

L'expérience de la pratique privée au Canada

Geneviève Lavertu

Volume 32, Number 1, 2002

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1028058ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1028058ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Article abstract

Both Canadian legal traditions coexist on a daily basis in the new context of globalization in private commercial transactions. It has become routine for lawyers to juggle with concepts such as common law trust and civil law hypothecs in the same contract. Moreover, each system inspires the other to a certain extent. Therefore, it is a necessity and not a luxury for Canadian lawyers to master both legal traditions.

Cite this article

Lavertu, G. (2002). L'expérience de la pratique privée au Canada. *Revue générale de droit*, 32(1), 91–99. <https://doi.org/10.7202/1028058ar>

L'expérience de la pratique privée au Canada*

GENEVIÈVE LAVERTU
Avocate, Montréal

RÉSUMÉ

La coexistence des deux traditions juridiques qui cohabitent au Canada est une réalité quotidienne pour le juriste de pratique privée au Québec. En effet, il est devenu commun qu'une même transaction rejoigne des concepts tant de common law que de droit civil. Par ailleurs l'expérience parallèle des deux systèmes comme source de droit inspire chacune des traditions. Il est donc important, pour le juriste de pratique privée, dans le contexte canadien, de maîtriser les deux grandes traditions juridiques.

ABSTRACT

Both Canadian legal traditions coexist on a daily basis in the new context of globalization in private commercial transactions. It has become routine for lawyers to juggle with concepts such as common law trust and civil law hypothecs in the same contract. Moreover, each system inspires the other to a certain extent. Therefore, it is a necessity and not a luxury for Canadian lawyers to master both legal traditions.

SOMMAIRE

Introduction.....	92
I. Les dispositions contractuelles issues de la common law et du droit civil coexistent dans nombre d'actes juridiques quotidiens.	92

* Texte présenté lors du colloque de l'Association interparlementaire Canada-France du 10 mai 1999. Les opinions exprimées sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement celles de Stikeman Elliott.

A. Coexistence des deux systèmes dans la pratique privée au Québec.....	92
1. Contrats de fusion et d'acquisition d'entreprises.....	93
a) <i>La formation des contrats</i>	94
b) <i>Le fond des contrats</i>	94
2. Convention de prêt.....	95
II. L'expérience parallèle des deux systèmes comme source de création de droit.....	96
A. Réforme du droit des sûretés.....	96
B. La fiducie corporative.....	98
Conclusion.....	99

INTRODUCTION

Mon propos aujourd'hui se limitera à vous parler de l'expérience non des bureaux privés en général, puisque je ne prétends pas les représenter, mais bien de l'expérience d'une juriste en pratique privée dans le cadre de la pratique en droit des affaires au sein d'un cabinet montréalais.

Mon exposé se structurera autour de deux thèmes principaux, soit (I) l'application des deux systèmes juridiques droit civil et common law qui parfois se chevauchent et se complètent dans une même transaction et (II) l'expérience parallèle des deux systèmes comme source de création de droit inspiré de l'un ou de l'autre système.

I. LES DISPOSITIONS CONTRACTUELLES ISSUES DE LA COMMON LAW ET DU DROIT CIVIL COEXISTENT DANS NOMBRE D'ACTES JURIDIQUES QUOTIDIENS

A. COEXISTENCE DES DEUX SYSTÈMES DANS LA PRATIQUE PRIVÉE AU QUÉBEC

Il est maintenant bien connu que le droit québécois est un droit mixte. Dès l'adoption du *Code civil du Bas Canada* en 1866 on reconnaissait deux grandes sources de droit. Le *Code civil du Bas Canada* reprenait non seulement une grande partie des règles codifiées dans le *Code civil français* de 1804, mais aussi l'influence de la common law issue du

droit britannique, telles les règles relatives à la preuve en matière commerciale. Lors de la réforme du Code civil, de laquelle est issu le *Code civil du Québec*¹, le législateur s'est inspiré non seulement des autres droits civils, en particulier du droit français, mais aussi de la common law telle qu'elle s'est développée dans les autres provinces canadiennes, et aux États-Unis dans une moindre mesure.

Ainsi, le droit comparé joue un rôle important au Québec. Il suffit pour s'en rendre compte, de se reporter aux commentaires du ministre de la Justice sur le *Code civil du Québec* pour y retracer les nombreuses références à des institutions de droit étranger².

Les relations commerciales privilégiées qu'entretiennent les entreprises québécoises avec leurs cocontractants des autres provinces canadiennes et des États-Unis ont nul doute contribué à la perméabilité des deux systèmes et à leur coexistence dans de nombreux actes juridiques, dont je ne citerai que quelques exemples qui me sont plus familiers.

