

OBLIGATIONS

Daniel GARDNER

Volume 111, numéro 1, mars 2009

REVUE SÉLECTIVE DE JURISPRUDENCE 2008

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1044904ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1044904ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

GARDNER, D. (2009). OBLIGATIONS. *Revue du notariat*, 111(1), 61–81.
<https://doi.org/10.7202/1044904ar>

OBLIGATIONS

Daniel GARDNER*

1. SUIVI DES CHRONIQUES ANTÉRIEURES 63
2. LES RELATIONS DE VOISINAGE DÉPOUSSIÉRÉES . . . 65
3. LES APPRENTIS COURTIERS. 70
4. L'ART DE DIFFAMER SANS PASSER À LA CAISSE 73
5. LA PROVISION POUR FRAIS... MISE AU FRAIS. 77
6. QUAND LA PEUR DE L'AVION DEVIENT LA
PEUR EN AVION 80

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval.

La ville de Québec a été sous les feux de la rampe en 2008, à l'occasion des fêtes entourant son 400^e anniversaire de fondation. C'est un peu la même chose qui s'est produite en jurisprudence, où la décision la plus médiatisée de la Cour suprême touchant le droit des obligations (*Ciment du St-Laurent*) trouve son origine à moins de cinq kilomètres du premier établissement de Champlain.

Mentionnons immédiatement que les décisions importantes ayant une incidence directe sur la pratique notariale ont été moins nombreuses en 2008. Cela ne nous empêchera toutefois pas de signaler des décisions fort instructives quant à l'évolution du droit des obligations. C'est ainsi que nous parlerons de voisins, de diffamation collective et d'accessibilité à la justice, sans oublier les courtiers immobiliers en herbe et les voyageurs, afin que le lecteur puisse préparer ses vacances estivales en toute connaissance de cause.

Comme à l'habitude, le notaire pressé pourra se contenter de lire la première partie de chacune des sections du présent texte : il y trouvera un résumé de la décision ainsi que de brefs commentaires sur sa portée. Le notaire curieux poursuivra sa lecture avec la section « Pour aller plus loin », question de replacer la décision dans son contexte et de voir quel impact elle pourrait avoir sur l'évolution du droit.

Mais commençons d'abord par un suivi de nos chroniques de jurisprudence antérieures.

1. SUIVI DES CHRONIQUES ANTÉRIEURES

Dans notre chronique de 2007, nous avons signalé quelques nouvelles décisions ayant octroyé des dommages punitifs importants, notamment une affaire où la CIBC avait été condamnée à déboursier 1,5 million de dollars à ce titre¹. Deux ans plus tard, on peut constater une hausse substantielle de la condamnation moyenne à des dommages punitifs, peu importe le secteur du droit en présence. En fait, depuis la célèbre affaire *Gilles Néron Communi-*

1. *Markarian c. Marchés mondiaux CIBC inc.*, 2006 QCCS 3314. Voir « Obligations », (2007) 109 R. du N. 53, 68-72.

cations qui mettait en cause la Chambre des notaires², on assiste à une hausse exponentielle des indemnités à ce titre. Illustrons cette tendance à partir de quelques décisions rendues en 2008, où des montants de 50 000 \$ et plus ont été accordés par différents paliers de tribunaux :

- *Veilleux c. Compagnie d'assurance-vie Penncorp*, 2008 QCCA 257, par. 40 : condamnation portée de 25 000 \$ à 125 000 \$ à l'encontre d'un assureur pour une série de surveillances (guet et filatures) effectuées dans le contexte d'une action en recouvrement d'une indemnité d'assurance invalidité ;
- *Solomon c. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCA 1832 : condamnation de cinq policiers à payer 50 000 \$ pour une arrestation injustifiée, malgré le fait que « les lacunes de la preuve offerte par les appelants font en sorte que les dommages punitifs doivent être ici restreints au minimum requis pour assurer leur fonction préventive » (par. 202) ;
- *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Gaz métropolitain inc.*, 2008 QCTDP 24, par. 570, en appel : 55 000 \$ pour avoir appliqué un système d'embauche discriminatoire à l'endroit de sept candidates de sexe féminin ;
- *Nathan c. Société hypothécaire Scotia*, 2008 QCCS 2367, par. 304-346 : 50 000 \$ pour des démarches et procédures intempestives à la suite de retards à effectuer des versements hypothécaires.

Dans un autre ordre d'idées, dans la chronique de l'an dernier, nous avons analysé l'arrêt *Dell Computer* rendu par la Cour suprême et les modifications apportées à la *Loi sur la protection du consommateur* visant à faire cesser certaines pratiques commerciales³. En vertu du nouvel article 11.1, entré en vigueur en décembre 2006, la clause obligeant le consommateur à soumettre un différend à l'arbitrage est dorénavant sans effet : « Est interdite la stipulation ayant pour effet soit d'imposer au consommateur l'obligation de

2. *Société Radio-Canada c. Gilles E. Néron Communication Marketing inc.*, [2002] R.J.Q. 2639, par. 117 (C.A.) (200 000 \$), conf. par *Gilles E. Néron Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec*, [2004] 3 R.C.S. 95.

3. L.R.Q., c. P-40.1. *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34. Voir « Revue de jurisprudence en droit des obligations », (2008) 110 R. du N. 97, 102-110.

soumettre un litige éventuel à l'arbitrage [...] ». Pourtant, en janvier 2009, la clause d'arbitrage apparaissait toujours à l'article 13c des *Conditions de vente* du site Web de l'entreprise, sans aucune mention de son inapplicabilité au Québec. Pire, l'article 3 du même document, relatif à l'application de la loi devant régir le contrat – la loi ontarienne –, est tout aussi inopposable au consommateur québécois en vertu de l'article 22.1 de la *Loi sur la protection du consommateur*.

