

Responsabilité, fraternité et développement durable en droit:

Une conférence en mémoire de l'honorable Charles D. Gonthier

Responsibility, Fraternity, and Sustainability in Law

A Symposium in honour of Charles D. Gonthier

20-21 Mai 2011 à la faculté de droit de l'université McGill

May 20-21, 2011 at the McGill University Faculty of Law

Manuscripts de la conférence Conference Proceedings

**La confiance: De la réalité à la
juridicité**

**Raymonde Crête & Mario
Naccataro**

LA CONFIANCE : DE LA RÉALITÉ À LA JURIDICITÉ

Mario Naccarato et Raymonde Crête*

Colloque en mémoire de Charles D. Gonthier

20-21 mai 2011

* Mario Naccarato, avocat et docteur en droit, est professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval et membre du Centre d'études en droit économique (CÉDÉ). Raymonde Crête, avocate et docteure en droit, est professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval et membre du Centre d'études en droit économique (CÉDÉ). Cette étude s'inscrit dans le cadre d'un programme de recherche dirigé par la professeure Raymonde Crête et qui porte sur l'encadrement des services de placement. Les auteurs remercient l'Autorité des marchés financiers pour l'octroi d'une subvention pour la poursuite de ce programme de recherche.

Table des matières

Introduction.....	1
1. Le contrat de confiance accrue.....	1
2. La reconnaissance juridique de la confiance accrue.....	5
3. Le respect de la tradition juridique.....	11
4. Le processus de juridicisation de la confiance accrue	17
Conclusion	20

Introduction

Le regretté Charles Doherty Gonthier laisse à la société et à la communauté juridique un riche héritage. L'un de ses legs est la reconnaissance juridique de la confiance accrue dans certains types de rapports contractuels.

Qu'est-ce que la confiance accrue dans les rapports contractuels?

Dans les contrats ordinaires ou transactionnels, les parties procèdent à un échange mutuel et réciproque de leurs prestations respectives. L'exécution étant instantanée, le degré de confiance existant entre les parties est peu élevé, voire inexistant. En revanche, dans les contrats de type fiduciaire, tels le mandat, l'administration du bien d'autrui ou le dépôt, où l'une des parties se confie ou confie un bien à un autre, la relation se caractérise par un lien de confiance accrue de la part de l'une des parties. Cette asymétrie de la confiance a pour effet de convertir celle-ci en obligations accrues pour le mandataire, l'administrateur du bien d'autrui ou le dépositaire¹. Ainsi, la trahison de la confiance accrue emporte une sanction accrue². Voilà l'essentiel de nos propos.

1. Le contrat de confiance accrue

La personne a une propension à faire confiance en son cocontractant. Cette prédisposition à avoir confiance en l'honnêteté de son cocontractant trouve écho dans la règle générale du droit civil selon laquelle la bonne foi se présume. Ainsi, la confiance, c'est la croyance en la sincérité et la bonne foi de son cocontractant. Autrement dit, c'est la croyance que son contractant livrera la prestation qu'il s'est engagé à livrer et ne nous trompera point³. Dans les contrats dits transactionnels ou ordinaires, les prestations sont réciproques, donnant donnant, et la confiance de l'une des parties envers l'autre est égale, elle aussi, donnant donnant.

¹ Mario Naccarato, « La juridicité de la confiance dans le contexte des contrats de services de conseils financiers et de gestion de portefeuille » (2009) 39 RGD 457 [Naccarato]; Raymonde Crête, « Les manifestations du particularisme juridique des rapports de confiance dans les services de conseils financiers et de gestion de portefeuille » (2009) 39 RGD 581 [Crête]; Mario Naccarato et Audrey Létourneau, « La confiance trahie : La répression pénale et criminelle du manquement contractuel de l'intermédiaire de marché en valeurs mobilières et la détermination des peines applicables », (2010) 43 RJT 145 [Naccarato et Létourneau].

² Naccarato, *ibid*; Crête, *ibid*; Naccarato et Létourneau, *ibid*.

³ Naccarato, *supra* note 1 para 44.

L'exécution instantanée emporte l'extinction des obligations. Le niveau de confiance est peu élevé, voire inexistant.

En revanche, certains types de contrat, tels les contrats relationnels, font appel à un degré de confiance accrue. Il en est ainsi dans les contrats à exécution successive. Puisque l'engagement est à long terme, le cocontractant se demandera si l'autre partie, économiquement plus forte, pourra être fiable pendant toute la durée du contrat, comme c'est le cas dans les contrats de franchise. Aussi, la confiance accrue joue un rôle particulièrement important dans les contrats nécessitant un degré de spécialisation avancée. On peut citer le cas des services rendus par les professionnels, tel un chirurgien esthétique.

Une autre catégorie de contrat nous importe aux fins de ce texte. Il s'agit de celui en vertu duquel une personne *confie* (dérivé de *confiance*) un bien ou une partie de son patrimoine à une autre personne dans le cadre d'un contrat de dépôt, de mandat ou d'une autre forme d'administration du bien d'autrui⁴. Il en est ainsi dans le cadre d'un contrat de gestion de patrimoine où un consommateur confie ses économies à un intermédiaire de marché, tel un courtier en placement, pour obtenir des conseils financiers et des services de gestion de portefeuille en vue de faire fructifier son patrimoine.

Le degré de confiance dans ce type de contrat varie selon la complexité des prestations à fournir. Plus la prestation d'un cocontractant est complexe et fait appel au caractère *intuitu personae*, plus l'autre partie au contrat est vulnérable et s'en remet à la compétence du cocontractant. Plus il y a de disproportion entre les connaissances des parties, plus la partie vulnérable se fie à la compétence et à l'honnêteté de son cocontractant. Dans pareille situation, les intérêts confiés par le client sont pris en charge dans un contexte de « contrat fiduciaire ». Ainsi, « cette personne [soit celle qui confie], le porteur de l'intérêt, s'en remet à une autre, d'interprète de l'intérêt pour que celle-ci gère, vende, achète ou conserve un bien »⁵. Pareil contexte crée des liens de confiance nécessaires. C'est ainsi que celui qui confie se voit obligé de faire confiance, car il s'expose aux risques que les intérêts confiés à

⁴ *Ibid* au para 49 ; Sébastien Bonfils, *Le droit des obligations dans l'intermédiation financière*, Paris, LGDJ, 2005 aux para 162-163 [Bonfils] ; Raymonde Crête, Marc Lacoursière et Cinthia Duclos, « La rationalité du particularisme juridique des rapports de confiance dans les services de conseils financiers et de gestion de portefeuille » (2009) 39 RGD 523 [Crête, Lacoursière et Duclos] ; Crête *supra* note 1. Voir aussi Raymonde Crête et al., dir, *Courtiers et conseillers financiers et l'encadrement des services de placement*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011.

