La Revue
Automne 2017 - Tome 76

Barreau du Québec

Revue 2017

Automne 2017 - Tome 76

Un regard québécois sur les Principes de Sedona Canada : « quand je me compare, je me retrouve »
Antoine GUILMAIN et Patrick GINGRAS

Des obstacles à la reconnaissance de la discrimination fondée sur l'âge
Tanaquil BURKE et Julie BOURGAULT

Quand l'obligation d'accommodement raisonnable vole au secours de la victime de harcèlement psychologique
Sébastien PARENT

Réflexions sur la lutte contre la maltraitance envers les aînés et le rôle des conseillers juridiques
Christine MORIN

Class Actions in the "Mixed" Legal Systems of Québec and South Africa
Monique PANSEGROUW et Shaun E. FINN

Barreau du Québec

Le Fonds d'études juridiques du Barreau du Québec a contribué à la réalisation de cette publication

Publication du Barreau du Québec sous la direction du Comité de la Revue du Barreau

Me Michel Deschamps, Ad. E., président (Montréal)
Me Élise M. Charpentier (Montréal)
Me Pierre Giroux, Ad. E. (Québec)
Me Claude Laferrière (Longueuil)
Me François Montfils (Richelieu)
Me Pierre Séguin (Montréal)
Me Marie-Ève Tremblay (Québec)
Me Réa Hawi, secrétaire

avec la collaboration de Mme Jocelyne Major, du Secrétariat de l'Ordre et Affaires juridiques, Barreau du Québec

Dans les études ou les articles, l'exactitude des citations, des lois, des codes et de toute autre note ou référence relève de la seule responsabilité de l'auteur. Les opinions émises doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

L'abonnement annuel à la version électronique est gratuit pour les membres du Barreau du Québec qui en font la demande. Le montant de l'abonnement est prélevé à même le Fonds d'études juridiques composé des intérêts des comptes en fidéicommis des avocats. L'abonnement annuel à la version papier est de 150 $. Vous pouvez vous abonner en communiquant avec le service à la clientèle des Éditions Yvon Blais au 1-800-363-3047.

Envoi de Poste-publications
Enregistrement no 40013642

Pour nous joindre :
Revue du Barreau,
445, boulevard Saint-Laurent
Montréal (Québec) H2Y 3T8

Barreau du Québec
Service des communications
Édition : Éditions Yvon Blais

ISSN-383669-X
Dépôt légal
Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2018
Bibliothèque et Archives Canada, 2018

HOMMAGE À MARC SAUVÉ

Marc Sauvé a été secrétaire du Comité de la Revue du Barreau de décembre 2004 à juillet 2017 alors qu'il a pris sa retraite du Barreau du Québec. Il est devenu avocat en juin 1983 et est entré au service du Barreau du Québec en janvier 1989. Au moment de sa retraite, il occupait le poste de conseiller principal à la recherche et la législation. Outre le Comité de la Revue du Barreau, il a assuré le secrétariat de divers comités consultatifs, dont notamment le Comité sur le droit des sûretés, le Comité sur le droit de l'environnement, le Comité sur la justice administrative, le Comité de liaison avec la Régie du logement, le Comité sur la fiscalité et le Comité sur les sociétés et personnes morales. Il fut également secrétaire des Comités bipartites du Barreau du Québec avec les représentants des ministères de la Justice du Québec et du Canada ainsi qu'avec la magistrature de la Cour du Québec, de la Cour supérieure et de la Cour d'appel.

Les fonctions de Marc Sauvé exigeaient une grande polyvalence, un esprit de synthèse et beaucoup de discernement ; Marc possédait ces qualités, comme peuvent en témoigner ses collègues au sein des comités. Il se devait de « jongler » avec des questions juridiques très variées et d'identifier rapidement les nouveaux enjeux, ce qu'il faisait sans difficulté. Passer dans une même journée d'un domaine du droit à un autre n'est pas facile, particulièrement lorsque les membres des comités sont des spécialistes ou se présentent comme tels. Ces remarques valent bien sûr aussi pour la fonction de secrétaire du Comité de la Revue du Barreau ; les textes soumis pour publication à la Revue proviennent de praticiens et d'universitaires et ils portent sur une foule de sujets.

La barre devient encore plus haute lorsqu'il faut traiter non seulement du droit positif, mais aussi du droit à venir. Marc a en effet joué un rôle de premier plan dans des travaux et représentations du Barreau en matière de réforme du droit et de changements législatifs ; il savait distinguer entre ce qui est essentiel et secondaire. Parmi ces réformes, je tiens à mentionner les modifi-

cations apportées au *Code civil du Québec* en matière de sûretés sur les valeurs mobilières (2009) et sur les créances monétaires (2016), car j'ai alors eu le plaisir de travailler avec lui au sein du Comité sur le droit des sûretés.

Les fonctions que Marc remplissait présentent aussi un défi au niveau des relations humaines. Dans les comités du Barreau, Marc était rassembleur et agissait avec tact lorsqu'il devait concilier des points de vue divergents. À la Revue du Barreau, il savait faire preuve de courtoisie et de respect lorsqu'il fallait expliquer à un auteur que son manuscrit comportait des lacunes ou nécessitait des améliorations. La critique constructive est un art difficile à maîtriser !

Marc Sauvé est une personne chaleureuse, que ses collègues de la Revue du Barreau ont vu partir avec regret. Il a été secrétaire du Comité de la Revue pendant plus de 12 ans.

Michel Deschamps
Président du Comité de la Revue du Barreau

La Revue Barreau du Québec

Revue 2017

Automne 2017 – Tome 76

Un regard québécois sur les Principes de Sedona Canada : « quand je me compare, je me retrouve »

Antoine GUILMAIN et Patrick GINGRAS 377

Des obstacles à la reconnaissance de la discrimination fondée sur l'âge

Tanaquil BURKE et Julie BOURGAULT 429

Quand l'obligation d'accommodement raisonnable vole au secours de la victime de harcèlement psychologique

Sébastien PARENT. 471

Réflexions sur la lutte contre la maltraitance envers les aînés et le rôle des conseillers juridiques

Christine MORIN 503

Class Actions in the "Mixed" Legal Systems of Québec and South Africa

Monique PANSEGROUW et Shaun E. FINN 553

Liste des mémoires de maîtrise et thèses de doctorat déposés en 2016-2017 583

Index des auteurs 599

Index analytique 601

Table de la jurisprudence commentée 609

Table de la législation commentée 611

ERRATUM

Lors de l'édition de l'automne 2016, tome 75, dans la liste de mémoires de maîtrise de l'Université de Montréal, vous auriez dû lire :

ST-AMOUR-BLAIS, Josette, Intégrer les études d'impact des droits de la personne au processus législatif canadien : une étude de cas sur des changements apportés à la loi sur l'immigration et la protection des réfugiés concernant les étrangers désignés et les pays d'origine désignés.

Nous sommes désolés pour cette erreur.

Un regard québécois sur les Principes de Sedona Canada : « quand je me compare, je me retrouve »

Antoine GUILMAIN et Patrick GINGRAS

Résumé

Le présent article passe en revue et met en perspective les Principes de Sedona Canada sur l'administration de la preuve électronique avec le droit applicable au Québec. Au terme de cette analyse, nous constatons que ces deux corpus juridiques présentent de nombreux traits communs, bien qu'ils s'inscrivent dans des systèmes de preuve différents. Ultimement, cet exercice démontre que les Principes Sedona ainsi que la littérature les accompagnant pourraient guider et être repris par les tribunaux québécois avec les adaptations nécessaires. Assurément la preuve que « comparaison » et « introspection » ne sont pas contradictoires.

Un regard québécois sur les Principes de Sedona Canada : « quand je me compare, je me retrouve »

Antoine GUILMAIN* et Patrick GINGRAS**

Introduction 381

Principe 1 : Le document technologique 384

Principe 2 : La proportionnalité 387

Principe 3 : La préservation 394

Principe 4 : La coopération 399

Principe 5 : La divulgation 403

Principe 6 : Le document technologique supprimé. 404

* Antoine Guilmain, LL.D., est avocat et membre du groupe national « Protection de l'information et de la vie privée » chez Fasken (Montréal).

** Patrick Gingras, LL.M., M.B.A., est avocat et agent de marques de commerce. Il est directeur de la Direction du droit des technologies de l'information et de la propriété intellectuelle au ministère de la Justice du Québec.

Les auteurs remercient le professeur Nicolas W. Vermeys (Faculté de droit – Université de Montréal), l'honorable Mario Tremblay (juge – Cour du Québec), ainsi que M^es^ Antoine Aylwin (associé – Fasken), Dominic Jaar (associé et leader national – KPMG), Jean-François Lord (directeur – Direction des affaires juridiques / Finances – Économie, Science et Innovation – Tourisme – Ministère de la Justice du Québec), Martin F. Sheenan (associé – Fasken) et Dominique Simard (avocate – Fasken), pour leurs commentaires éclairés et constructifs lors de la relecture de cet article. Par ailleurs, les opinions exprimées dans le présent article n'engagent que les auteurs et ne représentent pas nécessairement celles de leurs employeurs respectifs. La recherche doctrinale et la revue jurisprudentielle sont à jour au 27 novembre 2017.

Principe 7 : Les moyens technologiques 408

Principe 8 : Les modalités de communication 411

Principe 9 : La protection de l'information 417

Principe 10 : Les litiges connexes 421

Principe 11 : Les sanctions 423

Principe 12 : Les coûts raisonnables 426

Conclusion 427

INTRODUCTION

> Il y a des différences fondamentales en matière de communication préalable de documents entre les systèmes de Common Law et de droit civil québécois. Les règles récemment choisies par le législateur québécois lors de l'adoption du nouveau *Code de procédure civile*, ne changent en rien l'essentiel des règles existantes quant à la communication préalable de documents. Il n'existe pas, en droit procédural québécois, d'obligations semblables à celles imposées en Ontario ou ailleurs au Canada.[1]

Si La Palice avait pu en dire autant, cette fois c'est la Cour supérieure du Québec qui a remis les pendules à l'heure dans sa récente décision *Ouellet* c. *Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique*[2].

Dans cette affaire, les demandeurs saisissent le tribunal afin d'imposer à l'une des défenderesses l'application de règles propres à la communication de la preuve dans les provinces de Common Law ainsi qu'aux Principes de Sedona Canada. Ils prétendent en ce sens que la complexité du litige ainsi que le volume important de documents justifient « de mettre en place un système facilitant la prise de connaissance et l'analyse de cette documentation »[3]. La défenderesse, quant à elle, s'oppose à cette suggestion en invoquant que « le système procédural québécois […] est fort différent de celui adopté par les législateurs et les tribunaux ailleurs au Canada » et en ajoutant « qu'il faut respecter la spécificité du droit québécois et particulièrement reconnaître qu'il n'existe pas, dans les règles de procédure civile du Québec, d'obligations semblables à celles imposées, entre autres, par les tribunaux ontariens en ce qui concerne la préservation et la communication de la preuve »[4].

---

1. *Ouellet* c. *Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique*, 2017 QCCS 1181, par. 22, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/h2zdd.
2. *Ibid*.
3. *Ibid*. par. 10.
4. *Ibid*. par. 16.

Séance tenante, la Cour supérieure du Québec rejette la requête des demandeurs et refuse de soumettre la défenderesse à des règles de procédure ontariennes[5]. Plus avant, la Cour rappelle que « les règles procédurales québécoises sont distinctes de celles des autres provinces canadiennes et qu'il faut respecter les différences que le législateur québécois et les tribunaux québécois ont acceptées, imposées, et mises en place ». La situation est donc la même que ce soit sous l'égide de l'ancien *Code de procédure civile*[6] (« C.p.c. *(ancien)* ») ou depuis l'entrée en vigueur du nouveau *Code de procédure civile*[7] (« C.p.c. *(nouveau)* ») en janvier 2016.

Ce n'est toutefois pas le seul intérêt de cette affaire. C'est en effet l'une des rares décisions au Québec, avec *Jacques* c. *Ultramar ltée*[8], qui cite les Principes de Sedona Canada sur l'administration de la preuve électronique (« Principes Sedona »)[9]. À titre indicatif, les Principes Sedona sont le fruit d'un « dialogue particulier et extraordinaire » entre « un petit groupe d'avocats, de juges et d'experts en technologie »[10] qui a donné lieu à la création du Groupe de travail nº 7 sous l'égide de *The Sedona Conference*[11]. Ainsi, en prenant pour postulat que « l'administration de la preuve électronique commande la compréhension des membres du Barreau canadien et une approche commune fondée sur la raisonna-

5. *Rules of Civil Procedure*, RRO 1990, Reg 194, à la r 1.04 (1.1), disponible en ligne : https://www.ontario.ca/laws/regulation/900194.
6. RLRQ c C-25, disponible en ligne : http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/ShowDoc/cs/C-25.
7. RLRQ c C-25.01, disponible en ligne : http://www.legisquebec.gouv.qc.ca/fr/ShowDoc/cs/C-25.01.
8. 2011 QCCS 6020, par. 14, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/fntk0.
9. Par souci de simplicité, nous utiliserons l'expression « Principes Sedona » pour désigner les Principes de Sedona Canada. Notons toutefois qu'il existe également une version américaine des Principes Sedona, ayant fait l'objet d'une prépublication de leur 3e édition en octobre 2017, et que nous n'aborderons pas dans le présent travail. Voir THE SEDONA CONFERENCE, *The Sedona Principles Third Edition Final Pre-Pub*, octobre 2017, 214 p., disponible en ligne : https://thesedonaconference.org/publication/The%20Sedona%20Principles.
10. Voir THE SEDONA CONFERENCE (Groupe de travail Nº 7 (GT7)), *Les Principes de Sedona Canada : L'administration de la preuve électronique*, janvier 2008, 60 p., à la p. i. disponible en ligne : https://thesedonaconference.org/publication/The%20Sedona%20Canada%20Principles.
11. *Ibid*. p. i. : « The Sedona Conference® est un groupe de réflexion à but non lucratif dont le siège social est à Sedona, en Arizona, et qui est voué à l'étude et au développement du droit dans les domaines des litiges complexes, du droit de la concurrence et de la propriété intellectuelle. Il a créé la Série des groupes de travail afin de rassembler les meilleurs avocats, consultants, universitaires et juristes afin qu'ils se penchent sur des problématiques mûres pour des solutions ou qui requièrent un nouveau souffle afin de faire avancer le droit et les politiques. »

bilité et la proportionnalité, qui puisse s'adapter aux différentes règles et pratiques locales »[12], le Groupe de travail nº 7 a publié une première édition des Principes Sedona en 2008 (disponible en français)[13], puis une deuxième édition des Principes Sedona en 2015 (uniquement en anglais)[14]. Selon ce Groupe de travail, ces 12 Principes Sedona sont « universellement acceptables » et portent « sur l'administration de la preuve électronique dans le cadre de litiges canadiens »[15].

À ce stade, certains pourraient penser que la décision *Ouellet* c. *Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique* discrédite entièrement les Principes Sedona au Québec. Le tribunal refuse en effet d'appliquer les règles de communication de la preuve deCommon Law et, incidemment, les Principes Sedona en matière d'administration de la preuve électronique. Ce n'est pas la lecture que nous faisons. Premièrement, l'analyse du tribunal ne s'étend pas aux Principes Sedona, elle se limite aux règles de Common Law qui, selon nous, ne recoupent pas nécessairement les Principes Sedona. Plus loin, bien que les Principes Sedona aient été développés dans un contexte de Common Law, ils font également référence au droit civil québécois[16] : aussi, avec toutes les nuances qui s'imposent, ces Principes sont bijuridiques. Deuxièmement, quand bien même les Principes Sedona ne seraient pas applicables au Québec, les technologies de l'information posent des défis similaires partout dans le monde en droit de la preuve ; en ce sens, l'effort de comparaison avec l'externe permet de mieux se comprendre à l'interne.

C'est sur cette dernière hypothèse que nous aimerions insister dans le présent article. Autrement dit, nous aimerions démontrer que les Principes Sedona ont leur corollaire dans le corpus juridique québécois en matière d'administration de la preuve technologique, à la lumière notamment du nouveau *Code de procédure civile*, de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*[17] (« LCCJTI ») datant de 2001, ainsi que de la juris-

12. *Ibid*.
13. *Ibid*.
14. Voir THE SEDONA CONFERENCE (Groupe de travail Nº 7 (GT7)), « The Sedona Canada Principles Addressing Electronic Discovery, Second Edition », (2016) 17:1 *The Sedona Conference Journal* 205-372, disponible en ligne : https://thesedonaconference.org/publication/The%20Sedona%20Canada%20Principles.
15. THE SEDONA CONFERENCE, précité, note 10, à la p. i.
16. Voir *ibid*. *passim*.
17. RLRQ c C-1.1, disponible en ligne : http://www.legisquebec.gouv.qc.ca/fr/showdoc/cs/C-1.1.

prudence en la matière. Avec toutes les nuances que suscite une telle affirmation, il nous semble que les Principes Sedona ainsi que la littérature les accompagnant pourraient guider et être repris par les tribunaux québécois. Dans cette perspective, nous allons successivement présenter et analyser les 12 Principes Sedona en les mettant en perspective avec le droit applicable au Québec.

Une réserve s'impose avant d'entrer dans le vif du sujet : le syndrome du « *lost in translation* ». La deuxième édition des Principes Sedona n'ayant pas été traduite en français et faisant appel à de nombreux concepts de Common Law, nous avons fait l'exercice de proposer une traduction la plus proche possible de la terminologie québécoise[18]. À titre d'exemple, l'expression anglaise « electronically stored information (ESI) » est tantôt traduite par « informations sur support électronique (ISE) » ou par « documents électroniques » (la première édition des Principes Sedona alternant entre ces deux traductions sans jamais les distinguer). Pour notre part, et à la lumière du droit québécois, nous préférerons volontairement l'expression mieux connue de « document technologique » pour traduire « electronically stored information », sans faire plus de distinction[19].

PRINCIPE 1 : LE DOCUMENT TECHNOLOGIQUE

Principe 1. Les documents technologiques sont soumis aux règles d'administration de la preuve. **[Traduction libre]**

Electronically stored information is discoverable.

Le Principe Sedona nº 1 confirme que les documents technologiques sont régis par les règles d'administration de la preuve à l'instar de tout document sur support papier[20]. Bien que les commentaires des Principes Sedona n'y fassent pas explicitement

18. À la lumière de la traduction proposée dans THE SEDONA CONFERENCE, précité, note 10.
19. Voir ci-dessous section « Principe 1 : Le document technologique ». Rappelons par ailleurs que la notion de document technologique, telle que définie en droit québécois, a une portée beaucoup plus englobante que celles d'« informations sur support électronique (ISE) » et de « documents électroniques ».
20. Le Principe Sedona nº 1 n'a pas été modifié entre la version 1 (2008) et la version 2 (2015), sauf concernant son commentaire : « The Commentary for Principle 1 has been amended to add a reference to social media. » Voir THE SEDONA CONFERENCE, précité, note 14, à la p. 216.

référence, il nous semble que le principe d'« équivalence fonctionnelle » est au fondement de cette disposition.

L'équivalence fonctionnelle peut se définir comme étant une « approche consistant à rechercher les fonctions qu'un instrument juridique possède et à s'assurer qu'elles sont satisfaites quel que soit le support utilisé »[21]. Dans le contexte de l'administration de la preuve, il faut donc s'assurer que les documents technologiques remplissent les mêmes finalités que celles prévalant dans le monde papier, sauf exception[22]. À titre d'exemple, la règle de la pertinence ne change pas que le document soit manuscrit ou informatique[23]. Soulignons ici que l'équivalence fonctionnelle est un principe qui remonte aux travaux de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international lors de l'élaboration de la *Loi type sur le commerce électronique* en 1996[24], qui a ensuite été repris dans les textes européens ainsi que dans plusieurs législations nationales.

Le législateur québécois a également importé l'équivalence fonctionnelle, notamment dans le domaine de la preuve. On peut ainsi lire que la LCCJTI a pour objet d'assurer « l'équivalence fonctionnelle des documents et leur valeur juridique, quels que soient les supports des documents, ainsi que l'interchangeabilité

21. Vincent GAUTRAIS, *Neutralité technologique : rédaction et interprétation des lois face aux technologies*, Montréal, Édition Thémis, 2012, 297 p., à la p. 78. Voir également : « Ce qui équivaut, la chose équivalente au regard des fonctions assurées par un objet ou une opération. Assurer l'équivalence fonctionnelle dans une loi, c'est indiquer que tous les procédés, mécanismes ou objets capables d'accomplir une fonction déterminée ont un statut équivalent. […] », SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, « Équivalence fonctionnelle », *Glossaire de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, disponible en ligne : http://www.tresor.gouv.qc.ca/ressources-informationnelles/cadre-normatif-de-gestion-des-ressources-informationnelles/loi-concernant-le-cadre-juridique-des-technologies-de-linfor mation/glossaire/e/#c2997 ; LCCJTI.ca, Équivalence fonctionnelle, disponible en ligne : http://lccjti.ca/definition/equivalence-fonctionnelle/ ; et finalement Vincent GAUTRAIS et Patrick GINGRAS, « La preuve des documents technologiques », (2012) *Congrès annuel du Barreau*, p. 2-42, à la p. 9, disponible en ligne : https://edoctrine.caij.qc.ca/congres-du-barreau/2012/1755866973.
22. Voir THE SEDONA CONFERENCE, précité, note 14, à la p. 216 : « The legislation generally does not modify any common law or statutory rule related to the admissibility of records, except the rules relating to authentication and best evidence. »
23. Voir THE SEDONA CONFERENCE, précité, note 10, à la p. 13.
24. *Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CDNUCI) sur le commerce électronique* (1996), disponible en ligne : http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html.

des supports et des technologies qui les portent »[25]. Ainsi, par le truchement des articles 2 et 9 LCCJTI, il appert clairement que les supports qui portent l'information d'un document sont interchangeables et bénéficient de la même valeur juridique, sous réserve qu'ils portent la même information, que l'intégrité de chacun d'eux est assurée et qu'ils respectent tous deux les règles de droit qui les régissent.

Au-delà de cette filiation commune à l'équivalence fonctionnelle, on perçoit également d'autres ressemblances entre les Principes Sedona et les règles de preuve québécoises. Le « document technologique » connaît ainsi une définition similaire, bien qu'elle soit purement pratique dans les Principes Sedona et davantage conceptuelle en droit québécois.

D'un côté, et comme nous l'avons indiqué dans l'introduction, les Principes Sedona naviguent entre les expressions « informations sur support électronique » et « documents électroniques ». Il faut alors se référer aux commentaires des Principes Sedona pour comprendre que ces notions sont en réalité synonymiques et se définissent par des exemples. Ainsi, ces expressions englobent « les courriels, les pages Web, les fichiers de traitement de texte, les bases de données informatiques et pratiquement toutes les informations mémorisées sur un ordinateur ou un autre dispositif électronique »[26], mais également « les documents créés à l'aide de suite bureautique qui se trouvent sur les ordinateurs portatifs ou de bureau, les courriels et les messages instantanés, les bases de données financières et les sites Internet »[27] ainsi que les informations sur les réseaux sociaux notamment[28].

De l'autre côté, au Québec, le « document » bénéficie d'une véritable définition tandis que le « document technologique » connaît une exigence relative à son support qui lui est propre. Le document est ainsi constitué « d'information portée par un support »[29]. L'information, qui peut être rendue au moyen de tout mode d'écriture, y est délimitée et structurée, de façon tangible ou logique selon le support qui la porte et peut être intelligible sous forme de

25. Art. 1(3) LCCJTI.
26. THE SEDONA CONFERENCE, précité, note 10, à la p. 1.
27. *Ibid*. à la p. 12.
28. Voir THE SEDONA CONFERENCE, précité, note 14, à la p. 252.
29. Art. 3 al. 1 LCCJTI.

mots, de sons ou d'images[30]. On peut alors se référer à l'article 71 LCCJTI pour avoir une liste non exhaustive d'exemples de documents[31]. Plus avant, le « document technologique », sous-ensemble de la notion de « document » et dont la définition est passablement moins précise[32], englobe tous les documents sur des supports faisant appel aux technologies de l'information (c'est-à-dire électronique, magnétique, optique, sans fil ou autres ou faisant appel à une combinaison de technologies)[33]. Concrètement, le « document technologique » en droit québécois recoupe vraisemblablement tous les exemples des Principes Sedona indiqués ci-dessous (courriels, pages Internet, fichiers, etc.).

Somme toute, malgré certaines différences sémantiques, le Principe Sedona nº 1 nous semble être en droite ligne avec l'approche québécoise, en ce sens que l'équivalence fonctionnelle est mise de l'avant et que le document technologique est défini largement.

PRINCIPE 2 : LA PROPORTIONNALITÉ

Principe 2. Dans toute instance, les parties devraient s'assurer que les étapes suivies dans le cadre de l'administration de la preuve sont proportionnelles, eu égard à : (i) la nature et l'importance du litige ; (ii) l'importance et la complexité des questions en litige et des intérêts et des montants en jeu ; (iii) la pertinence des documents technologiques disponibles ; (iv) l'incidence des documents technologiques sur le processus déci-

30. *Ibid*. À cet égard, il nous semble que les métadonnées font partie intégrante des documents technologiques. Voir à ce sujet Patrick GINGRAS et François SENÉCAL, « Métadonnées : Plaidoyer pour des mal aimées et des incomprises », (2015) 74 *R. du B.* 249-306 disponible en ligne : http://www.barreau.qc.ca/pdf/publications/revue/2015-tome-74-1.pdf.

31. Art. 71 al. 1 LCCJTI : « La notion de document prévue par la présente loi s'applique à l'ensemble des documents visés dans les textes législatifs, que ceux-ci y réfèrent par l'emploi du terme document ou d'autres termes, notamment acte, annales, annexe, annuaire, arrêté en conseil, billet, bottin, brevet, bulletin, cahier, carte, catalogue, certificat, charte, chèque, constat d'infraction, décret, dépliant, dessin, diagramme, écrit, électrocardiogramme, enregistrement sonore, magnétoscopique ou informatisé, facture, fiche, film, formulaire, graphique, guide, illustration, imprimé, journal, livre, livret, logiciel, manuscrit, maquette, microfiche, microfilm, note, notice, pamphlet, parchemin, pièce, photographie, procès-verbal, programme, prospectus, rapport, rapport d'infraction, recueil et titre d'emprunt. »

32. Voir pour aller plus loin V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, précité, note 21.

33. Art. 1(2) LCCJTI.

sionnel du tribunal dans chaque instance ; et aux (v) coûts, fardeau et délais que les parties devront assumer afin de gérer les documents technologiques. **[Traduction libre]**

In any proceeding, the parties should ensure that steps taken in the discovery process are proportionate, taking into account: (i) he nature and scope of the litigation; (ii) the importance and complexity of the issues and interests at stake and the amounts in controversy; (iii) the relevance of the available electronically stored information; (iv) the importance of the electronically stored information to the Court's adjudication in a given case; and (v) the costs, burden and delay that the discovery of the electronically stored information may impose on the parties.

Le principe de proportionnalité est le fruit d'une généalogie riche et complexe dans le contexte juridique[34]. La procédure civile n'échappe pas à ce phénomène de « proportiomania »[35]. En effet, au milieu du XX[e] siècle, dans un contexte de crise de la justice civile[36] et sous l'influence des théories utilitaristes[37], la proportionnalité est devenue un principe incontournable de la procédure civile[38]. Aujourd'hui, toutes les provinces canadiennes de Common Law font référence à la proportionnalité directement ou indirectement[39].

34. Voir pour aller plus loin Antoine GUILMAIN, « Sur les traces du principe de proportionnalité : une esquisse généalogique », (2015) 61:1 *RD McGill* 87. Les textes fondateurs de droit pénal, dont le *Code Hammourabi* ou le *Corpus Iuris*, l'évoquaient concernant la détermination des peines et la légitime défense. Un peu plus tard, les Anciens en parlaient également pour justifier la distribution des biens/récompenses/honneurs (*just distribution*), la détermination d'une sanction (*just sentencing*) ou le choix de mener une guerre (*just war*). À partir du XVIII[e] siècle, le principe de proportionnalité s'est progressivement imposé en *lingua franca* du droit public (constitutionnel, européen, international, etc.). À l'heure actuelle, le principe de proportionnalité s'invite même de plus en plus fréquemment en droit privé, que ce soit dans le domaine contractuel, du travail ou des affaires.
35. Expression utilisée dans Sébastien VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme : Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 14.
36. Voir notamment Adrian A.S. ZUCKERMAN, dir., *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
37. Voir notamment John SORABJI, *English Civil Justice After the Woolf and Jackson Reforms. A Critical Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
38. Tout commence aux États-Unis dans les *Federal Rules of Civil Procedure* en matière de *discovery* en 1983, ensuite la réforme Woolf des années 1990 en Angleterre consacre la proportionnalité en tant qu'« *Overriding Principle* » des *Civil Procedure Rules*.
39. Voir tableau ci-dessous.

Le Québec, système mixte à la croisée du droit civil et de la Common Law, n'est pas en reste. Sous l'impulsion du Comité Ferland préconisant une « nouvelle culture judiciaire »[40], le C.p.c. *(ancien)* a été modifié pour y intégrer un « principe directeur » de proportionnalité. L'article 4.2 C.p.c. *(ancien)* dispose ainsi : « Dans toute instance, les parties doivent s'assurer que les actes de procédure choisis sont, eu égard aux coûts et au temps exigés, proportionnés à la nature et à la finalité de la demande et à la complexité du litige ; le juge doit faire de même à l'égard des actes de procédure qu'il autorise ou ordonne ». Depuis ce jour, le nombre et la diversité de décisions relatives au principe de proportionnalité connaissent une croissance exponentielle (action collective, scission d'instance, rétractation de jugement, rejet d'expertise, etc.).

Avec l'entrée en vigueur du nouveau *Code de procédure civile*, le principe de proportionnalité fait figure de changement dans la continuité. Malgré quelques modifications, la phraséologie demeure assez similaire à celle qui prévalait auparavant. L'article 18 se lit comme suit :

> **18.** Les parties à une instance doivent respecter le principe de proportionnalité et s'assurer que leurs démarches, les actes de procédure, y compris le choix de contester oralement ou par écrit, et les moyens de preuve choisis sont, eu égard aux coûts et au temps exigé, proportionnés à la nature et à la complexité de l'affaire et à la finalité de la demande.
>
> Les juges doivent faire de même dans la gestion de chacune des instances qui leur sont confiées, et ce, quelle que soit l'étape à laquelle ils interviennent. Les mesures et les actes qu'ils ordonnent ou autorisent doivent l'être dans le respect de ce principe, tout en tenant compte de la bonne administration de la justice. [Nous soulignons]

À nos fins, on remarque cependant une différence importante concernant les « moyens de preuve choisis ». En effet, avant l'entrée en vigueur du nouveau *Code de procédure civile*, un doute subsistait quant à l'application du principe de proportionnalité à tout le processus judiciaire, incluant en matière de preuve[41]. Tandis que

40. Voir COMITÉ DE RÉVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE (RAPPORT), *La révision de la procédure civile : Une nouvelle culture judiciaire*, Québec, Publications du Québec, 2001.

41. Voir à ce sujet MINISTÈRE DE LA JUSTICE (QUÉBEC), *Rapport d'évaluation de la Loi portant réforme du Code de procédure civile*, Québec, Ministère de

certains considéraient que l'article 4.2 C.p.c. *(ancien)* ne visait que les actes de procédure[42], d'autres croyaient au contraire qu'il s'étendait non seulement aux procédures, mais aussi aux démarches, attitudes et choix stratégiques des parties, aux moyens de preuve et même aux sanctions imposées[43]. L'article 18 C.p.c. *(nouveau)* permet de clarifier les choses en indiquant que la proportionnalité concerne tant les « actes de procédure » que les « démarches » et les « moyens de preuve des parties ». Au-delà de la proportionnalité strictement procédurale (propre aux actes de procédure), une telle sémantique semble suggérer un principe sous-jacent de proportionnalité probatoire (propre aux moyens de preuve).

Le Principe Sedona nº 2 énonce un principe de proportionnalité spécifique à l'administration de la preuve[44]. Les parties sont ainsi encouragées à privilégier « une approche pratique et efficace dans le cadre de l'administration de la preuve électronique afin de s'assurer que le fardeau lié à ce processus soit proportionnel à l'importance des questions en litige, des intérêts et des montants

---

la Justice, mars 2006, 79 p. à la p. 64 : « La règle de la proportionnalité devrait, comme il a été suggéré, être modifiée pour préciser qu'elle s'applique non seulement aux actes de procédure, mais à l'ensemble du processus judiciaire, dont les moyens de preuve, y compris les interrogatoires préalables et les expertises. Cette approche permettrait d'évaluer l'ensemble du dossier pour juger de l'application de la règle et pourrait faciliter la gestion de certains dossiers qui exigent beaucoup de ressources eu égard à l'ensemble de celles qui sont disponibles. Enfin, il faudrait favoriser l'application de la règle de la proportionnalité lorsque le tribunal se prononce sur les dépens. »

42. Voir notamment *Couture* c. *Banque Canadienne Impériale de Commerce (CIBC)*, 2011 QCCS 956, par. 21, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/fkdd9. Voir également Luc CHAMBERLAND, « La règle de proportionnalité : à la recherche de l'équilibre entre les parties ? », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, vol. 242, *La réforme du Code de procédure civile, trois ans plus tard*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2006, 1 p., aux pages 5-6.

43. Voir notamment Yves-Marie MORISSETTE, « Gestion d'instance, proportionnalité et preuve civile : état provisoire des questions » (2009) 50:2 *C. de D.* 381-413, à la p. 397. Voir également Catherine PICHÉ, « La proportionnalité procédurale : une perspective comparative », (2009-10) 40 *RDUS* 552-597, à la p. 577, disponible en ligne : https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_40/Piche.pdf.

44. Le Principe Sedona nº 2 a été modifié comme suit entre la version 1 (2008) et la version 2 (2015) : « Principle 2 has been modified to create a five-part test for proportionality. A new opening Commentary paragraph emphasizes the importance of the proportionality principle. A section dealing with the applicability of the proportionality principle to procedure and procedural motions has also been included. The Commentary also now includes a reference to the E-Discovery Implementation Committee (EIC) of the Ontario Bar Association and its development of model documents. » Voir THE SEDONA CONFERENCE, précité, note 14, à la p. 216.

en jeu », ceci d'autant plus que « l'utilisation accrue des ordinateurs et de l'Internet a facilité la création d'une grande quantité de documents électroniques »[45]. Plus concrètement, l'administration de la preuve technologique doit être proportionnelle à la nature et à l'importance du litige, à l'importance et à la complexité des questions en litige et des intérêts et des montants en jeu, ainsi qu'aux coûts, au fardeau et aux délais que les parties devront assumer afin de gérer les documents technologiques. Il faut également considérer la pertinence de la preuve technologique ainsi que son incidence sur le processus décisionnel du tribunal.

À ce stade, nous pouvons nous demander en quoi ces critères diffèrent du principe plus général de proportionnalité procédurale. Le tableau reproduit ci-dessous, volontairement simplifié, offre une proposition de réponse en adoptant une perspective comparée.

Les critères du principe de proportionnalité à travers le monde

	Importance du litige	**Complexité de l'affaire**	**Montant et temps en jeu**	**Ressources financières des parties**	**Pertinence et incidence de la preuve**
États-Unis[46]	OUI	NON	OUI	OUI	NON
Angleterre[47]	OUI	OUI	OUI	OUI	NON
Colombie-Britannique[48]	OUI	OUI	OUI	NON	NON
Ontario[49]	OUI	OUI	OUI	NON	NON
Québec[50]	OUI	OUI	OUI	NON	NON
Principes Sedona[51]	OUI	OUI	OUI	NON	OUI

On constate que les critères du Principe Sedona nº 2 sont en fait très proches de ceux édictés à l'article 18 C.p.c. *(nouveau)* : dans

45. THE SEDONA CONFERENCE, précité, note 10, à la p. 15.
46. *Federal Rules of Civil Procedure*, à la r 26(b)(1), disponible en ligne : http://www.uscourts.gov/sites/default/files/rules-of-civil-procedure.pdf.
47. *Civil Procedure Rules 1998*, SI 1998/3132, à la r 1.1, disponible en ligne : http://www.legislation.gov.uk/uksi/1998/3132/contents/made.
48. *Supreme Court Civil Rules*, BC Reg 168/2009, à la r 1-3, disponible en ligne : http://www.bclaws.ca/civix/document/id/complete/statreg/168_2009_00.
49. *Rules of Civil Procedure*, précité, note 5.
50. *Code de procédure civile*, précité, note 7, à l'art. 18.
51. Principe de Sedona Canada nº 2.

les deux cas, il faut prendre en compte l'importance du litige, la complexité de l'affaire, ainsi que le montant et le temps en jeu. La seule différence concerne la pertinence de la preuve technologique et son incidence sur le processus décisionnel du tribunal, qui est évidemment propre aux Principes Sedona visant l'administration de la preuve technologique[52]. Cela étant dit, nous croyons qu'une lecture croisée de l'article 18 C.p.c. *(nouveau)* et de l'article 2857 C.c.Q. (disposant que « la preuve de tout fait pertinent au litige est recevable et peut être faite par tous moyens ») atténue fortement cette différence.

Le principe de proportionnalité probatoire au Québec nous apparaît analogue, mais non identique[53], à celui prévu par les Principes Sedona[54]. Nous aimerions maintenant prendre deux exemples jurisprudentiels pour le démontrer.

Premièrement, dans la décision *Citadelle, Cie d'assurance générale* c. *Montréal (Ville)*[55], les parties ne s'entendent pas sur le type de support, papier ou numérique, à être utilisé pour la communication des pièces avant la mise en état de plusieurs poursuites. Tandis que les demandeurs réclament que les quelque 10 000 pages de pièces soient transmises sur support papier pour des raisons de commodité (facilité de lecture) et d'économie (frais d'impression), la défenderesse s'y oppose en justifiant que la production de deux cédéroms (CD) est suffisante et conforme à la LCCJTI. À la lumière du principe de proportionnalité, notamment, la Cour supérieure conclut finalement que les « coûts astronomiques » découlant de l'impression des 10 000 pages iraient à l'encontre du

52. Notons cependant que le facteur de la « finalité de la demande » introduit par l'article 18 C.p.c. *(nouveau)* ne ressort pas clairement des Principes Sedona.

53. Considérant notamment que les moyens dont disposent les parties ne constituent pas un critère à considérer en vertu du droit québécois. Voir à cet égard *Citadelle, Cie d'assurance générale* c. *Montréal (Ville)*, 2005 CanLII 24709 (QC CS), disponible en ligne : http://canlii.ca/t/1l5cv, les coûts astronomiques qui découleraient de la nécessité de faire une impression sur support papier est considérée dans la proportionnalité, mais non le fait que les parties pourraient ou non se le permettre.

54. Soulignons ici que le principe de proportionnalité a souvent été invoqué par les tribunaux pour justifier le recours à des moyens technologiques au Québec. Voir notamment en matière de notification : *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse* c. *Tobin*, 2012 QCTDP 3, par. 16, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/fr11b. Voir notamment en matière d'interrogatoires par visioconférence : *SSQ, société d'assurances générales inc.* c. *Crane Canada Co.*, 2009 QCCQ 18041, par. 21 et 22, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/2cmtk.

55. *Citadelle, Cie d'assurance générale* c. *Montréal (Ville)*, précité, note 53.

principe de proportionnalité. En conséquence, la Cour autorise la défenderesse à communiquer les pièces uniquement sur support informatique aux demandeurs.

Deuxièmement, dans la décision *9056-5425 Québec inc.* c. *Québec (Régie des alcools, des courses et des jeux)*[56], les parties sont notamment en désaccord quant au mode de transmission des enregistrements de neuf journées d'audience. D'un côté, la Régie veut se limiter à transmettre une copie sur CD de l'enregistrement audio des audiences, de l'autre les demandeurs réclament une transcription écrite de ces enregistrements. Bien que la question s'inscrive principalement dans le contexte de la LCCJTI, le Tribunal administratif du Québec prend également en compte le principe de proportionnalité – alors même qu'il n'existe pas formellement dans la *Loi sur la justice administrative*[57]. Ainsi, à la lumière des objectifs de « qualité, de célérité et d'accessibilité de la justice administrative »[58], considérant que « ces enregistrements constituent un élément de preuve facultatif »[59] et qu'« il appartient à la partie qui considère que sa cause serait mieux servie par une transcription écrite de faire effectuer une telle transcription aux fins de son recours devant le Tribunal »[60], le tribunal autorise le dépôt des enregistrements audio et refuse d'ordonner à la Régie d'en déposer une transcription écrite.

Au bout du compte, au Québec, « la preuve doit être pertinente mais aussi proportionnée au type de débat »[61] conformément aux articles 18 C.p.c. et 2857 C.c.Q. Plus fondamentalement, comme le souligne la Cour d'appel du Québec, « le principe de la recherche de la vérité n'est pas illimité et […] en vertu du droit moderne régissant la procédure civile, il doit être modulé en considérant un autre

56. *9056-5425 Québec inc.* c. *Québec (Régie des alcools, des courses et des jeux)*, 2010 CanLII 67836 (QC TAQ), disponible en ligne : http://canlii.ca/t/2dh1r.
57. *Ibid*. par. 16 : « Bien qu'il n'existe pas nommément de règle de la proportionnalité dans la LJA, l'idée de ce principe de proportionnalité se dégage de l'objet de la justice administrative que l'on retrouve à l'article 1 LJA ainsi que des règles de conduite applicables au Tribunal en vertu de l'article 11 précité et de l'article 12 LJA. »
58. *Ibid*. par. 14.
59. *Ibid*. par. 18.
60. *Ibid*. par. 24.
61. *Regroupement des citoyens contre la pollution* c. *Alex Couture inc.*, 2010 QCCS 3453, par. 22, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/2c0fw.

principe directeur, celui de la proportionnalité »[62]. La terminologie est un peu différente de celle utilisée dans les Principes Sedona, mais la finalité et les répercussions nous semblent comparables.

PRINCIPE 3 : LA PRÉSERVATION

Principe 3. Dès qu'il est raisonnable d'anticiper une poursuite, les parties devraient immédiatement envisager leur obligation de prendre de bonne foi des mesures raisonnables afin de préserver les documents technologiques potentiellement pertinents. **[Traduction libre]**

As soon as litigation is reasonably anticipated, parties must consider their obligation to take reasonable and good faith steps to preserve potentially relevant electronically stored information.

Le Principe Sedona nº 3 impose une obligation de préservation de la preuve technologique, dans la mesure où cette preuve est potentiellement pertinente et qu'il est raisonnable d'anticiper une poursuite[63].

L'obligation de préservation est bien connue dans les juridictions nord-américaines de Common Law qui la perçoivent comme un corollaire du principe *audi alteram partem* et dont on peut donner la description suivante :

> The integrity of the administration of justice in both civil and criminal matters depends in a large part on the honesty of parties and witnesses. Spoliation of relevant documents is a serious matter. Our system of disclosure and production of documents in civil actions contemplates that relevant documents will be preserved and produced in accordance with the requirements of the law […]. A party is under a duty to preserve what he knows, or reasonably should know, is relevant in an action. The process of discovery of documents in a civil action is central to the conduct of a fair trial

62. *Canada (Procureure générale)* c. *Thouin*, 2015 QCCA 2159, par. 86, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/gmrk9.

63. Le Principe Sedona nº 3 a été légèrement modifié entre la version 1 (2008) et la version 2 (2015), avec quelques modifications dans les commentaires : « The Commentary has been amended to emphasize the value and importance of information governance as a way of preparing for litigation and, in particular, for e-discovery. » Voir THE SEDONA CONFERENCE, précité, note 14, à la p. 216.

and the destruction of relevant documents undermines the prospect of a fair trial.[64]

En revanche, au Québec, jusqu'à l'adoption du nouveau *Code de procédure civile*, l'obligation de préservation n'était pas explicitement codifiée[65] et la jurisprudence y référait timidement[66]. Certains auteurs percevaient néanmoins les articles 7 et 1375 C.c.Q. comme un fondement juridique suffisant pour déceler une obligation de préservation[67]. Entre 2009 et 2013, la Cour supérieure du Québec a toutefois rendu à notre avis quatre décisions importantes concernant l'obligation de préservation, notamment dans les affaires *Béton St-Hubert inc.* c. *Entreprises Kijiji Canada inc.*[68], *Jacques* c. *Ultramar ltée*[69], *Zegil* c. *Compagnie d'assurances*

64. *Doust* c. *Schatz*, 2002 SKCA 129, par. 27, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/1h11b.
65. *Fernando Berardini inc.* c. *Natrel inc.*, 2015 QCCS 5599, par. 299, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/g1tvs. Voir également *Jacques* c. *Ultramar ltée*, précité, note 8, par. 26 : « Il n'existe aucune obligation explicite de préserver la preuve dans un dossier litigieux, pas plus qu'il n'existe d'obligation de produire à l'adversaire une liste de documents pertinents au litige. »
66. Voir pour aller plus loin Jean-François DE RICO et Patrick GINGRAS, « Les premiers pas de la procédure technologique : regard technologique sur le nouveau Code de procédure civile », (2016) 21 *Lex Electronica* 1, aux pages 38 et s., disponible en ligne : http://www.lex-electronica.org/s/1448.
67. Voir Dominic JAAR et François SENÉCAL, « L'administration de la preuve électronique au Québec », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, vol. 320, *Développements récents et tendances en procédure civile (2010)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 129, disponible en ligne : https://edoctrine.caij.qc.ca/developpements-recents/320/368003842.
68. 2009 QCCS 5676, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/270gn. Le tribunal relève ainsi que si le défendeur faisait disparaître ou détruire toute preuve pertinente au dossier, il devrait être aussi conscient « qu'il s'expose à ce que la Demanderesse demande au juge du fond d'appliquer une jurisprudence canadienne en droit de la preuve qui permet de retenir que la destruction de la preuve, si intentionnelle, donne ouvert[ur]e à une présomption jouant contre la partie qui l'a détruit ou supprimé et en faveur de la partie qui se voit dans l'impossibilité d'en faire la preuve » (par. 56). Le tribunal fait alors référence à la règle de droit romain *omnia praesumuntur contra spoliatorem* (toutes choses sont présumées contre le spoliateur).
69. Précité, note 8. La Cour supérieure dresse un état du droit au Québec de l'obligation de préservation, en relevant notamment que « la maxime *omnia praesumuntur contra spoliatorem* a trouvé une application fort limitée jusqu'à maintenant » et que « la conséquence à la spoliation est une inférence négative et l'inférence négative n'a pas conduit, jusqu'à maintenant, au rejet d'un recours ou d'une défense, après une audition au fond » (par. 26). Par ailleurs, la Cour souligne que le défaut d'une partie de préserver des éléments de preuve, et ce, après avoir été mise en demeure de préserver lesdits éléments, pouvait avoir une « portée juridique » et possiblement engendrer des conséquences, mais sans toutefois préciser la nature ni les obligations (par. 30). Ainsi, le non-respect d'une mise en demeure transmise préalablement à la signification d'une demande introductive d'instance exigeant la préservation d'éléments de preuve, généralement identifiée comme étant une

Missisquoi[70] et *Visalus Sciences Canada inc.* c. *Lemieux*[71], qui ont d'ailleurs été abondamment citées dans d'autres jugements[72].

L'adoption du nouveau *Code de procédure civile* est venue sédimenter toute cette jurisprudence, notamment à son article 20 alinéa 1 qui « reprend une règle actuellement implicite du droit procédural » selon les commentaires de la ministre de la Justice[73].

> **20.** Les parties se doivent de coopérer notamment en s'informant mutuellement, en tout temps, des faits et des éléments susceptibles de favoriser un débat loyal et en s'assurant de préserver les éléments de preuve pertinents. [Nous soulignons]

---

lettre de préservation, pourrait constituer une faute au sens de l'article 1457 C.c.Q. Voir sur ce dernier aspect Patrick GINGRAS et Nicolas W. VERMEYS, *Actes illicites sur Internet : qui et comment poursuivre*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2011, 174 p. à la p. 81.

70. 2012 QCCS 3788, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/fsb0g. En se basant notamment sur *Jacques* c. *Ultramar ltée*, précité, note 8, le tribunal confirme notamment que « la conséquence de la destruction d'un élément de preuve entraînerait donc une présomption du caractère défavorable de la preuve supprimée. Cette présomption est réfragable » (par. 134).

71. 2013 QCCS 1961, par. 39, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/fxfh0 : « Visalus requiert également une ordonnance pour que les Défendeurs ne se départissent d'aucune preuve qui pourrait être utile dans le cadre des procédures judiciaires. Il n'y a eu aucune représentation sur cette demande, ni aucune preuve que les Défendeurs entendaient se départir de quoi que ce soit. De toute manière, l'obligation de ne pas se départir de preuve pertinente existe sans qu'il ne soit nécessaire de l'ordonner. »

72. Voir notamment *Via Rail Canada inc.* c. *Canadian Rail Track Materials Inc.*, 2015 QCCS 5405, par. 30, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/gm7gn : « Le droit québécois, contrairement à celui des provinces de common law canadiennes qui permettent d'envisager l'application de sanctions graves et déterminantes, se limite à appliquer une présomption défavorable dans les cas de destruction de la preuve. » Voir également *Stagias* c. *Mathieu*, 2016 QCCS 3797, par. 159, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/gsxxt : « Au Québec, la suppression, l'élimination, la destruction ou l'altération volontaire d'un élément de preuve par une partie entraine une présomption que cet élément lui était partiellement ou entièrement préjudiciable. » Voir finalement en ordre chronologique décroissant : *Dessau inc.* c. *G. Mitchell Chauffage et climatisation cie ltée*, 2016 QCCS 2438, par. 102, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/grw7g ; *Fédération des producteurs acéricoles du Québec* c. *Régie des marchés agricoles et alimentaires du Québec*, 2016 QCCS 5409, par. 124-125, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/gvl5v ; *Promutuel l'Outaouais, société mutuelle d'assurances générales* c. *Artic Cat Sales Inc.*, 2016 QCCS 5269, par. 19-20, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/gvfmw ; et *Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction (Copibec)* c. *Université Laval*, 2015 QCCS 1156, par. 53-57, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/ggv64.

73. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires de la ministre de la Justice : Code de procédure civile, chapitre C-25.01*, Montréal, SOQUIJ/Wilson & Lafleur, 2015, art. 20.

On comprend ainsi que la préservation de la preuve devient dorénavant une obligation explicite en droit québécois, et qu'il s'agit même d'« un principe directeur de la procédure selon l'article 20 du *Code de procédure civile* »[74]. Soulignons ici que cette obligation naît sans qu'une ordonnance de la Cour soit nécessaire[75] et que la préservation de la preuve n'équivaut pas à sa communication, puisque le but est plutôt de s'assurer qu'elle sera disponible pour être communiquée selon les règles applicables[76].

Il faut par ailleurs lire cette « obligation générale »[77] de préservation avec l'article 251 C.p.c. *(nouveau)*, que nous reproduisons ci-dessous :

> **251.** La partie en possession d'un élément matériel de preuve est tenue, sur demande, de le présenter aux autres parties ou de le soumettre à une expertise dans les conditions convenues avec celles-ci ; elle est aussi tenue de préserver l'élément matériel de preuve ou, le cas échéant, une représentation adéquate de celui-ci qui permette d'en constater l'état jusqu'à la fin de l'instruction.
>
> Le tiers qui détient un document se rapportant au litige ou est en possession d'un élément matériel de preuve est tenu, si le tribunal l'ordonne, d'en donner communication, de le présenter aux parties, de le soumettre à une expertise ou de le préserver.

À ce stade, nous aimerions émettre quelques observations concernant ces dispositions de droit nouveau quant au domaine et au moment de l'obligation de préservation. Nous reviendrons ultérieurement sur les sanctions du non-respect de cette obligation en vertu du nouveau *Code de procédure civile*[78].

Le domaine. L'article 20 C.p.c. *(nouveau)* énonce une obligation de préservation applicable à tous les « éléments de preuve pertinents ». L'article 251 C.p.c. *(nouveau)*, quant à lui, ne vise que l'« élément matériel de preuve » pour la partie qui en a la posses-

---

74. *Mag Energy Solutions Inc.* c. *Falconer Cloutier*, 2016 QCCS 3881, par. 4, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/gt10q.
75. Voir en ce sens *Visalus Sciences Canada inc.* c. *Lemieux*, précité, note 71, par. 39.
76. *Mag Energy Solutions inc.* c. *Falconer Cloutier*, 2016 QCCS 2830, par. 31, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/gs645.
77. *Ibid*. par. 25.
78. Voir ci-dessous section « Principe 11 : Les sanctions ».

sion (alinéa 1), et tout « document se rapportant au litige » pour les tiers si le tribunal l'ordonne (alinéa 2). Autrement dit, le champ d'application de l'article 20 C.p.c. *(nouveau)* semble plus large que l'article 251 C.p.c. *(nouveau)*, puisque l'obligation de préservation pour les parties vise tous les éléments de preuve (incluant notamment tous les éléments matériels et tous les documents au sens de la LCCJTI), et non seulement les éléments matériels (dont certains ne peuvent pas être considérés comme des « documents » au sens de la LCCJTI, pensons par exemple à une arme blanche)[79]. Selon nous, cette interprétation plus libérale devrait être favorisée par les tribunaux : il n'existe aucune raison justifiant que l'élément matériel bénéficie d'une obligation de préservation différente des autres moyens de preuve, sans oublier que l'article 20 C.p.c. *(nouveau)* est un « principe directeur de la procédure » surplombant toutes les autres règles techniques. Plus avant, et tout comme le Principe Sedona nº 3, la pertinence devrait primer sur le type du moyen de preuve ou le support du document en matière de préservation.

Le moment. L'existence de l'obligation de préservation au Québec est désormais acquise et explicite dans le C.p.c. *(nouveau)*. Toutefois, une zone d'ombre subsiste quant au moment de la naissance de cette obligation : avant ou après la signification d'une demande introductive d'instance ? Pour le moment, en l'absence de jurisprudence à cet égard et selon une interprétation littérale, il semble que l'obligation de préservation prenne naissance à partir de la signification d'une demande introductive d'instance[80]. L'article 20 C.p.c. *(nouveau)* est en effet situé dans le titre II intitulé « Les principes de la procédure applicable devant les tribunaux de l'ordre judiciaire » du livre I intitulé « Le cadre général de la procédure civile ». De même, cet article utilise le terme « partie », ce qui laisse supposer que des procédures ont déjà été intentées. Bien que cette approche apparaisse sensiblement différente de celle adoptée dans le Principe Sedona nº 3 (l'obligation de préservation débutant « dès qu'il est raisonnable d'anticiper une poursuite »), nous ne saurions trop recommander aux parties de ne pas négliger la transmission d'une lettre de préservation de la preuve le plus rapidement possible, et ce, afin de circonscrire l'étendue des

79. Art. 2854 C.c.Q.
80. Voir dans le même sens J.-F. DE RICO et P. GINGRAS, précité, note 66, à la p. 41.

documents qu'ils considèrent comme pertinents à la solution du différend[81].

En conclusion, malgré certaines différences ponctuelles, notamment concernant le moment de naissance ou quant aux choix des mots (la coopération étant associée à la préservation, d'un côté, la bonne foi allant de pair avec la préservation, de l'autre côté), le droit procédural québécois et les Principes Sedona partagent une obligation commune de préservation des éléments de preuve pertinents.

PRINCIPE 4 : LA COOPÉRATION

Principe 4. Les avocats et les parties devraient coopérer en développant un plan de communication de la preuve sur tous les aspects de son administration et devraient poursuivre cette collaboration tout au long du processus, incluant lors de l'identification, la préservation, la collecte, l'analyse, la révision et la communication des documents technologiques. **[Traduction libre]**

Counsel and parties should cooperate in developing a joint discovery plan to address all aspects of discovery and should continue to cooperate throughout the discovery process, including the identification, preservation, collection, processing, review and production of electronically stored information.

Le *Code de procédure civile (nouveau)* a formalisé une règle de droit implicite[82] selon laquelle les parties à l'instance doivent favoriser l'échange et la coopération quant à leurs positions respectives. La Disposition préliminaire alinéa 3 énonce ainsi que les droits des parties doivent être exercés dans un « esprit de coopération et d'équilibre ». Cet « esprit » de coopération devient un « devoir » de coopération bien plus explicite au sein de l'article 20

81. Voir pour un exemple de lettre de préservation D. JAAR et F. SENÉCAL, précité, note 67, annexe 1.
82. Voir MINISTÈRE DE LA JUSTICE, précité, note 73, à l'art. 20. Voir par ailleurs l'article 4.1 al. 1 C.p.c. *(ancien)* qui commandait aux parties « de ne pas agir en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive ou déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi ».

C.p.c. *(nouveau)*[83], dont nous avons déjà parlé ci-dessus en matière de préservation de la preuve :

> **20.** Les parties se doivent de coopérer notamment en s'informant mutuellement, en tout temps, des faits et des éléments susceptibles de favoriser un débat loyal et en s'assurant de préserver les éléments de preuve pertinents.
>
> Elles doivent notamment, au temps prévu par le Code ou le protocole de l'instance, s'informer des faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions et des éléments de preuve qu'elles entendent produire.

Les parties doivent donc satisfaire à un devoir de coopération dans les moyens qu'elles envisagent, dans les démarches qu'elles entreprennent et dans les procédures de manière générale[84]. Comme le note la professeure Piché[85], cette obligation de coopération est d'ailleurs renforcée au sein de l'article 148 C.p.c. *(nouveau)* : d'une part, les parties « sont tenues de coopérer pour régler l'affaire ou pour établir le protocole de l'instance » (alinéa 1), d'autre part, le protocole de l'instance est bien plus étoffé que ce qui constituait l'entente sur le déroulement de l'instance, en incluant notamment « les modalités et les délais de constitution et de communication de la preuve avant l'instruction » (alinéa 2 para 6).

Par ailleurs, bien que les articles 20 et 148 C.p.c. *(nouveau)* ne semblent viser que les « parties », il y a tout lieu de croire que les avocats sont également tenus à ce devoir de coopération en tant que représentants *ad litem*, ainsi qu'au regard de leurs obligations déontologiques, notamment l'article 132 alinéa 1 du *Code de déontologie des avocats*[86] disposant que « dans l'intérêt des clients et d'une saine administration de la justice, l'avocat collabore avec les autres avocats ».

---

83. Catherine PICHÉ, « La disposition préliminaire du *Code de procédure civile* », (2014) 73 *R. du B.* 135-178, à la p. 169, disponible en ligne : https://www.barreau.qc.ca/pdf/publications/revue/2014-tome-73-1.pdf.
84. Voir pour aller plus loin Jean-François ROBERGE, S. Axel-Luc HOUNTOHO-TEGBÈ et Tessa MANUELLO, « L'ère de la coopération procédurale et de la saine gestion de l'instance sous le nouveau *Code de procédure civile* du Québec », (2016) 75 *R. du B.* 391-432, disponible en ligne : https://www.barreau.qc.ca/pdf/publications/revue/2016-tome-75-2.pdf.
85. C. PICHÉ, précité, note 83, à la p. 170.
86. *Code de déontologie des avocats*, RLRQ c B-1, r 3.1, disponible en ligne : http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/showdoc/cr/B-1,%20r.%203.1.

À nos yeux, le principe directeur de coopération ne se limite donc pas uniquement à un énoncé général, il génère également une obligation concrète pour les parties et les avocats en matière de preuve, soit de s'entendre sur les modalités et les délais de constitution et de communication de la preuve avant l'instruction.

Le Principe Sedona nº 4 impose aux parties et aux avocats de coopérer à tous les stades du processus d'administration de la preuve technologique, incluant lors de l'élaboration du plan de communication de la preuve[87]. Un tel principe fait ressortir trois composantes importantes :

- Sur le plan *ratione temporis*, le devoir de coopération n'est pas limité dans le temps, il doit s'étaler tout au long du processus d'administration de la preuve. Autrement dit, « le principe 4 prévoit une série de rencontres, plutôt qu'une seule, afin d'aider les avocats lorsque surgissent des problèmes techniques imprévus »[88]. Comme l'indique la Cour supérieure de l'Ontario, « the obligation to engage in discovery planning includes an obligation to confer at the outset and to continue to collaborate on an ongoing basis in order that the plan may be adjusted as necessary »[89]. Ainsi, au Québec, il ne suffit pas de s'entendre lors de l'élaboration du protocole de l'instance, les parties doivent aussi faire *vivre* ce protocole en « tout temps »[90].

- Sur le plan *ratione personae*, la coopération doit être multipartite en ce sens que tant les parties que les avocats devraient être impliqués lors des différentes rencontres. En effet, compte tenu de la nature et des implications d'un tel processus, les avo-

87. Le Principe Sedona nº 4 a été modifié comme suit entre la version 1 (2008) et la version 2 (2015) : « Principle 4 has been amended to emphasize the concept of "cooperation" (versus "meet-and-confer") in developing a joint discovery plan. There are important new sections and an overall shift in emphasis throughout the Commentary for this Principle. First, there is new emphasis on the importance and value of discovery planning. This section proposes that the term "meet-and-confer" be replaced with "discovery planning," "consultation" or any similar term that does not suggest that in-person meetings are required. Emphasis is placed on the good-faith sharing of information aimed at reaching agreement on a discovery plan. » Voir THE SEDONA CONFERENCE (Groupe de travail Nº 7 (GT7)), précité, note 14, à la p. 217.
88. THE SEDONA CONFERENCE, précité, note 10, à la p. 27.
89. *Kariouk* v. *Pombo*, 2012 ONSC 939, par. 42, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/fq6w0.
90. Pour reprendre les termes de l'article 20 C.p.c. *(nouveau)*.

cats seniors (et non seulement les juniors) devraient participer aux discussions. Par ailleurs, la présence des clients permet d'augmenter l'efficacité des rencontres, dans la mesure où ils détiennent la connaissance de l'information en litige (disponibilité, format, pertinence, etc.)[91].