Manifestement, la politique de l'autruche est toujours en vigueur dans le merveilleux monde du commerce : puisque la majorité des consommateurs québécois n'ont aucune idée des mesures protectrices de la loi québécoise, les entreprises ont beau jeu de leur imposer n'importe quelle stipulation contractuelle, quitte à l'« oublier » en cas de contestation par un consommateur averti. On remarque le même genre de stratagème avec les avis de non-responsabilité en cas de blessures corporelles, avis qui sont pourtant sans effet depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, il y a 15 ans (art. 1474 al. 2 C.c.Q.). C'est ici que la mise en place d'une Commission des clauses abusives, sur le modèle européen, pourrait jouer un rôle préventif efficace.

2. LES RELATIONS DE VOISINAGE DÉPOUSSIÉRÉES

Fort médiatisé et ayant déjà fait l'objet de plusieurs commentaires, l'arrêt *Ciment du Saint-Laurent*⁴ mérite tout de même de conserver sa place en tête de liste de cette chronique. Après concertation avec nos collègues rédigeant la chronique de droit des biens, l'arrêt ne sera ici analysé que sous l'angle des règles de la responsabilité civile. Rappelons d'abord le texte du Code civil qui était au cœur du débat :

976. Les voisins doivent accepter les inconvénients normaux du voisinage qui n'excèdent pas les limites de la tolérance qu'ils se doivent, suivant la nature ou la situation de leur fonds, ou suivant les usages locaux.

On peut résumer les faits de l'affaire *Ciment du Saint-Laurent* en disant que la cimenterie est entrée en opération en 1955 et a fait l'objet de plaintes dès l'année suivante en raison des retombées de particules de ciment sur les propriétés avoisinantes. Le ministère de l'Environnement est intervenu à plusieurs reprises pendant les

4. *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64.

années 1980 (le premier avis d'infraction remonte à 1982) et au printemps 1990, l'entreprise avait accepté de nettoyer à ses frais des maisons salies par les débris et la poussière produits par la cimenterie. La requête en autorisation d'exercer un recours collectif a été déposée le 4 juin 1993 par Huguette Barrette et Claude Cochrane ; l'affaire a connu son dénouement partiel 15 ans et demi plus tard, le 20 novembre 2008. Nous disons dénouement *partiel* puisque le jugement de première instance avait conclu que « les membres du groupe auront droit de présenter des réclamations individuelles, pour les dommages accordés, selon les modalités à être établies par le Tribunal sur requête des demandeurs, lorsque le présent jugement deviendra final »⁵. Il reste donc encore du travail à faire.

Comme la plupart des bonnes décisions qui clarifient l'état du droit, il y a peu à dire de cet arrêt exemplaire. Le fait saillant de la décision est sans contredit la confirmation de l'existence d'une responsabilité sans faute en matière de relations de voisinage. La Cour suprême rétablit ainsi les conclusions de la juge de première instance et rejette explicitement la position retenue en Cour d'appel, qui avait jugé que l'article 976 C.c.Q. « ne fait naître aucune obligation personnelle et n'a pas comme objectif l'indemnisation des victimes d'inconvénients anormaux »⁶. Refusant de ramener la portée de la disposition à une responsabilité réelle dite *propter rem*, sans incidence sur les recours de nature personnelle, la Cour suprême conclut plutôt :

[75] En somme, sans écarter la possibilité de poursuites basées sur les principes usuels de la responsabilité civile, l'étude de l'historique législatif, de la jurisprudence et de la doctrine milite en faveur de la reconnaissance d'une responsabilité civile fondée sur l'existence de troubles de voisinage anormaux, malgré l'absence de faute prouvée ou présumée. Un tel régime coïncide d'ailleurs avec les approches adoptées en common law canadienne et en droit civil français et s'accorde avec des considérations de politique générale.

En effet, nous l'avions souligné dans notre chronique de 2007, la reconnaissance d'une responsabilité sans faute en matière de relations de voisinage n'est pas propre au Québec mais suit en réalité l'évolution observée dans les autres pays. La France et la Suisse sont deux exemples de pays de tradition civiliste où la jurisprudence a reconnu depuis longtemps la possibilité d'appliquer un régime de responsabilité sans faute. D'ailleurs, on peut se demander si l'on

5. *Barrette c. Ciment du St-Laurent inc.*, [2003] R.J.Q. 1883, par. 423 (C.S.).

6. *Ciment du St-Laurent inc. c. Barrette*, 2006 QCCA 1437, par. 165.

doit vraiment parler d'*évolution du droit* à la lecture du passage suivant d'un ouvrage consacré à l'étude du risque en droit romain :

Certains risques, à l'exemple de l'écoulement des eaux de pluie et de l'écroulement de tout ou partie d'un ouvrage, étaient inhérents aux relations de voisinage. Les autres, parmi lesquels la détention d'animaux sauvages ou l'utilisation de bâtiments, pénétraient la sphère publique et menaçaient *quivis ex populo* de sorte qu'il s'imposait de tenter de les juguler dans la plus large mesure.

[...] La mise en balance de la dangerosité et de l'utilité sociale plaide pour que ces activités ou ces situations à risque soient soumises à un régime de responsabilité stricte faisant abstraction de la prévisibilité subjective.⁷

La tannerie d'il y a 2 000 ans a été remplacée par la cimenterie d'aujourd'hui. Pour le reste, c'est la même responsabilité objective, basée sur le risque créé, qui incombe à l'exploitant.

Ce qu'il faut cependant comprendre, c'est que la reconnaissance d'une responsabilité sans faute ne signifie pas qu'un régime d'indemnisation automatique ait été avalisé par la Cour suprême. Le réclamant doit faire la preuve d'inconvénients *anormaux* du voisinage afin de pouvoir obtenir gain de cause sous l'article 976 C.c.Q. Un exemple jurisprudentiel postérieur à l'arrêt *Ciment du Saint-Laurent* permettra de bien saisir la nuance.