⁵ Bonfils *supra* note 4 au para 162.

l'interprète de l'intérêt soient exercés dans un intérêt autre que le sien⁶. Le conflit d'intérêts en pareille situation est « structurellement attaché aux contrats fiduciaires », car une seule et même personne poursuit deux intérêts distincts et potentiellement contradictoires⁷. À ce titre, la personne chargée des intérêts d'autrui aura à choisir entre ses propres intérêts et ceux dont il a la charge de gérer⁸.

Quels rôles jouent la confiance et la norme juridique en pareil « contrat fiduciaire »? De façon générale, la norme juridique est une condition préalable à la confiance et les effets juridiques de la norme apparaissent lorsque la confiance a été trahie. À cet égard, la norme juridique opère en amont d'un sentiment de confiance légitimement converti en rapport contractuel et en aval d'une confiance trahie. Mais nous croyons que le lien de confiance et la norme juridique peuvent être encore plus près.

Dans certains types de contrat, non seulement la confiance est-elle conditionnée par le droit, mais elle est aussi source de droit. Il en est ainsi dans les contrats de gestion de patrimoine, tel que consacré par les arrêts *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*⁹ et *Laflamme c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*¹⁰ rendus sous la plume du juge Charles D. Gonthier¹¹. Contrairement au contrat ordinaire où les parties s'attendent à une exécution instantanée des contrats de prestations respectives et où les parties se fondent à parts égales sur une confiance réciproque, dans les contrats de mandat, d'administration du bien d'autrui ou de dépôt, l'une des parties fait davantage confiance comparativement à son cocontractant. Autrement dit, dans ces contrats comportant une confiance accrue les intérêts des parties sont asymétriques. C'est dans ce contexte que l'auteur français Sébastien Bonfils déclare avec à propos qu'en pareil contexte : « dans un contrat fiduciaire, ce que l'un perd, l'autre ne le perd pas nécessairement. Seul celui qui confie ses intérêts gagne ou perd et l'interprète de l'intérêt est toujours gagnant, puisqu'il perçoit une rémunération »¹². Ainsi, ce rapport de confiance accrue emporte ses propres obligations et ses propres sanctions. Voilà la juridicisation de la confiance¹³.

⁶ *Ibid* au para 163.

⁷ *Ibid* au para 163.

⁸ *Ibid* aux para 163; Naccarato, *supra* note 1 au para 51.

⁹ [1989] 2 RCS 429 (disponible sur CanLII) [*Kuet Leong Ng* avec renvois aux RCS].

¹⁰ 2000 CSC 26, [2001] RCS 638 [*Laflamme*].

¹¹ Naccarato, *supra* note 1 aux para 55-56.

¹² Bonfils, *supra* note 4 au para 171.

¹³ Voir Naccarato, *supra* note 1 aux para 57, 89.

En d'äautres mots, le fiduciaire au sens large, le gestionnaire de patrimoine, risque peu et son degré de confiance est quasi inexistant. C'est ce caractère asymétrique qui fait sortir le contrat de gestion de patrimoine du cadre des contrats traditionnels. Le degré de confiance est tel que la régulation propre à ces contrats doit être arrimée à sa spécificité¹⁴. Comment?

Ce contrat emporte une obligation de loyauté. Qu'est-ce que l'obligation de loyauté? L'obligation de loyauté est le corollaire de la confiance accrue. Plus les services dispensés sont spécialisés, plus la confiance du client profane est grande. La confiance est inversement proportionnelle à la connaissance du client¹⁵. Aussi, plus la confiance du client est grande, plus l'obligation de loyauté du prestataire de service sera intense et, corrélativement, l'acceptation des risques par le client profane diminuera¹⁶.

L'imposition d'une obligation stricte de loyauté se justifie en raison du caractère exceptionnel du pouvoir conféré au gestionnaire de patrimoine qui, étant appelé à agir pour le compte du client, doit donner préséance aux intérêts de ce dernier¹⁷. Cette obligation est l'expression même de la finalité de la prérogative conférée à celui qui est appelé à poser des actes dans l'intérêt d'autrui¹⁸. En d'autres termes, le devoir de loyauté fait partie intégrante de cette attribution de pouvoir¹⁹. Comme le mentionne la professeure Cantin-Cumyn : « Pouvoir, finalité, loyauté sont des éléments indissociables de la qualité en vertu de laquelle cet agent juridique accomplit des actes sur le bien d'autrui : il n'a de pouvoir qu'en vue de l'intérêt à servir ou de la fin à réaliser. »²⁰

Historiquement, l'obligation de loyauté est une variante de l'obligation fiduciaire de la common law qui tire ses origines de la *fiduciary duty* proprement dite du *trustee* à qui l'on confiait des biens. Ainsi, des variantes comportant des obligations de confiance plus ou moins intenses découlent de cette obligation fiduciaire. L'obligation entre le client et son gestionnaire de patrimoine, que celui-ci agisse à titre de fiduciaire, de mandataire ou tout

¹⁴ *Ibid* au para 90.

¹⁵ Naccarato, *supra* note 1 au para 102.

¹⁶ Crête, Lacoursière et Duclos, *supra* note 4 au para 35.

¹⁷ Bonfils, *supra* note 4, au para 181.

¹⁸ Madeleine Cantin-Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, au para 288, p. 245 et 246.

¹⁹ *Id.*, au para 115 et 289, p. 93, 246 et 247.

²⁰ *Id.*, para 288, p. 245 et 246.

autre type de contrat de gestion, se situe à notre avis dans le cadre de l'obligation de loyauté intense à l'instar de l'obligation fiduciaire du *trustee* proprement dite²¹.

La présence d'un lien de confiance accrue dans le cadre d'une relation contractuelle emporte également une sanction juridique particulière. Tel est le cas dans les contrats de mandat, d'administration du bien d'autrui et de dépôt à l'intérieur desquels le mandant, l'administrateur du bien d'autrui ou le déposant confie un bien à autrui à charge de le gérer ou de le restituer. Dans ce contexte, la violation de l'obligation de loyauté entraîne une sanction particulière qui vise la réparation du tort causé, la punition du fautif et la réprobation sociale à titre préventif. En droit civil, cette sanction peut se traduire par une ordonnance de restitution du profit réalisé en faveur du mandant ou du bénéficiaire même si le manquement n'a causé aucun préjudice à l'une ou l'autre de ces personnes²². En droit criminel européen, la non-restitution du bien confié emportera une sanction pénale appelée à juste titre « abus de confiance ». En droit criminel canadien, il s'agit du vol par détournement sanctionné par l'article 322 du *Code criminel* canadien.

Dans les paragraphes qui suivent, nous mettrons en relief les apports des arrêts *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*²³ et *Laflamme*²⁴ au regard de la reconnaissance juridique des relations contractuelles caractérisées par un lien de confiance accrue, pour ensuite nous intéresser à l'approche méthodologique adoptée par le juge Gonthier dans la résolution des litiges soumis à la Cour suprême.