- Sur le plan *ratione materiae*, finalement, la collaboration entre les parties et les avocats présuppose un « plan de communication de la preuve ». Ce plan vise à « identify and resolve discovery-related issues in a timely fashion and to make access to justice more feasible and affordable »[92]. Plus concrètement, ce sont plusieurs aspects qui doivent être évalués et discutés concernant l'administration de la preuve : i) l'identification des documents technologiques pertinents avec le client ; ii) la préservation des documents technologiques pertinents et la position de l'autre partie ; iii) la collecte en ce sens que les parties doivent s'entendre sur les paramètres de recherche ; iv) l'analyse (manuelle ou automatisée) ; v) la communication ou plutôt le format dans lequel les documents seront transmis (papier, numérique, natif, image, etc.) ; et vi) un échéancier fixant des délais pour chacune des étapes et prévoyant un mécanisme de règlement des litiges en cas de difficulté.

Aux termes des principes Sedona, le principe de coopération est ultimement évalué comme étant continu dans le temps, propre à toutes les parties prenantes et indissociable d'un plan de communication de la preuve. Bien que le corpus juridique québécois ne soit pas aussi explicite sur ces dimensions, il nous semble qu'elles sont tout à fait conformes à l'esprit du principe de coopération comme défini à l'article 20 C.p.c. *(nouveau)* et à la finalité du protocole de l'instance telle que remodelée à l'article 148 C.p.c. *(nouveau)*. Autrement dit, d'aucuns pourraient considérer que l'application du Principe Sedona nº 4 s'inscrit dans la droite ligne du principe de coopération de droit québécois.

91. Voir THE SEDONA CONFERENCE (Groupe de travail Nº 7 (GT7)), précité, note 14, aux pages 297-298.
92. *Ibid*. à la p. 285.

PRINCIPE 5 : LA DIVULGATION

Principe 5. Les parties devraient être prêtes à divulguer tous les documents technologiques pertinents et raisonnablement accessibles eu égard aux coûts et au fardeau. **[Traduction libre]**

The parties should be prepared to produce relevant electronically stored information that is reasonably accessible in terms of cost and burden.

Au Québec, il n'existe pas d'obligation générale de communiquer les documents, y compris technologiques, potentiellement pertinents au litige : les parties sont maîtres de leur preuve et produisent au soutien de leur demande, ou de leur réponse, uniquement les pièces qu'elles désirent déposer. En ce sens, malgré l'utilisation de l'expression large « les parties devraient être prêtes », le Principe Sedona nº 5[93] peut sembler dénué de tout intérêt au regard du corpus législatif québécois. Nous aimerions néanmoins aborder deux enjeux touchant à la proportionnalité et à l'accessibilité.

D'une part, en droite ligne avec le Principe Sedona nº 2 décrit ci-dessus, l'accent est encore une fois mis sur l'objectif général de proportionnalité. En d'autres termes, les parties devraient s'interroger dans le cadre de la communication de la preuve : « est-ce que la quantité, le caractère spécifique ou la qualité des données d'un type ou d'une source particulière de documents électroniques justifie le coût d'obtention de ces données »[94] ? Ce questionnement ne nous semble pas si éloigné de l'article 18 C.p.c. *(nouveau)* et de la nouvelle philosophie procédurale primant désormais au Québec.

---

93. Le Principe Sedona nº 5 n'a pas fait l'objet de modification entre la 1re version (2008) et la 2e version (2015), excepté concernant les commentaires : « The Commentary discussion in this Principle on data being "not reasonably accessible" and therefore being excluded from the set of ESI that needs to be dealt with has been removed. The fact that information has been deleted does not, on its own, mean that the data is not accessible or that a party has no obligation to obtain it. » Voir THE SEDONA CONFERENCE (Groupe de travail Nº 7 (GT7)), précité, note 14, à la p. 217.
94. THE SEDONA CONFERENCE, précité, note 10, à la p. 31. Voir en matière d'accès à l'information *Société des traversiers du Québec* c. *G.T.*, 2017 QCCAI 88, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/h3dj4.

D'autre part, la question de l'« accessibilité raisonnable » des documents technologiques n'est pas complètement absente du paysage juridique québécois. En effet, l'article 19 LCCJTI dispose que « toute personne doit, pendant la période où elle est tenue de conserver un document, assurer le maintien de son intégrité et voir à la disponibilité du matériel qui permet de le rendre accessible et intelligible et de l'utiliser aux fins auxquelles il est destiné ». Ainsi, au-delà de l'enjeu d'intégrité sur lequel nous reviendrons, il faut s'assurer de la disponibilité du matériel (logiciel ou tout autre système / appareil de lecture de documents technologiques) afin de garantir l'accessibilité, l'intelligibilité et les fins de l'information portée par le support. Comme le souligne le professeur Trudel, cette obligation visant « toute personne » est très large[95] et « pourra s'appliquer dans de multiples situations », « aussi bien les particuliers que les institutions et les entreprises »[96]. Dans notre contexte, il nous semble que les parties à un litige pourraient également être visées par cette obligation d'« accessibilité ».

PRINCIPE 6 : LE DOCUMENT TECHNOLOGIQUE SUPPRIMÉ

Principe 6. Une partie ne devrait pas être contrainte de chercher et de recueillir les documents technologiques supprimés ou résiduels dans le cours ordinaire des affaires ou suivant une politique de gouvernance de l'information raisonnable, à moins d'une entente entre les parties ou d'une ordonnance du tribunal démontrant le besoin et la pertinence de ces informations. **[Traduction libre]**

A party should not be required, absent agreement or a court order based on demonstrated need and relevance, to search for or collect deleted or residual electronically stored information that has been deleted in the ordinary course of business or within the framework of a reasonable information governance structure.

95. Nous n'avons recensé aucune décision citant ou interprétant cet article.
96. Pierre TRUDEL, *Introduction à la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2012, 320 p., à la p. 81.

Le Principe Sedona nº 6[97] vient limiter le principe de divulgation de la preuve en vertu de la Common Law concernant les documents technologiques qui auraient été supprimés dans des circonstances déterminées ou qui sont de type « résiduel »[98]. Encore une fois, bien que les principes soient assez différents au Québec[99], une telle règle suscite plusieurs observations à la lumière des règles québécoises d'administration de la preuve.

Notons tout d'abord qu'une partie peut demander à une partie adverse la communication d'un document additionnel dans le cadre d'un interrogatoire préalable à l'instruction en vertu de l'article 221 C.p.c. *(nouveau)* ou encore demander au tribunal d'ordonner à une autre partie de lui communiquer un document en vertu de l'article 169 C.p.c. *(nouveau)*. De telles demandes peuvent viser des documents technologiques dans la mesure où ces derniers seraient pertinents au litige et toujours dans le respect des principes directeurs de la procédure[100].

Qu'en est-il alors lorsque le document technologique a été supprimé par une partie et qu'il est pertinent sur la base des prétentions de la partie qui le demande, d'obtenir le document ou la preuve de sa possession par une personne ? Pensons par exemple

---

97. Le Principe Sedona nº 6 a été modifié comme suit entre la version 1 (2008) et la version 2 (2015) : « Principle 6 now makes clear that "[a] party should not be required, absent agreement or a court order based on demonstrated need and relevance, to search for or collect deleted or residual ESI that has been deleted in the ordinary course of business or within the framework of a reasonable information governance structure." While a party may not simply delete information to thwart discovery obligations, defensible information governance principles will be considered. The Commentary has been updated to include new Canadian case law supporting the proposition that the deletion of documents is permissible in the normal course of business or pursuant to a reasonable document retention policy. » Voir THE SEDONA CONFERENCE (Groupe de travail Nº 7 (GT7)), précité, note 14, aux pages 217-218.

98. Les Principes Sedona ne définissent pas clairement la notion d'« informations sur support électronique résiduelles ». Dans les affaires *Hill* c. *Hill*, 2010 CanLII 65095 (ON SC), disponible en ligne : http://canlii.ca/t/2d83v ; et *Warman* c. *National Post Company*, 2010 ONSC 3670, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/2c379, le tribunal énonce que ces informations résiduelles peuvent notamment être des « fragmented or overwritten files ».

99. Sauf peut-être concernant les *subpoena duces tecum* ou encore les demandes d'engagement dans le cadre d'un interrogatoire préalables.

100. Voir notamment *Conseil québécois sur le tabac et la santé* c. *JTI-MacDonald Corp.*, 2011 QCCS 1965, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/fl6jq ; et *Continental division de Construction DJL inc.* c. *Bétonnière La Tuque inc.*, 2016 QCCS 1750, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/gpjmg.

au cas de non-respect d'une clause de non-concurrence. En présence d'une telle situation, il serait théoriquement possible de demander au tribunal une injonction sur la base des articles 20 et 251 C.p.c. *(nouveau)* afin de préserver et d'obtenir l'autorisation de faire une reproduction de celle-ci[101], car la notion de destruction dans un environnement technologique n'est pas aussi immédiate que dans le monde papier[102]. Dans un autre registre, il convient toutefois de souligner que si la destruction d'un document intervient à la suite d'un transfert effectué et documenté conformément aux articles 17 et 20 LCCJTI et auquel est jointe la documentation qui y est prévue, aucune règle de preuve ne peut être invoquée contre l'admissibilité dudit document pour le seul motif que le document n'est pas dans sa forme originale[103].

La suppression d'un document, notamment en vidant la corbeille d'un ordinateur par exemple, n'efface généralement pas « réellement » celui-ci du support technologique sur lequel il est enregistré. En effet, comme l'explique l'auteur américain O.S. Kerr, cité par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R.* c. *Vu* :

---

101. Voir notamment *Mag Energy Solutions inc.* c. *Falconer Cloutier*, précité, note 76, par. 93 : « Donc, l'utilisation de l'article 251 C.p.c. pour obtenir accès à un ordinateur de la partie adverse est possible. Ceci est surtout vrai lorsque la partie est à la recherche de documents supprimés. Dans ce cas, il est plus facile de conclure que l'ordinateur est un élément matériel de preuve. » Relevons que puisqu'une telle ordonnance permettant l'accès aux appareils et comptes électroniques est très intrusive, elle devrait être au moins encadrée par les questions suivantes : qui, quoi, combien, quand, où, comment, en présence de qui et pour qui. Voir aussi la décision *Entreprises Importfab inc.* c. *Levasseur*, 2017 QCCS 5061, par. 36, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/hn7pp, où le tribunal souligne que les modalités de l'autorisation judiciaire afférentes à la reproduction (l'extraction), ainsi qu'à l'accès et à l'analyse des informations reproduites doivent être encadrés. À ce sujet, le tribunal soumet les parties aux 10 étapes d'un protocole destiné à protéger les informations confidentielles et privilégiées des parties. Voir également *Desmarteau* c. *Ontario Lottery and Gaming Corporation*, 2013 QCCA 2090, par. 92, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/g28k2. Finalement, notons que, dans certains cas, une ordonnance Anton Piller serait également envisageable, une telle demande se faisant de façon *ex parte*. Voir sur cette question P. GINGRAS et N. VERMEYS, précité, note 69, à la p. 96.
102. Sur cette question, bien que dans un contexte de travail, voir Patrick GINGRAS et Éloïse GRATTON, « Accéder ou ne pas accéder au matériel informatique de son employé, telle est la question », Service de formation continue du Barreau du Québec, vol. 383, *Développements récents en droit du travail (2014)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 35-96, disponible en ligne : https://edoctrine.caij.qc.ca/developpements-recents/383/368185469/.
103. Art. 18 LCCJTI.

> [Traduction] [L]e fait qu'un fichier ait été sélectionné et « supprimé » ne signifie pas normalement qu'il a effectivement été supprimé ; les systèmes d'exploitation n'« éliminent » pas les zéros et les uns associés à ce fichier lorsqu'il est sélectionné pour suppression. La plupart des systèmes d'exploitation modifient plutôt la table de fichiers principale pour indiquer que le bloc de mémoire de ce fichier est libre pour accueillir dans le futur d'autres fichiers. Si le système d'exploitation ne réutilise pas ce bloc pour un autre fichier au moment où l'ordinateur est analysé, le fichier qui a été sélectionné pour suppression reste en mémoire et peut être récupéré. Même si un autre fichier est inséré dans ce bloc de mémoire, une quantité phénoménale de données peut souvent être récupérée dans l'espace libre sur le disque dur, soit l'espace dans un bloc de mémoire temporairement non utilisé. Un analyste peut accéder à ce fichier comme à tout autre fichier.[104]

Bien qu'un document technologique puisse avoir été effacé d'un ordinateur par un utilisateur, il subsistera, dans certains cas[105], une possibilité de récupérer celui-ci à l'aide de logiciels spécialisés[106]. Toutefois, plus la période de temps entre la suppression d'un document et sa tentative de récupération sera courte, plus les chances de récupérer celui-ci seront élevées[107].

---

104. *R.* c. *Vu*, 2013 CSC 60, par. 43, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/g1r8q. Voir également *R.* v. *Stemberger*, 2012 ONCJ 31, par. 50, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/fpqjb : « […] deleted files or file fragments "may exist for an extended period of time (i.e., weeks or months) due to the design of most computer's operating systems. That files deleted by the user were not physically deleted, only the pathway to the file was deleted. […] »

105. Si la destruction des documents a été effectuée de façon sécuritaire conformément aux standards reconnus en la matière, dont le standard « Effacement et déclassification des supports d'information électroniques » de 2006 du Centre canadien de sécurité des télécommunications, disponible en ligne : https://www.cse-cst.gc.ca/fr/node/270/html/10572) ou le standard « Enregistrements électroniques – preuve documentaire » de 2005 de l'Office des normes générales du Canada, disponible en ligne : http://publications.gc.ca/site/fra/9.542805/publication.html, la récupération sera bien plus complexe. Voir sur cette question, J.-F. DE RICO et P. GINGRAS, précité, note 66, aux pages 44-45.

106. Tels Encase, disponible en ligne : https://www.encase.com et FTK, disponible en ligne : http://www.accessdata.com/products/digital-forensics/ftk. Voir également BARREAU DU QUÉBEC, Guide des TI – Mise au rebus ou recyclage du matériel informatique, janvier 2016, disponible en ligne : http://guideti.barreau.qc.ca/donnees/materiel/. Cette représentation résiduelle des documents qui persistent sur un support technologique malgré la tentative de les effacer se nomme la rémanence des données.

107. Voir notamment *Mag Energy Solutions Inc.* c. *Falconer Cloutier*, précité, note 74, par. 3 : « […] les fragments disparaissent avec le passage du temps ». Voir également *R.* c. *Coupal*, 2013 QCCQ 859.

À tout prendre, malgré des considérations passablement différentes, ni les Principes Sedona ni le C.p.c. *(nouveau)* n'imposent aux parties de rechercher des documents technologiques supprimés ou résiduels dans le cours ordinaire des affaires ou conformément à une politique de gouvernance de l'information, à moins d'une ordonnance du tribunal démontrant le besoin et la pertinence de ces informations.

PRINCIPE 7 : LES MOYENS TECHNOLOGIQUES

> **Principe 7.** Une partie peut utiliser des outils et des processus technologiques pour satisfaire à son obligation de communication de la preuve. **[Traduction libre]**
>
> *A party may use electronic tools and processes to satisfy its documentary discovery obligations.*

Depuis quelques années, l'administration de la preuve connaît une évolution technologique sans précédent avec l'apparition d'outils permettant une analyse documentaire plus précise (en termes de qualité des résultats), plus légitime (en termes de processus utilisé), plus efficiente (en termes de ressources), plus rapide, voire plus rentable, par rapport à ce qui prévalait dans le passé[108].

Évidemment, ces avantages ne sont pas infaillibles, tout en entrant parfois en confrontation les uns des autres : la célérité pouvant nuire à la qualité du résultat, par exemple. Plus avant, il s'agit surtout d'utiliser la technologie *appropriée* au moment opportun afin d'en tirer tous les bénéfices possibles[109]. Autrement dit, rien ne sert d'utiliser un logiciel avancé de ségrégation de données pour trier un mince classeur de documents. Les parties doivent en ce sens évaluer et discuter du recours aux moyens technologiques appropriés à toutes les étapes du processus d'administration de la preuve. C'est tout l'objet du Principe Sedona nº 7[110].

---

108. Voir THE SEDONA CONFERENCE (Groupe de travail Nº 7 (GT7)), précité, note 14, à la p. 309.
109. *Ibid*. à la p. 310 : « Parties who deploy appropriate technology at the right stages of the discovery lifecycle and as part of well-planned and well-managed processes, can in many cases achieve all three of "faster, better, cheaper." »
110. Le Principe Sedona nº 7 a été modifié comme suit entre la version 1 (2008) et la version 2 (2015) : « Principle 7 has been amended to clarify that this Principle applies not only to electronic records, but to records in any format. In the Com-

Une telle ambition devrait évoquer une sensation de « déjà-vu » pour les praticiens québécois. En effet, depuis le début des années 2000, les tribunaux invoquent régulièrement le principe de proportionnalité pour justifier l'utilisation de toute technologie de l'information, que ce soit en matière de notification ou d'interrogatoires à distance. Avec l'adoption du *Code de procédure civile (nouveau)*, le législateur accentue encore cette tendance. L'article 26 alinéa 1, de droit nouveau, marque ainsi « l'intégration des technologies de l'information à la procédure civile […] en accord avec la règle de la proportionnalité »[111] ; d'aucuns y voient en ce sens un principe émergent de « proportionnalité technologique »[112]. Cette disposition se lit comme suit :

> **26.** Dans l'application du Code, il y a lieu de privilégier l'utilisation de tout moyen technologique approprié qui est disponible tant pour les parties que pour le tribunal en tenant compte, pour ce dernier, de l'environnement technologique qui soutient l'activité des tribunaux.
>
> Le tribunal peut utiliser un tel moyen ou ordonner qu'il le soit par les parties, même d'office, notamment dans la gestion des instances ; il peut aussi, s'il le considère nécessaire, exiger, malgré l'accord des parties, qu'une personne se présente physiquement à une audience, à une conférence ou à un interrogatoire. [Nous soulignons]

Malgré certaines imperfections[113], l'article 26 C.p.c. *(nouveau)* lance un signal positif en matière de recours aux technologies de l'information, plus particulièrement pour l'administration de la preuve technologique. On peut à ce stade s'interroger sur la notion de « moyen technologique approprié » en matière de preuve : de

---

mentary, given the advancements in technology and the pace at which technology is developing and changing, references to any specific techniques or tools have been removed. Further, the discussion on tools that can be used by a party to satisfy its document discovery obligations has been expanded. Lastly, a section on the importance of sampling and validating any method adopted to fulfill a party's discovery obligations has been added. » Voir THE SEDONA CONFERENCE (Groupe de travail Nº 7 (GT7)), précité, note 14, à la p. 218.

111. Voir MINISTÈRE DE LA JUSTICE, précité, note 73, à l'art. 26.

112. Voir en ce sens Antoine GUILMAIN, « Angle droit sur la visiojustice : petit décalogue à l'usage du praticien », ouvrage collectif du Regroupement Droit, Changements et Gouvernance 2016, disponible en ligne : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2671340.

113. Voir à cet égard Antoine GUILMAIN, « Le nouveau *Code de procédure civile* au prisme des technologies de l'information », (2014) 73 *R. du B.* 471-508, aux pages 478 et s., disponible en ligne : http://www.barreau.qc.ca/pdf/publications/revue/2014-tome-73-2.pdf.

quoi parle-t-on exactement ? Selon nous, les Principes Sedona fournissent un bel exemple de différents types d'outils et de processus technologiques qui produisent des effets différents dans le contexte d'administration de la preuve[114].

Il existe d'abord de nombreuses méthodes visant à réduire la quantité de données afin de simplifier la recherche de documents potentiellement pertinents. On pense aux « *Data Metrics Report* » permettant de donner une vue d'ensemble de l'information à analyser (format, dates, paramètres, organisation, etc.). Plusieurs solutions permettent en outre d'éliminer les documents en double, pour ultimement diminuer le volume de données à traiter : on cite la déduplication (élimination des copies identiques), la duplication approximative (identification de documents similaires) ou encore la « conversationalisation » (*E-mail Threading*) consistant à structurer les chaînes de courriels. Par ailleurs, la recherche par mots-clés ou phrases-clés constitue aussi une méthode importante[115].

Nous aimerions à ce stade insister sur un moyen technologique encore peu répandu en droit civil québécois qui pourrait modifier profondément l'administration de la preuve : le codage prédictif (*Predictive Coding*) et la révision documentaire assistée par ordinateur (*Technology-Assisted Review*). Ces méthodes peuvent par exemple faire appel à la modélisation, à l'intelligence artificielle ou à l'apprentissage automatique (*Machine Learning*) en ce sens qu'un individu, familiarisé avec le dossier et préférablement un avocat senior[116], va « entraîner » un logiciel pour qu'il puisse de manière autonome isoler les documents pertinents et ignorer les autres à partir du contenu conceptuel[117]. Plus avant, il importe d'effectuer un classement des documents par gradation de pertinence pour faciliter la révision manuelle en donnant un ordre de priorité. Ces mécanismes ne sont toutefois pas des solutions miracles. D'une

114. Voir THE SEDONA CONFERENCE (Groupe de travail Nº 7 (GT7)), précité, note 14, aux pages 311 et s.

115. Soulignons à ce sujet que l'article 19 alinéa 2 du *Règlement de la Cour du Québec* c. C-25.01, r. 9, disponible en ligne : http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/ShowDoc/cr/C-25.01,%20r.%209/, énonce qu'un document technologique doit, comme fonctions essentielles, lorsque l'information qu'il porte est sous forme de mots, permettre la recherche par mot-clé.

116. Voir THE SEDONA CONFERENCE (Groupe de travail Nº 7 (GT7)), précité, note 14, à la p. 315.

117. Mentionnons par exemple les logiciels Ringtail, disponible en ligne : https://www.ringtail.com et Relativity, disponible en ligne : https://www.relativity.com.

part, ils présentent des limitations inhérentes, telles que l'impossibilité d'analyser des chiffres et des images ou encore l'incapacité de déterminer la nature des documents (lettres, courriels, notes de service, etc.)[118]. D'autre part, « predictive coding technology on its own is not a substitute for the legal judgment of review lawyers »[119] en ce sens que le système tout entier présuppose une formation adéquate en amont et une validation des résultats en aval. Malgré tout, certaines décisions rendues dans le reste du Canada laissent transparaître une ouverture au codage prédictif[120].

Il convient finalement de souligner que l'échantillonnage (ponctuel ou systématique) ainsi que la révision des résultats (manuelle ou automatique) vont de pair avec toutes ces méthodes d'administration de la preuve technologique.

Au bout du compte, tout comme le Principe Sedona nº 7, le droit québécois favorise l'utilisation des moyens technologiques pour l'administration de la preuve, sous réserve que ces moyens soient appropriés. Il s'agit ultimement d'ouvrir le droit de la preuve aux avancées technologiques, en ce sens que « as new technologies emerge, parties should assess them and (and with the advice of experts, where appropriate) continue to embrace them »[121].

PRINCIPE 8 : LES MODALITÉS DE COMMUNICATION

Principe 8. Les parties devraient s'entendre dès que possible dans le cadre d'un litige sur le format, le contenu et l'organisation des informations qui seront échangées. **[Traduction libre]**

The parties should agree as early as possible in the litigation process on the format, content and organization of information to be exchanged.

---

118. Voir Dominic JAAR et David SHARPE, « Mise en garde concernant le "codage prédictif" », *KPMG Pleins feux sur la juricomptabilité*, septembre 2014, disponible en ligne : https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/ca/pdf/2017/03/ca-forensic-focus-cautionary-thoughts-on-predictive-coding-fr.pdf.
119. Voir THE SEDONA CONFERENCE (Groupe de travail Nº 7 (GT7)), précité, note 14, à la p. 316.
120. Voir *Bennett* v. *Bennett*, 2016 ONSC 503, par. 43-44, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/gn0j5. Voir également *L'Abbé* v. *Allen-Vanguard*, 2011 ONSC 7575, par. 23, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/fpgp5.
121. *Ibid*. à la p. 311.

Le Principe Sedona nº 8[122] recommande aux parties de se mettre d'accord sur le format, le contenu et l'organisation des informations qui seront échangées dans le cadre de l'administration de la preuve. Les parties doivent notamment « s'efforcer de s'entendre sur les démarches à suivre lors de la communication afin de a) préserver et de communiquer les métadonnées pertinentes ; b) communiquer de façon exacte le contenu des documents électroniques ; c) protéger l'intégrité des documents électroniques ; d) permettre la création d'une version qui peut être retouchée ; e) attribuer un numéro unique de communication à chaque document ; et f) de les importer facilement dans un logiciel standard de soutien au litige »[123].

Cette recommandation n'est pas si éloignée de l'article 148 C.p.c. *(nouveau)*, dont nous avons préalablement discuté[124], encadrant le protocole de l'instance et imposant notamment de déterminer « les modalités et les délais de constitution et de communication de la preuve avant l'instruction » (alinéa 2 para 6)[125]. Ainsi, et sans prétendre à l'exhaustivité, les modalités de communication de documents technologiques pourraient viser les points suivants : (i) les documents technologiques visés ; (ii) la nomenclature utilisée[126] ; (iii) le format technologique (en présence de documents

122. Le Principe Sedona nº 8 a été modifié comme suit entre la version 1 (2008) et la version 2 (2015) : « Principle 8 has been amended to remove the reference to "lists of documents" given the fact that many parties no longer exchange lists of documents. The proposed new Principle is simplified to read as follows: "Parties should agree as early as possible in the litigation process on the format, content and organization of information to be exchanged between the parties." Additional information has been included in the section on "Agreeing on a Format for Production" given the change in the practice over the years to productions being made in native format where possible. The section on "Document Lists – Format and Organization" has been renamed "Affidavits and the Format and Organization of Record Lists." This section has also been expanded to discuss the fact that the manual coding of documents is often no longer required given the movement to producing native files (and collecting native files from clients). A comment has also been included on the issues that have arisen in this new electronic age with the wording in certain Affidavits of Documents required by the applicable rules of court in certain provinces. » Voir THE SEDONA CONFERENCE (Groupe de travail Nº 7 (GT7)), précité, note 14, aux pages 218-219.
123. THE SEDONA CONFERENCE, précité, note 10, à la p. 43.
124. Voir ci-dessus section « Principe 4 : La coopération ».
125. Voir également art. 246 al. 1 C.p.c. *(nouveau)* : « Les modalités et le délai de communication des pièces et des autres éléments de preuve entre les parties doivent être indiqués dans le protocole de l'instance en conformité avec les règles du présent chapitre, à moins qu'ils n'aient été autrement fixés par le tribunal. »
126. Voir sur l'absence d'indexation *Auclair* c. *Établissement de détention de Montréal*, 2010 QCCS 667, par. 35, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/28bdf.

nécessitant le recours à un logiciel ou système spécifique dont l'autre partie ne dispose pas[127], les parties devraient s'entendre sur un format de transfert des documents technologiques)[128] ; (iv) la reconnaissance optique des caractères ; (v) le support technologique de sauvegarde (cédérom, disque dur, clé USB, etc.) ; ou encore (vi) le moyen de transmission de l'information (remise en mains propres, voie postale, moyen technologique, accès sécurisé accessible via Internet par lequel l'autre partie pourrait consulter et sauvegarder la preuve[129], etc.).

Cela dit, la question du « support »[130] ou du « format »[131] de transmission d'un ou plusieurs documents technologiques semble être abordée de manière sensiblement différente :

- D'un côté, les Principes Sedona semblent nettement préférer le support technologique à celui papier, sans privilégier un format particulier : on peut ainsi lire que sauf exception « les documents et les données électroniques devraient être communiqués uniquement en format électronique » [nous soulignons][132]. Plus avant, le papier est décrit comme un « format statique » qui devrait être évité pour des raisons d'intégrité (concernant les métadonnées notamment), de praticité (automatisation, recherche, etc.) ou encore de coûts (reproduction, expédition, entreposage, etc.)[133]. Cette approche diffère des principes de neutralité technologique et d'équivalence fonctionnelle qui sont

127. Pensons notamment à un fichier créé à partir du logiciel de dessin Autocad. Par ailleurs, comme discuté dans la section « Principe 5 : La divulgation », la partie pourrait devoir, en vertu de l'article 19 LCCJTI, rendre disponible le matériel permettant de rendre le document accessible, intelligible et de l'utiliser aux fins auxquelles il est destiné.
128. Art. 17 LCCJTI.
129. À titre d'exemple, le Directeur des poursuites criminelles et pénales procède à la divulgation de la preuve via Internet dans certaines affaires en matière criminelle. Seules les personnes à qui des droits d'accès à ce site ont été attribués peuvent y accéder. Consulter à cet égard : https://divulgation.gouv.qc.ca/.
130. Le « support » réfère à la composante matérielle, il est la base « concrète » qui porte l'information, dont une feuille de papier, une clé USB, un disque dur d'ordinateur, un cédérom ou un ruban magnétique.
131. Le « format » quant à lui réfère à une « structure définie de données contenues sur un support magnétique ou autre, établie selon des règles qui régissent le stockage, l'affichage, la manipulation, l'impression ou la transmission de ces données. » En d'autres mots, il réfère au format technologique dans lequel le document a été sauvegardé.
132. THE SEDONA CONFERENCE, précité, note 10, à la p. 42.
133. *Ibid*. aux pages 42-43.

reconnus comme des fondements de la LCCJTI, sans parler de la règle de la nécessité de l'original.

- De l'autre côté, l'approche québécoise ne privilégie aucun support ni format par rapport à un autre[134], le critère principal étant l'« intégrité »[135] du document. L'article 5 alinéa 2 LCCJTI dispose en ce sens que le document dont l'intégrité est assurée a la même valeur juridique, qu'il soit sur support papier ou sur un autre support, dans la mesure où, s'il s'agit d'un document technologique, il respecte par ailleurs les mêmes règles de droit. Plus avant, l'article 2841 C.c.Q. prévoit deux modes de reproduction des documents, respectivement la copie et le transfert[136], qui auront la même « valeur juridique » que le document original s'ils comportent la même information, si leur intégrité est assurée et s'ils respectent les règles de droit qui les régissent[137]. En conséquence, sous réserve d'une atteinte à l'intégrité[138], le choix du format ainsi que du support du document technologique semble revenir à la partie qui est à l'origine de la communication[139].

Malgré le fait que ces deux approches apparaissent relativement éloignées (l'une favorisant les documents technologiques, l'autre se fondant sur un concept *neutre* d'intégrité), nous aimerions tenter de mettre la balle au centre. Tout d'abord, et comme la Cour supérieure de l'Ontario, nous croyons que dans la mesure du possible « documents in electronic format should be produced in electronic format »[140]. Il ne s'agit pas tant de privilégier les technologies de l'information que de recentrer l'original (ou le document

134. Voir notamment arts. 1(3) et 2 LCCJTI.
135. Art. 6 LCCJTI.
136. Voir notamment Antoine GUILMAIN, « La règle de la meilleure preuve à l'aune de la distinction copie-transfert », 2012, 16:2 *Lex Electronica*, disponible en ligne : http://www.lex-electronica.org/s/198.
137. Art. 9 LCCJTI.
138. Voir les arts. 262 et 264 C.p.c. *(nouveau)*.
139. Voir arts. 247 et 249 C.p.c. *(nouveau)* notamment. À nos yeux, bien que ces dispositions parlent respectivement de « copie de pièces » et de « copie d'une pièce ou d'un autre élément de preuve », ces expressions visent en fait les deux modes de reproduction prévus à l'article 2841 C.c.Q. que sont la copie et le transfert.
140. *Camino Construction Inc.* v. *Matheson Constructors Limited*, 2015 ONSC 3614, par. 2, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/gjcv3. Voir cependant art. 26 al. 1 C.p.c. *(nouveau)* qui conditionne le dépôt de documents (et non la communication entre les parties) à certaines exigences, dont la prise en compte de « l'environnement technologique qui soutient l'activité des tribunaux ».

source) en matière de preuve. Le raisonnement ne s'arrête pas là. Dans le cadre de l'administration de la preuve, il nous apparaît également préférable de communiquer les documents technologiques dans leur format d'origine ou « natif »[141], c'est-à-dire le format dans lequel il a été créé par son auteur ou reçu par son destinataire. Pensons par exemple à un document Word enregistré en format « DOCX » au moment de sa création ou à un courriel reçu par son destinataire dans sa boîte de courriels Outlook en format « MSG »[142].

Si nous admettons volontiers que cette hypothèse n'est pas si évidente au regard des lois[143] et de la jurisprudence[144] québé-

---

141. « Format d'origine, non émulé, conçu pour une plateforme donnée ». Voir OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, Grand dictionnaire terminologique, en ligne : http://www.granddictionnaire.com/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=26508265.

142. À cet égard, il semble y avoir un débat à savoir si le format MSG est considéré comme un format natif pour les courriels Outlook. En ce qui concerne la collecte de l'entièreté d'une boîte de courriels Outlook, nous sommes d'avis qu'il est préférable d'utiliser le format PST. Toutefois, s'il s'agit uniquement d'un courriel, nous croyons que le format MSG peut être utilisé. Craig BALL, « What is Native Production for E-Mail? », 2 juillet 2012, en ligne : https://ballinyourcourt.wordpress.com/2013/07/02/what-is-native-production-for-e-mail/. Sur cette question dans le cadre de la communication de la preuve, voir *Camino Construction Inc.* v. *Matheson Constructors Limited*, précité, note 140, par. 24.

143. LCCJTI, C.c.Q. et C.p.c., notamment.

144. Voir notamment *Stadacona, s.e.c. / Papier White Birch* c. *KSH Solutions inc.*, 2010 QCCS 2054, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/29sr4. Dans cette affaire, la demanderesse poursuit le défendeur en dommages, alléguant notamment des retards dans l'exécution de certains travaux. À cette fin, elle demande la version électronique des échéanciers de travaux du défendeur. Bien que ces échéanciers lui aient déjà été fournis sur un disque compact en format PDF, qu'elle peut les imprimer et les consulter à l'écran d'un ordinateur par l'entremise du logiciel Acrobat Reader par exemple, la demanderesse ne détient pas les échéanciers dans leur format natif. Ainsi, considérant qu'elle ne peut pas en prendre connaissance par l'entremise du logiciel ayant permis de créer et de faire évoluer ces échéanciers, cela lui engendre diverses difficultés, dont notamment l'impossibilité « d'examiner les effets d'un changement à l'échéancier des travaux qu'induit sur les autres éléments de l'échéancier tel changement […] L'expert ne pourra ainsi identifier "le chemin critique" dont fait référence M. […] dans son expertise ». Bien qu'une telle reproduction des échéanciers par « transfert » puisse avoir potentiellement engendré une perte d'intégrité des documents, ce qui ne semble pas avoir été contesté, le tribunal a peut-être mal compris la demande de la demanderesse en croyant qu'elle exigeait le droit d'utiliser le logiciel ou le même logiciel que le défendeur a utilisé pour consulter les différents échéanciers déjà reçus. Au bout du compte, le tribunal, se basant sur le principe d'équivalence fonctionnelle prévu à l'article 9 LCCJTI, maintient l'objection du défendeur à la production de la version électronique des échéanciers de travaux, considérant que l'intégrité de document n'a pas été contestée, et que la valeur probante du support utilisé est la même au regard de la loi.

coises, nous percevons néanmoins un fondement, voire un « levier », pouvant favoriser la communication de documents technologiques dans leur format natif. Il s'agit de l'article 23 alinéa 3 LCCJTI, que nous reproduisons ci-dessous :

> **23.** Tout document auquel une personne a droit d'accès doit être intelligible, soit directement, soit en faisant appel aux technologies de l'information.
>
> Ce droit peut être satisfait par l'accès à une copie du document ou à un document résultant d'un transfert ou à une copie de ce dernier.
>
> Le choix d'un support ou d'une technologie tient compte de la demande de la personne qui a droit d'accès au document, sauf si ce choix soulève des difficultés pratiques sérieuses, notamment en raison des coûts ou de la nécessité d'effectuer un transfert. [Nous soulignons]

Cette disposition énonce un droit d'accès ayant un « caractère général »[145] qui ne se limite pas au domaine de l'accès à l'information[146]. Plus particulièrement, l'alinéa 3 suggère que le choix du support ou d'une technologie tient compte de la demande de la personne qui veut obtenir le document, sauf exception. On peut également dire que « le législateur semble davantage offrir le choix à la partie demanderesse en l'absence de difficultés importantes qui doivent être démontrées par l'organisme »[147], sans oublier l'article 29 alinéa 3 LCCJTI[148]. En étendant le raisonnement au domaine de l'administration de la preuve, une partie pourrait ainsi demander qu'un document lui soit communiqué dans son format natif, l'autre partie ne pouvant lui refuser qu'en démontrant que cette demande soulève des difficultés pratiques sérieuses[149], notam-

145. P. TRUDEL, précité, note 96, à la p. 83.
146. Voir notamment art. 10 de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, RLRQ c A-2.1, disponible en ligne : http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/ShowDoc/cs/A-2.1.
147. *Association professionnelle des ingénieurs du gouvernement du Québec (APIGQ)* c. *Québec (Directeur général des élections)*, 2011 QCCAI 223, par. 43, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/fnclt.
148. Art. 29 al. 3 LCCJTI : « Lorsque quelqu'un demande d'obtenir un produit, un service ou de l'information au sujet de l'un d'eux et que celui-ci est disponible sur plusieurs supports, le choix du support lui appartient. »
149. Soulignons que cette disposition ne prévoit pas que les coûts ou la nécessité d'effectuer un transfert constituent d'emblée des difficultés pratiques sérieuses qui empêchent le choix d'un support ou d'une technologie. Elle précise que ce

ment en raison des coûts[150] ou du fait que le document source a fait l'objet d'une destruction[151]. À notre connaissance, cette théorie semble n'avoir jamais été plaidée et acceptée en cour.

Ultimement, au-delà de constituer un « joli prétexte » pour discuter et réfléchir au format de communication des documents technologiques, le Principe Sedona nº 8 nous paraît être un instrument à la disposition des parties, tout comme le protocole de l'instance, pouvant permettre de préciser le format, le contenu et l'organisation des documents qui seront échangés.

PRINCIPE 9 : LA PROTECTION DE L'INFORMATION

Principe 9. Dans le cadre de l'administration de la preuve, les parties devraient s'entendre ou, s'il est nécessaire, obtenir une ordonnance de la cour, afin que des mesures soient prises pour

---

sont les difficultés pratiques sérieuses qui empêchent le choix d'un support ou d'une technologie et que ces difficultés peuvent avoir diverses causes incluant les coûts ou la nécessité d'effectuer un transfert. Voir en matière d'accès à l'information : *C.B.* c. *Régie des rentes du Québec*, 2010 QCCAI 166, par. 54, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/2bldh ; *Association professionnelle des ingénieurs du gouvernement du Québec (APIGQ)* c. *Québec (Directeur général des élections)*, précité, note 147, par. 42 et s. ; et *R.P.* c. *St-Hubert-de-Rivière-du-Loup (Municipalité de)*, 2013 QCCAI 327, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/g2bg0.

150. Dans la décision *J.E.* c. *Québec (Ville de)*, 2014 QCCAI 301, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/gfz6w, une demande visant à communiquer des documents dans un format technologique a été refusée au motif que celle-ci soulevait des difficultés pratiques sérieuses en raison de la nécessité d'effectuer un transfert de documents sur support numérique, soit de procéder à la numérisation des documents sur support papier, et en raison de la forme particulière de certains documents que la défenderesse ne pouvait elle-même reproduire faute d'équipement spécialisé (forme et taille de certains documents). Par ailleurs, nous soulignons que nous sommes respectueusement en désaccord avec la décision de la Commission d'accès à l'information du Québec dans l'affaire *C.S.* c. *Ville de Sainte-Brigitte-de-Laval*, 2017 QCCAI 87, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/h3dhm, quant à la reconnaissance de ce que peut être une « difficulté pratique sérieuse ». Dans cette affaire, la Commission a refusé la demande d'une personne de lui communiquer divers documents totalisant 2493 pages en format PDF sur un support technologique, car l'organisation faisant l'objet de la demande d'accès n'a pas été en mesure de sauvegarder les documents sur une clé USB puisque celle-ci n'avait pas la capacité suffisante pour contenir toutes ces pages. Selon la Commission, il s'agit d'un exemple de difficultés pratiques sérieuses qui doivent être prises en considération. Voir notamment Pierre TRUDEL, « Le mystère de la clé USB », *Le Devoir*, 9 mai 2017, disponible en ligne : http://www.ledevoir.com/societe/justice/498270/acces-a-l-information-le-mystere-de-la-cle-usb.

151. Art. 18 LCCJTI.

protéger les informations privilégiées, les renseignements personnels, les secrets commerciaux et autres informations confidentielles dans le cadre de la communication de documents technologiques. **[Traduction libre]**

During the discovery process, the parties should agree to or seek judicial direction as necessary on measures to protect privileges, privacy, trade secrets and other confidential information relating to the production of electronically stored information.

Compte tenu du nombre et de la longueur de certains documents, la communication de la preuve technologique comporte des risques inhérents de « divulgation accidentelle » de renseignements privilégiés, personnels ou confidentiels. Si une telle divulgation n'emporte pas nécessairement renonciation à la confidentialité (surtout concernant le privilège du secret professionnel), il n'en demeure pas moins que, comme l'a indiqué le juge Forget dans le jugement de principe *Aluminerie Alouette* c. *Compagnie minière Québec Cartier*, « la confidentialité ne vit qu'une fois »[152].

Dans ce contexte, le Principe Sedona nº 9 prévoit que les parties doivent prendre des mesures pour protéger les informations privilégiées, les renseignements personnels, les secrets commerciaux et autres informations confidentielles dans le cadre de l'administration de la preuve technologique (que ce soit de manière consensuelle ou par ordonnance de la cour)[153].

Cette invitation à prendre des « mesures » de protection se transcrit en réelle obligation au regard du corpus juridique québécois. Nous aimerions passer en revue les différents types d'information visée pour le démontrer :

---

152. [1991] CAI 282, 290.

153. Le Principe Sedona nº 9 a été modifié comme suit entre la version 1 (2008) et la version 2 (2015) : « In the Commentary, there has been an expansion of the discussion on privilege and inadvertent disclosure. Further, a new section regarding the information on coded documents in a document list has been added. A number of new sections regarding privacy in different contexts have been added, including privacy and social media, employee privacy on employer-issued devices and criminal investigations. Lastly, a brief section on data security and chain-of-custody issues has been added. » Voir THE SEDONA CONFERENCE (Groupe de travail Nº 7 (GT7)), précité, note 14, à la p. 219.

- Les renseignements privilégiés bénéficient d'une protection quasi constitutionnelle, en ce sens que le secret professionnel est un droit fondamental protégé par l'article 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne*[154]. Soulignons que cette reconnaissance législative du droit au secret professionnel vise non seulement la relation avocat-client, mais aussi les relations qu'une personne peut entretenir avec un autre professionnel. Plus avant, par le truchement des articles 9 alinéa 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* et 2858 du *Code civil du Québec*, le tribunal doit d'office assurer le respect du secret professionnel et rejeter tout élément de preuve y portant atteinte. À nos fins, cela semble suggérer qu'en cas de divulgation accidentelle d'information privilégiée lors de l'administration de la preuve, le tribunal devrait d'office en rejeter l'admission en preuve. Cela étant, cette situation ne veut pas dire que l'avocat est exempt de prendre des mesures pour protéger l'information privilégiée qu'il communiquerait pour administrer la preuve[155]. En effet, au-delà des obligations générales de loyauté, de discrétion et de réserve[156], l'article 60 du *Code de déontologie des avocats*[157] lui impose d'assurer « la confidentialité de tous les renseignements relatifs aux affaires et activités d'un client qui sont portées à sa connaissance à l'occasion de la relation professionnelle ». Il lui revient donc de prendre des « moyens raisonnables » afin d'assurer la confidentialité de l'information qu'il communique.

- Les renseignements personnels, quant à eux, doivent également faire l'objet de « mesures de sécurité propres à [en] assurer la protection […] et qui sont raisonnables compte tenu, notamment, de leur sensibilité, de la finalité de leur utilisation, de leur quantité, de leur répartition et de leur support ». Cette obligation

154. *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ c C-12, disponible en ligne : http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/showdoc/cs/C-12.

155. Voir pour aller plus loin Raymond DORAY, « Chapitre IV – Le devoir de confidentialité et le conflit d'intérêts », dans Collection de droit 2017-2018, Barreau du Québec, *Volume 1 – Éthique, déontologie et pratique professionnelle*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017, p. 45, disponible en ligne : https://edoctrine.caij.qc.ca/collection-de-droit/2017/1/.

156. Ces obligations découlent de plusieurs sections du *Code civil du Québec*, notamment en matière de contrat de travail (art. 2088 C.c.Q.), de mandat (arts. 2138 et 2146 C.c.Q.) ou de contrat de service (art. 2100 C.c.Q.).

157. *Code de déontologie des avocats*, précité, note 86.

pèse aussi bien sur les entreprises privées[158] que sur les organismes publics[159] au Québec. On constate que la terminologie employée n'est pas si éloignée des Principes Sedona.

- Les renseignements confidentiels, finalement, commandent à « la personne responsable de l'accès à un document technologique » de « prendre les mesures de sécurité propres à en assurer la confidentialité, notamment par un contrôle d'accès effectué au moyen d'un procédé de visibilité réduite ou d'un procédé qui empêche une personne non autorisée de prendre connaissance du renseignement ou, selon le cas, d'avoir accès autrement au document ou aux composantes qui permettent d'y accéder »[160]. De même, de tels renseignements doivent être protégés par un moyen approprié au mode de transmission, notamment lorsqu'ils sont communiqués sur un réseau de communication[161].

On comprend ainsi que l'obligation de prendre des mesures pour protéger les renseignements privilégiés, personnels et confidentiels n'est pas inédite à l'administration de la preuve, elle s'applique durant tout le cycle de vie de l'information et à une multitude d'intervenants. Cela étant dit, quelles sont les mesures concrètes à prendre dans un contexte de communication de la preuve technologique ?

Tout d'abord, en fonction de la nature du dossier, les parties pourraient effectuer une révision manuelle des documents page par page ou une analyse automatique des données avec une recherche par mots-clés (tels que « privilégié », « confidentiel » ou « sous réserve »). Toutefois, aucun processus de vérification n'étant absolument parfait, une entente entre les parties avec droit de reprise[162] (« *clawback agreement* ») peut permettre d'encadrer la protection de l'information privilégiée et prévoir les conséquences d'une divulgation accidentelle, notamment que cela n'emporte

158. Art. 10, *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, RLRQ c P-39.1, disponible en ligne : http://www.legisquebec.gouv.qc.ca/fr/showdoc/cs/P-39.1.

159. Art. 63.1, *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, RLRQ c A-2.1, disponible en ligne : http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/ShowDoc/cs/A-2.1.

160. Art. 25 LCCJTI. Voir également les arts. 26 et 27 LCCJTI.

161. Art. 34 LCCJTI.

162. Voir THE SEDONA CONFERENCE (Groupe de travail Nº 7 (GT7)), précité, note 14, aux pages 332-333.

pas renonciation au privilège[163]. Le cas échéant, la désignation d'un tiers neutre par le tribunal (greffier spécial, expert, avocat, etc.) constitue également une façon d'« accélérer la résolution des litiges en élaborant des plans équitables et raisonnables en matière d'administration de la preuve en s'appuyant sur sa connaissance spécialisée du domaine ou des aspects techniques, tout en ayant accès aux faits du litige »[164].

À ce stade, il convient de mettre l'accent sur deux éléments. D'une part, la communication de la preuve ne se limite parfois pas seulement aux documents, elle peut également viser les méthodes de traitement des documents. À titre d'exemple, une partie pourrait vouloir obtenir et analyser le code utilisé par l'autre partie pour traiter et extraire certains documents plutôt que d'autres[165]. D'autre part, les obligations de confidentialité et de sécurité de l'information visent aussi bien la partie expéditrice, en matière notamment de divulgation accidentelle, que la partie réceptrice, qui doit se prémunir contre les attaques informatiques et tout autre accès non autorisé[166].

En définitive, l'obligation de confidentialité et de sécurité de toute information transmise dans le cadre de l'administration de la preuve en vertu du Principe Sedona nº 9 nous semble relativement similaire aux dispositions légales applicables au Québec.

PRINCIPE 10 : LES LITIGES CONNEXES

Principe 10. Dans le cadre du processus d'administration de la preuve, les parties devraient anticiper et respecter les règles du forum dans lequel se déroule le litige, en tenant compte de l'incidence que toute décision pourrait avoir sur des dossiers connexes se déroulant dans d'autres forums ou juridictions. **[Traduction libre]**

163. THE SEDONA CONFERENCE, précité, note 10, aux pages 45-46.
164. *Ibid*. à la p. 46.
165. Voir THE SEDONA CONFERENCE (Groupe de travail Nº 7 (GT7)), précité, note 14, aux pages 342 et s.
166. *Ibid*. à la p. 341.

During the discovery process, the parties should anticipate and respect the rules of the forum or jurisdiction in which the litigation takes place, while appreciating the impact any decisions may have in related proceedings in other forums or jurisdictions.

Le Principe Sedona nº 10[167] vise à sensibiliser les parties aux enjeux de l'administration de la preuve dans un contexte multi-juridictionnel (local, provincial, fédéral, etc.) ou multi-forum (tribunaux civils, administratifs, criminels, arbitrage, etc.) : il peut en effet exister des différences, voire des conflits, entre les règles locales et celles qui seraient applicables dans d'autres juridictions ou forums. Ainsi :

> In Canada alone, the rules of discovery vary among the common law provinces, and the discovery process in Quebec differs from discovery processes in the common law provinces. For example, in Ontario, "relevant" documents must be produced, whereas, in Alberta, "relevant and material" documents must be produced. In addition, there are some significant procedural and substantive differences in the discovery process, and in the privilege, privacy and evidence rules, between Canada and the United States.[168]

Dans ces situations, en regard des commentaires du Principe Sedona nº 10, les avocats devraient (i) s'assurer de respecter les règles de toutes les juridictions/forums ; (ii) expliquer de façon détaillée aux clients étrangers les règles locales d'administration de la preuve afin que ces derniers puissent prendre des décisions éclairées quant à la façon de procéder ; ou encore (iii) éviter le double emploi et réduire le plus possible les coûts liés à l'administration de la preuve technologique dans le cadre de tous les dossiers connexes[169].

---

167. Le Principe Sedona nº 10 a été modifié comme suit entre la version 1 (2008) et la version 2 (2015) : « The Principle has been changed to reflect different geographic jurisdictions and forums. The Commentary has been substantially expanded to address areas of difference in cross-border litigation that counsel should consider, and it includes a brief discussion of issues that arise in cross-forum litigation, such as criminal and regulatory proceedings. A section on the use of electronic evidence in arbitrations has also been added. » Voir THE SEDONA CONFERENCE (Groupe de travail Nº 7 (GT7)), précité, note 14, à la p. 219.
168. *Ibid*. à la p. 345.
169. THE SEDONA CONFERENCE, précité, note 10, à la p. 50.

De telles recommandations, bien que non expressément codifiées dans le corpus juridique québécois, sont en droite ligne avec les principes directeurs de la procédure dont nous avons discuté antérieurement (la proportionnalité et la coopération au premier plan)[170], ainsi qu'avec les obligations déontologiques des avocats (notamment le respect des règles de droit et le maintien d'un État de droit, l'intégrité, l'indépendance et la compétence, la collaboration à une saine administration de la justice et le soutien de l'autorité des tribunaux[171], etc.). Soulignons par ailleurs que l'article 210 alinéa 2 C.p.c. *(nouveau)* permet au tribunal d'ordonner que plusieurs instances pendantes devant lui, qu'elles soient ou non entre les mêmes parties, soient jointes pour notamment être instruites en même temps et jugées sur la même preuve ou que la preuve faite dans l'une serve dans l'autre, et ce, bien qu'une partie de la preuve puisse ne pas être pertinente pour une instance[172].

Ainsi, bien que le Principe Sedona nº 10 soit « formellement » absent des lois québécoises, il s'inscrit néanmoins dans la continuité directe de la nouvelle philosophie processuelle mise en œuvre au Québec, et les parties devraient le prendre en compte dans le cadre de l'administration de la preuve dès lors que des dossiers connexes se déroulent dans d'autres juridictions ou forums.

PRINCIPE 11 : LES SANCTIONS

Principe 11. Des sanctions devraient être imposées par les tribunaux lorsqu'une partie ne respecte pas ses obligations d'administration de la preuve relatives aux documents technologiques. **[Traduction libre]**

Sanctions should be considered by the Court where a party will be materially prejudiced by another party's failure to meet its discovery obligations with respect to electronically stored information.

170. Arts. 2 al. 2, 18 et 20 C.p.c. *(nouveau)*, notamment.
171. Préambule *Code de déontologie des avocats*, précité, note 86.
172. Voir notamment *Baki* c. *Habitations Viagère inc.*, 2014 QCCS 905, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/g64f5. Voir également *Groupe Hexagone, s.e.c.* c. *Québec (Procureur général)*, 2014 QCCS 4473, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/gdqtz.

Une partie qui ne respecte pas ses obligations dans l'administration de la preuve technologique, que ce soit de façon intentionnelle ou négligente, en causant ainsi un préjudice sérieux à l'autre partie, devrait se voir imposer des sanctions appropriées. C'est toute la raison d'être du Principe Sedona nº 11[173].

Plus avant, quelles sont les potentielles sanctions en cas de non-respect de l'obligation de préserver la preuve ? Comme nous l'avons vu dans les développements précédents[174], depuis l'adoption du C.p.c. *(nouveau)*, il est acquis que les parties ont l'obligation de préserver la preuve en conformité avec l'article 20. On peut alors s'interroger sur les conséquences d'un tel manquement. La Cour supérieure du Québec a récemment mis le doigt sur cette question et y répond de la manière suivante[175] :

> [62] Toutefois, l'article 20 C.p.c. ne prévoit aucune sanction si la partie ne respecte pas son obligation de préserver la preuve. Dans son analyse de l'obligation implicite de préserver la preuve qui existait avant l'entrée en vigueur de l'article 20 C.p.c., la juge Bélanger avait conclu que la seule conséquence à la spoliation de la preuve est une inférence négative contre celui qui a spolié. Elle ajoute que comme l'obligation implicite était basée sur la bonne foi, aucune inférence négative ne pouvait découler lorsqu'une partie se départit d'une preuve par erreur ou de bonne foi. De plus, elle note que l'inférence négative n'a jamais conduit au rejet d'un recours ou d'une défense, après une audition au fond.
>
> [63] Ce raisonnement ne s'applique pas nécessairement à l'article 20 C.p.c., qui est fondé sur l'obligation de coopération plutôt que sur l'obligation générale de bonne foi. Toutefois, il demeure probable que la conséquence à la destruction de la preuve en contravention

173. Le Principe Sedona nº 11 a été modifié comme suit entre la version 1 (2008) et la version 2 (2015) : « The Principle has been amended to confirm that sanctions may be considered for a party's failure to meet any obligation with respect to any phase of discovery. A previous reference to a defaulting party avoiding sanctions if it demonstrates the failure was not intentional or reckless has been removed. The Commentary describing the American experience has been removed and replaced with a discussion of the growing body of Canadian case law regarding spoliation and sanctions for nondisclosure. The previous Commentary section on reasonable records management has been renamed and expanded to more broadly discuss information governance principles and rebutting the presumption of spoliation. » Voir THE SEDONA CONFERENCE (Groupe de travail Nº 7 (GT7)), précité, note 14, à la p. 220.
174. Voir ci-dessus section « Principe 3 : La préservation ».
175. *Mag Energy Solutions inc.* c. *Falconer Cloutier*, précité, note 76.

> à l'article 20 C.p.c. sera normalement une inférence négative contre celui qui a détruit la preuve.
>
> [64] Cette conséquence peut être insuffisante pour protéger contre la destruction de la preuve dans certaines circonstances. Si le Tribunal rend une ordonnance de préservation de preuve et la partie l'enfreint, elle peut, en plus de l'inférence négative, être coupable d'outrage au tribunal. [Nous soulignons]

En somme donc, en conformité avec la jurisprudence sous l'égide du C.p.c. *(ancien)*[176], le non-respect de l'obligation de préservation de la preuve en vertu de l'article 20 C.p.c. *(nouveau)* peut justifier que le tribunal tire des inférences négatives. Cependant, si l'obligation de préserver la preuve découle d'une ordonnance de la Cour, la violation de cette ordonnance peut alors déboucher sur l'outrage au tribunal[177] ainsi que sur les sanctions qui y sont prévues[178] (en plus de l'inférence négative). Il faut par ailleurs tenir compte du pouvoir général de sanctionner les abus de procédure à la disposition des tribunaux, en présence notamment « d'un comportement vexatoire ou quérulent » ou « de l'utilisation de la procédure de manière excessive ou déraisonnable ou de manière à nuire à autrui ou encore du détournement des fins de la justice »[179].

Finalement, il faut aussi relever l'article 342 C.p.c. *(nouveau)* donnant la faculté au tribunal, après avoir entendu les parties, de sanctionner les manquements importants constatés dans le dérou-

176. Voir surtout *Jacques* c. *Ultramar ltée*, précité, note 8, par. 22 et 26 : « Toutefois, à l'heure actuelle au Québec, la seule sanction à la spoliation en matière civile est la présomption défavorable. […] La conséquence à la spoliation est une inférence négative et l'inférence négative n'a pas conduit, jusqu'à maintenant, au rejet d'un recours ou d'une défense, après une audition au fond. » Voir aussi *Zegil* c. *Compagnie d'assurances Missisquoi*, précité, note 70, par. 134 : « La conséquence de la destruction d'un élément de preuve entraînerait donc une présomption du caractère défavorable de la preuve supprimée. Cette présomption est réfragable. »

177. Art. 58 C.p.c. *(nouveau)* : « Se rend coupable d'outrage au tribunal la personne qui contrevient à une ordonnance ou à une injonction du tribunal ou qui agit de manière à entraver le cours de l'administration de la justice ou à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité du tribunal. En matière d'injonction et d'ordonnance de protection, la personne qui n'y est pas désignée ne se rend coupable d'outrage au tribunal que si elle y contrevient sciemment. »

178. Art. 62 C.p.c. *(nouveau)*.

179. Art. 51 et s. C.p.c. *(nouveau)*. Voir à cet égard *Promutuel l'Outaouais, société mutuelle d'assurances générales* c. *Artic Cat Sales Inc.*, 2016 QCCS 5269, disponible en ligne : http://canlii.ca/t/gvfmw, (demande sous l'article 51 C.p.c. notamment pour défaut de préservation de la preuve – rejetée).

lement de l'instance en ordonnant à l'une d'elles, à titre de frais de justice, de verser à une autre partie, selon ce qu'il estime juste et raisonnable, une compensation pour le paiement des honoraires professionnels de son avocat ou, si cette autre partie n'est pas représentée par avocat, une compensation pour le temps consacré à l'affaire et le travail effectué.

À la lumière de ces éléments, il semble évident qu'en vertu du droit québécois, et tout comme le Principe Sedona nº 11, « [c]ourts have a wide discretion to impose suitable sanctions proportionate to the nature of the nondisclosure and its relative seriousness in the particular context »[180].

PRINCIPE 12 : LES COÛTS RAISONNABLES

Principe 12. Les coûts raisonnables liés à toutes les étapes de communication des documents technologiques devraient être généralement assumés par la partie ayant l'obligation de les communiquer. Dans de rares cas, les parties devraient s'entendre sur une répartition différente des coûts à titre provisoire, ou obtenir une ordonnance de la cour à cet effet. **[Traduction libre]**

The reasonable costs of all phases of discovery of electronically stored information should generally be borne by the party producing it. In limited circumstances, it may be appropriate for the parties to arrive at a different allocation of costs on an interim basis, by either agreement or court order.

Au Québec, les frais de la constitution de preuve, y compris technologique, sont à la charge de celui qui la requiert[181]. Par ailleurs, à moins que la preuve ne soit versée au dossier du tribunal et, dans certains cas spécifiques (notamment la préparation du témoignage ou du rapport d'expertise), les coûts liés à l'administration de la preuve technologique (recherche, localisation, préparation et production) n'entrent pas *a priori* dans la catégorie des « frais de justice »[182]. Concrètement, en droit québécois, il ne semble donc pas possible pour la partie qui a eu gain de cause

180. Voir THE SEDONA CONFERENCE (Groupe de travail Nº 7 (GT7)), précité, note 14, à la p. 359.
181. Voir en ce sens les arts. 255 al. 2 et 257 al. 2 C.p.c. *(nouveau)*.
182. Voir art. 349 C.p.c. *(nouveau)*.

d'obtenir le remboursement des coûts afférents à l'administration de la preuve technologique.

Cette situation nous semble problématique dans la mesure où les dossiers complexes impliquent souvent des ressources importantes dans la gestion documentaire (sur le plan technologique, en développant des outils techniques appropriés par exemple, ou encore sur le plan humain, en mobilisant des consultants internes ou externes), en ce sens on pourrait penser les traiter comme des frais de justice – sous réserve toujours de la « raisonnabilité » des coûts[183].