Propriétaire d'une résidence située à flanc de montagne dans l'un des plus beaux quartiers de Westmount, M. Goldberg entreprend d'importants travaux d'agrandissement où il veut notamment ajouter un étage à son immeuble. Sa voisine arrière, M^{me} Raymond, en est fort offusquée puisqu'elle perd ainsi une partie de la vue dont elle bénéficiait sur le centre-ville de Montréal, le fleuve et la Montérégie. S'appuyant sur l'article 976 C.c.Q. et l'arrêt *Ciment du Saint-Laurent*, la demanderesse s'adresse à la Cour supérieure en vue d'obtenir une ordonnance d'injonction permanente visant à faire cesser la construction. Cette demande est refusée par le juge R. Mongeon, dont les motifs sont bien résumés dans les extraits qui suivent de sa décision :

[227] L'article 976 C.c.Q. n'engendre pas un régime relié à la faute. Cet article s'applique en fonction du résultat et non en fonction du comportement.

7. Guillaume ETIER, *Du risque à la faute. Évolution de la responsabilité civile pour le risque du droit romain au droit commun*, coll. « Genevoise », Genève/Bruxelles, Éditions Schulthess/Bruylant, 2006, p. 230.

[228] Y a-t-il ici inconvéniens anormaux excédant la limite de tolérance, et ce, même si le défendeur Goldberg respecte la réglementation en vigueur ?

[235] Vivre en société, même (et peut-être surtout) à Westmount nécessite un juste équilibre des droits et libertés entre voisins et entre concitoyens. Raymond et Goldberg ont tous deux le droit de jouir de leur propriété. Le soussigné est loin d'être convaincu que les faits de la présente cause constituent un trouble anormal ou excessif de voisinage susceptible d'engendrer l'application de l'article 976 C.c.Q.

[236] D'ailleurs, l'article en question le dit en toutes lettres : les voisins se doivent d'accepter ce qui est normal et acceptable de part et d'autre. Goldberg agit dans la normalité et en conséquence l'argument basé sur l'article 976 C.c.Q. est rejeté.⁸

Tant l'arrêt *Ciment du Saint-Laurent* que l'affaire *Raymond* constituent, à notre avis, des applications correctes de l'article 976 C.c.Q. La preuve d'inconvénients anormaux du voisinage était patente dans le premier cas : devoir faire repeindre sa maison et son automobile, vivre avec les fenêtres fermées en plein été afin de limiter l'infiltration constante de poussière, voilà qui représente des limitations majeures à la libre jouissance de sa propriété, des inconvéniens anormaux du voisinage. Rien de tout cela dans la seconde affaire, où la demanderesse aurait voulu continuer à bénéficier des avantages de la campagne à la ville : la construction projetée par son voisin lui cause certainement des inconvéniens, mais ils peuvent être considérés comme des inconvéniens normaux en milieu urbain.

Bref, le passage d'une responsabilité basée sur la preuve d'une conduite fautive à celle reposant sur la démonstration d'inconvénients anormaux du voisinage amoindrit le fardeau de preuve du réclamant sans le faire disparaître pour autant. Ce fardeau est en fait déplacé de l'examen de la *conduite* du défendeur à celui du *résultat* engendré par l'exercice du droit de propriété d'un voisin.

Pour aller plus loin

Au-delà de la portée factuelle de l'arrêt *Ciment du Saint-Laurent*, les juges LeBel et Deschamps ont raison d'écrire que « la reconnaissance d'une responsabilité sans faute favorise des objectifs de protection de l'environnement » (par. 80). Comme le prévoit l'arti-

8. *Raymond c. Goldberg*, 2008 QCCS 5925.

cle 913 al. 1 C.c.Q., « [c]ertaines choses ne sont pas susceptibles d'appropriation », le second alinéa ajoutant qu'à moins d'être « recueillis et mis en récipient », l'air et l'eau font partie de ces choses fondamentales, non susceptibles d'appropriation. Or, au fond, la compagnie *Ciment du Saint-Laurent* s'est approprié pendant des décennies l'air entourant son usine et elle désirait échapper à toute condamnation à moins d'une preuve de conduite fautive de sa part : c'est ici que l'article 976 C.c.Q. montre toute son utilité et permet de mettre un frein au droit de polluer.

Par ailleurs, ce qui ne cesse de nous étonner dans le débat sur l'existence d'une responsabilité sans faute dans le Code civil, c'est la conviction profonde que l'article 1457 C.c.Q. ne reconnaît que la responsabilité subjective, *i.e.* basée sur la preuve d'une faute. Même la Cour suprême s'y laisse prendre dans l'arrêt commenté, affirmant que « [l']article 1457 C.c.Q. énonce les règles générales du régime de la responsabilité fondée sur la faute » (par. 21). Reprenons les deux premiers alinéas de cet article 1457 :

Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.

Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel.

On remarque que le premier alinéa ne mentionne nulle part l'exigence d'une faute, notion qui ne fait son apparition qu'au deuxième alinéa pour la personne douée de raison. Or, les *règles de conduite* fixées par *la loi* ne trouvent-elles pas une illustration éclatante avec l'article 976 C.c.Q., sans aucune référence à la faute ? Le défaut de la doctrine et de la jurisprudence dominantes, en tout respect, est de voir dans l'article 1457 C.c.Q. une simple réécriture de l'article 1053 du *Code civil du Bas Canada*. Pourtant, le législateur ne parle pas pour ne rien dire et il faudra bien un jour donner un sens au premier alinéa de cet article 1457 C.c.Q.

