

Le dommage en matière de responsabilité civile extracontractuelle : *continuum* de la lésion d'un intérêt à la lésion d'un droit

Mariève LACROIX*

Résumé

L'approfondissement des notions de dommage et de droit passe impérativement par une analyse du concept d'intérêt. En premier lieu, l'auteure situe l'intérêt et le droit sur un même *continuum* qui marque des différences de degré, plus que de nature. Une fois affranchi du droit lui-même, l'intérêt exige un examen de ses qualifications, de ses caractéristiques, de ses fonctions et, plus essentiellement, de son caractère de légitimité et de sa contrepartie que consti-

Abstract

The notion of interest commands an analysis of the concepts of damage and right. The author places interest and right on the same *continuum*. On the subject of interest, the author seeks to qualify, to characterize, to attribute functions and to determine his legitimate character. The wrongful interest requires a particular attention. The author proposes an innovative analysis of Section 1373 C.C.Q. in extracontractual civil liability.

* Professeure à la Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, avocate au Barreau du Québec, LL.B. (Université de Montréal), LL.M. (Université de Montréal), Master 2 (Paris 1 – Panthéon-Sorbonne), LL.D. (Université de Laval). Le présent texte est inspiré, pour partie, de la thèse doctorale de l'auteure : *L'illicéité. Essai théorique et comparatif en matière de responsabilité civile extracontractuelle pour le fait personnel*, Thèse présentée à la Faculté des études supérieures visant l'obtention du diplôme de doctorat, Québec, Université Laval, soutenue le 21 novembre 2011. L'auteure tient à remercier chaleureusement le professeur émérite de l'Université de Montréal et Wainwright Senior Fellow de l'Université McGill, Adrian Popovici, pour ses réflexions riches, ses recommandations pertinentes et sa grande générosité dans les relectures du présent texte.

tue la responsabilité civile. Enfin, l'envers de la légitimité de l'intérêt, soit l'intérêt illicite, mérite une attention particulière. L'auteur propose une analyse novatrice de la disposition contenue à l'article 1373 C.c.Q. rapportée à la matière de la responsabilité civile extracontractuelle.

Plan de l'article

Introduction	297
I. L'intérêt et le droit subjectif: deux pôles sur un même <i>continuum</i>	300
II. L'intérêt juridique légitime	310
III. L'intérêt juridique illicite	326
Conclusion	332



La locution «lésion d'un droit», qui se rapproche sous certaines conditions de la «lésion d'un intérêt», peut tarauder la curiosité intellectuelle d'un lecteur – d'ordre terminologique, mais qui comporte un intérêt substantif patent. En matière de responsabilité civile extracontractuelle, la recherche d'une conceptualisation de la notion de dommage a animé la doctrine autour du questionnement de savoir notamment s'il faut invoquer une lésion d'un droit ou celle d'un intérêt pour exiger la réparation d'un préjudice.

Il faut se poser, derechef, la question suivante : l'atteinte illicite à un simple intérêt légitime est-elle suffisante pour faire naître la responsabilité civile ? Ou ne s'agit-il, aujourd'hui, que d'une protection dérivée, secondaire, accessoire, à l'occasion d'une atteinte illicite à un droit subjectif ?

On a longtemps pensé que c'était le dommage qui *causait* une atteinte à un droit. Aujourd'hui, il faut plutôt constater que c'est l'atteinte à un droit qui *cause* le dommage, le préjudice ou, pour être plus précis, les *dommages*. Il ne s'agit pas là d'une quelconque causalité chronologique – la cause qui précède l'effet, – mais rationnelle, juridique (plutôt que factuelle).

Bien qu'un auteur belge ait conçu le simple dommage comme la lésion d'un droit¹, il est désormais acquis que la violation d'un droit *ou* d'un intérêt stable et légitime conditionne l'apparition d'un dommage et donne lieu à réparation si cette transgression est fautive. On est passé du *dommage*, comme une simple question de fait, au *dommage*, telle une lésion du droit d'autrui, pour arriver au *dommage* assimilé à une lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé². À ce titre, le détenteur d'un intérêt est protégé de la même façon que le titulaire d'un droit subjectif.

¹ Jean DABIN, « Lésion d'intérêt ou lésion de droit comme condition de la réparation des dommages en droit privé et public », (1948-49) *Annales de droit et de sciences politiques* 7.

² Adrian POPOVICI, « De l'impact de la *Charte des droits et libertés de la personne* sur le droit de la responsabilité civile : un mariage raté ? », dans Conférences commémoratives Meredith 1998-99, *La pertinence renouvelée du droit des obligations : back to basics / The Continued Relevance of the Law of Obligations : retour aux sources*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 49, à la page 69, note 57. Voir également : Henri MAZEAUD, « La lésion d'un "intérêt légitime juridiquement protégé", condition de la responsabilité civile », D. 1954.chr.8 ; Henri MAZEAUD, Léon MAZEAUD et André TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6^e éd., t. 1, Paris, Éditions Montchrestien, 1965, n^o 277-7 et suiv., p. 375 et suiv. ; Boris STARCK,

La notion d'intérêt est à la base non seulement de l'idée de *dommage*, mais de celle de *droit*³: « Un droit protège un intérêt. Ce que le droit protège, le dommage lèse »⁴. Par conséquent, un approfondissement de ces notions de *dommage* et de *droit* passe impérativement par une analyse de l'*intérêt*; concept incontournable pour un juriste.

« Lésion d'un *droit subjectif* de la victime » et « lésion d'un *intérêt* de la victime »: ces expressions semblent employées indifféremment dans la dogmatique juridique, en matière de responsabilité civile. Sans avoir aucune velléité de tenter une autre définition du droit subjectif⁵, il est possible de formuler la proposition suivante: un droit protège un intérêt. Il

Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Obligations. 1. Responsabilité délictuelle*, 5^e éd., Paris, Litec, 1996, n° 96-102, p. 51-56.

³ Joseph RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 191: « All rights are based on interests. »

⁴ A. POPOVICI, préc., note 2, à la page 72.

⁵ Une analyse (en profondeur) des droits subjectifs garantis à la victime et de leurs conceptions tantôt extensive, tantôt restrictive constituerait une digression à notre étude. Nous renvoyons le lecteur aux monographies qui traitent de façon exhaustive des droits subjectifs: Jean DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952; Paul ROUBIER, « Les prérogatives juridiques », dans *Archives de philosophie du droit*, t. 5 « La théologie chrétienne et le droit », Paris, Sirey, 1960, p. 65; Paul ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963; Octavian IONESCU, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1978. Voir également: Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEUX, avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4^e éd. sous la direction de Jacques GHESTIN, Paris, L.G.D.J., n° 187 et suiv., p. 139 et suiv. Sur des ouvrages en droit québécois, voir notamment: A. POPOVICI, préc., note 2, aux pages 57-59, à la note 28; Marie Annik GRÉGOIRE, *Liberté, responsabilité et utilité: la bonne foi comme instrument de justice*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 119 et suiv. Le professeur Adrian Popovici signale que la tradition de common law ne connaît pas la notion civiliste fondamentale qu'est le droit subjectif: « Lorsque les auteurs anglo-canado-américains se penchent sur le concept de "right", c'est soit dans un contexte de philosophie du droit (*Jurisprudence*), soit dans un contexte constitutionnel. Et, dans ce contexte, les droits fondamentaux ont une saveur *jusnaturaliste*. Ce sont des valeurs sur le fondement desquels notre société est organisée. Ce sont des droits avec contour vague, indéfini, au départ, illimités; des épigones des *Droits de l'homme*, universellement déclarés, menacés par l'État ». Voir: Adrian POPOVICI, « Le rôle de la Cour suprême en droit civil », (2000) 34 *R.J.T.* 607, 615 et 616 [caractères italiques dans le texte]. Voir également: Geoffrey SAMUEL, « "Le droit subjectif" and English Law », (1987) 46 *Cambridge L.J.* 264; Geoffrey SAMUEL, « La notion d'intérêt en droit anglais », dans Philippe GÉRARD, François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *Droit et intérêt*, vol. 3 « Droit positif, droit comparé et histoire du droit », Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 405.

est même caractérisé par l'intérêt principal qu'il protège. Une telle proposition n'implique pas d'ailleurs que tous les intérêts sont nécessairement protégés par des droits subjectifs⁶, ni même protégés par le Droit.

On peut bien nier que le droit subjectif *soit* un intérêt, mais il est indéniable qu'il *protège* un intérêt. Au lieu d'énoncer que le droit subjectif a pour *but* de protéger un intérêt, on pourrait affirmer qu'il est le *moyen* de protéger cet intérêt. Les deux approches sont valables et constituent des variations sur un même thème. Le droit n'est qu'un concept abstrait; un instrument juridique. Clamer: «J'ai un droit!» est la formulation juridique de la protection étatique d'un intérêt ou d'une liberté: on n'a pas des *droits*, on a des droits *sur* quelque chose ou *de* faire quelque chose⁷.

Loin de s'opposer, les notions de «droit» et d'«intérêt» se chevauchent, sinon se présentent «comme les deux pôles d'un *continuum* entre lesquels de nombreuses graduations peuvent être repérées»⁸. Donc, sans être radicalement opposées, elles ne peuvent être assimilées purement et simplement. Elles doivent se situer sur une ligne continue qui marque des différences de degré, plus que de nature⁹ (I). Une fois affranchi du droit lui-même, l'intérêt exige un examen de ses qualifications, ses caractéris-

⁶ Il est intéressant de souligner que la notion de droit subjectif est le fruit de la science juridique, de la doctrine et n'est pas utilisée en tant que telle par le législateur, même si elle est maniée par la jurisprudence.

⁷ Bien plus, il faut prendre soin de distinguer les «droits» des «faux droits». Pour reprendre les propos de Henri Lepage: «Les “faux-droits” ainsi visés sont évidemment ces fameux droits économiques et sociaux dits de la deuxième, ou même de la troisième génération: le droit à la sécurité sociale, le droit aux congés payés, le droit à l'éducation, le droit au logement, maintenant le droit à l'environnement, etc...», voir: Henri LEPAGE, «Vrais” ou “faux” droits de l'Homme», dans INSTITUT EURO 92, *Analyses*, n° 3, 15 décembre 1998. De façon générale, il est possible de dissocier les droits de faire quelque chose (droit à la liberté de conscience et de religion; liberté d'association) et les droits qui impliquent que d'autres fassent quelque chose, par une intervention étatique en pratique (droit au logement). Prévalent les «droits de», d'une part, et les «droits à», d'autre part.

⁸ Philippe GÉRARD, François OST et Michel VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt*, vol. 2 «Entre droit et non-droit: l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé», par F. OST, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 17.

⁹ *Id.*, p. 183 et 184: «Entre les deux modèles, les traits contrastés sont de l'ordre de la différenciation et non de l'exclusion, dès lors du moins qu'on les détache du dogmatisme théorique et politique qui en a souvent nourri l'énoncé. Ainsi entre “loi” et “norme”, entre temporalité “assurée” et temporalité “aléatoire”, entre jugement de

tiques, ses fonctions et, plus essentiellement encore, son caractère de légitimité et sa contrepartie que constitue la responsabilité civile (II). Il faut envisager, par ailleurs, l'envers de la légitimité, soit l'illicéité, confrontée à l'intérêt qui commande une analyse novatrice d'une disposition contenue à l'article 1373 C.c.Q. (III).

I. L'intérêt et le droit subjectif : deux pôles sur un même continuum

Historiquement, l'intérêt se confond avec le droit subjectif, y est absorbé et, par le fait même, est disqualifié de toute juridicité¹⁰. L'intérêt est une notion de fait qui ne devient une notion juridique que par son assimilation au droit subjectif. Dans la théorie générale du droit, cet outil de structuration du droit subjectif tend néanmoins à se dissocier du droit lui-même et son indépendance est désormais acquise au travers des différentes évolutions du droit positif¹¹.

Si la théorie de Rudolph von Jhering, qui considère le droit subjectif en tant qu'« intérêt juridiquement protégé »¹², peut paraître insuffisante ou incomplète, il est difficile d'affirmer la fausseté de son point de départ, de l'idée qui y préside. Elle constitue une assise de départ valable à une ana-

«légalité» et jugement d'«équité», entre ... «droit» et «intérêt», les différences sont de degrés, plus que de nature».

¹⁰ Jean Dabin favorise une conception «impérialiste» du droit subjectif et prône une théorie «appartenance-maîtrise» dans la définition du droit subjectif. Au hasard d'une note de bas de page, il reconnaît que la loi vient parfois protéger un intérêt sans que ce dernier devienne un droit subjectif. Voir : J. DABIN, préc., note 5, p. 69, sous la note 4 : «Il arrive d'ailleurs que des intérêts soient protégés qui ne constituent certainement pas des droits : ainsi non seulement la possession de mauvaise foi [...], mais la catégorie des droits futurs, des droits conditionnels (sous condition suspensive), des droits éventuels. Par hypothèse, ces droits n'ont aucune actualité. À titre d'intérêts, ils sont cependant protégés par des mesures conservatoires (qui feront elles-mêmes l'objet de droits privatifs).» En ce sens, l'intérêt demeure une notion «préjuridique» (*id.*, p. 71).

¹¹ Thierry LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité de la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 113 et suiv., p. 173 et suiv.

