

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

Section du droit civil

**RECOURS EN CAS D'ILLÉGALITÉ:
OÙ SOMMES-NOUS APRÈS VINGT ANS?**

Par

MARY ANN WALDRON

**Vice-présidente associée, affaires juridiques et professeure de droit,
Université de Victoria**

**Fredericton, N-B.
Août 10 – 14, 2003**

Recours en cas d'illégalité : où sommes-nous après vingt ans?

par

Mary Anne Waldron*

Vice-présidente associée, affaires juridiques et professeure de droit, université de Victoria

INTRODUCTION

[1] Il y a vingt ans, en 1983, la Law Reform Commission of British Columbia a publié un rapport exhaustif sur le droit régissant les transactions illégales¹. Le rapport invoquait la promulgation d'une loi sur les transactions illégales qui aurait essentiellement réformé les aspects réparateurs de ce domaine du droit, abolissant le schéma de redressement en common law et donnant aux tribunaux un vaste éventail de pouvoirs réparateurs. Le détail de ce projet de loi sera abordé plus loin.

[2] Aucune mesure législative n'a été adoptée. La Law Reform Commission a été dissoute et son organisme successeur, le British Columbia Law Institute, a été constitué en personne morale en 1997 en vertu de la *Provincial Society Act*. En 1998, l'institut a repris le rapport de 1983 et, le combinant avec plusieurs autres initiatives du droit des obligations, a recommandé l'adoption d'une loi intitulée *Contract Law Reform Act*² renfermant des dispositions essentiellement semblables. Cette loi visait à regrouper les dispositions relatives aux contrats visées par les dispositions actuelles de la *Law and Equity Act* et de la *Frustrated Contracts Act* et à mettre en œuvre trois rapports de la Law Reform Commission que la législature n'avait pas encore mis à exécution, y compris le Report on Illegal Transactions³.

[3] À l'instar du rapport de la Law Reform Commission, le rapport du British Columbia Law Institute a été négligé en partie parce que la réforme du droit des obligations semblait une préoccupation banale dans un environnement politique miné par des menaces économiques graves à la prospérité de la province conjuguées à des divisions idéologiques profondes. Or, la British Columbia Law Reform Commission avait toujours su faire accepter ses recommandations. Ses projets avaient tendance à être incrémentiels, dans le véritable sens du terme, en ce qu'ils s'adaptaient au système juridique actuel et l'exploitaient au maximum. Toujours pratiques, ils offraient des effets importants malgré que les modifications soient restreintes; et leur influence était plutôt pragmatique qu'idéologique. L'aspect tragique de l'histoire de la Commission, peut-on présumer, consiste en ce qu'elle était utile mais peu prestigieuse, et c'est sans doute ce manque de prestige qui a incité le gouvernement à décider, dans un monde très axé sur la publicité, qu'elle avait perdu son utilité.

[4] Lors de la publication du Report on Illegal Transactions, la Commission a envisagé la solution de rechange à la réforme, en particulier, la suggestion que les tribunaux

* Mes sincères remerciements à M^{me} Jacqueline Lèveille pour son excellent travail de recherche durant la préparation de cet exposé.

s'occupent de la question sans législation. Le principe distinct d'enrichissement sans cause formulé dans le droit canadien par la Cour suprême dans la cause *Degelman c. Guaranty Trust Co of Canada*⁴, approfondi et confirmé par ce tribunal dans la cause *Pettkus c. Becker*⁵ en 1980, semblait préfigurer la révision de certains aspects moins intéressants de la loi régissant les transactions illégales. Cependant, la Commission n'était pas optimiste. Elle déclarait :

Nous devons déclarer d'emblée notre conclusion, à savoir qu'attendre une réforme judiciaire n'est pas une solution de rechange pratique. En effet, le processus de réforme judiciaire est désordonné, dans l'hypothèse la plus optimiste, et les éléments menant à un changement d'orientation judiciaire important sont tributaires d'une correspondance heureuse entre les avocats, les juges, les faits et les ressources... Même si une cause appropriée suscitait un argument favorable à une réforme judiciaire (et nous n'en connaissons aucune en ce moment), rien ne garantit que l'adoption de l'enrichissement sans cause comme principe directeur en résulterait. La loi actuelle est bien enchâssée...⁶

[5] Cet exposé vise à réexaminer la prévision de la Commission vingt ans après qu'elle a été écrite. Après avoir revu le travail de la Commission et ses répercussions à la lumière des discussions subséquentes dans les milieux universitaires, j'examinerai les plus importantes décisions rendues dans le domaine des transactions illégales au cours des vingt dernières années. L'examen a un double objectif : premièrement, à la lumière du principe d'enrichissement sans cause maintenant bien enchâssé dans le droit canadien, j'examinerai si les analyses des transactions illégales des tribunaux semblent avoir bien exploité les outils disponibles; deuxièmement, à la lumière de la portée beaucoup plus vaste des recommandations de la Commission, j'essaierai de prédire si les résultats des causes envisagées eussent été différents si les tribunaux avaient disposé d'une loi concernant les transactions illégales telle qu'envisagée par la Commission. Enfin, à la lumière de cette discussion, je réexaminerai les recommandations de la Commission pour tenter de déterminer leur pertinence actuelle et l'utilité d'y apporter des modifications mineures.

LE DROIT RÉGISSANT LES TRANSACTIONS ILLÉGALES

[6] Lorsque nous disons que le droit des obligations est un « droit privé », nous ne voulons pas dire qu'il est entièrement privé. Certes, si l'était, il ne constituerait pas un « droit », dans le sens commun du terme. C'est son enchâssement dans le droit public de l'État, pour que les parties puissent tirer parti des mécanismes d'application de l'État (particulièrement ceux des tribunaux), qui rend fiables les promesses mutuelles des parties dans le cadre de transactions commerciales et quasi-commerciales. La décision de l'État de protéger et d'appuyer, au moyen de mesures législatives et de jugements en common law, la capacité des gens à effectuer leurs propres opérations pour maximiser la

croissance économique, la sécurité et la stabilité confère au droit des obligations et des biens leur force et leur place dans la catégorie reconnue des « biens publics ».

[7] Pour ces raisons, il n'est pas étonnant que lorsque les promesses privées faites par les parties à une transaction entrent en conflit avec une disposition d'une loi de l'État ou avec un principe significatif qui sous-tend cette loi, l'éventualité que les tribunaux fournissent les mécanismes d'application nécessaires soit peu probable⁷. Le droit portant sur les transactions illégales⁸, partant, doit définir deux choses. Premièrement : quand une transaction « privée » entre-t-elle en conflit avec la loi ou la politique de l'État; et deuxièmement, quel est le résultat approprié si tel est le cas.

[8] Les catégories de transactions illégales sont nombreuses et variées. La majorité des écrivains les divisent en deux grandes catégories de contrats (ou, dans une optique plus vaste, de transactions) contraires aux politiques gouvernementales et contraires aux lois⁹. Mais cette division apparemment toute simple cache une grande complexité. Par exemple, le contrat peut être interdit par une loi ou enfreindre une politique que la loi semble appuyer, ou sa nature peut être légale et son exécution contrevenir à une loi. Qui plus est, les catégories de politiques d'ordre public de la common law sont classées de diverses façons¹⁰ et peuvent changer lorsque la conjoncture évolue. Ainsi, historiquement les contrats de jeu de hasard étaient considérés illégaux¹¹. Cependant, confrontés à la question de l'exécution d'un contrat de jeu de hasard conclu dans une compétence où il était légal, les tribunaux ont déterminé que cette règle doit être modifiée et ont entrepris de la changer¹².

[9] Dans son rapport, la Law Reform Commission of British Columbia a étudié en détail les catégories et les classifications de l'illégalité matérielle¹³. Son excellente analyse ne sera pas répétée ici. On trouvera un sommaire utile mais moins détaillé dans le livre du professeur Waddams, *The Law of Contracts*¹⁴. Ni la British Columbia Law Reform Commission ni les autres réformes de la loi proposées ou adoptées ne contredisent les catégories d'illégalité ou leur légitimité. Comme on l'a mentionné précédemment, la capacité de l'État de s'abstenir d'utiliser son ensemble complet de mécanismes d'exécution parce qu'ils entrent en conflit avec l'intérêt public n'est pas mise en question ni en doute et les différentes classifications ne semblent pas obvier à une compréhension commune des principes du droit matériel.

[10] La Commission et d'autres entités se préoccupent plutôt des conséquences de cette illégalité. La « règle générale » (comme l'appelle la Commission) conjugue deux résultats distincts de l'illégalité¹⁵. Le contrat est jugé inexécutable par le tribunal. En outre, le tribunal refuse d'intervenir pour rajuster les droits des parties. En conséquence, dans le cas le plus simple (analysé dans le rapport de la Commission), un voleur de grand chemin qui poursuit son partenaire pour une dette n'est pas autorisé à poursuivre la

cause¹⁶; si un refus d'intervenir laisse une partie en meilleure ou en pire position, selon les préceptes d'équité, les tribunaux n'interviennent pas.

[11] Le bien-fondé de cette règle générale semble directement associé à la place que le droit privé occupe au sein du droit public, tel que mentionné précédemment. Le recours aux tribunaux pour exécuter les opérations privées ne remontait évidemment pas loin¹⁷ lorsque ces conséquences ont été analysés par Lord Mansfield dans la décision de principe de la cause *Holman v. Johnson*¹⁸. Cette cause souvent citée a articulé la politique selon laquelle le tribunal n'aide pas un demandeur qui a fondé une cause d'action sur un acte immoral ou illégal, mais que ce refus d'intervention légale ne vise pas à aider l'une ou l'autre des parties, chacune d'elles devant assumer les pertes qu'il a subies.

[12] Mais, bien qu'un principe de droit énonce que les arrangements privés ne doivent pas être encouragés lorsqu'ils sont en conflit avec l'ordre public adopté en common law ou par une loi, la nature rigide des conséquences rattachées à ce conflit ignorent des considérations d'ordre public distinctes susceptibles de survenir dans l'application de ces règles. Alors qu'en général un recours est dicté par la cause d'action (par exemple, les dommages pour perte de l'opération constituent le recours pour inexécution contractuelle), le droit en matière de recours est un système complexe et très nuancé. Par conséquent, la règle générale des dommages pour inexécution contractuelle est élargie par une analyse exhaustive de la nature des dommages pour perte de l'opération (expectancy damages) et des circonstances dans lesquelles un autre poste de dommages sera accordé à leur place.

[13] Cette complexité semble avoir échappé aux tribunaux envisageant le résultat d'une transaction illégale. En dépit des circonstances variées pouvant donner lieu à une illégalité, dont certaines sont sans doute plus horribles que d'autres, l'application brutale du principe général était limitée uniquement par des exceptions très étroites et techniques¹⁹. Une demanderesse qui a pu démontrer qu'elle n'était pas « à faute égale » avec le défendeur²⁰ parce qu'elle s'était repentie d'une transaction qui demeurerait essentiellement exécutoire²¹, avait agi par erreur de fait²² ou appartenait à la classe protégée par le principe enfreint par la transaction²³, n'a pas été privée de son recours par les tribunaux. Une autre exception, peut-être la plus technique, est survenue lorsque le demandeur a pu structurer sa cause d'action de façon à ce qu'elle ne repose pas sur la transaction illégale et a trouvé une autre source de droits²⁴. De façon semblable, si un tribunal pouvait utiliser son « crayon bleu » pour rayer les portions inadmissibles d'un contrat, le reste du contrat, pourvu qu'il soit suffisamment autonome, pourrait être exécuté²⁵.