À titre de dernier commentaire, qu'il nous soit permis de noter que la Cour suprême reconnaît – à bon droit – que le Code civil peut ouvrir la voie à une indemnisation sans égard à la faute pour un préjudice *matériel*, mais qu'elle a dû pour cela écarter sa propre juris-

prudence rendue en matière de préjudice *corporel*⁹, en la distinguant de l'hypothèse des relations de voisinage. Si l'on s'en tient aux seules dispositions du Code civil, il est donc plus facile d'être indemnisé pour des travaux de peinture résultant de la présence de poussière – arrêt *Ciment du Saint-Laurent* – que pour les conséquences d'une encéphalite virale résultant d'un vaccin administré dans le cadre d'un programme de vaccination national – arrêt *Lapierre*. Ainsi s'accrédite la thèse selon laquelle le Code civil est incapable de faire face aux enjeux modernes en matière d'indemnisation et qu'il faut alors recourir à des lois spéciales¹⁰.

Richard Desjardins a écrit là-dessus un monologue très évocateur, où les « petits picots » apparaissant sur la peinture des automobiles sont pris en charge sans problème par une grande compagnie minière de l'Abitibi, mais non les réclamations reliées à la détérioration de l'état de santé des résidents des environs, parce qu'« on n'est pas peinturé »¹¹.

3. LES APPRENTIS COURTIERS

Les règles relatives à la protection du consommateur ne se retrouvent pas toutes dans la *Loi sur la protection du consommateur* – heureusement, diront certains. En plus des dispositions du *Code civil du Québec* qui accordent une protection spéciale au consommateur, notamment en matière d'interprétation (art. 1432) et de clause abusive (art. 1437), on peut signaler l'existence de la *Loi sur le courtage immobilier*¹². Une décision de la Cour suprême rendue le 30 mai 2008¹³ nous fournit l'occasion d'aborder le sujet. Les notaires qui s'occupent du règlement d'une succession, parfois amenés à se transformer en courtier immobilier afin de vendre une propriété ayant appartenu au *de cuius*, seront intéressés d'avoir une idée plus précise des dispositions impératives de la loi.

9. *Lapierre c. Québec (Procureur général)*, [1985] 1 R.C.S. 241. Dans l'arrêt *Ciment du Saint-Laurent*, l'application de l'arrêt *Lapierre* aux faits de l'espèce est explicitement écartée aux paragraphes 49 à 51.

10. C'est d'ailleurs ce qui a été fait dans les mois suivant l'arrêt *Lapierre*, le régime d'indemnisation « sans égard à la responsabilité de quiconque », en matière de vaccination, étant aujourd'hui prévu aux articles 71 et suivants de la *Loi sur la santé publique*, L.R.Q., c. S-2.2.

11. *Richard Desjardins au Club soda*, monologue « Heavy metal », Productions Fukinic, 1993.

12. L.R.Q., c. C-73.1.

13. *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec c. Proprio Direct inc.*, 2008 CSC 32.

Avec la hausse spectaculaire de la valeur des propriétés au cours de la dernière décennie, plusieurs propriétaires de maison choisissent de vendre eux-mêmes leur immeuble et ainsi épargner la commission substantielle qu'ils devraient autrement payer à un courtier. Mais la chose n'est pas facile, notamment au niveau de la publicité, ce qui explique la popularité croissante d'une solution mitoyenne. À la fin des années 90, Proprio Direct est un courtier immobilier du Québec qui assure une plus grande visibilité au vendeur, en échange du paiement de « frais d'adhésion » à la signature d'un contrat de courtage exclusif, en plus d'une commission payable à la vente de l'immeuble, le cas échéant. Or, ces frais d'adhésion n'étaient pas remboursables¹⁴ et deux clients dont les maisons n'ont pas été vendues pendant la durée du contrat se sont plaints de cette pratique auprès de l'Association des courtiers et agents immobiliers du Québec. À la suite d'une enquête du syndic, une plainte fut déposée et accueillie par le Comité de discipline à l'encontre de Proprio Direct, qui fut condamné à payer une amende de 600 \$ pour chacune des deux plaintes.

Proprio Direct a demandé le contrôle judiciaire de cette décision. Après avoir été débouté en première instance, il obtint gain de cause en Cour d'appel, cette dernière jugeant que la *Loi sur le courtage immobilier* n'empêchait aucunement le versement d'une rétribution en l'absence de vente effective de l'immeuble :

Les principes de liberté contractuelle et de libre concurrence, comme la Cour le rappelle dans l'affaire *Excelsior, cie d'assurance-vie c. Mutuelle du Canada (La), cie d'assurance-vie*, [1992] R.J.Q. 2669 (C.A.), constituent le fondement de l'organisation économique de notre société. [...]

Il est vrai que la loi est d'ordre public, *Belgo-Fisher (Canada) inc. c. Lindsay*, [1988] R.J.Q. 1223 (C.A.), un ordre public qui s'exprime avec une vigueur particulière dans le cas des contrats de courtage visés par l'article 32 de la *Loi sur le courtage immobilier*, que l'on peut assimiler à des contrats de consommation et qui bénéficient d'une protection accrue. Cela dit, la nécessité de protéger le consommateur (en l'espèce client du courtier ou de l'agent immobilier) restreint certainement la liberté contractuelle et la libre concurrence mais ne saurait les suppri-

14. En fait, comme le souligne la juge Abella, « [l]a majorité des clients de Proprio Direct ont payé ces frais non remboursables au moment de la signature des contrats de courtage. Ils pouvaient aussi se prévaloir de l'option *vente garantie ou argent remis* prévue dans les contrats, à la condition de verser le double du montant initialement prévu à titre de *frais d'adhésion* ». *Ibid.*, par. 8.

