



Revue 2015

Printemps 2015 - Tome 74

Le défi du passage vers la nouvelle culture juridique de la justice participative – Michelle Thériault

Chronique jurisprudentielle sur les sociétés de personnes : histoire d'une anomalie – Charlaïne Bouchard

La convocation de témoins extraprovinciaux : vers une meilleure harmonisation avec le reste du Canada ? – Gabriel Faure et Noah Zucker

Quels changements pour la recherche avec les modifications au Code civil du Québec ? – Shuang Shuang, Emmanuelle Lévesque et Karine Sénécal

La cession de contrats d'assurance par l'assureur : le chaînon manquant – Alain Prévost

L'indépendance des tribunaux administratifs fédéraux et le lien avec le pouvoir exécutif : une relation parfois empreinte de friction – Paul Chênevert

L'interdiction de la discrimination en emploi et les pratiques de recrutement et de sélection des PME assujetties au droit du travail québécois – Pascale L. Denis, Sophie Asselin, Myriam Simard, Frédéric Paré et Gabrielle Benoit-Chabot

Le maintien des services essentiels à la lumière de Saskatchewan Federation of Labour – Andrea Talarico

Métadonnées : Plaidoyer pour des mal aimées et des incomprises – Patrick Gingras et François Sénécal

Étude de la décision Gagné c. Société de l'assurance automobile du Québec : pourquoi la S.A.A.Q. devra modifier ses façons de faire en matière de saisie automobile – Jean-Gabriel Vignault, avec la collaboration de Charles A. Ashton

Chronique – Droit international privé. Regards croisés sur l'application de l'entente France-Québec en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements – Natacha Mignon et Xavier Philippe Vuitton

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

M^e Michel Deschamps, président
M^e Élise Charpentier
M^e Pierre Giroux
M^e Claude Laferrière
M^e François Montfils
M^e Alain-Robert Nadeau
M^e Hubert Reid
M^e Pierre Séguin
M^e Marie-Ève Tremblay
M^e Marc Sauvé, secrétaire

avec la collaboration de Mme Jocelyne Major, du Service de recherche et législation, Barreau du Québec

Dans les études ou 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 fidéicommissés des avocats. L'abonnement annuel à la version papier est de 125\$. 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 n° 40013642

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

Barreau du Québec
Service des communications
Édition: Les Éditions Yvon Blais Inc.

ISSN-383669-X
Dépôt légal
Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2015
Bibliothèque et Archives Canada, 2015



Le défi du passage vers la nouvelle culture juridique de
la justice participative

Michelle THÉRIAULT 1

Chronique jurisprudentielle sur les sociétés de personnes :
histoire d'une anomalie

Charlaine BOUCHARD 39

La convocation de témoins extraprovinciaux : vers une
meilleure harmonisation avec le reste du Canada ?

Gabriel FAURE et Noah ZUCKER 73

Quels changements pour la recherche avec les
modifications au *Code civil du Québec* ?

Shuang SHUANG, Emmanuelle LÉVESQUE
et Karine SÉNÉCAL 95

La cession de contrats d'assurance par l'assureur :
le chaînon manquant

Alain PRÉVOST 119

L'indépendance des tribunaux administratifs fédéraux et le lien avec le pouvoir exécutif : une relation parfois empreinte de friction	
Paul CHÊNEVERT	159
L'interdiction de la discrimination en emploi et les pratiques de recrutement et de sélection des PME assujetties au droit du travail québécois	
Pascale L. DENIS, Sophie ASSELIN, Myriam SIMARD, Frédéric PARÉ et Gabrielle BENOIT-CHABOT	187
Le maintien des services essentiels à la lumière de <i>Saskatchewan Federation of Labour</i>	
Andrea TALARICO	219
Métadonnées : Plaidoyer pour des mal aimées et des incomprises	
Patrick GINGRAS et François SENÉCAL	249
Étude de la décision <i>Gagné c. Société de l'assurance automobile du Québec</i> : pourquoi la S.A.A.Q. devra modifier ses façons de faire en matière de saisie automobile	
Jean-Gabriel VIGNEAULT, avec la collaboration de Charles A. ASHTON	307

CHRONIQUE

Droit international privé. Regards croisés sur l'application de l'entente France-Québec du 9 septembre 1977 en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements	
Natacha MIGNON et Xavier Philippe VUITTON	329

Le défi du passage vers la nouvelle culture juridique de la justice participative

Michelle THÉRIAULT

Résumé

Nous traversons une ère de grands changements. Pour l'ensemble de la communauté juridique, l'un, et peut-être le plus important, de ces changements consiste à passer de la justice adversative traditionnelle à la justice participative. L'entrée en vigueur prochaine du nouveau *Code de procédure civile* et l'introduction des nouvelles dispositions sur les modes privés de prévention et de règlement des différends marquent un pas historique et nous invitent à passer de la confrontation à la collaboration, de la prise en charge du dossier par l'avocat à la participation du client en équipe avec son avocat, de l'attaque et du blâme à la compréhension et au dialogue, de l'imposition d'une solution unique à l'exploration de plusieurs solutions, de la rupture des communications au maintien des relations, de la bataille à l'opportunité d'évoluer et de se développer, du conflit vu comme une bataille l'un contre l'autre à un conflit vu comme un problème à résoudre ensemble et enfin, d'une mentalité de combat à une mentalité de résolution de problèmes. Ainsi, ce virage ne change pas seulement les règles, mais également les compétences du juriste et la culture juridique dans laquelle il travaille, ouvrant le chemin au nouvel « avocat responsable ». Le présent texte fait le point sur les fondements, les composantes et la portée de cette nouvelle culture juridique qui touche toutes les branches du droit et non seulement la procédure civile. Il propose également des moyens d'action à mettre en place, telle l'imposition de programmes de formation obligatoires tant à l'université qu'au Barreau, pour opérer le passage de ce changement de mentalité et de comportement en profondeur avec succès.

Le défi du passage vers la nouvelle culture juridique de la justice participative

Michelle THÉRIAULT*

INTRODUCTION	5
1. La nouvelle culture juridique	8
1.1 Ses principaux fondements	8
1.2 Ses composantes et sa portée	16
1.2.1 Suivant le mouvement de la justice participative	16
1.2.2 Suivant le nouveau <i>Code de procédure civile</i>	19
2. Le passage vers la nouvelle culture juridique par la transmission des savoirs	21
2.1 Les exigences du processus de changement transformationnel	21
2.2 La formation des juristes	25
2.2.1 La situation actuelle	28

* M^e Michelle Thériault est avocate, membre du Barreau du Québec et professeure de droit des affaires à la Faculté de science politique et de droit de l'Université du Québec à Montréal. Elle est médiatrice accréditée en matières civiles et commerciales et coach certifié (I.C.F.).

2.2.2 Les moyens d'action à implanter à court terme.	30
2.3 L'éducation citoyenne	35
CONCLUSION	36

INTRODUCTION

Depuis plusieurs décennies déjà, tant au Québec qu'ailleurs, une nouvelle façon d'aborder les conflits et de voir la justice est née, fondée davantage sur la collaboration, la communication, le respect, le dialogue ainsi que la consultation et la participation du citoyen. Certainement que le mouvement planétaire de conscientisation y a contribué et y joue encore un grand rôle. Notre planète rencontre de nombreux défis et pour y faire face, des changements sont nécessaires. La justice n'y échappe pas, ainsi que tous les autres grands piliers de notre société, telles l'éducation et la santé.

Ce changement consiste, afin de favoriser l'accès à la justice et la justice elle-même, à développer un système de justice à plusieurs options qui priorise la pacification des rapports humains. Ce mouvement, désigné sous l'appellation « justice participative », qui tire son origine des travaux de la Commission du droit du Canada publiés en 2003¹, se définit comme « [l']obtention d'une justice sur mesure, qui correspond aux attentes, aux besoins et aux capacités de chaque personne, et ce, par la participation pleine et entière du citoyen impliqué dans un conflit »².

Pour répondre à ses besoins, le citoyen, avec l'aide de son avocat, a le choix du mode de résolution de son conflit qui lui convient le mieux (médiation, négociation, arbitrage, procès, etc.) et est encouragé à participer activement à la recherche de la solution la plus satisfaisante, plutôt que de se contenter d'un rôle passif et d'une solution imposée par un tiers. Ainsi, le procès devant un tribunal se positionne autrement, en le considérant comme un

1. Canada, Commission du droit du Canada, *La transformation des rapports humains par la justice participative*, Ottawa, Commission du droit du Canada, 2003 à la p 5 [Commission du droit du Canada].
2. Miville Tremblay, « La justice participative » dans *Collection des habiletés 2014-2015 de l'École du Barreau : Justice participative*, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 2014 à la p 9 [Tremblay]. Pour d'autres définitions, voir Jean-François Roberge, *La justice participative : Changer le milieu juridique par une culture intégrative de règlement des différends*, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 2011 à la p 13 [Roberge « La justice participative »]; *Développements récents en justice participative : la diversification de la pratique de l'avocat* par le Service de la formation continue du Barreau du Québec, vol 259, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 2006 à la p VII.

mode de résolution de conflits parmi d'autres et non plus comme le seul ou celui à toujours privilégier.

Cette vision de la culture judiciaire n'est pas nouvelle. Dès 1990, le *Rapport Macdonald* recommandait à la communauté juridique du Québec de considérer le recours au tribunal comme un recours ultime et de favoriser une plus grande utilisation des modes alternatifs de règlement des litiges³. Plus récemment, le *Rapport Ferland*, déposé en 2001, concluait aussi à la nécessité d'opérer le passage d'un système fondé sur le modèle judiciaire à celui axé sur le modèle renouvelé et recommandait des modifications en ce sens au *Code de procédure civile*⁴. Certaines de ces recommandations, telle l'introduction dans l'arène judiciaire de la médiation par les juges, ont été adoptées et sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2003. D'autres rapports récents en arrivent à la même conclusion⁵. La tendance internationale est au même effet⁶.

3. Ministère de la justice du Québec, *Jalons pour une plus grande accessibilité à la justice*, par le Groupe de travail sur l'accessibilité à la justice et Roderick A. Macdonald, Sainte-Foy, Ministère de la justice du Québec, 1991 [*Rapport Macdonald*].
4. *Ministère de la justice du Québec, Rapport du Comité de révision sur la procédure civile : Une nouvelle culture judiciaire*, Québec, Ministère de la justice du Québec, 2001 [*Rapport Ferland*].
5. Comité d'action national sur l'accès à la justice en matière civile et familiale, *L'accès à la justice en matière civile et familiale : une feuille de route pour le changement*, Ottawa, Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale, octobre 2013 à la p 2 [*Rapport Cromwell*]; Association du Barreau canadien, *Atteindre l'égalité devant la justice : une invitation à l'imagination et à l'action : Un rapport sommaire du Comité sur l'accès à la justice de l'ABC*, par le Comité sur l'accès à la justice de l'Association du Barreau canadien, Ottawa, ABC, août 2013 aux pp 65, 71 [*Rapport sommaire ABC*]; Forum canadien sur la justice civile, *Cost of Justice Project Plan: Working Draft*, Ottawa, CFCJ, 2012 à la p 8; Forum canadien sur la justice civile, *Cost of Justice Weighing the Costs of Fair and Effective Resolution to Legal Problems*, Ottawa, CFCJ, 2012 à la p 2.
6. Jean-François Roberge, Rapport du World Justice Project « WPJ Rule of Law Index 2014 », Conférence du professeur Jean-François Roberge du Congrès 2014 de l'Association des professeurs de droit du Québec (APDQ), présentée à l'Auberge Duchesnay de Québec, 26 avril 2014 aux pp 4, 9 [WPJ Rule]; Maurits Barendrecht, Peter Kamminga et Jin Ho Verdonschot, « Priorities for the Justice System: Responding to the Most Urgent Legal Problems of Individuals » dans *Tilburg University Legal Studies Working Paper No 002/2008*, Warandelaan 2, The Hague Institute for the Internationalization of Law (HiiL), 2008 à la p 6; Martin Gramatikov, Maurits Barendrecht et Jin Ho Verdonschot, « Measuring the Costs and Quality of Paths to Justice: Contours of a Methodology » (2011) 3 *Hague Journal on the Rule of Law* 349 à la p 11; France, Ministère de la Justice, *La prudence et l'autorité : L'office du juge au XXI^e siècle*, par l'Institut des Hautes Études sur la Justice, dans *Rapport de l'IHEJ*, Paris, IHEJ, mai 2013 aux pp 30, 177 [IHEJ]; Conseil de l'Europe, *Systèmes judiciaires des pays de l'Union européenne : Analyse des données de la Commission européenne pour l'efficacité de la Justice (CEPEJ) Conseil de l'Europe*, juin 2013,

L'avènement du nouveau *Code de procédure civile*⁷ et l'introduction des règles sur les modes privés de prévention et de règlement des différends (ci-après les « modes de PRD ») marquent un autre pas en avant et confirment que le mouvement de la justice participative n'est pas une mode passagère, comme certains ont pu le croire. En introduisant dans ce nouveau *Code de procédure civile* des règles qui sortent du cadre judiciaire, le législateur nous invite à passer d'une « culture judiciaire » à une nouvelle « culture juridique », qui se fonde sur un système de pensées et de perceptions différent de celui qui nous gouverne depuis si longtemps. Il se veut une justice globale, plus holistique, ouvrant le chemin au nouvel « avocat responsable ».

Suffit-il d'adopter une loi pour changer les mentalités ? Comme l'exprimait si bien Monsieur le Juge Morissette de la Cour d'appel à propos de l'introduction du principe de la proportionnalité, tout changement est difficile, mais un changement de culture l'est davantage :

Une culture, ce n'est pas un code, ce n'est pas du droit, c'est une donnée sociologique. Changer une culture, que ce soit celle d'une institution, d'un ordre professionnel, d'une grande entreprise ou de gang de rue, ne se fait pas seulement en changeant les règles du jeu et en jouant d'autorité. Il faut rejoindre les acteurs et les persuader qu'un changement de mentalité est souhaitable.⁸

[...] [L]a culture judiciaire ne change pas, ou du moins ne change pas autant qu'on l'aurait voulu. La force de l'habitude et les routines structurantes, ancrées dans un préjugé contre le changement, y sont pour beaucoup. On ne surmontera ces obstacles qu'en travaillant sur la mentalité des acteurs, ce qui suppose d'abord des programmes de formation imposés ou fortement recommandés pour les avocats, pour le personnel judiciaire et pour les juges, de même,

par Jean-Paul Jean et Hélène Jorry, Strasbourg, CEPEJ, 2013 aux pp 43, 46. Voir aussi Jean-François Roberge, « Perspective on Access to Justice and Dispute Prevention and Resolution: The Canadian Experience » (2013) 17:2 Dutch-Flemish Mediation and Conflict Management Journal 13 à la p 4 [Roberge « The Canadian Experience »] ; Roberge « La justice participative », *supra* note 2 à la p 17.

7. PL 28, *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, 1^{er} sess, 40^e lég, Québec, 2014 (adopté à l'unanimité par l'Assemblée nationale le 20 février 2014, sanctionné le 21 février 2014 et dont l'entrée en vigueur est prévue pour le 1^{er} janvier 2016), LQ 2014, c 10 [*Cpc 2016*].

8. Yves-Marie Morissette, « Gestion d'instance, proportionnalité et preuve civile : état provisoire des questions » (2009) 50:2 C de D 381 à la p 388 en ligne : <<http://www.erudit.org/revue/cd/2009/v50/n2/043973ar.html?vue=resume>> [Morissette].

fort probablement, que pour les professions d'où sont issus les experts.⁹

L'adoption de nouvelles dispositions législatives a le mérite d'ajouter un moyen de pression afin d'accélérer le processus de changement, mais il en faut bien davantage pour transformer notre manière de penser. Même avec l'adoption du projet de loi n° 28 et son entrée en vigueur prévue pour le 1^{er} janvier 2016¹⁰, chacun de nous fait face à un choix : adhérer véritablement et changer nos façons de penser et de faire, ou tenter au mieux de s'y contraindre tout en conservant nos vieux réflexes. Les comportements ancrés ne disparaîtront pas par magie et pour qu'une nouvelle vision s'enracine, elle doit être diffusée à tous les niveaux par la mise en place de programmes de formation adaptés à ce type d'apprentissage.

Pour comprendre le changement de culture proposé et réussir à démontrer la nécessité de son implantation, nous débiterons par rappeler les principaux fondements, les composantes et la portée de la nouvelle culture juridique. Ensuite, en nous inspirant de d'autres disciplines (telle la littérature dans le domaine des sciences de l'éducation, du changement organisationnel et de la neuroscience), nous passerons en revue les exigences du processus pour opérer le changement en profondeur avec succès. Enfin, nous proposerons divers moyens d'action à mettre en place à court terme, et ce dès l'automne 2015, pour outiller au mieux les juristes et aussi les justiciables.

1. La nouvelle culture juridique

1.1 Ses principaux fondements

Plusieurs motifs ont été invoqués afin de démontrer que le système de justice civile québécois et canadien doit être revu et corrigé. De très nombreux rapports ont été publiés sur le sujet au fil des années, et ce depuis les années 90. Ces rapports, trop souvent tablettés, en sont pour la plupart arrivés, et ce, même encore aujourd'hui, malgré les améliorations apportées, à la même conclusion : le système n'est pas accessible¹¹. Pour un portrait com-

9. *Ibid* à la pp 412-13.

10. *Cpc 2016*, *supra* note 7.

11. *Rapport Cromwell*, *supra* note 5.

plet de l'état des lieux de notre système au Québec, avec chiffres à l'appui, la consultation du livre sur l'accès à la justice de mon collègue et professeur Pierre-Claude Lafond¹² de l'Université de Montréal est un outil précieux. Il faut en conclure que le système est trop lent¹³, trop coûteux¹⁴ et trop complexe¹⁵.

L'accès à la justice constitue un enjeu majeur qui nous oblige à réagir. « Même le système de justice le plus avancé du monde constitue un échec s'il ne permet pas aux citoyens d'obtenir justice », tel que l'exprimait si bien Madame la Juge en chef McLachlin lors d'un de ses discours¹⁶. L'accès à la justice ne doit plus se limiter à l'accès à notre système judiciaire public¹⁷. Les tribunaux eux-mêmes conviennent des limites de la justice traditionnelle comme en témoignent les propos du juge Dalphond de la Cour d'appel dans l'affaire *Cosoltec*¹⁸. Si on s'intéresse aux usagers du système, on apprend qu'une grande partie de la population a perdu confiance dans le système judiciaire et qu'elle entretient une perception très négative des tribunaux¹⁹. Cette

-
12. Pierre-Claude Lafond, *L'accès à la justice civile au Québec : Portrait général*, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 2012 [Lafond].
 13. Voir Lafond, *ibid* à la p 67 (par exemple, en 2011, un délai de 24 mois d'attente s'imposait pour une audition à la Cour des Petites Créances dans le district de Montréal).
 14. Voir Lafond, *ibid* à la p 50 (par exemple, il en coûterait plus de 12 000 \$ en moyenne pour exercer une action civile).
 15. Voir Lafond, *ibid* à la p 74 (par exemple, moins de 40 % des justiciables croient bien comprendre le système et près de 80 % considèrent les lois illisibles).
 16. La très honorable Beverley McLachlin, « Les défis auxquels nous faisons face », présenté à l'Empire Club of Canada, 8 mars 2007 [non publiée], en ligne : Cour suprême du Canada <<http://www.scc-csc.gc.ca/court-cour/judges-juges/spe-dis/bm-2007-03-08-fra.aspx>>.
 17. Roberge « The Canadian Experience », *supra* note 6 à la p 4. Voir aussi Roberge « La justice participative », *supra* note 2 à la p 27 ; Lafond, *supra* note 12 à la p 18.
 18. *Cosoltec inc. c Structure Laferté inc.*, 2010 QCCA 1600, juge Pierre Dalphond (« [e]n fait, des efforts importants sont déployés par le législateur, le Barreau et la magistrature québécoise pour moderniser la résolution des conflits. De plus, la voie judiciaire n'est désormais qu'une option parmi d'autres, comme la médiation et l'arbitrage. On souhaite une nouvelle culture juridique et on exhorte à pratiquer le droit différemment. On affirme vouloir favoriser l'accès à la justice en réduisant les délais et les coûts, en simplifiant les procédures, en encourageant les règlements. On réalise aussi que les tribunaux sont un service public aux ressources limitées, dont il ne faut pas abuser. Mais en même temps, on s'inquiète toujours de la baisse du nombre des dossiers, des délais persistants, des honoraires des avocats toujours à la hausse » au para 49).
 19. Voir Lafond, *supra* note 12 à la p 31 (par exemple, suivant un sondage en 2010, 63 % des gens font « très ou assez confiance » au système judiciaire).

perception négative semble partagée par les avocats eux-mêmes²⁰. L'angoisse, le stress et les inquiétudes liés aux procédures représentent également un des obstacles à l'accès à la justice²¹. Au surplus, le système ne répond plus aux besoins et attentes de la clientèle. Les justiciables, pour qui la notion de justice s'aligne davantage sur celle de l'équité que du droit²², souhaitent se responsabiliser davantage et participer non seulement à la décision du choix du mode le plus approprié pour les aider à résoudre leur conflit, mais aussi à la solution elle-même²³.

Au-delà des coûts, des délais et de la complexité du système, qui sont très préoccupants, et aussi de la perte de confiance du public et des besoins d'*empowerment* qui s'expriment, s'ajoute un autre élément fondamental : le facteur humain. La société actuelle, plus évoluée, réclame plus d'humanité à tous égards. Les recherches sur le développement du potentiel humain et des intelligences multiples, et en particulier sur le concept de l'intelligence émotionnelle, nous enseignent que les rapports ou relations sont le fondement de nos vies, constituant ainsi un actif précieux. Elles nous apprennent également que comprendre nos émotions et celles des autres et reconnaître leur importance fait partie de l'art des relations. Les facultés sociales et de communication, c'est-à-dire la façon dont les gens parviennent à régler leurs désaccords, à résoudre ensemble les problèmes, à créer des solutions créatives et à interagir de façon optimale pour atteindre des objectifs communs, constituent une des composantes de son développement²⁴. Selon la *pyramide de Maslow*, cette recherche de « connections » répond à des besoins humains fondamentaux d'appartenance et de reconnaissance²⁵. Il est démontré que les conflits non réglés, les relations toxiques ou les vieilles rancunes non liquidées reliées à

20. Voir *ibid* à la p 32 (par exemple, suite à un sondage en 2008, 43 % des avocates et 34 % des avocats ont répondu que le manque de confiance envers l'administration de la justice est la principale menace pour la pratique du droit).

21. Voir *ibid* à la p 69.

22. Voir *ibid* à la p 8.

23. Commission du droit du Canada, *supra* note 1 aux pp 6-7.

24. Stephen R. Covey, *La 8ième Habitude*, Paris, Éditions FIRST, 2006 à la p 406 [Covey].

25. Abraham H. Maslow, *Motivation and Personality*, 3^e éd, New York, Harper and Row Publishers, 1987 [Maslow]. Voir aussi les nombreux sites internet qui présentent différents schémas de la pyramide, notamment David C. McClelland, « La pyramide des besoins de Maslow » (2015) Psychologue du travail (Portail d'informations sur la psychologie du travail), en ligne : <La pyramide des besoins de Maslow> [McClelland].

des questions de conflits de toutes sortes peuvent être un facteur de risque important pour la santé, physique et mentale²⁶.

Il est admis que les conflits sont inhérents à la nature humaine et que, pour les résoudre avec l'idée d'entretenir et de sauvegarder nos relations, l'apprentissage du dialogue en est la clé. Se placer en mode dialogique requiert certaines conditions. La distinction entre la discussion, le débat et le dialogue proposée par l'auteure Solange Cormier aide à les cerner :

Dans la discussion, on argumente, on défend ses idées, on essaie de prouver qu'on a raison, on voudrait amener l'autre à adopter son point de vue. On discute en vue d'arriver à une conclusion ou de prendre une décision. Dans le débat, chaque participant estime qu'il existe une bonne réponse dont il est le détenteur, chacun essaie de prouver la justesse de son point de vue et, en même temps, de mettre en évidence les faiblesses de la position adverse. À l'opposé, le dialogue a pour but d'explorer les fondements des positions respectives, de considérer d'autres perspectives, d'inventer de nouvelles façons de penser. L'enjeu du dialogue est de délier l'emprise de nos certitudes et des émotions qui les accompagnent. Le dialogue ne se situe jamais au seul niveau rationnel, il repose très fortement sur les sentiments et les valeurs de chacun.²⁷

En effet, la plus grande cause des conflits entre personnes est la rupture de la communication, qui rime souvent avec l'absence de dialogue. Deux règles élémentaires sont à la base du nouveau modèle de résolution des conflits à privilégier. Premièrement, il faut apprendre à parler et à s'exprimer clairement tout autant qu'à écouter activement, puis il faut apprendre à s'affirmer (sans imposer) tout autant qu'à s'intéresser à l'autre et faire preuve d'empathie pour comprendre son point de vue. L'échange, fondé sur un dialogue franc et respectueux, est possible du fait que chaque interlocuteur accepte qu'écouter et comprendre les propos de l'autre ne signifie pas être d'accord. Le but est de chercher à comprendre l'autre et non à le convaincre. Il est possible de se serrer la main même en contexte de désaccord. Il existe des façons

26. Covey, *supra* note 24 à la p 410 ; Daniel Goleman, *L'intelligence émotionnelle : Accepter ses émotions pour développer une intelligence nouvelle*, Paris, Éditions J'AI LU, 1998 à la pp 251, 277 [Goleman « L'intelligence émotionnelle »] ; Robert Béliveau et Michelle Thériault, « La justice par le dialogue : un choix santé ? », *L'Actualité Médicale* (31 janvier 2012) à la p XX en ligne : <La justice par le dialogue : un choix santé ?>.

27. Solange Cormier, *Dénouer les conflits relationnels en milieu de travail*, Montréal, Presses de l'Université du Québec, 2004 à la p 91.

de partager nos émotions, sans les exprimer de manière agressive. Chacun perçoit la réalité à sa manière et a droit à ses opinions. Deuxièmement, plutôt que d'être convaincu que le problème ne se trouve que chez l'autre, il faut être en mesure de prendre le temps et le recul nécessaires pour voir le problème dans son ensemble et reconnaître, le cas échéant, tant sa part de responsabilité que celle de l'autre, en acceptant que l'erreur est humaine. De cette façon, nous ne sommes plus dès lors des adversaires, mais des partenaires dans la conversation. Les relations réelles exigent une bonne part d'humilité et une communication honnête.

La justice participative s'inspire notamment de ces découvertes en proposant tout un continuum de modes de PRD, du plus collaboratif au plus coercitif, les uns favorisant la résolution consensuelle des conflits par l'apprentissage du dialogue et les autres, la voie d'une solution imposée par un tiers sur la base des droits et obligations de chacun²⁸. Pour le juriste, l'apprentissage du dialogue et de l'écoute par empathie servira à mieux comprendre les besoins, attentes et moyens de son client et ce qui l'anime réellement tout autant qu'à faciliter le déroulement des modes de PRD et ainsi favoriser le règlement. La littérature sur la communication consciente ou non violente de Marshall Rosenberg est particulièrement intéressante pour toute personne qui s'intéresse à la résolution des conflits et les juristes ont tout intérêt à s'en inspirer²⁹. Le *Groupe Conscentia*, créé par l'avocat Robert Bouchard et sa conjointe Marcelle Bélanger, offre des formations fort pertinentes sur le sujet à Montréal et ailleurs. Il s'agit là d'un autre monde, d'une nouvelle façon de penser, d'une nouvelle culture.

Le professeur Jean-François Roberge cite dans son ouvrage³⁰ un exemple très éloquent du pouvoir de l'art du dialogue dans le contexte d'une poursuite judiciaire qui s'est finalement réglée au moyen de la tenue d'une médiation judiciaire (ou conférence de règlement à l'amiable ou CRA). Suite à la mort tragique de leur enfant de trois ans qui s'était coincé le cou dans un tourniquet de la garderie, un couple intente une action en responsabilité civile et

28. Tremblay, *supra* note 2 à la p 11 ; Roberge « La justice participative », *supra* note 2 à la p 59.

29. Marshall B. Rosenberg, *Les mots sont des fenêtres (ou des murs) : Introduction à la communication non-violente*, 2^e éd, Saint-Julien-en-Genevois, Éditions Jouvence, 2005.

30. Roberge « La justice participative », *supra* note 2 à la p 141.

réclame 1 million de dollars (alors que la jurisprudence au Québec établit à environ 150 000 \$ le montant réaliste des dommages accordés dans de tels cas) au fabricant du tourniquet, à la garderie, au réseau public des garderies et au ministère responsable. En étant à l'écoute des parties et en les questionnant non seulement sur leurs positions, mais aussi sur leurs besoins et intérêts respectifs (c'est-à-dire leurs motivations profondes ou les causes du différend et le pourquoi de leurs positions) et en les aidant à créer des options de solutions et à choisir le fondement de la légitimité de ces options, les parties ont pu exprimer et faire reconnaître leurs émotions qui constituaient une dimension très importante du problème et de la solution. Alors que le système judiciaire traditionnel n'offrait que la réparation du préjudice subi dans le passé, par l'octroi d'une somme d'argent établie en fonction de la responsabilité retenue et des dommages subis, le processus de médiation fondé sur le dialogue leur a permis de trouver la solution suivante adaptée au respect de leurs valeurs, intérêts, besoins, émotions et sentiments : le retrait des tourniquets de toutes les garderies au Québec, une inspection préventive des installations de jeux dans toutes les garderies du réseau public, une aide psychologique aux parents et aux éducateurs de la garderie concernée, la plantation d'un arbre et d'une plaque à la mémoire de l'enfant dans la cour de récréation de la garderie, un article dans un journal de portée nationale et un montant de 200 000 \$ versé aux parents en réparation du préjudice subi.

D'ailleurs, un important rapport publié en décembre 2014 nous révèle que les usagers évaluent très positivement la qualité et la valeur de la CRA et son utilisation contribue à accroître la confiance du public dans le système judiciaire. L'on peut notamment y lire que le taux de règlement en CRA se situe aux environs de 83 % et que, selon les différents paramètres examinés, le taux global de satisfaction est de plus de 80 %³¹.

Or, il faut vite constater que l'humain a tout à apprendre dans ce domaine des relations et des communications. Il suffit de quelques minutes d'observation dans notre quotidien pour réali-

31. Barreau de Québec, *Le sentiment d'accès à la justice et la conférence de règlement à l'amiable : rapport de recherche sur l'expérience des justiciables et avocats à la Cour Supérieure du Québec et à la Cour du Québec*, par le professeur Jean-François Roberge, Québec, Barreau de Québec, en ligne : Tribunaux judiciaires du Québec <http://www.tribunaux.qc.ca/c-superieure/pdf/rech_exp_justiciables_cs_cq.pdf>.

ser comment il est rare de participer à de véritables échanges ouvrant la porte à des discussions constructives, que ce soit auprès des clients, des collègues, des amis et des membres de nos familles. Pour la plupart d'entre nous, les premiers réflexes consistent d'une part, à tenter d'imposer son point de vue étant convaincu que l'on a raison et, d'autre part, à jeter le blâme et la responsabilité entière sur les autres. Or, ce sont là deux grandes entraves à toute tentative de résolution des conflits vers une solution mutuellement satisfaisante. Tel que le soulève judicieusement le chroniqueur Stéphane Laporte dans un de ses récents articles de *La Presse+* : « [e]st-ce qu'on peut échanger sans débattre ? Au lieu d'imposer sa vision, est-ce que l'on peut recevoir celle de son interlocuteur ? Pas sûr. L'humain pense en guerrier. Si on n'est pas avec lui, on est contre lui. Tout est bâti de cette façon-là »³².

Ces préceptes, qui contribuent davantage à maintenir les parties dans le conflit que de chercher la meilleure façon de le régler, sont la base de notre système de justice traditionnelle. Étant fondé sur un modèle adversatif, le but du jeu est d'imposer son point de vue, d'avoir raison et de jeter le blâme, sans prendre en compte sa propre part de responsabilité, pour ainsi gagner la « bataille » contre l'autre (la « partie adverse »)³³. Il est souhaitable d'introduire dans cette culture une certaine forme de collaboration et de respect, telles que dicté par nos règles éthiques et déontologiques pour retrouver un peu de civilité, mais y règnent inévitablement aussi la compétition et le rapport de force. La justice traditionnelle, malgré ses nombreux bienfaits, n'est pas conçue pour tenir compte de la relation entre les parties ni de la sauvegarde des relations. Elle a d'ailleurs la réputation d'exacerber et d'envenimer les conflits plutôt que de les apaiser. D'ailleurs, il n'est pas rare de retrouver, dans les ouvrages sur la communication, la mention à l'effet qu'un exemple de mode de communica-

32. Stéphane Laporte, « L'éloge de la nuance », *La Presse+ [de Montréal]* (25 janvier 2015), en ligne : <<http://www.lapresse.ca/debats/chroniques/stephane-laporte/201501/24/01-4838052-leloge-de-la-nuance.php>>.

33. Voir Roberge « La justice participative », *supra* note 2 (cette culture classique de résolution des conflits du milieu juridique est une mentalité dite distributive, laquelle se définit de la manière suivante : « La mentalité distributive est l'affrontement d'idées opposées vers le choix de l'idée qui possède le plus de mérite. C'est la capacité de choisir la meilleure idée parmi les idées opposées ou de construire un compromis à partir des idées opposées » à la p 87).

tion qui constitue une entrave au dialogue est celui privilégié par les avocats³⁴.

Par ailleurs, chaque conflit est unique et aucun mécanisme de règlement des conflits n'est approprié pour toutes les situations. Il va sans dire également qu'une partie à un différend ne devrait pas accepter un règlement par épuisement financier ou moral ou pire encore, par crainte d'un tel épuisement. Il faut admettre que si, après avoir tenté de permettre le dialogue et la collaboration, les conditions ne s'y prêtent pas (par exemple, si une partie n'est pas de bonne foi ou si les besoins et intérêts des parties ne peuvent se rencontrer), l'avenue du procès doit demeurer ouverte, et est parfois même souhaitable pour résoudre le différend. Et, il est indéniable que certains dossiers doivent être réglés au moyen du procès, de préférence aux autres voies (par exemple, lorsqu'une partie veut établir un précédent, lorsqu'une question cruciale d'interprétation d'une loi est l'objet du différend ou lorsque le différend touche un sujet de droit public tel que la Charte et la Constitution)³⁵. La justice de droit doit être préservée puisqu'elle constitue un filet de sécurité indispensable dans une société démocratique et de droit telle que la nôtre. Le recours au tribunal peut aussi aider en certaines circonstances à obtenir un règlement en agissant comme moyen de pression sur une des parties.

Un changement de mentalité vers une nouvelle offre de justice est non seulement souhaitable, mais nécessaire. Il faut passer d'une culture adversative à une culture plus collaborative. Mais qu'entend-on par l'expression « nouvelle culture juridique » ? En passant en revue ses pourtours et contours, tant suivant le mouvement de la justice participative que suivant le nouveau *Code de procédure civile*, nous serons en mesure de cerner l'ampleur du changement à adresser pour ensuite suggérer des programmes de formation adaptés.

34. À titre d'exemple, voir Yves St-Arnaud, *Petit code de la communication*, Montréal, Éditions de l'homme, 2004 à la p XX.

35. Canada, Ministère de la justice, *Manuel relatif au règlement des conflits*, mise à jour juillet 2006, Ottawa, Division de la gestion de la pratique du droit (DGPD), 1995 à la section introduction, en ligne : <<http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/sprd-dprs/res/mrrc-drrg/intro.html>>.

1.2 Ses composantes et sa portée

1.2.1 Suivant le mouvement de la justice participative

Au fil des années se sont créés deux mondes distincts : celui de la *justice traditionnelle* (où le justiciable règle son conflit en remettant son affaire entre les mains d'un avocat qui le représente devant un tribunal, guidé par la compétition et la loi du plus fort), lequel demeure le modèle prédominant, et celui de la *justice alternative* (où le justiciable fait équipe avec son avocat et explore avec lui plusieurs moyens autres que le seul recours au tribunal pour l'aider à résoudre son conflit, guidé par le dialogue et la collaboration). Grâce à l'idée d'un système fondé sur la *justice participative*, ces deux mondes ne font aujourd'hui plus qu'un, sous un seul concept organisé et judiciairement reconnu : celui où le recours aux modes consensuels de résolution des conflits (telles la médiation, la négociation, etc.) est envisagé tout autant que le recours aux tribunaux, selon les besoins, les intérêts et ressources de chacune des parties.

Ainsi, la justice participative se veut un modèle de justice renouvelé et intégrateur. Elle n'écarte pas la justice traditionnelle, mais la positionne autrement et privilégie de prime abord une approche collaborative plutôt que confrontationnelle. Le procès est envisagé comme un mode de résolution parmi d'autres, mais un mode de dernier ressort, à n'utiliser qu'après avoir tenté des approches à l'amiable. Au moyen de la « justice participative », le citoyen consulte son avocat pour être informé de ses droits et recours, de l'ensemble des modes de PRD mis à sa disposition pour résoudre son conflit ainsi que des coûts à envisager. L'avocat l'encourage à participer au choix du mode qui lui convient le mieux et à la recherche de la solution la plus satisfaisante plutôt que de la seule solution imposée par un tiers (tel un juge). Le droit est un instrument essentiel et précieux à la recherche de solutions justes et équitables, mais il n'est pas le seul remède. Des citoyens peuvent décider, dans certaines circonstances, de régler leur différend par des notions d'équité et de gros bon sens plutôt que par l'application stricte de règles de droit, sauf évidemment pour les règles d'ordre public.

Conséquemment, le rôle de l'avocat est élargi et transformé. Il ne se limite plus à chercher les règles de droit applicables, à avoir raison et à plaider devant un tribunal pour gagner sa cause contre un adversaire, mais consiste dorénavant aussi à aider son client à trouver des solutions à son conflit, avec ou sans le recours aux règles de droit ou au système judiciaire. L'« avocat responsable » n'a plus comme seule image celle d'un guerrier. Il devient, en plus d'être un expert en droit, un expert en résolution de conflits. Il est formé et outillé pour aider son client à voir la situation autrement, pour l'inviter à changer son regard sur la situation. Son rôle devient celui de transformateur de point de vue.

La professeure Julie MacFarlane parle d'ailleurs du nouvel avocat en ces mots :

The most successful lawyers of the next century will be practical problem solvers, creative and strategic thinkers, excellent communicators, who are persuasive and skillful negotiators, thoroughly prepared advocates for good settlements, who are able and willing to work in a new type of professional partnership with their clients, and aware of the need to constantly update their knowledge of conflict management processes and techniques as well as substantive law. This is the lawyer as conflict resolution advocate, and whom this book calls the new lawyer.³⁶

Il suffit de mettre en parallèle les éléments qui composent la justice traditionnelle à ceux qui composent la justice participative pour nous convaincre de l'importance du changement de culture proposé. Le « Tableau 1 » ci-contre fait la démonstration de l'ampleur des nouvelles connaissances et compétences à acquérir et des valeurs à transformer pour passer de l'un à l'autre.

36. Julie MacFarlane, *The New Lawyer – How Settlement is Transforming the Practice of Law*, Vancouver, UBC Press, 2008 à la p 244 [MacFarlane].

TABLEAU 1

	JUSTICE TRADITIONNELLE	JUSTICE PARTICIPATIVE
VALEURS ET ATTITUDES À PRIVILÉGIER	Affrontement, combativité, compétition, dualité, pouvoir (la loi du plus fort), autorité, rigidité, confrontation	Collaboration, respect, égalité, liberté, dialogue, ouverture, flexibilité, harmonie [dans un premier temps et dans les situations qui s’y prêtent] Affrontement, combativité, compétition, dualité, pouvoir (la loi du plus fort), rigidité, confrontation [seulement dans les cas qui le requièrent]
MODE PRIVILÉGIÉ DE RÉOLUTION DES CONFLITS	Procès	Le mode le plus approprié parmi l’ensemble des modes, incluant le procès (à adapter en cours de mandat)
RÔLES DE L’AVOCAT	Expert en droit Plaideur Négociateur (sur positions et en fin de parcours)	Expert en droit Expert en résolution de conflits Négociateur (sur intérêts et le plus tôt possible) Accompagnateur, Guide, Coach Plaideur
APTITUDES ET HABILITÉS À DÉVELOPPER	Argumenter Convaincre	Communiquer Écouter Comprendre Développer de l’empathie Argumenter Convaincre
IMAGES DE L’AVOCAT	Batailleur Guerrier Gladiateur	Pacificateur Collaborateur Solutionneur Guerrier pacifique Expert en résolution des conflits
FINALITÉ / RÉGLEMENT DU CONFLIT	Décision imposée par un tiers	Solution élaborée par les parties À défaut, décision d’un tiers
SOLUTION	Ne peut être que juridique, fondée sur des règles de droit, de procédure et de preuve	Peut être juridique ou autre (par exemple, fondée sur l’équité), sauf en ce qui concerne les règles d’ordre public
RÉSULTAT VISÉ / ENJEU DU PROCESSUS	Gagner Régler Vise une solution gagnant-perdant et la satisfaction individuelle	Collaborer Apaiser Vise une solution gagnant-gagnant et la satisfaction mutuelle des parties
RÔLE DU CLIENT	Passif Est pris en charge	Actif Participe en partenariat avec l’avocat

Au fil des dernières années, nos lois et règlements ont commencé, petit à petit, à s'adapter à cette nouvelle réalité. L'insertion de la médiation judiciaire dans la réforme du *Code de procédure civile* de 2003 en est un bon exemple, en obligeant le juge et l'avocat qui accompagne son client à transformer leur mentalité et leur rôle. Le nouveau *Code de procédure civile* propose d'aller plus loin en intégrant de nombreux autres changements inspirés du mouvement de la justice participative.