2. La reconnaissance juridique de la confiance accrue

Le texte qui suit présente des exemples de reconnaissance juridique de la confiance accrue, le premier ayant trait à un contrat d'emploi et l'autre à un contrat de gestion de patrimoine.

²¹ Crête, Lacoursière et Duclos, *supra* note 4 au para 29 ; Crête, *supra* note 1 aux para 33-34; Naccarato, *supra* note 1 au para 101.

²² Art. 2146 C.c.Q.; art. 1366 C.c.Q.

²³ *Supra* note 9.

²⁴ *Supra* note 10.

Dans l'affaire *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*²⁵, l'antimé Ng est au service de la Banque de Montréal depuis 1979 en qualité de cambiste en chef pour le Québec. Sa fonction principale est l'achat et la revente de devises étrangères pour le compte de son employeur. Il est aussi appelé à donner des avis sur des opérations de change effectuées pour le compte de clients importants de la banque. Il est autorisé à effectuer des opérations de change jusqu'à concurrence de 40 millions \$ par jour. Un document intitulé « relation de travail » régit et énumère les activités pouvant entrer en conflit d'intérêts avec l'employeur. Faisant fi de ces directives, l'antimé, dans le cadre de ses fonctions, effectue également à l'insu de son employeur une série de transactions pour le compte d'un riche client, à son insu, lesquelles opérations rapportent à l'employé Ng un profit de 660 135 \$²⁶.

L'employeur le poursuit en restitution des profits faits par l'antimé dans le cadre de ses fonctions. La question en litige porte sur les obligations d'un employé autorisé à conclure des contrats au nom de son employeur. Plus précisément, il importe de déterminer si les contrats conclus pour le compte de l'employé ou pour le compte d'autrui dans le cadre de ses fonctions peuvent donner lieu à des profits en faveur de l'employé ou, en revanche, si ces profits doivent être restitués à l'employeur²⁷.

L'action de l'employeur Banque de Montréal est rejetée en première instance. Ce jugement est confirmé par la Cour d'appel. Le pourvoi en Cour suprême est accueilli et l'action en restitution par la Banque de Montréal contre son employé est accueillie. Les motifs énoncés par la Cour suprême se résument comme suit. D'abord, en ce qui concerne la première série d'opérations effectuées pour le compte de l'employé, celles-ci ont été effectuées par l'employé contrairement aux directives émises par son employeur. Puisque l'employé effectuait ces transactions avec les deniers de la banque, il se trouve dans la situation d'un possesseur de mauvaise foi selon l'article 411 du *Code civil du Bas-Canada* et il est donc tenu de remettre à la banque-appelante, non seulement le capital utilisé, mais également sa plus-value et les fruits²⁸. Pour ce qui est des autres profits réalisés par l'employé, soit ceux réalisés dans le cadre des opérations effectuées pour le compte des clients avec qui l'employé devait partager les profits en parts égales, la Cour considère que l'employé agit en qualité de représentant de la banque-appelante. Il convient alors d'appliquer les dispositions de l'article

²⁵ *Supra* note 9.

²⁶ *Ibid* aux pp 433-434.

²⁷ *Ibid* à la p 432.

²⁸ *Ibid* aux pp 435-436.

1713 du C.c.B.-C. relatives au mandat. Agissant à titre de mandataire, l'employé est tenu de rendre compte de sa gestion et de remettre au mandant tout ce qu'il a reçu sous l'autorité de son mandat. De plus, cette obligation de reddition de compte découle du principe fondamental du droit civil qui vise à assurer l'honnêteté et la bonne foi dans l'exécution des contrats²⁹.

L'apport principal du juge Gonthier dans cette affaire est la consécration de l'obligation de bonne foi et de l'obligation corrélative de loyauté dans les contrats de travail d'un employé dont la relation comporte un degré de confiance accrue de la part de l'employeur en raison du niveau supérieur de responsabilité qu'assume l'employé. À ce type de contrat se rattachent des obligations d'une intensité distinctive³⁰. Voilà la consécration formelle de l'obligation particulière de loyauté découlant du contrat de nature relationnelle caractérisé par un degré de confiance accrue. Mais l'innovation ne s'arrête pas là. Elle se prolonge sur le plan de la sanction imposée. La sanction ordinaire en l'espèce consiste en le renvoi de l'employé qui viole les termes de son contrat. Il s'agit là d'une sanction classique pour la violation d'un contrat de travail³¹. Par ailleurs, le cas soumis dans cette affaire se compare à celui d'un fiduciaire de la common law qui s'apparente à certains égards au contrat de mandat en droit privé québécois³². C'est ainsi que le mandataire est tenu de rendre compte de ce qu'il a reçu dans l'exécution de son mandat (article 1713 C.c.B.-C.)³³. Le régime juridique applicable dépasse le simple cadre du contrat d'emploi pour entrer dans le cadre d'une relation dont les dispositions sont d'ordre public soit celle de la relation mandant-mandataire. Il s'agit plutôt d'une obligation assimilable à celle imposée aux administrateurs ou aux cadres supérieurs, voire à celle du fiduciaire que la common law reconnaît dans ces circonstances. En pareille situation, la common law impose à l'employé une obligation de bonne foi et de loyauté envers son employeur « dans les efforts qu'il doit déployer pour éviter les conflits d'intérêts »³⁴. Dans ce cas de figure, l'employé évolue dans un rapport de confiance accrue qui comporte des éléments inscivant, dans une certaine mesure, dans un contrat de mandat. Partant, il doit restituer à son employeur le profit réalisé dans le cadre de ses fonctions. *Ce contrat de confiance accrue emporte une sanction exorbitante du droit commun soit celle de la restitution d'une somme d'argent même en l'absence de préjudice subi par l'employeur.*

²⁹ *Ibid* à la p 436.

³⁰ *Ibid* aux pp 437-438.

³¹ *Ibid* à la p 439.

³² *Ibid* aux pp 439-440.

³³ *Ibid* à la p 440.

³⁴ *Ibid* à la p 443.

L'apport important du juge Gonthier dans cet arrêt a également trouvé écho dans le *Code civil du Québec* qui prévoit de manière expresse une obligation de loyauté dans les contrats de travail, de service, d'administration du bien d'autrui et de mandat³⁵. Sa contribution se manifeste aussi dans la codification de la sanction particulière de restitution qui peut incomber au mandataire et à l'administrateur du bien d'autrui en cas de manquement au devoir de loyauté³⁶.