¹² La pensée de Jhering fait écho au droit romain qui a fondé son système sur la notion de droit subjectif, c'est-à-dire «un pouvoir d'agir d'une personne individuelle ou collective en vue de réaliser un intérêt dans les limites de la loi» [caractères italiques dans le texte], voir : O. IONESCU, préc., note 5, n° 4, p. 23 et 24.



lyse de l'intérêt – confinant la volonté comme substance du droit dans un rôle secondaire¹³.

Dès la fin du XIX^e siècle, Jhering centre sa thèse sur la notion d'intérêt, car il en fait l'élément essentiel de sa définition du droit. Le droit, composé de la conjonction de deux éléments – substantiel et formel¹⁴ –, a pour but pratique, selon lui, «l'utilité, l'avantage, le gain assuré»¹⁵. En d'autres termes: «La sûreté juridique de la jouissance est la base du principe du droit. *Les droits sont des intérêts juridiquement protégés*»¹⁶. Jhering renvoie aux idées successives et synonymes d'utilité, de bien, de valeur, de jouissance et d'intérêt dans son appréhension de la finalité du droit. L'âme du droit subjectif est jouissance ou perspective de jouissance, plutôt que maîtrise ou appartenance¹⁷.

Plus particulièrement, Jhering articule sa pensée en ayant pour point de départ l'idée de *bien* comme contenu du droit – dans un sens large, matériel ou immatériel –, auquel se rattachent les notions de *valeur* et d'*intérêt*. Il écrit à ce sujet: «L'idée de valeur contient la mesure de l'utilité du bien; l'idée d'intérêt exprime la valeur dans son rapport particulier

¹³ Sur l'importance du pouvoir de la volonté du sujet dans l'appréhension du droit subjectif, on peut considérer la théorie élaborée par Bernhard Windscheid, dans un ouvrage fondamental *Lehrbuch des Pandektenrechts*, qui voit dans le droit subjectif un pouvoir accordé par l'ordre juridique aux fins de satisfaire les intérêts humains. Sur une coexistence des pensées de Jhering et Windscheid, voir: Karl Heinz NEUMAYER, «Les droits sans sujet», (1960) 12-2 *Rev. int. dr. comp.* 342, 344: «Il est compréhensible que la qualité de titulaire d'un droit subjectif entraîne différentes exigences, selon que l'on considère ce titulaire comme sujet d'un pouvoir "*Machtsubjekt*" ou comme pur porteur d'intérêts. La doctrine nouvelle, aujourd'hui dominante, a forgé une définition qui tient compte de ces deux conceptions et voit dans le droit subjectif le pouvoir accordé par l'ordre juridique aux fins de satisfaire les intérêts humains».

¹⁴ L'élément substantiel renvoie au but pratique du droit; l'élément formel se rapporte à ce but comme moyen, à savoir la protection du droit, l'action en justice. Voir: Rudolph von JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, 3^e éd., t. 4, Paris, Librairie Marescq Aîné, 1888, p. 327 et 328.

¹⁵ *Id.*, p. 328.

¹⁶ *Id.*, p. 328 [caractères italiques dans le texte]. Sur une critique du principe, voir: Georges del VECCHIO, *Philosophie du droit*, trad. par J. Alexis D'AYNAC, Paris, Dalloz, 1953, p. 329 et suiv.

¹⁷ R. von JHERING, préc., note 14, p. 327: «Les droits n'existent point pour réaliser l'idée de la volonté juridique abstraite; ils servent au contraire à garantir les intérêts de la vie, à aider à ses besoins, à réaliser ses buts».



avec le sujet et ses buts.»¹⁸ Il fournit, à titre d'exemple, les cas d'une servitude de vue pour un aveugle et d'une entrée à un concert pour sourd : un droit qui a une valeur par lui-même peut être sans aucun intérêt pour un particulier, dont un aveugle qui ne peut observer une certaine vue ou un sourd qui n'est pas capable d'entendre un concert. Cet intérêt pratique, soit la mesure de la valeur, est appréciable en argent (mesure économique de la valeur et de l'intérêt) ou justifie l'imposition d'une peine. Jhering semble ici opérer une ébauche de distinction entre la valeur – intérêt abstrait que toute personne est censée avoir *a priori* sur un bien – et l'intérêt – notion concrète qui représente l'attachement réel du sujet à la valeur protégée¹⁹.

Jhering accorde, par ailleurs, une portée relative et évolutive à la notion d'intérêt, en formulant ce qui suit : « tout droit établi est l'expression d'un intérêt reconnu par le législateur au point de vue de son époque comme méritant et demandant protection. »²⁰ Au gré des changements des intérêts de la vie, dus au développement économique, intellectuel ou social, les droits se transforment ; une sorte de parallélisme historique prévaut alors entre les droits et les intérêts.

Dans la pensée de Jhering, tout intérêt n'est pas un droit ; il faut que le premier soit protégé par une action en justice²¹. La loi doit avoir confié à un individu détenteur d'un intérêt le soin d'assurer lui-même la protection et le respect de son intérêt, par le biais d'une action en justice. Par cet élément formel que constitue l'action judiciaire, une transsubstantiation s'opère : un intérêt de fait passe au rang de droit subjectif. Un tel moyen procédural s'avère « le meilleur révélateur du droit subjectif »²². En dehors de l'intérêt coulé en droit subjectif, il ne semble pas exister d'autres intérêts dont traite le droit ; l'intérêt non juridiquement protégé demeure un simple fait, dépourvu de toute portée ou d'effet juridique propre.

Il peut être intéressant de se rapporter à la common law qui, à la différence du droit civil de la responsabilité dont le schème d'analyse général renvoie à une faute, un lien de causalité et un préjudice, fait correspondre

¹⁸ *Id.*, p. 329.

¹⁹ T. LÉONARD, préc., note 11, n° 115, p. 175.

²⁰ R. von JHERING, préc., note 14, p. 331.

²¹ *Id.*, p. 328.

²² F. OST, préc., note 8, p. 26.

la réclamation d'une victime à un délit (*tort*²³). L'étude d'un délit civil, c'est-à-dire un mécanisme visant à assurer la protection de certains droits, réfère aux composantes de la responsabilité à première vue, et ce, dans un contexte très précis²⁴. On forge et nomme les délits civils suivants sur la base d'une atteinte à un intérêt protégé: *negligence, trespass, nuisance, conversion, defamation (libel-slander), invasion of privacy, economic torts, deceit, fraud, fraudulent misrepresentation*²⁵.

Certes, la thèse de Jhering jette des prémisses fort prometteuses sur une appréhension de l'intérêt en tant que source de tout droit subjectif. C'est essentiellement par un souci de traduire cette nouvelle conception dans la vie pratique du droit, par l'élaboration d'une méthode permettant de concrétiser cette pensée tant pour la pratique judiciaire que pour le travail dogmatique, que la doctrine ou la jurisprudence des intérêts (*Interessenjurisprudenz*²⁶) se particularise²⁷. Née de la nécessité de considérer plus étroitement les besoins de la vie, cette doctrine d'origine allemande cherche à identifier les intérêts sur lesquels repose la règle de droit à appliquer suivant le cas d'espèce²⁸. Dans une telle acception, le droit, comme produit d'une pesée des intérêts effectuée par le législateur, est compris

²³ Sur la présence fondamentale de l'élément *fault* dans le droit des délits, voir notamment: David G. OWEN, « Philosophical Foundations of Fault in Tort Law », dans David G. OWEN (dir.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 201. De façon générale, sur la philosophie relative au droit des délits, voir: Gerald J. POSTEMA (éd.), *Philosophy and the Law of Torts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001. Par extension, voir: Ernest J. WEINRIB, *The Idea of Private Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1995, p. 145 et suiv.

²⁴ Louise BÉLANGER-HARDY, « Les délits », dans Louise BÉLANGER-HARDY et Aline GRENON (dir.), *Éléments de common law canadienne: comparaison avec le droit civil québécois*, Toronto, Thomson/Carswell, 2008, p. 356.

²⁵ Sur une nomenclature des délits civils, voir notamment: Corinne WIDMER, *A Civil Lawyer's Introduction to Anglo-American Law Torts*, Berne, Stämpfli Publishers, 2008, p. 49-55.

²⁶ À titre indicatif, voir: Philipp HECK, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, Goldbach, Keip, 1996 (1^{ère} éd., Tübingen, 1912); Philipp HECK et Roland DUBISCHAR, *Das Problem der Rechtsgewinnung. Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Berlin, Bad Hombourg vor der Höhe, 1968.

²⁷ Michel BUERGISSER et Jean-François PERRIN, « Interessenjurisprudenz: statut et interprétation de la loi dans l'histoire du mouvement », Genève, CETEL, 1988, p. 3.

²⁸ Demetrius GOGOS, « Nouvelles tendances d'interprétation du droit privé allemand. La conception causale du droit », (1957) 9 *Revue internationale de droit comparé* 528, 531 et 532.

comme le résultat d'un rapport de forces²⁹. Le rôle du juge consiste à défendre les intérêts que la loi veut protéger: il doit, selon les circonstances, évaluer et pondérer les divers intérêts en jeu afin de déterminer celui que la loi entend protéger³⁰. En raison de l'étroitesse de cette conception, l'école de l'interprétation causale du droit (*Kausales Rechtsdenken*³¹) émerge. Son fondateur, Rudolf Müller-Erzbach, favorise une interprétation du droit par la considération de tous les éléments ayant joué un rôle décisif dans sa formation, que ce soit les intérêts, la possibilité de dominer une situation juridique ou une autre situation, la confiance et le sentiment de responsabilité³².

Par ailleurs, Jhering anticipe avec lucidité certains thèmes de discussion les plus contemporains. Il en va de la reconnaissance d'un parallélisme historique des intérêts et des droits selon le mouvement de la vie et des idées. La hiérarchie des intérêts protégés s'opère, en effet, selon l'importance accordée par l'ordre juridique et surtout par le législateur lui-même, dans une société donnée à divers moments de son existence. Des intérêts caractérisés ont été reconnus, classés et placés dans une enveloppe appelée « droits subjectifs », « droits de la personnalité » ou « droits fondamentaux »³³, en raison de leur caractère universel et primordial, justifiant une protection de l'ordre juridique. Au Québec, la *Charte des droits et libertés de la personne*³⁴ fait état de tels droits, car il y a eu lieu « d'affirmer solennellement dans une Charte les libertés et droits fondamentaux de la

²⁹ M. BUERGISSE et J.-F. PERRIN, préc., note 27, p. 3 et 4.

³⁰ D. GOGOS, préc., note 28, 532.

³¹ À titre indicatif, voir: Rudolf MÜLLER-ERZBACH, *Die Rechtswissenschaft im Umbau, ihr Vordringen zu den bestimmenden Elementen des Zusammenlebens*, München, M. Hueber, 1950.

³² D. GOGOS, préc., note 28, 532 et 533. L'auteur pose un intéressant parallèle entre la théorie allemande de la conception causale du droit et la recherche des forces qui créent le droit proposée dans l'ouvrage français suivant: Georges RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1994 (1^{ère} éd., 1955).

³³ Sans prendre parti sur la question de savoir si les droits de la personnalité, consacrés et élevés au rang de droits fondamentaux dans la Charte québécoise, sont des droits subjectifs (ce que la majorité de la doctrine concède volontiers), il faut préciser qu'ils sont au moins autant et semblablement dignes de protection que les droits subjectifs. Voir: A. POPOVICI, préc., note 2, à la page 58, note 28. Sur une convergence entre le droit civil et la common law, voir: Ronald DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, trad. par Marie-Jeanne ROSSIGNOL et Frédéric LIMARE, trad. rév. par Françoise MICHAUT, coll. « Léviathan », Paris, P.U.F., 1995.

³⁴ L.R.Q., c. C-12 (ci-après « C.d.l.p. »).

personne afin que ceux-ci soient garantis par la volonté collective et mieux protégés contre toute violation»³⁵. Il faut considérer cette évolution comme une amélioration, un perfectionnement du système juridique soucieux de la personne humaine.

Une certaine ouverture vers l'intérêt, voire un assouplissement de la dogmatique juridique qui l'extirpe d'un bannissement dans les limbes du non-droit, semble prévaloir. En revanche, l'impression qu'emporte la pensée de Jhering, qui baptise sous le vocable « droit » tout intérêt consacré et protégé par l'ordre juridique, révèle une possible dérive³⁶ : n'est-il pas préférable de conserver un statut plus souple à l'intérêt protégé qui pourrait entraîner, de façon vraisemblable, mais pas automatique, certains effets juridiques plutôt que de les fondre dans la forme contraignante de droit subjectif³⁷ ? À une inévitable corrélation entre droits et intérêts, qui ne peut ménager une place et un rôle adéquat aux intérêts dans l'ordonnement juridique, il y a lieu de favoriser une existence indépendante à la notion d'intérêt.

Dès le début des années soixante, des auteurs promeuvent une indépendance de l'intérêt dans des théories du droit subjectif. Il en va notamment de Paul Roubier qui favorise une certaine autonomie de la notion d'intérêt légitime et isole, dans cette vue, le droit subjectif d'autres prérogatives juridiques³⁸. André Gervais se lance par la suite dans un effort de distinction plus systématique et approfondi entre le droit subjectif et

³⁵ Considérant cinquième du Préambule de la Charte québécoise.