Soulignons cependant qu'en présence d'une procédure abusive, le tribunal dispose toujours de la faculté de « condamner une partie à payer, outre les frais de justice, des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi par une autre partie, notamment pour compenser les honoraires et les débours que celle-ci a engagés ou, si les circonstances le justifient, attribuer des dommages-intérêts punitifs »[184]. L'abus de procédure pourrait ainsi permettre d'indemniser une partie pour les coûts supportés pour administrer la preuve technologique (matériel, humain, temps, etc.), par l'attribution de dommages-intérêts, voire de dommages-intérêts punitifs. Bien entendu, l'abus doit répondre aux conditions de l'article 51 C.p.c. *(nouveau)* et ce type de situations demeure généralement exceptionnel.

CONCLUSION

> [Technology-based document] is ubiquitous. Lawyers at all levels should be comfortable with managing [technology-based documents]. Electronic communication now reaches into almost all aspects of our lives. The vast majority of information produced in the world today is electronic and will never be printed. [Technology-based document] is present in virtually every case, meaning that all lawyers must have a basic knowledge of how to manage it.[185]

183. Voir THE SEDONA CONFERENCE (Groupe de travail Nº 7 (GT7)), précité, note 14, aux pages 369-370.
184. Art. 54 al. 1 C.p.c. *(nouveau)*.
185. THE SEDONA CONFERENCE (Groupe de travail Nº 7 (GT7)), précité, note 14, à la p. 211.

Le *certain* doit concrétiser le *possible* : c'est sur cette morale (presque philosophique !) que nous aimerions clore nos propos.

Le certain technologique, d'abord, car l'administration de la preuve est désormais indissociable des « documents technologiques » ainsi que des nouveaux procédés et enjeux qui n'existaient pas dans le monde papier. On pense ainsi aux métadonnées ou au codage prédictif qui résonnent comme de la science-fiction pour la plupart des praticiens d'aujourd'hui, et qui sont pourtant aux portes de notre quotidien. Les Principes Sedona sont en ce sens une belle invitation à apprivoiser et maîtriser la nouvelle réalité de l'administration de la preuve dans un contexte technologique. On peut d'ailleurs prédire que ce qu'on appelle l'« administration de la preuve technologique (ou électronique) » aujourd'hui ne sera plus que l'« administration de la preuve » demain. Il revient maintenant aux avocats et juristes de *garder la main* sur ces changements inévitables.

Le possible juridique, ensuite, car le droit procédural québécois nous semble suffisamment flexible et ouvert pour s'adapter à cette évolution. En effet, bien que les Principes Sedona visent des situations précises et concrètes qui sont pour le moment étrangères à la réalité québécoise, nous avons démontré que le nouveau *Code de procédure civile* (avec ses principes directeurs, notamment), la LCCJTI (avec ses concepts futuristes du passé, dont l'équivalence fonctionnelle et l'intégrité) ainsi que la jurisprudence récente laissaient entrevoir un beau potentiel en matière d'administration de la preuve technologique. Mieux, malgré quelques différences conceptuelles et sémantiques, le corpus juridique québécois ne serait pas si éloigné des Principes Sedona… Assurément la preuve que comparaison et introspection peuvent parfois se retrouver.

Des obstacles à la reconnaissance de la discrimination fondée sur l'âge

Tanaquil BURKE et Julie BOURGAULT

Résumé

Considérant le vieillissement sans précédent de la population, la protection contre la discrimination fondée sur l'âge prend toute son importance. Pourtant, l'analyse des arrêts de la Cour suprême du Canada traitant de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et plus particulièrement ceux portant sur le motif de l'âge, permet de constater des barrières à la reconnaissance de l'égalité réelle. Le présent texte examine deux obstacles à la protection contre la discrimination fondée sur l'âge. D'une part, les distinctions fondées sur l'âge ont tendance à être plus facilement acceptées et justifiées en raison des préjugés et stéréotypes reliés à l'âge. D'autre part, depuis l'ajout des facteurs contextuels au schème d'analyse de la garantie constitutionnelle de l'égalité pour démontrer l'effet réellement discriminatoire d'une mesure gouvernementale (loi, activité ou programme), plus aucun demandeur n'a réussi à démontrer une telle atteinte selon le motif de discrimination de l'âge.

Mots clés : égalité ; discrimination ; âge ; fardeau de la preuve

Des obstacles à la reconnaissance de la discrimination fondée sur l'âge

Tanaquil BURKE et Julie BOURGAULT*

INTRODUCTION 433

1. UN TRAITEMENT DIFFÉRENT POUR LE MOTIF DE L'ÂGE 436

   1.1 Les particularités de l'âge comme motif de discrimination 437

   1.2 La validation judiciaire de préjugés et stéréotypes fondés sur l'âge 440

2. L'INTÉGRATION DES FACTEURS CONTEXTUELS DANS LE SCHÈME D'ANALYSE DE L'ARTICLE 15 DE LA CHARTE CANADIENNE 445

---

* M^e Tanaquil Burke est avocate à la Direction des affaires juridiques de Retraite Québec et docteure en droit de la Faculté de droit de l'Université Laval. M^e Julie Bourgault est professeure agrégée au Département de relations industrielles de l'Université du Québec en Outaouais, membre du Centre de recherche sur la mondialisation et le travail et de l'Équipe de recherche Travail et société. Le contenu de cet article s'inspire en partie de l'étude réalisée dans : Tanaquil BURKE, *L'âge et le droit du travail au Québec : vers un milieu de travail égalitaire et pluriactif pour les personnes salariées de tous âges*, Faculté de droit, Université Laval, Québec, 2014 et confirme que les résultats obtenus par Marie-Hélène BEAUDOIN, *L'âge, un motif autorisé de discrimination ? Étude critique des effets conjugués des articles 10 de la Charte des droits et libertés de la personne et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés comme obstacles à la protection contre la discrimination fondée sur l'âge*, Faculté de droit, Université de Montréal, 2006, sont toujours d'actualité. Cette dernière étude faisait notamment valoir le traitement particulier du motif de l'âge dans la jurisprudence et la présence des stéréotypes entourant la jeunesse, la vieillesse et l'incompétence, stéréotypes permettant notamment aux tribunaux de justifier la fixation de l'âge de la retraite à 65 ans (sauf pour les juges de tribunaux supérieurs, dont ceux saisis des dossiers en cause).

2.1 Les facteurs contextuels : un frein à la protection de l'égalité réelle ? 449

2.2 Une confusion des critères servant à démontrer et à justifier une atteinte au droit à l'égalité 454

2.3 Les facteurs de l'objet ou de l'effet améliorateur et de la correspondance : des entraves à la démonstration d'une discrimination fondée sur l'âge 460

CONCLUSION. 465

ANNEXE – Liste des arrêts de la Cour suprême du Canada portant sur le droit à l'égalité et l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* 468

INTRODUCTION

De nombreuses politiques publiques utilisent le critère de l'âge puisqu'il est facile d'application, efficace, neutre et objectif. Il sert, entre autres choses, à baliser des limites comme l'âge d'admissibilité aux prestations de retraite. Critère de distinction à première vue objectif, son application est souvent le reflet de stéréotypes et préjugés de la société et peut avoir pour effet de désavantager certains groupes, tels les jeunes ou les vieux. Certaines de ces politiques ont d'ailleurs fait l'objet de contestations. Encore récemment, la possibilité de reporter de 65 à 70 ans l'âge d'admissibilité au crédit d'impôt pour les aînés a soulevé la colère et obligé le gouvernement à reculer[1]. De plus, les clauses orphelin sont généralement source de conflits entre les générations. Enfin, l'âge de retraite de certains régimes privés de retraite a été modifié, notamment celui des employés du gouvernement et des organismes publics[2].

Puisque l'âge est un motif de discrimination énuméré à l'article 15 (1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*[3] [ci-après, la « Charte canadienne »], la question de la constitutionnalité de ce type de politiques publiques s'est posée à plusieurs reprises. En effet, la garantie constitutionnelle de l'égalité vise à lutter contre la discrimination, au sens de la perpétuation d'un désavantage et de l'application de stéréotypes. Dans une société libre et démocratique, il est de mise de considérer les personnes en fonction de leurs valeurs, aptitudes et mérites plutôt que de se fonder sur des caractéristiques ou situations personnelles ou encore des préjugés stéréotypés. Comme la diversité caractérise souvent une telle société, cette dernière doit composer avec les différences de

1. Nicolas VIGNEAULT, « Québec ramène à 65 ans l'âge d'admissibilité au crédit d'impôt pour les aînés », *Radio-Canada*, 22 février 2017, en ligne : http://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1018332/quebec-credit-impot-65ans-70ans-aines-volte-face.
2. Voir, à cet effet, *Loi modifiant certaines lois instituant des régimes de retraite applicables aux employés du secteur public*, L.Q. 2016, c. 14, art. 7 venant modifier l'article 33 de la *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics*, RLRQ, c. R-10.
3. Voir *Charte canadienne des droits et libertés*, partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)], ci-après désignée « CCDL », art. 32 (2).

chaque individu et les respecter, viser l'idéal de justice ainsi que reconnaître et préserver la dignité et la liberté humaines[4]. Il est souhaitable de favoriser « une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération »[5].

Assez rapidement, la Cour suprême a établi que le paragraphe 15 (1) de la Charte canadienne a pour principal objectif l'égalité réelle, par opposition à l'égalité formelle[6], et vise à empêcher les gouvernements d'établir des distinctions fondées sur des motifs énumérés ou analogues qui produisent un effet négatif ou un désavantage discriminatoire, généralement par la perpétuation d'un préjugé ou l'application d'un stéréotype[7]. En ce sens, dans l'arrêt *Andrews*, le juge McIntyre affirme que « toute différence de traitement entre des individus dans la loi ne produira pas forcément une inégalité et, aussi, qu'un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités »[8]. La reconnaissance et la promotion de l'égalité ne signifient alors pas nécessairement l'identité de traitement, mais peuvent requérir un traitement différent. En conséquence, une différence de traitement qui n'entraîne

4. Voir, entre autres, *McKinney* c. *Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, 422 (j. L'Heureux-Dubé) ; *Miron* c. *Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, 494 ; *Law* c. *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 51 et 53 ; *Vriend* c. *Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 67 (j. Cory) ; *Winko* c. *Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, par. 74 (j. McLachlin).
5. *Andrews* c. *Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 171 (j. McIntyre).
6. Voir par exemple *Withler* c. *Procureur général du Canada*, [2011] 1 R.C.S. 396, par. 39 : « L'égalité réelle, contrairement à l'égalité formelle, n'admet pas la simple différence ou absence de différence comme justification d'un traitement différent. Elle transcende les similitudes et distinctions apparentes. Elle demande qu'on détermine non seulement sur quelles caractéristiques est fondé le traitement différent, mais également si ces caractéristiques sont pertinentes dans les circonstances. L'analyse est centrée sur l'effet réel de la mesure législative contestée, compte tenu de l'ensemble des facteurs sociaux, politiques, économiques et historiques inhérents au groupe. Cette analyse peut démontrer qu'un traitement différent est discriminatoire en raison de son effet préjudiciable ou de l'application d'un stéréotype négatif ou, au contraire, qu'il est nécessaire pour améliorer la situation véritable du groupe de demandeurs. »
7. *Première Nation de Kahkewistahaw* c. *Taypotat*, 2015 CSC 30, par. 17 ; *Québec (Procureur général)* c. *A.*, [2013] 1 R.C.S. 61, par. 171 (j. LeBel) ; *R.* c. *Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 25 (j. en chef McLachlin et j. Abella) ; *Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord)* c. *Cunningham*, [2011] 2 R.C.S. 670, par. 39.
8. *Andrews* c. *Law Society of British Columbia*, préc., note 5, 184 (j. McIntyre).

ni inégalité, ni discrimination ne violera pas la garantie d'égalité visée au paragraphe 15 (1) de la Charte canadienne[9].

Dans un contexte sociétal de changement démographique, notamment avec le vieillissement de la population, la protection contre la discrimination fondée sur l'âge prend toute son importance. Pourtant, l'analyse des arrêts de la Cour suprême du Canada traitant de l'article 15 de la Charte canadienne, et plus particulièrement ceux portant sur le motif de l'âge, permet de constater que l'âge comme motif de discrimination est relativement complexe et reçoit un traitement particulier[10]. Entre autres choses, les distinctions fondées sur l'âge ont toujours été plus facilement acceptées et justifiées[11] en raison des préjugés et stéréotypes reliés à l'âge (1). Qui plus est, avec l'ajout des facteurs contextuels au schème d'analyse de la garantie constitutionnelle de l'égalité pour démontrer l'effet réellement discriminatoire d'une mesure gouvernementale (loi, activité ou programme)[12], plus aucun demandeur

---

9. *Andrews* c. *Law Society of British Columbia*, *ibid.*, 182 (j. McIntyre) ; *Weatherall* c. *Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872, 877 ; *R.* c. *Hess* ; *R.* c. *Nguyen*, [1990] 2 R.C.S. 906, 927 et 928 (j. Wilson) ; *Vriend* c. *Alberta*, préc., note 4, 547 ; *Lovelace* c. *Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, par. 60 ; *Bande et nation indiennes Ermineskin* c. *Canada*, [2009] 2 R.C.S. 222, par. 188 ; *Withler* c. *Canada (Procureur général)*, préc., note 6, par. 31. Sur le passage de l'égalité formelle à l'égalité réelle : Christian BRUNELLE, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 65-77.

10. Plus de 52 arrêts de la Cour suprême du Canada ont été retenus (en date du 5 mai 2017). Les principaux critères pour retenir un arrêt étaient, d'une part, que le motif de discrimination devait être énuméré ou analogue et, d'autre part, la Cour suprême devait analyser la requête fondée sur la violation du droit à l'égalité et, le cas échéant, sa justification en vertu de l'article premier de la Charte canadienne. Les arrêts portant sur le motif du lieu de résidence ou du statut professionnel ont été exclus, car la Cour suprême du Canada a jugé, dans ces espèces, qu'il ne s'agissait pas d'un motif analogue. Pour la liste complète des arrêts de la Cour suprême du Canada portant sur le droit à l'égalité et l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* retenus : voir l'annexe 1.

11. Voir, par exemple, Marie-Hélène BEAUDOIN, *L'âge, un motif autorisé de discrimination ? Étude critique des effets conjugués des articles 10 de la Charte des droits et libertés de la personne et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés comme obstacles à la protection contre la discrimination fondée sur l'âge*, Faculté de droit, Université de Montréal, 2006, p. 3.

12. Il convient de préciser que le principal objet de l'article 15 porte sur la garantie d'égalité dans la formulation et dans l'application de la loi et que cet article sert à renforcer l'égalité réelle. À cet égard, l'arrêt *Little Sisters Book and Art Emporium* c. *Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, illustre bien comment une discrimination peut résulter de la mise en application d'une loi plutôt que de la loi elle-même. Dans cette affaire, les fonctionnaires des Douanes de Vancouver saisissaient ou retournaient aux fournisseurs le matériel érotique, destiné à la communauté gaie et lesbienne, venu des États-Unis et commandé par l'appelante

n'a réussi à démontrer une telle atteinte selon le motif de discrimination de l'âge (2).

1. UN TRAITEMENT DIFFÉRENT POUR LE MOTIF DE L'ÂGE

Parmi les motifs interdits de discrimination énumérés dans la Charte canadienne, l'âge est celui qui sème la plus grande confusion, et se trouve souvent relégué au second rang[13]. Le dénominateur commun des motifs énumérés est qu'ils se rattachent tous à une caractéristique personnelle immuable ou modifiable seulement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle[14]. Pourtant, tout comme pour les autres motifs de discrimination, une personne ne peut modifier son âge, même si elle peut tenter de le gommer ou le camoufler. Ce motif de discrimination, au même titre que les autres motifs, « est une caractéristique personnelle à l'égard de laquelle il est impossible de faire quoi que ce soit, et ce à quelque moment que ce soit »[15]. Une personne ne peut échapper au passage du temps et, par voie de conséquence, à son âge.

Little Sisters Book and Art Emporium, et ce, sans raison apparente. Cette façon de procéder a causé des dommages à l'appelante, tels que des retards dans les paiements dus aux fournisseurs et le refus de ces derniers de faire d'autres envois. Selon la Cour suprême du Canada, la source de l'atteinte au paragraphe 15 (1) de la Charte canadienne n'était pas la législation douanière elle-même. En fait, la différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle résultait de l'administration de la loi qui accordait un large pouvoir discrétionnaire aux fonctionnaires qui appliquaient la législation douanière. Voir aussi *Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord)* c. *Cunningham*, préc., note 7, par. 38.

13. Jean-Philippe LHERNOULD, « Le chantier des discriminations en raison de l'âge », (2007) 7 *R.J.S.* 5, 5 ; COMMISSION ONTARIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *Politique sur la discrimination fondée sur l'âge à l'endroit des personnes âgées*, mars 2002, en ligne : http://www.ohrc.on.ca/fr/book/export/html/3267, p. 2. Dans l'arrêt *Gosselin* c. *Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, la juge en chef McLachlin, au par. 32, mentionne que l'âge n'est pas un motif de « moindre importance » pour l'application de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pourtant, une analyse des principales décisions rendues par la Cour suprême du Canada sur la discrimination fondée sur l'âge nous conduit à une conclusion plus nuancée, voire différente, surtout depuis l'arrêt *Law* c. *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 4.

14. *Corbiere* c. *Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 7 et 13 (j. McLachlin et Bastarache). Voir aussi *Andrews* c. *Law Society of British Columbia*, préc., note 5, 175 (j. McIntyre) ; *Gosselin* c. *Québec (Procureur général)*, *ibid.*, par. 227 (j. Bastarache, diss.) ; C. BRUNELLE, préc., note 9, p. 131.

15. *Gosselin* c. *Québec (Procureur général)*, préc., note 13, par. 227 (j. Bastarache, diss.).

Définir l'âge comme motif prohibé de discrimination ne pose en soi pas trop de difficultés comparativement à d'autres motifs tels que la condition sociale ou le handicap. La notion d'âge se rapporte normalement à l'âge chronologique, à un âge précis ou au fait d'appartenir à un groupe d'âge. La discrimination fondée sur l'âge peut ainsi toucher une personne à toutes les étapes de sa vie. Toutefois, un individu appartenant ou étant associé à certains groupes d'âge, plus précisément à un groupe situé aux extrémités de l'échelle des âges, risque d'être plus vulnérable aux différentes formes de discrimination[16].

1.1 Les particularités de l'âge comme motif de discrimination

L'âge comme motif prohibé de discrimination est évolutif, plastique et flexible[17]. D'une part, la discrimination fondée sur l'âge peut toucher tous les individus, tous les âges et tous les groupes d'âge. Comme chaque personne vieillit avec le temps, elle ne restera pas figée dans un groupe précis et naviguera à travers les tranches d'âge de la vie. Ainsi, contrairement aux autres motifs de discrimination, l'âge est le seul motif « universel » en ce qu'il peut affecter toute personne peu importe son sexe, sa race, sa religion ou sa déficience[18]. D'autre part, la discrimination fondée sur l'âge

16. Il convient de préciser que ce sont toutes les tranches d'âge qui sont visées par le principe de non-discrimination fondée sur l'âge : Michel COUTU, « La discrimination fondée sur l'âge dans l'emploi et la *Charte des droits et libertés de la personne* », (1986) 46 *R. du B.* 507, 519 ; Carole BROSSEAU, « Chroniques. Main-d'œuvre vieillissante : une stratégie d'accommodement est-elle nécessaire ? », (2002) 62 *R. du B.* 239, 249 ; Muriel GARON et Pierre BOSSET, *Après 25 ans. La Charte québécoise des droits et libertés. Étude nº 2. Le droit à l'égalité : des progrès remarquables, des inégalités persistantes*, Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2003, p. 132. Voir aussi *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse* c. *9063-1698 Québec inc.*, D.T.E. 2003T-1184, par. 39 (T.D.P.Q.) ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse* c. *Nicolet (Ville de)*, [2001] R.J.Q. 2735, 2747 (T.D.P.Q.). La législation sur les droits de la personne protège aussi les enfants : *B. (R.)* c. *Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, par. 86 (j. La Forest) ; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law* c. *Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76 ; *A.C.* c. *Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, [2009] 2 R.C.S. 181.

17. Marie-Cécile AMAUGER-LATTES, « La discrimination fondée sur l'âge : une notion circonstancielle sous haute surveillance », (2007) 51 *Retraite et Société* 28, 29 ; Mathieu BRISSE, « La jurisprudence européenne sur les discriminations fondées sur l'âge », (2007) 51 *Retraite et Société* 286, 287.

18. *Dickason* c. *Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103, 1132 et 1133 (j. Cory) ; *Commission ontarienne des droits de la personne* c. *Etobicoke (Municipalité d')*,

évolue selon le contexte. Au cours des époques, les représentations, préjugés et stéréotypes liés à l'âge et au vieillissement changent. En guise d'illustration, dans les sociétés occidentales, une personne âgée était auparavant associée à la sagesse et à la quiétude alors qu'elle est aujourd'hui plutôt associée à l'incapacité et à la dépendance. Comme ces représentations, préjugés et stéréotypes influencent grandement la discrimination fondée sur l'âge, ce que l'on considère aujourd'hui comme une attitude ou un comportement discriminatoire justifié pourrait bien ne pas l'être demain[19].

Quant à la discrimination fondée sur l'âge, elle est habituellement marquée par la différence de traitement, la négation de droits ou de possibilités et l'emploi de stéréotypes rattachés à la nature et aux capacités d'une personne en se fondant uniquement sur l'âge chronologique, l'appartenance à un groupe d'âge ou même l'âge perçu[20]. D'abord, cette forme de discrimination se manifeste lorsque les préjugés et stéréotypes liés à l'âge sont officialisés dans la législation et la réglementation de même que dans les usages et les pratiques. Elle se manifeste également sous la forme de harcèlement et de représailles. Enfin, elle peut se dissimuler dans les représentations et perceptions négatives liées au vieillissement. Une telle différence de traitement fondée sur l'âge peut emporter des conséquences sociales, économiques et psychologiques sérieuses, et porter atteinte à la dignité et à la valorisation de la personne[21].

Comparativement aux autres motifs interdits de discrimination, les différences de traitement fondées sur l'âge reçoivent une interprétation plutôt restrictive dans la jurisprudence. Malgré le fait que l'âge soit expressément énuméré au paragraphe 15 (1) de la Charte canadienne, les distinctions fondées sur l'âge semblent

---

[1982] 1 R.C.S. 202, 229 (j. McIntyre) ; Malcolm SARGEANT, *Age Discrimination in Employmen*t, Aldershot, Gower Publishing Limited, 2006, p. 4 et 79 ; M.-C. AMAUGER-LATTES, préc., note 17, 32 ; Jon MACNICOL, *Age Discrimination. An Historical and Contemporary Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 25 ; J.-P. LHERNOULD, préc., note 13, 5.

19. J.-P. LHERNOULD, préc., note 13, 5 ; *Dickason* c. *Université de l'Alberta*, préc., note 18, 1173 (j. L'Heureux-Dubé, diss.).

20. Edward THORPE et Geert DECOCK, « La discrimination fondée sur l'âge en Europe », dans Fondation nationale de gérontologie (dir.), *Âges et travail*, nº 111, Gérontologie et société, Paris, Fondation nationale de gérontologie, 2004, 207, aux pages 209 et 211.

21. *McKinney* c. *Université de Guelph*, préc., note 4, 296 et 297 (j. La Forest) ; M. GARON et P. BOSSET, préc., note 16, p. 134 ; COMMISSION ONTARIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, préc., note 13, p. 2.

plus facilement acceptées et justifiées par les tribunaux (voir le tableau 1), même si elles s'appuient souvent sur des préjugés, des représentations négatives liés à l'âge et au vieillissement ou des stéréotypes[22].

Tableau 1 *Cour suprême du Canada et garantie constitutionnelle de l'égalité (motifs énumérés ou analogues)*

Motif énuméré ou analogue	**Nombre d'arrêts rendus**	**Y a-t-il violation au droit à l'égalité (CCDL, art. 15) ?**		**Si violation, est-elle justifiée (CCDL, art. 1) ?**	
		oui	non	oui	non
Âge	10	4	6	3	1
Antécédents judiciaires	1	–	1	–	–
Citoyenneté, résidence permanente	1	–	1	–	–
Déficiences, physiques ou mentales	11	3	8	1	2
État civil ou situation familiale	5	1	4	–	1
Orientation sexuelle	5	4	1	–	4
Race, origine nationale ou ethnique, incluant autochtonité	11	4	7	1	3
Religion	2	–	2	–	–
Sexe	6	2	4	1	1
TOTAL	**52**	**18**	**34**	**6**	**12**

22. Par exemple, les représentations, préjugés et stéréotypes fondés sur l'âge abondent dans les milieux de travail. Ainsi, les jeunes travailleurs manqueraient souvent de sociabilité et de professionnalisme, sont infidèles car ils sont prêts à quitter l'entreprise pour un meilleur salaire et moins dynamiques que leurs collègues plus âgés. Quant aux travailleurs vieillissants et âgés, ils sont souvent considérés comme moins productifs, démotivés, incapables d'être formés, plus vulnérables aux accidents du travail et maladies professionnelles, réticents à toutes formes de changements, inadaptables et inaptes à utiliser des nouvelles technologies ainsi qu'incapables de travailler sous la direction de plus jeunes.

La preuve d'une discrimination fondée sur l'âge peut poser plusieurs problèmes. Il semble à première vue malaisé d'associer l'âge à un groupe historiquement défavorisé ou à un désavantage préexistant alors que c'est l'inverse pour le sexe, la race et la religion[23]. La qualité de la preuve d'une discrimination fondée sur l'âge est également très exigeante[24]. Par exemple, dans l'affaire *Gosselin*, la Cour suprême a jugé les éléments de preuve concrets insuffisants puisque la plaignante « n'a fourni aucune preuve directe de l'expérience qu'aurait vécue une autre jeune personne dans le cadre des programmes gouvernementaux »[25].

1.2 La validation judiciaire de préjugés et stéréotypes fondés sur l'âge

Les tribunaux ont tendance à s'appuyer sur des préjugés et stéréotypes reliés à l'âge pour conclure qu'il ne s'agit pas de discrimination[26]. D'ailleurs, la connaissance d'office a permis « de consacrer judiciairement un certain nombre de stéréotypes et de préjugés que la protection contre la discrimination fondée sur l'âge devrait justement avoir pour but d'empêcher »[27]. Cette tendance réfère en partie à l'âgisme.

Au sens large, l'âgisme désigne « les représentations stéréotypées et la discrimination dont les personnes âgées [en tant que catégorie sociale] peuvent faire l'objet »[28]. Essentiellement, ces

23. J. MACNICOL, préc., note 18, p. 24 et 25 ; M. SARGEANT, préc., note 18, p. 4 ; *Gosselin* c. *Québec (Procureur général)*, préc., note 13, par. 31 (j. en chef McLachlin). Notons que la Cour suprême des États-Unis considère que les personnes âgées ne font pas partie d'une de ces minorités séparées et isolées sans voix politique : *Massachusetts Board of Retirement* v. *Murgia*, 427 U.S. 307 (1976).
24. Voir à ce sujet Natasha KIM et Tina PIPER, « *Gosselin* v. *Quebec*: Back to the Poorhouse… », (2003) 48 *R.D. McGill* 749, 764 ; Sheila McINTYRE, « The Supreme Court and Section 15: A Thin and Impoverished Notion of Judicial Review », (2006) 31 *Queen's L.J.* 731, 756-758 ; M.-H. BEAUDOIN, préc., note 11, p. 115-117.
25. *Gosselin* c. *Québec (Procureur général)*, préc., note 13, par. 8.
26. Voir, à ce sujet, N. KIM et T. PIPER, préc., note 24, 758-760.
27. M.-H. BEAUDOIN, préc., note 11, p. 119. Voir aussi N. KIM et T. PIPER, *ibid.*, 760-762.
28. André CAMPEAU et Julie BRADETTE (sous la direction de Y. PELCHAT et M. VÉZINA), *Relation âge / travail et pratiques de gestion des ressources humaines. Recension des écrits*, Québec, Centre d'expertise en gestion des ressources humaines (Secrétariat du Conseil du trésor), 2002, p. 43. Voir aussi Yolande PELCHAT, André CAMPEAU, Michel VÉZINA, Julie BRADETTE et Équipe RIPOST, *Vieillissement de la main-d'œuvre, rapports intergénérationnels et pratiques de gestion. Rapport de recherche*, Québec, Centre d'expertise en gestion des ressources humaines (Secrétariat du Conseil du trésor), 2004, p. 92 (note 30).

personnes doivent surmonter les stéréotypes sociaux, les généralisations et les croyances attribuables non pas au vieillissement à proprement parler, mais plutôt à sa perception et à la réaction des gens à l'égard de celui-ci. Les manifestations et attitudes âgistes ne constituent pas toujours une discrimination fondée sur l'âge, mais l'âgisme est fréquemment la cause de cette forme de discrimination[29].

L'âgisme comporte deux éléments : les stéréotypes négatifs sur le vieillissement et les attitudes de rejet des individus à l'égard du vieillissement. Deux types de comportement se rapportent à l'âgisme. Le premier consiste en l'interprétation erronée des effets du vieillissement, interprétation influencée par les stéréotypes et les préjugés. Quant au deuxième type de comportement, il résulte de la tendance à vouloir structurer la société comme si tous étaient jeunes, ce qui a pour effet d'exclure les personnes âgées en négligeant ou en ne considérant pas adéquatement leurs besoins réels[30].

De nos jours, les distinctions fondées sur l'âge sont courantes, parfois nécessaires et même inévitables pour maintenir l'ordre dans la société ; elles comportent une part d'arbitraire qui ne les invalide pas pour autant[31]. Plusieurs raisons motivent ce traitement différentiel. D'une part, les capacités physiques et intellectuelles des personnes ont généralement tendance à diminuer avec l'âge. D'autre part, il existe une certaine corrélation entre le vieillissement d'une personne et ses besoins de même que ses capacités, alors qu'un tel lien n'est pas forcément présent avec les autres motifs de discrimination. En conséquence, les distinctions fondées sur l'âge tiendraient davantage compte des capacités, besoins ou

29. COMMISSION ONTARIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, préc., note 13, p. 4 et 5. Voir aussi E. THORPE et G. DECOCK, préc., note 20, à la page 209.

30. COMMISSION ONTARIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *Il est temps d'agir : faire respecter les droits des personnes âgées en Ontario*, juin 2001, en ligne : http://www.ohrc.on.ca/fr/book/export/html/3263, p. 16 ; COMMISSION ONTARIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, préc., note 13, p. 5 et 11 ; Cornelia HUMMEL, « Les paradigmes de recherche aux prises avec leurs effets secondaires », dans FONDATION NATIONALE DE GÉRONTOLOGIE (dir.), *Âge et exclusions*, nº 102, Gérontologie et société, Paris, Fondation nationale de gérontologie, 2002, p. 41, à la page 42.

31. *A.C.* c. *Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, préc., note 16, par. 110 (j. Abella) ; *Gosselin* c. *Québec (Procureur général)*, préc., note 13, par. 31 et 57 (j. McLachlin) et par. 225-227 (j. Bastarache, diss.) ; *McKinney* c. *Université de Guelph*, préc., note 4, 296 et 297 (j. La Forest).

situations réelles des personnes au fil des années que les autres motifs interdits de discrimination[32].

En regard des jeunes personnes, les juges majoritaires ont, dans les arrêts *Law* et *Gosselin*, affirmé qu'elles se trouvaient dans une situation favorisée comparativement aux personnes plus âgées, car elles pouvaient se trouver plus facilement un emploi[33]. Bien que les jeunes travailleurs puissent parfois éprouver moins de difficulté à se trouver un emploi, ils sont parfois les premiers touchés par les conjonctures économiques difficiles et connaissent alors des taux de chômage souvent plus élevés que leurs aînés qui ont plus d'ancienneté. Pour nous, il s'agit là d'une idée préconçue et d'un stéréotype affectant les jeunes. Par exemple, dans l'arrêt *Gosselin*, les études et statistiques avaient démontré que les jeunes bénéficiaires demandaient une allocation d'aide sociale non pas par manque de motivation ou de formation, ou encore en raison d'une dépendance à l'aide sociale, mais plutôt pour faute d'emplois disponibles. Ainsi, ces derniers rencontraient de réelles difficultés à se trouver un emploi ; ils n'étaient manifestement pas dans une situation plus favorable[34]. De ce fait, il y avait, selon nous, plutôt absence de correspondance entre l'âge et les besoins des bénéficiaires âgés de moins de 30 ans.

Pourtant, le raisonnement des juges majoritaires de la Cour dans ces arrêts se distingue de celui tenu dans la trilogie de 1990, qui a reconnu la validité constitutionnelle de politiques de retraite obligatoire en milieux universitaire et hospitalier. En effet, bien que la Cour ait conclu au caractère discriminatoire de telles politiques, la retraite obligatoire créant une différence de traitement fondée sur l'âge qui supprime tous les avantages que peut procurer le travail à une personne, dont celui de lui permettre de subvenir à ses besoins financiers[35], elle a estimé l'atteinte justifiée. Dans les arrêts *McKinney*, *Harrison* et *Stoffman*, formant cette trilogie, les juges majoritaires ont considéré que les jeunes travailleurs,

32. *Law* c. *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 4, par. 69, *in fine*.
33. *Ibid.*, par. 101, 102 et 108 ; *Gosselin* c. *Québec (Procureur général)*, préc., note 13, par. 32-34, 38 et 56 (j. McLachlin).
34. *Gosselin* c. *Québec (Procureur général)*, préc., note 13, par. 407 et 409 (j. LeBel, diss.).
35. *McKinney* c. *Université de Guelph*, préc., note 4, 278 (j. La Forest) ; *Harrison* c. *Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451 ; *Stoffman* c. *Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483, 519 (j. La Forest).

comparativement aux travailleurs plus âgés, se trouvaient dans une situation plus défavorable face à l'emploi. Suivant l'analyse de ces juges, le renouvellement du personnel, la contribution des jeunes dans la recherche en milieux universitaire et hospitalier et leur taux de chômage relativement élevé permettaient de justifier une atteinte à la garantie constitutionnelle de l'égalité[36].

Quant aux travailleurs plus âgés, l'un des arguments des juges majoritaires dans cette trilogie pour justifier, dans une société libre et démocratique, ces politiques de retraite obligatoire, reposait sur les effets du vieillissement sur les capacités physiques et intellectuelles d'une personne. Considérant que la détérioration des capacités et aptitudes s'accentue, en moyenne, à partir de 60 ans, et soucieuse de soustraire les personnes qui atteignent cet âge à des évaluations humiliantes et des tensions, la Cour a jugé que la mise en œuvre des politiques de retraite obligatoire était respectueuse de la dignité des travailleurs, donc justifiée[37].

Ainsi, la prémisse qui découle notamment du raisonnement de ces juges est que le vieillissement entraîne progressivement l'incompétence et l'incapacité et que la seule façon d'y remédier est de mettre un terme à l'emploi à partir d'un âge prédéterminé, 65 ans devenant ainsi la « norme institutionnelle » en matière de retraite. Pourtant, l'âge de la retraite des juges nommés par le gouvernement fédéral, dont les juges à la Cour suprême du Canada, est fixé à 75 ans. De plus, certaines personnes (p. ex. gens d'affaires ou politiciens) connaissent la gloire, sur le plan professionnel, bien au-delà de l'âge de 65 ans[38].

---

36. *McKinney* c. *Université de Guelph*, préc., note 4, 286-288 (j. La Forest) ; *Stoffman* c. *Vancouver General Hospital*, *ibid.*, 529 (j. La Forest).
37. « […] L'expérience de tous les jours montre que le rythme de détérioration des compétences et des aptitudes essentielles à la pratique de la médecine varie considérablement d'un individu à l'autre. Mais elle enseigne également, et la preuve le confirme généralement, qu'en règle générale cette détérioration s'accentuera lorsqu'une personne atteindra les dernières étapes de sa vie. Il s'ensuit qu'une règle qui prévoit la retraite des médecins avant que cette détérioration porte normalement atteinte à leur capacité de fonctionner pleinement et de manière compétente comme membres du personnel médical, a "un lien rationnel" avec la volonté du Vancouver General d'offrir des soins de santé et une formation médicale conformes aux normes les plus élevées de la compétence et de l'expertise professionnelles : *Stoffman* c. *Vancouver General Hospital*, préc., note 35, 526 (j. La Forest). Voir aussi *McKinney* c. *Université de Guelph*, préc., note 4, 289 (j. La Forest).
38. *McKinney* c. *Université de Guelph*, préc., note 4, 428 et 429 (j. L'Heureux-Dubé, diss.). Fait particulier : les juges qui se sont prononcés sur la validité constitution-

Même si certaines études démontrent que les capacités se détériorent avec l'âge, une personne ne devient pas forcément incompétente, inapte ou incapable d'exercer ses fonctions et tâches rattachées à son travail au lendemain de son 65e anniversaire. En réalité, plusieurs études scientifiques contredisent et réfutent ces préjugés et stéréotypes. Par exemple, les personnes peuvent développer avec les années des stratégies de compensation pour remédier aux effets du vieillissement sur leurs capacités physiques et intellectuelles. Les pertes sont habituellement compensées par l'expérience, la sagesse, le savoir-faire ou encore les compétences acquises tout au long de la vie professionnelle[39].

Considérant que les capacités d'une personne varient largement avec le temps de même que d'une personne à l'autre[40], l'adoption de mesures et évaluations individualisées fondées sur le mérite, les aptitudes, les compétences, la productivité ou encore la performance, au lieu du critère « objectif » de l'âge, semble pleinement justifiée. Bien que ces mesures et évaluations puissent engendrer des coûts additionnels sur le plan administratif, la commodité administrative ne constitue pas un argument juridiquement valable pour justifier l'emploi de l'âge comme critère de distinction[41]. En conséquence, il importe de renoncer aux idées

---

nelle des politiques de retraite obligatoire étaient tous âgés entre 57 et 74 ans, deux des juges majoritaires avaient 65 ans et plus. Le raisonnement des juges majoritaires dans la trilogie de 1990 laisse ainsi sous-entendre qu'il existe deux normes relatives à l'âge de la retraite obligatoire : une qui s'applique à l'ensemble des travailleurs et une autre aux juges. Voir toutefois : Luc HUPPÉ, « Droit constitutionnel. L'âge des juges », (2012) 71 *R. du B.* 295.

39. *McKinney* c. *Université de Guelph*, préc., note 4, 428 et 429 (j. L'Heureux-Dubé, diss.).

40. *Stoffman* c. *Vancouver General Hospital*, préc., note 35, 551 (j. Wilson, diss.) et 560 (j. L'Heureux-Dubé, diss.). La Cour suprême du Canada s'est, de nouveau, fondée sur la capacité d'une personne pour confirmer la validité constitutionnelle de dispositions législatives autorisant un tribunal à ordonner les traitements médicaux qu'il jugeait être dans l'intérêt de l'enfant, et ce, pour les enfants de moins de 16 ans ; au moment de prendre sa décision, le tribunal pouvait notamment considérer l'opinion de l'enfant. Dans l'arrêt *A.C.* c. *Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, préc., note 16, les juges majoritaires ont conclu que les dispositions en cause ne violaient pas le droit à l'égalité garanti à l'article 15 de la Charte canadienne puisqu'elles tenaient compte des capacités décisionnelles réelles et de la maturité de l'enfant âgé de moins de 16 ans, et non seulement de son âge.

41. *Stoffman* c. *Vancouver General Hospital*, préc., note 35, 555 (j. Wilson, diss.). Voir aussi *Singh* c. *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177 ; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486 ; *Eldridge* c. *Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624 ; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board)* c. *Martin* ; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board)* c.

préconçues et stéréotypes rattachés à l'âge et au vieillissement et de traiter plutôt les personnes, peu importe leur âge, « comme des individus qui méritent d'être jugés selon leurs talents et leurs capacités propres »[42] et « comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération »[43].

Pourtant, en plus des préjugés et stéréotypes reliés à l'âge permettant au gouvernement de justifier le recours au critère de l'âge dans les politiques publiques, une autre barrière à la reconnaissance du droit à l'égalité réelle semble s'imposer. En effet, depuis l'ajout des facteurs contextuels dans le schème d'analyse de l'article 15 de la Charte canadienne, aucune distinction fondée sur le critère de l'âge dans les politiques publiques contestées devant les tribunaux n'a été jugée comme portant atteinte au droit à l'égalité.

2. L'INTÉGRATION DES FACTEURS CONTEXTUELS DANS LE SCHÈME D'ANALYSE DE L'ARTICLE 15 DE LA CHARTE CANADIENNE

Afin de mieux comprendre les incidences de l'intégration des facteurs contextuels dans l'analyse de l'atteinte au droit à l'égalité, il est utile de rappeler brièvement l'évolution du schème d'analyse de l'article 15. Pour déterminer la présence d'une atteinte à l'égalité, la Cour suprême du Canada a établi dès l'arrêt *Andrews* le modèle à suivre. Pour démontrer l'existence de discrimination[44] suivant les termes du paragraphe 15 (1) de la Charte canadienne, il faut premièrement se demander si la loi crée une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue. Deuxièmement, il faut

---

Laseur, [2003] 2 R.C.S. 504 ; *Terre-Neuve (Conseil du Trésor)* c. *N.A.P.E.*, [2004] 3 R.C.S. 381.

42. *Stoffman* c. *Vancouver General Hospital*, préc., note 35, 555 (j. Wilson, diss.).
43. *Andrews* c. *Law Society of British Columbia*, préc., note 5, 171 (j. McIntyre, diss.).
44. Dans l'arrêt *Andrews* c. *Law Society of British Columbia*, préc., note 5, le juge McIntyre a défini, aux pages 174 et 175, la discrimination : « […] comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement ».

montrer que la distinction crée un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes. Autrement dit, les principaux critères d'une violation du droit à l'égalité sont (1) une différence de traitement établie par une loi, une activité ou un programme gouvernemental, (2) fondée sur un motif énuméré ou analogue, (3) qui comporte un effet discriminatoire désavantageux, qui se matérialise généralement par la perpétuation d'un préjugé ou l'application d'un stéréotype[45].

En théorie, il importe peu que la discrimination soit intentionnelle ou non ; ce qu'il faut prouver est l'effet réellement discriminatoire sur un individu ou un groupe de personnes. Suivant la Cour suprême du Canada, cet effet discriminatoire sera plus aisément démontré s'il est le produit de stéréotypes ou de préjugés :

> D'une part, le demandeur peut établir que la mesure désavantageuse contestée perpétue un préjugé à l'égard des membres d'un groupe. D'autre part, il peut prouver que le désavantage imposé par une telle mesure repose sur un stéréotype.[46]

Dans le but d'éviter un processus de classification mécanique, formaliste ou automatique, la Cour suprême du Canada a toujours encouragé l'emploi d'une démarche souple et fondée sur l'ensemble des contextes social, politique et juridique[47]. Essentiellement, le

---

45. *Québec (Procureur général)* c. *A.*, préc., note 7, par. 185 et 186 (j. LeBel) ; *R.* c. *Kapp*, préc., note 7, par. 17 (j. en chef McLachlin et j. Abella). Voir aussi *Law* c. *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 4, par. 30 ; *Auton (Tutrice à l'instance de)* c. *Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2004] 3 R.C.S. 657, par. 22 ; *Corbiere* c. *Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, préc., note 14, par. 55 ; *Lovelace* c. *Ontario*, préc., note 9, par. 53 ; *Andrews* c. *Law Society of British Columbia*, préc., note 5, 182 (j. McIntyre). Un lien doit donc exister entre le désavantage et le préjugé ou le stéréotype pour porter atteinte au droit à l'égalité. Pour l'application de l'article 15 de la Charte canadienne, « les préjugés sont des attitudes péjoratives reposant sur des opinions bien arrêtées quant aux capacités ou limites propres de personnes ou des groupes auxquels celles-ci appartiennent. L'application d'un stéréotype est une attitude qui, tout comme un préjugé, tend à désavantager autrui, mais c'est aussi une attitude qui attribue certaines caractéristiques aux membres d'un groupe, sans égard à leurs capacités réelles » : *Québec (Procureur général)* c. *A.*, préc., note 7, par. 326 (j. Abella, diss.).

46. *Québec (Procureur général)* c. *A.*, préc., note 7, par. 173, 185, 204 et 205 (j. LeBel) ; Voir aussi *R.* c. *Kapp*, préc., note 7, par. 18 (j. en chef McLachlin et j. Abella).

47. Nathalie J. CHALIFOUR, « Environmental Discrimination and the *Charter*'s Equality Guarantee: the Case of Drinking Water for First Nations Living on Reserves », (2013) 43 *R.G.D.* 183 ; *Première Nation de Kahkewistahaw* c. *Taypotat*, préc., note 7, par. 16.

contexte sert à définir les groupes à comparer[48], à déterminer la présence d'un préjudice et à analyser la nature et la pertinence des caractéristiques personnelles sur lesquelles la différence de traitement est fondée[49]. En réalité, il faut tenir compte du contexte tout au long de l'analyse du droit à l'égalité.

Par ailleurs, pendant un certain temps, la Cour suprême du Canada exigeait, pour démontrer l'effet discriminatoire, d'établir que la distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue créait un désavantage découlant de la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes :

> La première façon de faire la preuve de l'inégalité réelle – la discrimination – est de démontrer que la mesure contestée, dans son objet ou son effet, perpétue un préjugé et un désavantage à l'égard des membres d'un groupe en raison de caractéristiques personnelles visées par le par. 15(1). Règle générale, il y a perpétuation d'un désavantage lorsqu'une mesure législative applique, à un groupe historiquement défavorisé, un traitement qui a pour effet d'aggraver sa situation. Ainsi, les tribunaux ont souligné le lien fréquent entre un désavantage historique et la discrimination interdite par l'art. 15. […] La deuxième façon d'établir l'inégalité réelle est de

48. Une des particularités propres au droit à l'égalité est son aspect comparatif : Daniel PROULX, « Les droits à l'égalité revus et corrigés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Law* : un pas en avant ou un pas en arrière ? », (2001) 61 *R. du B.* 187, 191 ; *Andrews* c. *Law Society of British Columbia*, préc., note 5, 164 (j. McIntyre) ; *Law* c. *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 4, par. 24. Cela implique pour le demandeur qu'à toutes les étapes de l'analyse du droit à l'égalité, une comparaison avec la situation des autres individus ou groupes de personnes doit être réalisée ; celle-ci sert en quelque sorte à déterminer si une personne subit une différence de traitement suffisante pour constituer une violation au droit à l'égalité : *Nouvelle-Écosse (Procureur général)* c. *Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, par. 190 (j. Gonthier). Essentiellement, la comparaison appropriée dans le cadre de l'analyse d'une violation au droit à l'égalité garanti à l'article 15 de la Charte canadienne sert, d'une part, à établir la présence d'une différence de traitement et, d'autre part, à offrir « une meilleure compréhension contextuelle de la situation du demandeur dans le cadre d'un régime législatif et dans la société en général et aider ainsi à déterminer si la mesure législative ou la décision contestée perpétue un désavantage ou un stéréotype » : *Withler* c. *Canada (Procureur général)*, préc., note 6, par. 62 et 65. Sur l'effet du choix du groupe de comparaison sur la protection de l'égalité réelle, voir : Martha BUTLER, « L'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* – L'évolution de la conception de la Cour suprême du Canada du droit à l'égalité garanti par la *Charte* », *Étude générale*, 2013, Bibliothèque du Parlement, p. 11-12.

49. *Québec (Procureur général)* c. *A.*, préc., note 7, par. 165 (j. LeBel) ; *Withler* c. *Canada (Procureur général)*, préc., note 6, par. 37 et 47 ; *Miron* c. *Trudel*, préc., note 4, 437, 438 et 440 ; *Lavoie* c. *Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769, par. 46 ; *R.* c. *Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, 1331 et 1332.

> démontrer que le désavantage imposé par une mesure législative repose sur un stéréotype qui ne reflète pas la situation et les caractéristiques véritables du demandeur ou du groupe. En général, un tel stéréotype entraîne la perpétuation d'un préjugé et d'un désavantage. Il se peut toutefois qu'un groupe n'ayant jamais souffert d'un désavantage se trouve un jour touché par une conduite qui, si on n'y met pas fin, aura un effet discriminatoire sur ses membres. Une mesure contestée pourra ainsi être jugée contraire à l'art. 15 s'il est établi qu'elle impose un désavantage aux membres du groupe en leur appliquant un stéréotype, et ce, même s'il n'est pas prouvé qu'ils subissent un désavantage historique.[50]

Autrement dit, le plaignant devait prouver que la mesure gouvernementale contestée perpétuait un préjugé ou que des stéréotypes étaient appliqués à son endroit. Une telle obligation alourdissait donc le fardeau de preuve du plaignant. De plus, certains auteurs considéraient que l'attention portée sur la discrimination en tant que préjudice ou stéréotype tendait à évacuer la discrimination indirecte de cette protection[51]. En mettant l'accent sur les préjugés et les stéréotypes, la démarche pour établir une telle violation se concentrait sur l'attitude discriminatoire, au lieu de l'effet réellement discriminatoire de la mesure gouvernementale.

Toutefois, dans l'arrêt *Québec (Procureur général)* c. *A.*, la Cour suprême du Canada a reconnu que les préjugés et stéréotypes ne constituent pas des éléments distincts du critère auquel doit satisfaire le plaignant. Dans les faits, ce sont des indices pertinents pour déterminer s'il y a violation de l'égalité réelle et en conséquence, les personnes qui allèguent être victimes de discrimination n'ont pas « l'obligation additionnelle de prouver qu'une distinction perpétue une attitude imbue de préjugés ou de stéréotypes à leur endroit »[52].

---

50. *Withler* c. *Canada (Procureur général)*, préc., note 6, par. 35 et 36.
51. Jonnette WATSON HAMILTON et Jennifer KOSHAN, « Adverse Impact: The Supreme Court's Approach to Adverse Effects Discrimination under Section 15 of the Charter », (2014-2015) 19 *Rev. Const. Stud.* 191 ; Jennifer KOSHAN et Jonnette WATSON HAMILTON, « The Continual Reinvention of Section 15 of the Charter », (2013) 64 *U.N.B.L.J.* 19, 42. À ce sujet, Marie-Hélène Beaudoin note dans son mémoire que la connaissance d'office permet de consacrer des stéréotypes : M.-H. BEAUDOIN, préc., note 11, p. 119. Voir aussi Daniel Proulx pour le même effet sur la protection de la Charte québécoise : Daniel PROULX, « Le droit à l'égalité : pierre angulaire de la Charte québécoise ? », (2015) *R.Q.D.I.* (hors série) 61.
52. *Québec (Procureur général)* c. *A.*, préc., note 7, par. 327, 329, 330, 357 (j. Abella), 385 (j. Deschamps) et 416 (j. McLachlin).

Par ailleurs, bien que la Cour suprême du Canada n'exige pas du demandeur la production de données ou autres éléments de preuve du domaine des sciences sociales, elle reconnaît que ces éléments s'avèrent fort utiles pour un tribunal[53]. Dans les dossiers de discrimination fondée sur l'âge, par exemple, les preuves statistiques sont souvent essentielles afin de démontrer l'effet préjudiciable et discriminatoire d'une mesure. Toutefois, le demandeur n'a pas toujours accès aux données pour appuyer une telle démonstration, ni les moyens de les traiter alors que ces données sont, pour la plupart, à la disposition du gouvernement. De plus, cette preuve peut se révéler très exigeante. Par exemple, dans l'arrêt *Taypotat*, la preuve statistique s'est avérée insuffisante pour établir que les exigences quant au niveau de scolarité pour être autorisé à se porter candidat aux élections de la Première Nation de Kahkewistahaw, constituaient de la discrimination à l'égard des individus plus âgés de la collectivité voulant se présenter. Les statistiques présentées dans cette affaire ont été jugées trop larges :

> Les données tirées de recensements peuvent certainement s'avérer un moyen de preuve utile pour démontrer qu'une loi a un effet défavorable. Mais la présente affaire porte sur un code électoral particulier applicable dans une collectivité des Premières Nations donnée. […]
>
> Ces éléments de preuve sont moins utiles lorsqu'il s'agit d'apporter des éclaircissements sur les liens qui existent entre l'âge et le niveau d'instruction dans le contexte bien précis des membres de la Première Nation de Kahkewistahaw. Ils visent une population beaucoup plus vaste et diversifiée que celle que vise le code en l'espèce et ils ne nous éclairent pas vraiment sur la question de savoir si et dans quelle mesure l'obligation d'avoir un niveau de scolarité de 12e année a pour effet de défavoriser les membres plus âgés de la Première Nation de Kahkewistahaw.[54]

2.1 Les facteurs contextuels : un frein à la protection de l'égalité réelle ?

À compter de 1999, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Law*, ajoute un quatrième élément aux trois éléments constitutifs

53. *Law* c. *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 4, par. 77 ; *Première Nation de Kahkewistahaw* c. *Taypotat*, préc., note 7.
54. *Première Nation de Kahkewistahaw* c. *Taypotat*, *ibid*., par. 31-32.

pour établir une violation à cette garantie : le critère de l'atteinte à la dignité. Dorénavant, « seule la discrimination qui s'exprime par l'imposition de désavantages ou de stéréotypes et qui tend à perpétuer l'opinion qu'une catégorie de personnes a moins de valeur ou est moins digne d'être reconnue en tant qu'êtres humains tombe sous le coup de l'article 15 »[55] de la Charte canadienne. Un demandeur ne pouvait donc plus se contenter de démontrer une différence de traitement fondée sur un motif énuméré ou analogue qui entraîne un effet préjudiciable ; il devait aussi démontrer l'atteinte à sa dignité fondamentale. Cette démonstration appelait à considérer quatre facteurs contextuels : (1) **le désavantage préexistant** ; (2) **la correspondance entre la distinction et les caractéristiques ou la situation personnelles du demandeur** ; (3) **l'existence d'un objet ou d'un effet améliorateur** ; et (4) **la nature du droit touché**[56]. Lors de l'analyse de ces facteurs, **la légitimité de l'objectif législatif** est également prise en considération.

Quelques années plus tard, soit en 2008, la Cour suprême du Canada rendait l'arrêt *Kapp*. En réaction à certaines critiques relatives au rôle exorbitant attribué à la dignité humaine dans l'analyse d'une atteinte à l'égalité, la Cour a décidé de délaisser ce critère comme élément constitutif dans l'établissement d'une violation du droit à l'égalité garanti à l'article 15 de la Charte canadienne. Toutefois, elle a conservé les facteurs contextuels proposés dans l'arrêt *Law* puisqu'ils sont pertinents, juge-t-elle, pour démontrer l'effet réellement discriminatoire d'une mesure législative :

> Comme la Cour le reconnaît dans l'arrêt *Law* même, il est plus utile d'analyser, dans chaque cas, les facteurs qui permettent de reconnaître l'effet discriminatoire. Les quatre facteurs énoncés dans l'arrêt *Law* sont fondés sur la qualification, dans l'arrêt *Andrews*, de la perpétuation d'un désavantage et de l'application de stéréotypes comme étant les principaux indices de discrimination, et se rapportent à cette qualification. La préexistence d'un désavantage et la nature du droit touché (les premier et quatrième facteurs énon-

55. Daniel PROULX, « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux Chartes, deux modèles », (2003) *R. du B.* (numéro spécial) 485, 504.

56. *Law* c. *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 4, par. 63-75. Voir aussi *R.* c. *Kapp*, préc., note 7, par. 19 (j. en chef McLachlin et j. Abella) ; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law* c. *Canada (Procureur général)*, préc., note 16, par. 55 (j. en chef McLachlin).

cés dans l'arrêt *Law*) concernent la perpétuation d'un désavantage et d'un préjugé, alors que le deuxième facteur a trait à l'application de stéréotypes. L'objet ou l'effet améliorateur d'une loi ou d'un programme (le troisième facteur énuméré dans l'arrêt *Law*) concerne la question de savoir si la mesure en question a un objet réparateur au sens du par. 15 (2). (Nous dirions, sans pour autant le décider ici, que le troisième facteur énuméré dans l'arrêt *Law* pourrait aussi être pertinent pour trancher la question qui, aux fins d'application du par. 15 (1), est de savoir si la loi ou le programme en cause a pour effet de perpétuer un désavantage).[57]

Plus récemment, dans *Québec (Procureur général)* c. *A.*, même si les facteurs contextuels demeurent pertinents pour l'analyse, la Cour suprême du Canada a mis en garde contre une application rigide de ces facteurs et reconnu que ce ne sont pas forcément tous les facteurs qui sont nécessaires pour démontrer l'existence d'une inégalité réelle[58].

S'il est incontestable que le choix du groupe de comparaison[59] et l'importance accordée aux préjugés et stéréotypes dans la détermination d'une atteinte à l'égalité réelle ont pu jouer un rôle dans le rejet de plaintes en matière de discrimination, les facteurs contextuels constituent une barrière importante à la protection de

57. *R.* c. *Kapp*, préc., note 7, par. 23 (j. en chef McLachlin et j. Abella). Voir aussi *Withler* c. *Canada (Procureur général)*, préc., note 6, par. 38.

58. *Québec (Procureur général)* c. *A.*, préc., note 7, par. 166 et 206 (j. LeBel). Voir aussi M. BUTLER, préc., note 48 ; Alexandre MORIN, *Le droit à l'égalité au Canada*, 2e éd., LexisNexis, Montréal, 2012, p. 88 et 102-107.

59. La Cour suprême du Canada a, au début des années 2000, été d'avis qu'un seul groupe de comparaison était approprié, le groupe miroir, c'est-à-dire le groupe qui reflète les caractéristiques identiques du plaignant. Certains auteurs estiment que cette restriction au groupe de comparaison rend excessif le fardeau de preuve du plaignant et tend à remplacer l'analyse de l'égalité réelle par une analyse formaliste axée sur le traitement analogue. Pour plus d'informations sur l'effet restrictif du groupe de comparaison, voir : J. WATSON HAMILTON et J. KOSHAN, préc., note 51, 214 ; Daphne GILBERT et Diana MAJURY, « Critical Comparisons: The Supreme Court of Canada Dooms Section 15 », (2006) 24 *Windsor Y.B. Access Just.* 111. Sur les difficultés rencontrées au moment de déterminer le groupe de comparaison dans un cas de discrimination fondée sur l'âge : J.-P. LHERNOULD, préc., note 13, 5 ; M.-C. AMAUGER-LATTES., préc., note 17, 33. Dans *Withler*, préc., note 6, la Cour suprême du Canada a cependant admis que la comparaison avec un groupe aux caractéristiques identiques au plaignant a eu pour effet d'occulter la véritable question liée à l'analyse de l'égalité réelle : la mesure contestée défavorise-t-elle le plaignant ou perpétue-t-elle sa stigmatisation ?

l'égalité réelle en alourdissant le fardeau de la preuve du demandeur[60]. En effet, depuis l'intégration des facteurs contextuels au schème d'analyse de l'article 15 de la Charte canadienne, il devient pratiquement impossible de démontrer une atteinte au droit à l'égalité, tel que le démontre le tableau 2.

Tableau 2 *Cour suprême du Canada et garantie constitutionnelle de l'égalité (évolution historique statistique, tous motifs confondus)*

	Nombre d'arrêts rendus	**Y a-t-il violation au droit à l'égalité (CCDL, art. 15) ?**		**Si violation, est-elle justifiée (CCDL, art. 1) ?**	
		oui	non	oui	non
1989 – 1998	21	10	11	4	6
1999 - 2007	22	8	14	2	6
2008 - …	9	1	8	–	1
TOTAL	52	19	33	6	13

Entre 1989 et 1998, la Cour suprême du Canada a conclu à une atteinte au droit à l'égalité dans près de 50 % des dossiers entendus. Ce taux a chuté à environ 36 % entre 1999 et 2007, tandis qu'un seul dossier a réussi à se rendre à l'étape de la justification depuis 2008. Ainsi, les craintes exprimées par certains juges de la Cour suprême du Canada quant à l'accroissement de plaintes frivoles et au recours systématique de l'analyse de la justification de l'atteinte au droit à l'égalité si la définition de l'atteinte est trop large se révèlent infondées. Un seul constat s'impose : l'affaiblissement de la garantie constitutionnelle de l'égalité[61].

60. D. PROULX, préc., note 48, 215 et 217 ; David ROBITAILLE, « Vous êtes victime de discrimination et vous souhaitez en faire la preuve ? Bonne chance ! », (2002) 62 *R. du B.* 321, 352 et 357.

61. Voici ce que mentionnait la juge Arbour dans l'arrêt *Lavoie* c. *Canada*, préc., note 49, au par. 86 : « Dans notre empressement tout naturel à étendre le plus largement possible les droits à l'égalité, nous devons veiller à éviter de dépouiller ces droits de tout contenu significatif. Le manque de vigilance ne peut qu'entraîner la création d'une garantie d'égalité de vaste étendue, mais superficielle, un bouclier large mais trop mince pour repousser les incursions de l'État dans notre dignité et notre liberté. C'est précisément le paradoxe qui préoccupait la Cour dans *Andrews*. C'est un paradoxe qui deviendra inéluctable si nous sommes trop empressés à conclure à des atteintes au par. 15(1) sur la base d'analyses sans profondeur de la discrimination. En effet, il nous faudra alors, dans presque tous

Les effets de l'incorporation des facteurs contextuels dans le cadre de l'analyse de l'atteinte à la garantie constitutionnelle de l'égalité dans les dossiers de discrimination fondée sur l'âge sont percutants (voir le tableau 3). Jusqu'à l'arrêt *Law* en 1999, la Cour suprême du Canada reconnaissait généralement que la mesure législative contestée engendrait une différence de traitement fondée sur l'âge comportant un effet réellement discriminatoire et violait, de ce fait, le droit à l'égalité garanti à l'article 15 de la Charte canadienne. À partir de l'arrêt *Law*, en 1999, la Cour a été saisie de six dossiers portant sur des allégations de discrimination fondée sur l'âge. Dans chaque espèce, elle a reconnu la présence d'une simple distinction et conclu, conséquemment, à l'absence d'une atteinte au droit à l'égalité.

