités avec la société française laïque du début du siècle » : S. NORMAND, préc., note 467, 571. Au sujet de la méfiance envers la Révolution française, voir F.M. GREENWOOD, préc., note 351.

⁶²⁴ P.-G. JOBIN, préc., note 450, 389.

⁶²⁵ H.P. GLENN, préc., note 299, 291.

⁶²⁶ Voir R.A. MACDONALD, préc., note 50, 586-587; S. NORMAND, préc., note 467.

⁶²⁷ P.-G. JOBIN, préc., note 450, 389. Voir aussi J.-G. BELLEY, préc., note 50.

⁶²⁸ Voir par exemple P.-B. MIGNAULT, préc., note 510, 116 : « 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

149. Entre 1940 et 1970, le mouvement de défense de l'intégrité du droit civil se poursuit, mais prend une forme plus scientifique que nationaliste. La conception scientifique du droit comme système cohérent, complet et auto-suffisant, en vogue en France et aux États-Unis au 19^e siècle, gagne en popularité au Québec⁶²⁹. Les juges qui « affirment l'autonomie du droit québécois et refusent de suivre des précédents de la common law » sont de plus en plus nombreux⁶³⁰. Des voix s'élèvent pour critiquer l'admiration démesurée portée à la Coutume de Paris et réclamer une modernisation du droit⁶³¹. Les contacts entre les milieux juridiques français et québécois se multiplient, surtout après la fin de la Deuxième Guerre mondiale⁶³². La doctrine française, perçue comme « un instrument puissant pour faire contrepoids à l'influence de la common law »⁶³³, est au zénith de son influence. Pour plusieurs, elle est une véritable source de droit, parfois la seule invoquée au soutien d'un argument, et non « un objet de droit comparé »⁶³⁴. Elle est amplement citée par les auteurs et par les juges⁶³⁵, pour s'en inspirer, « pour emprunter sa solution à un problème précis » et parfois même pour « transplant[er] au Québec » une de ses théories, comme celle des « obligations implicites du contrat »⁶³⁶.

150. Selon le professeur Duncan Kennedy, à travers le monde occidental, la période de 1900 à 1968 correspond à une deuxième vague de globalisation de la pensée juridique, celle de l'aspect social, qui succède à une première vague (de 1850 à 1914) de diffusion de l'école classique (*classical legal thought*) associée à la pensée libérale⁶³⁷. Le courant social globalise une critique du formalisme et de l'individualisme de la première vague et un projet de reconstruction⁶³⁸.

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 ». Voir aussi Jean-Gabriel CASTEL, « Le juge Mignault défenseur de l'intégrité du droit civil québécois », (1975) 53 *R. du B. can.* 544; D. HOWES, préc., note 491, 546-556; S. NORMAND, préc., note 467, 573; P.-G. JOBIN, préc., note 450, 389; H. Patrick GLENN, « Le droit comparé et l'interprétation du Code civil du Québec », dans P.-A. CÔTÉ (dir.), préc., note 47, p. 175 à la page 181; M. MORIN, préc., note 296, 363-371.

⁶²⁹ P.-G. JOBIN, préc., note 450, 395-396.

⁶³⁰ *Id.*, 396.

⁶³¹ S. NORMAND, préc., note 467, 571.

⁶³² P.-G. JOBIN, préc., note 450, 396.

⁶³³ *Id.*

⁶³⁴ *Id.*, 384.

⁶³⁵ *Id.*, 383-384, 386.

⁶³⁶ *Id.*, 382, 384, citant Paul-André CRÉPEAU, « Le contenu obligationnel d'un contrat », (1965) 43 *R. du B. can.* 1.

⁶³⁷ D. KENNEDY, préc., note 82 aux pages 20-22, 37-38, 47.

⁶³⁸ Le courant social serait né en Europe sous l'impulsion de Jhering, Gierke, Ehrlich, Saleilles, Geny, Duguit, Lambert, Josserand, Gounod et Gurvitch, et repris aux États-Unis par Pound, Cardozo et Brandeis. À partir de 1945,

L'ascension des partis politiques et la coalition en leur sein d'acteurs historiquement faibles, y compris les travailleurs, a facilité son succès en compensant l'influence des grands joueurs de l'économie de marché. Ce courant est imbriqué avec une instrumentalisation du droit pour des fins de régulation sociale, dans une volonté de conférer au droit des objectifs liés à l'amélioration du vivre ensemble. Il voit naître de multiples lois particulières et une réglementation volumineuse, appliquées par un nombre croissant de fonctionnaires⁶³⁹. Le Québec, à l'aube de la Révolution tranquille, rejoint ce mouvement. Les juristes nourrissent un désir de réformer le droit commun, mais peinent à voir le Code civil du Bas-Canada, peu retouché depuis son adoption près d'un siècle plus tôt, comme le réceptacle propice d'un droit nouveau et socialisé⁶⁴⁰. Un long processus de réflexion et de réforme, qui débouchera sur l'adoption du Code civil du Québec, s'amorce. Dès les années 1960, plusieurs domaines sont modifiés en profondeur, d'une part par des changements au droit commun qui seront en grande partie repris et conservés par le nouveau Code⁶⁴¹ et d'autre part par la multiplication de lois particulières consacrant des régimes d'exception⁶⁴².

151. Changements au droit commun. En 1964, le législateur reconnaît la capacité juridique des femmes mariées⁶⁴³ et modifie le Code civil par l'ajout d'une section – « de l'équité dans certains contrats » – qui introduit notamment la lésion en matière de prêt d'argent⁶⁴⁴. Il instaure un régime de copropriété immobilière en 1969⁶⁴⁵, désigne la société d'acquêts comme régime légal en

il coexiste avec une troisième globalisation, celle des politiques publiques et du néo-formalisme : la diffusion, d'une part, d'une vision du droit comme technique pour atteindre l'efficacité dans la conciliation d'intérêts multiples, et d'autre part, d'une vision du droit comme garant de la protection des droits fondamentaux et de la *rule of law* en tant que suprématie du pouvoir judiciaire : *Id.* à la page 22.

⁶³⁹ *Id.* aux pages 20-22, 37-38, 47. Le droit des contrats, cœur du paradigme classique, n'échappe pas à cette socialisation. Voir *Id.* à la page 44, à l'égard du monde occidental en général : « *Even contract law, the core of the core, needed revision, in the direction, for example, of pre-contractual duties, liberalization of excuses, functional rather than formalist interpretation of formalities.* »

⁶⁴⁰ Jean-Maurice BRISSON, « Le Code civil, droit commun? », dans P.-A. CÔTÉ (dir.), préc., note 47, p. 292 à la page 303. Voir aussi M. MORIN, préc., note 465 aux pages 187-188.

⁶⁴¹ J.-M. BRISSON, préc., note 640 à la page 308.

⁶⁴² *Id.* à la page 303. Voir aussi Jean PINEAU, « La philosophie générale du Code civil », dans P.-A. CÔTÉ (dir.), préc., note 47, p. 269 aux pages 273-274.

⁶⁴³ *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, S.Q. 1963-1964, 12 & 13 Eliz. II, c. 66.

⁶⁴⁴ Art. 1040a à 1040e C.c.B.C.; *Loi pour protéger les emprunteurs contre certains abus et les prêteurs contre certains privilèges*, S.Q. 1963-1964, 12 & 13 Eliz. II, c. 67.

⁶⁴⁵ Art. 441a à 442p C.c.B.C.; *Loi concernant la copropriété des immeubles*, S.Q. 1969, c. 76.

1970⁶⁴⁶ et apporte des réformes au louage, en 1973⁶⁴⁷, et au droit des assurances, en 1974⁶⁴⁸. En droit des personnes et de la famille, il adopte le Livre II du nouveau Code civil en 1980⁶⁴⁹ et de nouvelles règles pour la protection des majeurs et l'égalité économique des époux en 1989⁶⁵⁰.

152. Adoption de lois particulières. Dans les années 1970, le législateur adopte de multiples lois qui se dissocient du droit commun afin d'instaurer des régimes d'exception d'application large⁶⁵¹. Le droit commun des contrats, fondé sur une liberté contractuelle quasi-illimitée, est mis de côté par la *Loi sur la protection du consommateur*⁶⁵² et la *Loi sur les normes du travail*⁶⁵³. Le droit commun de la propriété, caractérisé par une protection quasi-absolue de la propriété privée, est restreint par la *Loi sur les biens culturels*⁶⁵⁴ et la *Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles*⁶⁵⁵. Le droit commun de la responsabilité civile, fondé sur la faute, est écarté par la *Loi sur l'assurance automobile*⁶⁵⁶ et la *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels*⁶⁵⁷, sans compter le régime applicable aux accidents de travail, en existence depuis le début du siècle⁶⁵⁸ et qui fait l'objet d'une réforme en 1985⁶⁵⁹. Ces lois ne s'inscrivent pas « dans le prolongement du Code, mais *contre* lui » ou « en dissociation d'avec lui » et sont mises en œuvre hors de son paradigme, sans tenir compte des principes généraux qu'il énonce⁶⁶⁰. L'« intégration intellectuelle

⁶⁴⁶ *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, S.Q. 1969, c. 77.

⁶⁴⁷ *Loi concernant le louage de choses*, S.Q. 1973, c. 74.

⁶⁴⁸ *Loi sur les assurances*, S.Q. 1974, c. 70.

⁶⁴⁹ *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39.

⁶⁵⁰ *Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1989, c. 54; *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55

⁶⁵¹ Voir J.-M. BRISSON, préc., note 640 à la page 303.

⁶⁵² L.Q. 1978, c. 9; *Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ, c. P-40.1 (ci-après « L.p.c. »).

⁶⁵³ L.Q. 1979, c. 45; *Loi sur les normes du travail*, RLRQ, c. N-1.1 (ci-après « L.n.t. »), en remplacement de la *Loi sur le salaire minimum*, S.R. 1964, c. 144; RLRQ, c. S-1.

⁶⁵⁴ L.Q. 1972, c. 19; *Loi sur les biens culturels*, RLRQ, c. B-4, remplacée par la *Loi sur le patrimoine culturel*, RLRQ, c. P-9.002 depuis L.Q. 2011, c. 21.

⁶⁵⁵ L.Q. 1978, c. 10; *Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles*, RLRQ, c. P-41.1.

⁶⁵⁶ L.Q. 1977, c. 68; *Loi sur l'assurance automobile*, RLRQ, c. A-25 (ci-après « L.a.a. »).

⁶⁵⁷ L.Q. 1971, c. 18; *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels*, RLRQ, c. I-6.

⁶⁵⁸ Voir notamment *Loi concernant la responsabilité des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail et la réparation des dommages qui en résultent*, S.Q. 1909, 9 Ed. VII, c. 66; *Loi des accidents du travail*, S.Q. 1930-1931, 21 Geo. V, c. 100; *Loi sur les accidents du travail*, S.R. 1964, c. 159; RLRQ, c. A-3.

⁶⁵⁹ L.Q. 1985, c. 6; *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, RLRQ, c. A-3.001 (ci-après « L.a.t.m.p. »).

⁶⁶⁰ J.-M. BRISSON, préc., note 640 aux pages 297, 301, 303.

de ces lois au droit commun » ne se produit pas⁶⁶¹. En outre, en 1975, la Charte québécoise⁶⁶² déloge en partie le Code « dans son rôle de commandement des lois particulières »⁶⁶³.

153. Ainsi, entre 1960 et 1990, le Code civil du Bas-Canada est progressivement marginalisé par le foisonnement législatif et perd du terrain à titre d'« expression du droit commun »⁶⁶⁴. Il devait servir de base et compléter la législation provinciale adoptée par la suite⁶⁶⁵, mais dans les trente dernières années de son existence, cette vocation s'amenuise « pour se limiter, en définitive, à des rapports simplement fonctionnels avec la législation québécoise de droit privé »⁶⁶⁶. En parallèle, à partir de 1970, la doctrine québécoise s'épanouit et devient une source majeure à la fois pour les tribunaux et pour les autres auteurs⁶⁶⁷. Avec les nombreux changements législatifs au Québec et en France, le droit des deux pays diverge de plus en plus⁶⁶⁸. La doctrine française conserve une influence, mais son ascendant s'amenuise. La common law, catégoriquement rejetée, ne suscite plus de débats⁶⁶⁹. L'autonomie du droit québécois est consacrée.

154. Si le droit québécois doit en partie au positivisme cette consécration de son autonomie, avec l'arrivée de la modernité avancée, le positivisme révèle plus que jamais ses failles et ses tourments : l'univers social met à mal « la capacité de la science du droit d'offrir une vision cohérente et intégrée du droit positif » et de résoudre les problèmes du système juridique⁶⁷⁰. Le social, le politique et l'économique s'infiltrent dans le juridique, qui ne peut maintenir son étanchéité. Le professeur Jean-Guy Belley donne des exemples de ces brèches qui apparaissent dans le mur que le positivisme tente tant bien que mal d'ériger autour du droit :

« [I]a mise en doute de la représentativité sociale et culturelle du droit positif, l'invocation du pluralisme des normativités qui émergent du monde vécu, la réhabilitation des interrogations sur la légitimité du droit posé et de son interprétation, l'impact quasi subversif de la constitutionnalisation des valeurs d'égalité, de liberté, de dignité et de démocratie, le

⁶⁶¹ *Id.* à la page 304.

⁶⁶² L.Q. 1975, c. 6; *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12 (ci-après la « Charte québécoise »).

⁶⁶³ J.-M. BRISSON, préc., note 640 à la page 308.

⁶⁶⁴ *Id.* à la page 303.

⁶⁶⁵ *Id.* à la page 297. Cf. Y. CARTUYVELS, préc., note 440, 29 (sur les tensions entre les ambitions anticipatives et rétrospectives de la codification).

⁶⁶⁶ J.-M. BRISSON, préc., note 640 à la page 297.

⁶⁶⁷ P.-G. JOBIN, préc., note 450, 386.

⁶⁶⁸ *Id.*, 401.

⁶⁶⁹ *Id.*

⁶⁷⁰ Jean-Guy BELLEY, « La pensée juridique positiviste et ses tourments », dans B. MELKEVIK (dir.), préc., note 319, p. 237 à la page 240.

retour en force des considérations morales et politiques dans l'appréciation populaire et prétorienne du droit positif »⁶⁷¹.

155. À travers les sociétés Euro-Américaines, « [l]a rupture positiviste dans l'histoire de la pensée juridique a fait écho au triomphe de l'idéal démocratique sur l'ancien ordre aristocratique » et s'est avérée « la condition nécessaire du passage à une science du droit libérée des pesanteurs scolastiques et des *a priori* métaphysiques »⁶⁷². Cependant, son formalisme et sa « réification abstraite des personnes, des choses et des événements » mettent aussi de côté le « dynamisme de la vie et de la culture »⁶⁷³. En raison de son asservissement à l'ordonnement factice de l'esprit d'État, la pensée juridique éprouve « la nostalgie de toutes les moralités que la morale civique ne parvient jamais à condenser en elle »⁶⁷⁴. Les tribunaux se lancent alors à la recherche de l'équité perdue, notamment en matière contractuelle, et donnent naissance, au cours des années 1970, 1980 et 1990, à de multiples doctrines inédites construites autour des notions de bonne foi, de confiance et d'abus de droit⁶⁷⁵. C'est dans cet élan que s'inscrit l'arrêt *Soucisse*.

2. Les ancêtres de l'arrêt *Soucisse* : *estoppel*, renonciations et fins de non-recevoir

156. Le juge Mignault, dans les années 1920, donne une impulsion nouvelle au droit québécois dans son ensemble⁶⁷⁶ et à la doctrine des fins de non-recevoir en particulier⁶⁷⁷. Il revient aux sources du droit civil des obligations, confirme l'inexistence de l'*estoppel* en droit québécois et trace les contours de la doctrine des fins de non-recevoir (i). Au cours des soixante années qui suivent la fin de la Première Guerre mondiale, le droit québécois se détache progressivement du droit anglais et se réapproprie les sources françaises au fil de sa construction comme tradition autonome. Dans les décisions ancêtres de l'arrêt *Soucisse*, les juges emploient l'expression « fin

⁶⁷¹ *Id.*

⁶⁷² *Id.* à la page 242.

⁶⁷³ *Id.* à la page 241. Voir aussi Pierre BOURDIEU, « Habitus, code et codification », (1986) 64 *Actes Rech. Sci. Soc.* 40; Y. CARTUYVELS, préc., note 440, 30 : « laissant croire à la naturalité d'un ordre réifié, la codification réussit le tour de force de voiler la part d'historicité et d'arbitraire qui est au cœur de toute construction juridique. Derrière le texte, ses auteurs et les conflits de valeurs et d'intérêts sociaux qui président à son élaboration disparaissent [...] ».

⁶⁷⁴ J.-G. BELLEY, préc., note 670 à la page 241. Au sujet de l'esprit d'état, voir Pierre BOURDIEU, « Esprits d'État: Genèse et structure du champ bureaucratique », (1993) 96 *Actes Rech. Sci. Soc.* 49.

⁶⁷⁵ Cf. Louis PERRET, « Une philosophie nouvelle des contrats fondée sur l'idée de justice contractuelle », (1980) 11 *R.G.D.* 537.

⁶⁷⁶ J.-G. CASTEL, préc., note 628; D. HOWES, préc., note 491, 556; H.P. GLENN, préc., note 628 à la page 181.

⁶⁷⁷ Voir *Grace*, préc., note 86; *Rawleigh*, préc., note 86 (sources de niveau I de l'arrêt *Soucisse*). Il signe des motifs concurrents dans le premier et écrit le deuxième au nom d'une Cour unanime. Voir aussi P.-B. MIGNAULT, préc., note 114 (source de niveau I de l'arrêt *Soucisse*).

de non-recevoir » de plus en plus souvent, de manière progressivement plus large et plus floue, et se réapproprient la doctrine française pré-codification comme source du concept, tout en continuant de mentionner les doctrines anglaises et d'invoquer des jugements anglais et des locutions latines. Ils font parfois aussi appel au principe de la confirmation tacite. Ils continuent d'appliquer ces exceptions, dont la substance provient surtout du droit anglais, pour protéger l'intégrité des contrats contre des tentatives, souvent par un débiteur – particulier ou petite entreprise – de se libérer de ses obligations (ii). En droit des assurances, la dynamique est distincte : ce respect du contrat joue contre les assureurs, débiteurs, lorsqu'ils nient couverture (iii).

i. La répudiation des sources anglaises dans les années 1920

157. En 1921, dans l'affaire *Grace*, la Cour suprême confirme le rejet de l'action en responsabilité civile d'un acheteur en lien avec un contrat verbal de vente de marchandises⁶⁷⁸. Des biens avaient été livrés et payés, mais le demandeur alléguait que le contrat visait une plus grande quantité et que la non-réception des biens additionnels lui avait causé préjudice. Le défendeur plaidait avoir exécuté le contrat tel que conclu. Le demandeur invoquait un *estoppel*⁶⁷⁹ fondé sur le silence ou l'inaction du défendeur à la suite d'une lettre qu'il lui avait envoyée pour résumer les termes de leur entente. Le juge Mignault conclut que le silence du défendeur ne pouvait établir une obligation de sa part ou le rendre forclos de plaider que cette obligation n'existait pas⁶⁸⁰. La doctrine de l'*estoppel*, telle qu'elle existe en Angleterre et dans les provinces de common law, ne fait aucunement partie du droit québécois⁶⁸¹. Il est possible que dans certains cas où une personne serait *estopped* en Angleterre, elle soit trouvée responsable au Québec. Le mandat apparent en est

⁶⁷⁸ *Grace*, préc., note 86 (source de niveau I de l'arrêt *Soucisse*). L'action a été rejetée par la Cour supérieure, et ce jugement, confirmé par la Cour du Banc du Roi. Dans le jugement *a quo*, le juge Greenshields avait suggéré qu'une action fondée sur l'*estoppel* aurait été possible si le défendeur avait l'obligation de répondre au demandeur, s'il avait omis de le faire et si son silence avait amené le demandeur à poser certains actes.

⁶⁷⁹ Au sujet de la définition de l'*estoppel* en droit anglais, voir « Estoppel », dans *Halsbury's Laws of England*, vol. 47, Londres, Butterworths, 2014, n° 301 : « '*Estoppel*' has been described as a principle of justice and equity which prevents a person who has led another to believe in a particular state of affairs from going back on the words or conduct which led to that belief when it would be unjust or inequitable (unconscionable) for him to do so. The person making the statement, promise or assurance is said to be estopped from denying or going back on it [...]. »

⁶⁸⁰ *Grace*, préc., note 86, 173.

⁶⁸¹ *Id.*, 172.

un exemple⁶⁸². Par ailleurs, si une personne a incité une autre à modifier sa position au préjudice de cette dernière, une responsabilité est possible en vertu du régime général qui requiert la preuve d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité⁶⁸³. Le juge Mignault ajoute en *obiter dictum* que Pothier soutient la proposition selon laquelle une telle responsabilité peut être invoquée en défense, afin d'éviter un « circuit d'actions »⁶⁸⁴. Cependant, le mot *estoppel* doit être évité, puisqu'il provient d'un autre système et ouvre la porte à la reconnaissance d'une doctrine qui ne fait nullement partie du droit en vigueur.

158. Estoppel. Le professeur Gerald Fridman a écrit que « *[o]f all the strange doctrines engendered by the common law of England and incorporated into the law of former colonies [...], perhaps the weirdest and most unusual is that of estoppel* » : lorsqu'applicable, « *it meant in essence, that a lie could be treated as the truth* »⁶⁸⁵. En effet, le concept d'*estoppel* « *connotes that someone who has allowed another person to believe that a certain state of affairs exists, with the result that there is reliance on such a belief, cannot afterwards assert that the true state of affairs was different, if that would cause the other person to incur some detriment.* »⁶⁸⁶ En Angleterre, l'*estoppel* a longtemps été considéré comme faisant partie du droit de la preuve, mais plusieurs *estoppels* sont aujourd'hui vus comme des règles de droit matériel⁶⁸⁷. L'*estoppel* ne peut

⁶⁸² Art. 1730 C.c.B.C.; art. 2163 C.c.Q.; *Grace*, préc., note 86. Plus de trente ans plus tard, en 1957, dans l'arrêt *Pennboro* de la Cour suprême, les juges Taschereau et Abbott, dans leurs motifs concurrents, appliquent l'article 1730 C.c.B.C. pour conclure qu'une action peut être accueillie sur la base d'un mandat apparent et précisent que cet article est le *seul* cas, dans le C.c.B.C., d'application de la théorie de droit anglais de l'*estoppel* : *Pennboro*, préc., note 114, 163 (source de niveau I de l'arrêt *Soucisse*). En 1976, dans l'affaire *Sinyor*, la Cour d'appel souligne que l'article 1730 C.c.B.C. est un exemple de l'application non pas de l'*estoppel* mais du principe général selon lequel une partie ne peut nier un état de fait après avoir incité une autre partie à y croire et à agir en fonction de son existence : *Sinyor*, préc., note 118, 398 (source de niveau I de l'arrêt *Soucisse*).

⁶⁸³ Art. 1053 et suiv. C.c.B.C.; art. 1457 et suiv. C.c.Q.; *Grace*, préc., note 86, 172.

⁶⁸⁴ *Id.*

⁶⁸⁵ Gerald H.L. FRIDMAN, *Variations on the Theme of Contract*, Toronto, LexisNexis, 2019, p. 45. Voir aussi A.D.P. HEENEY, préc., note 114, 402-403 (source de niveau I de l'arrêt *Soucisse*).

⁶⁸⁶ G.H.L. FRIDMAN, préc., note 685, p. 45.

⁶⁸⁷ *Low v. Bouverie*, préc., note 567, 105 (« Estoppel is only a rule of evidence; you cannot found an action upon estoppel »); « Estoppel », dans *Halsbury's Laws of England*, préc., note 679, n° 301 : « *Estoppel by record is more properly regarded as part of the law of evidence [...]; other estoppels have been described as rules of evidence but, with the possible exception of estoppel by deed, are more correctly viewed as substantive rules of law. The extent to which estoppel, with the exclusion of estoppel by record, can be viewed as one general principle or area of law is uncertain but it has been described as one of the most flexible and useful doctrines in the armoury of law.* »

habituellement pas créer de cause d'action⁶⁸⁸. Lorsqu'une partie à une instance plaide un *estoppel* et que les conditions en sont réunies, son adversaire sera empêché de présenter une preuve contraire⁶⁸⁹. Cependant, de l'*estoppel by representation* au *promissory estoppel*, en passant par le *proprietary estoppel*, l'*estoppel by convention*, l'*issue estoppel*, et plusieurs autres, l'*estoppel* est une notion polysémique à laquelle les tribunaux québécois ont souvent référé sans préciser de quel type d'*estoppel* il était question, sa nature juridique, ses conditions ou ses effets, ce qui n'a fait qu'ajouter à la confusion générée par le recours à une notion étrangère au droit civil⁶⁹⁰.

159. Quelque mois après l'arrêt *Grace*, en 1921, une Cour du Banc du Roi divisée statue, dans l'affaire *Gabias*, sur le sort de la créance d'un prêteur de bonne foi, constatée par un acte de prêt confectionné par un notaire retors à l'insu du débiteur apparent⁶⁹¹. Le juge de première instance avait appliqué un *estoppel* afin de conclure que le débiteur apparent qui avait rassuré le créancier

⁶⁸⁸ Voir « Estoppel », dans *Halsbury's Laws of England*, préc., note 679, n° 301 : « *With the exception of proprietary estoppel, estoppel cannot be used as a cause of action, but it may ensure the success of a cause of action by preventing a party from alleging or proving in legal proceedings that a fact is otherwise than it has been made to appear.* » Voir aussi E. MCKENDRICK, préc., note 554, par. 8.57; citant *Johnson v. Gore Wood & Co.*, [2002] 2 A.C. 1, 40 (H.L.); *SmithKline Beecham plc v. Apotex Europe Ltd.*, [2006] EWCA Civ. 658, [2007] Ch. 71, par. 109-112 (l'*estoppel by convention*, le *promissory estoppel* et l'*estoppel by representation* ont en commun de ne pouvoir créer de nouveaux droits); Gerald H.L. FRIDMAN, *The Law of Contract in Canada*, 6^e éd., Toronto, Carswell, 2011, p. 123-127 (en common law anglaise et canadienne, l'*estoppel* peut créer des droits de propriété, mais pas des droits contractuels). La situation est différente en droit américain, où le *promissory estoppel* est d'application plus étendue : voir Stanley HENDERSON, « Promissory Estoppel and Traditional Contract Doctrine », (1969) 78 *Yale L.J.* 343; Michael METZGER et Michael PHILLIPS, « Emergence of Promissory Estoppel as an Independent Theory of Recovery », (1983) 35 *Rutgers L. Rev.* 472; Jay FEINMAN, « Promissory Estoppel and Judicial Method », (1984) 97 *Harv. L. Rev.* 678; Joel NGUGI, « Promissory Estoppel: The Life History of an Ideal Legal Transplant », (2007) 41 *U. Rich. L. Rev.* 425; Marco JIMENEZ, « The Many Faces of Promissory Estoppel: An Empirical Analysis under the Restatement (Second) of Contracts », (2010) 57 *UCLA L. Rev.* 669.

⁶⁸⁹ *Low v. Bouverie*, préc., note 567, 111-112; A.D.P. HEENEY, préc., note 114, 404; « Estoppel », dans *Halsbury's Laws of England*, préc., note 679, n° 301 et suiv. Voir aussi A.D.P. HEENEY, préc., note 114, 403 : l'*estoppel* est « *an admission of so conclusive a nature that the party whom it affects is not permitted to aver against it, or offer evidence to controvert it* ».

⁶⁹⁰ Au sujet de l'*estoppel* en droit québécois, voir A.D.P. HEENEY, préc., note 114; G. WASSERMAN, préc., note 38; Claude NADEAU, « L'*estoppel* dans le contexte du droit civil québécois », (1986) 46 *R. du B.* 599; Claude D'AOUST et Louise DUBÉ, *L'estoppel et les laches en jurisprudence arbitrale*, Montréal, École de relations industrielles de l'Université de Montréal, 1990. Voir M. MORIN, préc., note 296, 321 : « en common law, la préclusion (*estoppel*) entre en jeu dans des situations diverses pour lesquelles le droit civil a développé une panoplie de concepts distincts : l'acquiescement au jugement, la ratification de l'acte non autorisé du mandataire, le mandat apparent, la confirmation d'un acte juridique atteint de nullité relative, l'exception de la chose jugée et la fin de non-recevoir opposée à la partie qui conteste la validité d'un acte sans offrir de rendre les avantages qu'elle en a tirés, ou encore à la personne qui remet en question les actes de son auteur. »

⁶⁹¹ *Gabias*, préc., note 116 (source de niveau I de l'arrêt *Soucisse*).

avait perdu le droit d'invoquer la fausseté de l'acte. En appel, le juge Greenshields confirme la décision, puisque même si l'*estoppel* n'existe pas en droit civil, la doctrine française de la fin de non-recevoir lui ressemble fortement et permet d'arriver au même résultat. Il fonde cette conclusion sur le traité de Lemerle. En effet, l'*estoppel* implique que lorsqu'une personne s'est tue alors qu'elle était tenue de parler, il ne lui sera pas permis de parler alors qu'elle devrait se taire⁶⁹². Or, Lemerle précise qu'une fin de non-recevoir s'élève dans un tel cas⁶⁹³. Ici, les paroles rassurantes du débiteur avaient pour but de faire croire au créancier que tout était en ordre et ont provoqué avec succès « *a course of inaction* », alors qu'une réponse honnête aurait permis au créancier d'agir pour protéger ses droits⁶⁹⁴. Ces paroles constituent une fin de non-recevoir à la défense du débiteur fondée sur l'invalidité de l'acte. À l'instar du mode de raisonnement adopté par le Conseil privé et la Cour suprême au tournant du siècle, le résultat atteint par le droit anglais est justifié *a posteriori* comme pouvant aussi résulter du droit civil, sur la base d'une analyse superficielle. Le juge Tellier, dans ses motifs concurrents, s'abstient d'aborder l'*estoppel* ou les fins de non-recevoir et conclut que les paroles rassurantes du débiteur constituaient une confirmation verbale, mi-expresse, mi-tacite. La confirmation d'une obligation emporte « remise ou abandon de l'action en rescision ou en nullité que l'on a pour la faire réduire à néant »⁶⁹⁵. Le juge Bernier conclut dans sa dissidence que le contrat, un faux, était inexistant et ne pouvait être ratifié ou confirmé. Le droit civil offre la réponse et il n'y pas lieu de faire appel à l'*estoppel* dans une matière purement civile, au risque d'importer dans le droit des règles incompatibles et de substituer aux règles du code des règles qui en diffèrent⁶⁹⁶.

160. La même année, dans une conférence, le juge Mignault explique que le Québec se trouve à mi-chemin entre les modèles anglais et français à l'égard de l'autorité des décisions judiciaires

⁶⁹² *Id.*, 35-36.

⁶⁹³ *Id.*, 36; citant L.-L.-F. LEMERLE, préc., note 110, p. 186, 189 : « [q]uiconque aurait gardé le silence dans une circonstance où il devait parler, sur une action qu'il devait approuver, pourrait, dans certains cas, être réputé avoir donné un consentement, une approbation susceptible d'opérer fin de non-recevoir » et « [a]-t-on gardé le silence sur une exception d'incompétence, de nullité ou sur une demande susceptible d'être formée en première instance, ce silence est réputé approbation en emporte renonciation aux moyens qu'on a négligés ». Il s'agit des extraits cités par la C.S.C. dans l'arrêt *Robert*, préc., note 130, 362.

⁶⁹⁴ *Gabias*, préc., note 116, 35-36.

⁶⁹⁵ *Id.*, 39.

⁶⁹⁶ *Id.*, 41-43. Il ajoute qu'il en va autrement dans les matières où le droit commun anglais a été introduit, comme les lettres de change : *Id.*, 43.

comme source de droit, quoique plus proche du premier⁶⁹⁷. Les principes reconnus par les décisions, particulièrement en appel, sont des sources d'interprétation raisonnée des règles de droit⁶⁹⁸. Le juriste doit se concentrer sur l'élucidation des principes eux-mêmes et sur le système logique et complet du droit civil, et non sur les décisions dans des cas particuliers⁶⁹⁹. C'est essentiellement grâce à cette méthodologie que le droit civil n'a pas eu besoin, comme le droit anglais, de développer un système parallèle en equity⁷⁰⁰. Il n'est pas nécessaire pour le juge civiliste de repérer un précédent qui soutient son interprétation; il suffit que sa décision soit conforme aux dictats de la raison, représentés par les maximes et les principes du droit civil ou enseignés par la doctrine. Les décisions judiciaires ont néanmoins une forte autorité qui favorise la stabilité et la cohérence dans l'administration de la justice⁷⁰¹. Le juge Mignault insiste sur l'importance, dans les affaires régies par le droit civil, de limiter cette influence aux précédents québécois. Il déplore qu'elles arrivent souvent en Cour suprême parsemées de références de common law. Cette pratique risque de susciter de la confusion, particulièrement lorsque les règles semblent similaires, mais découlent de concepts différents⁷⁰². Il s'exclame, *estoppel* en exemple :

« *We find [...] cases from Quebec in which estoppel is relied on. Estoppel, as understood and applied in the English system, is unknown to the civil law, although we have certain fins de non recevoir in our system, like the old maxim nemo auditur turpitudinem suam allegans. But if you respect and love the civil law, do not endanger its preservation in our province by seeking elsewhere precedents to be applied in your cases.* »⁷⁰³

161. L'affaire *Rawleigh*⁷⁰⁴ lui donne l'occasion, quelques années plus tard, d'explorer cette question des fins de non-recevoir. Un créancier recherchait l'exécution d'un contrat de cautionnement dont les cautions soulevaient en défense la nullité pour erreur sur la nature de l'acte.

⁶⁹⁷ P.-B. MIGNAULT, préc., note 114, 11.

⁶⁹⁸ *Id.*, 19, 23-24.

⁶⁹⁹ *Id.*, 19.

⁷⁰⁰ *Id.*, 20 : « *the civil law had no need of an equity jurisprudence, the function of which was to grant a remedy where the common law provided none and, if necessary, to prevent the assertion against good conscience of a common law right. So in the civil law the logical consequences, as I have said, of a rule of law may generally be relied on [...]* ».

⁷⁰¹ *Id.*, 16-17.

⁷⁰² *Id.*, 22 : « *even where the common law and the civil law have a similar rule, [...] it can only lead to confusion to go outside of our system to seek authorities in other systems of law where the rule in question may well be a deduction from another rule which does not exist in our code.* »

⁷⁰³ *Id.*, 22-23. Peu après, il note qu'un juge a, dans une affaire de droit civil, « dit expressément qu'il y a eu *estoppel* »; or, « il y a là danger pour la conservation dans toute sa pureté de notre droit civil. Nous avons chez nous des fins de non-recevoir; nous n'avons pas l'*estoppel* du droit anglais » : P.-B. MIGNAULT, préc., note 510, 116, note 28.

⁷⁰⁴ *Rawleigh*, préc., note 86.

Le document était en anglais, langue qu'elles ne maîtrisaient pas, et elles avaient cru qu'il s'agissait d'une lettre de recommandation. Le créancier opposait une fin de non-recevoir à cette défense en raison de leur négligence de n'avoir pas lu le contrat. La Cour suprême conclut, sous la plume du juge Mignault, que la fin de non-recevoir invoquée n'existe pas et que l'action doit être rejetée⁷⁰⁵. D'abord, « [i]l est indiscutable qu'il y a dans le droit civil des fins de non-recevoir (on appelle cela *estoppel* dans le droit anglais) qui s'opposent à l'admissibilité d'une action en justice ou d'une défense »⁷⁰⁶. Le juge Mignault cite la définition de Pothier, « certaines causes qui empêchent le créancier d'être écouté en justice pour exiger sa créance », et ses exemples de la prescription et de la chose jugée⁷⁰⁷. Cependant, « aucune fin de non-recevoir n'est accueillie en l'absence d'une règle de droit qui l'admette »⁷⁰⁸. Il donne l'exemple de la fin de non-recevoir qui écarte l'action en nullité d'un mariage après l'expiration d'un délai qui fait présumer un acquiescement, en vertu des articles 149 et 151 C.c.B.C.⁷⁰⁹ Une fin de non-recevoir qui n'est pas reconnue par une règle de droit ou qui est implicitement exclue par le Code doit être rejetée. L'article 992 C.c.B.C. n'établit aucune distinction entre les erreurs simples et inexcusables⁷¹⁰. Avoir signé un contrat sans le lire ne peut constituer une fin de non-recevoir à une demande d'annulation. En cas de nullité due à une erreur commise par négligence, la sanction de la négligence relève de la responsabilité civile et non d'une fin de non-recevoir. La partie à l'origine de l'erreur peut obtenir l'annulation, au risque de faire face à une demande d'indemnisation de son cocontractant de bonne foi⁷¹¹.

162. Les principes établis dans *Grace* et dans *Rawleigh* sont stricts et clairement définis, mais les frontières tracées par le juge Mignault subiront au courant des décennies suivantes un élargissement et un émoussement progressif, au fil d'une série de décisions qui les ignorent ou les citent sans vraiment les suivre⁷¹².

⁷⁰⁵ La Cour supérieure avait retenu une fin de non-recevoir pour avoir signé le contrat sans le lire, rejeté la défense et accueilli l'action. La majorité de la Cour du Banc du Roi avait renversé ce jugement et rejeté l'action.

⁷⁰⁶ *Rawleigh*, préc., note 86, 556.

⁷⁰⁷ *Id.*

⁷⁰⁸ *Id.*

⁷⁰⁹ *Id.* citant Req., 4 juin 1845, préc., note 131.

⁷¹⁰ Cela changera avec la réforme du Code civil : voir l'article 1400 C.c.Q.

⁷¹¹ *Rawleigh*, préc., note 86, 556.

⁷¹² Cf. H.P. GLENN, préc., note 628 aux pages 181-182 : « l'on ne peut donc pas conclure que l'influence de Mignault a été de radicalement écarter le droit étranger de la pratique judiciaire »; M. MORIN, préc., note 296, 347-348 : « les protestations du juge Mignault ne mettent pas entièrement fin à l'utilisation des précédents de common law [...]. Il

ii. *Un habit français sur un contenu anglais en droit des obligations*

163. L'arrêt *Soucisse*, dans son analyse des fins de non-recevoir, cite douze décisions québécoises, toutes en droit des obligations. Mettant de côté les décisions en droit des assurances et les arrêts *Grace*, *Gabias* et *Rawleigh* abordés ci-dessus⁷¹³, cinq décisions demeurent, rendues entre 1957 et 1976⁷¹⁴. Quatre concernent des exceptions opposées à la partie qui tente d'attaquer le contrat ou l'une de ses clauses, soit trois opposées à un débiteur et une – la décision la plus récente, *Sinyor* – à un créancier potentiel⁷¹⁵. Quatre mentionnent le concept d'*estoppel* et trois, l'expression « fin de non-recevoir »⁷¹⁶. Les quatre décisions qui mentionnent une « fin de non-recevoir » se réfèrent à onze décisions rendues entre 1906 et 1959⁷¹⁷ – excluant les arrêts *United Shoe*, *Robert* et *Rawleigh* abordés ci-dessus⁷¹⁸. Six d'entre elles – citées par la décision *Genet* et rendues entre 1906 et 1943 – traitent de l'interdiction de produire une preuve testimoniale afin de contredire ou d'ajouter aux termes d'un contrat écrit⁷¹⁹. Les cinq autres, rendues entre 1920 et 1959, concernent des exceptions invoquées par des créanciers qui défendent la validité d'un contrat ou cherchent son exécution, contre leurs débiteurs qui essaient de s'y soustraire⁷²⁰. Aucune ne mentionne l'expression « fin de non-recevoir », mais l'une précise que l'action « ne peut être reçue »⁷²¹, une autre que le demandeur est « malvenu » à formuler sa demande⁷²² et une autre encore applique le concept anglais de *forbearance*⁷²³. Par ailleurs, dans deux décisions⁷²⁴, la Cour supérieure tranche des

faudra attendre jusqu'aux années soixante-dix pour que la bataille pour le respect de l'intégrité du droit civil soit définitivement gagnée. »

⁷¹³ *Supra*, par. 157, 159, 161.

⁷¹⁴ *Pennboro*, préc., note 114; *Labrador*, préc., note 116; *Genet*, préc., note 116; *Union Electric*, préc., note 118; *Sinyor*, préc., note 118 (sources de niveau I de l'arrêt *Soucisse*).

⁷¹⁵ Une seule traite d'une exception opposée à la partie qui tentait d'en obtenir l'exécution : *Labrador*, préc., note 116.

⁷¹⁶ *Id.* ne mentionne pas l'*estoppel*; *Pennboro*, préc., note 114; *Union Electric*, préc., note 118 ne mentionnent pas l'expression « fin de non-recevoir ».

⁷¹⁷ *Hamel*, préc., note 130; *Lupien*, préc., note 130; *Carette*, préc., note 130; *Pesant*, préc., note 130; *St-Martin*, préc., note 130; *Lesieur*, préc., note 130; *Laventure*, préc., note 130; *Lefebvre*, préc., note 130; *Shaposnick*, préc., note 130; *Péloquin*, préc., note 130; *Faubert*, préc., note 130 (sources de niveau II de l'arrêt *Soucisse*).

⁷¹⁸ *Supra*, par. 139-141, 143-145, 161.

⁷¹⁹ *Hamel*, préc., note 130; *Lupien*, préc., note 130; *Carette*, préc., note 130; *St-Martin*, préc., note 130; *Lesieur*, préc., note 130; *Lefebvre*, préc., note 130.

⁷²⁰ *Pesant*, préc., note 130; *Laventure*, préc., note 130; *Shaposnick*, préc., note 130; *Péloquin*, préc., note 130; *Faubert*, préc., note 130.

⁷²¹ *Carette*, préc., note 130.

⁷²² *Laventure*, préc., note 130.

⁷²³ *Shaposnick*, préc., note 130.

⁷²⁴ *Genet*, préc., note 116; *Union Electric*, préc., note 118 (sources primaires de l'arrêt *Soucisse*).

actions sur billet promissoire, mais tait le fait que la *Loi sur les lettres de change* stipulait que « [l]es règles de la *common law* d'Angleterre [...] s'appliquent aux lettres, billets et chèques »⁷²⁵. Il est incertain à leur lecture que les juges en aient été conscients et la Cour suprême, lorsqu'elle les offre en exemple, est muette à ce sujet.

164. Dans ces sources primaires et secondaires considérées dans leur ensemble, les tribunaux appliquent des exceptions fondées sur trois catégories de motifs, souvent en combinaison : l'interdiction de tirer profit de sa propre turpitude⁷²⁶, l'interdiction de nier ce que l'on a fait croire à une autre partie lorsqu'elle s'y est fié pour guider sa conduite⁷²⁷ ou encore l'inaction et le passage du temps⁷²⁸. Quant à l'interdiction de produire une preuve testimoniale, elle n'aurait pas dû être considérée comme une fin de non-recevoir.

165. *Invoquer sa propre turpitude.* Pendant cette période, les tribunaux québécois continuent de faire obstacle à la partie, généralement débitrice, qui tente de tirer profit de sa propre turpitude⁷²⁹. Par exemple, dans la décision *Pesant*⁷³⁰, la Cour du Banc du Roi accueille une action en nullité et en responsabilité civile à la suite d'une série de ventes immobilières. Deux vendeurs accusaient un acheteur de dol pour les priver de leurs immeubles en les payant par la cession de créances sans valeur. Le défendeur niait le dol, plaidait la confirmation des contrats et se plaignait de l'impossibilité de restitution, un des immeubles ayant été vendu en justice pendant l'instance. La Cour souligne que les manœuvres du défendeur ont conduit les demandeurs à la ruine financière⁷³¹. Les demandeurs ont été imprudents, mais font partie « du grand nombre de braves gens sans expérience dont l'honnêteté les porte à croire tout le monde honnête comme eux, et qui sont les victimes de cette naïveté » et les tribunaux sont prompts à « venir au secours de ces victimes »

⁷²⁵ *Loi sur les lettres de change*, S.R.C. 1952, c. 15, art. 10; *Loi sur les lettres de change*, L.R.C. 1985, c. B-4, art. 9. Voir *Gabias*, préc., note 116, 43 (motifs dissidents du juge Bernier) : « Que [*estoppel*] soit applicable dans les matières où le droit commun anglais a été introduit dans notre pays, la chose me semble rationnelle; ainsi, la section 10 de la loi concernant les lettres de change introduit les règles du droit commun de l'Angleterre [...] dans les matières qui concernent les lettres de change, les billets et les chèques. »

⁷²⁶ *Pesant*, préc., note 130; *Union Electric*, préc., note 118; *Sinyor*, préc., note 118.

⁷²⁷ *Pennboro*, préc., note 114; *Shaposnick*, préc., note 130; *Labrador*, préc., note 116; *Sinyor*, préc., note 118.

⁷²⁸ *Pesant*, préc., note 130; *Laventure*, préc., note 130; *Péloquin*, préc., note 130; *Genet*, préc., note 116; *Union Electric*, préc., note 118.

⁷²⁹ Déjà, la Cour d'appel avait appliqué une telle fin de non-recevoir en 1911 dans l'arrêt *Ætna*, préc., note 130 (source de niveau II de l'arrêt *Soucisse*).

⁷³⁰ *Pesant*, préc., note 130 (source de niveau II de l'arrêt *Soucisse*).

⁷³¹ *Id.*, 85.

lorsqu'ils le peuvent⁷³². Il n'y a pas eu confirmation, car les manigances du défendeur rendent les actes successifs sur l'immeuble « absolument fictifs, simulés et non existants »⁷³³. Quant à l'impossibilité de restituer l'immeuble, le juge refuse d'en faire profiter le défendeur, puisqu'elle est survenue par son fait et sa faute : « c'est sa fraude et sa duperie qui sont la cause de tout le mal » et qui ont « acculé [le demandeur] à la ruine et à cette vente par le shérif »⁷³⁴.

166. Ensuite, dans l'affaire *Union Electric*⁷³⁵, la Cour supérieure accueille une action sur un billet promissoire portant les signatures d'un fils et de son père. Le père alléguait que son fils avait imité sa signature sans autorisation. La Cour conclut que le père avait consenti ou acquiescé tacitement à l'apposition de sa signature. Son silence après avoir appris l'existence du billet avait pour but de cacher des faits au créancier; il constituait donc une ratification⁷³⁶. La *Loi sur les lettres de change* prévoit qu'une fausse signature peut produire des effets si le défendeur « n'est pas admis à établir le faux ou l'absence d'autorisation »⁷³⁷. Cette exception s'applique en cas d'acquiescement. Après avoir cité des décisions appliquant un *estoppel* dans de telles situations, le juge conclut qu'« en droit français, la règle qui s'applique et qui correspond à celle de l'estoppel, c'est que nul n'est admis à plaider sa propre turpitude »⁷³⁸. Il est inacceptable « que celui qui a, par ses actes, ratifié un acte dommageable causé par autrui puisse opposer comme moyens de défense [...] les faits mêmes qui, dans une autre action, constitueraient un moyen d'action contre lui »⁷³⁹.

167. Enfin, dans l'arrêt *Sinyor*, la Cour d'appel donne effet à une clause compromissoire que la défenderesse invoquait par exception déclinatoire⁷⁴⁰. La demanderesse, auteure du contrat, prétendait que la clause était invalide ou inopposable pour un défaut de forme. La Cour d'appel conclut qu'une partie dont le département juridique a rédigé un contrat ne peut être entendue pour invoquer sa négligence ou ses fausses représentations en plaidant que la forme de ce contrat enfreint le droit de l'état étranger où elle a son siège⁷⁴¹.

⁷³² *Id.*, 84.

⁷³³ *Id.*, 86.

⁷³⁴ *Id.*, 87.

⁷³⁵ *Union Electric*, préc., note 118 (source de niveau I de l'arrêt *Soucisse*).

⁷³⁶ *Id.*, par. 22.

⁷³⁷ *Loi sur les lettres de change*, S.R.C. 1952, c. 15, art. 49; *Loi sur les lettres de change*, L.R.C. 1985, c. B-4, art. 48.

⁷³⁸ *Union Electric*, préc., note 118, par. 26.

⁷³⁹ *Id.*

⁷⁴⁰ *Sinyor*, préc., note 118 (source de niveau I de l'arrêt *Soucisse*).

⁷⁴¹ *Id.*, 398.

168. Confiance préjudiciable. Au cours de cette période, les tribunaux ont aussi recours à des exceptions pour protéger la confiance légitime et préjudiciable qu'une partie a porté à l'autre. Dans l'affaire *Shaposnick*, la Cour du Banc de la Reine s'appuie sur le concept anglais de *forbearance*⁷⁴² pour débouter un locateur de son action pour déclaration de résiliation d'un bail commercial en vertu d'une clause résolutoire. Selon la majorité, le locateur n'avait pas renoncé à son droit de résilier sans mise en demeure⁷⁴³. Cependant, son habitude d'accepter des paiements tardifs et le renouvellement du bail dans ces conditions ont fait croire au locataire qu'il y renonçait⁷⁴⁴. La Cour cite des auteurs français et ajoute qu'il y a peu de différence entre la common law et le droit civil à ce sujet : dans les deux cas, la renonciation ne se présume pas et l'intention de renoncer doit être prouvée, mais une « *intentional forbearance to enforce the right* » ou une conduite qui justifie la croyance en un « *intentional relinquishment of a right* » prouvent cette intention⁷⁴⁵. En droit anglais, dans un tel cas, un *estoppel* s'applique⁷⁴⁶. La Cour conclut qu'en droit québécois, une renonciation peut s'inférer du défaut d'exercer un droit, si cette omission incite l'autre à croire en son intention de renoncer. Vu la conduite passée du locateur, il devait donner au locataire un préavis de son intention de changer d'attitude avant d'exercer son droit⁷⁴⁷. Pourtant, les ouvrages français cités abordaient la renonciation tacite en termes généraux et ne mentionnaient aucunement ce principe ou une règle similaire à une *forbearance* ou un *estoppel*⁷⁴⁸.

169. De même, dans l'affaire *Labrador*⁷⁴⁹, la Cour supérieure conclut que l'intention déclarée du demandeur de considérer une promesse de vente caduque et ses gestes posés pour en obtenir la résiliation, y compris une action en justice, constituent une fin de non-recevoir à l'action en passation de titre qu'il intente par la suite pour forcer l'exécution de cette même promesse. En effet, la conduite du demandeur a fait croire au défendeur que le demandeur avait abandonné son droit de forcer l'exécution de la promesse, et en conséquence, le défendeur, à son préjudice, s'est abstenu de toute action qu'il aurait pu prendre pour en obtenir la résiliation⁷⁵⁰.

⁷⁴² *Supra*, par. 135-137.

⁷⁴³ *Shaposnick*, préc., note 130, 389 (source de niveau II de l'arrêt *Soucisse*).

⁷⁴⁴ *Id.*, 393.

⁷⁴⁵ *Id.*, 391.

⁷⁴⁶ *Id.*, 392.

⁷⁴⁷ *Id.*, 390.

⁷⁴⁸ Voir *Id.*, 390-391.

⁷⁴⁹ *Labrador*, préc., note 116 (source de niveau I de l'arrêt *Soucisse*).

⁷⁵⁰ *Id.*, 230.

170. Enfin, quelques années avant l'arrêt *Soucisse*, la Cour d'appel confirme l'existence d'un principe général sous-jacent au droit civil selon lequel lorsqu'une partie, par ses mots ou sa conduite, fait croire à une autre qu'un état de fait existe et la porte à agir en fonction de cet état de fait, il ne sera pas permis à cette partie, plus tard, de nier l'existence de cet état de fait⁷⁵¹.

171. Tardiveté. Dans plusieurs décisions de cette période, les tribunaux considèrent que l'inaction et le passage du temps équivalent à une confirmation tacite qui vaut fin de non-recevoir d'une demande en nullité. Par exemple, dans l'affaire *Laventure*, la Cour supérieure refuse d'annuler la vente d'une entreprise pour fraude et fausses représentations, vu la tardiveté de l'action, après onze mois d'exploitation et après que le demandeur ait rempli certaines obligations prévues par les contrats⁷⁵². Selon le juge, un contractant, surtout en matière commerciale, ne peut faire annuler un contrat pour fraude que s'il le répudie dès qu'il prend connaissance de la fraude⁷⁵³. De même, dans l'affaire *Péloquin*, la Cour du Banc de la Reine rejette une action en nullité, pour erreur et fraude, de contrats pour la fabrication et la vente d'une invention. Un contractant qui découvre l'existence de fausses représentations, mais qui, plutôt que de répudier le contrat, continue à en tirer avantage, tout en essayant d'en conclure un nouveau, ne peut, après l'échec de sa tentative, en demander l'annulation : sa conduite équivaut à une confirmation⁷⁵⁴. Enfin, dans l'affaire *Genet*, en plus d'accueillir une objection qui empêchait la défenderesse de produire la preuve requise pour faire annuler le contrat⁷⁵⁵, le juge trouve trop long son silence avant de se plaindre de fausses représentations, dans sa défense, six mois après avoir signé le contrat et trois mois après avoir été mise en demeure de payer⁷⁵⁶. Même si un vice du consentement avait été prouvé, la défenderesse serait « forclose » et « estopped » de s'en plaindre⁷⁵⁷. Dans ces décisions, contrairement à celles sur la confiance légitime, les tribunaux étudient principalement la conduite de la partie contre qui l'exception est invoquée, et non l'état d'esprit ou le préjudice de celle qui l'invoque.

172. Erreur inexcusable et objections à la preuve testimoniale. En 1959, dans l'arrêt *Faubert*, la Cour suprême confirme l'annulation d'une vente immobilière et d'une cession de créance conclues

⁷⁵¹ *Sinyor*, préc., note 118, 398. La Cour ajoute que l'article 1730 C.c.B.C. est un exemple d'application de ce principe.

⁷⁵² *Laventure*, préc., note 130, 285.

⁷⁵³ *Id.*, 286.

⁷⁵⁴ *Péloquin*, préc., note 130 (source de niveau II de l'arrêt *Soucisse*).

⁷⁵⁵ *Infra*, par. 172.

⁷⁵⁶ *Genet*, préc., note 116 (source de niveau I de l'arrêt *Soucisse*).

⁷⁵⁷ *Id.*, 338.

par un acheteur peu éduqué qui croyait à tort que la créance était garantie par hypothèque⁷⁵⁸. Son consentement était vicié et, en conformité avec l'arrêt *Rawleigh*, « son imprudence ne peut lui être opposée en ce qui concerne l'annulation du contrat »⁷⁵⁹. L'arrêt *Faubert* n'a toutefois pas mis fin à une pratique bien implantée par laquelle juges et plaideurs contournaient cette règle à l'aide d'objections à la preuve. Deux ans plus tard, dans l'affaire *Genet*, la Cour supérieure accueille une objection formulée par le demandeur lors de l'instruction de son action sur billet promissoire⁷⁶⁰. Elle conclut que lorsqu'un adulte instruit signe un contrat dont la nature apparaît à sa face même, une fin de non-recevoir rend inadmissible toute preuve testimoniale qu'il a été trompé par de fausses représentations sur cette nature – par exemple, qu'il a été convaincu qu'il s'agissait d'une simple indication d'intérêt⁷⁶¹. La décision *Genet* s'appuie sur six décisions québécoises rendues entre 1906 et 1943⁷⁶² qui interprètent l'article 1234 C.c.B.C.⁷⁶³ pour accueillir des objections à la preuve contre des débiteurs qui tentaient d'attaquer la validité d'un contrat. Par exemple, en 1925, la Cour supérieure, au nom de l'importance de la certitude et de la stabilité de l'écrit, interdit à un défendeur analphabète de prouver par témoignage qu'un contrat de vente visait une quantité moindre que constaté dans l'écrit et que l'autre partie l'avait incité à signer par dol⁷⁶⁴. Selon la Cour, nul n'est censé signer un contrat sans l'avoir lu, l'imprudence du débiteur n'était imputable qu'à lui seul et la signature faisait preuve du consentement⁷⁶⁵.

173. Aucune de ces décisions n'emploie l'expression « fin de non-recevoir »; d'ailleurs, son emploi dans la décision *Genet* découle d'une imprécision de langage, sinon d'une erreur de droit.

⁷⁵⁸ *Faubert*, préc., note 130 (source de niveau II de l'arrêt *Soucisse*).

⁷⁵⁹ *Id.*, 465.

⁷⁶⁰ *Genet*, préc., note 116 (source de niveau I de l'arrêt *Soucisse*).

⁷⁶¹ *Id.*, 337.

⁷⁶² Deux actions en nullité de contrat pour dol ou erreur : *Hamel*, préc., note 130 (vente mobilière et coupe de bois); *Carette*, préc., note 130 (mandat pour la vente de machinerie); quatre actions en exécution de contrat avec défense en nullité pour dol ou erreur : *Lupien*, préc., note 130 (vente immobilière avec paiements échelonnés); *Lesieur*, préc., note 130 (vente mobilière de marchandise); *Lefebvre*, préc., note 130 (cautionnement d'un solde de prix de vente); ou avec défense selon laquelle l'acte contient une quittance : *St-Martin*, préc., note 130 (vente immobilière) (sources de niveau II de l'arrêt *Soucisse*).

⁷⁶³ « 1234. Dans aucun cas la preuve testimoniale ne peut être admise pour contredire ou changer les termes d'un écrit valablement fait. » Voir art. 2863 C.c.Q.

⁷⁶⁴ *Lesieur*, préc., note 130 (source de niveau II de l'arrêt *Soucisse*).

⁷⁶⁵ *Id.*, 461 : « ce n'est pas la quantité mais le prix qui tourmente le défendeur. Ce dernier fait partie de la catégorie des acheteurs qui, séduits par la nouveauté ou l'attrait d'une marchandise, s'empressent de l'acheter, souvent avec l'idée du lucre et du gain par la revente, et qui ensuite, réalisant les obligations contractées, changent d'opinion et ont recours à tous les moyens et subtilités pour se dérober à leur engagement. »

Il n'est ni nécessaire, ni pertinent d'appliquer cette notion dans l'évaluation de l'admissibilité d'une preuve testimoniale, laquelle répond à ses propres règles. La fin de non-recevoir, en droit québécois, ne constitue pas une règle de preuve, contrairement à ce que son assimilation fréquente avec l'*estoppel* pourrait laisser croire. Qui plus est, y faire appel dans ce contexte afin de contourner les dispositions des articles 992 et 993 C.c.B.C. allait à l'encontre des principes énoncés par la Cour suprême dans les arrêts *Rawleigh* et *Faubert*⁷⁶⁶.

iii. La fin de non-recevoir au secours des assurés éconduits

174. Parmi les décisions citées par l'arrêt *Soucisse*, les arrêts *Stevenson*, *Larouche*, *Punger* et *Schnabel*, rendus entre 1943 et 1970, relèvent du droit des assurances⁷⁶⁷. Ils disposent de trois actions en exécution de contrat⁷⁶⁸ et d'une action en exécution d'un jugement en responsabilité civile condamnant un assuré⁷⁶⁹, toutes dirigées contre des assureurs. Elles résultent d'accidents d'automobile qui ont engagé une couverture d'assurance de responsabilité⁷⁷⁰ ou de biens⁷⁷¹ et d'un décès couvert par une police d'assurance-vie⁷⁷². Les assureurs refusaient de verser les indemnités prévues sous prétexte de clauses d'exclusion⁷⁷³, d'avis de sinistre insuffisants⁷⁷⁴ ou de paiement tardif de la prime d'assurance-vie⁷⁷⁵. Dans chacune de ces affaires, la Cour applique une exception au bénéfice du demandeur et accueille son action à l'encontre de l'assureur. Trois décisions mentionnent l'expression « fin de non-recevoir »⁷⁷⁶. Les quatre mentionnent la notion de *waiver*; trois d'entre elles mentionnent l'*estoppel* et la quatrième, *Larouche*, la préclusion.

⁷⁶⁶ Pour distinguer le cas des arrêts *Rawleigh*, préc., note 86; *Faubert*, préc., note 130, qui ont clairement statué qu'aucune fin de non-recevoir ne découle du défaut de lire un contrat, le juge précise que la défenderesse invoquait une erreur objective induite par de fausses représentations, et non subjective : *Genet*, préc., note 116, 336-337.

⁷⁶⁷ *Stevenson*, préc., note 116; *Larouche*, préc., note 116; *Punger*, préc., note 116; *Schnabel*, préc., note 116 (sources de niveau I de l'arrêt *Soucisse*).

⁷⁶⁸ *Stevenson*, préc., note 116; *Larouche*, préc., note 116; *Schnabel*, préc., note 116.

⁷⁶⁹ *Punger*, préc., note 116.

⁷⁷⁰ *Stevenson*, préc., note 116; *Punger*, préc., note 116.

⁷⁷¹ *Larouche*, préc., note 116.

⁷⁷² *Schnabel*, préc., note 116.

⁷⁷³ *Stevenson*, préc., note 116; *Punger*, préc., note 116.

⁷⁷⁴ *Larouche*, préc., note 116.

⁷⁷⁵ *Schnabel*, préc., note 116.

⁷⁷⁶ Sauf *Id.*

175. Les trois arrêts qui mentionnent la notion de fin de non-recevoir font collectivement référence à treize décisions de niveau II, soit neuf provenant du Québec – une en droit bancaire⁷⁷⁷ et huit en droit des assurances⁷⁷⁸ – et quatre du reste du Canada⁷⁷⁹. C'est le plus ancien, *Stevenson*, qui fait appel aux décisions canadiennes de common law, en plus de se référer à deux textes de doctrine du reste du Canada⁷⁸⁰. Les deux autres citent des décisions dans des affaires locales, seules ou en combinaison avec la doctrine canadienne⁷⁸¹.

176. Les huit décisions québécoises de niveau II en matière d'assurances concernent des actions en exécution de contrat intentées par des assurés contre des assureurs. Excluant l'arrêt *Whyte*, abordé ci-dessus et qui remonte à 1875⁷⁸², elles sont rendues entre 1919 et 1941. Quatre touchent des polices d'assurance de biens, à la suite d'incendies⁷⁸³, et trois, des polices d'assurance de responsabilité, à la suite d'accidents de travail⁷⁸⁴ ou d'automobile⁷⁸⁵. Six des sept assureurs fondent leur refus sur l'insuffisance de l'avis de sinistre, à titre de seul motif⁷⁸⁶; un seul s'appuie sur une clause d'exclusion⁷⁸⁷. Les assurés ont gain de cause dans toutes ces décisions sauf une⁷⁸⁸. Une seule mentionne l'expression « fin de non-recevoir » et elle l'associe à l'*estoppel*⁷⁸⁹.

177. Dans toutes ces décisions de niveaux I ou II, à l'exception de *Wall Chemicals*, les exceptions soulevées sont fondées au moins en partie sur la notion de *waiver*. La plupart traitent également

⁷⁷⁷ *Ætna*, préc., note 130 (source de niveau II de l'arrêt *Soucisse*).

⁷⁷⁸ *Whyte*, préc., note 130; *Rahal*, préc., note 130; *Claprood*, préc., note 130; *Gaudet*, préc., note 130; *Beauce*, préc., note 130; *St. Lawrence Paper*, préc., note 130; *Wall Chemicals*, préc., note 130; *Bercovici*, préc., note 130 (sources de niveau II de l'arrêt *Soucisse*).

⁷⁷⁹ *Western Canada*, préc., note 131; *Cadeddu*, préc., note 131; *McKnight*, préc., note 131; *Dufferin Paving*, préc., note 131 (sources de niveau II de l'arrêt *Soucisse*).

⁷⁸⁰ J.B. PORTER, préc., note 134; T.J. AGAR, préc., note 134 (sources de niveau II de l'arrêt *Soucisse*).

⁷⁸¹ *Larouche* cite seulement de la jurisprudence québécoise, *Punger* y ajoute de la doctrine canadienne : J.B. PORTER, préc., note 134; F.J. LAVERTY, préc., note 134.

⁷⁸² *Supra*, par. 129.

⁷⁸³ *Rahal*, préc., note 130; *Claprood*, préc., note 130; *Gaudet*, préc., note 130; *Beauce*, préc., note 130.

⁷⁸⁴ *St. Lawrence Paper*, préc., note 130.

⁷⁸⁵ *Wall Chemicals*, préc., note 130; *Bercovici*, préc., note 130.

⁷⁸⁶ Comme seul motif : *Claprood*, préc., note 130; *Beauce*, préc., note 130; *St. Lawrence Paper*, préc., note 130; *Bercovici*, préc., note 130. En combinaison avec des fausses représentations : *Rahal*, préc., note 130; *Gaudet*, préc., note 130.

⁷⁸⁷ *Wall Chemicals*, préc., note 130.

⁷⁸⁸ *Beauce*, préc., note 130.

⁷⁸⁹ *Gaudet*, préc., note 130. Dans la décision *Beauce*, préc., note 130, seul le résumé de l'arrêtiste mentionne une « fin de non-recevoir », pas les motifs de la Cour.

de son équivalent en français, la renonciation à un droit⁷⁹⁰. Les autres fondements étudiés ou mentionnés incluent les concepts d'incohérence ou de contradiction⁷⁹¹ et de croyance induite⁷⁹² ainsi que le contenu des allégations⁷⁹³. Les deux plus récentes s'attardent à la notion de confirmation⁷⁹⁴. Ces fondements sont souvent enchevêtrés et confondus, et aucune de ces décisions n'étudie en profondeur les notions pertinentes du droit civil des obligations.

178. En 1918 et en 1919, dans les arrêts *Rahal* et *Claprod*, la Cour du Banc du Roi donne gain de cause aux assurés dans deux actions en exécution de contrats d'assurance, en raison de *waivers* par leurs assureurs de leur droit d'exiger le respect des conditions de la police⁷⁹⁵. Selon la Cour, il y a *waiver* d'une condition lorsqu'un assureur, après enquête, répudie sa responsabilité pour un autre motif et fait ainsi croire à l'assuré qu'il n'a pas à la respecter⁷⁹⁶. Par exemple, en répudiant sa responsabilité avant l'expiration du délai pour la production des preuves de perte, l'assureur dispense l'assuré de produire ces preuves⁷⁹⁷. Lorsqu'un assureur nie couverture, « l'assuré n'est pas obligé de faire les procédures préliminaires pour obtenir le montant de l'assurance »⁷⁹⁸.

179. Deux ans plus tard, dans l'affaire *Gaudet*, la Cour de révision confirme ces principes et ajoute que la présence dans la police d'une clause selon laquelle aucune condition n'est censée avoir été abandonnée par l'assureur, à moins d'un désistement signé par un agent, ne fait pas obstacle à cette renonciation⁷⁹⁹. La Cour de révision se fie à un arrêt rendu par la Cour suprême dans une affaire similaire de la Nouvelle-Écosse, dans lequel « tous les juges ont été d'avis que si ce n'était pas une

⁷⁹⁰ Niveau I : *Stevenson*, préc., note 116; *Punger*, préc., note 116; *Schnabel*, préc., note 116. Niveau II : *Rahal*, préc., note 130; *Claprod*, préc., note 130; *Gaudet*, préc., note 130; *St. Lawrence Paper*, préc., note 130; *Bercovici*, préc., note 130.

⁷⁹¹ Niveau I : *Stevenson*, préc., note 116; *Larouche*, préc., note 116; *Punger*, préc., note 116. Niveau II : *Beauce*, préc., note 130; *Wall Chemicals*, préc., note 130.

⁷⁹² Niveau I : *Schnabel*, préc., note 116. Niveau II : *Rahal*, préc., note 130.

⁷⁹³ Niveau II : *Beauce*, préc., note 130; *Wall Chemicals*, préc., note 130.

⁷⁹⁴ Niveau I : *Punger*, préc., note 116; *Schnabel*, préc., note 116.

⁷⁹⁵ *Rahal*, préc., note 130; *Claprod*, préc., note 130 (sources de niveau II de l'arrêt *Soucisse*).

⁷⁹⁶ *Rahal*, préc., note 130, 231.

⁷⁹⁷ *Id.*, 229. Selon la Cour, les juges québécois sont unanimes à cet égard (elle cite sept décisions de 1873 à 1914), la jurisprudence américaine et l'arrêt *Whyte* vont dans le même sens et en outre, l'article 2478 C.c.B.C. le prévoit : *Id.*, 230; citant *Whyte*, préc., note 130. Voir art. 2478 C.c.B.C. : « Dans les cas de perte, l'assuré doit sous un délai raisonnable en donner avis à l'assureur, et il doit se conformer aux conditions spéciales contenues dans la police relativement à l'avis et à la preuve préliminaire de sa réclamation, à moins que l'assureur ne l'en dispense. [...] »

⁷⁹⁸ *Claprod*, préc., note 130, 362; citant art. 2478 C.c.B.C.; *Rahal*, préc., note 130.

⁷⁹⁹ *Gaudet*, préc., note 130, par. 11-12; citant *Rahal*, préc., note 130, 230 (source de niveau II de l'arrêt *Soucisse*).

renonciation c'était une fin de non-recevoir (estoppel) »⁸⁰⁰. La Cour semble prendre pour acquis que ces notions sont équivalentes. Ainsi, même en considérant que la police ne permet pas de renonciation, il « paraît juste de décider qu'il y a une fin de non-recevoir » contre le plaidoyer de l'assureur⁸⁰¹. L'applicabilité de l'*estoppel* en droit anglais, dans une situation similaire, amène la Cour à conclure qu'il doit exister une fin de non-recevoir en droit civil, et ce, sans étudier la notion de fin de non-recevoir.