³⁶ Jhering reconnaît néanmoins que la corrélation entre les intérêts et les droits n'est pas « pas absolue », car « bien des intérêts, par suite de leur nature même, répugnent à la contrainte mécanique qu'exerce le droit ». Voir : R. von JHERING, préc., note 14, p. 331.

³⁷ Questionnement emprunté dans F. OST, préc., note 8, p. 27.

³⁸ Il identifie une diversité de prérogatives juridiques, que ce soit des droits, des libertés, des facultés, des fonctions ou des pouvoirs. Voir : Paul ROUBIER, « Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs », dans *Archives de philosophie du droit*, nouvelle série, « Le rôle de la volonté dans le droit », Paris, Sirey, 1957, p. 1 ; P. ROUBIER, « Les prérogatives juridiques », préc., note 5, p. 65 ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, préc., note 5. Cet effort de qualification des diverses prérogatives juridiques est notamment poursuivi, dans François RIGAUX, *Introduction à la science du droit*, Bruxelles, Éditions Vie Ouvrière, 1974, p. 379 ; Boris STARCK, Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Introduction au droit*, 5^e éd., Paris, Litec, 2000, n° 956 et suiv., p. 357 et suiv.

l'intérêt³⁹. Bien plus, il dissocie les intérêts entre eux et identifie les modes de résolution de conflits entre les détenteurs d'intérêts de qualité différente. Cette position – essentiellement théorique et prospective⁴⁰ –, qui préfère à un partage dichotomique une analyse gradualiste des droits et intérêts, nécessite un traitement.

André Gervais est le premier auteur franco-belge à avoir tenté de systématiser une distinction entre les droits et les intérêts. Pour lui, les deux concepts se situent sur des plans différents. L'intérêt, en tant qu'utilité matérielle ou morale, actuelle ou future, égoïste ou altruiste, se développe sur un plan pratique. Cela représente, pour un « porteur » d'intérêt, la faculté matérielle de satisfaire ses besoins, d'obtenir des avantages ou d'éviter des inconvénients. Il peut s'agir tant d'un intérêt abstrait, qui possède un contenu indéfini et recouvre de multiples utilités, que d'un intérêt concret, qui comporte une utilité particulière, ayant un contenu déterminé et identifiable par sa spécificité⁴¹.

En revanche, le droit, comme prérogative ou ensemble de prérogatives consacrées par une règle sociale et à quoi correspond un devoir ou une obligation chez autrui, se situe sur un plan normatif. Le droit se place également sur un plan éthique, car la qualité de droit et l'obligation correspondante sont établies par l'autorité sociale en fonction d'un jugement de valeur qui départage les cas où un droit doit être reconnu et ceux où il n'y a pas lieu de le faire⁴².

Bien que différents, ces deux plans conceptuels identifiés par André Gervais – utilité et existence pour les intérêts ; normatif et éthique pour les droits – sont des « plans sécants ou plus exactement des plans qui présentent une zone commune à côté de zones distinctes »⁴³. En ce sens, les notions d'intérêt et de droit ne peuvent être strictement opposées, car elles

³⁹ André GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des “droits” et des “intérêts” », dans *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 1 « Théorie générale du droit et droit transitoire », Paris, Dalloz & Sirey, 1961, p. 241. Sur une critique de la systématisation opérée par André Gervais, voir : Philippe GAUTIER, « Quelques considérations sur l'intérêt privé et l'intérêt public dans un ordre juridique sans maître », dans P. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), préc., note 5, p. 221.

⁴⁰ À titre indicatif, voir les apports et critiques de la systématisation opérée par André Gervais formulés dans T. LÉONARD, préc., note 11, n° 124, p. 188-191.

⁴¹ A. GERVAIS, préc., note 39, aux pages 241 et 242.

⁴² *Id.*, à la page 242.

⁴³ *Id.*, à la page 242.

se rejoignent sur certains points et divergent sur d'autres. Elles s'inscrivent conséquemment dans une perspective gradualiste.

Coïncidence et divergence constituent un amalgame complexe dans les définitions des droits et des intérêts, tel que le précise André Gervais comme suit : « La coïncidence se manifeste dans le fait que la reconnaissance d'un droit suppose l'existence d'un intérêt, et la divergence, dans le fait que l'existence d'un intérêt n'entraîne pas nécessairement la reconnaissance d'un droit. »⁴⁴ En effet, l'autorité sociale, par un jugement de valeur, reconnaît ou attribue une qualité de droit aux seuls intérêts qu'elle estime dignes d'une protection particulière, plus ou moins accentuée ; les autres demeurent au rang des intérêts et ne bénéficient pas d'une protection publique. Un jugement juridique de légitimité vient ainsi consacrer un ensemble plus circonscrit d'intérêts, élevés à la « dignité ». Par exemple, certains intérêts sont suffisamment caractérisés et importants pour avoir donné naissance à des droits, comme le droit de propriété⁴⁵.

Bien plus, un tel jugement social de valeur sur les intérêts peut révéler une mise en orbite divergente autour du noyau dur de la juridicité. André Gervais conçoit les intérêts « illégitimes » en périphérie ; plus au centre, ce sont les intérêts « purs et simples » ; à proximité du noyau se trouvent les intérêts « légitimes » et, au cœur même du dispositif, reposent les intérêts consacrés sous la forme de « droits subjectifs »⁴⁶. Voilà pour le *continuum* intérêt-droit : d'un jugement de condamnation à un jugement de consé-

⁴⁴ *Id.*, à la page 243.

⁴⁵ L'article 6 C.d.l.p. se lit comme suit : « 6. Toute personne a droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens, sauf dans la mesure prévue par la loi. »

⁴⁶ Ces quatre catégories d'intérêts qui gravitent dans des cercles concentriques méritent la mention. Premièrement, ce peut être une *condamnation* : l'intérêt est qualifié d'« illégitime » et la poursuite de sa satisfaction est interdite par le droit objectif. Deuxièmement, ce peut être une *indifférence* : l'intérêt est qualifié de « pur et simple » et sa satisfaction n'est ni interdite, ni encouragée par la moindre protection ou garantie sociale. Troisièmement, ce peut être une *reconnaissance* : l'intérêt est qualifié de « légitime » et sa protection sociale, limitée, consiste à interdire aux tiers de méconnaître un tel intérêt et à reconnaître corrélativement au porteur d'un intérêt légitime le droit que son intérêt ne soit pas méconnu. Quatrièmement, ce peut être une *consécration* : l'intérêt est érigé en « droit » et sa satisfaction est pleinement reconnue, tout comme sa réalisation est assurée par une protection sociale maximale, notamment par la sanction d'une atteinte qui y serait portée. Dans cette dernière situation, le porteur d'intérêt devient titulaire d'un droit subjectif et doté des prérogatives correspondantes. Voir : A. GERVAIS, préc., note 39, aux pages 243 et 244.

cration juridique, il s'agit d'analyser la nature du jugement de légitimité sur les divers intérêts sociaux, qui peut être marqué du signe positif, négatif ou de l'indice de neutralité. C'est ce critère de légitimité, opérant la frontière entre le droit et l'infra-droit, entre la norme sociale et la norme juridique, qui semble être l'opérateur décisif de la juridicité chez André Gervais. Une telle perception gradualiste de la légitimité juridique, qui s'exprime par une structure hiérarchique des intérêts, doit se substituer à une logique binaire du permis et de l'interdit.

Une fois ces observations faites, il est possible de relever la part de vérité et celle plus critiquable qu'appelle la conception de Jhering sur les droits subjectifs, qualifiés indifféremment d'« intérêts juridiquement protégés ». L'assertion est exacte en elle-même, mais maintenant insuffisamment précise du fait qu'il existe deux, voire trois, catégories d'intérêts faisant l'objet d'une protection juridique distincte. Les intérêts légitimes (dont ceux de l'enfant⁴⁷) et les droits proprement dits (ceux de la personnalité ou de propriété notamment) bénéficient d'une protection sociale, bien que différente: limitée pour les uns et maximale pour les autres. En ce sens, l'intérêt uniquement légitime est opposable aux seules personnes déterminées – visées par la loi ou par un lien obligationnel particulier – tandis que le droit subjectif protège une prérogative opposable à tous⁴⁸.

Avec André Gervais, on peut s'interroger également le titre qui autorise un individu à satisfaire ses intérêts, du moins ceux qui ne sont pas illicites. La poursuite de la satisfaction d'un intérêt-droit subjectif ne pose pas problème: la qualification elle-même de cet intérêt en droit justifie l'activité juridique déployée. Pour les intérêts purs et simples et ceux légitimes de personnes physiques ou morales de droit privé, le titre justifiant leur réalisation peut être recherché dans le principe de la liberté civile. La liberté, elle-même plus ou moins garantie et protégée selon les cas, est entendue ici comme l'autorisation de faire toute activité qui n'est pas

⁴⁷ Nous partageons ici l'opinion de la professeure Grégoire qui qualifie les intérêts de l'enfant comme des intérêts légitimes, voir: M. A. GRÉGOIRE, préc., note 5, p. 168: « En effet, l'intérêt de l'enfant peut difficilement se qualifier comme un droit subjectif, puisqu'il est difficile d'y voir une prérogative exclusive d'action. Cependant, cet intérêt reçoit clairement une protection judiciaire et s'impose tant aux juges qu'aux personnes qui prennent des décisions qui concernent l'enfant ».

⁴⁸ *Id.*, p. 168.

interdite. Quant aux États, c'est le principe de souveraineté qui les habilite à faire tout ce que ne prohibe pas le droit international public⁴⁹.

L'approche gradualiste du passage de l'intérêt au droit subjectif réalisée par André Gervais est féconde; elle permet de dégager des principes de solution des conflits entre les prérogatives juridiques, inspirés par une logique de la balance des intérêts. Trois types de conflits peuvent surgir. Premièrement, un *conflit entre des intérêts protégés et des intérêts non protégés*: le premier doit prédominer logiquement, sans que le titulaire de l'intérêt non protégé puisse prétendre à compensation ou exercer un droit de veto à l'encontre de l'intérêt protégé. Deuxièmement, un *conflit entre des intérêts bénéficiant d'une protection juridique d'intensité différente*: l'intérêt supérieur dans la hiérarchie doit l'emporter sur le plus faible, mais sans ignorer la protection dont bénéficie l'intérêt lésé qui peut recevoir une compensation (dont des indemnités d'expropriation ou de licenciement). Troisièmement, un *conflit entre des intérêts de même rang*: une solution pratique doit être recherchée par le partage des charges et des dommages suivant un « marchandage de bonne foi »⁵⁰ ou, en cas de rupture d'équilibre, par une réparation nécessaire. En somme, l'intérêt ne doit pas se réduire à une représentation anémiée et languissante dans laquelle les juristes tendaient à le confiner, tout comme il ne s'accommode pas toujours de la livrée du droit subjectif dont on voulait l'affubler. Tel que l'énonce François Ost en ces termes: « Tout au contraire, l'intérêt a pour lui la spontanéité et le dynamisme de la vie, ce qui pourrait bien conduire, au prix d'un détournement des perspectives, à faire apparaître cette fois les conceptualisations juridiques – et notamment les droits subjectifs – pour les ombres de la caverne platonicienne. »⁵¹

François Ost entreprend un travail d'envergure et tente de dégager un statut juridique de l'intérêt. Il élabore une véritable théorie générale autour de ce concept, inspirée fortement de la systématisation opérée par André Gervais et empruntant le *continuum* ininterrompu sur lequel se situent les intérêts et les droits⁵². Droit et intérêt constituent l'espèce et le genre respectivement: « s'il est exact que à tout intérêt ne correspond pas nécessairement un droit subjectif, en revanche il est non moins certain

⁴⁹ A. GERVAIS, préc., note 39, à la page 244.

⁵⁰ *Id.*, aux pages 248-252.

⁵¹ F. OST, préc., note 8, p. 9 et 10.

⁵² *Id.*, p. 9 et suiv.

que la reconnaissance de tout droit subjectif suppose, “à sa base”, la présence d’un intérêt»⁵³. Le droit subjectif est donc au moins un intérêt protégé et même un intérêt qui exige une protection du juge.

Il convient d’analyser le concept d’intérêt, avec une emphase toute marquée pour son caractère légitime, ainsi que sa contrepartie que constitue la responsabilité.

II. L’intérêt juridique légitime

Si l’on part du constat que l’être humain peut avoir des intérêts matériels ou moraux – ce qui explique la distinction entre les droits patrimoniaux et les droits extrapatrimoniaux –, on réalise que ce n’est pas le droit lui-même qui est patrimonial ou extrapatrimonial, mais bien l’intérêt principal qu’il protège ou est destiné à préserver.

Il n’est nullement aisé de définir ce qu’est un *intérêt*. Gérard Cornu précise que c’est : « Ce qui importe (à l’état brut, avant toute qualification) : considération d’ordre moral (affection, honneur, haine) ou économique (argent, possession d’un bien) qui, dans une affaire (contrat, procès...), concerne, attire, préoccupe une personne (ce qui lui importe). »⁵⁴

Les intérêts humains sont d’une variété infinie, plus diversifiés probablement que la panoplie des mots utilisés pour les désigner... D’ailleurs, si l’on trouve refuge en matière contractuelle, est-il besoin de souligner que le contrat n’est autre chose que le moyen fourni par l’ordre juridique pour échanger biens et services afin de satisfaire un besoin ou un intérêt de la personne humaine⁵⁵. Le droit de créance qui naît du contrat vise à assurer

⁵³ *Id.*, p. 36.