1.2.2 *Suivant le nouveau Code de procédure civile*

Lors du dépôt à l'Assemblée nationale du projet de loi n° 28, l'ancien ministre de la Justice Bertrand Saint-Arnaud mentionnait :

Avec ce nouveau *Code de procédure civile*, je souhaite insuffler un changement de culture chez tous les intervenants du système judiciaire. Nous allons, par cette réforme, moderniser la procédure devant nos tribunaux de manière à ce que la justice civile québécoise passe du 20^e au 21^e siècle.³⁷

La culture proposée par cette réforme consiste à faciliter l'accès à la justice civile en proposant de nombreuses solutions, l'une d'entre elles étant l'introduction de règles touchant les modes privés de prévention et de règlement des différends³⁸. Le législateur a ainsi décidé de consacrer l'appellation « modes de PRD » de préférence à d'autres termes qui étaient utilisés au Québec³⁹. Plusieurs mots clés introduits dans les notes explicatives et les dispositions préliminaires retiennent notre attention : participation des personnes, esprit de coopération et d'équilibre, respect des personnes. Les règles concernant la conférence de règlement à l'amiable, la médiation familiale, la médiation concernant le recouvrement aux petites créances et l'arbitrage

37. Cabinet du ministre de la Justice et Procureur général du Québec, communiqué, « Le ministre de la Justice veut une justice civile beaucoup plus accessible » (30 avril 2013), en ligne : Portail Québec – Fil d'information <<http://www.fil-information.gouv.qc.ca/Pages/Article.aspx?motsCles=BertrandSaintArnaud&listeThe=8&listeReg=3&listeDiff=&type=&dateDebut=2013-04-30&dateFin=2015-03-31&afficherResultats=oui&idArticle=2104302042>>.

38. Voir *Cpc 2016*, *supra* note 7, particulièrement : art 1-7 (Principes directeurs), art 605-615 (Médiation privée).

39. On retrouvait au Québec plusieurs autres désignations, notamment : modes de résolution des conflits (MRC), modes alternatifs de résolution de conflits (MARC) et modes appropriés de résolution de conflits (MARC).

conventionnel reprennent par ailleurs pour une bonne part les articles actuels du C.p.c.⁴⁰.

Parmi les nouveautés, des principes directeurs encadreront dorénavant les modes de PRD⁴¹ : le procès est un des modes à envisager parmi d'autres (tels la négociation, la médiation, l'arbitrage ou tout autre mode) qui ne doit être choisi qu'en dernier ressort, après seulement avoir considéré les autres modes de règlement des différends. En effet, à l'étape préjudiciaire du déroulement de l'instance, les parties au différend ont l'obligation de « considérer » les modes privés de PRD, avant même de s'adresser au tribunal⁴². Selon la professeure Catherine Piché :

Cela voudra vraisemblablement dire qu'elles devront avoir envisagé par un examen attentif l'éventualité d'un règlement à l'amiable, auront dû identifier – chacune – leurs intérêts et discuté de l'opportunité et de la possibilité de régler le différend. Cependant, cette obligation n'ira vraisemblablement pas jusqu'à imposer aux parties de recourir aux modes privés. Les parties devront néanmoins exposer dans leur protocole de l'instance « la considération qu'elles ont porté à ces modes » selon l'article 148 C.p.c. 2014.⁴³

Les tribunaux auront à se pencher sur l'interprétation de cette disposition et nous espérons que les critères à respecter seront exigeants et appliqués avec rigueur de manière à y donner un sens et une portée. À titre d'exemple, il est actuellement discuté d'exiger la présence, devant le juge, du client avec son avocat afin de lui demander d'exprimer dans ses mots les explications qui lui ont été données et les moyens qui ont été entrepris pour respecter cette obligation. À titre de sanction, le tribunal pourrait octroyer les frais de justice en cas de violation⁴⁴. Également, le nouveau *Code de procédure civile* introduit des règles de procédure à respecter dans le cadre d'une médiation privée, lesquelles ne sont cependant applicables que dans le cas où les parties n'ont pas choisi d'être régies par d'autres règles⁴⁵. Ces dispositions

40. Voir *Cpc 2016*, *supra* note 7, art 161-165 (Conférence de règlement à l'amiable ou CRA), art 417-424 (Médiation familiale), art 556 (Médiation petites créances), art 616-619 (Médiation familiale) et art 620-655 (Arbitrage conventionnel).

41. Voir *Cpc 2016*, *supra* note 7, art 1- 7.

42. Voir *Cpc 2016*, *supra* note 7, art 1 al 3.

43. Catherine Piché, *Droit judiciaire privé*, 2^e éd, Montréal, Éditions Thémis, 2014 à la p 33. Voir au même effet Luc Chamberland, *Le nouveau Code de procédure civile commenté*, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 2014 à la p 3.

44. Voir *Cpc 2016*, *supra* note 7, art 341 al 2.

45. Voir *Cpc 2016*, *supra* note 7, art 6, 605-615.

devront être consultées avant de procéder à la rédaction du contrat de médiation.

Suite à cet exercice de comparaison, il faut conclure que le mouvement de la justice participative est beaucoup plus large que le changement législatif proposé. En effet, considérant qu'il modifie la toile de fond de notre travail et constitue non seulement un changement de culture « judiciaire », mais un changement de culture « juridique » qui a une portée beaucoup plus vaste, il touche toutes les branches et tous les domaines du droit et non seulement la procédure civile. Si le but recherché est de changer les mentalités, qui requiert beaucoup plus qu'une simple transformation cosmétique, la volonté et les efforts de chacun seront déterminants. Il faut avant tout rejoindre les acteurs professionnels et citoyens et s'assurer qu'ils ont en main toute l'information nécessaire.

2. Le passage vers la nouvelle culture juridique par la transmission des savoirs

2.1 Les exigences du processus de changement transformationnel

Malgré toutes ces recommandations et tous ces changements, il faut constater que le modèle judiciaire reste encore aujourd'hui omniprésent. En 2014, la formation juridique au Québec reflète davantage le paradigme traditionnel d'une justice rendue par les tribunaux au moyen de la confrontation. Les cours qui y sont enseignés adhèrent à une conception dite contradictoire du système judiciaire. De plus, ils valorisent les compétences intellectuelles où le conflit n'a qu'une dimension juridique et ne peut être tranché que par un tribunal. On forme le juriste de manière à ce qu'il puisse établir qui a raison et qui a tort. De la sorte, les dimensions humaines tels l'écoute, l'empathie, l'art de communiquer et de résoudre des conflits, l'art de négocier, le sens de la coopération et de la collaboration demeurent dans l'ombre. Ce nouveau paradigme où le client se responsabilise face à son conflit et où l'avocat accompagne son client et favorise la collaboration et le dialogue (plutôt que de le prendre en charge et s'y substituer en allant au front) fait progressivement son chemin, mais il faut convenir qu'il demeure encore trop marginal.

Pour qu'une nouvelle vision s'enracine, elle doit en premier lieu être diffusée. À court terme, il s'agit là du premier objectif à atteindre. Offrir des formations constitue donc une étape incontournable. Et s'ajoute ici un défi supplémentaire : choisir des formations qui permettront d'atteindre l'objectif de changer les mentalités en profondeur et de passer véritablement à une culture du dialogue. Alors que plusieurs sont convaincus qu'ils ne peuvent pas changer, la littérature nous apprend que « tout le monde peut apprendre et progresser, d'où qu'il parte »⁴⁶. Il ne fait aucun doute que l'intelligence émotionnelle comporte une dimension génétique, mais l'acquis y joue aussi un rôle majeur, et cela est possible à tout âge. Encore faut-il faire le choix de changer. En effet,

[si] le changement de culture requis pour mettre en œuvre un système à plusieurs options n'a pas lieu, on peut prévoir que les mécanismes de règlement des conflits disponibles (p. ex. la médiation, la conciliation, etc.), aussi nombreux soient-ils, adopteront progressivement un grand nombre des caractéristiques du système accusatoire et reproduiront le processus judiciaire.⁴⁷

Tout changement, même souhaitable et nécessaire, est difficile. Une des plus grandes potentialités humaines est notre capacité à changer, mais encore faut-il à la base être informé du changement, en prendre conscience, s'informer des étapes à suivre puis avoir la volonté de changer. Par ailleurs, contrairement à ce que l'on pourrait penser de prime abord, pour changer, la volonté est nécessaire, mais n'est pas suffisante. Il suffit de penser à nos résolutions du mois de janvier chaque année pour s'en convaincre. De la même manière, si la logique et l'analyse pouvaient à elles seules nous aider à changer, la nouvelle culture serait déjà installée. Le processus inhérent à tout changement est complexe et nécessite plusieurs étapes pour le dépasser et l'intégrer, lesquelles doivent être échelonnées dans le temps. Qui dit changement, dit inévitablement, en plus d'avoir une volonté à toute épreuve, du courage et de la persévérance : prises de cons-

46. Daniel Goleman, Richard Boyatzis et Annie McKee, *L'intelligence émotionnelle au travail*, Montreuil, Éditions Village Mondial/Pearson Education France, 2002 à la p 128 [Goleman et al].

47. Association du Barreau canadien, *Attitudes-Connaissances-Compétences : Recommandations concernant la formation juridique en vue de favoriser la mise en œuvre d'un système de justice à plusieurs options au 21^e siècle*, par le Groupe de travail de l'Association du Barreau canadien, Ottawa, ABC, 2000 à la p vii [ABC « Attitudes-Connaissances-Compétences »].

cience, engagements, pratiques et efforts, au moyen d'observations et d'expérimentation.

Un changement de loi qui modifie des règles existantes ou en introduit de nouvelles (par exemple, en ce qui concerne l'augmentation du seuil de la Cour des Petites Créances de 7 000 \$ à 15 000 \$)⁴⁸ nécessite des formations axées sur le transfert des connaissances au moyen, entre autres, de lectures et d'exposés. Toutefois, un changement de loi qui entraîne un changement de culture ne peut se limiter à la transmission du savoir. Il exige également, en plus de l'acquisition de connaissances (savoir), autant le développement de compétences ou pratiques nouvelles (savoir-faire ou savoir-agir) que celui d'un nouveau système de pensées (savoir-être). Tel que nous l'avons vu ci-haut, en plus d'introduire de nouvelles règles techniques nécessitant d'autres compétences, le Projet de loi n° 28 propose un système de pensées et de perceptions différent : on passe de la confrontation à la collaboration, de la prise en charge du dossier par l'avocat à la participation du client en équipe avec son avocat, de l'attaque et du blâme à la compréhension et au dialogue, de l'imposition d'une solution unique à l'exploration de plusieurs solutions, de la rupture des communications au maintien des relations, de la bataille à l'opportunité d'évoluer et de se développer, du conflit vu comme une bataille l'un contre l'autre à un conflit vu comme un problème à résoudre ensemble et enfin, d'une mentalité de combat à une mentalité de résolution de problèmes.

En science de l'éducation, que l'on adopte la formation par objectifs d'apprentissage ou par compétences, il est connu depuis longtemps que, pour atteindre des niveaux taxonomiques plus élevés et ainsi intégrer les connaissances et le transfert des apprentissages, il faut introduire, en plus des exposés magistraux, de multiples activités pédagogiques interactives ou plus participatives permettant à l'étudiant de vérifier sa compréhension et l'application des concepts⁴⁹. On n'apprend pas de manière significative qu'en écoutant les explications du professeur. L'apprentissage est un processus qui se construit graduellement et qui exige que l'étudiant soit actif et participe à des activités suscepti-

48. PL 14, *Loi modifiant le Code de procédure civile et d'autres dispositions*, 1^{er} sess, 41^e lég, Québec, 2014 (sanctionné le 29 octobre 2014 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 2015), LQ 2014, c 10.

49. Richard Prigent, *La préparation d'un cours*, Montréal, Éditions de l'École Polytechnique de Montréal, 1990 à la p 92.

bles de stimuler des apprentissages signifiants (telles des activités de résolution de problèmes)⁵⁰.

Dans le domaine du changement organisationnel, inspiré de la neurologie et du concept de l'intelligence émotionnelle, il est démontré qu'un cours visant uniquement à actualiser les connaissances théoriques au moyen d'exposés magistraux ne contribue pas à la transformation de l'individu ou d'une collectivité⁵¹. Décrire une situation est une chose, en faire l'expérience en est une autre. Pour qu'une transformation s'opère, il faut pousser plus loin et mettre l'accent sur l'apprentissage par l'action ou l'apprentissage expérientiel (tant émotionnel qu'intellectuel) par lequel les participants utilisent ce qu'ils sont en train d'apprendre pour diagnostiquer et résoudre des problèmes réels afin qu'ils puissent examiner leurs propres comportements et ceux des autres. Au moyen de simulations, de jeux de rôles et de mises en situation, l'apprenant est en mesure de prendre conscience de ses croyances, de ses attitudes et de ses habitudes, ce qui représente une étape cruciale sur la voie du changement, pour ensuite développer la volonté et la discipline de les éliminer et les remplacer par de nouvelles. Le changement débute sur une base individuelle⁵². En devenant plus attentif aux situations rencontrées (par exemple en remarquant que j'interromps toujours l'autre en imposant mon point de vue) et en choisissant de rester focalisé sur l'élimination de cette habitude, il est possible de décider d'agir autrement et d'avoir le recul nécessaire pour adopter un nouveau

50. Jacques Tardif, *Pour un enseignement stratégique : L'apport de la psychologie cognitive*, Montréal, Éditions Logiques, 1992 aux pp 50, 81 ; Richard Prigent, Huguette Bernard et Anastassis Kozanitis, *Enseigner à l'université dans une approche programme*, Montréal, Presses internationales Polytechnique, 2009 aux pp 36, 64.

51. Goleman et al, *supra* note 46 aux pp 285, 288. Voir aussi David Rock et Jeffrey Schwartz, « Neurosciences et leadership : Une percée dans la recherche du cerveau permet d'identifier les clés de succès de la transformation organisationnelle », *Strategy + Business*, n° 43 (30 mai 2006), en ligne : <<http://www.strategy-business.com/article/06207?gko=6da0a>> ; James Ellwood Zull, *The Art of Changing the Brain: Enriching the Practice of Teaching by Exploring the Biology of Learning*, Sterling, Stylus Publishing, 2002 à la p 17 ; Céline Bareil, *Gérer le volet humain du changement*, Montréal, Éditions Transcontinental, 2004.

52. Pour être à l'écoute des autres, il faut commencer par être à l'écoute de soi. La conscience de soi (ou le fait de posséder une connaissance approfondie de ses propres émotions, de ses forces et limites et de ses propres valeurs et motivations), qui nécessite réflexion et introspection, est la fondation sur laquelle repose le développement des autres compétences de l'intelligence émotionnelle (la gestion de soi, la conscience des autres et la gestion des relations). En accord avec Goleman et al, *supra* note 46 à la p 50 ; Stephen Covey, *Les sept habitudes de ceux qui réalisent tout ce qu'ils entreprennent*, Paris Éditions FIRST, 1996 à la p 42.

comportement par la pratique régulière et répétée de nouvelles habitudes.

2.2 La formation des juristes

La formation des juristes, tant à l'université qu'au Barreau, doit être réformée. Les juristes en devenir et en exercice doivent bénéficier d'une formation portant sur la résolution des conflits et la justice participative pour répondre aux impératifs de la nouvelle réalité sociale. De nombreux rapports, très étoffés sur le sujet, publiés depuis les années 1990, formulent cette recommandation⁵³. Au niveau des écrits, nous sommes nombreux à l'affirmer⁵⁴. La pratique des modes de PRD exige une modification totale de la façon de penser de l'avocat.

L'ampleur du changement, tout autant que le respect des règles tant éthiques que déontologiques, le justifie pleinement. La règle qui oblige l'avocat à informer et à conseiller son client quant à l'ensemble des modes de résolution des conflits, même si elle

-
53. Association du Barreau canadien, *Un rapport du Groupe de travail de l'Association du Barreau canadien : Rapport du Groupe de travail sur les systèmes de justice civile*, par le Groupe de travail sur les systèmes de justice civile, Ottawa, août 1996 à la p 75 ; ABC « Attitudes-Connaissances-Compétences », *supra* note 39 à la p 53 ; Commission de droit du Canada, *supra* note 1 à la p xxviii ; Pascoe Pleasence, le juge Geoffrey Lance Davies et le juge Dennis O' Connor, « Conférence Vers le futur : Ordre du jour de la réforme de la justice civile », Forum canadien sur la justice civile, présentée à l'Hôtel Hilton Bonaventure Montréal, du 30 avril au 2 mai 2006 ; The Law Society of British Columbia, *Alternative Dispute Resolution Task Force: Lawyers as Dispute Resolution Professionals: A Discussion Paper*, Vancouver, The Law Society of British Columbia, 2007, en ligne : <<https://www.lawsocty.bc.ca/docs/publications/reports/ADRreport.pdf>> ; *Rapport Cromwell*, *supra* note 5 à la p 18 ; *Rapport sommaire ABC*, *supra* note 5 à la p 139. Voir aussi, tel que cité dans Jean-François Roberge, Rapport « Law Australia-Wide Survey » de 2012, Conférence du professeur Jean-François Roberge du Congrès 2014 de l'Association des professeurs de droit du Québec (APDQ), présentée à l'Auberge Duchesnay de Québec, 26 avril 2014 à la p 149 ; IHEJ, *supra* note 6 à la p 165 ;
54. Trevor C.W. Farrow, « Special Issue: Civil Justice and Civil Justice Reform: Dispute Resolution, Access to Civil Justice and Legal Education » (2005) 42 *Alta L Rev* 741 à la p 758 ; Roberge « Justice participative », *supra* note 2 à la p 20 ; Lafond, *supra* note 12 à la p 234 ; MacFarlane, *supra* note 36 aux pp 224-232 ; Louis Marquis et Michelle Thériault, « L'impact de la justice participative sur l'enseignement du droit/ Participatory justice and Undergraduate Training in Law » dans *Revue de l'enseignement du droit au Canada (REDAC)*, Toronto, Carswell, 2009 à la p 60 ; Michelle Thériault, « La résolution des conflits et la formation des juristes » dans Henri Dorvil et Michelle Thériault, dir, *Problèmes sociaux, médiation communautaire, recherche et santé*, Cahiers scientifiques de l'ACFAS, n° 112, 2010 à la p 135 ; Michelle Thériault, « La résolution des conflits et le droit : une mentalité à changer » dans Henri Dorvil, dir, *Problèmes sociaux : Théories et méthodologies de la recherche*, t 3, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2007 aux pp 224, 328.

existait par interprétation auparavant⁵⁵, est devenue expresse par l'entrée en vigueur de l'article 42 du nouveau *Code de déontologie des avocats* qui se lit comme suit : « [t]out au cours du mandat, l'avocat informe et conseille le client sur l'ensemble des moyens disponibles pour régler son différend, dont l'opportunité de recourir aux modes de prévention et de règlement des différends »⁵⁶. Cette règle doit se lire en conjonction avec le nouvel alinéa 3 de l'article 1 du Projet de loi n° 28 qui oblige d'avoir considéré le recours aux modes de PRD avant de se présenter devant le tribunal. Pour remplir ces obligations, le juriste doit au minimum être formé quant à l'existence de ces moyens et à leur portée. Toutefois, il faut convenir qu'une formation aussi restreinte serait bien insuffisante pour aider les juristes à transformer leur regard et passer de la justice traditionnelle à la justice participative. En outre, une formation adéquate contribue au succès et au bon déroulement des modes de PRD en plus de favoriser la présence et la participation des avocats. En effet, il a été démontré dans le cadre d'une recherche empirique que la présence d'avocats bien formés quant à la nouvelle culture juridique, et prêts à mettre de côté leurs anciens réflexes, contribue au succès et au bon déroulement d'une médiation favorisant la réconciliation, alors qu'il en est autrement pour les avocats qui ne le sont pas⁵⁷.

Il faut noter que le Barreau joue un rôle proactif dans le domaine de la justice participative. Il suffit de consulter le site

55. *Code de déontologie des avocats*, RLRQ 1981, c B-1, r 3, art 3.02.04 tel que paru avant la mise en vigueur du nouveau *Code de déontologie des avocats* le 26 mars 2015, se lisait comme suit : « L'avocat doit exposer au client de façon objective la nature et la portée du problème qui, à son avis, ressort de l'ensemble des faits qui ont été portés à sa connaissance et des risques inhérents aux mesures recommandées ». Par interprétation, la Cour Suprême du Canada dans sa décision *Fortin c Chrétien*, 2001 CSC 45, [2001] 2 RCS 500 concluait en ces mots au para 43 : « [a]insi, contrairement à la croyance populaire, le bon avocat, loin d'accentuer et d'exacerber les différends entre les parties, tentera de rapprocher les intérêts opposés afin d'éviter l'affrontement ultime que constitue le procès. Il sera appelé à jouer un rôle de modérateur, de négociateur et de conciliateur. Il est d'ailleurs de son devoir de faciliter la solution rapide des litiges et de ne pas tenter de recours inutiles ou frivoles [...]. Ainsi, à chaque fois que la situation s'y prête, l'avocat doit envisager avec son client les modes alternatifs de règlement des litiges (médiation, conciliation et arbitrage) et il doit informer adéquatement des avantages à procéder à l'amiable. Il pourra également discuter avec la partie adverse et négocier un règlement au différend qui les oppose [...] ». Voir aussi *Greene c Mills*, 2003 CanLII 10029 (CQ).

56. *Code de déontologie des avocats*, D 129-2015, (2015) GOQ II, 456, art 42.

57. Jean Poitras, Arnaud Stimec et Jean-François Roberge, « The negative impact of attorneys on workplace mediation outcomes: a myth or a reality? » (2010) 26:1 *Negotiation Journal* 9 à la p 20.

internet du Barreau du Québec qui consacre une section entière à ce sujet⁵⁸. Parmi les actions à mettre en lumière, pour encourager les étudiants universitaires à s'inscrire à des cours sur le sujet, un Prix sur la justice participative de 500 \$ par Faculté a aussi été créé en 2009. De son côté, le Barreau de Montréal joue aussi un rôle déterminant pour développer et faire connaître la justice participative⁵⁹. En effet, le 9 octobre 2008, avait lieu à Montréal la première journée *Table ronde sur la compétence en matière de justice participative* initiée par Monsieur Stephen Schenke, alors bâtonnier du Barreau de Montréal. Cet événement a réuni plus d'une cinquantaine des principaux acteurs de la communauté juridique prônant la justice participative (avocats plaideurs, avocats médiateurs, juges, professeurs et doyens des facultés de droit du Québec, administrateurs, représentants du Ministère de la justice tant fédéral que provincial, etc).

Cette table ronde avait pour objet d'encourager un dialogue ouvert et franc sur la justice participative, notamment sur la compétence des avocats dans ce domaine. Il visait ainsi à discuter des moyens à prendre pour opérer ce changement majeur de perception dans le monde de la justice et dans la société. Vu son vif succès, cette activité a été, par la suite, renouvelée à chaque année. Sa 7^e édition a d'ailleurs eu lieu en novembre 2014. Parmi les solutions proposées lors de ces tables rondes, il a été reconnu que les universités doivent elles aussi contribuer à ce changement de culture et que des décisions doivent être prises pour adapter en conséquence la formation universitaire des juristes. Plusieurs ont convenu qu'il est nécessaire d'introduire au moins un cours obligatoire dans les programmes de nos facultés de droit en matière de modes appropriés de résolution des conflits, de concevoir la création de plusieurs cours optionnels et de sensibiliser l'ensemble du corps professoral à l'importance de discuter et d'échanger sur les différents modes (en plus du procès) dans le cadre de l'enseignement de chaque cours de base⁶⁰. Des actions concrètes

58. Barreau du Québec, « Qu'est-ce que la justice participative ? » (2013), en ligne : <<http://www.barreau.qc.ca/fr/avocats/justice-participative/>> (consulté le 21 janvier 2015).

59. Barreau de Montréal, « L'avocat et la justice participative » (2013), en ligne : <<http://www.barreaudemontreal.qc.ca/fr/node/311/>> (consulté le 23 janvier 2015).

60. Barreau de Montréal, *Table ronde sur la justice participative : la justice participative : On l'affiche ! 6^e édition*, Montréal, Publications du Barreau de Montréal, 20 novembre 2013, [publié] en ligne : <Table ronde sur la justice participative : la justice participative : On l'affiche ! 6^e édition> à la p 15 [6^e Table ronde] (consulté le 23 janvier 2015).

ont également été proposées pour l'École du Barreau et d'autres organismes⁶¹.

Néanmoins, aujourd'hui, malgré tous ces efforts, la justice participative demeure encore trop peu connue et a donc intérêt à être diffusée plus largement. Comme nous le verrons ci-après, la situation actuelle concernant la formation des juristes nous invite à constater qu'il faut, et ce dès maintenant, passer au stade des décisions et des moyens d'action à mettre en place afin de sensibiliser le plus grand nombre possible d'intervenants.

2.2.1 *La situation actuelle*

Présentement, toutes les facultés de droit civil au Québec offrent au premier cycle des cours optionnels à contenus divers en matière de justice participative (touchant notre système de justice civile et l'ensemble des modes de PRD au sens large), pour la plupart un cours (de 3 crédits) à l'horaire par année⁶². Seulement un petit groupe d'étudiants bénéficie de ces connaissances. Il arrive donc qu'un finissant termine ses études et obtienne son diplôme en droit sans jamais avoir entendu parler du recours à d'autres modes que le procès ni de l'approche plus collaborative⁶³. Par exemple, à l'UQAM, deux cours optionnels font partie de la banque de cours du programme de baccalauréat en droit depuis 2006⁶⁴. Or, en principe, un seul de ces cours est programmé

61. *Ibid* à la p 14.

62. Barreau de Montréal, « L'avocat et la justice participative : Portrait de l'offre de formation en matière de justice participative dans les facultés de droit » (2013), en ligne : <<http://www.barreaudemontreal.qc.ca/fr/node/311/%3E>> [Barreau « offre de formation »] (consulté le 23 janvier 2015) Il faut noter que les cours à portée plus spécifique, tels les cours sur l'arbitrage de grief en droit du travail ou sur l'arbitrage commercial international, ont été exclus ici. En outre, la Faculté de droit civil de l'Université d'Ottawa est la seule qui offre un cours obligatoire (DRC 2500) sous la forme d'un séminaire sur la médiation (et non un cours général sur la justice participative et l'ensemble des modes de PRD).

63. Anne-Marie Tremblay, « Plaidoyer pour la justice participative à l'université », (2009) 41:5 R du B 1 aux pp 5, 36.

64. Le cours ADMINISTRATION DE LA JUSTICE ET GESTION DES CONFLITS [JUR4536] se veut plus théorique et s'attarde à l'étude de nombreux thèmes (notamment l'état des lieux du système de justice civile actuel ; les définitions, fondements et courants critiques de la justice participative ; les principaux modes de PRD) alors que le cours RÉOLUTION DES CONFLITS [JUR4547] présente une approche plus pratique avec la mise en application du fonctionnement des principaux modes de PRD, accompagnée de l'étude des règles d'une communication, d'une négociation et d'une médiation efficace et simulation de modes de PRD. Initialement, ces deux cours ont été conçus dans le but de se compléter et devraient être choisis par les étudiants l'un à la suite de l'autre. Toutefois, vu la programmation restreinte de ces cours dans l'horaire, il en est autrement dans la réalité.

chaque année par la direction du programme. Près de 100 % des étudiants inscrits recommandent qu'au moins un cours sur la justice participative devienne obligatoire dès la première année d'étude en droit. Dans le travail de simulation de médiation et de réflexion servant d'outil d'évaluation d'apprentissage du cours JUR4547, parmi les commentaires écrits recueillis, de très nombreux étudiants témoignent que leur conception de la justice a changé. Il est réjouissant de voir l'effet transformateur de ces cours sur la perception des étudiants quant à la justice et au droit ainsi qu'au rôle de l'avocat et du notaire dans la société visant la résolution des conflits. Ils mentionnent de plus que ce type de cours les aide à développer leur esprit critique à l'égard du système de justice civile.

À l'École du Barreau, il faut distinguer selon les programmes⁶⁵. Dans le cadre du programme préparatoire, un atelier de six heures est offert aux étudiants dès la première semaine. Même si, en général, les étudiants y assistent nombreux, ils demeurent libres d'y participer ou non (présence non obligatoire et absence d'évaluation), avec à l'appui un ouvrage collectif sur la justice participative mis à jour à chaque année⁶⁶. Il s'agit d'un livre complet de plus de 150 pages dans lequel divers sujets sont traités : l'introduction à la justice participative (fondements, origines, définitions, outils), la négociation, la conciliation, la médiation (privée et judiciaire), l'arbitrage conventionnel et l'arbitrage international au Québec. Dans le programme de formation professionnelle intensif obligatoire, cet atelier d'une journée n'a pas été introduit. Le procès et la négociation classique continuent d'être la toile de fond de l'enseignement, avec quelques incursions sur les modes de PRD (par exemple, la participation à des activités de formation en négociation, conciliation, arbitrage) et le tiers des conférences thématiques et ateliers portent sur le thème de la justice participative. Ainsi, un étudiant qui se dirige directement au programme obligatoire sans passer par le préparatoire, peut être assermenté et détenir le titre d'avocat sans véritablement être sensibilisé à la nouvelle culture juridique. À la formation continue, de nombreuses formations (sous forme de cours, ateliers, conférences, séminaires) sur la justice participative sont offertes, mais il arrive trop souvent que, faute d'un nombre suffisant de participants, certaines doivent être annulées après avoir été programmées.

65. Barreau « offre de formation », *supra* note 62.

66. Tremblay, *supra* note 2.

Plusieurs décisions et moyens d'action peuvent être envisagés. Tel que vu précédemment, dans un contexte idéal, il serait souhaitable d'offrir à tous et à tous les niveaux des cours optimisant le changement de culture en profondeur, en ne limitant pas l'enseignement à des exposés et en introduisant des stratégies favorisant un contexte de réalisation de tâches réelles. D'un point de vue réaliste toutefois, ces solutions sont peu envisageables à court terme. Vu l'urgence et l'importance d'agir, nous avons donc opté pour proposer quelques moyens d'action pouvant être mis en place dès l'automne 2015.

2.2.2 Les moyens d'action à implanter à court terme

Rendre les programmes de formation obligatoires

À notre avis, il faut débiter à la formation continue du Barreau par la formation des avocats formateurs (professeurs et chargés de cours) qui enseignent tant à l'université qu'au Barreau. La participation à une journée complète de formation conçue spécialement à cette fin (sous forme de Colloque ou de formation en ligne) doit être rendue obligatoire dès l'automne 2015 et calculée dans les 30 heures de formation continue obligatoire, comme c'est le cas actuellement concernant la formation en ligne sur le nouveau *Code de déontologie des avocats*. Il sera ainsi possible de rejoindre la majorité des enseignants, mais pas tous. Plusieurs membres du corps professoral des facultés de droit ne sont pas membres du Barreau. Pour les rejoindre, la volonté des directions de programmes et des facultés sera déterminante.

À la formation professionnelle du Barreau, le cours de six heures déjà inséré dans le programme préparatoire doit aussi être rendu obligatoire dans le programme de formation imposé de quatre mois. La proactivité du Barreau en ce domaine est déterminante dans la transmission de ces savoirs. En réalité, de nombreux étudiants à l'université, et ce au grand désarroi des facultés de droit, choisissent leurs cours en fonction du profil obligatoire du Barreau. À la formation continue du Barreau, le cours de six heures qui existe déjà doit également être rendu obligatoire pour tous les avocats membres de l'Ordre (sous forme de Colloque ou de formation en ligne).

À l'université, durant les études de premier cycle, au moins un cours de trois crédits (45 heures) obligatoire doit faire partie du cursus dès la première année pour déjà insuffler le changement de mentalité et les différentes façons d'aborder les conflits et de voir la justice. Le délai pour changer le statut d'un cours optionnel à celui d'obligatoire (ou la création d'un nouveau cours obligatoire) dans un programme universitaire est long et s'échelonne sur plusieurs années, en raison des nombreuses étapes à franchir nécessitant des approbations à divers paliers. Il faut comprendre aussi que, vu le nombre de crédits maximum alloués pour un programme universitaire de premier cycle, la création ou l'ajout d'un cours obligatoire nécessite le remplacement d'un autre cours obligatoire déjà existant (ou une augmentation du nombre de crédits du programme, qui entraînerait le prolongement de la durée du programme initialement prévue pour trois ans). Cette prise de décision est complexe et nécessite de nombreuses discussions quant aux enjeux d'une telle modification.

En étant réaliste, il n'est donc pas possible d'introduire un cours obligatoire durant les études universitaires de premier cycle sur la justice participative à l'automne 2015. D'ici l'introduction d'un tel cours, les directions de programmes des facultés de droit doivent aider à publiciser la justice participative dès l'admission des étudiants en première année et les encourager à s'inscrire à l'un ou l'autre des cours optionnels sur le sujet. Ils sont invités également à faire connaître le Prix sur la justice participative du Barreau du Québec auprès des étudiants. Grâce à la formation des formateurs en matière de justice participative suggérée précédemment, les modes de PRD ainsi que la nouvelle culture juridique seront aussi introduits dans l'enseignement de chaque cours de base. Ainsi, les enseignants sont encouragés à recourir à des exemples de résolution de conflits par tous moyens en plus du procès durant leurs séances de cours.

Changer et adapter notre façon d'enseigner

Les cours et autres formations en droit, tant universitaires que professionnelles, sont pour la plupart enseignés suivant le modèle éducatif traditionnel, sous la forme d'exposés magistraux permettant quelques interventions (du genre questions, échanges, discussions), l'objectif principal visé étant la transmission de connaissances et de concepts (permettant de répondre à des questions telles : qu'est-ce que la médiation, quelles sont ses

caractéristiques, comment se distingue-t-elle de l'arbitrage conventionnel, etc.). Pour atteindre des niveaux taxonomiques d'apprentissage plus élevés (par exemple, non seulement l'acquisition de connaissances, mais la compréhension et l'application des concepts) et pour opérer un changement de mentalité vers la justice à plusieurs options, l'enseignement doit, en plus des connaissances et compétences, transférer des valeurs et attitudes et changer la manière de voir les conflits et de les résoudre, ce qui oblige l'enseignant à utiliser une nouvelle approche et à introduire de plus nombreuses activités pédagogiques (du genre jeux de rôles, simulations, etc.) pour permettre à l'étudiant de vivre l'expérience au sein de ces enseignements de manière à permettre un « effet transformateur ».

Par exemple, pour aider l'étudiant à se connaître et à prendre conscience de ses croyances et comportements ainsi que ceux des autres, face à la manière de traiter les conflits et de les résoudre, des instruments sous forme de tests ou questionnaires peuvent être fort utiles. Il s'agit d'outils d'évaluation privilégiés pour aider à comprendre comment les styles de traitement de conflits ou de personnalité peuvent affecter le choix du mode de PRD ou son déroulement⁶⁷. Ainsi, le *test Kilmann*, conçu pour évaluer le comportement d'une personne dans une situation de conflit, propose que chacun de nous, avons tendance à privilégier, que ce soit en raison de notre tempérament ou par habitude, au moins une attitude parmi les cinq suivantes : rivaliser, collaborer, chercher un compromis, éviter ou céder. Cette prise de conscience peut servir de point de départ pour entreprendre une démarche afin d'apprendre à développer de nouvelles attitudes et favoriser le dialogue⁶⁸.

S'entendre sur le contenu de la formation obligatoire

À notre avis, l'erreur à éviter serait de croire qu'il suffit d'introduire les nouveaux concepts liés à la justice participative dans le ou les cours universitaires ou professionnels portant sur le nouveau *Code de procédure civile* (par exemple, les cours de

67. La méthode Thomas-Kilmann en situation de conflits est particulièrement intéressante. Voir Psychometrics, « Méthode Thomas-Kilmann en situation de conflit » (2013), en ligne : Psychometrics <<http://www.psychometrics.com/fr-ca/assessments/tki.htm>> [Kilmann] ; voir aussi le test de personnalité proposé dans Jean-H. Gagnon, *La négociation stratégique : mieux négocier en 12 étapes*, 2^e éd., Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 2010 aux pp 135, 233.

68. Kilmann, *ibid.*

droit judiciaire I et II, qui sont des cours obligatoires dans les études de premier cycle en droit). Cet enseignement serait insuffisant pour atteindre l'objectif de changement de mentalité. En effet, vu les nombreux articles du nouveau *Code* et le temps alloué pour un cours de trois crédits (soit 45 heures au total), seulement quelques heures pourront être consacrées à la justice participative. Le cours de procédure civile doit servir à compléter le cours portant sur la justice participative et viser l'étude plus approfondie des articles du *Code de procédure civile* sur le sujet.

Au Barreau, tant à la formation professionnelle que continue, le contenu des six heures de formation pourrait s'inspirer du livre de l'École du Barreau déjà disponible, en s'assurant d'introduire les adaptations nécessaires pour le programme destiné aux formateurs. D'un point de vue réaliste, une telle formation d'une durée totale de six heures ne pourrait viser que l'acquisition de connaissances. Il serait donc aussi important d'encourager les avocats à poursuivre leur formation sur les modes de PRD et à s'inscrire à des formations complémentaires plus approfondies, spécialement conçues pour l'acquisition des autres savoirs.

En outre, si un seul cours de trois crédits est offert à l'université en matière de justice participative, les 45 heures de cours doivent être consacrées à l'acquisition de connaissances, compétences et valeurs. Au niveau des connaissances, le juriste doit, dans un premier temps, prendre conscience et développer un esprit critique quant aux sujets suivants : l'accès à la justice et ses différentes conceptions, l'état des lieux du système de justice civile canadien et québécois ; les fondements et les courants critiques de la justice participative et de la justice traditionnelle ; le modèle de raisonnement fondé sur la résolution des problèmes (en comparaison du modèle adversatif) ; les caractéristiques et les règles de fonctionnement des principaux modes de PRD ; la médiation privée et judiciaire.

L'étude des modes ne peut cependant se limiter à la négociation, à la médiation et à l'arbitrage. En effet, le nouveau *Code de procédure civile* mentionne également « ou tout autre mode »⁶⁹. À titre d'exemple, on peut penser au droit collaboratif, à l'évaluateur neutre, au mini-procès et plusieurs autres méthodes

69. *Cpc 2016, supra note 7, art 1.*

hybrides comme le med-arb⁷⁰. Au chapitre des compétences, le professeur Roberge en expose 12. Dans le cadre de l'enseignement d'un seul cours de 45 heures, il nous semble que le développement d'un minimum de quatre de ces compétences doit être visé. L'étudiant doit être capable de : diagnostiquer le meilleur intérêt du client et ses motivations⁷¹ ; choisir le mode de PRD le plus approprié selon les circonstances de chaque cas⁷² ; identifier les étapes du raisonnement du juriste suivant le modèle de résolution de problèmes⁷³ (en comparaison du modèle adversatif) et identifier les étapes du processus d'une médiation ou d'une négociation raisonnée ou sur intérêts⁷⁴.

Outre les compétences susmentionnées, des praticiens en PRD constatent un autre chaînon manquant important en matière de formation des juristes à la justice participative. En effet, il semble que l'une des raisons importantes du faible recours à la médiation consiste dans le fait que l'avocat ne sait pas comment s'y prendre pour l'initier et, encore plus, ne voit pas quels y sont sa place et son rôle. Il apparaîtrait donc important que la formation aux juristes couvre cet aspect négligé, lequel comprend notamment les thèmes suivants : comment choisir un mode, ainsi qu'une approche, approprié de PRD ; comment initier le recours à un mode de PRD (*notamment avec son client et les autres avocats au dossier*) ; où et comment trouver une personne neutre (*médiateur, expert commun ou autre*) appropriée ; comment bien se préparer, et préparer son client, à un mode de PRD (*telle la médiation*) ; quel est son rôle, et comment se comporter, lors du processus de PRD (*par exemple, lors d'une médiation*) afin de bien soutenir, aider et guider son client⁷⁵.