1. Contrats de fusion et d'acquisition d'entreprises

Il n'échappera pas aux praticiens québécois, dans le domaine des fusions et acquisitions d'entreprises, que ce type de transactions met souvent en relation des cocontractants issus de juridictions distinctes. Ainsi, il advient souvent :

- (1) qu'une entreprise canadienne d'une province autre que le Québec ou une entreprise américaine se porte acquéreur d'une entreprise québécoise, ou
- (2) que deux entreprises étrangères (c'est-à-dire autres que québécoises) effectuent une transaction qui met en jeu des actifs ou des participations dans des entreprises au Québec.

Dans ce contexte, l'initiative de la rédaction des documents revient le plus souvent à l'acquéreur ou à l'une des entreprises étrangères, par ses conseillers juridiques, et ces conventions sont pour la plupart régies par un droit étranger

1. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.

2. P.-G. JOBIN, « Le droit comparé dans la réforme du *Code civil du Québec* et sa première interprétation », (1997) 38 *Les Cahiers de droit* 477-501, p. 485.

familier à ces personnes, d'une autre province, des États-Unis ou d'Angleterre.

Les règles de conflit de lois du *Code civil du Québec* reconnaissent d'ailleurs la liberté des cocontractants de désigner la loi applicable aux contrats (art. 3111 C.c.Q. : « l'acte juridique, qu'il représente ou non un élément d'extranéité, est régi par la loi désignée expressément dans l'acte [...] »). On fait cependant appel aux praticiens québécois pour qu'ils se prononcent sur la conformité de tels contrats au droit en vigueur au Québec, notamment quant aux dispositions d'ordre public qui pourraient néanmoins s'y appliquer, aux dispositions qui assureront la publicité ou l'opposabilité de certains droits et obligations prévus au contrat et pour l'adaptation de la transaction aux spécificités québécoises ou canadiennes. Ainsi, il convient d'être en mesure de comprendre les dispositions d'actes juridiques étrangers et leur portée au Québec pour être en mesure d'en apprécier la conformité.

De nombreuses notions qui se distinguent du droit civil apparaissent donc dans les ententes de fusion ou d'acquisition. Je n'en citerai que quelques exemples :

a) *La formation des contrats*

L'approche civiliste consensualiste s'oppose à la condition essentielle de formation des contrats en common law, qui exige une « considération » distincte de la notion civiliste de considération, avec la théorie du « *peppercorn* », selon laquelle toute obligation doit être la contrepartie d'une considération ayant une certaine valeur marchande. Ceci a pour conséquence que la doctrine de « *privity* » est distincte de l'effet relatif des contrats en doctrine civiliste. Le fait de convenir d'un droit en faveur d'une tierce partie (stipulation pour autrui) met en jeu des constructions juridiques plus élaborées en common law qu'en droit civiliste.

b) *Le fond des contrats*

Le style de rédaction d'un contrat est aussi influencé par la source juridique sur laquelle celui-ci se fonde. L'approche de la common law fait du contrat un code presque exhaustif des

relations entre les parties, qui sont passées par le menu détail, en l'absence de règles codifiées généralement applicables et qui viennent suppléer l'intention des parties en droit civil.

Certaines clauses particulières, notamment les clauses de « dommages liquidés », estimation contractuelle préalable des dommages encourus par l'une ou l'autre des parties en cas de défaut, revêtent une importance toute particulière, compte tenu de l'inopérabilité des clauses pénales en common law, alors qu'elles sont reconnues en droit civil. Il existe bien sûr bien d'autres différences particulières dont il convient de tenir compte.

Enfin, il revient également à l'acquéreur de s'acquitter de son devoir de vérification diligente, au plan juridique, en passant en revue les droits et obligations de l'entreprise acquise ou qui fusionne, en identifiant les causes potentielles de responsabilité et d'obligations, dont certaines sont issues du droit civil de la province, alors que d'autres naissent de faits ou d'ententes commerciales que cette partie a conclues au fil de l'exploitation de l'entreprise. Ceci requiert qu'on examine des contrats commerciaux régis par un droit étranger notamment, des contrats d'approvisionnement ou de vente. On en évalue les conséquences pour l'acquéreur. Ceci implique également un dialogue soutenu avec nos correspondants d'études juridiques d'autres juridictions, avec lesquels nous faisons affaire régulièrement en matière de common law, de contrats ou de sûretés; ceci m'amène à un deuxième exemple de transactions, la convention de prêt.