Dans l'affaire *Laflamme c. Prudential Bache Commodities Canada Ltd.*³⁷, M. Laflamme et sa famille ont confié plus de deux millions de dollars à M. Roy, un représentant d'un courtier en placement de la maison de courtage Prudential Bache. Ces clients ne détenaient aucune expérience, ni connaissance en matière de placement. Ils désiraient des placements sécuritaires et diversifiés en vue d'assurer leur retraite et la sécurité financière de toute la famille. Toutefois, il en fut autrement. À l'insu des Laflamme, M. Roy a géré leur portefeuille sur marge et effectué des placements spéculatifs. De plus, il a investi leurs économies dans un faible nombre d'actions et d'options de manière à constituer un portefeuille très peu diversifié. Qui plus est, le représentant a effectué plusieurs opérations sur ces titres sans réelle nécessité. Il s'agissait de titres pour lesquels les transactions généraient d'importantes commissions. Cette stratégie de placements et la multiplication des transactions ont ainsi permis au représentant au service des Laflamme de générer des commissions d'une importance hors du commun, soit d'une valeur estimée par la Cour supérieure à plus de 110 000,00 \$³⁸. Ces commissions payées par les Laflamme étaient de beaucoup supérieures (près de dix fois) à celles versées pour des portefeuilles similaires, et ce, sans aucune raison³⁹.

Après quelques années, ayant subi d'importantes pertes, soit un rendement négatif d'environ 70%, les Laflamme poursuivent le représentant du courtier et le courtier-employeur en dommages-intérêts. La Cour supérieure condamne les défendeurs à payer aux demandeurs la somme de 1 202 044,60\$. La Cour d'appel accueille en partie l'appel et réduit le montant de la condamnation à 70 723 \$. La réduction des dommages par la Cour d'appel résulte du fait qu'elle fixe un point de rupture du lien de causalité entre les fautes des intimés et les

³⁵ Art. 322, 1309, 2088, 2100, 2138 C.c.Q.

³⁶ Art. 1366 et 2146 C.c.Q.

³⁷ *Supra* note 10.

³⁸ Voir le jugement de première instance dans l'affaire *Laflamme* : [1996] RJQ 2694 (C.S.) au para 70.

³⁹ *Ibid* au para 33.

dommages subis par les demandeurs⁴⁰. La Cour suprême accueille le pourvoi et condamne les intimés à payer aux demandeurs la somme de 924 374 \$ plus les intérêts. En s'appuyant sur les dispositions du *Code civil du Bas-Canada*, le juge Gonthier précise que la relation juridique entre le client et son courtier en valeurs mobilières relève des règles du mandat. Ainsi, l'objet du mandat ne consiste pas simplement à exécuter une transaction, mais aussi à gérer le portefeuille du client, selon une discrétion plus ou moins importante⁴¹. Le juge Gonthier précise :

Comme tout mandat, celui qui unit le gestionnaire à son client est infusé de la notion de confiance, le gestionnaire, le mandataire, étant investi de la confiance de son client pour la gestion de ses affaires. La définition même du mandat à l'art. 1701 C.c.B.-C. véhicule cette notion. Comme l'a écrit un auteur, l'expression « confie » implique une certaine confiance de celui qui donne le mandat en celui qui le reçoit. Cet élément de confiance explique notamment le pouvoir dont dispose le mandant de révoquer en tout temps le mandat (art. 1756 C.c.B.-C.; art. 2176 C.c.Q.). Cet esprit de confiance se reflète dans l'intensité des obligations qui incombent au gestionnaire, laquelle est d'autant plus forte que le mandant est vulnérable, profane, dépendant du mandataire et que le mandat est important. *Ainsi, les exigences de loyauté, fidélité et diligence du gestionnaire à l'égard de son client seront d'autant plus sévères*⁴². [Nos italiques]

La Cour suprême met de côté la position de la Cour d'appel qui reprochait aux Laflamme de ne pas avoir réagi plus tôt à l'égard de leur gestionnaire lorsqu'ils ont appris que les transactions effectuées pour leur compte ne correspondaient pas leur profil ni aux directives données au représentant. Ainsi, la Cour suprême relève la victime de son obligation de minimiser les dommages en mettant fin de manière plus formelle au mandat confié au mandataire⁴³. S'agissant d'un contrat de confiance emportant une obligation de loyauté, il importe de tenir compte des circonstances propres à chaque cas dans l'évaluation de ce que l'on devrait attendre comme comportement du créancier :

Dans le cas d'un préjudice découlant de la mauvaise gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières, il faut notamment faire preuve de souplesse quant à la détermination de ce qui constitue, de la part du client, un délai déraisonnable pour agir et minimiser les dommages. Notamment, il faudra tenir compte de son niveau d'expérience et de connaissances en matière d'investissements ainsi que de la complexité de la situation⁴⁴.

⁴⁰ Laflamme, *supra* note 10 au para 16.

⁴¹ *Ibid* au para 27.

⁴² *Ibid* au para 28.

⁴³ Concernant l'allègement des obligations du client, voir Crête, *supra* note 1 aux paras 80-91.

⁴⁴ Laflamme, *supra* note 10 au para 53.

En matière de responsabilité civile dans le secteur des services d'investissement, l'arrêt *Laflamme* constitue un des précédents jurisprudentiels les plus marquants. Bien que cet arrêt ait été rendu sur la base des dispositions du *Code civil du Bas-Canada*, la jurisprudence actuelle s'appuie de façon prédominante sur l'opinion du juge Gonthier pour qualifier la relation de mandant-mandataire existant entre un prestataire de services de placement et son client⁴⁵. La contribution majeure du juge Gonthier dans l'arrêt *Laflamme* apparaît également dans la reconnaissance des normes élevées de conduite et de sanctions accrues imposées aux prestataires de services de placement⁴⁶. Dans la foulée de l'arrêt *Laflamme*, les tribunaux justifient cette intensification des normes de conduite et des sanctions par la prise en considération du transfert de pouvoirs en faveur des intermédiaires de marché appelés à agir pour le compte d'autrui de même que de la situation de vulnérabilité, voire de dépendance du client qu'entraîne ce transfert de pouvoir en faveur du professionnel⁴⁷. Toujours dans le sillon tracé par le juge Gonthier dans l'affaire *Laflamme*, la prise en compte, dans la jurisprudence, de la spécificité des rapports de confiance dans les services de placement se manifeste par un allègement des obligations du client⁴⁸. Les tribunaux reconnaissent en effet que la confiance accrue du client à l'égard du professionnel de services de placement a pour effet de réduire les obligations de vigilance et de minimisation des dommages qui incombent en principe au client.

En somme, l'on peut retenir de ces arrêts rendus sous la plume du juge Gonthier que l'obligation de loyauté s'impose dans des contrats comportant un lien de confiance accrue. Il s'agit là obligation fondamentale de loyauté qui se distingue de celle qui découle de l'obligation de bonne foi dans les contrats commerciaux traditionnels. L'obligation de bonne foi emporte des sanctions ordinaires tandis que l'obligation de loyauté emporte, en raison de la confiance accrue, des sanctions exorbitantes du droit commun tels l'allègement de l'obligation de vigilance de la victime et la restitution au mandant ou au bénéficiaire du profit réalisé par le mandataire ou par l'administrateur du bien d'autrui indépendamment du préjudice subi par ces derniers.