[14] L'autre technique employée par les tribunaux pour éviter les conséquences brutales de la loi consistait à interpréter une loi de façon à ce que la politique législative n'impose pas l'invalidité de la transaction à l'étude. C'est uniquement dans ces cas que les

tribunaux ont effectué le genre d'analyse de l'intérêt public qui accompagne généralement l'élaboration d'un schéma de redressement. La portée de l'analyse était en outre limitée par le fait que la prétention qu'une transaction est illégale parce qu'elle enfreint l'intérêt public d'une loi n'est qu'une des nombreuses façons de présumer l'illégalité. Dans *St. John Shipping Corporation v. Joseph Rank Ltd.*²⁶, le juge Devlin a élaboré le principe appelé « rule of benevolent construction » (règle de l'interprétation bienveillante) par la Law Reform Commission. Lorsqu'un contrat n'est pas spécifiquement interdit par une loi, a maintenu le tribunal, on devrait hésiter à juger le contrat illégal et inexécutable à moins que la loi ne renferme une voie de conséquence nécessaire à cet effet.

[15] Dans cette cause, un contrat de transport a mené au surchargement d'un navire en vertu d'une loi britannique. La loi prévoyait des amendes pour ce genre de surchargement, mais l'amende était tellement faible que le transporteur aurait pu la régler et retenir d'importants bénéfices sur la transaction. Les expéditeurs ont refusé de payer les frais d'expédition et ont prétendu que le transporteur ne pouvait exécuter le contrat car il était illégal, contrevenant à la politique statutaire concernant le surchargement des navires. Le juge Devlin a souligné que pour déterminer si le contrat était exécutable, il fallait envisager le libellé, la portée et l'objet de la loi. Il a déterminé que cette loi ne renfermait pas de voie de conséquence nécessaire exigeant que les contrats résultant en un surchargement soient illégaux.

[16] Cette analyse d'ordre public, cependant, est utilisée par le tribunal à la première étape de son travail : celle qui permet de déterminer l'illégalité de la transaction. L'élaboration d'une méthode d'analyse semblable pour déterminer les conséquences de l'illégalité aurait été tout aussi logique. Un des cas les plus célèbres de l'application des conséquences des contrats illégaux démontre cela. Une loi destinée à protéger le public interdisait la vente de pommes non classées. Un exploitant a vendu des pommes non classées à un autre exploitant qui avait l'intention de les classer avant de les commercialiser et possédait l'équipement nécessaire pour le faire. Cependant, le tribunal a déclaré le contrat inexécutable et a autorisé l'acheteur à conserver les pommes sans les avoir payées. Aucune des exceptions techniques au principe général n'était applicable²⁷. Le ridicule de cette décision a été commenté, évidemment²⁸. Il est impossible de croire que de telles enfreintes à la loi devraient être traitées de la même façon qu'un contrat portant sur la perpétration d'un meurtre.

[17] Les tribunaux ont sans doute utilisé les exceptions techniques que j'ai mentionnées précédemment pour tenter d'atténuer la sévérité de la loi dans certains cas tout en conservant la règle générale. Elles reflétaient l'intuition innée du juge dans une cause particulière que la justice exigeait l'exécution du contrat ou, du moins, un certain ajustement des pertes subies par les parties. Comme l'a dit le professeur,

Ces règles techniques renferment un motif implicite d'application stricte, fondé sur une croyance, notamment, que la transaction devrait être exécutée pour une quelconque raison morale, inexprimée. Dans ces cas, des croyances différentes peuvent mener à des résultats radicalement semblables ou différents²⁹.

[18] Le résultat : un droit régissant les transactions illégales qui semblait immobilisé, enfermé dans des technicités du dix-neuvième siècle et incapable de répondre aux besoins du droit public ou privé.

[19] En constatant l'état du droit en 1983, donc, on avait l'impression qu'il fallait séparer une constatation d'illégalité des conséquences automatiques de la règle générale. En outre, il fallait persuader les tribunaux d'effectuer des analyses de l'intérêt public pour déterminer quelles conséquences étaient appropriées à une situation donnée.

LES RECOMMANDATIONS DE LA COMMISSION ET LES COMMENTAIRES SUBSÉQUENTS

[20] La Commission a traité ce problème en recommandant d'abord la confirmation de la règle d'inexécution et de non-intervention et l'abolition de toutes les méthodes inventées par les tribunaux pour la contourner. Ces méthodes furent remplacées par une liste exhaustive de recours éventuels comprenant ceux ayant pu être accordés si le contrat n'avait pas été déclaré illégal. En outre, la Commission a précisé des recours tels que la restitution, la compensation, la réparation des pertes, une déclaration, des ordonnances de dévolution des biens et un pouvoir de divisibilité élargi³⁰.

[21] Dans la section suivante, la Commission a présenté un schéma d'orientation pour l'analyse de l'intérêt public que les tribunaux semblaient refuser d'effectuer. La section proposée mentionnait en conclusion un pouvoir d'examiner « tout autre facteur que le tribunal considère pertinent », mais la Commission portait spécifiquement à l'attention du tribunal des questions telles que l'intérêt public, les facteurs inhérents à la relation des parties, les connaissances des parties, la scène d'exécution du contrat, la conformité subséquente aux exigences législatives et les conséquences découlant du refus d'accorder un recours³¹.

[22] On peut soutenir que l'aspect le plus important de la proposition de la Commission est qu'elle prévoit une analyse de l'intérêt public dissociée des conséquences de l'illégalité, une fois celle-ci déterminée. L'élimination complète des exceptions juridiques précédentes³², conjuguée à une vaste liste de recours et à la nécessité de fonder le choix de recours sur un examen d'un grand nombre de facteurs, aurait du donner aux tribunaux un nouveau départ pour l'élaboration en common law des aspects réparateurs des causes de transactions illégales.

[23] On peut justifier un tel nouveau départ ne serait-ce que pour la reconnaissance générale dans la loi, depuis *Holman v. Johnson*³³, que la politique législative, en plus de refuser de favoriser les opérations privées immorales ou illégales en leur accordant les droits d'exécution inhérents aux autres transactions privées, abhorre l'enrichissement d'une partie aux dépens d'une autre sans justification juridique pour la rétention de l'avantage. Le professeur John McCamus a discuté des effets profonds de ce développement de la common law sur la réforme du droit portant sur les transactions illégales dans son article « Restitutionary Recovery of Benefits Conferred Under Contracts in Conflict with Statutory Policy – the New Golden Rule »³⁴, rédigé seulement quatre ans après les travaux de la Law Reform Commission.

[24] Dans cet article, le professeur McCamus a déclaré qu'une analyse de l'intérêt public semblable à celle portant sur l'illégalité d'un contrat dans *St. John Shipping*³⁵ permettrait de déterminer le recours devant être accordé après qu'un contrat a été déclaré illégal. Il a proposé que l'on évalue les demandes de restitution aux termes des contrats illégaux à la lumière de l'objet et de la structure du texte législatif ou du règlement rendant la transaction inexécutable; que le refus du redressement par restitution devrait exiger que l'on détermine s'il est nécessaire de « supprimer » la politique législative exigeant le rétablissement des avantages transférés aux termes de transactions inefficaces pour donner effet au texte législatif ou au règlement créant l'illégalité. Le professeur McCamus a également soutenu, mais de façon moins convaincante, que les exceptions actuelles à la règle de non-intervention des tribunaux inhérente à certaines doctrines telles que l'éventualité d'un redressement pour les parties non « à faute égale » fournissaient le soutien doctrinal nécessaire pour cet avancement du pouvoir judiciaire.

[25] Il est intéressant de noter que dans la majorité des cas où une transaction est déclarée illégale, l'objection majeure aujourd'hui serait sans doute que la règle générale appliquée par les tribunaux entraînera un avantage fortuit pour le défendeur³⁶. De nos jours, la rétention d'un avantage obtenu illégalement aux dépens d'une autre personne et retenu sans justification légale paraîtrait sans doute contrevenir la politique législative tout autant que de nombreuses formes d'illégalité contractuelle³⁷. Cette revendication de politique contradictoire pour l'application de la réparation par restitution favorise l'application de celle-ci même en cas d'illégalité et pourrait expliquer pourquoi la « restitution » figure en tête de liste des types de recours particuliers que la loi autoriserait un tribunal à accorder. Cependant, la proposition de la B.C. Law Reform Commission allait beaucoup plus loin que cela, permettant même l'exécution du contrat.

[26] Les remèdes axés sur la restitution constituaient également le fondement des recommandations relatives au traitement des contrats illégaux présentées par la Commission de réforme du droit de l'Ontario dans un des chapitres de « Report on Amendment of the Law of Contracts » publié en 1987³⁸. Contrairement au rapport de la British Columbia Law Reform Commission, cependant, le rapport ontarien restreignait

davantage la portée des actions du tribunal, limitant celles-ci à la restitution ou à une indemnisation. Il ne mentionnait pas le pouvoir préconisé par le rapport de la British Columbia Law Reform Commission, à savoir permettre d'accorder n'importe quel recours susceptible d'avoir été octroyé si la transaction n'avait pas été illégale, ni bon nombre des recours additionnels mentionnés.

[27] Le professeur Leon Trakman a critiqué cette approche dans son article intitulé « Porridge or Scrambled Eggs »³⁹ dans lequel il affirmait que la common law, critiquée dans le rapport, était essentiellement préservée, conservant le pouvoir des juges de trancher sur l'illégalité mais diminuant leur pouvoir de créer un nouveau schéma de recours en retenant aussi le cadre réparateur actuel légèrement modifié⁴⁰. Cependant, le professeur Trakman a admis qu'il s'opposait en partie au rapport parce qu'il estimait qu'il était fondé sur des prémisses douteuses concernant la nature du rôle de la justice dans les affaires privées et publiques et reposait sur une confiance discutable envers la common law, en l'absence d'une confiance comparable envers les juges⁴¹.

[28] L'approche de la British Columbia Law Reform Commission semble moins incohérente. En effet, tout en répudiant la common law édiflée jusque là par le pouvoir judiciaire dans le domaine des conséquences des contrats illégaux, elle préconise un développement de la common law fondé sur des principes d'intérêt public plus modernes. Le professeur Trakman s'opposait également au rapport ontarien sous prétexte que, à l'instar de l'approche de la Nouvelle-Zélande,

Le Rapport hausse l'équité entre les parties au niveau d'un intérêt public... Les intérêts publics plus traditionnels, notamment ceux qui se rapportent à la gravité de l'enfreinte commise par les parties, deviennent de simples abstractions dont il faut tenir compte comme facteurs additionnels même s'ils sont essentiellement amorphes⁴².

[29] Respectueusement, la suggestion que le traitement de cette distinction public/privé engage le rapport dans la voie d'un dualisme douteux⁴³ semble elle-même fondée sur une croyance dualiste que l'enchâssement du droit privé dans le régime public ne dessert pas les objectifs publics et que la prévention de l'enrichissement sans cause découlant des transactions privées ne devrait pas être considérée également comme un bien public. Les recommandations de la British Columbia Law Reform Commission semblent appuyer ce que je préfère appeler les aspects multiples du bien public.

[30] Mais nonobstant le raisonnement convaincant de la Commission et son appui envers l'élaboration d'une politique juridique solide en faveur de la restitution, il n'y a pas eu de réforme législative. Au lieu de cela, on a laissé les tribunaux continuer comme avant, influencés, il est vrai, par le développement du droit de l'enrichissement sans cause, mais également alourdis sous le poids d'un pouvoir judiciaire qui avait été incapable d'envisager la possibilité que l'ingérence d'un tribunal dans une transaction privée

déclarée illégale puisse être dans l'intérêt public. Cet exposé présentera maintenant une discussion de quelques causes canadiennes importantes survenues depuis la publication du rapport de la Law Reform Commission.