70. Martine Lachance et Jean Morin, *La résolution des litiges*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2010 à la p 39 au para 16 et s ; Hélène De Kovachich et al, *Guide pratique de la médiation*, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 1997 à la p 10 [De Kovachich].

71. Pour aider le juriste à cerner les besoins et attentes du client, certains outils peuvent être utilisés, tel le profil client proposé dans Tremblay, *supra* note 2 à la p 17. Voir aussi Roberge « La justice participative », *supra* note 2 à la p 40.

72. Pour favoriser le développement de cette compétence, une marche à suivre peut être utile. Voir Roberge « La justice participative », *ibid* à la p 57.

73. Pour une méthodologie en quatre étapes, voir Roberge « La justice participative », *ibid* à la p 124.

74. De Kovachich, *supra* note 70.

75. Aux États-Unis, certains organismes en PRD ont commencé à reconnaître ce besoin important pour les juristes. À titre d'exemple, voir les critères énoncés aux Annexes 1 et 2 du document suivant sur les compétences retenues par l'*International* au International Mediation Institute, « Competency Criteria for Mediation Advocates/Advisors » (2012), en ligne : <Competency Criteria for Mediation Advocates/Advisors>.

Par l'introduction d'activités pédagogiques interactives ou plus participatives et en vivant les situations, l'étudiant est en mesure de transformer son regard sur les différentes manières de résoudre les conflits et apprend les règles de l'art de communiquer et de négocier, tout autant que d'agir comme avocat d'une partie dans le cadre d'une médiation ou comme médiateur dans tous les domaines du droit.

En plus de la formation des juristes, il est indispensable également de sensibiliser et d'informer les justiciables, et ce, dès leur plus jeune âge, sur la justice participative et la nouvelle culture juridique. En effet, un client qui n'a en tête que de se battre pour gagner, parce qu'il ne connaît pas mieux, constitue un autre obstacle à une justice axée sur le dialogue et la collaboration.

2.3 L'éducation citoyenne

Un travail de sensibilisation et d'information doit aussi se faire auprès de l'ensemble des citoyens. Le public doit être informé du fonctionnement du système de justice civile et du rôle de chacun des intervenants et des organismes au sein du système. Il doit en outre connaître les caractéristiques et le fonctionnement des principaux modes de PRD offerts. Également, le public doit apprendre à vivre avec les conflits, à mieux les gérer et à connaître les règles élémentaires de communication efficace pour les prévenir et les résoudre. En effet, « [...] l'éducation à la paix n'est pas une utopie, mais une nécessité éducative pour assurer la sécurité et le droit au respect et à la dignité humaine pour tous les habitants de la planète »⁷⁶. Il serait souhaitable de commencer à sensibiliser la population à l'école primaire. En effet, l'éducation émotionnelle peut se développer et être stimulée, et cela dès l'enfance⁷⁷.

De nombreuses initiatives ont vu le jour. On ne peut passer sous silence le travail formidable fait par l'*Institut Pacifique* avec la création en 1990 du *Programme « Vers le pacifique »*, appliqué dans plusieurs écoles primaires du Québec. L'objectif de ce programme est de promouvoir l'utilisation de conduites pacifiques,

76. Marie-Josée Gicali, *Éducation à la paix au primaire : étude des récits des pratiques des enseignants*, thèse de doctorat en éducation, Université du Québec à Montréal, 2012 [publié], en ligne : Archipel <<http://www.archipel.uqam.ca/4656/1/D2299.pdf>> à la p 246.

77. Goleman « L'intelligence émotionnelle », *supra* note 26 aux pp 387 et s.

un apprentissage qui servira la vie durant. On outille les élèves afin qu'ils se comprennent mieux, qu'ils communiquent mieux, qu'ils s'écoutent davantage et qu'ils apprennent à résoudre les conflits au quotidien. Au même effet, plusieurs publications sur la résolution pacifique des conflits en milieu scolaire sont disponibles sur internet⁷⁸.

Dans un cadre plus large, pour favoriser une meilleure connaissance du système judiciaire et améliorer l'accès à la justice au Québec, de nombreux organismes (Barreau du Québec, Barreau de Montréal, *Éducaloi*, etc.) s'investissent dans l'éducation juridique et travaillent à la mise sur pied de différentes activités auprès de nos jeunes. Par exemple, l'Association du Barreau canadien, en partenariat avec *Éducaloi*, a participé à la création du programme citoyenneté et chartes ayant pour but d'initier des groupes d'élèves de quatrième ou cinquième secondaire aux droits de la personne. Ainsi, les élèves peuvent participer à un procès simulé traitant des droits de la personne et sont ainsi sensibilisés aux principes qui fondent notre société démocratique.

Les avocats sont invités à s'inscrire sur les listes de juristes bénévoles de ces institutions, qui peuvent être une expérience gratifiante permettant de contribuer à former des citoyens mieux informés des enjeux juridiques.

CONCLUSION

Nous traversons une ère de grands changements. Pour l'ensemble de la communauté juridique, l'un, et peut-être le plus important, de ces changements consiste à passer de la justice traditionnelle à la justice participative. Ce virage est encore plus grand que l'adoption du *Code civil du Québec* en remplacement du

78. À titre d'exemples, voir Manitoba, Ministère de l'Éducation, de la Citoyenneté et de la Jeunesse, *Un travail collectif : Guide de résolution efficace des problèmes à l'intention des écoles, des familles et des collectivités*, Winnipeg, Ministère de l'Éducation, de la Citoyenneté et de la Jeunesse, 2004, en ligne : <<http://www.edu.gov.mb.ca/m12/frpub/parents/resolution/>> ; Ontario, Ministère de l'Éducation, *Cheminer en harmonie : Guide de prévention et de résolution de conflits concernant les programmes et services offerts aux élèves ayant des besoins particuliers*, Toronto, Ministère de l'Éducation, 2007, en ligne : <<http://www.edu.gov.on.ca/fre/general/elemsec/speced/sharedf.html>> ; Organisation des Nations Unies pour l'Éducation, la Science et la Culture, *Recueil de bonnes pratiques de résolution non-violente de conflits en milieu scolaire : Quelques exemples*, par la division pour la promotion de la qualité de l'éducation et la Section d'éducation aux valeurs universelles, Paris, UNESCO, janvier 2002.

Code civil du Bas-Canada en 1994. Il ne change pas seulement les règles, mais également les compétences du juriste et la culture juridique dans laquelle il travaille. Si l'intention véritable est d'opérer ce changement de mentalité et de comportement en profondeur, la mise sur pied de cours obligatoires s'impose à l'université et au Barreau, dont le contenu et la forme varieront selon qu'il s'agit d'une planification à court terme ou à long terme.

Le système de justice civile actuel est satisfaisant à plusieurs égards et répond déjà à de nombreux besoins. Il fait également face à des défis et il est possible de faire mieux. Pour l'avocat, ces changements ont le mérite de lui permettre de revoir son rôle et sa mission dans la société tout autant que de redorer son image pour ainsi retrouver un sens à son travail⁷⁹. Le mouvement de la justice participative a le mérite de contribuer à donner de l'espoir, en particulier dans la vague de cynisme, de pessimisme et d'austérité que l'on traverse.

Malgré que notre société moderne se caractérise par un individualisme forcené, nous sommes en phase de transition où nous cherchons à retrouver un certain équilibre entre le bien-être de la société et celui de chacun des individus. Nous souhaitons tous développer notre humanité et travailler pour embellir la vie des autres et contribuer ainsi à construire, même à petite échelle, une société meilleure, plus juste et plus humaine. Travailler pour une cause, pour quelque chose de plus grand que soi, représente un autre de nos besoins les plus fondamentaux⁸⁰. À titre de juriste, il est possible d'atteindre cet objectif de différentes façons, par exemple en participant à des missions humanitaires ou à des projets *pro bono*. Il est possible également de le faire en contribuant à améliorer nos conditions de vie au moyen de la justice par le dialogue et en travaillant à encourager davantage le règlement pacifique des conflits. Le juriste a un rôle clé à jouer, il est en position privilégiée. Pour devenir un transformateur de point de vue, il doit en tout premier lieu se convaincre lui-même et s'engager à modifier ses croyances et comportements.

79. Rollande Parent, « La profession d'avocat... Pourquoi ce malaise ? : Les avocats : des mal-aimés », colloque du Barreau de Montréal, présenté à Montréal, 25 mai 2011 [non publié], en ligne : <<http://www.barreaudemontreal.qc.ca/avocats/art-20110525>>.

80. Maslow, *supra* note 25. Voir aussi les nombreux sites Internet qui présentent différents schémas de la pyramide, notamment McClelland, *supra* note 25.

La culture du dialogue est au cœur de la justice participative. Pour dépasser le stade de la culture adversative qui domine présentement dans la société en général et dans la communauté juridique, des formations sont nécessaires. Pour favoriser cette mise en œuvre, l'enseignement du droit doit comporter l'apprentissage de certains aspects essentiels de l'intelligence émotionnelle, en particulier la conscience de soi, l'empathie et l'art de savoir écouter. De nombreuses améliorations peuvent découler de l'attitude empathique des avocats à l'unisson avec leurs clients, sachant écouter et se faire entendre. Il faut favoriser une justice plus humaine et la pratique légale centrée sur les relations humaines. Le défi du passage vers la nouvelle culture ne sera relevé qu'à ce prix.

Chronique jurisprudentielle sur les sociétés de personnes : histoire d'une anomalie

Charlaine BOUCHARD

Résumé

Dans un commentaire percutant de la décision 9171-3990 *Québec inc. c. 9086-4752 Québec inc.*, EYB 2014-245562, rendue le 10 décembre 2014 par les juges Nicole Duval-Hesler, Jacques A. Léger et Manon Savard, l'auteure explique pourquoi la plus récente décision de la Cour d'appel du Québec ne peut mettre en échec plus de vingt ans de jurisprudence majoritaire en matière de sociétés de personnes. Un retour sur un débat théorique fondamental qui pourrait avoir des conséquences pratiques importantes pour toutes les entreprises exerçant leurs activités en société en nom collectif et en société en commandite.

Chronique jurisprudentielle sur les sociétés de personnes : histoire d'une anomalie

Charlaine BOUCHARD*

1. La thèse de la Cour d'appel.	43
2. La réplique aux arguments invoqués par la Cour	46
A. Le premier motif : les articles 2221, al. 2 et 2246 C.c.Q. se rapportent à l'exécution du paiement et non à la procédure judiciaire	47
a) Le retour sur la jurisprudence antérieure : <i>Duval-Hesler c. Lalande et Roy c. Boivin</i> <i>Carrier</i>	50
b) Notre interprétation	55
B. Le deuxième motif : le lien de droit entre le commandité et le créancier de la société en commandite existe dès la formation de l'obligation entre le créancier et la société	58
C. Le troisième motif : la confusion entre les notions de personnalité et de patrimoine.	60
3. La modélisation de la société de personnes sous le <i>Code civil du Québec</i>	62
A. Le <i>Code civil du Québec</i> et les attributs juridiques de la société	63

* Professeure titulaire, Faculté de droit, Université Laval.

B. La reconnaissance magistrale de la Cour d'appel dans <i>Ferme CGR enr. (Faillite de)</i>	65
Conclusion	70

Nous avons eu beaucoup de difficulté à croire – nous avons dû relire à plusieurs reprises la décision – et particulièrement son paragraphe 28¹, avant de nous rendre à l'évidence : le plus haut tribunal du Québec nous a, une fois encore – rappelons-nous la notoire affaire *Québec (Ville de) c. Cie d'Immeubles Allard ltée*² en 1996 –, ramenés dans l'incertitude concernant la nature juridique des sociétés. Cette décision est d'autant plus surprenante, qu'elle fait fi de l'imposante jurisprudence, dont celle de sa propre Cour, reconnaissant les différents attributs juridiques de la société, dont au premier plan son autonomie patrimoniale.

Afin de bien comprendre l'argumentaire de la Cour d'appel, il conviendra, dans un premier temps, de présenter les trois motifs qui sous-tendent son raisonnement (1.). La deuxième partie sera consacrée à expliquer pourquoi ces arguments sont inconciliables avec l'analyse contemporaine des sociétés de personnes (2.). Enfin, la troisième partie présentera sommairement la modélisation de la société de personnes sous le C.c.Q. et sa consécration en 2010 par le plus haut tribunal du Québec (3.).

1. La thèse de la Cour d'appel

Les appelantes, créancières dans une action en reconnaissance de dettes, poursuivent Paquette et Pelletier, en tant que défendeurs, ainsi que les sociétés en commandite De l'avenir et Le 350, à titre de caution. Leur objectif étant d'ajouter les intimées, 9086-4752 Québec inc. et Complexe le 350 inc, aux défendeurs de l'action, en leur qualité de commanditées des sociétés en commandite De l'avenir et Le 350. En tant que commanditées, les intimées prétendent que le recours intenté contre elles est irrece-

1. « Troisièmement, faire dépendre le recours contre le commandité de l'insuffisance des biens sociaux confond les notions de personnalité et de patrimoine. La distinction entre les patrimoines de la société et des commandités n'existe que dans la mesure où les biens sociaux sont suffisants. À compter de l'insuffisance des biens, le créancier peut exercer ses droits directement sur le patrimoine du commandité puisque la fiction juridique opérant séparation des patrimoines disparaît. Au contraire, la société ne dispose jamais d'une personnalité distincte de celle de ses commandités, même lorsque ses biens sont suffisants pour faire face à ses obligations. Une poursuite contre la société est effectivement une poursuite contre les commandités. » : 9171-3990 *Québec inc. c. 9086-4752 Québec inc.*, 2014 QCCA 2258, par 28.
2. *Québec (Ville de) c. Cie d'Immeubles Allard ltée*, [1996] R.J.Q. 1566 (C.A.).

vable. En s'appuyant sur la jurisprudence majoritaire, le juge de la Cour supérieure a donné raison aux commandités intimés en première instance :

De l'avis du tribunal, la responsabilité des commandités est subsidiaire. Ce n'est qu'en cas d'insuffisance de biens pour payer les dettes de la société en commandite que les commandités deviennent responsables des dettes de la société (art. 2246 C.c.Q.). Si le commandité est appelé à honorer les dettes impayées, cela sera fait dans des procédures subséquentes. La responsabilité du commandité n'a pas à être mise en cause à ce stade-ci des procédures.³

Par conséquent, comme les demandeurs n'ont pas pu faire la preuve ni de l'insuffisance des fonds de la société ni de son insolvabilité, le juge a accueilli la requête en irrecevabilité fondée sur l'article 165(3) C.p.c.

En Cour d'appel, bien que les parties s'entendent quant à la nature subsidiaire de la responsabilité des commandités, « en ce sens que tout jugement condamnant la société en commandite devra d'abord être exécuté contre les biens sociaux⁴ », il reste à déterminer à quel moment les commandités peuvent opposer le bénéfice de discussion : est-il possible de le faire dès l'institution des procédures pour faire échec au recours exercé contre elles ? En d'autres termes, le créancier d'une société en commandite peut-il poursuivre un commandité comme codéfendeur dans un recours visant la société en commandite ? Dans l'affirmative, doit-il démontrer l'insuffisance des biens de la société ?

Pour les motifs exprimés par la juge en chef Nicole Duval Hesler, auxquels souscrivent les juges Jacques A. Léger et Manon Savard, la Cour d'appel est d'avis que le juge de première instance *a commis une erreur de droit en concluant que le recours contre un commandité est conditionnel à la démonstration de l'insuffisance des biens de la société en commandite*. Selon la Cour d'appel, un commandité peut être poursuivi comme codéfendeur, sans qu'il soit nécessaire de prouver préalablement l'insuffisance des biens de la société.

Trois motifs principaux sont à la base de la dialectique du plus haut tribunal québécois.

3. 9171-3990 *Québec inc. c. Paquette*, 2013 QCCS 6721, par. 28.

Premièrement, citant la décision *Jetté c. Bélanger*⁵ rendue par la Cour du Québec en 2000, la Cour d'appel arrive à la conclusion que les articles 2221 et 2246 C.c.Q. se rapportent à l'exécution du paiement et non à la procédure judiciaire, puisque le bénéfice de discussion prévu à l'article 2221 C.c.Q. concerne la poursuite du paiement et non pas la poursuite de l'associé :

[17] Le Tribunal ne pense pas qu'il faille interpréter le deuxième alinéa de l'article 2221 C.c.Q. comme exigeant une poursuite séparée de la Société, plus la preuve de l'impossibilité d'exécuter le jugement contre la Société, faute de biens, avant d'entamer, dans un deuxième temps, des procédures judiciaires contre les associés pourtant personnellement responsables, dès le départ, des obligations de la Société. Le Tribunal ne peut croire que c'est ce que le législateur a voulu. Cela entraînerait une multiplication de recours pour une même fin, des frais inutiles et des délais préjudiciables.

[18] Selon le Tribunal, la restriction, prévue au deuxième alinéa de l'article 2221 C.c.Q., doit s'interpréter comme s'appliquant à l'exécution du jugement ou quant aux mesures d'exécution ou aux poursuites engagées dans l'exécution du jugement pour obtenir le paiement. C'est le sens qu'il faut donner aux mots « poursuivre le paiement » en anglais « *proceedings for payment* ».

Si l'on suit le raisonnement de la Cour d'appel, le bénéfice de discussion interviendrait donc seulement au moment de l'exécution du jugement contre les commandités et non pas au moment d'entreprendre le recours. Citant, par ailleurs, les propos du juge Guthrie dans l'affaire *Roy c. Boivin Carrier, s.e.n.c.*⁶, l'article 2221 C.c.Q. ne constituerait rien d'autre qu'un simple ordre de collocation et le droit d'exercer un recours judiciaire contre les commandités ne saurait être subordonné à une simple mesure d'exécution⁷.

Deuxièmement, la Cour d'appel est d'avis que *de toute façon* la discussion des biens de la société ne retarderait que la poursuite du paiement, car « le lien de droit entre le commandité et le créancier de la société en commandite existe dès la formation de l'obligation entre le créancier et la société »⁸.

4. 9171-3990 *Québec inc. c. 9086-4752 Québec inc.*, 2014 QCCA 2258, par. 8.

5. *Jetté c. Bélanger*, J.E. 2000-1505, par. 17-18.

6. *Roy c. Boivin Carrier, s.e.n.c.*, 2006 QCCS 2663, par. 26.

7. 9171-3990 *Québec inc. c. 9086-4752 Québec inc.*, 2014 QCCA 2258, par. 26.

8. 9171-3990 *Québec inc. c. 9086-4752 Québec inc.*, 2014 QCCA 2258, par. 27.

Troisièmement, et il ne s'agit pas du moindre des motifs, la confusion entre la notion de personnalité et de patrimoine. Pour la Cour d'appel, faire dépendre le recours contre le commandité de l'insuffisance des biens sociaux revient à confondre les notions de personnalité et de patrimoine :

La distinction entre les patrimoines de la société et des commandités n'existe que dans la mesure où les biens sociaux sont suffisants. À compter de l'insuffisance des biens, le créancier peut exercer ses droits directement sur le patrimoine du commandité puisque la fiction juridique opérant séparation des patrimoines disparaît. Au contraire, la société ne dispose jamais d'une personnalité distincte de celle de ses commandités, même lorsque ses biens sont suffisants pour faire face à ses obligations. Une poursuite contre la société est effectivement une poursuite contre les commandités.

L'identité de personnalité juridique entre la société en commandite et ses commandités est d'autant plus évidente lorsque l'on considère qu'une fois les biens sociaux discutés, le jugement contre la société en commandite est exécutoire directement contre le commandité.⁹

2. La réplique aux arguments invoqués par la Cour

Comment la Cour d'appel a-t-elle pu rendre une telle décision, de surcroît unanime, vingt ans après l'adoption du *Code civil du Québec*, alors que la question de la personnalité morale des sociétés de personnes a fait l'objet d'un si long débat dans la communauté juridique québécoise et d'une consécration jurisprudentielle aussi éclatante et dénuée d'ambiguïté que dans la magistrature affaire *Ferme CGR enr. (Faillite de)* rendue par le plus haut tribunal en 2010¹⁰. Et nous ne faisons pas référence ici seulement au troisième motif invoqué par la Cour, mais aussi aux deux premiers qui participent de même d'une logique fondée sur l'absence de personnalité juridique de la société et sur la nécessité de cette personnalité juridique pour pouvoir *agir* en droit.

Tout d'abord, et avec respect pour les juges qui ont rendu la décision, nous sommes d'avis que la Cour supérieure n'a pas commis d'erreur de droit en concluant que le recours contre un commandité est conditionnel à la démonstration de l'insuffisance des biens de la société en commandite. Il s'agit de l'application de la

9. 9171-3990 *Québec inc. c. 9086-4752 Québec inc.*, 2014 QCCA 2258, par. 28-29.

10. *Ferme CGR enr. (Faillite de)*, 2010 QCCA 719.

plus ancienne jurisprudence en matière de sociétés de personnes, et ce tant sous le C.c.B.C. que sous le C.c.Q.

Reprenons le fil de la décision et tentons de comprendre les raisons qui sous-tendent l'argumentation de la Cour. Nous répondrons à chacun des trois motifs invoqués par le plus haut tribunal québécois.

A. *Le premier motif : les articles 2221, al. 2 et 2246 C.c.Q. se rapportent à l'exécution du paiement et non à la procédure judiciaire*

Pour bien comprendre l'objectif de l'article 2221, al. 2 C.c.Q., la disposition générale dans la section sur les sociétés en nom collectif, et par l'article 2246, al. 1, son équivalent pour les sociétés en commandite, nous reviendrons à la source de ces dispositions afin de rechercher l'intention du législateur.

L'article 2221 C.c.Q. tire son origine de l'article 761 du *Projet de Code civil* de 1977. Les Commentaires de l'Office de révision du Code civil se lisent comme suit :

761. Cet article s'écarte du droit actuel tel qu'il est formulé dans les articles 1854 et 1865 du Code civil. Il étend la responsabilité solidaire des associés, existant à l'heure actuelle dans les seules sociétés commerciales aux sociétés civiles. *Mais cette responsabilité est toujours subsidiaire et n'apparaît que si les biens de la société ne suffisent pas pour acquitter la dette du créancier de la société. En somme, ce dernier créancier devra discuter les biens de la société avant de s'attaquer aux biens personnels des associés. Rien n'empêchera cependant le créancier de poursuivre en même temps et la société et les associés, en prenant contre ces derniers les conclusions appropriées.* (Nos italiques)

À propos de l'article du *Projet de loi 125* correspondant au texte adopté, le ministère de la Justice avait fait les commentaires suivants :

Le second alinéa est nouveau. Il ne fait qu'énoncer, cependant, *une règle qui découle de plusieurs dispositions du Code actuel, notamment de l'article 1899, laquelle veut que le patrimoine de la société réponde d'abord des dettes sociales ; et la responsabilité des associés ne peut être que subsidiaire en cas d'insuffisance des biens de la société.* (Nos italiques)

Les *Commentaires du ministre de la Justice* sont au même effet.

Concernant le premier alinéa de l'article 2246 sur les sociétés en commandite, les *Commentaires du ministre de la Justice* enseignent que :

Cet article traite de la responsabilité des commandités et des commanditaires respectivement, à l'endroit des tiers.

Le premier alinéa reprend en substance les règles contenues dans l'article 1875 C.C.B.C. Il rappelle toutefois *le caractère subsidiaire de la responsabilité de chacun*, rejoignant ainsi le principe affirmé au deuxième alinéa de l'article 2221 à propos des sociétés en nom collectif et que contenait, entre autres, l'article 1899 du *Code civil du Bas-Canada*. (Nos italiques)

L'article 2221 C.c.Q. articule le partage de responsabilité entre la société et les associés de la façon suivante : le patrimoine social répond, au préalable, des dettes sociales contractées dans le cours des activités de la société ; à la suite de discussion des biens de la société et après le paiement de leurs propres créanciers, les associés deviennent responsables des dettes sociales. Il s'agit là du contenu du deuxième alinéa de l'article 2221 C.c.Q. Quant au premier alinéa de l'article 2246 C.c.Q., il précise que les commandités sont tenus solidairement des dettes de la société lorsque les biens sociaux sont insuffisants pour couvrir toutes les dettes sociales.

En réalité, et contrairement à ce qui est avancé par la Cour d'appel, les articles 2221, al. 2 et 2246, al. 1 ne concernent pas seulement l'exécution du paiement à l'exclusion de la procédure judiciaire. Il s'agit de dispositions fondamentales et d'application générale qui articulent le gage des créanciers au sein d'une société de personnes. Ce droit de gage implique que le patrimoine social réponde d'abord des dettes sociales et que la responsabilité des associés ne soit que subsidiaire en cas d'insuffisance des biens de la société. Cette règle générale découle non seulement de l'article 2221, mais aussi de plusieurs autres dispositions du Code.

Ce dualisme dans le droit de gage des créanciers de la société n'est pas nouveau. Il participe depuis la codification de la nature même des sociétés de personnes et ce qui les distingue des sociétés par actions. Sous le C.c.B.C. (art. 1899), le patrimoine social

répondait aussi préalablement des dettes sociales et la responsabilité des associés se voulait subsidiaire. Certains y voyaient alors une atteinte à la personnalité morale des sociétés. Nous ne reprendrons pas ce long débat. Pour une étude détaillée de la question, *La personnalité morale démythifiée* est consacrée à l'analyse de cette question¹¹. Sous le C.c.Q., le débat ne se présente plus de la même façon. Le recours à la conception du patrimoine d'affectation, par l'entremise de la division patrimoniale, permet d'expliquer l'individualité juridique¹² des sociétés comme l'a consacré la Cour d'appel dans la magistrale décision *Ferme CGR enr. (Faillite de)*¹³. Nous reviendrons sur cette affaire dans la section 3. B.

Cette conception a plusieurs avantages ; elle permet, entre autres, de rendre compte avec plus de justesse de la nature de la société : la coexistence de l'activité collective et des intérêts individuels. Ainsi, une fois pris acte de cette évolution, il devient beaucoup plus facile de comprendre la dualité du droit de gage des créanciers sociaux dans une société de personnes.

En effet, bien que la société de personnes ne soit pas une personne morale, l'ensemble de ses biens constitue le droit de gage général de ses créanciers. La protection des créanciers de la société ne s'arrête cependant pas là. Les patrimoines personnels des associés vont aussi constituer le gage des créanciers de la société. La question demeure toutefois de savoir comment s'aménagera la contribution de cette double assiette : le rôle des associés peut-il être comparé à celui d'un codébiteur de la société, ou encore leur obligation s'apparente-t-elle plutôt à celle d'une caution ?

Nous rappelons, dans un premier temps, les principales décisions sur la question (a), avant de proposer, dans un second temps, notre interprétation (b).

11. Charline BOUCHARD, *La personnalité morale démythifiée : contribution à la nature juridique des sociétés de personnes*, Sainte-Foy, P.U.L., 1997 et Paris, L.G.D.J., 1997.

12. **Individualité juridique** : ce qui caractérise les sociétés de personnes en termes de droits et d'obligations ; à opposer à la « personnalité juridique », qui constitue l'« aptitude à être titulaire de droits et assujettis à des obligations, qui appartient à toutes les personnes physiques, et dans des conditions différentes aux personnes morales » : Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, coll. « Quadrige », 10^e éd., Paris, P.U.F., 2014.

13. *Ferme CGR enr. (Faillite de)*, 2010 QCCA 719.

- a) Le retour sur la jurisprudence antérieure : *Duval-Hesler c. Lalande et Roy c. Boivin Carrier*

Qu'en est-il aujourd'hui sous le nouveau C.c.Q. ? La situation de l'associé s'apparente-t-elle à celle d'une caution ou encore à celle d'un codébiteur solidaire ? La caution a l'avantage du bénéfice de discussion. Il s'agit d'un moyen dilatoire prévu au C.p.c. pour suspendre les procédures dirigées contre le défendeur. Cette mesure exceptionnelle peut-elle s'appliquer au droit de discussion prévu à l'article 2221 C.c.Q. ? La dynamique est-elle la même dans les deux situations ?

Duval-Hesler c. Lalande¹⁴ – Dans ce premier essai d'interprétation rendu à la fin de l'année 1997, la Cour du Québec s'est interrogée à savoir si le bénéfice de discussion, que l'on retrouve à l'article 2221 C.c.Q., constitue une exception dilatoire au même titre que le droit de la caution ou plutôt une défense au fond. Les arguments du tribunal étaient les suivants :

1- Le bénéfice de discussion dont bénéficie la caution ou le tiers détenteur découle de la nature accessoire ou subsidiaire de son engagement, alors que l'associé possède un droit de discussion légal des biens de la société. L'article 2221, al. 2 C.c.Q. énonce clairement que la responsabilité des associés ne pourra être recherchée que subsidiairement en cas d'insuffisance des biens de la société.

2- En vertu du C.c.Q., la responsabilité des associés vis-à-vis les tiers est solidaire ou conjointe selon que les obligations de la société ont été contractées ou non pour le service ou l'exploitation de son entreprise. Vu l'élargissement de la notion d'entreprise à l'article 1525 C.c.Q., la responsabilité des sociétaires sera le plus souvent solidaire. Le bénéfice de discussion tel qu'envisagé par la caution serait alors inaccessible à l'associé parce qu'inconciliable avec le caractère solidaire de son engagement. Pourtant, l'article 2221 C.c.Q. lui reconnaît clairement le droit de discussion des biens de la société.

3- Le tribunal croit que le fait d'accorder au sociétaire un bénéfice de discussion sans mention qu'il doit être exercé dès que les poursuites sont intentées contre lui, fait en sorte que le sociétaire jouit d'une prérogative que le droit objectif lui reconnaît. Le tribunal est d'avis que ce droit constitue un moyen de défense.

14. *Duval-Hesler c. Lalande*, C.Q. Montréal, n° 500-02-005017-954, 9 octobre 1996, juge G. Boissonneault, 9 p., EYB 1996-87802.

4- D'autre part, les notions de rang entre les créanciers que l'on retrouve aux articles 1899 C.c.B.C. (par l'entremise de l'article 1991 C.c.B.C.) et 2221 C.c.Q. font également en sorte que l'on distingue la situation du sociétaire de celle de la caution.¹⁵

Ce qui conduit le juge à conclure que :

Les articles 1899 C.c.B.C. et 2221 C.c.Q. accordent aux associés un moyen de défense qui s'apparente au bénéfice de discussion sans toutefois que son exercice dépende d'une exception dilatoire. Le bénéfice de discussion accordé à l'associé relève du droit substantif et n'est banalisé d'aucune contrainte procédurale. [...]

Le Tribunal est d'avis que le fait de permettre au sociétaire de soustraire ses biens au paiement des dettes sociales jusqu'à ce que les biens de la société s'avèrent insuffisants lui procure *un droit qui s'élève à un niveau supérieur du simple bénéfice de discussion*.¹⁶

Les conclusions de ce jugement avaient été confirmées à deux reprises¹⁷ par la Cour supérieure, jusqu'à ce que le juge Derek Guthrie, dans l'affaire *Roy c. Boivin Carrier*, vienne remettre en question cette position avec des arguments très convaincants. Vu l'importance de cette affaire pour répondre aux arguments soulevés par la Cour d'appel en 2014, nous reprenons dans le détail l'analyse de cette décision.

Roy c. Boivin Carrier¹⁸ – À la fin de l'année 2005, la société d'avocats « Boivin Carrier », défenderesse en l'espèce, a mis fin au contrat la liant à la demanderesse « Roy », après seulement quatre mois comme associée. La demanderesse poursuit donc la société et ses associés, comme codéfendeurs solidaires, en dommages-intérêts, pour une somme de 87 700 \$, au motif qu'elle fut informée d'une manière brusque et abusive de la fin de son contrat et que les défendeurs ont agi de mauvaise foi. La société n'est évidemment pas du même avis : elle allègue plutôt que son ancienne associée s'est volontairement exclue de la société.

15. *Duval-Hesler c. Lalande*, C.Q. Montréal, n° 500-02-005017-954, 9 octobre 1996, juge G. Boissonneault, 9 p., EYB 1996-87802, p. 2.

16. *Duval-Hesler c. Lalande*, C.Q. Montréal, n° 500-02-005017-954, 9 octobre 1996, juge G. Boissonneault, 9 p., EYB 1996-87802, p. 3.

17. *Banque Toronto-Dominion c. Côté*, C.S. Montréal, n° 500-17-002185-976, 12 février 1998, juge A. Rochon, 11 p., REJB 1998-05980 ; *Imprimerie Art graphique inc. c. Fauteux*, C.S. Trois-Rivières, n° 400-000245-007, 3 avril 2002, juge M. Richard, 8 p., EYB 2002-120857.

18. *Roy c. Boivin Carrier*, 2006 QCCS 2663, EYB 2006-105559.

Les défendeurs soutiennent que la demanderesse ne peut les poursuivre, à titre d'associée, avant d'avoir obtenu jugement contre la société et, le cas échéant, seulement après avoir discuté les biens de la société. De plus, à titre subsidiaire, dans l'hypothèse où le tribunal déciderait de ne pas rejeter l'action contre les associés, ils requièrent, selon l'article 168, al. 1, par. 2 C.p.c., un arrêt de la poursuite contre eux jusqu'à ce que la demanderesse ait discuté les biens de la société. Pour sa part, la demanderesse prétend qu'elle a le droit de poursuivre, en même temps, tant la société que les associés, comme elle l'a fait dans la présente affaire.

La question principale à laquelle doit répondre la Cour est de savoir s'il est possible pour un créancier de poursuivre à la fois la société et ses associés, ou plutôt s'il est nécessaire de poursuivre préalablement la société et de discuter le patrimoine social avant tout recours contre les associés.

Après avoir effectué la nomenclature des dispositions du C.c.Q. et du C.p.c.¹⁹ pertinentes pour résoudre le litige, le tribunal commence son analyse par l'examen du texte de loi : « Les créanciers ne peuvent poursuivre le paiement... », que l'on retrouve au deuxième paragraphe de l'article 2221. La signification du mot « paiement » attire particulièrement l'attention de la Cour :

Le législateur n'a pas opté pour la phrase plus simple : « les créanciers ne peuvent poursuivre... un associé... ». Donc, la signification du mot « paiement » est importante.

Qu'est-ce que le paiement ? Le Code civil répond : par paiement, on entend non seulement le versement d'une somme d'argent **pour acquitter une obligation**, mais aussi l'exécution même de ce qui est l'objet de l'**obligation** [...]. Tout paiement suppose une obligation ; ce qui a été payé sans qu'il existe une obligation est sujet à répétition.

[...]

Comme Baudouin et Jobin le soulignaient [...] tout paiement suppose l'existence d'une dette entre celui qui paye et celui qui reçoit le paiement, que ce paiement consiste à remettre une somme d'argent ou une chose matérielle.

19. C.c.Q., art. 2221, 2225, 2334, 2335, 2347 et C.p.c., art. 4.2 / 18, al. 1 (2014), 165, par. 4 / 168, al. 2 (2014).

L'article 1561 C.c.Q. prévoit qu'un créancier ne peut être contraint de recevoir autre chose que « **...ce qui lui est dû** ». En l'espèce, le montant réclamé par la demanderesse ne lui est pas encore dû parce qu'il n'est pas certain, liquide et exigible. Il faut avoir un jugement pour confirmer l'existence de la dette et pour la liquider.

Le droit au paiement réclamé par la demanderesse n'est qu'un droit litigieux pour le moment parce qu'il est incertain, disputé et contesté par les débiteurs qui sont la société et les associés.

[...]

Selon le tribunal, *la restriction prévue au deuxième paragraphe de l'article 2221 C.c.Q. doit s'interpréter comme s'appliquant aux mesures d'exécution ou aux poursuites engagées dans l'exécution du jugement pour obtenir le paiement.*²⁰

En deuxième lieu, le tribunal réaffirme que, dans une société en nom collectif, la responsabilité des associés n'est que résiduaire ou subsidiaire. Cela signifie que ce n'est qu'en cas d'insuffisance de biens pour payer les dettes de la société que les associés en deviennent responsables. Le tribunal mentionne aussi que, même si certains ont prétendu que les associés étaient des cautions de la société, « l'article 2221 C.c.Q. n'impose pas expressément un cautionnement »²¹. Comme l'explique le juge Guthrie, « le cautionnement peut résulter d'une convention ou peut être **imposé par la loi** ou ordonné par un jugement. [...] Les cautions conventionnelles et légales jouissent du bénéfice de discussion. Cependant, ce bénéfice de discussion n'est pas d'ordre public et il revient à la caution de le soulever. [...] La caution doit le soulever par un moyen préliminaire lors d'une poursuite intentée contre elle. [...] **Le cautionnement ne se présume pas ; il doit être exprès** »²².

Il est vrai, comme l'écrit le juge Guthrie, que le 2^e paragraphe de l'article 2221 reconnaît « à un associé le droit de discuter des biens de la société au préalable. Nonobstant qu'il s'agit là d'un moyen de défense **qui s'apparente** au bénéfice de discussion, ce droit relève du droit substantif et n'est balisé d'aucune contrainte procédurale. Avec égard pour l'opinion contraire [...] le tribunal est d'avis que la discussion des biens prévue à l'article 2221 C.c.Q.

20. *Roy c. Boivin Carrier*, 2006 QCCS 2663, EYB 2006-105559, par. 16-21 (nos itali-ques).

21. *Roy c. Boivin Carrier*, 2006 QCCS 2663, EYB 2006-105559, par. 24.

22. *Roy c. Boivin Carrier*, 2006 QCCS 2663, EYB 2006-105559, par. 23-24.

se distingue en cela du bénéfice de discussion d'une caution. [...] Dans un certain sens, l'article 2221 C.c.Q. ne représente pas autre chose qu'un ordre de collocation. [...] Le deuxième paragraphe énonce que les obligations de la société envers les tiers doivent être discutées d'abord à même les biens affectés à la société et, par la suite, à même les biens personnels des associés qui n'étaient pas affectés à la société »²³.

Enfin, comme le souligne la Cour, il ne faut pas oublier que la société en nom collectif n'est pas une personne morale, bien que les dispositions du Code – les articles 2208, 2221, 2246 et 2248 C.c.Q. – traitent des « biens de la société » : « Or, qui est le véritable propriétaire de ces biens – les associés personnellement par indivision ou s'agit-il d'un patrimoine autonome distinct de celui des associés ? »²⁴ Et le juge de répondre : « Il n'y a pas de doute que les biens mentionnés dans ces articles sont affectés à la société en nom collectif. Il ne s'agit pas pour autant d'un patrimoine distinct, c'est-à-dire d'un patrimoine distingué d'un autre patrimoine. Ces biens sont plutôt caractérisés comme un patrimoine d'affectation »²⁵. S'appuyant sur la décision rendue par la juge Suzanne Courteau dans la décision *Corporation des maîtres électriciens du Québec c. Clément Jodoin électrique inc.*²⁶, le juge Guthrie conclut que : « La société en commandite possède un patrimoine d'affectation : les biens de la société en commandite ne lui appartiennent pas vraiment, mais appartiennent à ses commanditaires ou à ses commandités. Toutefois, ces biens, particulièrement identifiés comme constituant le patrimoine d'affectation de la société en commandite, demeurent le gage prioritaire des créanciers de la société en commandite »²⁷ ; le tribunal est d'avis que ces propos peuvent aussi s'appliquer à une société en nom collectif. Par conséquent, en ce qui concerne particulièrement la composition du droit de gage des créanciers dans ces sociétés, la Cour arrive à la conclusion suivante :

Depuis l'entrée en vigueur des articles 2221 et 2225 C.c.Q., il n'est plus nécessaire pour un créancier de poursuivre en même temps la

23. *Roy c. Boivin Carrier*, 2006 QCCS 2663, EYB 2006-105559, par. 25-26 (nos italiques).

24. *Roy c. Boivin Carrier*, 2006 QCCS 2663, EYB 2006-105559, par. 27.

25. *Roy c. Boivin Carrier*, 2006 QCCS 2663, EYB 2006-105559, par. 28 (nos italiques).

26. *Corporation des maîtres électriciens du Québec c. Clément Jodoin électrique Inc.*, C.S. Joliette, n° 705-05-001282-964, 10 février 2000, juge S. Courteau, 27 p., J.E. 2000-548, REJB 2000-18092 (règlement à l'amiable (C.A., 2002-01-31), n° 500-09-009379-009).

27. *Roy c. Boivin Carrier*, 2006 QCCQ 5136, EYB 2006-223669, par. 29.

société et ses associés. Une fois le jugement obtenu contre la société en nom collectif, une saisie-exécution peut s'effectuer non seulement envers le patrimoine autonome d'affectation de la société, mais également envers les biens personnels de chaque associé. [...]

Or, nonobstant qu'il ne soit plus nécessaire pour un créancier d'inclure chaque associé comme défendeur dans l'action, il n'est pas interdit de le faire. Par conséquent, le Tribunal ne peut rejeter l'action contre les associés en vertu de l'article 165, par. 4 / 168 al. 2 C.p.c. (2014).