180. Ces principes seront appliqués à de multiples reprises au cours des décennies suivantes. Dans l'affaire *Wall Chemicals*, la Cour supérieure conclut que lorsqu'un assureur nie couverture en raison d'une clause d'exclusion touchant au cœur de la police, il ne peut fonder sa défense sur une de ses stipulations secondaires⁸⁰². Ainsi, l'action en garantie en exécution d'un contrat d'assurance de responsabilité pouvait être intentée avant jugement sur le fond de l'action principale, même si la police stipulait que l'assuré devait attendre ce jugement. Dans la même logique, dans l'arrêt *Larouche*, la Cour du Banc du Roi réitère que la négation de responsabilité par l'assureur constitue un *waiver* des conditions de dénonciation du sinistre et une fin de non-recevoir à tout argument selon lequel l'assuré a omis de s'y conformer⁸⁰³. En niant couverture, l'assureur force l'assuré à prendre action. Il ne devrait pas être autorisé à opposer, en défense à une action qu'il a provoqué, le non-respect des conditions d'une police qu'il a répudié. Décider autrement serait lui permettre de tenir, en même temps, deux positions irréconciliables. Malgré les principes qui précèdent, cependant, une exception fondée sur un *waiver* pourra échouer en raison du contenu des allégations de l'assuré et de l'impossibilité de tenir des positions contradictoires⁸⁰⁴. En l'absence d'allégations précises par l'assuré à ce sujet, l'assureur pourra s'objecter à la preuve du *waiver*.

181. Ces principes s'appliquent en matière d'assurance de responsabilité, lorsque l'assureur, loin de nier couverture, accepte d'assumer la défense de son assuré. Dans l'affaire *St. Lawrence Paper*⁸⁰⁵, la Cour du Banc du Roi juge que la conduite d'un assureur qui assume la défense de son assuré, qui perd le procès et qui, sans consulter ni informer l'assuré, inscrit puis abandonne un

⁸⁰⁰ *Gaudet*, préc., note 130, par. 12; citant *Caldwell*, préc., note 140, 225.

⁸⁰¹ *Gaudet*, préc., note 130, par. 13.

⁸⁰² *Wall Chemicals*, préc., note 130, 295 (source de niveau II de l'arrêt *Soucisse*).

⁸⁰³ *Larouche*, préc., note 116, 248-250 (source de niveau I de l'arrêt *Soucisse*).

⁸⁰⁴ *Beauce*, préc., note 130, 554-555 (source de niveau II de l'arrêt *Soucisse*).

⁸⁰⁵ *St. Lawrence Paper*, préc., note 130 (source de niveau II de l'arrêt *Soucisse*).

appel, emporte *waiver* de l'avis de sinistre insuffisant⁸⁰⁶. À nouveau, dans l'affaire *Bercovici*⁸⁰⁷, la Cour du Banc du Roi décide que d'assumer la défense de l'assuré emporte renonciation du droit de se plaindre de toute irrégularité de l'avis de sinistre ou de fausses représentations en lien avec des faits déjà connus, surtout si l'assureur attend après jugement pour ce faire⁸⁰⁸. À moins de dol par l'assuré, il est inacceptable qu'un assureur assume sa défense sans réserve, dans l'espoir de gagner, et se retire soudainement en cas de défaite⁸⁰⁹. Le contrat d'assurance est fondé sur un risque qui inclut le risque du procès et pour lequel l'assuré a payé ses primes⁸¹⁰.

182. Le fondement juridique flou de ces principes a parfois provoqué de la confusion. En 1943, dans l'arrêt *Stevenson*⁸¹¹, un banc de cinq juges, en accord pour donner raison à l'assuré, se divise quant aux motifs justifiant cette conclusion. Selon le juge Galipeault, le fait pour un assureur de responsabilité de prendre fait et cause sans réserve pour son assuré constitue une fin de non-recevoir à tout argument ultérieur qu'une clause d'exclusion est applicable en raison de faits qu'il connaissait au moment d'assumer la défense⁸¹². Quoique le juge Galipeault traite de fins de non-recevoir, sa réflexion suit la logique de l'*estoppel* : il examine les mots et la conduite de l'assureur qui ont fait croire à l'assuré qu'il assumait la responsabilité du dossier et le fait qu'il l'a empêché d'être impliqué dans sa défense, avant de perdre la cause. Selon le juge Marchand, un assureur qui a, dans une première action, plaidé au nom de son assuré pour faire reconnaître un état de fait et le droit qui en résulte ne peut pas, dans une deuxième action, opposer à son assuré une « position diamétralement opposée » selon laquelle l'assuré « n'a jamais eu ce droit », car l'*estoppel* empêche un plaideur de « prendre devant les cours des positions contradictoires »⁸¹³. En plus de la fin de non-recevoir du juge Galipeault et de l'*estoppel* du juge Marchand, le juge Walsh invoque un

⁸⁰⁶ *Id.*, 112-113, 118. Le juge Dorion précise que « la conduite de l'intimée [...] comporte de sa part renonciation à l'avis » (*Id.*, p. 113) et le juge Greenshields, que dans les circonstances « *the acts and conduct of respondent constituted a complete waiver of the notice* » (*Id.*, p. 118). Le juge Cannon, dissident, conclut plutôt à l'absence de renonciation : « Nul ne peut être présumé renoncer à ses droits » (*Id.*, p. 120).

⁸⁰⁷ *Bercovici*, préc., note 130 (source de niveau II de l'arrêt *Soucisse*).

⁸⁰⁸ *Id.*, 271 (motifs du juge Galipeault), 277 (motifs du juge Létourneau).

⁸⁰⁹ *Id.*, 277-278 (motifs du juge Létourneau). Le contraire serait « étrange », selon le juge Galipeault, alors que selon le juge Létourneau, l'argument de l'assureur n'est « pas sérieux » et « l'anomalie saute aux yeux » : *Id.*, 272 (motifs du juge Galipeault), 277 (motifs du juge Létourneau).

⁸¹⁰ *Bercovici*, préc., note 130, 278 (motifs du juge Létourneau).

⁸¹¹ *Stevenson*, préc., note 116 (source de niveau I de l'arrêt *Soucisse*).

⁸¹² *Id.*, 199-203.

⁸¹³ *Id.*, 209.

waiver et l'incohérence de la conduite de l'assureur⁸¹⁴, le juge Létourneau se fonde sur la renonciation à son droit par l'assureur⁸¹⁵ et le juge St-Jacques passe outre à ces questions pour conclure à l'insuffisance de la preuve qu'une clause d'exclusion était applicable⁸¹⁶.

183. Dans les deux décisions les plus récentes, bien que les notions de *waiver* et *d'estoppel* soient mentionnées, la réflexion des juges suit plutôt la logique de la confirmation tacite. En 1961, dans la décision *Punger*⁸¹⁷, la Cour supérieure détermine que lorsqu'un assureur, après enquête, reconnaît sa responsabilité en vertu de la portion d'assurance de biens d'une police et indemnise son assuré, le paiement constitue une renonciation au droit « d'invoquer les irrégularités ou de contester la validité de cette police » et une fin de non-recevoir à la défense de l'assureur contre un tiers à l'égard de la portion assurance de responsabilité de la police⁸¹⁸. Un *waiver* se déduit de la conduite d'un assureur incohérente avec l'intention d'insister sur l'exécution stricte d'une condition. Selon le juge, cette fin de non-recevoir porte en droit français le nom de « renonciation aux vices par l'exécution volontaire de l'obligation » et en droit anglais celui d'*estoppel*⁸¹⁹. En 1970, dans la décision *Schnabel*, la Cour supérieure se penche sur une police d'assurance-vie qui prévoyait qu'elle prendrait fin en cas de retard dans le paiement de la prime et qu'aucune prime en retard ne serait acceptée sans le consentement écrit d'un dirigeant⁸²⁰. Elle conclut que lorsqu'une prime en retard est payée de bonne foi et qu'un reçu signé par le secrétaire de l'assureur est remis à l'assuré, cette conduite vaut renonciation par l'assureur, lequel ne peut échapper au versement de l'indemnité en cas de décès⁸²¹. La Cour précise qu'une telle renonciation par un assureur à une clause contractuelle, appelée *waiver*, renonciation ou *estoppel*, s'appuie sur le principe de la confirmation d'un acte autrement annulable⁸²².

184. Dans ces décisions, généralement favorables aux assurés, les tribunaux appliquent principalement des notions de droit anglais, surtout dans les plus anciennes. Ils prennent pour acquis que la fin de non-recevoir leur est équivalente et permet d'arriver au même résultat, et ce,

⁸¹⁴ *Id.*, 205.

⁸¹⁵ *Id.*, 203-205.

⁸¹⁶ *Id.*, 205-209.

⁸¹⁷ *Punger*, préc., note 116 (source de niveau I de l'arrêt *Soucisse*).

⁸¹⁸ *Id.*, 704.

⁸¹⁹ *Id.*

⁸²⁰ *Schnabel*, préc., note 116 (source de niveau I de l'arrêt *Soucisse*).

⁸²¹ *Id.*, 4.

⁸²² *Id.*, 3.

sans s'attarder au concept lui-même ou aux principes fondamentaux du droit civil. En 1965, le professeur Lawrence M. Friedman observait, dans une étude sur le droit des contrats aux États-Unis, que « [t]he heavy use of such malleable concepts as waiver and estoppel shows how the court, faced with inherited rules, but with facts which looked the other way, was inclined to use these formulae of escape from the rigors of abstraction »⁸²³. Plus récemment, le professeur Stewart Macaulay qualifiait le *waiver* de « [o]ne of the judiciary's favorite wild cards »⁸²⁴. Les juges québécois, eux aussi, ont fait appel à ces notions, parfois camouflées sous le vocable de fin de non-recevoir, afin de faire triompher le résultat qui leur semblait le mieux adapté aux faits particuliers de chaque dossier, sans se laisser limiter par les principes abstraits qui composent l'ossature du droit⁸²⁵.

185. Jusqu'en 1981, les fins de non-recevoir se déploient dans le droit des obligations, quoiqu'elles demeurent d'application relativement limitée. Les frontières claires tracées par le juge Mignault s'effacent peu à peu, jusqu'à ce que l'arrêt *Soucisse* infléchisse le cours de cette évolution et décide, ancienne doctrine française et jugements québécois à l'appui, qu'un créancier de mauvaise foi peut voir une fin de non-recevoir s'élever contre sa tentative d'exécution du contrat. La fin de non-recevoir est, depuis, et comme dans l'ancien régime, principalement un moyen opposable à un créancier⁸²⁶, mais qui porte les traces des concepts anglais qui ont infusé son histoire.

⁸²³ Lawrence M. FRIEDMAN, *Contract Law in America: A Social and Economic Case Study*, Madison, University of Wisconsin Press, 1965, p. 190.

⁸²⁴ Stewart MACAULAY, « The Death of Contract », dans Robert GORDON et Morton HORWITZ (dir.), *Law, Society, and History: Themes in the Legal Sociology and Legal History of Lawrence M. Friedman*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 193 à la page 201.

⁸²⁵ Au sujet de l'impact des considérations pratiques sur le droit, voir notamment S. WADDAMS, préc., note 2.

⁸²⁶ Voir par exemple *6362222 Canada inc. c. Prelco inc.*, 2019 QCCA 1457, par. 25, note 6 (autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, 38904) [*Prelco*] qui la décrit comme « un moyen de défense [...] visant à priver un créancier d'exercer ses droits en justice lorsque sa conduite est jugée inacceptable ».

Conclusion de partie

186. Le droit de la Nouvelle-France se développe graduellement, par réception partielle – quoiqu'étendue – et adaptation aux circonstances locales du droit coutumier français, des ordonnances royales et d'éléments de droit romain et de droit ecclésiastique, ainsi que par l'adoption progressive de législation locale. Il en résulte un droit sur mesure d'inspiration principalement française, ouvert à des sources d'origines variées évaluées selon leur pertinence et leur force de persuasion. Ce droit hybride aux sources multiples est doté d'une personnalité propre. Imprégné de considérations morales, il défend les valeurs traditionnelles et féodales, l'unité familiale, le lien avec la terre et la protection des personnes vulnérables. Il tend à donner préséance à ces considérations sur les libertés individuelles. En 1759, la Conquête bouleverse ce système de façon soudaine et irrémédiable. La période coloniale anglaise, en raison de la structure et de la composition des institutions politiques et judiciaires, de la stratification de la société et des relations de pouvoir entre anglophones et francophones, donne lieu à une forte anglicisation des sources et du langage du droit. En parallèle, cette période, qui coïncide avec la Révolution industrielle, la naissance de l'économie de marché et la montée du libéralisme, préside à un double mouvement de commercialisation du droit et de disparition de l'équité dans les contrats au profit de l'autonomie de la volonté, lequel culmine avec l'adoption du C.c.B.C.

187. Après la codification et la création de la fédération canadienne, le lent processus de construction d'un droit national débute. Sous l'influence à la fois du nationalisme et du positivisme, par le travail cumulatif des juges, des juristes et des professeurs, ce droit s'élabore peu à peu, s'affranchit progressivement des sources anglaises, se recentre tranquillement autour de l'interprétation du C.c.B.C. et du respect d'une hiérarchie de ses sources, et enfin, se tourne à nouveau vers les sources françaises, dont l'ascendant se décuple. Après la Deuxième guerre mondiale, des voix s'élèvent pour critiquer les conséquences du libéralisme poussé à l'extrême et l'absence de redistribution de la richesse générée par la croissance économique. La Révolution tranquille, dans les années 1960, transforme en profondeur le rôle de l'État dans la société québécoise et sa perception par la population. De multiples programmes et politiques publiques sont mis en place pour établir un filet social et les lois particulières se multiplient. Des lois sont adoptées pour protéger les consommateurs, les travailleurs et d'autres groupes vulnérables. Devant

les tribunaux, l'équité dans les contrats fait son retour par le biais des concepts de bonne foi et d'abus de droit.

188. Au fil de cette histoire, la notion de fin de non-recevoir fluctue avec les bouleversements politiques et économiques et les mouvements généraux du droit. Elle désigne, en Nouvelle-France, une catégorie d'exceptions opposées à une tentative d'exécution forcée d'une obligation et qui permettent d'en obtenir le rejet, le droit d'action étant considéré éteint. Consacrées par les coutumes, les ordonnances royales ou les principes du droit romain, elles s'attaquent au droit d'action, et non au droit subjectif sous-jacent. Ce faisant, elles évitent un résultat injuste. Après la Conquête, les ancêtres des fins de non-recevoir deviennent, à l'inverse, opposées à la partie, le plus souvent débitrice, qui tente d'attaquer un contrat ou d'échapper aux obligations qui en découlent. Fondées sur des précédents d'Angleterre ou du reste du Canada et désignées sous les noms d'*estoppel*, de *waiver* ou de *laches*, elles incarnent des doctrines de common law ou d'*equity*. Les juges qui les invoquent se préoccupent peu d'interpréter le droit local. Lorsqu'ils le mentionnent, c'est pour souligner qu'il est au même effet que le droit anglais ou que vu son silence, le droit anglais peut être appliqué.

189. Au courant du 20^e siècle, entre autres sous l'impulsion du juge Mignault, les juges prennent leurs distances avec les sources anglaises et reviennent vers l'interprétation du texte du Code civil, souvent à l'aide de la doctrine française. Le nom de fin de non-recevoir est réintroduit, en combinaison avec celui d'*estoppel*, considéré comme un concept similaire. La substance du droit appliqué, cependant, n'a pas réellement changé : ce sont des exceptions opposées aux débiteurs, pour les empêcher d'esquiver les obligations d'un contrat, et le langage et les critères du droit anglais demeurent omniprésents. Tout cela change en 1981. Ce parcours culmine avec la naissance, dans l'arrêt *Soucisse*, d'une doctrine renouvelée, explicitement présentée sous sa filiation française : celle des fins de non-recevoir comme mécanisme de mise en œuvre des principes généraux du droit des obligations, y compris l'obligation de bonne foi; principalement conçues comme un moyen opposable à un créancier.

190. La catégorie « fins de non-recevoir » apparaît ainsi comme une coquille ou un habit dont nous avons suivi les changements d'apparence et de fonction au fil du temps, et qui se trouve soudainement animé par une entité nouvelle, qu'il convient d'étudier à son tour pour mieux cerner le contenu de la doctrine dans sa forme contemporaine. L'arrêt *Soucisse* touchait au droit bancaire,

des contrats et des sûretés. Les sources de son réseau de citations se situent elles aussi dans ces domaines. Cependant, ses ramifications, de nos jours, s'étendent bien au-delà. Avant 1981, les notions de droit anglais, dont l'*estoppel*, les *laches* et le *waiver*, se sont continuellement immiscées dans l'évolution prétorienne de la fin de non-recevoir, au point de rendre difficile le départage de ce qui, dans sa conception actuelle, relève de ses origines anglaises ou de ses origines françaises. L'analyse généalogique, cependant, révèle la source et la nature de ces infiltrations et éclaire leurs manifestations dans la jurisprudence contemporaine. Cela permet de définir les contours du concept d'une manière conforme aux principes et à la logique de notre droit civil, ce à quoi se consacre la deuxième partie de ce mémoire.

Partie II – Les fins de non-recevoir en droit privé québécois contemporain

191. La première partie de ce mémoire a exposé comment les tribunaux québécois, habitués de faire appel à des doctrines tirées de la tradition anglaise, ont au 20^e siècle adopté le vocabulaire de la fin de non-recevoir pour les désigner, sans toutefois, dans la majorité des cas, modifier la substance du raisonnement qu'ils appliquaient⁸²⁷. La Cour suprême a, en 1981, saisi au bond cette fin de non-recevoir qu'invoquaient les juges, a reconceptualisé sa filiation comme descendante directe du droit français ancien et l'a mise au service d'une tâche nouvelle⁸²⁸. La fonction de la fin de non-recevoir n'est plus celle d'une simple catégorie d'exceptions édictées par le droit positif et qui font échec à un droit d'action, comme en droit français ancien⁸²⁹. Elle devient, sous la plume de la Cour suprême, un outil nouveau⁸³⁰ qui peut être conceptualisé de trois manières : comme sanction, comme remède ou comme mesure d'équité. La deuxième partie de ce mémoire s'appuie sur un inventaire systématique de l'emploi de la notion de fin de non-recevoir par la Cour suprême depuis 1981 et par la Cour d'appel depuis 2005⁸³¹, synthétisé à la lumière de l'histoire dégagée dans la première partie, afin de jeter les bases d'une théorie des fins de non-recevoir en droit privé québécois contemporain.

192. Dans une section liminaire, nous présentons les définitions clés nécessaires pour vaincre la confusion générée, au fil du temps, par la polysémie du terme « fin de non-recevoir » et les glissements dans son emploi, et pour avancer vers une vision cohérente des concepts juridiques qu'il représente. Nous y introduisons une distinction essentielle, absente de la doctrine contemporaine, entre les fins de non-recevoir dirimantes et les fins de non-recevoir discrétionnaires, descendantes de l'arrêt *Soucisse*. Nous y dévoilons également une classification de ces fins de non-recevoir discrétionnaires, fondée sur leur triple identité, qui rationalise leurs

⁸²⁷ *Supra*, par. 163 et suiv.

⁸²⁸ *Supra*, par. 44-53, 185, 189-190. En réalité, toutefois, elle est bien plus proche de certaines exceptions du droit romain que de celles du droit français ancien : *Infra*, par. 200.

⁸²⁹ *Supra*, par. 72-79.

⁸³⁰ La fin de non-recevoir discrétionnaire est souvent qualifiée de création jurisprudentielle ou prétorienne. Voir par exemple *Prelco*, préc., note 826, par. 25, à la note 6 (qui la cite comme exemple de « création judiciaire » et précise que « la jurisprudence a créé au cours du 20^e siècle un moyen de défense appelé “fin de non-recevoir” visant à priver un créancier d'exercer ses droits en justice lorsque sa conduite est jugée inacceptable »); *Samen Investments Inc. c. Monit Management Ltd.*, 2014 QCCA 826, par. 68 [*Monit*] (« création jurisprudentielle »); D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 8, n° 2030 (« [i]nstitution essentiellement jurisprudentielle »).

⁸³¹ *Supra*, par. 28 (méthodologie) et Annexes C et D (listes de décisions).

sources, leurs fonctions et leurs conditions d'ouverture et leur confère une cohésion nouvelle. Nous y distinguons en outre les principes généraux du droit matériel et ceux du droit procédural et les fins de non-recevoir qui en résultent.

193. Après avoir exposé notre conceptualisation de la théorie des fins de non-recevoir, nous la mettons à l'épreuve des décisions d'appel récentes. La première section explore le territoire des fins de non-recevoir discrétionnaires et la triple identité qui l'habite. Elle dévoile d'abord les caractéristiques communes à toutes, avant de traiter en détail de celles qui découlent des principes généraux du droit matériel, selon qu'elles agissent surtout comme sanction, comme remède ou comme mesure d'équité. Elle se conclut avec l'étude des fins de non-recevoir, moins nombreuses, qui se rattachent aux principes généraux du droit procédural.

194. La deuxième section teste les frontières des fins de non-recevoir discrétionnaires. Elle débusque les divers moyens et concepts qui ne devraient pas – ou ne devraient plus – être considérés comme tels. Il s'agit, d'abord, des fins de non-recevoir dirimantes, qui, en l'absence de catégorie propre, ont été dans le passé confondues avec les fins de non-recevoir discrétionnaires. Il s'agit également des fausses fins de non-recevoir, qualifiées ainsi par imprécision de langage, alors que le moyen est autre : défense directe, exception déclinatoire ou dilatoire, exception d'inexécution ou demande en abus de procédures. Il s'agit, enfin, des fins de non-recevoir soulevées par erreur, alors que le moyen invoqué n'existe pas en droit. Nous y incluons les cas de renonciation tacite et ceux de simple illégalité. Ces méprises découlent souvent de l'importation inappropriée de concepts anglais. Afin de mieux comprendre les dangers de ces fins de non-recevoir erronées, notre traitement de l'illégalité, une doctrine qui illustre avec acuité les dilemmes de la conciliation des droits subjectifs avec les devoirs généraux de bonne conduite, comporte une étude comparative avec le droit anglais.

Section liminaire – Définitions et cadre conceptuel

A. La dichotomie entre fins de non-recevoir dirimantes et discrétionnaires

195. La polysémie de l'expression « fin de non-recevoir » est source de confusion dans la jurisprudence. Juges et plaideurs l'emploient pour désigner un continuum de concepts qui va d'un sens juridique, comme doctrine d'acception plus ou moins large et à géométrie variable, à un sens factuel, comme expression du langage courant. L'emploi comme expression usuelle, souvent pour décrire les faits à l'origine d'un litige, est facilement démasqué et ne cause pas de réel problème⁸³². Entre les deux extrêmes se trouve une zone grise, dans laquelle « fin de non-recevoir » désigne divers arguments juridiques. Cette confusion brouille les frontières du concept et met en lumière la nécessité, pour le systématiser, de d'abord le définir et de distinguer entre les décisions qui l'étudient réellement et celles qui traitent en réalité d'autre chose.

196. Une fin de non-recevoir est une exception péremptoire du fond. Il en existe deux types en droit québécois : les dirimantes et les discrétionnaires. La fin de non-recevoir dirimante est une exception péremptoire prévue par la loi et d'application certaine lorsque ses conditions sont réunies. La fin de non-recevoir discrétionnaire est une exception péremptoire non codifiée, d'application discrétionnaire et exceptionnelle, qui s'appuie sur les principes généraux du droit et agit comme sanction, remède ou mesure d'équité dans un cas particulier. La présente sous-section explique la portée de ces définitions. Par ailleurs, les litiges dans lesquels l'État est impliqué peuvent donner lieu à des fins de non-recevoir différentes, tirées du droit administratif ou constitutionnel⁸³³. Celles-ci ne font pas l'objet de la présente étude.

197. La fin de non-recevoir. Dans l'acception juridique la plus large du terme, tirée du droit français ancien, les fins de non-recevoir regroupent les exceptions péremptoires du fond⁸³⁴. « Exception » signifie que par un plaidoyer affirmatif, elles opposent une défense indirecte à une

⁸³² L'on dira, par exemple, de deux parties qui négociaient une entente, que la première a opposé une fin de non-recevoir à la suggestion de la deuxième.

⁸³³ Voir *4345126 Canada inc. (Réserve de La Petite Nation inc.) c. Bruneau*, 2014 QCCA 1882, par. 86-100 [*Petite Nation*] (échec d'un argument d'expectative légitime et d'*estoppel* contre l'État); *Corporation de négociation Ashuanipi c. Canada (P.G.)*, 2014 QCCA 920, par. 31-36 (rejet d'une exception sans décider si les expectatives légitimes et l'*estoppel* de droit administratif ou la fin de non-recevoir de droit civil sont applicables, dans le contexte d'une entente avec le gouvernement fédéral pour le financement de négociations territoriales).

⁸³⁴ *Infra*, par. 66-71. Le droit bas-canadien les appelait « exceptions péremptoires en droit » : *Infra*, par. 108-109.

cause d'action sans en contredire les éléments essentiels, par opposition aux défenses directes ou négations, qui s'attaquent au droit lui-même qu'une partie tente de faire valoir⁸³⁵. Là où la défense directe dit : le comportement dont vous vous plaignez n'est pas une faute ou n'a pas causé les dommages que vous alléguiez, la fin de non-recevoir dit : peu importe, puisque même s'il y avait faute, dommages et lien de causalité, votre action ne pourrait être reçue. Cette distinction a un impact sur le fardeau de preuve des parties. La fin de non-recevoir est indépendante des éléments essentiels du droit d'action auquel elle s'oppose. Il est tout à fait possible qu'une fin de non-recevoir contre une action soit rejetée, mais que l'action échoue quand même, à défaut pour le demandeur de prouver l'existence de l'un de ces éléments⁸³⁶. Dans la même logique, l'engagement d'un plaideur, dans le cadre d'un règlement partiel ou d'une entente sur le déroulement de l'instance, de ne pas invoquer certains faits comme fin de non-recevoir, n'a pas d'impact sur les défenses directes qu'il peut faire valoir⁸³⁷.

198. Le mot « péremptoire »⁸³⁸ annonce qu'elles ont pour effet d'anéantir un droit d'action en justice⁸³⁹. Le qualificatif « du fond » indique qu'elles constituent un plaidoyer au mérite qui touche le droit d'action, par opposition à une exception préliminaire par nature ou qui n'attaque que la forme des procédures⁸⁴⁰. La conséquence qu'entraîne la fin de non-recevoir est d'empêcher une partie de faire valoir un droit qui n'est autrement pas nécessairement éteint⁸⁴¹. Elle s'oppose à un droit d'action, c'est-à-dire au droit de mettre en œuvre un droit subjectif par la voie judiciaire. La Cour d'appel a écrit que la fin de non-recevoir était « généralement un moyen de défense à

⁸³⁵ Cette distinction est similaire à celle que fait la doctrine anglaise moderne, à la différence que le mot anglais *defence* correspond à nos exceptions, alors que nos défenses directes deviennent en droit anglais des *denials* : *Infra*, par. 373. Par exemple, le paiement, cause d'extinction d'une obligation, constitue le plus souvent un moyen de défense directe et non une fin de non-recevoir : *Henri Cousineau & Fils inc. c. Axa Assurances inc.*, 2010 QCCA 1000, par. 13 [*Cousineau & Fils*]. Cela dépend toutefois des éléments essentiels de chaque demande.

⁸³⁶ Voir par exemple *9077-0801 Québec inc. c. Société des loteries vidéo du Québec inc.*, 2012 QCCA 885, par. 17, 57 [*Société des loteries*] (absence de préjudice).

⁸³⁷ *Id.*

⁸³⁸ Voir par exemple *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. D. (B.)*, [2002] R.J.Q. 54, par. 25 (C.A.); *Fecteau c. Gareau*, [2003] R.R.A. 124, par. 46 (C.A.) [*Gareau*]; *Sâfilo Canada Inc. c. Chic Optic*, [2005] R.J.Q. 27, par. 23 (C.A.) [*Sâfilo*]; *Syndicat des employés de Bombardier, La Pocatière (CSN) c. Bombardier Transport Canada inc.*, 2015 QCCA 355, par. 8 [*CSN La Pocatière*]; *Richter & Associés inc. c. Merrill Lynch Canada inc.*, 2007 QCCA 124, par. 56 [*Merrill Lynch*].

⁸³⁹ *Supra*, par. 65, 67, 84, 108.

⁸⁴⁰ *Supra*, par. 66-71.

⁸⁴¹ *Durocher c. Commission des relations du travail*, 2015 QCCA 1384, par. 100 [*Durocher*]; *Droit de la famille – 143196*, 2014 QCCA 2316, par. 9 [*DF143196*].

l'encontre d'une demande autrement bien fondée »⁸⁴², mais cette formulation porte à confusion. D'abord, ce n'est vrai que dans le sens le plus large du mot demande, puisque la fin de non-recevoir peut s'élever contre une multitude de droits d'action et n'est aucunement restreinte au rôle de moyen de défense à l'action principale. De plus, elle ne présume pas du bien-fondé de cette demande. À cet égard, le droit bas-canadien, nous l'avons vu, distinguait entre les exceptions péremptoires qui emportaient aveu des faits de la demande, appelées « fins de non-valoir », et celles qui n'emportaient pas cet aveu, appelées « fins de non-recevoir »⁸⁴³. Cette distinction est tombée en désuétude et n'a été reprise ni par le législateur, ni par la doctrine ou la jurisprudence⁸⁴⁴. Les fins de non-valoir sont aujourd'hui des fins de non-recevoir. Ainsi, certaines fins de non-recevoir supposent que la demande est autrement bien fondée, d'autres non.

199. La fin de non-recevoir définie comme exception péremptoire du fond constitue une vaste catégorie et il serait futile de tenter d'énumérer toutes celles qui peuvent se présenter. La fin de non-recevoir comme catégorie est dénuée de contenu matériel. Pour qu'une fin de non-recevoir existe, une règle de droit doit la créer⁸⁴⁵. Ses conditions et ses effets dépendent de cette règle de droit qui lui donne naissance. Par ailleurs, la plupart des exceptions que le droit ancien regroupait dans cette catégorie sont aujourd'hui codifiées, chacune avec ses règles propres⁸⁴⁶, ou abolies⁸⁴⁷, alors que la catégorie elle-même n'a pas été reprise par le législateur québécois⁸⁴⁸. Malgré son exactitude, l'utilité de cette définition est aussi restreinte que sa portée est étendue. Elle regroupe des exceptions variées qui ont peu en commun et elle n'aide pas à appréhender la fin de non-recevoir contemporaine telle qu'elle se décline depuis l'arrêt *Soucisse*⁸⁴⁹. D'ailleurs, les fins de

⁸⁴² *Monit*, préc., note 830, par. 67.

⁸⁴³ *Supra*, par. 109.

⁸⁴⁴ Une recherche dans les bases de données de CanLII et de La référence (Thomson Reuters) pour l'expression « fin de non-valoir » ne retourne aucun résultat en date du 15 juin 2020.

⁸⁴⁵ Voir *Rawleigh*, préc., note 86, 556.

⁸⁴⁶ Voir, par exemple, les articles 1497-1507, 1508-1517 C.c.Q. (prématurité); 2921-2933 C.c.Q. (prescription extinctive), 2633, 2848 C.c.Q. et 168(1) C.p.c. (chose jugée); 153-166, 256, 281-297, 301-304, 3083, 3085-3087 C.c.Q. et 92, 168(2) C.p.c. (défaut de capacité); 208, 321, 360, 802, 1029, 1085, 1278, 1316, 2130-2137, 2225, 2266, 2271, 2773 C.c.Q. et 86-92, 168(2) C.p.c. (défaut de qualité); 85, 168(3) C.p.c. (défaut d'intérêt).

⁸⁴⁷ Par exemple, le serment décisoire (art. 1247-1253 C.c.B.C.; aboli : *An Act to amend the Civil Code*, S.Q. 1897, 60 Vict., c. 50, art. 21) et l'incapacité de la femme mariée (art. 174-180, 1259 C.c.B.C.; remplacée par l'égalité totale entre les époux : art. 440-441 C.c.Q. (1980); art. 1, 4, 392 C.c.Q.).

⁸⁴⁸ À l'exception de sa mention à l'article 2921 C.c.Q.

⁸⁴⁹ Cf. *Soucisse*, préc., note 7, 360 : « [l']extension de ces définitions est d'autant plus grande que leur compréhension est restreinte »; « [l]es auteurs classent parmi les fins de non-recevoir les exceptions les plus nombreuses et les plus diverses qui n'ont entre elles rien d'autre en commun que cette définition ».

non-recevoir du droit français ancien, comme la prescription ou l'autorité de la chose jugée, étaient pour la plupart d'application certaine si leurs conditions étaient rencontrées, ce qui ne correspond en rien au portrait de l'arrêt *Soucisse*⁸⁵⁰.

200. Les fins de non-recevoir discrétionnaires. La fin de non-recevoir de l'arrêt *Soucisse* est une exception péremptoire non codifiée qui met en œuvre un principe général du droit. La Cour d'appel a souligné avec justesse que « [l]e droit savant français avait proposé des définitions de la fin de non-recevoir inspirées avant tout par sa fonction procédurale », celle d'exception péremptoire qui entraîne le rejet d'une demande sans en attaquer le fond, alors que « la doctrine québécoise s'est plutôt attachée au fondement de certaines fins de non-recevoir qu'elle associe à la sanction judiciaire du comportement fautif d'une partie »⁸⁵¹. Ces dernières, à l'image de l'exception *cognita causa* du droit romain⁸⁵², mais au contraire de celles du droit français⁸⁵³, sont d'application discrétionnaire. Nous retenons dans ce mémoire les fins de non-recevoir discrétionnaires comme principal objet d'étude. Elles font l'objet de la première section de cette deuxième partie.

201. Les fins de non-recevoir dirimantes. Bien sûr, les fins de non-recevoir non discrétionnaires existent toujours en droit québécois. C'est le cas de la prescription extinctive et de l'autorité de la chose jugée, par exemple. Elles ne sont pas nécessairement applicables de plein droit. Dans bien des cas, la partie qui a le droit de s'en prévaloir peut y renoncer et le tribunal ne peut les suppléer d'office. Cependant, elles sont d'application certaine en ce sens que du moment où une partie s'en prévaut, le résultat est dicté par la loi. Le juge qui conclut que ses critères sont rencontrés n'a pas la discrétion de l'écarter. Nous les désignons ici comme fins de non-recevoir dirimantes⁸⁵⁴, par

⁸⁵⁰ C'était aussi le cas des exceptions péremptoires au Bas-Canada : cf. G. DOUTRE, préc., note 458, p. 59-66, 667.

⁸⁵¹ *Merrill Lynch*, préc., note 838, par. 56-57. La Cour met ici l'accent sur son rôle de sanction : *Infra*, par. 260 et suiv.

⁸⁵² *Supra*, par. 64.

⁸⁵³ *Supra*, par. 72 et suiv.

⁸⁵⁴ Nous préférons « dirimant » à « absolu » pour désigner leur nature d'empêchement absolu, vu la précision du mot et afin d'éviter toute confusion avec le concept de nullité absolue. Voir Jacques PICOTTE (dir.), *Juridictionnaire*, coll. « TERMIUM Plus® », la banque de données terminologiques et linguistiques du gouvernement du Canada », Moncton, Centre de traduction et de terminologie juridiques de la Faculté de droit de l'Université de Moncton et Bureau de la traduction du Canada, « Dirimant, ante », en ligne : <<https://www.btb.termiumplus.gc.ca/tpv2guides/guides/juridi/index-fra.html>> (consulté le 10 juin 2020) : « Certains auteurs recommandent à tort de ne pas abuser de cet adjectif. L'usage et les grands dictionnaires enregistrent pourtant un sens extensif de *dirimant* qui enrichit le style et l'expression de la pensée. Est qualifié de *dirimant* dans l'usage courant ce qui est formel, radical, sans réplique, ce qui, par son caractère absolu, ne laisse aucune possibilité de recours. Ainsi dira-t-on d'un *argument* qu'il est *dirimant*, s'il détruit tout raisonnement, ou d'une *objection* qu'elle est *dirimante*, si elle empêche toute discussion. Un *obstacle*

opposition aux fins de non-recevoir discrétionnaires. En droit privé, les fins de non-recevoir dirimantes sont codifiées ou prévues par des lois particulières, dont elles suivent les règles. En conséquence, la plupart des enseignements de la jurisprudence et de la doctrine sur les fins de non-recevoir ne leur est pas applicable, sauf en ce qui tient de leur nature d'exception péremptoire.

202. Intérêt particulier et intérêt général. À l'image des nullités en matière contractuelle⁸⁵⁵, les fins de non-recevoir sont au service de la protection de l'intérêt particulier des parties, de l'intérêt général de la société⁸⁵⁶ ou des deux à la fois. Cette classification est indépendante de la distinction entre fins de non-recevoir dirimantes ou discrétionnaires, quoique les discrétionnaires sont plus souvent d'intérêt particulier et les dirimantes, presque toujours d'intérêt général.

203. Portée des définitions. Il ne faut pas restreindre indûment la définition des fins de non-recevoir. Dans quelques arrêts, la Cour d'appel amalgame la fin de non-recevoir avec les principes mis en œuvre dans l'arrêt *Soucisse* et énonce des définitions restrictives telles « [l]a fin de non-recevoir sanctionne le comportement fautif du cocontractant qui tire, par sa mauvaise foi, un avantage causant directement un préjudice à son associé »⁸⁵⁷. Si cette formulation peut mener au bon résultat lorsque seule une telle fin de non-recevoir est en jeu, elle véhicule une conception inexacte et comporte le danger d'un résultat erroné dans le cas contraire. D'une part, elle ignore l'existence de fins de non-recevoir dirimantes. D'autre part, elle limite erronément la portée de la fin de non-recevoir discrétionnaire. S'il est vrai que la situation décrite dans cette définition donne lieu à une fin de non-recevoir, il est faux de prétendre qu'il s'agit de la *seule* situation qui y donne lieu. À l'inverse, dans plusieurs décisions, le concept est employé de manière floue ou excessivement étendue, pour nommer des arguments étrangers à son acception la plus large. Ce problème est décortiqué en deuxième section par la mise en action de la définition des fins de non-recevoir discrétionnaires afin d'en distinguer les mécanismes erronément désignés par ce nom⁸⁵⁸.

est *dirimant* quand il entrave indéfiniment une action, tandis qu'un *pouvoir* peut être qualifié tel si sa force contraignante ne laisse nulle possibilité de s'y soustraire. » Voir aussi ATILF - CNRS & UNIVERSITÉ DE LORRAINE, *TLFi : Trésor de la langue Française informatisé*, Nancy, Centre national de ressources textuelles et lexicales, « Dirimant », en ligne : <<https://www.cnrtl.fr/definition/dirimant>> (consulté le 10 juin 2020).

⁸⁵⁵ Voir D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 8, n° 1111 et suiv.

⁸⁵⁶ De façon similaire aux exceptions de source prétorienne du droit romain : *Supra*, par. 64.

⁸⁵⁷ *9185-5908 Québec inc. (Bio-Dis) c. Conditionnement Bio-Pak inc.*, 2014 QCCA 2359, par. 26 [*Bio-Dis*] citant jugement *a quo*, par. 129. Voir aussi *DF143196*, préc., note 841.

⁸⁵⁸ *Infra*, par. 326-389.

B. Le cadre conceptuel de la fin de non-recevoir discrétionnaire

204. Les fins de non-recevoir discrétionnaires mettent en œuvre les principes généraux du droit (1). À la fois sanctions, remèdes et mesures d'équité, leur identité est triple (2). En outre, certaines sont liées au droit matériel et d'autres, au droit procédural (3).

1. La matérialisation des principes généraux comme source de droit

205. Les fins de non-recevoir discrétionnaires se fondent sur les principes généraux du droit. Concrètement, cela signifie que lorsque l'application stricte du droit codifié génère un résultat qui est incompatible avec les principes généraux du droit et qui menace l'intérêt général ou qui crée une injustice dans un cas particulier, une fin de non-recevoir peut s'élever pour corriger la situation. Leur but est d'assurer la cohérence du droit en empêchant ses règles particulières d'entrer en conflit avec ses valeurs fondamentales⁸⁵⁹.

206. Les principes généraux sont les « [p]réceptes juridiques fondamentaux qui constituent la base d'un système de droit et traduisent ses valeurs essentielles »⁸⁶⁰. Ils expriment « une conscience juridique »⁸⁶¹. Chaque principe sert de norme qui « énonce en termes généraux une exigence de justice » et qui « aide à comprendre et à élaborer le droit de façon cohérente et rationnelle »⁸⁶². Ils sont cruciaux dans l'exercice de la fonction judiciaire. Comme l'a souligné le juge Beetz, « [l]e *Code civil* ne contient pas tout le droit civil. Il est fondé sur des principes qui n'y sont pas tous

⁸⁵⁹ Au sujet de l'impératif de cohérence comme justification du rejet d'une cause d'action, voir, en common law canadienne, *Hall v. Hebert*, [1993] 2 R.C.S. 159, 176; citant Ernest J. WEINRIB, « Illegality as a Tort Defence », (1976) 26 *U.T.L.J.* 28, 42 : « [...] accorder la réparation demandée serait accorder une réparation pour ce qui est illégal. [...] cela introduirait une incohérence dans le droit. [...] le droit doit viser à constituer un tout unifié, dont les parties – les domaines contractuel, délictuel et pénal – doivent se combiner dans une indispensable harmonie. Si les tribunaux devaient, d'une main, punir la conduite qu'ils approuvent de l'autre, cela équivaldrait à [...] “créer une faille intolérable dans l'unité conceptuelle du droit” » (citation traduite par la Cour). Voir aussi Rafaël JAFFERALI, « La cohérence du système juridique », dans B. LEFEBVRE et B. MOORE (dir.), préc., note 465, p. 37; Sharon ERBACHER, *Negligence and Illegality*, Oxford, Hart Publishing, 2017, p. 8-12.

⁸⁶⁰ CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues. Les obligations*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, « Principes généraux du droit », en ligne : <<https://nimbus.mcgill.ca/pld-ddp/dictionary/>>. Voir aussi Han-Ru ZHOU, « Legal Principles, Constitutional Principles, and Judicial Review », (2019) 67 *Am. J. Comp. L.* 889.

⁸⁶¹ Mireille DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, p. 83; voir aussi Louise ROLLAND, « La bonne foi dans le Code civil du Québec : du général au particulier », (1996) 26 *R.D.U.S.* 377, 379.

⁸⁶² *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, par. 64; Frédéric BACHAND, « Les principes généraux de la justice civile et le nouveau Code de procédure civile », (2015) 61 *McGill L.J.* 447, 450.

exprimés et dont il appartient à la jurisprudence et à la doctrine d'assurer la fécondité »⁸⁶³. Par la disposition préliminaire du nouveau Code, le législateur reconnaît leur position cruciale dans l'architecture du droit, comme l'explique la professeure Louise Rolland :

« Le Code civil du Québec reconnaît explicitement, dans sa disposition préliminaire, le rôle fondamental des principes généraux comme **facteurs surdéterminants des normes législatives** : pour la première fois, **le droit positif écrit intègre-t-il**, par mouvement systolique, **les valeurs morales, sociales et politiques** qui agiront sur l'interprétation et l'application des règles de droit. »⁸⁶⁴

207. Leur vocation est double : « d'une part, ils constituent le fondement des règles juridiques qui les appliquent ou y dérogent; d'autre part, dans le silence ou l'obscurité de la loi, ils sont appelés à commander l'application d'une règle nouvelle ou l'interprétation d'une règle existante »⁸⁶⁵. Au sujet de cette dualité, la professeure Rolland explique que le principe général peut d'abord être vu comme un « idéal de justice » qui transcende la loi et « qui, atteignant ainsi un degré de généralité plus grand que la loi, lui est supérieur et donc opposable »⁸⁶⁶. En même temps, il peut aussi être vu comme une norme qui se déduit des règles de droit existantes, qui leur est égale et qui aide à en corriger les lacunes⁸⁶⁷.

208. C'est la première de ces deux vocations des principes généraux, celle de fondement et d'idéal de justice opposable à la loi, qui nous intéresse ici particulièrement. Leur position conceptuelle, extérieure et supérieure, permet et explique la fonction de maintien de la cohérence d'ensemble du

⁸⁶³ *Cie Immobilière Viger c. L. Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67, 76. Voir aussi Pierre J. DALPHOND, « La doctrine a-t-elle un avenir au Québec », (2008) 53 *McGill L.J.* 517, 527 : « [l']univers du droit civil est plus étendu que l'espace codifié »; « [l]a doctrine et la jurisprudence sont alors les véhicules d'affirmation des règles non codifiées ». Par exemple, dans l'arrêt *Soucisse*, le juge Beetz trouve dans le traité de Lemerle « la confirmation de l'existence de la fin de non-recevoir en droit civil, après avoir écarté toute application du concept de common law de *l'estoppel* » et dans l'arrêt *Bail*, « le juge Gonthier s'appuie sur le traité de droit civil de Jacques Ghestin pour affirmer qu'il existe en droit civil un devoir d'information d'une partie à l'égard d'une autre en position de vulnérabilité » : *Id.*, 527-528; citant *Soucisse*, préc., note 7; *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554. Voir L.-L.-F. LEMERLE, préc., note 110; Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil*, 2^e éd., t. 2, Paris, L.G.D.J., 1988.

⁸⁶⁴ L. ROLLAND, préc., note 861, 379. Voir aussi J. PINEAU, préc., note 642 aux pages 275-276.

⁸⁶⁵ CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, préc., note 860, « Principes généraux du droit ». Voir aussi Mark Van HOECKE, « The Use of Unwritten Legal Principles by Courts », (1995) 8 *Ratio Juris* 248 qui distingue entre les principes non-écrits idéologiques et les principes non-écrits structuraux.

⁸⁶⁶ L. ROLLAND, préc., note 861, 379; voir aussi Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, 18^e éd., Paris, P.U.F., 1990, n^{os} 139-141.

⁸⁶⁷ L. ROLLAND, préc., note 861, 379.

droit que remplissent les fins de non-recevoir discrétionnaire⁸⁶⁸. Les fins de non-recevoir discrétionnaires puisent leur source dans ces principes généraux et contribuent à matérialiser les valeurs qu'ils incarnent.

209. La bonne foi est le plus célèbre de ces principes. Étudiée par une doctrine volumineuse et désormais codifiée⁸⁶⁹, elle est « essentiellement la limite jurisprudentiellement imposée du tolérable dans le comportement contractuel »⁸⁷⁰. Ses origines sont anciennes. En 1865, les codificateurs ont enchâssé les valeurs libérales et l'autonomie de la volonté au cœur du droit des obligations et signé la fin – pour un temps – du règne de l'équité dans les contrats⁸⁷¹. Ils ont omis de faire une place explicite à l'obligation de bonne foi au sein du Code, mais elle n'a pas pour autant perdu sa place au cœur du droit des obligations⁸⁷². La doctrine a expliqué ce silence par le fait qu'elle était à ce point fondamentale qu'il était superflu de la mentionner⁸⁷³ : il s'agissait d'une « vérité de La Palisse »⁸⁷⁴. En effet, le droit québécois a repris à son compte le rejet, par l'ancien

⁸⁶⁸ Cf. M. DELMAS-MARTY, préc., note 861, p. 85 (le principe général « plac[é] au-dehors du droit, dans un contexte d'ensemble et comme en position de surplomb, fédère les diverses parties du droit et traverse les frontières qui les séparent »); L. ROLLAND, préc., note 861, 379.

⁸⁶⁹ Art. 6, 7, 1375 C.c.Q. L'expression « bonne foi » est mentionnée 78 fois dans le C.c.Q. Voir entre autres Brigitte LEFEBVRE, « La bonne foi », dans Benoît MOORE (dir.), *Les grandes notions*, Montréal, Éditions Thémis, 2015; Christine LEBRUN, *Le devoir de coopération durant l'exécution du contrat*, Montréal, LexisNexis, 2013; Marie Annik GRÉGOIRE, « Économie subjective c. utilité et intérêt du contrat - réflexions sur les notions de liberté, de responsabilité et de commutativité contractuelles, à la suite de la codification du devoir de bonne foi », (2010) 44 *R.J.T.* 11; Marie Annik GRÉGOIRE, « Articles 6 et 7 du Code civil du Québec : chapeau noir et chapeau melon ou les Dupont et Dupond de la bonne foi », dans Adrian POPOVICI, Benoît MOORE et Jénérosa BRAS MIRANDA (dir.), *Mélanges Adrian Popovici : les couleurs du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2010; Marie Annik GRÉGOIRE, *Liberté, responsabilité et utilité: la bonne foi comme instrument de justice*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010; Brigitte LEFEBVRE, « La rupture du contrat pour cause d'inexécution : regards sur le rôle de la bonne foi », (2006) 36 *R.G.D.* 69; Didier LLUELLES, « La bonne foi dans l'exécution des contrats et la problématique des sanctions », (2004) 83 *R. du B. can.* 181; Marie Annik GRÉGOIRE, *Le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003; Ejan MACKAAY, Violette LEBLANC, Nicolette KOST-DE-SÈVRES et Emmanuel DARANKOUM, « L'économie de la bonne foi contractuelle », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 421; Vincent KARIM, « La règle de la bonne foi prévue dans l'article 1375 du Code civil du Québec », (2000) 41 *C. de D.* 435; Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998; L. ROLLAND, préc., note 861.

⁸⁷⁰ Jean-Louis BAUDOIN, « Justice et équilibre : la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois », dans Gilles GOUBEUX (dir.), *Études offertes à Jacques Ghestin : Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 29 à la page 33.

⁸⁷¹ *Supra*, par. 118-120.

⁸⁷² L'article 1022 C.c.B.C. était silencieux à cet égard, contrairement à l'article 1034 C.N. : G. TRUDEL, préc., note 107, p. 329; P.-B. MIGNAULT, préc., note 107, p. 261.

⁸⁷³ G. TRUDEL, préc., note 107, p. 329.

⁸⁷⁴ P.-B. MIGNAULT, préc., note 107, p. 261.

droit français, de la distinction romaniste entre les contrats de droit strict et de bonne foi⁸⁷⁵. Il a adopté une obligation générale de bonne foi comme « assise des conventions », tant dans leur formation que dans leur exécution⁸⁷⁶. L'équité et les « corollaires de la bonne foi » étaient ajoutés au texte de tout contrat par « extension normale »⁸⁷⁷. Néanmoins, l'intervention dans les contrats demeurait minimale, jusqu'à ce que, au courant du 20^e siècle, le législateur, puis la jurisprudence et la doctrine à sa suite, initient une moralisation nouvelle du droit des contrats⁸⁷⁸. Les arrêts *Soucisse*, *Houle* et *Bail* de la Cour suprême s'inscrivent dans ce courant⁸⁷⁹.

210. Le nouveau Code civil, adopté en 1991 et entré en vigueur en 1994, a consacré la centralité de la bonne foi et le retour, amorcé lors de la Révolution tranquille, vers une vision plus équilibrée de l'importance de la liberté de contracter lorsqu'elle s'oppose à d'autres intérêts :

« Les principes à la base de la réforme visent donc essentiellement à **mieux centrer l'économie du Code civil sur la personne humaine et le respect de ses droits, mais sans nier non plus les devoirs qu'imposent les rapports sociaux**. Le projet favorise aussi [...] **un nouvel équilibre en matière contractuelle** où, tout en maintenant les principes d'autonomie de la volonté et de libéralisme dans les conventions, l'on prévoit **des tempéraments importants visant à protéger la partie la plus faible**, notamment dans les contrats d'adhésion et de consommation. »⁸⁸⁰

211. Selon la professeure Marie Annik Grégoire, le législateur emploie des standards comme la bonne foi pour que les juges puissent pallier les injustices qui, autrement résulteraient de l'application textuelle de normes législatives trop rigides et pour « protég[er] certains intérêts

⁸⁷⁵ G. TRUDEL, préc., note 107, p. 338, 345; P.-B. MIGNAULT, préc., note 107, p. 261. Voir aussi J. DOMAT, préc., note 270; tel que cité par G. TRUDEL, préc., note 107, p. 329, 345 : « Il n'y a aucune espèce de convention où il ne soit sous-entendu que l'un doit à l'autre la bonne foi, avec tous les effets que l'équité peut y demander [...] ».

⁸⁷⁶ G. TRUDEL, préc., note 107, p. 338.

⁸⁷⁷ *Id.* Art. 1024 C.c.B.C.; art. 1434 C.c.Q. Selon Trudel, l'équité désigne ici la mise en œuvre d'une discrétion judiciaire limitée par la nécessité de respecter la loi et la volonté exprimée par les parties : voir G. TRUDEL, préc., note 107, p. 343-345.

⁸⁷⁸ J.-L. BAUDOIN, préc., note 870 aux pages 30-31. Voir aussi L. PERRET, préc., note 675; Pierre-Gabriel JOBIN, « L'équité en droit des contrats », dans Pierre-Claude LAFOND (dir.), *Mélanges Claude Masse : en quête de justice et d'équité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 473.

⁸⁷⁹ *Soucisse*, préc., note 7; *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122; *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, préc., note 863.

⁸⁸⁰ QUÉBEC (MINISTÈRE DE LA JUSTICE), *La Réforme du Code civil : quelques éléments du projet de loi 125 présenté à l'Assemblée nationale le 18 décembre 1990*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1991, p. 2. Au sujet de l'importance, dans la réforme, du respect de la personne et d'un meilleur équilibre dans le commerce juridique, voir J. PINEAU, préc., note 642 aux pages 281-288.

particuliers, qui autrement ne bénéficieraient pas d'une telle protection »⁸⁸¹. Pour Baudouin, la réforme introduit « une philosophie moderne, basée sur la consécration par le législateur d'une moralité contractuelle nouvelle, fondée sur l'équité, la bonne foi et la répression des abus »⁸⁸². Selon Lluelles et Moore, cette moralité consacrée par l'article 1375 C.c.Q. « devrait se traduire concrètement au niveau des sanctions »⁸⁸³. D'ailleurs, cet article est désormais considéré « comme une source autonome de droits et recours » et l'un des fondements des fins de non-recevoir⁸⁸⁴.

212. La bonne foi est une norme aux frontières souples et d'application étendue. Dans son interprétation la plus large, elle peut être vue comme la source de la majorité des fins de non-recevoir discrétionnaires. Cependant, à elle seule, elle ne permet pas de déterminer ou de justifier les conditions précises de leur application. Pour cela, il faut s'attarder à leur nature et aux autres principes généraux qu'elles mettent en jeu.

2. La triple identité de la fin de non-recevoir discrétionnaire

213. La fin de non-recevoir discrétionnaire est un outil à l'identité triple : sanction, remède et mesure d'équité. Chacune de ces identités correspond à sa propre vision de la fonction principale de la fin de non-recevoir, s'accorde avec la mise en œuvre de principes généraux différents et centre la réflexion judiciaire sur une portion distincte du schéma factuel d'un dossier. Ces trois manières d'appréhender la fin de non-recevoir ne sont pas mutuellement exclusives. Les juges les combinent selon les circonstances de chaque cas. C'est cette triple identité qui, selon nous, se trouve à l'origine des positions contradictoires qui coexistent dans la doctrine et la jurisprudence au sujet de la définition et des conditions d'application de la fin de non-recevoir.

⁸⁸¹ M.A. GRÉGOIRE, préc., note 869, p. 175.

⁸⁸² J.-L. BAUDOUIN, préc., note 870 à la page 32.

⁸⁸³ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 8, n° 924 citant *Droit de la famille – 2204*, [1995] R.D.F. 333, 339 (C.S.). Voir aussi Y. CARTUYVELS, préc., note 440, 30 (au sujet du code et de sa « dimension de naturalisation qui renforce l'autorité des catégories qu'il consacre »).

⁸⁸⁴ *Groupe Trans-inter inc. c. Ragusa Canada inc.*, 2012 QCCA 2033, par. 48 [*Ragusa*]; citant Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 6^e éd. par P.-G. JOBIN et Nathalie VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, n° 411. Voir aussi *Bio-Dis*, préc., note 857, par. 26 citant jugement *a quo*, par. 130 (une fin de non-recevoir peut découler de « l'obligation de bonne foi devant caractériser les rapports contractuels »).

214. Sanction. D'abord, la fin de non-recevoir est souvent présentée comme le motif par lequel une cour refuse de porter secours à une partie dont elle juge le comportement répréhensible⁸⁸⁵. Vue ainsi, elle occupe la fonction de punir une partie pour sa conduite, ou encore, celle de déterminer si un droit subjectif est justiciable ou si un remède judiciaire peut être refusé à la partie qui tente de l'exercer. La *fin de non-recevoir-sanction*⁸⁸⁶ est centrée sur la partie « coupable », c'est-à-dire la partie qui tente d'exercer un droit d'action, mais qui a enfreint ses devoirs généraux envers l'autre partie ou la société⁸⁸⁷. Elle impose à cette partie une sanction pour son comportement répréhensible : le rejet de sa cause d'action.

215. Remède. Ensuite, la fin de non-recevoir peut être conçue comme un moyen de protéger une partie contre la mise en œuvre d'un droit d'action qui enfreindrait les principes généraux du droit⁸⁸⁸. Vue ainsi, sa fonction est de fournir un remède à une partie qui mérite la protection de la cour. La *fin de non-recevoir-remède* est centrée sur la partie « victime », c'est-à-dire la partie contre qui l'on tente d'exercer un droit d'action et dont la confiance a été trompée ou qui a été privée de l'honnêteté, de la loyauté ou du respect qui lui étaient dus. Elle fournit à cette partie un remède pour la protéger : le rejet de la cause d'action de celui qui la poursuit.

⁸⁸⁵ Voir *Soucisse*, préc., note 7, 358 : « Parce que la Banque a été fautive en ne révélant pas l'existence des lettres de cautionnement [...], la Banque [...] est irrecevable [...]. Son action [...] est aussi irrecevable car nul ne doit tirer avantage de sa propre faute ni surtout demander le secours des tribunaux pour y arriver »; *Id.*, 362 : « L'un des fondements juridiques possibles d'une fin de non-recevoir est le comportement fautif de la partie contre qui la fin de non-recevoir est invoquée »; *Id.*, 363 : « la Banque tirerait avantage de sa propre faute si les cours de justice lui prêtaient leur concours [...]. Ce concours doit donc lui être refusé. »

⁸⁸⁶ Cf. Hubert REID (dir.), *JuriBistro eDICTIONNAIRE, adaptation numérique du Dictionnaire de droit québécois et canadien*, CAIJ et Wilson & Lafleur, 2016, « Sanction », en ligne : <<https://dictionnaireid.caij.qc.ca/>> (consulté le 11 juin 2020) (« Puniton imposée par la loi à l'auteur d'une infraction » ou « [p]lus généralement, toute mesure prévue par le législateur pour assurer l'exécution d'une loi »).

⁸⁸⁷ Voir D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 8, n° 2033 : « la fin de non-recevoir ne devrait pas impliquer que la victime d'une indélicatesse ait subi un préjudice en tant que tel. Bien que contestée par plusieurs autorités, cette solution mérite d'être retenue pour des raisons de stricte logique. En effet, c'est l'octroi de dommages-intérêts compensatoires qui suppose l'existence d'un préjudice. [...] Il devrait en aller ainsi à propos de la fin de non-recevoir, qui n'a pas pour but de rétablir un équilibre économique, mais plutôt de priver un contractant d'un recours ou d'un moyen qu'il a contribué à fabriquer artificiellement, et aussi d'éviter à un tribunal de prêter son concours à un contractant qui veut profiter de son comportement répréhensible. »

⁸⁸⁸ Dans l'arrêt *Soucisse*, la Cour suprême, précise que les arrêts français dont elle s'inspire « tendent à protéger les héritiers de la caution » : *Soucisse*, préc., note 7, 351. Le juge du procès soulignait son impuissance à « trouver dans nos textes de loi une disposition qui aurait pu venir au secours des défenderesses prises au piège » : *Soucisse C.S.*, préc., note 89, 128-129; *Soucisse*, préc., note 7, 345-346. Il exprimait le souhait que le législateur restreigne « la liberté de passer outre aux dispositions du Code qui se veulent protectrices de la caution » : *Soucisse C.S.*, préc., note 89, 128-129; *Soucisse*, préc., note 7, 345-346.

216. *Mesure d'équité.* Enfin, la troisième identité est celle de la fin de non-recevoir comme mécanisme d'équité qui permet d'éviter un résultat qui choque, par son injustice, la morale judiciaire⁸⁸⁹. Vue ainsi, elle a pour fonction de maintenir ou de rétablir un équilibre dans la relation entre les parties, pour préserver la justice contractuelle ou relationnelle⁸⁹⁰. La *fin de non-recevoir-équité* est centrée sur la relation entre les parties. Elle tient compte de la nature de cette relation et de ses déséquilibres de pouvoir ou d'information. Elle examine la situation et les actions des deux parties. Lorsque l'application du droit codifié générerait un résultat incompatible avec l'équilibre relationnel, elle le met de côté en faveur d'une mesure d'équité : le rejet de la cause d'action⁸⁹¹. Cette conception de la fin de non-recevoir se situe, en réalité, à l'intersection des deux autres. En effet, ce rejet constitue alors aussi une sanction pour celui qui tentait d'exercer un droit et un remède pour la partie qu'il poursuivait. Cette position à mi-chemin découle de sa nature même comme mesure d'équité, qui implique la prise en compte de la perspective de toutes les parties.

217. Même si ces trois identités sont, en pratique, souvent coprésentes et entremêlées, leur identification fournit une structure pour classer les fins de non-recevoir discrétionnaires et pour déterminer et justifier leurs conditions d'ouverture⁸⁹². En effet, l'étude de la jurisprudence à la lumière de ce cadre conceptuel révèle l'existence de trois groupes de principes, outre la bonne foi, que les fins de non-recevoir discrétionnaires matérialisent. Le Tableau II résume cette structure. La notion de *sanction* prend le dessus lorsqu'il est question d'empêcher une partie de tirer

⁸⁸⁹ Dans l'arrêt *Soucisse*, la Cour suprême souligne le déséquilibre informationnel entre les parties. « Il faut décider si les héritiers de la caution doivent rembourser les avances faites après le décès de celle-ci par un créancier qui était au courant du décès alors que les héritiers, qui ignoraient tout du cautionnement, n'avaient pu le révoquer » : *Soucisse*, préc., note 7, 341. En première instance, le juge avait souligné son « hésitation », voire sa « répugnance », à accueillir l'action, devant « ce qui pourrait paraître, en équité du moins, une absurdité, mais d'une rigoureuse légalité » et conclut qu'il se trouvait « [i]mpuissant à trouver dans notre droit la solution équitable d'une situation aussi pénible » : *Soucisse C.S.*, préc., note 89, 128-129; *Soucisse*, préc., note 7, 345-346.

⁸⁹⁰ Voir P.-G. JOBIN, préc., note 878 à la page 476 : « l'équité se présente essentiellement comme la recherche de la justice malgré la loi générale. Parce que celle-ci, appliquée dans des circonstances particulières, conduirait à une situation choquante heurtant le sens de la justice, l'équité commande dans ce cas d'y déroger. C'est en somme une exception au droit établi au nom de la justice. » Voir aussi J.-L. BAUDOUIN, préc., note 870.

⁸⁹¹ Voir par exemple J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, préc., note 20, n° 730 : « On a dit que la fin de non-recevoir trouvait son fondement dans une faute du créancier [...]. À notre avis, toutefois, ce sont plutôt les principes de bonne foi et d'équité qui la justifient. La faute, du moins dans son sens habituel, n'est pas nécessaire. »; D. GARDNER et M. TANCELIN, préc., note 25, p. 17 : « Elle sert à substituer l'équité du juge à la règle de droit civil [...] ».

⁸⁹² Nous traitons de conditions d'ouverture plutôt que de conditions d'application pour refléter leur nature discrétionnaire : même si les conditions sont réunies, il revient au tribunal de déterminer s'il est approprié d'appliquer une fin de non-recevoir, selon l'ensemble des circonstances.

indûment profit d'une situation qu'elle a elle-même créée ou de préserver l'ordre public. Celle de *remède* domine dans le contexte de la protection de la confiance légitime d'une partie. Enfin, celle de mesure d'*équité* intervient lorsqu'il faut rétablir un équilibre entre les parties. Dans les trois cas, la fin de non-recevoir constitue un mécanisme de mise en œuvre des principes généraux du droit et une conséquence juridique de leur violation, quoique chaque identité mette en jeu des principes distincts. Les conditions d'ouverture des fins de non-recevoir dépendent de ces principes sur lesquelles elles reposent.

Tableau II. Fins de non-recevoir disponibles pour une partie A contre le droit d'action d'une partie B

Identité	Sanction		Mesure d'équité		Remède	
Fonction	Punir B		Établir ou rétablir l'équilibre entre A et B Parfois punir B Parfois protéger A		Protéger A	
Point d'ancrage de l'analyse	Partie B		Relation entre A et B		Partie A	
Principes mis en œuvre	Équité et bonne foi					
	Ordre public	Interdiction de tirer profit...		Équilibre		Confiance légitime -ou- Devoir de cohérence
		de sa propre faute	de son propre fait	Obligation de renseignement	Autonomie de la volonté	
Conditions d'ouverture	Comportement répréhensible de B ...		Fait de B sans intervention de A ...	Violation de la bonne foi par B Préjudice subi par A	Consentement préalable de B Information nécessaire fournie par A	Préjudice subi par A ...
	... qui viole l'ordre public	... et tentative d'en tirer profit		Déséquilibre à corriger		... en raison d'une croyance raisonnable de A

3. La place des principes généraux du droit procédural

218. La procédure civile « a pour but d'animer la loi et de s'unir à elle », afin de garantir à chacun la possibilité réelle de l'exercice de ses droits, qui ne seraient sans elle que des « avantages

illusaires »⁸⁹³. Des principes généraux sous-tendent l'administration de la justice civile et balisent l'exercice des pouvoirs discrétionnaires des juges dans le déroulement des instances⁸⁹⁴. Ces principes, différents de ceux du droit matériel, s'articulent autour d'une tension entre la recherche de la vérité et l'accessibilité de la justice⁸⁹⁵. Avec la réforme de la procédure civile en 2016, le législateur insiste sur l'accessibilité de la justice, la proportionnalité, le devoir de coopération et ses obligations accessoires de transparence et de loyauté⁸⁹⁶. La stabilité et la finalité des jugements conservent leur importance fondamentale⁸⁹⁷, mais plusieurs principes tirés du modèle anglais qui jouaient auparavant un rôle central⁸⁹⁸ sont mis de côté. Le nouveau C.p.c. rejette la vision martiale du procès⁸⁹⁹ et atténue le rôle joué par la recherche de la vérité, l'unicité du procès pour débattre de toutes les questions en litige et le contrôle des parties sur le déroulement de l'instance⁹⁰⁰.

219. Les principes généraux de la procédure civile, seuls ou en combinaison avec ceux du droit matériel, sont à l'origine de fins de non-recevoir discrétionnaires, particulièrement à l'encontre de demandes en cours d'instance ou de causes d'action qui impliquent une attaque contre une décision judiciaire. Bien que chacune de ces fins de non-recevoir, prise individuellement, puisse être évaluée à la lumière de la classification tripartite élaborée ci-dessus, dans leur ensemble, elles se plient mal à cette catégorisation et il est plus aisé de les étudier selon la logique de l'administration de la justice plutôt que celle du droit matériel, c'est-à-dire selon qu'elles se fondent sur le devoir de coopération et le respect du contrat judiciaire ou sur la stabilité des jugements. Nous traitons donc de ces fins de non-recevoir dans une section à part.

⁸⁹³ P.R. LAFRENAYE, « Préface », dans Gonzalve DOUTRE, *Les lois de la procédure civile dans la province de Québec*, t. 1, Montréal, Senécal, 1867, p. vii à la page viii.

⁸⁹⁴ F. BACHAND, préc., note 862, 449-450.

⁸⁹⁵ *Id.*, 454-456.

⁸⁹⁶ *Id.*, 456-459; S. Axel-Luc HOUNTOHOTÉGBÈ, Jean-François ROBERGE et Tessa MANUELLO, « L'ère de la coopération procédurale et de la saine gestion de l'instance sous le nouveau Code de procédure civile du Québec », (2016) 75 *R. du B.* 391.

⁸⁹⁷ P.R. LAFRENAYE, préc., note 893 à la page viii; *Succession de Duperré c. Claveau*, 2018 QCCA 592, par. 7 [Claveau].

⁸⁹⁸ F. BACHAND, préc., note 862, 451-453.

⁸⁹⁹ Art. 20 C.p.c.; F. BACHAND, préc., note 862, 456-457.

⁹⁰⁰ Art. 18-19, 158 C.p.c.; F. BACHAND, préc., note 862, 456-458.

Section I – Le territoire des fins de non-recevoir discrétionnaires

A. Caractéristiques communes

220. Les fins de non-recevoir discrétionnaires, quelle que soit leur source, partagent des caractéristiques essentielles (1), un mode de détermination de leurs conditions d'ouverture (2), des façons de les invoquer dans une instance (3) et des limites à leur champ d'action (4).

1. Essence

221. *Nature exceptionnelle, factuelle et discrétionnaire.* La nature de « règle d'équité » des fins de non-recevoir discrétionnaires est sans cesse répétée⁹⁰¹ : elles trouvent leur fondement dans la bonne foi et de l'équité, qui permettent et justifient d'y faire appel⁹⁰², et c'est sous leur lumière que la cour doit analyser la preuve qui s'y rapporte⁹⁰³. Dans les litiges de nature contractuelle, elles assurent « une meilleure justice contractuelle »⁹⁰⁴. Il s'agit d'une mesure exceptionnelle⁹⁰⁵ qui ne doit pas être utilisée de façon exagérée⁹⁰⁶. Le juge est lié par la loi; le droit positif s'impose à lui même s'il fait face à des considérations contraires liées à la justice ou à la moralité⁹⁰⁷. Ce n'est que dans des cas exceptionnels qu'il peut écarter la règle de droit applicable et refuser de donner effet à une obligation autrement exigible.