DÉVELOPPEMENTS DE LA COMMON LAW

[31] Sans orientation législative visant à éliminer les règles du passé, les tribunaux ont généralement traité l'illégalité dans une optique traditionnelle, continuant d'appliquer les exceptions techniques aux politiques d'inexécution et de non-ingérence. Bien que cette démarche ait souvent permis d'éviter les résultats plus flagrants de ces principes, un examen des causes suggère, et je cite le professeur Trakman, que,

Les tribunaux qui ne sont pas autorisés par la loi à accorder un ensemble complet de recours dans le cas de contrats illégaux sont généralement obligés d'adopter une autre forme d'activisme, souvent de nature technique ou fictive.⁴⁴

[32] L'application de ce genre d'exception dans les tribunaux semble confirmer que la conception classique de l'illégalité s'écroule et sera éliminée par un changement judiciaire lorsque les exceptions ne pourront plus être rationalisées par les tribunaux subséquents. Certes, au moins une cause respectée a défendu ce point⁴⁵ et a, dans le domaine du contrat illégal, adopté des principes radicaux qui rappellent l'approche recommandée par la Commission de la Colombie-Britannique.

[33] Cependant, comme je le démontrerai, les conséquences de cette décision ont été limitées et, par contraste, plusieurs décisions plus récentes ont illustré ce qui pourrait s'avérer un retour à la rigidité réparatrice du domaine. Qui plus est, des décisions dans les domaines connexes de l'inexécution et de l'excès de pouvoir ont illustré les difficultés inhérentes à la différenciation entre ces domaines du droit et le concept de l'illégalité. Elles justifient la nécessité de réformer le droit portant sur l'illégalité pour que les différences de catégorisation produisent des résultats moins incompatibles.

A) Opinions traditionnelles sur la doctrine de l'illégalité

i) La jurisprudence

[34] On retrouve une application classique des doctrines des contrats illégaux dans la décision de la Cour suprême du Canada dans *Continental Bank Leasing Corporation c. Canada*⁴⁶. La cause portait sur une réévaluation de Continental Bank Leasing en raison du fait que sa participation à une société en nom collectif était illégale et que, par conséquent, elle n'avait pas droit au traitement fiscal accordé à une association en nom collectif. Les motifs de l'illégalité étaient fondés sur une disposition dans la *Loi sur les banques*⁴⁷ interdisant aux banques de participer, directement ou indirectement, à des sociétés en nom collectif au Canada. Continental Bank Leasing était une filiale en

propriété exclusive de la Continental Bank of Canada. En conséquence, la Banque contrevenait une interdiction réglementaire directe d'être un investisseur dans Leasing.

[35] La participation de Leasing à la société collective a été attaquée pour deux motifs principaux : premièrement, l'article 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*⁴⁸ de l'Ontario disposait que la société en nom collectif était dissoute; deuxièmement, la participation de Leasing à la société en nom collectif était invalide parce qu'elle était contraire au volet ordre public de la *Loi sur les banques*. Les juges ont convenu que l'investissement de la Banque dans Leasing n'invalidait pas la transaction parce que les dispositions de l'article 20 (1) de la *Loi sur les banques* indiquent qu'une transaction bancaire n'est pas nulle du seul fait qu'elle est contraire à cette loi. Toutefois, il restait à juger si la participation de Leasing à la société en nom collectif était illégale parce que contraire aux principes fondés sur l'ordre public et, si elle était illégale, si cela invalidait l'association ou rendait le contrat d'association illégal.

[36] Les juges ont dis convenu des conclusions. La *Loi sur les sociétés en nom collectif* dispose qu'une société en nom collectif est « dissoute dans tous les cas où se produit un événement qui rend illégale soit l'exploitation de l'entreprise de la firme, soit son exploitation par les membres de la firme dans le cadre d'une société en nom collectif ». Les juges Bastarache et L'Heureux-Dube ont décidé que la doctrine de l'illégalité en common law rendait l'exploitation de l'entreprise par Leasing dans le cadre d'une société en nom collectif illégale. Le juge Bastarache a accepté que la démarche moderne visant à déterminer si un contrat contraire au volet ordre public d'une loi est nul dépend de l'objectif et de l'objet de l'interdiction. Après avoir envisagé ces facteurs, il a conclu « ...qu'il est contraire à l'ordre public de permettre aux parties à l'opération de profiter de leur violation délibérée des interdictions prévues par la *Loi sur les banques* »⁴⁹. À cause de cette observation, a-t-il poursuivi, l'article 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* entre automatiquement en jeu et rend la participation à la société en nom collectif nulle dès le départ.

[37] La majorité n'était pas d'accord que l'article 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* entrerait en jeu par suite de l'illégalité de la transaction. Ils ont fait une distinction très technique entre le terme « illégal » pour un contrat contraire à l'ordre public et l'usage du terme « unlawful » (à savoir contraire au droit, prohibé ou non autorisé par celui-ci) dans certaines lois telles que la *Loi sur les sociétés en nom collectif*⁵⁰. Ayant disposé de cette objection et sans citer la décision dans *St. John Shipping*⁵¹, mais en suivant clairement son mode d'analyse, le juge McLachlin a déterminé que les contraventions à la *Loi sur les Banques* n'entraînent pas l'invalidation du contrat d'association. Elle a déclaré qu'une décision contraire « introduirait de l'incertitude dans les affaires des particuliers et des entreprises ». De plus,

Le paragraphe 20(1) étaye donc le point de vue selon lequel le législateur fédéral n'a jamais voulu que les violations de la *Loi sur les banques* entraînent la nullité

des opérations des banques, y compris leurs investissements dans d'autres personnes morales, telle Leasing. Cela étaye l'argument que le législateur fédéral entendait non pas invalider des opérations par ailleurs légales mais plutôt créer une infraction punissable par des amendes⁵².

[38] La cause, comme on l'a déjà suggéré, n'est pas surprenante. Le tribunal a pu utiliser le test de l'interprétation bienveillante, renforcé dans le cas présent par les termes de la loi, pour dégager un résultat qui n'a pas satisfait l'Agence des douanes et du revenu du Canada mais a évité de créer une incertitude commerciale grave. L'aspect inquiétant de la cause est celui-ci : pour la minorité les conséquences de l'illégalité semblent inévitables. Tout en citant une décision qui préconisait une approche beaucoup plus souple à l'égard des conséquences de l'illégalité⁵³ (dont je parlerai en détail plus loin), la minorité n'a pas adopté cette souplesse. Des conséquences commerciales graves ont été évitées uniquement parce que la majorité a appliqué la tactique évasive traditionnelle de l'interprétation bienveillante en réponse à des résultats inacceptables.

[39] La décision de l'Alberta Court of Appeal dans *Love's Realty & Financial Services Ltd. v. Coronet Trust* est une autre cause dans laquelle le tribunal a exploité à bon escient le principe d'interprétation bienveillante⁵⁴. Dans cette cause, le juge d'appel Kearns a confirmé un contrat visant le paiement d'une commission conclu, mais non exécuté, avant que l'agent ait terminé le processus d'obtention du permis légalement requis. La loi interdisait d'intenter une poursuite pour obtenir une commission lorsque l'agent n'a pas obtenu son permis au moment où les services sont rendus. Le tribunal a jugé que le volet ordre public de la loi ne rend pas invalide un contrat d'inscription conclu avant que l'agent n'ait obtenu son permis si les services sont rendus après l'octroi du permis. Dans son jugement, le juge d'appel Kearns a appuyé la doctrine classique de l'illégalité et s'est fondé sur la discussion du droit de la British Columbia Law Reform Commission⁵⁵.

[40] La Cour suprême du Canada a également pu obtenir un résultat équitable en appliquant le droit traditionnel dans *Transamerica Life Insurance Co. of Canada c. Oldfield*⁵⁶. Dans cette cause, un assuré est décédé à la suite d'une crise cardiaque provoquée par la rupture d'un condom rempli de cocaïne qu'il transportait dans son estomac lors d'une opération de contrebande. Son ex-femme était la bénéficiaire désignée d'un contrat d'assurance souscrit dans le cadre d'un accord de séparation aux termes duquel le défunt avait accepté de maintenir une assurance vie jusqu'à ce que leurs deux enfants atteignent l'âge de dix-huit ans. L'assureur a invoqué l'existence d'un principe d'ordre public qui empêche le tribunal de contribuer à l'exécution d'un contrat d'assurance vie lorsque l'assuré décède accidentellement par suite d'un acte criminel qu'il a lui-même commis.

[41] L'autorité citée pour cette proposition comprenait la décision de 1992 de la Cour suprême du Canada dans *Brisette Estate c. Westbury Life Insurance Co*⁵⁷. Dans cette

cause, le mari avait assassiné sa femme. Le mari était l'assuré désigné. Le tribunal a refusé d'interpréter le contrat d'assurance de manière à céder les sommes assurées à la succession de la femme, dont les enfants mineurs auraient ensuite hérité. Le tribunal a fait une distinction avec *Brissette* parce que dans cette cause le tribunal avait jugé que toute demande de règlement devait être effectuée par le truchement du mari que l'acte illégal avait privé du droit de recevoir les fonds. Il ne fallait pas l'interpréter de façon à interdire une demande de règlement de la part d'un bénéficiaire innocent indépendamment des droits du criminel.

[42] Cette décision maintient la distinction traditionnelle entre les contrats illégaux de par leur formation et les contrats viciés par l'illégalité de leur exécution et les différents résultats rattachés à chaque catégorie. Les contrats illégaux de par leur formation sont entièrement inexécutables; par conséquent, si le contrat d'assurance était censé assurer le défunt pendant le trafic de la cocaïne, aucune demande de règlement n'aurait pu être présentée⁵⁸. Cependant, les contrats susceptibles d'être affectés par l'illégalité de leur exécution peuvent être exécutés par des parties innocentes dans les circonstances appropriées.

[43] Encore une fois, le tribunal a adopté une démarche fondamentalement conservatrice mais a réussi à obtenir un résultat équitable. Il a ensuite examiné la question à savoir si le résultat dans *Brissette*⁵⁹ et d'autres causes dans lesquelles la demande de règlement de parties également innocentes doit être présentée par le truchement de l'assureur ou de sa succession et partant est refusée devrait être modifié. Le tribunal a reconnu que la distinction est arbitraire et faisait référence à des propositions pour un test qui équilibrerait les questions d'ordre public et une réforme législative en Angleterre. Cependant, en dépit des commentaires favorables à l'égard de telles initiatives, le juge Major a décidé ce qui suit : « Je laisse le soin de trancher la question soit au législateur, soit au tribunal qui aura à statuer sur une affaire dans laquelle cette question se posera »⁶⁰.

[44] D'autres causes se sont enlisées dans les affres des exceptions aux principes généraux de l'inexécution et de la non-intervention. Les résultats dans ces causes, dont je vais discuter en détail, soulignent (d'après moi) l'artificialité de ces exceptions et les difficultés sans cesse associées à leur application.

[45] Dans *Ouston v. Zurowski*⁶¹, les codemandeurs ont intenté une poursuite pour recouvrer l'argent versé aux codéfendants dans le cadre d'une opération pyramidale illégale. Le contrat aux termes duquel l'argent avait été payé était présumé avoir renfermé une promesse par les codéfendants d'indemniser les codemandeurs au cas où ils perdraient leur argent. L'opération a pris fin lorsque le journal publia un article sur les opérations pyramidales illégales. Les codéfendants ont avisé les codemandeurs par téléphone qu'à la lumière de la publicité, le « conseil d'administration » ne se réunirait

pas pour le moment. Apparemment, les codemandeurs ont ensuite cessé toute participation à l'opération et ont intenté une poursuite en vue de recouvrer leur argent.