2. Convention de prêt

Avec l'importance des mouvements transfrontaliers de capitaux et la perméabilité des investissements directs d'un pays à l'autre, il n'est pas rare que les fonds prêtés à une entreprise ou des capitaux à investir proviennent de prêteurs ou investisseurs étrangers.

Une des sources importantes de financement des entreprises sont les banques et certains investisseurs institutionnels d'autres juridictions que le Québec.

Par exemple, les prêts syndiqués entre plusieurs prêteurs réunissent parfois des institutions d'origines diverses.

Les prêteurs, ou leur mandataire, déterminent le plus souvent le droit applicable à une convention de prêt. Lorsque ces prêteurs sont des institutions torontoises, new yorkaises ou londonniennes, ils sont plus familiers avec la common law et les usages du commerce qui y ont cours. Compte tenu de leur aversion au risque d'incertitude juridique, ils font donc preuve d'une préférence marquée pour les conventions régies par le droit de leur place d'affaires, issu de la common law.

Cependant, les conventions de prêt, avec les sûretés qu'elles comportent généralement, doivent pouvoir être exécutées et être opposables au Québec comme ailleurs lorsque le prêteur y a des actifs ou des opérations. C'est pourquoi il peut arriver qu'on retrouve côte à côte dans un même acte juridique des dispositions relevant du droit civil de la province de Québec et de la common law pour ce qui est d'autres juridictions.

En particulier, les règles de droit international privé du *Code civil du Québec* disposent que les droits réels ainsi que leur publicité sont régis par la loi du lieu de la situation du bien qui en fait l'objet (art. 3097 C.c.Q. al. 1). La validité d'une sûreté mobilière est régie par la loi de l'État de la situation du bien qu'elle grève au moment de sa constitution. La publicité et ses effets sont régis par la loi de l'État de la situation actuelle du bien grevé (art. 3102 C.c.Q.). Il convient ainsi, en respectant l'intention des parties sur la constitution des sûretés, de les adapter au droit particulier qui leur est applicable et de s'assurer qu'elles offrent un emmaillage satisfaisant pour la sécurité des prêteurs.

II. L'EXPÉRIENCE PARALLÈLE DES DEUX SYSTÈMES COMME SOURCE DE CRÉATION DE DROIT

Deux domaines de la réforme du *Code civil du Québec* se démarquent par l'influence de la mixité des deux systèmes, en relation tout particulièrement avec ce qui précède.

A. RÉFORME DU DROIT DES SÛRETÉS

La réforme des sûretés réelles a profondément remanié le droit traditionnel des sûretés. Les travaux de réforme se sont orientés dès le début vers l'uniformisation des sûretés, en proposant un régime uniformisé de l'hypothèque et des recours hypo-

thécaires. La réforme a introduit dans le domaine des sûretés réelles, notamment (1) l'uniformisation des sûretés réelles sous l'appellation générale d'« hypothèque » et (2) la reconnaissance de l'hypothèque mobilière, avec ou sans dépossession. L'Office de révision du Code civil, dans son rapport³, soulignait parmi les objectifs fondamentaux qui sous-tendent la réforme :

Le fait que la réforme du droit des sûretés réelles mobilières devait tenir compte [...] du Uniform Commercial Code des États américains et du Uniform Personal Property Security Act des provinces canadiennes, pour que le nouveau régime des sûretés réelles mobilières puisse s'harmoniser avec le système nord-américain et la pratique commerciale; [et] [...] le désir de conserver le droit des sûretés réelles aussi près que possible des institutions et des principes du droit civil et de rédiger le Projet [de loi] en des termes qui reflètent l'esprit de ce système, quelles que soient les innovations à apporter et malgré les diverses sources d'inspiration étrangère.⁴

Cette uniformisation a consolidé les règles d'exception introduites au fil des ans par des modifications au *Code civil du Bas Canada* et par l'adoption de dispositions inspirées de la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations* (L.R.Q., c. P-16) en matière de fiducie, règles ajoutées pour refléter les pratiques commerciales et pour rendre plus flexible la constitution de sûretés.

Le domaine des sûretés mobilières est donc un de ceux qui tiennent compte des lois en vigueur dans les autres provinces du Canada et aux États-Unis. Le principe demeure toutefois que ces dispositions de droit nouveau du *Code civil du Québec* s'intègrent dans un ordre juridique civiliste et s'interprètent au Québec selon les règles de notre Code civil et de notre système de droit privé. Ainsi il est rare que la doctrine ou la jurisprudence fassent appel à des sources de droit étranger, notamment la common law, pour interpréter ces dispositions⁵.

3. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, Québec, Éditeur officiel, 1977.

4. Cité dans P. CIOTOLA, « La réforme des sûretés sous le *Code civil du Québec* », dans *La réforme du Code civil*, textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, vol. 3, Laval, Les Presses de l'Université Laval, pp. 303-442, p. 316.

5. P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 2.

B. LA FIDUCIE CORPORATIVE

La perméabilité des deux systèmes comme source de droit se manifeste également dans les règles adoptées lors de la réforme du Code civil en matière de fiducie corporative.

On nomme parfois ainsi ces actes juridiques qui permettent à une société d'émettre des titres obligataires en faveur de détenteurs d'obligations pour obtenir leur financement, au moyen d'un contrat bilatéral entre l'emprunteur et le fondé de pouvoir (« *trustee* ») créant une fiducie au bénéfice des détenteurs.

Ce mode de financement est courant car ses caractéristiques en font un outil très flexible. Il permet notamment, d'obtenir du financement de nombreuses sources, de substituer de façon aisée des créanciers détenteurs d'obligations, d'assurer le même rang de préférence aux détenteurs et de rendre les titres négociables, ce qui permet aux investisseurs institutionnels de s'en porter acquéreurs, conformément à leurs règles de gestion⁶.

Enfin, la fiducie corporative est un instrument d'investissement couramment employé dans d'autres juridictions et il est possible qu'un acte de fiducie soit bijuridique. Un acte notarié est passé au Québec, alors qu'il est signé devant témoins dans les autres provinces. Ce même acte contiendra des dispositions relatives aux sûretés selon les exigences de chaque province et une déclaration affirmant que toutes les formes que prend une telle sûreté ne reflètent qu'une seule et même sûreté consentie⁷.

L'institution de la fiducie corporative était à son origine un emprunt à la common law dans notre droit civil, et s'inspire du « *trust* ». Introduite d'abord par voie d'exception au droit civil de la province par diverses lois spéciales dérogatoires au droit civil au cours du XIX^e siècle, la fiducie corporative s'est ensuite répandue grâce à l'adoption de la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations* en 1925 qui donnait aux corporations la faculté d'utiliser ce mode de financement⁸. L'intégration de

6. J.B. CLAXTON, « The Corporate Trust Deed under Quebec Law : Article 2692 of the *Civil Code of Québec* », (1997) 42 *McGill L.J.* 797-861, p. 804.

7. *Ibid.*

8. *Id.*, pp. 809-816.

la fiducie corporative, issue de la common law, en droit civil québécois a été consacrée par des dispositions du *Code civil du Québec*, qui prévoient maintenant la création et l'existence de la fiducie constituée par une entreprise à des fins privées et l'hypothèque détenue par un fiduciaire en faveur de détenteurs d'obligations.

Malgré ses origines dans la common law, la fiducie du *Code civil du Québec* est néanmoins une institution de droit civil, qui produit ses effets et doit être interprétée selon les règles du Code civil généralement applicables⁹.

CONCLUSION

La juxtaposition de la common law et du droit civil au Québec dans la pratique privée n'a pas été sans quelques difficultés mais témoigne de l'enrichissement des deux systèmes par les apports des pratiques et usages commerciaux.

Je terminerai avec ces quelques mots de l'honorable Charles Gonthier, juge de la Cour suprême du Canada :

Il n'est pas facile de délimiter la part des développements parallèles et des sources d'inspiration. [...] Lorsqu'on constate avec quelle aisance un autre système ou pays règle certains problèmes, nous nous rendons compte des limites de nos propres solutions. Nous ajoutons ainsi à notre inventaire de principes et à l'expérience de leur application et à leur réconciliation.¹⁰ [traduction libre].

Geneviève Lavertu
1155 René-Lévesque Ouest, 40^e étage
Montréal (Québec) H3B 3V2
Tél. : (514) 397-3261
Télec. : (514) 397-3222
Courriel : glavertu@mtl.strikeman.com

9. Un débat subsiste cependant quant à savoir si l'introduction de la fiducie à des fins privées du *Code civil du Québec* a eu pour effet de remplacer entièrement les dispositions abrogées de la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*.

10. C.D. GONTHIER, « Some Comments on the Common Law and the Civil Law in Canada : Influences, Parallel Developments and Borrowings », (1992) 21 *Can. Bus. L.J.* pp. 323-334, p. 325.