222. Au-delà de leurs conditions d'ouverture, le tribunal doit examiner l'ensemble des circonstances afin de déterminer s'il est approprié d'y faire droit. Son pouvoir d'appréciation est vaste afin de les appliquer adéquatement et, lorsque nécessaire, de les « étendre à de nouvelles

⁹⁰¹ *Droit de la famille – 171197*, 2017 QCCA 861, par. 99 [DF171197]; *Durocher*, préc., note 841, par. 100; *DF143196*, préc., note 841, par. 9. Selon le professeur Jobin, elle est un exemple d'une règle de droit créée par la jurisprudence en s'appuyant sur l'équité : P.-G. JOBIN, préc., note 878 à la page 505.

⁹⁰² *DF171197*, préc., note 901, par. 99; *Ragusa*, préc., note 884, par. 59.

⁹⁰³ *Bio-Dis*, préc., note 857, par. 26 citant jugement *a quo*, par. 130; *Merrill Lynch*, préc., note 838, par. 62.

⁹⁰⁴ *DF171197*, préc., note 901, par. 99.

⁹⁰⁵ Elle est une mesure exceptionnelle : *Bio-Dis*, préc., note 857, par. 26 citant jugement *a quo*, par. 130; *Merrill Lynch*, préc., note 838, par. 61; un moyen exceptionnel : *Développement Tanaka inc. c. Corporation d'hébergement du Québec*, 2011 QCCA 730, par. 27 [*Tanaka*]; un moyen auquel il est fait droit dans un cas exceptionnel : *Merrill Lynch*, préc., note 838, par. 68; un remède exceptionnel : *Durocher*, préc., note 841, par. 100; un moyen qui permet une sanction exceptionnelle : *Id.*; *DF143196*, préc., note 841, par. 9; et ce, notamment en raison de la nature de la sanction qui s'y attache : *Merrill Lynch*, préc., note 838, par. 61.

⁹⁰⁶ *Tanaka*, préc., note 905, par. 27.

⁹⁰⁷ Voir *Code de déontologie de la magistrature*, RLRQ, c. T-16, r. 1, art. 1; *Re Ruffo*, préc., note 4, par. 285-289; *C.T.C.U.M. c. Syndicat du transport de Montréal (C.S.N.)*, préc., note 4, par. 97-99, 119-124.

situations qui se présentent »⁹⁰⁸. Elles dépendent « avant tout d'une question de fait »⁹⁰⁹. Vu leur nature discrétionnaire et exceptionnelle, elles sont souvent rejetées parce que le comportement de la partie qui en invoque une déplaît à la Cour⁹¹⁰. L'interprétation et l'évaluation du comportement des parties et la détermination s'il devrait emporter une fin de non-recevoir relève d'un exercice discrétionnaire qui requiert déférence en appel⁹¹¹.

223. Caractère subsidiaire. La fin de non-recevoir devrait renforcer la cohérence du droit en empêchant ses règles particulières de transgresser ses valeurs fondamentales, et non pas miner cette cohérence en créant des règles contradictoires et inconciliables et en multipliant les exceptions prétoriennes jusqu'à priver d'effet certaines portions du droit codifié. Le juge Mignault a statué qu'« aucune fin de non-recevoir n'est accueillie en l'absence d'une règle de droit qui l'admette » et qu'elles ne doivent pas non plus être admises par la cour lorsqu'elles sont exclues, directement ou indirectement, par le droit codifié⁹¹².

224. Cette règle de la subsidiarité de la fin de non-recevoir est effectivement suivie dans bien des cas⁹¹³, mais pose de sérieux problèmes théoriques et pratiques. Elle est antinomique, puisque la fin de non-recevoir, par nature, s'oppose à une action autrement recevable intentée en vertu d'un droit dont l'existence et la validité ne sont pas contestées; un droit, donc, reconnu par la loi et que celle-ci devrait mettre en œuvre. Toute fin de non-recevoir, vue sous cet angle, s'inscrit en faux contre la loi. Ce paradoxe est particulièrement criant lorsque la « règle » qui fonde la fin de non-recevoir est un principe général du droit, c'est-à-dire une norme non écrite et à géométrie variable. Les

⁹⁰⁸ *DF171197*, préc., note 901, par. 99.

⁹⁰⁹ *Bio-Dis*, préc., note 857, par. 26 citant jugement *a quo*, par. 130; *Merrill Lynch*, préc., note 838, par. 62.

⁹¹⁰ *Infra*, par. 243-249.

⁹¹¹ *Yuan c. Banque Laurentienne du Canada*, 2016 QCCA 918, par. 16 [*Yuan*]; *Continental Casualty Company c. Taillefer*, 2014 QCCA 2001, par. 28 [*Continental Casualty*]; *Tanaka*, préc., note 905, par. 28. Voir par exemple *Laplante c. Banque Nationale du Canada*, 2012 QCCA 326 (pas d'erreur révisable dans la conclusion du juge du procès que la banque a bien agi envers la caution). Voir cependant *Avestor Limited Partnership (Proposition de)*, 2011 QCCA 587, par. 93-94.

⁹¹² *Rawleigh*, préc., note 86, 556 (motifs du juge Mignault) (non-lecture d'un contrat avant de le signer).

⁹¹³ Pour des exemples de cas dans lesquels les tribunaux ont jugé que la loi exclut directement ou indirectement la fin de non-recevoir invoquée, voir : *Picard c. Picard*, 2018 QCCA 1241 [*Picard*] (pas de fin de non-recevoir à une demande de rétractation d'un jugement dont l'appel est en cours); *Trasler c. Chalati*, 2018 QCCA 623 [*Trasler*] (pas de renonciation tacite au droit d'invoquer une servitude); *Gestion Almaca inc. c. Syndicat des copropriétaires du 460 St-Jean*, 2014 QCCA 105, par. 25, 29-30 [*Almaca*] (pas de fin de non-recevoir à l'exercice des droits d'usage et de jouissance d'un copropriétaire divis sur les parties communes à usage général); *Ouimet c. Caisse de dépôt et placement du Québec*, 2010 QCCA 1222, par. 20-21 [*Ouimet*] (pas de fin de non-recevoir pour « déclarer tardif un recours qui a pourtant été intenté à l'intérieur du délai de prescription »).

difficultés sont minimisées dans les cas extrêmes. Lorsque la loi est claire et que le principe invoqué est flou ou de moindre importance, la fin de non-recevoir doit sans doute être rejetée. Lorsque la loi souffre de lacunes ou d'imprécisions et que le principe soulevé est fondamental, la fin de non-recevoir doit probablement être considérée. Entre les deux subsiste une zone grise immense où confluent des essaims de décisions contradictoires, alors que les intérêts en jeu dans chaque cas particulier poussent les tribunaux à mettre en œuvre des fins de non-recevoir que la loi exclut plus ou moins clairement.

225. L'arrêt *Droit de la famille – 10234*, rendu en 2010 au sujet d'une demande de modification rétroactive de pension alimentaire pour enfants, en est un exemple⁹¹⁴. L'article 595 C.c.Q. dans sa version alors en vigueur, adoptée en 1980, prévoyait qu'un créancier alimentaire pouvait « réclamer des aliments pour des besoins existants avant la demande, sans pouvoir néanmoins les exiger au-delà de l'année écoulée », à condition de prouver qu'il s'était trouvé dans l'impossibilité d'agir plus tôt ou que le débiteur avait été mis en demeure⁹¹⁵. Cette disposition reflétait « une règle ancienne exprimée par l'adage “Aliments n'arrangent pas” »⁹¹⁶. Or, l'objectif législatif en matière familiale avait changé depuis son adoption et « le fondement ancien de la non-rétroactivité est devenu moins évident avec le temps »⁹¹⁷. Dans une société où les séparations se sont multipliées, le régime général de pensions alimentaires est censé assurer aux enfants « beaucoup plus que la subsistance »⁹¹⁸. Une personne visée par le régime « doit s'y soumettre de bonne foi et fournir loyalement sa contribution parentale », sans « tire[r] profit de manœuvres d'évasion »⁹¹⁹.

226. Selon la Cour d'appel, les décisions des juges de la Cour supérieure, « en première ligne pour traiter de ces demandes de révision [de pension alimentaire pour enfants] », révèle « le malaise de plusieurs à limiter la rétroactivité dans certaines situations choquantes, ce qui les amène à passer outre et à sanctionner la conduite répréhensible du conjoint par une pleine rétroactivité »⁹²⁰. Ces juges opposaient une fin de non-recevoir au moyen de défense fondé sur l'article 595 C.c.Q.,

⁹¹⁴ *Droit de la famille – 10234*, 2010 QCCA 236 (autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée) [DF10234].

⁹¹⁵ L.Q. 1991, c. 64, a. 595, qui reprenait l'article 643 C.c.Q. (1980)

⁹¹⁶ DF10234, préc., note 914, par. 26. Voir à ce sujet Gérard CORNU, *Droit civil : la famille*, 9^e éd., Paris, Montchrestien, 2006, n^{os} 145-146, p. 258-261.

⁹¹⁷ DF10234, préc., note 914, par. 55.

⁹¹⁸ *Id.*, par. 28.

⁹¹⁹ *Id.*, par. 30.

⁹²⁰ *Id.*, par. 31.

malgré ses termes clairs qui le rendaient applicable. La Cour d'appel constate que la doctrine approuve cette tendance et, au terme de son analyse, confirme que cette solution, employée avec prudence, est pleinement justifiée et sert les fins de la justice⁹²¹. C'est le cas notamment lorsqu'une ordonnance alimentaire a déjà été accordée et que le débiteur esquive volontairement l'ordonnance de divulgation qui permettrait d'adapter sa contribution aux changements dans sa situation financière, une attitude « inacceptable et inexcusable »⁹²². Un tel débiteur « ne saurait tirer profit du fait qu'il a transgressé la loi durant plusieurs années plutôt que durant une seule »⁹²³. Son « non-respect fautif d'une ordonnance » constitue une fin de non-recevoir à ce qu'il puisse invoquer, comme moyen de défense, la protection contre la rétroactivité prévue par l'article 595 C.c.Q.⁹²⁴

227. Le législateur est intervenu en 2012 afin de codifier la solution jurisprudentielle. Le nouvel article 595 C.c.Q. prévoit la rétroactivité jusqu'à trois ans d'une pension alimentaire pour enfants. Il y ajoute ce qui peut être assimilé à une fin de non-recevoir-sanction qui empêche le débiteur, en cas de comportement répréhensible, d'invoquer cette limite⁹²⁵. Cette intervention législative a mis fin à la contradiction entre le texte clair de la loi et le droit tel qu'appliqué par les tribunaux.

228. Force est de constater que la fin de non-recevoir, par sa nature et par l'utilisation qu'en font les juges comme mesure d'équité pour corriger des situations pour lesquelles le droit codifié s'avère insatisfaisant, génère parfois des résultats contraires aux choix explicites du législateur⁹²⁶. Comment gérer une collision frontale entre les dispositions du droit codifié et les principes généraux du droit? Dans l'état actuel de la jurisprudence, ce paradoxe demeure entier et met en lumière l'importance de contenir la croissance de la fin de non-recevoir afin qu'elle conserve sa nature exceptionnelle. Lluellas et Moore soulignent à ce sujet la nécessité d'« éviter que la bonne

⁹²¹ *Id.*, par. 45-47, 54-55.

⁹²² *Id.*, par. 10, 51, 53.

⁹²³ *Id.*, par. 53.

⁹²⁴ *Id.*, par. 53, 55.

⁹²⁵ *Loi favorisant l'accès à la justice en matière familiale*, L.Q. 2012, c. 20, art. 43. Voir QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des institutions*, vol. 42, n° 96, 6 juin 2012, p. 61-64; n° 97, 7 juin 2012, p. 9-17.

⁹²⁶ Le professeur Jobin parle de jurisprudence *contra legem*, par opposition à la jurisprudence *praeter legem*, pour désigner les rares cas où « le juge, devant les conséquences absurdes ou choquantes de l'application d'une règle de droit, décide de ne pas l'appliquer pour la remplacer par une solution *ad hoc* », « l'équité des juges dans sa forme la plus radicale » : P.-G. JOBIN, préc., note 878 à la page 479.

foi ne devienne un système parallèle agissant en vase clos » et que l'article 1375 C.c.Q. ne « serv[e] à écarter des choix faits par le législateur »⁹²⁷.

229. Selon nous, pour résoudre ce dilemme, il faut reconnaître et prendre au sérieux l'objectif de cohérence des fins de non-recevoir discrétionnaires. D'une part, il convient de s'abstenir de les mettre en jeu à prime abord, lorsque le législateur a prévu un mécanisme pour répondre à une situation. Par exemple, c'est la prescription extinctive, et non une fin de non-recevoir, qui sanctionne la tardiveté d'une demande⁹²⁸. C'est l'article 2365 C.c.Q., et non une fin de non-recevoir, qui sanctionne un créancier pour avoir, par son fait ou sa faute, réduit l'efficacité de l'action subrogatoire de la caution⁹²⁹. Il faut appliquer le droit codifié et examiner le résultat qui en découle. Si ce résultat menace la cohérence du droit parce qu'il est inconciliable avec un de ses principes généraux reconnus et identifiables, alors seulement une fin de non-recevoir peut être disponible. La fin de non-recevoir n'est pas là pour faciliter la tâche du juge en l'exemptant de considérer le résultat potentiel du droit codifié, mais bien pour préserver l'intégrité du système juridique lorsque ce résultat la menace. D'autre part, il ne faut y avoir recours que lorsque l'application stricte du droit codifié met en danger l'intérêt général ou crée une injustice dans un cas particulier. Chacun des trois types de fins de non-recevoir discrétionnaires suggère des critères concrets pour déterminer si une fin de non-recevoir peut s'élever.

2. Conditions d'ouverture

230. Pour connaître les conditions qui donnent ouverture aux fins de non-recevoir discrétionnaires, il faut se référer aux trois catégories de principes qui en constituent les fondements. Néanmoins, des éléments doivent immédiatement être écartés de l'analyse.

231. *Distinction avec la faute civile.* Fondée sur l'équité et les principes généraux du droit, la fin de non-recevoir discrétionnaire s'inscrit hors du paradigme de la faute civile. La faute n'est ni une

⁹²⁷ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 8, n° 920. Les auteurs donnent deux exemples de cette dérive, dont l'un concerne l'emploi d'une fin de non-recevoir : « *Roy c. Roy*, 2010 QCCQ 2453 [...], où la Cour rejette le recours en exécution d'un acte de renonciation partielle à deux désignations de bénéficiaires d'une police d'assurance vie, en frappant ce recours d'une fin de non-recevoir, fondée sur l'attitude hautement déloyale de la personne ayant pu arracher pareilles renonciations. En réalité, le stratagème constituait un dol à l'état pur » : *Id.*, n° 920, note 3.

⁹²⁸ *Ouimet*, préc., note 913, par. 17-21.

⁹²⁹ *Gestion Éric Tardif inc. c. Banque Royale du Canada*, 2017 QCCA 356, par. 4-5 (autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée) [*Gestion Éric Tardif*]; *Cousineau & Fils*, préc., note 835, par. 27; *Banque Nationale du Canada c. Lemay*, 2008 QCCA 1, par. 46 [*BNC c. Lemay*].

condition nécessaire⁹³⁰, ni une condition suffisante⁹³¹ de la fin de non-recevoir. En effet, le simple écart avec la norme de conduite d'une personne raisonnable, suffisant pour constituer une faute civile, ne crée jamais *en lui-même* de fin de non-recevoir⁹³²; à l'inverse, une fin de non-recevoir peut exister en l'absence de faute⁹³³. C'est ailleurs qu'il faut en chercher les conditions d'ouverture. De la même façon, une violation purement réglementaire commise par une partie ou la responsabilité qui découle de cette violation, en elles-mêmes, ne donnent pas lieu à une fin de non-recevoir contre son droit de réclamer de la partie réellement fautive le montant payé⁹³⁴.

232. Par exemple, la faute d'une banque dans la réalisation de sûretés ne constitue pas une fin de non-recevoir à son action sur cautionnement, dont le montant est simplement réduit en vertu de l'article 2365 C.c.Q. dans la mesure du préjudice subi par les cautions⁹³⁵. Dans l'affaire *BNC c. Lemay*⁹³⁶, la banque et la caution avaient été les victimes d'une fraude commise par le débiteur, qui avait empêché la banque d'obtenir les sûretés prévues sur les biens du débiteur. La Cour a jugé que la caution ne pouvait opposer une fin de non-recevoir à l'action en recouvrement de la banque pour lui avoir fait valoir à tort qu'une hypothèque de premier rang serait consentie par le débiteur ou pour avoir négligé de prendre les précautions requises avant de décaisser le prêt. La banque ignorait la fraude à ce moment et elle a tenu la caution informée; son omission de prendre certaines précautions avait trait au débat en vertu de l'article 2365 C.c.Q., et non à une fin de non-recevoir⁹³⁷.

233. Questions de degrés. Les tribunaux, confrontés à la difficulté de définir les fins de non-recevoir et d'établir leurs conditions, ont parfois, pour maintenir le caractère exceptionnel du

⁹³⁰ Voir *Ragusa*, préc., note 884, par. 59 : « Le comportement fautif de la partie contre laquelle la fin de non-recevoir est invoquée est l'un des fondements juridiques de ce moyen de défense, mais non le seul. Les faits et gestes d'une partie, même en l'absence de faute de sa part, peuvent conduire à une fin de non-recevoir »; *Merrill Lynch*, préc., note 838, par. 59 : « plusieurs fins de non-recevoir sont prévues au Code civil du Québec et sont recevables même en l'absence de toute faute ». *Contra* : *Schenker of Canada Ltd. c. Goldex Imports Ltd.*, [1990] R.R.A. 477 (C.A.).

⁹³¹ Pour des exemples de cas où une conduite fautive ou négligente n'a pas constitué une fin de non-recevoir, voir *Gestion Éric Tardif*, préc., note 929, par. 4-5; *BNC c. Lemay*, préc., note 929, par. 46.

⁹³² Au sujet des conditions requises pour qu'une faute crée une fin de non-recevoir : *Infra*, par. 260-271.

⁹³³ Au sujet des fins de non-recevoir admises en l'absence de faute : *Infra*, par. 272-274, 286-300, 310-314.

⁹³⁴ Voir *Wightman c. Widdrington (Succession de)*, 2013 QCCA 1187, par. 32, 47, 374-382, 409, 417 (autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée) [*Wightman*] (responsabilité du demandeur *ès qualités* d'administrateur à l'endroit du syndic de faillite pour un dividende déclaré alors que la société était, à son insu, insolvable ne fait pas obstacle à son action en dommages contre les comptables agréés sur la foi de qui la déclaration de dividende avait été approuvée).

⁹³⁵ *Gestion Éric Tardif*, préc., note 929, par. 4-5.

⁹³⁶ *BNC c. Lemay*, préc., note 929.

⁹³⁷ *Id.*, par. 46.

mécanisme, insisté sur le degré de mauvaise foi ou de caractère blâmable requis pour l'appliquer⁹³⁸. Or, si la simple mauvaise foi ne suffit pas, c'est parce que d'autres conditions – qui dépendent des principes en jeu – doivent être remplies, et non parce qu'un degré plus élevé de mauvaise foi est nécessaire. La gravité des actions en cause est certainement un facteur pertinent que le tribunal doit évaluer dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de prononcer une fin de non-recevoir, mais il ne s'agit pas d'une condition essentielle de son application.

3. Aspects procéduraux

234. La fin de non-recevoir peut être invoquée autant en demande qu'en défense, par n'importe quelle partie à une instance⁹³⁹. Sur le plan procédural, son domaine d'application est vaste. Elle s'oppose le plus souvent à un droit d'action en demande principale⁹⁴⁰, en demande reconventionnelle⁹⁴¹ ou en demande en garantie⁹⁴², ou à une défense sur le fond⁹⁴³, y compris le droit de reprendre une instance⁹⁴⁴. Elle est souvent partielle, c'est-à-dire qu'elle peut cibler un ou plusieurs chefs de dommages ou une portion d'une réclamation⁹⁴⁵ ou faire obstacle au droit de plaider un argument spécifique, en première instance⁹⁴⁶ ou en appel⁹⁴⁷. Elle peut également

⁹³⁸ Voir par exemple *Vachon c. Neszvecsko*, 2015 QCCA 873, par. 12 [*Neszvecsko*] (« violations sérieuses aux exigences de la bonne foi »); *Monit*, préc., note 830, par. 73, 76-77 (un « comportement hautement répréhensible [...] à l'origine du litige »).

⁹³⁹ *Monit*, préc., note 830, par. 67-68.

⁹⁴⁰ *London Life Insurance Company c. Long*, 2016 QCCA 1434 [*Long*]; *Syndicat des copropriétaires du 311-315 Place d'Youville c. 9084-7815 Québec inc.*, 2016 QCCA 747 [*Place d'Youville*]; *Brizard c. McNicoll*, 2013 QCCA 2192 [*Brizard*]; *Blondin c. Postmedia Network inc.*, 2013 QCCA 2245; *St-Pierre c. Lotfi*, 2012 QCCA 1436 [*Lotfi*]; *Lavallée c. Simard*, 2011 QCCA 1458.

⁹⁴¹ *Ragusa*, préc., note 884; *Lotfi*, préc., note 940.

⁹⁴² *Canada (P.G.) c. Imperial Tobacco Ltd.*, 2012 QCCA 2034 [*Imperial Tobacco (action en garantie)*].

⁹⁴³ *Billards Dooly's inc. c. Entreprises Prébour ltée*, 2014 QCCA 842 [*Dooly's*]; *Emerson Électrique du Canada ltée c. Chatigny*, 2013 QCCA 163 [*Emerson c. Chatigny*]; *Lapenna c. Simard*, 2010 QCCA 1952 [*Lapenna*]; *DF10234*, préc., note 914; *Château Drummond inc. c. Barretto*, 2009 QCCA 2071; *Gestion Centria Commerce inc. c. Théberge*, 2008 QCCA 2511 [*Centria*]; *Kansa General International Insurance Co. Ltd. (Liquidation de)*, 2008 QCCA 807 [*Kansa Liquidation*].

⁹⁴⁴ *Tremblay c. Gagnon*, 2012 QCCA 66.

⁹⁴⁵ *Caron c. Voyer*, 2013 QCCA 1335; *Merrill Lynch*, préc., note 838.

⁹⁴⁶ Interprétation d'un contrat : *Dooly's*, préc., note 943; voile corporatif : *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. 9087-3118 Québec inc.*, 2010 QCCA 1470, par. 17-20; inopposabilité d'une transaction : *Kansa Liquidation*, préc., note 943; ou d'un jugement : *Drumcor Equities Inc. c. Gestion Furst inc.*, 2018 QCCA 1668, par. 12-14 [*Drumcor*].

⁹⁴⁷ Argument de droit nouveau : *Pépin c. Caisse*, 2009 QCCA 1697, par. 29, 31; ou reproche contre la partialité du juge du procès : *St-Arnaud c. C.L.*, 2013 QCCA 981.

anéantir le droit de faire une demande en cours d'instance⁹⁴⁸, de prendre des mesures d'exécution d'un jugement⁹⁴⁹, de demander la rétractation d'un jugement⁹⁵⁰ ou de contester la compétence ou la décision d'un arbitre⁹⁵¹. Elle peut encore paralyser le droit de déposer un grief arbitral⁹⁵², le droit d'un assureur de responsabilité de refuser de prendre fait et cause pour son assuré⁹⁵³, l'exercice de droits qui découlent d'un préavis d'exercice de droits hypothécaires⁹⁵⁴ ou l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire conféré par un contrat⁹⁵⁵. Elle peut aussi empêcher l'intéret de courir en niant au créancier son droit d'action pour le recouvrer⁹⁵⁶.

235. Une fin de non-recevoir contre une créance peut être invoquée *a posteriori*, pour obtenir la restitution d'un montant déjà payé, par exemple lorsqu'un créancier a profité de son rôle de mandataire ou de gestionnaire pour se payer lui-même⁹⁵⁷. Le débiteur qui, dans l'ignorance de l'ensemble des circonstances, acquitte une obligation qu'il désire par la suite contester, peut en bénéficier par action directe⁹⁵⁸. Cette caractéristique est à même de la rendre particulièrement pertinente en présence de contrats intelligents dont l'exécution est automatisée⁹⁵⁹.

⁹⁴⁸ Demande d'intervention : *Claveau*, préc., note 897, par. 7; demande qui vise indirectement la révision d'un jugement : 2630-5235 *Québec inc. (Syndic de)*, 2008 QCCA 1230, par. 1-7; ou demande en radiation de comparution et rejet d'exposé : *Domaine Ti-Bo inc. c. Bureau*, 2011 QCCA 1764, par. 1-6.

⁹⁴⁹ *Chélin c. Université du Québec à Montréal*, 2011 QCCA 155, par. 5 [*Chélin*].

⁹⁵⁰ *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374, 421-422 [*Roberge*]; *Claveau*, préc., note 897, par. 7.

⁹⁵¹ *Corporation d'entretien d'ascenseur indépendant c. J.E. Verreault & Fils ltée*, 2011 QCCA 719 [*J.E. Verreault*].

⁹⁵² *CSN La Pocatière*, préc., note 838, par. 5-6, 8.

⁹⁵³ *Continental Casualty*, préc., note 911.

⁹⁵⁴ *Lotfi*, préc., note 940. Voir aussi *Deschambault c. Parent*, 2006 QCCA 115.

⁹⁵⁵ *Emerson c. Chatigny*, préc., note 943; *Emerson Electric Canada ltée c. Foisy*, 2006 QCCA 12 [*Emerson c. Foisy*].

⁹⁵⁶ *Lotfi*, préc., note 940, par. 51-58. Voir aussi *Banque nationale de Paris (Canada) c. 165836 Canada Inc.*, 2004 CSC 37, par. 67 [*Banque de Paris*], qui applique une fin de non-recevoir sans la nommer ainsi : « [...] il me paraît contraire à l'esprit de l'art. 7 C.c.Q. et aux principes applicables [...] d'accorder les intérêts à l'intimée. C'est à bon droit que le premier juge a qualifié de "cavalier" le comportement des représentants de l'intimée [...]. Le retrait intempestif par l'intimée de son offre de règlement, conjugué à sa répudiation de la transaction et à la prévisibilité des conséquences pour les deux parties, rendent excessive et déraisonnable sa réclamation des intérêts litigieux. »

⁹⁵⁷ *Monit*, préc., note 830, par. 67.

⁹⁵⁸ *Id.*

⁹⁵⁹ Au sujet du concept de contrat intelligent d'exécution automatique, voir : Reza MORADINEJAD, « Le contrat intelligent, nouveau vecteur de confiance dans les relations contractuelles : réalité ou rêve ? », (2019) 60 *C. de D.* 623. Pour des perspectives américaine et européenne sur les ressources du droit traditionnel des contrats devant les dilemmes provoqués par l'exécution automatique des contrats intelligents, voir : Jonathan ROHR, « Smart Contracts and Traditional Contract Law, or: The Law of the Vending Machine », (2019) 67 *Clev. St. L. Rev.* 71; Larry DIMATTEO et Cristina PONCIBÓ, « Quandary of Smart Contracts and Remedies: The Role of Contract Law and Self-Help Remedies », (2018) 26 *E.R.P.L.* 805.

236. Le « rôle procédural » que joue celui qui l'invoque n'a pas d'impact sur sa disponibilité⁹⁶⁰. Elle doit cependant être opposée par une partie ayant l'intérêt de le faire et contre la partie appropriée. En matière de faillite, le syndic qui a obtenu la saisine des biens d'un failli par l'effet d'une ordonnance de séquestre ou de cession rendue en vertu de la L.f.i. et qui tente d'exercer une action se rapportant aux biens du failli se trouve dans la même position juridique que ce dernier et peut se voir opposer toute fin de non-recevoir qui lui aurait été opposable⁹⁶¹.

237. En matière de régimes de protection, le comportement répréhensible d'un tuteur ne peut généralement pas faire naître de fins de non-recevoir contre la personne protégée, après la fin de l'administration du tuteur. Par exemple, dans l'affaire *Denis-Cossette*, une femme, personnellement et à titre de tutrice de ses enfants mineurs, avait vendu à sa mère, de gré à gré et sans autorisation de la Cour, des immeubles qui appartenaient aux deux tiers à ses enfants⁹⁶². Sa mère les lui a rétrocédés par donation entre vifs et la femme les a ensuite revendus à des tiers de bonne foi. Le fait que les enfants mineurs n'aient pas offert de remettre les tiers en état « en leur offrant de leur rembourser la part du prix qu'ils ont reçue ou qu'ils ont le droit de recevoir de leur tutrice » ne pouvait constituer une fin de non-recevoir à leur action en nullité⁹⁶³.

238. Malgré l'étymologie commune, il ne faut pas confondre les fins de non-recevoir avec les moyens d'irrecevabilité prévus par l'article 168 C.p.c.⁹⁶⁴ Les premières sont un type de plaidoyer sur le fond, alors que les deuxièmes sont un type de véhicule procédural par lequel une partie peut demander à la Cour, de façon préliminaire, de rejeter une procédure pour l'un des motifs prévus par le Code de procédure. Le moyen d'irrecevabilité est le véhicule par excellence des fins de non-recevoir dirimantes⁹⁶⁵. Une fin de non-recevoir discrétionnaire ou une défense directe qui attaque le fond du recours peuvent triompher dans le cadre d'un moyen d'irrecevabilité, en autant qu'elles

⁹⁶⁰ *Monit*, préc., note 830, par. 68.

⁹⁶¹ *Merrill Lynch*, préc., note 838, par. 33-39.

⁹⁶² *Denis-Cossette c. Germain*, [1982] 1 R.C.S. 751 [*Denis-Cossette*].

⁹⁶³ *Id.*, 784. C'est de la tutrice que les tiers pouvaient obtenir un remboursement du prix qu'ils avaient payé, et non des enfants mineurs; ces derniers, même si leur action était accueillie, n'obtiendraient pas ce montant.

⁹⁶⁴ *Contra* : J. MCCANN, préc., note 36, p. 170-176. Elle adopte une définition des fins de non-recevoir de nature procédurale, proche de celle du droit français, et les assimile en conséquence aux moyens en irrecevabilité de l'article 168 C.p.c., tout en y incorporant les fins de non-recevoir non codifiées fondées sur les principes généraux du droit.

⁹⁶⁵ Cf. Denis FERLAND et Benoît EMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., t. 1 « Art. 1-301, 321-344 C.p.c. », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015, n° 1-1227 (énumération d'exemples classiques d'application de ce moyen).

s'appliquent à supposer même que les faits allégués en demande soient vrais⁹⁶⁶. Cependant, les fins de non-recevoir discrétionnaires sont, le plus souvent, invoquées lors de l'instruction sur le fond, vu leur nature hautement factuelle⁹⁶⁷. Bien qu'elles puissent être invoquées par un moyen d'irrecevabilité, il est difficile d'en évaluer le bien-fondé de façon préliminaire et elles doivent plutôt être soumises au juge du fond afin qu'il évalue l'ensemble de la preuve⁹⁶⁸.

239. Lorsque la fin de non-recevoir est invoquée par un défendeur lors du procès, il peut être préférable pour le juge de traiter de la fin de non-recevoir en premier lieu⁹⁶⁹, puisqu'elle ne préjuge pas du reste et que si elle est accueillie, elle entraîne le rejet de l'action nonobstant le résultat qui aurait autrement été atteint. Cependant, il faut rappeler qu'elle n'exempte pas le juge de déterminer le résultat potentiel de l'application du droit codifié. En outre, la présentation de sa défense directe comme argument subsidiaire n'autorise par le plaideur à adopter une position qui, vue globalement, est incohérente ou illogique. La fin de non-recevoir empêche une partie de se contredire au détriment d'autrui; elle ne s'offre pas au plaideur qui doit se contredire pour l'invoquer⁹⁷⁰. Par exemple, l'acheteur potentiel qui plaide, sur le fond de son action en passation de titre, « avoir renoncé à se satisfaire de la vérification diligente pour acheter l'immeuble », rend sans objet « tout manquement [du vendeur] en vue de réaliser cette vérification » et ne peut invoquer de tels manquements comme fin de non-recevoir de la défense de ce vendeur fondée sur l'expiration des délais de rigueur prévus à l'offre d'achat⁹⁷¹.

⁹⁶⁶ Art. 168 al. 2 C.c.Q.

⁹⁶⁷ Nos données, tirées des cours d'appel, ne permettent pas d'établir de statistiques représentatives. La composition de notre échantillon est influencée par la sélection des dossiers qui se rendent en appel, puisque le rejet d'un moyen d'irrecevabilité n'est généralement pas susceptible d'appel. Cependant, à titre indicatif, dans la vaste majorité des cas pour lesquels le juge de première instance a retenu l'existence d'une ou plusieurs fins de non-recevoir, ils l'avaient fait sur le fond. Seuls cinq l'avaient fait dans le cadre d'un jugement interlocutoire en irrecevabilité et la Cour d'appel a renversé quatre de ces décisions.

⁹⁶⁸ Voir par exemple *Claude Joyal inc. c. CNH Canada Ltd.*, 2014 QCCA 588, par. 35-39, 70-75 [*Claude Joyal*] (dénonciation insuffisante du vice et droit à une défense pleine et entière); *Cousineau & Fils*, préc., note 835 (validité et opposabilité d'une quittance; rétractation d'un aveu extrajudiciaire); *R & L Holding and Warehousing Inc. (Syndic de)*, 2010 QCCA 1632, par. 9 (permission d'appeler refusée quant au rejet d'un moyen en irrecevabilité fondé sur la mauvaise conduite d'un syndic de faillite).

⁹⁶⁹ Voir par exemple *Merrill Lynch*, préc., note 838, par. 9.

⁹⁷⁰ *Nasifoglu c. Complexe St-Ambroise inc.*, 2005 QCCA 559, par. 35-36; *3597024 Canada inc. c. Zimka Investments Inc.*, 2007 QCCA 702, par. 25.

⁹⁷¹ *3597024 Canada inc. c. Zimka Investments Inc.*, préc., note 970, par. 19-20, 25.

4. Limites

240. Le domaine d'action de la fin de non-recevoir discrétionnaire est étendu, mais il n'est pas sans bornes. Elle est limitée par sa nature d'exception, par les principes généraux qu'elle met en œuvre et par son interaction avec d'autres mécanismes juridiques.

241. *Limites par sa nature.* La fin de non-recevoir ne peut créer un droit d'action nouveau là où aucun n'existait. L'équité, à elle seule, ne peut donner naissance à une obligation juridique⁹⁷² et l'article 1375 C.c.Q., bien que source de droits et recours, consacre un « esprit qui doit guider la conduite des contractants » et un « devoir général de la nature d'une attitude » plutôt qu'une « prestation précise »⁹⁷³.

242. La fin de non-recevoir peut s'opposer à l'exercice d'un droit autrement valide, mais elle ne peut faire revivre un droit autrement éteint⁹⁷⁴. Par exemple, dans l'affaire *Haddad*, un locataire avait acheté l'immeuble loué en exercice d'un droit de préemption prévu au bail, et par le fait même, provoqué l'extinction par confusion des droits et obligations stipulés dans le bail⁹⁷⁵. La Cour a jugé qu'une violation des exigences de la bonne foi ou des articles 6, 7 et 1375 C.c.Q. ne pouvait justifier une fin de non-recevoir à l'action de l'ancien propriétaire en jugement déclaratoire pour constater l'extinction de son obligation de non-concurrence prévue au bail, puisque cela équivaldrait à prolonger les effets de clauses contractuelles par ailleurs éteintes⁹⁷⁶.

243. *Limites par les principes mis en œuvre.* Les fins de non-recevoir discrétionnaires sont souvent rejetées parce que le comportement de la partie qui en invoque une déplaît à la Cour⁹⁷⁷ : « La maxime est une barrière qui s'abaisse devant les agneaux et se redresse devant les loups »⁹⁷⁸. Les fins de non-recevoir discrétionnaires doivent concrétiser les principes généraux du droit, et non les affaiblir ou les défier⁹⁷⁹. Ces limites sont liées à l'objectif de cohérence du droit qu'elles

⁹⁷² *Lapierre c. Québec (P.G.)*, [1985] 1 R.C.S. 241; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 8, n° 1549.

⁹⁷³ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 8, n°s 1558-1559.

⁹⁷⁴ Voir *Haddad c. Groupe Jean Coutu (PJC) inc.*, 2010 QCCA 2215, par. 85 [*Haddad*].

⁹⁷⁵ *Haddad*, préc., note 974.

⁹⁷⁶ *Id.*, par. 85.

⁹⁷⁷ Les fins de non-recevoir dirimantes ne sont pas ainsi limitées, étant donné leur caractère absolu.

⁹⁷⁸ G. CORNU, préc., note 916, n° 145, p. 260; voir aussi *DF10234*, préc., note 914, par. 48.

⁹⁷⁹ Voir par exemple *Bérubé c. Lemay*, 2018 QCCA 395 [*Bérubé*] (échec d'une fin de non-recevoir fondée sur l'absence de dénonciation alors que le débiteur a omis d'agir après avoir été mis au courant); *Falduto c. Compagnie d'assurance-vie Federated du Canada*, 2008 QCCA 438 [*Falduto*] (échec d'une fin de non-recevoir fondée sur la

poursuivent : si le tribunal, dans son examen de l'ensemble des circonstances, conclut que d'accueillir la fin de non-recevoir blesserait cette cohérence plutôt que de la fortifier, il doit refuser d'y faire droit.

244. Les fins de non-recevoir s'élèvent contre une partie qui tente de profiter de sa propre turpitude, et non en sa faveur. Elles ont vocation à s'opposer à celui qui contribue, par son comportement répréhensible, à faire naître un litige, et non à l'assister. Une partie ne peut bénéficier d'une fin de non-recevoir si elle a elle-même donné naissance à la situation ou à la conduite dont elle se plaint⁹⁸⁰ ou si c'est elle qui a induit l'autre partie en erreur⁹⁸¹. Par exemple, toujours dans l'affaire *Haddad*, la Cour d'appel a rejeté une fin de non-recevoir invoquée par la défenderesse à l'égard de l'action en jugement déclaratoire du demandeur qui cherchait à confirmer que ses obligations avaient pris fin par confusion⁹⁸². Entre autres motifs, la Cour d'appel a souligné que la défenderesse n'était pas sans reproches, puisqu'elle avait « tenté une manœuvre destinée [...] à contourner l'effet de la confusion » en revendant, de façon rétroactive, l'immeuble qu'elle venait d'acheter à une société qui n'était que son *alter ego*⁹⁸³.

245. De même, une fin de non-recevoir ne peut être invoquée par l'une des parties à une aventure commune contre l'autre. Lorsque plusieurs personnes participent volontairement à « une relation contractuelle risquée visant la réalisation rapide d'un profit », à « la mise en place d'une situation juridique confuse visant à maintenir obscures les ententes » qui les lient ou à l'adoption de

négligence et le défaut de se renseigner, opposée par un assuré contre la demande en nullité de son assureur, alors que l'assuré avait fait une déclaration sciemment fausse et trompeuse).

⁹⁸⁰ Voir par exemple *Bio-Dis*, préc., note 857 (échec d'une fin de non-recevoir contre un ancien partenaire d'affaires); *Tanaka*, préc., note 905, par. 27 (échec d'une fin de non-recevoir opposée par un donneur d'ouvrage contre la réclamation en dommages d'un entrepreneur général). Voir aussi *Merrill Lynch*, préc., note 838, par. 68 (fin de non-recevoir à l'encontre d'une action en responsabilité civile contre des courtiers en raison de fausses représentations de la cliente) : « Il va sans dire que j'aurais rejeté cette fin de non-recevoir si les courtiers s'étaient faits les complices de Cofa dans cette supercherie ou y avaient participé d'une quelconque façon. Tel n'est pas le cas. »

⁹⁸¹ *Neszvecsko*, préc., note 938 (échec d'une fin de non-recevoir contre un ex-conjoint de fait). Le demandeur avait transféré sa maison à la défenderesse pour 1 \$, en prévision de leur mariage qui n'a jamais eu lieu. La défenderesse ne peut invoquer une fin de non-recevoir contre l'action en nullité du transfert de l'immeuble et en allocation du produit de sa vente, sur la base d'un comportement répréhensible ou déloyal. Au contraire, c'est la défenderesse qui a induit le demandeur en erreur sur son intention de se marier avec lui : *Id.*, par. 9-12.

⁹⁸² *Haddad*, préc., note 974.

⁹⁸³ *Id.*, par. 88.

« pratiques commerciales douteuses, voire dissimulatrices », la Cour refusera d'entendre l'une d'elles qui s'en plaint par la suite⁹⁸⁴.

246. Les fins de non-recevoir reconnaissent et protègent la confiance légitime que porte une partie à une autre. Elles ne sanctionnent pas la victime pour avoir fait confiance⁹⁸⁵. Une partie « est malvenue de plaider que le fait pour [l'autre] de lui avoir fait confiance constitue une fin de non-recevoir à sa réclamation », particulièrement alors que les parties étaient amis ou partenaires d'affaire de longue date⁹⁸⁶. De même, une partie ne sera pas reçue à plaider que l'autre a fait défaut de se renseigner et d'agir avec diligence pour recueillir les informations nécessaires à l'exercice de ses fonctions, alors que cette dernière a accepté d'exercer les fonctions en question en raison des dissimulations de la première et était en droit de se fier, dans le cadre de celles-ci, aux opinions et représentations de la première⁹⁸⁷.

247. Les fins de non-recevoir contemporaines tendent à s'élever contre le formalisme, et non à le faire triompher⁹⁸⁸. Une fin de non-recevoir ne sera pas acceptée si elle repose sur une interprétation formaliste de la loi ou d'un contrat, alors que les faits ne mettent pas en jeu l'objectif de la disposition ou de la stipulation⁹⁸⁹. Une irrégularité mineure de forme ne peut servir de prétexte pour se soustraire aux obligations auxquelles une partie s'est engagée et l'obligation de bonne foi implique de ne pas tenter d'employer une telle irrégularité comme échappatoire⁹⁹⁰.

248. Les motifs de refus qui précèdent peuvent sembler similaires à la théorie anglaise des mains propres (*clean hands*) qui impose des exigences à un demandeur qui cherche à obtenir un remède

⁹⁸⁴ *Bio-Dis*, préc., note 857, par. 26 citant jugement *a quo*, par. 135. Deux hommes d'affaires s'affrontaient dans un litige découlant d'un partenariat occulte pour continuer l'exploitation de l'entreprise d'une société par actions après sa faillite, et tous deux prétendaient être victime de l'autre : *Id.*, par. 5, 26.

⁹⁸⁵ *Monit*, préc., note 830, par. 91-93 (échec d'une fin de non-recevoir contre un ami et partenaire d'affaire).

⁹⁸⁶ *Id.*, par. 91.

⁹⁸⁷ *Wightman*, préc., note 934, par. 375, 409, 417. Voir aussi *Laflamme c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, 2000 CSC 26, par. 40, 54.

⁹⁸⁸ *Provenzano c. Babori*, [1991] R.D.I. 450, 453-454 (C.A.) : « Le seul et unique fait que l'acte présenté pour signature ne soit pas rigoureusement conforme à la promesse acceptée ne saurait constituer [...] une fin de non recevoir à l'action. [...] Nous n'en sommes plus au formalisme moyennageux où la procédure est la maîtresse du fond ». Voir *Dooly's*, préc., note 943, par. 75 (fin de non-recevoir opposée à l'interprétation formaliste d'un contrat); *Ragusa*, préc., note 884 (fin de non-recevoir opposée à l'annulation d'un contrat pour un motif justifié par la loi mais artificiel).

⁹⁸⁹ Voir par exemple *Bérubé*, préc., note 979 (échec d'une fin de non-recevoir fondée sur l'absence de dénonciation alors que le débiteur a omis d'agir après avoir été mis au courant).

⁹⁹⁰ *T.L. c. Y.L.*, 2011 QCCA 1205, par. 15-17 (autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée) (non-conformité du projet d'acte de vente avec la promesse dans une action en passation de titre).

en equity⁹⁹¹. La Cour emploie parfois le vocabulaire qui y est lié, par exemple en déclarant que la partie qui tentait d'invoquer une fin de non-recevoir « n'a pas, en tous points, les mains propres »⁹⁹². Ce vocabulaire risque cependant de provoquer des confusions inutiles, puisque la jurisprudence au sujet de cette théorie n'est pas directement applicable à la partie qui invoque une fin de non-recevoir. La théorie des mains propres s'est développée dans un tout autre contexte et sur le fondement de principes étrangers au droit civil. Historiquement, le droit anglais était fortement réticent à accorder l'exécution en nature comme remède judiciaire⁹⁹³. Les cours appelées à exercer leur discrétion d'accorder une réparation en equity faisaient montre d'une très grande retenue et étaient particulièrement sévères à l'encontre du demandeur⁹⁹⁴. À l'inverse, bien que ces réticences aient eu une certaine influence sur les tribunaux québécois, l'exécution en nature est en théorie, en droit civil, le remède par excellence, dans la mesure où les circonstances le permettent⁹⁹⁵. Ces considérations, qui ont façonné le développement de la théorie des mains propres en droit anglais et sa réception partielle en droit québécois en matière d'injonctions, ne sont pas mises en jeu de façon identique par les obstacles aux fins de non-recevoir.

249. La théorie des mains propres est traditionnellement une défense partielle, c'est-à-dire qu'elle ne s'oppose pas à une cause d'action elle-même, mais au fait d'accorder un *specific relief* comme l'exécution en nature; elle n'empêche pas d'obtenir des dommages⁹⁹⁶. La fin de non-recevoir n'est pas une cause d'action, mais une exception. Une fin de non-recevoir discrétionnaire, invoquée par le défendeur sur la base de la violation d'un principe général du droit, requiert pour le tribunal d'évaluer les circonstances afin de déterminer s'il est approprié de faire échec à la cause d'action du demandeur⁹⁹⁷. Les obstacles aux fins de non-recevoir présentés ci-dessus font partie de ces

⁹⁹¹ Au sujet de la doctrine des *clean hands* : *Infra*, par. 281-284.

⁹⁹² *Haddad*, préc., note 974, par. 88.

⁹⁹³ S.A. SMITH, préc., note 537, p. 315-316, 319.

⁹⁹⁴ Cf. *Id.*, p. 299-318.

⁹⁹⁵ *Groupe CRH Canada inc. c. Beauregard*, 2018 QCCA 1063, par. 32; *Association professionnelle des cadres de premier niveau d'Hydro-Québec c. Hydro-Québec*, 2016 QCCA 1102, par. 33; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 8, n° 2874.

⁹⁹⁶ S.A. SMITH, préc., note 537, p. 277, 314-316.

⁹⁹⁷ Cette cause d'action peut être de droit strict, par exemple une action en exécution de contrat ou en responsabilité civile, ou impliquer un pouvoir discrétionnaire du tribunal, par exemple une injonction ou certaines demandes en matière de faillite. Dans le deuxième cas, le défendeur peut plaider que les conclusions recherchées ne devraient pas être accordées puisque vu le comportement du demandeur, il n'est pas approprié, dans l'évaluation de sa cause d'action, que le tribunal exerce sa discrétion en sa faveur. Ce type d'argument ressemble davantage à la théorie des mains propres et est souvent présenté sous ce nom, particulièrement en matière d'injonction : *Infra*, par. 281-284.

circonstances et, vu l'impératif de cohérence, la fin de non-recevoir sera généralement rejetée si le défendeur a lui-même violé les principes généraux qu'il invoque. En cela, il est vrai que ces obstacles peuvent ressembler dans leur opération à la théorie des mains propres, puisqu'ils justifient tous deux le refus d'un tribunal d'exercer un pouvoir discrétionnaire. Cependant, ils reposent sur la conciliation d'objectifs différents par l'application de critères distincts et n'ont pas le même effet ultime : alors que la conclusion que le demandeur n'a pas les mains propres entraîne le rejet d'une demande de *specific relief*, la conclusion que la fin de non-recevoir invoquée ne soutient pas la cohérence du droit laisse une action se poursuivre, sans préjuger du fond.

250. Limites par interaction. Les fins de non-recevoir sont limitées par leurs interactions avec les règles qui régissent l'ordre public, la nullité des contrats et la prescription extinctive.

251. Interaction avec l'ordre public. Les fins de non-recevoir protègent l'équité ou l'ordre public. Celles qui protègent l'ordre public le font parfois au détriment de l'équité entre les parties dans un cas particulier, mais celles qui protègent l'équité ne peuvent être admises au détriment de l'ordre public. Lorsque l'ordre public est en cause, il n'est pas possible pour une fin de non-recevoir discrétionnaire de faire obstacle à sa protection ou son maintien. Par exemple, aucune fin de non-recevoir n'empêche la Commission de l'équité salariale de prononcer des ordonnances de redressement pour invalider des programmes distincts d'équité salariale visant des associations de cadres⁹⁹⁸. Vu la conclusion de la Commission qu'en vertu de la *Loi sur l'équité salariale*⁹⁹⁹, ces associations devaient être intégrées au programme général, les programmes distincts étaient « illégaux et nuls *ab initio*, par l'effet même de la [L.é.s.], qui est d'ordre public »¹⁰⁰⁰ et adoptée au bénéfice de tous les salariés¹⁰⁰¹.

252. Similairement, lorsque le législateur est intervenu afin de protéger des parties vulnérables ou de compenser des déséquilibres de pouvoir ou d'information et qu'une partie ne peut renoncer à l'avance à ses droits, une fin de non-recevoir discrétionnaire qui produirait les effets d'une telle renonciation ne peut s'élever. Ainsi, dans le cadre d'une demande de modification de pension alimentaire en matière de divorce, l'existence et le contenu d'une convention intervenue entre les

⁹⁹⁸ *Syndicat du personnel technique et professionnel de la Société des alcools du Québec (SPTP) c. Société des alcools du Québec*, 2011 QCCA 1642, par. 16, 130-131 [*SPTP c. SAQ*].

⁹⁹⁹ RLRQ, c. E-12.001 (ci-après « L.é.s. »)

¹⁰⁰⁰ *SPTP c. SAQ*, préc., note 998, par. 130.

¹⁰⁰¹ *Id.*, par. 131.

époux est l'un des facteurs qui doit être examiné par le juge dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, mais ne constitue pas une fin de non-recevoir à un examen complet des faits à la lumière des critères de la *Loi sur le divorce*¹⁰⁰². De même, les clauses traditionnelles des contrats de mariage sur les charges du mariage ne constituent pas des fins de non-recevoir à une demande de prestation compensatoire, mais sont parmi les éléments pertinents à l'appréciation des circonstances et des intentions des parties dans l'exercice par le juge du pouvoir discrétionnaire conféré par l'article 559 C.c.Q.¹⁰⁰³

253. *Interaction avec la nullité d'un contrat.* Une fin de non-recevoir discrétionnaire ne peut faire obstacle à une nullité absolue, qui doit être prononcée dans l'intérêt général¹⁰⁰⁴. Mais peut-elle s'élever contre l'annulation d'un contrat pour cause de nullité relative? La doctrine et la logique du droit des obligations s'opposent à première vue à cette possibilité. Selon Lluelles et Moore, la nullité de l'acte mal conclu « est acquise en l'absence même d'un préjudice distinct, et [...] le juge ne dispose pas de marge de manœuvre quant au type de sanction »¹⁰⁰⁵. Lorsque les conditions de formation d'un contrat sont déficientes, le juge, sauf exception dictée par la loi, n'a pas la discrétion de refuser de prononcer la nullité qui est demandée¹⁰⁰⁶. En effet, la nullité relative, contrairement au contrat *voidable* du droit anglais, n'est pas facultative¹⁰⁰⁷. Pourtant, c'était là

¹⁰⁰² L.R.C. 1985, c. 3 (2^e supp.); *G.(L.) c. B.(G.)*, [1995] 3 R.C.S. 370, par. 55-59 (motifs concurrents par L'Heureux-Dubé, J., avec l'accord de La Forest et Gonthier, JJ.); *Droit de la famille – 103038*, 2010 QCCA 2074, par. 43-45.

¹⁰⁰³ *M.(M.E.) c. L.(P.)*, [1992] 1 R.C.S. 183, 201-202.

¹⁰⁰⁴ Cf. *Ville de Montréal c. Litwin Boyadjian inc. (Syndic de Société de vélo en libre-service)*, 2019 QCCA 794, par. 61 (autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée) [*Litwin Boyadjian*].

¹⁰⁰⁵ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 8, n^o 1092.

¹⁰⁰⁶ Serge GAUDET, « Inexistence, nullité et annulabilité du contrat : essai de synthèse », (1995) 40 *McGill L.J.* 291, 331, à la note 177 : « [...] si les conditions nécessaires pour ouvrir le droit de critique existent et que ce droit est exercé, le juge doit prononcer la nullité, sauf dans les cas exceptionnels où la loi lui confère une marge d'appréciation. Le fait que le contrat n'est pas nécessairement frappé de nullité s'explique [...] non pas par une discrétion laissée au magistrat, mais plutôt par le fait qu'il peut arriver que personne ne critique un contrat donné »; Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, n^o 289 : « L'article 1416 semble rendre la nullité optionnelle par l'emploi du verbe pouvoir. C'est vrai pour les parties, non pour le juge saisi. [...] la nullité n'est pas facultative pour le juge; elle est parfois alternative pour les parties »; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 8, n^o 1100; citant S. GAUDET, préc., 331, à la note 177 : « Il ne saurait exister des conditions de formation plus importantes que d'autres – et des invalidités à géométrie variable, selon une échelle quantitative. Par conséquent, “sauf dans les cas exceptionnels où la loi lui confère une marge d'appréciation”, comme en matière de lésion [...], le juge n'a pas d'autre choix que de prononcer la nullité demandée [...] ».

¹⁰⁰⁷ René DAVID et David PUGSLEY, *Les contrats en droit anglais*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1985, p. 180-182; M. TANCELIN, préc., note 1006, n^o 288.

jusqu'à l'arrêt *Soucisse* l'emploi le plus fréquent des fins de non-recevoir¹⁰⁰⁸. Pour clarifier cette question, certaines distinctions s'imposent.

254. D'abord, et contrairement à la situation qui a prévalu dans le passé¹⁰⁰⁹, les questions ayant trait à la restitution des prestations ne peuvent être érigées en fins de non-recevoir contre une demande en nullité : les articles 1699 à 1707 C.c.Q. prévoient un ensemble de règles qui s'adaptent avec souplesse aux circonstances et qui ne doivent pas être court-circuitées¹⁰¹⁰. Dans les autres cas, à notre avis, il faut en premier lieu appliquer l'article 1420 C.c.Q., afin de déterminer si la partie qui soulève une cause de nullité est effectivement titulaire d'un droit de critique et, le cas échéant, si elle a renoncé à l'exercer¹⁰¹¹. L'absence de droit de critique ou une confirmation tacite feront échec à la demande sans faire appel à une fin de non-recevoir¹⁰¹². Ce n'est pas à dire qu'une fin de non-recevoir discrétionnaire ne peut jamais s'élever contre une cause d'action en nullité. Cependant, la disponibilité d'une telle fin de non-recevoir requiert que le résultat du droit codifié entre en contradiction avec un principe général du droit et que les conditions d'ouverture de l'une ou l'autre des fins de non-recevoir, sanction, remède ou équité, soient présentes¹⁰¹³.

255. La Cour d'appel, dans l'affaire *Ragusa*, a récemment jugé que la nullité relative « appartient au domaine de la justice contractuelle et de l'équité »¹⁰¹⁴ et que la Cour n'avait pas à se prononcer sur le bien-fondé de la nullité relative invoquée par la défenderesse, puisqu'une fin de non-recevoir discrétionnaire fondée sur la bonne foi, l'équité et l'article 1375 C.c.Q. s'élevait contre sa demande en nullité¹⁰¹⁵. Il s'agissait d'une action en exécution d'une entente commerciale de partage de profit d'un projet immobilier et en responsabilité contractuelle, entre deux sociétés par actions. La

¹⁰⁰⁸ Voir par exemple *Guyon*, préc., note 138; *United Shoe*, préc., note 130; *Ætna*, préc., note 130; *Robert*, préc., note 130; *Laventure*, préc., note 130; *Péloquin*, préc., note 130; *Genet*, préc., note 116; *Union Electric*, préc., note 118; *Schnabel*, préc., note 116.

¹⁰⁰⁹ *Infra*, par. 370.

¹⁰¹⁰ *Litwin Boyadjian*, préc., note 1004, par. 61.

¹⁰¹¹ Art. 1420, 1423-1424 C.c.Q.; voir D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 8, n^{os} 1099, 1185 et suiv.

¹⁰¹² *Infra*, par. 349 et suiv.

¹⁰¹³ À preuve qu'un tel anéantissement du droit d'action en annulation n'insulte pas nécessairement la logique du droit des obligations, soulignons qu'une prescription extinctive de trois ans, qui est une fin de non-recevoir dirimante, s'applique au droit d'action en nullité relative ou absolue : D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 8, p. 1103, 1181, 1184; cf. art. 2882, 2925 C.c.Q.

¹⁰¹⁴ *Ragusa*, préc., note 884, par. 48.

¹⁰¹⁵ *Id.*, par. 41, 44-60. La juge du procès avait appliqué les notions de renonciation et de confirmation pour rejeter la cause de nullité de la défenderesse : *Id.*, par. 58. La Cour d'appel conclut que ce raisonnement est erroné, mais le résultat correct : *Id.*, par. 42-43, 58 citant jugement *a quo*, par. 86-88.

défenderesse plaidait, par un amendement produit quelques jours avant le procès, que le contrat en litige visait une opération de courtage que la demanderesse n'était pas autorisée à exécuter au sens de la *Loi sur le courtage immobilier*¹⁰¹⁶. Selon nous, la Cour d'appel arrive au bon résultat, mais par un moyen erroné. En effet, la Cour conclut au passage que la nullité n'était pas établie en faveur de la défenderesse et souligne que cette dernière a pleinement bénéficié d'une entente librement négociée et n'a établi ni sa bonne foi, ni un préjudice¹⁰¹⁷. Or, cette détermination menait à la conclusion que la défenderesse, en vertu de l'article 1420 C.c.Q., ne pouvait faire valoir la nullité relative du contrat. Il n'était dès lors pas approprié de faire appel à une fin de non-recevoir discrétionnaire : les conclusions de fait tirées par la Cour suffisaient en droit à rejeter cette cause d'action qui n'existait pas. Pourtant, la Cour s'abstient d'appliquer l'article 1420 C.c.Q. et invoque une telle fin de non-recevoir, malgré le caractère exceptionnel et subsidiaire de ce moyen.

256. En outre, même si la Cour avait conclu que l'article 1420 C.c.Q. permettait à la défenderesse de plaider la nullité relative du contrat, il aurait fallu vérifier, avant de lui opposer une fin de non-recevoir, si les conditions additionnelles requises étaient rencontrées. La Cour aurait pu s'appuyer, par exemple, sur la détermination que la défenderesse, en invoquant cette nullité, se prévalait de son propre fait ou de sa propre faute (fin de non-recevoir-sanction) ou que la demanderesse croyait, de manière raisonnable et préjudiciable, que la défenderesse avait renoncé à invoquer cette nullité (fin de non-recevoir-remède).

257. *Interaction avec la prescription extinctive.* Une fin de non-recevoir peut s'opposer à la prescription extinctive, contre laquelle elle agit de façon similaire à une suspension¹⁰¹⁸. Par exemple, alors qu'une société a reçu en retard un document expédié par courrier recommandé parce que la convention collective qui la lie à ses salariés exige une fermeture au-delà des congés fériés prévus par la loi, « la responsabilité de la non-réception du courrier dans le délai prévu par la Loi et dans les délais réguliers de la poste est imputable uniquement à [cette] partie » et il en

¹⁰¹⁶ RLRQ, c. C-73.2.

¹⁰¹⁷ *Ragusa*, préc., note 884, par. 49-51, 58. Voir aussi *Belgo-Fisher (Canada) Inc. c. Lindsay*, [1988] R.J.Q. 1223 (C.A.); *Dallala c. Attara*, [2006] R.J.Q. 282 (C.S.); 9210-2899 *Québec inc. c. Martel*, 2017 QCCS 76 : la *Loi sur le courtage immobilier* est une loi d'ordre public de protection qui vise à protéger les clients de courtiers immobiliers en assurant leur probité et leur compétence; la nullité relative qui en découle ne peut être invoquée que par ce client que la loi désire protéger, lorsque survient une opération visée.

¹⁰¹⁸ *Harvey c. Gouvernement régional d'Eeyou Istchee Baie-James*, 2017 QCCA 1098, par. 34-35, 41 [*Harvey*]. Cf. art. 2904-2909 C.c.Q.

découle une fin de non-recevoir-sanction « de la nature d'une véritable suspension de la prescription pour le délai additionnel en résultant »¹⁰¹⁹. Par ailleurs, lorsque la créancière a été maintenue dans l'ignorance de ses droits par le débiteur, une fin de non-recevoir-sanction empêche le débiteur d'invoquer la prescription extinctive¹⁰²⁰.

258. Lorsque la situation s'apparente plutôt à une renonciation à la prescription acquise ou au bénéfice du temps écoulé, toutefois, la fin de non-recevoir n'est pas un moyen approprié¹⁰²¹. En outre, il n'est pas possible pour un demandeur, en opposant une fin de non-recevoir aux moyens de défense du défendeur, d'indirectement faire renaître un droit d'action autrement prescrit¹⁰²², à moins que le défendeur n'ait renoncé à la prescription acquise¹⁰²³. Autrement dit, la fin de non-recevoir ne permet pas de contourner les règles de la prescription extinctive. La prescription extinctive peut faire obstacle à une fin de non-recevoir¹⁰²⁴, particulièrement à celle invoquée par un demandeur¹⁰²⁵, soit parce que le demandeur tente de faire renaître un recours prescrit, soit parce que le droit d'invoquer la fin de non-recevoir est lui-même prescrit, par exemple en cas de fin de non-recevoir contre une créance pour obtenir la restitution d'un montant déjà payé.

B. Les fins de non-recevoir qui matérialisent des principes généraux du droit civil

259. Les principes à l'origine d'une fin de non-recevoir déterminent les conditions de son application. Le principe de bonne foi est le fondement habituel des fins de non-recevoir. Cependant, elles reposent toujours aussi sur d'autres principes plus spécifiques. Une simple violation de la bonne foi ne suffit pas à les invoquer avec succès. Vu leur nature exceptionnelle, la gravité de leurs effets et le caractère diffus de la bonne foi, la présence de balises additionnelles

¹⁰¹⁹ *Lapenna*, préc., note 943, par. 8.

¹⁰²⁰ *Harvey*, préc., note 1018, par. 34-35, 41. Cf. art. 2904-2909 C.c.Q.

¹⁰²¹ *Infra*, par. 362.

¹⁰²² *Ashton c. Transamerica Life Canada/Transamerica Vie Canada*, 2008 QCCA 2440, par. 2-3 [*Ashton*].

¹⁰²³ Art. 2883-2888 C.c.Q.

¹⁰²⁴ Cf. *Ashton*, préc., note 1022, par. 2-3.

¹⁰²⁵ Dans le cas inverse, il faut tenir compte de l'article 2882 C.c.Q. : « Même si le délai pour s'en prévaloir par action directe est expiré, le moyen qui tend à repousser une action peut toujours être invoqué, à la condition qu'il ait pu constituer un moyen de défense valable à l'action, au moment où il pouvait encore fonder une action directe. [...] »

encadre la discrétion judiciaire, augmente la prévisibilité du droit et évite l'arbitraire¹⁰²⁶. Il ne faut pas définir les fins de non-recevoir si amplement qu'elles deviennent « des nids de procès dont le sort est imprévisible »¹⁰²⁷, selon la mise en garde du professeur Gardner. D'autres conditions sont ainsi imposées, qui varient selon que la fin de non-recevoir soit employée principalement pour sanctionner un comportement répréhensible (1), pour protéger la confiance légitime d'une partie (2) ou pour maintenir un équilibre relationnel (3).

1. La sanction d'un comportement répréhensible

i. *Nemo auditur turpitudinem suam allegans*

260. *Nemo auditur turpitudinem suam allegans* : nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude¹⁰²⁸. Il s'agit là d'un principe fondamental qui est loin d'être unique au droit privé québécois¹⁰²⁹. La Cour suprême, en 1901, a déclaré au sujet d'une maxime apparentée, *ex turpi causa non oritur actio*¹⁰³⁰, que « [t]his and other kindred maxims of the Roman law have been adopted by all civilized nations, whether governed by that system of laws or by the common law of England », au

¹⁰²⁶ M.A. GRÉGOIRE, préc., note 869, p. 224-225 : « En l'absence de cette balise que constitue la nécessité d'un préjudice, on ne peut que sombrer dans l'arbitraire, le juge accordant alors des bénéfices à l'une des parties sans que cette dernière ait subi la moindre perte [...]. Si les principes de la justice commutative ne sont nullement affectés, comment justifier l'intervention judiciaire du "gardien de l'équilibre"? » Voir aussi Daniel JUTRAS, « Que personne ne bouge! La protection de la confiance légitime en droit civil québécois », dans Anne-Sophie HULIN, Robert LECKEY et Lionel SMITH (dir.), *Les apparences en droit civil*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015 à la page 215 : « on ne peut imaginer que chacun ait une obligation positive, quelles que soient les circonstances, de venir au secours d'autrui [...]. Le devoir légal d'agir ne s'impose pas à tous indistinctement. Ici, c'est le lien de confiance créé entre les parties et le contenu de leurs interactions précédentes qui servent de fondement à l'obligation de renseignement. »

¹⁰²⁷ D. GARDNER, préc., note 29, 523, 526.

¹⁰²⁸ Les tribunaux invoquent parfois aussi des principes apparentés, comme *frustra legis auxilium quaerit qui in legem committit* (celui qui viole la loi recherche en vain son secours) : *Bertout c. Saffran*, 2019 QCCS 4367, par. 51.

¹⁰²⁹ En droit comparé, voir par exemple : Grégoire TZARANO, *Étude sur la règle « Nemo auditur propriam turpitudinem allegans »*, thèse de doctorat, Paris, Université de Paris, 1926; Paul SAVEY-CASARD, *Le refus d'action pour cause d'indignité : étude sur la maxime Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, Paris, L.G.D.J., 1930; J. MIEDZIANOGORA, « L'adage nemo auditur propriam turpitudinem allegans et le Code Napoléon », (1964) 18 *Dialectica* 259; Philippe LE TOURNEAU, *La règle « nemo auditur ... »*, Paris, L.G.D.J., 1970; Laurent BOYER, « Sur quelques adages : notes d'histoire et de jurisprudence », (1998) 156 *Bibl. É.C.* 13; Robert KOLB, « La maxime "nemo ex propria turpitudine commodum capere potest" (nul ne peut profiter de son propre tort) en droit international public », (2000) 33 *Rev. B.D.I.* 84; Koen LENAERTS, « Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law », (2003) 52 *Int'l & Comp. L.Q.* 873; James FLANAGAN, « Confrontation, Equity, and the Misnamed Exception for Forfeiture by Wrongdoing », (2006) 14 *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 1193.

¹⁰³⁰ Cette maxime (le droit d'action ne naît pas d'une cause indigne) a joué en common law un rôle équivalent à la maxime *nemo auditur* en droit civil : *Infra*, par. 363 et suiv.

point tel que ce serait « *a waste of time to cite the cases where this fundamental principle, upon which rests the whole social edifice, has been applied* »¹⁰³¹. Dans son célèbre article « *The Model of Rules* », le professeur Ronald Dworkin donne « *no man shall profit from his own wrong* » comme exemple par excellence d'un principe de droit, c'est-à-dire un standard qui doit être suivi « *not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality* »¹⁰³².

261. Il justifie de multiples règles du droit civil, y compris celles qui empêchent un assuré de profiter de son crime au moyen d'une indemnité d'assurance¹⁰³³ ou qui écartent d'une succession l'héritier qui attende à la vie du défunt¹⁰³⁴. L'application du principe lui-même a généralement été exclue ou remplacée par la codification, mais il demeure le fondement le plus répandu des fins de non-recevoir discrétionnaires. Déjà, en 1925, le juge Mignault l'identifiait comme l'une des fins de non-recevoir admises dans notre droit¹⁰³⁵, ce que la Cour d'appel a confirmé à plusieurs reprises depuis¹⁰³⁶. Elle a ainsi écrit que l'idée derrière la fin de non-recevoir est notamment d'empêcher qu'une partie ne puisse « tirer profit de sa mauvaise conduite »¹⁰³⁷.

262. Au-delà de la turpitude, ce principe vise, par extension, le propre fait du demandeur, puisque le droit refuse de sanctionner un recours que le demandeur a créé de toute pièce, par ses seules actions. Lemerle le résumait comme suit : « On n'est pas recevable à se plaindre ni à se prévaloir de son *propre fait*, de sa *négligence*, de son *imprudence*, de son *impuissance*, à plus forte raison

¹⁰³¹ *Consumers Cordage Co. v. Connolly*, (1901) 31 R.C.S. 244, 298.

¹⁰³² Ronald DWORKIN, « *The Model of Rules* », (1967) 35 *U. Chi. L. Rev.* 14, 23. Voir aussi *Bertout c. Saffran*, préc., note 1028, par. 52, 54 : « Le principe veut que le contractant qui contrevient à la morale ou à la loi ne mérite pas l'appui du système judiciaire, même s'il en subit un appauvrissement injuste. Bien entendu, ces devises romaines ne sont pas applicables sans nuances en droit civil, codifié. Toutefois, elles peuvent fonder une fin de non-recevoir à une action en justice pour cause d'indignité ou d'immoralité. »

¹⁰³³ Art. 2402, 2464 C.c.Q.; *Goulet c. Cie d'assurance-vie Transamerica du Canada*, 2002 CSC 21, par. 45, 47, 51 [*Goulet*].

¹⁰³⁴ Art. 620-621 C.c.Q.

¹⁰³⁵ P.-B. MIGNAULT, préc., note 114, 23.