⁵⁴ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 7^e éd., Paris, P.U.F, 2005, p. 495, sous « intérêt ». Voir également : France ALLARD, Marie-France BICH, Jean-Maurice BRISSON, Élise CHARPENTIER, Paul-André CRÉPEAU, Mathieu DEVINAT, Yaell EMERICH, Patrick FORGET, Nicholas KASIRER, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues. Les obligations / Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons. Obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003 ; outre une définition de l’intérêt en termes monétaires, comme revenu produit par une somme d’argent, la notion est appréhendée selon qu’il s’agit d’un intérêt général : « Ce qui est à l’avantage de tous » ; ou d’un intérêt particulier : « Ce qui est à l’avantage d’une partie à un acte juridique », p. 189.

⁵⁵ Le besoin est nécessairement un intérêt ou est compris, à tout le moins, dans la notion d’intérêt. Voir : Alain SAYAG, *Essai sur le besoin créateur de droit*, Paris, L.G.D.J., 1969.

la protection par l'ordre juridique de la satisfaction de l'intérêt né du contrat, de l'accord de deux volontés.

Rétif à une quelconque systématisation ou à une tentative de fixation en termes précis, l'intérêt fait ainsi appel à un sentiment d'évidence, comme partie du sens commun. À une structure inflexible, l'intérêt doit prendre la forme d'un instrument ajusté à une fin⁵⁶. À l'instar de l'opinion soutenue dans la thèse d'Annick Tribes, il faut plutôt l'envisager telle « une directive exprimant une valeur, une politique [...] et une condition de la compétence et de l'application d'une norme »⁵⁷. Selon François Ost, l'intérêt représente, à défaut d'une définition opératoire⁵⁸, « une notion à la fois omniprésente et ambiguë, souple et subversive »⁵⁹. Il faut reprendre ces quatre qualificatifs qui caractérisent fort justement, à notre avis, la notion d'intérêt.

Omniprésent, car doué du don d'ubiquité⁶⁰, l'intérêt représente la source du droit subjectif, mais ne s'y limite pas nécessairement ; « il opère tout aussi bien en deçà et au-delà des prérogatives officiellement consacrées par le système juridique »⁶¹. *Imprécis*, l'intérêt comporte une variété importante de significations possibles – il n'est qu'à penser au terme décliné au pluriel⁶². Il résiste à s'intégrer dans une quelconque catégorie juridique, d'où une confusion, voire un glissement possible, avec des

⁵⁶ Annick TRIBES, *Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile*, thèse de doctorat, Paris, Université de droit d'économie et de sciences sociales, Université Paris 2, 1975, p. XII.

⁵⁷ *Id.*, p. XII.

⁵⁸ Bien que dénonçant le caractère imprécis et vague inhérent à la notion d'intérêt, Thierry Léonard tente la définition suivante de l'intérêt : « Nous pouvons, dès lors, difficilement faire mieux qu'admettre, de manière sans doute assez vague, que l'intérêt se comprend soit, dans son sens positif, comme l'avantage, l'utilité ou le bénéfice recherché par une personne dans ses actes ou abstentions, soit, dans son sens négatif – atteinte à l'intérêt –, comme le désavantage ou le préjudice personnel qu'une personne subit ou tend à éviter. », voir : T. LÉONARD, préc., note 11, n° 156, p. 250.

⁵⁹ F. OST, préc., note 8, p. 16. L'auteur expose deux paires de caractères opposés qui semblent déterminer l'intérêt : « À l'omniprésence de l'intérêt répond son imprécision, tandis que sa souplesse opératoire se paie d'un effet subversif de "bouge" ou de dérangement exercé sur l'ordonnement juridique » (*id.*, p. 10). Sur une réitération, voir p. 185. Pour sa part, Annick Tribes qualifie l'intérêt de « notion imprécise, neutre et ambiguë », voir : A. TRIBES, préc., note 56, p. VI et suiv.

⁶⁰ G. CORNU (dir.), préc., note 54, sous « intérêt », p. 495.

⁶¹ F. OST, préc., note 8, p. 10.

⁶² Il est possible de remarquer que le terme « intérêts » se retrouve notamment au sein de l'expression « dommages-intérêts ».

notions de droit subjectif, de mobile, de cause, de préjudice. *Souple*, l'intérêt est une notion fonctionnelle ou opératoire, qui s'accommode de titulaires diffus, d'objets multiples aux contours flous; il présente une intensité variable et s'accompagne de protections différenciées et aléatoires⁶³. Il prend consistance et se concrétise dans l'ordre juridique au gré des conflits qui surviennent. Sous cet angle, l'intérêt est, selon Ost, «le "grand communicateur" de l'ordre juridique»⁶⁴ ou son «équivalent universel»⁶⁵. *Subversif*, l'intérêt est rebelle aux principes et aux mécanismes admis. Comme franc-tireur investi d'un rôle de promotion ou de création, il favorise de nouveaux acteurs qui deviendront parfois des sujets de droit et fait naître des obligations qui se traduiront possiblement en de nouveaux droits. Assorti d'une finalité de limitation, l'intérêt relativise l'exercice des facultés légales – il peut notamment expliquer la théorie de l'abus de droit, qui trouve une illustration patente, au Québec, dans l'affaire *Houle c. Banque Canadienne Nationale*⁶⁶. Enfin, en tant que régulation générale, il limite des volontés que l'on croyait souveraines⁶⁷. Le trinôme «intérêt-promoteur», «intérêt contrôleur» et «intérêt-régulateur» exprime les finalités diverses de l'intérêt.

De nature protéiforme, l'intérêt n'obéit donc pas à une classification uniforme et peut être à la fois matériel et immatériel, intéressé et désintéressé, économique et éthique. À cette ambiguïté conceptuelle⁶⁸, la diversité des rôles exercés par l'intérêt témoigne de sa complexité fonctionnelle.

⁶³ F. OST, préc., note 8, p. 13 et 185.

⁶⁴ *Id.*, p. 13.

⁶⁵ *Id.*, p. 185.

⁶⁶ [1990] 3 R.C.S. 122. Dans cet arrêt de principe, la Cour suprême sanctionne un abus des droits contractuels de la Banque, au mépris d'un intérêt financier direct et personnel de la partie débitrice au litige.

⁶⁷ F. OST, préc., note 8, p. 13. L'auteur poursuit en ces termes: «Plus généralement, il induit un nouveau "mode de production juridique" selon le modèle de la computation, de la négociation et de la pesée qui contraste avec l'adjudication ferme ("par droit et sentence") des droits subjectifs et entraîne ainsi ces derniers dans une logique juridique qui leur est, au moins partiellement, étrangère» (*id.*, p. 13).

⁶⁸ Nous avons recensé plusieurs déclinaisons à partir du mot «intérêt», soit «intérêt à échoir», «intérêt composé», «intérêt conventionnel», «intérêt échu», «intérêt général», «intérêt légal», «intérêt particulier», «intérêt simple», «intérêt usuraire», voir: F. ALLARD et al., préc., note 54, p. 189 et 190. Il en ressort que la notion peut recevoir des applications diverses et variées.

Le *Code civil du Québec* juxtapose divers adjectifs à la notion d'intérêt : « intérêt sérieux et légitime »⁶⁹ ou simplement « intérêts légitimes »⁷⁰ ou encore « intérêts légitimes et manifestement prépondérants »⁷¹; « intérêt patrimonial »⁷²; « intérêt général »⁷³; « intérêt assurable »⁷⁴ ou « intérêt d'assurance »⁷⁵; « intérêt commun »⁷⁶; « intérêt né et actuel »⁷⁷; « intérêt particulier »⁷⁸ ou « intérêt personnel et exclusif »⁷⁹.

La variété de ces qualificatifs révèle à la fois la fréquence et la diversité des occurrences des intérêts consacrés par le législateur québécois⁸⁰. Les intérêts traduisent une extension d'une logique privatiste ou individualiste, de même qu'un mouvement progressif vers une collectivisation des rapports sociaux et de contrôles publics. Bien plus, à la diversité des titulaires

⁶⁹ Art. 37 et 39 C.c.Q. (constitution d'un dossier et accès aux renseignements sur une autre personne), art. 1212 al. 3 C.c.Q. (stipulation d'inaliénabilité), art. 2649 al. 1 C.c.Q. (stipulation d'insaisissabilité).

⁷⁰ Art. 2089 al. 2 C.c.Q. (stipulation de non-concurrence dans un contrat de travail).

⁷¹ Art. 3079 al. 1 C.c.Q. (conflits de loi en droit international privé).

⁷² Art. 192 al. 2 C.c.Q. (représentation dans l'exercice des droits civils et administration du patrimoine de l'enfant conçu mais non encore né); art. 216 C.c.Q. (jugement relatif au mineur).

⁷³ Art. 63 al. 1 et 67 al. 2 C.c.Q. (changement de nom); art. 913 al. 1 C.c.Q. (usage de choses non susceptibles d'appropriation); art. 982 al. 1 C.c.Q. (droit à l'usage d'une source, d'un lac, d'une nappe d'eau ou d'une rivière souterraine, ou d'une eau courante); art. 1270 al. 1 C.c.Q. (fiducie d'utilité sociale); art. 1417 C.c.Q. (nullité absolue d'un contrat); art. 1472 C.c.Q. (secret commercial).

⁷⁴ Art. 1073 al. 1 C.c.Q. (droits et obligations d'un syndicat).

⁷⁵ Art. 2414 al. 2; 2418; 2419; 2475; 2476; 2481 al. 1 et 2; 2484; 2506 al. 1; 2511 al. 1 et 2; 2512 al. 2; 2513; 2514; 2515 al. 1 et 2; 2516; 2517; 2529; 2541 al. 1 et 2; 2594 al. 1; 2595 al. 2; 2620 al. 1; 2621; 3150 C.c.Q.

⁷⁶ Art. 1039 al. 1 C.c.Q. (collectivité de copropriétaires); art. 1083 C.c.Q. (syndicat de copropriété); art. 1310 al. 2 C.c.Q. (administrateur et bénéficiaire); art. 2651(1) et 2652 C.c.Q. (créances prioritaires: frais de justice et dépenses).

⁷⁷ Art. 1418 al. 1 C.c.Q. (nullité absolue d'un contrat).

⁷⁸ Art. 15 et 269 C.c.Q. (protection d'un majeur); art. 23 al. 1 C.c.Q. (demande d'autorisation relative à des soins ou à l'aliénation d'une partie du corps); art. 231 al. 2 C.c.Q. (protection d'un mineur); art. 1419 C.c.Q. (nullité relative d'un contrat).

⁷⁹ Art. 1494 C.c.Q. (enrichissement ou appauvrissement injustifié).

⁸⁰ Nous avons écarté, pour les fins de notre analyse, le terme « intérêt » conçu de façon générale tel un « revenu produit, au fil du temps, par une somme d'argent » (voir: F. ALLARD et al., préc., note 54, p. 188) et avons exclu toutes les dispositions qui comportent le syntagme « dommages-intérêts » ou « dommages et intérêts ».

d'intérêts⁸¹ correspond un contenu riche et varié de l'intérêt, à temporalité variable. Quant au caractère « légitime », « sérieux » ou encore « manifestement prépondérant » de l'intérêt, il renvoie sans ambages à une condition de l'intérêt afin qu'il puisse avoir une certaine effectivité.