mer en l'absence de dispositions claires à cet effet. Autrement dit, là où le législateur n'a pas édicté une restriction, la liberté s'impose.¹⁵

Cette façon de voir les choses est explicitement rejetée par la Cour suprême, la juge Abella indiquant « que la Cour d'appel a commis une erreur d'interprétation en examinant la législation à travers le prisme des principes de la liberté contractuelle et de la libre concurrence, plutôt que dans la perspective de la L.C.I., considérée comme une loi de protection du consommateur »¹⁶. Elle ajoute ce qui suit :

[37] Il serait contraire aux objectifs de protection du consommateur, qui représentent des éléments fondamentaux de la L.C.I., de permettre que les dispositions prescrites d'un contrat de courtage exclusif puissent être modifiées cavalièrement par une convention particulière, malgré l'utilisation constante des termes « doit » ou « obligatoire » pour en énoncer le contenu. L'article 43 de la L.C.I. confirme au contraire que le législateur souhaitait que les parties *ne* puissent *pas* renoncer à ces éléments obligatoires des contrats. Il est donc inutile de déterminer si et, le cas échéant, comment les principes d'ordre public touchant la renonciation devraient s'appliquer, car ces principes n'entreraient en jeu que si le libellé lui-même ne revêtait pas un caractère obligatoire.

[38] Le législateur a expressément limité la liberté contractuelle des parties en faisant de la clause sur la rétribution une condition obligatoire du contrat. Le libellé utilisé subordonne la rétribution à la survie d'une vente. S'il était permis de modifier facilement cette exigence, il serait alors permis de modifier facilement la protection qui est manifestement censée demeurer à l'abri de toute atteinte. C'est la protection du consommateur qui prime la liberté contractuelle, et non le contraire.

La Cour suprême donne ici un salutaire coup de frein aux idées ambiantes face à un « ordre public de protection » auquel il serait possible de renoncer après coup. En fait, suivant cette doctrine, seule la présence d'une disposition législative indiquant explicitement que « le consommateur ne peut renoncer à un droit que lui confère la présente loi »¹⁷ permettrait de conclure au caractère impératif de la loi. On voit où peuvent mener les excès de cette doctrine,

15. *Proprio Direct inc. c. Pigeon*, 2006 QCCA 978, par. 73 et 120.

16. *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec c. Proprio Direct inc.*, 2008 CSC 32, par. 34.

17. Il s'agit là du texte précis de l'article 262 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1.

où l'ordre public n'en est plus vraiment un puisque la « liberté contractuelle » permet d'y renoncer.

Nous appuyons donc sans hésitation la position de la majorité de la Cour suprême¹⁸. Il est intéressant de noter que les expressions *ordre public de protection* et *ordre public de direction* ne sont jamais mentionnées dans la décision – pas plus qu'ils ne le sont d'ailleurs dans le *Code civil du Québec*.

Il en résulte que Proprio Direct ne peut imposer à son client une clause de rémunération qui s'écarte des dispositions impératives de la loi. Se faire rémunérer pour des efforts de vente non couronnés de succès est donc contraire au caractère d'ordre public de la loi, tel que déterminé par la Cour suprême. La même solution vaut évidemment pour le notaire agissant à titre de courtier dans le cadre du règlement d'une succession.

Pour aller plus loin

En consultant le site Web de Proprio Direct, on constate que les frais d'adhésion non remboursables sont disparus de l'offre de service qui est faite, laquelle consiste à demander une commission de 2 % lors de la vente, avec un minimum de 2 000 \$ et à condition que l'acheteur choisisse d'acheter directement de Proprio Direct. On est ici loin de la commission de 6 % ou 7 % exigée par les courtiers traditionnels.

L'entreprise n'a probablement eu aucun problème à s'adapter à cette nouvelle façon de faire, en raison de la vigueur du marché immobilier depuis le début des années 2000, où peu de résidences demeurent longtemps sur le marché. On verra ce qu'il en adviendra lorsque la crise économique aura rattrapé le marché immobilier.

4. L'ART DE DIFFAMER SANS PASSER À LA CAISSE

La ville de Montréal exerce une force d'attraction indéniable sur les artistes de Québec, en raison de la taille de la ville et des possibi-

18. *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec c. Proprio Direct inc.*, 2008 CSC 32. Les juges Deschamps et Rothstein sont dissidents dans cette affaire, notamment parce qu'ils estiment que « [s]ous le couvert d'une plainte déontologique, l'Association fait le procès des services offerts par Proprio Direct » (par. 42) et que « l'Association veut régir la pratique des courtiers et imposer un modèle monolithique, celui retenu par la majorité des courtiers au Québec » (par. 64), attitude qu'ils refusent de cautionner.

lités d'y gagner plus facilement sa vie en exerçant son art. Cela n'a pas que des désavantages pour les gens de Québec, puisque certains « artistes » de la radio ont également été attirés par la grande ville et ont choisi pour un temps d'y exercer leur art. C'est le cas d'André Arthur qui a animé, au tournant du millénaire, une émission radiophonique sur les ondes de CKVL.

Le 17 novembre 1998, prenant prétexte d'une chronique portant sur l'industrie touristique de Montréal, le polémiste bien connu s'attaqua aux chauffeurs de taxi d'ascendance arabe et haïtienne, en dénonçant leur incompetence et la malpropreté de leurs véhicules, tout en laissant entendre qu'ils auraient obtenu leur permis par corruption. Les épithètes du genre « fakir » et « p'tit nègre » emailaient son propos.

À la suite d'une requête visant à exercer un recours collectif qui a été vigoureusement contestée par les propriétaires de la station CKVL (Diffusion Métromédia CMR inc.), un de ces chauffeurs de taxi, Farès Bou Malhab, a obtenu en 2003 le droit de poursuivre au nom des 1 100 titulaires d'un permis, dans la région de l'île de Montréal, dont la langue maternelle est l'arabe ou le créole. Il réclamait pour chacun d'eux 750 \$ à titre de dommages moraux et 200 \$ à titre de dommages punitifs.