Les associés, en l'espèce, ont fait une demande subsidiaire : une exception dilatoire, en vertu de l'article 168 al. 1 par. 2 C.p.c. pour suspendre l'action contre les associés jusqu'à l'exécution du jugement contre la société. Cette demande est bien fondée.²⁸

b) Notre interprétation

Selon les termes de l'article 2221, al. 2 C.c.Q. – les créanciers ne peuvent poursuivre le paiement contre un associé qu'*après avoir, au préalable, discuté les biens de la société* – il est indubitable que les associés ne sont pas les codébiteurs de la société. Ils interviennent plutôt à titre de caution, en cas d'insuffisance du patrimoine social. C'est pourquoi il est erroné de mentionner, comme le fait le tribunal dans la décision *Duval-Hesler*, qu'en raison de leur responsabilité le plus souvent solidaire, le bénéfice de discussion sera inaccessible à l'associé. À la différence de la caution, les associés ne sont pas les codébiteurs solidaires de la société, mais codébiteurs entre eux.

Au point de vue pratique, le Code ne précise pas les conditions minimales exigées pour la discussion du patrimoine social. La poursuite des créanciers contre les associés est-elle subordonnée à celle *préalable et vaine* de la société ou encore une *mise en demeure infructueuse* contre la société s'avère-t-elle suffisante ? La réponse doit être nuancée.

En ce qui a trait à la mise en demeure, cette option pourrait rassurer les parties et mettre « les associés à l'abri de poursuites intempestives, alors que la société serait en état de faire face à ses dettes »²⁹. Mais est-ce bien suffisant ? Est-ce qu'une exécution

28. *Roy c. Boivin Carrier*, 2006 QCCQ 5136, EYB 2006-223669, par. 33, 35-36.

29. Fernand DERRIDA, « Société en nom collectif », (1971) *Répertoire des sociétés*, Dalloz, n° 327.

peut avoir lieu sur les biens des associés avant qu'un jugement n'ait été rendu contre la société ?

Contrairement, là encore, à ce qui est mentionné dans la décision *Duval-Hesler c. Lalande*³⁰, et en toute déférence pour la Cour, le bénéfice de discussion que l'on retrouve à l'article 2221 C.c.Q. s'apparente à celui de la caution prévue à l'article 2347 C.c.Q., qui oblige le créancier à poursuivre préalablement le débiteur principal. Ainsi, bien que, de façon générale, le droit de discussion soit défini de façon stricte et associé exclusivement au droit de la caution, nous croyons qu'il doit recevoir une acception large et englober, entre autres, le droit de l'associé.

À l'appui de notre interprétation, le *Juridictionnaire* et le *Vocabulaire juridique* Capitant définissent le droit de discussion comme « un droit analogue [à celui de la caution] accordé dans certains cas au tiers détenteur d'une hypothèque³¹ ou aux associés dans certains types de sociétés ». Dans le même sens, un tribunal a déjà reconnu « une forme de bénéfice de discussion semblable à celui de l'article 2347 », dans le cas de l'article 119 (2) de la *Loi sur les sociétés par actions*, qui fait de l'administrateur la caution légale de la société³².

En matière procédurale, le droit de poursuite du créancier contre l'associé ne s'avère pas complètement paralysé par le bénéfice de discussion. Le créancier peut très bien intenter son action contre l'associé et ce dernier, la suspendre par l'exception dilatoire prévue au paragraphe 2 de l'article 168 C.p.c. : « Le fondement du bénéfice de discussion est l'équité. Le législateur a considéré que [l'associé] s'est engagé pour la dette d'un tiers et non pour sa propre dette. D'ailleurs, le bénéfice de discussion ne cause pas nécessairement préjudice au créancier, si ce n'est que d'ajouter certains délais et certaines procédures »³³. La situation sera-t-elle différente lorsque le nouveau *Code de procédure civile* (L.Q. 2014, c. 1) sera adopté ? Le texte du nouvel article 169 se distingue de celui de l'actuel article 168 C.p.c. :

§4. – Les autres moyens

169. Une partie peut demander au tribunal toute mesure propre à assurer le bon déroulement de l'instance.

Elle peut aussi demander au tribunal d'ordonner à une autre partie de fournir des précisions sur des allégations de la demande ou de la

défense ou de lui communiquer un document, ou encore de procéder à la radiation d'allégations non pertinentes.

Le jugement qui accueille une telle demande peut enjoindre à une partie de faire un acte dans un délai imparti sous peine de rejet de la demande introductive de l'instance ou de la défense ou de la radiation des allégations concernées.

D'abord, bien que le libellé de la disposition soit différent, rien ne s'oppose, selon nous, au maintien de la même interprétation. En effet, en intitulant le titre §4. – *Les autres moyens*, cela permet d'inférer que le législateur a repris, en général, l'esprit de l'article 168 C.p.c. et, en particulier, les moyens dilatoires.

D'autre part, nous sommes d'avis que l'article 49 *in fine* du nouveau C.p.c. pourrait aussi permettre de rechercher une ordonnance *sui generis* de suspension de l'instance pour le temps et aux conditions déterminées par le tribunal et pallier ainsi l'absence des moyens dilatoires que l'on retrouve aujourd'hui à l'article 168. L'article 25 du nouveau C.p.c. pourrait même être invoqué si nécessaire³⁴.

Sur l'ouverture de l'exception dilatoire prévue au paragraphe 2 de l'article 168 C.p.c. au droit de l'associé, le libellé de la disposition est très clair : l'arrêt de la poursuite peut être demandé par le défendeur « lorsqu'il a droit d'exiger la discussion des biens du débiteur principal », et ce, sans aucune distinction reliée à la qualité de caution ou d'associé. Au surplus, même l'exception prévue au paragraphe 3 de l'article 168 C.p.c., relative à l'exécution d'une obligation préjudicielle, pourrait, à notre avis, être invoquée.

30. *Duval-Hesler c. Lalande*, C.Q. Montréal, n° 500-02-005017-954, 9 octobre 1996, juge G. Boissonneault, 9 p., EYB 1996-87802.

31. Voir dans le même sens Jacques DESLAURIERS, *Les sûretés réelles au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008.

32. *Commission des normes du travail c. Proulx*, [1997] R.J.Q. 2178 (C.S.), REJB 1997-01613.

33. Jacques DESLAURIERS, *Précis de droit des sûretés*, Montréal, Wilson & Lafleur, p. 44.

34. **CHAPITRE IV Les règles d'interprétation et d'application du Code**
25. Les règles du Code sont destinées à favoriser le règlement des différends et des litiges, à faire apparaître le droit et à en assurer la sanction.
Le manquement à une règle qui n'est pas d'ordre public n'empêche pas, s'il y a été remédié en temps utile, de décider une demande ; de même, il peut être suppléé à l'absence de moyen pour exercer un droit par toute procédure qui n'est pas incompatible avec les règles que le Code contient.

Par conséquent, il nous semble qu'il n'y ait aucun obstacle pour l'associé à se prévaloir d'une exception dilatoire plutôt que de procéder – comme suggéré dans *Duval-Hesler* – par contestation au fond. Bien au contraire, en considérant le principe de proportionnalité établi à l'article 4.2 / 18 C.p.c. (2014), « les parties doivent s'assurer que les actes de procédures choisis sont, eu égard aux coûts et au temps exigé, proportionnés à la nature et à la finalité de la demande et à la complexité du litige »³⁵. Si ce principe n'est pas respecté, le tribunal serait en droit de refuser, par exemple, le paiement des frais de défense engagés pour une poursuite au fond.

En terminant, il faut souligner que les créanciers personnels des associés se voient conférer un droit de préférence légal sur les créanciers de la société aux termes de l'article 2221, al. 2 C.c.Q. Ainsi, dans l'hypothèse où les créanciers de la société décideraient d'exercer leurs droits de gage contre les associés, après discussion du patrimoine social, les créanciers personnels devraient faire valoir leurs droits en premier lieu³⁶. L'associé ne sera donc obligé à l'égard des créanciers de la société qu'après avoir désintéressé ses propres créanciers.

B. Le deuxième motif : le lien de droit entre la commandité et le créancier de la société en commandite existe dès la formation de l'obligation entre le créancier et la société

Les sociétés en nom collectif et en commandite du C.c.Q. sont titulaires d'un patrimoine et bénéficient d'une individualité juridique³⁷, sans constituer pour autant des personnes morales. Si une telle assertion s'avère difficilement concevable dans la tradition civiliste fondée sur le dogme classique de l'unité patrimoniale, elle n'en constitue pas moins une réalité qu'il est nécessaire d'expliquer.

35. Denis FERLAND et Benoît EMERY, *Précis de procédure civile du Québec (art. 1-481 C.p.c.)*, vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 17.

36. C.p.c., art. 604 / 735, 766 (2014).

37. **Individualité juridique** : ce qui caractérise les sociétés de personnes en termes de droits et d'obligations ; à opposer à la « personnalité juridique », qui constitue l'« aptitude à être titulaire de droits et assujettis à des obligations, qui appartient à toutes les personnes physiques, et dans des conditions différentes aux personnes morales » : Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, coll. « Quadrige », 10^e éd., Paris, P.U.F., 2014.

L'associé reçoit, en contrepartie de l'apport qu'il effectue à la société, une part sociale³⁸ représentant ses intérêts dans la société. Le mécanisme de l'affectation de biens au but commun transforme donc le droit de l'associé, qu'il soit en propriété ou en jouissance³⁹, en droit personnel. L'affectation de biens au but commun a donc un pouvoir *transformateur de droit*, et nul besoin de recourir à la création d'un être moral pour expliquer le caractère mobilier⁴⁰ de la part sociale.

En effet, dans la conception de la société en nom collectif et de la société en commandite dénuée de personnalité morale, ces entités se caractérisent par l'existence d'un patrimoine affecté au but poursuivi par la société. Ce patrimoine est constitué des apports des associés, ainsi que des droits acquis par la société au cours de son existence. Ainsi, dès lors que l'associé a effectué son apport à la société, il a perdu, à titre individuel, tout pouvoir sur le bien apporté. Il n'en a plus la libre disposition et, d'une manière générale, il n'a aucun droit sur l'ensemble du patrimoine social. L'apport à la société a donc un pouvoir transformateur de droit qui n'existe pas dans l'indivision, puisqu'il transforme le droit individuel de l'associé, qu'il soit en propriété ou en jouissance, en droit personnel. Ce droit personnel, la part sociale, donne à l'associé un droit tant dans les bénéfices que dans l'actif de la société.

Le patrimoine social, parce qu'il sert à réaliser le but social, est soumis à la seule volonté de « l'ensemble des associés ». Par conséquent, les créanciers personnels de l'associé ne pourront, en aucune façon, se payer sur le patrimoine de la société. Quant à l'article 2221 C.c.Q., il articule le droit de gage des créanciers de la société. *Mais là s'arrête l'autonomie de ce patrimoine divisé, qui n'appartient pas à une personne morale et qui n'a pas besoin d'appartenir à une personne, comme dans la théorie de l'unité patrimoniale, ou encore d'être sans maître, comme dans une*

38. C.c.Q., art. 2202, 2209-2211.

39. Pour l'apport en connaissances ou en activités (C.c.Q., art. 2200) et l'apport en jouissance (C.c.Q., art. 2199, al. 3).

40. Bien que l'équivalent de l'article 387 du *Code civil du Bas Canada* (ci-après C.c.B.C.) n'ait pas été reproduit dans le C.c.Q., vu la disparition des sous-catégories mobilières, il est impossible de douter du caractère mobilier de la part sociale. Ce dernier s'infère des articles 2198 et 2199, 2202, 2209 à 2211 C.c.Q., de même que de l'article 907 qui établit une présomption mobilière pour « tous les autres biens que la loi ne qualifie pas ».

fiducie, pour exister. Le législateur autorise la division patrimoniale aux articles 2 et 2645 C.c.Q.⁴¹.

Par conséquent, le lien de droit entre le commandité et le créancier de la société en commandite n'existe pas dès la formation de l'obligation entre le créancier et la société. Ce n'est qu'après la discussion du patrimoine social et après le désintéressement de ses propres créanciers, que l'associé se voit obligé à l'égard des créanciers de la société.

C'est cette conception de la société de personnes « division du patrimoine » qui a été consacrée en 2010 par la Cour d'appel dans *Ferme CGR enr. (Faillite de)*⁴² comme nous pourrions le constater dans les prochaines pages.

C. Le troisième motif : la confusion entre les notions de personnalité et de patrimoine

Une telle interprétation, archaïque et dépassée de la société de personnes, fondée sur la théorie de l'unité patrimoniale d'Aubry et Rau, nous ramène vingt ans en arrière et nous rappelle l'époque de la décision *Québec (Ville de) c. Cie d'Immeubles Allard ltée*⁴³, qui a beaucoup retenu l'attention à la fin des années 90.

Dans *Allard*, après une étude historique impressionnante des notions de personnalité morale et de patrimoine, les deux juges majoritaires étaient d'avis que « même si la société peut paraître posséder certains des attributs de la personnalité juri-

41. Les auteurs qui se sont intéressés, depuis la réforme du Code civil, à la nature juridique des sociétés, s'entendent sur le fait que la conception du patrimoine d'affectation apporte une solution satisfaisante à la problématique des sociétés. Deux voies ont, à cet égard, été explorées en doctrine : la première, celle de la division du patrimoine et la deuxième, celle de l'affectation du patrimoine. Contrairement à la division du patrimoine, le patrimoine d'affectation consiste en la création d'un véritable patrimoine autonome. Dans ce cadre, l'affectation de biens à un but commun entraîne la formation d'une universalité juridique de biens soumis à un régime de détention et d'administration, sans égard à la propriété de ces biens, non plus, corollairement, qu'à quelque rattachement que ce soit de ces biens à un sujet de droit. En d'autres termes, adhérer à cette thèse revient à reconnaître que la formation d'une société de personnes entraîne la création d'un patrimoine objet – par opposition à un patrimoine sujet dans le cas d'une personne morale – entièrement distinct de ceux des associés. Il s'agit, en fait, d'appliquer aux sociétés un régime semblable à celui des fiducies : Pour plus de détails, N.N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise*, 3^e éd. par C. BOUCHARD, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 437-438, 445 et s.

42. *Ferme CGR enr. (Faillite de)*, 2010 QCCA, EYB 2010-172527.

43. *Québec (Ville de) c. Cie d'Immeubles Allard ltée*, [1996] R.J.Q. 1566 (C.A.).

dique, elle ne jouit pas de la propriété d'un patrimoine distinct de celui de ses associés »⁴⁴. L'opinion majoritaire était favorable à une application stricte de la théorie de la fiction et écartait, par voie de conséquence, la théorie de la reconnaissance implicite, privilégiée par la doctrine et la jurisprudence depuis presque un siècle.

Les juges majoritaires adhéraient, par un raisonnement syllogistique⁴⁵, à la thèse classique de l'unité patrimoniale des auteurs français Aubry et Rau : « Des considérations qui précèdent, il faut retenir qu'il est difficile d'aborder la question du patrimoine de la société sans aborder celle de sa personnalité. Elles s'interpénètrent. C'est pourquoi notre analyse, pour répondre à la première, considérera corrélativement la seconde »⁴⁶.

Si l'on suivait l'opinion des juges majoritaires dans *Allard*, la société du C.c.B.C. n'avait pas de patrimoine distinct, et le régime juridique des biens devait être celui de l'*indivision* ; or, la seule comparaison des deux institutions aurait permis aux juges de saisir la particularité de la société. Les associés ne sont pas de simples « copropriétaires indivis » et, à cet égard, la définition que la Cour donne de la part sociale ne peut être acceptée. L'opération d'apport a, en matière de société, un pouvoir transformateur de droit qui n'existe pas dans l'*indivision*. La mise en commun de biens, qu'implique le contrat de société, transforme le droit individuel de l'associé, qu'il soit en propriété ou en jouissance, en droit personnel. Ce droit personnel, la part sociale, donne à l'associé un droit tant dans les bénéfiques que dans l'actif de la société. Voilà la position adoptée par la Cour d'appel dès 1896, laquelle est en conformité avec la conception civiliste de la propriété⁴⁷.

Et c'est exactement ce que refait en 2014 la juge Duval-Hesler dans *9171-3990 Québec inc. c. 9086-4752 Québec inc.* : elle

44. *Québec (Ville de) c. Cie d'Immeubles Allard ltée*, [1996] R.J.Q. 1566 (C.A.), p. 1581.

45. 1) la société n'est pas considérée par le C.c.B.C. comme un sujet de droit ; seules les personnes physiques et les corporations bénéficient expressément de cette qualité (art. 18 et 352) ; 2) or, ce Code exige que tout droit ait un sujet (art. 399) ; 3) par conséquent, comme la société n'est pas un sujet de droit reconnu expressément par le Code, elle n'a pas de personnalité juridique, donc par corollaire, elle ne peut avoir de patrimoine distinct.

46. *Québec (Ville de) c. Cie d'immeubles Allard ltée*, [1996] R.J.Q. 1566 (C.A.), p. 1571, EYB 1996-65332.

47. *Damien c. Société de prêts et placements du Québec*, (1896) 4 R. de J. 32 (B.R.), p. 42 et s.

confond personne et patrimoine ! La Cour d'appel énonce que la distinction entre le patrimoine social et celui du commandité n'existe qu'en raison de la suffisance des biens sociaux. Dès l'insuffisance, les créanciers sociaux seraient autorisés à exercer leur recours directement contre le patrimoine du commandité « puisque la fiction juridique opérant séparation des patrimoines disparaît ». Et la Cour d'ajouter que « la société ne dispose jamais d'une personnalité distincte de celle de ses commandités, même lorsque ses biens sont suffisants pour faire face à ses obligations. Une poursuite contre la société est effectivement une poursuite contre les commandités »⁴⁸.

Nous ne pouvons être d'accord avec de tels raccourcis et de telles conclusions. Il est vrai que la société ne dispose jamais d'une personnalité distincte de celle de ses associés. Il ne faut plus réfléchir en termes de personnalité morale en matière de sociétés de personnes. Il faut changer de paradigme ! Depuis 1994, au Québec, la disqualification du statut de personne morale ne nous conduit plus automatiquement au statut d'indivision. Depuis la réforme du C.c.Q., agir pour un groupement ne passe plus obligatoirement par le moule de la personnalité morale. Il existe d'autres avenues possibles en raison de la transformation de la conception patrimoniale ; d'autres régimes juridiques, comme celui des sociétés de personnes, permettent de concilier l'existence de l'autonomie patrimoniale et la présence d'autres attributs juridiques – par exemple la capacité d'ester en justice – hors du moule de la personnalité morale.

3. La modélisation de la société de personnes sous le *Code civil du Québec*

Comme le reconnaissent la jurisprudence et la doctrine majoritaires depuis l'adoption du C.c.Q., et comme l'a consacré magistralement le plus haut tribunal de la province en 2010⁴⁹, la nature juridique des sociétés en nom collectif et des sociétés en commandite ne repose plus sur la personnalité morale. Le C.c.Q. a définitivement clos le débat à ce chapitre. C'est la conception moderne des patrimoines d'affectation qui constitue aujourd'hui le fondement de la nouvelle analyse des sociétés de personnes.

48. 9171-3990 *Québec inc. c. 9086-4752 Québec inc.*, 2014 QCCA 2258, par. 28.

49. *Ferme CGR enr. (Faillite de)*, 2010 QCCA 719, EYB 2010-172527.

Nous présenterons, dans une première section, les principaux attributs juridiques de la société (A.) et, dans une seconde section, la modélisation de la société selon la Cour d'appel du Québec (B.).

A. *Le Code civil du Québec et les attributs juridiques de la société*

Les modes de constitution et d'organisation des personnes morales sont, depuis 1994, strictement réglementés par le législateur :

298. Les personnes morales ont la personnalité juridique. Elles sont de droit public ou de droit privé.

299. Les personnes morales sont constituées suivant les formes juridiques prévues par la loi et parfois directement par la loi. Elles existent à compter de l'entrée en vigueur de la loi ou au temps que celle-ci prévoit, si elles sont de droit public, ou si elles sont constituées directement par la loi ou par l'effet de celle-ci ; autrement, elles existent au temps prévu par les lois qui leur sont applicables.

300. Les personnes morales de droit public sont d'abord régies par les lois particulières qui les constituent et par celles qui leur sont applicables ; les personnes morales de droit privé sont d'abord régies par les lois applicables à leur espèce. Les unes et les autres sont aussi régies par le présent Code lorsqu'il y a lieu de compléter les dispositions de ces lois, notamment quant à leur statut de personne morale, leurs biens ou leurs rapports avec les autres personnes.

Il n'y a donc de personnes morales que suivant les formes juridiques prévues par la loi ou encore par constitution directe de la loi. La première façon de constituer une personne morale est celle décrite dans une loi d'application générale, par exemple la *Loi sur les sociétés par actions*⁵⁰ ou encore la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*⁵¹. La seconde façon concerne les personnes morales créées directement par une loi spéciale. Il s'agit du mode de constitution privilégié pour la plupart des sociétés d'État, de même que pour les ordres professionnels d'exercice exclusif.

50. RLRQ, c. S-31.1.

51. L.R.C. (1985), ch. C-44.

Chacune de ces personnes morales est d'abord régie par les lois applicables à son espèce et, subsidiairement seulement, par le C.c.Q.⁵², lorsqu'il y a lieu de compléter les dispositions de ces lois. Le cadre juridique des personnes morales apparaît donc clairement défini dans le Code civil et aucune ambiguïté ne semble exister quant à l'hégémonie de la théorie de la fiction.

Cette domination de la fiction est même consacrée au cœur même du chapitre sur les sociétés, puisque seule la société par actions est, en effet, qualifiée de personne morale par le législateur :

2188. La société est en nom collectif, en commandite ou en participation. *Elle peut aussi être par actions ; dans ce cas, elle est une personne morale.* (Nos italiques)

Bien que les sociétés en nom collectif et en commandite ne soient pas qualifiées de personne morale par le C.c.Q., le législateur a accru leurs attributs juridiques de façon à leur conférer cette plus grande indépendance et pérennité « normalement » caractéristiques d'une personne morale.

Sous l'empire du C.c.B.C., les sociétés de personnes possédaient, aux yeux de la doctrine et de la jurisprudence majoritaires, plusieurs attributs juridiques et leur capacité juridique était justifiée par la personnalité morale. Cependant, comme cela était souvent rappelé, cette personnalité était incomplète, imparfaite, larvaire ou encore embryonnaire : la société ne pouvait ester en justice sans le concours de ses membres et, ce qui la défavorisait le plus par rapport à la société par actions, la responsabilité des associés n'était pas limitée aux apports et pouvait ainsi s'étendre à toutes les dettes sociales. D'autres argumentaient encore que l'existence de la société était beaucoup trop liée au sort des associés, ou à leur volonté, pour qu'elle constitue une personne morale. Presque toutes ces « imperfections » ont été corrigées par le C.c.Q.

Les sociétés en nom collectif et en commandite peuvent ainsi depuis 1994 : ester en justice⁵³, racheter les parts sociales de leurs

52. Seul le premier chapitre du C.c.Q., soit les articles 298 à 333, constitue le droit supplétif (C.c.Q., art. 300, al. 2). Le chapitre deuxième ne s'applique qu'à certaines personnes morales, soit celles qui sont décrites dans l'article 334 C.c.Q.

53. C.c.Q., art. 2225.

membres⁵⁴, ne compter qu'un seul membre⁵⁵, avoir une existence indépendante de leurs membres⁵⁶, et être liquidées suivant les mêmes règles que les personnes morales⁵⁷.

Quant aux associés, il leur est dorénavant possible de céder⁵⁸ et d'hypothéquer⁵⁹ leur part dans l'actif et dans les bénéfices de la société.

Les sociétés de personnes ne constituent pas des personnes morales au sens du C.c.Q., mais le Code civil leur confère indubitablement plusieurs attributs juridiques caractéristiques, dans l'analyse traditionnelle, d'une personne morale. Comment expliquer cette individualité juridique hors du moule de la personnalité morale ?

B. La reconnaissance magistrale de la Cour d'appel dans Ferme CGR enr. (Faillite de)

Plusieurs décisions ont traité, avec plus ou moins d'éloquence, de la question de la personnalité morale de la société depuis 1994. La plupart de ces affaires reconnaissent les attributs juridiques de la société – elle peut ester en justice⁶⁰ et elle possède un patrimoine⁶¹ – sans en explorer plus avant les fondements⁶². Parmi les premières décisions, plusieurs s'appuyaient sur le jugement *Allard* et refusaient l'autonomie patrimoniale aux

54. C.c.Q., art. 2209, al. 1.

55. C.c.Q., art. 2232.

56. C.c.Q., art. 2226-2229.

57. C.c.Q., art. 2235.

58. C.c.Q., art. 2209.

59. C.c.Q., art. 2211.

60. *Ferme Jolis-Bois, S.E.N.C. c. Charlebois*, C.S. Arthabaska, n° 415-05-000547-983, 21 février 2003, juge J. Allard, 6 p., J.E. 2003-932, REJB 2003-38156.

61. *Côté, Paquin c. Côté*, C.S. Terrebonne, n° 700-17-001844-041, 26 mars 2004, juge M. St-Pierre, 6 p., J.E. 2004-863, REJB 2004-61160.

62. *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Lacasse*, [2000] R.D.F.Q. (C.Q.), J.E. 2000-1376 (requête pour permission d'appeler rejetée (C.A., 2000-07-19), n° 500-09-009863-002) ; *Sumabus Inc. c. Daoust*, C.S. Montréal, n° 500-05-012277-883, 10 janvier 1994, juge Lesyk, 12 p., J.E. 94-195 ; *Denem ltée c. Greenshields Inc.*, C.S. Montréal, n° 500-05-01718-929, 18 mars 1994, juge Gratton, 13 p., J.E. 94-655 ; *Dufour c. Savard*, [1995] R.L. 327, 328 (C.Q.) ; *Duval Hesler c. Lalonde*, C.Q. Montréal, n° 500-02-005017-954, 9 octobre 1996, juge Boissonneault, 9 p., J.E. 97-8 ; *Côté c. Ouellet*, C.S. Chicoutimi, n° 150-05-000131-930, 15 juin 1995, juge A. Gervais, 11 p., J.E. 95-1491.

sociétés sous prétexte qu'elles ne constituaient pas des personnes morales⁶³. Ces décisions n'ont plus leur raison d'être.

Dans *Ferme CGR enr. (Faillite de)*⁶⁴, une décision de principe que l'on attendait depuis l'avènement du C.c.Q., la Cour d'appel du Québec met fin à 16 ans de controverse en concluant que le nouveau Code québécois a définitivement clos le débat sur la personnalité juridique des sociétés. Cela ne signifie cependant pas qu'il faille en conclure que la société est une indivision et à cet égard les propos de la Cour sont dépourvus d'ambiguïté : « il n'apparaît plus possible de traiter du patrimoine de la société comme s'il appartenait par indivision aux associés ». Le législateur a plutôt choisi d'incorporer la théorie dite objective du patrimoine, laquelle reconnaît l'existence de patrimoines autonomes : « il a accordé à la "s.e.n.c." des attributs juridiques [dont un patrimoine autonome] qui la propulsent à un degré d'autonomie que ne lui reconnaissait pas le C.c.B.C. ».

Vu l'importance de la démonstration et des conclusions livrées par le plus haut tribunal québécois, nous reproduisons en entier les paragraphes 66 à 74 de la décision *unanime* :

[66] Le législateur a choisi d'incorporer la théorie dite objective du patrimoine. Tout en prévoyant que toute personne est titulaire d'un patrimoine, il a reconnu l'existence de patrimoines autonomes (articles 2 et 915 C.c.Q.). D'ailleurs, il a accordé à la « s.e.n.c. » des attributs juridiques qui la propulsent à un degré d'autonomie que ne lui reconnaissait pas le *Code civil du Bas-Canada*.

[67] Le premier de ces attributs est de nature patrimoniale. L'apport des associés à la société s'effectue par la voie d'un *transfert de propriété* de l'associé à la société. L'article 2199 est ainsi libellé :

2199. L'apport de biens est réalisé par le transfert des droits de propriété ou de jouissance et par la mise des biens à la disposition de la société.

63. Plus nombreuses dans les mois qui ont suivi la notoire affaire, voir par exemple, *Caisse populaire Laurier c. 2959-6673 Québec Inc.*, C.S. Québec, n° 200-05-004938-960, 28 novembre 1996, juge F. Barakett, BDI 97-107 ; *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Paul*, [1997] R.D.F.Q. 175 (C.S.) (appel rejeté (C.A., 1998-11-20), n° 200-10-000519-970, SOQUIJ AZ-99011051, J.E. 99-25, D.F.Q.E. 99F-20, [1999] R.D.F.Q. 23 (rés.)) ; les décisions qui s'appuient encore aujourd'hui sur *Allard* ont presque complètement disparu.

64. *Ferme CGR enr. (Faillite de)*, 2010 QCCA 719, EYB 2010-172527.

Dans ses rapports avec la société, celui qui apporte des biens en est garant, de la même manière que le vendeur l'est envers l'acheteur, lorsque son apport est en propriété ; lorsque son apport est en jouissance, il est garant comme le locataire l'est envers le locataire.

L'apport en jouissance de biens normalement appelés à être renouvelés pendant la durée de la société transfère la propriété des biens à la société, à la charge pour celle-ci, d'en rendre une pareille quantité, qualité et valeur.

[68] Les biens de la société constituent ainsi un patrimoine autonome, distinct de celui des associés, et qui est composé de l'apport de chaque associé. Ce patrimoine s'accroîtra ou diminuera en fonction des activités de la société. Comment ne pas reconnaître la volonté clairement exprimée du législateur de créer par le transfert de propriété un patrimoine qui sera affecté à la seule société.

[69] En contrepartie de son apport, l'associé recevra une part sociale, soit un bien mobilier qu'il pourra éventuellement hypothéquer ou céder (art. 2202, 2210, 2211 et 907 C.c.Q.).

[70] Ce patrimoine sera utilisé en fonction du seul intérêt de la société (art. 2208 C.c.Q.) et administré en vertu des règles qui lui sont propres (art. 2212 et suiv. C.c.Q.). Sans qu'il soit nécessaire de trancher définitivement cette question, je note qu'aux termes des textes du *Code civil du Québec* rien ne semble s'opposer à ce que la « s.e.n.c. », qui n'a pas la personnalité juridique, contracte des obligations et en réponde sur ses biens.

[71] Ce patrimoine social se distingue du patrimoine des associés. À cet égard, il n'apparaît plus possible de traiter du patrimoine de la société comme s'il appartenait, par indivision, aux associés. Comme on l'a vu, il s'agit plutôt d'un patrimoine qui jouit d'une autonomie propre.

[72] Autre attribut, le droit d'ester en justice (art. 2225 C.c.Q.), droit qui lui était nié sous l'empire du C.c.B.C.

[73] Depuis 1994, la société peut être temporairement composée d'un seul membre (art. 2232 C.c.Q.) et être liquidée suivant les règles applicables aux personnes morales (art. 2235).

[74] Finalement, le second alinéa de l'article 2221 C.c.Q. distingue les patrimoines pour le paiement des obligations de la société.⁶⁵

65. *Ferme CGR enr. (Faillite de)*, 2010 QCCA 719, EYB 2010-172527, par. 66-74 (nos italiques).

Après avoir répondu à la question de fond concernant la nature juridique des sociétés de personnes, la Cour d'appel tranche la question soulevée par le pourvoi en matière de faillite. Ici encore, en raison de son importance, nous présentons au long le raisonnement de la Cour d'appel :

[76] La L.F.I. a mis en place un système organisé pour la liquidation ordonnée d'un patrimoine et la distribution entre les créanciers du produit de cette liquidation.

[77] La L.F.I. confère une autonomie à la « s.e.n.c. » en l'assimilant aux personnes susceptibles de faire cession de leurs biens.

[78] Les dispositions du *Code civil du Québec* reconnaissent aux « s.e.n.c. » une autonomie patrimoniale à l'égard de biens facilement identifiables, affectés à la société, et qui peuvent faire l'objet d'une liquidation qui leur est propre.

[79] L'interprétation appropriée des textes de lois (L.F.I. et C.c.Q.) étaye la thèse de la cession autonome des biens de la « s.e.n.c. ». À cet égard, l'application des textes de la L.F.I. s'harmonise avec ceux du C.c.Q. et l'interprétation qui tend vers cette harmonie doit être préférée à toute autre.

[80] Dès lors, je ne peux concevoir que le séquestre officiel puisse refuser l'acte de cession en fonction des textes anciens et obsolètes et d'une jurisprudence qui les applique.

[81] Le législateur fédéral, me semble-t-il, a établi des mécanismes souples et variés qui laissent à l'initiative des créanciers de provoquer, tantôt la faillite de la société, tantôt celle d'un ou plusieurs associés à l'exclusion de celle de la société, tantôt la faillite de la société et des associés. En l'absence d'un texte clair, il n'appartient pas au séquestre officiel de se substituer à la volonté et à l'intérêt des créanciers.⁶⁶

Il y a peu de choses à ajouter à la suite d'une telle décision. Il s'agit d'une grande victoire pour les partisans de l'autonomie juridique des sociétés de personnes hors du moule de la personnalité morale. Cette décision était attendue avec beaucoup d'émoi par la communauté juridique, car les sociétés de personnes n'auront jamais fait autant jaser qu'en ce début de troisième millénaire.

66. *Ferme CGR enr. (Faillite de)*, 2010 QCCA 719, EYB 2010-172527, par. 76-81 (nos italiques).

La question posée à la Cour d'appel était classique depuis le 1^{er} janvier 1994, puisque l'analyse des sociétés de personnes a connu un changement de paradigme. Sous le C.c.B.C., tout patrimoine devait inconditionnellement être relié à une personne. Par conséquent, seule la fiction de la personne morale permettait à des personnes qui désiraient faire des affaires d'isoler leur patrimoine personnel de leur patrimoine professionnel. Depuis 1994, nous n'avons cessé de le marteler, la dynamique est complètement transformée et ces bouleversements dépassent de loin l'introduction *de certains patrimoines d'affectation*, comme la fiducie.

En effet, alors que la théorie patrimoniale subissait une mutation fondamentale, les conséquences de ce changement n'étaient pas réellement mesurées. Qu'il s'agisse des *Commentaires du ministre* ou des autres commentateurs qui ont posé un regard sur la première mouture du Code, les analyses ont porté essentiellement sur la pointe de l'iceberg, la fiducie, sans insister sur les conséquences induites par les nouveaux articles 2 et 2645 C.c.Q. En outre, la distinction entre la division et l'affectation de patrimoine a été occultée, sans oublier que personne n'a véritablement fait l'exercice de recenser les différentes divisions de patrimoine qui sont parsemées ici et là à travers le Code.

La position soutenue par le surintendant des faillites en 2010 est exactement celle qui avait été défendue par le juge Brossard de la Cour d'appel en 1996 dans l'affaire *Allard*⁶⁷, avant qu'il n'effectue un virage⁶⁸ à 180 degrés dans *Polyclinique Fabreville*⁶⁹ ! Bien que cette dernière décision constituait un pas en avant dans la quête d'émancipation des sociétés de personnes, il n'en demeure pas moins qu'il s'agissait d'un simple morceau dans le casse-tête des sociétés de personnes, morceau qui s'est greffé aux dizaines d'autres décisions de la Cour du Québec et de la Cour supérieure qui ont reconnu depuis 1994 les attributs juridiques

67. *Québec (Ville de) c. Cie d'immeubles Allard ltée*, [1996] R.J.Q. 1566 (C.A.), J.E. 96-1388, EYB 1996-65332.

68. Il faut, en effet, se rappeler, que c'est le juge Brossard qui avait rédigé l'opinion majoritaire dans *Allard*, opinion selon laquelle la société ne pouvait détenir de patrimoine, car elle n'était pas une personne. Onze ans plus tard, alors qu'il fait partie d'un Banc de trois juges dans *Polyclinique Fabreville*, la Cour d'appel émet un avis contraire en énonçant qu'« une société en commandite comme toute autre société a un patrimoine propre qui, tant qu'il est suffisant, est distinct de celui des personnes dont elle est constituée » : *Polyclinique médicale Fabreville, s.e.n.c. c. Ville de Laval*, [2006] R.J.Q. 1832 (C.S.), EYB 2006-106573, par. 24.

69. *Polyclinique médicale Fabreville, s.e.n.c. c. Ville de Laval*, [2006] R.J.Q. 1832 (C.S.), EYB 2006-106573.

des sociétés, dont l'autonomie patrimoniale, hors du cadre de la personnalité morale.

La décision rendue le 16 avril 2010 dans *Ferme CGR enr. (Faillite de)* se situe à un autre niveau. Elle vient en fait mettre fin à une controverse. C'est la raison pour laquelle nous déplorons que *9171-3990 Québec inc. c. 9086-4752 Québec inc.* paraisse rouvrir une question considérée comme résolue.

Il est manifeste aujourd'hui que, bien que les sociétés en nom collectif et en commandite ne soient pas des personnes, elles possèdent une *individualité juridique* à l'égard des tiers. L'individualité juridique est ce qui caractérise les sociétés de personnes en termes de droits et d'obligations. Nous privilégions cette expression car elle permet d'incarner les droits et obligations des sociétés de personnes et de les distinguer de la *personnalité juridique* qui constitue l'« aptitude à être titulaire de droits et assujettis à des obligations, qui appartiennent à toutes les personnes physiques et dans des conditions différentes aux personnes morales »⁷⁰.

Conclusion

La position soutenue par la Cour d'appel du Québec le 10 décembre 2014 dans l'affaire *9171-3990 Québec inc. c. 9086-4752 Québec inc.*⁷¹ est difficile à comprendre. Il est étonnant que la Cour se soit éloignée ainsi de sa propre jurisprudence ; d'autant plus que la Cour reprend pourtant certains principes fondamentaux de la décision *Ferme CGR* – les sociétés n'ont pas la personnalité juridique, l'autonomie patrimoniale et le bénéfice de discussion⁷² – mais n'en tire aucune conséquence par la suite. Au contraire, à peine un paragraphe plus loin, sans vraiment expliquer, la Cour conclut que le juge de première instance a commis une erreur de droit en décidant « que les appelantes ne pouvaient pas poursuivre les intimées à moins de démontrer l'insuffisance de fonds des sociétés en commandite ». Pourtant, le juge de première instance n'a fait que suivre la jurisprudence antérieure.

70. Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, coll. « Quadrige », 10^e éd., Paris, P.U.F., 2014.

71. *9171-3990 Québec inc. c. 9086-4752 Québec inc.*, 2014 QCCA 2258.

72. *9171-3990 Québec inc. c. 9086-4752 Québec inc.*, 2014 QCCA 2258, par. 15-16.

Nous avons voulu démontrer dans cet article que la Cour d'appel n'a pas raison : le recours contre le commandité est conditionnel à la démonstration de l'insuffisance des biens de la société en commandite. L'article 2221, al. 2, qui articule le droit de gage des créanciers sociaux, veut que le patrimoine social réponde *au préalable* des dettes sociales et les patrimoines des associés n'entrent en action qu'à la suite de la discussion du patrimoine social, et après le paiement de leurs propres créanciers. Il s'agit d'un principe fondamental en droit des sociétés de personnes qui découle non seulement de l'article 2221, al. 2, mais aussi de plusieurs autres dispositions du Code. Le C.c.B.C. était au même effet. Par conséquent, et contrairement à ce que prétend la Cour d'appel dans sa décision, le lien de droit entre le commandité et le créancier de la société en commandite n'existe pas dès la formation de l'obligation entre le créancier et la société. Ce n'est qu'après la discussion du patrimoine social et après le désintéressement de ses propres créanciers, que l'associé se voit obligé à l'égard des créanciers de la société.

En outre, en matière procédurale, est-il nécessaire de rappeler que le droit de poursuite du créancier contre l'associé ne s'avère pas complètement paralysé par le bénéfice de discussion. Le créancier peut entreprendre son action contre l'associé et ce dernier, la suspendre par l'exception dilatoire prévue au paragraphe 2 de l'article 168 C.p.c., ce qui ne cause pas de préjudice au créancier et s'avère équitable pour l'associé.

Enfin, contrairement à l'approche adoptée par la Cour d'appel dans cette affaire, il ne faut plus réfléchir en termes de personnalité morale en présence de société de personnes. Les enseignements de la Cour d'appel dans *Ferme CGR enr.* sont très justes : on ne peut plus considérer le patrimoine de la société comme s'il appartenait par indivision aux associés. Le paradigme n'est plus le même. Le législateur a choisi d'introduire la théorie du patrimoine, laquelle reconnaît l'existence de patrimoines autonomes : « il a accordé à la "s.e.n.c." des attributs juridiques [dont un patrimoine autonome] qui la propulsent à un degré d'autonomie que ne lui reconnaissait pas le C.c.B.C. ».