Il faut signaler une corrélation entre la référence à l'intérêt et à l'intervention du juge : l'intérêt apparaît tel l'enjeu d'un litige, soit la valeur dont la protection est confiée au magistrat ou à un tiers-arbitre. Dans ce contexte, l'intérêt se détache de son acception procédurale d'« intérêt à agir »⁸², condition de recevabilité de l'action, pour obéir à une logique de l'équilibration et du compromis des intérêts en présence. En d'autres termes, le législateur québécois défère fréquemment compétence au juge

⁸¹ Nous avons colligé, au sein du *Code civil du Québec*, les diverses mentions du mot « intérêt ». Nous en avons relevé les titulaires suivants : l'intérêt de l'enfant (art. 33 al. 1 ; 34 ; 495 al. 2 ; 496 ; 514 ; 521.17 al. 1, 2 et 3 ; 543 al. 1, 568 al. 3 ; 573 ; 574 al. 3 ; 604 ; 606 al. 1 ; 607 C.c.Q.) ; l'intérêt de personnes pour la délivrance de la copie d'un acte ou d'un certificat de l'état civil (art. 148 al. 1 et 2 ; 149 C.c.Q.) ; l'intérêt du mineur (art. 177 ; 190 ; 196 al. 2 ; 231 al. 2 ; 235 ; 252 C.c.Q.) ; l'intérêt du majeur protégé (art. 256 al. 1 ; 257 al. 1 ; 275 al. 2 C.c.Q.) ; l'intérêt de la personne morale ou de ses membres (art. 322 al. 2 ; 348 C.c.Q.) ; l'intérêt d'un administrateur (art. 324 al. 1 et 2 C.c.Q.) ; l'intérêt de la famille (art. 399 al. 1 ; 400 ; 462 al. 2 ; 488 ; 521.9 C.c.Q.) ; l'intérêt des époux (art. 488 ; 495 al. 2 C.c.Q.) ; l'intérêt d'un adopté (art. 545 al. 2 ; 547 al. 2 C.c.Q.) ; l'intérêt d'une succession et des héritiers (art. 642 al. 2 ; 842 ; 859 C.c.Q.) ; l'intérêt d'un usager (art. 1173 al. 2 C.c.Q.) ; l'intérêt d'un propriétaire du fonds servant (art. 1186 al. 2 C.c.Q.) ; l'intérêt de celui qui a stipulé une inaliénabilité (art. 1213 al. 2 C.c.Q.) ; l'intérêt du bénéficiaire d'une administration du bien d'autrui (art. 1306 ; 1309 al. 2 ; 1315 al. 1 C.c.Q.) ; l'intérêt de l'administrateur du bien d'autrui (art. 1310 al. 1 ; 1311 al. 1 C.c.Q.) ; l'intérêt d'un promettant (art. 1447 al. 2 C.c.Q.) ; l'intérêt de tiers de bonne foi (art. 1452 C.c.Q.) ; l'intérêt de débiteurs solidaires (art. 1537 al. 1 et 2 ; 1538 al. 1 C.c.Q.) ; l'intérêt d'un créancier (art. 1555 al. 2 C.c.Q.) ; l'intérêt d'un employeur (art. 2089 al. 2 C.c.Q.) ; l'intérêt d'un mandant (art. 2138 al. 2 ; 2140 al. 2 ; 2161 C.c.Q.) ; l'intérêt de témoins à un mandat (art. 2167 al. 2 C.c.Q.) ; l'intérêt d'une société (art. 2208 al. 1 C.c.Q.) ; l'intérêt des associés d'une société (art. 2216 al. 2 C.c.Q.) ; l'intérêt d'une association (art. 2271 C.c.Q.) ; l'intérêt d'un dépositaire (art. 2294 C.c.Q.) ; l'intérêt d'un adhérent ou d'un bénéficiaire d'une police d'assurance collective (art. 2401 al. 2 C.c.Q.) ; l'intérêt d'un individu contre qui le droit hypothécaire est exercé (art. 2785 al. 1 C.c.Q.) ; l'intérêt de personnes dans un acte notarié (art. 2819 al. 2 C.c.Q.) ; l'intérêt de celui à ce que la prescription soit acquise (art. 2887 C.c.Q.).

⁸² La disposition contenue à l'article 55 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25 se lit comme suit : « 55. Celui qui forme une demande en justice, soit pour obtenir la sanction d'un droit méconnu, menacé ou dénié, soit pour faire autrement prononcer sur l'existence d'une situation juridique, doit y avoir un intérêt suffisant ».

et lui accorde la faculté d'intervenir afin de garantir certains principes jugés importants, au nom de la notion générale d'intérêt.

Il en va ainsi de l'intérêt de l'enfant⁸³, consacré à l'alinéa premier de l'article 33 du Code civil québécois en ces termes : « Les décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits. » Pour ce faire, le juge est appelé à prendre en considération, « outre les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation »⁸⁴. Une autre illustration est celle de l'employeur qui doit veiller à la bonne gestion de son entreprise et, s'il possède un intérêt sérieux et légitime, peut constituer un dossier sur un employé et faire primer cet intérêt sur le droit à la vie privée ou à la réputation de ce dernier⁸⁵. La Cour d'appel, sous la plume des juges LeBel et Thibault⁸⁶, précise qu'il doit y avoir un lien entre la mesure prise par l'employeur et les exigences de bon fonctionnement de l'entreprise. Ce ne peut donc être une décision purement arbitraire et appliquée au hasard; l'employeur doit posséder déjà des motifs raisonnables avant de décider de soumettre son salarié à une surveillance. Quant aux moyens, il faut que la mesure de surveillance, notamment la filature, apparaisse nécessaire afin de vérifier le comportement du salarié et qu'elle soit menée de façon la moins intrusive possible.

En outre, de nouveaux intérêts semblent poindre dans la jurisprudence québécoise. On remarque l'émergence d'un intérêt « esthétique » à l'endroit de certains objets, dont des arbres matures composant une forêt,

⁸³ Sur le concept d'intérêt de l'enfant, nous renvoyons le lecteur au mémoire suivant : Andréanne MALACKET, *L'intérêt de l'enfant : notion polymorphe susceptible d'instrumentalisation ou de détournement : l'exemple de l'avant-projet de Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2010.

⁸⁴ Art. 33 al. 2 C.c.Q.

⁸⁵ Art. 37 C.c.Q.

⁸⁶ *Syndicat des travailleuses et travailleurs de Bridgestone/Firestone de Joliette (C.S.N.) c. Trudeau*, [1999] R.J.Q. 2229 (C.A.). La Cour d'appel a repris ce principe dans *Syndicat des chauffeurs de la Société de transport de la Ville de Laval (CSN) c. Ferland*, J.E. 2001-526 (C.A.); *Bellefeuille c. Morisset*, [2007] R.J.Q. 796 (C.A.); *Veilleux c. Compagnie d'assurance-vie Pennncorp*, [2008] R.J.Q. 317 (C.A.); *Compagnie d'assurances Standard Life c. Tremblay*, [2010] R.J.Q. 1098 (C.A.). Voir également : *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 143 (FTQ) et Goodyear Canada Inc. (grief syndical)*, [2005] R.J.D.T. 1409 (T.A.).

en raison de leur valeur intrinsèque⁸⁷, ou encore des haies⁸⁸. Quelques décisions des tribunaux inférieurs signalent également un intérêt « sentimental » des parties dans des clichés de mariage⁸⁹ ou dans un souvenir de famille⁹⁰. Un attachement tout particulier relie l'objet à un individu en raison d'un lien conjugal, familial ou filial qui lui accorde une valeur supplémentaire et nécessite une protection accrue.

L'intérêt comporte une fonction créatrice, voire promotionnelle: le juge est appelé à reconnaître un certain nombre d'intérêts légitimes, en marge des droits subjectifs, de manière à leur assurer une protection minimale de réparation. L'intérêt consiste « à donner corps à des prestations relevant de l'infra-droit et à promouvoir la participation de nouveaux partenaires dans le jeu juridique »⁹¹. Mais tout intérêt lésé ne vaut pas réparation; il convient de préciser les critères nécessaires à une réparation dans un recours en responsabilité civile extracontractuelle.

On doit revenir à la prémisse que ce n'est pas *tout* intérêt qui peut être assimilé à un droit; la classification proposée par André Gervais et sa déclinaison des intérêts « illicites », « purs et simples », « légitimes », « droits subjectifs » demeure pertinente. Un travail de qualification est inhérent au confinement dans la catégorie des intérêts « légitimes-protégés »⁹², dont la liste est invariablement évolutive... C'est dans la recherche de critères de

⁸⁷ *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.*, [2004] 2 R.C.S. 74. Sur la coupe d'arbres qui occasionne un préjudice esthétique, voir notamment: *Ribardière c. Québec (Ministre des Transports)*, J.E. 88-1022 (C.P.); *Ostiguy c. Wilson*, [1991] R.R.A. 798 (C.S.); *Larochelle c. Moulin de préparation de bois en transit de St-Romuald Ltée*, J.E. 98-90 (C.A.); *Larouche c. Hydro-Québec*, J.E. 2002-778 (C.S.); *Lefebvre c. Barbeau*, [2005] R.L. 184 (C.Q.); *Dionne c. Caisse populaire Desjardins de St-Pascal de Kamouraska*, 2006 QCCQ 2205.

⁸⁸ *Axa Assurances Inc. c. Automobiles Bertrand Boisjoly Inc.*, [2002] R.R.A. 250 (C.Q.); *Daviault c. Boisvert*, [2003] R.D.I. 907 (C.Q.); *Danilov c. Wieslaw*, 2010 QCCQ 95.

⁸⁹ *Babisova c. Lajoie*, B.E. 2003BE-546 (C.P.p.c.).

⁹⁰ *Club international vidéo film C.I.V.F. Inc. c. Galerie Encadrex 1991 Inc.*, B.E. 2000BE-1105 (C.Q.).

⁹¹ F. Ost, préc., note 8, p. 156.

⁹² Sophie MORIN, *Le dommage moral et le préjudice extrapatrimonial*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2009, p. 169: « Car la question est là: pour être un droit ou un intérêt, un travail de qualification est nécessaire. Ainsi, les sentiments et les valeurs, s'ils ne sont pas reconnus comme des droits spécifiques, peuvent être reconnus comme un intérêt. L'atteinte à un intérêt ne constitue donc pas automatiquement un dommage [...]; encore faut-il que l'intérêt se qualifie juridiquement à ce titre ».

sélection que l'on peut arriver à identifier certains intérêts qui s'avèrent dignes de protection⁹³.

À l'insuffisance de l'équité suivant les exigences du cas d'espèce, il faut favoriser, selon François Ost, la consistance et la légitimité comme qualités (cumulatives) qui exigent une protection éventuelle de l'intérêt par le droit, puis une consécration potentielle en cas de conflit. D'une part, la situation doit sous-tendre une certaine stabilité et, d'autre part, être légitime et avoir vocation à être protégée par le droit positif. On doit poser des jugements concurrents de fait et de valeur sur la situation en cours, permettant de filtrer, sinon de discriminer, les intérêts entre eux. Une telle reconnaissance accordée ouvre la porte de la juridicité à l'intérêt en écartant de façon corrélative les intérêts que le droit n'entend pas protéger. Or, n'est-ce pas là réaffirmer le cumul des critères d'effectivité et de légitimité; cumul nécessaire, selon François Ost, au passage du fait au droit – droit objectif et prérogatives individuelles?

La manière dont le droit positif légitime l'intérêt, dans la conception d'Ost, demeure néanmoins assez floue. Au mieux, cet auteur identifie la légitimité de l'intérêt à sa concordance ou à sa comptabilité avec le droit, au sens large. Il faut consacrer quelques développements sur le qualificatif «légitime». L'analyse est de quatre ordres: tentative de circonscrire l'essence de la légitimité, questionnements sur les zones d'ombre qui entourent la légitimité, appréciation de la notion et prise en compte d'un révélateur de l'intérêt légitime qu'est la responsabilité civile. À cet égard, Thierry Léonard relève une constante dans la signification de la légitimité et la formule comme suit:

«Que ce soit par l'idée de titre, par le jeu de la loi ou d'une norme sociale ou morale, la qualification de "légitime" renvoie à l'acceptation et la reconnaissance juridique de l'état, de l'acte ou du fait sur lequel elle porte. Ces définitions expriment donc la distinction – rencontrée en théorie générale, mais aussi dans certaines expressions de l'intérêt en droit positif – entre intérêt

⁹³ F. Ost, préc., note 8, p. 55: «Voilà donc relancé le travail du juriste positiviste qui, arrivé aux confins de la juridicité – en cette zone d'échange (qu'il se représente comme un abîme) du fait et du droit, ou, plus exactement, de l'infra-droit et du droit – part désespérément en quête d'un critère normatif formel qui devrait, pense-t-il, lui garantir quelque sécurité en assurant la clôture de son système de référence».

“simple” et “légitime”. Si l’intérêt “simple” est de pur fait, l’intérêt “légitime” désigne un intérêt admis et reconnu par le droit objectif.»⁹⁴

D’abord, trois interrogations s’imposent au regard de la légitimité de l’intérêt rapportée au domaine de la responsabilité civile extracontractuelle. Premièrement, il convient de questionner la nature du lien qui relie l’intérêt légitime au droit objectif : l’intérêt doit-il nécessairement trouver son fondement ou sa justification permettant de lui conférer un caractère légitime dans une source de droit traditionnelle ? Il semble plus juste de considérer que le droit objectif, via la loi ou le règlement, propose des normes qui, par leur application, reportent un contrôle de légitimité sur des acteurs juridiques, notamment le détenteur d’un intérêt lui-même ou le juge. Le droit objectif créerait ainsi, à l’article 1457 C.c.Q., un lieu propre à permettre la considération des intérêts d’autrui dans lequel s’insère le contrôle de légitimité comme partie d’un processus plus global. Une telle disposition législative n’édicte pas la condition de légitimité ; cette condition étant imposée lorsqu’on conclut que le dommage réparable peut naître de la violation d’un intérêt légitime⁹⁵. L’intérêt est susceptible d’être reconnu au travers d’une norme, prenant l’habit d’une responsabilité civile, et qui permet de défendre *a posteriori* un intérêt et de sanctionner le contrevenant.

Deuxièmement, il faut soulever la question de savoir si le contrôle de légitimité d’un intérêt résulte d’une analyse *a priori* de la qualité du seul intérêt invoqué par son porteur ou serait la résultante de l’admission de sa prédominance sur les intérêts avec lesquels il entre en conflit⁹⁶. Bien que la doctrine demeure muette en ce sens, la seconde hypothèse semble préférable, car en adéquation avec une situation conflictuelle possible et favorisant une pondération des intérêts en présence.