En première instance, le juge Jean Guilbault reconnaît le caractère diffamatoire des propos tenus par André Arthur. Il refuse toutefois d'accorder les dommages punitifs réclamés et, en ce qui concerne les dommages compensatoires, choisit d'adopter un mode d'indemnisation collectif, sans réclamation individuelle. Un montant de 220 000 \$ est accordé à ce titre.

La Cour d'appel rend son jugement le 17 octobre 2008 et accueille le pourvoi, avec la dissidence du juge Beaugard¹⁹. Essayons de comprendre ce qui s'est passé.

D'entrée de jeu, le caractère fautif des propos tenus par André Arthur n'est plus contesté par les appelants. Comme l'indique la juge Marie-France Bich au paragraphe 26 du jugement, « [l]a question en jeu demeure plutôt la suivante : chacun des membres visés par le recours collectif a-t-il été personnellement diffamé par le réquisitoire de l'appelant Arthur contre le groupe auquel il appartient » ?

19. *Diffusion Métromédia CMR inc. c. Bou Malhab*, 2008 QCCA 1938.

Afin de répondre à la question, elle identifie trois cas de figure susceptibles de s'appliquer en matière de diffamation collective :

[49] Premier cas de figure – La diffamation collective vise un groupe large et elle se perd dans la foule. Les membres n'ont pas droit à compensation.

[55] Deuxième cas de figure – Il y a diffamation collective, mais certains membres sont désignés ou facilement identifiables. [...] il s'agit en fait de camoufler derrière des généralités une attaque dont la cible est particularisée.

[59] Troisième cas de figure – La diffamation collective vise un groupe assez restreint pour que tous les membres soient atteints personnellement.

C'est après avoir écarté l'application des deux dernières catégories aux faits de l'espèce qu'elle conclut :

[108] Bref, et pour récapituler, je suis d'avis que le citoyen ordinaire, personne sensée, conclurait en l'espèce que les commentaires de l'appelant Arthur, qui relevaient bien davantage de l'opinion que du fait, n'étaient pas de nature à nuire à la réputation personnelle des individus membres du groupe représenté par l'intimé dans le cadre du présent recours collectif. Bien qu'ils aient été négatifs et racistes, ces commentaires, aux yeux du citoyen ordinaire, n'étaient pas dans le contexte de nature à déconsidérer la réputation des chauffeurs de taxi en cause et à faire en sorte que le public entretienne une opinion moins favorable de ceux-ci, individuellement considérés.

Elle prend cependant soin d'ajouter, au paragraphe suivant, que « la situation dont il est ici question est à bien des égards limite et l'on marche sur le fil du rasoir ».

Le juge Beauregard, quant à lui, enregistre une courte dissidence où il est « d'avis que, selon les éléments de preuve qui ont été mis devant nous, il a été prouvé que les chauffeurs ont subi un préjudice individuel » (par. 120). Il appuie sa conclusion sur huit « facteurs » dont les plus importants sont, à notre avis, les suivants :

Les chauffeurs de langue arabe et les chauffeurs haïtiens sont identifiables par la clientèle de sorte que la diffamation dite « collective » est en réalité individuelle ;

Si les propos diffamatoires reprochent aux chauffeurs de faire ou de ne pas faire telle ou telle chose, ils s'adressent aussi et surtout à ce qu'ils sont ;

Les chauffeurs en cause font partie de personnes qui au départ font l'objet de préjugés défavorables, préjugés qui sont renforcés par les propos diffamatoires.²⁰

Comme on peut le constater, c'est le caractère collectif ou individuel de la diffamation qui divise la Cour d'appel dans cet arrêt. Alors que le juge Beauregard indique que la cible visée par les propos d'André Arthur « ne constitue que 25 % des chauffeurs de taxi à Montréal » (par. 125) et qu'ils représentent dès lors un groupe restreint et facilement identifiable, la juge Bich insiste sur leur nombre important – plus de 1 100 – pour conclure à une diffamation plus collective qu'individuelle.

Sans nécessairement prendre parti pour la position adoptée par la majorité – le permis gratuit de diffamer qui en résulte ne manque pas de laisser planer un certain malaise en l'espèce –, on signalera que la solution retenue par la juge Bich rejoint celle dégagée aux États-Unis, qui font face depuis longtemps à ce genre de problème. En fait, dans la plupart des États, le recours sera généralement rejeté lorsque le groupe visé, sans identification nominale d'individus, dépasse le chiffre de 25. Parmi les motifs invoqués au soutien de cette position, on note :

- l'effet diffuseur : plus la taille du groupe augmente et plus le préjudice se dilue, se perd dans la foule ;
- l'atteinte à la liberté d'expression (*freedom of speech*) est trop forte : dire que tous les politiciens sont des menteurs ou que tous les avocats sont des voleurs est certes une chose condamnable mais qui ne devrait pas faire l'objet de poursuites judiciaires ;
- la multiplication des recours possibles résultant d'un seul événement, en raison de la taille même du groupe, serait contre-productive pour la société dans son ensemble ;
- plus le groupe visé est important, plus les chances augmentent que l'un – ou plusieurs – de ses membres ait les moyens de répliquer efficacement à l'injure générale ;

20. *Ibid.*, par. 125.

- une attaque trop largement répandue sera prise moins au sérieux par le public, qui y verra davantage l'expression d'une opinion qu'une conclusion basée sur des faits documentés²¹.