¹⁰³⁶ *Mackay*, préc., note 30, par. 30; *Sâfilo*, préc., note 838, par. 25-26; *Gareau*, préc., note 838, par. 49. En plus des cas où la maxime est invoquée directement, les juges l'invoquent souvent indirectement : voir par exemple *Lotfi*, préc., note 940, par. 30. En Cour supérieure, voir par exemple *Dao c. Kin*, 2019 QCCS 5671 (appel en cours) (responsabilité professionnelle de l'avocat); *Bertout c. Saffran*, préc., note 1028 (demande reconventionnelle en réclamation de loyer).

¹⁰³⁷ *DF171197*, préc., note 901, par. 99; *DF143196*, préc., note 841, par. 9.

de *sa faute*, au préjudice d'autrui »¹⁰³⁸. Ainsi deux principes complémentaires se dessinent, le premier ayant une force normative supérieure au deuxième : la propre faute et le propre fait. D'abord, nul ne peut tirer avantage de son comportement répréhensible. Ensuite, nul « ne peut se créer un droit, se former un titre sans la participation, le concours ou le consentement au moins présumé de la partie intéressée à contester ce droit ou ce titre » ou « proteste[r] contre son propre ouvrage, s'inscri[re] contre soi-même, désavoue[r] sa conduite au gré de son caprice ou de son intérêt »¹⁰³⁹. Ce double principe est souvent assimilé avec le principe de la bonne foi et les articles 6, 7 et 1375 C.c.Q., avec lesquels il entretient effectivement des liens¹⁰⁴⁰. Il est toutefois utile de les distinguer, puisque la mauvaise foi n'est pas une condition de son application.

263. *Se prévaloir de sa propre turpitude.* Une fin de non-recevoir autorise un juge à « rejeter une demande, par ailleurs bien fondée en droit, dans la mesure où c'est précisément le comportement hautement répréhensible du demandeur qui est à l'origine du litige »¹⁰⁴¹. La Cour d'appel a souligné qu'une jurisprudence constante oppose une fin de non-recevoir « à la demande d'une partie dont le comportement était fautif et relié directement au préjudice » pour lequel elle demande compensation¹⁰⁴². Par exemple, « la demande d'une partie ne peut être reçue en justice lorsqu'elle repose avant tout sur sa propre inconduite et sur des fausses représentations faites à ses cocontractants desquels elle recherche compensation pour [des] dommages dont elle est responsable au premier chef »¹⁰⁴³.

264. C'est par l'application de ce principe que la conduite fautive d'une partie influence la disponibilité d'une fin de non-recevoir : non pas en elle-même, mais parce que la faute de la partie est directement liée à la situation dont elle se plaint ou qui a causé le litige¹⁰⁴⁴. Ce qui est requis

¹⁰³⁸ L.-L.-F. LEMERLE, préc., note 110, p. 144. Contrairement à Lemerle (*Id.*, p. 150-154; *Supra*, par. 88), nous n'incluons ici ni les cas d'acceptation des risques, qui concernent les actions des deux parties (*Infra*, par. 313-314), ni les cas de contradiction au détriment d'autrui, qui relèvent de la confiance légitime (*Infra*, par. 285, suiv.).

¹⁰³⁹ L.-L.-F. LEMERLE, préc., note 110, p. 144.

¹⁰⁴⁰ Voir par exemple *Merrill Lynch*, préc., note 838, par. 60.

¹⁰⁴¹ *Monit*, préc., note 830, par. 73; citant avec approbation Didier LUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2012, par. 2031 (similaire à l'édition suivante parue en 2018).

¹⁰⁴² *Merrill Lynch*, préc., note 838, par. 58.

¹⁰⁴³ *Id.*, par. 54.

¹⁰⁴⁴ Ceci explique pourquoi la Cour d'appel écrit que « Le comportement fautif de la partie contre laquelle la fin de non-recevoir est invoquée est l'un des fondements juridiques de ce moyen de défense, mais non le seul » : *Ragusa*, préc., note 884, par. 59; ou que « la Cour suprême énonce que le comportement fautif de la partie peut servir de fondement juridique à une fin de non-recevoir » : *Merrill Lynch*, préc., note 838, par. 55.

n'est pas une faute, mais une tentative de tirer profit de sa propre faute¹⁰⁴⁵. Là où une simple faute rend une partie susceptible d'être poursuivie en responsabilité civile, la tentative de se fonder sur sa faute pour intenter une action ou d'autrement tirer profit de sa faute à l'aide des tribunaux sera bloquée par une fin de non-recevoir.

265. Un parfait exemple de ce principe en action, en matière de responsabilité civile, est l'arrêt *Merrill Lynch*¹⁰⁴⁶. Les difficultés financières d'une société en faillite résultaient « d'une spéculation éhontée » sur des contrats à terme, dans des comptes de courtage qui devaient servir à des activités non spéculatives¹⁰⁴⁷. La faillie avait « dès le début de la relation contractuelle, trompé ses courtiers » et ses « fausses représentations [s'étaient] poursuivies voire accentuées au fur et à mesure de la progression du dossier et [de ses] difficultés financières »¹⁰⁴⁸. Les fausses représentations de la faillie étaient un comportement fautif directement relié au préjudice subi; il y avait donc fin de non-recevoir à l'action en responsabilité civile exercé par le syndic à sa faillite contre les courtiers à l'égard des pertes subies. La Cour ne pouvait « concevoir qu'une partie puisse, après avoir admis avoir trompé lourdement son cocontractant et avoir laissé planer une menace de poursuite judiciaire si on l'empêchait de transiger, poursuivre celui-ci en dommages au motif qu'il n'a pas su déjouer ses manœuvres et percer ses fausses représentations »¹⁰⁴⁹.

266. Un autre exemple clair est celui du sort de la demande reconventionnelle dans l'arrêt *Brizard*¹⁰⁵⁰. Une société (la « codéfenderesse ») et un individu (le « codéfendeur ») étaient poursuivis en dommages pour avoir évincé le demandeur de la société par actions qu'il avait fondée avec le codéfendeur (la « débitrice »), poussé celle-ci à la faillite et récupéré ses principaux actifs à leur bénéfice en les rachetant du syndic¹⁰⁵¹. L'action en dommages du demandeur a été accueillie, puisque les défendeurs étaient fautifs d'avoir « comploté [son] exclusion et [sa] dépossession [...] par toutes sortes de manœuvres en sous-main, en transformant [la débitrice], qui a finalement fait faillite, en une coquille vide, déraillant ainsi le modèle d'affaires mis sur pied à

¹⁰⁴⁵ *Merrill Lynch*, préc., note 838, par. 58.

¹⁰⁴⁶ *Merrill Lynch*, préc., note 838.

¹⁰⁴⁷ *Id.*, par. 53.

¹⁰⁴⁸ *Id.*, par. 63-64.

¹⁰⁴⁹ *Id.*, par. 67.

¹⁰⁵⁰ *Brizard*, préc., note 940.

¹⁰⁵¹ *Id.*, par. 13.

l'origine »¹⁰⁵². Le juge de première instance avait par ailleurs accueilli la demande reconventionnelle de la codéfenderesse en recouvrement d'un prêt consenti à la débitrice, dont le demandeur était caution solidaire. La Cour d'appel est intervenue et a opposé une fin de non-recevoir à cette réclamation :

« [Le codéfendeur] et [la codéfenderesse] ont manigancé l'évincement [du demandeur]. Cette manigance s'étend jusqu'à faire porter seul à ce dernier le poids d'une dette dont [le codéfendeur] est aussi le débiteur, dette qui n'a pu être payée par [la société débitrice], débitrice principale, en raison des agissements délibérés et déloyaux de [la codéfenderesse] et [du codéfendeur] lui-même, qui l'ont acculée à la faillite, puis se sont, directement et indirectement, appropriés le système qui était son actif distinctif. »¹⁰⁵³

267. Dans l'application de ce principe, il faut examiner l'origine du litige et non uniquement du droit ou de l'obligation en cause. Ainsi, les actions répréhensibles d'un créancier qui empêche une caution de mettre fin au cautionnement continu peuvent faire obstacle au recouvrement de dettes encourues subséquemment¹⁰⁵⁴. Celles qui provoquent le défaut du débiteur principal d'acquitter un prêt peuvent empêcher le créancier de poursuivre la caution en remboursement du solde de ce prêt¹⁰⁵⁵. Si la mauvaise conduite d'une personne provoque l'institution de procédures par un tiers, la personne fautive peut se voir opposer une fin de non-recevoir à sa tentative, après avoir acquis les droits du tiers, de reprendre l'instance¹⁰⁵⁶. Dans l'affaire *Tremblay c. Gagnon*, le liquidateur d'une succession avait fait défaut, de mauvaise foi, de suivre les instructions du testateur et d'utiliser le produit de l'assurance vie pour rembourser le prêt hypothécaire du défunt, ce qui a entraîné l'institution de procédures en délaissement forcé et en prise en paiement contre la succession par la banque. Cette conduite constitue une fin de non-recevoir à une reprise de l'instance contre la succession par le liquidateur, désormais destitué¹⁰⁵⁷.

268. Le comportement répréhensible est parfois celui du débiteur, et non du créancier. Avant que l'article 595 C.c.Q. ne soit modifié pour formellement étendre la possibilité de rétroactivité en matière de pension alimentaire pour enfants, les tribunaux avaient jugé, nous l'avons vu¹⁰⁵⁸, que

¹⁰⁵² *Id.*, par. 29.

¹⁰⁵³ *Id.*, par. 55-56. Pour un autre exemple, voir *Deschambault c. Parent*, préc., note 954.

¹⁰⁵⁴ *Soucisse*, préc., note 7.

¹⁰⁵⁵ *Brizard*, préc., note 940, par. 55-58.

¹⁰⁵⁶ *Tremblay c. Gagnon*, préc., note 944.

¹⁰⁵⁷ *Id.*, par. 41. Il s'agissait d'une demande en rétractation de jugement par le nouveau liquidateur, le liquidateur destitué ayant obtenu un jugement par défaut en sa faveur après avoir signifié sa reprise d'instance au greffe.

¹⁰⁵⁸ *Infra*, par. 225 et suiv.

les débiteurs alimentaires dont le comportement répréhensible devait être sanctionné ne pouvaient invoquer la protection contre la rétroactivité que l'article accordait pourtant en termes clairs. La Cour d'appel avait tranché qu'un tel débiteur « ne saurait tirer profit du fait qu'il a transgressé la loi durant plusieurs années plutôt que durant une seule »¹⁰⁵⁹. En conséquence, son non-respect de l'ordonnance de divulgation constituait une fin de non-recevoir à ce qu'il puisse invoquer la protection contre la rétroactivité prévue par l'article 595 C.c.Q. Non seulement avait-il sciemment violé l'ordonnance de la Cour, c'est en raison même de cette violation que sa créancière avait été tenue dans l'ignorance et s'était trouvée dans l'impossibilité d'agir plus tôt¹⁰⁶⁰.

269. Les faits invoqués pour justifier la fin de non-recevoir doivent avoir un lien suffisant avec la demande contre laquelle ils s'élèvent. À l'opposé, lorsque la conduite du créancier, quoique répréhensible, est suffisamment éloignée de sa réclamation, la fin de non-recevoir pourra échouer. Deux exemples l'illustrent. D'abord, le comportement du défendeur, un gestionnaire d'immeuble qui, en se payant lui-même par prélèvements sur les sommes sous gestion, a perçu au fil des ans des frais de gestion excédentaires, ne constitue pas une fin de non-recevoir contre la portion de sa réclamation de frais de gestion qui était autorisée en vertu du contrat¹⁰⁶¹. Cette obligation est née du contrat, qui autorisait la facturation de ces montants, et non du comportement répréhensible du gestionnaire¹⁰⁶². Similairement, dans le contexte d'un litige entre l'ancien propriétaire d'un immeuble et son locataire l'ayant acheté en vertu d'un droit de préemption prévu au bail, un comportement répréhensible ou déloyal de l'ancien propriétaire dans le cadre de négociations avec une tierce partie, quatre ans avant la vente au locataire, ne peut constituer une fin de non-recevoir

¹⁰⁵⁹ *DF10234*, préc., note 914, par. 53.

¹⁰⁶⁰ *Id.*, par. 53, 55.

¹⁰⁶¹ *Monit*, préc., note 830, par. 66-77. La Cour détermine en outre que le comportement du gestionnaire, bien qu'ultimement non autorisé par le contrat, n'était pas suffisamment répréhensible pour justifier une fin de non-recevoir puisqu'il y avait un réel débat sur l'interprétation à donner au contrat.

¹⁰⁶² *Id.*, par. 71, 74. La Cour ajoute subsidiairement que si le gestionnaire s'est mal comporté, sa conduite n'atteint pas le seuil d'un comportement « hautement répréhensible » : *Id.*, par. 76-77. Il sera difficile de conclure à un comportement suffisamment répréhensible pour emporter fin de non-recevoir lorsque « le dossier se décide sur l'interprétation donnée à un contrat, ce qui suppose, au préalable, que la position [de la partie] sur l'interprétation à donner au contrat est soutenable » : *Id.*, par. 72. Ce rehaussement du degré de blâme requis ne nous semble pas nécessaire, vu la conclusion quant à l'absence de lien suffisant avec la réclamation, et est susceptible d'ajouter de la confusion au sujet du critère applicable.

à la demande en jugement déclaratoire pour déterminer les conséquences de cette vente¹⁰⁶³. Bien qu'en lien avec les faits de l'affaire, ce comportement n'est pas à l'origine du litige¹⁰⁶⁴.

270. Par ailleurs, le comportement répréhensible d'une partie qui a pour effet de provoquer le défaut d'un débiteur, de prolonger la période pendant laquelle un débiteur est en défaut ou de retarder le dénouement d'un litige peut constituer une fin de non-recevoir contre sa réclamation à l'égard de l'intérêt, contractuel ou légal, qui court pendant cette période¹⁰⁶⁵. Par exemple, même si le prêt et son taux d'intérêt n'étaient pas lésionnaires en vertu de l'article 2332 C.c.Q.¹⁰⁶⁶, une fin de non-recevoir s'opposait à la réclamation du taux d'intérêt contractuel par le créancier à partir de la date où il a continué à courir en raison du comportement répréhensible du créancier¹⁰⁶⁷. Dans cette affaire, le créancier, par une manœuvre illégale, avait inscrit un acte de vente au registre foncier et par le fait même, avait « fait en sorte d'empêcher [le débiteur] de remédier à ses défauts ou de tenter de le faire avec quelque chance de réussite »¹⁰⁶⁸. L'intérêt au taux contractuel a donc « cessé de courir à compter [de la] date à laquelle l'appelant a fait inscrire l'acte de vente litigieux, dont il s'obstine à défendre la validité », et seul le taux légal est accordé¹⁰⁶⁹. Au surplus, l'impossibilité pour le débiteur d'acquitter sa dette a été prolongée par l'appel logé par le créancier à l'encontre du jugement de première instance¹⁰⁷⁰. Puisque c'est par la faute du créancier, qui l'a privé de son seul actif, que le débiteur n'a pu faire d'offres réelles pendant l'instance¹⁰⁷¹, que cet appel « était voué à l'échec et [que] l'on ne peut faire supporter [au débiteur] le poids des intérêts (même au taux [légal]) qui se sont accumulés pendant l'instance d'appel »¹⁰⁷², il y a lieu « de stopper tout intérêt à compter de la date du jugement de première instance »¹⁰⁷³.

271. Bien que les parties qui se font opposer une fin de non-recevoir dans les décisions qui précèdent peuvent être considérées de mauvaise foi et leur comportement, jugé répréhensible, ce

¹⁰⁶³ *Haddad*, préc., note 974, par. 85.

¹⁰⁶⁴ *Id.*, par. 81-86. La Cour mentionne aussi l'absence de préjudice du défendeur, mais selon nous, il ne s'agit pas ici du critère déterminant.

¹⁰⁶⁵ *Banque de Paris*, préc., note 956, par. 67; *Lotfi*, préc., note 940.

¹⁰⁶⁶ *Lotfi*, préc., note 940, par. 44. Au sujet du fond de cette affaire : *Infra*, par. 277 et suiv.

¹⁰⁶⁷ *Id.*, par. 52.

¹⁰⁶⁸ *Id.*, par. 53.

¹⁰⁶⁹ *Id.*, par. 54.

¹⁰⁷⁰ *Id.*, par. 53.

¹⁰⁷¹ *Id.*, par. 58.

¹⁰⁷² *Id.*

¹⁰⁷³ *Id.*, par. 57.

n'est pas là une condition suffisante d'application. La situation qui donne ouverture à une fin de non-recevoir n'est pas la mauvaise foi ou le comportement répréhensible, mais bien la tentative de se prévaloir, de tirer profit ou de fonder une demande en justice sur une telle conduite.

272. *Se prévaloir de son propre fait.* Lorsqu'une partie, même sans faute, a donné naissance par son propre fait ou sa propre omission à la situation problématique dont elle se plaint ou a empêché l'autre partir de poser les actions dont elle déplore l'absence, elle pourra faire face à une fin de non-recevoir¹⁰⁷⁴. Par exemple, dans l'affaire *Long*, des immigrants investisseurs avaient perdu des sommes importantes lors de la crise de 2008, alors que leur conseiller avait fait des placements plus spéculatifs que ce qu'ils désiraient¹⁰⁷⁵. La réclamation contre l'un des cabinets de courtage impliqués, fondée sur la théorie du mandat apparent, a été rejetée vu une preuve insuffisante¹⁰⁷⁶. Subsidiairement, la Cour a ajouté qu'il existait une fin de non-recevoir contre cette réclamation. Les demandeurs connaissaient les conséquences de la signature de formulaires en blanc et savaient que leur conseiller les utilisait sans les prévenir. Cela a permis à leur conseiller de modifier leur profil d'investisseur à leur insu et de causer les dommages qui faisaient l'objet du litige¹⁰⁷⁷. Les demandeurs, même s'ils n'étaient pas de mauvaise foi et n'avaient pas nécessairement commis de faute, ne pouvaient faire supporter par le cabinet de courtage les conséquences d'actions contre lesquelles il n'avait pu se prémunir en raison de leurs faits et gestes¹⁰⁷⁸.

273. Une défenderesse ne peut invoquer, comme moyen de défense, une lacune qui n'a pu être corrigée en raison de sa propre action ou inaction, et ce, même si aucune faute ou mauvaise foi n'est établie. Par exemple, dans l'affaire *Centria*, l'actionnaire majoritaire avait écarté l'actionnaire minoritaire du conseil d'administration et l'avait privé de consulter les états financiers de la société, en contravention de la convention entre actionnaires¹⁰⁷⁹. L'actionnaire minoritaire avait transmis à l'actionnaire majoritaire une offre d'achat de ses actions par un tiers

¹⁰⁷⁴ C'est aussi ce principe qui sous-tend, notamment, l'article 1500 C.c.Q., selon lequel une condition suspensive purement potestative entraîne la nullité de l'obligation, et l'article 1503 C.c.Q., selon lequel une « obligation conditionnelle a tout son effet lorsque le débiteur obligé sous telle condition en empêche l'accomplissement ». Cf. M. TANCELIN, préc., note 1006, n^{os} 464-465; J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, préc., note 20, n^o 584; F. LEVESQUE, préc., note 32, p. 280, 286; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 8, n^o 2481.

¹⁰⁷⁵ *Long*, préc., note 940, par. 253-254.

¹⁰⁷⁶ *Id.*, par. 251.

¹⁰⁷⁷ *Id.*, par. 253.

¹⁰⁷⁸ *Id.*

¹⁰⁷⁹ *Centria*, préc., note 943, par. 3.

non lié, susceptible d'enclencher l'application du droit de premier refus prévu à la convention¹⁰⁸⁰. L'actionnaire majoritaire qui a refusé ou retardé la communication des états financiers pour fins de vérification diligente par le tiers, confronté à une action de l'actionnaire minoritaire pour faire déclarer valide l'offre du tiers et permettre son exécution, ne peut « espérer le secours du tribunal »¹⁰⁸¹. Il se voit opposer une fin de non-recevoir à son moyen de défense selon lequel l'offre n'était pas irrévocable, car conditionnelle à une vérification diligente. Même sans mauvaise foi¹⁰⁸², il s'agirait là d'invoquer son propre fait ou sa propre inaction, puisque la remise immédiate des états financiers aurait permis à l'offre d'être complétée rapidement et de devenir irrévocable¹⁰⁸³. Il y a également fin de non-recevoir à l'application à son bénéficiaire d'une autre clause de la convention entre actionnaires, selon laquelle la mise à pied du demandeur – peu après qu'il ait donné avis de l'offre du tiers – permet le rachat de ses actions pour un dollar¹⁰⁸⁴. En effet, le droit de premier refus avait été enclenché et l'offre du tiers n'a été retirée qu'en raison des délais causés par les agissements des défenderesses, qui ont forcé le demandeur à recourir à une injonction provisoire pour obtenir les états financiers, ont contesté les procédures et ont fait appel¹⁰⁸⁵.

274. Une autre illustration se présente à l'égard de l'obligation d'indemniser en matière d'assurance de responsabilité. Un assureur de responsabilité peut cesser de défendre son assuré, dans la mesure où il avait accepté de défendre sous réserves et qu'un amendement important de la réclamation justifie une réévaluation de l'obligation de défendre. Aucune fin de non-recevoir n'empêche alors son retrait. Cependant, s'il s'avère que l'assureur a eu tort de se retirer et que la réclamation demeurerait couverte, une fin de non-recevoir l'empêchera de prétendre qu'une transaction conclue par l'assuré sans son autorisation lui est inopposable en vertu de

¹⁰⁸⁰ *Id.*, par. 4.

¹⁰⁸¹ *Id.*, par. 17.

¹⁰⁸² Malgré cet énoncé par la Cour, l'inaction invoquée était une violation de la convention entre actionnaires, et donc, des lois corporatives. Au surplus, la Cour constate en *obiter dictum* que l'omission était fautive et qu'en cas de vente à un tiers pour un prix moindre que celui de la première offre, l'actionnaire minoritaire « pourra envisager les recours appropriés en compensation pour sa perte » : *Id.*, par. 23.

¹⁰⁸³ *Id.*, par. 17 : « la lacune, si lacune il y a, n'a pu être corrigée à cause du refus ou du retard des [défenderesses] ».

¹⁰⁸⁴ *Id.*, par. 22.

¹⁰⁸⁵ *Id.*

l'article 2504 C.c.Q. et d'une clause de la police¹⁰⁸⁶. S'il n'a pas eu l'occasion de consentir, c'est en raison de son propre choix de se retirer du dossier¹⁰⁸⁷.

ii. Protection de l'ordre public

275. Tout comme une nullité sanctionne le contrat contraire à l'ordre public en raison de sa cause ou de son objet¹⁰⁸⁸, une fin de non-recevoir peut s'opposer au droit d'action contraire à l'ordre public en raison des faits sur lesquels il se fonde ou du résultat qu'il recherche¹⁰⁸⁹. Cette fin de non-recevoir est d'intérêt général en cas de violation de l'ordre public de direction et d'intérêt particulier en cas de violation de l'ordre public de protection¹⁰⁹⁰.

276. Selon la Cour suprême, l'ordre public « se définit “comme ‘l'imposition de considérations sociales, morales, économiques ou politiques’ de la société dans les rapports juridiques” »¹⁰⁹¹. Dans le domaine des contrats, l'ordre public « ne constitue qu'un garde-fou exceptionnel à la liberté contractuelle »¹⁰⁹². L'ordre public explicitement prévu par le législateur est qualifié d'ordre public formel. Cependant, « ce n'est pas au seul législateur qu'il revient [de] définir le contenu » de l'ordre public¹⁰⁹³. Il existe également un ordre public qualifié de « virtuel » ou de jurisprudentiel. C'est celui, nécessairement évolutif, que le juge déduit d'un texte de loi qui n'est pas expressément impératif ou des principes généraux du droit¹⁰⁹⁴. Les juges peuvent « “[...] »

¹⁰⁸⁶ *Kansa Liquidation*, préc., note 943, par. 45-47.

¹⁰⁸⁷ *Id.*, par. 47 : « Dans la mesure où le règlement intervenu est raisonnable, l'assureur qui a refusé de participer aux pourparlers, ne peut par la suite s'en plaindre. » Or, puisque le règlement a été négocié par l'assurée et la partie qui la poursuivait, dont les intérêts étaient opposés, il est présumé que le montant convenu est raisonnable : *Id.*, par. 48.

¹⁰⁸⁸ Art. 1411, 1413 C.c.Q. Voir *Uniprix inc. c. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*, 2017 CSC 43, par. 89 [*Uniprix*].

¹⁰⁸⁹ Cette fin de non-recevoir est parfois appelée déchéance d'un droit. Voir Michelle CUMYN, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité », (2007) 41 *R.J.T.* 1, 59-60.

¹⁰⁹⁰ Cf. D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 8, n° 1123 et suiv.

¹⁰⁹¹ *Uniprix*, préc., note 1088, par. 89; citant Gérard GOLDSTEIN et Najla MESTIRI, « La liberté contractuelle et ses limites – Étude à la lueur du droit civil québécois », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 299 à la page 310; J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, préc., note 20, n° 97. Voir aussi M. CUMYN, préc., note 1089; René SÈVE (dir.), *L'ordre public*, Paris, Dalloz, 2015; Michelle CUMYN, « L'ordre public », dans B. MOORE (dir.), *Les grandes notions*, Montréal, Éditions Thémis, 2015.

¹⁰⁹² D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 8, n° 66.

¹⁰⁹³ *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561, 2570 (C.A.), conf. par [1997] 3 R.C.S. 844. Voir aussi *Uniprix*, préc., note 1088, par. 90; citant *Goulet*, préc., note 1033, par. 43, 46.

¹⁰⁹⁴ *Uniprix*, préc., note 1088, par. 90; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 8, n°s 1914-1932.

élever au rang de principe d'ordre public toute règle non écrite qui s'accorde avec les valeurs fondamentales de la société à un moment donné de son évolution" »¹⁰⁹⁵.

277. Une partie qui a tenté, par un stratagème, d'échapper à l'application de dispositions d'ordre public peut se voir opposer une fin de non-recevoir, comme l'illustre l'arrêt *Lotfi*¹⁰⁹⁶. Le créancier avait exigé de son débiteur qu'il signe un acte de vente non daté « en parallèle au contrat de prêt hypothécaire, et ce, afin de garantir doublement celui-ci et [d']éviter [...] les démarches judiciaires prévues par les articles 2748 et s. C.c.Q. »¹⁰⁹⁷. Après que le débiteur ait fait défaut et que le créancier ait envoyé un préavis d'exercice de ses droits hypothécaires, le créancier a ignoré une offre de paiement du débiteur et a plutôt fait inscrire l'acte de vente au registre foncier. Le débiteur a intenté une action en annulation de l'acte de vente, à laquelle le créancier a répliqué par une demande reconventionnelle en prise en paiement. L'acte de vente a été trouvé nul en vertu de l'article 1801 C.c.Q., une disposition d'ordre public qui interdit ce type de dation en paiement¹⁰⁹⁸. Le demandeur récupérait l'immeuble, grevé de l'hypothèque du défendeur¹⁰⁹⁹.

278. Le juge de première instance et la Cour d'appel ont considéré qu'il était justifié d'opposer une fin de non-recevoir à l'action hypothécaire du défendeur et à l'exercice des droits lui résultant du préavis d'exercice¹¹⁰⁰, et ce, même si le prêt était exigible, le débiteur était en défaut et le préavis lui avait été valablement signifié¹¹⁰¹. Le défendeur, « un prêteur averti », avait sciemment mis en place « une méthode ayant un double objectif de contournement », soit d'échapper à la fois à l'interdiction de dation en paiement et aux dispositions obligatoires « que le Code civil du Québec, en matière d'exercice des droits hypothécaires, énonce au bénéfice du débiteur et des tiers »¹¹⁰². Dans ces circonstances, « il serait contraire à la bonne foi et à l'équité que [le défendeur] sorte

¹⁰⁹⁵ *Uniprix*, préc., note 1088, par. 90; citant *Goulet*, préc., note 1033, par. 43, 46.

¹⁰⁹⁶ *Lotfi*, préc., note 940.

¹⁰⁹⁷ *Id.*, par. 20.

¹⁰⁹⁸ *Id.*, par. 19, 21-23, 25.

¹⁰⁹⁹ *Id.*, par. 26.

¹¹⁰⁰ *Id.*, par. 11 citant jugement *a quo*, par. 92.

¹¹⁰¹ *Id.*, par. 28. En plus de la fin de non-recevoir due au comportement contraire à l'ordre public du défendeur, la Cour d'appel conclut qu'après avoir signifié le préavis annonçant une prise en paiement, le défendeur, plutôt que d'aller de l'avant avec cette action, a choisi de signer et d'inscrire au registre foncier l'acte de vente signé à l'avance par le demandeur. Par cette action, « il a renoncé au droit que lui conférait le préavis d'exercice et renoncé du coup à la prise en paiement judiciaire » et il « ne peut plus prétendre à l'exercice de la prise en paiement qu'il tente d'exercer par voie reconventionnelle, du moins pas sans faire signifier un nouveau préavis d'exercice » : *Id.*, par. 29.

¹¹⁰² *Lotfi*, préc., note 940, par. 30.

indemne d'une situation générée par son recours à un stratagème contraire à l'article 1801 C.c.Q. et contraire à l'ordre public »¹¹⁰³. La Cour va plus loin : « Lui permettre maintenant d'exercer son recours hypothécaire comme s'il n'avait jamais mis à exécution son subterfuge [...] serait tout bonnement contraire à la justice et équivaudrait à ignorer sa turpitude »¹¹⁰⁴. En outre, le défendeur ne pouvait contrer cette fin de non-recevoir par la reconnaissance par le demandeur de son obligation de rembourser. C'est parce que le défendeur s'était approprié l'immeuble, seul actif d'importance du demandeur, que le demandeur n'avait pas été en mesure de récolter le financement requis pour désintéresser le défendeur ou lui faire des offres réelles¹¹⁰⁵.

279. Dans le cas d'une fin de non-recevoir fondée sur la violation de l'ordre public, il n'est pas nécessaire que les actions en cause aient directement provoqué le litige. Par exemple, dans l'affaire *Lotfi*, l'acte de prêt était valide et le prêt exigible et ce n'étaient pas les actions du créancier qui avaient provoqué le défaut du débiteur. Cependant, les manœuvres du créancier pour contourner des dispositions d'ordre public en matière de sûretés avaient passablement compliqué l'affaire et étaient à l'origine de la nécessité pour le débiteur de poursuivre le créancier en annulation d'un acte de vente de l'immeuble; le créancier s'est donc vu opposer une fin de non-recevoir à sa demande reconventionnelle de prise en paiement.

280. Voile corporatif. Selon la Cour d'appel, l'article 317 C.c.Q. est équivalent à une fin de non-recevoir contre toute tentative par une partie d'invoquer la personnalité juridique d'une personne morale pour masquer « la fraude, l'abus de droit ou une contravention à une règle intéressant l'ordre public »¹¹⁰⁶. Par exemple, en matière d'exécution de jugement, une société ne peut invoquer sa personnalité juridique distincte de celle de la débitrice d'un jugement pour s'opposer à la saisie de ses biens par un tiers de bonne foi, alors que les sociétés en cause ne sont que des paravents incorporés pour frauder le fisc¹¹⁰⁷.

¹¹⁰³ *Id.*

¹¹⁰⁴ *Id.*; citant *Soucisse*, préc., note 7; *Sàfilo*, préc., note 838; *Merrill Lynch*, préc., note 838.

¹¹⁰⁵ *Lotfi*, préc., note 940, par. 31.

¹¹⁰⁶ *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. 9087-3118 Québec inc.*, préc., note 946, par. 20.

¹¹⁰⁷ *Id.*, par. 17-20.

iii. Discretion judiciaire et théorie des mains propres

281. En droit anglais, la maxime « *he who comes into equity must come with clean hands* » requiert qu'un demandeur en equity démontre que son comportement à l'égard de sa cause d'action a été approprié¹¹⁰⁸. En 1787, le lord baron en chef Eyre a énoncé le principe comme suit :

« *It is argued that the author of the loss shall not have the benefit of a contribution [...]. It is not laying down any principle to say that his ill conduct disables him from having any relief in this Court. If this can be founded on any principle, it must be, that a man must come into a Court of Equity with clean hands; but when this is said, it does not mean a general depravity; it must have an immediate and necessary relation to the equity sued for; it must be a depravity in a legal as well as in a moral sense. [...]* »¹¹⁰⁹

L'applicabilité de cette théorie en droit québécois fait l'objet d'une controverse, mais elle est généralement reconnue en matière d'injonction, laquelle provient de l'equity¹¹¹⁰. Dans une action en injonction, la théorie des mains propres exige que la partie demanderesse « n'ait rien à se reprocher »¹¹¹¹, qu'elle « ait elle-même respecté ses obligations ou n'ait pas elle-même commis d'actes frauduleux, répréhensibles ou relevant de la mauvaise foi »¹¹¹² ou encore qu'elle n'ait pas « adopté un comportement répréhensible dans la situation à l'origine du litige »¹¹¹³. Cette exigence n'est pas nécessairement déterminante, « il s'agit d'un élément, parmi d'autres, dont le juge peut tenir compte avant de prononcer l'ordonnance sollicitée »¹¹¹⁴.

282. Cette théorie est une manifestation, dans les situations où le juge dispose d'une large discrétion, de la maxime *nemo auditur*¹¹¹⁵. Le pouvoir discrétionnaire qu'exerce un juge n'est pas illimité; il doit être exercée judiciairement. Il « doit reposer sur des motifs d'ordre juridique »¹¹¹⁶. Il est « assujetti au caractère approprié des circonstances » et les critères de son exercice « sont essentiellement des critères juridiques »¹¹¹⁷. Dans l'exercice d'une discrétion judiciaire, les

¹¹⁰⁸ *Overton v. Banister* (1844), 3 Hare 503, 67 E.R. 479; *Nail v. Punter* (1832), 5 Sim. 555, 58 E.R. 447; *Re Lush's Trusts* (1869), L.R. 4 Ch. App. 591 (C.A. Ch.); *City of Toronto v. Polai* (1969), 8 D.L.R. (3^d) 689 (Ont. C.A.) (motifs concurrents de Schroeder, J.A.), conf. par [1973] S.C.R. 38.

¹¹⁰⁹ *Dering v. Earl of Winchelsea* (1787), 1 Cox 318, 29 E.R. 1184, 319-320.

¹¹¹⁰ *Warner Chappell Music France c. Beaulne*, 2010 QCCS 2632, par. 89.

¹¹¹¹ *Id.*, par. 88.

¹¹¹² *Pépin c. Brissette*, 2008 QCCA 830, par. 31.

¹¹¹³ *Cortina c. Thouret*, 2017 QCCA 958, par. 53 (motifs dissidents de Rochette, J.C.A.).

¹¹¹⁴ *Pépin c. Brissette*, préc., note 1112, par. 31.

¹¹¹⁵ *Warner Chappell Music France c. Beaulne*, préc., note 1110, par. 88.

¹¹¹⁶ *Léger c. Ouellet*, 2011 QCCA 1858, par. 21.

¹¹¹⁷ *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, par. 16.

principes généraux du droit jouent un rôle majeur, puisqu'ils évitent l'arbitraire¹¹¹⁸. Selon la Cour d'appel, l'équivalent en droit civil de la doctrine anglaise des *clean hands* est la fin de non-recevoir fondée sur les articles 6, 7 et 1375 C.c.Q., et celle-ci peut être appliquée dans l'exercice de tout pouvoir discrétionnaire conféré par la loi¹¹¹⁹. Si les deux doctrines ne sont ni identiques, ni conceptuellement équivalentes, elles peuvent être considérées équivalentes sur le plan fonctionnel dans certaines circonstances limitées.

283. Par exemple, la Cour supérieure peut s'appuyer sur la doctrine des *clean hands* dans l'exercice de la large discrétion judiciaire qui lui est conférée par les articles 268 et suivants L.f.i. pour déterminer avec quelle juridiction étrangère il était dans l'intérêt des créanciers canadiens d'une faillite internationale de coopérer¹¹²⁰. Les liquidateurs nommés par une ordonnance des tribunaux d'Antigua et Barbuda demandaient la reconnaissance de cette ordonnance et de leur statut de représentants étrangers de la débitrice au Canada, c'est-à-dire de se voir accorder des pouvoirs similaires à ceux d'un syndic de faillite en vertu de la L.f.i.¹¹²¹. Selon la Cour d'appel, ces liquidateurs « *did not come before the Court with clean hands* »¹¹²². En effet, ils avaient auparavant obtenu une ordonnance *ex parte* en omettant de façon flagrante et inexcusable de divulguer à la registraire des renseignements essentiels¹¹²³, en plus d'avoir supprimé sans droit les données des serveurs montréalais de la débitrice et entravé le rapatriement et la communication des images de ces serveurs¹¹²⁴. Puisque « *the clean hands doctrine—or its equivalent in civil law, “la fin de non-recevoir” (article 6,7 and 1375 [C.c.Q.]* »¹¹²⁵ est applicable dans l'exercice de tout pouvoir discrétionnaire conféré par la loi, il est difficile d'imaginer quelque principe qui empêche la Cour supérieure de faire de même dans l'exercice de la discrétion que lui confère la L.f.i.¹¹²⁶

¹¹¹⁸ *Saskatchewan (H.R.C.) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, par. 34; F. BACHAND, préc., note 862, 449-450.

¹¹¹⁹ *Stanford International Bank Ltd. (Liquidation de)*, 2009 QCCA 2475, par. 26 (autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée) [*Stanford C.A.*].

¹¹²⁰ *Id.*, par. 16, 19, 26.

¹¹²¹ *Id.*, par. 25.

¹¹²² *Id.*, par. 27.

¹¹²³ *Stanford International Bank Ltd. (Syndic de)*, 2009 QCCS 4106, par. 39-43 [*Stanford C.S.*].

¹¹²⁴ *Id.*, par. 47-59.

¹¹²⁵ *Stanford C.A.*, préc., note 1119, par. 26.

¹¹²⁶ *Id.* Le juge de première instance, dans une section sur « Le caractère discrétionnaire du recours ou fin de non-recevoir », avait conclu qu'« [u]ne partie qui désire obtenir une mesure discrétionnaire du tribunal doit avoir agi de bonne foi et n'avoir rien à se reprocher en relation avec l'objet de sa requête » et « que la LFI est une loi d'“equity”

284. La théorie des mains propres ne peut être invoquée qu'à l'encontre d'une action qui comporte un aspect discrétionnaire¹¹²⁷. Ainsi, il n'est pas approprié pour un juge saisi d'une action civile de nature privée de mettre fin au procès « abruptement » et de rejeter l'action sans laisser les parties faire leur preuve, en raison d'un comportement frauduleux dont il est outré; l'action ne comportait pas d'aspect discrétionnaire, la théorie des mains propres n'était donc pas applicable¹¹²⁸. En outre, elle ne peut pas être invoquée pour empêcher l'application de dispositions d'ordre public, même de protection, par exemple pour moduler les effets d'un décret d'adjudication, puisque le juge n'a pas de discrétion à cet égard¹¹²⁹.

2. Le remède pour bris d'une confiance légitime

285. L'analyse des décisions d'appel révèle qu'en matière de fins de non-recevoir, les tribunaux traitent la protection de la confiance légitime comme un principe général et lui confèrent des effets juridiques considérables, sous ce nom ou, parfois, sous celui de devoir de cohérence ou sans la nommer (i). Ils accueillent diverses fins de non-recevoir discrétionnaires qui ont pour but de protéger la confiance légitime et préjudiciable de la partie qui l'invoque, et ce, même en l'absence de tout comportement répréhensible de la part de l'autre partie. Une telle fin de non-recevoir peut s'élever pour protéger une partie qui a cru dans un état de fait ou de droit en raison d'actes positifs, c'est-à-dire les gestes, paroles ou pratiques de l'autre partie (ii), ou d'actes négatifs, c'est-à-dire son inaction ou son silence (iii)¹¹³⁰.

i. La confiance comme principe

286. Le principe de la confiance, contrairement à celui de la bonne foi, est controversé et relativement peu étudié en droit québécois¹¹³¹. Il ne fait pas de doute que la confiance est

et que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire en vertu de celle-ci est soumis à l'application de la théorie des mains propres » : *Stanford C.S.*, préc., note 1123, par. 9, 14.

¹¹²⁷ *Trickey c. Leclair*, 2012 QCCA 637, par. 2; *Douville c. Société hypothécaire B.N.E.*, [1996] R.D.J. 363, par. 19 (C.A.).

¹¹²⁸ *Trickey c. Leclair*, préc., note 1127, par. 1-2.

¹¹²⁹ *Douville c. Société hypothécaire B.N.E.*, préc., note 1127, par. 19.

¹¹³⁰ À plus forte raison, il pourra y avoir fin de non-recevoir si une partie abuse, par mauvaise foi, de la confiance de l'autre : *Bio-Dis*, préc., note 857, par. 26. Cependant, ces cas ont déjà été traités avec les fins de non-recevoir-sanction.

¹¹³¹ En droit québécois, voir Daniel JUTRAS, « Prolégomènes à l'étude de la notion de confiance en droit civil », dans B. LEFEBVRE et B. MOORE (dir.), préc., note 465, p. 193; D. JUTRAS, préc., note 1026. Voir aussi *Id.* à la page 217 et note 48, qui fait l'inventaire des rares mentions de la confiance dans les principaux ouvrages de droit des obligations.

fondamentale dans les interactions sociales et économiques et sous-tend les institutions juridiques¹¹³². Dans les interactions sociales, elle « réside dans l'implicite » et est « [f]ondée sur une hypothèse de normalité, sur la croyance que les apparences sont conformes à la réalité et ne cachent pas de mauvaises surprises »¹¹³³. En droit, cependant, « peut-elle être érigée au rang de principe général » ou servir de « source autonome d'obligations ou d'autres effets juridiques »¹¹³⁴?

287. Le juge Trudel, dans les années 1940, écrivait que si une place centrale a été accordée à la bonne foi en droit des obligations, c'est entre autres parce que le contrat est « une institution juridique dont les assises sont la confiance et la foi donnée »¹¹³⁵. La confiance est reconnue par la doctrine comme une « valeur » de grande importance¹¹³⁶. Selon le professeur Daniel Jutras, qui a le plus étudié sa protection en droit civil québécois, elle y occupe une place diffuse, à la fois partout et nulle part¹¹³⁷. En présence d'« une croyance erronée, réellement entretenue, justifiée par les circonstances, et contre laquelle on ne peut se prémunir », « la confiance légitime qui en résulte est protégée par le droit privé »¹¹³⁸. Prenons l'exemple d'une partie qui, dans le cadre de relations

En droit comparé, voir Olivier MORÉTEAU, *L'estoppel et la protection de la confiance légitime. Éléments d'un renouveau de la responsabilité (droit anglais et droit français)*, thèse de doctorat, Lyon, Faculté de droit, Université Jean Moulin (Lyon 3), 1990; Horatia MUIR WATT, « Pour l'accueil de l'"estoppel" en droit privé français », dans *L'internationalisation du droit. Mélanges Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, p. 303; Olivier MORÉTEAU, « Revisiting the Grey Zone Between Contract and Tort: The Role of Estoppel and Reliance in Mapping out the Law of Obligations », dans Helmut KOZIOL et Barbara STEININGER (dir.), *European Tort Law 2004*, Vienna, Springer, 2005, p. 60; Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, *La confiance légitime et l'estoppel*, Paris, Société de législation comparée, 2007; Alexis ALBARIAN, *De la perte de confiance légitime en droit contractuel : essai d'une théorie*, Paris, Mare & Martin, 2012; Pascal ANCEL, « Stoppera-t-on l'estoppel? Petite histoire de la pénétration en droit français d'un concept de droit anglais », dans J. Michaël RAINER et Erik Van den HAUTE (dir.), *Liber Amicorum David Pugsley*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 179; Bénédicte FAUVARQUE-COSSON et Peter JUNG (dir.), *La confiance*, 11^e journées bilatérales franco-allemandes, Paris, Société de législation comparée, 2013.

¹¹³² Voir Masamichi SASAKI (dir.), *Trust in Contemporary Society*, Leiden, Brill Academic, 2019 (tour d'horizon multidisciplinaire de l'état des connaissances et de la recherche sur la confiance en psychologie, en sociologie, en sciences politiques, en études organisationnelles, en histoire et en philosophie); J. David LEWIS et Andrew WEIGERT, « Trust as a Social Reality », (1985) 63 *Soc. Forces* 967 (au sujet de la centralité de la confiance dans la constitution des relations et des institutions sociales).

¹¹³³ D. JUTRAS, préc., note 1026 aux pages 197-198.

¹¹³⁴ *Id.* à la page 197.

¹¹³⁵ G. TRUDEL, préc., note 107, p. 329.

¹¹³⁶ La confiance est le sujet de l'un des chapitres d'un ouvrage sur les « grandes valeurs » du droit civil, aux côtés de la dignité, de la cohérence, de la liberté décisionnelle, de l'efficacité, de la tradition et de l'équilibre : B. LEFEBVRE et B. MOORE (dir.), préc., note 465, p. ix.

¹¹³⁷ D. JUTRAS, préc., note 1026 à la page 198 : « À un certain niveau d'abstraction, la protection de la confiance légitime explique la totalité du droit, du principe de primauté du droit jusqu'à la plus banale des règles supplétives du Code civil. Il faut se méfier des propositions totalisantes, qui expliquent tout et finalement n'expliquent rien. »

¹¹³⁸ *Id.* à la page 216.

contractuelles à long terme, adopte des pratiques qui diffèrent du texte du contrat. Même s'il n'y a ni faute, ni acte juridique, la croyance de son cocontractant pourra prendre le dessus et créer « un devoir légal de donner effet à l'apparence » que la première partie « a laissée se constituer »¹¹³⁹. L'étude du professeur Jutras révèle que la protection de la confiance légitime justifie les effets accordés par le droit codifié à des droits, pouvoirs et engagements apparents¹¹⁴⁰. Cependant, la reconnaissance à part entière d'un principe de protection de la confiance légitime, qui place l'interdépendance « au cœur de la formation de la norme juridique », semble incompatible avec le paradigme de l'autonomie de la volonté¹¹⁴¹. Plus encore, « du point de vue de la théorie générale dominante, [la confiance légitime] est suspecte, informe et onéreuse »¹¹⁴².

288. Pourtant, par une évolution récente, la jurisprudence et la doctrine reconnaissent désormais l'existence d'un devoir de cohérence comme corollaire de l'obligation générale de bonne foi¹¹⁴³. Ce devoir, lié au devoir de loyauté, suppose l'interdiction de créer de fausses attentes ou de se

¹¹³⁹ *Id.* aux pages 213-214.

¹¹⁴⁰ Droits apparents : Par exemple, la protection du tiers de bonne foi (restitution des prestations, art. 1707 C.c.Q.; simulation, art. 1451-1452 C.c.Q.) ou du débiteur de bonne foi (paiement à un créancier apparent, art. 1559 C.c.Q.) : *Id.* aux pages 202-207. Pouvoirs apparents : Par exemple, la protection du tiers de bonne foi, lorsque le représenté a fait croire en un pouvoir qui n'existait pas (mandat apparent, art. 2163 C.c.Q.; administration apparente du bien d'autrui, art. 1323 C.c.Q.) ou lorsque des circonstances externes ont fait croire en ce pouvoir (mandat révoqué, art. 2181 C.c.Q.; administration ayant pris fin, art. 1362 C.c.Q.; associé sans pouvoir de représentation, art. 2219, 2238 C.c.Q.) : *Id.* aux pages 207-211. Engagements apparents : Par exemple, la protection de la confiance dans l'effectivité de l'offre (irrévocabilité jusqu'à l'expiration, art. 1390 al. 2 C.c.Q.) et dans la normalité des circonstances de l'engagement (exclusion de l'erreur inexcusable, art. 1400 al. 2 C.c.Q.), l'interdiction de se contredire et l'obligation de renseignement : *Id.* aux pages 211-215. Au sujet de la théorie de l'apparence, qui s'étend aux droits et pouvoirs apparents, voir Sébastien GRAMMOND, Anne-Françoise DEBRUCHE et Yan CAMPAGNOLO, *Quebec Contract Law*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2016, n° 35, p. 14.

¹¹⁴¹ D. JUTRAS, préc., note 1026 aux pages 200-201 : « [...] la confiance légitime génère un potentiel subversif, qui déstabilise le droit privé, comme le font la notion de bonne foi ou celle d'abus de droit – des contre-théories qui privent le droit des obligations d'une cohérence entièrement appuyée sur le volontarisme ou la liberté individuelle. »

¹¹⁴² *Id.* à la page 217. Suspecte, en raison de sa filiation hybride par ses liens avec les notions anglaises rejetées d'*estoppel* et de *detrimental reliance*; informe, par son imprécision et son indétermination, son retard sur d'autres théories comme la bonne foi et le manque d'esthétique de sa formulation; et onéreuse, parce qu'en se construisant autour d'exceptions et en recentrant la naissance de l'obligation autour du créancier plutôt que du débiteur, elle serait plus subversive qu'explicative : *Id.* aux pages 218-220.

¹¹⁴³ J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, préc., note 20, n° 155; Sebastian PYZIK, « Le devoir de cohérence : l'émergence d'une norme particulière de la bonne foi en matière contractuelle au Québec », *Repères*, février 2017, EYB2017REP2123; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 8, n° 1991; *Hydro-Québec c. Construction Kiewit cie*, 2014 QCCA 947, par. 91-95; *Inter-Cité Construction ltée c. Québec (Procureure générale)*, 2015 QCCS 4365, par. 95-104, conf. par 2017 QCCA 1525.

contredire au détriment d'autrui¹¹⁴⁴. Il a déjà été invoqué avec succès pour fonder des fins de non-recevoir discrétionnaires¹¹⁴⁵. Pourtant, le devoir de cohérence est une explication bien insatisfaisante pour plusieurs de ces jugements. En effet, la cohérence des actions d'un contractant n'y est pas évaluée en fonction de normes s'attachant au comportement de ce contractant, mais plutôt selon les apparences, les perceptions de son cocontractant et son état d'esprit. Le vocabulaire employé est souvent celui des espoirs déçus¹¹⁴⁶. Les effets juridiques ne découlent pas réellement d'un comportement répréhensible – puisqu'incohérent – de la partie qui tente d'exercer son droit d'action, mais bien de la confiance légitime et préjudiciable de l'autre partie¹¹⁴⁷. Le droit civil semble avoir intégré, sous le couvert d'une extension du principe peu controversé de la bonne foi, ce principe de la confiance légitime dont il se méfiait tant.

289. À tout événement, après une revue des décisions d'appel sur la notion de fin de non-recevoir, force est de constater qu'au moins en cette matière, les tribunaux traitent le principe de confiance légitime comme un principe général à part entière. La Cour d'appel a depuis longtemps reconnu l'existence d'un principe général selon lequel une partie ne peut nier un état de fait après avoir incité une autre partie à y croire et à agir en fonction de son existence¹¹⁴⁸. Lorsque la croyance induite concerne le non-exercice d'un droit, elle peut constituer une fin de non-recevoir qui s'oppose à son exercice. Il en va de même lorsque la croyance concerne la manière dont un contrat sera interprété. Les fins de non-recevoir qui suivent se fondent sur ces principes. Elles sont celles

¹¹⁴⁴ *Hydro-Québec c. Construction Kiewit cie*, préc., note 1143, par. 92; *Gestion Guy Belleville inc. c. Gestion Robert Belleville inc.*, 2017 QCCS 26, par. 243, conf. par 2017 QCCA 419 (« [...] allait à l'encontre du devoir de loyauté qui impose à chaque contractant une certaine cohérence avec ses propres agissements, sans parler des faux espoirs qu'il a créés auprès des autres cocontractants par ses propos. Cette cohérence est indispensable, voire même cruciale, à la sécurité de toute relation contractuelle. »); D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 8, n° 1991. Voir aussi David KAUFFMAN, *The Construction Hypothec. Insights into Quebec Lien and Construction Law*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, n° 109, à la note 97 (ce développement « brings the civil law of Quebec closer to the common law concept of promissory estoppel »); Pierre P. DAUNAIS et Maude BROUILLETTE, « La bonne foi dans le domaine de la construction », dans S.F.C.B.Q., *Développements récents en droit de la construction (2020)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2020, p. 121 aux pages 144-145 (critique d'une extension excessive de la bonne foi).

¹¹⁴⁵ *Enerkem Alberta Biofuels c. Papillon et Fils ltée*, 2019 QCCA 1334, par. 57-58 : « Ayant choisi de rassurer son cocontractant, elle doit ensuite faire preuve de cohérence et de bonne foi. [...] la juge a eu raison de voir dans le courriel de LP une forme de renonciation et d'opposer à sa réclamation une fin de non-recevoir. »

¹¹⁴⁶ Voir par exemple D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 8, n° 1991 (« les espoirs créés par ses propos ou ceux de ses représentants »); *Hydro-Québec c. Construction Kiewit cie*, préc., note 1143, par. 92 (« fausses attentes »); *Gestion Guy Belleville inc. c. Gestion Robert Belleville inc.*, préc., note 1144, par. 243 (« des faux espoirs qu'il a créés »).

¹¹⁴⁷ Voir *Hydro-Québec c. Construction Kiewit cie*, préc., note 1143, par. 92.

¹¹⁴⁸ *Sinyor*, préc., note 118, 398.

qui ressemblent le plus, dans leur application, à divers types d'*estoppel* du droit anglais. Elles sont particulièrement fréquentes en matière de relations de travail et d'arbitrage de griefs, dans lequel contexte elles sont couramment désignées sous le nom d'*estoppel*¹¹⁴⁹.

ii. Actes positifs : Paroles, actions et pratiques

290. Droit des contrats. Lorsqu'une partie, par un mensonge ou des paroles rassurantes, induit son cocontractant en erreur sur ses droits et que ce dernier fait en conséquence défaut de les exercer, la première se verra opposer une fin de non-recevoir si elle tente d'invoquer ce défaut à son avantage¹¹⁵⁰. Par exemple, dans le contexte d'une action en nullité d'un contrat ou avant-contrat de vente intentée par l'acheteur potentiel, le vendeur qui a induit l'acheteur en erreur en lui faisant croire qu'il était trop tard pour récupérer les sommes versées à titre de dépôt et qu'il était inutile d'en demander le remboursement, alors que la période de dédit n'était pas expirée, a de ce fait donné lieu à une fin de non-recevoir que l'acheteur peut opposer à la défense du vendeur contre la demande de remboursement de ce dépôt¹¹⁵¹. De même, des paroles qui rassurent le cocontractant quant à la non-application d'une clause pénale et créent chez lui de fausses attentes peuvent constituer une fin de non-recevoir contre le droit d'action en vertu de cette clause¹¹⁵².

291. En matière d'interprétation de contrats, une fin de non-recevoir empêchera une partie dont la conduite claire démontre sa volonté de prolonger une entente d'ensuite plaider que cette entente a pris fin en raison d'une interprétation stricte de son libellé. Par exemple, dans l'affaire *Dooly's*, la volonté des parties, reflétée par l'ensemble des cinq contrats conclus, était d'adopter une approche

¹¹⁴⁹ *Bell solutions techniques inc. c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier (SCEP)*, 2006 QCCA 1375, par. 31 (« Quant au concept d'*estoppel*, très utilisé en droit du travail, sa définition est un exercice auquel les arbitres se livrent régulièrement et pour lequel, ils méritent de la déférence. Le fait que ce concept origine de la common law et qu'il existe en droit civil une notion qui s'en rapproche, soit la fin de non-recevoir [...], ne rend pas les juges de la Cour supérieure aussi qualifiés que les arbitres quant à son application en milieu syndiqué »); *Association des policiers provinciaux du Québec c. Sûreté du Québec*, 2008 QCCA 1883, par. 3-4 (juge raisonnable et équitable l'application par l'arbitre de la théorie de l'*estoppel* dans le cadre de l'interprétation du contrat de travail); François-Nicolas FLEURY, « Le temps qui passe : guide du praticien sur l'*estoppel*, les *laches* et la pratique passée », dans *Arbitrage de griefs*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 113 (inventaire systématique de décisions arbitrales sur ces sujets); Michel COUTU, Laurence Léa FONTAINE, Georges MARCEAU, Urwana COIQUAUD et Julie BOURGAULT, *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*, 3^e éd., t. 1, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2019, n° 580. Voir aussi C. D'AOUST et L. DUBÉ, préc., note 690, p. 6.

¹¹⁵⁰ *R.-A.A. c. C.D.*, 2005 QCCA 1048, par. 52; *Château Drummond inc. c. Barretto*, préc., note 943, par. 3.

¹¹⁵¹ *Château Drummond inc. c. Barretto*, préc., note 943, par. 3.

¹¹⁵² *Enerkem Alberta Biofuels c. Papillon et Fils ltée*, préc., note 1145, par. 54-58.

souple quant aux dates d'ouverture de franchises, susceptibles d'ajustements de gré à gré et qui ont effectivement été repoussées, et non de convenir de délais de rigueur¹¹⁵³. En cas de doute quant à cette volonté, il faut étudier le comportement des parties, lequel confirme cette interprétation : leurs actions « confirment sans ambages qu'il n'était effectivement pas de leur intention de prévoir des dates butoirs entraînant automatiquement la fin des contrats »¹¹⁵⁴. Il était erroné pour le juge du procès d'ignorer ce comportement simplement parce que les contrats stipulaient n'être modifiables que par un écrit signé par les parties¹¹⁵⁵. Vu leur comportement, il y a fin de non-recevoir contre un moyen de défense qui repose sur la non-prolongation de l'entente vu l'absence d'un écrit signé¹¹⁵⁶. Permettre ce moyen « reviendrait à faire prévaloir le formalisme [...] sur la volonté des parties »¹¹⁵⁷.

292. Droit des assurances. En matière d'assurances, la conduite d'un assureur peut équivaloir à une renonciation, souvent appelée *waiver*, de son droit de refuser d'indemniser l'assuré et, en cas d'assurance de responsabilité, d'assumer sa défense. Devant une action intentée par l'assuré en exécution du contrat d'assurance, cette conduite sera une fin de non-recevoir à tout moyen de défense fondé sur l'étendue de la couverture, l'application d'une clause d'exclusion ou la déchéance du droit à l'indemnité par insuffisance de la dénonciation du sinistre.

293. Par exemple, dans l'affaire *Continental Casualty*¹¹⁵⁸, la Cour a jugé que la conduite des assureurs de responsabilité constituait une fin de non-recevoir à leur refus de défendre les huissiers assurés¹¹⁵⁹. Les assureurs « ont créé une situation confuse et ambiguë en désignant un cabinet d'avocats qui avait le double mandat de protéger les intérêts des assurés et ceux des assureurs »¹¹⁶⁰. Les avocats, mandatés par les assureurs et qui recevaient des instructions du gestionnaire de contrats d'assurance, ont fait des choix stratégiques et procéduraux qui plaçaient les intérêts des assureurs avant ceux des assurés¹¹⁶¹. En conséquence, « les huissiers [...] ont été conduits à poser des gestes susceptibles d'être à leur détriment alors qu'ils tendaient à étayer la position de

¹¹⁵³ *Dooly's*, préc., note 943, par. 59-62, 69-71.

¹¹⁵⁴ *Id.*, par. 73.

¹¹⁵⁵ *Id.*, par. 77; citant jugement *a quo*, par. 104-107.

¹¹⁵⁶ *Id.*, par. 75.

¹¹⁵⁷ *Id.*

¹¹⁵⁸ *Continental Casualty*, préc., note 911.

¹¹⁵⁹ *Id.*, par. 26-30.

¹¹⁶⁰ *Id.*, par. 26.

¹¹⁶¹ *Id.*, par. 26, 29; citant jugement *a quo*, par. 75.

l'assureur »¹¹⁶². En particulier, les avocats ont présenté des requêtes en irrecevabilité qui « avaient pour but d'éviter que le recours des créanciers contre les huissiers ne soit équivalent à un recours en dommages fondé sur la responsabilité professionnelle », alors que « la position des assureurs était justement que la garantie d'assurance des huissiers ne s'appliquait pas puisqu'ils ne faisaient pas face à un recours en dommages compensatoires »¹¹⁶³. L'assureur a utilisé les avocats des assurés afin de tenter de contrôler la nature des procédures pour éviter l'application de la couverture d'assurance. Vu la confiance préjudiciable des assurés envers les avocats mandatés par l'assureur dans le cadre de son obligation de les défendre, une fin de non-recevoir s'élève contre l'argument subséquent de l'assureur que la couverture d'assurance ne s'applique pas.

294. À l'inverse, aucune fin de non-recevoir n'empêche un assureur de responsabilité de cesser de défendre son assuré, dans la mesure où il avait accepté de défendre sous réserves et qu'une modification de la réclamation justifie une réévaluation. Par exemple, lorsqu'un assureur communique clairement à l'assuré qu'il accepte de défendre sous réserves, parce que plusieurs allégations de la poursuite paraissent couvertes, mais que ces allégations disparaissent à la suite d'amendements importants, l'assureur peut invoquer ces amendements pour se retirer¹¹⁶⁴. Avoir comparu pour l'assuré et payé ses frais de défense ne constituait pas une fin de non-recevoir¹¹⁶⁵.

295. *Relations de travail.* En matière de relations de travail et d'arbitrage de griefs, la fin de non-recevoir qui se fonde sur une pratique constante adoptée par l'employeur est couramment désignée sous le nom d'*estoppel*. Dans ce domaine, les arbitres requièrent généralement la preuve de l'instauration d'une pratique qui équivaut à la renonciation à un droit, alors que la preuve d'un préjudice n'est pas toujours exigée¹¹⁶⁶. Selon nous, deux situations sont possibles : soit il y a réellement renonciation tacite ou modification de gré à gré du contrat, auquel cas aucune fin de non-recevoir n'est requise, soit il n'y a pas de telle renonciation, auquel cas le caractère raisonnable et préjudiciable de la confiance de la partie trompée doit être établi pour justifier l'application d'une fin de non-recevoir – à moins qu'une autre fin de non-recevoir, sanction ou mesure d'équité, ne soit applicable. Par ailleurs, la fin de non-recevoir qui découle de la confiance dans une pratique

¹¹⁶² *Id.*, par. 29.

¹¹⁶³ *Id.*, par. 30.

¹¹⁶⁴ *Kansa Liquidation*, préc., note 943, par. 32, 38-40.

¹¹⁶⁵ *Id.*, par. 32.

¹¹⁶⁶ F.-N. FLEURY, préc., note 1149, sect. II.3; citant *Sobeys et Travailleuses et travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501*, D.T.E. 2005T-801 (T.A.).

ne doit pas être confondue avec le recours à la pratique passée, l'usage ou la coutume dans l'interprétation d'une disposition ambiguë de la convention collective¹¹⁶⁷.

296. Par exemple, l'adoption par l'employeur d'une pratique claire et constante par laquelle il exerce toujours de la même manière la discrétion que lui confère des stipulations contractuelles applicables à tous les employés peut constituer une fin de non-recevoir qui empêche l'employeur d'invoquer sa discrétion comme moyen de défense à l'action d'un employé pour le forcer à appliquer cette pratique à son endroit. Dans deux arrêts, la Cour d'appel a déterminé que l'adoption par Nortel d'une pratique constante et uniforme sur une longue période dans l'interprétation et l'application de son régime de retraite à l'égard des employés québécois syndiqués et non syndiqués¹¹⁶⁸ mis à pied pour cause de restructuration était devenue partie intégrante de ses obligations envers ses employés¹¹⁶⁹. Par cette pratique, une méthode de calcul de la rente différée prévue par la loi ontarienne était appliquée à tous les employés, même hors de l'Ontario. Lors de la vente de divisions de Nortel à Emerson, ces obligations ont été transférées à Emerson en tant que nouvel employeur et ayant cause de Nortel, en vertu de l'article 2097 C.c.Q.¹¹⁷⁰ Au surplus, lors de la vente, les deux sociétés ont représenté aux employés que les conditions de leur emploi demeuraient identiques, y compris les régimes de retraite¹¹⁷¹. Un rapport actuariel de l'époque précisait même que le passif des régimes avait été calculé selon cette méthode pour tous les employés. Les employés québécois avaient donc le droit d'exiger l'application de cette pratique par Emerson¹¹⁷². Une fin de non-recevoir empêchait l'employeur d'invoquer la discrétion accordée par le texte du régime comme moyen de défense pour justifier la fin de cette pratique¹¹⁷³.

¹¹⁶⁷ Art. 1426 C.c.Q.; *Montréal (Ville de) c. Association des pompiers de Montréal Inc.*, [1978] SOQUIJ n° AZ-78011224, J.E. 78-882 (C.A.) : « La jurisprudence est à l'effet qu'en matière d'arbitrage de griefs, l'arbitre peut quelquefois avoir recours à l'usage pour interpréter des dispositions de la convention collective reliées à la question qui lui est soumise, mais seulement si le texte desdites dispositions ne permet pas de déceler l'intention des parties. En résumé, le recours à l'usage n'est permis que lorsqu'il est impossible de dégager l'intention des parties des dispositions mêmes de la convention collective en raison d'une ambiguïté »; F.-N. FLEURY, préc., note 1149, sect. IV (inventaire de décisions arbitrales sur la pratique passée dans le cadre de l'interprétation du contrat).

¹¹⁶⁸ Pour l'appel du pourvoi en contrôle judiciaire de la décision de l'arbitre quant au grief des employés syndiqués, voir *Emerson c. Foisy*, préc., note 955. Pour l'appel de la décision du juge du procès quant à la poursuite des employés non syndiqués, voir *Emerson c. Chatigny*, préc., note 943.

¹¹⁶⁹ *Emerson c. Chatigny*, préc., note 943, par. 2, 8, 12, 16, 20; *Emerson c. Foisy*, préc., note 955, par. 5-6.

¹¹⁷⁰ *Emerson c. Chatigny*, préc., note 943, par. 20.

¹¹⁷¹ *Id.*, par. 5, 17-19.

¹¹⁷² *Id.*, par. 20.

¹¹⁷³ *Id.*, par. 12; *Emerson c. Foisy*, préc., note 955, par. 6.

iii. Actes négatifs : Silence et inaction

297. En droit civil, la tardiveté ou le non-exercice d'un droit n'est une fin de non-recevoir que lorsque la prescription extinctive est acquise¹¹⁷⁴. En conséquence, dans tous les cas, pour qu'il puisse y avoir fin de non-recevoir en l'absence de prescription, il faut plus que le simple écoulement du temps. Par exemple, l'écoulement du temps ne permet pas de présumer une renonciation au droit à la pension alimentaire, « en l'absence d'une renonciation claire et non équivoque »¹¹⁷⁵. L'inaction, sans conduite répréhensible, d'une créancière alimentaire pendant douze ans après le jugement sur les mesures accessoires ne constitue pas une fin de non-recevoir à sa demande de modification de l'ordonnance alimentaire¹¹⁷⁶.

298. C'est sur le principe de la confiance légitime que se fonde la fin de non-recevoir discrétionnaire qui découle de l'inaction et du passage du temps¹¹⁷⁷. Il y a possibilité d'une fin de non-recevoir si, par son inaction ou son silence, une partie a fait croire à l'autre qu'elle n'agirait pas ou qu'elle renonçait à son droit, et que cette dernière, en raison de cette croyance raisonnable, a engagé des dépenses ou posé des gestes qui lui sont préjudiciables. En matière de relations collectives et d'arbitrage de griefs, cette fin de non-recevoir est couramment désignée sous le nom anglais de *laches* ou d'*estoppel*¹¹⁷⁸.

299. Cependant, il doit s'agir d'un droit qui est susceptible de renonciation tacite¹¹⁷⁹. Ce n'est généralement pas le cas pour les droits réels. Par exemple, les propriétaires d'un fonds dominant en vertu d'une servitude de non-construction ne peuvent se voir opposer une renonciation tacite à invoquer cette servitude comme fin de non-recevoir à leur recours en démolition¹¹⁸⁰. Les servitudes

¹¹⁷⁴ *Ouimet*, préc., note 913, par. 20-21 : « En réalité, ce que la Caisse demande à la Cour, c'est de déclarer tardif un recours qui a pourtant été intenté à l'intérieur du délai de prescription. La Cour ne connaît aucun principe juridique justifiant le rejet du recours de l'appelant pour un tel motif. »

¹¹⁷⁵ *DF143196*, préc., note 841, par. 11.

¹¹⁷⁶ *Id.*, par. 8.

¹¹⁷⁷ Dans l'affaire *CSN La Pocatière*, la Cour d'appel mentionne que la fin de non-recevoir est « une exception péremptoire qui se distingue des moyens fondés sur la prescription extinctive ou la déchéance d'un droit au sens propre du terme », sans expliquer en quoi elle se distingue : *CSN La Pocatière*, préc., note 838, par. 8. Selon notre analyse, cette distinction résulte de sa nature discrétionnaire et du fait qu'elle est fondée sur le principe de la confiance.

¹¹⁷⁸ F.-N. FLEURY, préc., note 1149, sect. III (inventaire de décisions arbitrales qui appliquent la doctrine des *laches*).

¹¹⁷⁹ Autrement, il ne serait pas raisonnable pour l'autre partie de croire à une renonciation.

¹¹⁸⁰ *Trasler*, préc., note 913, par. 20, 25, 61-67. Les demandeurs recherchaient principalement la démolition d'une partie de la maison des défendeurs qui empiétait sur une servitude de non-construction et des dommages. Ils ont eu gain de cause en première instance et le jugement a été confirmé en appel.

sont constitutives de droits réels et perpétuels; le Code civil prévoit expressément les cas d’extinction et de renonciation à une servitude et la renonciation tacite n’en fait pas partie. L’article 1191 C.c.Q. requiert une renonciation expresse, avec la seule exception du non-usage pendant dix ans. De plus, la tolérance d’un empiétement illégal ne restreint pas les droits du bénéficiaire d’une servitude¹¹⁸¹. De même, la façon d’user de parties communes à usage général d’un immeuble en copropriété divise, dont le propriétaire de l’unité commerciale a été exclu depuis son arrivée et pendant plusieurs années, ne constitue pas une fin de non-recevoir aux demandes de ce dernier de profiter pleinement de ses droits sur ces parties, lesquels sont les mêmes que ceux des autres copropriétaires¹¹⁸². L’usage qui prévalait était dû au refus de lui donner accès, sans entente à ce sujet; cela ne peut lui faire perdre ses droits en tant que copropriétaire¹¹⁸³.