[46] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé que l'exception *locus poenitentiae* s'appliquait, concluant que le contrat n'était pas trop empreint de turpitude morale pour qu'un tribunal refuse d'en discuter, que le contrat avait été résilié alors qu'il était encore essentiellement inexécuté et que les codemandeurs avaient fait preuve d'un « repentir » suffisant. Bien qu'on puisse convenir qu'un contrat de jeu de hasard n'est pas très offensant, d'après les principes moraux actuels, les conclusions du tribunal sur les deux autres questions semblent problématiques.

[47] Dans cette cause, les codéfendants avaient inscrit suffisamment de participants pour recevoir leur bénéfice. Les codemandeurs avaient versé tous les fonds exigés d'eux. Les codemandeurs n'avaient pas encore inscrit suffisamment de participants pour dégager un bénéfice, mais avaient apparemment communiqué avec d'autres personnes, sans toutefois manifester beaucoup d'enthousiasme. Ces faits suggèrent qu'une partie importante de l'opération avait été exécutée. En outre, bien que le tribunal mentionne que les codemandeurs s'étaient retirés de l'opération, les faits décrits par le tribunal portent à croire que les codéfendants avaient décidé de mettre fin à l'opération à cause de la publicité. Cependant, le tribunal a jugé que les codemandeurs ignoraient que l'opération était illégale et avaient été incités frauduleusement par les codéfendants à croire que l'opération était légale. Les conclusions du tribunal tiennent sans doute davantage au sens moral voulant qu'il soit abusif de permettre aux codéfendants de retenir les contributions des codemandeurs qu'à l'exception technique à l'illégalité contractuelle sur laquelle la décision prétend reposer.

[48] Par contraste, l'Alberta Provincial Court en est venu à une conclusion contraire après avoir examiné des faits très semblables à ceux de *Ouston*⁶². Dans *Lefavre v. Green*⁶³, les codemandeurs ont également entamé une poursuite pour obtenir un remboursement des fonds versés au défendant aux termes d'une opération pyramidale illégale. Comme c'était le cas pour la cause *Ouston*, le défendant était un instigateur de l'opération et avait reçu son gain aléatoire; les codemandeurs avaient versé toutes les sommes exigées. L'opération a pris fin lorsqu'une publicité défavorable a incité le défendant à interrompre les réunions du « club ». Deux des codemandeurs, à l'instar des codemandeurs dans la cause *Ouston*, n'avaient pas recruté suffisamment de gens pour obtenir leur gain aléatoire. Cependant, le tribunal a jugé que l'opération avait trop progressé pour que les codemandeurs puissent tirer parti du *locus poenitentiae*. La vraie distinction entre les causes, il est suggéré, consiste en ce que le tribunal qui a entendu la cause *Green* a apparemment cru que les codemandeurs avaient de bonnes raisons de croire que l'opération était illégale. Selon les motifs traditionnels, cependant, cela n'aurait pas dû avoir d'incidence sur la question de savoir si le contrat avait procédé à un point tel que le *locus poenitentiae* n'était plus disponible⁶⁴.

[49] La décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Faraguna v. Storoz* constitue un autre exemple du recours à une approche technique pour adopter une démarche plus souple à l'égard d'un contrat illégal⁶⁵. Le demandeur et le défendeur avaient collaboré pour produire deux ensembles de documents portant sur la vente d'une propriété. Sur un des ensembles, on avait considérablement réduit le prix d'achat pour diminuer l'impôt payable sur le transfert de propriété. Le tribunal a jugé que les deux parties étaient « à faute égale » et a refusé de faire exécuter le remboursement réclamé par le défendeur au titre des faux documents. Cependant, le tribunal a accepté d'examiner un accord de vente conclu par les parties, destiné à couvrir les deux ensembles de documents, à part de l'illégalité et a permis aux pétitionnaires de recouvrer le petit montant dû, intérêt et taxes en sus, aux termes de cet accord.

[50] En l'absence de principe à appliquer pour déterminer l'opportunité d'un recours, les tribunaux peuvent également appliquer les doctrines de l'illégalité d'une manière qui reflète leur opinion personnelle plutôt que des conclusions rationnelles fondées sur l'ordre public. Telle était la nature de la décision, a-t-on suggéré, de la Newfoundland Court of Appeal dans la cause *Bursey v. Bursey*⁶⁶. Dans le cadre d'un accord de séparation, le mari a reçu de sa femme une indemnité représentant la moitié des taxes de ventes non payées éventuellement exigibles. Selon certains éléments de preuve, le mari avait fait croire à sa femme qu'elle ne serait pas tenue de payer l'indemnité tant qu'elle ne rapportait pas son défaut de payer, bien que le contrat n'ait pas été rédigé en ces termes et que les deux parties aient été représentées par un avocat. Après avoir été rapporté par une tierce partie, le mari a été obligé de payer environ 54 000 dollars et son avocat en a réclamé la moitié à sa femme aux termes de leur entente.

[51] Le tribunal a jugé que les éléments de preuve démontraient que le contrat avait été conclu pour permettre l'exécution d'un stratagème visant à frauder le fisc. En outre, il a déterminé que la femme était au courant du problème et du comportement illicite de son mari. Par conséquent, le contrat était illégal et le tribunal a refusé de le mettre à exécution. Étant donné qu'elle était la défenderesse, sa position était plus solide.

[52] Le juge de première instance avait déterminé que l'objectif de l'entente était d'empêcher la femme de rapporter le défaut de payer la taxe de vente de son mari. La Cour d'appel a jugé que cette conclusion était fondée, mais a déterminé de façon plus vaste que l'entente faisait partie d'une manœuvre frauduleuse pour éviter de payer la taxe. La façon dont cette entente pourrait faire partie d'une manœuvre frauduleuse pour éviter de payer la taxe reste diffuse. Les événements illégaux étaient déjà survenus et l'obligation existait. Le mari, ayant appris qu'on avait mal calculé son obligation fiscale quelques années auparavant, espérait, au moment de la conclusion de l'entente, qu'on ignorerait son défaut de payer. Ses espérances se sont avérées fausses lorsqu'une vérification comptable a révélé l'affaire.

[53] Les biens possédés par le mari et visés par la division de la propriété étaient manifestement beaucoup moins importants s'ils étaient assujettis à l'impôt. L'avocat a prétendu que l'indemnité visait à assurer la division équitable des biens. Bien qu'elle ait eu comme effet d'empêcher la femme de rapporter son défaut de paiement (si telle était sa volonté), il semble très peu probable que le mari n'a pas eu conscience que le silence de sa femme ne le protégerait pas entièrement. On se demande comment l'entente aurait pu renforcer une fraude fiscale déjà commise. L'entente semble plutôt avoir représenté une tentative pour préserver l'équité du règlement en cas de réévaluation. L'illégalité conclue par les tribunaux et leur refus d'intervenir ont presque certainement fait échec à cet objectif légitime.

ii) L'effet des recommandations de la British Columbia Law Reform Commission

[54] Les tribunaux appelés à juger les causes susmentionnées auraient clairement bénéficié de l'application de dispositions statutaires telles que celles recommandées par le Report on Illegal Transactions. Évidemment, on ne peut prédire exactement comment un juge va appliquer une analyse de l'intérêt public dans un cas précis. Cependant, un bref examen des causes discutées suggère que les tribunaux auraient tiré les mêmes conclusions, mais beaucoup plus directement, uniformément et simplement ou auraient pu obtenir un résultat équitable si la loi leur avait indiqué les facteurs pertinents.

[55] Les recommandations de la British Columbia Law Reform Commission ont préservé la doctrine de l'interprétation bienveillante⁶⁷ appliquée en fait par la majorité dans *Continental Bank*⁶⁸ et invoquée directement dans *Love's Realty*⁶⁹. Tel que formulé dans le projet de loi figurant dans les Proposals for a Contract Law Reform Act publiées plus tard, l'article pertinent aurait énoncé ce qui suit :

Un contrat ne doit pas être considéré comme illégal uniquement parce que son élaboration, son existence ou son exécution enfreint un texte législatif ou fait échec à son but à moins que le texte législatif ou l'atteinte de ce but ne l'exige clairement⁷⁰.

[56] Cet article aurait peut-être persuadé la minorité dans *Continental Bank*⁷¹ de décider que l'effet de l'article 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* n'entraîne pas en jeu et offrait à la majorité une voie beaucoup plus directe et moins technique pour tirer la conclusion à laquelle elle est arrivée. L'intention statutaire, clairement exprimée dans l'article 20(1) de la *Loi sur les banques* n'exige pas que les violations des dispositions de la *Loi sur les banques* entraînent la nullité des opérations des banques; en fait, la teneur de la loi semble être que la certitude commerciale (manifestement à risque si les infractions à la Loi rendaient les contrats inexécutables) est l'objectif premier du texte législatif. Par conséquent, le contrat n'étant pas illégal en vertu de cette analyse, l'article 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* n'entre pas en jeu et l'on n'est pas obligé de distinguer entre les termes « illégal » (contraire à l'ordre public) et « unlawful »

(contraire au droit, prohibé ou non autorisé par celui-ci) (tel que contemplé dans la *Loi sur les sociétés en nom collectif*).

[57] Évidemment, vu les conclusions des juges Bastarache and L'Heureux-Dube, à savoir qu'il était inadmissible que Leasing puisse tirer parti d'une manœuvre frauduleuse visant manifestement à éviter la *Loi sur les Banques* et à réduire ses impôts, rien dans les recommandations ne les aurait obligés à tirer une autre conclusion. Cependant, je soutiens qu'il aurait été plus difficile de maintenir cette conclusion si une loi avait forcé le tribunal à déterminer que l'intérêt public en vertu de la *Loi sur les banques* « impose clairement »⁷² l'illégalité de ces transactions.

[58] Les causes qui appliquent les exceptions traditionnelles à la doctrine, dont on a parlé précédemment, auraient tiré parti encore davantage du schéma législatif proposé dans la *Draft Act*. Les articles prévoyant un vaste éventail de recours, notamment la capacité de rendre toute ordonnance réparatrice qui aurait été rendue si le contrat n'avait pas été illégal⁷³, auraient certainement fourni au tribunal dans la cause *Oldfield*⁷⁴ suffisamment de souplesse pour traiter la question des paiements aux termes de contrats d'assurance vie en présence d'un crime dans une optique plus vaste et effectuer l'analyse de l'ordre public que les propositions réparatrices discutées mais non appliquées par le tribunal favorisaient. On aurait pu éliminer la règle brutale, certes technique et arbitraire dans la cause *Brisette*⁷⁵ à ce stage au lieu d'attendre d'autres jugements. Les tribunaux qui ont entendu les causes *Ouston*⁷⁶ et *Faraguna*⁷⁷ n'auraient pas été obligés d'utiliser et, pourrait-on soutenir, repousser les limites des doctrines juridiques techniques. Les deux causes auraient pu être résolues de la même façon à l'aide de la réparation par restitution.

[59] De façon similaire, si le tribunal dans la cause *Bursey*⁷⁸ avait été forcé d'appliquer une analyse distincte de l'intérêt public aux conséquences de l'illégalité (présumant qu'il aurait encore considéré l'entente comme illégale), il aurait pu envisager l'effet de l'inexécution de l'entente sur les modalités de l'accord de séparation qui, faut-il croire, a engendré des gains aléatoires pour la femme qui, au moment de l'entente, était au courant de la conduite illégale du mari ayant participé à ses activités et dont la part des biens matrimoniaux avait augmenté parce qu'elle avait tiré parti de la capacité (jusqu'alors) du mari d'éviter d'être repéré. Le jugement laisse supposer que la signature de la femme sur l'accord de séparation avait été obtenue frauduleusement bien que, tel que mentionné précédemment, elle avait été représentée par un avocat indépendant. Le tribunal aurait pu envisager explicitement ce facteur et le soupeser de concert avec les facteurs économiques pour arriver à résultat équitable.