⁴⁵ Crête, *supra* note 1 au x paras 7 à 34. Les termes de « prestataire de services de placement » visent entreprises qui offrent des services de courtage en valeurs mobilières, de gestion de portefeuille et de conseils financiers. Pour une description des acteurs dans les services de placement, voir Raymonde Crête et Cinthia Duclos, « Le portrait des prestataires de services de placement », dans Crête, *supra* note 4.

⁴⁶ Crête, *supra* note 1 au x paras 43-79, 92-117.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Crête, *supra* note 1 au x paras 80-91.

En reconnaissant l'obligation de loyauté dans le contexte d'un contrat de travail et d'un contrat de gestion de patrimoine, est-ce que le juge Gonthier a interprété de manière extensive les dispositions du droit positif? A-t-il créé des obligations par analogie? A-t-il considéré que le droit existait en marge du droit positif? Dans l'affirmative, quelle en est la source? Ou a-t-il appliqué plutôt une normativité extrinsèque?

3. Le respect de la tradition juridique

Est-ce que la consécration de la notion de la bonne foi et *a fortiori* de sa variante l'obligation de loyauté peut être interprétée comme un acte anti-civiliste⁴⁹? Il va sans dire que la notion de bonne foi est une notion difficile à définir⁵⁰. Aussi, les auteurs ne s'entendent pas sur la source même de l'obligation de loyauté. D'aucuns sont d'avis que le devoir de loyauté est synonymique avec l'obligation de bonne foi⁵¹, alors que d'autres sont d'avis contraire⁵².

Nous sommes d'avis que l'obligation de loyauté est une variante de l'obligation de bonne foi qui est plus englobante. L'obligation de bonne foi s'applique à toute relation contractuelle et précontractuelle et emporte des sanctions qui s'apparentent aux sanctions ordinaires. En revanche, l'obligation de loyauté, telle que reconnue récemment, s'applique non pas dans des relations contractuelles dites ordinaires mais dans des relations contractuelles comportant un degré élevé de confiance que l'on appelle « contrat de confiance accrue ». À ce titre, la violation de cette confiance accrue emporte des sanctions adaptées aux circonstances, comme l'ont montré les solutions adoptées par le juge Gonthier dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng* et l'arrêt *Laflamme*. Depuis, l'obligation de loyauté a, à l'instar de l'obligation de bonne foi, fait l'objet d'une codification dans le *Code civil du Québec*, aux articles 2088, al. 1 (contrat de travail), 2138 (le mandat), 1309, al. 2 (l'administration du bien d'autrui), 2238 et 1309, al. 2 (la société en commandite). Cependant, c'est par le truchement du devoir général de bonne foi que l'on a élargi l'application de l'obligation de loyauté à certains autres champs « où la confiance mutuelle est cruciale, comme dans les contrats de service, de

⁴⁹ Paul-André Crépeau, « Une certaine conception de la recodification » dans Serge Lortie, Nicholas Kasirer et Jean-Guy Belley, dir, *Du Code civil du Québec : Contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Éditions Thémis, 23 à la p 66 [Crépeau].

⁵⁰ Didier Lluelles, « La bonne foi dans l'exécution des contrats et la problématique des sanctions » (2004) 83 R du B can 181 à la p 188 [Lluelles].

⁵¹ *Ibid* à la p 189.

⁵² Vincent Karim, « La règle de la bonne foi prévue dans l'article 1375 du *Code civil du Québec* : sa portée et ses sanctions qui en découlent » (2000) 41 C de D 435 à la p 468.

franchise, de distribution exclusive, de louage, d'assurance ou d'affiliation en matière de courtage »⁵³. Ainsi, l'obligation de loyauté dépasse le simple cadre du contrat de mandat traditionnellement reconnu comme contrat de confiance depuis sa naissance en droit romain. Au-delà de ce cas particulier, on assiste à la naissance d'une obligation de loyauté qui s'applique actuellement aux contrats, quels qu'ils soient, comportant un degré de confiance accrue nécessitant une protection particulière. Cela est désormais reconnu en droit civil québécois à l'instar, pouvons-nous soumettre, de la common law lors de la consécration de l'obligation de loyauté dans les contrats comportant un degré élevé de confiance, qu'il s'agisse de contrats traditionnellement reconnus comme tels, soit la relation client-avocat, la relation client-comptable, la relation mandant-mandataire, la relation client-fiduciaire et ainsi de suite. Désormais, la common law reconnaît l'obligation de loyauté dans les contrats commerciaux où, de façon générale, les parties manifestent des intérêts opposés, mais qui, en certaines circonstances, peuvent donner lieu à des situations de vulnérabilité en raison d'un élément de confiance accrue⁵⁴.

Or, la question qui nous intéresse est celle de connaître le mode de reconnaissance de l'obligation de loyauté en droit civil québécois, compte tenu de son application désormais élargie à des situations non formellement reconnues par le C.c.Q. et en raison des sanctions exorbitantes de droit commun qu'elles peuvent commander⁵⁵.

Est-ce que pareille consécration de l'obligation de loyauté fait violence au droit civil? Dans la mesure où l'on considère que le droit civil est un corpus de normes emportant une idée de complétude⁵⁶, on pourrait répondre par l'affirmative. Au contraire, le droit civil est avant tout un style, une approche, une façon d'aborder le droit :

⁵³ Lluelles, *supra* note 50 à la p 190.

⁵⁴ *Lac Minerals Ltd c International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 RCS 574 (disponible sur CanLII).

⁵⁵ Le professeur Didier Lluelles reconnaît à son tour le caractère exorbitant de la sanction imposée dans la décision *Kuet Leong Ng*, *supra* note 50 :

Sanction quelque peu originale, « la restitution » des profits est donc fort légitime dans les cas où la conduite indigne du contractant, qui s'est enrichi grâce à son cocontractant et malgré lui n'est pas, pour autant, appauvri ce dernier : « Aucune [des] sanctions classiques pour violation d'un contrat de travail ne vise la situation où, comme en l'espèce, l'employé profite de sa mauvaise conduite, mais sans causer de préjudice à son employeur ». Sans cette sanction peu commune, le droit civil se trouverait à encourager pareils manquements au devoir de loyauté. *Cette sanction exorbitante du droit commun nécessite tout de même la preuve d'un comportement hautement répréhensible : tout profit n'est pas forcément dans ce cas de figure* [nos italiques].

Voir Lluelles, *supra* note 50 aux pp 212-213 (les parties sont citées de l'arrêt *Kuet Leong Ng*, *supra* note 9).
⁵⁶ Sylvio Normand, « An Introduction to Quebec Civil Law » dans Aline Grenon et Louise Bélanger-Hardy, dir, *Elements of Quebec Civil Law : A Comparison with the Common Law of Canada*, Toronto, Thomson Carswell, 2008, 25 à la p 55 [Normand].