Pour aller plus loin

Au moment d'écrire ces lignes, la demande d'autorisation de pourvoi à la Cour suprême était toujours pendante et on se gardera donc de porter un jugement définitif sur l'affaire. Il n'en reste pas moins que l'on peut s'interroger sur le véhicule procédural choisi : le recours collectif constitue-t-il le bon moyen de lutter contre des propos diffamatoires visant indistinctement un large groupe ? Il nous semble que l'utilisation massive du recours collectif au cours des dernières années a entraîné une réaction de prudence à la Cour d'appel : que ce soit dans l'affaire *Arthur* ou dans celle mettant en cause *Ciment du Saint-Laurent*, on aurait tort de négliger cet aspect dans l'analyse de la position plus fermée adoptée par la Cour d'appel.

Une réflexion reste à faire sur la distinction à opérer entre le *recours* collectif – qui permet de regrouper une multitude de réclamations individuelles – et l'*action* collective, qui permet à une association d'agir de manière plus globale pour faire cesser une situation inacceptable. L'absence du second mécanisme, en droit québécois, peut expliquer les tentatives de faire jouer au recours collectif un rôle pour lequel il n'a peut-être pas été conçu.

5. LA PROVISION POUR FRAIS... MISE AU FRAIS

En l'espace de quelques mois au cours de l'année 2008, on a pu croire à une petite révolution en matière d'accessibilité à la justice, pour les victimes de préjudice corporel. La porte a cependant été rapidement refermée par la Cour d'appel.

D'entrée de jeu, il faut savoir qu'en matière de responsabilité médicale et hospitalière, les frais entourant la confection des rapports d'expertise et la présence des experts au moment du procès sont très importants. Être appelé à investir des dizaines de milliers de dollars avant même le début du procès n'est malheureusement

21. Sur toute cette question, on pourra consulter le texte très fouillé de Joseph H. KING, « Reference to the Plaintiff Requirement in Defamatory Statements Directed at Groups », (2000) 35 *Wake Forest Law Review* 343, 359 et s.

pas une situation exceptionnelle au Québec. Ainsi, « [l]e coût des experts est devenu si important qu'il est de nature à décourager un plaideur qui a un bon droit à faire valoir, et par conséquent constitue un facteur compromettant le libre accès d'un citoyen à la justice qui y a un droit constitutionnel »²². C'est dans ce contexte que le juge Marcel Bellavance a rendu une décision audacieuse, le 9 juillet 2008, en accordant une provision pour frais de 30 000 \$ afin de permettre aux demandeurs de poursuivre les procédures entamées trois ans et demi plus tôt contre un médecin. Le juge résume ainsi les critères sur lesquels est basée sa décision :

La présente décision s'appuie sur le fait :

1. qu'il y a admission et une démonstration *prima facie* du fondement de la cause ;
2. il n'est pas question d'honoraires, la procureure des demandeurs investissant un temps énorme à ses risques dans le dossier ;
3. les demandeurs qui ont déjà versé 13 264,30 \$ devront investir 33 500 \$ en même temps que les défendeurs, tel qu'expliqué ci-après ;
4. le montant de 30 000 \$, qui sera versé par un système d'assurance fortement subventionné par les fonds publics, ne placera pas le défendeur St-Arnaud dans des difficultés économiques.²³

Indéniablement, la réforme de la procédure civile entrée en vigueur en 2003, notamment la réécriture de l'article 46 C.p.c., permet d'inclure dans les « pouvoirs nécessaires à l'exercice de leur compétence » l'octroi par un juge d'une provision pour frais, sans autre habilitation législative. Le second alinéa de l'article 46 mentionne d'ailleurs explicitement le pouvoir de « prononcer des ordonnances de sauvegarde des droits des parties ». On notera que la provision pour frais ne vise que les frais d'expertise – qui peuvent être inclus dans les dépens au terme du procès – et non les honoraires extrajudiciaires de la procureure au dossier – qui n'en font pas partie.

Une lecture attentive des motifs du juge Bellavance dans l'affaire *St-Arnaud* montre qu'il a été frappé par la découverte du financement public – par la RAMQ – d'une large part de la prime d'assurance responsabilité des médecins, alors que la situation existe depuis des décennies. Le particularisme du domaine de la responsabilité médicale, où la preuve par experts est indispensable

22. *Godbout c. Bolduc*, 2007 QCCS 726, par. 129.

23. *C.L. c. St-Arnaud*, 2008 QCCS 3135, par. 95.

non seulement pour établir l'ampleur du préjudice mais aussi la faute du médecin, est un autre facteur à ne pas négliger dans l'analyse.

Comme il fallait s'y attendre, la décision a été portée en appel – le 29^e jour – et a été assortie d'une requête en suspension des procédures pendant l'appel. Ces deux requêtes ont été accueillies le 5 septembre 2008 et la date de l'audition a été fixée au 20 octobre²⁴. En rendant son jugement sur le fond le 9 janvier 2009, la Cour d'appel a conclu « à regret » ne pouvoir confirmer la décision de première instance :

Nul doute que la contestation de la demande par une partie défenderesse que représente un assureur doté de moyens considérables crée un sérieux déséquilibre entre les parties. Mais les situations de ce genre, trop fréquentes, ont toutes leur source dans la disparité des ressources à la disposition de chaque partie, et elles surviennent dans beaucoup de domaines autres que la responsabilité médicale. Je serais tenté de paraphraser la Juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Little Sisters [c. Canada (Commissaire des douanes et du revenu), 2007 CSC 2]* et d'ajouter que, « [s]i la provision pour frais est justifiée en l'espèce, elle le sera dans une multitude d'autres affaires ». On peut déplorer qu'il en soit ainsi, d'où le regret que j'exprimais plus haut [par. 17], mais la solution durable, s'il en est une, se trouve dans l'ordre de la justice distributive et relève du législateur, plutôt que dans l'ordre de la justice commutative, où interviennent les tribunaux judiciaires.²⁵

On est donc de retour à la case départ, où plus de 60 % des victimes d'une erreur médicale abandonnent leurs procédures judiciaires en cours de route, sans avoir obtenu la moindre indemnité²⁶. Dans un contexte où l'on estime que moins d'une victime sur dix choisit d'intenter de telles procédures, on comprend que ce genre de décision constitue un puissant argument en faveur de l'étatisation du régime d'indemnisation des victimes d'erreurs médicales. À partir du moment où l'État québécois assume – indirectement – une part importante des frais reliés à la défense des médecins²⁷, pourquoi ne pas investir directement cet argent pour indemniser les victimes ?