Troisièmement, il importe de s’interroger sur l’objet même de ce qui doit être légitime : est-ce la situation du détenteur de l’intérêt ou l’avantage recherché ? Par exemple, la situation de la concubine l’empêchait, par le passé, d’obtenir réparation du préjudice moral subi à la suite du décès accidentel de son compagnon dû à la faute d’un tiers⁹⁷. Cette contrariété

⁹⁴ T. LÉONARD, préc., note 11, n° 159, p. 260 et 261.

⁹⁵ *Id.*, n° 165, p. 262.

⁹⁶ *Id.*, n° 165, p. 263.

⁹⁷ Voir notamment : Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, vol. 2 « Responsabilité civile et quasi-contrats », Paris, P.U.F., 2007, n° 37, p. 109. Plus largement, voir n° 37,

de la situation de la concubine au regard de la loi rendait son intérêt illégitime. Parfois, le seul agissement d'un particulier, titulaire d'un droit subjectif, dans le but de nuire à autrui, l'empêche de demander compensation du préjudice subi. Bien que sa situation préexistante soit légitime, c'est le dessein poursuivi qui est qualifié d'illégitime. De façon globale, on favorise un lien plus direct entre la situation initiale au dommage et l'avantage recherché par la demande en réparation⁹⁸.

Une fois ces réflexions posées, il est permis de s'arrêter sur l'appréciation même du caractère légitime de l'intérêt. Une approche pragmatique de la notion tend à l'aborder par son opposé : plutôt que de définir *a priori* les hypothèses dans lesquelles un intérêt est légitime, les juges sont généralement plus enclins à identifier des cas où l'intérêt doit être considéré comme illégitime⁹⁹. Cette approche a l'avantage d'admettre plus facilement la prise en compte d'un nombre grandissant d'intérêts. Un renversement de la charge de la preuve s'opère : il revient aux détenteurs d'intérêts de prouver le caractère illégitime de l'intérêt invoqué par la partie adverse, plutôt qu'à cette dernière d'apporter la preuve de la légitimité de son intérêt. En pratique, une présomption de légitimité de l'intérêt s'ensuivrait, sous réserve de démontrer qu'il est frappé d'une cause (exceptionnelle) d'illégitimité.

La contrepartie de l'intérêt légitime trouverait un écho dans le contentieux de la responsabilité civile. Il y aurait consécration *a posteriori* de tel ou tel autre intérêt en admettant de le hisser au rang d'un intérêt protégé dès lors que sa violation peut donner lieu à réparation. Suivant le contrôle de sa consistance et de sa légitimité, naissent des obligations chez autrui selon les conflits qui peuvent survenir. François Ost fait de la responsabilité civile, en tant que génératrice de normes standard de comportement, le pendant de l'intérêt. Il formule sa pensée comme suit :

« Si l'obligation s'oppose au droit subjectif, à quoi répond l'intérêt ? À la charge, à la contrainte ? Ces réponses, pour ne pas être inexactes, n'étaient pas très satisfaisantes. Sans doute est-ce la responsabilité, notion aussi large et imprécise, mais également aussi souple et opératoire que celle d'intérêt, qui

p. 108-113.

⁹⁸ T. LÉONARD, préc., note 11, n° 165, p. 263 et 264.

⁹⁹ *Id.*, n° 166, p. 265 : « [i]l est plus fastidieux en pratique de ramener une diversité infinie de situations dans une définition de la légitimité que quelques situations particulières dans une définition de l'illégitimité ».

constitue sa meilleure contrepartie. De ma naissance (et même dès ma conception) jusqu'à ma mort (et même au-delà, comme l'atteste l'idée d'"héritage moral"), je développe une multitude d'intérêts dont certains sont consacrés par des droits; à ces droits répondent des obligations précises d'autrui; à ces intérêts, les uns virtuels, les autres actuels, les uns indéterminés, les autres précis, répondent quantité de responsabilités pesant sur une foule anonyme de personnes. Ou, plus précisément, la prise en charge de ces divers intérêts s'opère sous la forme d'un devoir général et permanent de prudence et de diligence auquel chacun est tenu de souscrire comme première et principale règle juridique de vie en commun. [...] Et tout comme il y a un intérêt à la base de tout droit subjectif, il y a bien évidemment une responsabilité (plus assurée cependant, plus automatique) à la source de toute obligation. Simplement l'intérêt déborde le droit, comme la responsabilité excède l'obligation.»¹⁰⁰

Si l'obligation et le droit subjectif consacré par une norme légale s'entrechoquent, c'est la responsabilité qui constitue le révélateur de l'intérêt. Aux divers intérêts, consacrés par des droits, correspondent des obligations précises dans le chef d'autrui; aux intérêts répondent une foule de responsabilités¹⁰¹. C'est la norme ou le standard qui constitue la forme privilégiée de la régulation de l'intérêt, notamment par l'imposition d'une conduite «prudente et diligente» ou le comportement du «bon père de famille»¹⁰². Il s'agit de jauger la portée de l'obligation de prudence et de

¹⁰⁰ F. OST, préc., note 8, p. 144.

¹⁰¹ T. LÉONARD, préc., note 11, n° 139, p. 222.

¹⁰² La régulation des intérêts se dissocie, dans cette perspective, de l'adjudication des droits révélés par la loi, voir F. OST, préc., note 8, p. 179: «En ce qui concerne le type-idéal d'adjudication des droits, la règle prend la forme de la loi [...]. En revanche, dans le mode de gestion des intérêts, la règle se produit sous la forme de la norme ou du standard. [...] Loin d'être une règle fixe, référée à quelque principe transcendant, la norme est une mesure mobile, quelque chose comme une moyenne. Elle est expérimentale, attachée aux faits, aux différences, aux variations, plutôt qu'idéale, homogénéisante et statique. Elle se produit sur le mode de l'adjectif plutôt que du substantif: elle censure ce qui est "anormal", "exceptionnel", "excessif", "abusif", "exorbitant", "déraisonnable", "insuffisant", "grave"... Elle consacre en revanche la conduite "prudente et diligente", le comportement du "bon père de famille" [...].» Par extension, voir: Xavier DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruxelles, Bruylant, L.G.D.J., 1995. Dans sa thèse consacrée à l'émergence d'un principe général de droit du respect dû aux attentes légitimes d'autrui, la référence à la conduite de l'homme normalement prudent et avisé ne traduirait rien d'autre, selon Dieux, que le droit d'exiger un comportement raisonnable chez autrui, en ce sens que chacun est «en droit de s'attendre à ce que les autres se

diligence qu'il faut respecter dans la vie sociale afin de protéger les situations individuelles et d'éviter qu'elles conduisent à un déséquilibre des intérêts sanctionné par un recours en responsabilité civile. Le principe de la coexistence paisible des droits et intérêts doit prévaloir. L'intérêt apparaît tel un « vecteur »¹⁰³ de la relation à autrui; c'est juridiquement prendre en considération, dans son propre comportement, les intérêts d'autrui qui risquent d'être mis à mal.

Il est donc opportun de concevoir dans l'idée générale de la responsabilité civile extracontractuelle une contrepartie de l'intérêt légitime et protégé d'autrui. Toutefois, il faut comprendre qu'il y a maints intérêts individuels qui sont pris en considération par l'ordre juridique et qui ne sont pas nécessairement protégés par des *droits*, ni même par la responsabilité civile. Bien plus, il est possible de rattacher à la protection d'un intérêt non seulement des droits, mais aussi des pouvoirs, des libertés, des prérogatives et même des devoirs chez autrui. Le système juridique prévoit par ailleurs d'autres sanctions qui résultent d'une atteinte à un intérêt protégé, dont l'annulation, pour se limiter au droit civil¹⁰⁴. Indépendamment de l'aspect préventif, une immunité peut exister¹⁰⁵; il s'agit par exemple des immunités en matière de diffamation, dont le cas du juge¹⁰⁶, qu'il faut

comportent vis à vis de lui comme les autres s'attendraient à ce qu'il se comporte envers eux, dans tel contexte déterminé » [caractères italiques dans le texte] (*id.*, n° 72, p. 174).

¹⁰³ T. LÉONARD, préc., note 11, n° 153, p. 244: « L'intérêt est le concept clé de la relation à autrui. Il est le vecteur de cette relation. L'appel à l'intérêt d'autrui impose l'autre dans les sphères de pouvoirs individuels dont sont porteurs les concepts de droit subjectif et de liberté civile, et partant, leurs titulaires ».

¹⁰⁴ A. POPOVICI, préc., note 2, à la page 57, note 28.

¹⁰⁵ Voir notamment l'article 1481 C.c.Q. dont la teneur se lit comme suit: « **1481.** Lorsque le préjudice est causé par plusieurs personnes et qu'une disposition expresse d'une loi particulière exonère l'une d'elles de toute responsabilité, la part de responsabilité qui lui aurait été attribuée est assumée de façon égale par les autres responsables du préjudice ». Dans le cadre d'un régime d'indemnisation à caractère social, il est possible de signaler le cas d'un piéton écrasé par un automobiliste qui a brûlé un feu rouge: il y a alors commission d'un fait illicite (et même d'une faute) et le piéton subit une atteinte illicite à son intégrité physique. La *Loi sur l'assurance automobile*, L.R.Q., c. A-25, dans la mesure où elle est conforme à la Charte québécoise (art. 9.1 al. 2), accorde à l'automobiliste une immunité contre toute poursuite en responsabilité civile pour un préjudice corporel subi. La violation du droit à l'intégrité physique de la victime est dès lors sanctionnée par une indemnisation de type administratif.

¹⁰⁶ De façon générale, voir l'alinéa premier de l'article 1 de la *Loi sur les privilèges des magistrats*, L.R.Q., c. P-24, formulé ainsi: « 1. Nulle action ne peut être intentée contre un juge de la Cour du Québec, juge de paix ou officier remplissant des devoirs publics

distinguer de la situation privilégiée de l'avocat diffamateur dans une instance judiciaire¹⁰⁷.

* * *

Une brève digression au regard des droits enchâssés dans la *Charte des droits et libertés de la personne* s'impose. Le législateur a canalisé diverses atteintes à des droits variés sous des chapeaux plus généreux, objectifs, des sortes d'« entonnoirs » doctrinaux officiels.

Il existe un certain nombre d'intérêts qui sont suffisamment caractérisés et d'une importance telle dans la société québécoise qu'ils sont protégés par des « droits de la personne »¹⁰⁸, des « droits politiques »¹⁰⁹, des « droits judiciaires »¹¹⁰, ou encore des « droits économiques et sociaux »¹¹¹. D'ailleurs, le premier considérant du Préambule de la Charte québécoise n'édicte-t-il pas « que tout être humain possède des droits et libertés intrinsèques, destinés à assurer sa protection et son épanouissement » ?

Lorsque le système juridique consacre un intérêt prépondérant de la société en le protégeant par un droit fondamental, il prend pour acquis ou présume que l'atteinte à ce droit entraîne au moins une atteinte à l'intérêt principal protégé. Cette présupposition est de la nature d'une présomption juridique simple : elle fait passer sur les épaules du défendeur le fardeau de prouver que, malgré l'atteinte illicite à un droit, son titulaire n'a subi en fait aucun dommage.

En établissant un catalogue des droits fondamentaux – droits individuels conformes à l'intérêt général de la société –, le législateur québécois s'est souverainement exprimé par cette œuvre de systématisation juridique, néanmoins perfectible. Il a dressé une liste des principaux intérêts

en raison d'un acte fait en vertu d'une disposition statutaire du Canada ou du Québec, pour le motif que cette disposition est inconstitutionnelle». En jurisprudence, voir les arrêts de principe : *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716; *Royer c. Mignault*, [1988] R.J.Q. 670 (C.A.) (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée).

¹⁰⁷ Mariève LACROIX, *L'avocat diffamateur : ses devoirs de conduite et la mise en œuvre de sa responsabilité civile*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 131 et suiv.

¹⁰⁸ Art. 1 à 20.1 C.d.l.p.

¹⁰⁹ Art. 21 et 22 C.d.l.p.

¹¹⁰ Art. 23 à 38 C.d.l.p.

¹¹¹ Art. 39 à 48 C.d.l.p.

humains qu'il considère comme majeurs, comme des *valeurs* de la société, au point de les qualifier de droits « fondamentaux » ; il a fourni à des intérêts divers (contenu) des enveloppes (contenant) avec une étiquette propre. Cette protection individuelle n'est toutefois pas absolue et elle doit se concilier, dans une visée collective, avec ceux d'autrui. En ce sens, le quatrième considérant du Préambule prévoit « que les droits et libertés de la personne humaine sont inséparables des droits et libertés d'autrui et du bien-être général »¹¹².

Ici se pose un problème d'envergure : peut-on dire que *certain*s intérêts sont protégés par des droits fondamentaux et que *d'autres* intérêts, considérés comme de seconde catégorie, sont simplement et encore protégés par le droit de la responsabilité civile ? Cela revient à se questionner incidemment sur la coexistence de la Charte québécoise et du droit commun de la responsabilité civile¹¹³ – y a-t-il eu absorption par la Charte du droit de la responsabilité civile ?

On peut penser que la Charte québécoise dicte une nouvelle manière de raisonner, une façon renouvelée de penser la responsabilité civile. Cette démarche n'est d'ailleurs pas une révocation ; elle s'inscrit dans une solution de continuité et de perfectionnement du Droit.