« une certaine manière de concevoir, d'exprimer, d'appliquer une règle de droit, quelles que soient les politiques législatives que l'on veuille consacrer à une époque ou à une autre de l'histoire d'un peuple. Et ce qui fait la grandeur d'un système juridique, c'est précisément la faculté, mais aussi la volonté, d'assurer le renouvellement des politiques législatives, l'adaptation des techniques juridiques, le rajeunissement du langage juridique, selon l'évolution de la société »⁵⁷.

Outre l'assertion selon laquelle le droit civil constitue un corpus normatif complet, il existe ce principe fondé sur le caractère purement déductif de son interprétation. Ce principe est vrai mais pas dans l'absolu. À l'origine, le droit romain duquel est issu le droit civil, est un droit purement empirique « basé sur la recherche de solutions aux cas concrets plutôt que la définition de notions juridiques abstraites ou encore l'établissement de classification conceptuelle »⁵⁸. Aussi, l'ancien droit de France n'est lui-même qu'une synthèse de solutions inspirées de systèmes divers soit de droit romain, de coutumes germaniques, de droit canonique, d'ordonnances royales et d'usages locaux⁵⁹. Donc, la pureté que l'on accorde parfois au droit civil n'est que relative⁶⁰. Et en analysant de plus près, le droit civil québécois comporterait souvent des règles originales parfois inspirées du droit anglais⁶¹.

Lorsqu'on affirme que le droit civil est d'application déductive, on oppose à son « contraire », la common law qui, elle, est souvent considérée comme d'inspiration inductive, ce qui constituerait la principale opposition entre les deux visions juridiques⁶².

Or, il s'avère que la common law n'est ni purement inductive et, souvent, embrasse l'approche déductive et par analogie :

L'idée que l'on se fait de la common law veut que ceux qui la pratiquent appliquent surtout le mode de raisonnement inductif. Cette perception du système provient de ce que la démarche du juge peut, en principe, être analysée de la manière suivante : confronté à des faits qui servent de point de départ à l'instance ouverte devant lui, le juge se voit proposer par les parties des décisions s'étant appliquées antérieurement à des faits semblables, et donc susceptibles d'éventuellement servir de base à un précédent [é].

⁵⁷ Crépeau, *supra* note 49 à la p 67 ; Ministère de la justice, «Le bi-juridisme au Canada et dans le monde : quelques considérations », en ligne : Justice Québec <<http://www.justice.gc.ca/fra/min-dept/pub/hlf-hfl/f2-b2/bf2.pdf>> [Ministère de la justice] ; Normand, *supra* note 56 à la p 54.

⁵⁸ Naccarato, *supra* note 1 au para 78.

⁵⁹ Crépeau, *supra* note 49 à la p 66.

⁶⁰ *Ibid* à la p 66.

⁶¹ Ministère de la Justice, *supra* note 57 à la p 4.

⁶² *Ibid* aux pp 5-6.

Cependant, dans quelque système que ce soit, il y a toujours un certain degré d'uniformité, mais la règle du précédent n'existe pas comme c'est le cas en droit anglais. Celui-ci n'ignore pas pour autant totalement la méthode déductive. Un exemple du mode de raisonnement par déduction se trouve notamment dans l'interprétation des dispositions législatives. Le législateur ayant énoncé une règle de droit ou ayant codifié un principe de droit, le juge de common law n'a plus qu'à l'appliquer⁶³.

Le Code civil fait aussi l'objet d'une application déductive. La jurisprudence occupe un rôle important dans la pratique par les juristes de même que par les juges québécois. Il suffit de lire les jugements issus des tribunaux québécois. Ils se rapprochent énormément de ceux rendus par les tribunaux de la common law⁶⁴.

Il est donc aisé d'affirmer que le droit civil n'est pas ce corpus normatif complet que l'on croit et qu'il ne fait pas l'objet d'une approche monolithique. Plutôt, le droit civil paraît être ouvert à des sources extrinsèques à son corpus. Dans cette perspective, il convient de reconnaître une confluence des deux traditions plutôt que de mettre l'accent sur la distinction ou l'opposition entre le droit civil et la common law.

C'est ainsi que, pour certains auteurs, en matière procédurale surtout, le contraste entre le droit civil et la common law au Canada est sur le point de disparaître⁶⁵.

En matière de droit substantif, la Cour suprême du Canada a, dans un arrêt phare, affirmé l'autonomie normative du droit civil. Il s'agit du célèbre arrêt *Royal Trust Company c. Tucker*⁶⁶ en préservant comme intacte la notion du droit de propriété. Il en va de même pour la common law⁶⁷.

À notre avis, cette autonomie normative réaffirmée concerne davantage la méthodologie que la substance du droit. Nous nous expliquons. Les valeurs communes aux deux sociétés sous le droit civil et la common law s'apparentent. Ses principes de base sont les mêmes. Ainsi, il

⁶³ Marie-France Albert, *Le style de la common law*, Common law en poche, vol 26, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005 aux pp 25-26.

⁶⁴ Normand, *supra* note 56 aux pp 64-66.

⁶⁵ Janet Walker, « Looking Ahead : The Future of Categories ñ Categories of the Future » dans Janet Walker et Oscar G. Chase, dir, *Common Law, Civil Law and the Future of Categories*, Markham (Ont), LexisNexis, 2010, 631 aux pp 632-633.

⁶⁶ [1982] 1 RCS 250, cité dans H. Patrick Glenn, « La Cour suprême du Canada et la tradition du droit civil » (2001) 80 R du B can 151 aux pp 163-164 [Glenn, « Cour suprême »].

⁶⁷ Glenn, « Cour suprême », *supra* note 66 à la p 165.

n'est pas exagéré d'affirmer aux fins de cet article que la confiance est une valeur sociale fondamentale autant en common law qu'en droit civil. Les deux traditions sanctionnent sa trahison. L'approche ou la façon de la consacrer n'est pas la même dans les deux traditions, mais la valeur protégée est la même. Ainsi, la différence entre les deux traditions est davantage processuelle ou institutionnelle que substantive⁶⁸.

L'accent est mis sur l'analyse de modèles juridiques plutôt que sur la distinction entre ces deux traditions⁶⁹. Pour le professeur Patrick Glenn, le droit civil et la common law peuvent être vus sous le modèle des traditions. En l'espèce, elles constituent deux sous-traditions d'une plus grande tradition qu'est la tradition occidentale⁷⁰.

Dans cette perspective, il est aisé d'observer une convergence de sous-traditions. Au XIX^e siècle, le droit civil influença le droit anglais⁷¹ et la common law adoptait et continue d'adopter un système de droit substantif⁷². Ainsi, les deux traditions de la common law et du droit civil s'influencent réciproquement. On fait ressortir davantage une autonomie mais une autonomie mitigée⁷³.

