

# LE RÔLE DE LA PRATIQUE DANS LA FORMATION DU DROIT COMMERCIAL ET ÉCONOMIQUE INTERNE DU QUÉBEC

Nabil N. Antaki

Volume 14, numéro 2, 1984

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1109416ar>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/19702>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)

2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Antaki, N. N. (1984). LE RÔLE DE LA PRATIQUE DANS LA FORMATION DU DROIT COMMERCIAL ET ÉCONOMIQUE INTERNE DU QUÉBEC. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 14(2), 487–507.  
<https://doi.org/10.17118/11143/19702>

# LE RÔLE DE LA PRATIQUE DANS LA FORMATION DU DROIT COMMERCIAL ET ÉCONOMIQUE INTERNE DU QUÉBEC

par Nabil N. ANTAKI\*

## SOMMAIRE

<b>INTRODUCTION</b> .....	488
<b>I - LES VOIES D'ACCÈS À LA CONNAISSANCE DES PRATIQUES DU DROIT</b> .....	490
<b>II - LE DEGRÉ DE GÉNÉRALITÉ DES PRATIQUES DU DROIT</b> .....	496
<b>III - LA PRATIQUE EN TANT QUE SOURCE DE DROITS ET D'OBLIGATIONS</b> .....	497
A. Les pratiques acceptées en tant que source de droit ...	498
1. Les pratiques conformes au texte ou à l'esprit de la loi .....	498
2. Les pratiques contraires, en apparence, au texte ou à l'esprit de la loi .....	500
B. Les pratiques rejetées en tant que source de droit .....	503
1. La pratique rejetée en raison de son caractère illégal .....	503
2. La pratique rejetée en raison de ses origines .....	504
<b>CONCLUSION</b> .....	506

---

\* Professeur à l'Université Laval.

## INTRODUCTION

1. Une question nous a été posée: Quel est le rôle de la pratique dans la formation du droit<sup>1</sup>? Pour y répondre nous allons éviter, sous réserve de quelques propos introductifs, de nous immiscer dans le débat stérile qui oppose trop souvent les praticiens du droit à ses théoriciens. Cette lutte fratricide relève plus de l'idée que chacun se fait de son rôle que de la nature des choses. Notre objectif est plus humble. Nous nous proposons de faire quelques réflexions simples, à partir d'une revue partielle du droit du Québec, sur le degré de réception des comportements juridiques par le droit positif. Nous nous demanderons si ces pratiques constituent parfois une source de droit complémentaire, parallèle, voire contraire aux sources traditionnelles.

2. On serait tenté de dire que la pratique du droit est cet usage que font les praticiens des règles du droit, dans la rédaction des actes juridiques ou dans leurs plaidoiries. Mais, comme l'a dit le professeur Ghestin dès l'avant-propos de son traité, "le droit n'est pas une simple application de règles légales ou jurisprudentielles, mais essentiellement une recherche"<sup>2</sup>. Partant de cette approche, il devient difficile à première vue, d'isoler la pratique de la recherche appliquée qui est la plus courante au Québec<sup>3</sup>. Cette distinction, même si elle était

---

1. Ce thème sur la pratique du droit complète l'approche déjà amorcée par l'Association Henri Capitant aux Journées italiennes, cf. *Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges*, Travaux de l'Association, Tome XXXI, Paris, Economica, 1980. Pour le droit canadien des entreprises, cf. le rapport de Nabil N. ANTAKI, p. 241.

Par ailleurs, le III<sup>ème</sup> Colloque de la Fondation internationale pour l'enseignement du droit des affaires (FIEDA) tenu à Bruxelles du 4 au 7 mai 1983, et consacré aux Règlements des différends commerciaux a abordé des problèmes complémentaires qui recoupent par moment ces développements. À ce sujet, voir pour le droit canadien les rapports de Lubin LILKOFF, "Le règlement des litiges commerciaux dans un système sans tribunaux de commerce: L'expérience canadienne" et de Louise LEBEL-CHEVALIER, "Les pouvoirs discrétionnaires de la Commission des valeurs mobilières du Québec dans l'exercice de sa compétence et les contrôles possibles de ses décisions", dans FIEDA, *Le règlement des différends commerciaux*, Paris, Economica, 1984.

2. J. GHESTIN et G. BOURBEAU, *Traité de droit civil*, Tome I, Paris, L.G.D.J., 1977.

3. L'intérêt d'une relation étroite entre la recherche appliquée et la pratique du droit a toujours été souligné. Il n'a pas toujours été ainsi pour la recherche juridique fondamentale. Ainsi, J.J. Beauchamp avait approuvé en le citant un professeur de la Faculté de Strasbourg à l'effet que "Il n'y a pas de pratique possible sans connaissance approfondie de la théorie du droit, et la théorie

possible, est peu satisfaisante. Elle risque de freiner l'évolution juridique. De plus elle est trompeuse. Quel "praticien" peut se vanter de ne pas baigner dans la philosophie juridique et qui n'a pas recours régulièrement aux principes fondamentaux du droit et à l'esprit des institutions pour appuyer ses conclusions pratiques<sup>4</sup>?

3. À supposer qu'il soit à la rigueur réalisable de séparer recherche juridique et pratique professionnelle, il demeure souvent difficile de distinguer le simple comportement isolé d'une pratique plus généralisée.

La pratique ne se révèle comme source de droit que dans la mesure où elle constitue un usage ou une coutume juridique conformes à l'ordre public ou qu'elle est reconnue de façon expresse ou tacite par la jurisprudence ou la loi<sup>5</sup>. Il est cependant certain qu'une pratique ainsi reconnue cesse dès lors d'être une pratique et devient une règle de droit.

4. À ces premières remarques, il faut ajouter une dernière. De manière générale, le droit des affaires ne jouit pas au Québec du recul dont bénéficient les juristes américains et européens et les études conceptuelles sont relativement peu nombreuses chez nous<sup>5a</sup>. Il nous a été difficile, de recenser les pratiques pertinentes dignes d'être mentionnées. L'aspect le plus ingrat du travail a consisté à nous assurer de façon acceptable du degré de généralité de certaines pratiques,

---

sans la pratique ne mène qu'à de vaines et obscures abstractions". Cité dans "De l'étude et de la pratique du droit", (1895) 1 *R.L. n.s.*, c. 8, 13. Cette approche limitative de la recherche est de plus en plus abandonnée.

Sur la relation actuelle entre la recherche juridique, l'enseignement du droit et la pratique professionnelle, cf. le Rapport présenté au Conseil de recherche en sciences humaines du Canada par le Groupe consultatif sur la recherche et les études en droit (*Rapport Arthurs*), *Le droit et le savoir*, avril 1983.

4. Le Projet de loi no 106 actuellement à l'étude devant l'Assemblée nationale du Québec propose qu'en cas de silence ou d'insuffisance des règles légales, ces règles soient "complétées par celles qui se dégagent d'une jurisprudence constante et d'une doctrine reçue ou des principes généraux du droit ainsi que parfois de la coutume et des usages". Il va sans dire que cet article, s'il était adopté, modifierait l'approche habituelle à la théorie québécoise des sources du droit. Il soulèverait aussi le problème délicat, dans un pays où la doctrine juridique est encore relativement peu développée, de la définition de la "doctrine reçue". Sur ces questions, cf. notre rapport cité *supra*, note 1.