La première interrogation à se poser est la suivante : un droit fondamental a-t-il été atteint, lésé ? Il s'agit, la plupart du temps, d'un droit dit extrapatrimonial.

¹¹² De façon générale, si le législateur a consacré des droits, il a aussi précisé des devoirs correspondants. À titre indicatif, voir les articles 10 et 35 C.c.Q. où l'alinéa premier énonce le *droit* et l'alinéa second, le *devoir* :

« 10. Toute personne est inviolable et a droit à son intégrité.

Sauf dans les cas prévus par la loi, nul ne peut lui porter atteinte sans son consentement libre et éclairé. »

« 35. Toute personne a droit au respect de sa réputation et de sa vie privée.

Nulle atteinte ne peut être portée à la vie privée d'une personne sans que celle-ci y consente ou sans que la loi l'autorise. »

¹¹³ Il n'est pas dans notre propos de discuter exhaustivement de la coexistence, tentée sous un sceau harmonieux, de la Charte québécoise et du Code civil. Une cohérence souhaitée s'exprime dans la teneur formulée par la Disposition préliminaire du Code civil : « Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens ».

En général, il est assez facile d'identifier une telle atteinte. Par exemple, on constatera qu'il y a une atteinte à l'intégrité physique, prévue à l'article 1 de la Charte québécoise; il y a un dommage corporel. En présence d'une telle atteinte à l'intégrité physique, on peut distinguer d'un côté des pertes *pécuniaires* (dont le manque à gagner) et des pertes *non pécuniaires* (dont la perte d'agrément, les souffrances). Dans le vocabulaire civiliste traditionnel, on parle de dommage corporel d'où dériveraient un préjudice matériel et un préjudice moral. Ici, le droit impliqué et les intérêts protégés sont assez évidents.

De cette atteinte (objective) à un droit fondamental ont résulté pour la victime, de façon subjective, des pertes qui affectent des intérêts secondaires, accessoires, dérivés, personnalisés, des *dommages* (au pluriel), groupés sous des chefs et dont le juge doit faire l'évaluation pour octroyer des dommages-intérêts.

Or, au départ, le dommage (corporel) est qualifié d'atteinte à l'intégrité physique, droit fondamental atteint. Il en est résulté des atteintes à des *intérêts* patrimoniaux, d'une part, et extrapatrimoniaux, d'autre part. Personne n'oserait affirmer, dans ce contexte, qu'une victime avait un *droit* au travail, un *droit* à l'agrément... ou au *droit* de ne pas souffrir.

On peut raisonner également sur une atteinte au droit à la sauvegarde de la réputation édicté à l'article 4 de la Charte québécoise¹¹⁴. Une telle violation génère des conséquences non pécuniaires et des conséquences pécuniaires, éventuellement, de façon dérivée et secondaire, si l'on pense aux effets sur le commerce de la victime notamment. Les répercussions sur le patrimoine ou sur la santé, lorsque qualifiées d'«immédiates et directes», nécessitent une compensation. Ces intérêts atteints, subjectifs, concrétisés, personnalisés, sont protégés ici par le droit à la réputation.

Dans ces deux exemples, il est possible d'extraire une atteinte à un intérêt principal que protège un droit, une atteinte à un droit (par ellipse), d'une part, et des atteintes à des intérêts qui sont aussi protégés, une fois la transgression du droit consommée, mais de façon accessoire, dérivée, d'autre part. On peut dissocier dès lors un «dommage-condition» abstrait

¹¹⁴ Il faut souligner que rien n'empêche un fait illicite de porter atteinte à plus d'un droit (fondamental), à plusieurs droits. Ainsi des atteintes à la vie privée peuvent engendrer une violation au droit au respect de la réputation ou de l'honneur.

et objectif, analysé *in abstracto*, et des « dommages-résultats » sous-jacents, factuels, contingents, individuels, appréciés *in concreto*¹¹⁵.

L'intérêt visé directement par le droit subjectif ou le droit fondamental est l'intérêt principal visé spécifiquement par la norme. Avant de constater les conséquences découlant de l'atteinte, il faut donc établir une atteinte à un droit, c'est-à-dire à un intérêt principal « nommé » protégé par ce droit (ou par une liberté, s'il s'agit d'une atteinte à une liberté fondamentale). C'est bien l'atteinte à un droit qui est la source des dommages. Une telle démarche impose certes une certaine rigueur dans le raisonnement juridique, voire un effort de déceler l'intérêt principal atteint, le droit violé; elle présente néanmoins un avantage ne serait-ce que pour déterminer le délai de prescription – dans notre second exemple justement, le cas serait assujéti à une prescription annuelle prévue à l'article 2929 C.c.Q.

Dans le système juridique québécois, il y a des intérêts humains qui sont protégés avant même qu'un tiers ne les lèse de manière illicite: ce sont les droits subjectifs ou fondamentaux. Prévalent par ailleurs d'autres intérêts accessoires, secondaires, qui ne sont préservés qu'après la lésion à ces intérêts principaux. Lorsque le juge constate l'atteinte à un droit, il prend acte de la naissance de l'obligation de réparer qui en résulte, dont l'objet est déterminable ou déterminé au moment de l'évaluation¹¹⁶.

* * *

¹¹⁵ En d'autres termes, l'objet de l'atteinte est tantôt observé; la nature des conséquences de cette atteinte est tantôt remarquée. Il s'agit là d'une opposition entre la provenance de l'atteinte et l'effet de celle-ci sur la victime, soit entre le « préjudice-condition » et le « préjudice-effet ». Voir: Adrian POPOVICI, « Le droit qui s'écrit. Daniel Gardner, L'évaluation du préjudice corporel, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, 452 p. La personne humaine, sujet de droit, 4es Journées René Savatier, Poitiers 1992, Paris, P.U.F., 1994 », (1995) 29 R.J.T. 565, 575 et 576. L'auteur note, par ailleurs, qu'il y a généralement « une corrélation (et souvent une imbrication) entre la provenance du dommage et l'effet qu'il a sur la victime, mais pas nécessairement » (*id.*, 577). Voir également: Mariève LACROIX, « Préjudice admissible: direct, certain, légitime, cessible », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », *Obligations et responsabilité civile*, fasc. 20, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, n° 6 et suiv.

¹¹⁶ Cette affirmation fait écho aux deux temps de la responsabilité civile. Il faut d'abord prouver l'existence d'une atteinte illicite dommage (matériel, moral ou corporel); s'ensuit alors la preuve de la *quotité* exacte du préjudice.

Qu'en est-il à présent de l'envers de la légitimité de l'intérêt, c'est-à-dire son caractère illicite? Le concept d'illicéité peut intervenir sur deux pôles de la ligne continue. L'illicéité se révèle, dans son premier considérant, au niveau de l'atteinte à un intérêt, lorsqu'un intérêt légitime et juridiquement protégé est entravé, en l'absence de toute justification à l'appui – atteinte *illicite* à un intérêt. Dans son second considérant, l'illicéité intervient au niveau de l'intérêt lui-même – intérêt *illicite* ou illégitime. C'est cette dernière hypothèse qui nous intéresse plus particulièrement. L'intérêt illicite ne peut alors requérir une protection quelconque.

III. L'intérêt juridique illicite

L'illicéité peut jouer un rôle sur la caractérisation de l'intérêt. Ici, il faut conserver à l'esprit que ce n'est pas la violation de n'importe quel type d'intérêt qui peut générer une responsabilité civile: il en va ainsi de l'intérêt illicite ou illégitime. Dans ce cas, on prétend que l'auteur du dommage agit sans faute, car il dispose en quelque sorte d'un «droit de nuire», du fait que la victime n'est pas en mesure de lui opposer un droit concurrent.

Dans cette acception de l'illicéité juxtaposée à l'intérêt, une analyse d'une disposition législative qui se matérialise dans les règles générales des obligations, soit l'alinéa second de l'article 1373 C.c.Q., apparaît pertinente. En vertu de celle-ci, une prestation, comme objet d'une obligation, «ne doit être ni prohibée par la loi ni contraire à l'ordre public»¹¹⁷. Pour

¹¹⁷ Art. 1373 al. 2 C.c.Q. En outre, la prestation doit être possible et déterminée ou déterminable. Sur une discussion relative à la coexistence des articles 1373 et 1412 C.c.Q., soit entre l'objet de la prestation et l'économie générale du contrat, dessinée par ses prestations, c'est-à-dire entre l'«objet de l'obligation» et l'«objet du contrat», voir: *Fortin c. Chrétien*, [2001] 2 R.C.S. 500, par. 27 (j. Gonthier): «Le *Code civil du Québec*, reprenant en cela les enseignements de la doctrine française et québécoise, nous indique qu'il existe une distinction entre l'objet de l'obligation, comme étant la prestation à laquelle le débiteur est tenu envers le créancier et qui consiste à faire ou à ne pas faire quelque chose (art. 1373 C.c.Q.), et l'objet du contrat, qui envisage l'opération juridique réalisée par les parties comme un tout et non dans chacun de ses éléments (art. 1412 C.c.Q.). La simplicité du contrat conclu entre les parties en l'espèce peut parfois donner l'impression que ces deux notions se chevauchent et se confondent. Il y a tout de même lieu de les distinguer». Voir également: *Bruker c. Marcovitz*, [2007] 3 R.C.S. 607, par. 56 et 57 (j. Abella): «L'objet des obligations peut englober les prestations les plus diverses consistant "à faire ou ne pas faire quelque chose" [V. Karim, *Les obligations* (2^e éd. 2002), vol. 1, p. 19]. L'objet, ou prestation, n'est pas nécessairement

dire autrement, la prestation conventionnelle ou légale ne doit pas être illicite.

Quant à ses effets, l'illicéité de la prestation entraîne, de façon analogue à l'illicéité de l'objet du contrat, la nullité – relative ou absolue, selon que la norme violée avait pour objet la protection d'intérêts particuliers ou de l'intérêt général¹¹⁸.

Habituellement conditionné à la matière contractuelle, on peut relever des illustrations variées de prestations illicites conventionnelles au sein de la jurisprudence québécoise. Par exemple, en vertu de l'article 541 C.c.Q., est illicite la convention par laquelle une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui¹¹⁹. Est illicite également la prestation qui porte atteinte aux lois réglementant l'exercice des professions, dont le fait de s'engager à poser un acte réservé aux avocats, alors que la personne n'est plus membre du Barreau¹²⁰. De même, sont

une chose matérielle. Il peut s'agir, par exemple, d'un geste positif, d'un paiement ou de la livraison d'un objet (Karim, p. 19). La notion d'objet d'un contrat est même plus large que l'objet des obligations (Baudouin et Jobin, par. 19 et 367). C'est l'opération juridique envisagée par les parties [D. Lluelles et B. Moore, *Droit des obligations* (2006), par. 1051] et elle peut inclure un certain nombre d'obligations spécifiques prévoyant, corrélativement, des objets spécifiques». Bien plus, il convient de remarquer que des prestations considérées indépendamment l'une de l'autre demeurent valides, alors que leur juxtaposition dans un même contrat rend l'opération invalide. Si l'on prend pour exemple la vente de sang, il n'est pas illicite en soi d'aliéner son sang (art. 19 C.c.Q.); de la même façon, il n'est pas illicite de s'engager à verser une somme d'argent. En revanche, le contrat par lequel on vend son sang est illégal (art. 25 C.c.Q.). Voir: Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd. par J. PINEAU et S. GAUDET, Montréal, Éditions Thémis, 2001, n^o 136, p. 284.

¹¹⁸ Didier LUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, n^o 1049.28, p. 526.

¹¹⁹ À titre indicatif, voir: Jean-Louis BAUDOUIN et Catherine LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme: de quel droit? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, Paris, P.U.F., 1987. Voir également: Nicholas KASIRER, «The Surrogate Motherhood Agreement: A Proposed Standard Form Contract for Quebec», (1985-86) 16 *R.D.U.S.* 351; Monique OUELLETTE, «De la famille», dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES, *La réforme du Code civil*, t. 1, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 149, aux pages 173-175, n^o 79-83.

¹²⁰ *Fortin c. Chrétien*, préc., note 117. Par analogie, sur la pratique notariale, voir: *Mercier c. Audet*, J.E. 98-2257; REJB 1998-10186 (C.Q.p.c.). Sur l'obligation de partager les honoraires d'un pharmacien avec une personne qui n'est pas membre de l'ordre contenue dans un contrat de franchise contrevenant au *Code de déontologie des phar-*

illicites une condition de résidence requise pour l'octroi d'un poste¹²¹, un contrat ou une clause d'un contrat visant à frauder le fisc¹²², un contrat de maçonnerie intervenu au noir entre deux particuliers, au mépris de l'intérêt commun et en contravention aux lois fiscales¹²³, une clause d'un contrat de vente à tempérament prévoyant un taux d'intérêt criminel¹²⁴.

L'illicéité d'une prestation du contrat ne se confine pas à la prohibition expresse ou implicite de la loi – ordre public textuel –, mais englobe également l'ordre public virtuel, soit les principes généraux du droit. Les tribunaux ont ainsi contrôlé la validité des clauses de non-concurrence, au nom de la liberté de gagner sa vie¹²⁵.