Si la common law et le droit civil partagent des valeurs communes, telle la protection de la confiance accrue dans les rapports contractuels, il n'est pas surprenant que le juge Gonthier fasse appel à la common law pour résoudre un problème du droit civil. Ainsi, il s'inspire de la théorie de la *fiduciary duty* donnant lieu à une fiducie constructive. Autrement dit, la personne sujette à une obligation de loyauté doit, à l'instar du mandant en droit privé québécois, rendre compte de sa gestion et restituer au mandant toute somme reçue dans le cadre de sa relation contractuelle⁷⁴.

Pour établir pareil lien, le juge Gonthier a dû nécessairement faire appel à une notion qui n'était pas incorporée au *Code civil*, soit l'obligation de loyauté du salarié envers son employeur. Agissant ainsi, a-t-il créé un droit ou une normativité en marge du droit civil?

⁶⁸ H. Patrick Glenn, « A Western Legal Tradition? » dans Janet Walker et Oscar G. Chase, *supra* note 65, 601 à la p 612 [Glenn, « Tradition »].

⁶⁹ Loïc Cadiet, « Avenir des catégories, catégories de l'avenir : perspectives » dans Janet Walker et Oscar G. Chase, *supra* note 65, 635, à la p 644.

⁷⁰ Glenn, « Tradition », *supra* note 68 à la p 604.

⁷¹ *Ibid* aux pp 612-613.

⁷² Glenn, « Cour suprême », *supra* note 66 à la p 152.

⁷³ *Ibid* aux pp 167-168.

⁷⁴ *Kuet Leong Ng*, *supra* note 9 aux pp 439-440.

Nous ne le croyons pas. Pour certains, le droit préexiste la normativité proprement dite⁷⁵. Il en est ainsi autant pour le droit civil que pour la common law. Ainsi, l'affirmation courante selon laquelle le juge en common law fait le droit est plutôt une illusion. Il ne fait que dire le droit⁷⁶. Au même titre, en droit civil, la jurisprudence et la doctrine ne font qu'assurer la fécondité du droit civil, elles n'en sont pas la source⁷⁷. Or, le droit existe antérieurement à ce que l'on estimait être ses sources traditionnelles, la loi, la jurisprudence et la doctrine⁷⁸.

Si le droit ne se trouve pas dans ses sources traditionnelles, d'où provient-il? Nous savons que ni le *Code civil du Bas-Canada* et ni le *Code civil du Québec* ne contiennent tout le droit. Au besoin, d'où provient le droit applicable à une situation non prévue? Selon le professeur Glenn, le droit provient avant tout des sources énoncées dans la disposition préliminaire du C.c.Q.⁷⁹. Or, cette disposition énonce que le C.c.Q. régit en harmonie avec la *Charte des droits et libertés de la personne* et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les liens. Au deuxième alinéa, elle dispose que le Code est constitué d'un ensemble de règles dont le droit commun. Sans analyser en détail l'évolution de la notion d'obligation de bonne foi en droit civil, c'est en vertu de ce principe que les auteurs et la jurisprudence ont peu à peu forgé la notion d'obligation de bonne foi empruntée au Code Napoléon, source de ce droit commun. Cependant, on oublie souvent de citer pareille disposition sous le C.c.B.-C. Il s'agit de l'article 2712 qui énonce :

Les lois en force, lors de la mise en forme de ce code, sont abrogées dans les cas :

où il contient une disposition qui expressément ou implicitement se défait;

où elles sont contraires et incompatibles avec les dispositions qu'il contient;

où il contient des dispositions expresses sur un sujet particulier de telles lois.

(ë)

Issues d'une tradition commune, plus on remonte dans le temps, plus il est aisé d'affirmer que les deux traditions que sont le droit civil et la common law auraient autant de sources l'une que l'autre⁸⁰. Ainsi, en élargissant les sources des deux traditions juridiques, on ne procéderait

⁷⁵ Glenn, « Cour suprême », *supra* note 66 à la p 152.

⁷⁶ *Ibid* aux pp 167-168.

⁷⁷ *Ibid* à la p 166.

⁷⁸ *Ibid* à la p 166.

⁷⁹ *bid* à la p 165.

⁸⁰ *Ibid* à la p 168.

plus en droit civil d'une manière purement déductive, comme nous semblons le croire. Il en découle un caractère sociologique et transnational du droit civil. Le processus ne serait pas non plus inductif, mais plutôt analogique. Selon le professeur Glenn, c'est ainsi que :

«[è] par cette méthode, on cherche des liens, des éléments communs, entre le problème à résoudre et le modèle proposé, quelle que soit sa source institutionnelle. En adoptant cette méthode, la Cour s'aligne sur une longue tradition judiciaire, qui ne serait pas seulement celle du droit civil, selon laquelle le juge cherche en dehors de lui-même pour résoudre son problème [è]»⁸¹.

Aussi, le droit commun constitue un droit supplétif auquel nous faisons appel lorsque les sources locales ou positives font défaut⁸². Au Québec, ce droit commun fait appel, par exemple, au Code civil français d'où l'obligation de bonne foi a été importée d'abord par la jurisprudence et par la doctrine⁸³ et consacrée subséquemment par les articles 6 et 1375 C.c.Q.. À la rigueur, même le *Code civil du Québec* est supplétif à la volonté des parties et au droit commun⁸⁴. C'est ainsi que l'obligation de loyauté l'emporterait sur les dispositions faisant échec à la notion de lésion en droit civil québécois. Mais ce droit commun, outre ses sources proprement juridiques, tels les recensements et les gloses du droit romain, l'ancien droit et ses coutumes, tous les droits privés qui en découlent, le Code Napoléon, le *Code civil du Bas-Canada* et les autres normes, d'où provient-il? Autrement dit, existe-t-il des sources extrajuridiques qui finissent par être reconnues comme normes juridiques ou encore existe-t-il une seule normativité? En d'autres termes, le droit provient-il du néant? S'il existe au préalable, avant les lois, avant les jugements et avant la doctrine, comment fait-on pour le reconnaître?

4. Le processus de juridicisation de la confiance accrue

Lorsque nous traitons du droit commun, de quel corpus de droit s'agit-il? Le droit commun est en soi très englobant. Il englobe tant le droit positif étatique, que le droit positif multi-étatique, tels la francophonie ou encore le droit positif étranger issu de la même tradition,

⁸¹ *Ibid* à la p 169.

⁸² H. Patrick Glenn, « La disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, le droit commun et les principes généraux du droit » (2005) 46 C de D 339 à la p 343.

⁸³ *Ibid* aux pp 345-347.

⁸⁴ *Ibid* aux pp 351-352.

aussi bien que le droit historique et les traditions sociales⁸⁵. À la lumière de ce qui précède, comment une norme sociale, tel le respect de la confiance, voire l'obligation de loyauté, en vient-elle à être reconnue et sanctionnée formellement par la norme juridique? Pareille reconnaissance se manifeste lorsque la sanction pour le non-respect de l'obligation de loyauté se transforme d'une réprobation purement sociale à une normativité susceptible de sanction et exécutoire prescrite par la norme juridique. Pour certains, c'est ainsi que les coutumes d'ordre social seraient source de droit⁸⁶.