B) Une cause prometteuse

i) La jurisprudence

[60] Le jugement de la Cour d'appel fédérale dans la cause *Still c. M.R.N.*⁷⁹ constitue le développement le plus prometteur du droit régissant les transactions illégales depuis les travaux de la Law Reform Commission. En esprit, cette cause reflète l'approche de la Commission car elle sépare l'analyse des causes de l'illégalité contractuelle de l'analyse des mesures à prendre à propos d'un contrat illégal et applique une analyse exhaustive de l'intérêt public à cette seconde question. La cause est d'autant plus remarquable que les faits n'appuyaient pas une action en réclamation pour enrichissement sans cause et que les développements dans ce domaine du droit n'ont pas aidé le tribunal.

[61] M^{me} Still, une citoyenne américaine, avait épousé un Canadien et immigré au Canada pour vivre avec son mari. Elle a présenté une demande en vue d'obtenir son statut de résident permanent et le document fourni par Immigration Canada l'a assurée qu'elle bénéficiait d'une exemption, pourvu que toutes les exigences soient satisfaites. Le document renfermait également une clause ambiguë dont l'interprétation aurait pu signifier qu'elle pouvait maintenant travailler au Canada sans entreprendre d'autres démarches. Elle a obtenu un poste de domestique et a travaillé environ cinq mois avant d'obtenir son statut de résident permanent. Un mois plus tard, elle a été mise à pied et a présenté une demande de prestations d'assurance-chômage. On lui a refusé ces prestations au motif que le contrat de louage de services était illégal pour avoir enfreint la *Loi sur l'immigration* et que son emploi n'était pas un emploi assurable en vertu de la législation sur l'assurance-chômage.

[62] La question de savoir si le contrat de louages de services de M^{me} Still était illégal est tout à fait claire. Le tribunal ne pouvait pas dans les circonstances compter sur une disposition d'une loi ou sur le test de l'interprétation bienveillante. Il a cité le paragraphe 18(1) du Règlement sur l'immigration qui « interdit à quiconque, à l'exception d'un citoyen canadien ou d'un résident permanent, de prendre un emploi au Canada sans une autorisation d'emploi en cours de validité »⁸⁰. Le tribunal a jugé que cette prohibition s'appliquait à la formation du contrat et qu'en vertu de la doctrine classique de l'illégalité celui-ci était nul *ab initio*.

[63] Après avoir commenté en faveur de la position classique et noté l'incohérence du développement et de l'application des exceptions y afférentes, le juge d'appel Robertson a formulé ce qui constituait, de fait, une nouvelle réponse à la question des conséquences éventuelles à une constatation d'illégalité. Il a cité le test comme suit :

Selon moi, c'est le principe (et non la règle) suivant qui exprime le mieux la théorie de l'illégalité d'origine législative dans le contexte fédéral : lorsqu'un contrat est explicitement ou implicitement interdit par une loi, un tribunal peut refuser d'accorder une réparation à une partie si, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, y compris l'objet de l'interdiction en question, il était contraire à l'intérêt public, reflété dans la réparation demandée, de le faire⁸¹.

[64] Il a ensuite appliqué ce test en analysant deux dimensions de l'ordre public susceptibles de l'emporter sur le droit de la demanderesse aux prestations d'assurance-chômage : le principe voulant qu'une personne ne devrait pas pouvoir tirer profit de son méfait et l'intérêt de ne pas affaiblir l'objet des lois en cause. Ayant examiné ces facteurs, il a déterminé que la bonne foi de M^{me} Still était un élément essentiel. Il a ajouté qu'en vertu de la *Loi sur l'immigration*, une pénalité pourrait être imposée à M^{me} Still uniquement si elle avait contrevenu sciemment à la loi; et pourtant, le résultat d'inadmissibilité aux prestations d'assurance-chômage imposait, de fait, une pénalité très dure. Après avoir terminé son analyse, le juge d'appel Robertson a accueilli l'appel de M^{me} Still.

ii) Le résultat des recommandations de la Law Reform Commission

[65] La décision dans la cause *Still*⁸² a été fortement appuyée⁸³. Comme je l'ai mentionné, son approche concordait avec celle du Rapport. Certes, le mécanisme d'analyse des politiques générales que le juge d'appel Robertson a utilisé pourrait servir de modèle aux tribunaux dans l'éventualité de l'adoption du projet de loi. Il semble que les travaux de la Commission aient influencé les démarches du tribunal, bien que le jugement ne mentionne pas leur apport explicitement⁸⁴. Cependant, le tribunal a cité les travaux et, du reste, le parallélisme de l'approche fondamentale est trop grand pour être ignoré.

[66] Par contre, bien qu'elle ait été approuvée, la décision *Still*⁸⁵ n'a pas prélué à un changement radical dans le droit portant sur les contrats illégaux⁸⁶. Cela n'a pas lieu d'étonner puisque, comme la Law Reform Commission l'a mentionné dans la citation mentionnée au début de cet exposé, l'évolution de la common law est tributaire d'une « correspondance heureuse entre les avocats, les juges, les faits et les ressources »⁸⁷. Cela est survenu dans la cause *Still*. Mais pour qu'un changement profond survienne dans la common law, il faudra que d'autres causes similaires adoptent l'approche de la cause *Still*. Dans une cause importante de la Cour d'appel, dont on discutera plus loin, l'approche *Still* aurait pu s'avérer très éclairante⁸⁸. Mais le tribunal ne l'a pas envisagée.

C) Causes semblables et leurs liens avec la doctrine de l'illégalité

[67] Le professeur McCamus a mentionné dans son exposé que les causes portant sur l'*ultra vires* et l'inapplicabilité suite à l'échec des formalités sont étroitement liées aux contrats illégaux⁸⁹. Lorsqu'un demandeur présente une réclamation fondée sur l'*ultra vires*, il maintient que l'acteur excède son autorité telle que limitée par la loi ou des documents produits en vertu de la loi; dans le cas de l'inapplicabilité, on a encore une fois transgressé une politique législative exigeant la conclusion de certaines formalités. Et pourtant, des cas tombant dans aucune de ces catégories, tout semblables qu'ils soient à de nombreuses revendications d'illégalité statutaire, ont été traités de la même que des

contrats considérés simplement illégaux. On a fourni de longues explications des différences⁹⁰, mais il reste que les revendications fondées sur l'*ultra vires* et l'inapplicabilité suite à l'échec des formalités se rapportent à des ententes formées contrairement aux politiques statutaires. Les arguments de fond en faveur d'un traitement différent semblent faibles.

i) Jurisprudence récente – *Ultra Vires*

[68] Dans la cause *Communities Economic Development Fund c. Canadian Pickles Corp.*⁹¹, le tribunal a jugé qu'une société constituée avait consenti un prêt en contravention de ses limites légales. La société a été créée pour favoriser le développement économique des communautés éloignées; le prêt en question a été consenti à Canadian Pickles Corp., une entreprise établie dans une communauté sise à une vingtaine de kilomètres au nord de Winnipeg. Le prêt consenti a été jugé *ultra vires* et donc nul. D'un point de vue pratique, ce résultat n'a pas nui au prêteur directement dans sa revendication contre l'emprunteur : le prêt totalisait 150 000 dollars et la société n'avait essentiellement aucun actif. Cependant, la Cour suprême du Canada a également jugé que l'invalidité du prêt empêchait le recouvrement au titre du cautionnement donné par un actionnaire de la société. Le tribunal a rejeté une réclamation en vertu du principe du recouvrement des sommes « reçues », parce que la caution n'avait reçu aucun argent; il a également jugé que le cautionnement, qui rendait les cautions responsables à titre de débiteurs principaux, ne s'appliquait pas dans le cas d'un prêt *ultra vires*. Sur stricte interprétation du contrat, a jugé le tribunal, l'action a échoué.

[69] John Swan a résolument critiqué cette décision dans son commentaire intitulé « The 'Void' Contract; Ultra Vires and Illegality »⁹². Le professeur Swan a souligné que les tribunaux ayant jugé que des prêts enfreignent une disposition statutaire ont tendance à utiliser le test de l'interprétation bienveillante et à confirmer la validité du contrat. En suggérant que le traitement par la Cour suprême des prêts *ultra vires* était anormal, il a précisé ce qui suit :

On pourrait, je crois, argumenter qu'on pourrait s'attendre à ce que les tribunaux aient plus de difficulté à rendre les contrats illégaux... exécutables qu'à permettre à une société de recouvrer un prêt *ultra vires*. Les contrats illégaux dégagent toujours une atmosphère criminelle et frauduleuse qui a souvent entravé l'exécution... Une atmosphère criminelle ne peut être facilement dégagée lorsqu'un prêt est simplement *ultra vires*. En ce sens, les causes comme celles que j'ai mentionnées constituent une autorité très solide pour l'exécution du prêt⁹³.

[70] Il opinait également que, étant donné que le tribunal aurait dû obliger la société à rembourser le prêt, le cautionnement aurait dû être exécuté. L'analyse technique du libellé du cautionnement ignorait, selon le professeur Swan, les intentions commerciales claires et raisonnables des parties⁹⁴.

ii) Les contrats *ultra vires* et la B.C. Law Reform Commission

[71] Quelqu'un a fait remarquer que les contrats *ultra vires* sont une espèce en voie de disparition; la majorité des lois corporatives générales accordent à une société la capacité et les pouvoirs d'une personne⁹⁵. Cependant, les sociétés créées en vertu d'une loi et diverses autres sociétés non constituées en vertu des lois commerciales générales peuvent, comme cette cause l'a démontré, être assujetties à la doctrine. Les arguments en faveur de traiter un contrat *ultra vires* comme un contrat illégal semblent, comme le soutient le professeur Swan, très puissants.

[72] Les recommandations de la Law Reform Commission, telles qu'énoncées dans le projet de loi intitulé *Contract Law Reform Act*, incluraient les contrats *ultra vires* dans la définition des « contrats illégaux ». Le régime de réparation de la Loi, notamment la préservation de la règle de l'interprétation bienveillante citée plus haut, aurait alors été applicable à de tels contrats. Le projet de loi définit un « contrat illégal » comme suit :

Un contrat qui de par sa création, son existence ou son exécution est nul, sans effet, illégal, « unlawful » (à savoir contraire au droit, prohibé ou non autorisé par celui-ci), invalide, inexécutable ou autrement ineffectif, ou au regard duquel aucune action ni instance ne peut être entamée en raison d'un texte législatif ou d'une règle de l'équité ou de la common law concernant les contrats contraires à l'intérêt public⁹⁶.

[73] Plusieurs exceptions suivent la définition mais aucune d'elles ne s'applique aux contrats *ultra vires*⁹⁷.

[74] À sa face même, un contrat *ultra vires* est sans effet en raison d'une règle de la common law qui rend invalides les contrats excédant le pouvoir et la capacité d'une société, selon la théorie que les pouvoirs des sociétés devraient se limiter aux objets et aux pouvoirs qui leur sont spécifiquement conférés⁹⁸. On pourrait avancer, au contraire, que les derniers mots de la définition citée (concernant les contrats contraires à l'intérêt public) ne s'appliquent pas nécessairement aux contrats rendus invalides par la doctrine d'*ultra vires*. Je propose, cependant, que les termes sont suffisamment vastes pour qu'un tribunal puisse les inclure s'il convenait que le traitement différent de celui des contrats illégaux et l'inflexibilité des règles d'*ultra vires* favorisent une telle inclusion. Pour une plus grande certitude, on pourrait ajouter un amendement élargissant la portée de la loi pour inclure les transactions *ultra vires*.

iii) La jurisprudence – contrats ne respectant pas les exigences de formalité

[75] On pourrait contraster le traitement sévère des contrats *ultra vires* – excédant même la rigidité de la loi portant sur les transactions illégales – et le traitement plus généreux des contrats qui ne respectent pas les exigences statutaires en matière de formalité. La

décision récente de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans la cause *Safeway Shouldering Ltd. v. Nackawic (Town)*⁹⁹ est révélatrice.