Bien plus, l'objet d'une prestation doit être licite lorsque celle-ci porte sur une chose; la prestation doit pouvoir faire l'objet d'une convention¹²⁶. Des auteurs¹²⁷ identifient certaines choses dites « hors commerce »¹²⁸, dont les drogues, les objets destinés au culte¹²⁹, le corps humain (du moins en

maciens, R.R.Q., 1981, c. P-10, r. 7, voir: *Pharmacentres Cumberland (Merivale) Ltée c. Lebel*, [2002] R.J.Q. 2607 (C.A.).

¹²¹ *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1995] R.J.Q. 2561 (C.A.), conf. par [1997] 3 R.C.S. 844. Voir également: *Brasserie Labatt Ltée c. Villa*, [1995] R.J.Q. 73 (C.A.).

¹²² *Construction C. & J. Dugas Inc. c. Charlebois*, J.E. 95-1891; EYB 1995-73091 (C.S.).

¹²³ *Deslongchamps c. Fortin*, B.E. 97BE-721 (C.Q.p.c.).

¹²⁴ *9026-2064 Québec Inc. c. Morin*, [2000] R.L. 263 (C.Q.p.c.).

¹²⁵ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 118, n° 1049.26, p. 524; n° 1922-1932, p. 1026-1035.

¹²⁶ Le *Code civil du Bas Canada*, précisait, à son article 1059: « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent faire l'objet d'une obligation ». Bien que le *Code civil du Québec* ne reprenne pas expressément un tel principe, celui-ci demeure en droit contemporain, puisqu'il est une application particulière de la règle posée par l'alinéa second de l'article 1373 C.c.Q. quant aux prestations portant sur des choses. Voir: J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 117, n° 134, p. 282.

¹²⁷ *Id.*, n° 134, p. 28; Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 6^e éd. par P.-G. JOBIN avec la collab. de Nathalie VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, n° 20, p. 23; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 118, n° 1049.27, p. 525.

¹²⁸ Ce qui est hors commerce n'est pas susceptible d'appropriation ou de prescription (art. 2876 C.c.Q.). Sur une étude de la typologie des choses hors commerce, voir notamment: Grégoire LOISEAU, « Typologie des choses hors commerce », *RTD civ.* 2000.47.

¹²⁹ *Fabrique de la paroisse de L'Ange-Gardien c. Québec (Procureur général)*, [1980] C.S. 175, conf. par J.E. 87-657 (C.A.) (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée). Sur la non-reconduction des articles 2217 et 2218 du *Code civil du Bas-Canada*, sous le *Code civil du Québec*, voir: Benoît PELLETIER, « L'affaire des trésors de l'Ange-Gardien », dans Ernest CAPARROS (dir.), *Mélanges Germain Brière*, coll.

principe, dont la valse-hésitation démontre une évolution saisissante des normes d'ordre public¹³⁰), l'électricité¹³¹, les permis ou licences administratifs¹³², ainsi que les dossiers médicaux¹³³ et la clientèle du professionnel¹³⁴. Par extension, si l'on rapproche l'illicéité de l'impossibilité juridique¹³⁵, des prestations ou des objets frappés d'un interdit par le législateur ne peuvent faire valablement l'objet d'une obligation. Ce sont notamment des contrats portant sur la vente d'un bien culturel classé qui n'a pas reçu l'approbation du ministre de la Culture¹³⁶.

Dans la responsabilité civile, l'objet de l'obligation de réparation renvoie au préjudice à compenser, lequel ne doit pas être considéré comme illicite. Le principe généralement admis veut que la victime d'un préjudice n'ait droit à réparation qu'autant que l'avantage dont elle a été privée n'était pas illégitime, comme prenant sa source dans une situation contraire à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs¹³⁷. Ce caractère

« Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 343 ; Jean GOULET, « Un requiem pour les choses sacrées. Un commentaire sur la disparition des choses sacrées au *Code civil du Québec* », dans Ernest CAPARROS (dir.), *Mélanges Germain Brière*, coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 383.

¹³⁰ Art. 11 et suiv. C.c.Q. La portée du principe est relative, car le corps humain peut faire l'objet de certaines conventions, dont le don d'organe à titre gratuit, voir : Édith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 4^e éd. par D. GOUBAU, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, n° 96 et suiv., p. 101 et suiv. Voir également : Édith DELEURY, « Une perspective nouvelle : le sujet reconnu comme objet de droit », (1972) 13 *C.de D.* 529 ; Jean-Christophe GALLOUX, « Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce : l'exemple des éléments et des produits du corps humain en droit français », (1989) 30 *C. de D.* 1011.

¹³¹ *Ouellette c. Croteau*, J.E. 2002-947 (C.S.) (contrat de fourniture d'électricité en présence d'une interdiction de revendre de l'électricité fournie ou livrée par Hydro-Québec, à moins d'être une entreprise de distribution d'énergie électrique autorisée).

¹³² *Estevez c. Schreiner*, J.E. 2000-985 (C.Q.p.c.) (clause d'un contrat de vente d'un commerce itinérant visant à contourner la réglementation municipale interdisant le transfert de permis).

¹³³ *Jeanty c. Labrecque*, [1978] C.S. 463.

¹³⁴ J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 117, n° 134, p. 282 ; sur les clauses de type « entonnoir » ou « escalier », voir : J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 117, n° 135, p. 283 et 284.

¹³⁵ J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, préc., note 127, n° 20, p. 23.

¹³⁶ *Loi sur les biens culturels*, L.R.Q., c. B-4, art. 32.

¹³⁷ Jean DABIN, « Les notions d'« intérêt légitime » et de « lésion de droit » dans la réparation des dommages », (1957) *Revue critique de jurisprudence belge* 8, 9.

d'illégitimité peut entretenir, à cet égard, des liens étroits avec la morale¹³⁸. En vertu des règles de la responsabilité civile, combinées avec les principes généraux du droit, la perte d'avantages obtenus au mépris de la loi, des mœurs ou des droits d'autrui ne peut justifier un droit à réparation¹³⁹.

Une réparation ne saurait être accordée pour un préjudice issu d'une situation illégitime ou immorale de la partie demanderesse. Deux cas peuvent justifier notamment le refus d'indemniser un préjudice, car considéré comme illégitime. D'une part, il peut y avoir atteinte à une activité illicite ou illégale. On peut penser à l'intérêt illégitime d'un contrebandier d'alcool de réclamer une compensation pour le dommage subi dans son activité de contrebande. De même, une prostituée ne pourrait obtenir des dommages-intérêts pour la perte de revenus à la suite d'un accident de voiture, car il ne s'agit pas d'un préjudice légitime¹⁴⁰. S'est posée également la question de savoir si une cicatrice sur le corps d'une « strip-teaseuse », qui nuit à sa carrière artistique, peut constituer un préjudice légitime sujet à réparation¹⁴¹. D'autre part, lorsqu'il ne s'agit pas d'un préjudice spécifiquement reconnu par la loi – qui mérite protection – ou par la jurisprudence – au nom de l'ordre public¹⁴². À une époque passée de plus grande rigidité des mœurs, sous l'empire du *Code civil du Bas-Canada*, une concubine n'avait pas droit à réparation pour le préjudice subi à la suite du décès accidentel du concubin, en vertu de l'article 1056. En revanche, le

¹³⁸ Une certaine « amoralisation » du préjudice est remarquée dans: Denis MAZEAUD, « Réflexions sur quelques aspects de "l'idéologie de la réparation" », dans *Études offertes à Pierre Catala. Le droit privé français à la fin du xx^e siècle*, Paris, Litec, 2001, p. 569, à la page 585, n° 27: « Appréhendée comme le déclin sensible de l'exigence du caractère légitime du dommage, l'idée d'amoralisation du préjudice traduit l'indifférence de principe que manifeste désormais le droit de la responsabilité civile à l'égard de toute considération d'ordre moral ».

¹³⁹ J. DABIN, préc., note 137, 14.

¹⁴⁰ J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, préc., note 127, n° 886, p. 894: « Par exemple, en France, on a jadis refusé d'indemniser une péripatéticienne pour la perte de revenu qu'elle avait subie à la suite d'un accident d'automobile, les séquelles de ses blessures l'empêchant de poursuivre son occupation; il n'est pas certain qu'un tribunal québécois, aujourd'hui, arriverait à la même conclusion ».

¹⁴¹ Jean PINEAU et Monique OUELLETTE, *Théorie de la responsabilité civile*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1980, p. 20 et 21. Les auteurs précisent que la réponse fournie par la Cour de Paris était positive.

¹⁴² Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 7^e éd., vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, n° 1-355, p. 359. À titre d'exemple, voir: *Centre de Motivation personnelle Laurentien Ltée c. Lavoie*, [1974] C.S. 615.

Code civil du Québec n'opère nullement de distinction sur l'identité juridique de la victime et permet la compensation du préjudice subi par un concubin ou une concubine, sous réserve de la présence des autres critères d'admissibilité du préjudice¹⁴³.

Il serait possible d'étendre le principe à un avantage illégitime, toutes les fois qu'une personne détiendrait indûment le bien d'autrui – corporel ou incorporel, sous forme de droit réel ou de créance, de valeur patrimoniale ou extrapatrimoniale. Dans un tel cas, un individu qui viendrait à se plaindre de quelque dommage causé à ce bien ou à la jouissance qu'il en avait ne pourrait justifier ni d'aucun titre valable, ni d'aucune tolérance de la part du vrai titulaire. Il en va notamment d'un injuste possesseur ou d'un détenteur sans droit, par exemple le voleur ou l'usurpateur. On pourrait ranger cette série d'espèces sous le nom générique de « situation acquise ou conservée en violation d'un droit positif »¹⁴⁴ et, en ce sens, illégitime.

De telles hypothèses relatives à l'illicéité de l'intérêt puisent leur source dans la violation d'un droit subjectif de l'ordre privé consacré par la loi, mais aussi dans la transgression d'une règle d'ordre public et de bonnes mœurs, ainsi que suivant un exercice de pondération de l'intérêt illégitime et des intérêts auxquels il s'oppose – dont le cas de l'abus de droit¹⁴⁵. Contrariété d'un intérêt *particulier* du titulaire et contrariété d'un intérêt *général* de la société permettent toutes deux de déclarer une situation illégitime, du point de vue de la réparation des dommages¹⁴⁶.

¹⁴³ Claude MASSE, « La responsabilité civile (Droit des Obligations III) », dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES, *La réforme du Code civil*, t. 2, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 235, aux pages 245 et 246, n° 9; aux pages 268-270, n° 39-41. Sur les critères d'admissibilité du préjudice à compensation en droit québécois, voir art. 1607 et suiv. C.c.Q.

¹⁴⁴ J. DABIN, préc., note 137, 12.

¹⁴⁵ T. LÉONARD, préc., note 11, n° 167, p. 266-272.

¹⁴⁶ Qu'il s'agisse d'injustes possesseurs ou de personnes vivant en concubinage, c'est la situation réelle et non l'apparence de situation qui compte, voir: J. DABIN, préc., note 137, 13.

*
* *
* *

La notion d'intérêt, qualifiée à la fois d'omniprésente et de protéiforme, de souple et de subversive, a acquis son indépendance du droit. En justice, à l'image du glaive et de la balance, le droit doit pouvoir s'exprimer à travers des jugements de légalité; tandis que la norme qui accorde au juge une marge de manœuvre importante afin de protéger un intérêt renvoie à des jugements d'équité et d'opportunité.

On postule un classement hiérarchique des types d'intérêts en fonction d'un degré variable de reconnaissance sociale. On situe sur une ligne continue des intérêts illégitimes aux droits subjectifs, en passant par les intérêts juridiquement indifférents et les intérêts protégés. Dans une autre perspective, il est possible de concevoir ces divers intérêts qui gravitent autour du noyau dur de la juridicité, à des distances plus ou moins rapprochées.

Si l'intérêt est légitime et qu'un consensus social exige sa protection et son « élévation » au rang de droit, il y a reconnaissance d'un tel intérêt personnel dans l'exercice des prérogatives et sa consécration éventuelle par le droit positif. Sans doute le législateur québécois est loin d'avoir défini tous les droits et d'avoir résolu tous les conflits de droits; c'est l'interprète, le juriste et le juge qui découvrent les droits nouveaux qui émergent selon les contingences mouvantes de la vie, les progrès techniques et les impératifs d'une justice commutative. Ils doivent tracer une ligne de séparation entre les droits qui s'entrechoquent, marquer les prévalences, aménager équilibrés et compromis, dans une conception irénique des rapports sociaux¹⁴⁷.

En revanche, si l'intérêt est illicite et que sa poursuite est condamnée par l'ordre juridique, il ne peut tendre à une protection quelconque. Une manifestation de l'illicéité de l'intérêt est formulée explicitement à l'article 1373 C.c.Q. – disposition trop souvent confinée à la matière contractuelle, mais qui recèle une pertinence indubitable lorsque rapportée au domaine extracontractuel. L'intérêt illicite est celui qui contrevient aux règles juridiques et morales, aux concepts d'ordre public et de bonnes mœurs, ou encore, qui résulte d'un exercice de pondération avec les autres intérêts auxquels il est confronté.

¹⁴⁷ *Id.*, 16.