5. J. GHESTIN et G. BOURBEAU, *op. cit.*, note 2, par. 228.

5a. Sur toutes ces questions, cf. Antoine KASSIS, *Théorie générale des usages de commerce: Droit comparé, contrats, et arbitrages internationaux*, *Lex Mercatoria*, Paris, L.G.D.J., avril 1984.

surtout dans le cas de clauses contractuelles qui n'ont pas subi le contrôle judiciaire. Les comportements juridiques et les clauses de style sont nombreux, mais constituent-ils réellement des usages? La pratique qui retiendra notre attention est celle qui est connue et courante, qui fait un usage particulier des concepts juridiques en leur donnant une nouvelle interprétation ou en les regroupant de façon originale, ainsi que celle qui crée de nouveaux concepts ou de nouvelles institutions juridiques.

5. Dans les développements qui suivent nous envisagerons successivement les voies d'accès à la connaissance des pratiques (I), le degré de généralité de ces pratiques (II) et la pratique en tant que source de droits et d'obligations (III).

## I — LES VOIES D'ACCÈS À LA CONNAISSANCE DES PRATIQUES DU DROIT

6. La pratique professionnelle applique le plus souvent le droit positif tel qu'il est interprété par la jurisprudence et les commentaires de doctrine. À ce niveau les sources d'information sont nombreuses, diversifiées et d'accès facile. Les délais de publication sont généralement courts et les bibliothèques sont nombreuses et fonctionnelles. Avec la généralisation des techniques modernes de communication et de production, les délais seront de plus en plus brefs et la documentation accessible plus complète<sup>6</sup>.

7. Les décisions des juridictions ordinaires fournissent certainement l'information la plus importante sur les pratiques. Le style anglosaxon des décisions, les nombreux commentaires des juges, les opinions concurrentes et dissidentes les décrivent et les mettent souvent à jour<sup>7</sup>. Malheureusement, il arrive que les pratiques les plus faciles à identifier ne soient pas légales. Les exemples sont nombreux dans tous les domaines et proviennent aussi bien des juridictions civiles qu'administratives<sup>8</sup>.

---

6. L'utilisation de plus en plus fréquente des banques de données informatiques par les conseillers juridiques ne tardera pas à poser la question de la responsabilité de ceux qui ne réfèrent qu'aux décisions publiées dans les rapports traditionnels.

7. Le professeur L. LILKOFF et Me L. LEBEL-CHEVALIER ont insisté, *loc cit.*, note 1, sur la sensibilité des juges civils et administratifs aux réalités de la vie des affaires à cause de leur expérience antérieure.

8. La consultation du *Bulletin Hebdomadaire* de la Commission des valeurs mobilières du Québec est très édifiante à ce sujet.

La Commission a aussi depuis peu un programme d'information préventive baptisé "Alarme aux épargnants". Ce programme consiste à publier, conjointement,

8. Le recours à l'arbitrage dans les différends commerciaux de droit interne est bien moins généralisé au Québec qu'il ne l'est en Europe<sup>9</sup>. Ceci est dû au fait que le Code civil ne le réglemente pas directement, que le Code de procédure civile le soumet à des modalités rigoureuses et que les tribunaux ont longtemps hésité avant de reconnaître la validité de la clause compromissoire<sup>10</sup>. Face à cette situation, les praticiens hésitent à reconnaître à l'institution toutes les vertus qu'on lui accorde habituellement<sup>11</sup>. L'Office de révision du Code civil propose l'adoption d'un cadre général spécifique au contrat d'arbitrage<sup>12</sup>. Il est probable qu'une fois ce cadre adopté, les avantages de l'arbitrage seront plus facilement identifiés.

Les remarques qui précèdent sont d'ordre général. Il convient de les qualifier. En effet, le recours à l'arbitrage est courant dans le domaine des relations industrielles. Il est aussi développé dans le

---

tement avec les bureaux d'éthique commerciale de Montréal et de Québec une série de bulletins dans le but de sensibiliser le public à certaines pratiques commerciales. Le deuxième numéro de cette série est intitulé "Les loteries de concessions d'hydrocarbures"; le troisième est consacré à la vente des intérêts dans les métaux précieux.

9. Sur l'arbitrage en général, voyez Richard McLAREN, *Law and Practice of Commercial Arbitration in Canada*, Carswell, 1982 et Ludwik KOS-RABCEWICK-ZUBKOWSKI, *Commercial and Civil Law Arbitration in Canada*, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1978.

Pour un article intéressant sur la question, cf. Ethel GROFFIER, "La technique de l'arbitrage comme procédé de révision des contrats", (1977) 8 R.D.U.S. 74-96.

10. L'ancien Code de procédure civile ne traitait que du compromis (art. 1431 C.p.c. anc.) et la clause compromissoire parfaite était jugée invalide. Le nouveau Code de procédure civile adopté en 1966 a légalisé la clause parfaite (arts 940 à 951 C.P.C.), mais les tribunaux continuaient à appliquer les dispositions légales restrictivement. À titre d'exemple cf. *Sylvestre Wood Products Corp. Ltd. v. Doyon*, (1972) C.A. 677. La légalité de la clause n'a été définitivement reconnue que depuis *Ville de Granby v. Desourdy Construction Ltée*, (1973) C.A. 971. La Cour suprême vient de rendre une décision particulièrement étoffée par laquelle elle ne laisse plus aucune possibilité de remettre en cause la validité de la clause compromissoire parfaite, cf. *Zodiac International Production Inc. v. Polish People's Republic*, C.S. Can., 18 mai 1983, J.E. 83-605.

11. Cf. J. THEORET, "L'arbitrage des différends contractuels dans la construction" dans *La justice parallèle*, Cours de perfectionnement du Barreau du Québec, (Cours 26) année 1977-78, p. 37.

12. Pour un commentaire du projet de l'O.R.C.C., cf. K.D. BEAUSOLEIL et D. FERLAND, "L'arbitrage civil: commentaire et suggestions", (1974) 15 C. de D. 147.

domaine de la construction<sup>13</sup>, de l'assurance<sup>14</sup> et il est généralement prévu dans les contrats de franchise et de concessions en plus des codes d'éthique des associations professionnelles<sup>15</sup>.

9. Il est rare que les décisions arbitrales soient disponibles pour commentaires, sauf évidemment le cas où une procédure relative à un arbitrage est engagée devant les tribunaux civils. Il est pratiquement impossible de déceler une "jurisprudence" qui reconnaisse ou révèle des pratiques ou élabore progressivement des solutions. Ceci est compréhensible dans l'état actuel du droit. Le mécanisme de l'arbitrage étant complexe, le principal avantage qu'y voient les intéressés, en dehors de la rapidité des procédures, est la confidentialité des délibérations et de la sentence<sup>16</sup>. Ceci explique aisément l'absence de sources documentaires publiques significatives.