---

les cas, recourir à une analyse de justification sous le régime de l'article premier qui, tout en restant dûment rigoureuse dans d'autres contextes, se diluera inévitablement dans le contexte du par. 15(1). Le test de l'arrêt *R.* c. *Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 n'a pas été conçu pour une énorme tâche de sauvetage, en vertu de l'article premier, d'une pléthore de lois jugées contrevenir au par. 15(1) au terme d'une analyse excluant essentiellement la considération de l'existence d'une discrimination objectivement discernable. Et pourtant, c'est exactement ce qu'on fait faire à l'article premier, sous peine de réduire en miettes le processus législatif, lorsqu'on conclut trop facilement à l'existence d'atteintes à l'art. 15. Les tribunaux sont alors obligés de procéder, dans le cadre de l'article premier, à une analyse empreinte d'une trop grande déférence envers le législateur, à l'égard à la fois des objectifs qu'il choisit de poursuivre et des moyens qu'il emploie à cette fin. En effet, ce n'est qu'en assouplissant continuellement les contraintes du test de l'arrêt *Oakes* que l'article premier peut alors s'acquitter de la lourde tâche qui lui est imposée. Le problème est que, ce faisant, l'article premier dépouille effectivement les droits à l'égalité garantis au par. 15(1) de leur sens et de leur contenu tout en proclamant un attachement de pure forme à une vaste et généreuse notion d'égalité ». Voir aussi *Law* c. *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 4, par. 83 et 110. Depuis l'arrêt *Law* et davantage depuis l'arrêt *Kapp*, préc., note 7, la Cour suprême du Canada ne recourt plus à l'analyse de la justification puisqu'elle conclut habituellement à l'absence d'une atteinte à la garantie constitutionnelle de l'égalité. Voir aussi M. BUTLER, préc., note 48 ; Bruce RYDER, « The Strange Double Life of Canadian Equality Rights », (2013) 63 *S.C.L.R.* (2d) 261, 271.

Tableau 3 *Cour suprême du Canada et garantie constitutionnelle de l'égalité selon le motif de l'âge*

	Nombre d'arrêts rendus	**Y a-t-il violation au droit à l'égalité (CCDL, art. 15) ?**		**Si violation, est-elle justifiée (CCDL, art. 1) ?**	
		oui	non	oui	non
1989 - 1998	4	4	0	3	1
1999 - 2007	3	0	3		
2008 - ...	3	0	3		

2.2 Une confusion des critères servant à démontrer et à justifier une atteinte au droit à l'égalité

Essentiellement, l'alourdissement de la charge de la preuve résulte de l'intégration d'éléments propres à la *justification* d'une atteinte au droit à l'égalité au stade de la démonstration même de cette atteinte. Rappelons que, suivant l'article premier de la Charte canadienne, une « règle de droit » ne peut restreindre un droit ou une liberté énoncé dans la Charte que par des limites raisonnables dont la justification se démontre dans le cadre d'une société libre et démocratique[62]. C'est dans l'arrêt *Oakes* que la Cour suprême du Canada a exposé, pour la première fois, la méthode analytique de l'article premier de la Charte canadienne qui a, par la suite, été raffinée dans la jurisprudence ultérieure. Suivant la Cour, quatre éléments composent cette méthode et servent à établir le caractère raisonnable d'une limite et sa justification dans une société libre et démocratique. La jurisprudence ultérieure a repris cette méthode :

> […] En premier lieu, l'objectif de la loi doit être urgent et réel. Ensuite, il doit exister un lien rationnel entre l'objectif urgent et réel et les moyens choisis par le législateur pour atteindre cet objec-

62. CCDL, art. 1 : « La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Le droit international et le droit régional peuvent guider les tribunaux afin de décider si une mesure constitue une limite raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique : *Slaight Communications inc.* c. *Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, 1056 et 1057 ; *R.* c. *Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, 750.

> tif. Puis, la loi contestée ne doit porter qu'une atteinte minimale au droit garanti. Enfin, il doit y avoir proportionnalité entre l'objectif et les mesures adoptées dans la loi et, plus particulièrement, entre les effets bénéfiques de la loi et ses effets préjudiciables […].[63]

En ce qui a trait au premier élément du test de *Oakes*, le gouvernement doit établir que la limite poursuit un « **objectif suffisamment important** pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la [Charte] », c'est-à-dire qu'il se rapporte à des « préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique »[64]. La Cour suprême du Canada a d'ailleurs jugé que les considérations budgétaires, la commodité administrative et l'élégance conceptuelle ne constituent normalement pas un objectif urgent et réel valable pour supprimer des droits et libertés garantis dans la Charte canadienne[65]. Sur les considérations budgétaires plus précisément, la Cour suprême a toutefois reconnu que la limitation des dépenses pouvait parfois constituer un objectif urgent et réel[66]. La deuxième partie du test de justification suggère de vérifier si le moyen adopté est **proportionnel** à l'objectif. Pour ce faire, le gouvernement doit démontrer un **lien rationnel entre l'objectif et la mesure contestée, l'atteinte minimale au droit** et la **proportionnalité entre les effets bénéfiques et les effets préjudiciables**. Le lien rationnel découlera de la logique ; la mesure ne doit pas être arbitraire, inéquitable ou fondée sur des considérations irrationnelles[67]. Quant à **l'atteinte minimale au droit garanti**, le gouvernement n'a pas à démontrer qu'il a choisi la mesure la moins attentatoire, mais que celle-ci se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures

---

63. *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn.* c. *Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391, par. 138 (j. en chef McLachlin et j. LeBel). Voir aussi *Lavoie* c. *Canada*, préc., note 49, par. 7 ; *R.* c. *Oakes*, préc., note 61, 138-140.
64. *R.* c. *Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295, 356.
65. *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board)* c. *Martin*, *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board)* c. *Laseur*, préc., note 41, par. 109 et 110.
66. Voir, entre autres, *Terre-Neuve (Conseil du Trésor)* c. *N.A.P.E.*, préc., note 41, par. 63, 64 et 72 ; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board)* c. *Martin*, *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board)* c. *Laseur*, préc., note 41, par. 109 ; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de I.P.E.* ; *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de I.P.E.*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 284 ; *Stoffman* c. *Vancouver General Hospital*, préc., note 35, 554 (j. Wilson) ; *Eldridge* c. *Colombie-Britannique (Procureur général)*, préc., note 41, par. 84. Voir aussi Julie BOURGAULT, *La liberté d'entreprendre, la liberté d'association et les restructurations d'entreprises*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2016, p. 401 et suiv.
67. J. BOURGAULT, *ibid.*, p. 406.

raisonnables servant à la réalisation de l'objectif urgent et réel[68]. Finalement, la **proportionnalité entre les effets** de la mesure implique la comparaison des avantages et des effets négatifs de la mesure contestée[69].

Dans le cadre de l'analyse de l'article premier de la Charte canadienne, l'approche contextuelle joue un rôle déterminant à chacune des étapes de l'analyse du critère de la proportionnalité[70]. Une fois l'objectif de la mesure contestée défini, il faut aborder le contexte. Il sert en outre à préciser la nature de la preuve requise du gouvernement pour justifier sa mesure, au regard de l'article premier de la Charte canadienne, et le degré de retenue dont les tribunaux doivent faire preuve à l'égard du gouvernement. Plusieurs facteurs doivent être considérés, dont la nature du préjudice et l'incapacité d'en mesurer l'ampleur, la vulnérabilité du groupe protégé, les craintes subjectives et l'appréhension du préjudice et la nature de l'activité protégée. Ces facteurs contextuels doivent être interprétés en fonction de la mesure contestée et s'adapter à la nature des litiges en cause[71].

---

68. *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn.* c. *Colombie-Britannique*, préc., note 63, par. 150 (j. en chef McLachlin et j. LeBel) ; *RJR-MacDonald Inc.* c. *Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 160.
69. *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn.* c. *Colombie-Britannique*, préc., note 63, par. 227 (j. Deschamps).
70. *Ibid.*, par. 195 (j. Deschamps).
71. *Ibid.*, par. 139 (j. en chef McLachlin et j. LeBel) et par. 192-195 (j. Dechamps) ; *Thomson Newspapers Co.* c. *Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 90 ; *Harper* c. *Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, par. 75 et suiv. ; *R.* c. *Bryan*, [2007] 1 R.C.S. 527, par. 9-11 ; *M.* c. *H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 78-80 (j. Iacobucci) et par. 305 (j. Bastarache). Sur le degré de déférence que doit adopter un tribunal, certains facteurs permettent de le déterminer : la nature du droit réellement visé par l'exclusion ou l'inclusion dans une catégorie, la vulnérabilité du groupe exclu, la complexité de la question en jeu, la source de la règle de droit et le rôle des jugements de valeur dans l'élaboration des politiques. Ces facteurs doivent être adaptés en fonction du litige. Au moment d'adopter une mesure, le gouvernement réalise un choix parmi une gamme de mesures jugées raisonnables qui comportent chacune des avantages et des inconvénients. Normalement, le gouvernement choisit, parmi cette gamme, la mesure qu'il juge appropriée : *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn.* c. *Colombie-Britannique*, préc., note 63, par. 139 (j. en chef McLachlin et j. LeBel) ; *Terre-Neuve (Conseil du Trésor)* c. *N.A.P.E.*, préc., note 41, par. 83. « Le rôle du [gouvernement] exige que les tribunaux fassent preuve de retenue à l'égard des décisions de principe que le [gouvernement] est le mieux placé pour prendre » : *M.* c. *H.*, *ibid.*, par. 78 (j. Iacobucci). Essentiellement, le gouvernement jouit d'une certaine latitude dans les choix opérés entre des intérêts sociaux divergents, mais il n'est pas sans limite. Ce dernier ne doit pas violer en toute impunité les droits et libertés garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* : *Tétreault-Gadoury*

L'intégration des facteurs contextuels au stade de la détermination de l'atteinte cause donc une confusion des schèmes d'analyse liés à l'atteinte au droit à l'égalité, d'une part, et à la justification de cette atteinte en vertu de l'article premier de la Charte canadienne, d'autre part (voir tableau 4). En conséquence, certains éléments dont la preuve devrait normalement relever du gouvernement reposent, dans les faits, sur les épaules du demandeur[72]. D'abord, le facteur de la **correspondance entre la distinction et les besoins ou la situation véritable du demandeur** suppose la démonstration d'un **objectif législatif légitime**. Ensuite, pour démontrer une **atteinte minimale** au droit à l'égalité, le gouvernement pourrait démontrer que cet **objectif législatif correspond aux besoins ou à la situation véritable du demandeur**. Finalement, pour démontrer la proportionnalité entre **les effets bénéfiques et les effets préjudiciables**, le gouvernement pourra démontrer **l'objet ou l'effet améliorateur** de la mesure législative et que la **nature du droit touché** est de faible importance.

Tableau 4 *Schème d'analyse de l'article premier et facteurs contextuels dégagés du paragraphe 15 (1) de la Charte canadienne des droits et libertés par la jurisprudence*

Grille d'analyse – CCDL, art. 1 (Gouvernement)	**Facteurs contextuels – CCDL, art. 15 (Demandeur)**
Objectif important, urgent et réel	• Légitimité de l'objectif législatif • Correspondance entre la distinction et les besoins ou la situation véritable du demandeur

c. *Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, 43 et 44 (j. La Forest) ; *Vriend* c. *Alberta*, préc., note 4, par. 126 (j. Iacobucci) ; *Eldridge* c. *Colombie-Britannique (Procureur général)*, préc., note 41, par. 86 ; *RJR-MacDonald Inc.* c. *Canada (Procureur général)*, préc., note 68, par. 136.

72. D. ROBITAILLE, préc., note 60, 344-348 ; Jamie CAMERON, « Positive Obligations Under Sections 15 and 7 of the Charter: A Comment on *Gosselin* v. *Québec* », (2003) 20 *S.C.L.R.* (2d) 65, 79 et 80 ; D. PROULX, préc., note 48, 256 ; N. KIM et T. PIPER, préc., note 24 ; Christopher D. BREDT et Heather K. PESSIONE, « The Death of *Oakes*: Time for a Rights-Specific Approach? », (2013) 63 *S.C.L.R.* (2d) 485, 490-492. Voir aussi *Gosselin* c. *Québec (Procureur général)*, préc., note 13, par. 113 (j. L'Heureux-Dubé, diss.) et par. 257 (j. Bastarache, diss.) ; *Miron* c. *Trudel*, préc., note 4, 447 (j. Gonthier, diss.) ; *Québec (Procureur général)* c. *A.*, préc., note 7, par. 333-335 (j. Abella, diss.).

Critère de la proportionnalité : – Lien rationnel entre la mesure et l'objectif	• Légitimité de l'objectif législatif
– Atteinte minimale au droit	• Correspondance entre la distinction et les besoins ou la situation véritable du demandeur
– Effets bénéfiques et effets préjudiciables	• Objet ou effet améliorateur • Nature du droit touché

Ainsi, le demandeur ne peut plus se contenter d'établir que la mesure législative crée une différence de traitement fondée sur un motif énuméré ou analogue qui comporte un effet préjudiciable et réellement discriminatoire. Ce dernier est parfois amené à démontrer au surplus que la mesure législative est arbitraire, injuste, non pertinente ou encore que l'objectif du législateur est illégitime, autant de termes qui devraient être exclusifs au processus de justification d'une mesure discriminatoire[73]. Pourtant, le demandeur ne dispose pas toujours des éléments de preuve ou des mêmes moyens que le gouvernement pour mobiliser les facteurs contextuels et ainsi remplir son fardeau de preuve. Suivant la structure de la Charte canadienne, il devrait revenir au gouvernement, et non au demandeur, d'expliquer les objectifs d'une mesure législative, puisqu'il se trouve dans une meilleure position pour le faire. Si le gouvernement désire se fonder sur le caractère juste, rationnel, urgent, légitime et pertinent des objectifs d'une telle mesure, dont son objet ou effet améliorateur, une telle démonstration devrait être réalisée dans le cadre de la justification d'une atteinte au droit à l'égalité en vertu de l'article premier de la Charte canadienne. Quant au demandeur, ce dernier devrait uniquement établir l'effet discriminatoire de la mesure législative contestée.

Cette situation semble faire fi de l'analyse en deux composantes que la Cour suprême privilégiait dans ses arrêts antérieurs (*Oakes* / *Andrews*)[74], analyse qui est également privilégiée pour les autres droits fondamentaux de la Charte canadienne. En effet, depuis l'arrêt *Andrews*, la Cour suprême du Canada a réitéré à

73. Voir notamment D. ROBITAILLE, préc., note 60, 349 ; D. PROULX, préc., note 48, 237 et 276 ; *Miron* c. *Trudel*, préc., note 4, 485 (j. McLachlin).
74. *R.* c. *Oakes*, préc., note 61 ; *Andrews* c. *Law Society of British Columbia*, préc., note 5.

maintes reprises qu'il fallait mettre l'accent sur l'effet, et non l'objet, de la mesure législative sur le demandeur pour déterminer la présence d'une discrimination et, conséquemment, d'une atteinte au droit à l'égalité garanti par l'article 15 de la Charte canadienne. Pour établir l'effet discriminatoire, le demandeur doit démontrer que la différence de traitement fondée sur un motif de discrimination crée un préjudice par la perpétuation d'un préjugé ou désavantage ou encore l'application de stéréotypes. Autrement dit, la mesure législative contestée doit entrer en conflit avec **l'objet de l'article 15** de la Charte canadienne, soit la lutte contre la discrimination[75], alors que **l'objet de la mesure législative contestée** sert à *justifier* une atteinte au droit à l'égalité, et non à l'établir : ces distinctions sont fondamentales[76] !

Par ailleurs, l'introduction du facteur contextuel de la correspondance entre le motif de distinction et les besoins et la situation véritables des personnes touchées par la mesure législative dans la grille d'analyse de l'article 15 tend à réhabiliter le critère de la pertinence dans le cadre de l'analyse de l'atteinte à la garantie constitutionnelle de l'égalité, critère pourtant réfuté par la Cour suprême du Canada[77]. En vertu de ce critère, la démonstration que le motif de la plainte était « pertinent » pour la réalisation d'un objectif législatif légitime pouvait entraîner son rejet. Même si un lien pouvait exister entre un motif et l'objet de la mesure législative, une distinction pertinente fondée sur un tel motif pourrait néanmoins produire des effets discriminatoires. Ainsi, le critère

---

75. *Andrews* c. *Law Society of British Columbia*, *ibid.*, 171 et 182 (j. McIntyre) ; *Law* c. *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 4, par. 23, 27 et 39 ; *R.* c. *Kapp*, préc., note 7, par. 17 et 18 (j. en chef McLachlin et j. Abella) ; *A.C.* c. *Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, préc., note 16, par. 150 (j. en chef McLachlin) ; *Withler* c. *Canada (Procureur général)*, préc., note 6, par. 34-36 ; *Québec (Procureur général)* c. *A.*, préc., note 7, par. 186-204 (j. LeBel).
76. Pour des exemples éloquents de confusion entre l'objet et l'effet d'une mesure législative dans le cadre de l'analyse d'une atteinte au droit à l'égalité : voir notamment *Gosselin* c. *Québec (Procureur général)*, préc., note 13, par. 26 et 27 (j. en chef McLachlin) ; *Withler* c. *Canada (Procureur général)*, préc., note 6. Voir aussi N. KIM et T. PIPER, préc., note 24, 767 et 768 ; J. CAMERON, préc., note 72, 78.
77. *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law* c. *Canada (Procureur général)*, préc., note 16, par. 98 (j. Binnie, diss.). Voir notamment *Eldridge* c. *Colombie-Britannique (Procureur général)*, préc., note 41 ; *Vriend* c. *Alberta*, préc., note 4 ; N. KIM et T. PIPER, préc., note 24, 762, 764 et 765. Pour des exemples d'utilisation du critère de la pertinence dans le cadre de l'analyse de la violation de la garantie constitutionnelle de l'égalité : *Law* c. *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 4, par. 69-71 ; *Gosselin* c. *Québec (Procureur général)*, préc., note 13, par. 57 (j. en chef McLachlin).

de la pertinence devrait uniquement relever de l'analyse de la justification d'une atteinte au droit à l'égalité[78].

2.3 Les facteurs de l'objet ou de l'effet améliorateur et de la correspondance : des entraves à la démonstration d'une discrimination fondée sur l'âge

Dans les cas particuliers de discrimination fondée sur l'âge, deux facteurs contextuels jouent, selon nous, en défaveur des personnes qui allèguent une atteinte à la garantie constitutionnelle de l'égalité : le facteur de l'objet ou l'effet améliorateur et le facteur de la correspondance entre le motif de distinction et les besoins et la situation véritables du demandeur ou du groupe demandeur, deux facteurs intimement liés.

Dès lors qu'une loi ou un programme social ayant pour **objet ou effet d'améliorer la situation d'un groupe défavorisé** particulier est en cause, le demandeur doit souvent démontrer qu'il fait partie d'un groupe encore plus défavorisé que celui visé par la mesure contestée et que le groupe auquel il appartient est exclu de la mesure afin d'établir que cette loi ou ce programme ne comporte pas un objet ou effet d'amélioration. Autrement dit, « il devra faire la preuve que le critère qui l'exclut des bénéfices sociaux qu'il réclame au nom de l'égalité de traitement n'est pas rationnel ou pertinent compte tenu des objectifs sociaux visés par le programme »[79]. Lorsqu'il est question d'allocations ou de prestations versées suivant un programme social comme dans les arrêts *Law*, *Gosselin* et *Withler*, les juges se fondent majoritairement sur les objectifs, à court et à long terme, du programme pour conclure à l'absence d'atteinte au droit à l'égalité[80]. Pour arriver à une telle conclusion, ils considèrent l'ensemble du régime légis-

78. Voir, entre autres, *Egan* c. *Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, 559-561 (j. L'Heureux-Dubé, diss.) ; *Miron* c. *Trudel*, préc., note 4, 491 (j. McLachlin) ; *Thibaudeau* c. *Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627, 700 (j. Cory et Iacobucci) ; *Vriend* c. *Alberta*, préc., note 4, par. 184 (j. L'Heureux-Dubé).
79. D. PROULX, préc., note 48, 249.
80. Dans l'arrêt *Law* c. *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 4, le principal objectif de la pension de survivant du Régime de pensions du Canada visait la sécurité financière à long terme des veuves et veufs alors que les objectifs du Régime d'aide sociale contesté dans l'arrêt *Gosselin* c. *Québec (Procureur général)*, préc., note 13, portait sur le développement de l'autonomie et l'indépendance des jeunes âgés de moins de 30 ans.

latif pour juger de l'effet réellement discriminatoire de la mesure législative contestée.

Par exemple, dans l'arrêt *Withler*, les demandeurs contestaient la validité constitutionnelle de la prestation supplémentaire de décès, dont le montant variait en fonction de l'âge du participant au régime de retraite au moment de son décès. Avec l'avancée en âge du participant, le montant de la prestation diminuait :

> Pour le jeune participant, la prestation supplémentaire de décès vise à offrir une protection en cas de décès inattendu à une époque où son conjoint survivant ne toucherait aucune pension ou seulement des prestations de retraite limitées. Pour le participant plus âgé, la prestation supplémentaire de décès a pour objet d'aider le conjoint survivant à acquitter les dépenses occasionnées par la dernière maladie et le décès du participant. Cette prestation n'est pas destinée à constituer une source de revenus à long terme pour les conjoints des participants âgés.[81]

Puisque la prestation supplémentaire de décès avait été élaborée dans le cadre d'un régime légal de prestations gouvernementales sur la retraite, la Cour suprême du Canada a alors considéré l'ensemble des prestations et pensions offertes par ce régime pour évaluer l'objet ou l'effet d'amélioration de la prestation supplémentaire de décès, et en conséquence conclure à l'absence d'atteinte au droit à l'égalité.

Exiger ainsi du demandeur qu'il démontre le caractère irrationnel, impertinent ou illégitime des objectifs d'une loi ou d'un programme social, que ce soit la mesure ou encore l'ensemble du régime, crée une confusion des grilles d'analyse. Il s'agit là d'un fardeau très lourd pour un demandeur qui tente d'établir l'effet discriminatoire d'une mesure législative et qui ne connaît pas entièrement le contexte et l'historique derrière l'adoption d'une loi ou d'un programme social, ni leurs objectifs et fondements.

Quant à la **correspondance entre le motif de l'âge et les besoins ou la situation véritables du plaignant**, un lien peut exister entre l'avancée en âge d'une personne et ses besoins de même que ses capacités. Néanmoins, ce lien ne doit pas s'appuyer

81. *Withler* c. *Canada (Procureur général)*, préc., note 6, par. 5.

sur les idées préconçues, stéréotypes et préjugés liés à l'âge et au vieillissement en vue de considérer les besoins et capacités d'une personne. Malgré la variabilité individuelle et interindividuelle de l'âge et que la correspondance entre le motif de discrimination et les besoins ou situation véritables du demandeur n'a pas à être parfaite[82], la Cour suprême a aisément reconnu que la mesure législative créant une différence de traitement fondée sur l'âge répondait aux besoins réels des demandeurs ou à leur situation véritable dans plusieurs arrêts rendus depuis 1999.

Que ce soit l'arrêt *Law* ou l'arrêt *Gosselin*, il s'agit là d'exemples éloquents dans lequel le facteur de la correspondance entre l'âge et les besoins ou la situation véritable du plaignant a joué un rôle prépondérant dans la détermination de la validité constitutionnelle de la mesure gouvernementale contestée. Dans l'arrêt *Law*, la plaignante contestait la validité constitutionnelle des distinctions fondées sur l'âge portant sur le droit à une pension de conjoint survivant aux termes du Régime de pensions du Canada (RPC) : essentiellement, une personne âgée de moins de 35 ans, sans enfant à charge et sans invalidité, n'était pas admissible à une telle pension. En l'espèce, les dispositions législatives visaient à fournir une sécurité financière à long terme aux veufs ou veuves, plutôt que subvenir à leurs besoins financiers immédiats. Selon la Cour suprême, la plaignante jouissait, du fait de son jeune âge, de meilleures chances de remplacer, à long terme, le revenu perdu à la suite du décès de son conjoint. Jugeant que la plaignante se trouvait dans une catégorie plus favorisée que les conjoints survivants âgés, la Cour a conclu que les différences de traitement fondées sur l'âge correspondaient à la situation véritable des personnes visées par les dispositions du RPC[83].

Dans l'arrêt *Gosselin*, la plaignante contestait la validité constitutionnelle du Régime d'aide sociale du Québec qui comportait des distinctions fondées sur l'âge. Suivant ce régime – tel qu'il était conçu alors –, les bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans recevaient une allocation de base inférieure à celle offerte aux 30 ans et plus. Pour recevoir un montant comparable à celui touché par les bénéficiaires âgés de 30 ans et plus, les jeunes

82. *Law* c. *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 4, par. 105 ; *Withler* c. *Canada (Procureur général)*, préc., note 6, par. 67 et 71.
83. *Law* c. *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, *ibid.*, par. 100-105.

bénéficiaires devaient participer à une activité de travail désignée ou à un programme de formation. Ce Régime d'aide sociale – abrogé depuis – visait essentiellement à permettre aux jeunes de moins de 30 ans d'acquérir une instruction de base et une formation, à les aider à trouver un emploi et à échapper à une possible dépendance à l'aide sociale. Même si le Régime d'aide sociale avait pour effet de placer les jeunes dans une situation de pauvreté extrême, les juges majoritaires ont conclu que ce régime ne violait pas la garantie constitutionnelle de l'égalité puisqu'il correspondait aux besoins réels et à la situation véritable des bénéficiaires de moins de 30 ans. En effet, le Régime d'aide sociale avait été adapté à la réalité du groupe visé et mis en place pour répondre aux besoins spécifiques des jeunes. Selon les juges majoritaires, obliger les bénéficiaires de moins de 30 ans à participer à un programme de formation ou à une activité désignée pour obtenir une allocation majorée ne portait pas atteinte à leur dignité. Compte tenu des objectifs à court et à long terme du Régime d'aide sociale, ces juges ont plutôt considéré que le régime en question correspondait aux besoins réels et à la situation véritable des jeunes de moins de 30 ans[84].

Par ailleurs, dans l'arrêt *Canadian Foundation for Children*[85], les juges majoritaires de la Cour suprême ont aussi décidé que l'exemption accordée aux parents et aux instituteurs qui emploient un châtiment corporel raisonnable sur les enfants correspondait à la fois aux besoins réels des enfants de vivre dans un milieu sûr et à ceux des parents et instituteurs d'éduquer raisonnablement les enfants sans risque d'encourir des sanctions pénales. De même, dans l'arrêt *A.C.*[86], l'exigence d'obtenir une autorisation du tribunal pour pratiquer un traitement médical considéré dans l'intérêt supérieur de l'enfant, quand celui-ci a moins de 16 ans, a été jugé respectueuse de leur situation véritable, car cette différence de traitement tenait compte de leurs capacités décisionnelles (maturité, autonomie et bien-être), et non de leur âge. Finalement, dans l'arrêt *Withler*[87], la Cour suprême a conclu que les distinc-

84. *Gosselin* c. *Québec (Procureur général)*, préc., note 13, par. 2, 7, 37-58 et 70 (j. en chef McLachlin).
85. *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law* c. *Canada (Procureur général)*, préc., note 16, par. 57-59 (j. en chef McLachlin)
86. *A.C.* c. *Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, préc., note 16, par. 166 (j. Abella).
87. *Withler* c. *Canada (Procureur général)*, préc., note 6, par. 77

tions fondées sur l'âge pour fixer la prestation supplémentaire de décès correspondaient aux besoins réels des conjoints survivants, compte tenu des objectifs de cette prestation de même que des autres prestations et pensions auxquelles les conjoints survivants pouvaient par ailleurs avoir droit.

Selon nous, le raisonnement des juges de la Cour suprême du Canada pour conclure à la correspondance entre l'âge et les besoins réels ou la situation véritable du demandeur ou du groupe de demandeurs aurait dû être tenu dans le cadre de l'analyse de la justification d'une atteinte au droit à l'égalité en vertu de l'article premier de la Charte canadienne, plutôt que dans le cadre de l'analyse relative à l'existence ou non d'une telle atteinte.

Ainsi, la lecture des arrêts de la Cour suprême du Canada sur la discrimination fondée sur l'âge permet de constater une confusion entre le facteur contextuel de la **correspondance aux besoins**, d'une part, et celui de **l'atteinte minimale au droit** dégagé du critère de proportionnalité de la grille d'analyse de la justification d'une atteinte à un droit garanti par la Charte canadienne, d'autre part. Suivant le facteur de l'atteinte minimale, le gouvernement doit établir qu'il a soigneusement conçu sa mesure législative contestée et que celle-ci porte atteinte aussi peu que raisonnablement possible au droit à l'égalité. Quant au facteur de la correspondance, le demandeur doit démontrer que la mesure contestée ne prend pas suffisamment en compte ses besoins, ses capacités ou sa situation véritables et ceux d'autres personnes partageant les mêmes caractéristiques que lui[88]. Essentiellement, ces deux facteurs tendent vers les mêmes conclusions : au moment de concevoir une mesure législative, le gouvernement l'a-t-il soigneusement conçue en considérant les besoins réels et la situation véritable du groupe visé par cette mesure ? Les éléments de preuve nécessaires pour répondre à cette question devraient reposer sur les épaules du gouvernement, plutôt que sur celles

88. *Law* c. *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 4, par. 70. Pour y parvenir, le demandeur doit démontrer que la mesure législative lui porte préjudice : « soit le traitement appliqué uniformément à tous a pour effet de l'exclure en ignorant ses besoins, soit le traitement distinct et adapté prévu pour lui ne correspond pas à ses besoins véritables et est mal adapté à sa situation, soit encore il est exclu du traitement distinct et adapté prévu pour un autre groupe alors qu'il fait partie d'un groupe qui a les mêmes besoins » : D. PROULX, préc., note 48, 246.

du demandeur, car il se trouve dans une meilleure position pour apporter ces éléments, tout comme c'est le cas avec la démonstration des objectifs législatifs et de l'objet ou l'effet améliorateur de la mesure législative contestée.

Tel qu'il a été démontré dans les dossiers de discrimination fondée sur l'âge, la preuve de l'absence de correspondance entre le motif de discrimination et les besoins ou la situation véritables du groupe visé par la mesure législative contestée s'est révélée particulièrement difficile pour les demandeurs, car depuis l'ajout de ce facteur contextuel, plus aucun demandeur n'a réussi à établir une atteinte au droit à l'égalité. En effet, les juges de la Cour suprême du Canada ont généralement convenu de la correspondance entre l'âge et les besoins ou la situation véritables du groupe visé par la mesure ou que la preuve statistique n'était pas suffisante. En somme, la lecture conjuguée des arrêts *Law*, *Gosselin*, *Canadian Foundation for Children*, *A.C.*, *Withler* et *Taypotat* nous permet de constater clairement les effets pernicieux de l'incorporation des facteurs contextuels dans le cadre de l'analyse d'une atteinte au droit à l'égalité, et la confusion qu'ils suscitent avec l'étape de la justification d'une telle atteinte en vertu de l'article premier de la Charte canadienne.

CONCLUSION

Considérant les changements démographiques, dont le vieillissement sans précédent de la population, il est raisonnable de penser que les cas de discrimination fondée sur l'âge risquent d'être de plus en plus présents et nombreux. L'interprétation limitative accordée à l'âge comme motif énuméré et interdit de discrimination représente une barrière à la pleine reconnaissance du droit à l'égalité réelle. L'analyse des tribunaux devrait impérieusement être recentrée sur l'objet même du droit à l'égalité, soit la lutte contre la discrimination.

Puisque chaque groupe d'âge comporte ses propres défis, problèmes et besoins, il ne s'agit pas d'évaluer quelle catégorie d'âge est, comparativement aux autres, dans une situation plus défavorisée et lamentable. Dans le cadre d'une société libre et démocratique, certes, mais aussi vieillissante, il faut promouvoir

la diversité des âges et reconnaître la variabilité individuelle et interindividuelle de l'âge, ce qui implique de lutter, dans toute la mesure du possible, contre les représentations négatives, préjugés et stéréotypes liés à l'âge et au vieillissement de même que les barrières fondées sur l'âge. Même si l'âge est considéré comme un critère « objectif », l'emploi de limites d'âge dans une mesure législative est tout aussi suspect que les autres motifs interdits de discrimination et peut comporter un effet réellement discriminatoire sur le demandeur ou le groupe de demandeurs.

Pour y parvenir, il importe de redonner un sens à la garantie constitutionnelle de l'égalité qui s'est considérablement affaiblie depuis l'arrêt *Law*, et de lui accorder à nouveau toute son importance, laquelle semble s'être dissipée au cours des dernières années[89]. Le droit à l'égalité jouant un rôle de premier plan dans la lutte contre les discriminations fondées sur l'âge et l'élimination des barrières de l'âge, il convient de privilégier une interprétation large et libérale de ce droit fondamental et d'alléger le fardeau de preuve du demandeur. En se centrant sur l'objet de l'article 15 de la Charte canadienne, soit la lutte contre la discrimination, généralement entendue au sens de la perpétuation d'un désavantage ou de l'application de stéréotypes, plutôt que sur le caractère injustifié et non pertinent de la mesure contestée, il deviendrait ainsi plus facile de détecter les effets discriminatoires et de reconnaître, en conséquence, une atteinte au droit à l'égalité[90].

---

89. *R.* c. *Turpin*, préc., note 49, 1328 et 1329. Voir aussi *Egan* c. *Canada*, préc., note 78, 543 (j. L'Heureux-Dubé, diss.) ; *Stoffman* c. *Vancouver General Hospital*, préc., note 35, 555 (j. Wilson, diss.).

90. D. PROULX, préc., note 48, 276 : « D'un point de vue procédural, la charge de la preuve du demandeur devrait toujours se limiter, dans le cadre d'un droit réel et effectif à l'égalité, à l'établissement d'un préjudice matériel ou moral subi directement ou indirectement en raison d'une caractéristique personnelle énumérée à l'article 15 ou analogue à celles énumérées. La preuve de l'appartenance à un groupe défavorisé (ou le facteur dit du désavantage préexistant), non strictement nécessaire, doit également revenir au demandeur. Exiger plus de celui-ci, comme le fait systématiquement la Cour suprême depuis l'arrêt *Law*, par l'imposition d'une preuve de préjugés ou de stéréotypes sous-jacents à la loi ou générés par celle-ci, ne peut avoir qu'un seul effet : réduire de façon indue l'effectivité de l'article 15. Dès lors que le demandeur a démontré qu'il est victime d'un préjudice matériel ou moral sérieux en fonction d'un motif énuméré ou analogue, les seules autres dimensions pertinentes ne peuvent avoir trait qu'à des justifications gouvernementales ».

Une fois la violation à la garantie constitutionnelle de l'égalité démontrée, il revient alors au gouvernement de justifier sa mesure *a priori* discriminatoire. Suivant l'approche binaire privilégiée dans la Charte canadienne, l'article premier pourra retrouver sa fonction première et son rôle central, c'est-à-dire servir de siège à la justification de toute atteinte à un droit ou une liberté énoncé à la Charte canadienne. Procéder en deux étapes distinctes permet de remédier à la confusion des schèmes d'analyse qu'a entraînée l'intégration des facteurs contextuels à la grille d'analyse liée à la violation du droit à l'égalité. De plus, l'importance de respecter la structure de la Charte canadienne et de maintenir la distinction entre l'analyse de l'atteinte à la garantie constitutionnelle de l'égalité et l'analyse de sa justification sera ainsi mieux assurée, consolidée et réaffirmée[91]. Par conséquent, lorsque le gouvernement utilise le critère de l'âge dans le cadre d'une loi ou d'un programme social, par exemple, c'est à lui de justifier l'emploi de ce critère en vertu de l'article premier de la Charte canadienne. En outre, il doit établir la légitimité, la pertinence, la proportionnalité et la justesse de la mesure législative contestée dans le cadre d'une société libre et démocratique. Il ne devrait pas appartenir au demandeur d'établir le caractère injuste, illégitime et impertinent d'une telle mesure dans le cadre de l'analyse réalisée en vertu de l'article 15 de la Charte canadienne.

91. *Andrews* c. *Law Society of British Columbia*, préc., note 5, 178 et 182 (j. McIntyre) ; *R.* c. *Oakes*, préc., note 61, 134. Voir aussi *R.* c. *Hess* ; *R.* c. *Nguyen*, préc., note 9, 941 et 942 (j. McLachlin) ; *Thibaudeau* c. *Canada*, préc., note 78, 700 (j. Cory et Iacobucci) ; *Law* c. *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 4, par. 81 ; *Gosselin* c. *Québec (Procureur général)*, préc., note 13, par. 103, 109 et 113 (j. L'Heureux-Dubé, diss.) ; *Lavoie* c. *Canada*, préc., note 49, par. 47-49 ; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law* c. *Canada (Procureur général)*, préc., note 16, par. 101 (j. Binnie, diss.) ; D. PROULX, préc., note 48, 204 et 205.

ANNEXE

Liste des arrêts de la Cour suprême du Canada portant sur le droit à l'égalité et l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*

A.C. c. *Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, [2009] 2 R.C.S. 181

Adler c. *Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609

Alberta c. *Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567

Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. *Cunningham*, [2011] 2 R.C.S. 670

Andrews c. *Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143

Assoc. des femmes autochtones du Canada c. *Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627

Auton (Tutrice à l'instance de) c. *Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2004] 3 R.C.S. 657

Bande et nation indiennes d'Ermineskin c. *Canada*, [2009] 1 R.C.S. 222

Benner c. *Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358

Bese c. *Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 722

Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. *Chiarelli*, [1992] 1 R.C.S. 711

Canada (Procureur général) c. *Hislop*, [2007] 1 R.C.S. 429

Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. *Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76

Charkaoui c. *Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350

Eaton c. *Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241

Egan c. *Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513

Eldridge c. *Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624

Gosselin c. *Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429

Granovsky c. *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703

Harrison c. *Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451

Hodge c. *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, [2004] 3 R.C.S. 357

Lavoie c. *Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769

Law c. *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497

Little Sisters Book and Art Emporium c. *Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120

Lovelace c. *Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950

M. c. *H.*, [1999] 2 R.C.S. 3

McKinney c. *Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229

Miron c. *Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418

Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. *Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325

Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. *Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504

Orlowski c. *Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 733

Première Nation de Kahkewistahaw c. *Taypotat*, [2015] 2 R.C.S. 548

Québec (Procureur général) c. *A.*, [2013] 1 R.C.S. 61

R. c. *B. (J.) [J.B.]*, [1990] 2 R.C.S. 307

R. c. *Hess* ; *R.* c. *Nguyen*, [1990] 2 R.C.S. 906

R. c. *Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483

R. c. *Kokopenace*, [2015] 2 R.C.S. 398

R. c. *LePage*, [1999] 2 R.C.S. 744

R. c. *Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933

Rodriguez c. *Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519

Stoffman c. *Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483

Symes c. *Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695

Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. *Newfoundland and Labrador*, [2004] 3 R.C.S. 381

Tétreault-Gadoury c. *Canada (Commission de l'emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22

Therrien (Re), [2001] 2 R.C.S. 3

Thibaudeau c. *Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627

Trociuk c. *Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 835

Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women c. *Canada (Ministre du Revenu)*, [1999] 1 R.C.S. 10

Vriend c. *Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493

Weatherall c. *Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872

Winko c. *Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625

Withler c. *Canada (Procureur général)*, [2011] 1 R.C.S. 396

Quand l'obligation d'accommodement raisonnable vole au secours de la victime de harcèlement psychologique

M^e Sébastien PARENT

Résumé

Le salarié victime de harcèlement psychologique en milieu de travail se retrouve parfois dépourvu de tout moyen pour éviter le contact immédiat avec le collègue qu'il considère comme harcelant, tant et aussi longtemps que l'instance appropriée n'aura pas statué définitivement sur la recevabilité de sa plainte. En réaction à cette situation, les certificats médicaux interdisant le contact entre le salarié et le collègue de travail harcelant sont de plus en plus fréquents. Or, quelle est la valeur de ce genre de restriction médicale ? De quelle façon l'employeur doit-il se gouverner lorsqu'un de ses salariés lui présente un certificat médical de la sorte ?

Compte tenu de l'interprétation large et libérale de la notion de handicap, caractéristique protégée par l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, ainsi que de l'évolution jurisprudentielle récente en droit du travail, il est désormais reconnu qu'un certificat médical mentionnant que le salarié ne soit plus en mesure de travailler en présence d'un collègue prétendument harcelant puisse effectivement déclencher l'obligation d'accommodement raisonnable de l'employeur. Il en découle inévitablement de nouvelles obligations pour les employeurs et de nouveaux recours alternatifs pour les salariés. Ce texte vise donc à établir les jalons de la démarche d'accommodement raisonnable dans un contexte de harcèlement psychologique au travail. Des pistes de solutions sont aussi suggérées pour bien orienter les acteurs en présence d'une restriction médicale empêchant le contact entre deux collègues de travail, tout en les sensibilisant aux préjugés encore présents à l'égard des troubles de santé mentale.

Quand l'obligation d'accommodement raisonnable vole au secours de la victime de harcèlement psychologique

Me Sébastien PARENT*

INTRODUCTION 475

I- L'OBLIGATION D'ACCOMMODEMENT RAISONNABLE EN MATIÈRE DE HANDICAP PSYCHIQUE. 477

1.1 Les fondements et les fonctions de l'obligation d'accommodement 477

1.2 Les conditions donnant ouverture au processus d'accommodement 479

1.3 L'interprétation large et libérale de la notion de handicap. 480

1.4 Les problèmes de santé mentale reliés au harcèlement psychologique 482

1.5 L'incompréhension du phénomène et les préjugés associés aux troubles mentaux 485

II- LES RESTRICTIONS MÉDICALES VISANT À EMPÊCHER LE CONTACT ENTRE UN SALARIÉ ET SON PRÉTENDU HARCELEUR 486

* Avocat membre du Barreau du Québec, doctorant en droit du travail et libertés publiques à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, chercheur au Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT) et chargé de cours en droit du travail à Polytechnique Montréal.

2.1 Les limitations fonctionnelles reconnues en vertu de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*. 486

2.2 Les développements jurisprudentiels récents en matière de relations du travail 490

2.3 Le cadre d'analyse pour gérer les restrictions médicales interdisant le contact entre deux collègues de travail 493

2.3.1 Les droits et les obligations du salarié. 493

2.3.2 Les droits et les obligations de l'employeur 495

2.4 L'impact de l'arrêt *Caron* : la compatibilité de l'obligation d'accommodement raisonnable et du régime public de réparation des lésions professionnelles 498

CONCLUSION. 500

INTRODUCTION

En 2002, une nouvelle protection à l'encontre du harcèlement psychologique au travail fut introduite au sein de la *Loi sur les normes du travail*[1] (ci-après « L.N.T. »), laquelle édicte à son article 81.19 que « [t]out salarié à droit à un milieu de travail exempt de harcèlement psychologique ». Dans cette optique, l'employeur a l'obligation de prendre les moyens raisonnables pour prévenir le harcèlement et pour le faire cesser rapidement lorsqu'une telle conduite lui est dénoncée[2]. Lorsqu'ils disposent d'une plainte ou d'un grief de harcèlement psychologique, autant le Tribunal administratif du travail – division des relations du travail[3] (jadis la Commission des relations du travail) que l'arbitre de grief[4] possèdent de larges pouvoirs de réparation, notamment une ordonnance enjoignant à l'employeur de prendre les mesures raisonnables pour mettre un terme au harcèlement vécu par le plaignant.

Ainsi, l'employeur peut avoir à empêcher le contact entre la victime et le harceleur, selon la gravité du harcèlement en cause[5]. Cela entraînera la modification des conditions de travail du harceleur, telle qu'un changement de quart de travail, une affectation au sein d'un autre département ou encore le déplacement à un autre lieu de travail[6]. Ce déplacement devrait s'appliquer au harceleur et non à la victime, l'objectif étant d'éviter l'ajout d'inconvénients au préjudice déjà causé par la conduite harcelante du collègue

---

1. *Loi sur les normes du travail*, RLRQ c. N-1.1.
2. Article 81.19 alinéa 2 L.N.T. ; Marie-Josée SIGOUIN et Linda BERNIER, *Comment traiter une plainte de harcèlement psychologique*, Le Corre en bref, vol. 2, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 102.
3. Article 123.15 (3°) L.N.T. ; Julie BOURGAULT, *Le harcèlement psychologique au travail : les nouvelles dispositions de la Loi sur les normes et leur intégration dans le régime légal préexistant*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 2006, p. 117-118.
4. Articles 81.20 et 123.15 (3°) L.N.T. ; J. BOURGAULT, préc., note 3, p. 122-123.
5. Johanne DROLET, Denis LAVOIE, Suzanne GASCON et Élise LABRECQUE, « Les multiples visages du harcèlement psychologique dans le milieu de l'éducation », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail en éducation (2007)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 25 ; M.-J. SIGOUIN et L. BERNIER, préc., note 2, p. 102.
6. M.-J. SIGOUIN et L. BERNIER, préc., note 2, p. 102 et 104.

en question[7]. À titre d'illustration, dans l'affaire *Capital H.R.S.*, l'employeur avait mis en place une mesure administrative pour séparer les deux employés en conflit en les assignant à des lieux de travail différents, et ce, avant même que l'arbitre de grief n'entende la cause[8].

Malgré tout, les employeurs ne sont pas tous aussi proactifs et il n'est pas rare que les gestionnaires hésitent à adopter des mesures avant qu'une instance se soit prononcée définitivement sur l'existence de harcèlement, surtout que les faits sont habituellement contradictoires en la matière. Les délais afférents aux enquêtes internes menées par l'employeur, et l'association de salariés en milieu syndiqué, ainsi que les délais relatifs aux contestations devant les tribunaux administratifs peuvent avoir pour fâcheuse conséquence que la victime de harcèlement poursuive l'exécution de sa prestation de travail en présence du prétendu harceleur pendant un certain temps.

En réaction à cette situation, le médecin traitant du salarié, dans son désir de protéger la santé de son patient, peut être enclin à émettre une restriction médicale mentionnant que le salarié ne doit pas être en contact avec l'individu harcelant[9]. Se pose alors la question de savoir dans quelle mesure le droit à l'égalité, enchâssé à l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*[10] (ci-après « C.D.L.P. »), peut être invoqué par le salarié qui allègue être victime de harcèlement psychologique à titre de nouveau recours lui permettant de ne plus côtoyer la personne qu'il considère comme harcelante. Plus précisément, l'employeur doit-il considérer ces restrictions médicales de ne pas être en présence d'un membre du personnel à titre de handicap, soit une caractéristique protégée par l'article 10 de la Charte québécoise ? Le cas échéant, quelles sont les conditions donnant ouverture à l'obliga-

7. Article 122 L.N.T. ; M.-J. SIGOUIN et L. BERNIER, préc., note 2, p. 102 et 104.
8. *Capital H.R.S.* c. *Teamsters Québec, section locale 69 (FTQ)*, 2006 CanLII 3293 (QC SAT), par. 37.
9. Marie-Josée SIGOUIN, Linda BERNIER et Mylène LUSSIER, *Gérer les problèmes de santé mentale au travail : pourquoi et comment ?*, Le Corre en bref, vol. 3, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 115 ; France CORMIER, « La victime de harcèlement psychologique et le processus de réadaptation professionnelle », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail (2007)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 137.
10. *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ c. C-12.

tion d'accommodement raisonnable de l'employeur et comment s'opère sa mise en œuvre dans un tel contexte ?

Dans un premier temps, nous reviendrons sur l'évolution de la notion de handicap, qui a accru considérablement la protection contre la discrimination des salariés atteints d'un problème de santé mentale en leur permettant d'invoquer l'obligation d'accommodement raisonnable de leur employeur (I). Dans un deuxième temps, à partir des développements jurisprudentiels émanant des instances spécialisées en droit du travail, nous démontrerons qu'une limitation fonctionnelle interdisant le contact entre un salarié et un collègue qu'il considère comme harcelant constitue un handicap au sens de la Charte québécoise, ce qui nous conduira à établir les jalons de la démarche d'accommodement raisonnable dans un contexte de harcèlement psychologique au travail. Des pistes de solutions seront aussi suggérées pour bien orienter les acteurs en présence d'une restriction médicale empêchant le contact entre deux collègues de travail (II).

I- L'OBLIGATION D'ACCOMMODEMENT RAISONNABLE EN MATIÈRE DE HANDICAP PSYCHIQUE

D'entrée de jeu, nous rappellerons brièvement les fondements et les fonctions de l'obligation d'accommodement raisonnable (1.1) et nous présenterons les conditions nécessaires à la mise en œuvre de cette obligation de nature quasi constitutionnelle (1.2). Par la suite, nous reviendrons sur les enseignements de la Cour suprême du Canada portant sur la notion de handicap figurant dans la Charte québécoise (1.3). En outre, une brève revue de littérature au sujet des problèmes de santé mentale en milieu de travail sera bénéfique à une meilleure compréhension de ce phénomène (1.4) de même qu'à une sensibilisation des acteurs impliqués (1.5).

1.1 Les fondements et les fonctions de l'accommodement raisonnable

Véritable création jurisprudentielle de la Cour suprême du Canada[11], l'obligation d'accommodement raisonnable est inhé-

11. *Commission ontarienne des droits de la personne* c. *Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536 ; Anne-Marie LAFLAMME, « L'obligation d'accommodement confé-

rente au droit à l'égalité de toute personne[12]. Selon l'auteur Pierre Bosset, il s'agit essentiellement d'une :

> […] obligation juridique, applicable dans une situation de discrimination, et consistant à aménager une norme ou une pratique de portée universelle dans les limites du raisonnable, en accordant un traitement différentiel à une personne qui, autrement, serait pénalisée par l'application d'une telle norme.[13]

Ainsi, l'objectif de l'obligation d'accommodement est la prise en compte des besoins spécifiques de certains individus, qui possèdent une ou plusieurs des caractéristiques personnelles protégées par l'article 10 de la Charte québécoise, afin d'éradiquer la discrimination dont ils sont victimes, et ce, par la mise en œuvre d'exception ou de modification aux normes adoptées en milieu de travail[14].

Comme l'enseigne le plus haut tribunal du pays dans l'arrêt *Hydro-Québec*, l'obligation d'accommodement a « pour objet d'empêcher que des personnes par ailleurs aptes ne soient injustement exclues, alors que les conditions de travail pourraient être adaptées sans créer de contrainte excessive »[15]. En effet, déjà dans l'arrêt *Meiorin*, ce même tribunal soulignait que « les aptitudes, les capacités et l'apport potentiel du demandeur et de ceux qui sont dans la même situation que lui doivent être respectés autant qu'il est possible de le faire »[16]. En définitive, l'employeur a l'obligation d'entreprendre une démarche individualisée visant à « aménager, si cela ne lui cause pas une contrainte excessive, le poste de tra-

---

re-t-elle aux personnes handicapées un droit à l'emploi ? », (2002) 62 *R. du B.* 125, p. 133.

12. *Id*.
13. Pierre BOSSET, « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable », dans Myriam JÉZÉQUEL (dir.), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? : des outils pour tous*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 10.
14. Marie-Josée SIGOUIN, Linda BERNIER et Jean-François SÉGUIN, *L'obligation d'accommodement : mythes et réalités*, Le Corre en bref, vol. 4, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 9 ; Maurice DRAPEAU, « Droit du travail. L'évolution de l'obligation d'accommodement à la lumière de l'arrêt *Meiorin* », (2001) 61 *R. du B.* 229, p. 306.
15. *Hydro-Québec* c. *Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, [2008] 2 R.C.S. 561, par. 14.
16. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission)* c. *BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3, par. 64.

vail ou les tâches de l'employé pour lui permettre de fournir sa prestation de travail »[17].

1.2 Les conditions donnant ouverture au processus d'accommodement

Le salarié qui invoque être victime d'un comportement discriminatoire devra faire la preuve de trois éléments, selon la prépondérance des probabilités, à savoir : (1) une distinction, exclusion ou préférence ; (2) fondée sur l'un des motifs discriminatoires énumérés à l'article 10 C.D.L.P. ; (3) qui a pour effet de compromettre l'exercice en toute égalité d'un droit ou d'une liberté garantie par la Charte québécoise[18]. En matière de restriction médicale de ne plus être en contact avec une autre personne, la distinction sera le plus souvent l'obligation de fournir sa prestation de travail en présence d'un collègue ou d'un supérieur visé par sa plainte de harcèlement, alors que sa condition médicale ne lui permet plus de le faire. Quant au motif de discrimination, il se rattachera généralement à la notion de handicap, tel que nous en discuterons subséquemment. Enfin, la compromission du droit prévu à la Charte est l'interdiction de discrimination en matière d'emploi consacrée à l'article 16 de la Charte québécoise. Rappelons qu'à cette étape, le travailleur doit présenter une preuve *prima facie* de discrimination, qui aura pour effet de renverser le fardeau de la preuve sur les épaules de l'employeur[19].

---

17. *Hydro-Québec* c. *Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, préc., note 15, par. 16 ; Jean-Yves BRIÈRE, Fernand MORIN, Dominic ROUX et Jean-Pierre VILLAGGI, *Le droit de l'emploi au Québec*, 4e éd., Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 2010, par. II-9.

18. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, [2015] 2 R.C.S. 789, par. 35 ; *Commission scolaire régionale de Chambly* c. *Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525 ; Christian BRUNELLE, « Les droits et libertés dans le contexte civil », dans Collection de droit 2014-15, École du Barreau du Québec, vol. 7, *Droit public et administratif*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 67 ; Henri BRUN, Pierre BRUN et Fannie LAFONTAINE, *Chartes des droits de la personne : législation, jurisprudence et doctrine*, 26e éd., coll. « Alter Ego », Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 2013, par. 10/9.

19. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 18, par. 37 et 64 ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Montréal (Ville) ; Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, par. 65-67 ; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission)* c. *BCGSEU*, préc.,

Dès lors, il appartiendra à l'employeur de réfuter l'allégation de discrimination ou de démontrer que sa norme est une exigence professionnelle justifiée (E.P.J.)[20]. Dans ce dernier cas, il devra notamment mettre en preuve qu'il « […] est impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que l'employeur subisse une contrainte excessive »[21]. C'est donc dire que l'employeur « doit tenir compte de facteurs concernant les capacités uniques ainsi que la valeur et la dignité inhérentes de chaque personne, dans la mesure où cela n'impose aucune contrainte excessive »[22]. En conséquence, l'employeur devra examiner les différentes façons de permettre l'exécution du travail selon les capacités du salarié victime de discrimination[23] et faire un effort réel dans la recherche de solutions de rechange[24].

1.3 L'interprétation large et libérale de la notion de handicap

Au tournant du nouveau millénaire, dans l'affaire *Ville de Montréal / Ville de Boisbriand*, la plus haute instance canadienne a rendu une décision marquante relativement à la définition du terme « handicap » prévu à l'article 10 de la Charte québécoise. En effet, la Cour suprême du Canada en vint à la conclusion que la notion de handicap doit bénéficier d'une interprétation large

---

note 16, par. 70 ; M.-J. SIGOUIN, L. BERNIER et J.-F. SÉGUIN, préc., note 14, p. 20.

20. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 18, par. 38 ; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission)* c. *BCGSEU*, préc., note 16, par. 50 ; Robert P. GAGNON, *Le droit du travail du Québec*, 7e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 45 ; A.-M. LAFLAMME, « L'obligation d'accommodement confère-t-elle aux personnes handicapées un droit à l'emploi ? », préc., note 11, p. 138.
21. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission)* c. *BCGSEU*, préc., note 16, par. 54.
22. *Id.*, par. 62.
23. *Id.*, par. 64.
24. *Id.*, par. 65 ; Anne-Marie LAFLAMME, « Le maintien en emploi du salarié handicapé : effets et limites de l'obligation d'accommodement en droit québécois », (2010) *Pistes*, vol. 12, nº 1, article 1, par. 25 ; M.-J. SIGOUIN, L. BERNIER et J.-F. SÉGUIN, préc., note 14, p. 13 ; Anne-Marie LAFLAMME, « La mise en œuvre de l'obligation d'accommodement raisonnable en cas d'incapacités : un vecteur d'intégration et de maintien en emploi des salariés handicapés », dans Roch LAFLAMME (coord.), *Quels accommodements raisonnables en milieu de travail ?, Actes du 63e Congrès des relations industrielles de l'Université Laval*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2008, p. 8 ; A.-M. LAFLAMME, préc., note 11, p. 140.

et libérale[25]. Suivant les enseignements de cet arrêt, le handicap comprend désormais autant les affections avec limitations fonctionnelles que celles n'occasionnant aucune limitation[26] ainsi que les perceptions subjectives de handicap[27]. Selon l'analyse multidimensionnelle élaborée par la plus haute juridiction au pays, la notion de handicap « peut résulter aussi bien d'une limitation physique que d'une affection, d'une construction sociale, d'une perception de limitation ou d'une combinaison de tous ces facteurs »[28]. Par conséquent, pour faire valoir ses droits, une victime estimant être discriminée en fonction de son handicap n'a pas nécessairement à prouver l'existence de limitations fonctionnelles ou d'une affection biomédicale quelconque, car la cause ou l'origine de ce handicap n'est d'aucune pertinence[29]. Ce sont plutôt les effets de la distinction ou de l'exclusion qui seront pris en compte par les tribunaux selon les circonstances[30].

Ainsi donc, l'interprétation large et libérale du handicap est venue remarquablement élargir la portée de la prohibition de la discrimination[31] envers divers problèmes de santé ou affections

---

25. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Montréal (Ville)* ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Boisbriand (Ville)*, préc., note 19, par. 71.
26. *Id.*, par. 41 et 72 ; M.-J. SIGOUIN, L. BERNIER et M. LUSSIER, préc., note 9, p. 89 ; Jocelyn F. RANCOURT, « L'obligation d'accommodement en matière de santé et de sécurité au travail : une nouvelle problématique », dans Service de la formation permamente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail (2004)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 126.
27. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Montréal (Ville)* ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Boisbriand (Ville)*, préc., note 19, par. 72 ; Anne-Marie LAFLAMME et Maude BÉGIN-ROBITAILLE, « Santé mentale et accommodements raisonnables au travail : mythe ou réalité ? », (2013) 54 *C. de D.* 389, p. 403 ; M.-J. SIGOUIN, L. BERNIER et M. LUSSIER, préc., note 9, p. 89 ; J.F. RANCOURT, préc., note 26, p. 126 ; A.-M. LAFLAMME, préc., note 11, p. 141.
28. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Montréal (Ville) ; Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Boisbriand (Ville)*, préc., note 19, par. 79.
29. *Id.*, par. 81.
30. *Id.*
31. Bernard CLICHE, Éric LATULIPPE, François BOUCHARD, Paule VEILLEUX et Isabelle ROYER, *Le harcèlement et les lésions psychologiques*, 2e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 292 ; Annick DESJARDINS, « Le droit à l'égalité et le mythe de la normalité », dans R. LAFLAMME (coord.), *Quels accommodements raisonnables en milieu de travail ?, Actes du 63e Congrès des relations industrielles de l'Université Laval*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2008, p. 44-45 ; Nathalie-Anne BÉLIVEAU et Sébastien LEBEL, « La conjugaison de l'obligation d'accommodement de l'employeur et de son droit de congédier pour

liés à l'état de santé, qui n'occasionnent pas nécessairement de limitations fonctionnelles[32]. Suivant cet élargissement de la notion de handicap, plusieurs affections psychiques ont été reconnues à titre de handicap[33] et ont permis à des salariés de conserver leur emploi, dans la mesure où un accommodement rendait possible l'exécution de leur prestation de travail. À titre d'illustration, ont été reconnus comme constituant un handicap les dépressions majeures, les crises de panique, les syndromes anxiodépressifs, les troubles de la personnalité[34] et même les dépendances comme l'alcoolisme, la toxicomanie et le jeu compulsif[35].

1.4 Les problèmes de santé mentale reliés au harcèlement psychologique

Certains problèmes de santé psychologique peuvent également se développer dans le cadre de l'exécution de la prestation de travail du salarié. En effet, le développement d'un trouble mental en milieu de travail est associé principalement au stress[36]. Son effet sur l'organisme variera en fonction de la perception subjec-

---

absentéisme : l'arrêt *Hydro-Québec* », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail (2008)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 139-140 ; Christian BRUNELLE, Michel COUTU et Gilles TRUDEAU, « La constitutionnalisation du droit du travail : un nouveau paradigme », (2007) *C. de D.* 5, p. 26 ; Micheline BOUCHARD, « Le salarié atteint d'une lésion psychologique : la fin d'emploi est-elle encore possible ? », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *L'ABC des cessations d'emploi et des indemnités de départ (2006)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 73-74 ; A.-M. LAFLAMME, préc., note 12, p. 140-142.