300. Cette fin de non-recevoir concerne généralement une inaction qui survient avant l’instance judiciaire dans laquelle elle est invoquée¹¹⁸⁴. Par exemple, le fait pour un syndicat de laisser croire à l’employeur, par son silence pendant deux ans, qu’il acceptait sa décision, ce qui a amené l’employeur à poser plusieurs gestes ayant des incidences financières qui lui seraient aujourd’hui défavorables, rend le syndicat irrecevable à contester cette décision par grief, et ce, que le délai de déchéance en vertu de la convention collective soit ou non écoulé¹¹⁸⁵. À l’inverse, il n’y a pas lieu d’opposer une fin de non-recevoir lorsqu’un délai est dû à une tentative infructueuse de régler le litige avant l’institution des procédures, surtout en matière familiale¹¹⁸⁶. Par ailleurs, une telle fin de non-recevoir peut aussi s’opposer à une tentative d’exécution d’un jugement¹¹⁸⁷.

3. L’équité par le maintien d’un équilibre relationnel

301. Les fins de non-recevoir comme mesure d’équité émergent à mi-chemin entre les fins de non-recevoir-sanction et les fins de non-recevoir-remède (i). Elles se divisent en deux catégories. Les premières, généralement en matière contractuelle, requièrent à la fois une violation d’une

¹¹⁸¹ *Id.*, par. 67.

¹¹⁸² *Almacá*, préc., note 913, par. 25, 29-30 (utilisation d’aires communes liées à la deuxième porte d’entrée).

¹¹⁸³ *Id.*, par. 29-30.

¹¹⁸⁴ Les fins de non-recevoir qui visent une inaction qui survient dans le cadre d’une instance judiciaire se fondent au premier chef sur les principes généraux de la justice civile. La sous-section sur les principes procéduraux présente ces fins de non-recevoir : *Infra*, par. 316-325.

¹¹⁸⁵ *CSN La Pocatière*, préc., note 838, par. 5-6, 8.

¹¹⁸⁶ *Droit de la famille – 142113*, 2014 QCCA 1534, par. 24-31 [*DF142113*] (mesures accessoires à un divorce).

¹¹⁸⁷ Voir par exemple *Chélin*, préc., note 949, par. 5.

obligation de bonne foi – souvent l’obligation de renseignement – par une partie et une confiance préjudiciable de l’autre partie (ii). Les deuxièmes, généralement en matière extracontractuelle, ne nécessitent pas ces éléments et s’appuient plutôt sur une autorisation ou une acceptation des risques survenue préalablement à la naissance de la cause d’action (iii).

i. L’impératif d’équilibre et sa double manifestation

302. Dans le paradigme de la sanction, les tribunaux centrent leur analyse sur le comportement de la partie contre qui la fin de non-recevoir est invoquée et requièrent la preuve qu’elle a mis en danger l’ordre public ou tenté de tirer profit de son propre fait, mais pas la preuve que l’autre partie a subi un préjudice. Dans le paradigme du remède, les tribunaux scrutent surtout la situation de la partie qui invoque la fin de non-recevoir et exigent la preuve de sa confiance légitime et préjudiciable, mais pas celle d’un comportement répréhensible de l’autre partie. Entre ces deux extrêmes, avec les fins de non-recevoir comme mesure d’équité, les tribunaux tiennent compte de la perspective de chacune des parties, afin d’assurer entre elles une justice relationnelle.

303. L’équilibre est au cœur du droit des obligations¹¹⁸⁸. Il représente la justice relationnelle et à ce titre, il est l’objectif commun poursuivi par l’emploi des concepts de bonne foi et d’équité¹¹⁸⁹. L’équilibre, et non l’égalité, est le sens que le droit contemporain donne à l’équité¹¹⁹⁰. D’ailleurs, dans le domaine contractuel, le juge peut s’appuyer sur l’équité dans la recherche d’obligations implicites afin « de combler une lacune contractuelle en se fondant, selon les circonstances, tant factuelles que juridiques, sur des considérations d’équilibre des intérêts en présence, voire de justice commutative »¹¹⁹¹. Le droit des contrats et la responsabilité civile cherchent tous deux la réalisation d’un équilibre, l’un en permettant à une partie flouée de forcer l’exécution d’un contrat valide ou d’obtenir l’annulation d’un contrat invalide, et l’autre en permettant à une partie blessée d’obtenir compensation de la partie fautive. Lorsque la partie flouée ou blessée n’est pas celle que l’on croit et que l’application stricte des règles du droit codifié minerait cet équilibre plutôt que de

¹¹⁸⁸ J.-L. BAUDOUIN, préc., note 870 à la page 33. Voir aussi Benoît MOORE, « L’équilibre », dans B. LEFEBVRE et B. MOORE (dir.), préc., note 465, p. 225.

¹¹⁸⁹ J.-L. BAUDOUIN, préc., note 870 à la page 39. Selon le professeur Jobin, l’équité est elle-même un principe général du droit : P.-G. JOBIN, préc., note 878 aux pages 507-508.

¹¹⁹⁰ J.-L. BAUDOUIN, préc., note 870 à la page 39.

¹¹⁹¹ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 8, n° 1551. Voir art. 1434 C.c.Q.

le favoriser, les juges se montrent réticents à donner raison à ces demandeurs¹¹⁹². Ils ont recours à la notion de fin de non-recevoir afin de rétablir l'équilibre en empêchant une partie d'exercer son droit d'action¹¹⁹³. C'est pour « assure[r] un meilleur équilibre des relations contractuelles » que la bonne foi s'oppose à l'autonomie de la volonté¹¹⁹⁴, et par extension, c'est pour assurer un meilleur équilibre relationnel qu'elle s'oppose à l'exercice d'un droit d'action en matière délictuelle.

304. Comme la bonne foi, l'équilibre est une notion diffuse dont l'appréhension varie d'un juge à l'autre¹¹⁹⁵. Les tribunaux sont « les véritables maîtres de l'équité contractuelle »¹¹⁹⁶ – et par extension, de l'équité en général. Cependant, une fin de non-recevoir ne peut être opposée dans n'importe quelle situation où un déséquilibre choque la morale judiciaire. Des conditions doivent baliser la discrétion judiciaire afin d'éviter l'arbitraire. L'analyse de la jurisprudence révèle deux cas de figure. Dans le premier, généralement en matière contractuelle, la partie qui tente d'exercer un droit d'action a eu un comportement répréhensible et la partie qui invoque la fin de non-recevoir a besoin d'être protégée. Le meilleur exemple est l'obligation de renseignement qui existe lorsque l'un des contractants se trouve dans une situation informationnelle vulnérable. Dans le deuxième, habituellement hors du domaine contractuel, la conduite d'une partie pleinement informée, préalable à la naissance de son droit d'action, équivaut à une autorisation ou une acceptation des risques. Il n'est pas nécessaire que la partie qui tente d'exercer un droit d'action ait eu un comportement répréhensible ou que la partie qui invoque la fin de non-recevoir ait subi un préjudice. Dans les deux cas, la fin de non-recevoir vise l'équilibre dans la relation entre les parties.

ii. Établir un équilibre informationnel par les obligations accessoires à la bonne foi

305. De l'obligation de bonne foi découle une obligation de renseignement, qui va de pair avec le devoir de ne pas fournir de fausses informations¹¹⁹⁷. Selon l'arrêt *Bail*, il y a obligation de renseignement chaque fois que trois éléments sont réunis : (1) « la connaissance, réelle ou présumée, de l'information par la partie débitrice de l'obligation de renseignement », (2) « la

¹¹⁹² Voir par exemple *Soucisse C.S.*, préc., note 89, inf. par [1976] C.A. 137 et [1981] 2 R.C.S. 339.

¹¹⁹³ Voir J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, préc., note 20, n° 730; D. GARDNER et M. TANCELIN, préc., note 43, p. 16.

¹¹⁹⁴ J.-L. BAUDOUIN, préc., note 870 à la page 34.

¹¹⁹⁵ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 8, n° 1552; P.-G. JOBIN, préc., note 878 aux pages 475-476; J.-L. BAUDOUIN, préc., note 870 aux pages 33, 37.

¹¹⁹⁶ J.-L. BAUDOUIN, préc., note 870 à la page 44.

¹¹⁹⁷ *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, préc., note 863, 587.

nature déterminante de l'information en question » et (3) « l'impossibilité du créancier de l'obligation de se renseigner soi-même, ou la confiance légitime du créancier envers le débiteur »¹¹⁹⁸. Elle est d'application générale, mais particulièrement pertinente pour le fabricant à l'égard des utilisateurs de ses produits, pour le médecin à l'égard de ses patients, pour la banque à l'égard de ses débiteurs et pour l'assureur à l'égard de ses assurés¹¹⁹⁹. Selon la Cour suprême, son but est de tendre vers un meilleur équilibre dans les relations contractuelles et de protéger la partie qui se trouve dans une « position informationnelle vulnérable »¹²⁰⁰. La violation de l'obligation de renseignement peut donner naissance à une fin de non-recevoir, à condition qu'un préjudice résulte du manquement – ou en résulterait en l'absence de fin de non-recevoir¹²⁰¹. Dans la plupart des cas, le succès de la fin de non-recevoir permet d'éviter que ce préjudice ne se matérialise.

306. L'obligation de renseignement n'a pas « une portée telle qu'elle écarterait l'obligation fondamentale qui est faite à chacun de se renseigner et de veiller prudemment à la conduite de ses affaires »¹²⁰². Le défaut de s'informer comme l'aurait fait une personne raisonnable fait obstacle à une fin de non-recevoir fondée sur la violation de cette obligation¹²⁰³. Un débiteur ne peut reprocher au créancier de lui avoir caché quelque chose dans la mesure où, en agissant « avec la prudence et la diligence de gens d'affaires raisonnables, [il aurait] obtenu les informations pertinentes »¹²⁰⁴. Par exemple, aucune fin de non-recevoir ne résulte d'un défaut du créancier d'informer les débiteurs – des hommes d'affaire aguerris – qu'il les considérait comme ses débiteurs personnels ou que le prêt hypothécaire avec le débiteur principal avait été renouvelé, à des conditions plus avantageuses pour les débiteurs¹²⁰⁵. À tout événement, les débiteurs, comptable

¹¹⁹⁸ *Id.*, 586-587.

¹¹⁹⁹ *Id.*, 585-586.

¹²⁰⁰ *Id.*, 587 : « L'apparition de l'obligation de renseignement est reliée à un certain rééquilibrage au sein du droit civil. [...] le droit civil est maintenant plus attentif aux inégalités informationnelles, et il impose une obligation positive de renseignement dans les cas où une partie se retrouve dans une position informationnelle vulnérable, d'où des dommages pourraient s'ensuivre. »

¹²⁰¹ Voir par exemple *Soucisse*, préc., note 7; *99955 Canada ltée c. Capitale (La)*, 2007 QCCA 366, par. 51-52.

¹²⁰² *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, préc., note 863, 587.

¹²⁰³ *99955 Canada ltée c. Capitale (La)*, préc., note 1201, par. 49; *Compagnie de fiducie Peoples c. Desaulniers*, 2006 QCCS 1844, par. 46-47 [*Peoples C.S.*], conf. par *Plamondon c. Compagnie de fiducie Peoples*, 2007 QCCA 1445 [*Peoples C.A.*].

¹²⁰⁴ *Peoples C.S.*, préc., note 1203, par. 46, conf. par *Peoples C.A.*, préc., note 1203.

¹²⁰⁵ *99955 Canada ltée c. Capitale (La)*, préc., note 1201, par. 48, 51.

actif en administration immobilière et avocat spécialisé en droit immobilier, ne se trouvaient pas dans une « position informationnelle vulnérable » et n’avaient pas subi de préjudice¹²⁰⁶.

307. Par ailleurs, une obligation accessoire de conseil, voisine de l’obligation de renseignement mais plus lourde que cette dernière, existe dans certains contrats, y compris entre un assureur et son assuré¹²⁰⁷. Un assureur n’a toutefois pas d’obligation de conseil à l’égard d’un sinistre visé par une clause d’exclusion de la police¹²⁰⁸. L’obligation de conseil est accessoire à la police et s’éteint avec la négation de couverture faite de bonne foi. Lorsqu’un assureur a, de bonne foi et dès le départ, nié couverture, l’assuré ne peut invoquer un manquement à son obligation de conseil comme fin de non-recevoir au droit de l’assureur d’invoquer en défense les manquements des assurés à leur obligation de minimiser leurs dommages¹²⁰⁹.

308. La fin de non-recevoir qui découle de l’obligation accessoire de renseignement ou de conseil constitue une mesure d’équité, conformément à l’objectif de l’obligation de renseignement qui la sous-tend, c’est-à-dire de corriger un déséquilibre entre les parties. Elle se trouve à l’intersection des fins de non-recevoir comme sanction et comme remède, puisqu’elle est aussi, en partie, fondée sur l’interdiction de tirer profit d’un défaut d’informer¹²¹⁰ et sur la protection de la confiance légitime de la partie à qui l’information est due¹²¹¹. En effet, par son silence fautif, la partie débitrice d’une obligation de renseignement, comme la banque dans l’arrêt *Soucisse*, laisse l’autre partie, comme la caution dans ce même arrêt, dans l’ignorance de faits nécessaires pour informer sa conduite, l’incite à croire qu’elle peut s’abstenir d’agir et tire profit de cette omission¹²¹². Cette position à mi-chemin confirme sa classification comme mesure d’équité qui implique la prise en compte de la perspective des deux parties impliquées.

¹²⁰⁶ *Id.*, par. 49, 51.

¹²⁰⁷ *Lebel c. 9067-1959 Québec inc.*, 2014 QCCA 1309, par. 59 [*Lebel*]. Il ne faut pas confondre cette obligation accessoire avec l’obligation principale de conseil qui caractérise plusieurs contrats, comme le mandat confié à un professionnel juridique : *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, préc., note 863, 587-588.

¹²⁰⁸ *Lebel*, préc., note 1207, par. 60-61.

¹²⁰⁹ *Id.*

¹²¹⁰ Voir *Soucisse*, préc., note 7, qui insiste sur cette perspective.

¹²¹¹ Voir D. JUTRAS, préc., note 1026 aux pages 214-215 : « Cette obligation [de renseignement] protège la confiance légitime du créancier qui est née des circonstances et des déclarations du débiteur, que celles-ci soient fautives ou non. En laissant cette confiance légitime s’installer, le débiteur s’engage apparemment à donner au créancier l’information dont il a besoin, engagement auquel le droit civil donne son plein effet. »

¹²¹² Cf. *Id.* à la page 215 au sujet de l’arrêt *Bail*.

309. Par ailleurs, même en l'absence d'une obligation accessoire de renseignement, une fin de non-recevoir peut s'élever lorsqu'un contractant a induit l'autre en erreur par un comportement trompeur. Par exemple, une caution qui laisse croire au créancier que le cautionnement et l'hypothèque en cause sont valides, par une conduite trompeuse « répétitive, délibérée et constante », une fin de non-recevoir pourra s'élever contre sa défense qui invoque leur nullité, malgré l'absence de confirmation tacite¹²¹³. Il s'agit ici d'une fin de non-recevoir-mesure d'équité, puisqu'à la fois le comportement répréhensible d'une partie – la violation de son obligation de bonne foi – et la confiance préjudiciable de l'autre partie sont pris en compte.

iii. Rétablir un équilibre volitionnel en cas d'autorisation ou d'acceptation des risques

310. L'autonomie de la volonté signifie qu'en principe, une personne est libre de s'engager par contrat aux conditions qu'elle choisit, de prendre des risques calculés ou de renoncer à un droit qui est le sien, à moins que la loi ou l'ordre public ne l'en empêche¹²¹⁴. Dans la mesure où son choix est libre et éclairé, une partie ne peut se plaindre de ce à quoi elle a consenti ou se prévaloir de ce à quoi elle a renoncé. Une fin de non-recevoir peut résulter d'une situation où, même si la preuve ne suffit pas à établir un accord de volontés ou une renonciation, la cour juge que la conduite d'une partie qui a agi en toute connaissance de cause devrait en produire les effets, au moins en défense. Cette fin de non-recevoir doit découler de faits *préalables* à la naissance du droit d'action contre lequel elle s'élève. Dans le cas de faits postérieurs, il faut plutôt faire appel aux règles concernant la confirmation, la ratification ou la remise d'une obligation¹²¹⁵.

311. Contrairement à la fin de non-recevoir-remède, l'analyse ne se concentre pas sur la croyance de la partie qui l'invoque, mais plutôt sur l'équilibre entre les parties. L'information dont elles disposaient est cruciale. Puisque cette fin de non-recevoir se présente généralement hors du domaine contractuel, il n'existe souvent pas d'obligation de renseignement entre les parties. Néanmoins, celle qui invoque la fin de non-recevoir, afin de réussir, doit établir que l'autre avait une connaissance suffisante des circonstances pertinentes pour prendre une décision éclairée. Il ne

¹²¹³ *Fiducie canadienne italienne c. Folini*, [2001] R.D.I. 202, par. 35-37 (C.A.) [*Folini*].

¹²¹⁴ Voir *Uniprix*, préc., note 1088, par. 1; D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 8, n^{os} 246-255 (au sujet de la volonté comme « clef de voûte du contrat » et de l'étendue et des limites de la liberté de contracter).

¹²¹⁵ *Infra*, par. 349 et suiv.

lui est toutefois pas nécessaire de démontrer qu'elle a subi un préjudice ou que l'autre partie a agi de mauvaise foi.

312. Autorisation préalable. En matière de copropriété divise, une autorisation qui ne respecte pas les formalités requises par la déclaration de copropriété peut constituer une fin de non-recevoir à une action qui conteste les gestes ainsi autorisés. Par exemple, la Cour d'appel a déterminé que le juge d'instance n'a pas commis d'erreur manifeste en jugeant que les demandes en injonction pour faire détruire des travaux faisaient face à une fin de non-recevoir¹²¹⁶. Les copropriétaires divis avaient, à l'unanimité et « par l'expression tacite de leur volonté », établi « un processus informel de décision en remplacement des accords formels » prévus par la déclaration de copropriété pour la modification des parties communes¹²¹⁷. Une autorisation informelle suffisante avait été obtenue par les défendeurs pour la plupart des travaux contestés, après en avoir communiqué les plans, ce qui faisait obstacle aux demandes de démolition et de remise en état des lieux¹²¹⁸.

313. Acceptation des risques. En responsabilité civile, lorsqu'une personne, en parfaite connaissance des faits pertinents, accepte l'entière responsabilité d'un danger et que ce danger se matérialise par la suite et lui cause préjudice, une fin de non-recevoir peut s'élever contre l'action en responsabilité qu'elle intente¹²¹⁹. De façon générale, en raison de l'article 1477 C.c.Q.¹²²⁰, la simple acceptation des risques ne constitue pas une fin de non-recevoir. Si une victime est imprudente, sa faute est susceptible d'entraîner un partage de responsabilité, sans plus¹²²¹. Pour qu'il y ait exonération du défendeur, le degré de connaissance de la victime doit avoir été tel qu'il permettait une acceptation libre et consciente de l'entière responsabilité du danger qui équivalait à une renonciation à son droit d'action et à une décharge de la responsabilité du défendeur¹²²². Ces conditions sont particulièrement exigeantes pour celui qui tente de s'exonérer¹²²³. La qualification

¹²¹⁶ *Lavallée c. Simard*, préc., note 940, par. 5, 7, 45.

¹²¹⁷ *Id.*, par. 34-35.

¹²¹⁸ *Id.*, par. 44-45.

¹²¹⁹ Voir M. TANCELIN, préc., note 1006, n^{os} 818-822; Jean-Louis BAUDOUIN, Patrice DESLAURIERS et Benoît MOORE, *La responsabilité civile, Volume 1 : Principes généraux*, 8^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, n^{os} 1-711 à 1-718.

¹²²⁰ « 1477. L'acceptation de risques par la victime, même si elle peut, eu égard aux circonstances, être considérée comme une imprudence, n'emporte pas renonciation à son recours contre l'auteur du préjudice. »

¹²²¹ *Imperial Tobacco Canada ltée c. Conseil québécois sur le tabac et la santé*, 2019 QCCA 358, par. 338-339 [*Imperial Tobacco (fond)*].

¹²²² *Id.*, par. 338, 341, 344. Voir aussi *The Canadian Pacific R. Co. v. Frechette*, [1915] A.C. 871 (C.J.C.P.).

¹²²³ *Imperial Tobacco (fond)*, préc., note 1221, par. 341; M. TANCELIN, préc., note 1006, n^o 819.

de l'acceptation des risques comme fin de non-recevoir est compatible avec la conceptualisation proposée par Baudouin, Deslauriers et Moore, selon qui elle ne repose pas sur la faute de la victime, mais plutôt sur « le concept du fait justificatif »¹²²⁴. En outre, sa classification comme fin de non-recevoir-équité est cohérente avec le fait qu'elle requiert « tant l'évaluation du comportement de la victime que de celle de l'auteur du préjudice »¹²²⁵.

314. En matière de responsabilité du fabricant, la connaissance par la victime du défaut de sécurité et du préjudice qui peut en découler peut constituer une fin de non-recevoir contre l'action de la victime, établie législativement par l'article 1473 al. 1 C.c.Q., laquelle est une forme d'acceptation des risques visée par l'article 1477 C.c.Q. et qui en suit les critères rigoureux¹²²⁶. Le critère de connaissance de la victime doit être interprété en conséquence¹²²⁷. L'exonération du fabricant est fondée non pas sur la pure connaissance de la victime (*scienti*), mais sur sa volonté (*volenti*)¹²²⁸, et le fardeau revient au fabricant d'établir les faits au soutien de cette volonté¹²²⁹. Il doit établir « que la victime avait reçu toute l'information nécessaire sur le danger et le risque afférent au bien afin de lui permettre de faire un choix libre et éclairé à cet égard et qu'elle a dans les faits manifesté sa volonté d'accepter pleinement ce risque ainsi que le préjudice qui peut s'ensuivre »¹²³⁰. Il faut tenir compte des circonstances de chaque situation, y compris « la nature du bien, celle du danger qu'il présente (incluant la gravité du préjudice susceptible d'en découler) et [la] probabilité de sa matérialisation (et donc [le] risque), [la] clientèle à laquelle le bien est destiné, [les] fins auxquelles il doit normalement être employé, [le] contexte de son utilisation, [le] fait qu'il s'agisse ou non d'un bien répandu, d'usage courant, ou non, etc. »¹²³¹ L'utilisateur d'un produit doit comprendre à la fois « la nature du danger (c'est-à-dire, ce qui, dans le bien, menace ou compromet sa sûreté) et le

¹²²⁴ J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 1219, n° 1-713 : « en raison de l'acceptation du risque par la victime, des gestes qui auraient pu être considérés, à première vue, comme fautifs et entraînant donc la responsabilité du défendeur seront, au contraire, jugés raisonnables. »

¹²²⁵ *Id.*

¹²²⁶ *Imperial Tobacco (fond)*, préc., note 1221, par. 328-359. La Cour d'appel a déterminé qu'il n'y avait pas de fin de non-recevoir contre la responsabilité des fabricants de cigarettes puisque ceux-ci n'avaient pas établi le degré de connaissance requis pour équivaloir à une réelle acceptation des risques par les victimes.

¹²²⁷ *Id.*, par. 342-344.

¹²²⁸ *Id.*, par. 349. Voir aussi *Letang v. Ottawa Electric Railway Co.*, [1926] A.C. 725 (C.J.C.P.).

¹²²⁹ *Imperial Tobacco (fond)*, préc., note 1221, par. 353.

¹²³⁰ *Id.*, par. 344. Voir aussi *Accessoires d'Auto Vipa Inc. c. Therrien*, [2003] R.J.Q. 2390 (C.A.); *Brousseau c. Laboratoires Abbott ltée*, 2019 QCCA 801 (autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée).

¹²³¹ *Imperial Tobacco (fond)*, préc., note 1221, par. 352.

risque qui y est associé (c'est-à-dire le niveau de probabilité de la matérialisation de ce danger et l'importance du préjudice potentiel) »¹²³². Cette connaissance fait défaut si l'utilisateur n'a « qu'une idée générale » du danger ou « ne le mesure pas adéquatement, faute d'avoir reçu les renseignements nécessaires (ou [...] parce qu'il a subi les effets d'une campagne de désinformation) »¹²³³. Si un fabricant réussit, il sera entièrement exonéré¹²³⁴. S'il ne parvient pas à remplir ce fardeau exigeant, mais fait la preuve d'une imprudence fautive de la victime ayant contribué à causer le préjudice, un partage de responsabilité est possible¹²³⁵.

315. La maxime *volenti non fit injuria* n'a pas dans notre droit la même sévérité envers les victimes qu'en droit anglais¹²³⁶. Cette maxime, qui signifie qu'aucun préjudice n'est causé à celui qui consent, inclut en common law à la fois la défense fondée sur le consentement du demandeur à une action qui aurait autrement constitué un délit et la défense selon laquelle le demandeur a accepté les risques de préjudice (*assumption of risks*)¹²³⁷. Dans les deux cas, il s'agit d'une défense absolue : une personne ayant consenti n'a subi aucun tort et n'a droit à aucune compensation, même partielle¹²³⁸. Le consentement vise principalement les délits intentionnels; le meilleur exemple en est la participation à un sport de contact¹²³⁹. L'acceptation des risques concerne principalement le délit de négligence, dont elle est, avec la négligence concourante de la victime (*contributory negligence*), l'une des principales défenses¹²⁴⁰. Ses conditions sont simplement la connaissance des risques et leur libre acceptation¹²⁴¹. Ainsi, bien des cas qui constitueraient une défense totale en common law ne rencontreront pas les exigences sévères de la fin de non-recevoir fondée sur une acceptation des risques par la victime en droit civil.

¹²³² *Id.*, par. 328.

¹²³³ *Id.*

¹²³⁴ *Id.*, par. 358.

¹²³⁵ *Id.*, par. 359.

¹²³⁶ *Id.*, par. 338.

¹²³⁷ Donal NOLAN et John DAVIES, « Torts and Equitable Wrongs », dans A.S. BURROWS (dir.), préc., note 554, par. 17.203.

¹²³⁸ *Id.*, par. 17.204.

¹²³⁹ *Id.*, par. 17.210; citant en exemple *Simms v. Leigh Rugby Football Club Ltd.*, [1969] 2 All. E.R. 923 (participation au rugby faisant échec à une action en *battery*).

¹²⁴⁰ D. NOLAN et J. DAVIES, préc., note 1237, par. 17.188.

¹²⁴¹ *Id.*, par. 17.206.

C. Les fins de non-recevoir qui matérialisent des principes généraux de la procédure civile

316. Les principes généraux de la justice civile donnent lieu à des fins de non-recevoir, seuls ou en combinaison avec les principes généraux du droit matériel. Les principales concernent le devoir de coopération et le respect du contrat judiciaire (1) ou la stabilité des jugements (2).

1. Devoir de coopération et contrat judiciaire

317. Les parties à un litige conviennent d'un contrat judiciaire qui gouverne leur conduite et les étapes de l'instance. Ce contrat judiciaire, nécessaire à la bonne administration de la justice, limite la marge de manœuvre des parties et peut justifier une fin de non-recevoir à l'encontre d'une tentative d'une partie de s'en éloigner d'une manière susceptible de nuire au bon déroulement du litige ou de prendre la partie adverse par surprise. Si les décisions mentionnent parfois la tardiveté comme source de ce type fin de non-recevoir, en réalité, la tardiveté en elle-même ne suffit pas, à moins que les délais prévus par la loi ne soient écoulés. Elle se fonde plutôt sur les principes généraux de la justice civile, y compris le devoir de coopération dans le déroulement de l'instance, et, dans une moindre mesure, sur la confiance légitime qui s'établit entre les parties.

318. Une telle fin de non-recevoir peut avoir lieu en cas de changement tardif de stratégie ou de position. Par exemple, il y a fin de non-recevoir contre la requête de l'appelant en radiation de la comparution et rejet de l'exposé de l'intimé pour non-respect du délai pour comparaître, présentée plus d'un mois après la comparution et à la veille de l'audition du pourvoi¹²⁴². Par ailleurs, elle peut faire obstacle à un argument nouveau présenté en appel. Par exemple, il y a fin de non-recevoir contre un argument d'une partie qui attaque « pour la première fois en appel une démarche procédurale [de première instance] à laquelle elle a non seulement consenti, mais activement collaboré » et qui n'est pas contraire à l'ordre public¹²⁴³. De même, dans le contexte de procédures en vérification d'un testament, une partie qui n'a « rien soulevé en première instance [...] au sujet de l'illégalité ou de l'inopportunité » de procéder par une demande de décision sur un point de

¹²⁴² *Domaine Ti-Bo inc. c. Bureau*, préc., note 948, par. 1-6.

¹²⁴³ *Pépin c. Caisse*, préc., note 947, par. 29, 31. Voir aussi *Vanier c. Raymond*, 2005 QCCA 424, par. 23.

droit¹²⁴⁴, qu'elle a présentée de concert avec l'autre partie, ne peut rompre le contrat judiciaire et avancer ces arguments en appel, après avoir changé d'avocat¹²⁴⁵.

319. En outre, le devoir de coopération et de bonne foi s'étend aux discussions et négociations qui ont lieu avant l'institution des procédures. Par exemple, dans l'affaire *Sàfilo*, une partie, informée que l'autre s'apprêtait à demander l'émission d'une injonction provisoire en Cour supérieure avait provoqué un délai grâce à des discussions entre avocats, dans le but caché de déposer entre-temps ses propres procédures en Cour fédérale et de court-circuiter la demande d'injonction¹²⁴⁶. Bien que les procédures en Cour fédérale aient effectivement été émises quelques heures avant celles en Cour supérieure, la Cour supérieure rejette la demande en irrecevabilité pour motif de litispendance et émet l'injonction. La Cour d'appel confirme cette décision, puisque le comportement inacceptable des avocats de la défenderesse constituait une fin de non-recevoir¹²⁴⁷. Il s'agissait ici clairement d'une fin de non-recevoir-sanction, et la Cour d'appel précise que « Conclure autrement permettrait à [la défenderesse] de bénéficier d'une conduite empreinte de réticences, voire de mauvaise foi; en d'autres mots profiter de sa propre turpitude »¹²⁴⁸.

320. Les plaideurs tentent parfois d'invoquer le droit à une défense pleine et entière comme fondement d'une fin de non-recevoir; cependant, aucune des décisions de notre échantillon n'accepte cet argument. Ce droit ne justifie pas d'opposer une fin de non-recevoir préliminaire à l'appel en garantie d'un fabricant par un vendeur professionnel en vertu de la garantie de qualité d'un bien meuble, parce que le bien défectueux a été démantelé avant qu'il ne puisse l'inspecter. C'est le juge du fond qui décidera s'il a été privé de faire valoir un moyen qui « aurait pu être déterminant quant au sort de l'action »¹²⁴⁹. Pour ce faire, il devra d'abord « déterminer s'il y a eu négligence d'agir [du fabricant] ou, au contraire, privation d'une occasion d'examiner » le bien et ensuite « si [le fabricant] souffre d'un réel préjudice »¹²⁵⁰. L'impossibilité d'examiner n'est pas une fin de non-recevoir, mais simplement un élément défavorable à prendre en compte dans

¹²⁴⁴ Art. 448 et 452 C.p.c. (1965); art. 209 C.p.c.

¹²⁴⁵ *Pépin c. Caisse*, préc., note 947, par. 31.

¹²⁴⁶ *Sàfilo*, préc., note 838.

¹²⁴⁷ *Id.*, par. 22-26.

¹²⁴⁸ *Id.*, par. 26.

¹²⁴⁹ *Claude Joyal*, préc., note 968, par. 75.

¹²⁵⁰ *Id.*, par. 70-71.

l'ensemble de la preuve¹²⁵¹. De même, l'impossibilité pour l'entrepreneur ayant installé une cheminée, mis en demeure deux ans après l'incendie de l'immeuble, d'examiner les lieux du sinistre, ne constitue pas une fin de non-recevoir, « mais plutôt un élément défavorable quant au poids de la preuve apportée par son expert qui n'a pas cru bon, à l'époque, d'examiner le système électrique »¹²⁵². Cependant, le fait pour une partie de priver l'autre d'une défense pleine et entière pourra parfois constituer un abus de procédure¹²⁵³.

2. Stabilité des jugements

321. Le « double principe de la finalité et de la stabilité des jugements »¹²⁵⁴ justifier des fins de non-recevoir contre certaines tentatives d'attaquer indirectement un jugement.

322. Contestation par les parties. Une partie qui tente, par la contestation d'une requête pour directives et émission d'une ordonnance présentée par le syndic de faillite, d'obtenir la révision indirecte, dix-huit mois plus tard, du rejet par le registraire de sa demande de taxation de son état des recettes et débours, alors qu'elle a négligé d'agir en temps utile pour porter cette décision en appel ou en révision, se voit opposer une fin de non-recevoir¹²⁵⁵. De même, une demande de récusation ne peut être faite de façon rétroactive, après que jugement soit rendu et que la partie ne soit pas satisfaite du résultat¹²⁵⁶. Le défaut d'agir avec diligence est une fin de non-recevoir à la demande de récusation et elle s'étend à l'argument présenté en appel que le juge était partial et que la partie n'a pas bénéficié d'un procès juste et équitable¹²⁵⁷.

323. Chose jugée implicite. Le principe de la chose jugée implicite met en œuvre la présomption d'autorité qui s'attache, au-delà du dispositif d'un jugement, aux « motifs essentiels qui y sont intimement liés »¹²⁵⁸, c'est-à-dire ceux qui « font corps avec le dispositif et [...] sont nécessaires

¹²⁵¹ *Id.*, par. 74.

¹²⁵² *Nergiflex inc. c. Sécurité (La), assurances générales inc.*, 2010 QCCA 1868, par. 5 [*Nergiflex*].

¹²⁵³ Art. 51 et suiv. C.p.c. Cf. *S.J. c. Krishnamurthy*, 2016 QCCA 1245.

¹²⁵⁴ *Claveau*, préc., note 897, par. 7.

¹²⁵⁵ *2630-5235 Québec inc. (Syndic de)*, préc., note 948, par. 1-7.

¹²⁵⁶ *St-Arnaud c. C.L.*, préc., note 947, par. 10, 61-70.

¹²⁵⁷ Les articles 236 et 237 C.p.c. (1965) imposaient « à la partie qui connaît une cause de récusation de la déclarer sans délai par un écrit, ou en tout état de cause, pourvu qu'elle justifie de sa diligence » : *Id.*, par. 68.

¹²⁵⁸ *Relais signal ltée c. Pavage et aménagement paysager Antonio Borsellino inc.*, [1992] R.D.J. 252, 255 (C.A.). Voir aussi *Durocher*, préc., note 841, par. 109 (en *obiter dictum*).

à son soutien »¹²⁵⁹. Il reconnaît le caractère définitif des décisions, essentiel pour les parties et pour l'administration de la justice¹²⁶⁰. À l'égard d'une décision administrative, il « met en exergue les conséquences juridiques d'une décision rendue par un tribunal spécialisé qui, en vertu de sa compétence exclusive, tranche une question »¹²⁶¹. Il est similaire au principe anglais de *l'issue estoppel* ou préclusion découlant d'une question déjà tranchée¹²⁶².

324. Contrairement à la chose jugée absolue prévue par le législateur, la chose jugée implicite « ne doit pas être appliquée de façon automatique, mais plutôt avec modération et discernement », c'est-à-dire « avec la même prudence que celle imposée par la Cour suprême lorsqu'elle applique la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée »¹²⁶³. Après avoir examiné ses conditions formelles, la Cour doit toujours se demander s'il est opportun de l'appliquer, même si les conditions en sont satisfaites. Elle doit exercer son pouvoir discrétionnaire et évaluer « au cas par cas l'effet inéquitable qui pourrait s'ensuivre », pour éviter toute injustice¹²⁶⁴.

325. Par exemple, le rejet par la C.S.S.T. (désormais CNESST) et la C.L.P. (désormais T.A.T., Division de la santé et de la sécurité du travail) de la réclamation de la demanderesse à l'égard d'une lésion professionnelle pour harcèlement psychologique en vertu de la L.a.t.m.p. ne crée pas de fin de non-recevoir quant à sa plainte pour harcèlement psychologique en vertu de la L.n.t., devant la C.R.T. (désormais T.A.T., Division des relations du travail). Il n'y a ni autorité de la chose jugée, ni abus de droit, ni chose jugée implicite¹²⁶⁵. Le rôle de la C.L.P. à l'égard de la L.a.t.m.p. et celui de la C.R.T. quant à la L.n.t. sont différents, tout comme les questions qu'elles sont appelées à trancher¹²⁶⁶. Le législateur a attribué à la C.R.T. la compétence exclusive de décider si la conduite d'un employeur ou de ses autres employés constitue du harcèlement psychologique

¹²⁵⁹ *Ellard v. Millar*, [1930] R.C.S. 319, 326; *Srougi c. Lufthansa German Airlines*, [2003] R.J.Q. 1757, 1765 (C.A.).

¹²⁶⁰ *Durocher*, préc., note 841, par. 117.

¹²⁶¹ *Id.*, par. 108; *Nasifoglu c. Complexe St-Ambroise inc.*, préc., note 970; *Srougi c. Lufthansa German Airlines*, préc., note 1259.

¹²⁶² *Durocher*, préc., note 841, par. 113.

¹²⁶³ *Id.*, par. 113, 116.

¹²⁶⁴ *Id.*, par. 114, 117. Voir aussi *162568 Canada inc. c. 4499450 Canada inc.*, 2018 QCCA 237, par. 38 : « S'agissant de la chose jugée "implicite", la tentation est souvent très forte pour la partie qui l'invoque d'allonger la sauce. Aussi faut-il se méfier lorsque ces efforts donnent un résultat insipide qui ne conserve qu'une vague ressemblance avec les saveurs d'origine. »

¹²⁶⁵ *Durocher*, préc., note 841, par. 98-120.

¹²⁶⁶ *Id.*, par. 92-95.

au travail¹²⁶⁷. La C.R.T., comme tribunal administratif, a la responsabilité et l'obligation d'exercer cette compétence et ne peut y échapper sous prétexte de chose jugée implicite parce qu'une autre entité a répondu en partie à la question¹²⁶⁸. La C.R.T. n'est pas liée par la décision de la C.L.P. Elle peut en tenir compte dans l'exercice de sa compétence, mais il lui revient d'en « évaluer la portée et la valeur probante [...], après avoir procédé à sa propre enquête et à l'analyse que le législateur lui commande de faire »¹²⁶⁹.

¹²⁶⁷ *Id.*, par. 98, 118.

¹²⁶⁸ *Id.*, par. 118.

¹²⁶⁹ *Id.*, par. 119.

Section II – Les frontières des fins de non-recevoir discrétionnaires

A. Les fins de non-recevoir dirimantes

326. Les fins de non-recevoir dirimantes sont des exceptions péremptoires du fond qui créent un empêchement absolu à une cause d'action en ce sens que, dès lors qu'une partie en invoque une et que le juge conclut que ses conditions d'application sont présentes, la loi prévoit le résultat et le juge n'a pas la discrétion de l'écarter. Comme toutes les fins de non-recevoir, elles peuvent être d'intérêt général ou d'intérêt particulier; dans ce dernier cas, la partie qui a le droit de s'en prévaloir peut y renoncer et le tribunal ne peut la suppléer d'office : c'est le cas, par exemple, de la prescription extinctive. Le moyen d'irrecevabilité en est le véhicule par excellence, quoiqu'elles puissent aussi être invoquées lors du procès. En droit privé, elles sont codifiées ou prévues par des lois particulières, dont elles suivent les règles spécifiques¹²⁷⁰. Leur qualification comme fins de non-recevoir n'a donc, en réalité, pas de valeur normative. Elle est toutefois essentielle afin de les différencier des fins de non-recevoir discrétionnaires, dont elles ne suivent nullement la logique.

327. La prescription extinctive, seule fin de non-recevoir désignée sous ce nom par le Code civil¹²⁷¹, en est un exemple, de même que l'autorité de la chose jugée¹²⁷². Les délais de déchéance – ou délais préfix – prévus par la loi en sont également¹²⁷³. L'inventaire de la jurisprudence de la Cour d'appel et de la Cour suprême permet d'identifier quatre autres exemples : les régimes d'indemnisation étatique, la possession d'état conforme au titre en matière de filiation, l'existence d'un droit réel et les immunités législatives.

328. Régimes d'indemnisation. L'adoption par le législateur d'un régime d'indemnisation qui exclut toute action civile crée une fin de non-recevoir dirimante à une telle action. Ainsi, la conclusion qu'un préjudice corporel a été causé dans un accident d'automobile au sens de la L.a.a. est une fin de non-recevoir à toute action civile pour sa réparation¹²⁷⁴.

¹²⁷⁰ Certaines fins de non-recevoir de droit public, comme l'immunité des juges des Cours supérieures, découlent de la common law : *Infra*, par. 334.

¹²⁷¹ Art. 2921 C.c.Q.

¹²⁷² Art. 2848 C.c.Q. Le Code civil en précise les règles, mais ne l'identifie pas comme une fin de non-recevoir.

¹²⁷³ Art. 2878 C.c.Q.; cf. M. TANCELIN, préc., note 1006, n° 1444.

¹²⁷⁴ *Godbout c. Pagé*, 2017 CSC 18, par. 73 [*Godbout*]. Voir art. 83.57 L.a.a.

329. Possession d'état conforme. En matière de filiation, en vertu de l'article 530 C.c.Q., une possession d'état conforme à l'acte de naissance pour une durée suffisante constitue une fin de non-recevoir dirimante à une action par le père en contestation de paternité, et ce, peu importe que la mère l'ait induit en erreur sur sa paternité biologique¹²⁷⁵.

330. Droit réel. Dans le cadre d'un litige entre voisins dont les immeubles partagent un mur mitoyen, une servitude réelle de drainage des eaux et les droits qu'elle confère constituent une fin de non-recevoir dirimante à toute action en injonction et en responsabilité intentée par le propriétaire du fonds servant en raison des dommages causés par l'écoulement des eaux, en l'absence d'aggravation de la servitude¹²⁷⁶.

331. Immunités. Les immunités créées par la loi donnent lieu à une fin de non-recevoir dirimante. Le tribunal doit rejeter la cause d'action de façon pure et simple, en raison de l'identité du défendeur, et non décliner compétence. Un survol des immunités de l'État fédéral, des états étrangers, des juges et des commissaires, ainsi que des organismes de droit public l'illustre.

332. État fédéral. Partout à travers le Canada, une immunité fondée sur le droit public et la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*¹²⁷⁷ protège le gouvernement fédéral de toute poursuite en responsabilité à l'égard de ses décisions de politique générale¹²⁷⁸. Cette immunité se situe en amont de toute analyse quant à la faute et « se dresse en fin de non-recevoir »¹²⁷⁹. Même si la loi provinciale assujettit l'état fédéral au droit commun de la responsabilité, ce dernier conserve le pouvoir d'invoquer son immunité pour toute décision prise par ses représentants dans l'accomplissement d'une fonction politique et non opérationnelle¹²⁸⁰. S'il est clair que la décision gouvernementale en cause relève d'une question de politique générale, l'action est manifestement mal fondée et la Cour doit la rejeter de façon préliminaire¹²⁸¹.

¹²⁷⁵ *Droit de la famille – 09358*, 2009 QCCA 332, par. 82-83 (autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée).

¹²⁷⁶ *Place d'Youville*, préc., note 940.

¹²⁷⁷ *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. 1985, c. C-50.

¹²⁷⁸ *Imperial Tobacco (action en garantie)*, préc., note 942, par. 123.

¹²⁷⁹ *Id.*, par. 124.

¹²⁸⁰ *Id.*, par. 123.

¹²⁸¹ *Id.*, par. 113, 115. Dans certains cas, une analyse minutieuse de la preuve est requise, mais aucune preuve n'est nécessaire si la Cour suprême s'est penchée sur une situation similaire ou si les faits sont clairs.

333. États étrangers. L'immunité de juridiction des états étrangers, prévue par la *Loi sur l'immunité des États*¹²⁸², est une fin de non-recevoir qui doit être traitée de façon préliminaire¹²⁸³. Elle empêche un tribunal d'exercer sa compétence à l'égard d'une poursuite civile contre un état étranger, et ce, avant que toute audience ait lieu¹²⁸⁴. Elle « régleme l'exercice de la compétence d'un État sur un autre État », indépendamment du droit substantiel, et se justifie par le principe de l'égalité souveraine des états et l'absence de compétence du Canada pour statuer sur la demande¹²⁸⁵. Elle existe quel que soit le bien-fondé de la demande principale, peu importe qu'une autre loi la permette et malgré l'absence de quelque autre recours¹²⁸⁶.

334. Juges et commissaires. L'immunité des juges de la Cour supérieure dans l'exécution de leurs devoirs, héritée du droit anglais, est absolue¹²⁸⁷. L'article 16 de la *Loi sur les commissions d'enquête*¹²⁸⁸ confère aux commissaires la même immunité pour tout acte fait ou omis dans l'exécution de leurs devoirs¹²⁸⁹. Cette immunité constitue une fin de non-recevoir à une action en dommages à l'encontre de membres d'une commission d'enquête en lien avec une enquête qu'ils ont effectué et le rapport qui en résulte, qu'ils aient ou non excédé leur compétence et violé les règles de justice naturelle ou la Charte québécoise¹²⁹⁰. Le recours approprié est en annulation du rapport et il convient de rejeter toute action en dommages de façon préliminaire¹²⁹¹.

335. Organismes de droit public. L'immunité conférée à un organisme de droit public par sa loi constitutive doit être interprétée restrictivement¹²⁹². En raison de l'article 1376 C.c.Q., qui « rend le droit des obligations applicable à l'État ainsi qu'à ses organismes et à toute personne morale de droit public, sous réserve des autres règles de droit qui leur sont applicables », « [i]l revient à la partie qui entend se prévaloir d'une immunité de droit public pour éviter ou restreindre le régime général de responsabilité contractuelle de démontrer que des principes de droit public pertinents

¹²⁸² L.R.C. 1985, c. S-18.

¹²⁸³ *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, par. 111-163 [*Kazemi*].

¹²⁸⁴ *Id.*, par. 118, 161.

¹²⁸⁵ *Id.*, par. 118, 161.

¹²⁸⁶ *Id.*, par. 118.

¹²⁸⁷ *Morier et Boily c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716, par. 85, 97 [*Morier*].

¹²⁸⁸ RLRQ, c. C-37.

¹²⁸⁹ *Morier*, préc., note 1287, par. 67.

¹²⁹⁰ *Id.*, par. 67, 81, 85, 97, 108-110.

¹²⁹¹ *Id.*, par. 110-116.

¹²⁹² *Association professionnelle des cadres de premier niveau d'Hydro-Québec c. Hydro-Québec*, préc., note 995, par. 29.

priment sur les règles du droit civil »¹²⁹³. Par exemple, l'immunité limitée de droit public conférée à Hydro-Québec par l'article 17 de la *Loi sur Hydro-Québec*¹²⁹⁴ ne constitue pas une fin de non-recevoir à une action en injonction pour l'exécution en nature d'une obligation contractuelle¹²⁹⁵. L'article 17 L.H.Q. est « une forme de clause privative » qui confère à Hydro-Québec « une immunité limitée quant au contrôle judiciaire de ses actes officiels »¹²⁹⁶. Elle vise ses « actes administratifs ou officiels » et ne s'étend pas à lui permettre « de se soustraire de sa responsabilité contractuelle », y compris à l'égard d'un contrat de travail¹²⁹⁷.

B. Les fausses fins de non-recevoir et les imprécisions de langage

1. Défenses directes

336. L'expression « fin de non-recevoir » est parfois employée pour désigner des concepts autres que des fins de non-recevoir au sens juridique du terme. La Cour suprême a souligné, dès 1990, que le mauvais emploi des mots « fins de non-recevoir » constituait une imprécision de langage susceptible de provoquer des erreurs de droit¹²⁹⁸. L'arrêt *Valois* portait sur les conséquences de la libération d'un époux failli sur une demande subséquente de prestation compensatoire. La Cour d'appel avait jugé que la faillite du défendeur et sa libération constituaient « une fin de non-recevoir à la demande de prestation compensatoire » de la demanderesse, puisque l'enrichissement, l'une des quatre conditions essentielles de l'action, avait cessé d'exister au moment du divorce¹²⁹⁹. La Cour suprême a renversé cette décision de façon unanime. Sous la plume du juge Gonthier, elle explique :

« La Cour d'appel affirme par ailleurs que la faillite et la libération de l'intimé constituaient une fin de non-recevoir à la demande de prestation compensatoire. Il s'agit là d'une erreur de droit manifeste résultant probablement d'une imprécision de langage. L'expression “fin de non-recevoir” a un sens juridique bien précis qui ne saurait décrire l'effet produit par la

¹²⁹³ *Id.*, par. 32.

¹²⁹⁴ RLRQ, c. H-5 (ci-après « L.H.Q. »)

¹²⁹⁵ *Association professionnelle des cadres de premier niveau d'Hydro-Québec c. Hydro-Québec*, préc., note 995, par. 28-35.

¹²⁹⁶ *Id.*, par. 34.

¹²⁹⁷ *Id.*

¹²⁹⁸ Voir *Lacroix c. Valois*, [1990] 2 R.C.S. 1259 [*Valois*].

¹²⁹⁹ *Droit de la famille – 176*, [1985] C.A. 5, par. 23-25, inf. par [1990] 2 R.C.S. 1259.

faillite d'un époux défendeur sur les droits de son conjoint en matière de prestation compensatoire. »¹³⁰⁰

337. Puisque la fin de non-recevoir est, par définition, une défense indirecte, il n'importe pas que les éléments essentiels du droit d'action auquel elle s'oppose soient présents. L'analyse afin de déterminer si l'un ou l'autre de ces éléments a été prouvé n'est pas reliée à la notion de fin de non-recevoir et il vaut mieux s'abstenir de la désigner comme telle. Cet usage au sens large est fréquent au négatif, lorsque la Cour conclut que l'un des arguments invoqués devant elle ne peut suffire à faire échouer une action et formule cette conclusion en déclarant qu'un fait ou argument donné « ne constitue pas une fin de non-recevoir ». Cet usage au négatif n'est pas à proprement parler inexact. Il reflète probablement, dans plusieurs cas, une formulation mise de l'avant par les plaideurs, que la Cour rejette avec raison. Cependant, le lecteur demeure dans l'incertitude à savoir s'il n'y a pas de fin de non-recevoir parce que ses conditions ne sont pas rencontrées ou parce que le mécanisme de la fin de non-recevoir n'était pas approprié dans les circonstances.

338. Pour fins d'illustration, la Cour suprême a ainsi utilisé le terme au sens large à trois reprises depuis 1982. D'abord, dans l'arrêt *Beaudoin-Daigneault*, en 1984, la Cour suprême explique que dans l'évaluation des conditions de l'action *pro socio*, une disproportion entre les apports des parties peut peser à l'encontre de l'*affectio societatis*, mais que dans les circonstances de l'affaire, cette disproportion n'est pas de nature à constituer une « fin de non-recevoir » à l'action fondée sur l'existence d'une société tacite¹³⁰¹. Ensuite, dans l'arrêt *Crabtree*, en 1993, la Cour suprême précise que le fait qu'une obligation de l'employeur ne soit pas traduite en termes monétaires précis ne constitue pas une « fin de non-recevoir » à l'action en responsabilité personnelle des administrateurs pour les dettes qui résultent de l'exécution par les employés de services au profit de la société, jusqu'à concurrence d'une somme équivalente à six mois de salaire, en cas de faillite ou d'insolvabilité de celle-ci¹³⁰². Enfin, dans l'arrêt *Vasquez*, en 2002, la Cour suprême mentionne qu'un motif de refus prévu par la loi, soit la possibilité de rejeter une action en prise en paiement en raison d'un paiement partiel de l'obligation sous-jacente, n'est pas « une fin de non-recevoir absolue », selon les mots d'un extrait de doctrine cité avec approbation, mais que cette discrétion doit plutôt être exercée de façon judiciaire en tenant compte des facteurs pertinents, dont la valeur

¹³⁰⁰ *Valois*, préc., note 1298, 1282.

¹³⁰¹ *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2, 17 [*Beaudoin-Daigneault*].

¹³⁰² *Barrette c. Crabtree (Succession de)*, [1993] 1 R.C.S. 1027, 1048 [*Crabtree*].

du bien et le solde de la dette, ainsi que le comportement des parties au litige¹³⁰³. Aucun de ces jugements ne traite réellement d'une fin de non-recevoir. Au contraire, ils ont en commun de porter sur un ou plusieurs des critères ou conditions de fond de l'action intentée dans chacun des cas. De nombreux autres exemples se trouvent dans les décisions de la Cour d'appel¹³⁰⁴. À la différence de l'erreur de la Cour d'appel dans l'arrêt *Valois*, cependant, cet usage au négatif, quoiqu'imprécis, n'a pas d'impact direct sur le résultat auquel en arrive la cour.

339. Par ailleurs, plusieurs décisions traitent de défenses directes comme des fins de non-recevoir. La Cour a parfois analysé sous l'angle de la fin de non-recevoir l'allégation que l'obligation à l'origine d'une réclamation en responsabilité civile ou en exécution d'un contrat a fait l'objet d'une quittance ou d'une remise¹³⁰⁵. Pourtant, selon les éléments essentiels du droit d'action exercé, il s'agit souvent d'une défense directe, à l'image du paiement¹³⁰⁶. Par exemple, dans l'affaire *Cousineau & Fils*, la demanderesse avait exécuté des travaux de forage pour le sous-traitant d'un entrepreneur général dans le cadre de travaux dont la défenderesse cautionnait l'exécution, mais n'avait pas été payée¹³⁰⁷. La Cour a jugé qu'il était prématuré de rejeter son action sur moyen d'irrecevabilité, au motif que la quittance qu'elle avait signée en faveur du sous-traitant en contrepartie d'un chèque sans provision, dont elle demandait l'annulation, constituait une fin de non-recevoir à sa réclamation contre la caution¹³⁰⁸. À cette étape, il fallait tenir pour avérés les faits allégués, selon lesquels la demanderesse n'a pas été payée¹³⁰⁹. La demanderesse proposait dans sa demande le syllogisme requis pour établir, *prima facie*, son droit d'action en vertu du formulaire de cautionnement, c'est-à-dire que la caution s'est obligée à payer les créanciers

¹³⁰³ *CIBC Mortgage Corp. c. Vasquez*, 2002 CSC 60, par. 43-44 [*Vasquez*].

¹³⁰⁴ Voir par exemple *Droit de la famille – 072034*, 2007 QCCA 1110; *Zollondz c. Dubé*, 2007 QCCA 1324; *Deschênes c. Tanguay*, 2010 QCCA 742; *Droit de la famille – 102622*, 2010 QCCA 1817; *Coastal Contacts Inc. c. Ordre des optométristes du Québec*, 2011 QCCA 1820; *Brown c. B2B Trust*, 2012 QCCA 900; *Clôtures spécialisées du Nord inc. c. Équipements JVC inc.*, 2012 QCCA 1644; *Droit de la famille – 121810*, 2012 QCCA 1283; *Axa Assurances inc. c. Club de golf Summerlea inc.*, 2013 QCCA 708; *Desmarreau c. Ontario Lottery and Gaming Corporation*, 2013 QCCA 2090; *Union des artistes c. Festival international de jazz de Montréal*, 2014 QCCA 1268.

¹³⁰⁵ Voir par exemple *Dunkin' Brands Canada Ltd. c. Bertico inc.*, 2015 QCCA 624, par. 132-140 [*Dunkin' Brands*] dans laquelle un franchiseur invoquait des quittances signées par des franchisés comme fin de non-recevoir de leur action en responsabilité civile. La Cour a jugé que les quittances ne constituaient pas une fin de non-recevoir puisqu'elles étaient nulles et sans effet en l'absence d'un consentement libre et éclairé des franchisés.

¹³⁰⁶ *Cousineau & Fils*, préc., note 835, par. 13.

¹³⁰⁷ *Id.*, par. 5-7.

¹³⁰⁸ *Id.*, par. 9-10, 18.

¹³⁰⁹ *Id.*, par. 11.

impayés des sous-traitants s'ils satisfont aux conditions prévues dans le formulaire, qu'elle est un tel créancier impayé et qu'elle satisfait à ces conditions¹³¹⁰. Le litige à l'égard des conséquences de la quittance est en réalité « un litige incident portant sur la rétractation par [la demanderesse] de l'aveu extrajudiciaire par lequel celle-ci a reconnu l'extinction de l'obligation contractée par [la caution] en sa faveur »¹³¹¹. L'argument de la caution contestait un élément essentiel de la cause d'action, il était de la nature d'une défense directe.

2. Exceptions déclinatoires et dilatoires

340. Exceptions déclinatoires. L'incompétence d'un tribunal, matérielle ou territoriale, constitue une exception déclinatoire qui se soulève par moyen déclinatoire¹³¹². Lorsque la nature essentielle d'une demande présentée à la Cour supérieure, évaluée selon le résultat concret recherché par le demandeur, fait en sorte qu'elle est exclue de sa compétence, le moyen adéquat pour s'y opposer est déclinatoire¹³¹³. Par exemple, lorsqu'un litige relève de la compétence d'un arbitre de griefs en vertu d'une convention collective, le véhicule approprié pour cette exception est le moyen déclinatoire qui conclut soit à la suspension de la demande jusqu'à ce que la sentence arbitrale soit rendue, si les circonstances le justifient, soit au rejet de la demande¹³¹⁴. Il en va de même lorsqu'un arbitre conventionnel est compétent en vertu d'une clause compromissoire parfaite¹³¹⁵.

¹³¹⁰ *Id.*, par. 16-18.

¹³¹¹ *Id.*, par. 19, 24.

¹³¹² Art. 167 C.p.c.; art. 163-164 C.p.c. (1965). Voir Sylvette GUILLEMARD et Séverine MENÉTREY, *Comprendre la procédure civile québécoise*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2017, nos 275, 277, 401; D. FERLAND et B. EMERY (dir.), préc., note 965, nos 1-1195 à 1-1209.

¹³¹³ Le Cour supérieure, tribunal de droit commun, « a compétence en première instance pour entendre toute demande que la loi n'attribue pas formellement et exclusivement à une autre juridiction » (art. 33 C.p.c.) et est investie d'un pouvoir inhérent de surveillance et de contrôle des autres tribunaux, personnes morales et groupements au Québec, sauf lorsque la loi l'exclut (art. 96 L.C. 1867; art. 34, 529 C.p.c.). Sur l'étendue de sa compétence, voir *Renvoi : compétence de la Cour du Québec*, préc., note 454. Plusieurs lois particulières limitent l'étendue de cette compétence : voir par exemple *Produits forestiers Arbec inc. c. Canada (P.G.)*, 2018 QCCS 3379, par. 24-46, conf. par 2019 QCCA 1267 (action en responsabilité civile qui équivaut à la contestation d'une cotisation fiscale); *Takefman c. Golden Hope Mines Ltd.*, 2015 QCCS 4947, par. 33-46 (action en oppression qui concerne une société ontarienne).

¹³¹⁴ *Caron c. Société de transport de l'Outaouais*, 2007 QCCA 1283 (moyen déclinatoire accueilli et action rejetée; arbitrage de griefs); *Québec (P.G.) c. SPGQ*, 2006 QCCA 1211 (moyen déclinatoire accueilli et action suspendue; arbitrage de griefs); D. FERLAND et B. EMERY (dir.), préc., note 965, n° 1-1197. Voir *Montréal (Ville de) c. Audigé*, 2013 QCCA 171, par. 33 (autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée).

¹³¹⁵ Voir *Moore c. Leblanc*, 2012 QCCA 139 : Le juge unique, tout en rejetant la permission d'appeler puisque la clause compromissoire était inopposable à l'une des parties, signale que c'est par un moyen déclinatoire, et non

341. Il arrive que la compétence d'attribution d'un tribunal soit contestée par le véhicule d'un moyen d'irrecevabilité¹³¹⁶, y compris en matière d'arbitrage¹³¹⁷, ou même qu'elle fasse partie du contexte qui illustre le caractère abusif des procédures d'une partie dans le cadre d'une demande en rejet pour abus¹³¹⁸. Quel que soit le véhicule procédural employé, l'exception qui attaque la compétence du tribunal choisi est de nature déclinatoire. Le jugement qui accueille une exception déclinatoire constate que le tribunal choisi n'a pas la compétence requise pour mettre en œuvre le droit d'action. À la différence d'une exception péremptoire, il n'anéantit pas le droit d'action lui-même, même lorsqu'il conclut au rejet de l'action. L'expression « fin de non-recevoir » ne devrait donc pas être employée. Son emploi occasionnel pour désigner l'exception qui découle de la compétence exclusive d'un arbitre¹³¹⁹ est une imprécision de langage qui devrait être évitée. D'ailleurs, si une exception déclinatoire s'appliquait, le tribunal choisi ne serait pas compétent pour juger si une fin de non-recevoir s'élève contre l'action.

342. En revanche, les immunités prévues par la loi, elles, touchent au droit d'action lui-même et constituent des fins de non-recevoir dirimantes qu'il convient de présenter de façon préliminaire, dans le cadre d'un moyen d'irrecevabilité, et non d'un moyen déclinatoire¹³²⁰.

d'irrecevabilité, que les parties auraient dû procéder pour trancher la question de compétence. Cf. *Investissement Charlevoix inc. c. Gestion Pierre Gingras inc.*, 2010 QCCA 1229 (moyen déclinatoire considéré, mais rejeté, à l'égard d'un arbitrage conventionnel).

¹³¹⁶ *Knafo c. Kugler Kandestin*, 2020 QCCA 141, par. 7 (demande qui relève d'un processus de conciliation et d'arbitrage des comptes prévu par règlement) : « Le fait d'obliger des parties à procéder sur le fond d'une affaire devant un tribunal judiciaire dont la compétence *ratione materiae* est sérieusement remise en doute (que ce soit par le véhicule procédural du moyen déclinatoire prévu par l'art. 167 ou de l'irrecevabilité prévue par l'art. 168 C.p.c.) n'est généralement pas considéré comme étant une mesure raisonnable favorisant l'intérêt de la justice, car elle cause un préjudice à l'instance (quand ce n'est pas à la partie requérante elle-même). Il importe en effet, en principe, de statuer le plus tôt possible (*in limine litis*) sur un tel moyen. »

¹³¹⁷ Voir par exemple *Société Radio-Canada c. Belley*, 2016 QCCA 153 (moyen en irrecevabilité accueilli et action suspendue; arbitrage de griefs); *Houle c. Charbonneau*, 2014 QCCA 997 (moyen en irrecevabilité accueilli et action rejetée; arbitrage de griefs).

¹³¹⁸ Art. 51 et suiv. C.p.c.; *Côté c. Moreau*, 2019 QCCA 1105, par. 5-11.

¹³¹⁹ Par exemple, il a été écrit qu'en présence d'une convention collective, la compétence exclusive d'un arbitre constitue une fin de non-recevoir sans équivoque d'une action en Cour supérieure : *Blondin c. Postmedia Network inc.*, 2013 QCCS 4681, par. 52-55, conf. par 2013 QCCA 2245, par. 5; et qu'il était approprié de rejeter l'action de façon préliminaire, sur moyen d'irrecevabilité : *Id.*, par. 1, 5-6.

¹³²⁰ Art. 168 al. 2 C.c.Q.; cf. D. FERLAND et B. EMERY (dir.), préc., note 965, n° 1-1227 : « [...] Les exemples classiques d'application de ce moyen d'irrecevabilité sont [...] la demande introduite contre une personne ou un organisme protégé par une immunité de juridiction, une immunité judiciaire ou une autre immunité [...]. » Au sujet des immunités législatives : *Supra*, par. 331-335; au sujet de l'emploi du moyen d'irrecevabilité : *Supra*, par. 238.

343. Exceptions dilatoires. Les moyens qui ne sont susceptibles que de retarder l'instance, et non de détruire le droit d'action, constituent des exceptions dilatoires, et non péremptoires. Par exemple, le défaut d'offres réelles ou de consignation ne constitue pas une fin de non-recevoir d'une action en passation de titre. Il s'agit simplement d'un moyen dilatoire, puisqu'une ordonnance, parfois appelée « ordonnance de type Houlachi », peut être prononcée pour suspendre le transfert de propriété en attendant que le demandeur consigne le prix de vente¹³²¹.

3. Exception d'inexécution

344. L'exception d'inexécution ou *exceptio non adimpleti contractus*, applicable en présence d'obligations corrélatives, est une suspension temporaire de l'exigibilité des obligations d'une partie dans l'attente que l'autre partie ne s'exécute, et a pour but de provoquer cette exécution¹³²². Il faut la distinguer de la fin de non-recevoir discrétionnaire. Au contraire de l'exception d'inexécution, la fin de non-recevoir est une paralysie permanente du droit d'action, en raison d'actions ou d'omissions qui ont déjà eu lieu et ont créé un état de fait qui ne peut être effacé. Les tribunaux et les plaideurs ont parfois confondu ces principes¹³²³.

345. L'arrêt *Lebel* de la Cour d'appel l'illustre. Le demandeur avait soulevé des exceptions contre la défense de son assureur pour manquement à l'obligation de conseil, qui se fondaient à la fois sur une fin de non-recevoir et sur l'exception d'inexécution. En rejetant les exceptions, la Cour a expliqué que l'exception d'inexécution ne pouvait s'appliquer à l'obligation de minimiser les dommages, puisqu'il est de l'essence même de cette obligation d'être enclenchée par l'inexécution de l'autre partie¹³²⁴. Le « devoir de conseil et l'obligation de minimiser les dommages ne constituent pas un échange de prestation » et « ne sont pas des obligations corrélatives » du contrat d'assurance¹³²⁵. L'obligation d'un créancier de minimiser ses dommages est une obligation imposée par la loi et non « une prestation due au débiteur »¹³²⁶. De plus, « l'exception d'inexécution n'a pas comme effet d'éteindre les obligations, elle ne fait que suspendre leur

¹³²¹ *Argyrakis c. Hamakiotis*, 2008 QCCA 312, par. 2.

¹³²² D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 8, n^{os} 2774-2777.

¹³²³ Voir par exemple *Lebel*, préc., note 1207, par. 41, 58, 64 (quant à l'inexécution de l'obligation d'information et de conseil de l'assureur); *Poliquin c. Serli*, 2013 QCCS 6720, par. 58 et suiv. (assimile la théorie des mains propres en matière d'injonction et l'exception d'inexécution).

¹³²⁴ *Lebel*, préc., note 1207, par. 63.

¹³²⁵ *Id.*, par. 64-65.

¹³²⁶ *Id.*, par. 64.

exécution »¹³²⁷. S'il est exact, comme le souligne la Cour d'appel, que l'exception d'inexécution ne pouvait être d'aucun secours au demandeur à l'égard de son obligation de minimiser ses dommages, les motifs de la Cour d'appel se limitent à cet argument et n'abordent pas directement la question distincte de la fin de non-recevoir, bien que les deux arguments semblent avoir été soulevés par les plaideurs¹³²⁸. Le résultat aurait ici été le même. La Cour ayant conclu que l'assureur avait agi de bonne foi, il n'y avait pas lieu à une fin de non-recevoir. Cependant, il importe de distinguer les deux mécanismes, dont les conditions et les effets diffèrent. Au contraire de l'exception d'inexécution, la fin de non-recevoir a un caractère permanent et ne requiert pas la présence d'obligations corrélatives.

4. Abus de procédures

346. Le rejet d'une procédure pour abus en vertu des articles 51 et suivants C.p.c. n'est pas une fin de non-recevoir et l'allégation que les réclamations d'une partie sont démesurées, excessives ou déraisonnables ou que son comportement pendant l'instance est abusif ou malhonnête ne peut soutenir un argument de fin de non-recevoir¹³²⁹. Il ne faut pas confondre abus de confiance ou de droit sur le fond, avant l'institution de procédures, et abus de procédure dans le cadre d'une action en justice¹³³⁰. Selon les enseignements de l'arrêt *Viel*, « [l]abus sur le fond ne conduit pas nécessairement à l'abus du droit d'ester en justice », quoique ce dernier puisse naître pendant l'instance si « [l]'abuseur [...] réalise son erreur et s'enferme dans sa malice pour poursuivre inutilement le débat judiciaire »¹³³¹. Il peut y avoir abus de procédures « lorsqu'une partie de

¹³²⁷ *Id.*

¹³²⁸ *Id.*, par. 41, 58.

¹³²⁹ Voir *Tanaka*, préc., note 905, par. 25-28. *Contra* : *Imperial Tobacco Canada Ltd. c. Létourneau*, 2014 QCCA 944, par. 31 [*Imperial Tobacco (interlocutoire)*] (en *obiter dictum*). Il n'y a pas de chose jugée à l'égard des décisions sur « la pertinence et l'utilité d'un élément de preuve » : *Id.*, par. 28-30. Cependant, si une partie choisit de « constamment redemander ce qui est refusé » ou de « continuellement s'opposer à une preuve que le juge déclare recevable », son comportement « pourrait à juste titre être interprété comme une tentative de contournement ou un abus et constituer une fin de non-recevoir » : *Id.*, par. 31 (en *obiter dictum*).