10. Les contrats-types sont très généralement utilisés en droit québécois et canadien. Tout comme en Europe ces contrats peuvent être rédigés par l'administration ou par les parties.

Les contrats-types essentiellement destinés à la protection des consommateurs s'imposent aux contractants. Chez nous, comme ailleurs, ils résultent d'une concertation et d'une discussion avec les groupes intéressés. Institutions financières, sociétés d'assurances, groupements professionnels de commerçants, associations de consommateurs, etc... sont consultés et les projets sont longuement discutés avant qu'un compromis définitif soit atteint et que le modèle soit adopté en entier ou qu'un contenu obligationnel minimal soit retenu. Le mode d'élaboration de ces textes permet de faire le point sur certaines pratiques et d'apprécier leur égalité<sup>17</sup>. Ces modèles sont publiés en tant que règlements.

11. Les contrats-types rédigés par les intéressés en dehors de tout cadre réglementaire sont les plus intéressants. Certains résultent d'une négociation sectorielle entre les organismes professionnels, de parties souvent amenées à travailler ensemble, dans des secteurs

---

13. Thérèse ROUSSEAU-HOULE, *Les contrats de construction en droit public et privé*, Montréal, Wilson, Lafleur & Sorej, 1983, pp. 283-286.

14. A. GAGNON, "L'arbitrage dans le domaine de l'assurance", dans *La justice parallèle*, *op. cit.*, note 11, 67.

15. À titre d'exemple, cf. l'article 86 du *Code sur les professions* et l'article 13 de la *Loi sur le Barreau*.

16. Ici aussi l'expérience antérieure du juge est déterminante. Voir *supra*, note 7.

17. Une fois adoptés, ces Règlements peuvent générer de nouvelles pratiques visant à éviter, autant que possible, leur application et nécessitent de ce fait une nouvelle intervention. Cette question n'est pas envisagée ici.

complexes et organisés. Ils sont disponibles et peuvent être facilement consultés. Ils révèlent les préférences de la pratique et ses usages<sup>18</sup>.

12. Les contrats-types les plus courants sont des contrats d'adhésion rédigés par la partie la plus forte économiquement ou la mieux organisée et acceptés par l'autre. Ces contrats sont très nombreux. On les retrouve dans tous les domaines. Ils couvrent aussi bien le secteur des contrats nommés que celui des contrats innommés. Chaque entreprise importante impose ses propres formules imprimées pour ses achats et pour ses ventes ou locations de biens et de services.

À titre d'exemple on pourrait citer le cas d'I.B.M. (Canada)<sup>19</sup>. En 1978, l'entreprise a retiré 830 millions de dollars de ses activités et a signé 60 milles contrats de vente et de location. À cet effet la société utilise 205 contrats-types différents et n'accepte aucune modification à leur contenu. Dans la même année, I.B.M. a dépensé 227 millions pour l'acquisition de marchandises et de services. Dans ce dernier cas, la société procède différemment selon qu'il s'agit de commandes renouvelables ou d'un achat unique. Dans le premier cas le vendeur doit accepter les termes d'un des 50 contrats-types préparés par la société. Pour les achats uniques la commande est passée sur un des bons de la société. Ceux-ci stipulent ses conditions générales d'achat. Quatre-vingt pour cent des fournisseurs n'estiment même pas nécessaire d'accuser réception de la commande. Fait tout aussi surprenant, il semble qu'aucun des contenus de ces différents contrats n'ait jamais été contesté par les clients ou les fournisseurs d'I.B.M.

---

18. Les différents bureaux de normalisation privés ou publics, proposent un certain nombre de clauses générales. Ce secteur particulièrement important n'a pas retenu de façon significative l'attention des juristes canadiens. Pour une excellente synthèse sur cette question, voir Ivan BERNIER, *Une politique gouvernementale en matière de normes et de règlements techniques*, Étude préparée pour le Ministère de l'Industrie, du Commerce et du Tourisme du Québec en août 1980 et citée après autorisation.

Pour des modèles de clauses générales, voir les *Documents techniques normalisés* publiés par le Bureau de normalisation du Québec pour les routes et grands travaux (réf. BNQ. 1809-000/1982-01-12; BNQ. 1809-952/1978-09-11; BNQ. 1809-950/1978-09-11; BNQ. 1809-970/1978-09-22; BNQ. 1809-951/1982-12-02). Ces normes reflètent le consensus des intéressés et peuvent constituer des repères aux tribunaux devant décider de la conformité de certains travaux ou équipements à la qualité généralement admise dans le domaine.

19. G.G. MURRAY, "A Corporate Counsel's Perspective of the Battle of the Forms", (1979-80) 4 *Can. Bus. L.J.* 290. L'auteur est Vice-président, Conseiller juridique et Secrétaire de I.B.M. Canada Ltd.



13. L'exemple que nous venons de citer n'est certainement pas unique et nous n'avons d'aucune manière voulu singulariser l'entreprise. Plusieurs explications valables peuvent justifier ce phénomène. Il n'en demeure pas moins que cet exemple illustre les difficultés qu'éprouverait le téméraire qui tenterait de recenser les contrats-types en cours même s'il se limitait à ceux des 500 multinationales les plus importantes! Si elle était possible, cette étude révélerait, qu'au delà des diversités et malgré le nombre impressionnant de contrats et de formules en circulation, il existe une grande ressemblance entre tous ces contrats. Ils sont tous écrits par des praticiens qui, avec compétence, accumulent les clauses favorables à leurs clients. Ceci est légal. Avec le temps, il s'est créé un ensemble de clauses sur les aspects les plus fondamentaux. Reprises de contrat en contrat et de secteur en secteur, ces clauses se sont standardisées et constituent les pratiques acceptées du milieu. Il serait probablement difficile de soutenir que l'une ou l'autre de ces clauses est en elle-même illégale. Le déséquilibre qu'on peut parfois constater entre les parties résulte le plus souvent de l'ensemble des obligations imposées à l'une d'elles et non de chacune des clauses prises séparément. Ce phénomène est connu. Il explique avec le coût commercial d'un litige, la réticence des clients et fournisseurs, à solliciter l'intervention de la justice<sup>20</sup>.

14. Une place particulière doit être réservée aux formulaires juridiques, qu'ils soient publics ou privés, commentés ou non. Les modèles qu'ils proposent sont largement suivis<sup>21</sup>. Ils reflètent les préoccupa-

---

20. Malgré cette remarque de portée nécessairement générale, des difficultés surgissent souvent quant à l'interprétation des contrats ou à la licéité de certaines clauses. À titre d'exemple, voyez A.J. KOVACH, "Some Standard Clauses in Petroleum Industry Agreements — An Inquiry", (1979) 17 *Alberta Law Rev.* 108; J.B. HARTLEY, "*Ronald Elwin Lister Ltd. v. Dunlop Canada Ltd.*: How to Set a Trap for an Unwary Franchises", (1981) 7 *Queen's L.J.* 95; P.T. MATLOW, "Beware the Standard Form: Comments on the Careful Drafting of Agreements of Purchase and Sale of Real Estate", (1979) 6 *Real Property Reports*, Carswell; J.-H. GAGNON, "Les contrats standard peuvent occasionner des problèmes majeurs", *Les Affaires*, 15 janvier 1983, p. 13.