32. Jocelyn F. RANCOURT, préc., note 26, p. 127 ; Linda LAVOIE et Isabelle FORTIN, « L'obligation d'accommodement des commissions scolaires à l'égard des enseignants et des enseignantes victimes d'un handicap : état du droit et questions connexes », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'éducation (2002)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 36-37 ; M.-J. SIGOUIN, L. BERNIER et M. LUSSIER, préc., note 9, p. 90-91.
33. Annick DESJARDINS et Céline GIGUÈRE, « Santé mentale au travail : l'échec du droit à épouser une approche systémique », (2013) 54 *C. de D.* 359-388, p. 371 ; M.-J. SIGOUIN, L. BERNIER et J.-F. SÉGUIN, préc., note 14, p. 91 ; N.-A. BÉLIVEAU et S. LEBEL, préc., note 31, p. 154.
34. M.-J. SIGOUIN, L. BERNIER et M. LUSSIER, préc., note 9, p. 50-51 et 91 ; M. BOUCHARD, préc., note 31, p. 74 ; L. LAVOIE et I. FORTIN, préc., note 32, p. 36-37 ; A.-M. LAFLAMME, préc., note 11, p. 141.
35. A. DESJARDINS et C. GIGUÈRE, préc., note 33, p. 376 ; M.-J. SIGOUIN, L. BERNIER et M. LUSSIER, préc., note 9, p. 50-51 et 91 ; A.-M. LAFLAMME, préc., note 11, p. 141.
36. B. CLICHE, É. LATULIPPE, F. BOUCHARD, P. VEILLEUX et I. ROYER, préc., note 31, p. 319.

tive que l'individu accorde à l'intensité du facteur stressant[37]. La source de ce stress pourra être un stimulus présent au travail, que ce soit un évènement particulier, une personne[38], des relations interpersonnelles difficiles[39], etc. Sur cette question, M[es] Desjardins et Giguère font ressortir que :

> L'organisation déficiente du travail et les milieux de travail malsains peuvent entraîner des problèmes de santé mentale tels que l'épuisement professionnel, la dépression ou les troubles d'adaptation et aussi provoquer des situations de harcèlement causant des atteintes psychologiques à l'intégrité des individus aux prises avec ces comportements néfastes.[40]

Ce type de problème réfère à une condition psychologique qualifiée de *tableau mixte*. Ce dernier comporte à la fois une composante médicale, souvent un trouble d'adaptation ou une dépression situationnelle, et une composante administrative, c'est-à-dire que la maladie provient d'un stresseur dominant dans le milieu de travail, par exemple un conflit interpersonnel important[41]. Dans ce contexte, il est probable qu'un employé subissant des comportements harcelants d'un autre collègue ou de son supérieur puisse développer des symptômes en réaction à ce stresseur. C'est du moins ce que confirment les statistiques puisque les victimes de harcèlement psychologique souffriraient de détresse psychologique dans une proportion de 36,5 % de la population active par rapport à 14,6 % chez les personnes n'ayant pas subi de harcèlement[42].

D'ailleurs, il arrive fréquemment qu'un soutien psychologique ou une thérapie soit nécessaire pour la victime d'une situation de harcèlement psychologique[43]. Parmi les diagnostics possibles chez

---

37. *Id.*, p. 320.
38. *Id.*
39. M.-J. SIGOUIN, L. BERNIER et M. LUSSIER, préc., note 10, p. 8.
40. A. DESJARDINS et C. GIGUÈRE, préc., note 33, p. 326.
41. Michel BROCHU et Geneviève LAPOINTE, « Santé mentale et invalidité : droits, responsabilités et attentes légitimes », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail en éducation (2007)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 218.
42. A. DESJARDINS et C. GIGUÈRE, préc., note 33, p. 362 ; Michel VÉZINA et autres, « Santé mentale », dans Michel VÉZINA et autres, *Enquête québécoise sur des conditions de travail, d'emploi et de santé et de sécurité du travail (EQCOTESST)*, Québec, Institut national de santé publique du Québec, Institut de la statistique du Québec et Institut de recherche Robert-Sauvé en santé et en sécurité du travail, 2011, p. 591.
43. M.-J. SIGOUIN et L. BERNIER, préc., note 2, p. 102.

une victime de harcèlement au travail, on retrouve le plus fréquemment le développement d'un trouble de l'adaptation, dont « [d]eux des variables cruciales du facteur de stress […] sont sa durée et son intensité. Un stress aigu et limité dans le temps risque moins d'être pathogène que des stress récurrents durables »[44]. Ce pourra également être un syndrome anxiodépressif, une dépression ou un syndrome de stress post-traumatique[45]. Les symptômes les plus susceptibles d'être associés à ses maladies psychologiques sont les suivants : « insomnie, anxiété, tristesse, humeur labile, pleurs, perte de concentration, d'appétit, du goût de vivre, du contrôle de sa vie ; tendance au repli sur soi, sentiment de panique, d'être harcelé »[46] ainsi qu'irritabilité, stress et épuisement professionnel[47]. Pour en ajouter, les victimes de harcèlement psychologique :

> […] ressentent de la fatigue, du découragement, un manque d'intérêt, perdent le du (*sic*) goût de voir des amis ou de sortir. Elles finissent par se sentir épuisées, éprouvent des malaises (maux de tête, douleurs dorsales, colites, eczéma, etc.) et ont recours à des médicaments. Leur sommeil est agité, peu réparateur et souvent absent. Elles ont des crises d'angoisse, pleurent pour un rien, sombrent dans la dépression et utilisent fréquemment les arrêts de travail. Devant ce qui leur apparaît sans issue, il n'est pas rare qu'elles songent au suicide […].[48]

En somme, on constate que le harcèlement vécu au travail n'est pas sans laisser de traces sur le psychique d'une personne et peut avoir un effet assez dévastateur sur la santé mentale de celui qui en est victime[49].

---

44. B. CLICHE, É. LATULIPPE, F. BOUCHARD, P. VEILLEUX et I. ROYER, préc., note 31, p. 320.
45. Solange PRONOVOST, « La violence psychologique au travail à l'aune du régime d'indemnisation des lésions professionnelles », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail (2003)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 145.
46. *Id*.
47. F. CORMIER, préc., note 9, p. 115.
48. S. PRONOVOST, préc., note 45, p. 115.
49. Guy POIRIER et Robert L. RIVEST, « Les nouvelles normes de protection en cas de harcèlement psychologique au travail : une approche moderne », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail (2004)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 167.

1.5 L'incompréhension du phénomène et les préjugés associés aux troubles mentaux

Avant d'aborder plus en détail la question à l'étude, nous estimons pertinent de sensibiliser le lecteur sur l'incompréhension des problèmes de santé mentale toujours présente dans notre société. Malgré l'évolution jurisprudentielle remarquable de la notion d'accommodement et le développement de la littérature médicale sur les problèmes de santé mentale, il n'en demeure pas moins que ce phénomène continue de faire l'objet de stigmates et de préjugés[50], en plus d'être mal compris par plusieurs acteurs du monde du travail. Force est de constater qu'encore aujourd'hui, « [l]orsque la discrimination est *invisible pour les yeux*, les acteurs sociaux ont tendance à questionner la légitimité des mesures de redressement proposées pour assurer le droit à l'égalité »[51].

En raison de ce qui précède, il est possible qu'un billet médical prescrivant une interdiction d'être en présence d'un autre collègue soit perçu par l'employeur comme étant une préférence ou un simple caprice du salarié. Or, il faut bien comprendre que le milieu de travail peut avoir des conséquences dramatiques sur la santé psychologique d'un employé. Ces propos de la Cour d'appel du Québec en matière d'indemnisation du préjudice moral offrent une analogie parfaitement applicable à notre sujet et méritent d'être cités :

> Que le préjudice moral soit plus difficile à cerner ne diminue en rien la blessure qu'il constitue. J'irais même jusqu'à dire que parce qu'il est non apparent, le préjudice moral est d'autant plus pernicieux. Il affecte l'être humain dans son for intérieur, dans les ramifications de sa nature intime et détruit la sérénité à laquelle il aspire, il s'attaque à sa dignité et laisse l'individu ébranlé, seul à combattre les effets d'un mal qu'il porte en lui plutôt que sur sa personne ou sur ses biens.[52]

Par ailleurs, la Cour suprême ne disait-elle pas, au sujet de l'importance de l'emploi dans notre société, que « […] les conditions

50. A. DESJARDINS et C. GIGUÈRE, préc., note 33, p. 361 ; A.-M. LAFLAMME et M. BÉGIN-ROBITAILLE, préc., note 27, p. 392.
51. A. DESJARDINS, « Le droit à l'égalité et le mythe de la normalité », préc., note 31, p. 35.
52. *Bou Malhab* c. *Métromédia CMR Montréal inc.*, 2003 CanLII 47948 (QC CA), par. 63.

dans lesquelles une personne travaille sont très importantes pour ce qui est de façonner l'ensemble des aspects psychologiques, émotionnels et physiques de sa dignité et du respect qu'elle a d'elle-même »[53] ? En définitive, les divers intervenants en milieu de travail doivent se montrer plus sensibles aux problèmes de santé mentale, même si les conséquences peuvent parfois être difficilement perceptibles ou incomprises.

II- LES RESTRICTIONS MÉDICALES VISANT À EMPÊCHER LE CONTACT ENTRE UN SALARIÉ ET SON PRÉTENDU HARCELEUR

Afin d'identifier si des limitations fonctionnelles empêchant le contact entre deux individus peuvent être assimilées à un handicap, et ainsi permettre au salarié se disant victime de harcèlement de bénéficier de mesures d'accommodement, nous analyserons d'abord la jurisprudence portant sur la réadaptation professionnelle des victimes d'une lésion professionnelle, qui a été la première à se pencher sur la question (2.1), pour ensuite observer de quelle manière la jurisprudence en matière de relations du travail a été réceptive à l'égard de ce genre de restriction médicale (2.2). Cette étude nous conduira à proposer un cadre d'analyse pour l'employeur aux prises avec de telles restrictions médicales chez l'un de ses employés (2.3), en présentant les droits et les obligations de chaque acteur impliqué. Enfin, nous traiterons de l'impact de l'arrêt *Caron* prononcé par la Cour suprême, lequel vise à déterminer si le travailleur peut revendiquer une mesure d'accommodement raisonnable en sus du régime public de réparation des lésions professionnelles lorsque les évènements harcelants vécus au travail sont constitutifs d'une lésion professionnelle (2.4).

2.1 Les limitations fonctionnelles reconnues en vertu de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*

Selon la jurisprudence de la Commission des lésions professionnelles (ci-après « C.L.P. ») et de son successeur le Tribunal administratif du travail – division de la santé et de la sécurité du travail

53. *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, par. 91.

(ci-après « T.A.T.-S.S.T. »), une limitation fonctionnelle se définit comme étant « une restriction ou une réduction de la capacité physique ou psychique du travailleur à accomplir normalement une activité quotidienne de nature personnelle ou professionnelle »[54]. En matière de lésion psychique, la limitation vise à enrayer les « éléments stresseurs générant des situations anxiogènes »[55], et a donc pour objectif de prévenir une aggravation de la condition du salarié et d'assurer une stabilité de son état de santé[56]. Conformément à cette définition, les médecins traitants sont de plus en plus favorables à établir, dans un contexte de harcèlement, une restriction médicale indiquant que son patient doit éviter tout contact avec un autre employé ou un cadre hiérarchique[57].

Les premières décisions à reconnaître qu'il s'agit là de limitations fonctionnelles émanent de la C.L.P. Entre autres exemples, l'existence d'une limitation fonctionnelle fut reconnue pour un mécanicien qui ne devait plus travailler dans le même milieu que les collègues harcelants[58] ; pour une superviseure ayant fait l'objet de menaces à son intégrité physique de la part d'un employé col bleu, de ne plus avoir de contact avec des cols bleus[59] ; pour une superviseure, de ne pas être en contact avec le collègue de travail qui l'a menacée en feignant de foncer sur elle avec son véhicule[60] ; et pour un facteur ayant fait l'objet de menaces et subi une agression, de ne plus être en contact avec le collègue problématique[61]. Encore récemment, le T.A.T.-S.S.T. validait une limitation fonctionnelle émise à une préposée aux élèves handicapés, en l'occurrence de ne plus travailler dans le même établissement que la personne responsable du harcèlement vécu[62].

---

54. *Aciers Orford* et *St-Laurent*, 2015 QCCLP 5361, par. 62 ; Sophie CLOUTIER, « Le retour au travail avec des limitations fonctionnelles et la modification du plan individualisé de réadaptation », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail (2007)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 89. L'existence de limitations fonctionnelles permet notamment à la victime d'une lésion professionnelle de bénéficier des mesures de réadaptation prévues aux articles 145 et suivants L.A.T.M.P.
55. *Chartier* et *Montréal (Ville de) (Arrondissement Mercier/Hochelaga-Maisonneuve)*, 2010 QCCLP 4873, par. 120.
56. S. CLOUTIER, préc., note 54, p. 90.
57. M.-J. SIGOUIN, L. BERNIER et M. LUSSIER, préc., note 9, p. 115 ; F. CORMIER, préc., note 9, p. 137.
58. *Blouin* et *AFG Industries ltée*, 2007 QCCLP 2577, par. 11 et 21.
59. *Dionne* et *Montréal (Ville de)*, 2009 QCCLP 8549, par. 9 et 51.
60. *Auger* et *Société canadienne des postes*, 2015 QCCLP 1720, par. 15.
61. *Société canadienne des postes* et *Kurtz*, 2009 QCCLP 4896, par. 61 et 63.
62. *Commission scolaire des Bois-Francs* et *Marsan*, 2017 QCTAT 1548.

Dans les cas d'agression sexuelle au travail, la C.L.P. confirme la présence de limitations fonctionnelles concernant une restriction de ne pas côtoyer le collègue ayant harcelé sexuellement une agente correctionnelle[63] et « d'éviter de travailler en présence de la personne reconnue comme harceleur »[64] pour une agente administrative elle aussi harcelée sexuellement. Par ailleurs, lorsque le stresseur comprend une situation conflictuelle à l'égard de plusieurs salariés dans le milieu de travail, la limitation fonctionnelle pourra se définir par une interdiction de travailler pour cet employeur, même si les collègues en question n'ont pas été reconnus à titre de harceleurs[65]. Il va sans dire que ce type de limitation entraînera inévitablement une contrainte excessive pour un employeur n'ayant qu'un seul établissement.

En ce qui a trait à l'objectif de ces limitations fonctionnelles, la jurisprudence en matière de lésions professionnelles explique qu'elle vise à éliminer le stresseur à l'origine de la maladie développée par le salarié[66]. Dans la décision *Société canadienne des postes* et *Kurtz*, distinguant le volet administratif et médical d'une limitation fonctionnelle de ne plus être en contact avec le collègue problématique, le tribunal s'exprime comme suit :

> […] s'éloigner non seulement des menaces et des propos, mais surtout physiquement de l'agresseur, n'est pas uniquement une mesure thérapeutique, mais aussi une limitation fonctionnelle de nature préventive afin d'éviter une récidive, rechute ou aggravation et un nouvel épisode de symptômes […]. Il ne s'agit pas d'une mesure purement administrative […] et surtout, ce que la présence de l'agresseur responsable peut représenter pour le travailleur, le mettant à risque de vivre une nouvelle crise de symptômes connus et vécus déjà à deux reprises.[67]

Dans la même veine, l'affaire *Auger* et *Société canadienne des postes* est un exemple éloquent des effets anxiogènes qu'entraîne le non-respect d'une limitation fonctionnelle de ne plus travailler

63. *Gervais* et *Établissements de détention du Québec*, 2006 CanLII 67315 (QC CLP), par. 117.
64. *CSSS de Gatineau* et *Beaulieu*, 2010 QCCLP 8586, par. 51.
65. *Brochu* et *Fabrique Paroisse Notre-Dame-de-la-Paix*, 2010 QCCLP 477, par. 100 et 104.
66. *CSSS de Gatineau* et *Beaulieu*, préc., note 64, par. 53.
67. *Société canadienne des postes* et *Kurtz*, préc., note 61, par. 65.

en présence de son harceleur[68]. Bien que l'employeur ait congédié le salarié harcelant à la suite d'une enquête de harcèlement psychologique, voilà que le collègue se présente régulièrement sur les lieux du travail à titre de délégué syndical et ultimement, un arbitre de grief le réintègre dans ses fonctions à la même succursale que la travailleuse. La C.L.P. confirme alors que la travailleuse a été victime d'une rechute, récidive ou aggravation, en raison de la pression ressentie face à l'éventuel retour au travail de son agresseur[69]. Là-dessus, soulignons que le risque de rechute est sept fois plus élevé en matière de trouble mental par rapport aux autres motifs d'arrêt de travail[70].

Suivant ces exemples, une restriction médicale de ne pas être en contact avec un collègue constitue sans contredit une limitation fonctionnelle. Partant, « [o]n considère généralement qu'une personne est affectée d'un handicap lorsqu'elle présente des limitations d'ordre physique ou psychologique, de nature permanente ou temporaire »[71]. Confirmant cette approche, la plus haute cour canadienne est d'avis, dans l'arrêt *Caron*, que le travailleur atteint de limitations fonctionnelles à la suite d'une lésion professionnelle est handicapé au sens de l'article 10 de la Charte québécoise[72]. Compte tenu de ce qui précède, le fait d'être atteint de limitations fonctionnelles devrait logiquement amener le tribunal à conclure à l'existence d'un handicap, caractéristique protégée par le droit à l'égalité consacrée dans la Charte québécoise[73]. Voyons maintenant de quelle façon cette approche a été reçue par les instances spécialisées en matière de relations du travail, plus précisément à l'occasion de litiges soulevant une situation discriminatoire en emploi.

---

68. *Auger* et *Société canadienne des postes*, préc., note 60, par. 131-132.
69. *Id.*, par. 131 et 147.
70. B. CLICHE, É. LATULIPPE, F. BOUCHARD, P. VEILLEUX et I. ROYER, préc., note 31, p. 342.
71. M. BOUCHARD, préc., note 31, p. 74.
72. *Québec (Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail)* c. *Caron*, 2018 CSC 3, par. 35 à 37 et 50. Voir aussi : Sophie CLOUTIER, « La victime d'une lésion professionnelle a-t-elle droit à un accommodement raisonnable ? », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail (2010)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 277. Nous y reviendrons plus en détail : *infra* 2.4.
73. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Vézina)* c. *Entreprises D.S. Rochon et Frères inc.*, 2016 QCTDP 26, par. 54-57.

2.2 Les développements jurisprudentiels récents en matière de relations du travail

Il ressort de notre analyse que les arbitres de grief se montrent de plus en plus sensibles aux facteurs environnementaux du milieu de travail quant à leur influence sur la santé mentale d'un salarié. À titre d'exemple, dans l'affaire *Commission scolaire Kativik*[74], le tribunal d'arbitrage reconnaît que le fait de ne pas pouvoir travailler à un lieu de travail, en l'espèce il s'agissait de l'école où la travailleuse avait vécu des gestes qu'elle qualifiait de harcèlement[75], constitue un facteur déterminant et médicalement justifiable[76]. L'arbitre fait remarquer que même si la situation dénoncée « ne rencontrait pas la définition de harcèlement psychologique, la plaignante ne serait pas pour autant capable d'exécuter les tâches habituelles de son emploi »[77]. Il ajoute qu'il est impensable de retourner la plaignante dans son milieu alors que les facteurs stresseurs sont toujours présents et qu'elle n'est pas « guérie psychologiquement »[78]. Tout récemment, il a également été reconnu que la dépression et le trouble d'adaptation, dont était affligé un technicien en assainissement des eaux, constituaient un handicap, dans un contexte où les limitations fonctionnelles étaient l'incapacité de travailler à Rouyn-Noranda[79], soit un lieu de travail éloigné de sa résidence familiale.

Lorsque les facteurs stressants présents dans l'environnement de travail réfèrent à un ou des collègues de travail en particulier, la jurisprudence arbitrale a également évolué pour reconnaître qu'une restriction médicale empêchant d'être en présence d'un autre employé constitue un handicap. L'obligation d'accommodement a ainsi été reconnue à l'égard d'un laveur d'équipement qui, en raison d'un épisode dépressif majeur, s'était vu diagnostiquer une limitation de ne pas travailler plus de 24 heures par semaine et de réduire au maximum les possibilités d'interactions

74. *Association des employés du nord québécois* c. *Commission scolaire Kativik*, 2013 CanLII 10995 (QC SAT) (arbitre M^e^ Maureen Flynn).
75. *Id.*, par 187.
76. *Id.*, par. 181 et 187.
77. *Id.*, par. 188.
78. *Id.*, par. 189.
79. *Syndicat des technologues d'Hydro-Québec, section locale 957* et *Hydro-Québec, Direction Production – Région La Grande*, 2015 CanLII 76550 (QC SAT), par. 91-94, conf. en partie par 2017 QCCS 733.

avec ses collègues de travail[80]. Dans l'affaire *Québec (Ministère des Transports)* et *SFPQ*[81], une agente de bureau était atteinte à la fois d'un handicap physique, une paralysie cérébrale et d'un handicap psychologique[82], soit un problème relationnel sérieux lui causant beaucoup de stress au travail[83]. Au niveau des limitations et restrictions fonctionnelles permanentes en lien avec le diagnostic psychique, les experts concluent que la plaignante peut exercer ses tâches « dans un poste de travail comportant des interactions limitées avec les collègues de travail »[84]. Bien que cette restriction réponde à la notion de handicap, l'arbitre conclut que le manque de collaboration de la plaignante et son entêtement à vouloir retourner dans son ancien milieu de travail, malgré l'avis des experts médicaux, justifiaient le congédiement administratif[85].

D'autres décisions concernent des cas d'espèce dans lesquels le salarié avait déposé un grief contestant le harcèlement psychologique subi de même que le non-respect de l'obligation d'accommodement raisonnable de l'employeur. Ainsi, dans l'affaire *Curateur public du Québec* et *Association des juristes de l'État*[86], une avocate travaillant pour le Curateur public se disait victime de harcèlement psychologique de la part de deux de ses supérieurs. À la suite d'un arrêt de travail de deux ans en raison d'un trouble d'adaptation avec humeur dépressive, le médecin-arbitre ayant expertisé la travailleuse, en vertu de la convention collective applicable, a émis une limitation fonctionnelle permanente indiquant qu'elle « ne devrait plus retravailler dans le futur sous l'autorité et/ou la supervision directe ou indirecte des deux supérieurs identifiés »[87]. Ce qui est intéressant de cette décision, c'est qu'en dépit du fait que l'arbitre rejette le grief de harcèlement psychologique, au motif qu'il s'agit plutôt de gestes relevant des droits de direction[88], il conclut qu'une telle restriction médicale constitue un handi-

80. *Syndicat des salariés de la production de Lactantia (CSD)* et *Aliments Parmalat inc.*, D.T.E. 2007T-785 (T.A.), p. 12 (arbitre M^e^ Jean Gauvin).
81. *Québec (Ministère des Transports)* et *Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec (SFPQ)*, D.T.E. 2013T-436 (T.A.) (arbitre Pierre A. Fortin).
82. *Id.*, par. 93.
83. *Id.*, par. 102.
84. *Id.*, par. 96.
85. *Id.*, par. 107.
86. *Curateur public du Québec* et *Association des juristes de l'État*, 2014 CanLII 75994 (QC SAT) (arbitre René Beaupré).
87. *Id.*, par. 162.
88. *Id.*, par. 335-336.

cap au sens de la Charte et que l'employeur avait effectivement l'obligation d'accommoder la salariée[89]. En l'espèce, l'obligation de travailler sous la supervision des supérieurs visés par la limitation fonctionnelle était discriminatoire[90]. Cependant, selon les circonstances propres à cette affaire, l'employeur avait réussi à démontrer l'existence d'une contrainte excessive[91]. En effet, il avait accordé un congé sans solde d'une période de six mois pour aider la travailleuse à se retrouver un nouvel emploi[92], à la fin duquel aucun poste n'était disponible[93]. Fait important à noter, l'arbitre précise que l'obligation d'accommodement ne s'étend pas au-delà de l'organisme public pour lequel travaille la plaignante et elle ne peut requérir un emploi ailleurs dans la fonction publique[94].

Dans une autre affaire, selon les certificats médicaux de son médecin traitant, une infirmière auxiliaire devait retourner dans un milieu de travail différent sans contact avec ses consœurs faisant l'objet d'une plainte de harcèlement psychologique[95]. Aux yeux de l'arbitre, le fait qu'une plainte de harcèlement soit pendante, qu'elle soit recevable ou non, constitue une « prémisse extrêmement importante » que l'employeur ne peut ignorer dans la démarche d'accommodement de retour au travail[96]. De surcroît, la restriction médicale d'une vérificatrice fiscale mentionnant qu'elle ne doit pas travailler au sein du même établissement[97] a également été reconnue comme donnant droit à une démarche d'accommodement raisonnable[98], et ce, malgré le fait que le grief de harcèlement psychologique fut rejeté[99].

De son côté, la Commission des relations du travail (aujourd'hui le Tribunal administratif du travail – division des relations du travail) a elle aussi reconnu, dans un cas où un superviseur

89. *Id.*, par. 347.
90. *Id.*, par. 345-346.
91. *Id.*, par. 380-381 et 400.
92. *Id.*, par. 370 et 380.
93. *Id.*, par. 379.
94. *Id.*, par. 373 et 377.
95. *Syndicat des professionnelles en soins de Québec (SPSQ – FIQ)* et *Centre de santé et de services sociaux de Beauce*, D.T.E. 2014T-138 (T.A.), par. 2, 168 et 179 (arbitre M[e] Francine Beaulieu).
96. *Id.*, par. 162 et 169.
97. *Syndicat de la fonction publique* et *Québec (Gouvernement du)*, AZ-50694563 (T.A.), 5-10-2010, par. 373 (arbitre M[e] Maureen Flynn).
98. *Id.*, par. 375-376.
99. *Id.*, par. 369.

d'opération alléguait être victime de harcèlement psychologique de la part de collègues et de son supérieur immédiat, que la limitation fonctionnelle de ne pas occuper son poste de gestion au sein de son ancien département[100] obligeait l'employeur à l'accommoder[101]. Encore une fois, le rejet de la plainte de harcèlement psychologique[102] n'a rien changé au niveau de l'obligation d'accommodement, qui s'intéresse plutôt au volet médical dans une perspective de droit à l'égalité. Au final, ces brèves illustrations confirment que, de plus en plus, les décideurs en droit du travail estiment que l'obligation d'accommodement se déclenche face à une limitation fonctionnelle empêchant de côtoyer un collègue harcelant, cette dernière étant désormais reconnue à titre de handicap au sens de l'article 10 de la Charte québécoise. Les employeurs devront donc se montrer plus prudents face à de tels certificats médicaux et investiguer davantage la situation.

2.3 Le cadre d'analyse pour gérer les restrictions médicales interdisant le contact entre deux collègues de travail

Dans l'optique où un professionnel de la santé émet des restrictions médicales visant à empêcher le contact entre deux protagonistes, chacune des parties à la relation d'emploi a des droits et des obligations que nous expliciterons successivement pour le salarié (2.3.1) et l'employeur (2.3.2), et ce, dans un contexte où des gestes de harcèlement psychologique sont allégués.

2.3.1 Les droits et les obligations du salarié

Bien qu'une limitation fonctionnelle de ne plus être en contact avec un collègue de travail ou un cadre hiérarchique puisse désormais constituer un handicap au sens de la Charte québécoise, il faut à tout le moins que le médecin traitant identifie le plus précisément possible les stresseurs présents dans l'emploi de son patient[103] et les données à l'origine du problème psychique[104]. En ce sens, l'axe IV du DSM V, manuel diagnostique et statistique

100. *M.G.* c. *Bombardier inc.*, 2010 QCCRT 416, par. 152 (commissaire Gaëtan Breton).
101. *Id.*, par. 152-153 et 159-160.
102. *Id.*, par. 142.
103. M. BROCHU et G. LAPOINTE, préc., note 41, p. 266.
104. *Id.*, p. 267.

des troubles mentaux, sera fort utile pour identifier les facteurs reliés au contexte de travail ayant contribué au développement de la maladie mentale dont est atteint le salarié[105].

Par le fait même, « le médecin traitant doit également être vigilant et ne pas adhérer, sans la remettre en question, à la théorie d'attribution du patient »[106]. Son rôle n'est surtout pas de se transformer en procureur pour son patient[107]. De plus, parce que des affections dites normales telles qu'un rhume sont exclues de la notion de handicap[108], il faudra bien s'assurer que les limitations ne sont pas établies uniquement pour assurer un climat de travail sécuritaire, mais bien pour empêcher, d'un point de vue médical, le risque de rechute chez le salarié ayant développé une maladie en réaction au contact avec l'employé harcelant. En d'autres termes, ce recours ne doit pas être une façon détournée pour un employé de choisir avec quels collègues il souhaite réaliser sa prestation de travail.

Une fois la limitation fonctionnelle émise par le médecin du salarié, celui-ci a l'obligation d'en informer son employeur et de fournir tous les renseignements nécessaires quant à sa condition mentale, en plus d'offrir sa pleine collaboration à la recherche d'un accommodement[109]. Advenant le cas où l'employeur refuse de l'accommoder, le salarié devra soumettre devant le forum compétent une preuve *prima facie* qu'il a été discriminé en raison de son handicap. Ce sera à l'employeur, par la suite, d'établir que la condition du salarié ne satisfait pas à la notion de handicap, notamment par une preuve au sujet de sa capacité réelle de travail[110]. Sur cette question, la professeure Anne-Marie Laflamme explique que la qualification du handicap pose rarement problème devant les décideurs spécialisés en matière d'emploi, en raison de l'inter-

105. B. CLICHE, É. LATULIPPE, F. BOUCHARD, P. VEILLEUX et I. ROYER, préc., note 31, p. 330 et 336.
106. M. BROCHU et G. LAPOINTE, préc., note 41, p. 266.
107. *Id.*, p. 269.
108. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Montréal (Ville)* ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Boisbriand (Ville)*, préc., note 19, par. 82.
109. M.-J. SIGOUIN, L. BERNIER et J.-F. SÉGUIN, préc., note 14, p. 28-29 ; M. BROCHU et G. LAPOINTE, préc., note 41, p. 255.
110. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Montréal (Ville)* ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Boisbriand (Ville)*, préc., note 19, par. 66 et 67.

prétation large dont cette notion profite[111]. C'est donc au niveau de l'existence d'une contrainte excessive que s'articulera habituellement le débat, d'où l'importance pour l'employeur d'examiner toutes les solutions envisageables. Pour sa part, le salarié devra faire preuve de souplesse et collaborer pleinement à la recherche d'une mesure d'accommodement. À noter qu'en milieu syndiqué, l'association de salariés aura elle aussi son rôle à jouer.

À la lumière des principes applicables, il semble inévitable qu'une maladie soit présente puisque ce sont les conséquences médicales du harcèlement vécu qui donneront naissance à l'obligation d'accommodement. Selon nous, en l'absence de diagnostic psychiatrique, la seule présence de harcèlement psychologique ne constitue pas un handicap et on parlera, dans ce cas, d'une *situation administrative prépondérante*[112]. Force est d'admettre toutefois qu'il peut certes paraître discutable qu'une victime de harcèlement doive attendre de tomber malade avant de bénéficier d'un recours efficace pour ne plus être en contact avec son présumé harceleur…

2.3.2 Les droits et les obligations de l'employeur

Aussitôt qu'un employé présente un document médical identifiant des restrictions médicales, l'employeur aura le droit de demander des précisions au médecin traitant ou, en cas de doute au sujet de leur bien-fondé, il pourra faire expertiser le salarié par son propre expert médical, ce qui relève de son droit de gérance[113]. Par ce moyen, l'employeur s'assure de valider la véracité et la portée des limitations fonctionnelles du salarié ainsi que leur caractère temporaire ou permanent, en plus d'obtenir des informations utiles pour faciliter le retour au travail[114]. L'existence d'un diagnostic de problème de santé mentale donne alors ouverture au processus d'accommodement, celui-ci constituant un handicap au sens de l'article 10 de la Charte québécoise[115]. Précisons qu'il est pos-

111. A.-M. LAFLAMME et M. BÉGIN-ROBITAILLE, préc., note 27, p. 406.
112. M. BROCHU et G. LAPOINTE, préc., note 41, p. 218-219.
113. *Id.*, p. 224 ; M.-J. SIGOUIN, L. BERNIER et J.-F. SÉGUIN, préc., note 14, p. 93-94 ; M. BOUCHARD, préc., note 31, p. 71.
114. B. CLICHE, É. LATULIPPE, F. BOUCHARD, P. VEILLEUX et I. ROYER, préc., note 31, p. 351 et 358 ; M.-J. SIGOUIN, L. BERNIER et M. LUSSIER, préc., note 9, p. 55 ; M. BROCHU et G. LAPOINTE, préc., note 41, p. 224 et 227 ; M. BOUCHARD, préc., note 31, p. 71.
115. M. BROCHU et G. LAPOINTE, préc., note 41, p. 223-224.

sible que ce soit le médecin traitant de l'employé ou le psychiatre mandaté par l'employeur qui relèvera une limitation fonctionnelle visant à empêcher le contact avec le collègue harcelant.

Par ailleurs, en présence d'une limitation fonctionnelle de ne plus côtoyer un autre employé ou un cadre, l'affaire *Chantal Gervais* rappelle que de telles restrictions ne doivent pas faire l'objet d'une interprétation trop restrictive[116] :

> Le tribunal estime que cette limitation fonctionnelle n'empêche pas tout contact visuel ou toute rencontre fortuite dans la vie personnelle de la travailleuse comme il en serait dans la vie professionnelle de cette dernière. Certes, il doit être mis en place des mesures qui favorisent maximalement d'éviter tout contact, il s'agit de l'attitude la plus prudente. Mais cette attitude, plus que prudente, ne doit pas devenir le motif principal et le seul empêchement qui justifierait de ne pas offrir à la travailleuse un emploi adapté ou équivalent. La réalité quotidienne doit également être prise en compte. […][117]

Plus précisément, une décision rendue en 2017 confirme que la limitation fonctionnelle de ne plus travailler en contact avec la salariée responsable du harcèlement au travail n'a pas pour objectif d'éviter tout contact ponctuel ou occasionnel, mais simplement de faire en sorte que les deux salariées en conflit ne travailleront pas au sein du même établissement de l'employeur[118]. Ces principes élaborés en contexte de lésion professionnelle nous semblent tout à fait transposables à l'analyse de l'existence d'une contrainte excessive, au terme d'une démarche d'accommodement raisonnable.

Ensuite, il faudra s'attarder aux solutions envisageables, dont les mesures d'accommodement les plus appropriées pour ce type de handicap pourront être la modification de l'horaire de travail[119], le changement de quart de travail[120] et le déplacement

---

116. F. CORMIER, préc., note 9, p. 122.
117. *Gervais* et *Établissements de détention du Québec*, préc., note 63, par. 153.
118. *Commission scolaire des Bois-Francs* et *Marsan*, préc., note 62, par. 41-42.
119. *Hydro-Québec* c. *Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, préc., note 15, par. 17 ; A.-M. LAFLAMME et M. BÉGIN-ROBITAILLE, préc., note 27, p. 403 ; M.-J. SIGOUIN, L. BERNIER et J.-F. SÉGUIN, préc., note 14, p. 95 ; M.-J. SIGOUIN, L. BERNIER et M. LUSSIER, préc., note 9, p. 53.
120. M.-J. SIGOUIN, L. BERNIER et J.-F. SÉGUIN, préc., note 14, p. 95.

de personnel[121]. Là-dessus, il semble acquis que cette obligation d'accommodement s'étende au-delà du département au sein duquel travaille le salarié et même à l'extérieur de l'unité de négociation[122]. Cependant, il y a une distinction importante à faire entre le recours pour harcèlement psychologique et l'obligation d'accommodement quant à l'identité du collègue qui s'expose à un déplacement de département ou de lieu de travail. Étant donné que c'est le salarié se disant victime de harcèlement qui réclame une mesure d'accommodement, dans cette situation particulière, ce sera celui-ci qui sera déplacé et non pas le prétendu harceleur, à moins que ce dernier consente à être lui-même déplacé. En effet, l'employé exigeant un accommodement doit être prêt à faire des compromis[123], et ne peut exiger le déplacement et encore moins le congédiement du collègue harceleur comme mesure d'accommodement[124].

À l'évidence, une limitation fonctionnelle voulant qu'un employé ne puisse plus travailler en présence d'un autre collègue de travail pourra constituer une contrainte excessive lorsque l'employeur n'est pas en mesure de trouver un poste empêchant le contact entre la victime et le présumé harceleur, les solutions de rechange étant plus limitées dans les petites entreprises[125]. Bien entendu, les ressources de l'employeur et les caractéristiques particulières de chaque cas d'espèce influeront sur la possibilité de mettre en place ces mesures, la limite étant la contrainte excessive. Soulignons d'ailleurs que l'identification d'une contrainte excessive par l'employeur ne doit pas reposer sur des perceptions, préjugés ou impressions[126]. Enfin, il est primordial pour l'employeur de bien documenter chacune des étapes de la démarche qu'il entreprend[127] et de faire de véritables efforts d'accommodement.

---

121. *Hydro-Québec* c. *Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, préc., note 15, par. 17 ; A.-M. LAFLAMME et M. BÉGIN-ROBITAILLE, préc., note 27, p. 403.
122. A.-M. LAFLAMME, « Le maintien en emploi du salarié handicapé : effets et limites de l'obligation d'accommodement en droit québécois », préc., note 24, par. 25 ; M.-J. SIGOUIN, L. BERNIER et J.-F. SÉGUIN, préc., note 14, p. 23-27 ; A.-M. LAFLAMME, préc., note 11, p. 147 et 151.
123. M. BROCHU et G. LAPOINTE, préc., note 41, p. 255.
124. *Blouin* et *AFG Industries ltée*, préc., note 58, par. 35.
125. A.-M. LAFLAMME, « La mise en œuvre de l'obligation d'accommodement raisonnable en cas d'incapacités : un vecteur d'intégration et de maintien en emploi des salariés handicapés », préc., note 24, p. 8 ; A.-M. LAFLAMME, « Le maintien en emploi du salarié handicapé : effets et limites de l'obligation d'accommodement en droit québécois », préc., note 24, par. 25.
126. M.-J. SIGOUIN, L. BERNIER et J.-F. SÉGUIN, préc., note 14, p. 20.
127. M.-J. SIGOUIN, L. BERNIER et J.-F. SÉGUIN, préc., note 14, p. 22, 28 et 39.

À l'inverse, en ne respectant pas une limitation fonctionnelle de ne pas être en contact avec autrui, l'employeur se trouve à exposer le salarié à un risque de rechute[128], en plus de contrevenir potentiellement à l'article 51 de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* (ci-après « L.S.S.T. »)[129], lui imposant de protéger la santé, la sécurité et l'intégrité physique de ses salariés[130]. D'ailleurs plusieurs autres dispositions législatives soumettent l'employeur à une telle obligation[131]. Il importe d'insister sur le fait que le retour au travail d'une personne ayant eu un trouble de santé mentale causé par le climat de travail « fait partie d'un processus continu à travers lequel la santé du salarié se reconstruit graduellement »[132]. Par conséquent, « l'amélioration des conditions de travail au moment du retour au travail est un déterminant majeur d'une réintégration réussie, du maintien en emploi et d'un état de santé psychologique favorable à plus long terme »[133]. En maintenant le *statu quo,* l'employeur s'expose à médicaliser à répétition le problème[134], qui deviendra récurrent en l'absence de solution fructueuse. Pour tout dire, l'employeur ne peut plus d'emblée ignorer de telles restrictions médicales visant à empêcher le contact entre deux employés, sans quoi il s'expose à se faire reprocher l'absence totale de démarche d'accommodement à l'égard du salarié, ce qui n'est pas sans avoir de lourdes conséquences pour l'entreprise.

2.4 L'impact de l'arrêt *Caron* : la compatibilité de l'obligation d'accommodement raisonnable et du régime public de réparation des lésions professionnelles

Jusqu'à tout récemment, le cadre d'analyse proposé dans cet article aurait été inapplicable au travailleur dont le harcèlement subi a entraîné une lésion professionnelle. En effet, dans l'hypothèse selon laquelle le harcèlement vécu au travail se qualifie à titre d'évènement imprévu et soudain, c'est-à-dire que, par leur

128. *Dionne* et *Montréal (Ville de)*, préc., note 59, par. 66.
129. *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, RLRQ c. S-2.1.
130. *Dionne* et *Montréal (Ville de)*, préc., note 59, par. 58.
131. Article 2087 *Code civil du Québec*, RLRQ c. C-1991 ; article 46 C.D.L.P. ; article 81.19 L.N.T. ; article 9 L.S.S.T. ; M.-J. SIGOUIN, L. BERNIER et M. LUSSIER, préc., note 9, p. 6-7 ; M. BROCHU et G. LAPOINTE, préc., note 41, p. 221-222.
132. A.-M. LAFLAMME et M. BÉGIN-ROBITAILLE, préc., note 27, p. 395.
133. A. DESJARDINS et C. GIGUÈRE, préc., note 33, p. 364.
134. M. BROCHU et G. LAPOINTE, préc., note 41, p. 267.

juxtaposition, les gestes harcelants « débordent le cadre normal et habituel du travail »[135], et qu'au surplus, le travailleur a développé une maladie psychique en lien avec cet épisode, il serait alors victime d'un accident du travail[136]. De ce fait, il serait exclusivement soumis au régime public de réparation des lésions professionnelles institué par la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*[137] (ci-après « L.A.T.M.P. »). Le travailleur serait ainsi dans l'impossibilité d'invoquer l'obligation d'accommodement raisonnable de son employeur, car la jurisprudence unanime de la C.L.P. et du T.A.T.-S.S.T. considère que toutes les mesures d'« accommodement » que le législateur entendait accorder à la victime d'une lésion professionnelle sont limitées à celles édictées dans la L.A.T.M.P.[138].

Or, cette approche a été écartée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Caron*[139] prononcé le 1er février 2018. Considérant qu'« [i]l n'existe aucune raison de priver quelqu'un qui devient invalide par suite d'un accident *du travail* des principes applicables à toutes les personnes invalides »[140], le plus haut tribunal canadien conclut que la L.A.T.M.P. doit être interprétée et appliquée conformément à l'obligation d'accommodement raisonnable inhérente au droit à l'égalité garanti par l'article 10 de la Charte québécoise[141]. Ainsi, la Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail (ci-après « C.N.E.S.S.T. ») ainsi que le T.A.T.-S.S.T., tous deux chargés d'appliquer le régime public de la L.A.T.M.P., auront pour mission d'« imposer à l'employeur des mesures d'accommodement raisonnablement possibles à l'égard de la lésion subie par le travailleur invalide et des circonstances qui en découlent », lors de la mise en œuvre de son droit au retour au travail[142]. C'est donc dire que suivant l'approche modifiée qu'impose l'arrêt *Caron*, les employeurs doivent désormais respecter

---

135. *A.M.* et *Commission scolaire A*, 2017 QCTAT 962, par. 320-321 ; *F.E.* et *Résidence A*, 2012 QCCLP 5050, par. 25-26.
136. Article 2 L.A.T.M.P.
137. RLRQ c. A-3.001.
138. *Tremblay* et *Automobiles Chicoutimi (1986) inc.*, 2015 QCCLP 2278 ; *Lebrun* et *Société de transport de Montréal (Réseau des autobus)*, 2007 QCCLP 1668 ; *Lahreche* et *Provigo (Division Montréal detail)*, [2003] C.L.P. 1708 ; *Lizotte* et *R.S.S.S. M.R.C. Maskinongé*, [2003] C.L.P. 463.
139. *Québec (Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail)* c. *Caron*, préc., note 72.
140. *Id.*, par. 35.
141. *Id.*, par. 35-37 et 51.
142. *Id.*, par. 51. Ce droit est prévu aux articles 236, 239 et 240 L.A.T.M.P.

leur obligation d'accommodement raisonnable, tant à l'égard d'un travailleur dont le handicap découle d'une condition personnelle que pour celui dont le handicap est la résultante d'une lésion professionnelle. Au final, le récent arrêt *Caron* vient renforcer le cadre d'analyse que nous avons établi précédemment puisque la possibilité d'exiger une mesure d'accommodement raisonnable pour empêcher le contact avec un collègue de travail prétendument harcelant s'ouvre à l'ensemble des salariés, y compris ceux dont les éléments constitutifs du harcèlement satisfont les critères de la définition d'accident du travail.

CONCLUSION

En conformité avec l'interprétation large et libérale de la notion de handicap et de l'évolution jurisprudentielle dont nous avons fait état en matière de santé mentale, les limitations fonctionnelles interdisant le contact avec un autre collègue de travail ou un supérieur hiérarchique ont graduellement été reconnues à titre de handicap. Suivant l'état actuel du droit, il faut retenir qu'un employeur ne peut plus se permettre d'ignorer une telle restriction médicale.

De cette façon, le travailleur subissant du harcèlement psychologique en milieu de travail et qui n'est plus en mesure, pour des raisons de santé, d'exécuter sa prestation de travail en présence du collègue harcelant bénéficie en quelque sorte d'un recours alternatif pour exercer son droit à un milieu de travail sain et sécuritaire. Cela a pour avantage de lui assurer un milieu exempt de harcèlement, avant même qu'une instance n'ait définitivement disposé de sa plainte et ultimement, malgré le fait que celle-ci puisse être rejetée au motif qu'elle ne satisfait pas tous les critères de la définition de harcèlement psychologique. La démarche d'accommodement raisonnable offre également une voie intéressante à l'employeur pour solutionner le problème relationnel au travail en permettant des déplacements pour séparer les deux protagonistes en conflit. Enfin, n'oublions pas que plus rapidement le dénouement du dossier administratif survient, moins longue sera la durée de l'invalidité du salarié concerné et plus harmonieux sera son retour au travail[143].

143. M. BROCHU et G. LAPOINTE, préc., note 41, p. 266.

En fin de compte, le recours à la Charte québécoise et plus particulièrement la marge d'interprétation créative que confèrent les droits et libertés qui y sont garantis permettent d'accroître la protection des travailleurs et d'entrevoir des recours alternatifs face à l'inadéquation des protections offertes par les lois spécifiques en matière d'emploi, en l'occurrence celle à l'encontre du harcèlement psychologique. Ainsi, il s'agit d'un cas d'expérimentation en droit porteur d'espoir, qui démontre que l'activité interprétative du juriste peut être un vecteur de l'amélioration du travail[144].

144. Ce texte s'inscrit dans le cadre du nouveau partenariat CRIMT-CRSH sur l'expérimentation institutionnelle et l'amélioration du travail (« Institutional Experimentation for Better Work Partnership Project »).

Réflexions sur la lutte contre la maltraitance envers les aînés et le rôle des conseillers juridiques

M^e Christine MORIN

Résumé

Rédigé après l'entrée en vigueur de la *Loi visant à lutter contre la maltraitance envers les aînés et toute autre personne majeure en situation de vulnérabilité*, le présent texte porte sur le rôle des conseillers juridiques auprès des personnes aînées ou en situation de vulnérabilité.

Après avoir décrit et commenté les principales mesures prévues dans la nouvelle loi, l'auteure présente les résultats d'une recherche empirique récente sur les personnes aînées et leurs finances qui font ressortir différents besoins juridiques auxquels il faudrait répondre pour prévenir la maltraitance financière. À la lumière de ces données, elle étudie les incidences de cette loi sur la pratique des avocats et des notaires. Elle discute ainsi de l'aspect préventif du travail des conseillers juridiques, notamment au moment de la rédaction d'une procuration ou d'un mandat de protection. L'auteure traite également de l'intervention du conseiller juridique qui est témoin d'une situation de maltraitance au regard de son devoir de préserver le secret professionnel. Ultimement, elle tend à démontrer que les conseillers juridiques font partie des acteurs qui sont interpellés par la lutte pour contrer la maltraitance ou l'exploitation financière des aînés et qu'ils peuvent jouer un rôle proactif à cet égard.

Réflexions sur la lutte contre la maltraitance envers les aînés et le rôle des conseillers juridiques

M^e Christine MORIN*

Introduction 507

1. La *Loi visant à lutter contre la maltraitance envers les aînés et toute autre personne majeure en situation de vulnérabilité* 512

   1.1 Des mesures de prévention de la maltraitance 516

   1.2 Des mesures facilitant l'intervention 520

2. Quelques données récentes sur les aînés et sur leurs finances 526

   2.1 Certaines habitudes des aînés 527

   2.2 Certaines connaissances des aînés et la méconnaissance de leurs droits 532

* Professeure titulaire de la Chaire de recherche Antoine-Turmel sur la protection juridique des aînés, de la Faculté de droit de l'Université Laval, et notaire émérite. Le texte a été complété le 1er février 2018. L'auteure remercie M^me Raymonde Crête, professeure, qui a accepté de lire et de commenter la première version du présent texte et M^e Katherine Champagne qui l'a révisé. Elle remercie également M^mes Marie J. Lachance, Jacinthe Cloutier et Patricia Long ainsi que l'équipe d'Option consommateurs qui ont généreusement accepté de lui fournir un exemplaire du rapport regroupant les données recueillies auprès de personnes aînées, qui sont discutées dans son texte.

3. Le rôle des conseillers juridiques en matière de lutte contre la maltraitance 535

3.1 La situation en amont 536

3.2 La situation en aval 543

Conclusion 548

INTRODUCTION

Le vieillissement de la population est un thème d'intérêt juridique, particulièrement en ce moment. L'existence de différentes expressions qui font référence à l'étude des droits des personnes aînées[1], tant au Québec qu'à l'international, le confirme. Que l'on se reporte au droit des aînés, au droit gérontologique ou à l'*Elder Law*, les multiples expressions employées témoignent de l'attention accordée par les juristes aux droits des personnes aînées, que ce soit dans leurs recherches ou leurs enseignements[2]. Les sujets d'intérêt sont nombreux et diversifiés, le vieillissement de la population représentant à la fois « des perspectives intéressantes et des défis »[3], qu'il s'agisse, entre autres, de droit de la santé, de discri-

1. Dans notre texte, nous emploierons indistinctement les expressions « personnes âgées » et « personnes aînées ». Selon le dictionnaire *Le Petit Robert*, le terme « âgé » signifie « qui est d'un âge avancé », alors que le terme « aîné » fait référence à « qui est né le premier » ou « personne plus âgée que telle autre » : *Le Petit Robert*, Paris, Le Robert, 2017, p. 47 et 57. La *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 48 (ci-après « Charte québécoise ») emploie l'expression « personne âgée ». Sur le sujet, voir Marie-Hélène DUFOUR, « Définitions et manifestations du phénomène de l'exploitation financière des personnes âgées », (2014) 44-2 *Revue générale de droit* 235, 241.
2. À titre d'exemples : CENTRE CANADIEN D'ÉTUDES SUR LE DROIT DES AÎNÉS, *Passer de l'enquête à la stratégie : examen de cas représentatifs de mauvais traitements et de négligence envers les aînés dans la jurisprudence canadienne*, rapport préparé pour la Division du vieillissement et des aînés, Agence de la santé publique du Canada, dans le cadre de l'Initiative fédérale de lutte contre les mauvais traitements envers les aînés, 1991 [ressource électronique]; Israel DORON et Ann SODEN (dir.), *Beyond Elder Law : New Directions in Law and Aging*, Berlin et New York, Springer, 2012 [ressource électronique]; Sylvie FERRÉ-ANDRÉ, « Introduction au « droit gérontologique » », Defrénois, 30 janvier 2009 nº 2, p. 121 (38880); Sylvie FERRÉ-ANDRÉ, « Le mandat de protection future français dans le contexte d'émergence d'un droit « gérontologique » ou comment la France appréhende les soins de vieillesse », (2009) 111 *R. du N.* 299; Allan GOLD, *Elder Law in Canada*, Calgary, Alberta, Practitioners' Press, 2005; Claire HÉRIN, « Droit gérontologique : le développement du volet social et sanitaire », Droit de la famille – Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur – Octobre 2016; NAELA Journal, Tucson, National Academy of Elder Law Attorneys, 2005 [périodique électronique]; Ann SODEN, *Advising the Older Client*, Markham, Ontario, Lexis Nexis Butterworths, 2005.
3. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Vieillir et vivre ensemble : chez soi, dans sa communauté, au Québec*, Québec, Ministère de la Famille et des Aînés, 2012, p. 54. En ligne : www4.gouv.qc.ca/fr/Portail/citoyens/programme-service/Pages/Info.aspx?sqctype=sujet&sqcid=406.

mination fondée sur l'âge, de planification successorale, de régimes de protection, mais aussi d'exploitation des personnes aînées[4].

Le phénomène de la maltraitance envers les personnes aînées constitue un problème social dont les manifestations, les conséquences ainsi que les moyens de prévention, de détection et d'intervention interpellent de nombreux acteurs de différents milieux[5]. Au Canada, des études révèlent que de 4 à 7 % des personnes aînées vivant à domicile sont aux prises avec au moins un type de maltraitance infligée par leurs proches[6]. Depuis quelques années, plusieurs politiques publiques ont été mises en place pour contrer la maltraitance envers les personnes aînées[7]. Une ligne téléphonique provinciale d'écoute et de référence, qui est spécialisée en matière de lutte contre la maltraitance envers les personnes aînées, a même été créée pour venir en aide aux victimes, à leurs proches, aux intervenants et aux professionnels, signe d'une préoccupation sociale réelle sur la situation de certaines personnes aînées[8].

Récemment, le gouvernement du Québec a présenté le second *Plan d'action gouvernemental pour contrer la maltraitance envers les personnes aînées 2017-2022* (ci-après « Plan d'action 2017-

4. Pour des thèmes associés à ce domaine, voir, par exemple, le Canadian Centre of Elder Law (www.bcli.org/ccel), l'Elder Law Program de l'Université d'Hawaï (www.hawaii.edu) ou encore la Chaire de recherche Antoine-Turmel sur la protection juridique des aînés (www.chaire-droits-aines.ulaval.ca/). L'Association du Barreau canadien a aussi une section consacrée au « droit des aînés » (www.abcqc.qc.ca/Sections/Aines).
5. Voir notamment MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *Guide de référence pour contrer la maltraitance envers les personnes aînées*, 2e éd., Québec, Direction des communications, Ministère de la Santé et des Services sociaux, 2016; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Plan d'action gouvernemental pour contrer la maltraitance envers les personnes aînées 2010-2015*, Québec, Ministère de la Famille et des Aînés, 2010; Raymonde CRÊTE et Marie-Hélène DUFOUR, « L'exploitation financière des personnes aînées : une mise en contexte », (2016) 46 *Revue générale de droit* 13.
6. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Plan d'action gouvernemental pour contrer la maltraitance envers les personnes aînées 2010-2015*, *id.*, p. 23.
7. Marie BEAULIEU et Marie CREVIER, « Contrer la maltraitance et promouvoir la bientraitance des personnes aînées. Regard analytique sur les politiques publiques au Québec », (2010) 133 *Gérontologie et société* 69; Marie BEAULIEU, « Contrer la maltraitance envers les personnes aînées au Québec. Bilan historique des politiques publiques et inventaire des principales actions », (2012) 9-4 *Risques & qualité* 59.
8. Cette mesure découle du premier plan d'action gouvernemental : GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Plan d'action gouvernemental pour contrer la maltraitance envers les personnes aînées 2010-2015*, préc., note 5, p. 53 et 56.

2022 »)[9]. Alors que le premier plan d'action était né à la suite d'une vaste consultation publique sur les conditions de vie des aînés, le gouvernement du Québec dit réitérer, avec son nouveau plan, son engagement à lutter contre la maltraitance envers les personnes aînées et à encourager les comportements de bientraitance[10].

La maltraitance est définie comme « un geste singulier ou répétitif ou un défaut d'action appropriée qui se produit dans une relation où il devrait y avoir de la confiance et qui cause, intentionnellement ou non, du tort ou de la détresse à une personne»[11]. Le Plan d'action 2017-2022 explique qu'il existe sept types de maltraitance[12]. Parmi ceux-ci, la maltraitance matérielle et financière est présentée comme le type le plus fréquent. C'est celui qui se trouve le plus souvent rapporté à la Ligne Aide Abus Aînés (Ligne AAA), ligne téléphonique provinciale d'écoute et de référence, soit dans 32,7 % des situations[13]. La Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse ainsi que le Curateur public du Québec ont fait le même constat quant à la prévalence de la maltraitance matérielle et financière au Québec[14]. La situation apparaît semblable ailleurs au Canada[15].

---

9. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Plan d'action gouvernemental pour contrer la maltraitance envers les personnes aînées 2017-2022*, Québec, Ministère de la Famille – Secrétariat aux aînés, 2017. Ce plan est la suite du premier plan qui avait été reconduit jusqu'en 2017.
10. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Plan d'action gouvernemental pour contrer la maltraitance envers les personnes aînées 2010-2015*, préc., note 5; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Plan d'action gouvernemental pour contrer la maltraitance envers les personnes aînées 2017-2022*, *id.*, p. 10.
11. *Loi visant à lutter contre la maltraitance envers les aînés et toute autre personne majeure en situation de vulnérabilité*, RLRQ, c. L-6.3 (LQ 2017, c. 10), art. 2, par. 3 (ci-après « Loi contre la maltraitance »). Cette définition de la maltraitance est inspirée de la Déclaration de Toronto sur la prévention globale de la maltraitance envers les aînés, de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) : WORLD HEALTH ORGANIZATION, *The Toronto Declaration on the Global Prevention of Elder Abuse*, 17 novembre 2002.
12. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Plan d'action gouvernemental pour contrer la maltraitance envers les personnes aînées 2017-2022*, préc., note 9.
13. *Id.*, p. 11 et 23. Sur les manifestations de la maltraitance matérielle et financière, voir Raymonde CRÊTE et Marie-Hélène DUFOUR, « L'exploitation financière des personnes aînées : une mise en contexte », préc., note 5, p. 15-23.
14. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Plan d'action gouvernemental pour contrer la maltraitance envers les personnes aînées 2017-2022*, préc., note 9, p. 23. Les participants au projet pilote d'intervention sociojudiciaire pour contrer la maltraitance envers les personnes aînées dans la région de la Mauricie – Centre-du-Québec arrivaient au même constat.
15. Lisa HA et Ruth CODE, *Une étude empirique sur la maltraitance des aînés : un examen des dossiers de la Section contre la violence à l'égard des aînés, du Ser-*

La maltraitance matérielle et financière se révèle préoccupante non seulement en raison de sa fréquence, mais également et surtout à cause des conséquences négatives de nature économique et sociale qu'elle peut entraîner, sur le plan tant individuel que collectif[16]. Le Plan d'action 2017-2022 lui accorde d'ailleurs une attention particulière. Un peu plus de 20 % de l'ensemble des mesures qui y sont prévues portent sur ce type de maltraitance[17]. L'une des quatre orientations du Plan d'action 2017-2022 y est également consacrée : « Favoriser et faciliter la divulgation des situations de maltraitance, notamment les situations de maltraitance matérielle et financière ».

En 2017, le gouvernement du Québec a adopté la *Loi visant à lutter contre la maltraitance envers les aînés et toute autre personne majeure en situation de vulnérabilité* (ci-après « Loi contre la maltraitance »)[18]. Comme c'est aussi le cas pour les plans d'action,

---

vice de police d'Ottawa, rapport de recherche, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2013 à la p. 10. En ligne : www.justice.qc.ca/fra/pr-rp/jp-cj/vf-fv/rr13_1/rr13_1.pdf. Cette étude précise que le type de maltraitance répertorié le plus fréquemment est l'exploitation financière (62 % des dossiers révisés). Voir également Elizabeth PODNIEK et Karl PILLEMER, *Une enquête nationale sur le mauvais traitement des personnes âgées au Canada*, Toronto, Institut polytechnique Ryerson, 1990; CENTRE CANADIEN D'ÉTUDES SUR LE DROIT DES AÎNÉS, *Passer de l'enquête à la stratégie : examen de cas représentatifs de mauvais traitements et de négligence envers les aînés dans la jurisprudence canadienne*, préc., note 2.

16. Concernant les conséquences de la maltraitance financière ou matérielle, voir Marie BEAULIEU, Roxane LEBOEUF et Raymonde CRÊTE, « La maltraitance matérielle ou financière des personnes aînées – Un état des connaissances », dans Raymonde CRÊTE, Ivan TCHOTOURIAN et Marie BEAULIEU (dir.), *L'exploitation financière des personnes aînées : prévention, résolution et sanction*, coll. « CÉDÉ », Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 43-46; Raymonde CRÊTE et Marie-Hélène DUFOUR, « L'exploitation financière des personnes aînées : une mise en contexte », préc., note 5, p. 23-26.

17. Dans la foulée du plan d'action, un forum sur la maltraitance matérielle et financière réunissant des représentants du milieu financier, juridique, gouvernemental et de la recherche, ceux de groupes de défense des droits des personnes aînées ainsi que des intervenants auprès de ces personnes sera organisé par le gouvernement du Québec. L'objectif du forum consiste à favoriser les échanges, à mobiliser et à identifier des pistes de solutions qui guideront les prochaines actions gouvernementales pour contrer ce type de maltraitance. Le forum doit avoir lieu le 22 février 2018 à Québec. Voir GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Forum sur la maltraitance matérielle et financière : cahier du participant*, Québec, Secrétariat aux aînés, 22 février 2018.

18. Loi contre la maltraitance, préc., note 11. La France a également légiféré pour contrer la maltraitance, mais elle l'a fait à l'intérieur d'une loi sur le vieillissement. Voir la Loi nº 2015-1776 du 28 décembre 2015 portant adaptation de la société au vieillissement, dont l'article premier dispose que « l'adaptation de la société au vieillissement est un impératif national et une priorité de l'ensemble des politiques publiques de la nation ». Sur cette loi : Claire HÉRIN, « Droit gérontolo-

son existence confirme la préoccupation sociale à l'égard des personnes aînées qui sont susceptibles de vivre de la maltraitance. Après avoir rappelé que le Québec est l'une des sociétés où le vieillissement de la population est le plus marqué, le préambule de cette loi précise que « malgré les mesures législatives et administratives existantes visant à lutter contre la maltraitance, des personnes en sont encore victimes, notamment des personnes en situation de vulnérabilité ». Cette loi incite tous les prestataires de services de santé et de services sociaux de même que tous les professionnels, y compris les conseillers juridiques, à lutter contre les différents types de maltraitance envers les personnes aînées ou en situation de vulnérabilité.