Nous avons eu l'occasion, depuis le tout début de notre carrière, de donner moult opinions juridiques sur la nature juridique des sociétés et d'effectuer de nombreuses expertises devant les tribunaux pour départager les droits des associés de ceux de

la société. Dans tous ces dossiers, il s'agissait de femmes et d'hommes prisonniers de débats théoriques qu'ils ne comprenaient pas, mais qui subissaient des conséquences pratiques et économiques importantes. Qu'il s'agisse d'exonérations des droits de mutations immobilières dont la société ne pouvait bénéficier ou encore de l'impossibilité pour une société de se représenter seule devant la Régie du logement⁷³, parce que la loi ne considère que les personnes et que la société n'est pas une personne, ultimement c'est le contribuable qui exploite son entreprise sous la forme d'une société de personnes qui paie le prix de ces dérapages. Il s'avère important de remettre, dès maintenant, les pendules à l'heure, de sensibiliser les procureurs et la communauté juridique, afin de ne pas laisser renaître de ses cendres un débat qui n'a plus sa raison d'être.

73. *Société L.R.M. c. Québec (Régie du logement)*, 2014 QCCS 3916 ; 9137-1096 *Québec inc. c. Montréal (Ville de)*, 2006 QCCQ 5136.

La convocation de témoins extraprovinciaux : vers une meilleure harmonisation avec le reste du Canada ?

Gabriel FAURE et Noah ZUCKER

Résumé

La convocation de témoins résidant ailleurs au Canada à témoigner dans le cadre des instances québécoises est nécessaire à la bonne administration de la justice. En vertu de l'actuel *Code de procédure civile*, les tribunaux québécois peuvent émettre des citations à comparaître aux résidents de l'Ontario et, dans une mesure incertaine, à ceux des autres provinces et territoires canadiens. Le nouveau *Code de procédure civile* prévoit quant à lui un régime de convocation visant d'emblée l'ensemble des résidents canadiens. Mais l'exécution d'une citation à comparaître d'origine québécoise ailleurs au Canada soulève un problème en raison de l'absence d'une immunité complète pour les témoins extraprovinciaux en droit québécois. Il semble qu'une citation québécoise ne puisse être homologuée en vertu de la loi type de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada que l'ensemble des ressorts de common law ont intégrée à leur législation. Toutefois, en Ontario, une loi préconfédérative permettant l'exécution des citations québécoises est toujours en vigueur et opérante.

Summary

The summoning of witnesses residing elsewhere in Canada to testify in Quebec proceedings is essential for the proper administration of justice. Under the current *Code of Civil Procedure*, Quebec courts can issue *subpœnas* to residents of Ontario and, to an uncertain extent, to those of other Canadian provinces and territories. The new *Code of Civil Procedure* incorporates a mech-

anism for summoning all Canadian residents. The execution in the rest of Canada of a *subpœna* issued in Quebec is, however, problematic because of the lack of a complete immunity for extraprovincial witnesses under Quebec law. It appears that a Quebec *subpœna* cannot be received under the model law of the Uniform Law Conference of Canada that all Common Law jurisdictions have integrated into their legislation. Nonetheless, in Ontario, a pre-confederate act allowing the execution of Quebec *subpœnas* is still in force and effective.

La convocation de témoins extraprovinciaux : vers une meilleure harmonisation avec le reste du Canada ?

Gabriel FAURE et Noah ZUCKER*

Introduction	77
1. La convocation d'un témoin résidant dans les autres provinces et territoires du Canada	78
1.1 Les résidents de l'Ontario	80
1.2 Les résidents des autres provinces et territoires canadiens	82
1.3 Le nouveau <i>Code de procédure civile</i>	83
2. L'homologation d'une citation à comparaître d'origine québécoise dans les autres provinces et territoires du Canada	86
2.1 L'homologation en vertu de la Loi type de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada	87
2.2 L'homologation en vertu de la Loi préconfédérative en Ontario	91
Conclusion	93

* Avocats au sein du cabinet Fishman Flanz Meland Paquin. Les auteurs remercient Antoine Guilmain pour ses judicieux commentaires. La recherche jurisprudentielle est à jour au 1^{er} mars 2015.

Introduction

La citation à comparaître¹ est « un ordre du tribunal enjoignant à une personne de se présenter à une date, une heure et un lieu déterminés pour y rendre témoignage ou pour y produire un document »². Il s'agit d'un instrument de procédure civile indispensable tant à la recherche de faits qu'à la preuve de ceux-ci devant le tribunal. Pour les justiciables québécois, l'efficacité de cet outil s'estompe au-delà des frontières de la province, d'où l'intérêt de recourir au procédé de la citation à comparaître interterritoriale. Celle-ci permet de contraindre les témoins résidant dans une autre province ou un territoire du Canada à rendre témoignage ou produire des documents en personne ou par visioconférence³. À la différence de la commission rogatoire où le tribunal ne prend généralement connaissance que des dépositions écrites des témoins⁴, la citation interterritoriale offre la possibilité au juge de voir le témoin et de lui poser des questions afin d'apprécier sa crédibilité⁵.

Le casse-tête des citations interterritoriales n'est pas récent. Alors que le Canada-Est et le Canada-Ouest forment le Canada-Uni, l'Acte concernant la nomination de commissaires pour recevoir les affidavits, et la comparution des témoins dans les cours du Haut et du Bas Canada, réciproquement⁶ prévoit que les tribunaux de chacune des deux entités territoriales peuvent convoquer un témoin résidant dans l'autre entité territoriale, mais que seul

1. Selon le ministère de la Justice, les expressions *bref de subpoena* et *assignation à comparaître* doivent être évitées : Québec, ministère de la Justice, « Termes juridiques – Vocabulaire français », *sub verbo* « citation à comparaître », en ligne : <goo.gl/qqY0Y1>.
2. Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 4^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, *sub verbo* « Subpoena (bref de) » [Reid]. Bien que cette définition indique que la citation émane du tribunal, le *Code de procédure civile*, RLRQ c C-25, art 280 [Cpc ou *Code de procédure civile*] et le *Code de procédure civile*, RLRQ c C-25.01, art 269 [nCpc ou nouveau *Code de procédure civile*] précisent que la citation peut également être délivrée par un avocat.
3. *Règlement de procédure civile*, RLRQ c C-25, r 11, art 45.2 ; nCpc, art 279 al 4, 497 al 1. Voir Antoine Guilmain, « Le nouveau Code de procédure civile au prisme des technologies de l'information » (2014) 73 R du B 471 aux pp 494-501 [Guilmain].
4. Cpc, art 434, 436 ; nCpc, art 503.
5. Voir, par exemple, *Camerano c 9015-0764 Québec inc*, 2010 QCCS 1451 au para 4 [Camerano].
6. SRC 1859, c 79, art 4, 8 [Loi préconfédérative], d'abord adopté par S Prov C 1855 (18 Vict), c 9.

le tribunal de la résidence du témoin peut le sanctionner en cas de défaillance. À la suite de la Confédération canadienne, cette loi demeure en vigueur au Québec et en Ontario, qui peuvent toutefois l'abroger ou la modifier, car la procédure en matières civiles est de compétence provinciale⁷.

La problématique de la convocation interterritoriale ressurgit dans les années 1970 lors de travaux de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. Ce regroupement de juristes constate les imperfections de la commission rogatoire et la possibilité de convoquer un témoin où qu'il réside au Canada dans les matières de compétence fédérale⁸. S'inspirant de la *Loi préconfédérative*⁹, la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada adopte ainsi une loi type sur les assignations interprovinciales en 1974¹⁰ qui est par la suite intégrée aux législations des douze ressorts de common law du Canada¹¹. Quant au législateur québécois, il reste en marge de cette initiative d'harmonisation jusqu'à l'adoption du nouveau *Code de procédure civile* dans lequel il introduit partiellement la Loi type¹². Il y a donc lieu d'examiner comment les tribunaux québécois peuvent citer à comparaître un témoin résidant dans une autre province ou un territoire du Canada, ainsi que les conditions d'exécution d'une telle citation.

1. La convocation d'un témoin résidant dans les autres provinces et territoires du Canada

Une province canadienne ne peut édicter des lois ayant une portée extraterritoriale. Cette restriction constitutionnelle

7. *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, reproduite dans LRC 1985, annexe II, n° 5, art 92(14), 129 [*Loi constitutionnelle de 1867*] ; 2632-7502 *Québec inc v Pizza Pizza Canada inc* (1993), 57 QAC 313, 1993 CanLII 3996 (CA) [*Pizza Pizza*].
8. Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, « Appendix N. Report of the Manitoba Commissioners: Interprovincial Subpoenas » dans *Proceedings of the Fifty-fifth Annual Meeting of the Uniform Law Conference of Canada, 1973*, 292 aux pp 292-293 [Rapport CHLC 1973]. En matières fédérales, voir *Code criminel*, LRC 1985, c C-46, art 699(2) ; *Loi sur les Cours fédérales*, LRC 1985, c F-7, art 55(1).
9. *Supra* note 6.
10. Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, « The Interprovincial Subpoena Act » dans *Proceedings of the Fifty-sixth Annual Meeting of the Uniform Law Conference of Canada, 1974*, 189 [Loi type].
11. Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, « Projet relatif à la Loi uniforme sur les assignations interterritoriales : Rapport du groupe de travail 2012 », août 2012, en ligne : <goo.gl/YRxbO> au para 7 [Rapport CHLC 2012].
12. *Supra* note 10.

découle du passage liminaire de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹³, comme l'enseigne le juge Binnie dans l'arrêt *Unifund Assurance Co c Insurance Corp of British Columbia*¹⁴ :

Cette restriction de la portée territoriale est fondamentale dans notre régime fédéral où chaque province est tenue de respecter la souveraineté législative des autres provinces dans leurs champs de compétence respectifs, et où elle s'attend au même respect en retour.¹⁵

De même, tel que l'indique le juge La Forest dans l'arrêt *Tolofson c Jensen*¹⁶, les tribunaux sont « limités dans l'exercice de leurs pouvoirs de la même façon que les législatures provinciales ». Il n'est donc pas étonnant que le *Code de procédure civile* précise que la compétence des tribunaux québécois « s'étend à tout le Québec »¹⁷. En principe, impossible pour un juge québécois d'enjoindre à un justiciable qui réside à l'extérieur du Québec de faire quoi que ce soit¹⁸.

Comme la citation à comparaître est l'ordre d'un tribunal à une personne, il semble que les tribunaux québécois ne peuvent convoquer des résidents d'un autre ressort, sous peine d'excès de compétence. Cependant, on peut considérer la citation d'un témoin d'un autre ressort comme une ordonnance dépourvue de force exécutoire à l'extérieur du Québec, de sorte que le témoin défaillant ne pourra être contraint et puni que par le tribunal de sa résidence. Dans ce cas, la convocation interterritoriale ne constitue pas un excès de compétence¹⁹. Ainsi, en vertu de l'actuel *Code de procédure civile*, les tribunaux québécois peuvent citer à

13. *Supra*, note 7.

14. 2003 CSC 40.

15. *Ibid* au para 51. Voir *Colombie-Britannique c Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49 au para 30.

16. [1994] 3 RCS 1022 à la p 1065.

17. Cpc, art 23.

18. *McGuire v McGuire and Desordi*, [1953] OR 328, 1953 CanLII 150 (CA) [*McGuire*] ; *Sous-ministre du Revenu du Québec c Fornataro*, [1983] RL 344, AZ-82021209 (Azimut) (CS) [*Fornataro* avec renvois aux RL]. Elizabeth Edinger, « Territorial Limitations on Provincial Powers » (1982) 14 RD Ottawa 57 à la p 64.

19. *Masri v Consolidated Contractors International Company SAL*, [2009] UKHL 43 ; FA Mann, « The Doctrine of Jurisdiction in International Law » dans Académie de droit international de La Haye, *Recueil des cours*, vol 111, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1964, 1 à la p 137 ; Léo Ducharme et Charles-Maxime Panaccio, *L'administration de la preuve*, 4^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2010 au para 193 [Ducharme et Panaccio] ; Linda S Abrams et Kevin P McGuinness, *Canadian Civil Procedure Law*, 2^e éd, Markham, LexisNexis, 2010 au para 13.201.

comparaître des témoins de l'Ontario et, dans une mesure incertaine, des témoins des autres provinces et territoires canadiens. Quant au nouveau *Code de procédure civile*, il prévoit d'emblée la convocation de témoins résidant au Canada.

1.1 Les résidents de l'Ontario

Le droit québécois prévoit spécifiquement la citation à comparaître de témoins résidant en Ontario à l'article 282 du *Code de procédure civile*, reprenant le mécanisme de la *Loi préconfédérative*²⁰. Bien que cette disposition se retrouve à la section concernant « l'assignation des témoins » du chapitre intitulé « De l'instruction devant le tribunal »²¹, elle est applicable par renvoi à d'autres façons d'interroger, comme l'interrogatoire préalable²² et l'interrogatoire du débiteur après jugement²³.

Cependant, dans l'affaire *Fornataro*²⁴, le tribunal refuse d'enjoindre à un résident de l'Ontario de se présenter au Québec pour déclarer ses revenus et en déposer la partie saisissable conformément à l'article 651 Cpc²⁵. Bien qu'elle reconnaisse la règle édictée à l'article 282 Cpc, la Cour, s'appuyant sur l'article 284 al 4 Cpc, refuse de rendre l'ordonnance recherchée parce qu'elle estime qu'une telle ordonnance serait sans effet :

[S]i l'ordonnance est inexécutable, il serait illusoire et même inutile d'émettre une telle ordonnance, car la possibilité d'exécuter un jugement doit être un critère déterminant. Les tribunaux ne doivent pas rendre des jugements pour la forme seulement. [...]

[D]ans la situation décrite dans le présent dossier, parce que le domicile de l'intimé est décrit comme étant dans la Province d'Ontario, les tribunaux québécois ne possèdent pas la compétence voulue pour contraindre un non-résident de se conformer à ses ordonnances.²⁶

20. *Supra* note 6.

21. Cpc, art 274-331.

22. *Ibid*, art 395 ; Denis Ferland et Benoît Emery, *Précis de procédure civile du Québec : Art. 1 – 481 C.p.c.*, vol 1, 4^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2003 à la p 564 [Ferland et Emery].

23. Cpc, art 545 ; Charles Belleau, « Exécution des jugements » dans Denis Ferland et Benoît Emery, dir, *Précis de procédure civile du Québec : Art. 482 – 1051 C.p.c.*, vol 2, 4^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2003, 105 à la p 120.

24. *Supra* note 18.

25. *Ibid* à la p 348.

26. *Ibid* aux pp 348-349.

Nonobstant cette décision que l'on pourrait comprendre comme étant à propos d'une mesure d'exécution plutôt que sur la convocation d'un témoin ontarien²⁷, la doctrine²⁸ et une jurisprudence abondante²⁹ reconnaissent la compétence des tribunaux québécois de citer à comparaître des résidents ontariens. Par exemple, dans l'affaire récente *Widdrington*³⁰, la Cour supérieure accueille une requête pour interroger un résident ontarien après jugement en sa capacité personnelle et comme représentant d'une société en nom collectif domiciliée en Ontario, se basant sur les articles 282 et 543 Cpc.

La convocation prévue à l'article 282 Cpc est soumise à plusieurs conditions de validité. Premièrement, la citation à comparaître doit être faite sur ordonnance spéciale d'un juge ou d'un greffier québécois³¹. Deuxièmement, elle doit être signifiée au témoin conformément à la loi d'Ontario, c'est-à-dire en conformité avec les *Règles de Procédure Civile*³² en vigueur dans cette province. Troisièmement, il faut qu'aucun autre litige ne soit pendant entre les mêmes parties et pour la même cause en Ontario. Quatrièmement, les frais de déplacement et, le cas échéant, l'indemnité pour la perte de temps et les allocations pour les frais de repas et d'hébergement doivent avoir été avancés au témoin³³. Ces frais, indemnité et allocations doivent être calculés selon la *Loi sur les assignations interprovinciales*³⁴ de l'Ontario.

L'article 282 Cpc mentionne en outre que le tribunal n'autorise la convocation que si la présence du témoin « est nécessaire ». Il y a controverse concernant cette exigence. Dans la cause *Taillefer*³⁵, la Cour estime que la décision d'émettre une citation à

27. *Widdrington (Succession de) c Wightman*, 2014 QCCS 3263 au para 29 [*Widdrington*], autorisation de pourvoi à la CA accordée, 2014 QCCA 1601, appel suspendu, 2015 ONSC 124.

28. Ducharme et Panaccio, *supra* note 19 au para 193 ; Jean-Claude Royer, *La preuve civile*, 4^e éd par Jean-Claude Royer et Sophie Lavallée, Cowansville, Yvon Blais, 2008 au para 532 ; Ferland et Emery, *supra* note 22 à la p 436.

29. *Pizza Pizza*, *supra* note 7 ; *Mathon c Hotels Delta Ltée*, [1994] JQ n° 2645 (QL) (CS) [*Mathon*] ; *Aetna Life Insurance Co of Canada c Vaillancourt*, [1997] JQ n° 2074 (QL) (CS) [*Aetna Life*] ; *Taillefer c Clarica, cie d'assurance sur la vie*, [2001] JQ n° 8472 (QL) (CS) [*Taillefer*].

30. *Supra* note 27. Selon *Mathon*, *supra* note 29 au para 15, la requête pour obtenir cette ordonnance spéciale n'a pas à être signifiée aux parties à l'instance.

31. *Aetna Life*, *supra* note 29 au para 7.

32. RRO 1990, Règl 194, r 16.

33. Cpc, art 284 al 1.

34. LRO 1990, c I.12, Annexe 1. Voir *Lizotte c RBC Dominion valeurs mobilières inc.*, [1998] JQ n° 4315 (QL) au para 13 (CS) [*Lizotte*].

35. *Supra* note 29.

comparaître destinée à un résident ontarien est discrétionnaire et qu'une telle ordonnance ne sera pas accordée à moins que la présence du témoin soit véritablement nécessaire et non simplement utile³⁶. Par contre, dans la décision *Grey Advertising Inc c Services de Congrès Events International Inc*³⁷, le tribunal conclut qu'une citation à comparaître délivrée en vertu de l'article 282 Cpc pour un interrogatoire préalable avant défense ne requiert pas une démonstration de nécessité parce que ce critère n'est pas exigé par l'article 397 Cpc régissant ce type d'interrogatoire³⁸. Ce raisonnement nous semble discutable, étant donné que l'article 282 Cpc s'applique aux interrogatoires préalables par le renvoi prévu à l'article 395 Cpc.

Par-delà les conditions d'exercice applicables, le pouvoir de convoquer un témoin ontarien en vertu de l'article 282 Cpc demeure limité par l'article 284 al 4 Cpc, qui prévoit que « [l]e témoin défaillant qui réside dans la province d'Ontario n'est punissable que par le tribunal de sa résidence, sur certificat de la cour attestant son défaut. » Par conséquent, un tribunal québécois ne peut émettre un mandat d'amener à l'encontre d'un résident ontarien³⁹.

1.2 Les résidents des autres provinces et territoires canadiens

Le *Code de procédure civile* ne contient pas de disposition analogue à l'article 282 pour les témoins résidant dans les autres provinces ou territoires du Canada, ou encore à l'extérieur du pays. Même en l'absence d'une telle disposition, les tribunaux québécois ordonnent parfois à des personnes qui ne résident pas au Québec ni en Ontario de comparaître au Québec. Dans l'arrêt *Stikeman c Danol Holdings inc*⁴⁰, la Cour d'appel tranche qu'un tiers résidant en Angleterre peut être cité à comparaître à Montréal pour un interrogatoire après défense parce que la portée de l'article 398 al 1(3) Cpc n'est pas limitée aux résidents québécois. Se fondant sur cette décision, la Cour supérieure ordonne dans l'affaire *Grey Advertising*⁴¹ à un représentant d'une société onta-

36. *Ibid* au para 17.

37. 2004 CanLII 424 (CS Qc) [*Grey Advertising*].

38. *Ibid* aux paras 5-9.

39. *Bergeron c 3092-85443 Québec inc* (1998), AZ-98031377 (Azimut) (CQ).

40. [1991] RDJ 360, 1991 CanLII 3726 aux paras 27, 29-30 (CA).

41. *Supra*, note 37 aux paras 3-4, 11.

rienne qui réside aux États-Unis de se soumettre à un interrogatoire à Montréal. La décision *Avenor Inc c Europaper SA*⁴² est encore plus surprenante. La Cour enjoint à un représentant d'une société espagnole qui n'exerce aucune activité au Québec de comparaître à Montréal pour compléter un interrogatoire préalable déjà amorcé ainsi que pour y être interrogé sous l'empire de l'article 543 Cpc.

Dans l'affaire *Widdrington*⁴³, la Cour supérieure refuse toutefois d'émettre, en vertu de sa compétence inhérente, une citation à comparaître destinée à un résident d'Alberta. La Cour rejette la jurisprudence favorisant une conception large du pouvoir de convoquer un témoin non résident :

[L]e Tribunal ne peut, comme l'a clairement exprimé la Cour suprême, « décréter une règle positive de procédure civile parce qu'il l'estime opportune ».

Si le législateur a permis de contraindre un résident de l'Ontario, il n'a pas étendu cette possibilité à d'autres provinces ou territoires du Canada alors que, comme nous l'avons vu, cette avenue avait été envisagée.⁴⁴

Nous fondant sur ce jugement qui souligne l'absence d'une règle applicable aux résidents de l'ensemble du Canada, nous estimons que, dans l'état actuel du droit, les tribunaux québécois n'ont pas le pouvoir de convoquer des témoins résidant à l'extérieur du Québec ou de l'Ontario⁴⁵.

1.3 Le nouveau Code de procédure civile

L'article 497 du nouveau *Code de procédure civile* opère un changement majeur au régime de convocation des témoins extraprovinciaux. D'une part, cette disposition prévoit qu'une personne résidant dans une autre province ou un territoire du Canada peut être citée à comparaître comme témoin. Le législateur fait ainsi un pas vers la Loi type⁴⁶ proposée par la Conférence pour l'har-

42. [1999] JQ no 2984 (QL) aux paras 15, 31-32 (CS).

43. *Supra* note 27.

44. *Ibid* aux paras 36-37.

45. Québec, ministère de la Justice, Comité de révision de la procédure civile, *La révision de la procédure civile : Une nouvelle culture judiciaire*, juillet 2001, en ligne : <goo.gl/L00UG> à la p 218 [Comité Ferland].

46. *Supra* note 10.

nisation des lois au Canada. D'autre part, l'article 497 nCpc exemplifie le virage technologique de la procédure civile en établissant désormais que les témoins extraprovinciaux comparaissent en principe à distance⁴⁷. Notons que le nouveau *Code de procédure civile* ne comporte aucune disposition portant sur la convocation de témoin résidant à l'extérieur du Canada.

À la différence de l'article 282 Cpc, l'article 497 nCpc n'est toutefois pas disposé dans la section concernant la convocation des témoins lors de l'instruction⁴⁸, étant plutôt positionné au titre « Les demandes intéressant le droit international privé » du Livre V, tel que proposé par le Comité Ferland⁴⁹. Nul ne doute que l'article 497 nCpc permette la convocation de témoins lors de l'enquête. Mais qu'en est-il des interrogatoires tenus en vertu d'autres dispositions du nouveau *Code de procédure civile*, tel que l'interrogatoire préalable⁵⁰ ? L'article 497 nCpc ne fait l'objet d'aucun renvoi l'intégrant aux divers régimes d'interrogatoire, ce qui est toutefois également le cas de la convocation de témoins lors de l'instruction. De plus, la lecture de la version anglaise de l'article 497 nCpc – qui indique qu'une personne « may be called to attend *at court* as a witness » [nos italiques] – laisse croire que la convocation pour un interrogatoire tenu hors cour n'est pas possible. En effet, pour reprendre l'exemple de l'interrogatoire préalable, celui-ci est tenu au lieu choisi par la partie qui interroge⁵¹ et non strictement au tribunal. En revanche, la version française prescrit simplement qu'une personne « peut être citée à comparaître comme témoin ». Les débats entourant l'adoption de l'article 497 nCpc ne donnent pas d'indice permettant d'éclaircir cette question⁵².

La convocation de témoins résidant dans le reste du Canada est soumise à des conditions procédurales semblables à celles de l'article 282 Cpc. Premièrement, la convocation est faite sur

47. nCpc, art 26 ; Luc Chamberland, « Le nouveau Code de procédure civile commenté », Montréal, Yvon Blais, 2014 à la p 238 ; Guilmain, *supra* note 3.

48. nCpc, art 269-272.

49. *Supra* note 45 à la p 213 : « Le Comité recommande donc [...] [d]e regrouper dans un livre particulier du code les dispositions procédurales en matière de droit international privé. »

50. nCpc, art 226-230.

51. nCpc, art 226 al 1.

52. « Projet de loi n° 28, Loi instituant le nouveau Code de procédure civile », étude détaillée, Assemblée nationale, *Journal des débats de la Commission des institutions*, 40e lég, 1ère sess, vol 43, n° 95 (25 novembre 2013) [Débats].

ordonnance expresse du tribunal⁵³ inscrite sur la citation à comparaître. Deuxièmement, la citation doit être signifiée au témoin conformément à la loi du lieu de sa résidence⁵⁴. Troisièmement, l'avance pour indemnisation doit avoir été versée au témoin. Selon le ministre de la Justice, cette somme se calcule non pas d'après le droit de la résidence du témoin – comme c'était le cas sous l'empire de l'article 282 Cpc⁵⁵ –, mais en vertu d'un règlement à être adopté par le gouvernement⁵⁶. La solution que propose le ministre est d'ailleurs celle qu'adopte la Loi type⁵⁷, où la loi du ressort qui délivre la citation détermine la quotité des indemnités à avancer au témoin.

Le nouveau *Code de procédure civile* transforme le critère substantiel exigé de l'article 282 Cpc. Alors qu'en vertu de cet article le témoin peut être cité à comparaître si sa présence est nécessaire, l'article 497 al 1 nCpc prescrit que le témoin comparaît à distance⁵⁸, à moins qu'il ne soit établi que sa présence physique est nécessaire ou qu'elle peut être assurée sans inconvénient majeur pour celui-ci. Tout d'abord, que faut-il entendre par l'absence d'inconvénient majeur ? Cela sera certainement l'occasion pour les tribunaux d'exercer une discrétion éclairée par le principe de proportionnalité⁵⁹ en considérant des facteurs comme l'envergure du litige, la maladie ou le handicap d'un témoin, son âge et la distance à parcourir pour se rendre témoigner⁶⁰. Ensuite, il faut comprendre du critère de nécessité que le tribunal peut refuser de convoquer un témoin dont on demande la comparution en personne malgré la présence d'un inconvénient majeur si cette comparution, bien qu'utile, n'est pas nécessaire. Ce critère de

53. Le greffier spécial peut statuer sur une demande ayant pour objet la convocation d'un témoin : nCpc, art 72.

54. L'article 497 nCpc indique que la citation doit être notifiée, mais l'article 139 nCpc édicte que la citation à comparaître adressée à un témoin doit être signifiée, c'est-à-dire notifiée par l'huissier de justice selon l'article 110 al 2 nCpc.

55. *Lizotte*, *supra* note 34 au para 13.

56. *Débats*, *supra* note 52 (Bertrand St-Arnaud) : « De plus, pour être valable, la citation à comparaître doit être accompagnée de l'avance pour l'indemnisation du témoin prévue au livre II [...]. » Voir nCpc, art 273.

57. *Supra* note 10, art 2(1)b).

58. nCpc, art 279 al 4.

59. nCpc, art 18 ; *Krygier c Krygier*, 2012 QCCA 1152 au para 6 [*Krygier*] ; 2786630 *Canada inc c Accent Achitectural / Accent Architectural Canada inc*, 2015 QCCQ 2550 aux paras 26-29 [*Accent*].

60. nCpc, art 296 al 1 ; *Krygier*, *supra* note 59 ; *Accent*, *supra* note 59 ; *Camerano*, *supra* note 5 ; *Mancebo c 3 Star Technologies senc*, 2007 QCCQ 2017 ; *Entreprises Robert Mazeroll Ltée c Expertech – Bâtisseur de réseaux Inc*, 2005 CanLII 131 (CQc).

nécessité permet de faire le pont avec la jurisprudence rendue en vertu de l'article 282 Cpc⁶¹.

Au chapitre de la sanction de la convocation, l'article 497 al 3 nCpc reprend la règle existante selon laquelle le témoin défaillant qui réside hors du Québec ne peut être puni que par le tribunal de son lieu de résidence, en y apportant toutefois une légère précision. On prévoit dorénavant que le témoin extraprovincial peut être puni s'il est présent au Québec. Dans ce dernier cas, le tribunal peut condamner le témoin à payer tout ou partie des frais causés par son défaut et décerner contre lui un mandat d'amener⁶². À l'exception de la situation où le témoin est présent au Québec au moment de son défaut, l'exécution de la citation à comparaître repose en conséquence largement sur la coopération du tribunal du lieu de résidence du témoin.

2. L'homologation d'une citation à comparaître d'origine québécoise dans les autres provinces et territoires du Canada

Lorsqu'un tribunal québécois convoque un témoin extraprovincial, à moins que celui-ci ne se rende à son interrogatoire de plein gré, l'exécution d'une citation interterritoriale requiert qu'elle soit homologuée par le tribunal de la résidence du témoin, c'est-à-dire approuvée « en vue de lui donner force exécutoire »⁶³. En effet, nous avons vu qu'en principe la compétence des tribunaux québécois se limite au territoire de la province. Cependant, l'intérêt commun incite les États « aux relations mutuelles et à l'échange de bons offices entre eux »⁶⁴. Cela s'exprime par la courtoisie qui se définit comme « la reconnaissance qu'une nation accorde sur son territoire aux actes législatifs, exécutifs ou judiciaires d'une autre nation »⁶⁵.

À l'intérieur de la fédération canadienne – où, sur le plan du droit international privé, « [c]haque province et territoire constitue une entité territoriale et juridique »⁶⁶ – le principe de cour-

61. *Taillefer*, *supra* note 29.

62. nCpc, art 274 al 2.

63. Reid, *supra* note 2, *sub verbo* « Homologuer ».

64. *Zingre c La Reine et autres*, [1981] 2 RCS 392 aux pp 400-401 citant *The Schooner Exchange v M'Faddon*, 11 US 116 (1812) aux pp 136-137.

65. *Spencer c La Reine*, [1985] 2 RCS 278 à la p 283 citant *Hilton v Guyot*, 159 US 113 (1895) aux pp 163-164.

66. Jean-Gabriel Castel, *Droit international privé québécois*, Toronto, Butterworths, 1980 à la p 26. Voir CcQ, art 3077 al 1 [CcQ].

toisie est d'une plus grande importance que celui prévalant entre tribunaux de différents pays⁶⁷. L'homologation entre provinces canadiennes de citation à comparaître est une illustration marquante de ce principe⁶⁸. On remarque d'ailleurs que le nouveau *Code de procédure civile* prévoit expressément l'homologation des citations à comparaître provenant d'une autorité d'une autre province ou d'un territoire du Canada⁶⁹. Mais qu'en est-il de l'homologation d'une citation interterritoriale émanant du Québec ? Elle peut être envisagée soit en vertu de la Loi type⁷⁰, soit selon la *Loi préconfédérative*⁷¹ en Ontario.

2.1 L'homologation en vertu de la Loi type de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada

En vertu de la Loi type⁷² intégrée par l'ensemble des ressorts de common law du Canada, un tribunal doit homologuer la citation⁷³ émise dans une autre province⁷⁴ si trois conditions sont remplies. Tout d'abord, la citation doit être autorisée par le tribunal de la province d'émission⁷⁵, qui est le tribunal québécois dans notre hypothèse. Ensuite, les indemnités et les frais de déplacement du témoin doivent lui avoir été avancés⁷⁶. Finalement, la province d'émission doit accorder une immunité analogue à celle qu'octroie la Loi type⁷⁷ aux témoins extraprovinciaux. Cette

-
67. *Morguard investments ltd c De savoye*, [1990] 3 RCS 1077 à la p 1101 [*Morguard*].
68. Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, « Loi sur les assignations interprovinciales de témoins rapport de 1998 », octobre 1998, en ligne : <goo.gl/9DLfMc> au para 6.
69. nCpc, art 498. Voir *American Home Products Corp c Abenheim*, 2000 CanLII 6723 (CA Qc).
70. *Supra* note 10.
71. *Supra* note 6.
72. *Supra* note 10.
73. La Loi type, *supra* note 10, définit la citation comme « a subpoena or other document issued by a court requiring a person within a province other than the province of the issuing court to attend as a witness before the issuing court ». En retour, *court* signifie « any court in a province of Canada ». Ces deux définitions et leur interprétation par les tribunaux varient selon les provinces et territoires, de sorte que dans certains ressorts, par exemple, une convocation pour un interrogatoire préalable ou une citation émise par un tribunal administratif peuvent être visées ou au contraire exclues par le régime. Voir Rapport CHLC 2012, *supra* note 11 ; *HZ v Unger*, 2013 ABQB 639.
74. La Loi type sera plus tard étendue aux territoires canadiens. Voir Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, « Loi sur les assignations interterritoriales », 2013, en ligne : <goo.gl/YDHH0u>.
75. Loi type, *supra* note 10, art 2(1)a).
76. Loi type, *supra* note 10, art 2(1)b). La quotité de ces indemnités et frais se retrouve à l'annexe A.
77. *Supra* note 10, art 3.

immunité, qui vise à offrir au témoin un traitement similaire à celui qu'il recevrait s'il était interrogé dans sa province de résidence par commission rogatoire⁷⁸, est prévue à l'article 6 de la Loi type :

A person required to attend before a court in (enacting province) by a subpoena adopted by a court outside (enacting province) shall be deemed, while within (enacting province) not to have submitted to the jurisdiction of the courts of (enacting province) other than as a witness in the proceedings in which he is subpoenaed and shall be absolutely immune from seizure of goods, service of process, execution of judgment, garnishment, imprisonment or molestation of any kind relating to a legal or judicial right, cause, action, proceeding or process within the jurisdiction of the Legislature of (enacting province) except only those proceedings grounded on events occurring during or after the required attendance of the person in (enacting province).

N'ayant pas intégré entièrement la Loi type, la législation québécoise ne renferme pas de disposition semblable.

Malgré tout, le droit québécois offre une immunité de compétence similaire à celle de l'article 6 de la Loi type. En effet, les autorités québécoises n'acquièrent pas compétence du fait qu'un défendeur s'y trouve⁷⁹, au contraire des autorités des ressorts de common law⁸⁰. Force est de constater toutefois que le droit québécois n'offre pas les autres immunités prévues à l'article 6 de la Loi type. Ainsi, rien n'interdit qu'un témoin extraprovincial soit signifié au Québec. De même, en posant l'hypothèse que ce témoin soit sous le coup d'un jugement exécutoire au Québec le condamnant à verser une somme d'argent, il serait possible de saisir les biens meubles du témoin qui sont en sa possession.

Cette absence d'immunité complète en droit québécois pour les témoins extraprovinciaux a causé une difficulté dans l'affaire *Caisse Populaire Restigouche*⁸¹. Dans cette affaire, on demandait l'homologation au Nouveau-Brunswick d'un jugement de la Cour supérieure du Québec ordonnant à deux institutions financières

78. Rapport CHLC 1973, *supra* note 8 à la p 293.

79. CcQ, art 3134, 3148. Voir *Fédération des producteurs acéricoles du Québec c Caisse Populaire Restigouche Ltée*, 2013 NBBR 42 au para 75 [*Caisse Populaire Restigouche BR*], conf par 2013 NBCA 61 [*Caisse Populaire Restigouche CA*].

80. Voir *Edwards v Bell*, 2003 BCSC 1602.

81. *Supra*, note 79.

néobrunswickoises de comparaître devant la Régie des marchés agricoles et alimentaires du Québec. Tant la Cour du banc de la Reine, que la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick concluent que la *Loi sur les subpœnas interprovinciaux*⁸² ne permet pas l'homologation d'une citation émanant du Québec en raison de l'absence d'immunité absolue en droit québécois pour les témoins extraprovinciaux⁸³.

Serait-il possible que la common law canadienne permette tout de même d'homologuer une citation émanant du Québec, en vertu du principe de courtoisie ? Après tout, la common law canadienne permet la reconnaissance et l'exécution des jugements non pécuniaires étrangers⁸⁴. On pourrait donc assimiler la citation interterritoriale, en tant qu'ordonnance enjoignant à une personne de se présenter pour rendre témoignage, à un jugement non pécuniaire étranger. Les tribunaux néobrunswickois rejettent toutefois cette prétention : la Loi type⁸⁵ s'applique à toutes les citations à comparaître dont on propose l'homologation dans la province⁸⁶.

On a en outre avancé dans l'affaire *Caisse Populaire Restigouche*⁸⁷ que la Loi type⁸⁸ enfreint le principe constitutionnel reconnu dans l'arrêt *Morguard*⁸⁹ voulant que les tribunaux d'une province doivent impérativement reconnaître « les jugements rendus par un tribunal d'une autre province ou d'un territoire, pourvu que ce tribunal ait correctement et convenablement exercé sa compétence dans l'action ». Cette thèse est toutefois rejetée. Citant la décision *Hunt*⁹⁰, où la Cour suprême mentionne

82. LRN-B 2011, c 180.

83. *Caisse Populaire Restigouche CA*, *supra*, note 79 rejette l'appel au motif principal que « le document en question ne satisfait pas aux conditions essentielles d'un « subpœna » puisqu'il ne nomme pas le témoin et ne précise pas la date, l'heure et le lieu de sa comparution ». Toutefois, la Cour confirme le raisonnement du juge de première instance sur l'homologation d'une citation émise au Québec.

84. *Pro Swing Inc c Elta Golf Inc*, 2006 CSC 52.

85. *Supra* note 10.

86. *Caisse Populaire Restigouche BR*, *supra*, note 79 aux paras 70, 106, conf par *Caisse Populaire Restigouche CA*, *supra*, note 79 au para 33 : « l'objet et l'effet de la *Loi sur les subpœnas interprovinciaux* est de mettre en place un code complet et d'application générale pour toute demande en homologation d'un « subpœna » en provenance d'une autre province ».

87. *Supra*, note 79.

88. *Supra* note 10.

89. *Morguard*, *supra* note 67 à la p 1102. Voir *Hunt c T&N plc*, [1993] 4 RCS 289 à la p 328 [*Hunt*].

90. *Supra*, note 89.

que ce principe « ne veut pas dire, toutefois, qu'il est interdit à une province d'adopter une loi qui peut avoir un effet sur les litiges dans d'autres provinces », la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick tranche que la Loi type⁹¹ respecte les exigences constitutionnelles de l'arrêt *Morguard*⁹².

Considérant l'affaire *Caisse Populaire Restigouche*⁹³, l'absence d'une immunité complète pour les témoins extraprovinciaux en droit québécois compromet sérieusement l'exécution des citations interterritoriales émanant du Québec. Cette entrave est d'ailleurs abordée lors des deux dernières révisions de la procédure civile québécoise. En 2001, le Comité Ferland, mis sur pied par le ministère de la Justice pour réviser la procédure civile, recommande de prévoir au *Code de procédure civile* des règles similaires à celles de la Loi type⁹⁴. Cette recommandation reste toutefois lettre morte : elle ne mène à aucune modification législative et n'est pas discutée lors de l'étude détaillée du projet de loi sur la réforme de la procédure civile⁹⁵.

À l'occasion de la réforme de 2014, le sujet est de nouveau soulevé à l'initiative du Barreau du Québec, qui souligne en réaction à l'affaire *Caisse Populaire Restigouche*⁹⁶ que l'absence d'une immunité absolue pour les témoins extraprovinciaux dans le projet de nouveau *Code de procédure civile* pose problème⁹⁷. Devant la Commission des institutions, le ministère de la Justice indique que les articles 497 et 498 nCpc sur la citation à comparaître interterritoriale sont inspirés de la Loi type⁹⁸, mais que celle-ci n'est pas adoptée par le Québec, qui a par contre « toujours pris les dispositions [de la Loi type] et les a intégrées, généralement, à l'endroit où il pensait opportun de le faire »⁹⁹. Malheureusement,

91. *Supra* note 10.

92. *Caisse Populaire Restigouche CA*, *supra*, note 79 aux paras 39-41.

93. *Supra*, note 79.

94. Comité Ferland, *supra* note 45 à la p 218.

95. « Projet de loi n° 54, Loi portant réforme du Code de procédure civile », étude détaillée, Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats de la Commission des institutions*, 36^e lég, 2^e sess, vol 37, n° 73 (9 mai 2002).

96. *Supra*, note 79.

97. Barreau du Québec, « Assignation de témoins étrangers – modifications au Code de procédure civile » (13 mai 2014), en ligne : <goo.gl/N40wVx> : « Le Barreau estime qu'il est important d'assurer une réciprocité avec les autres provinces en matière d'assignation de témoins étrangers. [Les articles 497 et 498] du *Code de procédure civile* ne répondent pas aux exigences de la *Loi sur les assignations interterritoriales* et requièrent à notre avis des modifications. »

98. *Supra* note 10.

99. Débats, *supra* note 52.

nulle part le nCpc n'offre d'immunité aux témoins extraprovinciaux.