21. Ces formulaires sont très nombreux et très diversifiés. Il est impossible de les citer même de façon largement incomplète. Certains sont spécialisés, d'autres sont plus généraux. Parmi les Formulaires nationaux, citons O'Brien's *Encyclopedia of Forms*, Canada Law Book Publications, 1966 avec suppléments; et le *Canadian Conveyancing and Commercial Forms*, Carswell Co. of Canada, 1954. Il ne faudrait pas oublier aussi les très nombreuses publications de CCH, *Commerce Clearing House Corporation*, qui couvrent un très grand nombre de domaines. D'excellents autres formulaires existent en langue française, notamment en droit des sociétés commerciales. Malheureusement, les formulaires de langue française couvrant les autres domaines

tions de la pratique, les révèlent et les propagent. Ainsi il fut un temps où les praticiens s'inspiraient grandement du "Formulaire Martel"<sup>22</sup> dans la constitution de compagnies<sup>23</sup>. Or, avec le temps, il devenait parfois nécessaire de justifier au Service l'utilisation de modèles différents de ceux prévus par ce Formulaire. Les formules ont aussi la vie longue et résistent au changement, même légal. Ainsi on avait pris l'habitude d'accorder expressément certains pouvoirs aux administrateurs, dans les documents constitutifs de compagnies pour alléger leur fonctionnement. Or, la loi ayant été modifiée, ceci devenait superflu. Néanmoins, par un souci inutile de sécurité, certains praticiens continuèrent d'insérer ces clauses devenues inutiles. Ces temps sont révolus, mais l'exemple est intéressant.

15. L'utilisation généralisée des contrats-types et des formulaires soulève un problème d'un intérêt particulier au Québec. En effet, les contrats-types des grandes entreprises, non soumis à une réglementation particulière, sont souvent rédigés aux États-Unis ou au Canada et utilisés de manière uniforme partout au Canada. Il en est de même des formulaires les plus complets sur des contrats élaborés et dans des secteurs de pointe. Or, ces contrats-types imposés ou consciemment adoptés par les praticiens peuvent véhiculer des concepts étrangers à la logique civiliste du Québec. Il est certain que l'harmonisation et la standardisation offrent de grands avantages et que les partenaires qui signent le même document à travers le Canada s'attendent à avoir les mêmes droits et les mêmes obligations. Il n'est cependant pas certain que ces documents soient toujours interprétés de façon uniforme dans les provinces de *Common Law* et au Québec<sup>24</sup>.

---

tels que les contrats de distribution, les contrats de vente, de crédit-bail, d'affacturage, etc., sont généralement moins complets et leur mise-à-jour est moins régulière. Néanmoins, les études importantes disposent, le plus souvent, de leurs modèles internes.

22. Maurice MARTEL, *Le nouveau formulaire des compagnies*, La Société des Éditions du Québec. Ce volume a été réédité à plusieurs reprises et il existe actuellement une édition bien plus complète à jour et d'une grande qualité: MARTEL ET MARTEL, *La compagnie au Québec*, Montréal, Les Affaires Inc.
23. Il faut entendre le mot "compagnie" et "corporation sans but lucratif" au sens anglais du terme. Nous réserverons le mot "société" aux groupements du Code civil.
24. À titre d'exemple, on peut citer le cas des contrats de franchises. En droit québécois, on ne sanctionne pas la lésion entre majeurs et on répugne à intervenir dans l'économie du contrat pour réparer l'effet d'un déséquilibre dû au pouvoir inégal de négociation des partenaires. Les seules possibilités pratiques demeurent les vices du consentement et une interprétation élargie de l'obligation implicite de loyauté. À ce sujet cf. Louis PERRET, "Une philosophie nouvelle des contrats fondée sur l'idée de justice contractuelle", (1980)

## II — LE DEGRÉ DE GÉNÉRALITÉ DES PRATIQUES DU DROIT

16. Nous avons répondu partiellement à cette question dans les paragraphes précédents en disant qu'il était souvent difficile de trancher avec certitude si certains comportements étaient suffisamment généralisés pour devenir des pratiques significatives. La situation peut varier grandement d'un secteur à l'autre.

17. Prenons d'abord l'exemple des contrats d'intégration en agriculture étant donné que ce secteur est particulièrement dynamique et intéresse au plus haut point l'économie générale du pays. La constatation est simple. Il n'existe au Québec aucun manuel de droit agraire et encore moins un Précis ou un Traité. Les articles publiés sont peu nombreux, de portée limitée et ne fournissent aucune indication utile. Par ailleurs la jurisprudence publiée est pratiquement inexistante et celle qui ne l'est pas est d'accès difficile. La pratique dans ce secteur intéresse surtout les notaires des régions rurales et un nombre très restreint d'avocats. L'étude des contrats d'intégration même dans un domaine aussi identifié que celui de la production porcine est décevante. Il est rare de relever deux clauses semblables et encore moins deux contrats identiques même lorsque l'objectif visé est unique. Cette situation pourrait cependant changer assez rapidement du fait que le mouvement de concentration s'est beaucoup accéléré ces dernières années. Le contenu des contrats de métayage est lui aussi différent d'une région à l'autre et se trouve fortement influencé par les usages des lieux<sup>25</sup>.

18. Dans le domaine de la distribution des biens et services, la situation est différente. Le cadre général de l'organisation est connu et les contrats sont disponibles. Ils sont plus ou moins complets et complexes selon la nature de la relation. Là aussi le handicap majeur résulte à l'heure actuelle de l'absence d'une littérature spécifique et contradictoire. La jurisprudence est relativement éparse et favorise encore peu les conclusions générales<sup>26</sup>. Dans ce secteur, il faut encore

---

11 *Rev. Gén.* 537-602. Par contre, dans les provinces de *Common Law*, on pourrait, à la rigueur, recourir parfois au concept de relations de nature fiduciaire et à la théorie de *l'unconscionability* pour annuler un contrat. Cf. J.B. HARTLEY, *supra*, note 20 ainsi que *Jirna Ltd. v. Mister Donut of Canada Ltd.*, (1975) 1 R.C.S. 2, voyez cependant en sens inverse *Ronald Elwin Lister Ltd. v. Dunlop Canada Ltd.*, 105 D.L.R. (3d) 684 (C.A. Ont., 1979).

25. Ces affirmations sont empruntées à un Mémoire de maîtrise en rédaction par Me Ginette Bélanger. Elles sont reproduites avec l'autorisation de l'auteur.

26. Une décision de la Cour supérieure de Montréal vient de tenter pour la première fois, à notre connaissance, une définition du contrat de franchise.

recourir de façon régulière à la théorie générale des obligations en essayant de l'adapter aux besoins.

19. Dans le domaine du courtage immobilier, le recours au contrat-type proposé par les chambres d'immeubles est très généralisé. Tous les courtiers membres de ces associations l'utilisent et ceux qui ne le font pas s'en inspirent. Il en est de même des parties qui préfèrent réaliser leurs opérations immobilières sans intermédiaires.