Or, cette coutume que l'on qualifie d'« information » normative en vient peu à peu à se tailler une place de normativité juridique. Le processus de juridicisation commence par une information normative qui se perpétue dans le temps⁸⁷. Cette source traditionnelle d'information normative appelée tradition a une pérennité remarquable. Elle perdure à travers le temps. Il en est ainsi des traditions juridiques qui, dans l'histoire, se sont éteintes pour refaire surface éventuellement. Tel a été le cas de la tradition du droit romain qui cessait d'être utilisée du V^e au XII^e siècle A.D. pour refaire surface ultérieurement⁸⁸.

Mais comment distingue-t-on l'information normative de la norme juridique proprement dite? Les deux normes ne s'opposent pas véritablement. La norme informationnelle est une norme juridique sur le point d'en devenir. La norme juridique ou le corpus juridique se veut englobant au point d'incorporer une masse considérable de normes informationnelles créées et saisies au fil des ans⁸⁹. Ainsi, la distinction entre l'une et l'autre n'est pas toujours claire⁹⁰. Deux exemples jurisprudentiels récents seront illustrés. Il s'agit des arrêts de la Cour suprême du Canada dans *Calder v. British Columbia (A.G.)*⁹¹ et *Bruker c. Markovitz*⁹². Dans *Calder*, la Cour suprême du Canada consacre des réclamations territoriales aborigènes que l'on qualifiait de « so general and undefined that it is not realistic to think of them as specific claims capable of remedy »⁹³. En revanche, dans l'affaire *Bruker*, la Cour suprême reconnaît et rend

⁸⁵ *Ibid* aux pp 344-347.

⁸⁶ H. Patrick Glenn, « A Concept of Legal Tradition » (2008-2009) 34 *Queen's LJ* 427 à la p 430, 431, 434 [Glenn, « Concept »].

⁸⁷ *Ibid* aux pp 431, 432, 435.

⁸⁸ *Ibid* aux pp 433-435.

⁸⁹ *Ibid* à la p 438.

⁹⁰ *Ibid* à la p 437.

⁹¹ [1973] RCS 313, [1973] 4 WWR 1.

⁹² 2007 CSC 54, [2007] 3 RCS 607.

⁹³ Glenn, « Concept », *supra* note 86 à la p 438.

exécutoire un contrat ayant pour objet l'exécution d'un divorce de tradition religieuse juive (*get*). On concilie à la fois normativité juridique et normativité religieuse.

En matière d'obligation de bonne foi, le droit québécois empruntait, tout récemment, les principes de droit commun implicites, non formulés, mais tout de même en vigueur dans la tradition juridique francophone pour convertir peu à peu cette information normative en norme juridique dans le *Code civil du Québec*⁹⁴. Il en est ainsi en matière d'obligation de loyauté du salarié qui fut, à la suite de sa consécration dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, codifiée à l'article 2088 du *Code civil du Québec*. Pour le principe corrélatif de la confiance accrue qu'est l'obligation de loyauté et les sanctions accrues qu'il commande, sa pérennité en droit civil québécois continue d'exister à travers l'arrêt *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng* et l'arrêt *Laflamme*. Mais à quel moment pouvons-nous dire que cette conversion d'information normative s'est convertie en norme juridique? Nous avons dit qu'il n'est pas toujours aisé de distinguer entre l'une et l'autre mais, à certains moments, il nous paraît possible de saisir le moment de la cristallisation de la norme informationnelle qui se convertit en norme juridique. Le professeur Carbonnier donne un exemple éloquent où une règle de courtoisie se convertit en norme juridique :

L'automobiliste qui veut faire sortir sa voiture d'un immeuble a le devoir de laisser passer d'abord les piétons marchant sur le trottoir qu'il va traverser. C'est une règle de *courtoisie*, mais qui se prolonge en règle de prudence et qui va se transformer après coup en règle de droit si sa violation cause un dommage : la responsabilité civile de l'automobiliste sera engagée [italiques dans l'original]⁹⁵.

L'on pourrait saisir la même cristallisation dans l'affaire *Laflamme* lorsque le juge Gonthier consacre l'obligation de loyauté et sa sanction et la diminution corrélatrice de l'obligation de vigilance du client à l'encontre de la maxime *Caveat Emptor*, lorsqu'il décrit avec sensibilité et grande éloquence les effets psychologiques qu'entraîne le climat de confiance pour le client du conseiller financier :

J'ajouterais que le sentiment de confiance dont est empreint le contrat de mandat a aussi un effet appréciable sur l'état d'esprit du client, victime de la faute du gestionnaire. Cette confiance, en l'espèce, c'est la croyance acquise en la valeur professionnelle du gestionnaire qui fait que le client, surtout non averti, puisse être incapable ou du moins hésitant à croire à son incompétence.

⁹⁴ Sur la question de concept implicite non formulé et résiduel, voir Michel Coutu, « Juridicité et normativité dans la théorie socio-juridique de R.A. Macdonald » (1997) 28 RGD 337.

⁹⁵ « Paris, 29 mars 1962, *JCP*, 62, 2, 12874 », cité dans Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1994 à la p 308.

Tant la confiance que le désarroi suite à sa perte rendent alors d'autant plus difficile pour la victime la prise en main de la situation. L'œveil face à l'œtendue du préjudice est plus lent. Il faut tenir compte de cette réalité, que le gestionnaire a lui-même créée en se présentant comme un professionnel digne de confiance, avant de reprocher à la victime un manque de diligence à minimiser les dommages [ë]⁹⁶.

Conclusion

Le juge Charles D. Gonthier nous lègue la consécration juridique de l'obligation de loyauté comme corolaire d'une confiance accrue placée par un contractant à son cocontractant. Il s'agit là de la reconnaissance implicite d'une sous-catégorie d'une obligation plus spécifique mais jadis générale, soit l'obligation de bonne foi. L'article 2088 C.c.Q. est un exemple légué par le juge Charles D. Gonthier dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*. De même, l'article 2138 C.c.Q. est un exemple de consécration de l'obligation de loyauté de celui qui agit au nom d'autrui, telle que reconnue dans l'arrêt *Laflamme*. L'héritage du juge Gonthier se reflète aussi par l'imposition d'une sanction accrue en cas de manquement de l'obligation de loyauté du professionnel de même que par un allègement des obligations de la victime. Pareilles reconnaissances ne sont pas faites *contra legem* ni empruntées à la common law. Cette juridicisation de l'obligation de loyauté s'inscrit dans la tradition civiliste qui est somme toute ouverte et supplétive. Elle relève du droit commun. Dans cette perspective, le droit civil comprend aussi ses traditions sociales extrinsèques sujettes à juridicisation.

⁹⁶ *Laflamme*, supra note 10 au para 54, cité et commenté dans Crête, supra note 439 aux para 85 et suiv.