¹³³⁰ *Viel c. Entreprises immobilières du terroir Ltée*, [2002] R.J.Q. 1262, par. 74-75 (C.A.) [*Viel*] : « L'abus sur le fond intervient avant que ne débutent les procédures judiciaires. L'abus sur le fond se produit au moment de la faute contractuelle ou extracontractuelle. Il a pour effet de qualifier cette faute. La partie abuse de son droit par une conduite répréhensible, outrageante, abusive, de mauvaise foi. Au moment où l'abus sur le fond se cristallise, il n'y a aucune procédure judiciaire d'entreprise. C'est précisément cet abus sur le fond qui incitera la partie adverse à s'adresser aux tribunaux pour obtenir la sanction d'un droit ou une juste réparation. [...] l'abus du droit d'ester en justice est une faute commise à l'occasion d'un recours judiciaire. »

¹³³¹ *Id.*, par. 83-84.

mauvaise foi, multiplie les procédures, poursuit inutilement et abusivement un débat judiciaire », ou plus rarement, lorsque « la contestation judiciaire est, au départ, de mauvaise foi, soit en demande ou en défense »¹³³². Dans les deux cas, cet abus est distinct d'une fin de non-recevoir.

347. D'abord, une fin de non-recevoir attaque le mérite du droit d'action concerné, et non le choix, la forme ou le nombre de procédures employées pour le faire valoir. Ensuite, la fin de non-recevoir, par définition, est un plaidoyer affirmatif, qui s'appuie sur des faits nouveaux et différents de ceux invoqués par la demande, et non sur la contestation des éléments essentiels de la demande au motif qu'ils sont frivoles, abusifs ou dilatoires¹³³³. Par ailleurs, une demande pour abus offre une gamme de sanctions, alors qu'une fin de non-recevoir entraîne le rejet d'une demande ou d'une défense.

348. Un abus de droit peut se transformer en abus d'ester en justice et mériter à la fois l'attribution de dommages pour abus de procédures et une fin de non-recevoir contre le droit d'action de la partie, sur le mérite. C'est le cas, par exemple, alors que l'actionnaire majoritaire qui avait écarté l'actionnaire minoritaire du conseil d'administration et le tenait dans l'ignorance de la situation financière de la société, en contravention avec la convention entre actionnaires, force ce dernier à recourir à une injonction provisoire pour obtenir les états financiers et conteste la demande en injonction, tout en invoquant comme défense sur le fond des droits issus de la convention, qui ne trouvent à s'appliquer qu'en raison de son refus indu de donner accès à l'actionnaire minoritaire¹³³⁴. Cependant, il importe de distinguer les deux concepts afin de préciser contre quel droit d'action exactement la fin de non-recevoir s'élève et quel abus précisément la demande en vertu des articles 51 et suivants C.p.c. vise. Cette démarcation pourra avoir un impact, par exemple, sur la portion des honoraires d'avocat qui sera remboursée.

¹³³² *Id.*, par. 75.

¹³³³ Cf. *Tanaka*, préc., note 905, par. 27.

¹³³⁴ *Centria*, préc., note 943, par. 16-17, 20-22.

C. Les cas où une fin de non-recevoir discrétionnaire ne devrait pas être admise

1. Les renonciations tacites

349. Une personne est libre de renoncer à ses droits, dans les limites prévues par loi ou l'ordre public¹³³⁵. Elle peut notamment confirmer un contrat, ratifier un acte posé par autrui, acquiescer à une décision rendue ou faire remise totale ou partielle d'une obligation¹³³⁶. La simple application des dispositions du Code civil suffit à régler ces questions. Pourtant, plusieurs décisions utilisent à tort la notion de fin de non-recevoir, alors qu'elles appliquent en réalité – ou devraient appliquer – une combinaison de ces règles et de celles sur l'expression tacite d'une volonté et sur les présomptions de fait comme moyen de preuve.

350. Bien que la majorité des fins de non-recevoir contemporaines soient invoquées par des débiteurs à l'encontre de leurs créanciers, nous retrouvons dans cette catégorie des situations où, à l'instar de l'état du droit avant 1981, des fins de non-recevoir sont plutôt opposées par des créanciers à des débiteurs qui tentent d'échapper à leurs obligations contractuelles. Cette pratique semble d'ailleurs provenir de l'emploi fréquent, avant 1981, de la notion anglaise de *waiver* – laquelle a souvent été traitée comme l'équivalent d'une fin de non-recevoir¹³³⁷ – ainsi que de celle de *laches*¹³³⁸. Or, comme nous l'avons vu, les notions de *forbearance*, *waiver*, *laches* et *estoppel* sont, en droit civil, inutiles et incohérentes¹³³⁹. Il n'est pas approprié de faire appel à la fin de non-recevoir discrétionnaire lorsque le législateur a prévu des règles dont l'application au cas étudié n'entre pas en contradiction avec les principes généraux du droit¹³⁴⁰.

¹³³⁵ Art. 8 C.c.Q. Voir Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., Paris, P.U.F., 2020, « Renonciation » : « Acte de disposition par lequel une personne – abandonnant volontairement un droit déjà né dans son patrimoine (droit substantiel ou action en justice) – éteint ce droit (renonciation à une créance, à un usufruit, à une servitude) ou s'interdit de faire valoir un moyen de défense ou d'action (renonciation à une prescription acquise, [...] à une exception de nullité, etc.) [...] »

¹³³⁶ Art. 8, 1191(2), 1315 C.c.Q. (renonciation); art. 1687-1692 C.c.Q. (remise); art. 1418, 1420, 1423-1424 C.c.Q. (confirmation); art. 319, 402-405, 447, 1320, 1557, 2152, 2158, 2160 C.c.Q. (ratification).

¹³³⁷ Voir par exemple *Whyte*, préc., note 130; *Rahal*, préc., note 130; *Claprood*, préc., note 130; *Gaudet*, préc., note 130; *Stevenson*, préc., note 116; *Larouche*, préc., note 116; *Punger*, préc., note 116.

¹³³⁸ Voir par exemple *Guyon*, préc., note 138; *Robert*, préc., note 130.

¹³³⁹ *Supra*, par. 137, 157-160.

¹³⁴⁰ *Supra*, par. 229.

351. Plus encore, y faire appel pour conclure à la confirmation d'un contrat vicié constituerait une erreur de droit. En droit anglais, une partie peut perdre par *waiver* son droit d'action en annulation si elle indique son intention de néanmoins exécuter le contrat. Ce choix peut dans certaines circonstances s'inférer du simple écoulement d'un délai déraisonnable, et ce, même en l'absence de prescription prévue par la loi et de *detrimental reliance* par la partie adverse¹³⁴¹. Or, en droit québécois, « la confirmation ne se présume pas »¹³⁴² et le silence ou l'écoulement du temps ne suffisent jamais à l'établir¹³⁴³. Il en va de même de la renonciation en général. La Cour suprême a récemment confirmé que la renonciation à un droit d'action civile ne doit jamais se présumer¹³⁴⁴. Expresse ou tacite, elle « est une question hautement factuelle, qui dépend notamment de l'intention de la partie qui renonce » et la « preuve de cette intention doit être présentée et analysée avant qu'il soit permis de conclure à la renonciation »¹³⁴⁵.

352. Le législateur, lors de la réforme, a expressément prévu l'exigence d'un caractère certain et évident pour que la volonté de confirmer produise ses effets¹³⁴⁶. Ce changement avait pour but de contrecarrer le courant jurisprudentiel selon lequel le simple fait pour un contractant « de ne pas intenter l'action en nullité dans un délai raisonnable de la découverte de la cause de nullité [...], [équivalait] pratiquement à une confirmation tacite de celui-ci »¹³⁴⁷. Lluelles et Moore ont bien souligné les difficultés provoquées par cette pratique judiciaire¹³⁴⁸. Il ne faudrait pas, par l'introduction inconsidérée de fins de non-recevoir variées, court-circuiter l'intention claire du législateur d'y mettre fin. Ainsi, en matière contractuelle, la confirmation tacite d'un contrat

¹³⁴¹ *Supra*, par. 133.

¹³⁴² *Construction Roland Bédard inc. c. Chamberland*, 2008 QCCA 1810, par. 5 [*Construction Roland*]; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 8, n° 1203.

¹³⁴³ *Folini*, préc., note 1213, par. 26-27, 33; *9043-1025 Québec inc. c. Neveu*, 2003 CanLII 71941, par. 6 (QC C.A.); *J.P. Mallette et Associés inc. c. Charbonneau*, 2009 QCCA 2304, par. 3; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 8, n°s 1203, 2093-2094.

¹³⁴⁴ *Godbout*, préc., note 1274, par. 75-76.

¹³⁴⁵ *Id.*, par. 76.

¹³⁴⁶ Art. 1423 C.c.Q.; *Folini*, préc., note 1213, par. 24.

¹³⁴⁷ *Construction Roland*, préc., note 1342, par. 5; voir aussi D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 8, p. 1199-1203 qui soulignent l'influence probable du court délai pour intenter l'action réhibitoire ou estimatoire dans l'ancien droit. Nous croyons que l'influence des *laches* anglais a aussi joué un rôle.

¹³⁴⁸ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 8, n° 1202 : « Non seulement, [cette pratique judiciaire] privait de sanction le contractant qui se trouvait encore à l'intérieur des délais de prescription, ou qui n'était pas concerné par eux, si c'est en défense qu'il invoquait la nullité; mais encore, elle niait le principe établissant que nul n'est présumé renoncer à des droits de poursuite. Or, le seul passage du temps peut fort bien s'expliquer par d'autres raisons que par un désir de renoncer au droit de critique. »

entaché de nullité relative fera échec à une action en annulation à condition qu'une volonté certaine et évidente de confirmer soit établie. En outre, elle requiert « la connaissance préalable de l'existence de la cause d'annulation par le cocontractant »¹³⁴⁹. En cas de renonciation, de confirmation ou de ratification tacites, « la preuve sera généralement indirecte ou par présomption de faits », mais elle doit exister et une fin de non-recevoir discrétionnaire ne peut la remplacer¹³⁵⁰. Cela étant dit, une fin de non-recevoir pourra bel et bien s'élever dans les cas où il n'y a pas eu de renonciation, de confirmation ou de ratification, en autant que les critères d'une fin de non-recevoir comme remède, comme sanction ou comme mesure d'équité soient rencontrés¹³⁵¹.

353. Droit d'attaquer un contrat. En matière d'assurances, la conduite d'un assureur peut équivaloir à une confirmation tacite du contrat d'assurance ou à une renonciation au droit de contester sa validité, par exemple pour fausse déclaration du risque, et faire obstacle à toute action ou défense cherchant la nullité du contrat. La Cour suprême était appelée à étudier un tel moyen dans l'affaire *Johns-Manville*, dans ce cas fondé sur le fait que l'assureur, en continuant à défendre l'assurée, avait confirmé tacitement la police et renoncé à son droit d'intenter une action en nullité. Elle y déclare que « [c]e genre de moyen de défense est plus connu sous l'appellation fin de non-recevoir » et que pour qu'il y ait fin de non-recevoir pour cette raison, il doit y avoir connaissance du vice par l'assureur et intention de l'assureur de renoncer à l'invoquer¹³⁵². Ces deux éléments peuvent être établis par tous les moyens ordinaires de preuve, y compris par présomption de faits. Notamment, « [l]a confirmation peut se présumer quand une partie à un contrat annulable exécute le contrat ou exerce des droits qui en découlent en sachant très bien que le contrat est annulable »¹³⁵³. Ainsi, un assureur confirme tacitement une police lorsqu'il assume la défense de son assuré, dans la mesure où il avait connaissance du vice¹³⁵⁴. Selon nous, il ne s'agit aucunement ici d'une fin de non-recevoir, mais simplement de l'application des règles sur la confirmation tacite et sur les présomptions de fait comme moyen de preuve.

¹³⁴⁹ *Folini*, préc., note 1213, par. 25.

¹³⁵⁰ *Id.*, par. 28; *Financière Banque Nationale inc. c. Dussault*, 2009 QCCA 1594, par. 51.

¹³⁵¹ Voir par exemple *Folini*, préc., note 1213 (application d'une fin de non-recevoir-mesure d'équité). *Contra* : voir *Ragusa*, préc., note 884.

¹³⁵² *Canadian Indemnity Co. c. Canadian Johns-Manville Co.*, [1990] 2 R.C.S. 549, 621 [*Johns-Manville*].

¹³⁵³ *Id.*, 622.

¹³⁵⁴ *Id.*, 622-623.

354. Droit de critiquer l'acte d'autrui. Dans le cadre d'un mandat ou de l'administration du bien d'autrui, la conduite de la partie représentée peut constituer une ratification tacite des actions du représentant ou une renonciation au droit de les contester. Plusieurs décisions rendues en matière de courtage sur valeurs mobilières invoquent erronément à ce sujet la notion de fin de non-recevoir¹³⁵⁵. Par exemple, un client qui ne réagit pas après avoir pris connaissance d'un avis d'exécution peut être considéré avoir ratifié l'opération de son courtier, ce qui constituerait une fin de non-recevoir à une action en responsabilité contre ce dernier¹³⁵⁶. De même, il existerait une fin de non-recevoir à l'encontre de l'action d'immigrants investisseurs qui avaient perdu des sommes importantes lors de la crise de 2008 contre l'un des cabinets de courtage impliqués, alors que leur conseiller avait fait des placements beaucoup plus spéculatifs que ce qu'ils désiraient¹³⁵⁷. Ils avaient été informés des objectifs de rendement par leur conseiller et y avaient acquiescé par leur inaction pendant deux ans¹³⁵⁸. Une autre décision a jugé que ne pas avoir, dès la découverte de la faute, liquidé les titres (si la faute est un achat) ou racheté les titres (si la faute est une vente et que les circonstances le permettent) équivalait à une ratification tacite des opérations du courtier, laquelle constituerait une fin de non-recevoir¹³⁵⁹.

355. Le succès d'un tel argument dépend des circonstances et de l'équilibre informationnel entre les parties. Il ne peut y avoir renonciation ou ratification que si le client est « bien informé du risque, [...] renseigné et capable de faire un choix éclairé »¹³⁶⁰. L'intensité du devoir de conseil du courtier ou du conseiller est inversement proportionnelle aux connaissances du client¹³⁶¹. Par exemple, un courtier qui fournit des conseils de placement ne peut s'exonérer sous prétexte que la demanderesse, qui lui a confié ses économies peu avant sa retraite et avait de faibles connaissances en la matière, a ratifié son travail par son silence et son inaction en ne signalant aucune irrégularité sur réception de ses relevés de compte mensuels¹³⁶². Encore une fois, selon nous, il ne s'agit

¹³⁵⁵ *Financière Banque Nationale c. Canonne*, 2008 QCCA 2020 [*Canonne*]; *Caron c. Voyer*, préc., note 945; *Long*, préc., note 940.

¹³⁵⁶ *Caron c. Voyer*, préc., note 945, par. 136-138.

¹³⁵⁷ *Long*, préc., note 940, par. 255-266.

¹³⁵⁸ *Id.*, par. 263.

¹³⁵⁹ *Caron c. Voyer*, préc., note 945, par. 136, 138.

¹³⁶⁰ *Financière Banque Nationale inc. c. Dussault*, préc., note 1350, par. 46.

¹³⁶¹ *Laflamme c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, préc., note 987, par. 34; *Financière Banque Nationale inc. c. Dussault*, préc., note 1350, par. 47-48.

¹³⁶² *Canonne*, préc., note 1355, par. 7-10.

aucunement ici de fins de non-recevoir et cette appellation doit être évitée dans ce genre de dossiers, qui requièrent uniquement une application méticuleuse des règles qui entourent la renonciation ou la ratification et la preuve par présomption de faits.

356. Droit de contester une décision. Selon un arrêt de la Cour d'appel, l'acquiescement tacite à une décision judiciaire ou arbitrale équivaut à une renonciation au droit de la contester et constitue une fin de non-recevoir d'une telle contestation. Alors que les parties à un contrat d'entreprise ont convenu, en cours d'exécution du projet de construction, de soumettre leurs différends à l'arbitrage du gérant du projet et des travaux, « le fait que [la demanderesse] a encaissé les chèques émis par [la défenderesse] à la suite de la décision rendue par [l'arbitre], sans aucune réserve, constitue pour elle une fin de non-recevoir à prétendre que le juge a erré concernant le mandat et le caractère arbitral de la décision de [l'arbitre] »¹³⁶³. Selon nous, il ne s'agit pas d'une fin de non-recevoir, mais simplement de la renonciation tacite à un droit.

357. Droit d'un tiers de demander la rétractation d'un jugement. Le Code de procédure civile prévoit, à l'article 349 C.p.c., les conditions d'ouverture du pourvoi en rétractation de jugement à la demande d'un tiers. Il faut (1) être une « personne dont les intérêts sont touchés » par un jugement, (2) « rendu dans une instance où ni elle ni ses représentants n'ont été appelés ». L'article prévoit également le délai pour l'exercer, sauf exceptions : « dans les six mois qui suivent la connaissance du jugement »¹³⁶⁴. Plusieurs décisions emploient la notion de fin de non-recevoir pour déterminer le sort du droit d'un tiers de demander la rétractation d'un jugement alors qu'il n'est pas intervenu dans le litige¹³⁶⁵. Selon nous, dans un tel cas, il convient simplement, d'abord, d'appliquer les critères et délais prévus par l'article 349 C.p.c., et ensuite, le cas échéant, d'évaluer s'il y a preuve d'une intention certaine de renoncer. Dans le cas contraire, le simple passage du temps ne devrait pas, en cette matière comme en toute autre, priver une partie de ses droits.

358. Or, la jurisprudence a trouvé que l'inaction d'un tiers à intervenir dans un litige dont il connaît l'existence et qu'il sait susceptible d'avoir un impact sur ses droits constitue une renonciation et une fin de non-recevoir à son droit de faire valoir, dans le futur, les arguments qu'il aurait pu

¹³⁶³ J.E. Verreault, préc., note 951, par. 113.

¹³⁶⁴ Voir aussi art. 489 C.p.c. (1965).

¹³⁶⁵ Roberge, préc., note 950, 421-422; Petite Nation, préc., note 833, par. 57-60, 77, 82-84; Claveau, préc., note 897, par. 7.

présenter dans une intervention en temps utile¹³⁶⁶. C'est le cas même si la partie aurait dû y être appelée et ne l'a pas été : elle aurait pu intervenir et ne l'a pas fait¹³⁶⁷. La question n'est donc pas de savoir si elle a été appelée ou formellement notifiée, mais plutôt sa connaissance réelle du litige¹³⁶⁸. En outre, il a été jugé qu'un tiers-opposant doit intenter son action avec une diligence raisonnable après sa connaissance du jugement, autrement, même si le délai ne constitue pas un acquiescement, son droit sera considéré comme éteint, périmé ou tardif¹³⁶⁹. Cependant, la diligence de l'opposant doit être examinée selon l'ensemble des circonstances¹³⁷⁰. « Tout est affaire de contexte » et « le passage du temps n'est pas en lui-même concluant d'un manque de diligence raisonnable, ni d'une reconnaissance, expresse ou tacite, du droit de la partie adverse », même sur une période de plusieurs décennies¹³⁷¹.

359. Par ailleurs, l'inscription du jugement au registre foncier, qui emporte publicité du droit et le rend opposable aux tiers, peut remplacer la preuve de connaissance réelle du tiers-opposant dans certaines circonstances¹³⁷². Par exemple, un délai de sept ans après l'inscription au registre du jugement définitif sur une action qui confère à la demanderesse la propriété de l'immeuble constituerait une fin de non-recevoir à une tierce-opposition¹³⁷³. Cependant, « la présomption de connaissance qui s'attache à une telle publication n'entre en jeu qu'en présence des circonstances énoncées à l'article 2943 C.c.Q. »¹³⁷⁴, qui dispose qu'un droit inscrit « est présumé connu de celui qui acquiert ou publie un droit sur le même bien ». Par exemple, l'inscription d'un jugement qui touchait la propriété de biens du domaine public, dont l'État n'avait pas été avisé, n'empêchait pas l'État d'en demander la rétractation plusieurs décennies plus tard¹³⁷⁵.

360. Il n'y avait, dans toutes ces décisions, aucune raison d'invoquer une fin de non-recevoir discrétionnaire. Plus encore, y faire appel est ici problématique, puisque susceptible de mener au rejet de droits d'action valides et légitimes. En outre, la simple négligence ne peut fonder une fin

¹³⁶⁶ *Claveau*, préc., note 897, par. 6-8. L'action initiale visait l'exécution d'un legs particulier.

¹³⁶⁷ Art. 185 C.p.c.; art. 209-211 C.p.c. (1965); *Id.*, par. 8.

¹³⁶⁸ *Claveau*, préc., note 897.

¹³⁶⁹ *Roberge*, préc., note 950, 421-422.

¹³⁷⁰ *Petite Nation*, préc., note 833, par. 59.

¹³⁷¹ *Id.*, par. 57, 60, 77, 82-84.

¹³⁷² Art. 2934, 2941 C.c.Q.; *Roberge*, préc., note 950, 421-422; *Petite Nation*, préc., note 833, par. 64.

¹³⁷³ *Roberge*, préc., note 950, 421-422.

¹³⁷⁴ *Petite Nation*, préc., note 833, par. 64.

¹³⁷⁵ *Id.*, par. 66.

de non-recevoir. Si le tiers avait connaissance que des procédures étaient en cours, sans y avoir été appelé, différents scénarios sont possibles. Le pourvoi sera rejeté, sans fin de non-recevoir, si sa connaissance des procédures était suffisante pour en inférer sa connaissance du jugement et que le délai de six mois est écoulé. Il sera également rejeté si la preuve établit son intention d'y renoncer. Si aucun de ces scénarios ne se vérifie, il n'y a simplement pas lieu de rejeter le pourvoi. Par exemple, la Cour d'appel a jugé que l'inaction d'une personne, pendant plusieurs années, pour intervenir dans une action dont elle connaissait l'existence et qu'elle savait de nature à affecter ses droits, ne constituait pas une renonciation à son droit et une fin de non-recevoir à sa demande d'intervention en appel, puisque ses droits étaient suffisamment affectés par le jugement de première instance, d'une façon qu'elle ne pouvait prévoir¹³⁷⁶. L'emploi au négatif de la notion de fin de non-recevoir, dans cet arrêt, ne devrait pas obscurcir qu'au-delà du refus de l'appliquer dans un cas particulier, il s'agissait d'une situation où il n'était pas approprié d'y avoir recours. Nous croyons que ce raisonnement s'applique autant à l'appel qu'à la rétractation.

361. La Cour d'appel a aussi jugé qu'une fin de non-recevoir pouvait faire échec à un argument d'inopposabilité d'un jugement. L'inaction d'un créancier hypothécaire à intervenir dans une action qui vise l'immeuble hypothéqué, dont il connaissait l'existence, pour y faire valoir ses moyens avant que jugement ne soit rendu, constituerait une fin de non-recevoir à son argument, dans un dossier de Cour subséquent, que ce jugement lui est inopposable et ne peut produire ses conséquences immédiates à son égard puisqu'il n'était pas une partie à l'action¹³⁷⁷. À notre avis, il s'agissait encore une fois d'une pure question de renonciation.

362. Renonciation à la prescription acquise ou au bénéfice du temps écoulé. La possibilité de renoncer à la prescription acquise ou au bénéfice du temps écoulé est encadrée par les articles 2883 à 2888 C.c.Q. L'application de ces règles ne devrait pas être remplacée par l'allégation qu'une fin de non-recevoir discrétionnaire s'élève contre le moyen fondé sur la prescription. De plus, une fin de non-recevoir ne peut faire revivre un droit qui est éteint. Par exemple, dans l'affaire *Van*

¹³⁷⁶ 9074-9094 *Québec inc. c. Fatih*, 2018 QCCA 1842, par. 9-11 [*Fatih*]. La requérante avait omis d'intervenir dans une action en passation de titre, puisque ses droits étaient antérieurs à la préinscription de l'action et qu'elle ne pouvait prévoir qu'ils seraient affectés par celle-ci.

¹³⁷⁷ *Drumcor*, préc., note 946, par. 12-14. L'action initiale visait la résiliation judiciaire d'une emphytéose entre le propriétaire et le débiteur hypothécaire. Une fois prononcée, la résiliation a mis fin à l'hypothèque consentie par l'emphytéote en vertu de l'article 1209 C.c.Q. Le propriétaire a ensuite institué une action en déclaration d'extinction et en radiation de l'hypothèque, contre laquelle le créancier a tenté de plaider que le jugement lui était inopposable.

Houtte c. D.I.C.M., la Cour d'appel a conclu que la prescription avait été interrompue, ce qui suffisait à rejeter le moyen fondé sur la prescription¹³⁷⁸. Elle a ajouté subsidiairement que puisque la défenderesse avait attendu dix ans avant de faire valoir ce moyen, les circonstances « dictent qu'on oppose une fin de non-recevoir » à sa prétention¹³⁷⁹. Selon nous, il ne s'agissait pas ici d'une fin de non-recevoir; il fallait plutôt examiner son intention de renoncer.

2. La simple illégalité

363. L'illégalité des actions du demandeur, en droit des obligations, donne-t-elle ouverture à une fin de non-recevoir discrétionnaire, et si oui, à quelles conditions? Cette question nous invite à interroger les frontières du principe selon lequel nul ne peut tirer profit de sa propre faute et illustre avec acuité les dilemmes de la conciliation des sanctions de l'inexécution d'obligations strictes du droit codifié et de la violation de devoirs généraux de bonne conduite¹³⁸⁰. Elle se manifeste dans notre droit par la maxime *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, et en droit anglais, *ex turpi causa non oritur actio*¹³⁸¹. En matière contractuelle, elle remet en cause le sort à réserver aux droits d'action qui découlent de contrats conclus en violation de la loi ou de l'ordre public, lorsque la loi ne règle pas expressément leur sort¹³⁸². En matière de responsabilité, elle met en cause l'indemnisation du préjudice subi en lien avec la commission d'un acte illégal, de même que celle de pertes pécuniaires ou non pécuniaires teintées par l'illégalité¹³⁸³.

364. Selon nous, en droit québécois, ce n'est que dans de très rares cas que l'illégalité devrait résulter en une fin de non-recevoir discrétionnaire, c'est-à-dire uniquement dans les cas où elle est nécessaire pour préserver la cohérence du droit et où les conditions d'ouverture de la fin de non-recevoir-sanction ou équité sont rencontrées. Dans la plupart des cas, les mécanismes du droit civil suffisent à résoudre de façon cohérente la question de l'illégalité¹³⁸⁴. Il existe encore peu de décisions à ce sujet au Québec; cependant, l'emploi croissant des fins de non-recevoir, selon des conditions souvent floues, laisse la porte ouverte à des développements jurisprudentiels qui

¹³⁷⁸ *Groupe Van Houtte inc. (A.L. Van Houtte ltée) c. Développements industriels et commerciaux de Montréal inc.*, 2010 QCCA 1970, par. 30-31 [*Van Houtte c. D.I.C.M.*].

¹³⁷⁹ *Id.*, par. 36.

¹³⁸⁰ Voir notamment E. MACKAAY, V. LEBLANC, N. KOST-DE-SÈVRES et E. DARANKOUM, préc., note 869.

¹³⁸¹ Le droit d'action ne naît pas d'une cause indigne : *Hall v. Hebert*, préc., note 859, 171.

¹³⁸² *Infra*, par. 365 et suiv.

¹³⁸³ *Infra*, par. 372 et suiv.

¹³⁸⁴ Cf. *Groupe conseil Cerca inc. c. Blond et Associés inc.*, 2018 QCCA 231, par. 17.

étendraient le mécanisme au domaine de la simple illégalité. Une étude comparative de l'appréhension de l'illégalité en droit anglais et en droit québécois, dans le domaine contractuel (i) et dans celui de la responsabilité civile extracontractuelle (ii) comporte son lot de mises en garde et nous font croire qu'un tel développement est loin d'être souhaitable.

i. En matière contractuelle

365. La doctrine de l'illégalité en droit anglais est une institution dans la tourmente qui a fait l'objet de vives critiques et de nombreux revirements jurisprudentiels. En 1775, le juge en chef de l'Angleterre et du pays de Galles, lord Mansfield, dans l'arrêt *Holman v. Johnson*, ouvre la voie à plusieurs siècles de débats vigoureux lorsqu'il déclare : « *No court will lend its aid to a man who founds his cause of action upon an immoral or an illegal act* »¹³⁸⁵. Conscient des idéaux qui s'affrontent, il ajoute que cette défense n'est pas en faveur du défendeur, mais est plutôt « *founded in general principles of policy, which the defendant has the advantage of, contrary to the real justice, as between him and the plaintiff, by accident* »¹³⁸⁶.

366. En Angleterre et au pays de Galles, un contrat illégal ou contraire à l'ordre public est simplement *unenforceable* et peut produire des effets, dont le transfert d'un titre de propriété¹³⁸⁷. Quant aux prestations versées en vertu de ce contrat, le principe traditionnel est le maintien du *statu quo*¹³⁸⁸. Lorsque les deux parties sont également coupables, toute aide leur est refusée afin de préserver la dignité des tribunaux et de dissuader la violation de la loi¹³⁸⁹. En principe, aucune compensation pour enrichissement injustifié n'est accordée au demandeur quant à la prestation versée. Cependant, dans certaines circonstances où l'une des parties est moins blâmable que l'autre, par exemple lorsqu'elle a conclu le contrat sous la contrainte, par la fraude ou par erreur de fait ou si elle appartient à la catégorie de personnes que la loi enfreinte visait à protéger, elle pourra obtenir compensation¹³⁹⁰. Le résultat de la règle traditionnelle, laquelle répond à des

¹³⁸⁵ *Holman v. Johnson* (1775), 1 Cowp. 341, 343.

¹³⁸⁶ *Id.*

¹³⁸⁷ Nelson ENONCHONG, « Effects of Illegality: A Comparative Study in French and English Law », (1995) 44 *I.C.L.Q.* 196, 199; E. MCKENDRICK, préc., note 554, par. 8.249-8.255. Au sujet de la notion de contrat illégal ou contraire à l'ordre public en droit anglais, voir *Id.*, par. 8.211-8.248.

¹³⁸⁸ N. ENONCHONG, préc., note 1387, 197, 205.

¹³⁸⁹ *Id.*, 197, 207; E. MCKENDRICK, préc., note 554, par. 8.256.

¹³⁹⁰ N. ENONCHONG, préc., note 1387, 197, note 2. Pour une discussion détaillée des exceptions au principe traditionnel, voir E. MCKENDRICK, préc., note 554, par. 8.257-8.266.

objectifs de politique publique, était souvent contraire à la justice entre les parties¹³⁹¹. Cette règle a toutefois été assouplie au fil du temps par la création d'exceptions et leur application constamment élargie, dans un mouvement du droit vers une fragmentation et une confusion toujours plus grandes¹³⁹². La doctrine de l'illégalité a suscité maintes controverses et a été étudiée à plusieurs reprises par la *Law Commission* de l'Angleterre et du pays de Galles¹³⁹³. Ces difficultés reflètent les objectifs contradictoires du droit anglais, qu'il ne parvient qu'avec embarras à concilier. Ceux-ci incluent la poursuite des objectifs de la règle qui prohibe la conduite illégale, la cohérence du droit, empêcher un demandeur de profiter de sa propre faute, la dissuasion, la préservation de l'intégrité du système juridique, la punition et la protection de la dignité des tribunaux¹³⁹⁴.

367. Comme la prescription ou la doctrine de *res judicata*, l'illégalité est une défense générale; elle n'est pas spécifique à certaines causes d'action¹³⁹⁵. Un défendeur peut l'invoquer à l'encontre d'actions en common law ou en equity, dans des circonstances extrêmement variées¹³⁹⁶. La gravité de l'illégalité peut aller d'anodine à sérieuse et la connexité entre l'illégalité et la cause d'action, aussi appelée la centralité de l'illégalité, d'éloignée à inextricable¹³⁹⁷. La culpabilité comparative des parties et leur connaissance de la situation varient, de même que la proportionnalité entre l'illégalité et le rejet de l'action et l'existence d'autres sanctions déjà imposées en lien avec l'illégalité¹³⁹⁸. Dans le sillage de deux décisions rendues en 1944 et en 1993 par la Chambre des lords, vigoureusement critiquées¹³⁹⁹, les tribunaux ont tour à tour mis de l'avant de multiples

¹³⁹¹ Graham VIRGO, « Illegality's Role in the Law of Torts », dans Matthew DYSON (dir.), *Unravelling Tort and Crime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, en ligne : <<https://doi.org/10.1017/CBO9781107588820>>; N. ENONCHONG, préc., note 1387, 208.

¹³⁹² G. VIRGO, préc., note 1391; N. ENONCHONG, préc., note 1387, 204, 208-209.

¹³⁹³ THE LAW COMMISSION, *Illegal Transactions: the Effect of Illegality on Contracts and Trusts*, LCCP 154, London, 1999; THE LAW COMMISSION, *The Illegality Defence in Tort. A Consultation Paper*, LCCP 160, London, 2001; THE LAW COMMISSION, *Consultative Report on the Illegality Defence*, LCCP 189, London, 2009; THE LAW COMMISSION, *The Illegality Defence*, Law Com 320, London, 2010.

¹³⁹⁴ THE LAW COMMISSION, préc., note 1393, par. 8.1; G. VIRGO, préc., note 1391.

¹³⁹⁵ James GOUDKAMP, *Tort Law Defences*, Oxford, Hart Publishing, 2016, p. 9.

¹³⁹⁶ *Patel v. Mirza*, 2016 UKSC 42, par. 2.

¹³⁹⁷ THE LAW COMMISSION, préc., note 1393, par. 1.2; *Patel v. Mirza*, préc., note 1396, par. 92.

¹³⁹⁸ THE LAW COMMISSION, préc., note 1393, par. 1.2; *Patel v. Mirza*, préc., note 1396, par. 92.

¹³⁹⁹ *Bowmakers Ltd v. Barnet Instruments*, [1944] 2 All E.R. 579, [1945] K.B. 65 (arrêt de common law qui crée une exception, appelée *reliance principle*, à la règle traditionnelle de non-restitution); *Tinsley v. Milligan*, 1993 UKHL 3 (arrêt qui étend l'exception de *Bowmakers* au domaine de l'equity). La non-restitution a été accusée de produire des

approches¹⁴⁰⁰. Un flou artistique règne dans la définition même du concept d'illégalité¹⁴⁰¹. En 2009, la *Law Commission* constate que le droit anglais peine à en arriver à des règles cohérentes qui permettent de concilier l'ensemble de ses objectifs : « *The result is a body of law which is technical, uncertain and sometimes arbitrary. It often lacks transparency. Occasionally it produces results which may appear unduly harsh.* »¹⁴⁰²

368. Depuis 2014, la Cour suprême du Royaume-Uni a étudié l'illégalité dans quatre décisions, sans en arriver à un consensus. Ces décisions, une série de revirements avec de fortes dissidences, révèlent une Cour divisée entre des juges qui préfèrent une approche flexible fondée sur une discrétion large et l'équilibre entre diverses préoccupations de politique publique et des juges qui favorisent une approche stricte fondée sur une discrétion restreinte, encadrée par des critères de cohérence et de connexité¹⁴⁰³. En 2016, l'approche flexible l'emporte dans l'affaire *Patel v.*

résultats injustes, en permettant au défendeur de bénéficier d'une manne financière et en laissant le demandeur désavantagé, et de prioriser indûment la dissuasion et la dignité des tribunaux au détriment d'autres préoccupations, dont la prohibition de tout enrichissement injustifié : N. ENONCHONG, préc., note 1387, 207; G. VIRGO, préc., note 1391. L'exception de *Bowmakers* était vue comme tout aussi insatisfaisante. Par son application systématique, elle ne donnait aux tribunaux aucun moyen de refuser la restitution à des demandeurs qui ne la méritaient pas : N. ENONCHONG, préc., note 1387, 209.

¹⁴⁰⁰ S. ERBACHER, préc., note 859, p. 5-6. En plus ou au lieu du *reliance principle*, les juges se sont tournés vers un test de causalité, se demandant si l'illégalité était la cause réelle ou effective du préjudice : *Id.*, ou vers un test d'acceptabilité sociale, se demandant si « *the public conscience would be affronted if relief was granted* » : G. VIRGO, préc., note 1391. D'autres se sont demandé si la cause d'action avait « *an inextricable link* » avec l'acte illégal : S. ERBACHER, préc., note 859, p. 5-6; *Cross v. Kirkby*, [2000] EWCA Civ. 426; si accueillir l'action créerait une incohérence dans le droit : S. ERBACHER, préc., note 859, p. 5-6; *Hounga v. Allen*, 2014 UKSC 47, par. 57 (Hughes S.C.J., avec l'accord de Carnwath S.C.J.); *Patel v. Mirza*, préc., note 1396, par. 192 (Mance S.C.J.), 214 (Clarke S.C.J.), 230-232 (Sumption S.C.J.); ou si cela serait incompatible avec l'objectif de la loi prohibant la conduite : S. ERBACHER, préc., note 859, p. 5-6; *Hounga v. Allen*, préc., par. 55 (Hughes S.C.J., avec l'accord de Carnwath S.C.J.); *Patel v. Mirza*, préc., note 1396, par. 101 (Toulson, Hale et Kerr S.C.J., avec l'accord de Wilson et Hodge S.C.J.).

¹⁴⁰¹ Au-delà de la commission d'une infraction pénale, le concept inclut-il la conduite qui donne ouverture à des pénalités de nature civile ou administrative, la commission d'un délit, la conduite qui viole certaines autres règles du droit civil, voire la conduite immorale? À ce sujet, voir G. VIRGO, préc., note 1391.

¹⁴⁰² THE LAW COMMISSION, préc., note 1393, par. 1.3. L'état du droit est tel que deux juges de la Cour suprême du Royaume-Uni ont pris la plume afin de dénoncer son caractère inadéquat et d'inviter la *Law Commission* à intervenir : J. SUMPTION, « Reflections on the Law of Illegality », (2012) 20 *R.L.R.* 1; J. MANCE, « *Ex Turpi Causa – When Latin Avoids Liability* », (2014) 18 *Ed. L. Rev.* 175.

¹⁴⁰³ *Hounga v. Allen*, préc., note 1400 (cas de discrimination en emploi contre une immigrante non autorisée à travailler en sol anglais; la majorité condamne le test de causalité en raison de sa subjectivité et favorise une approche flexible de *public policy*); *Les Laboratoires Servier v. Apotex Inc.*, 2014 UKSC 55, par. 13-20 (Sumption, Neuberger et Clarke S.C.J.) (cas de perte de profits tirés de la contrefaçon de brevets; la majorité rejette l'approche discrétionnaire, le cœur de l'analyse est la connexité entre l'illégalité et la cause d'action); *Bilta (UK) Ltd (in liquidation) v. Nazir*

*Mirza*¹⁴⁰⁴. Selon la majorité, la justification essentielle de la doctrine de l'illégalité est qu'il est contraire à l'intérêt public d'accueillir une action qui serait dommageable pour l'intégrité du système de justice¹⁴⁰⁵. Afin de déterminer si l'intérêt public requiert le rejet d'une action, les tribunaux exercent une discrétion large et doivent considérer l'objectif du domaine de droit prohibant la conduite, les autres politiques publiques pertinentes et la proportionnalité de refuser le remède, tout en se rappelant que la punition relève des tribunaux criminels¹⁴⁰⁶. Ce qui était au départ le principe, la non-restitution, devient l'exception : ce n'est que dans de rares cas que la défense d'illégalité fera échec à une action en enrichissement injustifié autrement valide¹⁴⁰⁷. Cependant, de fortes dissidences maintiennent une préférence pour une approche plus encadrée, fondée sur la cohérence du droit¹⁴⁰⁸. Ce résultat n'a pas satisfait les auteurs, loin de là¹⁴⁰⁹. Bref, la doctrine de l'illégalité en droit anglais a fort mauvaise réputation : « *Fundamental questions relating to its role are under-examined and under-theorised. It is difficult even to identify an acceptable definition of illegality; to determine whether it should defeat tort claims in all, some or any cases, and, if it applies, what might be the basis for determining its application* »¹⁴¹⁰.

369. Le droit civil ne possède aucun équivalent à la doctrine anglaise de l'illégalité, l'analyse à cet égard y étant subsumée dans ses principes d'application générale, et il semble au demeurant fort bien s'en passer, ayant évité pour l'essentiel les écueils rencontrés par la common law dans l'appréhension de l'illégalité. La notion de fin de non-recevoir, cependant, a le potentiel d'ouvrir la porte, en droit civil, à ce genre d'argument et aux confusions qui lui sont associées.

(*No 2*) (*Sup. name Jetivia SA v. Bilta (UK) Ltd*), 2015 UKSC 23 (cas de responsabilité envers une société insolvable d'individus ayant participé à une fraude fiscale menée par ses administrateurs; maintien de l'approche de l'affaire *Servier*); *Patel v. Mirza*, préc., note 1396 (cas d'enrichissement injustifié; nouveau revirement en faveur de l'approche flexible de *public policy*). Voir S. ERBACHER, préc., note 859, p. 5-6.

¹⁴⁰⁴ S. ERBACHER, préc., note 859, p. 6.

¹⁴⁰⁵ *Patel v. Mirza*, préc., note 1396, 120 (motifs de la majorité par Toulson S.C.J., avec l'accord de Hale, Kerr, Wilson et Hodge S.C.J.).

¹⁴⁰⁶ *Id.*, par. 120.

¹⁴⁰⁷ *Id.*, par. 121.

¹⁴⁰⁸ S. ERBACHER, préc., note 859, p. 6; *Patel v. Mirza*, préc., note 1396 (motifs de Mance, Clarke et Sumption S.C.J.).

¹⁴⁰⁹ S. ERBACHER, préc., note 859, p. v, 5 : « *The law of illegality is still in turmoil nearly a quarter of a millennium after Lord Mansfield's sweeping pronouncement in Holman v Johnson [...] The UK Supreme Court now appears to have abandoned attempts to identify a principled basis for illegality doctrine, retreating in Patel v Mirza to a discretionary approach [...] The law of illegality in the United Kingdom has rightly been criticised for its 'complexity, capriciousness and injustice' [...]* ».

¹⁴¹⁰ G. VIRGO, préc., note 1391.

370. Au Québec, le contrat dont l'objet ou la cause est en violation de la loi ou contraire à l'ordre public est frappé de nullité, laquelle est absolue si l'intérêt général est en jeu¹⁴¹¹. Sous le Code civil du Bas-Canada, il était obligatoire pour obtenir la nullité que le cocontractant ait eu connaissance du motif illicite déterminant¹⁴¹² et dans les cas d'illégalité, les tribunaux refusaient souvent la restitution des prestations en invoquant la maxime *nemo auditur*¹⁴¹³. Avec le Code civil du Québec, l'exigence de connaissance par le cocontractant a été abandonnée¹⁴¹⁴ et les articles 1699 à 1707 C.c.Q. sur la restitution des prestations ont été adoptés. En vertu de l'article 1699 C.c.Q., la restitution doit avoir lieu dans tous les cas; cependant, le tribunal dispose du pouvoir de la refuser ou d'en modifier l'étendue ou les modalités, de façon exceptionnelle, lorsqu'elle accorderait un avantage indu à l'une des parties¹⁴¹⁵. Le ministre de la Justice a précisé dans ses commentaires son intention de mettre de côté l'adage romain, puisque celui-ci « conduit bien souvent à ajouter une seconde immoralité à la première, en provoquant l'enrichissement indu de l'une des parties »¹⁴¹⁶. Bien que quelques jugements aient continué d'invoquer l'adage *nemo auditur* pour refuser la restitution, une jurisprudence majoritaire rejette désormais l'application des maximes romaines et demande, afin d'exercer le pouvoir conféré par l'article 1699 al. 2 C.c.Q., la preuve d'un réel avantage indu au-delà de la seule violation de l'ordre public¹⁴¹⁷.

371. Ce faisant, la règle accomplit à la fois son objectif de politique publique, c'est-à-dire de priver les contrats illicites de tout effet en favorisant le retour au *statu quo ante* et en aidant la partie qui tente d'en effacer les conséquences, de même qu'une certaine justice entre les parties¹⁴¹⁸. Plutôt que de retenir une règle de politique publique, souvent aux dépens de la justice entre les parties, comme le fait le droit anglais, le droit québécois favorise une voie du milieu : ses stratégies reflètent le souci d'assurer une justice commutative en accordant une discrétion judiciaire limitée

¹⁴¹¹ Art. 1411-1412, 1417, 1422 C.c.Q. Voir Robert P. KOURI, « Le contractant de bonne foi et la cause illégale : réflexions sur le mutisme du législateur », (2000) 102 *R. du N.* 171.

¹⁴¹² *Id.*, 173-174.

¹⁴¹³ *Id.*, 175. Voir cependant *Consumers Cordage Co. v. Connolly*, préc., note 1031; *Lapointe v. Messier*, (1914) 49 R.C.S. 271; qui statuent clairement que l'illégalité ne devrait plus, depuis la codification de 1865, et contrairement à l'ancien droit et au droit anglais, faire obstacle à la restitution.

¹⁴¹⁴ R.P. KOURI, préc., note 1411, 175.

¹⁴¹⁵ Art. 1699 al. 2 C.c.Q.

¹⁴¹⁶ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 10, article 1699 C.c.Q.

¹⁴¹⁷ Voir par exemple *Bellingham Trading Ltd. c. Metropolitan Fund Management Ltd.*, 2005 CanLII 92424, par. 283-285 (QC C.S.), conf. sur ce point par 2008 QCCA 661; *El Roi, LLC c. Pousoulidis*, 2006 QCCS 5093, par. 78-88.

¹⁴¹⁸ Cf. N. ENONCHONG, préc., note 1387, 197, 207-208.

afin d'éviter tout avantage indu dans un cas particulier. En outre, ce résultat est atteint sans qu'il soit nécessaire – ou approprié – de faire appel à une fin de non-recevoir-sanction.

ii. En responsabilité civile extracontractuelle

372. La doctrine anglaise de l'illégalité a d'abord été développée en matière de contrats et d'enrichissement injustifié. Au 20^e siècle, des décisions ont soulevé des doutes sur son applicabilité en matière délictuelle¹⁴¹⁹. Après des hésitations initiales, il est désormais établi qu'elle concerne tous les délits¹⁴²⁰. Elle s'y manifeste toutefois sous une forme distinctive et son application y est beaucoup moins aisée¹⁴²¹.

373. L'illégalité est une doctrine polymorphe aux fonctions multiples. Certains ont cru qu'elle était une règle de *standing*, même s'il est généralement accepté que les règles de *standing* sont réservées au droit public et qu'il n'en existe pas dans le droit des obligations¹⁴²². Il est vrai que sa formulation par les juges peut parfois le laisser penser, notamment lorsqu'ils parlent de refuser de prêter assistance à celui qui a commis un acte répréhensible¹⁴²³ ou de fermer devant lui les portes de la Cour¹⁴²⁴. Or, dans le monde moderne, il semble clair que l'illégalité n'opère pas comme une règle de *standing*¹⁴²⁵. Comprendre le rôle de l'illégalité requiert de s'attarder à la structure même du droit des délits dans les droits de tradition anglaise, avec son nombre limité de causes d'action spécifiques, chacune avec ses éléments propres. Le professeur James Goudkamp a proposé une taxonomie des plaidoyers possibles en matière de délits, laquelle éclaire les rôles variés que joue l'illégalité¹⁴²⁶. Selon Goudkamp, deux types de plaidoyers peuvent être offerts à l'encontre d'une action en responsabilité délictuelle : celui qui empêche que la responsabilité soit retenue (*liability-*

¹⁴¹⁹ *National Coal Board v. England*, [1954] A.C. 403, 419 (H.L.); THE LAW COMMISSION, préc., note 1393, par. 7.2.

¹⁴²⁰ J. GOUDKAMP, préc., note 1395, p. 9, 149; THE LAW COMMISSION, préc., note 1393, par. 7.2.

¹⁴²¹ *Hall v. Hebert*, préc., note 859, 171-172; G. VIRGO, préc., note 1391; James GOUDKAMP et John MURPHY, « The Failure of Universal Theories of Tort Law », (2015) 21 *Legal Theory* 47, 74; J. GOUDKAMP, préc., note 1395, p. 10.

¹⁴²² J. GOUDKAMP, préc., note 1395, p. 30.

¹⁴²³ *Holman v. Johnson*, préc., note 1385, 343.

¹⁴²⁴ J. GOUDKAMP, préc., note 1395, p. 31.

¹⁴²⁵ *Id.* Selon plusieurs, une telle interprétation rappelle les concepts médiévaux d'*outlawry* et de *caput lutinum*, selon lesquels un criminel abandonne toute protection de la loi et ne peut demander l'aide des tribunaux, inacceptables dans la société contemporaine : James GOUDKAMP, « A Revival of the Doctrine of Attainder? The Statutory Illegality Defences to Liability in Tort », (2007) 29 *Sydney L. Rev.* 445, 446-448; J. GOUDKAMP, préc., note 1395, p. 31; Pierre Jr. LEGRAND, « La dynamique de l'impunité : autour de la défense d'*ex turpi causa* en common law des délits civils », (1991) 36 *McGill L.J.* 609, 609 et 610; *Hall v. Hebert*, préc., note 859, 183; *Cross v. Kirkby*, préc., note 1400.

¹⁴²⁶ J. GOUDKAMP, préc., note 1395.

defeating) et celui qui restreint l'étendue du remède accordé au demandeur (*remedy-restricting*). Les plaidoyers de type *liability-defeating* se divisent en deux catégories : les *denials* et les *defences*. Alors que les *denials* nient la présence d'un élément constitutif de la cause d'action (par exemple, une faute, un lien causal ou une obligation de diligence), les *defences* prennent pour acquis que le demandeur est en mesure d'établir les éléments de sa cause d'action et offrent une raison autre pour rejeter le recours. En cela, elles correspondent aux exceptions péremptoires du droit civil¹⁴²⁷. Les *defences* se divisent à leur tour entre les *justificatory defences*, dont l'application dépend du caractère raisonnable de la conduite du défendeur, et les *public policy defences*, qui ne se préoccupent pas de cette conduite et ont pour but de reconnaître que les objectifs du droit des délits doivent parfois être mis de côté en faveur d'autres objectifs. L'illégalité occupe, tour à tour et selon les juridictions, plusieurs de ces catégories.

374. Sur le plan factuel, l'illégalité comme moyen de défense peut être liée à la conduite du demandeur au moment des faits, laquelle concerne surtout des réclamations pour préjudice corporel subi lors de la commission d'un acte illicite. Elle peut aussi être liée aux dommages réclamés par le demandeur, lorsque sa réclamation vise à transférer à une autre personne le fardeau d'une sanction pénale ou à compenser la perte de profits et revenus liés à des activités illégales¹⁴²⁸. La comparaison de chacune de ces situations révèle que, comme en matière de contrats, le droit civil n'a pas rencontré les mêmes problèmes que le droit anglais.

375. L'illégalité liée à la conduite du demandeur. Plusieurs juridictions distinguent les cas d'entreprise illégale commune entre le demandeur et le défendeur (*joint illegality*) des cas où le demandeur agissait sans la participation du défendeur (*unilateral illegality*), et ce, au moins pour le délit de négligence¹⁴²⁹. Les cas d'entreprise illégale commune incluent, par exemple, la

¹⁴²⁷ La distinction entre *denial* et *defence* correspond à celle, en droit civil, entre défenses et exceptions, mais le mot anglais *defence* prend la signification inverse de celle attribuée au mot français défense.

¹⁴²⁸ Cette classification est directement inspirée de la classification tripartite proposée par Sharon Erbacher : *claims for physical injuries sustained in the course of committing an illegal act, sanction-shifting and related claims*, et *claims for illegal profits and earnings*. Voir S. ERBACHER, préc., note 859, p. 3.

¹⁴²⁹ C'est le cas en Écosse et en Irlande, où les tribunaux nient l'existence d'une obligation de diligence entre des participants à une entreprise illégale commune : J. GOUDKAMP, préc., note 1395, p. 71. C'est aussi le cas en Australie, où plusieurs défenses d'illégalité statutaires coexistent avec la common law. En common law, la High Court of Australia refuse la réparation du préjudice corporel subi lors de la participation à une entreprise illégale commune, tout en permettant généralement les actions en cas d'illégalité unilatérale : *Miller v. Miller*, 2011 HCA 9; S. ERBACHER, préc., note 859, p. 4-5. Cela produit le résultat étrange de placer le défendeur qui a participé à l'illégalité

réclamation d'un passager à la suite de la conduite d'un véhicule volé avec le défendeur ou la réclamation d'un malfaiteur contre son complice à la suite d'une fuite des lieux d'un crime¹⁴³⁰. Quant à l'illégalité unilatérale, il peut s'agir de la blessure subie par un cambrioleur en raison de la négligence ou d'une attaque de l'occupant¹⁴³¹ ou de celle subie par un conducteur qui dépassait la limite de vitesse, en raison de la négligence d'un autre¹⁴³².

376. Quelles sont les conditions d'application de la doctrine de l'illégalité dans ce domaine? En 2000, la Cour d'appel de l'Angleterre et du pays de Galles¹⁴³³ a remplacé le *reliance principle* de *Tinsley v. Milligan* par la question de savoir si la cause d'action du demandeur est si inextricablement liée à sa conduite criminelle que la Cour ne peut lui donner raison sans paraître la cautionner¹⁴³⁴. En 2009, dans un arrêt en matière de négligence, ce test a été abandonné en faveur du rejet de l'action si l'illégalité des gestes du demandeur est la cause réelle ou effective du préjudice qu'il a subi¹⁴³⁵. Dans cet arrêt, la Cour suprême du Royaume-Uni décrit les deux manifestations possibles de la doctrine de l'illégalité en matière de négligence comme étant des ruptures de la causalité. Dans sa forme large, une personne ne peut obtenir compensation pour une perte subie en conséquence de sa propre action criminelle. Dans sa forme étroite, une personne ne peut obtenir compensation pour des dommages qui découlent d'une peine légalement imposée en conséquence de ses actions illégales¹⁴³⁶. Cette affaire portait sur un cas d'illégalité unilatérale, mais le même principe a par la suite été appliqué dans des cas d'entreprise illégale commune¹⁴³⁷. Depuis cette décision, en matière de négligence, l'illégalité est considérée en Angleterre comme

en meilleure posture que celui qui n'était pas impliqué : J. GOUDKAMP, préc., note 1425, 450. Le professeur Goudkamp a plaidé pour l'abolition de la défense d'entreprise illégale commune, une « *stain on the law of torts* » dont aucun argument raisonnable ne soutiendrait l'existence : James GOUDKAMP, « The Defence of Joint Illegal Enterprise », (2010) 34 *Melbourne U.L. Rev.* 425. Son pouvoir de dissuasion est restreint et elle risque d'imposer une double punition au demandeur déjà sanctionné par le droit pénal et de ne pas être proportionnelle à la gravité du crime, puisque la compensation perdue dépend des dommages causés par le défendeur : J. GOUDKAMP, préc., note 1425, 451-452.

¹⁴³⁰ S. ERBACHER, préc., note 859, p. 3.

¹⁴³¹ *Id.*

¹⁴³² THE LAW COMMISSION, préc., note 1393, par. 7.1.

¹⁴³³ Ci-après, E.W.C.A. ou Cour d'appel anglaise.

¹⁴³⁴ *Cross v. Kirkby*, préc., note 1400; Lincoln CAYLOR et Martin KENNEY, « *In Pari Delicto and Ex Turpi Causa: The Defence of Illegality – Approaches Taken in England and Wales, Canada and the U.S.* », (2017) 18 *Bus. L. Int'l* 259.

¹⁴³⁵ *Gray v. Thames Trains Ltd.*, 2009 UKHL 33 [*Thames Trains*]; S. ERBACHER, préc., note 859, p. 5.

¹⁴³⁶ *Thames Trains*, préc., note 1435, par. 29; G. VIRGO, préc., note 1391.

¹⁴³⁷ J. GOUDKAMP, préc., note 1395, p. 61.

un *denial* du lien de causalité, contrairement à la situation dans les autres droits de tradition anglaise¹⁴³⁸. Cependant, pour d'autres délits, l'illégalité peut agir comme *public policy defence*.

377. En 2010, la *Law Commission* avait conclu que la doctrine de l'illégalité en matière de délits atteindrait un état satisfaisant en laissant toute réforme requise entre les mains des tribunaux¹⁴³⁹. D'aucuns ont prétendu que les développements confus qui s'en sont suivis ont prouvé son erreur et que ce domaine entier du droit est en urgent besoin d'une réforme « *beyond redemption by the courts* »¹⁴⁴⁰. Sharon Erbacher, dans sa thèse de doctorat¹⁴⁴¹, critique l'approche de politique publique de *Patel v. Mirza* comme conceptuellement incohérente et nuisible à la stabilité de la doctrine de l'illégalité, et plaide en faveur d'une analyse basée sur la cohérence du droit, fondée sur les théories weinribiennes¹⁴⁴² et similaire à la position retenue par la Cour suprême du Canada.

378. En common law canadienne, depuis l'arrêt *Hall v. Hebert* de 1993, le droit est clair et d'application restreinte¹⁴⁴³. La doctrine de l'illégalité y fonctionne comme une *defence* à une cause d'action autrement valide et complète, et non comme un *denial*¹⁴⁴⁴. Sa seule justification est le devoir des tribunaux de préserver l'intégrité du système juridique en assurant sa cohérence; elle ne doit donc s'appliquer que dans les circonstances limitées où cette intégrité est en jeu¹⁴⁴⁵. En matière de délits, c'est le cas si le demandeur tente d'échapper aux effets de la loi qui prohibe sa conduite (y compris toute sanction pénale) ou s'il cherche à tirer profit de cette conduite (par la réclamation de dommages punitifs ou d'une compensation pour des revenus tirés d'activités illicites)¹⁴⁴⁶. En général, la défense d'illégalité n'est pas disponible en matière de préjudice corporel et l'existence d'une entreprise illégale commune n'est pas pertinente à l'analyse¹⁴⁴⁷. Outre les exceptions restreintes mentionnées, le comportement du demandeur est indifférent, sauf dans la mesure où il constitue une faute contributive qui doit entraîner une répartition des dommages¹⁴⁴⁸.

¹⁴³⁸ *Id.*, p. 61-62.

¹⁴³⁹ THE LAW COMMISSION, préc., note 1393, par. 3.37-3.41.

¹⁴⁴⁰ James GOUDKAMP et Mimi ZOU, « The Defence of Illegality in Tort Law: Beyond Judicial Redemption? Case and Comment », (2015) 74 *Cambridge L.J.* 13, 14, 16.

¹⁴⁴¹ S. ERBACHER, préc., note 859, p. 8-12.

¹⁴⁴² E.J. WEINRIB, préc., note 859.

¹⁴⁴³ *Hall v. Hebert*, préc., note 859; S. ERBACHER, préc., note 859, p. 6.

¹⁴⁴⁴ *Hall v. Hebert*, préc., note 859, 169, 181.

¹⁴⁴⁵ *Id.*, 169.

¹⁴⁴⁶ *Id.*, 172-177.

¹⁴⁴⁷ *Id.*, 169, 176, 179.

¹⁴⁴⁸ *Id.*, 177.

La juge McLachlin, au nom de la majorité, s'inspire explicitement des idées du professeur Ernest Weinrib et justifie la solution retenue par l'idéal d'unité conceptuelle du droit et par le fait que le droit des délits est relationnel et vise à accomplir justice entre les parties¹⁴⁴⁹. En 2008, dans l'arrêt *Zastowny*, la Cour suprême a confirmé cette approche stricte¹⁴⁵⁰.

379. Bref, la doctrine de l'illégalité agit ici comme *denial*, là comme *public policy defence*, et ailleurs comme *remedy-restricting rule* (lorsqu'elle empêche l'attribution de chefs de dommage ou entraîne un partage de responsabilité). Les tribunaux peuvent la soulever *proprio motu* en tant que *public policy defence*, mais les parties doivent la plaider dans les autres cas¹⁴⁵¹. Cette anomalie a incité le professeur Goudkamp à suggérer l'adoption en droit anglais du modèle canadien, selon lequel l'illégalité n'est jamais un *denial*¹⁴⁵². Les critères de la doctrine de l'illégalité en droit anglais sont en état de flux et l'impact des développements récents demeure incertain. De façon générale, le droit anglais restreint graduellement la portée du principe *ex turpi causa*, mais comme l'exprimait le lord juge Etherton dans l'arrêt *Servier*, les décisions dépendent inévitablement des faits de chaque espèce et les énoncés de droit ou de principe qu'elles contiennent sont difficilement conciliables¹⁴⁵³. Au Canada, toutefois, le droit est clair et la défense *ex turpi causa* est d'application restreinte et exceptionnelle. Elle entre en jeu uniquement lorsqu'un recours menace l'intégrité du système judiciaire, ce qui mène à une indemnisation large des victimes de délits. Au cœur de cette mosaïque complexe, la relation entre justice et ordre public est le « *golden thread that underlies the true role of illegality in the law of torts* »¹⁴⁵⁴.

380. L'appréhension de l'illégalité de la conduite du demandeur par le droit civil québécois est bien plus simple qu'en droit anglais et mène à une indemnisation plus généreuse¹⁴⁵⁵. Au-delà de

¹⁴⁴⁹ E.J. WEINRIB, préc., note 859; *Hall v. Hebert*, préc., note 859, 176-178, 181-182. Ce jugement est cité comme l'un des principaux exemples de l'influence du professeur Weinrib sur le droit privé au Canada : Derek MCKEE, « The Responsibility of Common Law Scholarship: A Case Study », (2016) 118 *R. du N.* 283.

¹⁴⁵⁰ *British Columbia v. Zastowny*, 2008 CSC 4 [*Zastowny*]; Lorne NEUDORF, « Case Comment on *British Columbia v. Zastowny*: Shifting Sanctions and Personal Responsibility », (2010) 73 *Sask. L. Rev.* 131, 132.

¹⁴⁵¹ *Cross v. Kirkby*, préc., note 1400; THE LAW COMMISSION, préc., note 1393, par. 7.22; J. GOUDKAMP, préc., note 1395, p. 19, 144.

¹⁴⁵² J. GOUDKAMP, préc., note 1429, 435-436; J. GOUDKAMP, préc., note 1395, p. 144; *Hall v. Hebert*, préc., note 859.

¹⁴⁵³ *Les Laboratoires Servier v. Apotex Inc.*, [2012] EWCA Civ. 593, par. 63.

¹⁴⁵⁴ G. VIRGO, préc., note 1391.

¹⁴⁵⁵ Voir par exemple Albert MAYRAND, « À quand le trépas du “trespasser”? », (1961) 21 *R. du B.* 1; Benoît MOORE, « Réflexions sur l'influence de la common law en droit québécois de la responsabilité civile – Albert Mayrand, “À

ses principes généraux, le droit civil ne contient pas de règles spécifiques sur l'illégalité. Les règles générales de la responsabilité civile sont applicables¹⁴⁵⁶. Le demandeur doit établir une faute, un dommage et le lien de causalité entre les deux. L'acceptation des risques par la victime n'exonère généralement pas le défendeur, sauf dans les cas exceptionnels où la volonté libre et éclairée de la victime est suffisante pour qu'une fin de non-recevoir s'élève¹⁴⁵⁷. Une imprudence fautive peut être considérée comme une faute contributive et entraîner un partage de responsabilité. L'illégalité est parfois analysée sous cet angle¹⁴⁵⁸. Cependant, pour obtenir un rejet, les critères sont exigeants et pour entraîner un partage de responsabilité, l'illégalité doit constituer une faute civile causale.

381. Le plus souvent, les tribunaux québécois ne font même pas mention de la question de la licéité des actions du demandeur. Ils ont ainsi accordé une indemnisation partielle à un jeune adolescent qui a subi des brûlures après s'être rendu dans un boisé avec ses amis pour y allumer un feu – responsabilité de 33 % attribuée à la victime¹⁴⁵⁹, de même qu'à une personne qui s'est blessée en tentant de monter à bord d'un train en marche – responsabilité de 75 % attribuée à la victime¹⁴⁶⁰, sans se questionner sur la légalité des actions des victimes. Dans la même logique, l'action d'un demandeur qui a accepté de se battre avec le défendeur pour régler un différend¹⁴⁶¹ et celle de jeunes adolescents qui ont participé à la fabrication d'une bombe artisanale¹⁴⁶² ont été rejetées sur la base des principes mentionnés ci-dessus, sans discussion de l'illégalité de leurs gestes.

382. Ces règles simples et uniformes se soldent en une grande prévisibilité du droit et favorisent l'indemnisation des victimes. Cependant, depuis l'arrêt *Soucisse*, plusieurs décisions s'éloignent de ce cadre éprouvé et font plutôt appel aux principes généraux et à la notion de fin de non-

quand le trépas du 'trespasser'?" », dans Benoît MOORE et Brigitte LEFEBVRE (dir.), *Les grands textes*, Montréal, Éditions Thémis, 2018, p. 253.

¹⁴⁵⁶ Voir notamment les articles 1457, 1477-1478 C.c.Q.

¹⁴⁵⁷ *Supra*, par. 313-315.

¹⁴⁵⁸ Voir par exemple *Guertin (Antoine) Ltée c. Chamberland Co. Ltd.*, [1971] R.C.S. 385, 403: « il s'agit d'opérations frauduleuses faites à la demande de Chamberland et de sa compagnie en pleine connaissance de cause, je suis d'avis qu'il faut appliquer l'adage *volenti non fit injuria*. En participant sciemment aux opérations frauduleuses, Chamberland et sa compagnie se sont exposés volontairement au risque du dommage qu'ils ont subi ».

¹⁴⁵⁹ *Gaudet c. Lagacé*, 1998 CanLII 12753 (QC C.A.).

¹⁴⁶⁰ *Burla c. Canadian Pacific Railways*, 2005 CanLII 7009 (QC C.S.).

¹⁴⁶¹ *Bouchard c. Gauvreau*, 2007 QCCS 614, conf. par 2008 QCCA 970.

¹⁴⁶² *Lachance-Guérin c. Joyal*, [2001] n° AZ-50086734 (C.Q. p.c.).

recevoir¹⁴⁶³ et citent parfois même à leur soutien des autorités anglaises¹⁴⁶⁴. De ce fait, le flou qui continue d'entourer le concept de fin de non-recevoir ouvre la porte à des concepts étrangers à la structure du droit civil et laisse s'y infiltrer des incertitudes et des incohérences.

383. L'illégalité liée aux dommages réclamés. L'illégalité liée aux dommages réclamés peut provenir d'une tentative de déplacer le fardeau d'une sanction imposée par la loi ou d'une réclamation de profits ou revenus illégaux.

384. Le déplacement du fardeau d'une sanction. En droit anglais, les réclamations dites *sanction-shifting* sont celles où des chefs de dommages sont reliés à un acte illégal commis par le demandeur, dans des circonstances où le défendeur a poussé le demandeur à commettre cet acte ou a fait défaut de l'en empêcher¹⁴⁶⁵. Le demandeur tente de dévier vers le défendeur les sanctions pénales dont il est objet en alléguant que c'est par la faute du défendeur qu'il s'est fait imposer ces sanctions. Cela inclut des chefs de dommages variés : pertes pécuniaires qui résultent d'une déclaration de culpabilité (amende ou pénalité), pertes pécuniaires qui découlent d'une période de détention ou d'emprisonnement pour un acte illégal (perte de capacité de gain), pertes non pécuniaires pour les sentiments de remords et de culpabilité du demandeur ou pour atteinte à sa réputation, ou encore, demande d'être indemnisé d'une responsabilité due à une tierce partie¹⁴⁶⁶. Par exemple, dans l'affaire canadienne *Zastowny*, le demandeur, victime d'agressions sexuelles par un garde lors d'un premier séjour en prison, alléguait que cette attaque avait aggravé sa dépendance aux drogues et causé son récidivisme¹⁴⁶⁷. Il cherchait à être compensé pour ses pertes de salaire pendant le temps passé en prison par la suite. De telles réclamations, en Angleterre¹⁴⁶⁸ et au Canada¹⁴⁶⁹, sont rejetées afin de préserver la cohérence du système juridique. Certaines questions demeurent toutefois sans réponses¹⁴⁷⁰ : dans quelle mesure la résolution de ces cas

¹⁴⁶³ Voir par exemple *Merrill Lynch*, préc., note 838, par. 54-68; *Sattar c. Butt*, 2016 QCCS 3775, par. 135-137, 182.

¹⁴⁶⁴ Voir par exemple *Sattar c. Butt*, préc., note 1463, à la note 57.

¹⁴⁶⁵ S. ERBACHER, préc., note 859, p. 3.

¹⁴⁶⁶ *Id.*, p. 3-4.

¹⁴⁶⁷ *Zastowny*, préc., note 1450.

¹⁴⁶⁸ *Thames Trains*, préc., note 1435.

¹⁴⁶⁹ *Zastowny*, préc., note 1450; *Hall v. Hebert*, préc., note 859.

¹⁴⁷⁰ S. ERBACHER, préc., note 859, p. 7.

dépend-elle de la culpabilité criminelle du demandeur pour l'acte illégal et dans quelles circonstances l'octroi d'une compensation crée-t-il une incohérence avec le droit criminel¹⁴⁷¹?

385. *Les profits ou revenus illégaux.* Les réclamations pour profits ou revenus illégaux visent les chefs de dommages qui incluent des pertes pécuniaires liées à des activités illégales, y compris la perte de capacité de gain lorsque la négligence du défendeur empêche le demandeur de poursuivre ses activités criminelles¹⁴⁷². En droit anglais, ces réclamations sont généralement rejetées sur la base d'une présomption que les accueillir permettrait au demandeur de tirer profit de ses activités illicites¹⁴⁷³. Ce domaine est cependant peu développé : les fondements de la défense demeurent flous et son étendue, imprécise¹⁴⁷⁴. Si la solution peut paraître évidente dans le cas de revenus tirés de la vente de substances illicites, l'illégalité est parfois plus éloignée. Dans une décision de 2002, la Cour d'appel anglaise a rejeté la portion de la réclamation pour préjudice corporel du demandeur qui portait sur sa perte de revenus futurs, parce qu'il avait obtenu son emploi par de fausses représentations faites à l'employeur¹⁴⁷⁵. La portée de la défense est donc plus qu'incertaine.