Les formules le plus généralement utilisées dans ce secteur sont le "mandat de vendre un immeuble" et la "promesse d'achat". Ces deux textes conviennent parfaitement aux besoins les plus conventionnels. La difficulté rencontrée en pratique vient du fait que le texte imprimé est souvent modifié, même très substantiellement, pour mieux répondre aux besoins d'une opération spécifique. Ainsi il arrive que des ratures et des rajouts viennent modifier complètement les dispositions initiales suggérées avec le résultat que le contrat finalement signé devient inintelligible. La situation devient cocasse lorsque, comme c'est le cas couramment, on remplace simplement le mot "vendre" par le mot "louer" dans le cas où l'opération est relative à un bail, tout en remplissant autant que possible les blancs prévus par la formule. Dans ces cas, malheureusement trop courants, la voie sécuritaire choisie par les rédacteurs des contrats-types se transforme trop souvent en route cahoteuse. Dans ce domaine la jurisprudence abonde.

### III — LA PRATIQUE EN TANT QUE SOURCE DE DROITS ET D'OBLIGATIONS

20. Les pratiques du droit, dans la mesure où elles constituent des usages de commerce, sont reconnues au Québec comme source de droits et d'obligations. Le Code civil y réfère à plusieurs reprises et les fait passer parfois avant ses dispositions supplétives. Les tribunaux civils et les agences gouvernementales de réglementation du commerce les reconnaissent explicitement. Il est aussi courant qu'une pratique déterminée, discutable quant à sa conformité à l'esprit de la loi, soit admise tacitement par les tribunaux ou l'administration avant d'être finalement incorporée aux textes législatifs.

Toutes les pratiques ne sont pas automatiquement admises par les instances judiciaires. Certaines sont rejetées en raison de leur

---

*Sauvé v. Dépanneur J.-C. Chartrand Inc. et Franchise Plus Inc.*, C.S. Mtl, no 900-051-988-001, rendue le 20 août 1982. D'autres décisions plus anciennes avaient déjà tenté de distinguer le contrat de franchise ordinaire des contrats d'investissement, cf. Nabil N. ANTAKI, "Le contrat de placement de fonds: une valeur mobilière envahissante", (1978) 19 *C. de D.* 903.

illégalité, ce qui est normal, d'autres le sont à cause de leurs racines étrangères, ce qui est plus discutable dans le domaine commercial.

### A. Les pratiques acceptées en tant que source de droit

#### 1. Les pratiques conformes au texte ou à l'esprit de la loi

21. Le Code civil réfère à l'usage de droit dans plusieurs articles précis. L'article 1864 dispose que les règles communes aux sociétés ne s'appliquent aux sociétés commerciales que si elles ne sont pas incompatibles avec les règles particulières aux sociétés de commerce ou aux usages dans ce domaine. Par ailleurs, l'article 1978 précise que les règles contenues dans le chapitre du gage sont, en matière commerciale, subordonnées aux lois et usages du commerce. Les tribunaux n'ont pas discuté souvent la portée de ces dispositions.

22. Les usages conventionnels font plus souvent l'objet de discussions devant les tribunaux. L'article 1016 C.c. renvoie aux usages du pays pour préciser les ambiguïtés d'une convention et l'article 1017 C.c.<sup>27</sup> ajoute qu'on doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées. L'article 1024 C.c. étend, pour sa part le contenu obligationnel d'un contrat à toutes les conséquences qui en découlent, d'après sa nature et suivant l'équité, l'usage et la loi<sup>28</sup>. Ces articles ne sont pas exclusifs. Par exemple, le débiteur d'une chose qui n'est pas déterminée par son espèce doit livrer une chose d'une qualité marchande. Pour déterminer cette qualité, les tribunaux doivent recourir à l'usage<sup>29</sup>. Des dispositions analogues se retrouvent dans tous les codes civils et sont suffisamment connues.

23. Les tribunaux réfèrent aussi aux règlements des organismes professionnels et les appliquent même en cas de silence de la convention. Ainsi, lorsqu'un courtier en valeurs mobilières est chargé d'effectuer

---

27. *Swift Canadian Co. Ltd. v. Hyman Wienstein*, (1977) C.S. 12 (l'usage de demander que l'officier d'une compagnie se porte caution des dettes de celle-ci); *Banque de Montréal v. P.-G. du Québec*, (1979) 1 R.C.S. 565 (les parties à un contrat bancaire réfèrent implicitement aux usages du commerce).

28. *L.J. Forget & Co. Ltd.*, (1979) C.S. 1101 (un vendeur qui amène un nouveau client à la firme de courtage est partiellement responsable de toute perte due au défaut de payer le compte); *Haussen c. Scanti Investment*, (1981) C.S. 191 (l'usage veut que les hypothèques soient maintenant accordées pour un temps plus court).

29. Art. 1151 C.c. *Bolduc c. Poulin*, (1934) 57 B.R. 99 (visons de race canadienne).

une opération sur une place boursière, il est supposé respecter les usages de la bourse ou le Code d'éthique de l'association la plus représentative. Par ailleurs, la Cour d'appel a décidé, qu'en l'absence d'une convention au contraire, le courtier en immeubles a droit à la commission prévue par la chambre<sup>30</sup>. Or, fait intéressant, la Chambre est une association privée et son champ d'action n'est pas exclusif ou réservé. Il est donc permis de penser que les clauses prévues par le modèle suggéré soient interprétées comme reflétant l'usage du milieu. Le contrat prévoit, par exemple, que la commission est due au courtier qui détient un contrat exclusif si l'immeuble est vendu, sans son intervention, dans l'année qui suit la fin du mandat, à une personne avec qui des négociations ont eu lieu durant le mandat. Certains courtiers qui ne sont pas membres de la Chambre utilisent des formules de mandat semblables sans toutefois limiter dans le temps, la portée de la clause de protection de la commission. Il nous semble probable, que si les tribunaux avaient à se pencher sur la question, ils valideraient le contrat et retiendraient le délai d'un an comme étant l'usage implicitement accepté par les parties.

24. La loi sur les valeurs mobilières<sup>31</sup>, pour ne citer qu'un exemple de réglementation économique, donne à la Commission des valeurs du Québec le mandat de surveiller le marché des valeurs mobilières et ce terme est défini comme comprenant tout ce qui est reconnu comme une valeur mobilière dans le commerce. Par ailleurs, la Commission doit assurer la protection des épargnants contre les pratiques déloyales, abusives et frauduleuses. Or, il est entendu que ces pratiques sont celles contraires aux pratiques généralement admises dans le milieu comme étant normales et acceptables sur le plan de l'éthique. Cette disposition exige que la Commission soit toujours attentive aux pratiques du marché et qu'elle émette à leur sujet des jugements de valeur<sup>32</sup>. Cet exemple n'est pas unique. Bien d'autres articles de la loi poursuivent le même objectif. Ainsi, l'article 161 exige que la personne inscrite s'assure que la recommandation qu'elle fait au client corresponde à ses objectifs d'investissement et à sa situation financière. Cette règle qui demande au courtier de connaître son client implique nécessairement que les investissements proposés soient conformes à ce que la pratique considère, dans les circonstances, comme étant des investissements adéquats. Toujours dans le même domaine, mais sur

---

30. *Schreiber Ltd. v. Montréal Trust*, (1976) C.A. 234.