L'entrée en vigueur de la Loi contre la maltraitance nous est apparue comme une occasion propice pour réfléchir au rôle des conseillers juridiques auprès des personnes aînées ou en situation de vulnérabilité[19]. L'objectif de notre texte est multiple : informer les conseillers juridiques sur cette loi et sur ses incidences[20]; mettre en évidence des problématiques rencontrées par ces derniers; et les sensibiliser à certains besoins des aînés lorsqu'il est question de leurs droits et de leurs finances. Ultimement, nous voulons démontrer que les conseillers juridiques font partie des acteurs interpellés par la lutte pour contrer la maltraitance ou

---

gique : le développement du volet social et sanitaire », Droit de la famille – Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur – Octobre 2016; Anne-Laure FABAS-SERLOOTEN, « Vieillissement de la population : le point sur la réforme », *AJ Famille* 2016, p. 90.

19. Le rôle des conseillers juridiques dans ce contexte est notamment abordé dans : Pierre BOHÉMIER et Gérard GUAY, « L'exploitation des personnes âgées : prévenir pour ne pas être complice. Guide du notaire en matière de protection des personnes âgées », (2005) 1 *C.P. du N.* 121; Hélène GUAY, « Abus et maltraitance envers les aînés : quel est l'apport du droit ? », (2014) 73 *R. du B.* 263; Ann Margaret SODEN et Roxane LEBOEUF, « État de la pratique juridique québécoise dans les situations d'exploitation financière », dans Raymonde CRÊTE, Ivan TCHOTOURIAN et Marie BEAULIEU (dir.), *L'exploitation financière des personnes aînées : prévention, résolution et sanction*, coll. « CÉDÉ », Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 431; Catherine ROSSI, Jennifer GRENIER, Raymonde CRÊTE et Alexandre STYLIOS, « L'exploitation financière des personnes aînées au Québec : le point de vue des professionnels », (2016) 46 *Revue générale de droit* 99.

20. Nous n'avons pas pour but d'examiner la Loi contre la maltraitance dans une perspective critique, mais bien de présenter ses principales mesures. Pour une perspective critique sur cette loi, le lecteur pourra prendre connaissance des mémoires qui ont été déposés à l'Assemblée nationale lors de la commission parlementaire : www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/CRC/mandats/Mandat-36723/memoires-deposes.html.

l'exploitation financière des aînés et qu'ils peuvent jouer un rôle proactif à cet égard.

Pour atteindre notre objectif, nous décrirons d'abord et commenterons les principales mesures prévues dans la Loi contre la maltraitance (partie 1). À l'aide des résultats d'une recherche empirique récente, nous présenterons ensuite certaines données sur les personnes aînées et sur leurs finances qui font ressortir différents besoins en matière juridique pour prévenir la maltraitance financière (partie 2)[21]. À la lumière de ces données, nous discuterons finalement des incidences de la Loi contre la maltraitance sur la pratique des avocats et des notaires. Sans mener une étude approfondie sur la question, nous comptons exposer certains moyens de prévention qui pourront s'avérer utiles aux conseillers juridiques aux prises avec une situation de maltraitance (partie 3)[22]. Nous aborderons notamment la question de l'intervention du conseiller juridique qui peut être témoin d'une situation de maltraitance, et ce, au regard de son devoir de préserver le secret professionnel. Nous verrons également l'aspect préventif du travail des conseillers juridiques, principalement quant à la rédaction d'une procuration ou d'un mandat de protection, deux documents qui, lorsqu'ils sont mal rédigés ou utilisés de manière inappropriée, peuvent devenir des instruments de maltraitance ou d'exploitation financière.

1. LA *LOI VISANT À LUTTER CONTRE LA MALTRAITANCE ENVERS LES AÎNÉS ET TOUTE AUTRE PERSONNE MAJEURE EN SITUATION DE VULNÉRABILITÉ*

La Loi contre la maltraitance (projet de loi n° 115) a été présentée à l'Assemblée nationale le 19 octobre 2016[23]. Des consulta-

21. Cette étude exploratoire était dirigée par la professeure Marie J. Lachance, en collaboration avec Patricia Long et Jacinthe Cloutier, Option consommateurs et la Chaire Antoine-Turmel. Le projet étudie les connaissances et les pratiques des personnes âgées de 75 ans et plus sur les modes de paiement (cartes de crédit, cartes de débit et chèques), les procurations et les comptes conjoints. Le projet a été financé par le Secrétariat aux aînés du ministère de la Famille du Québec, conformément au programme Québec ami des aînés (QADA). Les fonds ont été octroyés à l'organisme Option consommateurs pour le projet « Mieux renseigner les aînés pour les protéger de l'abus financier ».

22. Pour une étude plus exhaustive de différents moyens de prévention, voir MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *Guide de référence pour contrer la maltraitance envers les personnes aînées*, préc., note 5.

23. Rappelons qu'un projet de loi sur ce sujet avait aussi été présenté en 2013, par la députée Marguerite Blais, sans toutefois être adopté : ASSEMBLÉE NATIO-

tions publiques ont eu lieu du 17 au 20 janvier 2017, auxquelles ont participé le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec[24], mais aussi plusieurs groupes et organismes où travaillent des juristes, dont la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, le Curateur public et la Chaire de recherche Antoine-Turmel sur la protection juridique des aînés, pour n'en nommer que quelques-uns[25]. La Loi a été adoptée le 30 mai 2017 à la suite d'un vote nominal unanime à l'Assemblée nationale du Québec et est entrée en vigueur le même jour[26]. Pareil vote confirme un consensus chez les élus québécois quant à la nécessité d'agir pour améliorer la situation des aînés et des autres personnes majeures en situation de vulnérabilité.

Comme son nom l'indique, cette loi a pour objet de lutter contre la maltraitance envers les personnes aînées et toute autre personne majeure en situation de vulnérabilité grâce à des mesures en vue de faciliter la dénonciation des cas de maltraitance et de favoriser la mise en œuvre d'un processus d'intervention. Elle confie précisément la responsabilité de lutter contre la maltraitance envers les aînés au ministre responsable des Aînés, en concertation avec les intervenants des milieux visés, notamment en favorisant la complémentarité et l'efficacité des interventions destinées à prévenir et à repérer la maltraitance ainsi qu'à lutter contre celle-

---

NALE DU QUÉBEC, *Loi visant à enrayer la maltraitance des personnes vulnérables hébergées dans le réseau de la santé et des services sociaux*, 1re session, 40e législature, 2013 (projet de loi no 399).

24. BARREAU DU QUÉBEC, *Projet de loi 115 – Loi visant à lutter contre la maltraitance envers les aînés et toute autre personne majeure en situation de vulnérabilité*, présenté à la Commission des relations avec les citoyens de l'Assemblée nationale de Québec, 18 janvier 2017, 18 p.; CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Mémoire sur le projet de loi 115 – Loi visant à lutter contre la maltraitance envers les aînés et toute autre personne majeure en situation de vulnérabilité*, présenté à la Commission des relations avec les citoyens de l'Assemblée nationale de Québec, janvier 2017, 37 p.

25. Pour lire l'ensemble des mémoires déposés ou visionner les interventions en commission parlementaire, voir le site Web de l'Assemblée nationale : www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/CRC/mandats/Mandat-36723/memoires-deposes.html et http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-115-41-1.html.

26. Loi contre la maltraitance, préc., note 11. Sur cette loi, voir également Jean-Pierre MÉNARD, « Le projet de loi 115 pour lutter contre la maltraitance : quels impacts sur la maltraitance systémique dans le système de santé », dans SERVICE DE LA FORMATION CONTINUE DU BARREAU DU QUÉBEC, *La protection des personnes vulnérables (2017)*, vol. 424, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017, EYB2017DEV2445 (La référence).

ci[27]. Représentant une initiative complémentaire des deux plans d'action gouvernementaux pour contrer la maltraitance envers les personnes aînées, elle a pour objectif de mettre en place des mesures concrètes afin de lutter contre cette maltraitance.

Nous avons mentionné plus haut que la Loi contre la maltraitance définit cette dernière comme « un geste singulier ou répétitif ou un défaut d'action appropriée qui se produit dans une relation où il devrait y avoir de la confiance et qui cause, intentionnellement ou non, du tort ou de la détresse à une personne »[28]. Elle ne précise cependant pas ses différents types. Si le vocable « maltraitance » relève davantage des sciences sociales que des sciences juridiques, on peut certainement le rapprocher du terme « exploitation »[29]. Celle-ci, mieux connue des juristes, se trouve notamment à l'article 48 de la *Charte des droits et libertés de la personne* (ci-après « Charte québécoise »), qui dispose ceci : « Toute personne âgée ou toute personne handicapée a droit d'être protégée contre toute forme d'exploitation »[30].

Les tribunaux ont généralement conféré une large portée au terme « exploitation » de façon à en englober toutes les formes, notamment l'exploitation d'ordre physique, psychologique, social, moral ou financier[31]. M[e] Maurice Drapeau, avocat plaideur de la

27. Voir le préambule de la Loi contre la maltraitance, préc., note 11.
28. *Supra*, note 11.
29. La maltraitance s'apparente à l'exploitation au sens de l'article 48 de la Charte québécoise : voir Raymonde CRÊTE et Christine MORIN, « La protection juridique des personnes aînées contre l'exploitation financière – Introduction », (2016) 46 *Revue générale de droit* 5, p. 7; Marie-Hélène DUFOUR, « Définitions et manifestations du phénomène de l'exploitation financière des personnes âgées », préc., note 1, p. 252-275. L'expression « exploitation financière » est aussi employée par le gouvernement fédéral : FORUM FÉDÉRAL, PROVINCIAL ET TERRITORIAL DES MINISTRES RESPONSABLES DES AÎNÉS, *Ce que tous les Canadiens âgés devraient savoir au sujet de l'exploitation financière*. En ligne : www.aines.gc.ca/fra/service/ffpt/exploitationfinanciere.shtml.
30. La Charte québécoise emploie l'expression « personne âgée » (c. C-12) : Christine MORIN, « La progression de la Charte québécoise comme instrument de protection des personnes aînées », dans SERVICE DE LA FORMATION CONTINUE DU BARREAU DU QUÉBEC, *Le Tribunal des droits de la personne : 25 ans d'expérience en matière d'égalité*, vol. 405, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 151. Voir aussi Marc BILOCQ, « La Commission des droits de la personne : un recours contre l'exploitation des personnes âgées », dans Jean CARETTE et Louis PLAMONDON (dir.), *Vieillir sans violence*, Sillery, Presses de l'Université du Québec, 1990, p. 269.
31. Voir notamment : *Commission des droits de la personne du Québec* c. *Brzozowski*, [1994] R.J.Q. 1447 (TDP); *Commission des droits de la personne et des droits de*

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse dans les dossiers d'exploitation de personnes âgées ou handicapées, milite depuis de nombreuses années pour la reconnaissance explicite de la maltraitance en tant que forme d'exploitation par les tribunaux[32]. Dans notre texte, nous emploierons indistinctement les termes « maltraitance » et « exploitation ».

La Loi contre la maltraitance ajoute à la législation en place et à la protection prévue par la Charte québécoise, celle-ci demeurant, selon nous, l'instrument au fondement de la protection des droits des personnes aînées. En effet, depuis l'adoption de la Charte québécoise, l'État a mis en évidence la nécessité de protéger les personnes âgées contre l'exploitation[33]. La Charte québécoise exprime ainsi la désapprobation sociale à l'égard de l'exploitation des personnes âgées et met en exergue la dimension collective ou d'intérêt public de la problématique de l'exploitation des personnes aînées[34]. La Loi contre la maltraitance, pour sa part, contribue à mettre en application cette protection.

En outre, la Loi contre la maltraitance définit ainsi la personne en situation de vulnérabilité :

> [P]ersonne majeure dont la capacité de demander ou d'obtenir de l'aide est limitée temporairement ou de façon permanente, en raison notamment d'une contrainte, d'une maladie, d'une blessure

---

la jeunesse c. *Gagné*, [2003] R.J.Q. 647 (TDP), par. 81-82; *Coutu* c. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, J.E. 98-2088 (C.A.), p. 12. Voir également Marie-Hélène DUFOUR, « Définitions et manifestations du phénomène de l'exploitation financière des personnes âgées », préc., note 1, p. 255.

32. Maurice DRAPEAU, *Contre l'exploitation des personnes âgées ou handicapées*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2014. L'auteur emploie le terme « maltraitance » pour désigner « toutes les formes d'abus autres que financiers qui portent atteinte au droit à l'intégrité et à la dignité des personnes âgées ou handicapées » (p. 21) et prône la création d'une « jurisprudence reconnaissant que toute forme de maltraitance est couverte et sanctionnable par ce régime de protection » (p. 2).

33. L'exploitation au sens de la Charte québécoise nécessite trois éléments : 1) une mise à profit 2) d'une position de force 3) au détriment d'intérêts plus vulnérables : *Commission des droits de la personne du Québec* c. *Brzozowski*, [1994] R.J.Q. 1447 (TDP). Voir Marie-Hélène DUFOUR, « Définitions et manifestations du phénomène de l'exploitation financière des personnes âgées », préc., note 1; Christine MORIN, « La progression de la Charte québécoise comme instrument de protection des personnes aînées », préc., note 30, p. 87.

34. Christine MORIN, « La progression de la Charte québécoise comme instrument de protection des personnes aînées », *ibid*.

ou d'un handicap, lesquels peuvent être d'ordre physique, cognitif ou psychologique.[35]

La Loi contre la maltraitance prévoit des actions concrètes qui sont destinées à lutter contre la maltraitance envers les aînés et toute autre personne majeure en situation de vulnérabilité grâce à six principales mesures. Elle a cependant une portée relativement restreinte en ce sens qu'elle établit des mesures de lutte contre la maltraitance pour protéger les personnes qui reçoivent des services de santé et des services sociaux dans un établissement ou à domicile.

Si l'ensemble des mesures prévues par la Loi contre la maltraitance a pour objet de faciliter la dénonciation et l'intervention en présence de maltraitance, seules deux d'entre elles visent aussi à la prévenir.

1.1 Des mesures de prévention de la maltraitance

Deux nouvelles mesures prévues dans la Loi contre la maltraitance doivent permettre à la fois de faciliter les interventions et de prévenir la maltraitance en tant que telle. La première a trait à l'adoption d'une politique de lutte contre la maltraitance, alors que la seconde concerne l'installation de mécanismes de surveillance. Toutes deux ont une application limitée.

La première mesure porte sur l'adoption obligatoire d'une politique de lutte contre la maltraitance envers les personnes en situation de vulnérabilité dans chaque établissement pour tout le réseau de la santé et des services sociaux, les résidences privées pour aînés, les ressources intermédiaires et celles de type familial[36]. Cette politique devra notamment établir des mesures de prévention de la maltraitance, la marche à suivre pour formuler une plainte ou pour signaler une situation de maltraitance, ainsi que les mesures de soutien destinées à la victime[37]. La mise en œuvre de la politique et son application devront être assurées par

35. Loi contre la maltraitance, préc., note 11, art. 2, par. 4.
36. *Id.*, art. 3-9 et 13.
37. *Id.*, art. 3.

le président-directeur général de l'établissement, son directeur général ou la personne désignée par l'un d'eux[38].

Cette mesure est une initiative dont il faut se réjouir, car la politique permettra aux usagers et à leur famille, de même qu'à l'ensemble des employés et des intervenants de l'établissement, de savoir ce qui constitue de la maltraitance et de connaître les mesures en place dans l'établissement pour la prévenir et y mettre fin.

Comme le fait la Loi contre la maltraitance, la politique devra viser tous les auteurs potentiels de maltraitance. D'une part, elle traitera des actes de maltraitance commis par une personne qui travaille pour l'établissement, c'est-à-dire « un médecin, un dentiste, une sage-femme, un membre du personnel, un résident en médecine, un stagiaire, un bénévole ainsi que toute autre personne physique qui fournit directement des services à une personne pour le compte de l'établissement », suivant la définition prévue par la Loi contre la maltraitance[39]. D'autre part, elle devra aussi aborder la maltraitance qui peut être le fait de toute personne, qu'elle fasse partie ou non du réseau de la santé et des services sociaux. De même, la politique devra régir les signalements de maltraitance venant d'un employé de l'établissement, mais aussi ceux qui proviendront de toute autre personne[40].

La politique devra être affichée dans les installations de l'établissement à la vue du public et publiée sur son site Web[41]. La visibilité de la politique contre la maltraitance contribuera à sensibiliser à son existence les personnes qui travaillent dans les établissements, celles qui y vivent ou y reçoivent des services et la population en général. Parler de maltraitance, c'est admettre qu'elle existe. Il devient alors plus facile de la prévenir, de la reconnaître et de la dénoncer. Étant donné que la politique devra prévoir des mesures pour prévenir la maltraitance et pour soutenir, dans leurs démarches, les personnes qui veulent y mettre fin, les gens sauront mieux comment réagir en sa présence.

38. *Ibid*.
39. *Id.*, art. 2, par. 2.
40. *Id.*, art. 3, par. 4.
41. *Id.*, art. 5.

Chaque établissement devra avoir adopté sa politique de lutte contre la maltraitance d'ici le 30 novembre 2018[42]. Elle devra par la suite être révisée au plus tard tous les cinq ans[43].

La seconde mesure originale dont il est question dans la Loi contre la maltraitance et qui revêt un aspect dissuasif et préventif concerne l'utilisation de mécanismes de surveillance dans les installations du réseau de la santé et des services sociaux[44]. Dans ce cas-ci toutefois, bien que la Loi traite des mécanismes de surveillance, elle ne règle pas la question. Elle habilite simplement le gouvernement à déterminer, par règlement, les modalités d'utilisation des mécanismes de surveillance, notamment des caméras et des autres moyens technologiques, dans les lieux visés par la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*[45]. En commission parlementaire, plusieurs ont souligné que les dispositions réglementaires qui seront adoptées devront assurer un équilibre entre le droit au respect de la vie privée et l'objectif de prévention visé[46].

L'aspect préventif de cette mesure ressort de l'article 4 du projet de règlement qui s'applique aux établissements exploitant un centre d'hébergement et de soins de longue durée (CHSLD). Il prévoit ceci :

> L'installation d'un mécanisme de surveillance n'est permise qu'aux fins d'assurer la sécurité de l'usager ou celle de ses biens ou de

---

42. *Id.*, art. 38.
43. *Id.*, art. 7.
44. *Id.*, art. 35. Pour le point de vue du Protecteur du citoyen sur le sujet, consulter son site Web : protecteurducitoyen.qc.ca/fr/conseils/capsules/camera-surveillance-chsld.
45. Au moment d'écrire ces lignes, le règlement n'a pas encore été adopté. Voir le projet de règlement : *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, c. S-4.2, a. 505, par. 30. *Modalités d'utilisation de mécanismes de surveillance par un usager hébergé dans une installation maintenue par un établissement qui exploite un centre d'hébergement et de soins de longue durée* (Gazette officielle du Québec, 11 octobre 2017, 149e année, no 41) (ci-après « Projet de règlement »). L'article 2 du projet précise ce qui suit : « Aux fins du présent règlement, on entend par « mécanisme de surveillance » tout mécanisme, dispositif ou moyen technologique permettant de capter des images ou des sons et utilisé à des fins de surveillance, notamment une caméra de surveillance. »
46. Le règlement devrait s'inspirer des *Orientations ministérielles relatives à l'encadrement de l'utilisation des caméras et autres moyens technologiques pour des fins de surveillance dans les établissements exploitant une mission centre d'hébergement et de soin de longue durée (CHSLD)*, déposées à la Commission des relations avec les citoyens, le 18 janvier 2017.

s'assurer de la qualité des soins et des services qui lui sont offerts, notamment afin de repérer un cas de maltraitance envers l'usager.

On observe que l'usager du CHSLD ou son représentant n'a pas à établir l'existence de motifs concrets de soupçonner la présence d'une forme de maltraitance par qui que ce soit. Un mécanisme de surveillance peut être installé simplement en vue d'assurer la sécurité de l'usager, de protéger ses biens ou, de façon éminemment générale, « de s'assurer de la qualité des soins et des services qui lui sont offerts ». Pareille mesure témoigne tristement du manque de confiance de la population envers le réseau de la santé et des services sociaux.

Toujours selon ce que prévoit le projet de règlement, lorsque l'établissement est informé de la présence de mécanismes de surveillance, il doit l'indiquer d'une façon visible pour toute personne qui pénètre dans le CHSLD, sans toutefois préciser l'endroit ou les endroits précis où sont installés les mécanismes[47].

Outre son aspect préventif et dissuasif, l'installation de mécanismes de surveillance veut aussi permettre de déceler la présence de maltraitance grâce aux indices captés par les mécanismes. Cette captation facilitera ensuite la dénonciation de la situation de maltraitance et l'intervention pour y mettre fin. Le projet de règlement mentionne que l'utilisation des enregistrements visuels ou sonores est limitée à ce qui est nécessaire aux fins prévues dans l'article 4[48], réitérant ici les objectifs de prévention et de repérage de la maltraitance de la nouvelle réglementation.

L'adoption de la politique et l'installation de mécanismes de surveillance sont deux nouvelles mesures de prévention de la maltraitance, mais elles ne concernent pas l'ensemble des personnes aînées ou en situation de vulnérabilité. Elles visent uniquement les personnes qui reçoivent des services de santé ou des services sociaux dans un établissement ou à domicile. La prévention étant un aspect fondamental de la lutte contre la maltraitance, nous croyons que d'autres mesures de prévention, de sensibilisation

47. Projet de règlement, art. 22.
48. Projet de règlement, art. 11.

et d'éducation, qui sont d'application plus générale, doivent être considérées[49].

1.2 Des mesures facilitant l'intervention

La Loi contre la maltraitance prévoit quatre autres mesures pour faciliter les signalements, les plaintes ou tout autre type d'intervention en matière de lutte contre la maltraitance. Elles concernent :

– la bonification du rôle du commissaire aux plaintes et à la qualité des services;

– la possibilité de lever la confidentialité ou le secret professionnel;

– l'implantation d'un nouveau processus d'intervention concerté en matière de lutte contre la maltraitance envers les aînés et;

– le signalement obligatoire de certaines situations de maltraitance.

La première de ces mesures, relative au rôle du commissaire aux plaintes et à la qualité des services dans un établissement donné, se veut une amélioration des règles en place[50]. Si ce dernier était déjà responsable du respect des droits des usagers et du traitement de leurs plaintes dans les établissements de santé et de services sociaux, la Loi contre la maltraitance ajoute qu'il a désormais la responsabilité de traiter les signalements et les plaintes concernant les situations de maltraitance, qu'elles proviennent d'un usager ou de toute autre personne. La Loi dispose également que le commissaire aux plaintes et à la qualité des services doit

49. Des mesures de prévention plus générales sont prévues notamment : GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Plan d'action gouvernemental pour contrer la maltraitance envers les personnes aînées 2017-2022*, préc., note 9; MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *Guide de référence pour contrer la maltraitance envers les personnes aînées*, préc., note 5, p. 20-76.

50. Loi contre la maltraitance, préc., note 11, art. 3, 6, 10, 14, 21 et 34. Le gouvernement peut également exiger l'adoption d'une politique de lutte contre la maltraitance envers les personnes en situation de vulnérabilité de tout organisme, de toute ressource ou de toute catégorie d'organismes ou de ressources qu'il désigne et prévoir, dans un tel cas, les adaptations nécessaires, par règlement (voir l'article 13 de la Loi contre la maltraitance).

prendre toutes les mesures nécessaires pour que soit préservée la confidentialité des renseignements permettant d'identifier une personne qui fait un signalement[51]. Elle ajoute qu'il est interdit d'exercer des mesures de représailles contre une personne qui a fait un signalement de bonne foi ou qui collabore à l'examen d'un signalement ou d'une plainte et que celle-ci ne peut être poursuivie en justice pour cette raison[52].

Rappelons que le Curateur public bénéficie déjà de pouvoirs d'enquête lui permettant de vérifier si une personne inapte est victime d'exploitation ou de maltraitance[53]. La Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse dispose, elle aussi, d'une équipe spécialisée en matière de lutte contre l'exploitation des personnes aînées[54]. Par cette bonification du rôle du commissaire aux plaintes et à la qualité des services, la Loi contre la maltraitance met à la disposition des personnes aînées ou en situation de vulnérabilité un autre mécanisme de plaintes et de signalements. Cependant, cette mesure s'adresse surtout aux usagers des services de santé et de services sociaux, qui ont ainsi à leur disposition un mécanisme de plaintes et de signalements d'une plus grande proximité.

Bien entendu, pour que cet ajout aux tâches du commissaire aux plaintes et à la qualité des services ait pour effet d'améliorer la situation des aînés, le rôle de ce dernier devra être complémentaire de ceux de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse et du Curateur public. Ledit commissaire devra également disposer de ressources humaines et financières suffisantes. Il faudra s'assurer de son autonomie et de son indépendance, particulièrement pour permettre le traitement approprié des plaintes relatives à des cas de maltraitance organisationnelle ou systémique dont le traitement représentera immanquablement un défi[55].

---

51. *Id.*, art. 10.
52. *Id.*, art. 11 et 12.
53. Voir la *Loi sur le curateur public*, RLRQ, c. C-81.
54. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Plan d'action gouvernemental pour contrer la maltraitance envers les personnes aînées 2017-2022*, préc., note 9, p. 14.
55. La *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, RLRQ, c. S-4.2, prévoit que le commissaire aux plaintes et à la qualité des services est nommé par le conseil d'administration d'un établissement et qu'il en relève (art. 30). Elle énonce cependant que le conseil d'administration doit prendre les mesures pour préserver en tout temps l'indépendance du commissaire en question dans l'exercice de ses fonctions (art. 31).

Une autre mesure destinée à faciliter la résolution des cas de maltraitance est la mise en place d'un processus d'intervention concerté en matière de lutte contre la maltraitance envers les aînés dans chaque région du Québec, qui découlera d'une entente-cadre nationale concernant la maltraitance envers les aînés[56]. Si la mise en place d'une telle entente à l'échelle provinciale constitue une nouveauté, il faut savoir qu'elle s'inspire du projet pilote de procédure d'intervention sociojudiciaire pour contrer la maltraitance envers les personnes aînées de la région de la Mauricie – Centre-du-Québec[57]. Ce type de collaboration existait également, de façon informelle, dans d'autres régions du Québec. La nouvelle entente viendra formaliser cette forme d'intervention concertée. Elle devra être conclue par le ministre responsable des Aînés et de la Lutte contre l'intimidation avec le ministre de la Sécurité publique, le ministre de la Justice, le ministre de la Santé et des Services sociaux, le directeur des poursuites criminelles et pénales, l'Autorité des marchés financiers, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, le Curateur public et tout autre ministère ou organisme jugé utile[58].

Cette mesure nous apparaît particulièrement prometteuse, car elle permettra d'assurer la complémentarité, la cohérence et l'efficacité des interventions destinées à prévenir la maltraitance envers les aînés, quel que soit le lieu de vie de la personne visée. La maltraitance étant un problème complexe et multifactoriel qui nécessite des mesures concertées[59], la collaboration entre les différents intervenants s'avère essentielle.

La Loi contre la maltraitance prévoit aussi des changements concernant l'accès à certains documents et la protection des renseignements personnels[60]. Elle traite notamment du secret profes-

---

56. Loi contre la maltraitance, préc., note 11, art. 16-20. L'entente-cadre doit être signée le 7 février 2018.
57. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Plan d'action gouvernemental pour contrer la maltraitance envers les personnes aînées 2017-2022*, préc., note 9, p. 23.
58. Loi contre la maltraitance, préc., note 11, art. 17.
59. Raymonde CRÊTE et Christine MORIN, « La protection juridique des aînés contre l'exploitation financière : introduction », (2016) 46 *Revue générale de droit* 5, 7; Marie BEAULIEU, Roxane LEBOEUF et Raymonde CRÊTE, « La maltraitance matérielle ou financière des personnes aînées – Un état des connaissances », préc., note 16, p. 99-104.
60. Sur le secret professionnel et la maltraitance des personnes aînées, voir Raymonde CRÊTE et Marie-Hélène DUFOUR, « L'exploitation des personnes aînées : pour

sionnel. En principe, tout renseignement dévoilé à un professionnel et toute information reçue dans les limites de sa relation professionnelle sont protégés par le secret professionnel[61]. La Loi vient ici modifier d'autres lois pour, selon son préambule, faciliter la dénonciation des situations de maltraitance et clarifier les circonstances où la levée du secret professionnel est permise. Cette mesure concerne l'ensemble des intervenants et des professionnels, que ce soit dans le réseau de la santé et des services sociaux ou ailleurs.

L'article 131 de la *Loi sur le Barreau*[62] et l'article 14.1 de la *Loi sur le notariat*[63], qui prévoient une dérogation au secret professionnel pour prévenir un acte de violence, sont légèrement modifiés pour que l'avocat ou le notaire puisse dorénavant communiquer un renseignement protégé par le secret professionnel :

> [Il le fera] en vue de prévenir un acte de violence, dont un suicide, lorsqu'il a un motif raisonnable de croire qu'un *risque sérieux de mort ou de blessures graves* menace une personne ou un groupe de personnes identifiable et que la nature de la menace *inspire un sentiment d'urgence*.[64]

Rappelons que la dérogation au secret professionnel pour prévenir un acte de violence, dont un suicide, a été introduite dans le *Code des professions* en 2001 et dans toutes les lois régissant les ordres professionnels[65]. Pour sa part, la Loi contre la maltraitance vient remplacer les termes « danger imminent de mort ou de blessures graves » initialement prévus par « risque sérieux de mort ou de blessures graves » et elle ajoute que la nature de la menace doit inspirer un sentiment d'urgence. Elle prévoit également une

---

un élargissement des dérogations au secret professionnel », (2016) 46 *Revue générale de droit* 397.

61. Voir la Charte québécoise, art. 9, ainsi que les lois et les codes de déontologie applicables aux professionnels.
62. *Loi sur le Barreau*, RLRQ, c. B-1.
63. *Loi sur le notariat*, RLRQ, c. N-3.
64. Loi contre la maltraitance, préc., note 11, art. 25 et 29 (l'italique est de nous).
65. *Loi modifiant diverses dispositions législatives eu égard à la divulgation de renseignements confidentiels en vue d'assurer la protection des personnes*, LQ 2001, c. 78. Sur ce changement, voir notamment : Raymonde CRÊTE et Marie-Hélène DUFOUR, « L'exploitation des personnes aînées : pour un élargissement des dérogations au secret professionnel », préc., note 60, p. 425-430; Yves D. DUSSAULT, « Divulguer des renseignements confidentiels en vue de protéger des personnes », dans Conférence des juristes de l'État, *Actes de la XVI^e Conférence des juristes de l'État*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 141.

définition de l'expression « blessures graves » : « toute blessure physique ou psychologique qui nuit d'une manière importante à l'intégrité physique, à la santé ou au bien-être d'une personne ou d'un groupe de personnes identifiable »[66].

Malgré le remplacement de la formule « danger imminent de mort ou de blessures graves » par « risque sérieux de mort ou de blessures graves » et l'ajout d'une mention précisant la nature de la menace qui doit inspirer un sentiment d'urgence, nous n'estimons pas qu'il y ait ainsi de véritables changements à l'état du droit. La Cour suprême du Canada avait déjà associé le facteur de l'imminence au caractère sérieux du risque et elle avait précisé que la nature de la menace devait inspirer un sentiment d'urgence[67]. Quant à la précision relative au sens de l'expression « blessures graves », la Cour suprême avait expliqué qu'une blessure psychologique peut constituer une blessure grave[68].

La Loi contre la maltraitance a pour effet de préciser les circonstances permettant de déroger au secret professionnel pour prévenir un acte de violence, mais sans véritablement modifier la portée de cette dérogation déjà prévue dans la législation[69]. Les dérogations au secret professionnel demeurent donc fondées sur le consentement du bénéficiaire du secret, sur une obligation ou une autorisation législative ou encore sur l'objectif de prévenir un acte de violence. Les obligations des conseillers juridiques eu égard à leur secret professionnel restent ainsi inchangées. Nous y reviendrons ultérieurement[70].

---

66. Loi contre la maltraitance, préc., note 11, art. 25 et 29.
67. *Smith* c. *Jones*, [1999] 1 RCS 455, par. 84 : « Le danger de blessures graves ou de mort doit être imminent pour que les communications entre l'avocat et son client soient divulguées. C'est-à-dire que le risque lui-même doit être sérieux : un risque sérieux de blessures graves. La nature de la menace doit être telle qu'elle inspire un sentiment d'urgence. » Au sujet de la dérogation au secret professionnel pour prévenir un acte de violence, voir Raymonde CRÊTE et Marie-Hélène DUFOUR, « L'exploitation des personnes aînées : pour un élargissement des dérogations au secret professionnel », préc., note 60, p. 423-438.
68. *Smith* c. *Jones*, [1999] 1 RCS 455, par. 83 : « Il convient de faire remarquer qu'une blessure psychologique grave peut constituer une blessure grave […] ».
69. Pour un regard critique sur la Loi contre la maltraitance, voir Christine MORIN, Marie-Hélène DUFOUR et Raymonde CRÊTE, « Mémoire de la Chaire Antoine-Turmel sur le projet de loi 115, *Loi visant à lutter contre la maltraitance envers les aînés et autres personnes majeures en situation de vulnérabilité* », présenté à la Commission des relations avec les citoyens, gouvernement du Québec, le 18 janvier 2017.
70. *Infra*, partie 3 : « Le rôle des conseillers juridiques en matière de lutte contre la maltraitance ».

Finalement, la mesure de la Loi contre la maltraitance qui apparaît la plus innovatrice est celle qui impose le signalement obligatoire de certaines situations de maltraitance :

> Tout prestataire de services de santé et de services sociaux ou tout professionnel au sens du *Code des professions* (chapitre C-26) qui a un motif raisonnable de croire qu'une personne est victime d'un geste singulier ou répétitif ou d'un défaut d'action appropriée qui porte atteinte de façon sérieuse à son intégrité physique ou psychologique doit signaler sans délai ce cas pour les personnes majeures suivantes :
>
> 1º toute personne hébergée dans une installation maintenue par un établissement qui exploite un centre d'hébergement et de soins de longue durée au sens de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*;
>
> 2º toute personne en tutelle ou en curatelle ou à l'égard de laquelle un mandat de protection a été homologué.
>
> Le signalement doit être effectué auprès du commissaire aux plaintes et à la qualité des services de l'établissement si la personne victime de maltraitance y reçoit des services, sinon au corps de police visé.[71]

Cette obligation est importante, mais on observe qu'elle ne touche que deux catégories de personnes, soit celles qui résident dans un CHSLD et celles qui ont un régime de protection ou dont le mandat de protection est homologué. Il n'existe donc toujours pas d'obligation de signaler une situation de maltraitance qui serait vécue par une personne âgée qui n'aurait pas été déclarée inapte et qui, par exemple, vivrait dans une résidence privée pour aînés.

La Loi contre la maltraitance ajoute que l'obligation « s'applique même aux personnes liées par le secret professionnel, *sauf à l'avocat et au notaire* qui, dans l'exercice de leur profession, reçoivent des informations concernant un tel cas » (l'italique est de nous).

Cette nouvelle obligation de signaler fait en sorte que certains témoins de situations de maltraitance sont maintenant tenus

71. Loi contre la maltraitance, préc., note 11, art. 21.

d'agir[72]. Nous pensons ici, entre autres, aux travailleurs du domaine de la santé et des services sociaux qui sont souvent perçus comme les mieux placés pour détecter les situations de maltraitance et pour identifier les personnes aînées les plus vulnérables[73]. Alors que certains de ces travailleurs pouvaient hésiter auparavant à signaler les situations dont ils étaient témoins, ils sont désormais tenus de le faire, comme tous les professionnels d'ailleurs, à l'exception des avocats et des notaires.

Contrairement aux autres professionnels qui doivent signaler la maltraitance dans les situations prévues sur le plan légal – c'est-à-dire pour toute personne qui réside dans un CHSLD ou pour toute personne qui a un régime de protection ou dont le mandat de protection est homologué –, les avocats et les notaires n'ont toujours pas cette obligation. Ils ne sont donc pas visés par cette mesure majeure prévue dans la Loi contre la maltraitance. Malgré leur situation particulière, les conseillers juridiques peuvent jouer un rôle déterminant en matière de lutte contre la maltraitance, notamment lorsqu'il est question de maltraitance financière[74].

2. QUELQUES DONNÉES RÉCENTES SUR LES AÎNÉS ET SUR LEURS FINANCES

Avant de discuter plus précisément de l'apport des conseillers juridiques à la lutte pour contrer la maltraitance financière des personnes aînées, nous croyons utile de présenter quelques données récentes à propos de ces dernières et de leurs finances, données qui font ressortir certains de leurs besoins sur le plan juridique.

Ces données proviennent d'un projet de recherche réalisé auprès d'une centaine de personnes aînées[75]. Ce projet était divisé

---

72. Une obligation de signaler existe également en droit français : Laure FABAS-SERLOOTEN, « Vieillissement de la population : le point sur la réforme », *AJ Famille* 2016, p. 90.
73. CENTRE CANADIEN D'ÉTUDES SUR LE DROIT DES AÎNÉS, *Passer de l'enquête à la stratégie : examen de cas représentatifs de mauvais traitements et de négligence envers les aînés dans la jurisprudence canadienne*, préc., note 2, p. 5 et 76.
74. *Infra*, partie 3 : « Le rôle des conseillers juridiques en matière de lutte contre la maltraitance ».
75. Marie J. LACHANCE, Jacinthe CLOUTIER et Patricia LONG, *Mieux renseigner les aînés pour les protéger de l'abus financier. Volet quantitatif de la recherche. Rapport des données recueillies auprès des aînés*, présenté à Option consommateurs, 13 mars 2017.

en deux volets complémentaires destinés à découvrir les connaissances et les pratiques des personnes aînées relativement à différents modes de paiement, aux procurations et aux mandats de protection, ainsi qu'aux comptes conjoints. L'objectif du projet était de mettre au point des outils en vue d'aider les aînés québécois à mieux gérer leurs finances personnelles pour ainsi réduire leurs risques d'être victimes de maltraitance financière[76].

Dans le premier volet du projet, les chercheuses ont réalisé des entrevues qualitatives avec des intervenants du milieu de la gestion des finances personnelles des aînés à Québec et à Montréal. Dans le second volet, elles ont créé un questionnaire à partir des informations rassemblées dans le premier volet, puis elles ont recueilli les réponses au questionnaire lors d'entretiens menés avec des personnes aînées des régions de Québec et de Montréal[77]. Nous nous sommes intéressée à certaines données du second volet du projet qui sont susceptibles d'éclairer le travail des conseillers juridiques auprès des personnes aînées.

2.1 Certaines habitudes des aînés

Le questionnaire a été soumis à 100 personnes âgées de 68 à 93 ans. Elles ont été rencontrées soit à leur domicile, soit dans un endroit public de leur choix (par exemple, un centre commercial) ou dans les bureaux d'Option consommateurs à Montréal, entre les mois de novembre 2016 et de mars 2017. Le même nombre de personnes interrogées venait de la région de Québec (50) et de la région de Montréal (50).

Les personnes aînées rencontrées sont aptes. Au total, 92 % d'entre elles disent s'occuper personnellement de la gestion de leurs finances. Celles qui ne s'en chargent pas entièrement mentionnent confier une partie de cette tâche à leur conjoint ou à un conseiller financier. Lorsqu'elles ont des questions de nature financière, les personnes rencontrées disent demander l'information au personnel de leur institution financière (57 %), à leurs enfants (17 %) ou

76. Un guide destiné aux personnes aînées doit être préparé à la suite du projet par Option Consommateurs. Voir immédiatement : https://option-consommateurs.org/ressources/volet-aines/.

77. L'échantillon comprend 100 répondants qui vivent à leur domicile (61 femmes et 39 hommes).

bien à leur époux ou épouse (6 %). Par ailleurs, 7 % des personnes interrogées indiquent ne se poser aucune question au sujet de leurs finances personnelles. Nous remarquons immédiatement ici que les institutions financières jouent un rôle important auprès des aînés en ce qui a trait à leurs finances.

Interrogées à propos de leur situation sociale et familiale, 12 % des personnes rencontrées mentionnent qu'elles vivent des tensions familiales, alors que 15 % disent ressentir un sentiment d'isolement. Questionnées au sujet de leurs proches, 19,2 % des personnes rencontrées expliquent qu'il leur arrive d'aider financièrement un membre de leur entourage. Dans la plupart des cas, c'est un enfant (50 %), mais certaines personnes aident financièrement un neveu (25 %) ou un ami (25 %). Les réponses aux questionnaires révèlent que les montants sont donnés aux personnes aidées dans 52,9 % des cas, alors qu'ils sont prêtés dans 47,1 % des cas. Les montants en jeu varient de 80 à 75 000 $. L'analyse de ces données montre que près d'un aîné sur cinq aide financièrement un membre de son entourage. Les résultats obtenus confirment donc que les relations familiales et de proximité peuvent difficilement être ignorées en matière de finances des personnes aînées.

Quelques questions portaient sur les procurations. Comme en fait état le tableau 1, plusieurs personnes aînées ont une procuration (41 %). Dans la plupart des cas, le mandataire est un membre de la famille du mandant (95 %) : le plus souvent, il s'agit d'un ou de plusieurs enfants (68,3 %). Il semble que les mandants rencontrés ont une grande confiance en leur mandataire, car très peu d'entre eux demandent des preuves ou la justification de l'utilisation de la procuration par le mandataire (31,7 %).

Les raisons pour lesquelles les personnes aînées disent avoir signé une procuration peuvent surprendre de prime abord. La plupart des personnes qui ont choisi de préparer une procuration l'ont signée en prévision d'un accident ou d'une hospitalisation qui les empêcherait de se déplacer à leur institution financière (78 %). Pour ces personnes, on comprend que la procuration a été signée à titre préventif, avant même d'avoir besoin d'aide pour gérer leurs finances. D'autres aînés expliquent avoir signé une procuration à la suite d'une maladie ou d'une hospitalisation (12 %).

TABLEAU 1 – UTILISATION DES PROCURATIONS PAR LES PARTICIPANTS

Procurations	Taux (%)
Procuration signée (n=100)	
Oui	41,0
Non	59,0
À qui ? (n= 41)	
Fils ou fille	68,3
Époux ou épouse	12,2
Neveu ou nièce	7,3
Ami ou amie	4,9
Conjoint ou conjointe de fait (qui vit avec la personne)	2,4
Frère ou sœur	2,4
Beau-frère ou belle-sœur	2,4
Sexe du mandataire (n=41)	
Femme	63,4
Homme	36,6
Situation d'habitation du mandataire (n=41)	
Vit avec l'aîné	14,6
Ne vit pas avec l'aîné	85,4
Type de procuration (n=41)	
Procuration bancaire	78,0
Procuration générale	19,5
Procuration spécifique (autre que bancaire)	2,4
Procuration notariée ? (n=40)	
Oui	77,5
Non	22,5

Raison d'avoir une procuration (n=41)	
Au cas où, il ou elle serait malade, à l'hôpital ou aurait un accident	78,0
Maladie ou accident passé	12,2
Difficulté à se déplacer	4,9
Pour s'occuper des factures (ou autres) quand il ou elle est ou sera en voyage	4,9
Difficulté à gérer le paiement des factures	2,4
Demande de preuves, ou justification, de l'utilisation de la procuration (n=41)	
Oui	31,7
Non	68,3
Fréquence des preuves de l'utilisation de la procuration (n=15)	
Une fois par année	6,7
Une fois par quelques mois	6,7
Une fois par mois	6,7
Une fois par semaine	13,3
À chaque utilisation	40,0
Aucune utilisation présentement	26,7

Les personnes rencontrées ont aussi été interrogées sur les mandats de protection, autrefois nommés « mandat donné en prévision d'inaptitude » (voir le tableau 2). Près des trois quarts d'entre elles disent avoir signé un mandat de protection (74 %), ce qui constitue un taux conforme aux statistiques du Curateur public[78].

78. Dans le dernier sondage réalisé par le Curateur public, 73,9 % des personnes retraitées ont répondu qu'elles avaient signé un mandat de protection : BUREAU D'INTERVIEWEURS PROFESSIONNELS AU CURATEUR PUBLIC DU QUÉBEC, *Sondage sur la notoriété et l'utilisation faite des mandats donnés en prévision de l'inaptitude*, février 2016, p. 14. En ligne : www.curateur.gouv.qc.ca/cura/publications/sond_mand_2016_rapp.pdf.

La plupart des mandataires désignés font partie de la famille du mandant (94,4 %). Le plus souvent, il s'agit d'un enfant (63,9 %), comme c'était aussi le cas pour les procurations (voir le tableau 1). En ce qui a trait aux raisons concernant le choix de leur mandataire, les répondants mentionnent lui faire confiance (60,8 %), que c'est la meilleure personne pour prendre des décisions à leur sujet (32,4 %) ou que cette personne est la seule à pouvoir les aider (14,9 %).

TABLEAU 2 – UTILISATION DES MANDATS DE PROTECTION (EN CAS D'INAPTITUDE) PAR LES PARTICIPANTS

Mandats de protection (en cas d'inaptitude)	**Taux (%)**
Mandat en cas d'inaptitude (n=100)	
Oui	74,0
Non	26,0
À qui ? (n=72)	
Fils ou fille	63,9
Frère ou sœur	9,7
Époux ou épouse	9,7
Neveu ou nièce	8,3
Ami ou amie	4,2
Conjoint ou conjointe de fait (qui vit avec vous)	2,8
Autre	1,4
Sexe du mandataire (n=73)	
Femme	53,4
Homme	46,6
Situation d'habitation (n=72)	
Vit avec l'aîné	18,1
Ne vit pas avec l'aîné	81,9

Raison du choix de mandataire (n=74)	
« Je lui fais confiance »	60,8
« C'est la meilleure personne pour prendre des décisions relativement à ma personne »	32,4
« Seule personne disponible pour m'aider »	14,9
« C'est la personne qui habite le plus près de mon domicile »	8,1
« Elle a de bonnes connaissances dans le domaine financier »	6,8
Autre	6,8

Ces résultats nous permettent de mieux connaître certaines habitudes ou pratiques des personnes aînées lorsqu'il est question de leurs finances. Ils confirment ainsi que plusieurs personnes, en vieillissant, confient l'administration de leurs biens à des membres de leur famille ou à des proches avec qui elles entretiennent une relation de confiance.

Pour compléter ces informations sur les aînés et leurs finances, des questions plus précises ont été posées aux aînés sur la procuration et le mandat de protection afin de vérifier leurs connaissances à cet égard.

2.2 Certaines connaissances des aînés et la méconnaissance de leurs droits

Lorsqu'on a demandé aux personnes rencontrées de préciser les sujets sur lesquels elles aimeraient approfondir leurs connaissances, elles ont répondu les achats par Internet (14 %), les procurations (13 %), les placements (6 %) et la fraude (5 %).

Une partie du questionnaire avait pour objectif de vérifier plus précisément les connaissances des personnes aînées en matière de procuration. À chacun des énoncés qui leur étaient proposés, elles devaient répondre si, à leur avis, il était vrai ou faux ou indiquer si elles ignoraient la réponse. Les données recueillies confirment

que les connaissances des aînés sur cet instrument juridique sont souvent approximatives[79].

Concernant l'énoncé « Si un jour vous êtes déclaré inapte, la personne à qui vous avez signé une procuration qui permet de gérer vos comptes de banque pourra continuer à s'en occuper », 91 % des personnes interrogées affirment que c'est effectivement le cas, alors que 5 % disent ignorer la réponse. De tels taux tendent à confirmer qu'un bon nombre de personnes âgées voient la procuration comme un outil auquel elles pourront avoir recours advenant leur inaptitude. Cette réponse est logique certes, eu égard au fait que 90,2 % des personnes qui ont signé une procuration disent avoir agi ainsi soit au cas où elles seraient malades ou hospitalisées ou encore victimes d'un accident, soit à la suite d'une maladie ou d'un accident passé[80]. Le fort taux obtenu suggère cependant que certaines personnes ne distinguent pas correctement la procuration et le mandat de protection.

Les personnes aînées rencontrées ont aussi été interrogées au sujet de la révocation des procurations. En ce qui a trait à l'énoncé « Tout type de procuration peut être révoqué en tout temps sans devoir fournir d'explications et sans l'accord du mandataire », 66 % répondent par l'affirmative. Par ailleurs, 16 % des personnes précisent que non, alors que 18 % indiquent ne pas connaître la réponse. Plus du quart des personnes rencontrées ignorent donc le caractère révocable d'une procuration, qui en est pourtant une caractéristique importante.

Pour ce qui est de l'énoncé « Lorsque vous signez une procuration bancaire, vous perdez tous vos pouvoirs sur vos avoirs », si 75 % des personnes savent que ce n'est pas le cas, 12 % croient perdre effectivement leurs pouvoirs, alors que 13 % ignorent la réponse à cette question. À nouveau, le taux de personnes qui croient perdre leurs droits lorsqu'elles signent une procuration

79. Sur la connaissance de certains instruments juridiques par les aînés, avec des conclusions semblables, voir Christine MORIN, Marie BEAULIEU, Sophie ÉTHIER, Andrée SÉVIGNY, Jessica CALVÉ et Jordan BÉDARD-LESSARD, « Le bénévolat : clé d'accès au droit et à la justice pour les personnes aînées vulnérables ? », dans SERVICE DE LA FORMATION CONTINUE DU BARREAU DU QUÉBEC, *La protection des personnes vulnérables*, vol. 424, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017, p. 53.

80. *Supra*, tableau 1.

laisse perplexe. On peut facilement imaginer la dépendance du mandant qui pense avoir perdu l'exercice de ses droits par rapport à son mandataire.

Les connaissances des personnes aînées sur le mandat de protection ont aussi été vérifiées. En ce qui concerne l'énoncé « Le Curateur public du Québec (ou la curatelle publique) surveille l'administration de tous les mandataires qui agissent en vertu d'un mandat en cas d'inaptitude [aussi appelé mandat de protection] », seulement 24 % des personnes interrogées savent que ce n'est pas le cas. Au contraire, 39 % des répondants croient que le Curateur public surveille les mandataires en fonction, alors que 37 % disent ignorer la réponse. Au total, 76 % des répondants ne savent donc pas que le Curateur public ne surveille pas systématiquement l'administration des mandataires. Pareils résultats sont inquiétants. Si une vaste majorité des répondants estiment, à tort, que leur mandataire est soumis à une certaine surveillance du Curateur public, ils n'ont alors pas à s'inquiéter du travail de leur futur mandataire ni à prévoir des mesures de surveillance dans leur mandat. Un faux sentiment de confiance les habite.

Au sujet de l'énoncé « Il est obligatoire de désigner un membre de sa famille comme mandataire dans un mandat en cas d'inaptitude [aussi appelé mandat de protection] », 42 % des personnes interrogées ignoraient la bonne réponse (34 % pensent que c'est obligatoire et 8 % ignorent la réponse). Une fois encore ici, ces résultats montrent que plusieurs personnes ne perçoivent pas toutes les possibilités que leur offre la rédaction d'un mandat de protection.

Finalement, l'une des réponses qui nous a particulièrement étonnée concerne l'homologation du mandat de protection. Se prononçant quant à l'énoncé « Le mandat en cas d'inaptitude [ou de protection] doit être homologué, c'est-à-dire approuvé par le tribunal pour pouvoir être utilisé », 51 % des personnes interrogées disent que oui, mais 31 % répondent non et 18 % indiquent qu'elles l'ignorent. À nouveau, ces résultats correspondent à ceux du Curateur public[81]. Bien que le mandat de protection existe

81. Le sondage réalisé par le Curateur public dans la population générale révèle que près de la moitié des répondants croit que le mandat n'a pas à être soumis au tribunal avant de prendre effet (47,3 %) : BUREAU D'INTERVIEWEURS PROFESSIONNELS AU CURATEUR PUBLIC DU QUÉBEC, *Sondage sur la notoriété et l'utilisation faite des mandats donnés en prévision de l'inaptitude*, préc., note 78, p. 40.

depuis plusieurs années, les règles relatives à sa rédaction et à son exécution demeurent mal comprises. Toutes les données recueillies auprès des personnes aînées confirment que les besoins d'information et de conseils à propos des procurations et des mandats de protection sont grands.

Soulignons que les études sur les pratiques financières réalisées auprès des aînés québécois sont quasi inexistantes ou qu'elles datent de plusieurs années[82]. Étant donné le nombre limité de personnes qui ont été interrogées dans le second volet du projet dont il est question ici, notre analyse demeure de nature exploratoire et ne nous permet pas de généraliser les résultats obtenus à l'ensemble des personnes aînées du Québec. Elle nous fournit néanmoins un meilleur portrait des habitudes et des connaissances actuelles de certains aînés québécois sur des sujets liés à la protection de leur patrimoine.

Les données recueillies révèlent en effet aux conseillers juridiques des sujets à propos desquels leurs conseils peuvent s'avérer particulièrement utiles, notamment pour prévenir la maltraitance financière.

3. LE RÔLE DES CONSEILLERS JURIDIQUES EN MATIÈRE DE LUTTE CONTRE LA MALTRAITANCE

Nous avons vu que, malgré l'adoption de la Loi contre la maltraitance, les avocats et les notaires n'ont toujours pas l'obligation de signaler la maltraitance envers les aînés ou toute personne majeure en situation de vulnérabilité. Leur rôle de conseiller juridique et leur travail de rédacteur font cependant en sorte qu'ils peuvent contribuer à prévenir la maltraitance et à la détecter de même qu'à accompagner ou à soutenir les personnes qui en sont victimes, particulièrement lorsqu'il est question de maltraitance matérielle et financière.

Bien que la Loi contre la maltraitance ne définisse pas la maltraitance matérielle et financière, le Plan d'action 2017-2022 le fait comme suit : « Obtention ou utilisation frauduleuse, illégale, non autorisée ou malhonnête des biens ou des documents

82. Marie J. LACHANCE, Jacinthe CLOUTIER et Patricia LONG, *Mieux renseigner les aînés pour les protéger de l'abus financier. Volet quantitatif de la recherche. Rapport des données recueillies auprès des aînés*, préc., note 75.

légaux de la personne, absence d'information ou mésinformation financière ou légale »[83].

Nous observons ici que la définition de la maltraitance financière renvoie expressément aux documents légaux ainsi qu'à l'absence d'information ou à la mésinformation légale. Ces références confirment que les conseillers juridiques sont visés au premier plan.

Le Plan d'action 2017-2022 précise que la maltraitance financière peut résulter de violence ou de négligence[84]. Il ajoute que, dans la majorité des cas, la personne qui maltraite une personne aînée fait partie de son entourage familial, qu'il s'agisse d'un conjoint ou d'une conjointe ou encore d'un enfant ou d'un membre de la famille[85]. Le travail des conseillers juridiques auprès des aînés et de leur famille peut donc contribuer à diminuer les risques que certaines situations de maltraitance surviennent ou encore qu'elles perdurent. Grâce à des mesures souvent simples, il est possible de faire une différence[86].

3.1 La situation en amont

Les conseillers juridiques sont appelés à jouer un rôle important dans la prévention de la maltraitance financière grâce à

83. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Plan d'action gouvernemental pour contrer la maltraitance envers les personnes aînées 2017-2022*, préc., note 9, p. 18.

84. Pour ce qui est de la violence, le Plan d'action 2017-2022 mentionne ceci : « Pression à modifier un testament, transaction bancaire sans consentement (utilisation d'une carte bancaire, transactions Internet, etc.), détournement de fonds ou de biens, prix excessif demandé pour des services rendus, usurpation d'identité, etc. ». En ce qui a trait à la maltraitance qui découle de négligence, il indique ce qui suit : « Ne pas gérer les biens dans l'intérêt de la personne ou ne pas fournir les biens nécessaires lorsqu'on en a la responsabilité, ne pas s'interroger sur l'aptitude d'une personne, sa compréhension ou sa littératie financière, etc. »

85. Selon les statistiques de la Ligne AAA, dans 38 % des situations rapportées, c'était l'enfant qui commettait la maltraitance. Si l'on ajoute à ce résultat le conjoint ou la conjointe ainsi que les autres membres de la famille (neveux ou nièces, petits-enfants, cousins ou cousines, frères ou sœurs, conjoint ou conjointe des enfants), 55 % des situations rapportées à la Ligne AAA impliqueraient un membre de la famille immédiate ou élargie de la personne aînée maltraitée : GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Plan d'action gouvernemental pour contrer la maltraitance envers les personnes aînées 2017-2022*, préc., note 9, p. 25.

86. Sur le sujet, voir également FONDATION CANADIENNE POUR L'AVANCEMENT DES DROITS DES INVESTISSEURS (FAIR) et CANADIAN CENTRE FOR ELDER LAW, *Report on Vulnerable Investors: Elder Abuse, Financial Exploitation, Undue Influence and Diminished Mental Capacity*, novembre 2017 (http://faircanada.ca/wp-content/uploads/2017/11/171115-Vulnerable-Investor-Paper-FInAL-1.pdf).

l'information qu'ils transmettent à toute personne qui les consulte, à leurs conseils, mais aussi par la rédaction de documents et d'actes juridiques[87].

Les conseillers juridiques peuvent être proactifs dans leurs conseils et ainsi contribuer à diminuer les risques d'abus. Les exemples où ils peuvent le faire sont nombreux : pensons à la rédaction de testaments, d'actes de donation, de contrats de mariage ou de cautionnement, etc. Leurs connaissances juridiques permettent de les compter parmi les professionnels les mieux outillés pour informer et conseiller avec justesse quiconque fait appel à leurs services[88].

Leur rôle de conseiller juridique amène les avocats et les notaires à expliquer les conséquences des documents juridiques à leurs signataires afin que ces derniers puissent donner un consentement éclairé. L'avocat ou le notaire peut alors détailler les risques de certains actes. Il peut également suggérer et même recommander l'intégration de certaines mesures ou clauses protectrices dans les documents légaux.

Un exemple simple est celui du don d'un bien de valeur importante par une personne âgée à l'un de ses proches, souvent même de sa résidence[89]. Bien qu'il soit possible qu'une personne aînée souhaite effectivement donner sa maison sans contrepartie, le notaire qui reçoit l'acte de donation devrait normalement se renseigner sur les motivations et sur les attentes du donateur[90]. Par exemple, si ce dernier veut continuer à demeurer dans la

87. MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *Guide de référence pour contrer la maltraitance envers les personnes aînées*, préc., note 5, p. 397-402.

88. *Code de déontologie des notaires*, c. N-3, r. 2, art. 24 : « En plus des avis et des conseils, le notaire doit fournir à son client les explications nécessaires à la compréhension et à l'appréciation des services qu'il lui rend. » *Code de déontologie des avocats*, c. B-1, r. 3.1, art. 28 : « L'avocat obtient le consentement du client au sujet du mandat, en portant une attention et un soin particuliers s'il s'agit d'une personne vulnérable notamment en raison de son âge ou de son état physique ou psychologique. »

89. Sur ce sujet, voir également : Marie-Pascale BOUDREAULT, « La prévention des abus résultant des donations avant le placement des personnes âgées en centre d'hébergement », (2016) 46 *Revue générale de droit* 305; Catherine ROSSI, Jennifer GRENIER, Raymonde CRÊTE et Alexandre STYLIOS, « L'exploitation financière des personnes aînées au Québec : le point de vue des professionnels », préc., note 19, p. 120.

90. Rappelons que les donations, sauf le don manuel ou la donation déguisée, doivent être reçues par acte notarié en minute : *Code civil du Québec*, art. 1819 et 1824.

résidence malgré la donation, il devient nécessaire de prévoir un droit d'usage ou l'usufruit de la résidence pour le donateur afin de s'assurer du respect de sa volonté.

Selon plusieurs auteurs, les procurations constituent un document légal qui mérite une attention particulière puisqu'elles peuvent entraîner l'exploitation financière[91]. En dépit de leur utilité certaine, les procurations sont parfois considérées tel un permis de voler (*a licence to steal*) en raison des risques associés à leur utilisation par une personne insouciante, négligente, mal informée ou mal intentionnée[92].

Les données discutées précédemment confirment que plusieurs personnes aînées signent des procurations, mais que peu d'entre elles en comprennent les différentes caractéristiques. Les données font également état de la confiance des mandants envers leur mandataire. Cette méconnaissance des tenants et aboutissants de la procuration et cette grande confiance – parfois aveugle – envers les mandataires sont des éléments qui contribuent à augmenter les risques d'exploitation associés à l'utilisation de cet instrument juridique[93].