386. Dans ces cas comme dans les autres, le droit civil québécois ne comporte pas de règle spécifique sur l'illégalité. Les règles générales de la responsabilité civile sont applicables. Les dommages doivent constituer une suite directe et immédiate de la faute et ils doivent avoir un caractère légitime. Dans l'ouvrage *La responsabilité civile*, Baudouin, Deslauriers et Moore ne consacrent qu'un paragraphe au caractère légitime du préjudice : « Seul est susceptible de réparation le préjudice causé à une activité licite. La jurisprudence refuse donc l'indemnité lorsque le dommage constitue une atteinte à une activité illégale ou illicite, ou lorsqu'il ne s'agit pas d'un préjudice reconnu comme tel par la loi ou la jurisprudence au nom de l'ordre public. »¹⁴⁷⁶

387. La décision de la Cour supérieure dans *Centre de motivation personnelle Laurentien ltée c. Lavoie*, rendue en 1974, illustre ces principes¹⁴⁷⁷. Les demandeurs avaient intenté une action en

¹⁴⁷¹ Dans l'arrêt *Thames Trains*, le lord juge Hoffman a proposé un test de causalité large fondé sur des considérations de politique publique qui ne semble pas avoir été repris par d'autres juridictions : *Thames Trains*, préc., note 1435, par. 50-55; S. ERBACHER, préc., note 859, p. 7.

¹⁴⁷² S. ERBACHER, préc., note 859, p. 4.

¹⁴⁷³ *Id.*, p. 4, 7.

¹⁴⁷⁴ J. GOUDKAMP, préc., note 1425, 451; S. ERBACHER, préc., note 859, p. 7.

¹⁴⁷⁵ *Hewison v. Meridian Shipping*, [2002] EWCA Civ. 1821; THE LAW COMMISSION, préc., note 1393, par. 7.2.

¹⁴⁷⁶ J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 1219, n° 1-365.

¹⁴⁷⁷ *Centre de motivation personnelle Laurentien ltée c. Lavoie*, [1974] C.S. 615.

diffamation contre les policiers responsables de l'enquête sur leurs activités criminelles de vente pyramidale, dont ils n'avaient été trouvés coupables qu'après certaines déclarations publiques des policiers. La réclamation incluait des pertes de revenus de leurs activités illicites de même que des pertes non pécuniaires. Le juge a conclu qu'il y avait eu diffamation, mais n'a accordé qu'un montant symbolique d'un dollar. Au sujet des pertes pécuniaires, il a jugé « impensable d'imposer aux policiers qui réussissent à enrayer une épidémie de fraudes, de rembourser la perte de revenus que leurs auteurs tiraient de ces activités illégales » et a ajouté « qu'aucune perte matérielle réclamable n'a été prouvée »¹⁴⁷⁸. Au sujet des pertes non pécuniaires, le tribunal a considéré que les troubles de santé allégués par le demandeur étaient « une conséquence logique de ses activités illégales » et non de la diffamation¹⁴⁷⁹. Ainsi, la solution du droit civil, à la fois pour les réclamations de type *sanction-shifting* et pour celles pour profits et revenus illégaux, entraîne des résultats similaires à la *common law*, sans faire explicitement appel au principe *ex turpi causa*.

388. Ce survol comparatif de la manière dont le droit anglais et le droit québécois abordent l'illégalité en droit des obligations révèle des différences majeures. En droit anglais, « *[t]ort and crime are woven together [...] in surprising, complex and under-researched ways* », sans qu'une structure générale n'organise leur relation¹⁴⁸⁰. Cette imbrication est parfois ignorée ou réduite, les auteurs se limitant à noter que délits et crimes sont des sujets distincts et que le droit criminel devrait avoir priorité sur le droit des délits; d'autres fois, « *the pattern is too complex to be followed, too knotty to be used or too weak to bear the strain real life puts upon it* », et au surplus, le droit ne montre aucun signe d'une capacité à se simplifier lui-même¹⁴⁸¹. Les responsabilités criminelle et civile interagissent au plan des institutions, des théories du droit, du droit substantiel et de la procédure, et la doctrine de l'illégalité est une manifestation de leur intersection dans le droit substantiel¹⁴⁸². De l'autre côté du miroir, une autre de ces manifestations se trouve dans les circonstances disparates dans lesquelles un crime constitue un délit. En contraste avec le droit civil,

¹⁴⁷⁸ *Id.*

¹⁴⁷⁹ *Id.*

¹⁴⁸⁰ Matthew DYSON, « Disentangling and Organising Tort and Crime », dans M. DYSON (dir.), préc., note 1391.

¹⁴⁸¹ *Id.*; Matthew DYSON, « Challenging the Orthodoxy of Crime's Precedence over Tort: Suspending a Tort Claim Where a Crime May Exist », dans Stephen PITEL, Jason NEYERS et Erika CHAMBERLAIN (dir.), *Tort Law: Challenging Orthodoxy*, London, Bloomsbury Publishing, 2014.

¹⁴⁸² M. DYSON, préc., note 1480.

le *tort of breach of statutory duty*, loin d'être ouvert pour tous les crimes, est affecté de faiblesses et de confusions¹⁴⁸³.

389. Le droit civil ne semble pas souffrir des mêmes maux, et ce, grâce à sa structure d'ensemble, à la façon dont la question s'y insère et à la clarté de ses objectifs législatifs. Des auteurs ont souligné que la relation conceptuelle et pratique établie par le droit civil entre le droit criminel et la responsabilité civile est un mode d'organisation qui se révèle un meilleur reflet des réalités sociales et juridiques que le modèle anglais¹⁴⁸⁴. En droit civil, les frontières et les relations entre droit criminel et responsabilité civile s'avèrent claires et aisément mises en pratique¹⁴⁸⁵. En appliquant simplement ses principes généraux aux situations où le demandeur a subi des dommages en lien avec un acte illégal, le droit québécois priorise les objectifs de réparation de la responsabilité civile et laisse le droit criminel se charger de la punition des actes illicites, tout en préservant la cohérence du droit. D'ailleurs, la solution de la common law canadienne, différente de celle du droit anglais, entraîne des résultats extrêmement semblables à ceux du droit québécois. Il nous semble superflu, voire nuisible, de modifier cet équilibre par la multiplication de fins de non-recevoir discrétionnaires, au-delà de celles strictement nécessaires au maintien de la cohérence de ses règles spécifiques avec ses valeurs fondamentales.

¹⁴⁸³ Voir J.R. SPENCER, « Civil Liability for Crimes », dans M. DYSON (dir.), préc., note 1391.

¹⁴⁸⁴ *Id.*; M. DYSON, préc., note 1480.

¹⁴⁸⁵ Voir par exemple *Bellingham Trading Ltd. c. Metropolitan Fund Management Ltd.*, préc., note 1417, 285.

Conclusion de partie

390. La définition des fins de non-recevoir, la distinction entre fins de non-recevoir dirimantes et discrétionnaires et la mise en évidence de la triple identité de la fin de non-recevoir discrétionnaire – sanction, remède et mesure d'équité – clarifient l'état du droit et permettent de cartographier leur territoire et leurs frontières. Ces identités coexistent et s'entremêlent. Leur classification guide la détermination des critères applicables, plutôt que de départager des catégories étanches. En tant que sanction, elle vise à punir une partie et l'analyse se concentre sur son comportement répréhensible. Les faits lui donnent ouverture lorsqu'une partie tente, par l'exercice de son action, de tirer profit de son propre fait ou de sa propre faute ou met en danger l'ordre public. En tant que remède, elle cherche à protéger la partie qui l'invoque, point d'ancrage de l'analyse. Elle a lieu en cas de confiance légitime et préjudiciable par cette partie. En tant que mesure d'équité, elle tente d'assurer un équilibre relationnel et l'analyse est globale. Elle est possible lorsqu'un déséquilibre doit être corrigé, soit en matière contractuelle, en cas de violation de la bonne foi par une partie et de préjudice subi par l'autre, soit en matière extracontractuelle, en cas de consentement préalable donné par une partie après que l'autre a fourni les informations nécessaires.

391. Ces exceptions péremptoires discrétionnaires, susceptibles de s'appliquer dans les scénarios les plus variés, demeurent exceptionnelles et subsidiaires. Il faut se garder de les invoquer comme panacée à toutes les difficultés du droit codifié ou de les laisser devenir l'instrument d'une extension indue de l'équité des juges au détriment de la loi en vigueur, au gré des singularités de chaque dossier judiciaire. Il faut tracer leurs frontières et les y contenir pour éviter qu'elles n'envahissent divers territoires qui ne devraient pas – ou ne devraient plus – être le leur. Il faut correctement identifier les fins de non-recevoir dirimantes, empêchements absolus créés par la loi, et les fausses fins de non-recevoir, qualifiées ainsi par imprécision de langage, alors que le moyen est autre. Il faut, en outre, débusquer les fins de non-recevoir soulevées dans des cas qui devraient les exclure. Ces méprises, souvent causées par une importation inappropriée de concepts anglais, comme en matière de renonciation tacite ou de simple illégalité, court-circuitent l'application normale du droit civil et mènent à des résultats erronés. Strictement définies et correctement employées, les fins de non-recevoir discrétionnaires matérialisent les principes généraux du droit et protègent sa cohérence, lorsque l'application de ses règles spécifiques à un cas particulier entre en conflit avec ses valeurs fondamentales.

Conclusion

« Il est nécessaire que le citoyen sache sous quelle forme il peut obtenir justice, comme il est nécessaire qu'il sache qu'il ne peut être dépossédé que suivant certaines formes, afin d'être en mesure de repousser l'arbitraire. Enlever cette manière d'agir, c'est laisser au caprice du tribunal, qui, lui aussi, est une forme, un pouvoir dangereux en autant qu'il ne serait pas limité, et qu'il n'y aurait rien pour contenir son action. »

G. Doutre, *Les lois de la procédure civile dans la province de Québec, 1867*¹⁴⁸⁶

392. Ce mémoire retrace, au fil de la rencontre entre les traditions anglaise et française et des bouleversements politiques et économiques qui ont marqué la construction du droit québécois, l'émergence en son sein des fins de non-recevoir comme mécanisme hybride unique, instrument de matérialisation de ses principes généraux. Elles sont porteuses d'un héritage mixte, riche mais contradictoire, dont témoignent les difficultés de leur intégration au sein du droit civil, particulièrement en droit des obligations.

393. L'autonomie du droit civil québécois est depuis longtemps consacrée. Néanmoins, il n'est pas à l'abri de désordres internes et d'influences extérieures, y compris l'infiltration insidieuse de concepts incompatibles du droit anglais. Devant une société qui se globalise et un droit qui se fragmente et se pluralise, la mosaïque juridique est changeante et les interactions entre ses composantes se complexifient. Il est plus que jamais essentiel de porter attention aux permutations et aux échanges qui se déroulent aux frontières des ordres juridiques, afin d'en saisir et d'en surveiller les impacts dans toutes leurs ramifications.

394. Des concepts de droit anglais, *waiver*, *laches*, *estoppel* et autres, se sont sans cesse immiscés dans l'histoire des fins de non-recevoir, jusqu'à s'y confondre et en disparaître, mais non sans y laisser leurs traces. La forme donnée par les juges aux exceptions et aux fins de non-recevoir et les sources invoquées à leur soutien ont suivi les tensions identitaires liées aux changements politiques du Québec : d'abord l'adoption sélective d'un droit français aux sources plurielles, suivie d'une longue période d'anglicisation, et enfin, de la lente création d'une tradition autonome et d'un retour éventuel aux sources françaises. Par ailleurs, les objectifs normatifs poursuivis par les juges ont plutôt fluctué avec les tensions axiologiques liées aux mutations économiques de la modernité. Le droit de la Nouvelle-France, fortement moralisé et axé sur la protection de la famille, des valeurs

¹⁴⁸⁶ G. DOUTRE, préc., note 457, p. xiv-xv.

traditionnelles et des personnes vulnérables, a été profondément transformé par de puissants courants de commercialisation et de libéralisation associés à la Révolution industrielle et à la naissance de l'économie de marché, jusqu'à la Révolution tranquille et son contre-courant de socialisation du droit. L'équité a alors fait son retour dans la jurisprudence, sous le couvert du développement de concepts liés à la bonne foi et à l'abus de droit; une moralité nouvelle consacrée par le législateur lors de la réforme du Code civil.

395. Depuis la reconnaissance des fins de non-recevoir non codifiées par l'arrêt *Soucisse*, leur popularité croît sans cesse et les juges les étendent aux domaines les plus variés. L'étude systématique des décisions d'appel a révélé des définitions et applications souvent confuses ou contradictoires et parfois problématiques. Leur mise en perspective historique et comparative, cependant, a permis d'esquisser un cadre conceptuel inédit qui explique et justifie les différentes fins de non-recevoir qui peuvent s'élever – dirimantes ou discrétionnaires; sanctions, remèdes ou mesures d'équité – et systématise les modes et conditions de leur mise en œuvre, afin de jeter les bases d'une théorie des fins de non-recevoir en droit privé.

396. L'existence de droits subjectifs et l'accès aux tribunaux pour les faire valoir se trouve au cœur de l'une des plus profondes distinctions historiques entre les conceptions continentale et anglo-saxonne du droit. Le droit civil ne connaît pas la dichotomie entre *rights* et *remedies* de la common law¹⁴⁸⁷. Inscrits dans l'identité des droits de tradition continentale se trouvent les principes selon lesquels les portes des tribunaux sont ouvertes à tous les citoyens et les droits accordés par la loi doivent être reconnus et sanctionnés par le pouvoir judiciaire¹⁴⁸⁸. La procédure est la servante, et non la maîtresse, du droit et de façon générale, l'existence d'un droit subjectif emporte l'existence d'un droit d'action pour le faire valoir¹⁴⁸⁹. Au Québec, cependant, le droit privé civiliste est contenu dans une architecture de common law. Un droit public de tradition anglaise organise l'État, dicte ses pouvoirs et gouverne ses relations avec ses citoyens. Un droit procédural hybride à prédominance anglaise encadre l'actualisation par la voie judiciaire des droits et obligations

¹⁴⁸⁷ Voir Stephen A. SMITH, « Rights and Remedies: A Complex Relationship », dans Robert J. SHARPE et Kent ROACH (dir.), *Taking Remedies Seriously*, Montréal, Canadian Institute for the Administration of Justice, 2010, p. 33 à la page 33 (« remedies are sometimes given where plaintiffs have no rights; and [...] some rights are not protected by remedies at all. [...] the question of how citizens should behave towards one another is different than the question of what courts should do on proof that a citizen has misbehaved »).

¹⁴⁸⁸ Cf. H.P. GLENN, préc., note 299, 279; H.P. GLENN, préc., note 304, p. 145, 149.

¹⁴⁸⁹ Cf. H.P. GLENN, préc., note 299, 279; H.P. GLENN, préc., note 304, p. 154.

auxquels donne vie le droit civil. Cette juxtaposition rend difficile l'articulation d'une doctrine comme celle des fins de non-recevoir, laquelle, en s'attaquant au droit d'agir en justice, semble errer à la frontière entre le procédural et le matériel.

397. Pourtant, bien définie, strictement encadrée et conceptualisée comme la mise en œuvre d'un principe général du droit par la paralysie d'un droit d'action, lorsque nécessaire pour des fins de cohérence, la fin de non-recevoir discrétionnaire parvient à dépasser les paradoxes qui ont miné son histoire. Les droits subjectifs ne sont pas absolus : le droit contrôle les modes et conditions de leur exercice¹⁴⁹⁰. L'ordre juridique a besoin d'un mécanisme qui empêche un droit subjectif particulier de s'exercer aux dépens de la structure ou des valeurs fondamentales du droit objectif. Dans ce paradigme, la fin de non-recevoir n'est pas un obstacle indu à la réalisation du droit codifié ou une incursion dans le droit d'une moralité possiblement arbitraire ou changeante, dénuée de légitimité démocratique. Elle est plutôt un appel aux principes généraux qui fondent, organisent et infusent notre droit, et la possibilité de leur donner voix pour contrer un résultat qui trahit son esprit.

398. Cela étant dit, une grande prudence est de mise, puisque la fin de non-recevoir opère au point critique entre l'équité et l'arbitraire. Elle est le point de rupture entre une justice des règles, aveugle, rigide et prévisible, et une justice des résultats, discrétionnaire, souple et instable. Théoriser la fin de non-recevoir est essentiel pour surmonter les dilemmes du choc entre principes généraux et droit codifié, éviter que l'arbitraire n'étende son emprise au cœur de l'appareil judiciaire et clarifier le rôle des principes généraux dans l'actualisation d'une justice non seulement procédurale, mais aussi matérielle. Ainsi, la fin de non-recevoir pourra, plutôt que de dissoudre le droit dans le flou d'une équité confuse, fortifier sa cohésion en s'élevant comme gardienne de sa cohérence.

¹⁴⁹⁰ H.P. GLENN, préc., note 304, p. 150.

Tables bibliographiques

I. Table des textes législatifs

Textes romains

JUSTINIEN 1ER, *Corps du droit civil*, traduit par J.-F. BERTHELOT, H. HULOT, P.-A. TISSOT et A. BÉRENGER, Metz, Behmer et Lamort, 1803-1811.

Textes constitutionnels

Proclamation du 7 octobre 1763 reproduite dans A. SHORTT et A.G. DOUGHTY (dir.), *Archives publiques : Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, 2^e éd., Ottawa, Mulvey, imprimeur de Sa Majesté, 1921, p. 136

An Act for making more effectual provision for the government of the province of Quebec in North America, 1774, 14 Geo. III, c. 83 (R.-U.)

A Bill to Repeal certain Parts of an Act, passed in the fourteenth year of His Majesty's reign, intituled « An Act for making more effectual provision for the government of the Province of Quebec in North America », and to make further Provision for the Government of the said Province, 1791, 31 Geo. III, c. 31 (R.-U.)

An Act to Make Temporary Provisions for the Government of Lower Canada, 1838, 1 & 2 Vict., c. 9 (R.-U.)

An Act to amend an Act of the last Session of Parliament for making Temporary Provisions of the Government of Lower Canada, 1839, 2 & 3 Vict., c. 53 (R.-U.)

An Act to re-unite the Provinces of Upper and Lower Canada, and for the government of Canada, 1840, 3 & 4 Vict., c. 35 (R.-U.), reproduit à L.R.C. 1985, App. II, n^o 4

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.)

Textes de la période coloniale

Ordonnance pour établir des cours de judicature dans la province de Québec, S.O.Q. 1777, 17 Geo. III, c. 1

Ordonnances pour régler la procédure dans les cours de judicature civile de la province de Québec, S.O.Q. 1777, 17 Geo. III, c. 2

Ordinance to regulate the proceedings in the Courts of Civil Judicature, and to establish Trials by Juries in actions of a Commercial nature and Personal Wrongs to be compensated in damages, S.O.Q. 1785, 25 Geo. III, c. 2

Ordonnance concernant les Banqueroutiers, et l'administration et la distribution de leurs effets, et de leurs biens, O.C.B.C. 1839, 2 Vict., c. 36

Ordonnance pour prescrire et régler l'enregistrement des Titres aux Terres, Ténements, et Héritages, Biens Réels ou Immobiliers, et des Charges et Hypothèques sur iceux; et pour le changement et l'amélioration, sous certains rapports, de la Loi relativement à l'Aliénation et l'Hypothèque des Biens Réels, et des Droits et intérêts acquis en iceux, O.C.B.C. 1841, 4 Vict., c. 30

An Act to repeal a certain Act therein mentioned, and to make better provision for the Limitation of Actions in Lower Canada, S.P.C. 1847, 11 Vict., c. 11

An Act to Abolish Imprisonment for Debt, and for the Punishment of Fraudulent Debtors, in Lower-Canada, and for Other Purposes, S.P.C. 1849, 12 Vict., c. 42

An Act to modify the Usury Laws, S.P.C. 1853, 16 Vict., c. 80

An Act for the abolition of feudal rights and duties in Lower Canada, S.P.C. 1854, 18 Vict., c. 3

An Act for settling the Law concerning Lands held in Free and Common Soccage in Lower Canada, S.P.C. 1857, 20 Vict., c. 45

An Act to amend the Laws of this Province regulating the Rate of Interest, S.P.C. 1858, 22 Vict., c. 85

An Act respecting the final abolition of Feudal Rights and Duties, S.P.C. 1860, 23 Vict., c. 60

An Act to provide for the Codification of the Laws of Lower Canada relative to Civil matters and Procedure, S.P.C. 1857, 20 Vict., c. 43

An Act to Amend the Judicature Acts of Lower Canada, S.P.C. 1857, 20 Vict., c. 44

An Act respecting the Civil Code of Lower Canada, S.P.C. 1865, 29 Vict., c. 41

An Act respecting the Code of Civil Procedure of Lower Canada, S.P.C. 1866, 29 & 30 Vict., c. 25

Textes québécois

An Act to amend the Civil Code, S.Q. 1897, 60 Vict., c. 50

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12

Code de déontologie de la magistrature, RLRQ, c. T-16, r. 1

Loi concernant la copropriété des immeubles, S.Q. 1969, c. 76

Loi concernant la responsabilité des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail et la réparation des dommages qui en résultent, S.Q. 1909, 9 Ed. VII, c. 66

Loi concernant le louage de choses, S.Q. 1973, c. 74

Loi concernant les régimes matrimoniaux, S.Q. 1969, c. 77

Loi des accidents du travail, S.Q. 1930-1931, 21 Geo. V, c. 100

Loi favorisant l'accès à la justice en matière familiale, L.Q. 2012, c. 20

Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille, L.Q. 1980, c. 39

Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux, L.Q. 1989, c. 55

Loi pour protéger les emprunteurs contre certains abus et les prêteurs contre certains privilèges, S.Q. 1963-1964, 12 & 13 Eliz. II, c. 67

Loi sur Hydro-Québec, RLRQ, c. H-5

Loi sur l'assurance automobile, RLRQ, c. A-25

Loi sur l'équité salariale, RLRQ, c. E-12.001

Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels, RLRQ, c. I-6

Loi sur la capacité juridique de la femme mariée, S.Q. 1963-1964, 12 & 13 Eliz. II, c. 66

Loi sur la protection du consommateur, RLRQ, c. P-40.1

Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles, RLRQ c. P-41.1

Loi sur le courtage immobilier, RLRQ, c. C-73.2

Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives, L.Q. 1989, c. 54

Loi sur le patrimoine culturel, RLRQ, c. P-9.002

Loi sur le salaire minimum, RLRQ, c. S-1

Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, RLRQ, c. A-3.001

Loi sur les accidents du travail, RLRQ, c. A-3

Loi sur les assurances, S.Q. 1974, c. 70

Loi sur les biens culturels, RLRQ c. B-4

Loi sur les commissions d'enquête, RLRQ, c. C-37

Loi sur les normes du travail, RLRQ, c. N-1.1

Textes canadiens

Loi sur l'immunité des États, L.R.C. 1985, c. S-18.

Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, c. C-50

Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, c. 3 (2^e supp.)

Loi sur les lettres de change, S.R.C. 1952, c. 15

Loi sur les lettres de change, L.R.C. 1985, c. B-4

Textes français

Custom de la Ville, Prevoste et Vicomte de Paris: ou, droit civil parisien. Avec les commentaires de L. Charondas Le Caron, jurisconsulte parisien, 4^e éd., Paris, Pierre Chevalier, 1605.

Ordonnance de Louis XIV, roy de France et de Navarre, donnée à Saint Germain en Laye (Ordonnances sur la réformation de la justice civile), Paris, chez les associez choisis par ordre de sa Majesté pour l'impression de ses nouvelles ordonnances, 1667.

Loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804) sur la réunion des lois civiles en un seul corps, sous le titre de Code civil des Français, Bull. des lois, 3^e S., n^o 354-3677.

Textes anglais

Limitation Act 1623, 21 James I, c. 16 (R.-U.)

Civil Procedure Act 1833, 3 & 4 Will. IV, c. 42 (R.-U.)

II. Table de la jurisprudence

Jurisprudence canadienne (Québec)

- 162568 *Canada inc. c. 4499450 Canada inc.*, 2018 QCCA 237
- 2630-5235 *Québec inc. (Syndic de)*, 2008 QCCA 1230
- 3597024 *Canada inc. c. Zimka Investments Inc.*, 2007 QCCA 702
- 4345126 *Canada inc. (Réserve de La Petite Nation inc.) c. Bruneau*, 2014 QCCA 1882
- 6362222 *Canada inc. c. Prelco inc.*, 2019 QCCA 1457 (autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, 38904)
- 9043-1025 *Québec inc. c. Neveu*, 2003 CanLII 71941 (QC C.A.)
- 9074-9094 *Québec inc. c. Fatihi*, 2018 QCCA 1842
- 9077-0801 *Québec inc. c. Société des loteries vidéo du Québec inc.*, 2012 QCCA 885
- 9185-5908 *Québec inc. (Bio-Dis) c. Conditionnement Bio-Pak inc.*, 2014 QCCA 2359
- 9210-2899 *Québec inc. c. Martel*, 2017 QCCS 76
- 99955 *Canada ltée c. Capitale (La)*, 2007 QCCA 366
- Accessoires d'Auto Vipa Inc. c. Therrien*, [2003] R.J.Q. 2390 (C.A.)
- Argyrakis c. Hamakiotis*, 2008 QCCA 312
- Ashton c. Transamerica Life Canada/Transamerica Vie Canada*, 2008 QCCA 2440
- Association des policiers provinciaux du Québec c. Sûreté du Québec*, 2008 QCCA 1883
- Association professionnelle des cadres de premier niveau d'Hydro-Québec c. Hydro-Québec*, 2016 QCCA 1102
- Avestor Limited Partnership (Proposition de)*, 2011 QCCA 587
- Axa Assurances inc. c. Club de golf Summerlea inc.*, 2013 QCCA 708
- Bank of Toronto v. Perkins*, (1883) 8 R.C.S. 603
- Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554
- Banque de St-Hyacinthe v. The Aetna Insurance Co.*, (1911) 17 R.L. (n.s.) 413 (C.A.)
- Banque Laurentienne du Canada c. Mackay*, [2002] R.J.Q. 365 (C.A.)
- Banque Nationale c. Soucisse*, [1970] C.S. 116; [1976] C.A. 137; [1981] 2 R.C.S. 339
- Banque nationale de Paris (Canada) c. 165836 Canada Inc.*, 2004 CSC 37
- Banque Nationale du Canada c. Lemay*, 2008 QCCA 1
- Barrette c. Crabtree (Succession de)*, [1993] 1 R.C.S. 1027

Beaudoin-Daigneault c. Richard, [1984] 1 R.C.S. 2

Belgo-Fisher (Canada) Inc. c. Lindsay, [1988] R.J.Q. 1223 (C.A.)

Bell solutions techniques inc. c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier (SCEP), 2006 QCCA 1375

Bellingham Trading Ltd. c. Metropolitan Fund Management Ltd., 2005 CanLII 92424 (QC C.S.); 2008 QCCA 661

Bercovici v. Guardian Insurance Co., (1941) 71 B.R. 267

Bertout c. Saffran, 2019 QCCS 4367

Bérubé c. Lemay, 2018 QCCA 395

Bhasin c. Hrynew, 2014 CSC 71

Billards Dooly's inc. c. Entreprises Prébour ltée, 2014 QCCA 842

Blondin c. Postmedia Network inc., 2013 QCCS 4681; 2013 QCCA 2245

Bouchard c. Gauvreau, 2007 QCCS 614; 2008 QCCA 970

British Colonial Fire Insurance Co. v. Rahal, (1919) 28 B.R. 227

Brizard c. McNicoll, 2013 QCCA 2192

Brousseau c. Laboratoires Abbott ltée, 2019 QCCA 801 (autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée)

Brown c. B2B Trust, 2012 QCCA 900

Burla c. Canadian Pacific Railways, 2005 CanLII 7009 (QC C.S.)

C.T.C.U.M. c. Syndicat du transport de Montréal (C.S.N.), [1977] C.A. 476, [1977] J.Q. no 126

Canada (P.G.) c. Imperial Tobacco Ltd., 2012 QCCA 2034

Canadian Indemnity Co. c. Canadian Johns-Manville Co., [1990] 2 R.C.S. 549

Caron c. Société de transport de l'Outaouais, 2007 QCCA 1283

Caron c. Voyer, 2013 QCCA 1335

Centre de motivation personnelle Laurentien ltée c. Lavoie, [1974] C.S. 615

Château Drummond inc. c. Barretto, 2009 QCCA 2071

Chélin c. Université du Québec à Montréal, 2011 QCCA 155

CIBC Mortgage Corp. c. Vasquez, 2002 CSC 60

Cie Immobilière Viger c. L. Giguère Inc., [1977] 2 R.C.S. 67

Claude Joyal inc. c. CNH Canada Ltd., 2014 QCCA 588

Clôtures spécialisées du Nord inc. c. Équipements JVC inc., 2012 QCCA 1644

Coastal Contacts Inc. c. Ordre des optométristes du Québec, 2011 QCCA 1820
Common v. McArthur, (1898) 29 R.C.S. 239
Compagnie d'assurance mutuelle contre le feu de Beauce et Dorchester v. Beaudoin, (1928) 45 B.R. 551
Compagnie de fiducie Peoples c. Desaulniers, 2006 QCCS 1844
Compagnie de Villas du Cap Gibraltar v. Hughes, (1884) 11 R.C.S. 537
Compagnie Immobilière des Trois-Rivières v. Lupien, (1917) 52 C.S. 412 (C. rév.)
Construction Roland Bédard inc. c. Chamberland, 2008 QCCA 1810
Consumers Cordage Co. v. Connolly, (1901) 31 R.C.S. 244
Continental Casualty Company c. Taillefer, 2014 QCCA 2001
Corporation d'entretien d'ascenseur indépendant c. J.E. Verreault & Fils ltée, 2011 QCCA 719
Corporation de négociation Ashuanipi c. Canada (P.G.), 2014 QCCA 920
Cortina c. Thouret, 2017 QCCA 958
Côté c. Moreau, 2019 QCCA 1105
Dallala c. Attara, [2006] R.J.Q. 282 (C.S.)
Dans l'affaire: Renvoi à la Cour d'appel du Québec portant sur la validité constitutionnelle des dispositions de l'article 35 du Code de procédure civile qui fixent à moins de 85 000 \$ la compétence pécuniaire exclusive de la Cour du Québec et sur la compétence d'appel attribuée à la Cour du Québec, 2019 QCCA 1492
Dao c. Kin, 2019 QCCS 5671 (appel en cours)
Denis-Cossette c. Germain, [1982] 1 R.C.S. 751
Deschambault c. Parent, 2006 QCCA 115
Deschênes c. Tanguay, 2010 QCCA 742
Desmarteau c. Ontario Lottery and Gaming Corporation, 2013 QCCA 2090
Développement Tanaka inc. c. Corporation d'hébergement du Québec, 2011 QCCA 730
Domaine Ti-Bo inc. c. Bureau, 2011 QCCA 1764
Douville c. Société hypothécaire B.N.E., [1996] R.D.J. 363 (C.A.)
Droit de la famille – 072034, 2007 QCCA 1110
Droit de la famille – 09358, 2009 QCCA 332 (autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée)
Droit de la famille – 10234, 2010 QCCA 236 (autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée)
Droit de la famille – 102622, 2010 QCCA 1817

Droit de la famille – 103038, 2010 QCCA 2074

Droit de la famille – 121810, 2012 QCCA 1283

Droit de la famille – 142113, 2014 QCCA 1534

Droit de la famille – 143196, 2014 QCCA 2316

Droit de la famille – 171197, 2017 QCCA 861

Droit de la famille – 176, [1985] C.A. 5; [1990] 2 R.C.S. 1259

Drummcor Equities Inc. c. Gestion Furst inc., 2018 QCCA 1668

Dunkin’ Brands Canada Ltd. c. Bertico inc., 2015 QCCA 624

Durocher c. Commission des relations du travail, 2015 QCCA 1384

El Roi, LLC c. Pousoulidis, 2006 QCCS 5093

Ellard v. Millar, [1930] R.C.S. 319

Emerson Electric Canada ltée c. Foisy, 2006 QCCA 12

Emerson Électrique du Canada ltée c. Chatigny, 2013 QCCA 163

Enerkem Alberta Biofuels c. Papillon et Fils ltée, 2019 QCCA 1334

Falduto c. Compagnie d’assurance-vie Federated du Canada, 2008 QCCA 438

Faubert v. Poirier, [1959] R.C.S. 459

Fecteau c. Gareau, [2003] R.R.A. 124 (C.A.)

Fiducie canadienne italienne c. Folini, [2001] R.D.I. 202 (C.A.)

Financière Banque Nationale c. Canonne, 2008 QCCA 2020

Financière Banque Nationale inc. c. Dussault, 2009 QCCA 1594

G. (L.) c. B. (G.), [1995] 3 R.C.S. 370

Gabias v. Mainville, (1921) 33 B.R. 32

Gaudet c. Lagacé, 1998 CanLII 12753 (QC C.A.)

Gaudet v. Guardian Assurance Co., (1921) 27 R.L. 428 (C. rév.)

General Fire Insurance Co. of Paris, France v. Claprod, (1920) 29 B.R. 361

Gestion Almaca inc. c. Syndicat des copropriétaires du 460 St-Jean, 2014 QCCA 105

Gestion Centria Commerce inc. c. Théberge, 2008 QCCA 2511

Gestion Éric Tardif inc. c. Banque Royale du Canada, 2017 QCCA 356 (autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée)

Gestion Guy Belleville inc. c. Gestion Robert Belleville inc., 2017 QCCS 26; 2017 QCCA 419

Godbout c. Longueuil (Ville de), [1995] R.J.Q. 2561 (C.A.); [1997] 3 R.C.S. 844

Godbout c. Pagé, 2017 CSC 18

Goulet c. Cie d'assurance-vie Transamerica du Canada, 2002 CSC 21

Grace and Company v. Perras, (1921) 62 R.C.S. 166

Groupe conseil Cerca inc. c. Blond et Associés inc., 2018 QCCA 231

Groupe CRH Canada inc. c. Beauguard, 2018 QCCA 1063

Groupe Trans-inter inc. c. Ragusa Canada inc., 2012 QCCA 2033

Groupe Van Houtte inc. (A.L. Van Houtte ltée) c. Développements industriels et commerciaux de Montréal inc., 2010 QCCA 1970

Guertin (Antoine) Ltée c. Chamberland Co. Ltd., [1971] R.C.S. 385

Haddad c. Groupe Jean Coutu (PJC) inc., 2010 QCCA 2215

Hall v. Hebert, [1993] 2 R.C.S. 159

Hamel v. Smith, (1907) 31 C.S. 298

Harvey c. Gouvernement régional d'Eeyou Istchee Baie-James, 2017 QCCA 1098

Henri Cousineau & Fils inc. c. Axa Assurances inc., 2010 QCCA 1000

Houle c. Banque Canadienne Nationale, [1990] 3 R.C.S. 122

Houle c. Charbonneau, 2014 QCCA 997

Hydro-Québec c. Construction Kiewit cie, 2014 QCCA 947

Imperial Tobacco Canada Ltd. c. Létourneau, 2014 QCCA 944

Imperial Tobacco Canada ltée c. Conseil québécois sur le tabac et la santé, 2019 QCCA 358

Industrial Fuel and Refrigeration Co. Ltd. v. Pennboro Coal Company, [1957] R.C.S. 160

Inter-Cité Construction ltée c. Québec (P.G.), 2015 QCCS 4365; 2017 QCCA 1525

Investissement Charlevoix inc. c. Gestion Pierre Gingras inc., 2010 QCCA 1229

J.P. Mallette et Associés inc. c. Charbonneau, 2009 QCCA 2304

Kansa General International Insurance Co. Ltd. (Liquidation de), 2008 QCCA 807

Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran, 2014 CSC 62

Knafo c. Kugler Kandestin, 2020 QCCA 141

Labrador Realities Ltd. c. Legault, [1960] C.S. 228

Lachance-Guérin c. Joyal, [2001] n° AZ-50086734 (C.Q. p.c.)

Lacroix c. Valois, [1990] 2 R.C.S. 1259

Laflamme c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd., 2000 CSC 26

Lapenna c. Simard, 2010 QCCA 1952

Lapierre c. Québec (P.G.), [1985] 1 R.C.S. 241
Laplante c. Banque Nationale du Canada, 2012 QCCA 326
Lapointe v. Messier, (1914) 49 R.C.S. 271
Larouche v. La Progressive, [1952] B.R. 244
Lavallée c. Simard, 2011 QCCA 1458
Laventure v. Vaillancourt, (1936) 42 R. de J. 276 (C.S.)
Lebel c. 9067-1959 Québec inc., 2014 QCCA 1309
Lefebvre v. South, [1943] C.S. 172
Léger c. Ouellet, 2011 QCCA 1858
Lesieur v. Giroux, (1925) 63 C.S. 456
London Life Insurance Company c. Long, 2016 QCCA 1434
Louis et Genet Entreprises Inc. v. Dubé, [1962] C.S. 335
M. (M.E.) c. L. (P.), [1992] 1 R.C.S. 183
Montréal (Ville de) c. Association des pompiers de Montréal Inc., [1978] SOQUIJ n° AZ-78011224, J.E. 78-882 (C.A.)
Montréal (Ville de) c. Audigé, 2013 QCCA 171 (autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée)
Moore c. Leblanc, 2012 QCCA 139
Morier et Boily c. Rivard, [1985] 2 R.C.S. 716
Munn v. Lewis Berger & Sons, (1884) 10 R.C.S. 512
Nasifoglu c. Complexe St-Ambroise inc., 2005 QCCA 559
Nergiflex inc. c. Sécurité (La), assurances générales inc., 2010 QCCA 1868
Ouimet c. Caisse de dépôt et placement du Québec, 2010 QCCA 1222
Paré v. Compagnie Carette Ltée, (1918) 53 C.S. 306
Pelech c. Pelech, [1987] 1 R.C.S. 801
Péloquin v. Compagnie J. A. Gosselin Ltée, [1954] B.R. 674 (rés.)
Pépin c. Brissette, 2008 QCCA 830
Pépin c. Caisse, 2009 QCCA 1697
Pesant dit Sanscartier v. Comtois, (1920) 29 B.R. 81
Picard c. Picard, 2018 QCCA 1241
Plamondon c. Compagnie de fiducie Peoples, 2007 QCCA 1445
Poliquin c. Serli, 2013 QCCS 6720

Produits forestiers Arbec inc. c. Canada (P.G.), 2018 QCCS 3379; 2019 QCCA 1267

Provenzano c. Babori, [1991] R.D.I. 450 (C.A.)

Punger c. Héritiers Serega, [1962] C.S. 702

Québec (P.G.) c. Syndicat de professionnelles et de professionnels du gouvernement du Québec (SPGQ), 2006 QCCA 1211

Québec (Sous-ministre du Revenu) c. 9087-3118 Québec inc., 2010 QCCA 1470

Québec (Sous-ministre du Revenu) c. D. (B.), [2002] R.J.Q. 54 (C.A.)

R & L Holding and Warehousing Inc. (Syndic de), 2010 QCCA 1632

R.-A.A. c. C.D., 2005 QCCA 1048

Re Ruffo, 2005 QCCA 1197 (autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée)

Relais signal ltée c. Pavage et aménagement paysager Antonio Borsellino inc., [1992] R.D.J. 252 (C.A.)

Richter & Associés inc. c. Merrill Lynch Canada inc., 2007 QCCA 124

Roberge c. Bolduc, [1991] 1 R.C.S. 374

Robert v. Montreal Trust Co., (1918) 56 R.C.S. 342

Sàfilo Canada Inc. c. Chic Optic, [2005] R.J.Q. 27 (C.A.)

Samen Investments Inc. c. Monit Management Ltd., 2014 QCCA 826

Sattar c. Butt, 2016 QCCS 3775

Schenker of Canada Ltd. c. Goldex Imports Ltd., [1990] R.R.A. 477 (C.A.)

Schnabel c. Empire Life Insurance Co., [1970] C.S. 313

Shaposnick v. Workman, [1947] R.L. 385 (B.R.)

Sinyor Spinners of Canada Ltd. c. Leeson Corp., [1976] C.A. 395

S.J. c. Krishnamurthy, 2016 QCCA 1245

Sobeys et Travailleuses et travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501, D.T.E. 2005T-801 (T.A.)

Société Radio-Canada c. Belley, 2016 QCCA 153

Srougi c. Lufthansa German Airlines, [2003] R.J.Q. 1757 (C.A.)

St. Lawrence Paper Mills Ltd v. British Oak Insurance Co. Ltd., (1929) 46 B.R. 109

Stanford International Bank Ltd. (Syndic de), 2009 QCCS 4106; 2009 QCCA 2475 (autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée)

St-Arnaud c. C.L., 2013 QCCA 981

Stevenson v. Brique Champlain Ltée, [1943] B.R. 196
St-Martin v. Mathieu, (1924) 36 B.R. 421
St-Pierre c. Lotfi, 2012 QCCA 1436
Succession de Duperré c. Claveau, 2018 QCCA 592
Syndicat des copropriétaires du 311-315 Place d'Youville c. 9084-7815 Québec inc., 2016 QCCA 747
Syndicat des employés de Bombardier, La Pocatière (CSN) c. Bombardier Transport Canada inc., 2015 QCCA 355
Syndicat du personnel technique et professionnel de la Société des alcools du Québec (SPTP) c. Société des alcools du Québec, 2011 QCCA 1642
T.L. c. Y.L., 2011 QCCA 1205 (autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée)
Takefman c. Golden Hope Mines Ltd., 2015 QCCS 4947
Tekdata Group inc. (Séquestre de), 2013 QCCS 1684; 2013 QCCA 1123
Trasler c. Chalati, 2018 QCCA 623
Tremblay c. Gagnon, 2012 QCCA 66
Trickey c. Leclair, 2012 QCCA 637
Union des artistes c. Festival international de jazz de Montréal, 2014 QCCA 1268
Union Electric Supply Co. Ltd. c. Bourrassa, [1964] R.L. 174 (C.S.)
Uniprix inc. c. Gestion Gosselin et Bérubé inc., 2017 CSC 43
Vachon c. Neszvecsko, 2015 QCCA 873
Vanier c. Raymond, 2005 QCCA 424
Viel c. Entreprises immobilières du terroir Ltée., [2002] R.J.Q. 1262 (C.A.)
Ville de Montréal c. Litwin Boyadjian inc. (Syndic de Société de vélo en libre-service), 2019 QCCA 794 (autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée)
W.T. Rawleigh Co. v. Dumoulin, [1926] R.C.S. 551
Wall Chemicals Ltd. v. American Automobile Insurance Co., (1939) 77 C.S. 293 (appel réglé hors cour)
Warner Chappell Music France c. Beaulne, 2010 QCCS 2632
Wightman c. Widdrington (Succession de), 2013 QCCA 1187 (autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée)
Yuan c. Banque Laurentienne du Canada, 2016 QCCA 918

Zollondz c. Dubé, 2007 QCCA 1324

Jurisprudence canadienne (hors Québec)

Barry v. Stoney Point Canning Co., (1917) 55 R.C.S. 51

Bawlf Grain Co. v. Ross, (1917) 55 R.C.S. 232

British Columbia v. Zastowny, 2008 CSC 4

Cadeddu v. Mt. Royal Ass'ce Co., [1929] 2 D.L.R. 867 (B.C. C.A.)

Caldwell v. Stadacona Fire and Life Ins. Co., (1883) 11 R.C.S. 212

City of Toronto v. Polai (1969), 8 D.L.R. (3d) 689 (Ont. C.A.); [1973] S.C.R. 38

Dufferin Paving and Crushed Stone Ltd. v. Canadian Surety Co. (1935), 2 I.L.R. 525 (Ont. S.C.)

Ewing v. Dominion Bank, (1904) 35 R.C.S. 133

Farrell v. Manchester and Portland Rolling Mills Co., (1908) 40 R.C.S. 339

McKnight v. General Casualty Ins. Co., [1931] 3 D.L.R. 476 (B.C. C.A.)

Morrisburgh and Ottawa Electric R. Co. v. O'Connor, (1915) 23 D.L.R. 748 (Ont. S.C. (A.D.))

Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott, 2013 CSC 11

Western Canada Accident and Guarantee Insurance Co. v. Parrott, (1921) 61 R.C.S. 595

Jurisprudence française

Grand'chambre du Parlement de Paris, 19 juill. 1783, *Gazette des tribunaux* XVI, n° 39, 1783.195

Civ., 4 germinal an 8 (25 mars 1800), S. 1800.I.2.243

Civ., 4 févr. 1807, S. 1807.VIII.1.40

Req., 4 févr. 1807, S. 1807.VII.1.254

Colmar, 17 mars 1810, S. 1810.X.2.202

Civ., 5 févr. 1812, S. 1812.XII.1.153

Req., 4 juin 1845, D. 1845.1.307

Civ., 17 déc. 1941, DC 1942.113, note Carbonnier

Civ. (1^{re}), 6 oct. 1953, *RTD civ.* 1954.138, obs. Hébraud

Paris, 23 juin 1977, D. 1980.I.R.11, *JurisData* n° 1977-635097; Civ. (1^{re}), 17 oct. 1979, D. 1980.I.R.198

Paris, 28 avril 1980, D. 1981.I.R.15, *JurisData* n° 1980-096304

Jurisprudence du Comité judiciaire du Conseil privé

Despatie v. Tremblay, [1921] 1 A.C. 702
Guyon dit Lemoine v. Lionais, (1874) 27 L.C. Jur. 94
Letang v. Ottawa Electric Railway Co., [1926] A.C. 725
Lindsay Petroleum Co. v. Hurd, [1874] L.R. 5 P.C. 221
Maharaj v. Chand, [1986] A.C. 898
Préfontaine v. Grenier, [1907] A.C. 101
The Canadian Pacific R. Co. v. Frechette, [1915] A.C. 871
United Shoe Machinery Co. of Canada v. Brunet, [1909] A.C. 330
Whyte v. Western Assurance Co., (1877) 22 L.C. Jur. 215

Jurisprudence anglaise

Aaron's Reefs Ltd. v. Twiss, [1896] A.C. 273 (H.L.)
Allen v. Robles, [1969] 1 W.L.R. 1193 (E.W.C.A.)
Archbold v. Scully, [1861] 9 H.L. Cas. 360; [1861] 11 E.R. 769
Bentsen v. Taylor, Sons & Co. (No 2), [1893] 2 Q.B. 274 (E.W.C.A.)
Bilta (UK) Ltd (in liquidation) v. Nazir (No 2) (Sup. name Jetivia SA v. Bilta (UK) Ltd), 2015 UKSC 23
Birmingham & District Land Co. v. London & North Western Railway Co. (1888), 40 Ch. D. 268
Bowmakers Ltd v. Barnet Instruments, [1944] 2 All E.R. 579, [1945] K.B. 65
Bremer Handelsgesellschaft mbH v. Deutsche Conti-Handelsgesellschaft mbH, [1983] 2 Lloyd's L.R. 45 (E.W.C.A.)
Bwlch-Y-Plwm Lead Mining Co. v. Baynes, [1867] L.R. 2 Ex. 324 (U.K. Ex. Pl.)
Carlisle and Cumberland Banking Co. v. Bragg, [1911] 1 K.B. 489 (U.K.)
Charles Rickards Ltd. v. Oppenheim, [1950] 1 K.B. 616 (E.W.C.A.)
Clough v. London and North Western Railway Co., [1871] L.R. 7 Ex. 26 (U.K. Ex. Ch.)
Cobec Brazilian Trading & Warehousing Co. v. Alfred C. Toepfer, [1983] 2 Lloyd's L.R. 386 (E.W.C.A.)
Collier v. P. & M. J. Wright (Holdings) Ltd., [2007] EWCA Civ. 1329
Combe v. Combe, [1951] 2 K.B. 215 (E.W.C.A.)
Condon v. Basi, [1985] 1 W.L.R. 866 (E.W.C.A.)

Cory & Sons v. Burr, [1882] 9 Q.B.D. 463
Cross v. Kirkby, [2000] EWCA Civ. 426
Dering v. Earl of Winchelsea (1787), 1 Cox 318, 29 E.R. 1184
Directors of the Central Railway Co. of Venezuela v. Kisch, [1867] L.R. 2 H.L. 99
Dovey v. Cory, [1901] A.C. 477 (H.L.)
Foakes v. Beer (1884), 9 App. Cas. 605 (H.L.)
Gray v. Thames Trains Ltd., 2009 UKHL 33
Hartley v. Hymans, [1920] 3 K.B. 475
Hewison v. Meridian Shipping, [2002] EWCA Civ. 1821
Holman v. Johnson, (1775) 1 Cowp 341
Hounga v. Allen, 2014 UKSC 47
Johnson v. Gore Wood & Co., [2002] 2 A.C. 1 (H.L.)
Kwei Tek Chao v. British Traders & Shippers Ltd., [1954] 2 Q.B. 459
Les Laboratoires Servier v. Apotex Inc., [2012] EWCA Civ. 593; 2014 UKSC 55
Life Association of Scotland v. Siddal, [1861] 3 De. G.F. & J. 58; [1861] 45 E.R. 800 (H.L.)
Low v. Bouverie, [1891] 3 Ch. 82 (E.W.C.A.)
Morrison v. Universal Marine Insurance Co., [1873] L.R. 8 Ex. 197 (U.K. Ex. Ch.)
Nail v. Punter (1832), 5 Sim. 555, 58 E.R. 447
National Coal Board v. England, [1954] A.C. 403 (H.L.)
Oakes v. Turquand (In re Overend, Gurney & Co. Ltd.), [1867] L.R. 2 H.L. 325
Ogilvie v. Currie (1868), 37 L.J. Ch. 541 (H.L.)
Ogilvy v. Hope-Davies, [1976] 1 All. E.R. 683
Oliver Ashworth (Holdings) Ltd. v. Ballard (Kent) Ltd., [2000] Ch. 12 (E.W.C.A.)
Overton v. Banister (1844), 3 Hare 503, 67 E.R. 479
Patel v. Mirza, 2016 UKSC 42
Peyman v. Lanjani, [1985] Ch. 457 (E.W.C.A.)
Re Hudson (1885), 54 L.J. Ch. 811
Re Lush's Trusts (1869), L.R. 4 Ch. App. 591 (C.A. Ch.)
Sharpley v. Louth and East Coast Railway Co., [1876] 2 Ch. D. 663
Simms v. Leigh Rugby Football Club Ltd., [1969] 2 All. E.R. 923
Smith v. Chadwick, [1884] 9 App. Cas. 187 (H.L.)

SmithKline Beecham plc v. Apotex Europe Ltd., [2006] EWCA Civ. 658, [2007] Ch. 71
The Athos, [1981] 2 Lloyd's L.R. 74; [1983] 1 Lloyd's L.R. 127
The Balder London (sub nom *Gatoil Anstalt v. Omennial Ltd.*), [1980] 2 Lloyd's L.R. 489
The Happy Day (sub nom *Glencore Grain Ltd. v. Flacker Shipping Ltd.*), [2002] EWCA Civ. 1068
The Ion (sub nom *Nippon Yusen Kaisha v. Pacifica Navegacion S.A.*), [1980] 2 Lloyd's L.R. 245
The Kanchenjunga (sub nom *Motor Oil Hellas (Corinth) Refineries S.A. v. Shipping Co. of India*),
[1990] 1 Lloyd's L.R. 391; *The Times*, 19 février 1990 (H.L.)
The Laconia (sub nom *Mardorf Peach & Co. Ltd. v. Attica Sea Carriers Co. of Liberia*), [1977]
A.C. 850 (H.L.)
The Mihaios Xilas (sub nom *China National Foreign Trade Transportation Co. v. Evlogia
Shipping Co. S.A. of Panama*), [1979] 1 W.L.R. 1018 (H.L.)
Thomas v. Thomas (1842), 2 Q.B. 851
Tinsley v. Milligan, 1993 UKHL 3
Tool Metal Manufacturing Co. Ltd. v. Tungsten Electric Co. Ltd., [1955] 1 W.L.R. 761 (H.L.)
Williams v. Stern (1879), 5 Q.B.D. 409
Woodhouse A.C. Israel Cocoa Ltd. SA v. Nigerian Produce Marketing Co. Ltd., [1972] A.C. 741
(H.L.)

Jurisprudence australienne

Miller v. Miller, 2011 HCA 9

III. Bibliographie

Monographies et ouvrages collectifs

Ouvrages sur le droit québécois

- BAUDOUIN, J.-L., P. DESLAURIERS et B. MOORE, *La responsabilité civile, Volume 1 : Principes généraux*, 8^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014.
- BAUDOUIN, J.-L. et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 6^e éd. par P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005.
- , *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013.
- BEAUCHAMP, J.-J., *Répertoire général de jurisprudence canadienne*, t. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 1914.
- BRISSON, J.-M., *La formation d'un droit mixte: l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, Montréal, Éditions Thémis, 1986.
- CAIRNS, J.W., *Codification, Transplants and History. Law Reform in Louisiana (1808) and Quebec (1866)*, Clark, New Jersey, Talbot Publishing, 2015.
- CHRISTIE, R., *A History of the Late Province of Lower Canada, Parliamentary and Political, from the Commencement to the Close of Its Existence as a Separate Province*, t. 2, Montréal, Worthington, 1866.
- COUTU, M., L.L. FONTAINE, G. MARCEAU, U. COIQUAUD et J. BOURGAULT, *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*, 3^e éd., t. 1, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2019.
- CUTHBERT, R., *An Apology for Great Britain, in allusion to a pamphlet intituled « Considerations, etc. par un Canadien, M.P.P. »*, Québec, Neilson, 1809.
- D'AOUST, C. et L. DUBÉ, *L'estoppel et les laches en jurisprudence arbitrale*, Montréal, École de relations industrielles de l'Université de Montréal, 1990.
- DICKINSON, J.A., *Justice et justiciables : la procédure civile à la prévôté de Québec, 1667-1759*, Québec, P.U.L., 1982.
- DOUTRE, G., *Les lois de la procédure civile dans la province de Québec*, Montréal, Senécal, 1867-1869.
- FERLAND, D. et B. EMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., t. 1 « Art. 1-301, 321-344 C.p.c. », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015.

- GARDNER, D. et M. TANCELIN, *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 9^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2006.
- , *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 12^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2017.
- GILLES, D., *Essais d'histoire du droit. De la Nouvelle-France à la Province de Québec*, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 2014.
- GRAMMOND, S., A.-F. DEBRUCHE et Y. CAMPAGNOLO, *Quebec Contract Law*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2016.
- GREENWOOD, F.M., *Legacies of Fear: Law and Politics in Quebec in the Era of the French Revolution*, Toronto, University of Toronto Press, 1993.
- GRÉGOIRE, M.A., *Le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003.
- , *Liberté, responsabilité et utilité: la bonne foi comme instrument de justice*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010.
- GUILLEMARD, S. et S. MENÉTREY, *Comprendre la procédure civile québécoise*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2017.
- KAUFFMAN, D.H., *The Construction Hypothec. Insights into Quebec Lien and Construction Law*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015.
- KOLISH, E., *Nationalismes et conflits de droits : le débat du droit privé au Québec, 1760-1840*, LaSalle, Hurtubise HMH, 1994.
- LANGELIER, F., *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 1905.
- LEBRUN, C., *Le devoir de coopération durant l'exécution du contrat*, Montréal, LexisNexis, 2013.
- LEFEBVRE, B., *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998.
- LEFEBVRE, B. et B. MOORE (dir.), *Les grandes valeurs*, Montréal, Éditions Thémis, 2019.
- LEVESQUE, F., *Précis de droit québécois des obligations : contrat, responsabilité, exécution et extinction*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014.
- LLUELLES, D. et B. MOORE, *Droit des obligations*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2012.
- , *Droit des obligations*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2018.
- MCCANN, J., *Prescriptions extinctives et fins de non-recevoir*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011.
- MCCORD, T., *Synopsis of the changes in the law effected by the Civil Code of Lower Canada*, Ottawa, Desbarats, 1866.

- MIGNAULT, P.-B., *Le droit civil canadien, basé sur les « Répétitions écrites sur le code civil » de Frédéric Mourlon avec revue de la jurisprudence de nos tribunaux*, Montréal, Théoret, 1895-1916.
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice. Le Code civil du Québec : un mouvement de société*, Québec, Publications du Québec, 1993.
- MOREL, A., *Les limites de la liberté testamentaire dans le droit civil de la province de Québec*, Paris, L.G.D.J., 1960.
- NEATBY, H.M., *The Administration of Justice Under the Quebec Act*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1937.
- QUÉBEC (MINISTÈRE DE LA JUSTICE), *La Réforme du Code civil : quelques éléments du projet de loi 125 présenté à l'Assemblée nationale le 18 décembre 1990*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1991.
- TANCELIN, M., *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009.
- TRUDEL, G., *Traité de Droit civil du Québec. Traité des obligations: Des contrats*, t. 7, ptie 1 « Articles 982 à 1040 : Des contrats », Montréal, Wilson & Lafleur, 1946.
- VIGER, D.-B., *Considérations sur les effets qu'ont produit en Canada, la conservation des établissements du pays, les moeurs, l'éducation, etc. de ses habitants et les conséquences qu'entraîneraient leur décadence par rapport aux intérêts de la Grande Bretagne*, Montréal, Brown, 1809.
- YOUNG, B., *The Politics of Codification. The Lower Canadian Civil Code of 1866*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1994.

Autres ouvrages

- ACCARIAS, C., *Précis de droit romain : contenant, avec l'exposé des principes généraux, le texte, la traduction et l'explication des Institutes de Justinien*, 4^e éd., t. 2, Paris, Pichon, 1891.
- ALBARIAN, A., *De la perte de confiance légitime en droit contractuel : essai d'une théorie*, Paris, Mare & Martin, 2012.
- ATIAS, C., *Théorie contre arbitraire : éléments pour une théorie des théories juridiques*, Paris, P.U.F., 1987.
- AUBRY, C. et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 5^e éd., Paris, Marchal et Billard, 1897.

- BAUDRY-LACANTINERIE, G. et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, XII. Des obligations*, 3^e éd., t. 1, Paris, Librairie de la société du recueil J.-B. Sirey et du Journal du Palais, 1906.
- BENYEKHFLEF, K., *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2015.
- BIOCHE, C.J.A. et C. GOUJET, *Dictionnaire général raisonné de procédure civile et commerciale*, édition augmentée de la législation et de la jurisprudence de Belgique, t. 2, Bruxelles, Tarlier, 1836.
- BIOCHE, M., *Dictionnaire de procédure civile et commerciale*, 3^e éd., t. 4, Paris, Videcoq, 1846.
- BORNIER, P., *Conférences des nouvelles ordonnances de Louis XIV, roy de France et de Navarre : avec celles des rois prédécesseurs de Sa Majesté, le droit écrit, & les arrêts, enrichies de nouvelles annotations & décisions importantes*, nouvelle édition, Paris, chez les associés choisis par ordre de Sa Majesté, pour l'impression de ses nouvelles ordonnances, 1703.
- CARBONNIER, J., *Droit civil. Introduction*, 18^e éd., Paris, P.U.F., 1990.
- CARRUTHERS, B.G. et L. ARIOVICH, *Money and Credit: A Sociological Approach*, Cambridge, Polity, 2010.
- COLEMAN, P.J., *Debtors and Creditors in America: Insolvency, Imprisonment for Debt, and Bankruptcy, 1607-1900*, Madison, State Historical Society of Wisconsin, 1974.
- CORNU, G., *Droit civil : la famille*, 9^e éd., Paris, Montchrestien, 2006.
- (dir.), *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., Paris, P.U.F., 2020.
- CREIGHTON, D.G., *The Empire of the St. Lawrence*, Toronto, Macmillan, 1956.
- DAVID, R. et D. PUGSLEY, *Les contrats en droit anglais*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1985.
- DELMAS-MARTY, M., *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994.
- DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoléon*, 3^e éd., t. 24 « Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, tome premier », Paris, Durand, 1868.
- DENISART, J.-B., *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence tant ancienne que moderne*, mise dans un nouvel ordre, corrigée & augmentée, t. 6 et 8, Paris, Veuve Desaint, 1783-1789.
- DESANTI, J.-T., *La philosophie silencieuse. Critique des philosophies de la science*, Paris, Seuil, 1975.
- DOMAT, J., *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, t. 1, Paris, Coignard, 1689.

- ERBACHER, S., *Negligence and Illegality*, Oxford, Hart Publishing, 2017.
- FAUVARQUE-COSSON, B., *La confiance légitime et l'estoppel*, Paris, Société de législation comparée, 2007.
- FAUVARQUE-COSSON, B. et P. JUNG (dir.), *La confiance*, 11^e journées bilatérales franco-allemandes, Paris, Société de législation comparée, 2013.
- FINNIS, J.M., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon, 1980.
- FITZPATRICK, P., *The Mythology of Modern Law*, London, Routledge, 1992.
- FOSS, M., *The Idea of Perfection in the Western World*, Princeton, Princeton University Press, 1946.
- FOUCAULT, M., *Surveiller et punir: naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.
- , *Histoire de la sexualité*, Paris, Gallimard, 1976.
- , *Dits et écrits, 1954-1988. 1, 1954-1975*, Paris, Gallimard, 2001.
- FRIDMAN, G.H.L., *The Law of Contract in Canada*, 6^e éd., Toronto, Carswell, 2011.
- , *Variations on the Theme of Contract*, Toronto, LexisNexis, 2019.
- FRIEDMAN, L.M., *Contract Law in America: A Social and Economic Case Study*, Madison, University of Wisconsin Press, 1965.
- FULLER, L.L., *The Morality of Law*, 2^e éd., New Haven, Y.U.P., 1969.
- FUZIER-HERMAN, E. (dir.), *Répertoire général alphabétique du droit français*, t. 13 et 21, Paris, Larose, 1895-1900.
- GHESTIN, J., *Traité de droit civil*, 2^e éd., t. 2, Paris, L.G.D.J., 1988.
- GIDDENS, A., *Central Problems in Social Theory: Action, Structure, and Contradiction in Social Analysis*, Berkeley, U.C.P., 1979.
- , *The Constitution of Society: Introduction of the Theory of Structuration*, Berkeley, U.C.P., 1984.
- , *The Nation-State and Violence*, Berkeley, U.C.P., 1987.
- , *The Consequences of Modernity*, Stanford, Stanford University Press, 1990.
- GLENN, H.P., *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, 5^e éd., Oxford, O.U.P., 2014.
- GORLA, G., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milan, Giuffrè, 1981.
- GOUDKAMP, J., *Tort Law Defences*, Oxford, Hart Publishing, 2016.
- HACKING, I., *Historical Ontology*, Cambridge, Harvard University Press, 2002.

- Halsbury's Laws of England*, Londres, Butterworths, 2014.
- HAMELIN, J., *Histoire économique du Québec, 1851-1896*, Montréal, Fides, 1971.
- JOUSSE, D., *Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile du mois d'avril 1667 : Idée de la justice civile*, t. 1, Paris, Debure, 1769.
- KOYRÉ, A., *Études d'histoire de la pensée scientifique*, Paris, Gallimard, 1973.
- LAROMBIÈRE, M.L., *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, livre III du code civil, art. 1101 à 1386*, 2^e éd., t. 3 et 7, Paris, Durand, 1885.
- LAURENT, F., *Principes de droit civil*, 5^e éd., t. 15, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1893.
- LAVERTY, F.J., *The Insurance Law of Canada: fire, life, accident, automobile, guarantee, marine, etc.*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1936.
- LE TOURNEAU, P., *La règle « nemo auditur ... »*, Paris, L.G.D.J., 1970.
- LEMERLE, L.-L.-F., *Traité des fins de non-recevoir*, Nantes, chez l'auteur, rue Haute du Château, 1819.
- MAR, M. del et M. LOBBAN (dir.), *Law in Theory and History: New Essays on a Neglected Dialogue*, Oxford, Hart Publishing, 2016.
- MARTIN, O., *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, Paris, P.U.F., 1922-1930.
- MAYNZ, C., *Éléments de droit romain*, Bruxelles, Meline, Cans & Cie, 1845.
- MORAND, C.-A., *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, L.G.D.J., 1999.
- MOURLON, F., *Répétitions écrites sur le code civil contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, 11^e éd. par C. DEMANGEAT, t. 2, Paris, Garnier, 1881.
- MUEL, L., *Précis historique des assemblées parlementaires et des hautes cours de justice en France de 1789 à 1895*, Paris, Guillaumin, 1896.
- NIETZSCHE, F.W., *La généalogie de la morale*, Paris, Gallimard, [1887] 1972.
- PISTOR, K., *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton, Princeton University Press, 2019.
- PLANIOL, M., *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, 6^e éd., Paris, L.G.D.J., 1911.
- POLANYI, K., *The Great Transformation*, Boston, Beacon Press, [1944] 1957.

- PORTALIS, J.-É.-M., *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, coll. « Classiques des sciences sociales », n° 3024, U.Q.A.C., 1801, en ligne : <<http://dx.doi.org/doi:10.1522/030032830>> (consulté le 7 juillet 2020).
- PORTER, J.B., *Laws of Insurance: Fire, Life, Accident, and Guarantee*, 8^e éd., London, 1933.
- POTHIER, R.J., *Œuvres de Pothier, contenant les traités du droit français*, nouvelle édition par M. DUPIN, Paris, Béchet Aîné, 1823-1825.
- PRÉVOST, X., *Jacques Cujas (1522-1590) : jurisconsulte humaniste*, Genève, Librairie Droz, 2015.
- REIMANN, M. (dir.), *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World, 1820-1920*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993.
- RODIÈRE, A., *Exposition raisonnée des lois de la compétence et de la procédure en matière civile*, t. 2, Toulouse, chez les principaux libraires, 1841.
- SASAKI, M. (dir.), *Trust in Contemporary Society*, Leiden, Brill Academic, 2019.
- SAVEY-CASARD, P., *Le refus d'action pour cause d'indignité : étude sur la maxime Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, Paris, L.G.D.J., 1930.
- SÈVE, R. (dir.), *L'ordre public*, Paris, Dalloz, 2015.
- SHORTT, A. et A.G. DOUGHTY (dir.), *Archives publiques : Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, 2^e éd., Ottawa, Mulvey, imprimeur de Sa Majesté, 1921.
- SMITH, S.A., *Rights, Wrongs, and Injustices. The Structure of Remedial Law*, Oxford, O.U.P., 2019.
- WARNKÖNIG, L.A., *Eléments de droit romain privé*, Paris, Deschamps, 1827.
- ZELIZER, V., *The Social Meaning of Money*, New York, Basic Books, 1994.

Thèses et mémoires

- BOUCHARD-GOUPIL, A., *La méthode généalogique foucaldienne et l'ouverture de l'actualité*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté de philosophie, Université Laval, 2016.
- LATOUR, G., *La méthode généalogique : à la rencontre de la sociologie, la philosophie et l'histoire*, mémoire de maîtrise, Montréal, Département de sociologie, Université du Québec à Montréal, 2016.
- LARDAUD-CLERC, C., *Le changement de comportement du créancier en cours d'exécution du contrat. Étude de droit français et anglais*, thèse de doctorat, Lyon, Faculté de droit, Université Jean Moulin (Lyon 3) et Université d'Exeter, 2015.

MORÉTEAU, O., *L'estoppel et la protection de la confiance légitime. Éléments d'un renouveau de la responsabilité (droit anglais et droit français)*, thèse de doctorat, Lyon, Faculté de droit, Université Jean Moulin (Lyon 3), 1990.

TZARANO, G.J., *Étude sur la règle « Nemo auditur propriam turpitudinem allegans »*, thèse de doctorat, Paris, Université de Paris, 1926.

Articles de revue et études d'ouvrages collectifs

Études sur le droit québécois

Anonyme, « Bibliographie », (1898) 1 *R. du N.* 336.

Anonyme, « De la codification des lois du Canada », (1846) 1 *R. de L.* 337.

AZARD, P., « La Cour suprême du Canada et l'application du droit civil de la province de Québec », (1965) 43 *R. du B. can.* 553.

BACHAND, F., « Les principes généraux de la justice civile et le nouveau Code de procédure civile », (2015) 61 *McGill L.J.* 447.

BAUDOIN, J.-L., « L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada », (1975) 53 *R. du B. can.* 715.

———, « Justice et équilibre : la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois », dans G. GOUBEAUX (dir.), *Études offertes à Jacques Ghestin : Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 29.

BAUDOIN, L., « Les apports du Code civil du Québec », dans E. MCWHINNEY (dir.), *Canadian Jurisprudence. The Civil Law and Common Law in Canada*, Toronto, Carswell, 1958, p. 71.

BELLEY, J.-G., « Une croisade intégriste chez les avocats du Québec : La Revue du droit (1922-1939) », (1993) 34 *C. de D.* 183.

———, « La pensée juridique positiviste et ses tourments », dans B. MELKEVIK (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Sainte-Foy, P.U.L., 1998, p. 237.

BERGEL, J.-L., « Spécificité des codes et autonomie de leur interprétation », dans P.-A. CÔTÉ (dir.), *Le nouveau Code civil : interprétation et application*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 3.

BIBAUD, F.-M., « Observations sur le projet de code canadien », dans *Exégèse de jurisprudence*, s.l., s.n., s.d., p. 7.