31. L.Q. 1982, c. 48.

32. Pour un exemple, cf. *Cascades Inc.*, Décision de la C.V.M.Q., no 6803 (18 mars 1983), B.H. XIV. 11.

un autre plan, il est intéressant de souligner que la loi permet à la Commission de déléguer à un organisme reconnu le pouvoir d'auto-réglementer ses membres ainsi que leurs relations avec les clients. Ces mécanismes sont les bourses, les chambres de compensation et les associations professionnelles. Sous réserve du contrôle de la Commission, la pratique de ces organismes est une source de droits et d'obligations.

## 2. Les pratiques contraires, en apparence, au texte ou à l'esprit de la loi

25. La pratique crée souvent des contrats nouveaux, innommés. Ces contrats *sui generis* empruntent des éléments à un ou plusieurs autres contrats plus anciens. Parfois leur originalité consiste même à être un complexe de contrats plutôt qu'un contrat complexe. C'est le cas des contrats d'ingénierie<sup>33</sup>, de franchises<sup>34</sup>, de crédit-bail<sup>35</sup>, d'affacturage<sup>36</sup>, et d'informatique, voire même de télématique. Après des tâtonnements, les tribunaux finissent par reconnaître leur spécificité et tracent leur cadre général. C'est le rôle dynamique du juge dans l'élaboration du droit. Encore une fois le phénomène est trop connu pour qu'on s'y attarde. Nous consacrons cette section à des cas qui nous semblent plus particuliers. En effet, avant de devenir source de droit et d'être explicitement reconnue par les tribunaux ou le législateur, il est courant que la pratique soit, dans une première phase, acceptée tacitement. Cette technique permet aux institutions conser-

---

33. Sur la complexité d'un tel contrat et les obligations mutuelles, cf. à titre d'exemple récent *Montar Construction Inc. v. St-Hubert (ville de)*, C.S. Mtl, no 500-05-003 795-73, 15 janvier 1981, J.E. 81-308.

34. Les décisions du Québec distinguent encore mal les différents éléments constitutifs du contrat de franchise. Pour une analyse civiliste, cf. en général, J.-M. LELOUP, *Droit et pratique de la franchise*, 1<sup>re</sup> éd., J. Delmas et Co., 1983 et la définition du contrat par la Cour d'appel de Paris dans une décision du 20 avril 1978, *Cahiers de droit de l'entreprise*, 1980, no 5, note J.-M. Leloup. Par ailleurs, on distingue encore mal au Québec les contrats de franchise et les contrats de concession exclusives. Cf. à titre d'exemple *Québec (ville de) v. Michel*, (1981) T.E. 224 et *Automobiles Nobel Ltée v. Volkswagen Canada Inc.*, C.S. Mtl, no 500-05-007-645-813, 28 août 1981, J.E. 81-906. Dans ces deux décisions les termes sont utilisés indifféremment, mais dans le contexte cette contusion est sans influence sur le fond du litige. Pour une distinction juridique des deux contrats, cf. LELOUP, cité, p. C-8.

35. Art. 1603 C.c. Cf. *Corp. de location canadienne Dominion Ltée v. Trefflé Goulet & Fils Ltée*, C.P. Beauce, 28 octobre 1982, J.E. 82-1206.

36. Art. 1571d C.c. Cf. *Simard v. Royer*, (1975) C.S. 124; (1978) C.A. 219.

vatrices d'accepter une évolution tout en maintenant l'apparence de la stabilité<sup>37</sup>.

26. Un exemple classique nous est fourni par la reconnaissance dans les faits, depuis l'arrêt *Salomon* en 1897, de la compagnie personnelle<sup>38</sup>, malgré le texte de la loi et le concept même d'une société de capitaux qui exige la pluralité des partenaires et la collégialité des décisions. Depuis cet arrêt, l'administration et les tribunaux ont généralement restreint leur rôle à la vérification de la régularité des procédures. La levée du voile corporatif est demeurée une exception en droit canadien<sup>39</sup>. Il suffisait que le nombre minimum d'actionnaires prévu par la loi soit formellement respecté. Il importait peu qu'en réalité un seul actionnaire soit l'unique propriétaire et seul bénéficiaire, directement ou indirectement de toutes les actions. Les tribunaux répondaient ainsi au besoin d'avoir un patrimoine d'affectation, ce que la loi n'acceptait pas. Il est intéressant de souligner que, grâce à une réaction due cette fois à un souci de sécurité de la part des créanciers, la pratique a exigé des actionnaires et dirigeants des petites entreprises, de se porter caution à titre personnel des créances de leur société, paralysant ainsi la caractéristique fondamentale de la compagnie, soit la responsabilité limitée en la remplaçant par une solidarité de fait, contrairement à l'esprit de la loi. Soixante-quinze ans après cette acceptation tacite de la compagnie personnelle par les tribunaux, les législations fédérale et québécoise sur les compagnies ont été modifiées afin de reconnaître "légalement" la compagnie personnelle et un projet de loi propose de permettre, au Québec, le patrimoine d'affectation<sup>40</sup>.

27. Un deuxième exemple. Les tribunaux valident depuis longtemps les contrats permettant d'administrer une compagnie comme s'il s'agissait d'une société contractuelle au point où on aurait pu parler de "compagnie-société"<sup>41</sup>. Cette pratique est très courante dans les

---

37. P.A. SAMEK, "Fictions and the Law", (1981) 31 *U. Toronto L.J.* 290-317.

38. *Salomon v. Salomon*, (1897) A.C. 22 (H.L.). Cet arrêt était le premier à reconnaître de façon très nette le principe de la personnalité indépendante de la corporation.

39. Ce jugement absolu doit être qualifié. En effet, les tribunaux délaissent la forme pour la réalité juridique toutes les fois que ceci est nécessaire. Par ailleurs les textes législatifs et l'administration prennent de plus en plus en considération la notion de l'entreprise économique.

40. Projet de loi 106, *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes*, en première lecture (mai 1983), art. 3.

41. Ce terme nous est personnel. Néanmoins l'étude de la jurisprudence révèle qu'il est réaliste. La Cour suprême reconnaît la validité des conventions de



petites compagnies, mais aussi très pratiquée par les groupements égalitaires, *joint ventures* ou *consortiums*<sup>42</sup>. Les parties font abstraction des structures décisionnelles et hiérarchisées de la compagnie et des modalités prévues par les statuts pour la distribution des bénéfices et les remplacent par des structures décisionnelles empruntées aux sociétés en nom collectif et en commandites<sup>43</sup>. Les législateurs, fédéral et québécois, ont encore une fois suivi, mais avec des années de retard, et ont introduit le concept de "convention unanime des actionnaires" qui permet à ceux-ci d'organiser leurs relations en marge du cadre statutaire. La liberté qui leur est ainsi donnée peut aller jusqu'à transformer la compagnie traditionnelle en "société en nom collectif à responsabilité limitée"<sup>44</sup>! Ceci revient à dire que les hommes d'affaires ne sont plus soumis aux choix limités, sinon rigides, des catégories reconnues par les lois des sociétés, mais peuvent dorénavant créer autant de catégories de sociétés que leur imagination ou leurs besoins commandent.