2.2 L'homologation en vertu de la Loi préconfédérative en Ontario

Demeurée en vigueur au Québec et en Ontario à la suite de la Confédération canadienne, la *Loi préconfédérative* prévoit que si le témoin extraprovincial ne comparaît pas, le tribunal qui l'a cité à comparaître peut demander au tribunal de la résidence du témoin de le punir¹⁰⁰. Ainsi, en 1953, la Cour d'appel de l'Ontario note que la Loi préconfédérative n'est pas abrogée et qu'en vertu de celle-ci les tribunaux du Québec et de l'Ontario « may issue subpoenas to take effect in either Province »¹⁰¹. Comme l'indique la Cour, les articles pertinents de la *Loi préconfédérative*¹⁰² ont été refondus en Ontario dans la *Loi sur la preuve*¹⁰³, où une note marginale indique d'ailleurs aujourd'hui que ces dispositions paraissent maintenant dans la *Loi sur la preuve*¹⁰⁴ sous une forme révisée.

La *Loi préconfédérative*¹⁰⁵ prévoit une exception de litispendance et des exigences procédurales strictes pour qu'une citation soit sanctionnée. Sans doute parce que les résidents du Canada-Est et Canada-Ouest initialement visés par cette loi sont sous l'égide d'une seule et même autorité législative, la *Loi préconfé-*

100. *Loi préconfédérative*, supra note 6, art 8 : « Si la personne ainsi notifiée ne comparaît pas, tel que prescrit par le dit writ ou ordre, la cour qui l'a émis, sur preuve de la signification du writ et du défaut de comparution, à la satisfaction de la cour, pourra transmettre un certificat de ce défaut, sous son sceau, à aucune des cours supérieures de loi ou d'équité de Sa Majesté dans la partie du Canada dans laquelle réside la personne ainsi notifiée, et qui se trouve hors de la juridiction de la cour qui transmet ainsi ce certificat ; et là-dessus, la cour à laquelle ce certificat est transmis, procédera et punira la personne en défaut, de la même manière qu'elle aurait pu le faire, si telle personne eût négligé ou refusé de comparaître en obéissance à un writ de subpoena ou à tout autre ordre semblable émis par la cour en dernier lieu mentionnée. »

101. *McGuire*, supra note 18. Voir *Rideout v Rideout*, [1956] O.W.N. 644 à la p. 647 (H.C.J.) : « [T]he sections of C.S.C. 1859, c. 79, referring to the issue of subpoenas for the attendance of witnesses within the Provinces of Ontario and Quebec are still in force. Those sections were originally passed to make it easy to secure the attendance of witnesses in the two Provinces of Upper and Lower Canada, and it would appear that they are still resorted to from time to time. »

102. *Supra* note 6.

103. LRO 1990, c. E.23, entre les articles 19 et 20.

104. *Ibid.*

105. *Supra* note 6, art 6 (litispendance), 7 (autorisation du tribunal requise), 9 (avances au témoin).

*dérivative*¹⁰⁶ n'exige pas comme condition de la sanction d'une citation émise au Québec que le droit québécois offre une immunité au témoin ontarien. Or, la *Loi sur les assignations interprovinciales*¹⁰⁷ qui intègre la Loi type au droit ontarien ne permet pas l'homologation – donc, la sanction – d'une citation émise dans un ressort qui ne fournit pas d'immunité aux témoins extraprovinciaux. Il y a en apparence une incompatibilité entre les règles contenues aux deux dispositions, que l'on doit tenter d'éviter par un exercice d'interprétation¹⁰⁸. Si le conflit apparent ne peut être résolu ainsi, « il devra être réglé par une hiérarchisation des textes : l'un aura priorité sur l'autre qui devra être réputé inopérant ou, selon le vocabulaire conventionnel, “tacitement abrogé” »¹⁰⁹.

L'apparente incompatibilité entre les règles contenues à la *Loi préconfédérative*¹¹⁰ et à la *Loi sur les assignations interprovinciales*¹¹¹ est susceptible d'être dénouée de trois façons. Premièrement, on peut interpréter ces législations comme des régimes concurrents : les tribunaux ontariens pourraient ainsi sanctionner une citation émise au Québec en vertu de l'une ou l'autre des législations. Ainsi, comme l'explique Côté, « l'interprète conciliera les textes en attribuant à chaque loi un champ d'application distinct de manière à reconnaître l'effet de chacune, mais sans contradiction entre elles »¹¹².

Deuxièmement, on pourrait voir dans la *Loi préconfédérative*¹¹³ une exception, relativement à la sanction des citations émanant du Québec, à la règle plus générale de la *Loi sur les assignations interprovinciales*¹¹⁴, laquelle s'applique aux citations émanant de l'ensemble des autres ressorts canadiens.

Une troisième interprétation envisageable est que l'adoption de la *Loi sur les assignations interprovinciales*¹¹⁵ en 1979 ait

106. *Supra* note 6, art 8.

107. *Supra* note 34, art 3.

108. Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 4^e éd avec la collab de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat, Montréal, Thémis, 2009 au para 1293 [Côté].

109. Côté, *supra* note 108 au para 1295.

110. *Supra* note 6.

111. *Supra*, note 34.

112. Côté, *supra* note 108 au para 1318.

113. *Supra* note 6.

114. *Supra*, note 34.

115. *Ibid.*

implicitement abrogé la *Loi préconfédérative*¹¹⁶, de sorte que la sanction d'une citation québécoise en Ontario ne peut uniquement être obtenue que sous l'empire de la *Loi sur les assignations interprovinciales*¹¹⁷. Toutefois, il y a une « forte présomption »¹¹⁸ contre ce procédé, qui ne doit être employé que si cela est inévitable¹¹⁹. Lorsque le législateur ontarien adopte la *Loi sur les assignations interprovinciales*, il est conscient que la *Loi préconfédérative*¹²⁰ est toujours en vigueur en Ontario, comme le démontrent les débats parlementaires entourant cette adoption¹²¹. Nous présumons que si le législateur ontarien avait voulu abroger la *Loi préconfédérative*¹²², il l'aurait fait expressément. Conséquemment, tel que le souligne un jugement québécois¹²³, nous croyons que la *Loi préconfédérative*¹²⁴ est toujours opérante en Ontario et permet donc la sanction de citation à comparaître émise au Québec à des résidents ontariens.

Conclusion

Les tribunaux québécois sont en mesure de citer à comparaître des résidents ontariens. Par l'entrée en vigueur du nouveau *Code de procédure civile*, ce pouvoir de convoquer des témoins extraprovinciaux visera dorénavant toute personne résidant dans une autre province ou un territoire du Canada. Une telle citation à comparaître ne revêt toutefois pas de force exécutoire sans la coopération des tribunaux du ressort où le témoin réside. Ainsi, les tribunaux de l'Ontario peuvent sans doute sanctionner une citation qui émane du Québec en vertu de la *Loi préconfédérative*¹²⁵. Toutefois, les tribunaux des autres ressorts de common law ne peuvent, selon l'affaire *Caisse Populaire Restigouche*¹²⁶, homologuer

116. *Supra* note 6. Voir *Holmstead v Canada (Minister of Customs and Excise)*, [1927] Ex CR 68 où la Cour de l'Échiquier du Canada décide qu'une loi fédérale de 1917 avait tacitement abrogé une exemption fiscale contenue dans une loi du Canada-Uni adoptée en 1849.

117. *Supra*, note 34.

118. Côté, *supra* note 108 au para 1296.

119. *Duval c Le Roi* (1938), 64 BR 270 à la p 273.

120. *Supra* note 6.

121. « Bill 178, An Act to provide for the Enforcement of Interprovincial Subpœnas », deuxième lecture, Assemblée législative de l'Ontario, *Journal des débats*, 31^e lég, 3^e sess, vol 126 (4 décembre 1989) (Albert J Roy et Norman William Sterling).

122. *Supra* note 6.

123. *Lizotte*, *supra* note 34 aux paras 10-11.

124. *Supra* note 6.

125. *Ibid.*

126. *Supra*, note 79.

guer une citation émise au Québec en raison de l'absence en droit québécois d'une immunité absolue offerte au témoin extraprovincial. Quel dommage donc que le Québec n'ait que partiellement intégré les initiatives mises de l'avant par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada dans le nouveau *Code de procédure civile*. L'ajout d'une disposition accordant une immunité aux témoins extraprovinciaux semblable à celle de la Loi type¹²⁷ serait judicieux. Sans cela, une citation à comparaître visant un témoin extraprovincial risque de se transformer en une banale invitation à se rendre témoigner.

127. *Supra* note 10, art 6.

Quels changements pour la recherche avec les modifications au *Code civil du Québec* ?

Shuang SHUANG,
Emmanuelle LÉVESQUE
et Karine SÉNÉCAL

Résumé

La *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière de recherche* adoptée par l'Assemblée nationale en 2013 apporte des changements importants à l'encadrement juridique de la recherche avec les êtres humains. Cette Loi est une réaction positive à l'appel lancé par des chercheurs à une réforme des règles en matière de recherche. Ciblante les difficultés spécifiques créées par les anciennes dispositions légales, le législateur cherche à moderniser les règles applicables afin de faciliter le travail des chercheurs. La Loi a non seulement défini le champ d'application des dispositions en matière de recherche énoncées dans le *Code civil du Québec*, elle a également assoupli certaines règles relatives aux modalités de consentement à la recherche ainsi qu'aux exigences légales entourant la recherche avec les personnes vulnérables. Il est aussi à noter que la Loi a précisé la règle concernant l'utilisation du matériel biologique après le décès et celle, dans la *Loi sur la santé et les services sociaux*, qui porte sur le mécanisme de traitement des plaintes. Quels seront les impacts de cette Loi sur la pratique des chercheurs et des comités d'éthique à la recherche ? Cet article a pour objectif d'examiner les différents changements pour la recherche institués par ces modifications législatives.

Abstract

An Act to Amend the Civil Code and Other Legislative Provisions with Respect to Research adopted by the National Assembly in 2013 brought about important changes to the legal framework of research with human beings. This Act constitutes a positive reaction to researchers' calls to reform the legal rules governing research. Targeting the specific issues raised by the previous legislative provisions, the legislator aims to modernize the rules in order to facilitate research endeavors. The Act not only defines the scope of application of the provisions with respect to research in the *Civil Code of Québec*, it also relaxes some of the rules related to the types of consent to research, as well as to the legal requirements with regard to research with vulnerable populations. It should also be noted that the Act clarifies the rule concerning the use of biological material after death, and the one in *An Act Respecting Health Services and Social Services* regarding the mechanism of the treatment of complaints. What are the impacts of this Act on researchers' and ethics committees' practice? This text endeavors to examine the different changes established by these legislative modifications.

Quels changements pour la recherche avec les modifications au *Code civil du Québec* ?

Shuang SHUANG, Emmanuelle LÉVESQUE
et Karine SÉNÉCAL*

INTRODUCTION	99
I. Consentement donné autrement que par écrit	101
II. Type de recherche visée	104
II. Mineurs et majeurs inaptes	108
A. Notion de risque	108
B. Personne habilitée à consentir à la place du mineur ou du majeur inapte	110
IV. Utilisation du matériel biologique après le décès	113
V. Mécanisme de traitement des plaintes	115
CONCLUSION	116
ANNEXE – Outil d’aide à la décision : Qui peut consentir à la recherche au Québec ?	117

* Shuang Shuang, assistante de recherche, Centre de génomique et politiques (CGP), Université McGill ; M^e Emmanuelle Lévesque (LL.M.) et Karine Sénécal (LL.M.), attachées aux affaires universitaires, CGP, Université McGill. L’auteure Sénécal tient à remercier le Réseau de Médecine Génétique Appliquée du Québec (RMGA), le Fonds de recherche du Québec – Santé (FRQS), et le ministère de l’Économie, de l’Innovation et des Exportations du Québec (MEIE) (PSR-SIIRI-850). Les auteures Shuang et Lévesque tiennent à souligner le soutien financier du projet PERSPECTIVE par la Fondation du cancer du sein du Québec, le gouvernement du Canada (via Génome Canada et les Instituts de recherche en santé du Canada) et le ministère de l’Économie, de l’Innovation et des Exportations du Québec (via Génome Québec).

INTRODUCTION

La recherche est fondamentale à l'acquisition de la connaissance et du savoir. Parmi les différents types de recherche, la recherche avec les êtres humains se distingue des autres par le système normatif particulier qui la régit. La recherche étant au bénéfice des êtres humains, la démarche systématique d'investigation entreprise dans l'objectif d'avoir une meilleure compréhension de l'humain est d'une importance et d'une utilité incontestables. La recherche impliquant des participants humains a non seulement permis de trouver des traitements efficaces à diverses maladies, mais aussi de mieux comprendre le comportement humain, et d'améliorer ainsi la qualité de vie de la population.

Nonobstant l'importance de la recherche et les bienfaits qui peuvent en résulter, son encadrement est nécessaire et il a été établi depuis des décennies afin d'éviter des abus possibles. Au Québec, le *Code civil du Québec (Code civil)* constitue la source principale des balises juridiques en matière de recherche¹. En juin 2013, quelques-unes de ces balises ont été modifiées par la *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière de recherche* (la Loi de 2013)². Avant ce changement, le *Code civil* prévoyait des conditions auxquelles la plupart des recherches devaient se conformer. Par exemple, le consentement à l'expérimentation devait être donné par écrit et, dans le cas des projets de recherche impliquant des participants mineurs ou des majeurs inaptes, l'expérimentation ne pouvait comporter un risque sérieux pour leur santé³.

Certaines de ces règles semblaient, à première vue, n'être qu'avantageuses puisqu'elles imposaient des mesures de protection au bénéfice des participants à la recherche. Or, l'application de ces règles dans la pratique a révélé qu'elles avaient aussi d'importants effets néfastes non souhaités. Par exemple, quelques termes utilisés dans le *Code civil* avant les récents changements

1. Voir art. 20-25 C.c.Q.

2. L.Q. 2013, ch. 17.

3. Voir les anciens art. 21 et 24 C.c.Q.

législatifs semaient la confusion. Ainsi pendant longtemps, les chercheurs, les juristes et les comités d'éthique à la recherche (CÉR) ont tergiversé sur la portée du terme « expérimentation » qui déterminait le champ d'application de plusieurs dispositions. Quelques conditions mises en place pour sauvegarder les intérêts des personnes vulnérables (ex. : nécessité d'un mandat d'inaptitude homologué) formaient aussi de véritables barrières indues empêchant la réalisation de nombreux projets de recherche à faible risque qui avaient pourtant le potentiel de générer des retombées scientifiques bénéfiques pour la population visée par l'étude. Ainsi, au lieu d'uniquement protéger ces personnes, ces règles les privaient aussi des bienfaits potentiels de la science⁴.

La Loi de 2013 a apporté de substantielles modifications aux articles du *Code civil* traitant de la recherche, visant à corriger des dispositions problématiques et ainsi donner un nouvel élan à la recherche scientifique réalisée au Québec. Cette loi constitue donc une réponse du législateur – longtemps attendue – à l'appel des chercheurs, des juristes et des CÉR pour moderniser les règles du *Code civil* ayant trait à la recherche⁵. Du même coup, les changements introduits contribuent à harmoniser les règles énoncées dans le *Code civil* avec celles prévues par d'autres instruments normatifs nationaux⁶ et internationaux⁷ encadrant la recherche avec des êtres humains. Par exemple, la Loi de 2013 a codifié l'obligation de soumettre à l'approbation et au suivi d'un CÉR tout

4. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission de la santé et des services sociaux*, 1^{re} sess., 40^e législ., 24 avril 2013, « Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de loi no 30, *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière de recherche* », p. 3 et 9 (M. Philippe Voyer).
5. Voir par ex. Robert KOURI et Suzanne PHILIPS-NOOTENS, « L'« expérimentation » et les « soins innovateurs » : l'article 21 C.c.Q. et les affres de l'imprécision », (1996-1997) 27 *R.D.U.S.* 89 ; Philippe VOYER, Sylvie ST-JACQUES, « L'article 21 du Code civil et la recherche auprès des aînés atteints de démence dans les milieux de soins de longue durée au Québec : une analyse, un constat et une proposition », (2006) en ligne : <http://www.fsi.ulaval.ca/fileadmin/templates/images/Content/Personnel/Publications_Voyer/Article_21_28Voyer_St-Jacques_et_Partenaire_29.pdf> (consulté le 25 août 2014) [Philippe VOYER, Sylvie ST-JACQUES].
6. Voir par ex. CONSEIL DE RECHERCHES MÉDICALES DU CANADA, CONSEIL DE RECHERCHES EN SCIENCES NATURELLES ET EN GÉNIE DU CANADA ET CONSEIL DE RECHERCHES EN SCIENCES HUMAINES DU CANADA, *Énoncé de politique des trois Conseils : Éthique de la recherche avec des êtres humains*, Ottawa, 2014 [L'ÉPTC2 (2014)].
7. Voir par ex. ASSOCIATION MÉDICALE MONDIALE (AMM), 64^e Assemblée générale, *Déclaration d'Helsinki de l'AMM – Principes éthiques applicables à la recherche médicale impliquant des êtres humains*, 2013 [ASSOCIATION MÉDICALE MONDIALE].

projet de recherche susceptible de porter atteinte à l'intégrité auquel participe une personne majeure apte⁸.

Cet article détaillera d'abord l'assouplissement de la loi touchant (1) le consentement donné autrement que par écrit. Ensuite, il expliquera les modifications apportées concernant (2) le type de recherche visée par le *Code civil*, (3) les mineurs et les majeurs inaptes, et (4) l'utilisation du matériel biologique après le décès. Enfin, il expliquera le changement concernant (5) l'accès par les participants à la recherche au mécanisme hospitalier de traitement des plaintes.

Peu d'auteurs expliquent les changements législatifs instaurés dans le *Code civil* depuis l'adoption de la Loi de 2013⁹. Pourtant, ces changements substantiels seront interprétés par de nombreuses personnes, notamment les chercheurs, les juristes et membres des CÉR du Québec. Nous proposons un texte concis expliquant les principaux changements introduits dans le *Code civil* et offrant un schéma illustrant qui peut consentir dépendamment des différents contextes de recherche (voir annexe).

I. Consentement donné autrement que par écrit

Les formes et modalités admissibles du consentement ont souvent fait l'objet de vifs débats. Avant la Loi de 2013, l'exigence incontournable d'un consentement écrit formait une barrière parfois impossible à franchir à l'égard de nombreuses recherches. La Loi de 2013 a rendu possible le consentement donné autrement que par écrit si, selon l'avis du CÉR, les circonstances le justifient¹⁰. Le législateur invite ainsi à mettre l'emphase sur la volonté du participant, plutôt que sur le moyen qui sert à documenter cette volonté. Alors qu'un consentement écrit est habituellement consigné dans un document papier, le consentement obtenu par d'autres moyens peut être documenté par un enregistrement vidéo ou audio, ou encore démontré par une certaine action, comme le fait de retourner un questionnaire au chercheur.

8. Art. 20 C.c.Q. Cependant, contrairement au CÉR mandaté pour évaluer les projets de recherche dont les participants sont des mineurs ou des majeurs inaptes, le CÉR évaluant un projet impliquant des majeurs aptes n'a pas à être désigné par le ministre de la Santé et des Services sociaux.

9. Voir par ex. R.P. KOURI, « Observations concernant certains changements apportés au Code civil par la Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière de recherche », (2013) 43 *R.D.U.S.* 868-886.

10. Art. 24 C.c.Q.

Parmi les circonstances qui pourraient justifier qu'on recoure à un autre moyen que l'écrit, on peut penser à la nécessité de préserver l'anonymat complet des participants pour assurer leur protection (ex. : consentement exprimé par la remise d'un formulaire anonyme rempli), à l'absence de contact en personne avec les participants (ex. : consentement exprimé oralement par téléphone), ou à l'implication d'un groupe réfractaire à l'utilisation de l'écrit (ex. : consentement exprimé par une poignée de main).

La nouvelle possibilité de recourir à d'autres formes de preuves du consentement que l'écrit pourrait favoriser la réalisation de certains projets de recherche qui, en raison de leur nature ou de la méthodologie utilisée, étaient difficilement réalisables avec un consentement écrit. Il pourrait s'agir d'un projet à caractère psychosocial qui étudierait l'impact des relations d'amitié chez les adolescents dans lequel les données sont recueillies au moyen d'enquêtes téléphoniques¹¹. Souvent, les personnes contactées consentiraient oralement à participer au téléphone, mais lorsqu'on leur demande de signer un formulaire de consentement et de le renvoyer au chercheur par la poste, un grand nombre d'entre elles deviennent désintéressées en raison de la lourdeur du processus. Avec les progrès technologiques, certaines recherches sont dorénavant effectuées avec l'entremise d'Internet. Pourtant, la rapidité des échanges, l'instabilité et le nombre des participants fait en sorte que le consentement écrit peut être très difficile à obtenir¹².

Le consentement consigné autrement que par écrit peut aussi s'avérer beaucoup mieux approprié lorsqu'un protocole de recherche vise à étudier une population possédant certaines caractéristiques particulières. C'est notamment le cas de certains membres des Premières nations qui peuvent considérer que la demande d'une signature individuelle traduit la méfiance qu'a le

11. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission de la santé et des services sociaux*, 1^{re} sess., 40^e législ., 5 juin 2013, « Étude détaillée du projet de loi no 30, *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière de recherche* », p. 40 (M. Hébert) [QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE].
12. Malin SVENINGSSON, « A case study for Ethics Working Group, Association of Internet Researchers », 2001, en ligne : <<http://www.cddc.vt.edu/aoir/ethics/private/Ethical.doc.htm>> (consulté le 25 août 2014), cité dans COMITÉ DE TRAVAIL SPÉCIAL DE L'ÉTHIQUE DE LA RECHERCHE EN SCIENCES HUMAINES : UN GROUPE DE TRAVAIL DU GROUPE CONSULTATIF INTERAGENCES EN ÉTHIQUE DE LA RECHERCHE, « Élargir le spectre : l'ÉPTC et les enjeux éthiques de la recherche sur internet », 2008, p. 5.

chercheur envers eux¹³. À l'opposé, un accord oral et communautaire entre le chercheur et le chef de tribu accompagné d'un geste symbolique, tel une poignée de main, est généralement vu d'un bon œil¹⁴. Également, le chercheur qui mène un projet sur l'itinérance pourrait devoir composer avec la réticence ou le refus des sans-abris à donner leur signature¹⁵. Plusieurs autres contextes de recherche bénéficieront de la nouvelle possibilité d'utiliser le consentement autrement que par écrit, par exemple lorsque la population sous étude est analphabète, est issue d'un pays où il y a répression¹⁶ ou encore quand la protection de la confidentialité requiert que les participants demeurent anonymes¹⁷.

Il faut noter que le consentement donné par écrit demeure la règle. Il est uniquement possible d'y déroger lorsque le CÉR estime que les circonstances particulières d'un projet de recherche justifient un assouplissement de la règle du consentement écrit. Le CÉR doit s'assurer que les modalités alternatives d'obtention du consentement permettent d'en constituer une preuve. Également, il est important de souligner que d'autres règles peuvent imposer le consentement écrit, par exemple le *Règlement en application de la Loi sur les aliments et drogues* dans le cas d'essais cliniques sur des médicaments, produits de santé naturelle ou d'appareils médicaux¹⁸.

L'assouplissement concernant le consentement écrit harmonise les règles du *Code civil* et celles du plus important document normatif régissant l'éthique de la recherche au Canada : l'*Énoncé de politique de trois Conseils : Éthique de la recherche avec des*

13. Marie-Paule DESAULNIERS, « Rubrique éthique : Qu'est-ce que le consentement libre et éclairé ? », *Revue du Consortium national de recherche sur l'intégration sociale*, 2012, en ligne : <https://oraprdnt.uqtr.quebec.ca/pls/public/docs/GSC3179/F1273212748_Volume3Num_ro3.pdf> (consulté le 25 août 2014) ; *supra*, note 6, p. 48.

14. *Ibid.*

15. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *supra*, note 11.

16. COMITÉ D'ÉTHIQUE DE LA RECHERCHE DE LA FACULTÉ DES ARTS ET DES SCIENCES (CERFAS) DE L'UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL, « Informations relatives au consentement des participants », 2013, en ligne : <http://www.etudes-sup.fas.umontreal.ca/sha/doctorat/structure/documents/doc_info_Certethique.pdf> (consulté le 25 août 2014).

17. Emmanuelle LÉVESQUE, « Les exigences légales entourant le consentement dans la recherche avec des enfants et des adultes inaptes : une piste de solution aux difficultés posées par les articles 21 et 24 C.c.Q. », (2006) 51 *R.D. McGill* 385, 388 [Emmanuelle LÉVESQUE].

18. C.R.C. ch. 870, voir notamment les articles C.03.300 g), C.03.315 d), C.04.403 (1) b) ii) et C.05.010 h).

êtres humains¹⁹ (ÉPTC2 (2014)). L'ÉPTC2 (2014) est la politique canadienne qui s'applique à toute recherche impliquant des participants humains menée sous l'auspice des universités, des collèges (CÉGEP), des centres de recherche et des hôpitaux qui reçoivent du financement de l'un des trois grands conseils subventionnaires fédéraux. L'ÉPTC2 (2014) prévoit aussi que le consentement puisse être attesté autrement que par écrit²⁰. Ainsi, lorsque le consentement écrit n'est pas possible ou souhaitable, « le consentement verbal, les notes prises sur le terrain et d'autres stratégies pour consigner le processus de consentement » constituent des méthodes éthiquement acceptables²¹. L'ÉPTC2 (2014) reconnaît également que certains gestes posés par le participant démontrent son consentement²². Quelle que soit la modalité d'obtention du consentement, l'ÉPTC2 (2014) exige que le chercheur décrive dans son devis de recherche les méthodes et stratégies utilisées pour solliciter le consentement et le documenter²³. Cette harmonisation entre le *Code civil* et l'ÉPTC2 (2014) sera très certainement accueillie favorablement par les chercheurs et CÉR québécois et canadiens, car les normes divergentes aux niveaux québécois et canadien étaient difficiles à gérer et compliquaient même la participation d'équipes québécoises à des protocoles de recherche pancanadiens.

II. Type de recherche visée

Un des principaux changements apportés par la Loi de 2013 est le remplacement du terme « expérimentation » par l'expression « recherche susceptible de porter atteinte à l'intégrité »²⁴. Ce changement est le bienvenu au sein de la communauté scientifique, car il apporte enfin une réponse non-équivoque aux questions récurrentes en ce qui concerne la portée des articles du *Code civil* encadrant la recherche au Québec. L'absence de définition de ce terme dans le *Code civil* engendrait de nombreux problèmes d'une importance non négligeable dans le domaine de la recherche biomédicale et des sciences sociales²⁵.

19. L'ÉPTC2 (2014), *supra*, note 6.

20. L'ÉPTC2 (2014), *supra*, note 6, p. 50.

21. *Ibid.*, p. 50-51.

22. *Ibid.* Par ex. : retourner le questionnaire complété.

23. *Ibid.*, à l'article 10.2.

24. Voir art. 20, 21, 22, 24, 25 C.c.Q.

25. Dans un rapport d'enquête préparé pour le ministère de la Santé et des Services sociaux, on soulignait l'ampleur des difficultés soulevées par l'interprétation de l'ancien article 21 du *Code civil*, traitant de l'expérimentation avec un mineur ou

La notion d'« expérimentation » avait fait l'objet d'interprétations divergentes dans la dernière décennie. Selon l'interprétation large, était considéré comme de l'expérimentation tout type de recherche avec les participants humains, incluant la recherche biomédicale, psychologique ou sociale²⁶. On voyait une tendance lourde à considérer que toute recherche se retrouvant sur la table de travail des CÉR constituait automatiquement une « expérimentation » régie par le *Code civil*. Cette vision englobante du terme « expérimentation » a pourtant produit l'effet indésirable d'alourdir indûment certains projets de recherche dont le niveau de risque ne le nécessitait pas (ex. : recherche uniquement à partir de dossiers). Par exemple, cela voulait dire qu'on devait exiger le consentement des parents d'une mère adolescente afin que celle-ci puisse répondre à des questionnaires portant sur le soutien social et le développement socio-affectif de son nouveau-né. Or, il pouvait parfois s'avérer difficile, voire dans certains cas impossible, d'obtenir le consentement parental des mères adolescentes compte tenu des relations parfois tumultueuses avec leurs parents ou même d'une coupure totale de contact entre eux²⁷. L'autre interprétation donnée à la notion d'« expérimentation » était beaucoup plus restrictive, la limitant aux recherches susceptibles de porter atteinte à l'intégrité²⁸. Ainsi, seulement les projets de recherche qui pouvaient poser un risque à l'intégrité et qui comportaient une certaine intervention avec le participant étaient considérés de l'« expérimentation ». Par exemple, des questionnaires ne posant aucun risque à l'intégrité étaient considérés exclus du champ d'application des articles du *Code civil*, bien que soumis aux autres exigences éthiques (pouvant s'adapter au niveau de risque).

un majeur inapte, en disant que « [l'article] a même été classé parmi les mesures ou les dispositifs les plus difficiles à mettre en œuvre par les trois quarts des présidents des CÉR rencontrés [dans le cadre de l'enquête] », et ce, notamment en raison de la confusion créée par le terme « expérimentation ». Sonia AUDY, *Rapport d'enquête : Le plan d'action ministériel en éthique de la recherche et en intégrité scientifique : une entreprise insensée ?*, préparé pour le compte du ministère de la Santé et des Services sociaux, 2006, p. 197.

26. Rémi QUIRION, *Projet de loi n° 30, Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives en matière de recherche : consultations particulières*. Mémoire présenté par les Fonds de recherche du Québec, 2013 [Rémi QUIRION].
27. Mémoire du Centre de recherche du Centre hospitalier universitaire Sainte-Justine, présenté par Dr. Daniel Sinnett, dans le contexte des consultations particulières du Projet de loi n° 30, Loi modifiant le *Code civil du Québec* et d'autres dispositions législatives en matière de recherche, 2013, p. 5.
28. Emmanuelle LÉVESQUE, *supra*, note 17.

Le législateur y est allé avec cette deuxième interprétation. Mais qu'est-ce qu'une recherche susceptible de porter atteinte à l'intégrité ?

L'ÉPTC2 (2014) définit de manière libérale le concept de « recherche » comme étant toute « démarche visant le développement des connaissances au moyen d'une étude structurée et/ou d'une investigation systématique »²⁹. Le législateur québécois a décidé de limiter le champ d'action des règles fixées dans le *Code civil* aux recherches pouvant mettre en jeu l'intégrité des participants. Les articles du *Code civil* en question sont d'ailleurs situés dans le chapitre « De l'intégrité de la personne » et, plus précisément, dans la section « Des soins ». La situation des articles constitue un indice du lien étroit qu'ils entretiennent avec la protection de l'intégrité de la personne³⁰, qui est protégée par le principe de l'inviolabilité de la personne humaine énoncé à l'article 10 du *Code civil*.

La notion d'intégrité de la personne mérite d'être examinée plus en profondeur afin de préciser sa portée. L'article 10 du *Code civil* dispose que « [t]oute personne est inviolable et a droit à son intégrité. Sauf dans les cas prévus par la loi, nul ne peut lui porter atteinte sans son consentement libre et éclairé ». Ce droit a été élevé au rang du droit fondamental en étant consacré dans la *Charte des droits et libertés de la personne* qui dispose à son article premier que « [t]out être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne [...] »³¹. L'intégrité de la personne peut être résumée dans ces termes :

Le droit à l'intégrité se rapporte à la protection *physique et psychologique* de la personne et met en cause la valeur abstraite de la personne humaine (principe d'inviolabilité et d'indisponibilité de la personne et de son corps) et la valeur subjective de la personne (reconnaissance de la dignité et de l'exercice de l'autonomie de la personne sur son corps). [nos italiques]³²

29. L'ÉPTC2 (2014), *supra*, note 6, art. 2.1– paragraphe d'application.

30. Emmanuelle LÉVESQUE, *supra*, note 17, p. 391-394.

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

32. Sylvain BOURASSA, Collection de droit 2013-2014 dans École du Barreau du Québec, vol. 3, *Personnes, famille et successions*, en ligne : <<http://edoctrine.caij.qc.ca/collection-de-droit/2013/3/1447938225/>> (consulté le 26 août 2014) [Sylvain BOURASSA].

Il est à noter que cette définition tient non seulement compte de l'aspect physique de l'intégrité, mais également de son aspect psychologique. La loi doit être en mesure de défendre non seulement l'intégrité physique de la personne, mais également ses pensées et ses sentiments³³. Ainsi, la notion d'intégrité n'a pas qu'une dimension physique, elle a aussi une dimension morale.

La Cour suprême a déjà reconnu que l'intégrité s'étend aux sphères physique, psychologique, morale et sociale³⁴. Dans l'affaire *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*³⁵, la Cour fait la remarque suivante en analysant la notion d'intégrité :

Le sens courant du mot « intégrité » laisse sous-entendre que l'atteinte à ce droit doit laisser des marques, des séquelles qui, sans nécessairement être physiques ou permanentes, dépassent un certain seuil. L'atteinte doit affecter de façon plus que fugace l'équilibre physique, psychologique ou émotif de la victime.³⁶

Pour déterminer s'il y a effectivement atteinte à l'intégrité, il faut examiner deux éléments : l'atteinte en fonction de sa durabilité et, d'autre part, de son intensité³⁷. Des marques ou des séquelles n'ont pas à être permanentes, mais les effets qu'elles produisent doivent durer sur une période de temps relativement prolongée³⁸. Quant à l'intensité, l'atteinte doit affecter physiquement ou psychologiquement la victime de façon significative, ce qui exclut une « détresse psychologique mineure »³⁹, comme c'était le cas dans l'affaire *St-Ferdinand*.

Ainsi, les recherches susceptibles de porter atteinte à l'intégrité sont celles qui peuvent avoir un tel impact sur l'une des facettes de l'intégrité des participants : physique, psychologique,

33. Édith DELEURY, Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 177.

34. *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211 [Québec (Curateur public)]; *Montigny c. Brossard (Succession)*, [2010] 3 R.C.S. 64, par. 67.

35. *Québec (Curateur public)*, *supra*, note 34. Dans cette affaire, les résidants atteints de déficience mentale d'un hôpital spécialisé avaient été privés de l'assistance et des soins fournis par le personnel de l'institution à l'occasion d'une grève illégale. Ils alléguaient que la privation des services leur avait causé préjudice en portant atteinte à leur intégrité.

36. *Ibid.*, par. 97.

37. *Ibid.*

38. *Ibid.*

39. *Ibid.*, par. 98.

morale ou sociale. Il n'est pas suffisant de s'en remettre à une classification des recherches liées à la méthodologie utilisée ou la discipline impliquée pour évaluer l'atteinte à l'intégrité (ex. : recherche biomédicale, recherche en science sociale, recherche épidémiologique, etc.). Il faut regarder quelle sera véritablement l'implication du participant et l'impact potentiel sur lui. Par exemple, même si les questionnaires en sciences sociales ne mettent habituellement pas en jeu l'intégrité, des interviews sur des sujets aussi sensibles que l'inceste pourraient être susceptibles d'affecter l'intégrité psychologique. D'un autre côté, même si les recherches biomédicales sont souvent susceptibles d'affecter l'intégrité, des questionnaires sur la nutrition des diabétiques ne devraient probablement pas affecter leur intégrité.

III. Mineurs et majeurs inaptes

Le *Code civil* encadre plus spécifiquement la recherche avec des mineurs ou des majeurs inaptes, vu la vulnérabilité de ces derniers. Des modifications notables y ont été apportées par la Loi de 2013, notamment en ce qui concerne (A) la notion de risque et (B) la personne habilitée à consentir pour le mineur ou le majeur inapte.

A. Notion de risque

La Loi de 2013 a apporté une modification à l'article 21 du *Code civil* en ce qui a trait au critère d'évaluation du risque dans des projets de recherche impliquant des mineurs ou des majeurs inaptes. Auparavant, un mineur ou un majeur inapte ne pouvait être soumis à une expérimentation qui comportait un *risque sérieux* pour sa santé⁴⁰. Cette restriction dénotait l'intention du législateur d'accorder une protection accrue aux personnes vulnérables. Toutefois, cette mesure empêchait également le déroulement de plusieurs projets de dernier recours qui comportaient un risque sérieux auprès des groupes ayant une condition médicale critique, parfois mortelle. Par exemple, la réalisation de thérapie expérimentale pour la dystrophie musculaire de Duchenne, une maladie génétique dégénérative mortelle, pouvait être empêchée⁴¹.

40. Voir l'ancien article 21 C.c.Q.

41. Julie SAMUËL, Richard ALEMDJRODO, Bartha Maria KNOPPERS, « Les droits de l'enfant et la thérapie génique : les enjeux éthiques et les particularités de l'article 21 du *Code civil du Québec* », (2006) 66 *R. du B.* 181, 206.

Dorénavant, la notion de *proportionnalité du risque* remplace celle de *risque sérieux* : un mineur ou un majeur inapte ne peut participer qu'à la condition que le risque couru ne soit pas hors de proportion avec le bienfait⁴² qu'on peut raisonnablement en espérer⁴³. Le critère de proportionnalité exige un équilibre entre les risques prévisibles et les avantages potentiels. Cela signifie que plus le risque couru est important, plus le bénéfice attendu doit être significatif. En outre, la loi prévoit que cette évaluation du risque est fonction de l'état de santé et de la condition personnelle du participant de la recherche⁴⁴. Il est donc essentiel de prendre en considération tous les facteurs pertinents et propres au participant en question pour déterminer si les bénéfices justifient les risques à prendre. C'est ainsi qu'avec cette nouvelle façon de soupeser le risque, le risque associé à certaines thérapies expérimentales pour la dystrophie musculaire de Duchenne pourrait être jugé proportionnel aux bienfaits espérés, donc conforme à la loi.

Le critère de proportionnalité entre les risques et les bénéfices utilisé au Québec s'arrime maintenant avec celui utilisé dans de nombreux instruments normatifs nationaux et internationaux. Au niveau canadien, l'ÉPTC2 (2014) oblige les CÉR à adopter une approche proportionnelle, notamment en vérifiant « si l'évaluation des résultats éventuels et des bénéfices potentiels de la recherche justifie les risques »⁴⁵. Au niveau international, la *Déclaration d'Helsinki* de l'Association médicale mondiale prévoit que toute recherche impliquant les participants humains est sujette à l'évaluation « des risques et des inconvénients prévisibles pour les personnes et les groupes impliqués, par rapport aux bénéfices prévisibles pour eux et les autres personnes »⁴⁶.

42. Rappelons que les bienfaits espérés peuvent être pour le participant lui-même ou le groupe auquel il appartient (c'est-à-dire les personnes ayant les mêmes caractéristiques d'âge, de maladie ou de handicap que le participant). Art. 21, al. 2 C.c.Q.

43. Art. 21 C.c.Q.

44. Art. 21, al. 1 C.c.Q. se lit comme suit : « Un mineur ou un majeur inapte ne peut participer à une recherche susceptible de porter atteinte à son intégrité qu'à la condition que le risque couru, *en tenant compte de son état de santé et de sa condition personnelle*, ne soit pas hors de proportion avec le bienfait qu'on peut raisonnablement en espérer » [nos italiques]

45. L'ÉPTC2 (2014), *supra*, note 6, p. 23.

46. ASSOCIATION MÉDICALE MONDIALE, *supra*, note 7, art. 17.

B. Personne habilitée à consentir à la place du mineur ou du majeur inapte

La Loi de 2013 a introduit un changement important relativement à la personne habilitée à donner le consentement à la recherche pour le mineur et pour le majeur inapte.

Un mineur est généralement considéré trop influençable pour donner un consentement libre ou ayant une capacité de discernement insuffisante pour donner un consentement éclairé. Mais en vieillissant, la loi lui accorde partiellement sa capacité juridique⁴⁷. Par exemple, à partir de l'âge de 14 ans, un mineur acquiert graduellement sa capacité juridique en ce qui concerne l'intégrité de sa personne (consentement à certains soins)⁴⁸. C'est dans cet esprit que l'aptitude à donner un consentement à certains types de recherche à risque minimal lui a été reconnue. Effectivement, bien que le consentement parental demeure la règle, il est désormais possible qu'un mineur de 14 ans et plus consente seul à la recherche⁴⁹. Cette exception pourra s'appliquer seulement à deux conditions : si la recherche ne comporte qu'un **risque minimal** et si les **circonstances le justifient**.

L'ÉPTC2 (2014) définit la recherche à **risque minimal** comme une recherche où « la probabilité et l'ampleur des préjudices éventuels, découlant de la participation à la recherche, ne sont pas plus grands que ceux des préjudices inhérents aux aspects de la vie quotidienne du participant qui sont associés au projet de recherche »⁵⁰. Le Conseil des organisations internationales des sciences médicales propose de prendre comme mesure de comparaison le risque lié à un examen médical ou psychologique de routine pour déterminer si un risque peut être qualifié de risque minimal⁵¹. Le risque minimal est aussi défini comme un risque dont les probabilités de réalisation et l'ampleur du préjudice ou d'inconfort ne sont pas plus grandes en soi que dans la vie quotidienne ou lors d'examens ou tests physiques ou psychologiques de

47. Sylvain BOURASSA, note 32, en ligne : <<http://edoctrine.caij.qc.ca/collection-droit/2013/3/1447938224/>> (consulté le 26 août 2014).