- BOULT, R., « Aspects des rapports entre le droit civil et la common law dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada », (1975) 53 *R. du B. can.* 738.
- BRIERLEY, J.E.C., « Quebec's Civil Law Codification Viewed and Reviewed », (1968) 14 *McGill L.J.* 521.
- , « The Co-existence of Legal Systems in Quebec: “Free and Common Socage” in Canada's “pays de droit civil” », (1979) 20 *C. de D.* 277.
- BRISSON, J.-M., « Le Code civil, droit commun? », dans P.-A. CÔTÉ (dir.), *Le nouveau Code civil : interprétation et application*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 292.
- CASTEL, J.-G., « Le juge Mignault défenseur de l'intégrité du droit civil québécois », (1975) 53 *R. du B. can.* 544.
- CASTELLI, M.D., « Le douaire en droit coutumier ou la déviation d'une institution », (1979) 20 *C. de D.* 315.
- CRÉPEAU, P.-A., « Le contenu obligationnel d'un contrat », (1965) 43 *R. du B. can.* 1.
- CRÊTE, R., « Aspects méthodologiques de la jurisprudence québécoise en droit commercial à la fin du XIX^e siècle », (1993) 34 *C. de D.* 219.
- CUMYN, M., « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité », (2007) 41 *R.J.T.* 1.
- , « L'ordre public », dans B. MOORE (dir.), *Les grandes notions*, Montréal, Éditions Thémis, 2015.
- DALPHOND, P.J., « La doctrine a-t-elle un avenir au Québec », (2008) 53 *McGill L.J.* 517.
- DAUNAS, P.P. et M. BROUILLETTE, « La bonne foi dans le domaine de la construction », dans S.F.C.B.Q., *Développements récents en droit de la construction (2020)*, 471, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2020, p. 121.
- DEBRUCHE, A.-F., « L'équité judiciaire, de l'ombre à la lumière : archéologie d'une exception singulière aux règles de la publicité immobilière », (2011) 55 *McGill L.J.* 819.
- DECROIX, A., « La controverse sur la nature du droit applicable après la conquête », (2011) 56 *McGill L.J.* 489.
- DEVINAT, M. et E. GUILHERMONT, « Enquête sur les théories juridiques en droit civil québécois », (2010) 44 *R.J.T.* 7.
- FLEURY, F.-N., « Le temps qui passe : guide du praticien sur l'estoppel, les laches et la pratique passée », dans *Arbitrage de griefs*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 113.

- GARDNER, D., « Le point sur deux mécanismes aux contours mal définis : la novation par changement de débiteur et la théorie des fins de non-recevoir. Chronique de jurisprudence », (2002) 104 *R. du N.* 511.
- GAUDET, S., « Inexistence, nullité et annulabilité du contrat : essai de synthèse », (1995) 40 *McGill L.J.* 291.
- GLENN, H.P., « Persuasive Authority », (1987) 32 *McGill L.J.* 261.
- , « Le droit comparé et l'interprétation du Code civil du Québec », dans P.-A. CÔTÉ (dir.), *Le nouveau Code civil : interprétation et application*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 175.
- GOLDSTEIN, G. et N. MESTIRI, « La liberté contractuelle et ses limites – Étude à la lueur du droit civil québécois », dans B. MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 299.
- GREENWOOD, F.M., « Lower Canada (Quebec): Transformation of Civil Law, from Higher Morality to Autonomous Will, 1774-1866 », (1995) 23 *Man. L.J.* 132.
- GRÉGOIRE, M.A., « Articles 6 et 7 du Code civil du Québec : chapeau noir et chapeau melon ou les Dupont et Dupond de la bonne foi », dans A. POPOVICI, B. MOORE et J. BRAS MIRANDA (dir.), *Mélanges Adrian Popovici : les couleurs du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2010.
- , « Économie subjective c. utilité et intérêt du contrat – réflexions sur les notions de liberté, de responsabilité et de commutativité contractuelles, à la suite de la codification du devoir de bonne foi », (2010) 44 *R.J.T.* 11.
- HEENEY, A.D.P., « Estoppel in the Law of Quebec », (1930) 8 *R. du B. can.* 401.
- HOUNTOHOTÉGBÈ, S.A.-L., « De l'ombre à la lumière : l'hypothèse de la renaissance de la filiation romano-germanique de la procédure civile québécoise », (2015) 60 *McGill L.J.* 215.
- HOUNTOHOTÉGBÈ, S.A.-L., J.-F. ROBERGE et T. MANUELLO, « L'ère de la coopération procédurale et de la saine gestion de l'instance sous le nouveau Code de procédure civile du Québec », (2016) 75 *R. du B.* 391.
- HOWES, D., « From Polyjurality to Monojurality: The Transformation of Quebec Law, 1875-1929 », (1987) 32 *McGill L.J.* 523.
- , « La domestication de la pensée juridique québécoise », (1989) 13 *Anthrop. & Soc.* 103.
- JOBIN, P.-G., « L'influence de la doctrine française sur le droit civil québécois : Le rapprochement et l'éloignement de deux continents », (1992) 44 *R.I.D.C.* 381.

- , « L'équité en droit des contrats », dans P.-C. LAFOND (dir.), *Mélanges Claude Masse : en quête de justice et d'équité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 473.
- JUKIER, R., « The Impact of Legal Traditions on Quebec Procedural Law: Lessons from Quebec's New Code of Civil Procedure », (2015) 93 *R. du B. can.* 211.
- JUTRAS, D., « Que personne ne bouge! La protection de la confiance légitime en droit civil québécois », dans A.-S. HULIN, R. LECKEY et L.D. SMITH (dir.), *Les apparences en droit civil*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015.
- , « Prolégomènes à l'étude de la notion de confiance en droit civil », dans B. LEFEBVRE et B. MOORE (dir.), *Les grandes valeurs*, Montréal, Éditions Thémis, 2019, p. 193.
- KARIM, V., « La règle de la bonne foi prévue dans l'article 1375 du Code civil du Québec », (2000) 41 *C. de D.* 435.
- KOLISH, E., « L'introduction de la faillite au Bas-Canada : conflit social ou national? », (1986) 40 *R.H.A.F.* 215.
- , « Imprisonment for Debt in Lower Canada, 1791-1840 », (1987) 32 *McGill L.J.* 602.
- , « The Impact of the Change in Legal Metropolis on the Development of Lower Canada's Legal System: Judicial Chaos and Legislative Paralysis in the Civil Law, 1791–1838 », (1988) 3 *C.J.L.S.* 1.
- KOURI, R.P., « Le contractant de bonne foi et la cause illégale : réflexions sur le mutisme du législateur », (2000) 102 *R. du N.* 171.
- LAFRENAYE, P.R., « Préface », dans G. DOUTRE, *Les lois de la procédure civile dans la province de Québec*, t. 1, Montréal, Senécal, 1867, p. vii.
- LEBEL, L. et P.-L. LE SAUNIER, « L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada », (2005) 47 *C. de D.* 179.
- LEFEBVRE, B., « La rupture du contrat pour cause d'inexécution : regards sur le rôle de la bonne foi », (2006) 36 *R.G.D.* 69.
- , « La bonne foi », dans B. MOORE (dir.), *Les grandes notions*, Montréal, Éditions Thémis, 2015.
- LLUELLES, D., « La bonne foi dans l'exécution des contrats et la problématique des sanctions », (2004) 83 *R. du B. can.* 181.
- MACDONALD, R.A., « Understanding Civil Law Scholarship in Quebec », (1985) 23 *Osgoode Hall L.J.* 573.

- MACKAAY, E., V. LEBLANC, N. KOST-DE-SÈVRES et E. DARANKOUM, « L'économie de la bonne foi contractuelle », dans B. MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 421.
- MAYRAND, A., « À quand le trépas du “trespasser”? », (1961) 21 *R. du B.* 1.
- MIGNAULT, P.-B., « L'avenir de notre droit civil », (1923) 1 *R. du D.* 104.
- , « The Authority of Decided Cases », (1925) 3 *R. du B. can.* 1.
- MOCKLE, D., « L'État de droit et la théorie de la *rule of law* », (1994) 35 *C. de D.* 823.
- MONTIGNY, B.-A. T., « Le juge doit-il décider suivant la loi? », (1879) 1 *La Thémis* 161.
- MOORE, B., « Réflexions sur l'influence de la common law en droit québécois de la responsabilité civile – Albert Mayrand, “À quand le trépas du ‘trespasser’?” », dans B. MOORE et B. LEFEBVRE (dir.), *Les grands textes*, Montréal, Éditions Thémis, 2018, p. 253.
- , « L'équilibre », dans B. LEFEBVRE et B. MOORE (dir.), *Les grandes valeurs*, Montréal, Éditions Thémis, 2019, p. 225.
- MORADINEJAD, R., « Le contrat intelligent, nouveau vecteur de confiance dans les relations contractuelles : réalité ou rêve ? », (2019) 60 *C. de D.* 623.
- MOREL, A., « La réaction des Canadiens devant l'administration de la justice de 1764 à 1774 : une forme de résistance passive », (1960) 20 *R. du B.* 53.
- , « L'émergence du nouvel ordre juridique instauré par le Code civil du Bas-Canada (1866-1890) », dans P.-A. CÔTÉ (dir.), *Le nouveau Code civil : interprétation et application*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 49.
- MORIN, M., « La perception de l'ancien droit et du nouveau droit français au Bas-Canada, 1774-1866 », dans H.P. GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 1.
- , « Les changements de régimes juridiques consécutifs à la Conquête de 1760 », (1997) 57 *R. du B.* 689.
- , « Les grandes dates de l'histoire du droit québécois, 1760-1867 », dans *Actes de la XIII^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 293.
- , « Des juristes sédentaires? L'influence du droit anglais et du droit français sur l'interprétation du Code civil du Bas Canada », (2000) 60 *R. du B.* 247.
- , « Les débats concernant le droit français et le droit anglais antérieurement à l'adoption de l'Acte de Québec de 1774 », (2014) 44 *R.D.U.S.* 259.

- , « Les premières controverses concernant la justice au Québec sous le régime de la Proclamation royale de 1763 », dans J.-P. GARNEAU, D. FYSON, T. NOOTENS et P. BASTIEN (dir.), *Justice et espaces publics en Occident, du Moyen Âge à nos jours*, Québec, P.U.Q., 2014, p. 147.
- , « Blackstone et le bijuridisme québécois, de la *Proclamation royale* de 1763 au *Code civil du Bas Canada* », dans S. ROUSSEAU (dir.), *Juriste sans frontières. Mélanges Ejan Mackaay*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, p. 585.
- , « Entre fidélité et rupture : la tradition et le droit civil québécois », dans B. MOORE et B. LEFEBVRE (dir.), *Les grandes valeurs*, Montréal, Éditions Thémis, 2019, p. 163.
- NADEAU, C., « L'estoppel dans le contexte du droit civil québécois », (1986) 46 *R. du B.* 599.
- NORMAND, S., « Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : la sauvegarde de l'intégrité du droit civil », (1987) 32 *McGill L.J.* 559.
- , « La codification de 1866 : contexte et impact », dans H.P. GLENN, *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 43.
- , « Profil des périodiques juridiques québécois au XIX^e siècle », (1993) 34 *C. de D.* 153.
- , « Une culture en redéfinition : la culture juridique québécoise durant la seconde moitié du XIX^e siècle », dans B. MELKEVIK (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Sainte-Foy, P.U.L., 1998, p. 221.
- PAGÉ, P., « L'irrémissible "Waiver" et le prix des sous-entendus », dans S.F.C.B.Q., *Développements récents en droit des assurances (2005)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 4.
- PERRET, L., « Une philosophie nouvelle des contrats fondée sur l'idée de justice contractuelle », (1980) 11 *R.G.D.* 537.
- PINEAU, J., « La philosophie générale du Code civil », dans P.-A. CÔTÉ (dir.), *Le nouveau Code civil : interprétation et application*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 269.
- PYZIK, S.L., « Le devoir de cohérence : l'émergence d'une norme particulière de la bonne foi en matière contractuelle au Québec », *Repères*, février 2017, EYB2017REP2123.
- ROLLAND, L., « La bonne foi dans le Code civil du Québec : du général au particulier », (1996) 26 *R.D.U.S.* 377.

SEWELL, « Dissertation sur les plaidoiries dans le Bas-Canada », dans A. LUSIGNAN, *Jurisprudence canadienne : index analytique des décisions judiciaires rapportées de 1864 à 1871*, Montréal, Franc-Parleur, 1872, p. 1.

TANCELIN, M., « Chronique de jurisprudence », (1970) 11 *C. de D.* 382.

VÉZINA, N., « La fin de non-recevoir en droit bancaire, ou la faute de la banque comme obstacle à la mise en œuvre de ses droits contre le client en matière d'opérations bancaires », dans S.F.C.B.Q., *Développements récents en droit bancaire (2017)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2017, p. 103.

WASSERMAN, G., « The Doctrine of Fins de Non-Recevoir in Quebec Law (with a Comparative Analysis of the English Doctrine of Estoppel) », (1956) 34 *R. du B. can.* 641.

Autres études

AGAR, T.J., « Statutory Conditions in Insurance Policies », (1941) 19 *R. du B. can.* 701.

ANCEL, P., « Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois », (2011) 45 *R.J.T.* 87.

———, « Stoppera-t-on l'estoppel? Petite histoire de la pénétration en droit français d'un concept de droit anglais », dans J.M. RAINER et E.V. den HAUTE (dir.), *Liber Amicorum David Pugsley*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 179.

AUGUSTIN, J.-M., « Les premières années d'interprétation du Code civil français (1804-1837) », dans P.-A. CÔTÉ (dir.), *Le nouveau Code civil : interprétation et application*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 27.

BAKER, G.B., « The Reconstitution of Upper Canadian Legal Thought in the Late-Victorian Empire », (1985) 3 *Law Hist. Rev.* 219.

BAUDE, W., A.S. CHILTON et A. MALANI, « Making Doctrinal Work More Rigorous: Lessons from Systematic Reviews », (2017) 84 *U. Chi. L. Rev.* 37.

BOURDIEU, P., « Habitus, code et codification », (1986) 64 *Actes Rech. Sci. Soc.* 40.

———, « Esprits d'État : Genèse et structure du champ bureaucratique », (1993) 96 *Actes Rech. Sci. Soc.* 49.

BOYER, L., « Sur quelques adages : notes d'histoire et de jurisprudence », (1998) 156 *Bibl. É.C.* 13.

CARTUYVELS, Y., « L'idéal de la codification. Étapes et développements avant le 19^e siècle », (1993) 31 *Rev. interdiscipl. ét. jur.* 85.

- CAYLOR, L. et M.S. KENNEY, « *In Pari Delicto* and *Ex Turpi Causa*: The Defence of Illegality – Approaches Taken in England and Wales, Canada and the U.S. », (2017) 18 *Bus. L. Int'l* 259.
- COLEMAN, J.L., « The Architecture of Jurisprudence », (2011) 121 *Yale L.J.* 2.
- DIMATTEO, L.A. et C. PONCIBÓ, « Quandary of Smart Contracts and Remedies: The Role of Contract Law and Self-Help Remedies », (2018) 26 *E.R.P.L.* 805.
- DUCHARME, M., « Se souvenir de demain : réflexions sur l'édification des mémoires collectives au Canada-Uni », (2006) 7 *Mens* 9.
- DWORKIN, R., « The Model of Rules », (1967) 35 *U. Chi. L. Rev.* 14.
- DYSON, M., « Challenging the Orthodoxy of Crime's Precedence over Tort: Suspending a Tort Claim Where a Crime May Exist », dans S.G.A. PITEL, J.W. NEYERS et E. CHAMBERLAIN (dir.), *Tort Law: Challenging Orthodoxy*, London, Bloomsbury Publishing, 2014.
- , « Disentangling and Organising Tort and Crime », dans M. DYSON (dir.), *Unravelling Tort and Crime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, en ligne : <<https://doi.org/10.1017/CBO9781107588820>>.
- ENONCHONG, N., « Effects of Illegality: A Comparative Study in French and English Law », (1995) 44 *I.C.L.Q.* 196.
- FEINMAN, J.M., « Promissory Estoppel and Judicial Method », (1984) 97 *Harv. L. Rev.* 678.
- FLANAGAN, J.F., « Confrontation, Equity, and the Misnamed Exception for Forfeiture by Wrongdoing », (2006) 14 *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 1193.
- FOUCAULT, M., « Nietzsche, la généalogie, l'histoire », dans S. BACHELARD (dir.), *Hommage à Jean Hyppolite*, Paris, P.U.F., 1971, p. 145.
- GORDLEY, J., « Comparative Law and Legal History », dans M. REIMANN et R. ZIMMERMANN (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2^e éd., Oxford, O.U.P., 2019, p. 754.
- GOUDKAMP, J., « A Revival of the Doctrine of Attainder? The Statutory Illegality Defences to Liability in Tort », (2007) 29 *Sydney L. Rev.* 445.
- , « The Defence of Joint Illegal Enterprise », (2010) 34 *Melbourne U.L. Rev.* 425.
- GOUDKAMP, J. et J. MURPHY, « The Failure of Universal Theories of Tort Law », (2015) 21 *Legal Theory* 47.
- GOUDKAMP, J. et M. ZOU, « The Defence of Illegality in Tort Law: Beyond Judicial Redemption? Case and Comment », (2015) 74 *Cambridge L.J.* 13.

- GRANDE, E., « Development of Comparative Law in Italy », dans M. REIMANN et R. ZIMMERMANN (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2^e éd., Oxford, O.U.P., 2019, p. 88.
- HENDERSON, S.D., « Promissory Estoppel and Traditional Contract Doctrine », (1969) 78 *Yale L.J.* 343.
- HERMAN, M.J., « The Founding of the Supreme Court of Canada and the Abolition of the Appeal to the Privy Council », (1976) 8 *Ottawa L. Rev.* 7.
- HOECKE, M.V., « The Use of Unwritten Legal Principles by Courts », (1995) 8 *Ratio Juris* 248.
- JIMENEZ, M.J., « The Many Faces of Promissory Estoppel: An Empirical Analysis under the Restatement (Second) of Contracts », (2010) 57 *UCLA L. Rev.* 669.
- KENNEDY, D., « Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000 », dans D.M. TRUBEK et A. SANTOS (dir.), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- KOLB, R., « La maxime “nemo ex propria turpitudine commodum capere potest” (nul ne peut profiter de son propre tort) en droit international public », (2000) 33 *Rev. B.D.I.* 84.
- LAZARUS, J. et L. LACAN, « Toward a Relational Sociology of Credit: An Exploration of the French Literature », (2018) 0 *Soc.-Econ. Rev.* 1.
- LEGRAND, P. Jr., « La dynamique de l'impunité : autour de la défense d'*ex turpi causa* en common law des délits civils », (1991) 36 *McGill L.J.* 609.
- LENAERTS, K., « Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law », (2003) 52 *Int'l & Comp. L.Q.* 873.
- LEONARD, J.D., « Foucault: Genealogy, Law, Praxis », (1990) 14 *L.S. Forum* 3.
- LEWIS, J.D. et A. WEIGERT, « Trust as a Social Reality », (1985) 63 *Soc. Forces* 967.
- LOBBAN, M., « Legal Theory and Legal History: Prospects for Dialogue », dans M. del MAR et M. LOBBAN (dir.), *Law in Theory and History: New Essays on a Neglected Dialogue*, Oxford, Hart Publishing, 2016, p. 3.
- MACAULAY, S., « The Death of Contract », dans R.W. GORDON et M.J. HORWITZ (dir.), *Law, Society, and History: Themes in the Legal Sociology and Legal History of Lawrence M. Friedman*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 193.
- MANCE, J., « *Ex Turpi Causa* – When Latin Avoids Liability », (2014) 18 *Ed. L. Rev.* 175.
- MCKEE, D., « The Responsibility of Common Law Scholarship: A Case Study », (2016) 118 *R. du N.* 283.

- MCKENDRICK, E., « Contract: In General », dans A.S. BURROWS (dir.), *English private law*, 3^e éd., Oxford, O.U.P., 2013.
- METZGER, M.B. et M.J. PHILLIPS, « Emergence of Promissory Estoppel as an Independent Theory of Recovery », (1983) 35 *Rutgers L. Rev.* 472.
- MIEDZIANOGORA, J., « L’adage nemo auditur propriam turpitudinem allegans et le Code Napoléon », (1964) 18 *Dialectica* 259.
- MODÉER, K.Å., « Abandoning the Nationalist Framework: Comparative Legal History », dans H. PIHLAJAMÄKI, M.D. DUBBER et M. GODFREY (dir.), *The Oxford Handbook of European Legal History*, Oxford, O.U.P., 2018, p. 100.
- MORÉTEAU, O., « Revisiting the Grey Zone Between Contract and Tort: The Role of Estoppel and Reliance in Mapping out the Law of Obligations », dans H. KOZIOL et B.C. STEININGER (dir.), *European Tort Law 2004*, Vienna, Springer, 2005, p. 60.
- MUIR WATT, H., « Pour l’accueil de l’“estoppel” en droit privé français », dans *L’internationalisation du droit. Mélanges Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, p. 303.
- NEUDORF, L., « Case Comment on *British Columbia v. Zastowny*: Shifting Sanctions and Personal Responsibility », (2010) 73 *Sask. L. Rev.* 131.
- NGUGI, J.M., « Promissory Estoppel: The Life History of an Ideal Legal Transplant », (2007) 41 *U. Rich. L. Rev.* 425.
- NIORT, J.-F., « Retour sur “l’esprit” du Code civil des Français », dans C. GAUVARD (dir.), *Les penseurs du code civil*, Paris, Association française pour l’histoire de la justice, 2009, p. 121.
- NOLAN, D. et J. DAVIES, « Torts and Equitable Wrongs », dans A.S. BURROWS (dir.), *English Private Law*, 3^e éd., Oxford, O.U.P., 2013.
- OUELLET, M.-È., « Le conseil souverain : l’écho de la justice royale », (2013) 114 *Cap-aux-Diamants. La revue d’histoire du Québec* 10.
- PÉTEL-TEYSSIÉ, I., « Défenses, exceptions, fins de non-recevoir », *Répertoire de procédure civile Dalloz* 2013.
- PIHLAJAMAKI, H., « Merging Comparative Law and Legal History: Towards an Integrated Discipline », (2018) 66 *Am. J. Comp. L.* 733.
- PISTOR, K., « The Value of Law », (2020) 49 *Theor. & Soc’y* 165.

- POUMARÈDE, J., « De la fin des coutumes à la survie des usages locaux. Le Code civil face aux particularismes », dans C. GAUVARD (dir.), *Les penseurs du code civil*, Paris, Association française pour l'histoire de la justice, 2009, p. 173.
- RAZ, J., « The Rule of Law and its Virtue », dans *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon, 1979, p. 210.
- REIMANN, M. et A. LEVASSEUR, « Comparative Law and Legal History in the United States », (1998) 46 *Am. J. Comp. L. Supp.* 1.
- RICHOMME, M., « Exception », dans C.J.A. BIOCHE et C. GOUJET (dir.), *Dictionnaire général raisonné de procédure civile et commerciale*, édition augmentée de la législation et de la jurisprudence de Belgique, t. 2 « D à E », Bruxelles, Tarlier, 1836, p. 241.
- ROHR, J.G., « Smart Contracts and Traditional Contract Law, or: The Law of the Vending Machine », (2019) 67 *Clev. St. L. Rev.* 71.
- SACCO, R., « Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law », (1991) 39 *Am. J. Comp. L.* 1.
- SCHMIDT, K.I., « From Evolutionary Functionalism to Critical Transnationalism: Comparative Legal History, Aristotle to Present », dans M.D. DUBBER et C. TOMLINS (dir.), *The Oxford Handbook of Legal History*, Oxford, O.U.P., 2018, p. 263.
- SERVET, J.-M., « L'institution monétaire de la société selon Karl Polanyi », (1993) 44 *Rev. écon.* 1127.
- SMITH, S.A., « Rights and Remedies: A Complex Relationship », dans R.J. SHARPE et K. ROACH (dir.), *Taking Remedies Seriously*, Montréal, Canadian Institute for the Administration of Justice, 2010, p. 33.
- SOMMA, A., « Global Legal History, Legal Systemology, and the Genealogy of Law », (2018) 66 *Am. J. Comp. L.* 751.
- SPENCER, J.R., « Civil Liability for Crimes », dans M. DYSON (dir.), *Unravelling Tort and Crime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, en ligne : <<https://doi.org/10.1017/CBO9781107588820>>.
- SUMPTION, J., « Reflections on the Law of Illegality », (2012) 20 *R.L.R.* 1.
- THIREAU, J.-L., « Pothier, Robert-Joseph », dans P. ARABEYRE, J.-L. HALPÉRIN et J. KRYNEN (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français (XII^e-XX^e siècle)*, 2^e éd., Paris, P.U.F., 2015, p. 832.

- VIRGO, G., « Illegality's Role in the Law of Torts », dans M. DYSON (dir.), *Unravelling Tort and Crime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, en ligne : <<https://doi.org/10.1017/CBO9781107588820>>.
- WADDAMS, S., « The Practical Dimension of Legal Reasoning », dans M. del MAR et M. LOBBAN (dir.), *Law in Theory and History: New Essays on a Neglected Dialogue*, Oxford, Hart Publishing, 2016, p. 284.
- WALLOT, J.-P., « Plaintes contre l'administration de la justice (1807) », (1966) 19 *R.H.A.F.* 551.
 ———, « Religion and French-Canadian Mores in the Early Nineteenth Century », (1971) 52 *Can. Hist. Rev.* 51.
- WEINRIB, E.J., « Illegality as a Tort Defence », (1976) 26 *U.T.L.J.* 28.
- WOLODKIEWICZ, W., « Affaire Hulot. Traduction du "Corps de droit civil" en français au XVIII^e siècle », (1995) 73 *Rev. hist. D.F.É.* 333.
- ZHOU, H.-R., « Legal Principles, Constitutional Principles, and Judicial Review », (2019) 67 *Am. J. Comp. L.* 889.
- ZOLTVANY, Y.F., « Esquisse de la Coutume de Paris », (1971) 25 *R.H.A.F.* 365.

Documents gouvernementaux

- Chambre d'assemblée, vendredi, 21 février 1834 – Quatre-vingt-douze résolutions proposées à la Chambre d'assemblée*, coll. BAnQ numérique, Québec, s.é., 1834, en ligne : <<http://numerique.banq.qc.ca/patrimoine/details/52327/2983482>> (consulté le 16 avril 2020).
- QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des institutions*, vol. 42, n^{os} 96-97, 6 et 7 juin 2012.
- THE LAW COMMISSION, *Illegal Transactions: the Effect of Illegality on Contracts and Trusts*, LCCP 154, London, 1999.
- , *The Illegality Defence in Tort. A Consultation Paper*, LCCP 160, London, 2001.
- , *Consultative Report on the Illegality Defence*, LCCP 189, London, 2009.
- , *The Illegality Defence*, Law Com 320, London, 2010.

Dictionnaires et ouvrages de référence

- ATILF - CNRS & UNIVERSITÉ DE LORRAINE, *TLFi : Trésor de la langue Française informatisé*, Nancy, Centre national de ressources textuelles et lexicales, en ligne : <<https://www.cnrtl.fr/definition/dirimant>> (consulté le 10 juin 2020).
- CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues. Les obligations*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, en ligne : <<https://nimbus.mcgill.ca/pld-ddp/dictionary/>>.
- PICOTTE, J. (dir.), *Juridictionnaire*, coll. « TERMIUM Plus® », la banque de données terminologiques et linguistiques du gouvernement du Canada », Moncton, Centre de traduction et de terminologie juridiques de la Faculté de droit de l'Université de Moncton et Bureau de la traduction du Canada, en ligne : <<https://www.btb.termiumplus.gc.ca/tpv2guides/guides/juridi/index-fra.html>> (consulté le 10 juin 2020).
- PROMOTION DE L'ACCÈS À LA JUSTICE LANGUES OFFICIELLES (PAJLO), *Lexique du droit des contrats et du droit des délits (common law). Bulletin de terminologie 266*, Ottawa, Bureau de la traduction du Canada, 2008.
- REID, H. (dir.), *JuriBistro eDICTIONNAIRE, adaptation numérique du Dictionnaire de droit québécois et canadien*, CAIJ et Wilson & Lafleur, 2016, en ligne : <<https://dictionnaireid.caij.qc.ca/>> (consulté le 11 juin 2020).
- ROBERT, P., *Le petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, nouvelle édition par J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), Paris, Dictionnaires Le Robert, 2010.
- SNOW, G. et S. SAVOIE THOMAS, *Répertoire des appellations en usage dans les régimes de common law : anglais-français*, 4^e éd., Moncton, Centre de traduction et de terminologie juridiques, Faculté de droit de l'Université de Moncton, 2011.
- VANDERLINDEN, J., G. SNOW et D. POIRIER, *La common law de A à Z*, 2^e éd. par G. SNOW et J. VANDERLINDEN, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017.

Programmes et langages de programmation

- IANNONE, R., *DiagrammeR: Graph/Network Visualization*, R, 2020, en ligne : <<https://CRAN.R-project.org/package=DiagrammeR>>.
- PEDERSEN, T.L., *ggraph: An Implementation of Grammar of Graphics for Graphs and Networks*, R, 2020, en ligne : <<https://CRAN.R-project.org/package=ggraph>>.

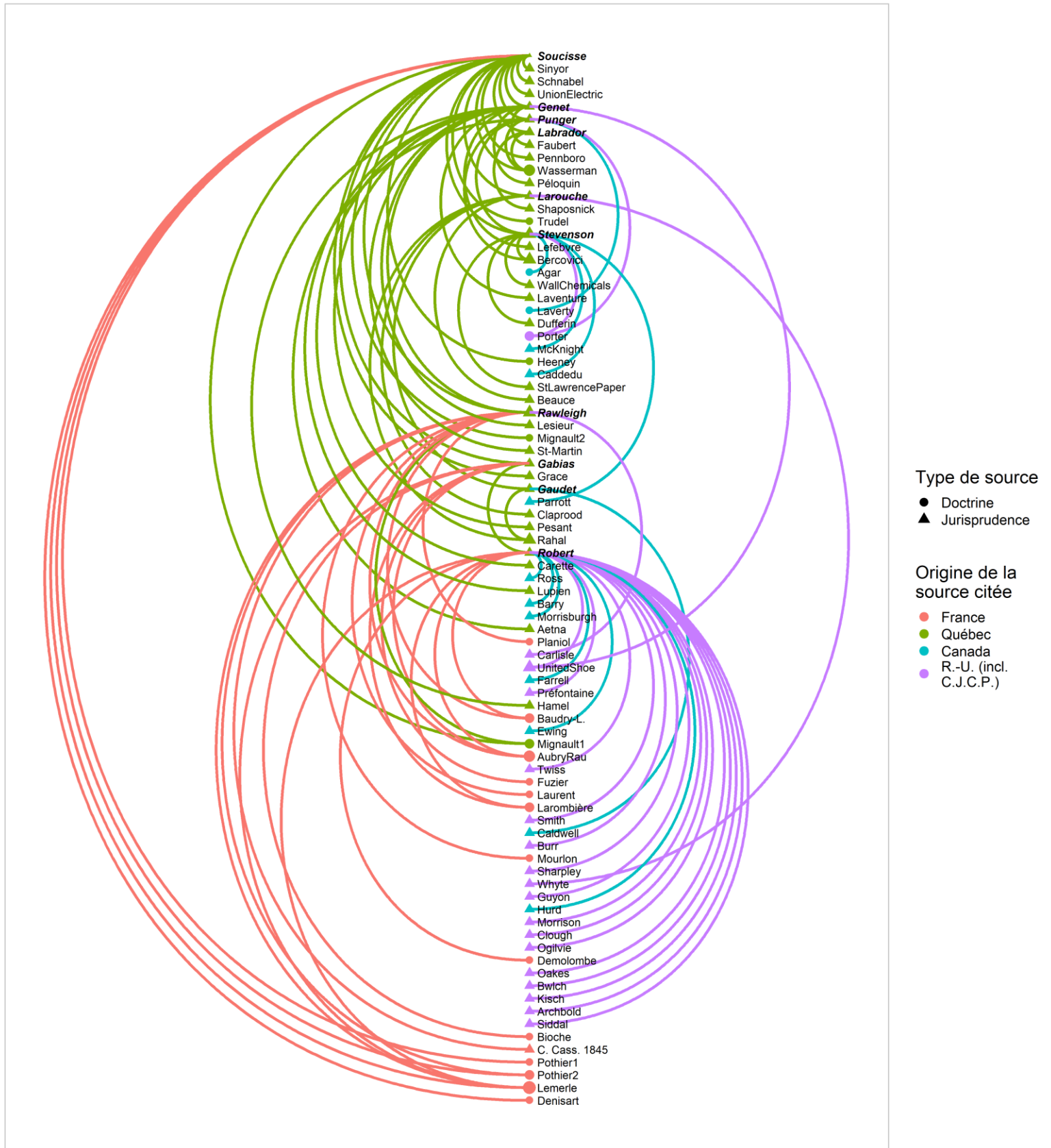
R CORE TEAM, *R: A Language and Environment for Statistical Computing*, Vienna, R Foundation for Statistical Computing, 2019, en ligne : <<https://www.R-project.org/>>.

WICKHAM, H., M. AVERICK, J. BRYAN, W. CHANG, L. D'AGOSTINO MCGOWAN, R. FRANÇOIS, G. GROLEMUND, A. HAYES, L. HENRY, J. HESTER, M. KUHN, T.L. PEDERSEN, E. MILLER, S. MILTON BACHE, K. MÜLLER, J. OOMS, D. ROBINSON, D.P. SEIDEL, V. SPINU, K. TAKAHASHI, D. VAUGHAN, C. WILKE, K. WOO et H. YUTANI, « Welcome to the Tidyverse », (2019) 43 *J.O.S.S.* 1686.

Annexe A – Représentation graphique du réseau des citations

Réseau des citations de l'arrêt *Soucisse*, vue chronologique

À gauche : Citation vers une source civiliste. À droite : Citation vers une source de common law.



Les décisions en caractères gras mentionnent la fin de non-recevoir et leurs descendants sont répertoriés.
Les autres sources sont des fins de branche.

Annexe B – Liste des sources du réseau des citations

Liste des sources du réseau de citations, par niveau et origine et par ordre chronologique inverse. Les titres sont abrégés; les titres complets peuvent être repérés dans les tables bibliographiques.

Les décisions en caractères gras mentionnent la notion de fin de non-recevoir et leurs descendants sont répertoriés. Les autres sources sont des fins de branche.

Nœud source :

1. ***Banque Nationale c. Soucisse***, [1981] 2 R.C.S. 339.

Niveau 1 :

Droit civil	Droit anglais
<p style="text-align: center;">Québec</p> <p>2. <i>Sinyor Spinners of Canada Ltd. c. Leesona Corp.</i>, [1976] C.A. 395;</p> <p>3. <i>Schnabel c. Empire Life Insurance Co.</i>, [1970] C.S. 313;</p> <p>4. <i>Union Electric Supply Co. Ltd. c. Bourrassa</i>, [1964] R.L. 174 (C.S.);</p> <p>5. <i>Punger c. Héritiers Serega</i>, [1962] C.S. 702;</p> <p>6. <i>Louis et Genet Entreprises Inc. v. Dubé</i>, [1962] C.S. 335;</p> <p>7. <i>Labrador Realities Ltd. c. Legault</i>, [1960] C.S. 228;</p> <p>8. <i>Industrial Fuel v. Pennboro Coal Company</i>, [1957] R.C.S. 160;</p> <p>9. Wasserman, (1956) 34 <i>R. du B. can.</i> 641.</p> <p>10. <i>Larouche v. La Progressive</i>, [1952] B.R. 244;</p> <p>11. Trudel, <i>Traité de Droit civil du Québec</i>, Montréal, 1946;</p> <p>12. <i>Stevenson v. Brique Champlain Ltée</i>, [1943] B.R. 196;</p> <p>13. Heeney, (1930) 8 <i>R. du B. can.</i> 401;</p> <p>14. <i>W.T. Rawleigh Co. v. Dumoulin</i>, [1926] R.C.S. 551;</p> <p>15. Mignault, (1925) 3 <i>R. du B. can.</i> 1;</p> <p>16. <i>Gabias v. Mainville</i>, (1921) 33 B.R. 32;</p> <p>17. <i>Grace and Company v. Perras</i>, (1921) 62 R.C.S. 166;</p> <p>18. Mignault, <i>Le droit civil canadien</i>, Montréal, 1901;</p> <p style="text-align: center;">France</p> <p>19. Pothier, <i>Traité de la procédure civile</i>, nouvelle édition, Paris, 1824;</p> <p>20. Pothier, <i>Traité des obligations</i>, nouvelle édition, Paris, 1824;</p> <p>21. Lemerle, <i>Traité des fins de non-recevoir</i>, Nantes, 1819;</p> <p>22. Denisart, <i>Collection de décisions</i>, nouvelle édition, Paris, 1789;</p>	<p>n.a.</p>

Niveau 2 :

Droit civil	Droit anglais
<p style="text-align: center;">Québec</p> <p>23. <i>Faubert v. Poirier</i>, [1959] R.C.S. 459;</p> <p>24. <i>Péloquin v. J. A. Gosselin Ltée</i>, [1954] B.R. 674;</p> <p>25. <i>Shaposnick v. Workman</i>, [1947] R.L. 385 (B.R.);</p> <p>26. <i>Lefebvre v. South</i>, [1943] C.S. 172;</p> <p>27. <i>Bercovici v. Guardian</i>, (1941) 71 B.R. 267;</p> <p>28. <i>Wall Chemicals v. American Auto</i>, (1939) 77 C.S. 293;</p> <p>29. <i>Laventure v. Vaillancourt</i>, (1936) 42 R. de J. 276 (C.S.);</p> <p>30. <i>St. Lawrence Paper v. British Oak</i>, (1929) 46 B.R. 109;</p> <p>31. <i>Beauce et Dorchester v. Beaudoin</i>, (1928) 45 B.R. 551;</p> <p>32. <i>Lesieur v. Giroux</i>, (1925) 63 C.S. 456;</p> <p>33. <i>St-Martin v. Mathieu</i>, (1924) 36 B.R. 421;</p> <p>34. Gaudet v. Guardian, (1921) 27 R.L. 428 (C. rév.);</p> <p>35. <i>General Fire of Paris v. Claprood</i>, (1920) 29 B.R. 361;</p> <p>36. <i>Pesant dit Sanscartier v. Comtois</i>, (1920) 29 B.R. 81;</p> <p>37. <i>British Colonial Fire v. Rahal</i>, (1919) 28 B.R. 227;</p> <p>38. Robert v. Montreal Trust Co., (1918) 56 R.C.S. 342;</p> <p>39. <i>Paré v. Compagnie Carette Ltée</i>, (1918) 53 C.S. 306;</p> <p>40. <i>Trois-Rivières v. Lupien</i>, (1917) 52 C.S. 412 (C. rév.);</p> <p>41. <i>Banque St-Hyacinthe v. Ætna</i>, (1911) 17 R.L. 413 (C.A.);</p> <p>42. <i>Hamel v. Smith</i>, (1907) 31 C.S. 298;</p> <p style="text-align: center;">Québec – C.J.C.P.</p> <p>43. <i>United Shoe Machinery v. Brunet</i>, [1909] A.C. 330;</p> <p>44. <i>Whyte v. Western</i>, (1877) 22 L.C. Jur. 215;</p> <p style="text-align: center;">France (et Belgique)</p> <p>45. Planiol, <i>Traité élémentaire de droit civil</i>, Paris, 1911;</p> <p>46. Baudry-Lacantinerie et Barde, <i>Traité théorique et pratique de droit civil</i>, Paris, 1906;</p> <p>47. Aubry et Rau, <i>Cours de droit civil</i>, Paris, 1897;</p> <p>48. Fuzier-Herman, <i>Répertoire général</i>, Paris, 1895;</p> <p>49. Laurent, <i>Principes de droit civil</i>, Bruxelles, 1893;</p> <p>50. Larombière, <i>Théorie et pratique des obligations</i>, Paris, 1885;</p> <p>51. Moulon, <i>Répétitions écrites</i>, Paris, 1881;</p>	<p style="text-align: center;">Reste du Canada</p> <p>54. Agar, (1941) 19 R. du B. can. 701;</p> <p>55. Lavery, <i>Insurance Law of Canada</i>, 1936;</p> <p>56. <i>Dufferin Paving v. Canadian Surety</i> (1935), 2 I.L.R. 525 (Ont. S.C.);</p> <p>57. Porter, <i>Laws of Insurance</i>, 1933;</p> <p>58. <i>McKnight v. General Casualty</i>, [1931] 3 D.L.R. 476 (B.C. C.A.);</p> <p>59. <i>Cadeddu v. Mt. Royal Ass'ce Co.</i>, [1929] 2 D.L.R. 867 (B.C. C.A.);</p> <p>60. <i>Western Canada v. Parrott</i>, (1921) 61 R.C.S. 595</p> <p style="text-align: center;">Royaume-Uni</p> <p>61. <i>Carlisle and Cumberland v. Bragg</i>, [1911] 1 K.B. 489;</p>

52. Bioche, <i>Dictionnaire de procédure</i> , Paris, 1846;	
53. Req., 4 juin 1845, D. 1845.1.307;	

Niveau 3 :

Droit civil	Droit anglais
<p align="center">Québec – C.J.C.P.</p> <p>62. <i>Préfontaine v. Grenier</i>, [1907] A.C. 101</p> <p>63. <i>Guyon v. Lionais</i>, (1874) 27 L.C. Jur. 94</p> <p align="center">France</p> <p>64. Demolombe, <i>Cours de Code Napoléon</i>, Paris, 1868;</p>	<p align="center">Reste du Canada</p> <p>65. <i>Bawlf Grain Co. v. Ross</i>, (1917) 55 R.C.S. 232;</p> <p>66. <i>Barry v. Stoney Point</i>, (1917) 55 R.C.S. 51;</p> <p>67. <i>Morrisburgh v. O'Connor</i>, (1915) 23 D.L.R. 748 (Ont. S.C. A.D.)</p> <p>68. <i>Farrell v. Manchester and Portland</i>, (1908) 40 R.C.S. 339;</p> <p>69. <i>Ewing v. Dominion Bank</i>, (1904) 35 R.C.S. 133;</p> <p>70. <i>Caldwell v. Stadacona</i>, (1883) 11 R.C.S. 212;</p> <p>71. <i>Lindsay Petroleum v. Hurd</i>, [1874] L.R. 5 P.C. 221 (C.J.C.P.);</p> <p align="center">Royaume-Uni</p> <p>72. <i>Aaron's Reefs Ltd. v. Twiss</i>, [1896] A.C. 273 (H.L.);</p> <p>73. <i>Archbold v. Scully</i>, [1861] 9 H.L. Cas. 360;</p> <p>74. <i>Bwlch-Y-Plwm v. Baynes</i>, [1867] L.R. 2 Ex. 324 (Ex. Pl.);</p> <p>75. <i>Clough v. North Western</i>, [1871] L.R. 7 Ex. 26 (Ex. Ch.);</p> <p>76. <i>Cory & Sons v. Burr</i>, [1882] 9 Q.B.D. 463;</p> <p>77. <i>Smith v. Chadwick</i>, [1884] 9 App. Cas. 187 (H.L.).</p> <p>78. <i>Sharpley v. East Coast</i>, [1876] 2 Ch. D. 663;</p> <p>79. <i>Morrison v. Universal Marine</i>, [1873] L.R. 8 Ex. 197 (Ex. Ch.);</p> <p>80. <i>Ogilvie v. Currie</i> (1868), 37 L.J. Ch. 541 (H.L.);</p> <p>81. <i>Venezuela v. Kisch</i>, [1867] L.R. 2 H.L. 99;</p> <p>82. <i>Oakes v. Turquand</i>, [1867] L.R. 2 H.L. 325;</p> <p>83. <i>Life Association v. Siddal</i>, [1861] 3 De. G.F. & J. 58 (H.L.);</p>

Annexe C – Liste des décisions retenues pour l’analyse systématique de la jurisprudence

Cour suprême

1. *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2;
2. *Morier et Boily c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716;
3. *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429;
4. *Canadian Indemnity Co. c. Canadian Johns-Manville Co.*, [1990] 2 R.C.S. 549;
5. *Lacroix c. Valois*, [1990] 2 R.C.S. 1259;
6. *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374;
7. *M.(M.E.) c. L.(P.)*, [1992] 1 R.C.S. 183;
8. *Barrette c. Crabtree (Succession de)*, [1993] 1 R.C.S. 1027;
9. *Denis-Cossette c. Germain*, [1982] 1 R.C.S. 751; *G.(L.) c. B.(G.)*, [1995] 3 R.C.S. 370;
10. *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l’hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211;
11. *CIBC Mortgage Corp. c. Vasquez*, 2002 CSC 60;
12. *De Montigny c. Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51;
13. *Kazemi (Succession) c. République islamique d’Iran*, 2014 CSC 62;
14. *Mennillo c. Intramodal inc.*, 2016 CSC 51;
15. *Godbout c. Pagé*, 2017 CSC 18.

Cour d’appel

16. *Vanier c. Raymond*, 2005 QCCA 424;
17. *Société de cogénération de St-Félicien c. Industries Falmec Inc.*, 2005 QCCA 441;
18. *Nasifoglu c. Complexe St-Ambroise inc.*, 2005 QCCA 559;
19. *Lacharité c. Caisse populaire Notre-Dame de Bellerive*, 2005 QCCA 577;
20. *R.-A.A. c. C.D.*, 2005 QCCA 1048;
21. *Schiller c. Banque Toronto-Dominion*, 2005 QCCA 1239;
22. *Emerson Electric Canada ltée c. Foisy*, 2006 QCCA 12;
23. *Deschambault c. Parent*, 2006 QCCA 115;
24. *Elomari c. Agence spatiale canadienne*, 2006 QCCA 260;
25. *Compagnie d’assurances Standard Life c. Guitard*, 2006 QCCA 451;
26. *J.-C.L. c. M.D.*, 2006 QCCA 655;
27. *Immeubles de l’Estuaire phase III inc. c. Syndicat des copropriétaires de l’Estuaire Condo phase III*, 2006 QCCA 781;
28. *Systèmes Techno-pompes inc. c. Tremblay*, 2006 QCCA 987;
29. *Bell solutions techniques inc. c. Syndicat canadien des communications, de l’énergie et du papier (SCEP)*, 2006 QCCA 1375;
30. *Bombardier Produits récréatifs inc. c. Entreprises Express GYC inc.*, 2006 QCCA 1520;
31. *Compagnie Northland Corporation c. Billots Sélect 2000*, 2007 QCCA 51;
32. *Richter & Associés inc. c. Merrill Lynch Canada inc.*, 2007 QCCA 124;
33. *99955 Canada ltée c. Capitale (La)*, 2007 QCCA 366;
34. *3597024 Canada inc. c. Zimka Investments Inc.*, 2007 QCCA 702;

35. *Droit de la famille – 072034*, 2007 QCCA 1110;
36. *Zollondz c. Dubé*, 2007 QCCA 1324;
37. *Plamondon c. Compagnie de fiducie Peoples*, 2007 QCCA 1445;
38. *Pomerleau-Fortin c. Chrétien*, 2007 QCCA 1457;
39. *Ford du Canada ltée c. Automobiles Duclos inc.*, 2007 QCCA 1541;
40. *Banque Nationale du Canada c. Lemay*, 2008 QCCA 1;
41. *Argyrakis c. Hamakiotis*, 2008 QCCA 312;
42. *Falduto c. Compagnie d'assurance-vie Federated du Canada*, 2008 QCCA 438;
43. *Kansa General International Insurance Co. Ltd. (Liquidation de)*, 2008 QCCA 807;
44. *2630-5235 Québec inc. (Syndic de)*, 2008 QCCA 1230;
45. *Hoyos c. Chubb Insurance Company of Canada*, 2008 QCCA 1296;
46. *Financière Banque Nationale c. Canonne*, 2008 QCCA 2020;
47. *Ashton c. Transamerica Life Canada/Transamerica Vie Canada*, 2008 QCCA 2440;
48. *Gestion Centria Commerce inc. c. Théberge*, 2008 QCCA 2511;
49. *9170-6929 Québec inc. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, 2009 QCCA 282;
50. *Droit de la famille – 09358*, 2009 QCCA 332;
51. *Lesage c. Martin*, 2009 QCCA 811;
52. *Bombardier Transportation c. SMC Pneumatics (UK) Ltd.*, 2009 QCCA 861;
53. *Pépin c. Caisse*, 2009 QCCA 1697;
54. *Château Drummond inc. c. Barretto*, 2009 QCCA 2071;
55. *Weiss c. Raschella*, 2009 QCCA 2186;
56. *Stanford International Bank Ltd. (Liquidation de)*, 2009 QCCA 2475;
57. *Droit de la famille – 10234*, 2010 QCCA 236;
58. *Deschênes c. Tanguay*, 2010 QCCA 742;
59. *Henri Cousineau & Fils inc. c. Axa Assurances inc.*, 2010 QCCA 1000;
60. *Ouimet c. Caisse de dépôt et placement du Québec*, 2010 QCCA 1222;
61. *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. 9087-3118 Québec inc.*, 2010 QCCA 1470;
62. *Matte c. Charron*, 2010 QCCA 1496;
63. *R&L Holding and Warehousing Inc. (Syndic de)*, 2010 QCCA 1632;
64. *Droit de la famille – 102622*, 2010 QCCA 1817;
65. *Nergiflex inc. c. Sécurité (La), assurances générales inc.*, 2010 QCCA 1868;
66. *Tsoukalas c. Valkanas*, 2010 QCCA 1933;
67. *Lapenna c. Simard*, 2010 QCCA 1952;
68. *Groupe Van Houtte inc. c. Développements industriels et commerciaux de Montréal inc.*, 2010 QCCA 1970;
69. *Droit de la famille – 103038*, 2010 QCCA 2074;
70. *Haddad c. Groupe Jean Coutu (PJC) inc.*, 2010 QCCA 2215;
71. *Chélin c. Université du Québec à Montréal*, 2011 QCCA 155;
72. *Avestor Limited Partnership (Proposition de)*, 2011 QCCA 587;
73. *Corporation d'entretien d'ascenseur indépendant c. J.E. Verreault & Fils ltée*, 2011 QCCA 719;
74. *Développement Tanaka inc. c. Corporation d'hébergement du Québec*, 2011 QCCA 730;
75. *T.L. c. Y.L.*, 2011 QCCA 1205;
76. *Lavallée c. Simard*, 2011 QCCA 1458;

77. *Syndicat du personnel technique et professionnel de la Société des alcools du Québec (SPTP) c. Société des alcools du Québec*, 2011 QCCA 1642;
78. *Domaine Ti-Bo inc. c. Bureau*, 2011 QCCA 1764;
79. *Coastal Contacts Inc. c. Ordre des optométristes du Québec*, 2011 QCCA 1820;
80. *Tremblay c. Gagnon*, 2012 QCCA 66;
81. *Laplante c. Banque Nationale du Canada*, 2012 QCCA 326;
82. *9077-0801 Québec inc. c. Société des loteries vidéo du Québec inc.*, 2012 QCCA 885;
83. *Droit de la famille – 121810*, 2012 QCCA 1283;
84. *St-Pierre c. Lotfi*, 2012 QCCA 1436;
85. *Groupe Trans-inter inc. c. Ragusa Canada inc.*, 2012 QCCA 2033;
86. *Canada (P.G.) c. Imperial Tobacco Ltd.*, 2012 QCCA 2034;
87. *Emerson Électrique du Canada ltée c. Chatigny*, 2013 QCCA 163;
88. *Axa Assurances inc. c. Club de golf Summerlea inc.*, 2013 QCCA 708;
89. *St-Arnaud c. C.L.*, 2013 QCCA 981;
90. *Tekdata Group Inc. (Séquestre de)*, 2013 QCCA 1123;
91. *Wightman c. Widdrington (Succession de)*, 2013 QCCA 1187;
92. *Caron c. Voyer*, 2013 QCCA 1335;
93. *Desmarteau c. Ontario Lottery and Gaming Corporation*, 2013 QCCA 2090;
94. *Brizard c. McNicoll*, 2013 QCCA 2192;
95. *Blondin c. Postmedia Network inc.*, 2013 QCCA 2245;
96. *Gestion Almaca inc. c. Syndicat des copropriétaires du 460 St-Jean*, 2014 QCCA 105;
97. *Claude Joyal inc. c. CNH Canada Ltd.*, 2014 QCCA 588;
98. *GE Canada Equipment Financing GP c. Tekdata Group Inc.*, 2014 QCCA 745;
99. *Samen Investments Inc. c. Monit Management Ltd.*, 2014 QCCA 826;
100. *Billards Dooly's inc. c. Entreprises Prébour ltée*, 2014 QCCA 842;
101. *Imperial Tobacco Canada Ltd. c. Létourneau*, 2014 QCCA 944;
102. *Hydro-Québec c. Construction Kiewit cie*, 2014 QCCA 947;
103. *Union des artistes c. Festival international de jazz de Montréal*, 2014 QCCA 1268;
104. *Lebel c. 9067-1959 Québec inc.*, 2014 QCCA 1309;
105. *Droit de la famille – 142113*, 2014 QCCA 1534;
106. *4345126 Canada inc. (Réserve de La Petite Nation inc.) c. Bruneau*, 2014 QCCA 1882;
107. *Continental Casualty Company c. Taillefer*, 2014 QCCA 2001;
108. *Droit de la famille – 143196*, 2014 QCCA 2316;
109. *9185-5908 Québec inc. (Bio-Dis) c. Conditionnement Bio-Pak inc.*, 2014 QCCA 2359;
110. *Syndicat des employés de Bombardier, La Pocatière (CSN) c. Bombardier Transport Canada inc.*, 2015 QCCA 355;
111. *Dunkin' Brands Canada Ltd. c. Bertico inc.*, 2015 QCCA 624;
112. *Vachon c. Neszvecsko*, 2015 QCCA 873;
113. *Durocher c. Commission des relations du travail*, 2015 QCCA 1384;
114. *Compagnie d'assurances générales Kansa internationale ltée c. Lévis (Ville de)*, 2016 QCCA 32;
115. *9183-7708 Québec inc. c. Soltron Realty Inc.*, 2016 QCCA 155;
116. *Hôpital Maisonneuve-Rosemont c. Buesco Construction inc.*, 2016 QCCA 739;
117. *Syndicat des copropriétaires du 311-315 Place d'Youville c. 9084-7815 Québec inc.*, 2016 QCCA 747;

118. *Yuan c. Banque Laurentienne du Canada*, 2016 QCCA 918;
119. *Association professionnelle des cadres de premier niveau d'Hydro-Québec c. Hydro-Québec*, 2016 QCCA 1102;
120. *London Life Insurance Company c. Long*, 2016 QCCA 1434;
121. *Charles c. Boiron Canada inc.*, 2016 QCCA 1716;
122. *Les Immeubles Mélys c. Ville de Sherbrooke*, 2017 QCCA 267;
123. *Gestion Éric Tardif inc. c. Banque Royale du Canada*, 2017 QCCA 356;
124. *Droit de la famille – 171197*, 2017 QCCA 861;
125. *Harvey c. Gouvernement régional d'Eeyou Istchee Baie-James*, 2017 QCCA 1098;
126. *Bérubé c. Lemay*, 2018 QCCA 395;
127. *Succession de Duperré c. Claveau*, 2018 QCCA 592;
128. *Trasler c. Chalati*, 2018 QCCA 623;
129. *Picard c. Picard*, 2018 QCCA 1241;
130. *Syngenta Canada inc. c. Martineau*, 2018 QCCA 1283;
131. *Droit de la famille – 182097*, 2018 QCCA 1600;
132. *Drumcor Equities Inc. c. Gestion Furst inc.*, 2018 QCCA 1668;
133. *9074-9094 Québec inc. c. Fatihi*, 2018 QCCA 1842;
134. *Imperial Tobacco Canada ltée c. Conseil québécois sur le tabac et la santé*, 2019 QCCA 358;
135. *Ville de Montréal c. Litwin Boyadjian inc. (Syndic de Société de vélo en libre-service)*, 2019 QCCA 794;
136. *Enerkem Alberta Biofuels c. Papillon et Fils ltée*, 2019 QCCA 1334;
137. *6362222 Canada inc. c. Prelco inc.*, 2019 QCCA 1457;
138. *Compagnie d'assurances générales Co-Operators c. Coop fédérée*, 2019 QCCA 1678;
139. *Syndicat des copropriétaires du condominium Verrières VI c. Maddalon*, 2019 QCCA 1737;
140. *Roy c. L'Unique, assurances générales inc.*, 2019 QCCA 1887.

Annexe D – Liste des décisions exclues de l’analyse systématique de la jurisprudence

Motifs d’exclusion	
Droit criminel, pénal ou disciplinaire	1
Droit constitutionnel, administratif ou municipal	2
Mention dans une citation uniquement	3
Mention comme expression du langage courant, dans l’explication des faits, ou dans l’historique des procédures	4
Mention sans analyse par la Cour d’appel (par exemple, mention par une partie ou par le juge de première instance uniquement) ou mention en <i>obiter</i>	5

La satisfaction d’un seul critère suffisait pour exclure une décision. Les décisions exclues sont présentées par année et par motif d’exclusion.

Cour suprême

1. <i>Korponay c. Canada (P.G.)</i> , [1982] 1 R.C.S. 41	1
2. <i>Paul c. R.</i> , [1982] 1 R.C.S. 621	1
3. <i>Montréal (Ville de) c. Steckler</i> , [1986] 2 R.C.S. 571	2
4. <i>R. c. Van Rassel</i> , [1990] 1 R.C.S. 225	1
5. <i>Immeubles Port Louis ltée c. Lafontaine (Village)</i> , [1991] 1 R.C.S. 326	2
6. <i>Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc., division « Éconogros » c. Collin</i> , 2004 CSC 59	5
7. <i>Pellerin Savitz s.e.n.c.r.l. c. Guindon</i> , 2017 CSC 29	3
8. <i>Lorraine (Ville) c. 2646-8926 Québec inc.</i> , 2018 CSC 35	3
9. <i>Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec</i> , 2018 CSC 46	3
10. <i>L’Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.</i> , 2019 CSC 35	3

Cour d’appel

11. <i>Résidences Laurendeau, Légaré, Louvain c. T.D.P.</i> , 2005 QCCA 572	2
12. <i>Université Laval c. C.D.P.D.J.</i> , 2005 QCCA 27	2
13. <i>Bordage c. Entreprises RDG Beaulieu inc.</i> , 2005 QCCA 701	4
14. <i>Beaucicaut c. R.</i> , 2006 QCCA 1452	1
15. <i>P.L. c. R.</i> , 2006 QCCA 1132	1
16. <i>Carignan c. Régie de gestion des matières résiduelles de la Mauricie; Régie de gestion des matières résiduelles de la Mauricie c. Marchand</i> , 2006 QCCA 988 et 989	2
17. <i>Compagnie Wal-Mart du Canada c. C.R.T.</i> , 2006 QCCA 422	2
18. <i>CIBC Asset Management Inc. c. Rabinovitch</i> , 2006 QCCA 883	5
19. <i>Ciment du St-Laurent inc. c. Barrette</i> , 2006 QCCA 1437; 2008 CSC 64	5
20. <i>Essaris c. Kiriazis</i> , 2006 QCCA 1432	5
21. <i>St-Félix-de-Valois (Municipalité de) c. Syndicat canadien de la fonction publique (SCFP)</i> , 2006 QCCA 280	5
22. <i>Gosselin c. R.</i> , 2007 QCCA 101	1
23. <i>Duquette c. Gauthier</i> , 2007 QCCA 863	2
24. <i>Montréal (Ville de) c. Société d’énergie Foster Wheeler ltée</i> , 2007 QCCA 441	4
25. <i>Olymel, s.e.c. c. Syndicat des travailleurs d’Olympia (CSN)</i> , 2007 QCCA 865	4
26. <i>GeneOhm Sciences Canada inc. c. Biomérieux inc.</i> , 2007 QCCA 317	5
27. <i>Barboza-Pena c. R.</i> , 2008 QCCA 1133 et 1134	1

28. <i>Chevreuil c. R.</i> , 2008 QCCA 82	1
29. <i>Barber c. S.M.R.Q.</i> , 2008 QCCA 1421	2
30. <i>Loranger c. S.M.R.Q.</i> , 2008 QCCA 613	2
31. <i>McMahon Distributeur pharmaceutique inc. c. Côté</i> , 2008 QCCA 1165	2
32. <i>Moses c. Canada (P.G.)</i> , 2008 QCCA 741	2
33. <i>Calce c. Brescia</i> , 2008 QCCA 2223	3
34. <i>Clermont-Drolet c. Caisse populaire Desjardins de Sillery</i> , 2008 QCCA 1843	3
35. <i>S.M. c. R.</i> , 2009 QCCA 1027	1
36. <i>Thibault c. Verdon</i> , 2009 QCCA 1714	1
37. <i>Adoption – 09201</i> , 2009 QCCA 1583	2
38. <i>Lemire c. Brosseau</i> , 2009 QCCA 1647	2
39. <i>Lorrainville (Municipalité de) c. Falardeau</i> , 2009 QCCA 2021	4
40. <i>Centre maraîcher Eugène Guinois Jr inc. c. Semences Stokes ltée</i> , 2009 QCCA 2312 et 2313	5
41. <i>Édery c. Michel Verdier & Associés inc.</i> , 2009 QCCA 2420	5
42. <i>Pelletier c. Canada (P.G.)</i> , 2009 QCCA 567	5
43. <i>Gilbert c. Canada (P.G.)</i> , 2010 QCCA 1984	2
44. <i>L'Islet (Municipalité de) c. Adam</i> , 2010 QCCA 215	2
45. <i>Prud'homme c. Rawdon (Municipalité de)</i> , 2010 QCCA 584	2
46. <i>Habitations Germat inc. c. Giove</i> , 2010 QCCA 611	3
47. <i>Porterlane Investments Ltd. c. Chambre des notaires du Québec</i> , 2010 QCCA 813	3
48. <i>C.D.P.D.J. c. CHUS</i> , 2010 QCCA 308	4
49. <i>Construction Denis Desjardins inc. c. Jeanson</i> , 2010 QCCA 1287	4
50. <i>Syndicat du transport de Montréal – CSN c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse</i> , 2010 QCCA 165	4
51. <i>9071-2852 Québec inc. c. Carrier</i> , 2010 QCCA 1396	5
52. <i>Banque Laurentienne c. Lévesque</i> , 2010 QCCA 2181	5
53. <i>Corporation de l'École polytechnique de Montréal c. Fardad</i> , 2010 QCCA 992	5
54. <i>Laroche c. R.</i> , 2011 QCCA 1891	1
55. <i>Banque Nationale du Canada c. A.R.Q.</i> , 2011 QCCA 1943	2
56. <i>Laval (Ville de) c. Dufour</i> , 2011 QCCA 1199	3
57. <i>P.L. c. J.L.</i> , 2011 QCCA 1233	3
58. <i>2731-9359 Québec inc. c. Morency</i> , 2011 QCCA 257	4
59. <i>Adoption – 111</i> , 2011 QCCA 38	5
60. <i>Cormier c. Delastek Systèmes inc.</i> , 2011 QCCA 2166	5
61. <i>Delisle c. R.</i> , 2012 QCCA 1250	1
62. <i>C.S.S.T. c. C.L.P.</i> , 2012 QCCA 670	2
63. <i>Landry c. Richard</i> , 2012 QCCA 206	2
64. <i>Construction Infrabec inc. c. Paul Savard</i> , 2012 QCCA 2304	3
65. <i>Matol Botanical International Ltd. c. Sarah Jurak</i> , 2012 QCCA 898	3
66. <i>Immeubles Régime XV inc. c. Indigo Books & Music Inc.</i> , 2012 QCCA 239	4
67. <i>Imperial Tobacco Canada Ltd. c. Létourneau</i> , 2012 QCCA 2013	4
68. <i>Société de gestion immobilière Healthcare ltée c. Gestion Placimo inc.</i> , 2012 QCCA 1121	4
69. <i>Brown c. B2B Trust</i> , 2012 QCCA 900	5
70. <i>Clôtures spécialisées du Nord inc. c. Équipements JVC inc.</i> , 2012 QCCA 1644	5
71. <i>Crevette du Nord Atlantique inc. c. Conseil de la Première Nation malécite de Viger</i> , 2012 QCCA 7	5
72. <i>Héma-Québec c. Syndicat des travailleuses et travailleurs de Héma-Québec (CSN)</i> , 2012 QCCA 261	5
73. <i>Simeone c. Cappello</i> , 2012 QCCA 1060	5

74. <i>Huchette c. R.</i> , 2013 QCCA 1501	1
75. <i>Syndicat de professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec (SPGQ) c. La Boissonnière</i> , 2013 QCCA 237	1
76. <i>Berniquez St-Jean c. Boisbriand (Ville de)</i> , 2013 QCCA 2197	2
77. <i>Engler-Stringer c. Montréal (Ville de)</i> , 2013 QCCA 707	2
78. <i>Gap Capital inc. c. St-Jean-sur-Richelieu (Ville de)</i> , 2013 QCCA 1056	2
79. <i>Constructions Gagné & Fils inc. c. Berthierville (Ville de)</i> , 2013 QCCA 2024	3
80. <i>Droit de la famille – 133025</i> , 2013 QCCA 1869	3
81. <i>Giguère c. C.R. Gagnon inc.</i> , 2013 QCCA 1792	3
82. <i>Olivier c. Canada (P.G.)</i> , 2013 QCCA 70	3
83. <i>Droit de la famille – 132495</i> , 2013 QCCA 1586	4
84. <i>Gestion D. Laberge inc. c. 9170-1011 Québec inc.</i> , 2013 QCCA 586	4
85. <i>Chabot c. Construction CAL inc.</i> , 2013 QCCA 976	5
86. <i>Droit de la famille – 132040</i> , 2013 QCCA 1277	5
87. <i>Lafarge Canada inc. c. SNC Lavalin environnement inc.</i> , 2013 QCCA 1140	5
88. <i>9146-7308 Québec inc. c. Granby (Ville de)</i> , 2014 QCCA 1027	2
89. <i>Arcelormittal Montréal inc. c. Carrier</i> , 2014 QCCA 1998	2
90. <i>Conférence des juges de paix magistrats du Québec c. Québec (P.G.)</i> , 2014 QCCA 1654	2
91. <i>Corporation de négociation Ashuanipi c. Canada (P.G.)</i> , 2014 QCCA 920	2
92. <i>Dawcolectric inc. c. Hydro-Québec</i> , 2014 QCCA 948	3
93. <i>Wightman c. Arab Banking Corporation Daus & Co.</i> , 2014 QCCA 1582	3
94. <i>Corporation Makivik c. Québec (P.G.)</i> , 2014 QCCA 1455	4
95. <i>Montréal, Maine & Atlantique Canada Cie (Arrangement relatif à)</i> , 2014 QCCA 2072	4
96. <i>Banque Toronto-Dominion c. Brunelle</i> , 2014 QCCA 1584	5
97. <i>Héma-Québec c. Syndicat des travailleuses et travailleurs de Héma-Québec (CSN)</i> , 2014 QCCA 509	5
98. <i>Durand c. R.</i> , 2015 QCCA 1020	1
99. <i>Hester c. R.</i> , 2015 QCCA 247	1
100. <i>Transport de conteneurs Garfield inc. c. Montréal (Ville de)</i> , 2015 QCCA 120	1
101. <i>Campion c. A.R.Q.</i> , 2015 QCCA 1942	2
102. <i>Delson (Ville de) c. Autobus La Québécoise Roussillon inc.</i> , 2015 QCCA 20	3
103. <i>C.D.P.D.J. c. 9185-2152 Québec inc. (Radio Lounge Brossard)</i> , 2015 QCCA 577	4
104. <i>Corporation de services des ingénieurs du Québec / Réseau IQ c. Indelicato</i> , 2015 QCCA 1980	5
105. <i>M.B. c. Financière Manuvie</i> , 2016 QCCA 498	3
106. <i>Pietrangelo c. Repentigny (Ville de)</i> , 2016 QCCA 367	3
107. <i>Droit de la famille – 162913</i> , 2016 QCCA 1929	4
108. <i>Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux c. CHUS (CIUSSS de l'Estrie)</i> , 2016 QCCA 114	5
109. <i>Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec</i> , 2016 QCCA 1229; 2018 CSC 46)	5
110. <i>Fédération des producteurs acéricoles du Québec c. Investissements OPM inc.</i> , 2016 QCCA 644 (autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée)	5
111. <i>Gosselin c. R.</i> , 2017 QCCA 244	1
112. <i>Paul c. D.P.C.P.</i> , 2017 QCCA 1691	1
113. <i>Bard c. Appel</i> , 2017 QCCA 1150	3
114. <i>Ouellet c. Ouellet</i> , 2017 QCCA 113	4
115. <i>R.D. c. L.M.</i> , 2017 QCCA 1651	4

116. <i>Giesbrecht c. Succession de Nadeau</i> , [2017] 2017 QCCA 386 (autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée)	5
117. <i>Homans c. Gestion Paroi inc.</i> , 2017 QCCA 480	5
118. <i>Syndicat des professionnelles et professionnels du milieu de l'éducation de Montréal (SPPMEM-CSQ) c. Mino</i> , 2017 QCCA 166	5
119. <i>Brousseau c. R.</i> , 2018 QCCA 1140	1
120. <i>Joseph c. R.</i> , 2018 QCCA 1441	1
121. <i>LSJPA – 188</i> , 2018 QCCA 372	1
122. <i>3077004 Canada inc. c. Attorney General of Quebec</i> , 2018 QCCA 836	2
123. <i>9178-4140 Québec inc. c. Ville de Montréal</i> , 2018 QCCA 230	2
124. <i>3223701 Canada inc. c. Darkallah</i> , 2018 QCCA 937	3
125. <i>Arrangement relatif à Orbite Technologies inc.</i> , 2018 QCCA 1078	3
126. <i>Blondin c. Postmedia Network inc.</i> , 2018 QCCA 664 (autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée)	3
127. <i>Deraspe c. Zinc électrolytique du Canada ltée</i> , 2018 QCCA 256	3
128. <i>Groupe conseil Cerca inc. c. Blond et Associés inc.</i> , 2018 QCCA 231	3
129. <i>Rivière Rodriguez c. Lecours</i> , 2018 QCCA 1111	5
130. <i>Durand c. R.</i> , 2019 QCCA 1416	1
131. <i>R. c. Sauvé-Laliberté</i> , 2019 QCCA 1356	1
132. <i>Lavoie c. Latouche</i> , 2019 QCCA 2116	3
133. <i>Pedneault c. Syndicat des copropriétaires du Domaine du Barrage</i> , 2019 QCCA 1986	3
134. <i>Centre de camion Cambec Diesel inc. c. Distributions Giu-Setti inc.</i> , 2019 QCCA 174	5