Il est connu que la procuration permet au mandant de confier l'administration de tout ou partie de ses biens à une ou plusieurs personnes, alors qu'il est toujours apte à le faire[94]. Grâce à une procuration, le mandataire peut contrôler les actifs du mandant et

---

91. Marie-Josée NORMAND-HEISLER, « L'encadrement des procurations accordées par les personnes aînées au Québec : une appréciation critique », (2016) 46 *Revue générale de droit* 341; Catherine ROSSI, Jennifer GRENIER, Raymonde CRÊTE et Alexandre STYLIOS, « L'exploitation financière des personnes aînées au Québec : le point de vue des professionnels », préc., note 19, p. 122; Miranda DAVIES *et al.*, « Factors Used in the Detection of Elder Financial Abuse: A Judgment and Decision-Making Study of Social Workers and their Managers », (2011) 54-3 *International Social Work* 404, 412.
92. Hans A. LAPPING, « License to Steal, Implied Gift-Giving Authority and Powers of Attorney », (1996) 4 *Elder Law Journal* 143. Voir notamment Mirry M. HWANG, « Durable Powers of Attorney: Financial Planning Tool or License to Steal? », (1996) 15-2 *Journal of Long-Term Health* 13; Lisa NERENBERG, « Forgotten Victims of Financial Crime and Abuse: Facing the Challenge », (2000) 12-2 *Journal of Elder Abuse & Neglect* 49, 61. Catherine ROSSI, Jennifer GRENIER, Raymonde CRÊTE et Alexandre STYLIOS, « L'exploitation financière des personnes aînées au Québec : le point de vue des professionnels », préc., note 19, p. 122.
93. *Supra*, partie 2.1 : « Certaines habitudes des aînés ».
94. C.c.Q., art. 2130-2185.

il est légalement habilité à retirer des fonds de ses comptes bancaires. Les pouvoirs du mandataire peuvent ainsi être importants.

Les mandants qui confient l'administration de leurs biens ont besoin d'être informés et conseillés. Ils doivent comprendre les conséquences de leur décision, notamment afin de prendre des mesures appropriées pour protéger leur patrimoine[95]. Lorsqu'il prépare une procuration, le conseiller juridique doit s'assurer qu'elle est adaptée aux besoins précis du mandant et que les pouvoirs du mandataire sont circonscrits en conséquence[96]. Il est facile, par exemple, de restreindre le type de transactions autorisé ou de limiter les montants d'argent qui peuvent être retirés par périodes de temps (jour, semaine, année)[97].

Le choix d'un mandataire digne de confiance par le mandant est excessivement important, mais ce mandataire doit aussi posséder les compétences et les connaissances requises par son rôle[98]. La littérature révèle que la plupart des abus financiers qui découlent

---

95. Sur le sujet : *Rapport du Groupe de travail visant à réduire la vulnérabilité des personnes ayant recours à une assistance dans la gestion de leurs biens*, 21 janvier 2011, p. 6-7. En ligne : www.lautorite.qc.ca/files/pdf/publications/autorite/rapport_groupe-travail-vulnerabilite.pdf; Marie BEAULIEU, Roxane LEBOEUF et Raymonde CRÊTE, « La maltraitance matérielle ou financière des personnes aînées – Un état des connaissances », préc., note 16, p. 53 et 54.
96. Michel BEAUCHAMP, « La procuration : utile mais... dangereuse ? », *Colloque : L'exploitation des aînés : problématique et pistes de solutions*, Chaire du notariat de l'Université de Montréal, 3 novembre 2005. En ligne : www.chairedunotariat.qc.ca/files/sites/74/2017/07/michelbeauchamp2005.pdf. Voir les pistes de solution suggérées par Marie-Josée NORMAND-HEISLER, « L'encadrement des procurations accordées par les personnes aînées au Québec : une appréciation critique », préc., note 91, p. 381-393. Au Québec, voir le modèle de procuration suggéré par l'AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS, *Modèle de procuration et note explicative*. En ligne : www.lautorite.qc.ca/files/pdf/publications/conso/prevention-fraude/AMF_Procuration_simple.pdf; Marie BEAULIEU, Roxane LEBOEUF et Raymonde CRÊTE, « La maltraitance matérielle ou financière des personnes aînées – Un état des connaissances », préc., note 16, p. 109.
97. Michel BEAUCHAMP, « La procuration : utile mais... dangereuse ? », préc., note 96.
98. Une étude américaine relate que les enfants adultes ont tendance à surestimer les capacités de leurs parents en matière de gestion des finances personnelles. Par ailleurs, certains peuvent penser que les ressources de leurs parents leur appartiennent pratiquement puisqu'elles leur reviendront à la mort de ces derniers. Finalement, les enfants adultes préfèrent gérer les finances personnelles de leurs parents de manière informelle, c'est-à-dire sans document légal comme une procuration. Ainsi, ces proches aidants pensent se dégager de toute responsabilité légale mais, en fait, ils connaissent peu les questions juridiques en jeu lorsqu'ils prennent en mains la vie matérielle de leurs parents : Dhrubodhi MUKHERJEE, « Financial Exploitation of Older Adults in Rural Settings: A Family Perspective », (2013) 25-5 *Journal of Elder Abuse & Neglect* 425-437.

de l'utilisation frauduleuse d'une procuration sont le fait de personnes proches du mandant[99]. La situation est alors d'autant plus complexe que le mandant entretient une relation affective avec son mandataire et qu'il n'a pas toujours conscience d'être exploité.

Il est par ailleurs impératif que le mandataire soit, lui aussi, informé correctement sur son rôle, ses devoirs et ses obligations à titre d'administrateur du bien d'autrui[100]. S'il arrive parfois que des problèmes dans la gestion des biens résultent de la mauvaise foi des mandataires, ces difficultés peuvent aussi découler de leur ignorance de la loi et de leurs responsabilités[101]. Le « flou » qui entoure les devoirs du mandataire est depuis longtemps désigné comme l'une des principales causes d'exploitation des personnes aînées au moyen de procurations[102]. Lorsque la situation s'y prête, le conseiller juridique qui reçoit une procuration devrait expliquer au mandataire ses responsabilités et ses obligations.

L'une des façons d'améliorer la protection du patrimoine du mandant consiste à prévoir un terme à la procuration[103]. De cette façon, il devient plus facile de veiller à ce que la procuration réponde toujours aux besoins et aux volontés du mandant et à ce que celui-ci demeure apte pendant son utilisation. À terme, le mandant n'a qu'à renouveler la procuration s'il est toujours apte et qu'il le souhaite[104].

---

99. FORUM FÉDÉRAL, PROVINCIAL ET TERRITORIAL DES MINISTRES, RESPONSABLES DES AÎNÉS, Ce que les Canadiens âgés devraient savoir au sujet de l'exploitation financière, 2010. En ligne : www.canada.ca/content/dam/esdc-edsc/documents/corporate/seniors/forum/brochure-07-fra.pdf. Pour un exemple récent éloquent, voir l'affaire *CDPDJ* c. *Satgé*, TDP, nos 400-53-000012-105 et 400-53-000014-199, 26 mai 2016, j. Yvan Nolet.

100. Pour un exemple récent, voir l'affaire *S.T.* et *R.Ta*, 2017 QCCS 3622. Sur le sujet, voir Madeleine CANTIN CUMYN et Michelle CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, 2e éd., coll. « Traité de droit civil », Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014.

101. Marie-Josée NORMAND-HEISLER, « L'encadrement des procurations accordées par les personnes aînées au Québec : une appréciation critique », préc., note 91.

102. *Id.*, p. 386.

103. Voir le modèle de procuration suggéré par l'AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS, « Modèle de procuration et note explicative ». En ligne : www.lautorite.qc.ca/files//pdf/publications/conso/prevention-fraude/AMF_Procuration_simple.pdf.

104. À titre d'exemple, l'Autorité des marchés financiers affirme que la durée maximale d'une procuration devrait être d'une année, étant sujette toutefois à renouvellement. Il arrive également que des familles continuent à utiliser une procuration générale pendant plusieurs années après la survenance de l'inaptitude du mandant, malgré les dangers qui découlent d'une telle situation. Dans l'inter-

La limitation de la durée de la procuration permet également de pallier une problématique qui résulte de l'absence de disposition législative sur la validité de la procuration en cas d'inaptitude du mandant. Pour différentes raisons, souvent d'ordre pratique, des personnes continuent à agir en vertu d'une procuration malgré la survenance de l'inaptitude du mandant[105]. Les résultats présentés plus haut confirment que la vaste majorité des personnes rencontrées croient qu'il est correct d'agir de la sorte[106]. Mentionnons par ailleurs que certaines procurations prévoient une clause sur l'inaptitude du mandant qui peut laisser croire au mandataire qu'il lui sera possible de continuer à agir avec la procuration, sans en demander l'homologation[107].

Comme le professeur Claude Fabien, nous croyons qu'il est de l'essence du régime du mandat qu'il s'éteigne dès l'apparition de l'inaptitude factuelle du mandant[108]. Une partie de la jurisprudence partage cet avis[109]. Étant donné que le mandat implique une série de droits et d'obligations du mandant et du mandataire, le

---

valle, la personne qui aurait besoin de protection se trouve dans un état de vulnérabilité accru. Raymonde CRÊTE et Marie-Hélène DUFOUR, « L'exploitation financière des personnes aînées : une mise en contexte », préc., note 5, p. 23 ; Marie BEAULIEU et Suzanne PHILIPS-NOOTENS, « La détermination de l'inaptitude de la personne âgée au carrefour des disciplines : le défi du respect de l'autonomie », dans SERVICE DE LA FORMATION CONTINUE DU BARREAU DU QUÉBEC, vol. 378, *La protection des personnes vulnérables (2014)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 143, à la page 152.

105. Julie BRISSON et Victoria COHENE, « Chronique – La procuration et la survenance de l'inaptitude », *Repères*, janvier 2016, EYB2016REP1850, p. 2 (Pdf) (La référence). Voir aussi Christine MORIN, « Le mandat : le point sur les conséquences liées à la survenance de l'inaptitude du mandant », (2008) 110 *Revue du notariat* 241. Les résultats de l'étude présentée dans notre texte suggèrent également l'existence de ce problème.

106. Au total, 91 % des personnes interrogées croient qu'il est possible de continuer à utiliser une procuration malgré l'inaptitude du mandant. *Supra*, partie 2.2 : « Certaines connaissances des aînés et la méconnaissance de leurs droits ».

107. Michel BEAUCHAMP et Cindy GILBERT, *Tutelle, curatelle, mandat de protection*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, EYB2014TCM53, EYB2014TCM54, EYB2014CTM57 (La référence).

108. Claude FABIEN, « Passage du mandat ordinaire au mandat de protection », (2001) 80 *Revue du Barreau canadien* 951, 986. Christine MORIN, « Le mandat : le point sur les conséquences liées à la survenance de l'inaptitude du mandant », préc., note 105, p. 253. Cette idée semble partagée par François DUPIN, « Le praticien et la protection des inaptes », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE DU BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit familial*, vol. 67, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 53.

109. Voir : *A.L. (Succession d')*, 2006 QCCS 1136, par. 45; *D.S.* c. *A.D.*, J.E. 2006-2152 (C.S.); *Placements Belley inc.* c. *Registraire des entreprises*, 2016 QCTAQ 12108.

premier doit demeurer apte tout au long de son exécution, notamment afin de pouvoir surveiller la gestion du second, soit de lui demander des informations ainsi que des comptes, et en vue d'être en mesure de révoquer le mandat s'il le désire. La vigilance du mandant demeure donc essentielle. Son aptitude doit être considérée comme une condition de la validité du contrat de mandat, tant au moment de sa signature que tout au long de son exécution. Ainsi, le mandat ordinaire est considéré comme « inadapté » et « dysfonctionnel » lorsqu'il est utilisé alors que le mandant est inapte[110]. Les risques d'exploitation – de maltraitance matérielle et financière – étant réels, il est dans l'intérêt du mandant que la procuration n'ait plus d'effet en cas d'inaptitude de sa part. Il serait également pertinent de prévoir, dans la procuration, que le mandataire a l'obligation de demander l'homologation du mandat de protection ou l'ouverture d'un régime de protection avec diligence lorsqu'il constate l'inaptitude du mandant[111].

Outre la procuration, le mandat de protection se révèle aussi un document d'une grande utilité, mais dont la rédaction est à surveiller pour des motifs similaires. Trop souvent, le mandat de protection confère de larges pouvoirs au mandataire, mais prévoit peu de surveillance. Les conseillers juridiques doivent adapter le mandat de protection à la situation du mandant : en réalité, il faut rédiger le mandat « sur mesure »[112].

Fait intéressant, nous avons vu que plusieurs aînés croient, à tort, que le Curateur public surveille les mandataires en fonction[113], comme il le fait pour les régimes de protection. Ils peuvent alors avoir l'impression que leur patrimoine est en sécurité. Pourtant, lorsque le mandant est déclaré inapte au moment de l'exécution

110. Claude FABIEN, « Passage du mandat ordinaire au mandat de protection », préc., note 108, p. 968 et 989.

111. Claude FABIEN, « Le mandat de protection en cas d'inaptitude du mandant : une institution à parfaire », (2007) 1 *C.P. du N.* 405, 407. Pour un exemple où une ordonnance de sauvegarde est rendue en vue de suspendre la procuration générale pendant le processus d'homologation du mandat de protection, voir l'affaire *C.L.* c. *M.G.*, 2017 QCCS 4144.

112. Gérard GUAY, *Le mandat de protection*, 3e éd., coll. « Répertoire de droit/Nouvelle série », Montréal, Chambre des notaires du Québec/Wilson & Lafleur, 2016; Lucie LAFLAMME, « Variations sur les thèmes connus : le mandat en prévision de l'inaptitude et la procuration générale », (2002) 2 *C.P. du N.* 103.

113. Ainsi, 76 % des répondants ignorent que le Curateur public ne surveille pas systématiquement l'administration des mandataires en fonction. *Supra*, partie 2.2 : « Certaines connaissances des aînés et la méconnaissance de leurs droits ».

du mandat, la mise en place de mécanismes de surveillance du mandataire devient d'autant plus nécessaire que le mandant n'est plus apte à surveiller cette administration.

La confection d'un inventaire au moment de l'entrée en fonction du mandataire et la reddition de comptes annuelle font partie des mesures minimales de surveillance à prévoir dans le mandat de protection[114]. L'inventaire est un outil essentiel pour vérifier, entre autres, l'exactitude des redditions de compte subséquentes du mandataire. Joint à la reddition de comptes annuelle, il permet de mieux juger de l'administration du mandataire. Pour ce qui est des redditions de comptes, un auteur observe que leur absence équivaut à « signer un chèque en blanc pour la totalité de sa fortune »[115].

Toujours en ce qui a trait à la prévention de la maltraitance financière – exploitation financière, captation, influence indue –, rappelons que la *Loi sur le notariat* exige que les notaires qui reçoivent des actes authentiques vérifient la capacité de la personne aînée ou de toute autre personne majeure qui souhaite s'engager[116]. Si cette personne n'est pas apte à consentir de façon libre et éclairée, le notaire doit s'abstenir de recevoir un acte juridique auquel elle est partie[117].

3.2 La situation en aval

Un avocat ou un notaire peut être consulté par une personne âgée qui a été victime de maltraitance financière parce qu'elle souhaite agir pour mettre fin à la situation ou qu'elle désire demander

114. ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Loi modifiant le Code civil, le Code de procédure civile et la Loi sur le curateur public en matière de protection des personnes*, projet de loi 96 (présentation), 1re session, 41e législature, 2016 : ce projet de loi propose différentes modifications aux dispositions du *Code civil du Québec* et de la *Loi sur le curateur public* qui régissent le mandat et les régimes de protection.

115. Claude FABIEN, « Le mandat de protection en cas d'inaptitude du mandant : une institution à parfaire », préc., note 111, p. 423.

116. *Loi sur le notariat*, RLRQ, c. N-3, art. 43 : « Le notaire doit, par tout moyen raisonnable, vérifier l'identité, la qualité et la capacité des parties à un acte notarié dont il reçoit la signature. »

117. *Pagé* c. *Henley (Succession de)*, 2016 QCCA 964, par. 108 : « si celui qui veut tester est manifestement incapable, le notaire devrait refuser de recevoir l'acte »; Christine MORIN, « Revue de jurisprudence 2013 en droit des successions », (2014) 116 *R. du N.* 33, 46.

réparation à la personne maltraitante. Comme il le fait pour tous ses clients, le conseiller juridique doit alors informer et conseiller la personne sur ses droits et ses recours. Pour ce qui est de l'avocat, il peut même la représenter devant les tribunaux en cas de besoin.

Ce n'est cependant pas de ce type d'intervention du conseiller juridique que nous souhaitons discuter ici. La situation qui nous intéresse est celle où l'avocat ou le notaire n'est pas consulté pour une situation actuelle d'exploitation, mais où il est ou encore croit être témoin d'une situation réelle ou appréhendée. L'avocat ou le notaire n'a alors pas le mandat d'agir pour assister ou pour représenter la personne victime d'exploitation, cependant il juge qu'elle a besoin d'aide. La situation du professionnel se révèle dès lors délicate[118].

Lorsqu'un conseiller juridique est témoin de maltraitance, son devoir de respecter le secret professionnel peut l'empêcher d'intervenir sans l'autorisation de la personne qui en est victime, mais ce devoir ne signifie pas son impuissance ou son inaction pour autant.

Outre la mise en place de la Ligne AAA qui peut répondre à certaines questions[119], le gouvernement du Québec a élaboré le *Guide de référence pour contrer la maltraitance envers les personnes aînées*[120]. Ce guide, qui en est à sa seconde édition, a été publié à la suite des travaux menés pour tracer le portrait de la maltraitance envers les aînés au Québec. Il a pour objet de soutenir les efforts dans la lutte contre la maltraitance et s'adresse à tous les types d'intervenants et de partenaires, quel que soit leur domaine ou discipline. Il y est notamment question de justice et de la contribution possible des avocats et des notaires à la lutte contre la maltraitance[121]. Plusieurs pistes d'action leur sont proposées.

L'avocat ou le notaire qui décèle des indices de maltraitance devrait d'abord en discuter avec la personne qu'il croit en être

---

118. Catherine ROSSI, Jennifer GRENIER, Raymonde CRÊTE et Alexandre STYLIOS, « L'exploitation financière des personnes aînées au Québec : le point de vue des professionnels », préc., note 19.
119. Voir le site Web suivant : www.aideabusaines.ca/; ou composer le 1-888-489-2287.
120. MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *Guide de référence pour contrer la maltraitance envers les personnes aînées*, préc., note 5.
121. *Id.*, p. 1.

victime, seul avec celle-ci, pour vérifier les indices perçus[122]. Selon les réponses qui lui seront données, il sera ensuite en mesure de mieux informer la personne et de la conseiller, notamment sur ses droits et ses recours. Étant donné les connaissances étendues des conseillers juridiques à cet égard, leur rôle est d'autant plus significatif auprès des personnes qui se trouvent dans une situation de vulnérabilité.

Le conseiller juridique peut aussi diriger la personne vers différentes ressources susceptibles de l'accompagner ou de lui venir en aide. On peut penser à un travailleur social, à un commissaire aux plaintes et à la qualité des services, à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, au Curateur public, au service de police, etc. Cette façon de faire présente l'avantage de respecter l'autonomie décisionnelle de la personne aînée ou de celle qui vit une situation de vulnérabilité en lui permettant d'agir en fonction de ses choix et de ses valeurs. Ce faisant, le conseiller juridique favorise le « pouvoir d'agir » de la personne aînée qui s'engage ainsi dans la résolution de la situation problématique, ce qui accroît son autonomisation (*empowerment*)[123].

Si le conseiller juridique constate que la personne possiblement maltraitée refuse d'agir ou qu'elle en est incapable, il doit alors s'interroger sur ce qui peut être fait dans les circonstances. Nous avons vu que la Loi contre la maltraitance n'oblige pas les avocats et les notaires à signaler la maltraitance dont ils sont témoins, même pour les personnes qui résident dans un CHSLD ou celles qui ont été déclarées inaptes[124]. La véritable question consiste cependant à savoir s'ils peuvent le faire[125].

---

122. Sur le point de vue des professionnels dans une telle situation, voir Catherine ROSSI, Jennifer GRENIER, Raymonde CRÊTE et Alexandre STYLIOS, « L'exploitation financière des personnes aînées au Québec : le point de vue des professionnels », préc., note 19, p. 143.

123. MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *Guide de référence pour contrer la maltraitance envers les personnes aînées*, préc., note 5, p. 98.

124. Loi contre la maltraitance, préc., note 11, art. 21. *Supra*, partie 1.2 : « Des mesures facilitant l'intervention ».

125. BARREAU DU QUÉBEC ET CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Lignes directrices : Intervention de l'avocat et du notaire auprès des aînés et des majeurs en situation de vulnérabilité et levée du secret professionnel dans le contexte de la lutte contre la maltraitance envers ces clientèles*, novembre 2017. Sur le sujet, voir également : Raymonde CRÊTE et Marie-Hélène DUFOUR, « L'exploitation des personnes aînées : pour un élargissement des dérogations au secret professionnel », préc., note 60; Suzanne PHILIPS-NOOTENS, « Entre secret professionnel et protection de l'aîné vulnérable : un dilemme pour le notaire », (2011)

Les conseillers juridiques sont tenus de respecter le secret professionnel, ce qui implique qu'ils ne peuvent déroger à ce devoir et transmettre des informations aux autorités compétentes afin de dénoncer une situation de maltraitance que dans deux situations[126] : la première, lorsque la personne les autorise préalablement à le faire[127]; la seconde, si la loi le permet.

La situation idéale est assurément celle où la personne relève l'avocat ou le notaire de son secret professionnel. Dans ce cas, le conseiller juridique peut prendre contact avec d'autres intervenants au dossier pour discuter de la situation. Il peut aussi transmettre le dossier à une ressource appropriée et ainsi s'assurer que la personne recevra l'aide dont elle a besoin. Au contraire, si la personne refuse son intervention, l'avocat ou le notaire doit déterminer s'il se trouve devant une situation où la loi l'autorise néanmoins à agir.

De son côté, la Loi contre la maltraitance maintient le *statu quo* en ce qui a trait aux circonstances permettant de déroger au secret professionnel pour les avocats et les notaires. Comme mentionné plus haut, ceux-ci peuvent communiquer un renseignement protégé par le secret professionnel :

> [Ils le feront] en vue de prévenir un acte de violence, dont un suicide, lorsqu'il a un motif raisonnable de croire qu'un risque sérieux de mort ou de blessures graves menace une personne ou un groupe de personnes identifiable et que la nature de la menace inspire un sentiment d'urgence.[128]

Nous avons aussi vu que la *Loi sur le Barreau* et la *Loi sur le notariat* précisent que les « blessures graves » incluent les blessures tant physiques que psychologiques qui nuisent à l'intégrité

---

1 *C.P. du N.* 213; Audrey TURMEL, « L'échange de renseignements confidentiels en toute légalité : un outil précieux pour aider les intervenants à contrer les abus financiers », dans Raymonde CRÊTE, Ivan TCHOTOURIAN et Marie BEAULIEU (dir.), *L'exploitation financière des personnes aînées : prévention, résolution et sanction*, coll. « CÉDÉ », Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 503.

126. Sur le secret professionnel, voir notamment : *Canada (Procureur général)* c. *Chambre des notaires du Québec*, [2016] 1 RCS 336; *R.* c. *McClure*, [2001] 1 RCS 445; *Smith* c. *Jones*, [1999] 1 RCS 455.

127. Pour les notaires, cette autorisation doit être donnée par écrit : *Code de déontologie des notaires*, c. N-3, r. 2, art. 36, al. 1.

128. *Loi sur le Barreau*, RLRQ, c. B-1, art. 131, par. 3; *Loi sur le notariat*, RLRQ, c. N-3, art. 14.1.

physique, à la santé ou au bien-être d'une personne ou d'un groupe de personnes identifiable d'une manière importante[129]. La violence psychologique subie par une personne aînée ou par un majeur en situation de vulnérabilité peut mener à des blessures graves. Il est cependant généralement plus difficile d'apprécier la gravité d'une blessure psychologique que d'une blessure physique.

Conformément aux enseignements de la Cour suprême, le conseiller juridique qui souhaite communiquer un renseignement protégé par le secret professionnel doit cependant s'assurer qu'il y a un risque sérieux pour la victime de maltraitance[130]. Ce risque existe en présence de trois facteurs : la clarté, la gravité et l'imminence. Une ou plusieurs personnes (groupe identifiable) doivent donc être clairement exposées à un danger : elles doivent risquer d'être gravement blessées ou tuées et le danger doit être imminent. Les trois facteurs sont cumulatifs. Dans l'appréciation de ces derniers, les informations ou les renseignements sur lesquels se fonde la croyance du conseiller juridique doivent être « irrésistibles, dignes de foi et corroborés »[131].

Rappelons également que l'avocat ou le notaire ne peut communiquer un renseignement protégé par le secret professionnel qu'à la ou aux personnes exposées à ce danger, à leur représentant ou aux personnes susceptibles de leur porter secours et qu'il ne peut transmettre que les renseignements nécessaires aux fins poursuivies par la communication[132]. Dans tous les cas, nous croyons que l'avocat ou le notaire devrait d'abord entrer en rapport avec le syndic de son ordre professionnel afin de s'assurer qu'il respecte ses obligations déontologiques[133]. S'il communique ensuite une

---

129. *Loi sur le Barreau*, RLRQ, c. B-1, art. 131, par. 4; *Loi sur le notariat*, RLRQ, c. N-3, art. 14.1, al. 4. La Cour suprême avait déjà reconnu qu'une blessure psychologique peut se qualifier comme une blessure grave : *Smith* c. *Jones*, [1999] 1 RCS 455, par. 83.

130. *Smith* c. *Jones*, [1999] 1 RCS 455. Pour l'application de ces critères, voir notamment Raymonde CRÊTE et Marie-Hélène DUFOUR, « L'exploitation des personnes aînées : pour un élargissement des dérogations au secret professionnel », préc., note 60, p. 430-434.

131. Yves D. DUSSAULT, « Divulguer des renseignements confidentiels en vue de protéger des personnes », préc., note 65, p. 157.

132. *Loi sur le Barreau*, RLRQ, c. B-1, art. 131, par. 3; *Code de déontologie des avocats*, c. B-1, r. 3.1, art. 69; *Loi sur le notariat*, RLRQ, c. N-3, art. 14.1, al. 2.

133. Pour les avocats, voir le *Code de déontologie des avocats*, c. B-1, r. 3.1, art. 70. Les lignes directrices du Barreau et de la Chambre des notaires le mentionnent également.

information confidentielle, la loi prévoit qu'il devra consigner ce fait par écrit dans le dossier de son client[134].

Les situations où il y a maltraitance ne sont jamais simples. Le conseiller juridique le plus compétent et le plus dévoué n'a normalement pas les connaissances ni les compétences d'un travailleur social ou d'un intervenant du réseau de la santé et des services sociaux. Il est néanmoins visé par la problématique et ne peut en faire fi.

Le conseiller juridique qui souhaite accompagner ou guider une personne aînée ou en situation de vulnérabilité qui est victime de maltraitance a souvent la possibilité de le faire. Bien que les avocats et les notaires ne soient pas tenus de signaler la maltraitance comme le sont les prestataires de services de santé et de services sociaux et les autres professionnels, ils peuvent contribuer à l'effort collectif pour enrayer ce problème social. Même s'ils se doivent de respecter le secret professionnel, les conseillers juridiques sont en mesure de contribuer à prévenir la maltraitance ou à la détecter. Ils peuvent également accompagner les personnes qui la subissent.

CONCLUSION

L'Organisation mondiale de la santé (OMS) observe que la proportion des personnes âgées d'au moins 60 ans augmente plus rapidement que toute autre tranche d'âge[135]. Selon ses projections, les personnes âgées seront plus de 2 milliards vers 2050. En France, certains parlent désormais d'une économie des personnes âgées (« silver économie ») ou d'une « économie des seniors »[136] !

---

134. *Code de déontologie des avocats*, c. B-1, r. 3.1, art. 68; *Code de déontologie des notaires*, c. N-3, r. 2, art. 36, al. 2.

135. ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, *Vieillir en restant actif. Cadre d'orientation*, Genève, 2002, p. 6. L'OMS se fonde sur l'âge de référence établi par les Nations unies pour définir la personne « âgée » comme celle qui a 60 ans ou plus. Voir le site Web suivant : whqlibdoc.who.int/hq/2002/WHO_NMH_NPH_02.8_fre.pdf.

136. L'expression est également reprise par des juristes : voir, par exemple, Anne-Laure FABAS-SERLOOTEN, « Vieillissement de la population : le point sur la réforme », *AJ Famille* 2016. Voir également le portail de l'économie, des finances, de l'action et des comptes publics du gouvernement français : www.economie.gouv.fr/entreprises/silver-economie-definition.

Le Québec ne fait pas exception. En 2011, on comptait 1,3 million de personnes âgées sur une population de 8 millions[137]. En 2056, près du tiers des Québécois seront âgés de 65 ans et plus[138]. Ne serait-ce qu'en raison de l'augmentation du nombre d'aînés québécois, la maltraitance ou l'exploitation financière à leur égard est à surveiller. Il y a cependant plus. Plusieurs aînés ont un patrimoine d'une valeur considérable qui peut devenir source de convoitise.

L'amélioration de la législation constitue une des façons de contribuer à réduire les risques de maltraitance matérielle et financière envers les personnes aînées ou en situation de vulnérabilité. D'autres changements législatifs pourraient d'ailleurs être envisagés. Si rien ne semble prévu du côté de la procuration[139], rappelons que le projet de loi nº 96, *Loi modifiant le Code civil, le Code de procédure civile et la Loi sur le curateur public en matière de protection des personnes*, a été présenté en 2016[140]. Il propose certaines améliorations aux règles du mandat de protection. Par exemple, le projet prévoit la confection d'un inventaire par le mandataire une fois que le mandat est homologué[141]. Il énonce également que le mandat de protection « doit, à moins que le mandant ne renonce expressément à ce qu'une reddition de comptes soit faite en cours d'exécution du mandat, indiquer la personne à qui le mandataire doit rendre compte ainsi que la fréquence à laquelle il doit le faire », ce qui nous apparaît éminemment souhaitable[142]. La reddition de comptes permet de mieux protéger le patrimoine du mandant inapte en contribuant à diminuer les risques d'exploitation financière ou de maltraitance financière, outre qu'elle peut

137. INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, « Vieillissement démographique au Québec : comparaison avec les pays de l'OCDE », *Données sociodémographiques en bref*, vol. 19, nº 3, juin 2015. En ligne : www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/conditions-vie-societe/bulletins/sociodemo-vol19-no3.pdf. DIRECTION DE LA RECHERCHE, DE L'ÉVALUATION ET DE LA STATISTIQUE DU MINISTÈRE DE LA FAMILLE ET DES AÎNÉS, *Les aînés du Québec. Quelques données récentes*, Gouvernement du Québec, 2012, p. 6. En ligne : www.scf.gouv.qc.ca/fileadmin/publications/Les_aines_du_Quebec.pdf.
138. *Ibid*.
139. Pour des propositions de modifications législatives, voir Marie-Josée NORMAND-HEISLER, « L'encadrement des procurations accordées par les personnes aînées au Québec : une appréciation critique », préc., note 91.
140. ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Loi modifiant le Code civil, le Code de procédure civile et la Loi sur le curateur public en matière de protection des personne*s, préc., note 114.
141. *Id.*, art. 27.
142. *Ibid*.

favoriser une diminution des tensions familiales[143]. Ces changements représenteraient des améliorations par rapport à la législation existante. Toutefois, on ignore encore si le projet sera adopté.

Les tribunaux font aussi savoir qu'ils espèrent des changements. Dans une décision, la Cour d'appel a mentionné ce qui suit :

> Cela dit, il serait souhaitable que le législateur se penche sur la question des conditions dont un tribunal peut assortir l'homologation d'un mandat de protection, notamment au chapitre de la reddition de comptes, pour permettre d'assurer au mieux l'intérêt et la protection des mandants inaptes.[144]

Les conséquences de la maltraitance ou de l'exploitation financière sur les personnes aînées étant nombreuses, sur le plan tant individuel que collectif[145], les conseillers juridiques, comme tous les autres acteurs, doivent se sentir interpellés.

Les données de l'étude que nous avons présentées plus haut révèlent certaines habitudes des personnes aînées qui sont aussi des sources d'abus potentiels[146]. La même étude montre la méconnaissance de certains aînés quant à leurs droits, notamment lorsqu'il est question de la procuration et du mandat de protection. Les conseillers juridiques doivent donc être conscients de l'ampleur

---

143. Ann Margaret SODEN et Roxane LEBOEUF, « État de la pratique juridique québécoise dans les situations d'exploitation financière », dans Raymonde CRÊTE, Ivan TCHOTOURIAN et Marie BEAULIEU (dir.), *L'exploitation financière des personnes aînées : prévention, résolution et sanction*, coll. « CÉDÉ », Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 439.

144. *Québec (Curateur public)* c. *D.S.*, 2006 QCCA 83, par. 38. Les tribunaux ont maintes fois rappelé qu'ils ne peuvent s'immiscer dans la gestion du mandataire, ni ajouter au mandat, ni le modifier pour protéger le mandant. C'est là une « lacune que le législateur n'a pas jugé bon de corriger à la suite de l'arrêt de 2006 » : *P.M. (Dans l'affaire de)* c. *M.A.*, 2008 QCCA 2437, par. 23. Voir également : *Alloi-Lussier* c. *Centre d'hébergement Champlain*, J.E. 97-458 (C.A.); *K.S.* c. *Curateur public du Québec*, 2017 QCCA 59; *Québec (Curateur public)* et *D.S.*, 2006 QCCA 83; *Québec (Curateur public)* c. *C.G.*, 2012 QCCA 1064.

145. Catherine ROSSI, Jennifer GRENIER, Raymonde CRÊTE et Alexandre STYLIOS, « L'exploitation financière des personnes aînées au Québec : le point de vue des professionnels », préc., note 19, p. 106; Raymonde CRÊTE et Marie-Hélène DUFOUR, « L'exploitation financière des personnes aînées : une mise en contexte », préc., note 5, p. 23-26.

146. Sur le besoin d'information juridique, voir également Christine MORIN, Marie BEAULIEU, Sophie ÉTHIER, Andrée SÉVIGNY, Jessica CALVÉ et Jordan BÉDARD-LESSARD, « Le bénévolat : clé d'accès au droit et à la justice pour les personnes aînées vulnérables ? », préc., note 79, p. 53.

des besoins d'informations juridiques et de conseils[147]. Leur apport s'avère essentiel pour tisser un meilleur filet de protection sociale contre la maltraitance ou l'exploitation financière des aînés et des personnes majeures en situation de vulnérabilité[148].

147. Nous travaillons actuellement sur un projet de recherche qui porte précisément sur ce sujet et qui a pour objet de mieux accompagner les mandataires en fonction afin de protéger davantage les mandants déclarés inaptes : chantier13a-daj.openum.ca/.

148. COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *L'exploitation des personnes âgées : vers un filet de protection resserré*, rapport de consultations et de recommandations, Montréal, CDPDJ, 2001; Raymonde CRÊTE et Marie-Hélène DUFOUR, « L'exploitation financière des personnes aînées : une mise en contexte », préc., note 5, p. 49.

Class Actions in the "Mixed" Legal Systems of Québec and South Africa

Monique PANSEGROUW and Shaun E. FINN

Abstract

Class actions represent one of the most transformational developments in the area of modern commercial litigation. Although often viewed as a distinctly American phenomenon, class actions have since been adopted by a number of jurisdictions throughout the world, including "mixed-law" jurisdictions like Québec and South Africa. In this article, the authors explore the similarities and differences between the class action regimes of Québec and South Africa through the lens of the latest class action certified by the latter, referred to as the "silicosis class action," an industry-wide litigation which includes gold miners from South Africa and neighbouring countries who developed a fatal lung disease. The purpose of this comparative analysis will be to highlight the extent to which Québec's class action regime is consonant with that of the nascent regime currently taking shape in South Africa, and can serve as a model for South African judges and legislators – and potentially for other jurisdictions contemplating the adoption of class action legislation.

Résumé

L'action collective représente un des plus importants développements en matière de litige commercial. Bien que souvent perçu comme étant un phénomène particulièrement américain, l'action collective a depuis été adoptée par plusieurs juridictions à travers le monde, dont des juridictions « mixtes » comme celles du Québec et de l'Afrique du Sud. Dans cet article, les auteurs analysent les

similitudes et différences entre les régimes d'action collective du Québec et de l'Afrique du Sud dans le contexte de la plus récente procédure autorisée par cette dernière, soit « l'action collective de la silicose », une affaire sectorielle qui vise un groupe de mineurs de l'Afrique du Sud et de pays voisins souffrant d'une maladie fatale du poumon. La raison d'être de cette étude comparative est de souligner en quoi le régime d'action collective québécois s'harmonise avec le régime naissant de l'Afrique du Sud et pourrait s'avérer un modèle utile pour les juges et les législateurs de ce pays, ainsi que pour d'autres juridictions qui considèrent l'adoption d'une loi sur l'action collective.

Class Actions in the "Mixed" Legal Systems of Québec and South Africa

Monique PANSEGROUW and Shaun E. FINN*

A- INTRODUCTION 557

B- THE ANGLO-AMERICAN ORIGINS OF CLASS ACTIONS 558

C- CLASS ACTIONS IN QUÉBEC. 559

D- BACKGROUND AND DEVELOPMENT OF CLASS ACTIONS IN SOUTH AFRICA 561

1. Origin of South African Law 561

2. Origin, Codification and Development of Class Actions in South African Law 561

3. Certification of Class Actions in South Africa. 570

E- SILICOSIS CLASS ACTION CASE. 570

1. Background 570

* Monique Pansegrouw is a partner in the litigation department of Werksmans Attorneys, Johannesburg, South Africa, who is a member of the following practice areas: dispute resolution, healthcare and life sciences, and construction, and has been with Werksmans for more than 15 years. Shaun E. Finn is a commercial litigation lawyer at BCF LLP, Business Law, Co-leader of the firm's Class Action Defence Strategic Team, and a course lecturer on class actions at the McGill Faculty of Law. The authors wish to thank André Ryan, Head of the BCF Litigation Group and Co-leader of the firm's Class Action Defence Strategic Team, for his insights. Any errors are those of the authors only. Please note that an earlier version of this article was published in the *Canadian Class Action Review*, vol. 12, No 2, 2016-2017, pp. 235-259.

2. Case Summary 571

3. Appeals against the Judgment and Settlement Negotiations 573

F- GENERAL COMMENTS ON CLASS ACTIONS IN SOUTH AFRICA FOLLOWING THE FAR-REACHING JUDGMENT OF THE SILICOSIS CLASS ACTION CASE 576

G- THE SILOCOSIS CLASS ACTION CASE FROM A QUÉBEC PERSPECTIVE 577

H- CONCLUSION 582

A- INTRODUCTION

Class actions have become an increasingly present reality in our consumer societies. Historically, class actions were considered a specifically American phenomenon that had arisen out of a distinct – and particularly litigious – legal environment. Yet the world has evolved considerably since the 1960s and 70s. Today, jurisdictions throughout the Americas, Europe, Asia, and, most recently, Africa have adopted class actions in one form or another. This development represents a major shift in the areas of civil and commercial litigation, one which is quickly transforming legal institutions and practice.

Remarkably, although class actions have their origins in the English courts of equity and achieved their modern incarnation as a result of several decades of US rule-making, they have been introduced into such civil law countries as Italy and Mexico, and into "mixed-law" jurisdictions such as Québec and South Africa. Mixed-law jurisdictions are particularly interesting since they incorporate elements of both the civil and common law traditions. As observed by the Supreme Court of Canada in *Lac d'Amiante du Québec Ltée v 2858-0702 Québec Inc.*:

> 32 The rules of Quebec civil procedure themselves reveal the mixed nature of their sources. As Professor Tancelin points out, part of that civil procedure derives from the former French law. Prior to 1867, the codifiers given the task of preparing the *Civil Code of Lower Canada* and *Code of Civil Procedure of Lower Canada* had in fact been instructed to base their work on the contemporary French codes.
>
> 33 In addition, civil trials in Quebec are conducted within a framework that has been influenced by the common law courts. Characteristics such as the adversarial nature of the proceeding, the roles assigned to lawyers and judges, the direct examination of witnesses before the court and, now, the use of examinations on discovery, all demonstrate how significant this contribution to the civil procedure of Quebec has been.

> 34 Thus the form that the civil trial has now taken in Quebec makes it markedly different from the continental European model. In this way, the *Code of Civil Procedure*, reflects the diversity and complexity of the society for which it provides the structure within which judicial proceedings are conducted.[1]

The mixed nature of Québec civil procedure has proven itself to be a unique crucible for the development of class actions.

This article looks primarily at the state of class actions in South Africa, particularly in light of a high-profile decision certifying an industry-wide proceeding against 32 gold-mining companies: *Nkala v Harmony Gold Mining Company Limited (Treatment Action Campaign NPC and Sonke Gender Justice NPC Amicus Curiae)* (the Silicosis Class Action Case).[2] This decision will be placed in a larger context and commented on from the vantage point of Québec law, which, although different from the law of South Africa, has a similar mixed-law heritage.

More broadly, the purpose of this comparative analysis will be to highlight the extent to which Québec's class action regime is consonant with that of the nascent regime currently taking shape in South Africa and can serve as a model for South African judges and legislators – and potentially for other jurisdictions contemplating the adoption of class actions. A comparative analysis of this kind will also serve to underscore some of the more arguable aspects of Québec law. Québec's controversial approach to industry-wide class actions, for example, is inconsistent with the classical conception of standing embraced in much of the Western world and could allow civil procedure to distort foundational legal principles.

B- THE ANGLO-AMERICAN ORIGINS OF CLASS ACTIONS

Although the precise origins of class actions are the subject of some debate, cases involving the consolidation of groups of tenants or parishioners can be traced back to the medieval period.[3] These cases were later invoked by the English courts of equity to justify

1. [2001] 2 SCR 743. References omitted; our underlining.
2. 2016 (5) SA 240 (GJ) (13 May 2016) [Silicosis Class Action Case].
3. See Shaun E. Finn, *Class Actions in Quebec: Notes for Non-Residents* (Toronto: Carswell, 2014) at 26-28.

representative lawsuits between previously unrecognized classes of plaintiffs and single defendants. As Lord Magnaten stated in *Duke of Bedford v Ellis*, "[g]iven a common interest and a common grievance, a representative suit was in order [under the old law] if the relief sought was in its nature beneficial to all whom the plaintiff proposed to represent."[4] However, the remedies available were essentially limited to declaratory judgments. In England, it was not possible to bring a representative lawsuit in order to obtain damages. As the Court of Appeal made clear in *Markt & Co Limited v Knight Steamship Company, Limited*, "[t]o my mind no [such] action can lie where the sole relief sought is damages, because they have to be proved separately in the case of each plaintiff, and therefore the possibility of representation ceases."[5]

The equitable law of England was received organically into the law of the Thirteen Colonies and, eventually, into that of the United States when it achieved political independence. There too, the courts invoked and applied the ancient precedents of equity to changing circumstances. Unlike in England, however, the United States codified rules enunciating how "class" actions could be commenced. Although these rules have a complex history, their first modern incarnation was rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure. Promulgated by the Supreme Court of the United States in 1938 and largely revised in 1966, the regime "describes in more practical terms the occasions for maintaining class actions [...] and refers to the measures which can be taken to assure the fair conduct of these actions."[6] Among other things, rule 23 stipulates criteria for: (1) certifying class actions; (2) providing notice to class members; (3) approving settlements; (4) appointing class counsel; and (5) awarding attorney fees.

C- CLASS ACTIONS IN QUÉBEC

Not only has rule 23 served as a model for most class action statutes at the state level in the United States, but it has had a major impact on the advent of class actions in other jurisdictions as well. Importantly, these jurisdictions are not all within the Anglosphere. In 1979, Québec adopted a class action regime of

4. [1901] AC 1 at 8, [1900-03] All ER 694 (HL).
5. [1910] 2 KB 1021 at 1041, 103 LT 369 (CA).
6. Notes of Advisory Committee on Rules – 1966 Amendment (at para 6).

its own. This is noteworthy since Québec is nominally a civil law jurisdiction whose system of private law is largely based on that of France. Practically speaking, however, Québec is better described as a mixed-law jurisdiction since its criminal and administrative laws are within the realm of Canadian common law, its legal culture is typically Anglo-American, and it favours an adversarial approach to the resolution of litigation.

It was in Québec – not in a common law province – that a Canadian legislature first enacted class actions in order to level the playing field between consumers and corporations. It was also in Québec that the courts gradually developed a large and liberal approach to the criteria for "authorization" (certification).[7] In this respect, Québec can be described as something of a trailblazer. Today, every Canadian province except Prince Edward Island has a standalone class action statute. This tapestry is explained by the fact that, according to the Canadian constitution, "Property and Civil Rights" fall under the provincial head of power.[8] Even now, Québec continues to occupy a role as Canada's most unique class action jurisdiction. As the Supreme Court of Canada stated in *Vivendi Canada Inc v Dell'Aniello*, "it must be borne in mind that tests established in a common law context cannot necessarily be imported without adaptation into Québec civil procedure."[9] Moreover, the courts of Québec have, "by interpreting and applying the criteria [for authorization] broadly, favoured easier access to the class action."[10]

Yet Québec is not the only mixed-law jurisdiction in which class actions have taken root. South Africa has also proven to be fertile soil for this resilient and expansive procedure.

---

7. These criteria are outlined in article 575 of the new *Code of Civil Procedure*, CQLR c C-25.01, which reads:
   The court authorizes the class action and appoints the class member it designates as representative plaintiff if it is of the opinion that (1) the claims of the members of the class raise identical, similar or related issues of law or fact; (2) the facts alleged appear to justify the conclusions sought; (3) the composition of the class makes it difficult or impracticable to apply the rules for mandates to take part in judicial proceedings on behalf of others or for consolidation of proceedings; and (4) the class member appointed as representative plaintiff is in a position to properly represent the class members.
8. *The Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict, c 3, ss 92(13).
9. [2014] 1 SCR 3, 2014 SCC 1 at para 48 [*Vivendi*].
10. *Ibid* at para 55.

D- BACKGROUND AND DEVELOPMENT OF CLASS ACTIONS IN SOUTH AFRICA

1. Origin of South African Law

Roman-Dutch law provides the material common law basis of South African law. As in Québec, the "original" Roman-Dutch law has been extensively influenced by English law. "South African law" can perhaps best be described as a hybrid consisting of Roman-Dutch[11] and English[12] law elements adapted to peculiarly South African circumstances and needs. Case law augments statute law and directs its application in practice. The common law stands to be developed in accordance with the spirit, purport, and objects of the Bill of Rights as enshrined in the South African Constitution (the SA Constitution),[13] being the supreme law of South Africa.[14]

2. Origin, Codification and Development of Class Actions in South African Law[15]

The Roman-Dutch legal system had no experience of class actions. By the 1990s, when South Africa's Interim Constitution[16] was adopted as the supreme law of South Africa, class actions had become an integral and regular part of many modern legal systems. The South African legal system was then itself confronted with the utility of the class action process.

Section 7(4) of South Africa's Interim Constitution introduced numerous innovations into South African law, one of which expanded the standing of a person allowed to approach a court and

---

11. The Romano-Germanic family of legal systems in which enacted law (codifying vast areas of the law) enjoys indisputable primacy.
12. The South African legal system has close historical ties with, especially, the English common law, in which law evolving over the course of time and developed mainly through case law enjoys priority, and in which the realization of statute law depends decisively on judicial interpretation.
13. *Constitution of the Republic of South Africa*, 1996, No 108 of 1996, s 2 [SA Constitution].
14. Law of South Africa, Volume 25(1) at para 372.
15. Extracts from Silicosis Class Action Case (at paras 24-34) and The South African Law Commission, "The Recognition of Class Actions and Public Interest Actions in South Africa" Project 88 (1998) (references occur throughout this section) [the SALC report].
16. *Constitution of the Republic of South Africa*, Act 200 of 1993 [Interim Constitution].

provided for "a person acting as a member of or in the interest of a group or class of persons" to approach a court for appropriate relief, even if the person had no real or direct interest in the relief.

Section 38(c) of the SA Constitution replicated section 7(4) of South Africa's Interim Constitution and allows for any natural or juristic person (acting as a member of, or in the interest of, a group or class of persons) to approach a court alleging that a right in the Bill of Rights has been infringed or threatened and to request the court to grant appropriate relief, including a declaration of rights. Class actions, in such cases as provided for in section 38(c) of the SA Constitution, are now part of the supreme law of South Africa.

The challenge posed to the Roman-Dutch law by its unfamiliarity with class actions was referred to the South African Law Commission (SALC) which established Project 88, culminating in a report in 1998 entitled "The Recognition of Class Actions and Public Interest Actions in South African Law" (the SALC report).[17] Through the SALC's investigations and examination of the efficacy, role, and place of class actions in South African law, the SALC provided a definition of the term "class action"[18] as "an action instituted by a representative on behalf of a class of persons in respect of whom the relief claimed and the issues involved are substantially similar in respect of all members of the class, and which action is certified as a class action in terms of the Act."[19]

The SALC recommended that a preliminary application should be brought before a court requesting leave to institute or defend an action as a class action and to ask for directions as to procedure, where the court should have a wide discretion to determine its own procedures. It was proposed by the SALC that the legislature should enact legislation that would direct the court's attention to the following issues when considering whether to certify a class action:

1) whether there is an identifiable class of persons;

17. The SALC report, above note 15.
18. *Ibid* at para 8.
19. Reference to "the Act" is the legislative framework proposed in the SALC report, above note 15.

2) whether a cause of action is disclosed;

3) whether there are issues of fact or law which are common to the class;

4) whether a suitable representative is available;

5) whether the interest of justice so requires; and

6) whether the class action is the appropriate method of proceeding with the action.[20]

The SALC report further recorded that class actions and public interest actions are part of the worldwide movement to make access to justice a reality and that the SA Constitution specifically provides for class actions and actions in the public interest, and it is logical that the same principle should apply in non-Bill of Rights cases.[21]

In the preparation of its report, the SALC took cognizance of international class action legislation and, more specifically, of Canadian legislation with reference to the Québec *Code of Civil Procedure* and the Ontario class action legislation. The SALC ultimately favoured the discretionary approach of the Ontario Law Reform Commission on class actions.

The SALC report included a proposed draft bill, entitled "Public Interest and Class Actions Act," which embodied the SALC's recommendations and also provided a regulatory framework for the procedure and conduct in class actions. Unfortunately, despite the very detailed SALC report, the recommendations contained therein, and the draft bill provided, the legislature in South Africa is yet to enact the proposed legislation as set out in the SALC's report. In the absence of any class action legislation being enacted in South Africa, the common law is called upon to attend to the vacuum and to give direction as to whether certification is necessary.

In the South African Supreme Court of Appeal (SCA) judgment handed down during 2001 in the case of *Permanent Secretary, Department of Welfare, Eastern Cape and Another v Ngxuza*

20. *Ibid* at para 11.
21. *Ibid* at para 1.2.2.

and Others,[22] the SCA accepted that certification was a necessary procedural step to be taken by persons intending to launch a class action and then compressed the six issues to be considered for certification as identified by the SALC into four "quintessential requisites," which were:

1) the class is so numerous that joinder of all of its members is impracticable;

2) there are questions of law and fact common to the class;

3) the claims of the applicants representing the class are typical of the claims of the rest; and

4) the applicants will fairly and adequately protect the interests of the class.

Insofar as extra-jurisdictional applicants in class actions are concerned, the SCA held in *Ngxuza*[23] that the class action was an innovation expressly mandated by the Bill of Rights, and the Court was required by the SA Constitution to develop the common law in such a way as to promote the spirit, purport, and objects of the Bill of Rights. The SCA found that the common law doctrine of *continentia causae*, or cohesion of cases, should be applied in this case, alternatively that the SA Constitution demanded the adjustment of the rules of jurisdiction so as to ensure the efficacy of the class action.[24]

---

22. 2001 (4) SA 1184 at para 16 (SCA) [*Ngxuza*].
23. *Ibid* at paras 22 & 23.
24. *Ibid* at para 22:
    This Court has in the past not been averse to developing the doctrines and principles of jurisdiction so as to ensure rational and equitable rules. In *Roberts Construction Co Ltd v Willcox Bros (Pty) Ltd* this Court held, applying the common-law doctrine of cohesion of a cause of action (*continentia causae*), that where one court has jurisdiction over a part of a cause, considerations of convenience, justice and good sense justify its exercising jurisdiction over the whole cause. The partial location of the object of a contractual performance (a bridge between two provinces) within the jurisdiction of one court therefore gave that court jurisdiction over the whole cause of action. The Court expressly left open the further development and application of the doctrine of cohesion of causes. The present seems to me a matter amply justifying its further evolution. The Eastern Cape Division has jurisdiction over the original applicants and over members of the class entitled to payment of their pensions within its domain. That, in my view, is sufficient to give it jurisdiction over the whole class, who, subject to satisfactory "opt-out" procedures, will accordingly be bound by its judgment.

In 2013, the SCA further considered the position of class actions in the case of *Children's Resource Centre Trust and Others v Pioneer Food (Pty) Ltd and Others*.[25] In this case, the SCA (the facts and legal issues being more crystallised) clarified and developed the law on class actions. This case also developed the common law to allow for class actions in non-constitutional claims not directly based on the alleged infringement of fundamental rights in the Bill of Rights. The SCA adopted the definition of the class action presented by Professor Rachael Mulheron,[26] who stated that:

> A class action is a legal procedure which enables the claims (or parts of the claims) of a number of persons against the same defendant to be determined in one suit. In a class action, one or more persons (representative plaintiff) may sue on his or her own behalf and on behalf of a number of other persons (the class) who have a claim to a remedy for the same or a similar alleged wrong to that alleged by the representative plaintiff, and who have claims that share questions of law or fact in common with those of the representative plaintiff (common issues). Only the representative plaintiff is a party to the action. The class members are not usually identified as individual parties but are merely described. The class members are bound by the outcome of the litigation on the common issues, whether favourable or adverse to the class, although they do not, for the most part, take any active part in that litigation.[27]

In *Children's Trust*, the SCA provided a list of seven elements (requirements) of an overlapping nature, which should guide a court in making a certification decision, namely:

1) the existence of a class identifiable by objective criteria;

2) a cause of action raising a triable issue;

3) that the right to relief depends upon the determination of issues of fact, or law, or both, common to all members of the class;

4) that the relief sought, or damages claimed, flow from the cause of action and are ascertainable and capable of determination;

25. 2013 (2) SA 213 (SCA) [*Children's Trust*].
26. Professor Rachael Mulheron, *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective* (Oxford: Hart, 2004) at 3.
27. Cited in *Children's Trust*, above note 25 at para 16.

5) that where the claim is for damages there is an appropriate procedure for allocating the damages to the members of the class;

6) that the proposed representative is suitable to be permitted to conduct the action and represent the class; and

7) whether given the composition of the class and the nature of the proposed action, a class action is the most appropriate means of determining the claims of class members.[28]

Professor Wouter Le R de Vos of the University of Cape Town considered *Children's Trust* and concluded that over the past two decades the government has ignored repeated calls for the introduction of class actions in South Africa and it is unlikely to change this stance in the near future.[29] De Vos stated that recent events have shown that our mass-oriented society, which is characterized by activities that generate mass injury, is in fact in need of a collective remedy, such as the class action. De Vos commended the SCA for adopting an active judicial approach by making a new law to protect the masses.

The South African Constitutional Court (CC), in the case of *Mukkaddam v Pioneer Foods (Pty) Ltd and Others*,[30] referred to section 173 of the SA Constitution[31] and held that it is apparent from the text of section 173 that it does not only recognize the courts' power to protect and regulate their own processes, but also their power to develop the common law where necessary to meet the interests of justice, which is the guiding principle in exercising the powers in section 173. Therefore, the CC held that this standard must be applied in adjudicating applications for certification to institute class actions. The CC referred to the SCA's judgment in *Children's Trust* and held that the requirements laid down by the SCA for certification must serve as factors to be taken into account

28. *Ibid* at para 26.
29. Wouter Le R de Vos, "Judicial Activism Gives Recognition to a General Class Action in South Africa", (2013) 2 *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 380.
30. 2013 (5) SA 89 at paras 34-38 (CC) [*Mukkaddam*].
31. SA Constitution, above note 13, s 173:
Inherent power
The Constitutional Court, Supreme Court of Appeal and High Courts have the inherent power to protect and regulate their own process, and to develop the common law, taking into account the interests of justice.

in determining where the interests of justice lie in a particular case or jurisdictional facts which must be present before an application for certification may succeed. The absence of one or another requirement must not oblige a court to refuse certification where the interests of justice demand otherwise. In light of section 34 of the SA Constitution,[32] read with section 38 of the SA Constitution, there can be no justification for elevating requirements for certification to the rigid level of prerequisites for the exercise of the power conferred, without any restrictions. The CC held that section 173 of the SA Constitution does not limit the exercise of the power nor does it lay down any condition, except that what is done must be in the interests of justice. Compelling reasons would, therefore, be necessary for introducing inflexible requirements. The CC further held that courts must embrace class actions as one of the tools available to litigants for placing disputes before them but stated that it is appropriate that the courts should retain control over class actions. Permitting a class action in some cases may be oppressive and, as a result, inconsistent with the interests of justice. The CC stated that it is thus necessary for courts to be able to keep out of the justice system those class actions which hinder, instead of advance, the interests of justice. In this way, prior certification will serve as an instrument of justice rather than a barrier to it. Flexibility in applying requirements of procedure is common in South African courts. Even where enacted rules of courts are involved, South African courts reserve for themselves the power to condone non-compliance if the interests of justice require them to do so. Rigidity has no place in the operation of court procedures.

In *Pretorius and Another v Transnet Second Defined Benefit Fund and Others*,[33] the Gauteng Division of the High Court of South Africa, Pretoria, referred to the CC's judgment in the *Mukkaddam* case and held that this case laid down the principle applicable for certification – the interest-of-justice principle. It further held that the provisions regarding a class action, as enshrined in the SA Constitution, must be interpreted generously and expansively consistent with the mandate given to the courts

32. *Ibid*, s 34:
Access to courts
Everyone has the right to have any dispute that can be resolved by the application of law decided in a fair public hearing before a court or, where appropriate, another independent and impartial tribunal or forum.

33. 2014 (6) SA 77 at paras 23 & 27 (GP).

to uphold the SA Constitution, thus ensuring that the rights in the SA Constitution enjoy the full measure of protection to which they are entitled.

Section 157 (extended standing to apply for remedies) of the *Companies Act*, No 71 of 2008 (the *Companies Act*) also brings the class action phenomenon into the framework of corporate and commercial activity within South Africa and is in line with the class action provisions contained in section 38 of the SA Constitution. Unfortunately, however, no provision is made for its procedural framework within the confines of the *Companies Act*. Section 157 provides that an application can be made, or a matter can be brought before a court, the Companies Tribunal, the Takeover Regulation Panel or the Companies and Intellectual Property Commission, and the right to make such application or bring the matter may be exercised by a person:

1) directly contemplated in the particular provision of the *Companies Act*;

2) acting on behalf of such a person who cannot act in their own name;

3) acting as a member of, or in the interest of, a group or class of affected persons, or an association acting in the interest of its members; or

4) acting in the public interest, with leave of the court.

Consumer rights in South Africa have also been realized by the enactment of the *Consumer Protection Act*, No 68 of 2008. In line with the provisions of section 38 of the SA Constitution, this Act provides for class actions, from a consumer protection perspective, in section 4(1) thereof,[34] but again, no procedural framework has been provided for in this regard.

---

34. *Consumer Protection Act*, No 68 of 2008, s 4(1):
Realisation of consumer rights
1) Any of the following persons may, in the manner provided for in this Act, approach a court, the Tribunal or the Commission alleging that a consumer's rights in terms of this Act have been infringed, impaired or threatened, or that prohibited conduct has occurred or is occurring:
(a) A person acting on his or her own behalf;

Class actions thus represent a paradigmatic shift in the SA legal process. It is a process that permits one or more plaintiffs to file and prosecute a lawsuit on behalf of a larger group or "class" against one or more defendants. The SA class action process:

1) is part of the equity developed law and is designed to cover situations where the parties, particularly plaintiffs, are so numerous that it would be almost impossible to bring them all before the court in one hearing, and where it would not be in the interest of justice for them to come before court individually;

2) is designed to protect not only the plaintiff, but also the defendant(s) from facing a multiplicity of actions resulting in the defendant(s) having to recast or regurgitate its/their case against each and every individual plaintiff;

3) enhances judicial economy by protecting courts from having to consider the same issues and evidence in multiple proceedings, which carries with it the possibility of decisions by a different court on the same issue; and

4) moves the litigation forward, is in the interest of justice and allows for a single finding on the issue(s), which finding binds all the plaintiffs and the defendants.[35]

In light of the SCA decision in *PriceWaterhouseCoopers Inc. and Others v National Potato Co-operative Ltd*,[36] litigation funding is now lawful in South Africa, with the SCA ruling that an agreement, in terms of which a person provides a litigant with funds to prosecute an action in return for a share of the proceeds of the action, was not contrary to public policy. South African law also recognizes contingency fee arrangements in terms of the *Con-*

(b) an authorised person acting on behalf of another person who cannot act in his or her own name;
(c) a person acting as a member of, or in the interest of, a group or class of affected persons;
(d) a person acting in the public interest, with leave of the Tribunal or court, as the case may be; and
(e) an association acting in the interest of its members.

35. Silicosis Class Action Case, above note 2 at paras 33 & 34.
36. 2004 (6) SA 66 (SCA).

tingency Fees Act, No 66 of 1997.[37] On this basis, the high costs of launching and pursuing class action litigation have been tempered and have been made more accessible from a litigation-funding perspective.