28. Un troisième exemple. Faute d'avoir au Québec une institution qui se situe à mi-chemin entre la compagnie et la corporation sans but lucratif, comme le groupement d'intérêt économique<sup>45</sup> par exemple,

---

vote unanime entre actionnaires et distingue entre petites et grandes compagnies là où la loi ne le fait pas. Dans *Ringuet v. Bergeron*, (1960) R.C.S. 672, le juge Judson avait dit aux pages 684-685:

"Shareholders have the right to combine their interests and voting powers to secure such control of a company and to ensure that the company will be managed by certain persons in a certain manner. This is a well-known, normal and legal contract and one which is frequently encountered in current practice and it makes no difference whether the objects sought are to be achieved by means of an agreement such as this or a voting trust. Such an arrangement is not prohibited either by law, by good morals or public order... This agreement is between shareholders of a closely held company".

En Angleterre la solution est semblable. Cf. *Ebrahimi v. Westbourne Galleries Ltd.*, (1972) 2 All. E.R. 492.

42. Ces termes nés de la pratique n'ont pas de contenu juridique propre. Ces entreprises peuvent être incorporées ou non. Dans le second cas leur statut est celui d'une société en nom collectif.
43. *Integrated Consultant Ltd. v. B.D. Bohna & Co.*, (1967) B.R. 338.
44. Ce terme nous est aussi personnel. Sur les conventions unanimes cf. art. 140 L.S.C.C. et arts 123.91 à 123.93 L.C.Q. En général, voyez l'excellent ouvrage, bien documenté de Jean TURGEON, *Les conventions d'actionnaires d'une petite entreprise*, Montréal, C.E.J., 1983.
45. Yves GUYON, "Les groupements d'intérêt économique", (1981) 22 C. de D. 383.

la pratique a donné naissance à des compagnies qui ne poursuivent pas des activités lucratives pour elles-mêmes, mais qui se consacrent entièrement à permettre à leurs membres de réaliser des économies. C'est le cas des compagnies d'achat, des comptoirs de vente et de compagnies de services pour les membres. La pratique veut aussi que des corporations sans but lucratif se consacrent entièrement à favoriser les objectifs commerciaux de leurs membres. Tel est le cas par exemple de cette corporation ayant pour objet de regrouper les titulaires d'une franchise déterminée et de leur offrir des services dans le domaine de la production, de l'achat et de la distribution de biens et marchandises. On serait tenté de qualifier l'entreprise "d'association à but économique et à responsabilité limitée"<sup>46</sup>. Ici, la pratique a fait éclater la division classique des groupements selon la vocation ou non à la réalisation de bénéfices.

29. Il nous semble évident que toutes ces pratiques détournent les institutions de leur finalité première et les dénaturent avec la complicité explicite, et nous oserons ajouter heureuse, des tribunaux et de l'administration. La situation se régularisera lorsque le législateur prendra davantage en considération la finalité économique de l'entreprise et assimilera, pour les fins de la qualification juridique des actes, les deux notions de profit et d'économie, comme l'a déjà fait le législateur français pour les sociétés commerciales et comme le propose un projet du Québec.

## **B. Les pratiques rejetées en tant que source de droit**

### **1. La pratique rejetée en raison de son caractère illégal**

30. Les tribunaux sanctionnent avec une vigilance accrue certaines pratiques courantes antérieurement acceptées. Le droit bancaire nous fournit deux illustrations récentes dans le domaine de la réalisation des sûretés.

31. L'article 178 de la *Loi sur les Banques* concerne le nantissement bancaire. Il permet à la banque, en cas de défaut du débiteur dans certaines circonstances énumérées, de prendre possession des biens

---

46. Il est aussi courant que les associations de marchands soient constituées en corporation sans but lucratif. De plus la *Loi sur les sociétés d'initiatives et de développement d'artères commerciales* (S.I.D.A.C.), L.Q. 1982, c. 65, a instauré un mécanisme permettant que l'adhésion à ces associations devienne obligatoire. Cf. cependant, *Pelletier v. Association du Plateau du Mont-Royal Inc.*, (1966) C.S. 371 qui a décidé que les associations sans but lucratif devaient être traitées comme des compagnies (à but lucratif).

affectés par la garantie et de les vendre pour réaliser sa créance. Les banques ont toujours eu tendance à étendre conventionnellement ce droit de prise de possession aux cas qui ne sont pas explicitement prévus par la loi. La Cour supérieure a décidé que cette clause est nulle de nullité absolue et que la banque doit, dans ce cas, procéder par voie judiciaire<sup>47</sup>.

32. Par ailleurs, la même loi accorde aux banques la possibilité de vendre les biens qui font l'objet d'un nantissement en vertu de l'article 178 de la *Loi aux enchères publiques*, à moins qu'un accord particulier donné par le débiteur ne les autorise à procéder de gré à gré. Cette dernière faculté n'est pas prévue par les dispositions du Code civil relatives au nantissement commercial mais, encore une fois, les banques ont tendance à l'obtenir contractuellement. La Cour supérieure a décidé récemment que cette pratique était illégale et que les banques devaient procéder exclusivement par la voie de la vente aux enchères<sup>48</sup>.

## 2. La pratique rejetée en raison de ses origines

33. Les tribunaux rejettent aussi certains arrangements contractuels nouveaux à cause de leur origine étrangère. C'est notamment le cas des fiducies d'affaires<sup>49</sup>. Il est généralement admis au Québec, que la fiducie d'origine anglo-saxonne est réservée aux donations, entre vifs et par testament, prévue aux articles 981a et suivants du Code civil ou spécifiquement introduite par une loi spéciale comme c'est le cas pour la fiducie pour obligataires. Cela signifie qu'il serait impossible de créer au Québec une fiducie relative à des opérations commerciales, d'affaires ou d'investissement, telle qu'on en trouve dans les provinces de *Common Law*<sup>50</sup>. L'argument est que la fiducie commande un démembrement de la propriété qui n'est pas connu du droit civil de la Province. La Cour suprême refuse par conséquent de reconnaître la fiducie d'investissement et de lui appliquer les règles de la fiducie

47. *St-Louis Automobiles Ltée v. Banque nationale du Canada*, (1981) 22 C. de D. 901 (C.S. Kamouraska) commenté par Robert DEMERS, "De mauvaises nouvelles pour les banques", (1981) 22 C. du D. 829.

48. Art. 1979 C.c. *Banque nationale du Canada v. Durand*, (1981) C.S. 865; cf. commentaires R. DEMERS, *loc. cit.*, note 47.

49. *Crown Trust Co. v. Higher*, (1977) 1 R.C.S. 418 en appel de (1974) C.A. 442. À ce sujet, cf. Robert DEMERS, "La Cour suprême, la fiducie d'investissement et le Prospectus", (1978) 19 C.de D. 530.