24. *St-Arnaud c. C.L.*, 2008 QCCA 1648.

25. *St-Arnaud c. C.L.*, 2009 QCCA 97, par. 29.

26. Ces statistiques – éloquentes – sont disponibles sur le site Web de l'Association canadienne de protection médicale, qui assure la défense de la grande majorité des médecins québécois.

27. En 2008, la part des primes d'assurance responsabilité des médecins assumée par les fonds publics approchait les 25 millions de dollars.

Pour aller plus loin

La provision pour frais est bien connue en droit de la famille, où elle est devenue un moyen généralisé pour l'un des conjoints – généralement l'ex-épouse – de financer son recours en justice aux fins d'obtenir une pension alimentaire et le partage du patrimoine familial. Il est vrai qu'en ce dernier domaine, il existe une obligation légale à la charge du conjoint le plus fortuné, qui ne laisse planer aucun doute sur l'octroi final d'un certain montant d'argent.

La situation est bien différente dans le domaine de la responsabilité médicale, où la majorité des jugements sont rendus en faveur des médecins. Les difficultés de prouver la faute et le lien de causalité expliquent qu'un pourcentage infime de victimes obtiennent finalement une indemnité. Dans ce contexte, la question du remboursement éventuel de la provision pour frais devrait être envisagée sérieusement, avant de se lancer tête baissée dans une extension de son champ d'application. Il n'en reste pas moins que la disproportion entre les moyens des parties est tellement énorme qu'elle appelle à une modification de la pratique actuelle.

6. QUAND LA PEUR DE L'AVION DEVIENT LA PEUR EN AVION

Au cours des dernières années, nous avons pris l'habitude de terminer cette chronique en abordant divers modes de transport et la responsabilité qui en découle. Après avoir examiné les règles méconnues touchant la navigation de plaisance (chronique 2007) et les dangers de la route avec le cas de l'effondrement du pont de la Concorde (chronique 2008), nous élevons cette année nos regards vers le ciel pour constater que la peur en avion ne peut ouvrir la voie à une compensation monétaire.

Depuis les débuts de l'aviation commerciale, la nécessité d'appliquer des règles uniformes et prévisibles pour les transporteurs a été reconnue, d'où l'existence de conventions internationales. Au Canada, la *Loi sur le transport aérien*²⁸ intègre au droit interne les règles adoptées en vertu de la Convention de Varsovie de 1929, telle que modifiée par les protocoles de La Haye (1955) et de Montréal (1999).

28. L.R.C. (1985), c. C-26.

Le Protocole de Montréal est entré en vigueur au Canada le 4 novembre 2003 et a été ratifié par près d'une centaine de pays, dont les États-Unis. L'article premier de ce protocole (annexe VI de la *Loi sur le transport aérien*) prévoit qu'il « s'applique à tout transport international de personnes » (par. 1), ce qui implique un élément d'extranéité impliquant un point de départ et un point d'arrivée entre deux pays différents. Les vols intérieurs, où le départ et l'arrivée se situent en territoire canadien, ne sont pas visés par la convention internationale.

En mars 2005, peu après le départ de Montréal, les passagers d'un vol d'Air Transat ont vu des flammes s'échapper de l'un des moteurs et leur avion a dû atterrir d'urgence aux États-Unis. Plusieurs passagers en ont été secoués, même si personne n'a subi de blessures physiques lors de cet événement. La demande d'auto-risation d'exercer un recours collectif portait notamment sur l'indemnisation du « préjudice psychologique » ayant résulté de cette situation pour les passagers. Cette partie de la demande fut rejetée, la Cour d'appel indiquant qu'« [i]l n'est pas sérieusement contesté par les parties que, sous la Convention de Varsovie, le préjudice psychologique, non accompagné d'une blessure physique, n'était pas indemnisable »²⁹. La juge Thibault continue en disant que « la Convention de Montréal n'a pas modifié le régime de responsabilité du transporteur aérien en cas de préjudice psychologique. [...] En 1999, l'indemnisation équitable des passagers est alors devenue une préoccupation importante. Il demeure, cependant, que la question de l'indemnisation du préjudice psychologique a été abordée spécifiquement lors de la Conférence, puis clairement écartée »³⁰.

Bref, si l'indemnisation du préjudice psychologique est grandement à la mode en droit interne québécois, notamment avec les dispositions relatives au harcèlement survenu en milieu de travail³¹, la situation est totalement différente au plan international, où le contrôle des coûts et la prévisibilité des poursuites empêchent de reconnaître une notion aussi floue que le préjudice psychologique.

29. *Plourde c. Service aérien FBO inc. (Skyservice)*, 2007 QCCA 739, par. 28.

30. *Ibid.*, par. 52. Cf. *Simard c. Air Canada*, 2007 QCCS 4452, par. 31 ; *Croteau c. Air Transat AT inc.*, 2007 QCCA 737, par. 42.

31. *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1, art. 81.19 et s., entrés en vigueur en 2004. Pour un exemple où des « dommages-intérêts moraux » de 10 000 \$ ont été accordés dans un tel contexte : *Roc c. Poulbec inc.*, 2007 QCCRT 0441.