3. Certification of Class Actions in South Africa

Since the pronouncement of the SCA in *Children's Trust*, a class action can only proceed to trial if it has been certified by the court as being an appropriate means of resolving the dispute between the putative class members and the defendant(s). The SCA did not restrict this prerequisite to cases where a right in the Bill of Rights has not been invoked. The need for the court to protect its own processes does not disappear in a matter where a right in the Bill of Rights has been invoked. Section 173 of the SA Constitution makes it clear that the court has an inherent power to protect its own processes. The Court in the Silicosis Class Action Case held, with reference to the SALC's recommendation in this regard, that it is correct that any settlement agreement reached after certification of the class action should be subject to approval of the court and that it should only be valid once approved by the Court in order to ensure that the settlement reached is fair, reasonable, adequate, and that it protects the interests of the class.[38]

E- SILICOSIS CLASS ACTION CASE

1. Background

The scope and magnitude of the proposed class actions envisaged in the Silicosis Class Action Case is unprecedented in South Africa and would traverse novel and complex issues both of fact and law,[39] and entail further development of class action law in South Africa, which is 23 years in the making.

This judgment of the Full Bench of the High Court of South Africa, Gauteng Local Division, Johannesburg, was handed down

---

37. The *Contingency Fees Act*, No 66 of 1997 came into operation on 23 April 1999 and provides for two forms of contingency fee agreements that attorneys and advocates may enter into with their clients. The first is a "no win, no fees" agreement (s 2(1)*(a)*) and the second is an agreement in terms of which the legal practitioner is entitled to fees higher than the normal fee if the client is successful (s 2(1)*(b)*).
38. Silicosis Class Action Case, above note 2 at paras 35, 38 & 39.
39. *Ibid* at para 7.

by Deputy Judge President Mojapelo and judges Vally and Windell on 13 May 2016. The 69 applicants[40] sought to bring a class action against 32 companies operating in the gold mining industry (the respondents), to claim compensation on behalf of current and former underground mineworkers who contracted silicosis[41] or pulmonary tuberculosis (TB),[42] and on behalf of the dependants of mineworkers who died of silicosis or TB contracted whilst employed in the South African gold mines.[43]

2. Case Summary

The applicants sought an order for the certification of one consolidated class action composed of two classes – namely, a silicosis class and a TB class, against the respondents. The applicants proposed a bifurcated process through which the single class action would proceed in two stages: stage one, during which issues common to both classes would be determined, and stage two, during which individual issues would be determined, with the Court sanctioning the adoption of a bifurcated process. The potential class members could range from between 17,000 and 500,000 members, the bulk of which belonged to the silicosis class.[44]

The Court followed the *Children's Trust* case judgment in which the requirements that have to be met by an applicant for certification were stated as set out above.

---

40. Mineworkers employed in South Africa in the gold mining industry having worked or who had worked for at least two years after 12 March 1965 (cut-off point) on one or more of the gold mines listed in the court application. The cut-off date coincides with the effective date of the new regulatory regime brought under the *Mines and Works Act*, No 27 of 1956.
41. Silicosis is a form of occupational lung disease caused by the inhalation of crystalline silica dust (quartz) and is marked by inflammation and scarring of the lungs. Patients with silicosis are particularly susceptible to TB infection. Silicosis is a latent, progressive, incurable, and irreversible disease.
42. Pulmonary tuberculosis is a bacterial lung disease that can be treated successfully and cured if detected early.
43. The application was strenuously opposed by 31 of the 32 respondents. The respondents represent close to the entire gold mining industry in South Africa. The magnitude and the range of legal representatives involved in this case are also unprecedented, being 37 counsel (barristers) instructed by eleven different law firms.
44. The silicosis class rests on the common cause fact that silica dust causes silicosis (and is the only cause), whilst the TB class rests on the contention that the inhalation of silica dust increases the risk of contracting TB.

The Court held that the criteria used to identify members of the two classes must be objective and, in defining the class, it was not necessary to identify all the putative class members, but the class must be defined with sufficient precision (not too wide) so as to allow for a particular individual's membership to be objectively determined.

Furthermore, the Court expressed its view that there was simply no need for the entire class membership to be determined before the common issues of fact or law could be determined or before relevant evidence common to all class members, and which would advance the cases of each class member, was entertained.[45] The Court held that the class definitions were not overbroad and could not be unmanageable.

In considering whether there is any realistic alternative to a class action, the Court held that a class action is the only realistic option through which justice can prevail and most mineworkers can assert their claims effectively against the mining companies and the only avenue to realize the right of access to courts, which is guaranteed for the mineworkers by the SA Constitution.

The Court further stated that once the determination on whether there are sufficient common issues to warrant a class action is made, the question of the most appropriate way to proceed would almost certainly fall away and concluded that the proposed class action is the most appropriate way for this matter to proceed.

On the transmissibility of general damages, the majority of the Court held that the common law had to be developed to allow for a claim for general damages to be transmissible[46] (without being restricted only to class action suits) to the estate or executor of a deceased mineworker, even though the stage of *litis contestatio* (close of pleadings after which pre-trial and trial procedures commence) had not been reached at the time of the mineworker's death. This development should also not be restricted to only cases

45. This approach was consistent with the approach adopted in the Australian and Ontario jurisdictions whose practical utility was captured by Cumming J in *Wilson v Servier Canada Inc*, 2000 CanLII 22407 at para 135 (Ont SCJ) as "the undoubted complexity of follow-on individual issues does not detract from the merit in resolving a preliminary common issue."

46. The claim of general damages in this case will be transmissible from the date when the certification application was launched in August 2012.

where the plaintiff has died pre-*litis contestatio*, but should also apply to the case where the defendant or potential defendant has died pre-*litis contestatio*, as the same principles as those applicable to plaintiffs apply to defendants.

As to practical arrangements, the Court held that these can be fully and finally determined by the trial court after pleadings have closed and all factual and legal issues have crystallized or been identified, as it is not within the power of the court certifying the class action to prescribe to the trial court how it should structure its hearings. The Court rejected the submissions of the mining companies that the class action is untenable and unmanageable.

The Court made it clear by holding that it is in the interest of justice that a class action be certified in this case, that it did not find that the mining companies are jointly liable for the harm suffered by an individual mineworker, as the law of delict is clear that a defendant may only be held liable for his own delict and not that of another defendant. The liability of each mining company defendant will be determined at the second stage of the proceedings when all the mine workers and all the dependants of deceased mineworkers have staked their claims.

The Court's certification order also made rulings regarding: certification of legal and class representatives; class action notice steps to be taken to ensure that the notices are brought to the attention of the maximum number of mineworkers; reports to be filed on the publishing of the notice; opt-in and opt-out provisions for the class members to be bound or not to the judgments handed down in the first and second stages of the class action; the respondents' liability for the costs of the certification application and to share half of the applicants' costs of publishing the notice; and the fact that any settlement agreement would only be of force and take effect if approved by this specific Court.

3. Appeals against the Judgment and Settlement Negotiations[47]

It was reported in the media that on 24 June 2016 the High Court refused the application for leave to appeal brought by some

47. Position as at date of compilation hereof.

of the South African mining companies against the certification of silicosis and TB classes, in the class action, as the High Court held that the certification, which is a procedural step and interlocutory, is not appealable and it is not in the interest of justice to grant leave to appeal, as there is also no prospect of success of such an appeal. The Court, however, granted the mining companies leave to appeal against a finding amending the common law in respect of the transmissibility of general damages.[48]

Subsequent to the above, it was further reported in the media that some of these mining companies have petitioned the SCA for leave to appeal the class action certification judgment, as these companies are of the view that, due to this being an unprecedented area of law and that the Court failed to address a number of important aspects in its judgment, the principles have to be considered by a higher court. These mining companies have also indicated that they are conscious of the concerns that the appeal process will delay the finalization of the matters and have indicated that should the leave to appeal be granted they will request the appeal to be dealt with on an expedited basis.[49]

During September 2016, the SCA granted the mining companies leave to appeal on all aspects of the class action certification judgment delivered in May 2016.

The Occupational Lung Disease Working Group (consisting of some of the respondents in the Silicosis Class Action Case and which has also petitioned the SCA for leave to appeal the certification judgment) expressed its views that "achieving a mutually acceptable comprehensive settlement which is both fair to past, present, and future employees, and sustainable for the [mining] sector, is preferable to protracted litigation," and efforts are being continued to achieve common ground with the relevant stakeholders.[50] In fact, according to the latest reports, the litigation "is likely

48. "Bongani Nkala & others v Harmony Gold and Others" (27 June 2016), +*Section27* (blog), online: <http://section27.org.za/2016/06/bongani-nkala-others-v-harmony-gold-others/> (report summary).
49. "Gold Miners File Petition against Silicosis Judgment" (18 July 2016), *Mining Review Africa*, online: <www.miningreview.com/news/gold-miners-to-file-petition-to-the-sca-for-leave-to-appeal/> (report summary) ["Gold Miners"].
50. "Gold Miners," *ibid*.

to be settled 'within months' with 9 billion rand ([US] $755 million) going to miners..."[51]

Again, according to the latest reports, the mining companies are actively exploring an out-of-court settlement with the objective to be fair to the claimants in the class action proceedings and sustainable for the mining companies, which settlement is likely to be agreed upon during the course of 2018 and, more specifically, "[g]old mining companies have made provisions amounting to about 5 billion rand while close to 4 billion rand is available from a compensation fund which bullion producers have been contributing to for years."[52]

On the basis of the provisions of section 18 of the *Superior Courts Act*, No 10 of 2013, and with reference to the reports on the status of the appeal processes:

1) the operation and execution of the High Court's judgment on the transmissibility of general damages is suspended, pending the outcome of this appeal, unless the Court, in exceptional circumstances and upon application by the mineworkers, allows its judgment to be carried into effect pending the decision on the appeal; and

2) the operation and execution of the High Court's judgment on the certification of the class action is (as it is regarded as an interlocutory order)[53] not suspended pending the outcome of the appeal to the SCA against the certification, unless the court under exceptional circumstances orders otherwise and the processes envisaged dealing with the preparation of the class action proceedings can, thus, technically, proceed pending the outcome of the SCA appeal.

51. Ed Stoddard, "AngloGold posts lower FY earnings on lay-off costs, silicosis provision" (20 February 2018), Reuters, Commodities News.
52. *Ibid*.
53. See also *Ngxuza*, above note 22 at para 29, where the SCA held that the class action order is interlocutory.

F- GENERAL COMMENTS ON CLASS ACTIONS IN SOUTH AFRICA FOLLOWING THE FAR-REACHING JUDGMENT OF THE SILICOSIS CLASS ACTION CASE

Despite the development of class action law through case law and the enactment of section 38, constitution-like provisions in the *Companies Act*, and the consumer protection legislation, there is still a need for legislative reform of class actions to bring it more in line with the SALC's recommendations contained in the SALC's report.

In light of the fact that recent case law (more specifically, the Silicosis Class Action Case), will undoubtedly lead to further class actions being launched in South Africa, the need to have a comprehensive legislative framework within which to govern class actions is now more prevalent than ever before. The case law to date has greatly assisted with the development and refinement of the certification process of South African class actions, but the regulatory framework for the procedure and conduct of class actions is yet to be developed – especially from a case management perspective – even if guidance could, broadly speaking, be obtained from case law in the absence of any formal legislative framework governing class actions in South Africa.

When considering the potential of 500,000 or more class members who could be part of the Silicosis Class Action Case (which sets it among the ranks of the largest class action cases ever certified in the world), it is clear that, save for it being in a country with no formal legislative framework governing class actions, there is also a dire need for clear guidance to be provided from a case management perspective on the procedures and conduct in a case of such unparalleled proportions in South Africa to ensure its timely, proactive, cost effective, efficient, and pragmatic adjudication to the benefit of all of the parties concerned.

Although legislative reform of class actions by the South African government is necessary, one can echo the sentiments expressed by Professor de Vos above in his commentary on *Children's Trust* and can also commend the judges in the Silicosis Class Action Case for their active judicial approach in the development

of the legal position of class actions in South Africa, as the Silicosis Class Action case is, pending the outcome of any appeal procedures and/or settlement processes, regarded as the latest, most authoritative *locus classicus* on the certification of class actions in South Africa.

G- THE SILOCOSIS CLASS ACTION CASE FROM A QUÉBEC PERSPECTIVE

While it would be impossible to conduct an exhaustive comparative analysis of the Silicosis Class Action Case in an article of this nature, the decision does invite Québec-specific observations on certain points of similarity:

- **Non-statutory class action regime.** One respect in which South Africa's class action law differs from that of Québec is that the former is essentially jurisprudential in nature. This contrasts markedly with Québec's regime, which was not only enacted by the provincial legislature following considerable study and debate, but integrated directly into the *Code of Civil Procedure*. In this respect, Québec's class action regime forms part and parcel of the general procedural framework, and must be construed in light of the overriding principles and competing provisions of this framework. It should nonetheless be noted that the proactive approach adopted by the courts of South Africa is reminiscent of the Supreme Court of Canada's activism in *Western Canadian Shopping Centres v Dutton*.[54] In that case, the Court ruled that the courts of Alberta could certify a class action *even in the absence of an enabling statute*. According to the chief justice, "[h]owever desirable comprehensive legislation on class action practice may be, if such legislation has not been enacted, the courts must determine the availability of the class action and the mechanics of class action practice."[55] This attitude appears to be shared by the South African judiciary, which has likewise pre-empted the legislative branch. It would arguably be in the interest of the latter to take action in order to better define and circumscribe class actions, perhaps along the lines articulated by the SALC.

54. [2001] 2 SCR 534 [*Dutton*].
55. *Ibid* at para 34.

- **Third party funding.** Just as the courts of South Africa accept the third party funding of class actions, so too do the courts of Québec. Although "maintenance and champerty" have been invoked to contest such financial arrangements (on the grounds that they constitute a form of speculation on litigation), various jurisdictions have now recognized the practical importance of funding class actions ostensibly brought on behalf of consumers, investors, patients, residents, and other ordinary citizens. In fact, in *Marcotte v Banque de Montréal*, the Superior Court of Québec awarded class counsel approximately $7.3 million to cover the third party financing costs they incurred while prosecuting a class action against several banking institutions.[56] This reimbursement was over and above a fee award representing 25 percent of the total benefits obtained by the class members in the context of a settlement agreement.

- **Standing to sue.** As noted above, the litigation targets 32 South African gold-mining companies. In this regard, it can be described as an "industry-wide" class action, one which groups together several defendants with distinct sets of contractual and extra-contractual obligations. It therefore follows that South Africa, like Québec, allows a defendant to be sued by a representative plaintiff even when he or she does not have a direct legal connection to that defendant. In *Bank of Montreal v Marcotte*, the Supreme Court of Canada observed that standing is attenuated in the class action setting. As the Court stated, "[t]he question is also whether the law permits a collective action where the representative does not have a direct cause of action against, or a legal relationship with, each defendant. In our opinion it does."[57] Indeed, in Québec the principle of legal standing "must be interpreted in harmony with [the provisions on class actions] in order to achieve the outcome that is best suited to the goals of class actions."[58]

  The approach adopted by the courts of South Africa and Québec is, however, far from universal. For example, in the United States, "[a] plaintiff must establish his or her personal standing to sue a defendant before attempting to satisfy the requirements of

56. 2015 QCCS 1915.
57. [2014] 2 SCR 725 at para 31.
58. *Ibid*.

class certification."[59] This is also the case in Australia and the Province of Ontario. In *Ragoonanan Estate v Imperial Tobacco Canada Ltd*, the Ontario Superior Court of Justice observed that "[t]he essence of a class proceeding is that it is an action with a representative plaintiff on behalf of a group of persons (a class) who have a cause of action in respect of which there are common issues of fact or law. It is axiomatic that the representative plaintiff must have a cause of action against a defendant in the action."[60] Québec's controversial approach to industry-wide class actions is not only inconsistent with the classical conception of standing embraced in much of the Western world, but could allow civil procedure to distort foundational legal principles. It has been said that the class action is a procedural mechanism and that it cannot modify substantive law or the rules of civil proof.[61] Yet that is patently not the case insofar as the need for a direct legal connection is concerned.

- **Class description.** According to the South African court, although it was not necessary for the plaintiff to identify every member of the putative classes, the description of those classes had to be sufficiently precise. Québec courts and those of the common law Canadian provinces have adopted a similar standard. In *Dutton* (an Alberta case), the Supreme Court of Canada stated:

> 38. [...] First, the class must be capable of clear definition. Class definition is critical because it identifies the individuals entitled to notice, entitled to relief (if relief is awarded), and bound by the judgment. It is essential, therefore, that the class be defined clearly at the outset of the litigation. The definition should state objective criteria by which members of the class can be identified. While the criteria should bear a rational relationship to the common issues asserted by all class members, the criteria should not depend on the outcome of the litigation. It is not necessary that every class

59. *Ragoonanan Estate v Imperial Tobacco Canada Ltd*, 2000 CanLII 22719 at para 30 (ON SC) [*Ragoonanan*], citing *Angel Music, Inc v ABC Sports, Inc*, 112 FRD 70 at 73 & 74 (SDNY 1986) and *Chevalier v Baird Savings Assn*, 66 FRD 105 at 108 & 109 (ED Penn 1975).
60. *Ragoonanan*, *ibid* at para 50.
61. *Quebec (Public Curator) v Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 SCR 211 at paras 31-36; *Malhab v Métromédia C.M.R. Montréal inc.*, 2003 CanLII 47948 (QC CA) at paras 57-58; *Bisaillon v Concordia University*, [2006] 1 SCR 666 at paras 17-19.

> member be named or known. It is necessary, however, that any particular person's claim to membership in the class be determinable by stated, objective criteria.[62]

Likewise, in *George v Québec (Procureur général)*, the Québec Court of Appeal stated that the class description must be based on objective criteria that are rational, cannot be circular or imprecise, and cannot be contingent on the outcome of the litigation.[63] The court has, moreover, discouraged plaintiffs from exaggerating the size of the proposed class for strategic or entrepreneurial reasons.[64] According to article 18 of Québec's newly-enacted *Code of Civil Procedure*, "[t]he parties to a proceeding must observe the principle of proportionality and ensure that their actions [...] are proportionate, in terms of the costs and the time involved, to the nature and complexity of the matter and the purpose of the application." Practically speaking, proportionality "means that litigation must be consistent with the principles of good faith and of balance between litigants and must not result in an abuse of the public service provided by the institutions of the civil justice system."[65]

- **Joint-and-several liability.** In holding that a defendant can only be held liable for his own delict and not for that of another, the South African court enunciated a legal proposition that has only limited application in Québec. Although damages can be awarded on a "solidary" (joint-and-several) basis under article 1526 of the *Civil Code of Québec*, which stipulates that "[t]he obligation to make reparation for injury caused to another through the fault of two or more persons is solidary where the obligation is extra-contractual" (i.e., delictual), this rule does not apply when it comes to punitive damages. Unlike in certain common law jurisdictions, punitive damages can only be awarded in Québec if they are specifically "provided for by law" and "may not exceed what is sufficient to fulfil their preventive purpose."[66] Such exceptional awards can be sought under the

62. *Dutton*, above note 54 at para 38 [citations omitted].
63. 2006 QCCA 1204 at para 40.
64. *Lallier v Volkswagen Canada inc*, 2007 QCCA 920 at para 18 and *Citoyens pour une qualité de vie/Citizens for a Quality of Life v Aéroports de Montréal*, 2007 QCCA 1274 at para 102.
65. *Marcotte v Longueuil (City)*, [2009] 3 SCR 65 at para 43.
66. Art 1621 CCQ.

provincial *Consumer Protection Act* ("CPA") and the *Charter of Human Rights and Freedoms* ("Québec *Charter*") if, in the latter case, the plaintiff can establish an "unlawful and intentional interference" with any protected right or freedom. According to the Supreme Court of Canada in *Cinar Corporation v Robinson*, "[b]oth the objectives of punitive damages and the factors relevant to assessing them suggest that awards of punitive damages must be individually tailored to each defendant against whom they are ordered."[67] It should be noted, however, that punitive damages can be awarded under the CPA and the Québec *Charter* even in the absence of compensatory damages.[68]

- **Right of appeal.** In South Africa, it is possible for a defendant against whom a class action has been certified to seek leave to appeal that decision. Although defendants in Québec formerly had no right of appeal whatsoever at the authorization stage, a new article stipulates that "[a] judgment authorizing a class action may be appealed only with leave of a judge of the Court of Appeal."[69] In *Centrale des syndicats du Québec v Allen*, the Québec Court of Appeal stated that, while this provision must be given effect, leave to appeal should only be granted in exceptional circumstances and reserved for those instances where it is obvious from the judgment that a determinative error was made either with respect to the conditions for authorization, the analysis of the facts relating to these conditions, or the assertion of jurisdiction by the court of first instance.[70]

- **Friendly to big cases.** Finally, it should also be noted that both South Africa and Québec have proven themselves friendly to large-scale litigation. While the Silicosis Class Action Case is shaping up to be one of the most significant lawsuits in recent history, Canada's largest class action was heard in Montréal, Québec.[71] It also involved two classes of claimants (a disease class and an addiction class) who took action against three Canadian tobacco companies. Following over two years of trial and the testimony of numerous fact and expert witnesses,

67. [2013] 3 SCR 1168 at para 127.
68. *de Montigny v Brossard (Succession)*, [2010] 3 SCR 64 at paras 44-46; *Richard v Time Inc.*, [2012] 1 SCR 265 at paras 144-147.
69. Art 578 CCP.
70. 2016 QCCA 1878 at para 59.
71. *Létourneau c JTI-MacDonald Corp*, 2015 QCCS 2382.

the Superior Court of Québec awarded the class members approximately $15.5 billion in moral and punitive damages, a judgment that is currently under appeal. Regardless of the outcome, it demonstrates that complex, protracted, and costly class actions can be litigated in mixed-law jurisdictions.[72] Here too, South Africa and Québec set themselves apart.

H- CONCLUSION

Although the world tends to think of class actions as a distinctly American phenomenon, this is simply no longer the case. Class actions have transcended the Anglo-American tradition which gave birth to them and adapted themselves to other jurisdictions, including mixed-law jurisdictions like Québec and South Africa. As the Silicosis Class Action Case demonstrates, class actions can bring about considerable change, even when they have not been fully codified by a reluctant legislature. They can also dramatically alter the legal landscape for citizens, consumers, and workers, as well as for corporations and even entire industries. While Québec and South Africa occupy different parts of the world, their approach to class actions is in many respects quite similar. Perhaps more than any other two jurisdictions, they show just how prevalent – and just how powerful – modern class actions have become. Given the general compatibility of the two regimes, Québec can serve as a useful model of what to do (and perhaps what *not* to do) for South Africa, and indeed for other jurisdictions throughout the civilian and mixed-law world that are contemplating the adoption of class actions.

72. See Shaun E. Finn, ed., *The Quebec Class Action: A Roadmap* (Toronto: LexisNexis Canada Inc., 2016), pp. 5-7 & 41-42.

LISTE DES MÉMOIRES DE MAÎTRISE ET THÈSES DE DOCTORAT DÉPOSÉS EN 2016-2017

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Les essais

BEAULAC, Caroline, L'évolution des droits des usagers à travers les réformes administratives des systèmes de santé.

DANG, Marie-Hélène, Prévention des traumatismes crâniens lors d'accidents à vélo : Quel rôle a joué le concept de responsabilisation de l'individu dans l'absence de législation sur le port du casque protecteur au Québec ?

NGUYEN, Ngoc-Ha, La divulgation du risque inhérent en responsabilité dentaire.

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

Mémoires de maîtrise

BARDAXOGLOU, Sarah, Étude sur les effets du droit : le cas du fœticide féminin en Inde.

BOYER, Julie, Les aspects juridiques des stratégies de propriété occulte et de vote vide réalisées par l'entremise des instruments dérivés.

CARDINAL St-Onge, Stéphane, Les répercussions de la responsabilité de protéger sur le droit international public.

CARON-PAQUIN, Azinatya, Le système de justice pénale pour adolescents et les droits internationaux de l'enfant : obligations du Canada et jeunes racialisés.

CATTO, Lionel, La réduction des impacts environnementaux des technologies de l'information par le droit.

CHEVALIER, Michael, Les enjeux juridiques concernant les nouveaux modèles d'affaires basés sur la commercialisation des données.

CHRÉTIEN, Joséane, Sang ombilical et placentaire : enjeux juridiques propres au consentement et au droit de propriété.

CORBU, Michelle Mei Lee, Les implications de la Commission de vérité et réconciliation du Canada pour l'État de droit et la justice transitionnelle : étude comparée avec l'Afrique du Sud.

COUVREUR, Angéline, Le potentiel synergique de l'intégration économique et de la protection environnementale.

DENICOURT-FAUVEL, Camille, L'État de droit en transition : une amnistie pour le Bloody Sunday ?

DESROCHERS GIROUX, Isabeau, Négociations climatiques et mesures d'adaptation : la prise en compte des droits humains en droit international des changements climatiques.

DIALLO, Djibril, La politique commune de l'immigration et de l'asile de l'UE en période de crise et le traitement des ressortissants de pays-tiers.

FARHAT, Nada, L'Économie de communion : devoirs moraux et responsabilité sociale axée sur le relationnel dans l'entreprise.

HUDON, Jonathan, L'hypothèque légale de la construction – Un outil de protection des créances des sous-traitants toujours efficace ?

LORIATO, Sarah, État de droit et lutte antiterroriste : étude parallèle des systèmes juridiques français et canadien quant à la collecte et au partage des renseignements.

MBENGUE, Amadou Niokhor, La régulation de l'économie numérique au Sénégal : la convergence des télécommunications et de l'audiovisuel.

MILLER, Danielle, The challenge of industry challenges: the uneasy encounter between privacy protection and commercial expression.

NSABIMBONA, Éric, La complémentarité de la Cour pénale internationale à l'épreuve de la lutte contre l'impunité des crimes internationaux.

NUÑEZ DEL ARCO, Claudia Fiorella, Une analyse du processus de justice transitionnelle au Pérou à la lumière du Droit international.

OLIVEIRA, Sandra, La responsabilité civile dans les cas de dommages causés par les robots d'assistance au Québec.

ORTALDA, Matthieu, Neutralité du net, entre fragmentation et convergence.

PARENT, Sébastien, Les conséquences juridiques de la coexistence de l'obligation d'accommodement raisonnable et du régime public de réparation des lésions professionnelles.

PÉLADEAU, Charles-Antoine M., La nature juridique du contrat de réassurance en droit civil québécois.

RAZAFIMANDIMBY A RAZOKINY, Andriamin Omen-daza, Financement de l'arbitrage par un tiers : émergence d'une lex mercatoria expliquée par la mondialisation.

SEGHIRI, Abderrezak, Le traitement des exceptions préliminaires devant le CIRDI.

VANI, Juliette, Détermination judiciaire des faits et erreurs judiciaires : perspective narrative sur le processus judiciaire criminel et la recherche de vérité.

VESPOLI, Julie D., Creative conflicts: shaping the law on surrogacy and assisted reproduction in Québec and Canada.

VIÉ, Marine, Pour ne pas perdre le Nord : vers une protection efficace du milieu marin arctique.

ZARGHAMIFAR, Mina, A comparative study on the Safe Country of Origin « principle between the European Union and Canadian asylum legislations ».

Thèses de doctorat

AL-SALEM, Rouba, What «Security», whose «Rights» and which «Law»?: the Israeli High Court of Justice and the Israeli settlements in the occupied West Bank.

BÉRARD, Frédéric, Charte canadienne et droits linguistiques : frontières allégoriques et autres assertions consensuelles.

BOULAY, Claude, La relation changeante entre la Cour suprême du Canada et la société civile : l'impact des acteurs sociaux sur l'accès à la justice et la production du droit.

CARRÉ, Dobah, La loi applicable aux transferts de biens virtuels.

DJEDI DJONGAMBOLO OHONGE, Daniel, Le principe québécois de l'impartageabilité de la réserve des coopératives non financières : discussion critique autour du maintien ou de la suppression.

HAMMOUD, Hania, Clearing away the legal mist of the family business.

KENFACK, Henri Bandolo, L'impact de la dignité humaine sur la protection du droit à la vie en droit international des droits de l'homme.

LAVOIE, Bertrand, La foi musulmane et la laïcité, entre régulation publique et négociation quotidienne.

LI, Boxuan, The carrier's exemption from liability in the Hague, Hamburg and Rotterdam Rules: an examination from the perspectives of fairness and clarity.

MAC ALLISTER, Karine, Reading Population Transfer in International Human Rights Law, International Humanitarian Law and International Criminal Law through the Principle of Humanity.

MARTIN-BARITEAU, Florian, Repenser le droit de marque : essai sur une approche fonctionnelle des marques dans l'économie globale et numérique.

NASSARAH, Eric Arnaud, Le secret sacramentel à l'épreuve du durcissement de la répression de la pédophilie : proposition de réforme du droit québécois à la lumière du droit français.

SAUVÉ, Jean-Sébastien, Aux confins du « M » et du « F » : une généalogie critique de ce sexe que l'on catégorise aux fins de l'état civil québécois.

STYLIOS, Alexandre, L'aveu dans les traditions occidentales accusatoire et inquisitoire : une brève histoire de l'aveu en droit pénal.

TORRES-CEYTE, Jérémie, Les contrats et les droits fondamentaux : perspective franco-québécoise.

ZHAO, Yue, Obligation des États de coopérer en droit international des cours d'eau transfrontaliers : état du droit et étude du cas Chinois.

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

Doctorat en droit

PICARD, Michaël Hennessy, Le constitutionnalisme d'occupation en Iraq.

Maîtrise en droit

AHONOUKOUN, Loren Violette, La réglementation du travail domestique au Bénin et les apports de la convention 189 de l'OIT.

AYNÉ, Louise, Les moratoires contre les gaz de schiste au Québec et en France : analyse socio-juridique de leurs forces et faiblesses au regard de la protection de l'environnement.

BERGERON, Etienne, Francisco de Vitoria et l'universalisme américain.

BIDARIYN, Anissa, Mise en œuvre et respect des droits humains à l'ère du numérique : la nécessité d'une évolution du cadre juridique international applicable aux technologies de l'information et de la communication (TIC).

BRASIER, Anais, Le droit à la santé des femmes immigrantes au Canada et au Québec en relation avec les engagements internationaux du Canada : analyse de la législation et du programme fédéral de santé intérimaire.

BRODEUR, Caroline, Coopération au développement et industrie minière. Le cas canado-péruvien.

CÔTÉ-LEBRUN, Laurence, L'impact des revendications féministes dans les réformes du Code du travail.

DENNENE, Sarah, Le défenseur Korczakien comme vecteur de participation de l'enfant à la défense de ses droits. Analyse à travers l'exemple des procédures d'immigration.

HAMEL-GUILBERT, Julien, L'interprétation juridique de la norme de traitement juste et équitable (TJE) au regard des prérogatives souveraines de l'Etat.

HILL, Stéphanie, Le mariage forcé au Sierra Leone : une négation du droit des femmes.

HORTH, Kevin, La reconnaissance au Québec de la rechute, récidive ou aggravation psychologique découlant d'une lésion professionnelle de nature physique.

LABADIE, Camille, Droits des enfants : réflexion sur la responsabilité et le traitement des enfants-soldats auteurs de crimes.

MALDONADO, Carl Miguel, Les sociétés militaires privées et le droit international contemporain : enjeux et perspectives en matière de responsabilité.

MANCINI, Marc, La compétence relative au droit au retour au travail du travailleur accidenté : valse-hésitation entre l'arbitre de grief et la commission des lésions professionnelles.

MORIN, Ann Dominique, Le règlement P-6 de la Ville de Montréal et son application par les policier-ère-s du SPVM : une atteinte au droit à la liberté et à la sécurité des manifestant-e-s non conforme aux principes de justice fondamentale.

OLLIVIER GOBEIL, Jeanne, Les nouvelles formes de servitude et le rôle du droit : le cas de la privation de mobilité des travailleurs agricoles immigrants au Canada.

RIENDEAU-FOURNIER, Coralie, L'élargissement de la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme : la pertinence du concept d'hégémonie en droit international.

SULEMAN, Dania, Les réconciliations possibles entre la liberté de religion et l'égalité des sexes.

UNIVERSITÉ McGILL

Doctor of Civil Law

CHARAMBA, Kuzivakwashe, Hired guns and human rights: arbitral justice for victims of private military and security companies.

DABBY, Dia, Through the prism of religious diversity and law in Canada: public schools as sites of belonging and boundaries.

GLOVER, Katharine, The stories we tell: the supreme court of Canada and the constitution.

HARRINGTON, Andrea, Governing activities in outer space: responsibility, liability, regulation and the role of insurers.

KHAN, Zobaida, Trade, labour and sustainable development: an integrated perspective.

MARCHISIO, Giacomo, The notion of award in international commercial arbitration-lessons from French and English law.

VASILOGEORGI, Isavella, International regulation of aerospace vehicles: at the crossroads of regenesis and redefinition.

Master of Laws

ADA TCHOUKOU, Julie, Engaging the pluralistic nature of African societies: a critical examination of the customary legal system in Cameroon.

AKINTUNDE, Iseoluwa, Lessons from John Locke: envisioning a multilateral legal regime for property rights over the natural resources in outer space, including the moon and other celestial bodies.

BENOÎT-GUAY, Nicolas, The rise and fall of legal formalism in Canadian tax law.

BERWALD, Anastasia, Section 515 (10)(c) Criminal Code: At the intersection of the media, judicial legitimacy and the rule of law.

CARDINAL, Pierre-Alexandre, Islam between modernity and coloniality; an international legal history of Iran from the late Qajar period to Pahlavism.

COUPIENNE, Marilyn, L'emprisonnement pour non-paiement d'amendes des personnes en situation d'itinérance est-il un traitement cruel et inusité au sens du pluralisme philosophique en droit pénal canadien ?

EDELSTEIN, Chana, Missed opportunity: A critique of the Supreme Court of Canada's characterization of Quebec consumer protection law in Marcotte.

GARON-SAYEGH, Patrick, Quebec professional law as an obstacle to interprofessional care.

GEORGE, Lucie, Gender and transitional justice: a comparative study of Cambodia and South Africa.

KUSPINAR, Hilal, Affirmative action and education equity in higher education in the United States and Canada.

LOFTS, Katherine, Environmental governance and rights-related discourse: A study of human rights- and rights of nature-based discourses in the international climate change regime from 1992-2015.

NEWSOME, Ted, The legality of safety and security zones in outer space: a look to other domains and past proposals.

PUSCINSKA, Aleksandra, A fragmented legal regime of air carrier liability in international transportation of passengers: delay, cancellation, and denied boarding.

PUTRI, Rizkia, Regional open skies regime in Southeast Asia and its relevance to air transport deregulation in Indonesia.

RAHMAN, Muhammad Rezaur, Compatibility of the state religion clause within a pro-secular constitutional framework: « An analysis in the context of Bangladesh ».

TCHOULFIAN, Anaël, L'évolution de la protection des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne et les apports du Traité de Lisbonne : rapports de force, stratégies d'influence et jeux de pouvoir.

VERRIER, Sophie, Les particularités de l'approche américaine relativement à la protection de la vie privée et des données personnelles : un au-delà de la querelle avec l'Europe ?

YU, Chen, The role of WTO in the regulation of currency manipulation.

UNIVERSITÉ D'OTTAWA

Ph.D

BERNIER, Dominique, Le droit pénal dans le continuum des soins de santé : Réflexions sur le rôle des acteurs du système judiciaire et sur les mécanismes de protection de l'usager de drogue ou d'alcool dans les formes de prise en charge thérapeutique.

DOAGOO, Courtney B., The Use of Intellectual Property Laws and Social Norms by Independent Fashion Designers in Montreal and Toronto: An Empirical Study.

ISMAILOV, Otabek, The Necessity Defense in International Investment Law.

JEAN-BOUCHARD, Évelyne, Le rapport des Congolaises au droit et à leurs droits : participer aux processus de changements normatifs à l'est de la République Démocratique du Congo.

KARPINSKI, Maciej Mark, An Empirical Exploration of the Structure of Equality Rights Law and Its Effects on the Relational, Affective, and Creative Self.

MIRZAEI YENGEJEH, Saeid, Law-Making by the Security Council in Areas of Counter-Terrorism and Non-Proliferation of Weapons of Mass-Destruction.

SAMA, Semie Memuna, Harnessing Environmental Justice to Protect Against Land-grabbing in Cameroon.

LL.D

SINGH, Ravinder, Legalization of Privacy and Personal Data Governance: Feasibility Assessment for a New Global Framework Development.

LL.M (Thèse)

COURCHESNE, Guyanne, Les femmes des Premières nations et la *Loi sur les foyers familiaux situés dans les réserves* : déconstruction de discours idéologiques à la lumière de la théorie féministe postcoloniale

VILLENEUVE-MÉNARD, Francis, La criminalisation de la manifestation, une affaire de police : généalogie de l'infraction d'attroupement illégal.

LL.M (Mémoire)

ADESINA, Olubunmi Maria (International Trade and Foreign Investment), The Effects of Anti-Dumping Policy in Developing Countries.

ADJEI, Ernest Nana (International Trade and Foreign Investment), The Scope of Application of Most-favoured-nation (MFN) Clauses: A Study of Bilateral Investment Treaties of Ghana.

AGU, Oluchi Victoria (Law and Technology), Courtroom Technologies in Nigerian Courts: Virtual Presence Witnesses.

AMOAKO, Eva Jackson (Global Sustainability and Environmental Law), The Enforcement of Environmental Laws Governing Mining: Ghana as a Case Study.

ANOSIKE, Royal (Global Sustainability and Environmental Law), Genetically Modified Foods and Biosafety Regulation in Nigeria: Food Security and Sustainable Development.

ANOZIE, Nnaemeka Nwokedi (International Trade and Foreign Investment Law), The Full Security and Protection due Diligence Obligation.

AZZI, Bassam, Immunity for High-ranking State Officials in International Criminal Proceedings: the Case of the Special Tribunal for Lebanon.

BARANOWSKA, Nina (Law and Technology), 3-D Printing: Challenges for Tort Law.

CACERES, Ernesto (International Humanitarian and Security Law), Special Advocates at the International Criminal Court: Enhancing Cooperation with Intelligence Agencies in the Collection and use of Evidence.

CASTRO, Julian (International Trade and Foreign Investment Law), Defending the State against foreign investors.

COLLIVER, Danielle (Law and Technology), Evaluation of Employee Privacy Protections in Canada: Working Towards a Model of Effective and Universal Protection.

DE LORIMIER, Chloé (Droit et technologie), L'industrie du livre numérique: défis et particularités en droit d'auteur et droit de la concurrence.

DE TEVES BITENCOURT, Thalita, Grand Corruption and violations of Human Rights: in pursuit of Accountability.

DUNN, Suzanne (Law and Technology), From the eye of the Survivor: Image based abuse 1.

ESTIMABLE, Marianne, La Partie II du *Code canadien du Travail* comme outil de protection de la santé mentale des travailleurs.

EVANS, Bradley (Law and Social Justice), Looking for Positive Solutions to Homelessness in Canada through the History of the Tent City Saga: A Consideration of Positive Section 7 Remedies.

EZEALA, Chinonyerem Ijeoma (Global Sustainability and Environmental Law), Climate Change, Clean Energy and the African Dilemma: An Opportunity for Sustainable Development.

FAZEL, Bakhsheshi, Amir A. (International Trade and Foreign Investment Law), The European Union Sponsored Investment Court System: From Investment Protection to Sovereignty Entrenchment.

FRASER, Nicolas, L'évolution de la théorie de l'épuisement des recours à travers le temps dans la perspective de la responsabilité professionnelle du notaire.

HEDERER, Christian (International Trade and Foreign Investment Law), Regulatory Options for the Selection and Appointment of Judges for a Future Multilateral Investment Court.

HERNÁNDEZ, Ricardo (Law and Technology), The Role of the State in Regulating the Sharing Economy.

HU, Jingwen (International Trade and Foreign Investment Law), A Study of the Clash Between the WTO and Animal Welfare in the Dispute Settlement Process: An Interpretation of GATT Article XX, International Law and PPM.

IYORE, Michael (Global Sustainability and Environmental Law), Finding the People's Voice: Dismantling Legal Barriers to Effective Participation in Gas Flare Projects of the Niger Delta.

LABAKY, Elie, The Professionalization of Canadian Policing: Establishing a College of Policing in the Province of Ontario.

LAVERGNE, Jonathan, La diminution des honoraires des notaires : enjeux et solutions.

LENIHAN, Jean-Michel, Justifying Preference Utilitarianism as an Approach to Medical Assistance in Dying and what it implies for Canadian Law.

LUSKEY, Stephanie (Law and Social Justice), Babies Behind Bars: The Criminalization of Canadian Women and their Children.

OKOUDOH, Obehi Florence (International Trade and Foreign Investment Law), The Use of Precedents in Investor-State Arbitration: A Legal Analysis.

PONDEMIRA, Katrina, Poverty, Housing Rights, and Legislation: A Look at Philippine Government's Actions in Addressing Metro Manila's Housing Concerns in Line with its International Human Rights Obligations.

RIOUX COLLIN, Josiane, La taxation des boissons sucrées comme outil de santé publique : une perspective de justice alimentaire.

ROBITAILLE, Francis, L'interprétation par les tribunaux québécois de l'adverbe « notamment » dans l'article 422 du Code civil du Québec concernant le partage inégal du patrimoine familial.

SANDERS, Michelle (Global Sustainability and Environmental Law), Practical Challenges to Implementing the Precautionary Principle in Canadian Environmental Law.

SCOTT, Adrienne Janet (Law and Social Justice), In the Dark: An Exploration of the Human Rights Implications of Energy Poverty in Rural Ontario.

TAJINI, Fatima, Le droit des femmes à disposer de leur corps dans un pays musulman : cas du Maroc.

TOUPIN, Francis, Guide pratique sur la vente sous contrôle de justice.

VASILCHUK, Tatyana, Potential Impact of the Canada-EU CETA on Provincial Governments: The Public Procurement Chapter.

VICTOR-NWOSU, Munachi U. (Global Sustainability and Environmental Law), From Stranded Fossil Fuel Assets to Stranded Economy? The Implications and Opportunities of a 2 Degree World Scenario for Nigeria.

WARAICH, Navjot Kaur (International Humanitarian and Security Law), International Human Rights Obligations of the World Bank: To What Extent is the World Bank Internationally Responsible for Violations of Human Rights Precipitated by Its Infrastructure Projects?

WELCH, Brent Matthew (International Trade and Foreign Investment Law), Officers of Parliament as a Fourth Branch of Government? A Principle-based Approach to Evaluating Constitutional Actors.

ZIA, Khan Saad (International Humanitarian and Security Law), Yes, In My Back Yard: Why Nationality States of Private Military and Security Company Employees Should Be Included in Their Regulatory & Oversight Schemes.

UNIVERSITÉ LAVAL

Thèses en droit

BALDERAS MORALES, Lilian, La nature juridique de l'Accord SPS, la sécurité alimentaire et la sécurité juridique : lutte ou compromis ?

BRELS, Sabine, Le droit du bien-être animal dans le monde : évolution et universalisation.

D'ANJOU, Philippe, Le choix des dispositions législatives en droit des sociétés par actions à la lumière d'une étude fondée sur l'analyse économique du droit.

DIOP, Abdou Khadre, La notion d'État en droit international et en droit européen : De l'impossible approche conceptuelle à la nécessaire approche fonctionnelle.

FRÉCHETTE, Pascal, La restitution des prestations en droit québécois: fondements et régime.

LABAYLE, Simon, Les valeurs de l'Union européenne.

Mémoires de maîtrise en droit

AGOSSOU, Ekundayo, La contribution du droit à l'alignement du REDD+ dans une démarche de développement durable.

BACH, Raphaëlle, Les conditions juridiques de l'effectivité de la participation du public dans les examens de projets de pipelines interprovinciaux.

BARÉTY, Alice, Étude du test en trois étapes à la lumière des traditions juridiques du droit d'auteur.

BOMARE, Marie, L'humour et les infractions d'opinion – Étude comparée des systèmes français et canadien.

BON, Céline, L'infraction de tentative en droit pénal canadien et en droit pénal français : de la conciliation entre la nécessaire anticipation de la répression et l'exigence de culpabilité morale.

BONNET, Typhaine, La crise de la sanction face à la cybercriminalité : l'exemple du droit d'auteur.

BOULIANNE, François, La validité du rapatriement de 1982 : analyse de la coutume constitutionnelle nécessitant l'accord unanime des provinces.

BUSQUE, Julien, La portée de l'article 1275 du Code civil du Québec à l'égard du fiduciaire.

COUTURE, Marc-Antoine, Contrefaçon et recours civil : la quantification des dommages au Québec et en France.

CROTEAU-THOMASSIN, Marc-Alexandre, Les pouvoirs de contrainte utilisés dans le cadre de l'exercice de fonctions administratives.

DUFFORT, Chloé, Le choix d'un droit pénal préventif ou prédictif pour faire face au retour anticipé des djihadistes français sur le territoire national.

DUFOUR, Pascale, De l'assurance au principe de précaution : paradoxale cohabitation de la société assurantielle et de la société du risque.

FOURNIER, Julien, L'indépendance de la Couronne canadienne : Une question de droit et de conventions.

GENEAU, Geneviève, L'évolution du cadre juridique relatif à la violence sexuelle commise à l'égard des femmes en droit international pénal.

GESTIN-VILION, Claudia, La protection par le droit d'auteur des créations générées par intelligence artificielle.

GINGRAS-TREMBLAY, Arnaud, Le régime minier et la reconnaissance judiciaire d'un titre ancestral sur le territoire québécois : un arrimage imparfait.

HÉNAULT, François, La conciliation de la Charte des droits et libertés de la personne et du Code civil du Québec en matière de diffamation.

LAROCHE, François, Les mesures de détention avant jugement au Canada et en France.

LAUMELAIS, Manon, Les œuvres d'art participatif en propriété littéraire et artistique.

LOYER, Olivia Beatrice Marie, L'appréhension législative des nouvelles technologies à l'épreuve des principes de droit pénal.

MBIMBE, Dean, L'abus de droit dans les grands évènements sportifs – L'exemple des Jeux Olympiques.

NOBER, Ophélie, L'encadrement du raisonnement du juge des faits au sein du procès pénal.

O'BRIEN, Marc-Etienne, L'adéquation des discours relatifs à la négociation de plaidoyer avec leur mise en œuvre. Une analyse comparée, historique et sociologique.

PEPIN, Stéphanie, La présomption de conformité de la Charte canadienne des droits et libertés au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : vers une meilleure reconnaissance du droit à la subsistance en droit canadien ?

SAMSON, Julian, Au-delà du travailleur ! Un examen de l'objet et du champ d'application de la Loi sur la santé et la sécurité du travail.

TOE, Roland Melaine, Les avantages du compromis par rapport à la requête unilatérale dans le recours à la Cour internationale de Justice (CIJ).

TREMBLAY-BEAUPRÉ, Maxime, L'imputation des paiements : étude d'un régime délaissé par la doctrine et la jurisprudence.

TRICHET, Florie, La spécialisation de la poursuite du génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre – Étude comparée des systèmes canadien et français.

TUDEAU CHASSÉ, Emilie, Délinquance collective : Facteur de reconsidération des principes du droit pénal classique.

INDEX DES AUTEURS

Note : Sous chaque entrée de l'index des auteurs vous trouverez les informations nécessaires pour repérer les articles ou les chroniques de la *Revue du Barreau*, soit le titre suivi, en caractères gras des pages.

BIENVENU, Pierre, La plaidoirie en appel, **227-242**

BURQUE, Tanaquil et Julie BOURGAULT, Des obstacles à la reconnaissance de la discrimination fondée sur l'âge, **429-470**

CÉRAT LAGANA, Vincent, Les ordonnances provisoires dans les recours pour oppression au Québec, **243-300**

CHADRONNET, Florence, Le registre canadien des délinquants sexuels : portrait d'un régime mal connu, **301-319**

GAUDREAULT-DESBIENS, Jean-François, Le droit de vote, la représentation effective et l'égalité des électeurs : de l'importance de prendre au sérieux un droit constitutionnel, **175-225**

GUILMAIN, Antoine et Patrick GINGRAS, Un regard québécois sur les Principes de Sedona Canada : « quand je me compare, je me retrouve », **377-428**

LAFOND, Pierre-Claude, Pour une modernisation des exceptions à la notion de commerçant – Cultivateurs, artisans et professionnels de ce monde : bienvenue au 21e siècle !, **51-101**

MORIN, Christine, Réflexions sur la lutte contre la maltraitance envers les aînés et le rôle des conseillers juridiques, **503-551**

PANSEGROUW, Monique et Shaun E. FINN, Class Actions in the « Mixed » Legal Systems of South Africa and Québec, **553-582**

PARENT, Sébastien, Quand l'obligation d'accommodement raisonnable vole au secours de la victime de harcèlement psychologique, **471-501**

PERRINO, Thomas, L'avis de sinistre en assurance responsabilité civile, **103-145**

PRATTE, Pierre, Le régime juridique de l'acte déclaré « sans effet » par la loi, **359-374**

PROULX, Daniel, Les libertés de religion et d'expression face à la radicalisation : la tentation autoritaire, **147-173**

ROBERGE, David E., Nuisance Law in Quebec (art. 976 C.c.Q.): 10 years after *Ciment du Saint-Laurent*, where do we stand, **321-358**

ROUSSEAU, Stéphane, L'application de la législation sur les valeurs mobilières au Québec : une étude du rôle du Tribunal administratif des marchés financiers, **1-49**

INDEX ANALYTIQUE

Note : Sous chaque entrée de l'index analytique vous trouverez les informations nécessaires pour repérer les articles ou les chroniques de la *Revue du Barreau*, soit le titre suivi, en caractères gras, des pages.

ACCOMMODEMENT RAISONNABLE

Quand l'obligation d'accommodement raisonnable vole au secours de la victime de harcèlement psychologique, **471-501**

ACTION COLLECTIVE – AFRIQUE DU SUD ET QUÉBEC

Class Actions in the « Mixed » Legal Systems of South Africa and Québec, **553-582**

ACTIONNAIRE – RECOURS POUR OPPRESSION

Les ordonnances provisoires dans les recours pour oppression au Québec, **243-300**

AGRESSION SEXUELLE

Le registre canadien des délinquants sexuels : portrait d'un régime mal connu, **301-319**

ASSURANCE-RESPONSABILITÉ CIVILE

L'avis de sinistre en assurance responsabilité civile, **103-145**

AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS

L'application de la législation sur les valeurs mobilières au Québec : une étude du rôle du Tribunal administratif des marchés financiers, **1-49**

COMMERÇANT

Pour une modernisation des exceptions à la notion de commerçant – Cultivateurs, artisans et professionnels de ce monde : bienvenue au 21e siècle !, **51-101**

COMPAGNIE ET SOCIÉTÉ

Pour une modernisation des exceptions à la notion de commerçant – Cultivateurs, artisans et professionnels de ce monde : bienvenue au 21e siècle !, **51-101**

Les ordonnances provisoires dans les recours pour oppression au Québec, **243-300**

CONSOMMATEUR

Pour une modernisation des exceptions à la notion de commerçant – Cultivateurs, artisans et professionnels de ce monde : bienvenue au 21e siècle !, **51-101**

CONDITIONS DE TRAVAIL

Quand l'obligation d'accommodement raisonnable vole au secours de la victime de harcèlement psychologique, **471-501**

CONTRAT

Le régime juridique de l'acte déclaré « sans effet » par la loi, **359-374**

CULTIVATEUR

Pour une modernisation des exceptions à la notion de commerçant – Cultivateurs, artisans et professionnels de ce monde : bienvenue au 21e siècle !, **51-101**

DÉLINQUANT SEXUEL

Le registre canadien des délinquants sexuels : portrait d'un régime mal connu, **301-319**

DISCRIMINATION – ÂGE

Des obstacles à la reconnaissance de la discrimination fondée sur l'âge, **429-470**

DOCUMENT ÉLECTRONIQUE, DOCUMENT TECHNOLOGIQUE

Un regard québécois sur les Principes de Sedona Canada : « quand je me compare, je me retrouve », **377-428**

DROIT À L'ÉGALITÉ

Des obstacles à la reconnaissance de la discrimination fondée sur l'âge, **429-470**

Quand l'obligation d'accommodement raisonnable vole au secours de la victime de harcèlement psychologique, **471-501**

DROIT DE PROPRIÉTÉ

Nuisance Law in Quebec (art. 976 C.C.Q.): 10 years after *Ciment du Saint-Laurent*, where do we stand, **321-358**

DROIT DE VOTE

Le droit de vote, la représentation effective et l'égalité des électeurs : de l'importance de prendre au sérieux un droit constitutionnel, **175-225**

DROITS ET LIBERTÉS

Des obstacles à la reconnaissance de la discrimination fondée sur l'âge, **429-470**

Les libertés de religion et d'expression face à la radicalisation : la tentation autoritaire, **147-173**

ÉLECTION

Le droit de vote, la représentation effective et l'égalité des électeurs : de l'importance de prendre au sérieux un droit constitutionnel, **175-225**

ENVIRONNEMENT

Nuisance Law in Quebec (art. 976 C.C.Q.): 10 years after *Ciment du Saint-Laurent*, where do we stand, **321-358**

ÉTAT

Les libertés de religion et d'expression face à la radicalisation : la tentation autoritaire, **147-173**

HANDICAP

Quand l'obligation d'accommodement raisonnable vole au secours de la victime de harcèlement psychologique, **471-501**

HARCÈLEMENT PSYCHOLOGIQUE

Quand l'obligation d'accommodement raisonnable vole au secours de la victime de harcèlement psychologique, **471-501**

INJONCTION INTERLOCUTOIRE ET INJONCTION INTERLOCUTOIRE PROVISOIRE

Les ordonnances provisoires dans les recours pour oppression au Québec, **243-300**

INTÉRÊT PUBLIC

Les libertés de religion et d'expression face à la radicalisation : la tentation autoritaire, **147-173**

INTERPRÉTATION – AVIS DE SINISTRE

L'avis de sinistre en assurance responsabilité civile, **103-145**

LIBERTÉ D'EXPRESSION

Les libertés de religion et d'expression face à la radicalisation : la tentation autoritaire, **147-173**

LIBERTÉ DE RELIGION

Les libertés de religion et d'expression face à la radicalisation : la tentation autoritaire, **147-173**

MALTRAITANCE – SIGNALEMENT

Réflexions sur la lutte contre la maltraitance envers les aînés et le rôle des conseillers juridiques, **503-551**

NUISANCE

Nuisance Law in Quebec (art. 976 C.C.Q.): 10 years after *Ciment du Saint-Laurent*, where do we stand, **321-358**

NULLITÉ

Le régime juridique de l'acte déclaré « sans effet » par la loi, **359-374**

ORDONNANCE PROVISOIRE

Les ordonnances provisoires dans les recours pour oppression au Québec, **243-300**

ORDONNANCE DE SAUVEGARDE

Les ordonnances provisoires dans les recours pour oppression au Québec, **243-300**

PLAIDOIRIE

La plaidoirie en appel, **227-242**

PERSONNE ÂGÉE

Réflexions sur la lutte contre la maltraitance envers les aînés et le rôle des conseillers juridiques, **503-551**

PREUVE ÉLECTRONIQUE

Un regard québécois sur les Principes de Sedona Canada : « quand je me compare, je me retrouve », **377-428**

PREUVE CIVILE

Un regard québécois sur les Principes de Sedona Canada : « quand je me compare, je me retrouve », **377-428**

PRINCIPES DE SEDONA CANADA

Un regard québécois sur les Principes de Sedona Canada : « quand je me compare, je me retrouve », **377-428**

PROFESSIONNEL

Pour une modernisation des exceptions à la notion de commerçant – Cultivateurs, artisans et professionnels de ce monde : bienvenue au 21e siècle !, **51-101**

RADICALISATION

Les libertés de religion et d'expression face à la radicalisation : la tentation autoritaire, **147-173**

RECOURS POUR OPPRESSION

Les ordonnances provisoires dans les recours pour oppression au Québec, **243-300**

RÉGIME DE PROTECTION

Réflexions sur la lutte contre la maltraitance envers les aînés et le rôle des conseillers juridiques, **503-551**

REGISTRE DES DÉLINQUANTS SEXUELS

Le registre canadien des délinquants sexuels : portrait d'un régime mal connu, **301-319**

RESPONSABILITÉ CIVILE

Nuisance Law in Quebec (art. 976 C.C.Q.): 10 years after *Ciment du Saint-Laurent*, where do we stand, **321-358**

SECRET PROFESSIONNEL

Réflexions sur la lutte contre la maltraitance envers les aînés et le rôle des conseillers juridiques, **503-551**

SERVICES DE SANTÉ ET SERVICES SOCIAUX

Réflexions sur la lutte contre la maltraitance envers les aînés et le rôle des conseillers juridiques, **503-551**

SINISTRE

L'avis de sinistre en assurance responsabilité civile, **103-145**

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DES MARCHÉS FINANCIERS

L'application de la législation sur les valeurs mobilières au Québec : une étude du rôle du Tribunal administratif des marchés financiers, **1-49**

TROUBLE DE VOISINAGE

Nuisance Law in Quebec (art. 976 C.C.Q.): 10 years after *Ciment du Saint-Laurent*, where do we stand, **321-358**

VALEUR MOBILIÈRE

L'application de la législation sur les valeurs mobilières au Québec : une étude du rôle du Tribunal administratif des marchés financiers, **1-49**

TABLE DE LA JURISPRUDENCE COMMENTÉE

Note : Sous chaque entrée de la table de jurisprudence commentée, vous trouverez, en caractères gras, les pages pour repérer les articles ou les chroniques de la *Revue du Barreau*.

176283 Canada Inc. c. *St-Germain*, 2011 QCCA 608, **243-300**

A., Québec (Procureur général) c., 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61, **429-470**

Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord) c. *Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 R.C.S. 670, **429-470**

Andrews c. *Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, **429-470**

Barrette, Ciment du Saint-Laurent c., 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392, **321-358**

Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), Law c., [1999] 1 R.C.S. 497, **429-470**

Canada (Ministre de la Justice), Little Sisters Book and Art Emporium c., 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, **429-470**

Canada (Procureur général), Withler c., 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396, **429-470**

Caron, Québec (Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail) c., 2018 CSC 3, **471-501**

Children's Resource Centre Trust v. *Pioneer Food (PTY) LTD*, 2013 (2) SA 213 (SCA), **553-582**

Ciment du Saint-Laurent c. *Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392, **321-358**

Cunningham, Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord) c., 2011 CSC 37, [2011] 2 R.C.S. 670, **429-470**

Gosselin c. *Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429, **429-470**

Harmony Gold Mining Company Limited, Nkala v., 2016 JDR 0881 (GJ), **553-582**

Kapp, R. c., 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, **429-470**

Law c. *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, **429-470**

Law Society of British Columbia, Andrews c., [1989] 1 R.C.S. 143, **429-470**

Little Sisters Book and Art Emporium c. *Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, **429-470**

McKinney c. *Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, **429-470**

Nkala v. *Harmony Gold Mining Company Limited*, 2016 JDR 0881 (GJ), **553-582**

Pioneer Food (PTY) LTD, Children's Resource Centre Trust v., 2013 (2) SA 213 (SCA), **553-582**

Québec (Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail) c. *Caron*, 2018 CSC 3, **471-501**

Québec (Procureur général) c. *A.*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61, **429-470**

Québec (Procureur général), Gosselin c., 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429, **429-470**

R. c. *Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, **429-470**

Renvoi : circ. électorales provinciales (Sask.), [1991] 2 R.C.S. 158, **175-225**

St-Germain, 176283 Canada Inc. c., 2011 QCCA 608, **243-300**

Stoffman c. *Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483, **429-470**

Université de Guelph, McKinney c., [1990] 3 R.C.S. 229, **429-470**

Vancouver General Hospital, Stoffman c., [1990] 3 R.C.S. 483, **429-470**

Withler c. *Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396, **429-470**

TABLE DE LA LÉGISLATION COMMENTÉE

Note : Sous chaque entrée de la table de la législation commentée, vous trouverez, en caractères gras, les pages pour repérer les articles ou les chroniques de la *Revue du Barreau*.

CONSTITUTION

Charte canadienne des droits et libertés dans Loi de 1982 sur le Canada, (L.R.C. 1985, app. II, nº 44, annexe B, partie I), art. 15, **429-470**

CODE CIVIL DU QUÉBEC

Code civil du Québec, (RLRQ, c. CCQ-1991), art. 976, **321-358**

CODE DE PROCÉDURE CIVILE

Code de procédure civile, (RLRQ, c. C-25.01), **243-300**, **377-428**

CODE CRIMINEL

Code criminel, (L.R.C. (1985), ch. C-46), art. 490.011 à 490.029 et 490.02901 à 490.02911, **301-319**

LÉGISLATION FÉDÉRALE

Enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels (Loi sur l'), (L.C. 2004, c. 10), **301-319**

Sociétés par actions (Loi canadienne sur les), (L.R.C. (1985), ch. C-44), **243-300**

LÉGISLATION PROVINCIALE

Cadre juridique des technologies de l'information (Loi concernant le), (RLRQ, c. C-1.1), **377-428**

Charte des droits et libertés de la personne, (RLRQ, c. C-12), **471-501**

Lutter contre la maltraitance envers les aînés et toute autre personne majeure en situation de vulnérabilité (Loi visant à), (RLRQ, c. L-6.3), **503-551**

Normes du travail (Loi sur les), RLRQ, c. N-1.1, **471-501**

Protection de la jeunesse (Loi sur la), (RLRQ, c. P-40.1), **51-101**

Sociétés par actions (Loi sur les), (RLRQ, c. S-31.1), **243-300**

Barreau du Québec

445, boulevard St-Laurent
Montréal (Québec) H2Y 3T8

514-954-3400 1 800 361-8495

www.barreau.qc.ca