50. D. WATERS, *Law of Trusts in Canada*, Toronto, Carswell, 1974, p. 947, cité et approuvé par la Cour suprême dans *Higher*, *supra*, note 49.

contenues dans le Code civil. Elle accepte par contre l'idée que le contrat est *sui generis* et de ce fait sanctionne son inexécution. Deux autres décisions de la Cour supérieure ont aussi refusé de reconnaître le *voting trust*<sup>51</sup> qui est une entente par laquelle les actionnaires cèdent leur droit de vote à un fiduciaire qui l'exerce selon sa discrétion ou selon les instructions contenues dans l'acte de fiducie.

34. Ces décisions respectent les précédents. Elles sont applaudies<sup>52</sup>. Il n'est pas cependant exclu qu'une nouvelle analyse des précédents et de l'origine de certains articles du Code ne viennent tempérer les affirmations actuelles<sup>53</sup>. Un fait est malgré tout acquis. L'institution est nécessaire et elle est couramment utilisée. Les besoins des affaires feront probablement évoluer le droit d'une façon ou d'une autre. D'ailleurs, dans le cas particulier du droit de vote, nous comprenons mal l'objection à admettre le démembrement du droit de propriété de l'actionnaire. Pourquoi celui-ci ne peut-il pas céder temporairement son droit de vote, le louer ou le vendre, lorsque les deux lois, provinciale et fédérale, autorisent l'émission de valeurs sans droit de vote et permettent que certains actionnaires aient des droits très limités sur les bénéfiques et les actifs<sup>54</sup>. Pour l'actionnaire il s'agit d'une opération commerciale licite et notre Cour suprême lui reconnaît depuis longtemps le droit d'aliéner son vote de façon permanente. Elle va jusqu'à permettre la confiscation des actions dans le cas où l'engagement de voter à l'unanimité n'est pas respecté<sup>55</sup>. Pourquoi ne pourrait-il pas charger un tiers de faire ce qu'il est autorisé à faire lui-même<sup>56</sup>? Nous pensons que ces préjugés sont désuets et résultent de fausses analogies avec la morale parlementaire. Le droit de vote d'un actionnaire a une valeur économique, et doit être objet de commerce en droit comme il l'est déjà dans les faits.

---

51. *Birks v. Birks*, (1980) C.S. 730 (en appel) et *Canadian Financial Co. v. Chercoune*, (1980) C.S. 726.

52. Jean-Louis BAUDOIN, "Chronique de droit civil québécois", (1982) *R.T.D.C.* 235, note 7.

53. Cf. Maurice TANCELIN, *Jurisprudence sur les obligations*, tome 3, 2<sup>e</sup> éd., p. 806: Observations sur l'arrêt *Laliberté v. Larue*, (1981) R.C.S. 7.

54. Pour une analyse intéressante, cf. R.C. CLARK, "Vote Buying and Corporate Law", (1979) 29 *Case Wes. Res. L. Rev.* 776-807.

55. *Ringuet v. Bergeron*, (1960) R.C.S. 672. Cf. le passage rapporté, *supra*, note 41.

56. Le *voting trust agreement* a été mentionné par le juge Judson, dans l'affaire *Ringuet* au même titre que la convention des actionnaires qui a été jugée valable et le droit québécois connaît la convention d'entiercement, *pooling agreement*, qui repose sur la notion de fiducie au même titre que le *voting trust*. Fait intéressant, la Commission des valeurs mobilières exige que les pro-

## CONCLUSION

35. Les solutions pratiques s'imposent parfois au juriste et celui-ci doit accepter l'apport et les exigences des hommes d'affaires. La collaboration entre ces deux partenaires est normale et souhaitable. Ceci est universellement reconnu mais a été particulièrement bien exprimé par le professeur Tunc qui a déjà dit:

"Contribuer au développement de l'économie, c'est pour le juriste une voie traditionnelle. On sait bien combien de pratiques juridiques ont été imaginées par des juristes d'entreprises ou des avocats consultés par des entreprises. Depuis toujours, à vrai dire, grâce à l'ingéniosité de commerçants ou de juristes travaillant ensemble. Mais dans cette voie, le mouvement semble s'accélérer et doit s'accélérer. On a vu dans les dernières années apparaître de nouvelles combinaisons, ingénieuses et souvent compliquées, portant parfois des noms anglais, qui sont des exemples frappants de ce que peuvent les juristes praticiens pour aider les hommes à multiplier les échanges économiques"<sup>57</sup>.

36. Au-delà de cette collaboration entre les juristes, qu'ils soient praticiens ou universitaires, et les hommes d'affaires, il demeure parfois difficile de dégager, dans les faits, l'apport propre des uns et des autres. La vie des affaires est constituée d'un ensemble qu'il est difficile de disséquer. Il est parfois facile d'isoler l'apport de la pratique. D'autres fois, c'est le cas de l'arbitrage, la nature de l'institution et le secret qui la caractérise rend difficile le dépistage des usages professionnels. Il ne faudrait pas s'en offusquer. En l'absence de fraude, les entreprises ont droit à leur vie privée.

37. Les échanges économiques refusent les limites territoriales et adoptent facilement les institutions imaginées par les voisins. C'est souvent une garantie de succès. Le droit national n'a d'autres choix que de s'y adapter. Ceci est parfois facile mais exige souvent une imagination fertile de la part des juristes toujours limités, et à raison, par la règle de droit. Si cette adaptation s'avère impossible, c'est à la législation de changer d'attitude.

---

moteurs de compagnies spéculatives qui font des appels au public signent un contrat d'entiercement qui ne peut être modifié qu'après accord de la Commission. Dans l'affaire *Birks*, Madame le juge Colas atténue néanmoins la portée de la référence au *voting trust* dans *Ringuet* et distingue le contrat de *Pooling trust*. Avec respect, nous soumettons qu'à notre avis les nuances contenues dans le jugement ne sont pas convaincantes. Le Projet de réforme du Code civil propose d'accepter la fiducie d'affaires.

57. André TUNC dans *Les juristes d'entreprise*, XX<sup>e</sup> Séminaire de la Commission Droit et Vie des affaires, (Liège du 13 au 16 décembre 1967), Université de Liège, 1968.

38. Pour que le droit soit efficace et adapté aux besoins économiques, c'est-à-dire pour que la règle du jeu soit connue et que le clivage se fasse valablement, dans une économie libre, entre les pratiques qui doivent être interdites au nom de l'intérêt public et celles, plus nombreuses, qui devraient être permises au nom de la liberté du commerce, il est indispensable que le législateur se prononce rapidement sur le statut des nouvelles institutions d'affaires. Nous avons été frappé par le temps particulièrement long qu'ont mis nos législateurs à réagir. Dans la plupart des cas soulignés l'inertie a duré de 35 à 65 ans. Durant toute cette période la pratique a continué parfois malgré la lettre de la loi, d'autres fois malgré son esprit et souvent avec la complicité des tribunaux. Cette situation est malheureuse pour la suprématie de la règle de droit.