[76] Croyant à tort que la ville lui avait octroyé un contrat pour l'exécution des accotements de 5 km de route, M. Fox, propriétaire de Safeway Shouldering, a entrepris les travaux. Lorsqu'il a présenté une facture, on a refusé de la régler. La défense a maintenu que l'article 5 de la *Loi sur les municipalités*¹⁰⁰ rendait inexécutable tout contrat non revêtu d'un sceau et de la signature du maire ou du greffier. M. Fox avait agi à partir de ce qu'il croyait être un contrat oral seulement. Il a réclamé une réparation par restitution.

[77] Le tribunal a, sans difficulté, déterminé que la ville avait été enrichie par le travail de M. Fox et que sa société avait été, de ce fait, privée. L'argument principal dans la cause consistait à déterminer si l'objet de la loi devait servir de facteur pour déterminer l'existence d'un motif juridique libérant la ville de l'obligation de rétablir l'avantage reçu en payant une somme appropriée pour le service rendu. Le tribunal a maintenu que l'objectif de la loi pourrait être pertinent. Dans cette cause, il a également jugé que le fait d'admettre la revendication de restitution de Safeway n'entraverait pas indûment l'objet de cet article de la *Loi sur les municipalités* et a accordé la réparation à Safeway.

iv) Les recommandations de la Law Reform Commission

[78] La cause illustre l'application du droit de l'enrichissement sans cause dans un cas où un contrat est inexécutable faute de respecter les formalités requises. En tant que telle, elle n'est pas remarquable. Les causes sur l'illégalité des contrats ne sont pas mentionnées ni examinées et l'affaire est traitée comme une question tout à fait distincte.

[79] Cependant, à mon avis, l'approche du tribunal serait conforme au traitement des contrats illégaux en vertu de l'avant-projet de loi. Aux termes de cette loi, même si le contrat est prétendu illégal, le tribunal doit effectuer une analyse très semblable. Le résultat serait qu'un contrat illégal pourrait être traité sensiblement de la même façon qu'un contrat inexécutoire suite au défaut de respecter les exigences formelles.

[80] L'avant-projet de loi exclut expressément de son application « un contrat inexécutoire uniquement parce qu'il n'est pas écrit ni signé par la partie devant être accusée ou l'agent de cette partie »¹⁰¹. Le libellé de cette exclusion semble répondre directement aux exigences du Statute of Frauds ou, en Colombie-Britannique, aux restants du Statute of Frauds préservés par la *Law and Equity Act*¹⁰². Le motif de cette exclusion, selon le British Columbia Law Institute¹⁰³, est de préserver les fonctions de cette loi ayant fait l'objet d'un rapport antérieur de la Law Reform Commission¹⁰⁴. Les réformes mises en œuvre après ce rapport ont fourni au tribunal, dans les révisions que l'on retrouve présentement dans la *Law and Equity Act*, un ensemble complet de mesures

de redressement. Par conséquent, il n'était pas nécessaire d'inclure les contrats inexécutaires dans la portée de la loi.

[81] Il faudrait envisager deux questions en cas d'adoption des dispositions provisoires sur les transactions illégales. Premièrement, comme l'illustre la cause *Safeway*¹⁰⁵, le développement du droit relatif aux contrats inexécutaires pour défaut de formalité est très compatible avec le traitement des contrats illégaux recommandé par les nouvelles propositions. Le libellé des recommandations de la B.C. Law Reform Commission, cependant, n'indique pas clairement si une cause telle que *Safeway* tomberait sous le coup de l'exclusion ou non. Il ne semble pas que telle ait été l'intention. Deuxièmement, les compétences n'ayant pas adopté des réformes exhaustives équivalentes au Statute of Frauds devraient sérieusement envisager l'inclusion dans la loi des cas inexécutaires pour défaut de formalité.

D) Pas rétrogrades

i) Contrats d'intérêt illégal et la doctrine de la divisibilité

[82] L'amendement au *Code criminel* qui, en 1981¹⁰⁶, a ajouté l'article 347 interdisant les contrats portant un intérêt excédant 60 p. 100 par an ou la réception d'un tel intérêt a éveillé l'intérêt envers les recours en cas de transactions illégales. Au moment de la publication du Report on Illegal Transactions de la British Columbia Law Reform Commission, on commençait seulement à se rendre compte des répercussions de cet article sur le droit commercial. Dans la cause *Mira Design Co. Ltd. v. Seascope Holdings*¹⁰⁷, une décision citée par la Commission en première page de son rapport, le tribunal avait été confronté au premier cas d'un emprunteur avisé qui refusait de rembourser une importante obligation commerciale parce que le contrat contrevenait à l'article 347 du *Code criminel* et, partant, était illégal.

[83] De nombreuses causes alléguant des revendications semblables ont ensuite été portées devant les tribunaux civils. L'examen de chacune ou même d'un nombre important d'entre elles excède les limites de cet exposé. L'article 347 a été caractérisé de « disposition très problématique »¹⁰⁸ à cause de ses retombées pour les transactions commerciales. La Conférence pour l'uniformisation des lois du Canada a d'ailleurs entrepris un projet distinct traitant de la réforme de cet article et un exposé de l'auteur est affiché sur son site Web, citant les développements les plus récents de la jurisprudence qui a envisagé l'article dans un contexte commercial¹⁰⁹.

[84] Cet exposé traite également du volet redressement des causes. Cependant, étant donné qu'il constitue un développement très moderne, survenu en grande partie après les travaux de la Commission, on les abordera brièvement ainsi que les derniers développements en matière de droit correctif.

[85] Dès la cause *Mira Design*¹¹⁰, le tribunal a fait de la divisibilité un recours approprié pour la transaction commerciale fondée sur un contrat renfermant une clause qui prévoit ou laisse le prêteur recevoir un taux criminel. Les conditions de l'application de la divisibilité ont été énumérées dans l'arrêt-clé de la Cour d'appel de l'Ontario, *William E. Thomson Associates Inc. v. Carpenter*¹¹¹. Le tribunal a assujéti la divisibilité à la constatation que la partie inadmissible de l'entente puisse facilement être excisée du contrat; et que l'intérêt public favorise la divisibilité. La deuxième condition a incité le tribunal à examiner l'intérêt public et, notamment, le pouvoir de négociation des parties, à savoir si elles avaient l'intention d'enfreindre la loi et si les conséquences d'un refus de rompre eussent mené à un enrichissement sans cause. Dans la majorité des cas, la divisibilité a été accordée.

[86] Par le passé, on s'est servi du « crayon bleu » comme méthode de divisibilité. S'opposant, comme le font traditionnellement les tribunaux de common law, au remaniement de la transaction des parties, les tribunaux ont généralement effectué la division en excisant la disposition qui a occasionné l'acte criminel (telle qu'un bonus¹¹² ou, dans la cause *Mira Design*¹¹³, l'inflation du capital du prêt) ou en excisant toutes les dispositions relatives à une indemnisation pour la transaction¹¹⁴.

[87] Dans la cause *Transport North American Express Inc. v. New Solutions Financial Corp.*¹¹⁵, le juge de première instance a remis en question la nécessité d'utiliser la méthode du « crayon bleu », qualifiant cette procédure de relique d'une ère révolue au cours de laquelle les attitudes à l'égard de l'interprétation et de l'exécution des contrats étaient plus rigides qu'à l'époque actuelle¹¹⁶. Sa solution consistait à appliquer une divisibilité notionnelle, à savoir n'exciser aucune des dispositions de l'entente mais atténuer la disposition offensante de manière à ce que la somme recouvrable se limite au montant qui, conjugué aux autres frais constituant l'intérêt au titre du prêt, assujettirait le paiement au taux légal.

[88] La Cour de l'appel de l'Ontario a jugé que cette solution n'était pas compatible avec le précédent jurisprudentiel¹¹⁷. Examinant le test du « crayon bleu », elle a jugé qu'il s'agissait d'un moyen empirique d'exprimer la volonté du tribunal de diviser des clauses qui, techniquement séparées par l'entente ou combinées, regroupent en fait plusieurs clauses distinctes, dont certaines peuvent être exécutées légalement et indépendamment des autres. S'exprimant pour la majorité, le juge d'appel Rosenberg a déclaré :

Interprété de cette façon, je ne pense pas que le test de la divisibilité soit artificiel au point de ne pas être appliqué de manière à produire des résultats fondés sur des principes, compréhensibles et prévisibles¹¹⁸.

[89] Pour l'instant, cette décision semble avoir plafonné le développement créatif de la doctrine de la divisibilité par les tribunaux. Elle a été portée en appel devant la Cour suprême du Canada. En outre, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a récemment

déterminé que lorsque la question n'est pas la force exécutoire d'un contrat axé sur un intérêt illégal, mais l'allégation que le prêteur a reçu un paiement excédant le taux criminel (une contravention de l'alinéa 347(1) b) plutôt que de l'alinéa 347(1) a)), le tribunal peut permettre au prêteur de réclamer jusqu'à la limite de 60 p. 100¹¹⁹.

ii) La divisibilité et les recommandations de la Law Reform Commission

[90] La Law Reform Commission était également d'avis que le test du « crayon bleu » était indûment formel et rigide. Rejetant l'idée que cette méthode de divisibilité modifiait uniquement les termes du contrat plutôt que ses obligations, elle a proposé un pouvoir de divisibilité plus vaste axé non pas sur l'identification des phrases et des termes effaçables, mais sur l'identification des obligations que les tribunaux jugent non contraignantes et le maintien de la force exécutoire des autres obligations du contrat¹²⁰. Bien qu'on ait cru que cette méthode éliminerait les aspects formels du test du « crayon bleu », la Commission a refusé de conférer au tribunal le pouvoir général de réécrire le contrat rejeté comme il juge à propos¹²¹.

[91] On ignore si la formulation du test de divisibilité de la Law Reform Commission eusse autorisé la démarche de « divisibilité notionnelle » adoptée par le juge Cullity dans la cause *New Solutions*¹²². Dans cette cause, une indemnisation pour le prêt était payable aux termes de plusieurs dispositions, notamment des intérêts, des frais et une redevance. Le paiement des frais et de la redevance s'élevaient à environ 30 p. 100 par an. L'intérêt stipulé à 4 p. 100 par mois était calculé quotidiennement et payable mensuellement. Cela revenait en fait à un taux annuel effectif de 60,10 p. 100. C'est cette disposition d'intérêt que le tribunal proposait d'atténuer, la ramenant à un taux qui, conjugué aux autres droits et charges, n'excéderait pas 60 p. 100. Même si un tribunal est habilité à diviser les modalités du contrat en obligations distinctes au lieu de chercher une phrase facile à radier, il semble défendable que la disposition de 4 p. 100 constitue une seule obligation. Dans cette cause, les recommandations de la Law Reform Commission pourraient ne pas permettre la solution proposée par le juge de première instance.