48. Art. 14 C.c.Q.

49. Art. 21 C.c.Q.

50. L'ÉPTC2 (2014), *supra*, note 6, p. 23 et p. 231.

51. CONSEIL DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES DES SCIENCES MÉDICALES (CIOMS), *International Ethical Guidelines for Epidemiological Studies*, Genève, 2008, ligne directrice 8.

routine⁵². Il faut aussi se rappeler que l'évaluation du risque à l'égard du mineur ou du majeur inapte (incluant aussi l'évaluation du risque minimal), se fait dorénavant en considérant son état de santé et sa condition personnelle⁵³. Certains sont d'avis que remplir un questionnaire, recueillir des échantillons de salive, d'urine ou de sang, se soumettre à un test comportemental ou à une observation constituent des interventions à risque minimal⁵⁴. Il faut à cet égard préciser que le prélèvement en lui-même ne représente qu'une partie du risque de la recherche : les risques découlant de la connaissance des résultats (ex. : renseignement génétique sur l'état de santé futur) et de l'utilisation des résultats (ex. : partage international des données) doivent aussi être pris en compte.

Le CÉR sera interpellé à déterminer si les **circonstances justifient** qu'un adolescent de 14 ans et plus soit autorisé à consentir seul. Cette exception devrait être interprétée dans l'optique du respect des principes de justice et d'équité en éthique de la recherche selon lesquels aucun groupe de personnes, incluant les enfants, ne devrait être privé des avantages potentiels de la recherche⁵⁵. L'ÉPTC2 (2014) encourage effectivement l'intégration d'enfants à la recherche afin de « [faire] progresser le principe de justice dans le domaine de la recherche [et d'améliorer] les connaissances des besoins particuliers des enfants au cours de leur développement, et la capacité d'y répondre »⁵⁶. Ainsi, les raisons justifiant l'exception devraient être évaluées en gardant à l'esprit que « [les] enfants ne doivent pas être indument exclus d'un projet de recherche uniquement en raison de leur âge ou de leur stade de développement »⁵⁷. Il pourrait s'agir par exemple des cas où l'exigence du consentement parental serait un frein à des recherches importantes dans un domaine, ou encore lorsqu'elle diminuerait la participation au point de créer un important biais

52. § 46. 102(i), 45 Code of Federal Regulations, US Department of Health and Human Services, 2011 ; Agence européenne des médicaments (EMA), *Ethical Considerations for Clinical Trials on Medicinal Products Conducted with the Paediatric Population (Recommendations of the Ad Hoc Group for the Development of Implementing Guidelines for Directive 2001/20/EC Relating to Good Clinical Practice in the Conduct of Clinical Trials on Medicinal Products for Human Use)*, 2008, art. 11.1 [EMA, *Ethical Considerations for Clinical Trials*].

53. Art. 21, al. 1 C.c.Q.

54. ROYAL COLLEGE OF PAEDIATRICS AND CHILD HEALTH – ETHICS ADVISORY COMMITTEE, « Guidelines for the Ethical Conduct of Medical Research Involving Children », (2000) 82 *Arch DisChild* 177-179.

55. L'ÉPTC2 (2014), *supra*, note 6, p. 53.

56. *Ibid.*, p. 56.

57. *Ibid.*

de sélection. Commentant une étude sur l'expérience de violence vécue par les jeunes, une auteure a souligné que l'exigence du consentement parental dans les études sur des sujets sensibles, comme la violence familiale, entravait la libre expression des jeunes, car les parents, soucieux de préserver leur vie privée, exerceraient un contrôle indu sur le droit à l'expression de leurs jeunes⁵⁸. Il pourrait s'agir de circonstances que le CÉR trouve suffisantes pour justifier l'exception du consentement par le mineur lui-même.

En ce qui concerne le majeur inapte, la Loi de 2013 a remédié à quelques situations où le majeur inapte n'est pas pourvu d'un représentant légal. Le législateur souhaitait certainement corriger la situation selon laquelle la recherche en gérontologie avec des personnes âgées qui n'ont pas les capacités de consentir était pratiquement arrêtée au Québec depuis plusieurs années⁵⁹. Très peu de ces personnes sont pourvues d'un représentant légal : on estime que seulement 3 % des aînés atteints d'une démence en ont un⁶⁰. Ainsi, malgré le changement législatif, le principe de base demeure le consentement par le représentant légal dûment mandaté : le tuteur, le curateur ou le mandataire⁶¹. Toutefois, lorsqu'un tel représentant n'existe pas et que la recherche comporte tout au plus un risque minimal, le consentement peut dorénavant être donné par la personne habilitée à consentir aux soins requis par l'état de santé du majeur inapte⁶². Ainsi, il faut s'en remettre aux règles concernant les personnes habilitées à consentir aux soins requis par l'état de santé du majeur inapte pour déterminer la personne autorisée à consentir à la recherche. Il pourra s'agir du conjoint ou, à défaut de conjoint ou en cas d'empêchement de celui-ci, d'un proche parent ou d'une personne qui démontre pour le majeur un intérêt particulier⁶³.

58. Judy CASHMORE, « Ethical issues concerning consent in obtaining children's reports on their experience of violence », (2006) *Child Abuse & Neglect* 30, 969-977. Voir aussi l'étude sur laquelle le commentaire porte : Janis CARROLL-LIND, James CHAPMAN, Janet GREGORY et Gabrielle MAXWELL, « The Key to the Gatekeepers: Passive Consent and Other Ethical Issues Surrounding the Rights of Children to Speak on Issues that Concern them », (2006) 30 *Child Abuse & Neglect* 979-989.

59. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission de la santé et des services sociaux*, 1^{re} sess., 40^e législ., 25 avril 2013, « Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de loi no 30, *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière de recherche* », p. 5 (M^{me} de Champlain)

60. Philippe VOYER, Sylvie ST-JACQUES, *supra*, note 5, p. 10.

61. Art. 21 C.c.Q.

62. Art. 21 C.c.Q.

63. Art. 15 C.c.Q.

IV. Utilisation du matériel biologique après le décès

Suivant les progrès scientifiques, l'utilisation des banques de matériel biologique est de plus en plus courante dans la recherche. Ces banques sont les lieux de conservation de tissus et d'autres substances prélevées notamment dans le cadre de soins prodigués à un patient. Elles constituent une ressource estimée qui contribue au développement de la recherche, en outre en génomique et en pharmacogénomique⁶⁴. Toutefois, leur création étant un phénomène des dernières décennies, de nombreux enjeux d'ordre juridique et éthique y associés appellent à une attention particulière afin d'assurer que les avancées scientifiques ne sont pas obtenues au détriment des droits fondamentaux de la personne⁶⁵.

Avant 2013, le *Code civil* encadrait déjà l'utilisation à des fins de recherche du matériel biologique prélevé sur une personne (ex. : sang, salive, peau) dans le cadre de soins qui lui sont administrés⁶⁶. Encore aujourd'hui, le consentement de la personne concernée, ou de celle habilitée à consentir à sa place, est requis pour ce genre d'utilisation⁶⁷. Avec la Loi de 2013, le législateur est venu préciser les règles applicables lorsqu'on requiert un tel consentement après le décès (si un consentement est obtenu avant le décès, celui-ci devrait évidemment primer). Ainsi, lorsque la personne qui fournit le matériel biologique est décédée et qu'aucun consentement n'a été obtenu avant sa mort, le consentement peut être donné par « la personne qui pouvait ou aurait pu consentir aux soins requis par son état de santé »⁶⁸. Il faut donc s'en remettre aux règles concernant le consentement aux soins requis par l'état de santé.

Ainsi, si le défunt était un **mineur**, la personne qui pouvait consentir aux soins requis par l'état de santé est le titulaire de l'autorité parentale ou le tuteur⁶⁹. Ces deux représentants pourraient donc être interpellés pour consentir à l'utilisation de matériel biologique après le décès de l'enfant.

64. Rémi QUIRION, *supra*, note 26, p. 7.

65. FONDS DE LA RECHERCHE EN SANTÉ DU QUÉBEC, *L'encadrement des banques de données et des banques de matériel biologique à des fins de recherche en santé*, Rapport final du Groupe-conseil, Québec, 2006.

66. Voir l'ancien article 22 C.c.Q.

67. Art. 22 C.c.Q.

68. Art. 22 C.c.Q.

69. Art. 14 C.c.Q.

Dans le cas d'un **adulte qui était inapte** avant son décès, le mandataire, le tuteur ou le curateur sont les trois personnes qui pouvaient fournir le consentement aux soins requis par l'état de santé⁷⁰. Ils seraient donc habilités à autoriser l'utilisation de matériel biologique *post mortem*. Si le défunt inapte n'était pas ainsi dûment représenté, le conjoint ou, à défaut de conjoint ou en cas d'empêchement de celui-ci, un proche parent ou une personne qui démontrait pour le défunt un intérêt particulier sont habilités de façon secondaire à consentir aux soins⁷¹. Ainsi, ces derniers pourraient consentir à l'utilisation de matériel biologique après le décès, seulement en l'absence de représentant légal dûment nommé. Il faut préciser qu'une hiérarchie est aussi instaurée parmi eux : ce n'est qu'en l'absence de conjoint (ou de son empêchement) que l'on peut faire appel au proche parent ou à celui qui avait un intérêt particulier pour le défunt.

Il est plus difficile d'identifier qui « pouvait » ou « aurait pu » consentir aux soins requis par l'état de santé d'un **adulte apte**. Avant sa mort, la personne apte n'était évidemment pas pourvu d'un représentant légal (tuteur, curateur, mandataire) pour prendre des décisions concernant ses soins. Le conjoint, proche parent ou la personne qui détenait un intérêt particulier pour le défunt pourraient-ils consentir à la place du défunt ? Il est difficile de conclure que l'une de ces trois personnes « aurait pu consentir », tel que l'exige la loi, aux soins requis par son état de santé. En effet, ils auraient pu consentir seulement si l'inaptitude du majeur avait été constatée⁷². Or, cela n'a jamais été le cas. Strictement parlant, la loi ne permet à aucune autre personne que l'adulte apte lui-même à consentir à des soins requis par son état de santé⁷³. Est-ce que le législateur a voulu protéger l'autonomie de l'adulte apte en empêchant toute autre personne de consentir à sa place après son décès ? Cet adulte apte avait en effet pleine capacité durant son vivant d'autoriser l'utilisation de ses prélèvements – incluant une utilisation après son décès – mais il ne l'a pas fait. Cependant, il est également plausible que le législateur considère plutôt le défunt comme vraisemblablement inapte et souhaite lui appliquer le régime de représentation offert à ces personnes. Cela permettrait d'autoriser l'utilisation du matériel biologique pour des recherches qui n'existaient peut-être pas encore avant la mort du

70. Art. 15 C.c.Q.

71. Art. 15 C.c.Q.

72. Art. 15 C.c.Q.

73. Art. 11 C.c.Q.

défunt, donc des recherches auxquelles le défunt n'aurait jamais pu être invité lui-même à participer. D'ailleurs, la loi vise la personne qui « aurait pu » consentir aux soins, et non seulement celle qui « pouvait » consentir aux soins. Toutefois, rien pour l'instant ne permet de prioriser l'une des deux interprétations. D'autres réflexions seront certainement nécessaires pour éclairer cette délicate question.

V. Mécanisme de traitement des plaintes

La Loi de 2013 a également apporté une modification à la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* (L.S.S.S.)⁷⁴. Comme auparavant, tout « usager » des services offerts par un établissement de santé peut formuler une plainte écrite ou verbale auprès du commissaire local sur les services de santé ou les services sociaux⁷⁵. Cependant, il n'était pas toujours clair de savoir si un participant à une recherche, menée sous les auspices d'un établissement de santé, était un « usager » au sens de la L.S.S.S. On peut penser à un participant à une recherche impliquant seulement des entrevues téléphoniques qui n'était pas un patient de cet hôpital et qui n'y avait jamais mis les pieds. Il n'était donc pas facile de déterminer si ce participant pouvait utiliser la procédure de plainte prévue dans la LSSS au même titre qu'un usager des services de soins. La Loi de 2013 est venue préciser que le participant à la recherche doit être considéré comme un « usager » en regard du mécanisme de plainte⁷⁶.

Cette précision constitue en fait le prolongement d'une décision de la Cour d'appel de 2001. La Cour y avait indiqué que les activités de recherche « font partie intégrante de la mission de tout centre hospitalier universitaire. Ils en constituent même une caractéristique essentielle »⁷⁷. Dans cette optique, une interprétation large et généreuse de la notion d'usager, incluant le participant à la recherche, avait été imposée⁷⁸. Ainsi, en vertu de la modification législative de la Loi de 2013, lorsqu'un établissement exerce des activités de la recherche, la procédure doit permettre à toute personne qui participe à une recherche de formuler une plainte concernant cette recherche⁷⁹. De plus, les héritiers et

74. RLRQ, c. S-4.2.

75. Art. 34 L.S.S.S.S.

76. Art. 34 L.S.S.S.S.

77. *Michaud c. Gomez*, [2001] R.J.Q. 2788, par. 29.

78. *Ibid.*, par. 79.

79. Art. 34 L.S.S.S.S.

représentants légaux d'un participant à la recherche décédé peuvent dorénavant formuler une plainte sur toute recherche à laquelle le défunt a participé⁸⁰.

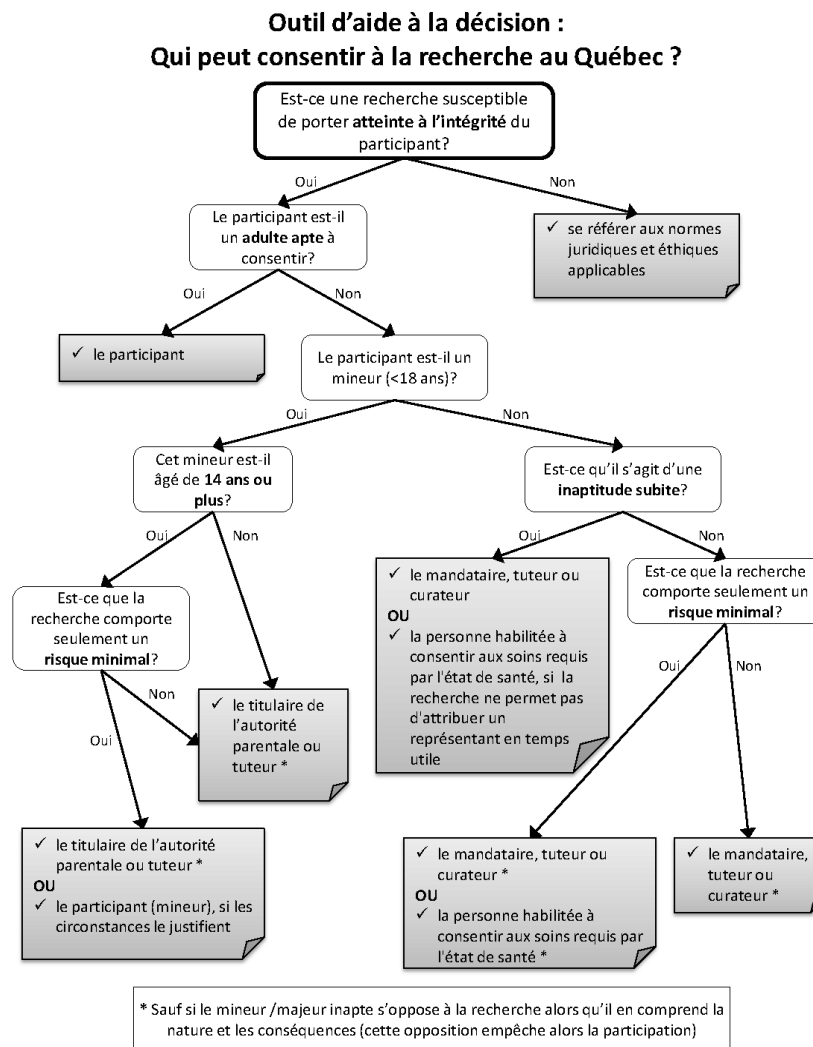
CONCLUSION

La Loi de 2013 modernise les règles gouvernant la recherche au Québec. Il était question, dans cette loi, de trouver un juste équilibre entre la protection adéquate des participants à la recherche et l'impératif de l'acquisition de connaissances scientifiques. Dans plusieurs situations, le législateur a chargé les CÉR de déterminer si des exceptions pouvaient être utilisées, lui donnant ainsi l'importante tâche de préserver l'équilibre entre la protection des personnes et l'avancement de la recherche scientifique. Et ces personnes comptent parmi les plus vulnérables de la société : les mineurs et les adultes inaptes. Comme on l'a vu, les changements législatifs ont été apportés pour remédier à certains problèmes remarqués par les chercheurs et les CÉR. La Loi de 2013 ne contient que sept articles introduisant des modifications à six dispositions du *Code civil* et à une disposition de la LSSS. Pourtant, l'importance des changements législatifs est considérable et leur impact potentiel sur la recherche sera probablement notable dans certains secteurs. Les recherches en sciences sociales, à faible risque, menées avec des populations inaptes à consentir, comme les adolescents ou les aînés en perte d'autonomie, bénéficieront certainement des assouplissements formulés. Non seulement les recherches menées par les chercheurs québécois seront optimisées par ces changements législatifs, mais la coopération avec les autres chercheurs canadiens et la participation des équipes de recherche québécoises à des projets pancanadiens sera aussi facilitée en raison du rapprochement et de l'harmonisation avec les normes de l'ÉPTC2 (2014). De nouveaux horizons sont désormais ouverts aux chercheurs avec un potentiel de bénéfices pour la population.

80. Art. 34 L.S.S.S.S.

ANNEXE

Outil d'aide à la décision : Qui peut consentir à la recherche au Québec ?



* Sauf si le mineur /majeur inapte s'oppose à la recherche alors qu'il en comprend la nature et les conséquences (cette opposition empêche alors la participation)

Élaboré par Me Emmanuelle Lévesque, Centre de génomiques et politiques, Université McGill.
Réf.: articles 20-21 du Code civil du Québec. Version du 17 août 2014.

La cession de contrats d'assurance par l'assureur : le chaînon manquant

Alain PRÉVOST

Résumé

Dans le contexte des nombreuses fusions, acquisitions et autres réorganisations qui surviennent régulièrement dans le secteur financier, les sociétés d'assurances sont parfois appelées à céder à un autre assureur la totalité ou une partie des polices d'assurance qu'elles ont souscrites au fil des années. Les sociétés cédantes utilisent habituellement pour ce faire la technique de la « réassurance aux fins de prise en charge ». Elles souscrivent ainsi un contrat de réassurance auprès d'un autre assureur aux termes duquel celui-ci s'engage à « prendre en charge » les polices d'assurance qui avaient été souscrites par la société cédante. En pratique, c'est comme si l'acquéreur se substituait dorénavant à la société cédante. Toutefois, sur le plan juridique, il ne s'agit pas d'une cession dite « parfaite » et de nombreuses incertitudes en découlent. Dans le présent article, l'auteur examine ces questions, notamment à la lumière de la récente décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Mandeville c. Manuvie*, et propose des pistes de solution législative en vue de clarifier la situation.

* * *

Abstract

In the context of the numerous mergers, acquisitions and other corporate reorganizations that regularly occur in the financial sector, insurance companies are sometimes called upon to transfer to another insurer either all or some of the insurance policies they have sold over the years. Ceding companies usually rely on « assumption reinsurance » to achieve such a transfer. Under that approach, ceding companies enter into a reinsurance contract with another insurer pursuant to which the latter undertakes to « assume » the insurance policies that had been issued by the ceding company. In practice, it is as if the assuming company was being substituted for the ceding company. However, from a legal perspective, such a transaction does not amount to a complete legal transfer and many uncertainties arise from it. This article reviews these issues, especially in light of the recent decision by the Ontario Court of Appeal in *Mandeville v. Manulife*, and proposes potential legislative solutions to help clarify the situation.

La cession de contrats d'assurance par l'assureur : le chaînon manquant

Alain PRÉVOST*

INTRODUCTION	123
1. Le contexte constitutionnel et le cadre réglementaire au Canada	124
2. Le régime d'approbation des cessions de contrats d'assurance	127
3. La réassurance aux fins de prise en charge	130
3.1 Le lien de droit entre l'assuré et l'acquéreur	133
3.2 Le lien de droit entre l'assuré et la société cédante . . .	135
4. Les incertitudes découlant du maintien du lien de droit entre l'assuré et la société cédante	137
4.1 La duplicité de débiteurs.	138
4.2 Le droit de vote des assurés	140
4.3 Les polices à participation	143
4.4 La démutualisation.	145
5. L'arrêt <i>Mandeville c. Manuvie</i>	146

* Avocat à la retraite et membre du Barreau du Québec. L'auteur a fait carrière au ministère de la Justice du Canada et y a notamment occupé le poste d'avocat général du Bureau du surintendant des institutions financières de 1996 à 2014. Les avis exprimés dans ce texte n'engagent toutefois que son auteur.

6. Proposition de solutions législatives	150
6.1 Au palier provincial	152
6.2 Au palier fédéral	154
CONCLUSION	155

INTRODUCTION

Dans le contexte des nombreuses fusions, acquisitions et autres réorganisations qui surviennent régulièrement dans le secteur financier, les sociétés d'assurances sont parfois appelées à céder¹ à un autre assureur la totalité ou une partie des polices d'assurance qu'elles ont souscrites au fil des années. La situation se produit notamment lorsqu'une société étrangère d'assurances décide de quitter le marché canadien² ou lorsque sa filiale canadienne met fin à ses opérations. La situation se produit également lorsqu'un assureur décide de se départir d'un portefeuille de polices d'un certain type (communément appelé un « bloc de polices ») afin de concentrer ses activités sur d'autres types de polices. Par ailleurs, certains assureurs effectuent parfois de telles cessions afin de générer des fonds en vue de remédier aux difficultés financières qu'ils éprouvent. Diverses autres raisons de nature commerciale, fiscale ou réglementaire peuvent également amener les sociétés d'assurances à se départir ainsi de certains portefeuilles de polices d'assurance qu'elles ont souscrites³.

Sauf dans les cas de fusion ou d'acquisition d'entreprise⁴, les sociétés cédantes utilisent habituellement pour ce faire la technique de la « réassurance aux fins de prise en charge ». Les sociétés cédantes souscrivent ainsi un contrat de réassurance⁵ auprès d'un autre assureur aux termes duquel celui-ci s'engage à « prendre en charge » les polices d'assurance qui avaient été souscrites par la société cédante. C'est ainsi que les assurés sont dorénavant appe-

1. Le verbe « transférer » et ses dérivés sont aussi communément utilisés. En France, le *Code des assurances* utilise ainsi l'expression « transfert de portefeuille de contrats ».
2. L'entente qui a été conclue en janvier 2015 en vue de l'acquisition des activités de la succursale canadienne de la société écossaise Standard Life plc par la Compagnie d'assurance-vie Manufacturers Life (ci-après Manuvie) en est un bon exemple.
3. À titre d'exemple, on peut aussi mentionner l'acquisition par deux filiales du Mouvement Desjardins en janvier 2015 des activités des succursales canadiennes du groupe américain State Farm. Il en est de même de l'acquisition en novembre 2012 des activités de la filiale canadienne AXA Assurances (Canada) par la société Intact Assurance.
4. Par l'acquisition d'actions, l'acquéreur devient l'actionnaire unique ou majoritaire de l'entreprise cible ou de sa société mère. Dans un tel cas, le lien juridique existant entre l'assuré et l'assureur faisant l'objet de l'acquisition demeure inchangé (sous réserve bien sûr d'une possible cession ultérieure des polices).
5. À tout le moins, le contrat est ainsi libellé ; voir *infra*, section 3.

lés à verser leurs primes d'assurance directement à l'acquéreur⁶ et à lui soumettre toute réclamation future. L'acquéreur s'engage pour sa part à indemniser directement les assurés en cas de réclamation aux termes de la police originale. En pratique, c'est comme si l'acquéreur se substituait dorénavant à la société cédante. Toutefois, sur le plan juridique, il ne s'agit pas d'une cession dite « parfaite ». En effet, la technique utilisée ne permet généralement pas à la société cédante d'éteindre les obligations contractuelles qu'elle avait prises envers ses assurés. Si l'acquéreur devenait incapable d'honorer ses obligations aux termes du contrat de réassurance, notamment pour cause d'insolvabilité, la société cédante pourrait être tenue d'honorer les obligations qu'elle avait contractées à l'origine envers ses assurés. Cette situation soulève de nombreuses incertitudes sur les plans juridique et réglementaire. Dans le présent article, nous examinons ces questions, notamment à la lumière de la récente décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Mandeville c. Manuvie*, et proposons des pistes de solution législative en vue de clarifier la situation.

1. Le contexte constitutionnel et le cadre réglementaire au Canada

Il est d'abord utile de faire un bref rappel des principes constitutionnels applicables au partage des compétences en matière d'assurances au Canada et de décrire sommairement le cadre réglementaire en place, et ce, tant au palier fédéral que provincial.

Aux termes de la Constitution canadienne, les provinces ont le pouvoir de constituer des sociétés d'assurances⁷. Par ailleurs, en vertu de leur compétence en matière de propriété et de droits civils, elles ont également compétence pour régir les contrats d'assurance conclus sur leur territoire⁸. Le fédéral a lui aussi com-

6. Le terme « acquéreur » est utilisé dans le présent article pour désigner la société d'assurances à qui les polices sont cédées et qui agit à titre de réassureur aux termes du contrat de réassurance aux fins de prise en charge.

7. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.-U.) (ci-après la *Loi constitutionnelle de 1867*), par. 92(11) – L'incorporation des compagnies pour des objets provinciaux. Au Québec, ce pouvoir a notamment été exercé à l'article 20 de la *Loi sur les assurances*, RLRQ, c. A-32.

8. *Loi constitutionnelle de 1867*, par. 92(13) – La propriété et les droits civils dans la province. Au Québec, cette compétence a principalement été exercée aux articles 2389-2628 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (ci-après C.c.Q.). L'assurance maritime fait toutefois exception puisqu'elle relève de la compétence exclusive fédérale relativement à la navigation et au transport maritime aux termes du paragraphe 91(10) ; voir *Triglav c. Terrasses Jewellers Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 283.

pétence pour constituer des sociétés d'assurances⁹ et pour autoriser les sociétés étrangères à exercer des activités d'assurances au Canada¹⁰.

Dans ce contexte, le fédéral a mis en place un cadre de réglementation dite « prudentielle » qui vise essentiellement à surveiller la santé financière des sociétés d'assurances relevant de sa compétence. La mise en œuvre de ce cadre de réglementation est confiée au Bureau du surintendant des institutions financières (BSIF). Le BSIF veille ainsi à ce que les sociétés d'assurances fédérales gèrent prudemment les sommes qui leur sont confiées par leurs clients et soient par ailleurs adéquatement capitalisées. Ce type de réglementation vise ainsi à accroître les chances que les assureurs soient constamment en mesure d'honorer leur obligation de verser des indemnités à leurs assurés en cas de réclamation¹¹. Dans la poursuite de ses objectifs, le BSIF s'efforce de protéger les droits des assurés¹² et des autres créanciers des sociétés d'assurances¹³.

Les provinces ont également institué un cadre de réglementation qui vise essentiellement à régir les pratiques commerciales¹⁴ de toutes les sociétés d'assurances faisant affaires sur leur

-
9. *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91 – Aux termes du passage introductif, le fédéral a compétence pour constituer des sociétés ayant des objets non limités à une province (communément appelé « le pouvoir fédéral d'incorporation ») ; voir *Citizens' Insurance Co. v. Parsons* (1881) 7 App. Cas. 96. Ce pouvoir a notamment été exercé dans la *Loi sur les sociétés d'assurances*, L.C. 1991, ch. 47 (ci-après L.S.A. (Canada)).
 10. *Re Insurance Act of Canada*, [1932] A.C. 41. Tout en déclarant inconstitutionnelle une loi fédérale visant les sociétés étrangères d'assurances, le Comité judiciaire du Conseil Privé y déclarait ce qui suit : « Their Lordships have no doubt that the Dominion Parliament might pass an Act forbidding aliens to enter Canada or forbidding them so to engage in any business without a licence, and further they might furnish rules for their conduct while in Canada, requiring them, e.g., to report at stated intervals. But the sections here are not of that sort, [...] Their Lordships have, therefore, no hesitation in declaring that this is not “properly framed” alien legislation. » (p. 51). La compétence fédérale à l'égard des sociétés étrangères a principalement été exercée à la partie XIII de la L.S.A. (Canada).
 11. Cette préoccupation est particulièrement présente en matière d'assurance-vie où il s'écoule souvent plusieurs décennies entre le moment de la souscription de la police et celui du versement de l'indemnité.
 12. La L.S.A. (Canada) utilise plutôt le terme « souscripteurs ». Dans le présent article, les termes « assurés », « souscripteurs » et « titulaires de police » sont utilisés de façon interchangeable.
 13. *Loi sur le Bureau du surintendant des institutions financières*, L.R.C. (1985), ch. 18 (3^e suppl.), art. 4.
 14. Ce type de réglementation est communément désignée en anglais par l'expression « market conduct regulation », par opposition à la réglementation prudentielle qui

territoire, y compris celles relevant de la compétence fédérale. La mise en œuvre du cadre de réglementation institué par les provinces relève des différents organismes qu'elles ont créés à cette fin, notamment l'Autorité des marchés financiers au Québec (AMF) et la Commission des services financiers en Ontario. L'AMF applique également un cadre de réglementation prudentielle à l'égard des sociétés d'assurances constituées selon les lois du Québec. Ailleurs au Canada, les organismes provinciaux exercent aussi une certaine réglementation prudentielle, mais la situation varie passablement d'une province à l'autre¹⁵.

Il y a lieu de noter qu'à notre connaissance les tribunaux n'ont jamais véritablement eu l'occasion de se prononcer sur la constitutionnalité du régime de réglementation prudentielle des sociétés d'assurances au Canada. La capacité des provinces de mettre en œuvre un tel régime à l'égard des sociétés d'assurances relevant de leur compétence ne fait pas de doute. Par contre, si la compétence fédérale en matière de réglementation prudentielle des banques est clairement établie aux termes du paragraphe 91(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, cette compétence à l'égard des sociétés d'assurances et des autres institutions financières relevant de la compétence fédérale est moins évidente. On soutient généralement que la compétence fédérale en matière de réglementation prudentielle de ces institutions est accessoire au pouvoir fédéral de constituer des sociétés fédérales¹⁶ et d'autoriser des sociétés étrangères à exercer leurs activités au Canada¹⁷.

Dans le présent article, nous examinons la question des cessions de contrats d'assurance principalement sous l'angle de celles qui sont effectuées par les sociétés d'assurances relevant de

est habituellement désignée par l'expression « prudential regulation » ou « solvency regulation ».

15. L'Ontario a notamment manifesté en 2012 son intention de cesser graduellement la réglementation prudentielle des sociétés d'assurances constituées en vertu des lois ontariennes.

16. Voir *supra*, note 9 ; voir aussi *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, 177 : « Le pouvoir du Parlement relativement à la constitution en corporation de compagnies pour des objets autres que provinciaux n'a pas été défini de façon stricte. La jurisprudence établit clairement que ce pouvoir va bien au delà de la simple constitution de la compagnie. Il s'étend à des matières comme le maintien de la compagnie, la protection de ses créanciers et la sauvegarde des intérêts de ses actionnaires. Tout cela fait partie du fonctionnement interne par opposition aux activités commerciales. ». Pour un aperçu général du partage des compétences en matière d'assurances, voir Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, éd. feuillets mobiles, Toronto, Carswell, par. 21.5(c) et 24.3(b).

17. Voir *supra*, note 10.

la compétence fédérale¹⁸, et ce, en regard des principes du droit civil québécois¹⁹.

2. Le régime d'approbation des cessions de contrats d'assurance

Pour l'assuré, l'idée de voir sa police d'assurance être cédée à un autre assureur qu'il n'a pas lui-même choisi risque de ne pas être bien reçue²⁰. L'assuré peut par exemple avoir établi une solide relation de confiance avec la société cédante et ses représentants au fil des années et ainsi être réticent à mettre fin à leur relation d'affaires. Par ailleurs, la solidité financière de l'acquéreur peut être différente – soit meilleure, soit pire – de celle de la société cédante. De plus, l'acquéreur peut avoir des pratiques commerciales différentes de celles de la société cédante.

Or, le consentement de l'assuré n'est pas exigé ; celui-ci est simplement avisé que sa police d'assurance a été cédée à une autre société d'assurances²¹. Bien sûr, l'assuré insatisfait pourrait toujours choisir, le cas échéant, de résilier sa police ou de ne pas la renouveler à son échéance, et d'en souscrire alors une autre auprès d'un autre assureur. Certes, si cette option peut généralement être exercée dans les contrats d'assurance de dommages²², son exercice est souvent plus compliqué dans le cas des contrats d'assurance de personnes²³. De plus, dans tous les cas, rien ne garantit que l'assuré pourrait obtenir auprès d'un autre assureur la même protection d'assurance, aux mêmes conditions et au même coût. Enfin, outre la protection d'assurance, la police con-

18. La grande majorité des sociétés d'assurances actives au Canada relèvent de la compétence fédérale, tant en assurance de personnes qu'en assurance de dommages.

19. Certaines références aux principes correspondants applicables en vertu de la *common law* sont incluses à titre d'information seulement, et ce, sous toutes réserves.

20. Pour une description des préoccupations soulevées par l'imposition au créancier d'un changement de débiteur, voir notamment Michelle CUMYN, « La délégation du *Code civil du Québec* : une cession de dette ? », (2002) 43 *C. de D.* 601, 611-613.

21. Le BSIF exige notamment que l'acquéreur transmette une « attestation de prise en charge » à chaque assuré.

22. Le terme des polices d'assurance de dommages pour les particuliers est généralement d'un ou de deux ans. Dans le cas d'une police d'assurance-vie, le terme peut bien sûr s'étendre sur plusieurs décennies. Il y a lieu de noter que la L.S.A. (Canada) utilise l'expression « sociétés d'assurances multirisques » pour désigner celles qui œuvrent en assurance de dommages.

23. Notamment en raison de possibles changements à l'état de santé de l'assuré ayant pu entraîner entre-temps l'aggravation du risque pour l'assureur.

fère parfois aux assurés d'autres droits ou avantages – réels ou potentiels – qui pourraient être modifiés ou éliminés par suite de la cession (ci-après les droits accessoires). Dans ce contexte, le législateur est intervenu pour assujettir les cessions de polices d'assurance à un régime d'approbation visant à déterminer si l'acquéreur serait en mesure de s'acquitter adéquatement des obligations qui avaient été contractées à l'origine par la société cédante et à veiller par ailleurs à ce que les assurés soient traités équitablement dans le cadre de cette opération.

Dans le cas des sociétés d'assurances relevant de la compétence fédérale, la *Loi sur les sociétés d'assurances* énonce la procédure à suivre quand celles-ci souhaitent se départir d'un portefeuille de polices d'assurance²⁴. À l'égard des sociétés constituées selon la loi fédérale, la loi établit ainsi deux grands types d'opérations : d'une part, celles visant la totalité ou la quasi-totalité des polices de la société ou des risques que celle-ci accepte aux termes de ses polices et, d'autre part, celles visant seulement une partie de ces risques. Comme le premier type d'opérations est habituellement associé à la cessation des activités de la société cédante, les exigences imposées par la loi sont plus rigoureuses : approbation du ministre des Finances, publication d'un avis officiel, divulgation des documents pour examen par les intéressés, rapport d'un actuaire indépendant et approbation par les actionnaires ainsi que par les assurés. Les opérations du second type se produisent plus régulièrement dans le cours normal des affaires et sont ainsi assujetties à des exigences un peu moins rigoureuses : approbation du surintendant des institutions financières, publication d'un avis officiel et divulgation des documents pour examen par les intéressés. Toutefois, des conditions additionnelles peuvent toujours être imposées²⁵.

24. Les articles 254 à 258 de la L.S.A. (Canada) s'appliquent aux sociétés fédérales constituées en vertu de cette loi tandis que les articles 587.1 à 587.3 s'appliquent aux sociétés étrangères. Par ailleurs, la plupart des lois provinciales sur les assurances prévoient un régime semblable. Le régime prévu à l'article 275.4 de la *Loi sur les assurances* du Québec diffère toutefois légèrement du régime fédéral du fait qu'il ne requiert pas que l'AMF approuve formellement chaque cession mais il lui permet de s'y opposer après en avoir été avisée. Voir aussi la *Loi sur les assurances* (Ontario), L.R.O. 1990, ch. I.8, art. 419-431.

25. Voir notamment L.S.A. (Canada), art. 1016.2. À cet égard, le BSIF considère que le rapport d'un actuaire indépendant est requis dans tous les cas de réassurance aux fins de prise en charge concernant une société d'assurance-vie ; voir la ligne directrice E-14 du BSIF – *Rôle de l'actuaire indépendant*, <<http://www.osfi-bsif.gc.ca/Fra/Docs/e14.pdf>>.

Comme il est indiqué précédemment, les sociétés cédantes utilisent habituellement la technique de la réassurance aux fins de prise en charge pour céder un portefeuille de polices²⁶. La *Loi sur les sociétés d'assurances* assujettit expressément ce type d'opérations à l'approbation des autorités réglementaires. La loi stipule en outre les catégories de sociétés d'assurances à qui un portefeuille de polices peut être cédé²⁷. Même si la loi ne précise pas les facteurs à prendre en compte dans l'examen d'une demande d'approbation de la cession d'un portefeuille de polices, ceux-ci découlent du mandat du BSIF, lequel est de superviser les sociétés d'assurances pour s'assurer qu'elles sont en bonne santé financière en vue de protéger les droits de leurs assurés²⁸.

Le régime d'approbation qui est prévu par la *Loi sur les sociétés d'assurances* laisse ainsi l'impression que l'approbation des autorités réglementaires est donnée au nom de l'ensemble des assurés en cause et, qu'une fois cette approbation accordée, celle-ci rend la cession exécutoire à l'égard de chacun d'entre eux²⁹. Or, la *Loi sur les sociétés d'assurances* ne prévoit nullement que l'approbation produit un tel effet³⁰.

Il faut donc s'en remettre au droit provincial des contrats pour déterminer l'effet de la cession de polices effectuée selon la technique de la réassurance aux fins de prise en charge. Au

26. La L.S.A. (Canada) envisage également à son article 257 le « transfert » de polices. Au Québec, la *Loi sur les assurances* traite à son article 275.4 de la cession de la totalité ou d'une partie de l'entreprise, sans toutefois mentionner expressément la technique de la réassurance aux fins de prise en charge.

27. L.S.A. (Canada), al. 254(2)a), par. 254(2.01) et par. 587.1(2).

28. Voir *supra*, note 13. Cet objectif est ainsi clairement énoncé dans la Ligne directrice E-14 du BSIF – *Rôle de l'actuaire indépendant*, *supra*, note 25 : « Le BSIF cherche à s'assurer que la position et les intérêts de tous les souscripteurs des parties à l'opération seront protégés, et à garantir la sûreté de leurs prestations. »

29. La plupart des régimes d'approbation provinciaux semblent laisser la même impression. Toutefois, le Manitoba et l'Île-du-Prince-Édouard font exception puisque leur loi respective prévoit que l'approbation du gouvernement provincial a pour effet d'établir un lien de droit entre l'assuré et l'acquéreur sans pour autant modifier le lien de droit existant entre l'assuré et la société cédante ; voir *Loi sur les assurances*, C.P.L.M. ch. 140, art. 406, et *Insurance Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. I-4, art. 343.

30. La loi indique seulement que la cession ne peut prendre effet avant l'approbation ; voir L.S.A. (Canada), art. 255 et 587.2. Évidemment, ces dispositions traitent de la prise d'effet de la cession seulement à l'égard des parties à cette opération et non pas à l'égard des assurés. De toute façon, même si la loi fédérale prévoyait expressément que l'approbation avait pour effet d'éliminer le lien contractuel existant entre les assurés et la société cédante, une telle disposition outrepasserait vraisemblablement la compétence fédérale ; voir *supra*, note 16.

Québec, les règles du droit des contrats se trouvent essentiellement dans le *Code civil du Québec*.