[92] Faut-il favoriser une telle créativité? La question n'est pas facile. Dans cette cause, la démarche du juge Cullity donnerait aux parties une idée plus précise de ce qu'ils ont négocié que l'excision de l'entière obligation d'intérêt. En effet, quelles qu'aient été les diverses clauses d'indemnisation contenues dans l'entente, elles portaient toutes sur le paiement de sommes d'argent et sur les conclusions négociées par les parties concernant le rendement équitable du prêt. Bien que 60 p. 100 ne soit pas un taux aussi élevé que celui accepté par les parties, il est plus proche de celui-ci que le 30 p. 100 par an résultant d'une divisibilité traditionnelle.

[93] Mais il se peut que les causes visées par l'article 347 soient uniques parce que l'intérêt public de l'article et son entrée en action pour contrecarrer des transactions de

prêt compliquées sont chaudement débattus dans les milieux universitaires¹²³. En tant que fervente d'un amendement à l'article visant à réduire ou à exclure son application aux prêts commerciaux, j'admets que l'appui que j'accorde aux démarches du juge Cullity en vue de réduire l'influence de l'article sur la transaction est motivé davantage par mon opinion de l'intérêt public de cet article que par le sentiment qu'une telle interférence dans les obligations contractuelles est justifiée.

[94] On pourrait également avancer que le pouvoir conféré au tribunal dans les amendements proposés de donner effet à des recours pour inexécution de contrat comme si le contrat n'était pas illégal pourrait, dans la cause appropriée, être élargi pour exiger le remboursement intégral de l'indemnisation par l'emprunteur. Je crois que cela est peu probable car, pour ce faire, il faudrait qu'un acte criminel soit perpétré (réception d'un intérêt supérieur à 60 p. 100). Or, les pouvoirs que l'on propose d'accorder au tribunal, aussi vastes qu'ils soient, ne seraient jamais élargis autant.

iii) Un pas rétrograde dans les conséquences de l'illégalité statutaire : *Top Line Industries v. International Paper*¹²⁴

[95] Dans cette cause, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a utilisé une analyse traditionnelle et étroite du droit régissant les contrats illégaux pour empêcher un locateur de recouvrer l'usage et le loyer d'occupation.

[96] Le prétendu bail en question a été conclu innocemment par le locateur et le locataire, mais portait sur une parcelle de terrain non subdivisée pour une durée de plus de trois ans, en contravention de l'article 73 de la *Land Titles Act*. Cet article vise à protéger l'intégrité du processus de subdivision en rendant illégales les dispositions visant à louer des terrains non subdivisés, une méthode évidente pour éviter le processus de subdivision. Comme dans la cause *Still*¹²⁵, le tribunal n'avait probablement pas d'autre choix que de déclarer le bail illégal. Mais l'aspect le plus problématique de l'affaire, qui a suscité une énorme controverse, était la conclusion que non seulement le bail, en tant qu'acte de transport de propriété, était invalide mais que le document ne protégeait pas les droits personnels des parties. Nonobstant le principe de l'interprétation bienveillante, le contrat a également été jugé sans effet¹²⁶.

[97] Suite à cette décision, le locateur a présenté au tribunal une requête pour recevoir le loyer versé par le locataire durant l'instance judiciaire au tribunal en attendant l'issue de la cause en se basant sur un contrat implicite visant un loyer raisonnable. Le tribunal a refusé la requête, déterminant que, parce que le bail était illégal, le seul fondement sur lequel un contrat relatif au paiement d'un loyer aurait pu reposer était un bail mis en doute. Par conséquent, on ne pouvait trouver aucune requête indépendante pour obtenir un loyer sans s'appuyer sur le contrat illégal. Le tribunal a cité en l'approuvant un exposé du droit de la décision de 1869 dans l'affaire *Taylor v. Chester*¹²⁷. Le tribunal a déterminé

qu'il ne devait pas aider le locateur en appliquant une obligation découlant d'un contrat illégal.

iv) *Top Line*¹²⁸ et les recommandations de réforme de la British Columbia Report

[98] Si le tribunal qui a entendu la cause *Top Line* avait suivi la démarche énoncée dans *Still c. M.R.N.*¹²⁹ ou si le projet de loi *Contract Law Reform Act* avait été en vigueur, la décision aurait été très différente. Le fait que le bail soit illégal, même s'il fallait décider de l'illégalité du contrat, n'aurait pas dicté un refus du recours final. En étant autorisé à continuer d'occuper le terrain sans payer de loyer le locataire a été enrichi sans cause; le locateur de ce fait, démuné. Qui plus est, bien que la politique législative exige la résiliation de ce genre d'arrangement, il semble (dans un raisonnement analogue à celui de la cause *Still*) que la punition soit excessive pour une partie innocente de toute illégalité et outrepassé les démarches nécessaires au maintien de la politique législative.

[99] Les commentaires de la juge d'appel Newberry rédigeant au nom du tribunal soulignent plus clairement l'importance d'une réforme. Elle affirmait : « Je souligne en terminant que le locateur dans cette cause n'a pas plaidé ni invoqué l'intrusion ou l'enrichissement sans cause. »¹³⁰ Cela porte à croire que le résultat découle peut-être des technicités des plaidoiries. L'intrusion aurait pu conférer au locateur un droit indépendant lui permettant d'asseoir sa revendication sans faire référence à la transaction illégale. C'est une des exceptions les moins admirables à la doctrine classique¹³¹. On ne peut deviner si le tribunal eût autorisé une réclamation fondée sur l'enrichissement sans cause. Mais, le fait qu'il semblait croire qu'une réclamation fondée sur l'usage et un loyer d'occupation n'est pas étroitement liée à une réclamation d'enrichissement sans cause soulève des doutes sur cette question¹³². Il est évident que la législation devrait dégager les tribunaux d'une application aussi rigide de doctrines classiques déjà discréditées.

CONCLUSIONS

[100] Je soutiens que cet examen du droit corrobore la prédiction de la British Columbia Law Reform Commission il y a vingt ans, à savoir que le droit portant sur les recours en cas d'illégalité ne serait pas remanié par la common law. Malgré certains signes encourageants, nous sommes très loin d'une rationalisation et d'une réforme de la loi selon des principes plus modernes. La nature même de la common law, axée sur la recherche d'une cause appropriée pour apporter un changement incrémentiel, a créé beaucoup de confusion. Les technicités sont nombreuses. En outre, lorsqu'un tribunal laisse entendre qu'il est prêt à adopter une démarche plus avant-gardiste, sa bonne volonté n'est pas nécessairement émulée par les autres. La voie législative semble être la seule solution réaliste.

[101] Je maintiens également que l'examen des causes effectué précédemment valide la démarche et les décisions recommandées par la Commission en général. Les recommandations enchâssent l'approche adoptée dans la cause *Still*¹³³ qui, tel que mentionné, a été reçue favorablement; les problèmes non résolus des causes *Oldfield*¹³⁴ et *Brissette*¹³⁵ seraient réglés; les causes ayant exigé que le tribunal repousse les limites des exceptions techniques pour dégager un résultat qu'il jugeait équitable seraient résolues à l'aide d'une analyse rationnelle, fondée sur des principes.

[102] Les développements récents favorisent un réexamen de plusieurs recommandations de la Commission. En particulier, il faut examiner la nécessité de clarifier le libellé pour inclure les contrats *ultra vires*. En outre, il serait peut-être utile d'inclure dans l'application des dispositions les causes portant sur un contrat inexécutable à cause de déficiences formelles, particulièrement dans les compétences qui n'ont pas substantiellement réformé le Statute of Frauds. En Colombie-Britannique cette disposition devrait être clarifiée pour assurer que les autres exigences statutaires assujettissant les contrats à des exigences formelles tombent sous le coup de la législation.

[103] Enfin, je soutiens qu'à défaut d'apporter des modifications à l'article 347, une loi traitant des contrats illégaux devrait inclure des dispositions spécifiquement destinées à traiter les circonstances spéciales des prêts commerciaux contraires à cet article. J'ai suggéré ailleurs une loi fédérale et provinciale parallèle limitant les conséquences civiles d'une violation de l'article 347 pour les prêts à des fins commerciales lorsque que le procureur général n'a pas autorisé de poursuite en vertu de l'article, tel que requis pour toute poursuite criminelle en vertu de l'article¹³⁶. Cet endroit pourrait se prêter à l'établissement d'une telle limite. Subsidiairement, une règle de divisibilité spéciale pourrait être ajoutée pour permettre à un tribunal de contraindre au paiement aux termes d'un contrat d'un intérêt illégal allant jusqu'à la limite de 60 p. 100.

[104] L'évolution du droit depuis 1983 semblent toujours justifier une réforme législative. En conclusion, je citerai encore les paroles de la British Columbia Law Reform Commission :

Le droit actuel ne décourage pas nécessairement les poursuites relatives à des contrats illégaux. Il les rend plus complexes. Qui plus est, les faux sens accordés à la règle générale incitent les tribunaux à éviter de déterminer si l'effet du contrat est contraire à l'ordre public et si le demandeur est un malfaiteur et de poser des questions techniques concernant la plaidoirie... le droit matériel... la philosophie... ou la construction... Le bien-fondé de la cause est une considération secondaire, tout au plus. Qui plus est, même si la portée des exceptions à la règle générale est sûre, la nature de la procédure reste inadmissible. Il est préférable que les questions touchant l'octroi et le rejet d'un recours soient examinées objectivement et franchement¹³⁷.

[105] La promulgation d'une loi réparatrice semblerait la meilleure façon d'atteindre cet objectif.

¹ *Report on Illegal Transactions*, British Columbia Law Reform Commission, LRC 69, novembre 1983. Ci-après cité sous le titre de « le Rapport ».

² *Proposals for a Contract Law Reform Act*, British Columbia Law Institute, septembre 1998.

³ On proposait également la mise en oeuvre des rapports de la Commission intitulés *Reports on Covenants in Restraint of Trade et Deeds and Seals*. Voir *supra*, note 2, p.1.

⁴ [1954] 3 D.L.R. 785 (C.S.C.).

⁵ [1980] 2 R.C.S. 834.

⁶ *Supra*, note 1, p. 53.

⁷ La formulation la plus fréquemment citée de cette politique se trouve dans *Holman v. Johnson* (1775) 1 Cowp. 341, 98 E.R. 1120.

⁸ Les auteurs du Rapport, *supra*, note 1, ont déterminé que, outre les contrats, les recommandations de réforme devraient viser les transactions telles que les transferts de biens et de fiducies et tous les arrangements analogues. Par conséquent, dans leur rapport, ils ont fait référence aux transactions illégales plutôt que simplement aux contrats. Le *Report of the Law Institute*, *supra*, note 2, a élargi la portée du terme « contrat » pour inclure ces transactions. Dans cet exposé, j'adopterai la définition du Law Institute et j'utiliserai les termes « contrat » et « transaction » de manière interchangeable.

⁹ Cette division semble acceptée par les tribunaux et les commentateurs. Voir le Report, *supra*, note 2, p. 9 à 21.

¹⁰ Le professeur Waddams dans *The Law of Contracts*, 4^e éd., Canada Law Book, 1999 mentionne au paragraphe 565 qu'un écrivain les divise en neuf catégories et un autre en vingt-deux catégories.

¹¹ La première loi britannique désapprouvant les jeux de hasard pourrait être la *Gaming Act of 1388*.

Consulter une discussion dans *Boardwalk*, *infra*, note 11.

¹² *Boardwalk Regency Corp. v. Maalouf* (1992), 6 O.R. (3d) 737 (C.A.) est un exemple.

¹³ *Supra*, note 1, p. 9 à 38.

¹⁴ *Supra*, note 9, chapitre 15.

¹⁵ Analysée dans le Rapport, *supra*, note 1, p. 4 à 8 sous l'entête The General Rule. Dans cet exposé, j'appellerai également ces principes la « règle générale ».

¹⁶ *Everet v. Williams* (1893) 9 L.Q. Rev. 197. Jugement analysé par la Commission à la p. 5 du Rapport, *supra*, note 1.

¹⁷ On se souviendra que les poursuites contractuelles ont commencé plutôt tard. Voir A. Simpson, *A History of the Common Law of Contract*.

¹⁸ *Supra*, note 7.

¹⁹ Voir la discussion de la Commission dans son Rapport, *supra*, note 1, p. 30 à 38.

²⁰ *Ibid.*, p. 30 à 31.

²¹ *Ibid.*, p. 22 à 24.

²² *Ibid.*, p. 24 à 25.

²³ *Ibid.*, p. 31 à 32.

²⁴ *Ibid.*, p. 32 à 34.

²⁵ *Ibid.*, p. 34 à 37.

²⁶ [1957] 1 Q.B. 267. Fait l'objet d'une discussion dans le Rapport, p. 12 à 15.

²⁷ *Kingshott v. Brunskill*, [1953] O.W.N. 133 (C.A.).

²⁸ Le professeur précise, op. cit., paragraphe 572, qu'il est difficile de voir quelle politique d'intérêt public bénéficie de cette décision. L'enfreinte technique, triviale et innocente d'une loi entraîne un enrichissement substantiel.

²⁹ Leon E. Trakman, *Porridge or Scrambled Eggs?* (1988) 14 CBLJ 75, p. 89.

³⁰ Rapport, *supra*, note 1, p. 86 et 87. Le projet de loi rédigé par le Law Institute, *supra*, note 2, propose des dispositions presque identiques pour les articles 18 et 19.

³¹ Rapport, *ibid.*, p. 87; projet de loi, *ibid.*, art. 20.

- 32 La question de savoir si la loi doit fournir une table rase en éliminant les exceptions a été chaudement
débattue. Voir le Rapport, *ibid.*, p. 57 à 59. La décision de la Commission de retenir la règle générale,
sous réserve du nouveau régime de redressement, est traitée p. 80 à 82.
- 33 *Supra*, note 7.
- 34 (1987), 25 Osgoode Hall Law Journal 787.
- 35 *Supra*, note 26.
- 36 Voir les décisions dans *Ouston v. Zurowski* et *Faraguna v. Storoz*, citées *infra* dans les notes.
- 37 On trouvera un sommaire du droit de l'enrichissement sans cause au Canada et de son application en
cas de contrats illégaux dans le commentaire du professeur Ziegel, *Criminal Usury, Class Actions and
Unjust Enrichment in Canada*, (2002) 18 Journal of Contract Law 121.
- 38 Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Amendment of the Law of Contract*, 1987,
chapitre 11.
- 39 *Supra*, note 29.
- 40 *Ibid.*, p. 76 et 77.
- 41 *Ibid.*, p. 77 et 78.
- 42 *Ibid.*, p. 92.
- 43 *Ibid.*
- 44 *Ibid.*, p. 80.
- 45 *Still v. M.R.N.*, [1998] 1 C.F. 549 (C.A.) paragraphe 42, se fondant sur la décision de l'Alberta Court of
Appeal dans *Love's Realty & Fin. Services Ltd. v. Coronet Trust*, [1989] 3 W.W.R. 623 p. 629.
- 46 [1998] 2 R.S.C. 298.
- 47 R.C.S. 1985, chap. B-1, art. 174.
- 48 Tel que cité par le tribunal, puis L.R.O. 1980, chap. 370.
- 49 *Supra*, note 46, paragraphe 92.
- 50 *Ibid.*, paragraphes 114 à 117.
- 51 *Supra*, note 26.
- 52 *Supra*, note 46, paragraphe 119.
- 53 *Still*, *supra*, note 45. Cité dans la décision de Bastarache J. au paragraphe 67.
- 54 [1989] A.J. n° 241.
- 55 La Cour d'appel de l'Ontario a suivi la démarche d'interprétation bienveillante dans la décision qu'elle
a rendue dans la cause *Reliable Life Insurance Co. v. M.H. Ingle & Associates* [2002] O.J. n° 1382.
- 56 [2002] C.S.C. 22.
- 57 [1992] 3 R.C.S. 87.
- 58 Le tribunal a discuté de cette hypothèse au paragraphe 59.
- 59 *Supra*, note 57.
- 60 *Supra*, note 56 paragraphe 67.
- 61 (1985), 63 B.C.L.R. 89; [1985] B.C.J. n° 2181 (C.A.).
- 62 *Ibid.*
- 63 [2002] A.J. n° 362.
- 64 *Ouston*, *supra*, note 61, a été suivi par la cour de l'Alberta dans la cause *Dancovich v. Rast*, [2002] A.J.
n° 1276 portant sur une autre opération pyramidale ayant abouti à un litige.
- 65 [1993] B.C.J. n° 2114 (S.C.).
- 66 [1999] N.J. n° 149.
- 67 Appelée une règle bienveillante d'interprétation par la Law Reform Commission, Rapport, *supra*, note
1, p. 68.
- 68 *Supra*, note 46.
- 69 *Supra*, note 54.
- 70 *Supra*, note 2, p. 9, art. 17.
- 71 *Supra*, note 46.
- 72 *Supra*, note 70.
- 73 *Supra*, note 2, p. 10, art. 19 (1) g).
- 74 *Supra*, note 56.
- 75 *Supra*, note 57.
- 76 *Supra*, note 61.
- 77 *Supra*, note 65.

- 78 *Supra*, note 66.
- 79 *Supra*, note 45.
- 80 Tel que cité par le tribunal, Règlement sur l'immigration, 1978, DORS/78-172, art. 18(1) tel que modifié par DORS/89-80, art. 1), 20(1), (3).
- 81 *Supra*, note 45, paragraphe 48.
- 82 *Ibid.*
- 83 Le professeur Waddams, op. cit., paragraphe 563 cite la décision et l'approuve. Dans *Continental Leasing*, *supra*, note 46, le juge Bastarache semble accepter l'extension approuvée par le juge d'appel Robertson et sa formulation de la règle moderne.
- 84 Le juge d'appel Robertson a cité le Rapport au paragraphe 12 de son jugement pour étayer la proposition que « Les organismes de réforme du droit ont rapidement conclu que le droit portant sur l'illégalité est insatisfaisant ».
- 85 *Supra*, note 45.
- 86 La cause *Still* a été citée dans *Reliable Life Insurance*, *supra*, note, 55 mais non pas pour la démarche adoptée pour analyser le résultat approprié de l'illégalité. Certes, les tribunaux semblent avoir ignoré cet aspect de la cause, sauf pour les commentaires dans *Continental Bank Leasing*, *supra* note 46, cause dans laquelle, une fois encore, il n'a pas été appliqué.
- 87 *Supra*, note 6.
- 88 *Top Line Industries v. International Paper Industries*, [2000] BCCA 23.
- 89 *Supra*, note 34 p.
- 90 Dans *Continental Bank Leasing*, *supra*, note 46, le juge Bastarache a commenté les différences entre les principes fondamentaux de l'illégalité et d'*ultra vires*, l'un limitant la capacité d'une entité, l'autre limitant son droit de participation à certaines activités. Bien que, sans aucun doute, cela soit techniquement exact, le fondement de politique d'ordre public des deux doctrines suggère qu'elles sont plus semblables que cette analyse ne voudrait l'admettre.
- 91 [1991] 3 R.C.S. 388.
- 92 (1992), 21 CBLJ 115.
- 93 *Ibid.*, p. 118.
- 94 *Ibid.*, p. 124 et 125.
- 95 Tel que mentionné par le juge Iacabucci dans son examen exhaustif de la loi d'*ultra vires* dans *Canadian Pickles Corp.*, *supra* note 91.
- 96 *Supra*, note 2, p. 8, art. 15.
- 97 Les exceptions incluent des contrats invalidés pour défaut d'inscription, d'agir dans une période limite, d'être constatés par écrits comme requis, violation des lois de la jouissance à perpétuité, jugés enfreindre le commerce ou évités par frustration.
- 98 La règle visait à protéger les créiteurs contre la dissipation de l'actif de la corporation lors de transactions non autorisées. Voir la discussion du juge Bastarache J. citée *supra*, note 90 et du juge Iacabucci, *supra*, note 91.
- 99 (2001), 196 D.L.R. (4th) 659 (N.B.C.A.).
- 100 L.R.N.-B. 1973, chap. M-22.
- 101 *Supra*, note 2, p. 9, art. 15(3).
- 102 R.S.B.C. 1996, chap. 53.
- 103 *Supra*, note 2, p. 15. Voir également le Rapport original, *supra*, note 1 p. 72.
- 104 *Report on the Statute of Frauds*, Law Reform Commission of British Columbia, LRC 33, 1977.
- 105 *Supra*, note 99.
- 106 *An Act to Amend the Small Loans Act and to Provide for its Repeal and to Amend the Criminal Code*, C.S. 1980-81-82-83, chap. 43.
- 107 [1982] 4 W.W.R. 97 (B.C.S.C.).
- 108 Tel que caractérisé par la Cour suprême du Canada dans *Garland c. Consumers Gas Co.*, [1998] 3 S.C.R. 112 p. 143.
- 109 *Section 347 of the Criminal Code: "A Deeply Problematic Law"*; voir également l'article par l'auteur *What's to be Done with S. 347?*, qui sera publié sous peu dans le *Canadian Business Law Journal*.
- 110 *Supra*, note 107.
- 111 (1989), 61 D.L.R. (4th) 1 (Cour d'appel de l'Ontario)
- 112 Voir *Milani v. Banks* (1997), 32 O.R. (3d) 557.

- ¹¹³ *Supra*, note 107.
- ¹¹⁴ Voir *Terracan Capital Corp. v. Pine Projects Ltd.* (1993), 100 D.L.R. (4th) 431.
- ¹¹⁵ (2001), 200 D.L.R. (4th) 560 (cour supérieure de l'Ontario).
- ¹¹⁶ *Ibid.*, p. 571 et 573.
- ¹¹⁷ [2002] O.J. n° 2335 (Cour d'appel)
- ¹¹⁸ *Ibid.*, at paragraph 29.
- ¹¹⁹ *Boyd v. International Utility Structures Inc.* [2002] BCCA 438.
- ¹²⁰ *Supra*, note 1 p. 34 à 37.
- ¹²¹ *Ibid.*, 77 et 78.
- ¹²² *Supra*, note 115.
- ¹²³ Voir par exemple, Ziegel, *The Overdue Repeal of Section 347 of the Criminal Code* (1999) 31 CBLJ 173.
- ¹²⁴ *Supra*, note 88.
- ¹²⁵ *Supra*, note 45.
- ¹²⁶ (1996), 20 B.C.L.R. (3d) 41 (Cour d'appel)
- ¹²⁷ (1869), L.R. 4 Q.B. 309.
- ¹²⁸ *Supra*, note 88.
- ¹²⁹ *Supra*, note 45.
- ¹³⁰ *Ibid.*, paragraphe 18.
- ¹³¹ Voir le Rapport, *supra*, note 1 p. 32 à 34. À la page 34, la Commission a commenté en ces termes : dans la mesure où l'exception peut servir à prévenir l'enrichissement sans cause, elle constitue un instrument exceptionnellement brutal. Elle le fait sans égard à l'équité ou à l'inéquité de l'enrichissement.
- ¹³² Voir les commentaires de McCamus sur cette question, *supra*, note 34, p.
- ¹³³ *Supra*, note 45.
- ¹³⁴ *Supra*, note 56.
- ¹³⁵ *Supra*, note 57.
- ¹³⁶ *Supra*, note 109.
- ¹³⁷ *Supra*, note 1, p. 52.