3. La réassurance aux fins de prise en charge

Le contrat de réassurance est ainsi défini :

Contrat par lequel un assureur transfère à un ou à plusieurs autres assureurs ou à une entreprise spécialisée en réassurance, en tout ou en partie, les risques qu'il supporte à l'égard de son assuré sans, pour autant, modifier sa responsabilité envers ce dernier.³¹

En d'autres mots, il s'agit d'un contrat aux termes duquel un assureur (le cédant) souscrit à son propre bénéfice auprès d'un autre assureur (le réassureur), une police d'assurance (contrat ou traité de réassurance) couvrant certains risques auxquels l'assureur est lui-même exposé. La forme usuelle de réassurance est celle à caractère indemnitaire³², soit celle par laquelle le réassureur s'engage à indemniser la société cédante de tout ou partie des pertes qu'elle pourrait elle-même subir à l'égard des risques qu'elle a assurés aux termes de ses polices.

De prime abord, l'appellation « réassurance aux fins de prise en charge » mène à penser que celle-ci est une forme dérivée de la réassurance usuelle. Or, ça ne semble pas être le cas, plusieurs considérant en effet qu'il ne s'agit pas véritablement d'un contrat de réassurance³³. Aux termes du contrat de réassurance aux fins de prise en charge, le réassureur s'engage à « prendre en charge » les polices d'assurance qui avaient été souscrites par la société

31. Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010.

32. Ce type de réassurance est désigné en anglais par l'expression « indemnity reinsurance » tandis que le terme « assumption reinsurance » désigne la réassurance aux fins de prise en charge.

33. Sous le régime de la *common law*, voir Craig BROWN, *Insurance Law in Canada*, 7^e éd., Toronto, Carswell, 2010 ; « Misleadingly, this has been termed “reinsurance” in the relevant legislation. The arrangement being considered has nothing to do with reinsurance as normally understood. », par. 6.4. Le même point de vue est partagé par des auteurs américains ; voir notamment Eric M. HOLMES et L. Anthony SUTIN, *Holmes' Appleman on Insurance*, 2^e éd., New York, Lexis Nexis, 2000 : « When the risk itself is shifted to a company other than the original insurer, and the second company assumes direct liability to the policyholder, it is a substitution or transfer of risk, rather than true reinsurance. », vol. 14, par. 109.1 ; voir aussi Robert M. HALL, « *Reinsurance and Assumption Agreements; How Does the Novation Take Place?* », <http://www.robertmhall.com/articles/Reins_AssumpArt.htm> ; « In fact, this transaction is a novation rather than a reinsurance transaction. », à la section I.

cédante. C'est ainsi que les assurés sont dorénavant appelés à verser leurs primes d'assurance directement au réassureur et à lui soumettre toute réclamation future. En plus de prendre en charge ces obligations relatives à l'administration des polices, le réassureur s'engage également à indemniser directement les assurés en cas de réclamation aux termes de celles-ci. En pratique, c'est comme si le réassureur se substituait dorénavant à la société cédante³⁴. Bien sûr, le contrat de réassurance aux fins de prise en charge pourrait être structuré de plusieurs façons. Par exemple, le contrat pourrait prévoir un véritable régime de réassurance à caractère indemnitaire en plus de confier le mandat à l'acquéreur de prendre uniquement en charge l'administration des polices. Toutefois, ce n'est habituellement pas le cas, le contrat prévoyant normalement la cession et la prise en charge pures et simples des polices. Dans ce contexte, les effets juridiques de la réassurance aux fins de prise en charge diffèrent donc de ceux de la réassurance à caractère indemnitaire. Évidemment, l'appellation donnée à un contrat par les parties n'est pas concluante si par ailleurs les obligations découlant de celui-ci se révèlent être d'un autre ordre.

Au départ, il y a lieu de noter que le *Code civil du Québec* ne traite pas expressément de la réassurance aux fins de prise en charge et n'établit donc aucune distinction entre celle-ci et la réassurance à caractère indemnitaire. Si le contrat de réassurance aux fins de prise en charge constitue véritablement un contrat de réassurance, on doit ainsi présumer que le principe énoncé à l'article 2397 du Code s'applique à ces deux types de réassurance :

2397. Le contrat de réassurance n'a d'effet qu'entre l'assureur et le réassureur.

De toute manière, s'il ne s'agit pas véritablement d'un contrat de réassurance, la même conclusion s'impose puisque l'article 2397 reprend le principe général de la relativité des contrats³⁵, lequel est ainsi énoncé à l'article 1440 du *Code civil du Québec* :

34. Certains préfèrent d'ailleurs le terme anglais « substituted insurance » à l'expression « assumption reinsurance » ; voir Eric M. HOLMES et L. Anthony SUTIN, *op. cit.*, *supra*, note 33.

35. Sous le régime de la *common law*, le même principe est applicable (« privity of contract ») ; sur l'absence de lien de droit entre l'assuré et le réassureur, voir aussi *Treverton v. Superintendent of Insurance for Canada* (H.C.J. Ont.), 1987 CanLII 4069 (ON C.S.). Par contre, la loi reconnaît parfois aux assurés un droit de recours contre le réassureur ; voir *infra*, note 47 ; voir aussi Craig BROWN, *op. cit.*, *supra*, note 33, p. 6-13.

1440. Le contrat n'a d'effet qu'entre les parties contractantes ; il n'en a point quant aux tiers, excepté dans les cas prévus par la loi.

Il faut donc partir du principe que le contrat de réassurance aux fins de prise en charge aux termes duquel la société cédante cède un portefeuille de polices à l'acquéreur n'a pas d'effet sur les assurés³⁶. Pour produire un tel effet, il faudrait qu'un autre principe ou mécanisme juridique puisse venir modifier le lien de droit existant entre les différentes parties.

Le contrat de réassurance aux fins de prise en charge vise en réalité à transférer à l'acquéreur les droits et obligations de la société cédante aux termes du contrat d'assurance que celle-ci a originellement conclu avec l'assuré. On peut ainsi considérer qu'il vise à opérer une cession de contrat en vertu de laquelle l'acquéreur assumera dorénavant l'obligation d'indemniser l'assuré en cas de réclamation tandis que ce dernier conservera en contrepartie l'obligation de verser à l'acquéreur ses primes d'assurance. Or, le droit civil québécois ne reconnaît pas clairement le principe de la cession de contrat³⁷. Bien que le *Code civil du Québec* traite expressément de la cession de contrat d'assurance, il se limite à celle effectuée par l'assuré³⁸. Dans le cas de la cession de contrat effectuée par l'assureur, il faut donc s'en remettre aux principes généraux du droit civil³⁹. Aux fins du présent article, nous nous limiterons à examiner l'effet de la transmission à l'acquéreur de l'obligation d'indemniser l'assuré.

36. Il y a lieu de noter que le passage suivant de la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Mandeville c. Manuvie*, nous semble trop catégorique et donc inexact : « Unlike indemnity reinsurance, assumption reinsurance involves the transfer of the policies from the transferring company to the receiving company. (It was this form of transfer that occurred between Manulife and LOB.) Although this form of transfer would normally result in the transferred policyholders losing their rights in Manulife, Manulife structured the transaction so as to explicitly preserve the transferred policyholders' voting rights in Manulife. » (*sou-lignements ajoutés*) 2014 ONCA 417, par. 50.

37. Voir notamment Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2012, ch. 58 (ci-après LLUELLES et MOORE) ; voir aussi Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, titre cinquième, ch. V (ci-après BAUDOUIN, JOBIN et VÉZINA).

38. Art. 2461-2462 et 2475-2476 C.c.Q.

39. Voir notamment *N.C. Hutton Ltd. c. Canadian Pacific Forest Products Ltd.*, 1999 CanLII 13538, où la Cour d'appel du Québec a retenu l'approche selon laquelle la cession de contrat peut se décomposer en deux opérations juridiques distinctes, soit une cession de créance et une cession de dette.

Dans le contexte du droit civil québécois, on peut ainsi se demander si un contrat de réassurance aux fins de prise en charge pourrait engager, à l'égard de l'obligation d'indemniser l'assuré, l'un ou l'autre des mécanismes suivants⁴⁰ : la novation par changement de débiteur⁴¹, la délégation de paiement (parfaite ou imparfaite)⁴², la cession de dette (parfaite ou imparfaite)⁴³ ou la stipulation pour autrui⁴⁴. Évidemment, seul l'examen attentif du contenu de chaque contrat de réassurance, de chaque police d'assurance visée par la cession et de toutes les circonstances entourant l'opération pourrait permettre de répondre à cette question. Par ailleurs, l'objet du présent article n'est pas de faire l'étude exhaustive de toutes les conditions d'application des différents mécanismes en cause. On peut toutefois tenter d'énoncer certains principes généraux.

Dans ce contexte, on peut ainsi se demander comment, d'une part, un lien de droit peut se créer entre l'assuré et le réassureur (l'acquéreur) et, d'autre part, comment le lien de droit qui existe entre l'assuré et la société cédante peut être supprimé.

3.1 *Le lien de droit entre l'assuré et l'acquéreur*

L'assuré n'est pas partie au contrat de réassurance intervenu entre la société cédante et l'acquéreur. L'assuré est simplement avisé que sa police d'assurance a été cédée à un autre assureur. Son consentement exprès n'est pas exigé, du moins pas sur une base individuelle. Tout au plus, certaines cessions doivent

40. De façon générale, la doctrine semble divisée sur la portée de plusieurs des mécanismes en cause. Voir notamment LLUELLES et MOORE, *op. cit.*, *supra*, note 37, ch. 32, 54, 55 et 57, où les auteurs résument la position des différentes écoles de pensée ; voir aussi BAUDOUIN, JOBIN et VÉZINA, *op. cit.*, *supra*, note 37, titre cinquième.

41. Art. 1660-1666 C.c.Q.

42. Art. 1667-1670 C.c.Q. Certains auteurs sont d'avis que la distinction entre délégation parfaite et délégation imparfaite n'a plus sa raison d'être depuis l'entrée en vigueur du C.c.Q. ; voir notamment Daniel GARDNER, « Le point sur deux mécanismes aux contours mal définis : la novation par changement de débiteur et la théorie des fins de non-recevoir », (2002) 104 *R. du N.* 511-527, 516.

43. En principe, le C.c.Q. ne reconnaît pas la cession de dette. Celle-ci est ainsi définie : « Convention par laquelle le débiteur cédant transmet sa dette, à titre onéreux ou gratuit, à un cessionnaire qui sera désormais tenu de l'assumer envers le créancier. Elle n'est possible que dans des cas exceptionnels et ne libère le débiteur originaire que si le créancier y consent expressément. », Hubert REID, *op. cit.*, *supra*, note 31. Pour une conception nouvelle de la cession de dette, voir Michelle CUMYN, *loc. cit.*, *supra*, note 20, où l'auteure propose de concevoir dorénavant la délégation de paiement comme une cession de dette.

44. Art. 1444-1450 C.c.Q.

faire l'objet d'un vote de l'ensemble des assurés touchés par la cession et être approuvées par une majorité aux deux tiers des voix exprimées par ceux-ci⁴⁵. Toutefois, la loi ne prévoit aucunement que le résultat du vote lie l'ensemble des assurés visés par la cession, notamment ceux qui ont voté pour s'opposer à celle-ci de même que ceux qui n'ont pas exercé leur droit de vote.

Aux termes du contrat de réassurance, l'acquéreur s'engage formellement à indemniser les assurés conformément à la police d'assurance qu'ils ont souscrite auprès de la société cédante. En pratique, il est normal de présumer que l'acquéreur va bel et bien honorer cet engagement ; les autorités réglementaires ayant approuvé la cession interviendraient sûrement si tel n'était pas le cas. Si toutefois l'acquéreur refusait ou négligeait d'indemniser un assuré pour quel que motif que ce soit, il y a lieu de se demander sur quelle base juridique l'assuré pourrait le poursuivre en justice pour le forcer à s'exécuter. En l'absence du consentement de l'assuré, il semble clair qu'il n'y a pas novation par changement de débiteur, ni délégation parfaite de paiement⁴⁶, ni cession parfaite de dette. Dans le contexte du droit québécois, la stipulation pour autrui⁴⁷ pourrait toutefois offrir une réponse à cette question. Cette technique originale du droit civil permet à une personne de devenir créancière d'une obligation prévue à un contrat auquel elle n'est pas partie. À cet égard, la loi requiert que le tiers bénéficiaire de la stipulation (l'assuré) porte à la connaissance du stipulant (la société cédante) ou du promettant (l'acquéreur) sa

45. Voir notamment L.S.A. (Canada), art. 257.

46. Certains auteurs sont d'avis que le consentement du créancier, en l'occurrence l'assuré, est aussi requis dans les cas de délégation imparfaite de paiement, c'est-à-dire même si le débiteur original, en l'occurrence la société cédante, n'est pas déchargé de ses obligations ; voir LLUELLES et MOORE, *op. cit.*, *supra*, note 37, p. 1962.

47. Voir C.c.Q., *supra*, note 44 ; voir par contre les arrêts *Kungl c. Great Lakes Reinsurance Company et al.*, [1969] R.C.S. 342 et *Boiler Inspection and Insurance Company of Canada c. H.A. Simons Ltd.*, 2011 QCCA 1194, où l'on a rejeté l'application de la stipulation pour autrui pour établir un lien de droit entre l'assuré et le réassureur ; le contexte de ces décisions était toutefois bien différent de celui d'un contrat de réassurance aux fins de prise en charge. Par ailleurs, il importe de souligner qu'il n'existe pas de concept équivalent à celui de la stipulation pour autrui sous le régime de la *common law* ; voir notamment *Vermont Construction Inc. c. Beatson*, [1977] 1 R.C.S. 758, 770. Par contre, la loi reconnaît parfois aux assurés un droit de recours contre le réassureur ; voir *supra*, note 29 concernant la loi du Manitoba et de l'Île-du-Prince-Édouard ; voir aussi la *Loi sur les assurances* (Ontario), L.R.O. 1990, c. I.8, art. 431, dans le cas où la société cédante cesse ses activités sur le territoire en cause.

volonté d'accepter la stipulation⁴⁸. Or, l'assuré pourrait facilement communiquer son acceptation de façon expresse à l'acquéreur avant d'engager un recours judiciaire contre ce dernier. De toute façon, l'assuré serait vraisemblablement considéré avoir implicitement accepté la stipulation pour autrui par la simple introduction de son recours⁴⁹.

Sous l'angle de la stipulation pour autrui, il semble donc que le lien de droit entre l'assuré et l'acquéreur pourrait être établi assez facilement dans le contexte d'un contrat de réassurance aux fins de prise en charge. Il semble aussi que la même conclusion s'impose si l'on examine l'opération sous l'angle de la délégation imparfaite de paiement ou de la cession imparfaite de dette. Les auteurs reconnaissent en effet l'existence d'un lien de droit entre les parties qui, dans notre contexte, sont l'assuré et l'acquéreur⁵⁰.

Par contre, il est important de souligner que la portée des obligations prises en charge par l'acquéreur n'est pas nécessairement identique à celle des obligations auxquelles la société cédante était tenue par suite de la délivrance de la police. Si les obligations relatives à la protection d'assurance prévue par la police seront clairement assumées par l'acquéreur, il est possible que celui-ci ne prenne pas en charge certains des droits accessoires à la police⁵¹. Nous aborderons ces questions aux sections 4.2 à 4.4.

3.2 Le lien de droit entre l'assuré et la société cédante

Pour que la cession d'un contrat d'assurance par voie de réassurance aux fins de prise en charge puisse entraîner la suppression du lien de droit existant entre l'assuré et la société cédante, il faudrait que l'assuré consente expressément à libérer cette dernière de ses obligations. Cette conclusion s'impose peu importe l'angle sous lequel l'opération est examinée : novation par change-

48. Art. 1446 C.c.Q. La stipulation est toutefois révoicable par le stipulant jusqu'à la communication de l'acceptation par le bénéficiaire.

49. Voir notamment *Proulx c. Leblanc*, [1969] R.C.S. 765, 768 ; voir aussi BAUDOIN, JOBIN et VÉZINA, *op. cit.*, *supra*, note 37, par. 468.

50. Pour la délégation de paiement, voir LLUELLES et MOORE, *op. cit.*, *supra*, note 37, aux pp. 1972-1980, et pour la cession de dette, voir Michelle CUMYN, *loc. cit.*, *supra*, note 20, 641.

51. Cela semble ainsi indiquer que l'acquéreur n'assume pas l'ancienne dette de la société cédante mais bien une nouvelle dette, ce qui serait vraisemblablement pertinent pour la qualification juridique de l'opération.

ment de débiteur, délégation de paiement ou cession de dette. Ainsi, le *Code civil du Québec* énonce ce qui suit :

1660. La novation s'opère [...] lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien, lequel est déchargé par le créancier ; [...].

1661. La novation ne se présume pas ; l'intention de l'opérer doit être évidente.
(*soulignements ajoutés*)

On arrive à la même conclusion en analysant le contrat de réassurance aux fins de prise en charge sous l'angle de la délégation de paiement. En effet, l'article 1668 du *Code civil du Québec* prévoit ce qui suit :

1668. Le créancier délégataire, s'il accepte la délégation, conserve ses droits contre le débiteur délégant, à moins qu'il ne soit évident que le créancier entend décharger ce débiteur.
(*soulignements ajoutés*)

Par ailleurs, selon la conception nouvelle de la cession de dette, l'assentiment du créancier est aussi requis pour que la cession, dite parfaite, libère entièrement l'ancien débiteur⁵².

Or, comme il est indiqué précédemment, l'assuré est simplement avisé que sa police d'assurance a été cédée à un autre assureur ; son consentement exprès n'est pas exigé. Même si l'assuré peut avoir consenti, expressément ou implicitement, à ce que l'acquéreur devienne débiteur des obligations d'assurance qui avaient été contractées à l'origine par la société cédante, cela ne signifie nullement que l'assuré ait déchargé cette dernière de ses obligations. Entre autres, le fait que l'assuré puisse avoir accepté de dorénavant payer ses primes d'assurance directement à l'acquéreur ne révèle aucune intention de sa part de libérer la société cédante de ses obligations. De plus, le fait que la cession puisse avoir été approuvée par une majorité aux deux tiers des voix exprimées par les assurés en cause⁵³ de même que par les autorités réglementaires⁵⁴ n'est pas non plus concluant.

52. Voir Michelle CUMYN, *op. cit.*, *supra*, note 20, 613 ; en matière de cession de contrat, voir BAUDOIN, JOBIN et VÉZINA, *op. cit.*, *supra*, note 37, 1277 ; voir aussi *N.C. Hutton Ltd. c. Canadian Pacific Forest Products Ltd.*, *supra*, note 39.

53. *Supra*, note 45.

54. *Supra*, note 24.

Pour l'assuré, le contrat de réassurance aux fins de prise en charge vient donc simplement ajouter un débiteur additionnel à celui qui s'était originellement engagé à honorer la police d'assurance⁵⁵. Sauf dans l'hypothèse peu probable où la société cédante pourrait établir qu'un ou plusieurs assurés l'auraient clairement déchargée de ses obligations, il faut conclure que la cession de polices par voie de réassurance aux fins de prise en charge n'opère pas novation par changement de débiteur, ni délégation parfaite de paiement, ni cession parfaite de dette et qu'en conséquence le lien de droit existant entre les assurés et la société cédante survit à la cession. Les assurés conservent donc leurs recours contre la société cédante⁵⁶.

Comme nous l'avons indiqué précédemment, si l'acquéreur assume les mêmes obligations que la société cédante en ce qui a trait à la protection d'assurance, ce n'est pas nécessairement le cas pour les droits accessoires des assurés, tels le droit de vote ou le droit à une participation aux bénéfices. Si l'acquéreur n'accepte pas de prendre en charge les obligations de la société cédante relativement aux droits accessoires, il faudrait en principe conclure que la société cédante demeure tenue de les honorer. Par ailleurs, si ni l'acquéreur ni la société cédante n'acceptent d'honorer les droits accessoires des assurés après la cession, il y a lieu de se demander comment le contrat d'assurance peut ainsi être modifié sans le consentement des assurés. Ces questions ainsi que les incertitudes qu'elles soulèvent sont abordées aux sections 4.2 à 4.4.

4. Les incertitudes découlant du maintien du lien de droit entre l'assuré et la société cédante

Au Canada, l'utilisation de la technique de la réassurance aux fins de prise en charge s'explique vraisemblablement par l'absence d'un régime simplifié permettant à un assureur d'effec-

55. Les attestations de prise en charge transmises aux assurés dans le cas de certains contrats de réassurance aux fins de prise en charge ayant été approuvés par le BSIF au cours des dernières années énoncent d'ailleurs expressément que l'acquéreur est devenu un « débiteur supplémentaire ».

56. Il semble que la même conclusion s'impose sous le régime de la *common law* du fait de l'absence de novation ; au Canada, voir Brian ROSE et Stuart CARRUTHERS, dans l'étude comparative intitulée « *Insurance Portfolio Transfers: "Move on and Let Go"* », *infra*, note 57, p. 37 ; aux États-Unis, voir Robert M. HALL, *loc. cit.*, *supra*, note 33 ; concernant les conditions d'application de la novation sous le régime de la *common law* au Canada, voir notamment *National Trust Co. c. Mead*, [1990] 2 R.C.S. 410.

tuer une cession complète des droits et obligations découlant d'un portefeuille de polices. Dans certains autres pays⁵⁷, des régimes ont été mis en place selon lesquels il peut y avoir transmission à l'acquéreur des droits et obligations de la société cédante et leur extinction complète pour cette dernière, soit par simple effet de la loi (communément appelée novation « statutaire »)⁵⁸, soit au moyen d'une ordonnance rendue par un tribunal au terme d'un processus judiciaire (communément appelée novation judiciaire)⁵⁹.

En l'absence d'un tel régime au Canada, l'utilisation de la technique de la réassurance aux fins de prise en charge et le maintien qui en découle du lien de droit entre l'assuré et la société cédante soulèvent de nombreuses incertitudes, tant sur le plan juridique que sur le plan réglementaire.

4.1 La duplicité de débiteurs

Le maintien du lien de droit entre l'assuré et la société cédante entraîne une duplicité de débiteurs ; tant l'acquéreur que la société cédante⁶⁰ sont légalement tenus d'honorer les obligations découlant de la police d'assurance. Or, cette réalité juridique ne correspond pas à la réalité économique. En pratique, une fois que la cession a été approuvée et qu'elle a pris effet, l'acquéreur se comporte à toutes fins utiles comme s'il avait été légalement substitué à la société cédante. Pour les assurés, toutes leurs interactions relativement à leur police se feront dorénavant avec l'acquéreur et, sauf exception, ils n'auront plus aucun contact avec la société cédante.

Par contre, il est parfois possible pour l'acquéreur de rectifier la situation pour l'avenir si les polices en cause viennent à échéance à plus ou moins court terme. Dans un tel cas, à l'expira-

57. Pour une revue des régimes en place dans une trentaine de pays, voir le rapport publié en 2010 par l'International Bar Association Insurance Committee et intitulé « *Insurance Portfolio Transfers: "Move on and Let Go"* » <http://www.ibanet.org/LPD/Financial_Services_Section/Insurance/Publications.aspx> (sous « Committee Project 2010 – comparative study of transfer of insurance »).

58. C'est notamment le cas à la Barbade, comme il en est question dans la décision *Mandeville c. Manuvie*, *infra*, note 74.

59. C'est notamment le cas au Royaume-Uni ; voir *Financial Services and Markets Act 2000*, ch. 8 (R.-U.), art. 104-114.

60. En cas de paiement par la société cédante, celle-ci pourrait exercer un recours récursaire contre l'acquéreur ; voir BAUDOUIN, JOBIN et VÉZINA, *op. cit.*, *supra*, note 37, par. 1033.

tion des polices, l'acquéreur peut délivrer de nouvelles polices à l'égard desquelles il sera le seul et unique débiteur. Toutefois, comme il est indiqué précédemment, si cette option peut généralement être exercée dans les contrats d'assurance de dommages, son exercice est souvent plus compliqué dans le cas des contrats d'assurance de personnes⁶¹. Dans ce cas, la duplicité de débiteurs peut perdurer plusieurs années.

Si l'acquéreur devenait incapable d'honorer ses obligations aux termes du contrat de réassurance, notamment pour cause d'insolvabilité, la société cédante pourrait être tenue d'honorer les obligations qu'elle avait contractées à l'origine envers ses assurés. Pour la société cédante, les obligations résiduelles découlant des polices qu'elle a cédées par voie de réassurance aux fins de prise en charge constituent donc un passif éventuel. Or, en pratique, les états financiers de la société cédante ne font généralement pas état de ce passif éventuel⁶². Selon l'ampleur du passif éventuel relié aux polices cédées, les états financiers pourraient ainsi donner une image potentiellement trompeuse de la santé financière de la société cédante.

Il faut toutefois reconnaître qu'en pratique les risques pour les assurés semblent minimales en ce qui concerne leur protection d'assurance. En effet, les sociétés d'assurances font l'objet d'une surveillance constante de leur santé financière par les organismes de réglementation prudentielle qui interviennent régulièrement pour prendre ou forcer les sociétés à prendre des mesures correctives de façon à réduire le risque qu'elles deviennent insolubles⁶³. Par ailleurs, des régimes d'indemnisation financés par l'ensemble des sociétés d'assurances ont été mis en place pour protéger les assurés en cas d'insolvabilité d'un assureur⁶⁴. Enfin, pour toute portion non couverte par ces régimes d'indemnisation, les réclamations des assurés bénéficient d'un rang prioritaire sur celles des créanciers ordinaires d'un assureur insoluble⁶⁵.

61. Voir *supra*, note 23.

62. Il semble qu'un tel passif éventuel soit généralement considéré comme étant peu susceptible de se concrétiser de sorte que, selon les principes comptables généralement reconnus (PCGR), les états financiers n'ont pas à en tenir compte.

63. Voir notamment l'alinéa 4(2)b) de la *Loi sur le Bureau du surintendant des institutions financières*, *supra*, note 13.

64. En matière d'assurance de personnes, Assuris offre généralement une protection de 200 000 \$ ou 100 000 \$ selon le type de produit. En assurance de dommages, la Société d'indemnisation en matière d'assurances IARD (SIMA) offre une protection allant de 250 000 \$ à 300 000 \$ par police.

65. *Loi sur les liquidations et les restructurations*, L.R.C. (1985), ch. W-11, art. 161.

Certes, même s'il peut paraître minime, le risque qu'un assureur devienne insolvable et que ses assurés subissent une perte ne peut être complètement écarté⁶⁶.

4.2 Le droit de vote des assurés

Les titulaires de polices d'assurance se voient parfois conférer le droit de voter aux assemblées de la société auprès de laquelle ils ont souscrit leur police. Il s'agit de l'un des droits que nous qualifions de droits accessoires. Le droit de vote peut être accordé aux assurés par la police elle-même ou par les règlements administratifs de la société⁶⁷. Toutefois, le droit de vote est aussi parfois conféré par la loi⁶⁸. C'est notamment le cas pour les titulaires de polices à participation.

Les polices à participation confèrent à leurs titulaires le droit de participer aux bénéfices de la société. Cependant, la souscription d'une police à participation déclenche aussi l'application d'autres droits qui sont conférés par la loi, notamment le droit de voter relativement à la gouvernance de la société⁶⁹.

Les polices à participation ont traditionnellement été délivrées par les sociétés mutuelles d'assurances ; par contre, certaines sociétés par actions en délivrent également. Les sociétés mutuelles d'assurances sont des personnes morales constituées selon le principe coopératif. De façon générale, celles-ci ne possèdent donc pas d'actionnaires⁷⁰. Les droits habituellement conférés aux actionnaires dans une société par actions sont, dans le cas d'une société mutuelle, attribués à ses membres. Les membres d'une société mutuelle sont généralement les titulaires de polices

66. Voir notamment le paragraphe 4(4) de la *Loi sur le Bureau du surintendant des institutions financières*, *supra*, note 13. Au Canada, on peut penser à la société québécoise Les Coopérants qui a été mise en liquidation en 1992 et à la société fédérale Confédération Vie qui a été mise en liquidation en 1994.

67. Aussi appelés « règlements de régie interne ».

68. Voir L.S.A. (Canada), par. 153(1) ; voir aussi l'article 88 de la *Loi sur les assurances*, RLRQ, c. A-32.

69. L.S.A. (Canada), par. 153(1). Les titulaires d'autres types de polices peuvent également se voir conférer le droit de vote ; voir le paragraphe 154(1).

70. Sauf des actions participantes, le cas échéant ; voir L.S.A. (Canada), art. 83.01 à 83.11. Le droit de vote de ces actionnaires est toutefois limité ; voir l'article 83.02. Ce type d'actions s'apparente ainsi aux actions privilégiées d'une société par actions.

à participation⁷¹ et ce sont donc eux qui peuvent voter en matière de gouvernance de la société. Dans le cas des sociétés par actions, tant les actionnaires que les assurés ayant droit de vote peuvent exercer ce droit lors des assemblées de la société⁷².

En cas de cession par voie de réassurance aux fins de prise en charge d'un portefeuille de polices assorties du droit de vote, diverses questions se posent quant à savoir ce qu'il advient de ce droit après la cession :

- Est-ce que les assurés acquièrent automatiquement le droit de vote aux assemblées de l'acquéreur ?
- Est-ce que les assurés conservent leur droit de vote aux assemblées de la société cédante ?
- Est-ce que les assurés à la fois conservent leur droit de vote aux assemblées de la société cédante et acquièrent automatiquement le droit de vote aux assemblées de l'acquéreur ?

La réponse à ces questions dépend d'abord du sort des polices en cause sur le plan juridique, mais également de la source du droit de vote qui leur est rattaché. La situation peut notamment se compliquer selon la nature des parties à la cession, par exemple si celle-ci s'effectue (i) d'une société mutuelle à une autre, (ii) d'une société par actions à une société mutuelle ou (iii) d'une société mutuelle à une société par actions. Elle peut se compliquer davantage selon que la cession s'effectue entre, d'une part, une société fédérale et, d'autre part, une société provinciale ou étrangère.

De façon générale, comme la relation contractuelle entre les assurés et la société cédante n'est pas modifiée par le contrat de réassurance, il nous semble que ces derniers devraient par conséquent conserver leur droit de vote aux assemblées de la société cédante si ce droit est conféré par la loi, notamment dans le cas des titulaires de polices à participation. Dans un tel cas, s'agissant d'un droit conféré par la loi, la société cédante ne pourrait pas leur retirer unilatéralement le droit de vote. Par contre, si le droit de vote est conféré par la police ou par les règlements administratifs

71. La L.S.A. (Canada) permet aux sociétés mutuelles de délivrer tant des polices à participation que des polices sans participation ; ces dernières sont également désignées en anglais par l'expression « cash policies ».

72. La loi exige parfois un vote séparé des souscripteurs et des actionnaires ; voir notamment L.S.A. (Canada), par. 257(4).

de la société cédante, ces documents pourraient prévoir que le droit de vote soit retiré aux assurés en cause en cas de cession de leur police par voie de réassurance aux fins de prise en charge. Toutefois, à défaut d'une disposition semblable dans la police ou les règlements administratifs, il nous semble que les assurés conserveraient leur droit de vote aux assemblées de la société cédante. Par contre, les assurés n'acquièrent pas automatiquement le droit de voter aux assemblées de l'acquéreur⁷³. Celui-ci pourrait cependant choisir de conférer aux assurés visés le droit de voter à ses assemblées, notamment par le biais de ses règlements administratifs.

Manifestement, ces conclusions mènent à une situation pour le moins inusitée⁷⁴. Les assurés conserveraient en principe leur droit de vote à l'égard de la société cédante et pourraient également se voir conférer le droit de vote par l'acquéreur. Or, le droit de vote des assurés devrait normalement refléter leurs intérêts économiques à l'égard de la société en cause⁷⁵. Si, en pratique, c'est l'acquéreur qui se chargera dorénavant de l'administration de leur police et du paiement des indemnités d'assurance en cas de réclamation, il serait logique que les assurés puissent avoir le droit de voter aux assemblées de l'acquéreur de façon à pouvoir influencer sa gouvernance. Par contre, l'inverse ne s'avère pas nécessairement. Si la société cédante sera déchargée en pratique de l'administration des polices en cause, elle demeure toujours responsable du paiement des indemnités d'assurance advenant le défaut de l'acquéreur de les verser. Il semblerait donc logique que les assurés puissent continuer d'avoir le droit de voter aux assemblées de la société cédante de façon à pouvoir conserver un droit de regard sur celle-ci et potentiellement influencer sa gouvernance. Toutefois, si le lien de droit entre les assurés et la société cédante

73. Même si les polices cédées sont des polices à participation, le paragraphe 153(1) de la L.S.A. (Canada) semble, à tout le moins dans sa version anglaise, ne conférer le droit de vote qu'aux titulaires de polices ayant été délivrées par la société en cause et non aux titulaires de celles qu'elle peut avoir prises en charge : « the holder of one or more participating policies issued by a company is entitled to attend a meeting of policyholders or shareholders and policyholders of the company and is entitled to one vote at that meeting » (*soulignements ajoutés*).

74. Voir aussi les observations faites à cet égard par la Cour d'appel de l'Ontario dans la décision *Mandeville v. The Manufacturers Life Insurance Company*, 2014 ONCA 417 (ci-après *Mandeville* (C.A.)), par. 215-217. Voir également les observations de la Cour supérieure dans cette affaire aux paragraphes 252-256 ; 2012 ONSC 4316 (ci-après *Mandeville* (C.S.)).

75. Voir notamment *TELUS Corporation v. Mason Capital Management LLC*, 2012 BCCA 403, par. 73, par analogie avec le droit de vote des actionnaires.

était supprimé, il ne semblerait plus y avoir aucune raison de maintenir leur droit de vote à l'endroit de cette dernière.

4.3 Les polices à participation

Les droits des titulaires de police à participation sont d'abord et avant tout d'origine contractuelle. Outre bien sûr le droit à la protection d'assurance, les polices à participation confèrent à leurs titulaires le droit de participer aux bénéfices de la société⁷⁶. La société peut ainsi déclarer à sa discrétion des bonis ou autres avantages à être versés aux titulaires de polices à participation⁷⁷. Il s'agit d'un droit accessoire qui peut évidemment revêtir une grande importance pour les assurés. Les polices à participation combinent à la fois un produit d'assurance et un produit d'investissement. En contrepartie, leurs titulaires sont généralement appelés à verser des primes d'assurance plus élevées que celles applicables aux polices n'offrant pas de participation aux bénéfices. En raison de ces particularités, la loi prévoit divers mécanismes visant à protéger les droits des souscripteurs avec participation⁷⁸. Dans le cas d'une société mutuelle, les titulaires de polices à participation en sont souvent considérés comme les « propriétaires »⁷⁹.

La cession de polices à participation par voie de réassurance aux fins de prise en charge est susceptible de soulever de nombreuses incertitudes. Comme une telle cession n'a en principe aucune incidence sur le lien de droit existant entre la société cédante et les assurés visés, il serait normal de présumer que ceux-ci pourraient continuer de participer aux bénéfices de la société cédante. Or, cette situation se présente rarement, voire jamais, en pratique. Ainsi, le droit des assurés à une participation aux bénéfices risque d'être modifié ou même éliminé dans le cadre de la cession. Selon la façon dont l'opération est structurée, les parties peuvent tenter de troquer la participation des assurés aux bénéfices de la société cédante par une participation équivalente aux bénéfices de l'acquéreur. Elles peuvent aussi convenir du ver-

76. L.S.A. (Canada), définition de « police à participation » au par. 2(1). Le terme « police participante » est aussi couramment utilisé.

77. L.S.A. (Canada), par. 464(1). En anglais, on utilise l'expression « policy dividends » qu'il ne faut pas confondre avec les dividendes versés aux actionnaires.

78. L.S.A. (Canada), art. 456-464.

79. Voir toutefois les réserves exprimées à cet égard par la Cour d'appel de l'Ontario dans la décision *Mandeville (C.A.)*, *supra*, note 74, aux paragraphes 13 et 131-136.

sement d'une somme forfaitaire ou d'un autre avantage aux assurés en cause afin de compenser la perte de leur droit à une participation aux bénéfices de la société cédante et parfois aussi la perte de leur droit de vote. Ces questions font ressortir l'importance du processus d'approbation des cessions de portefeuilles de polices dans le cadre duquel les autorités réglementaires, habituellement appuyées par l'opinion d'un actuaire indépendant⁸⁰, veillent à protéger les droits des souscripteurs avec participation et à s'assurer que l'opération est par ailleurs équitable pour ces derniers.

Toutefois, peu importe la solution pouvant être retenue afin de protéger les droits des assurés visés par une cession, il demeure que l'approbation des autorités réglementaires ne rend pas la cession exécutoire à l'égard de chacun des assurés en cause⁸¹. En l'absence de leur consentement à libérer la société cédante, le lien de droit subsiste entre celle-ci et les assurés dont les polices ont été cédées par voie de réassurance aux fins de prise en charge. En outre, la police d'assurance qu'ils ont souscrite auprès de la société cédante demeure en principe inchangée. Il est difficile de concevoir comment la société cédante peut, sans le consentement explicite des assurés, modifier certains des droits accessoires à leur contrat d'assurance, notamment en ce qui a trait à leur participation aux bénéfices. Les assurés en cause pourraient ainsi tenter d'exiger de la société cédante qu'elle continue à leur verser des participations aux bénéfices même si leur police est dorénavant prise en charge par l'acquéreur. Par contre, la société cédante pourrait simplement cesser de déclarer des avantages à l'égard de ces assurés de manière à les exclure de ses futurs versements de participations aux bénéfices. En l'absence d'un cadre factuel précis, il est très difficile de prédire comment un tribunal trancherait ces questions⁸².

80. Voir la Ligne directrice E-14 du BSIF – *Rôle de l'actuaire indépendant*, *supra*, note 25.

81. Voir *supra*, section 2.

82. Voir Bradley CRAWFORD, « The Nature, Source and Extent of Participation Rights in Mutual Insurance Companies », (1995) 25 *Can. Bus. L.J.* 337, 351-356, où l'auteur note que, sous le régime de la *common law*, les tribunaux ont généralement reconnu que le conseil d'administration bénéficiait d'une large discrétion dans la détermination des participations aux bénéfices devant être versés aux assurés. Cependant, l'auteur ajoute ce qui suit : « It probably would not be possible to justify inequitable treatment of one group of participating policyholders for the benefit of another group. », p. 356. Voir aussi Bradley CRAWFORD et John R. JASON, « Fair and Equitable Treatment of Participating Policyholders Upon Demutualization », (1996) 11 *B.F.L.R.* 2, 18.

4.4 La démutualisation

La démutualisation est le processus par lequel une société mutuelle se transforme en société par actions⁸³. Comme nous l'avons indiqué plus haut, les sociétés mutuelles d'assurances sont des personnes morales constituées selon le principe coopératif. De façon générale, elles ne possèdent pas d'actionnaires et les droits habituellement conférés aux actionnaires dans une société par actions sont attribués à leurs membres. Ces derniers sont généralement les titulaires de polices à participation de la société mutuelle, lesquels en sont souvent considérés comme les « propriétaires ».

Dans le cadre du processus de démutualisation, la valeur de la société mutuelle doit être répartie entre les membres de la société avant que celle-ci ne puisse émettre des actions. Dans le cas des sociétés fédérales d'assurance-vie, les membres qui sont admis à participer à la démutualisation sont les souscripteurs admissibles, soit les titulaires de polices avec droit de vote. À cet égard, la loi⁸⁴ prévoit divers mécanismes visant à assurer un traitement juste et équitable des assurés dans le cadre de la démutualisation, tels la production d'un rapport d'un actuaire indépendant, la communication d'une proposition de transformation, l'approbation de la proposition par une majorité aux deux tiers des voix exprimées par les souscripteurs admissibles de même que son approbation par les autorités réglementaires. Au terme du processus de démutualisation, les souscripteurs admissibles reçoivent, en contrepartie des droits qu'ils possédaient à l'égard de la société mutuelle, des avantages – en argent ou en actions – représentant au total la valeur de la société. Suivant les circonstances, ces avantages peuvent bien entendu représenter des sommes considérables pour les souscripteurs admissibles.

Ainsi, la cession par voie de réassurance aux fins de prise en charge d'un portefeuille de polices d'une société mutuelle pourrait avoir des incidences importantes pour les assurés en cause si la

83. Voir notamment les articles 236.1-237.2 de la L.S.A. (Canada) ainsi que le *Règlement sur la transformation de sociétés mutuelles (assurance-vie)*, DORS/99-128. Par ailleurs, deux règlements applicables à la transformation des sociétés mutuelles d'assurances multirisques sont entrés en vigueur le 1^{er} juillet 2015 ; voir *Gazette du Canada* Partie II, vol. 149 (2015), n^o 13, DORS/2015-167 et DORS/2015-168.

84. *Ibid.* ; voir aussi Bradley CRAWFORD et John R. JASON, *loc. cit.*, note 82.

société devait par la suite entreprendre un processus de démutualisation. Partant du principe qu'une telle cession n'a aucune incidence sur le lien juridique existant entre la société cédante et les assurés, on serait d'abord porté à conclure que ces derniers devraient conserver leur droit de participer à la distribution résultant de la démutualisation. Toutefois, dans le cas des sociétés fédérales d'assurance-vie, seuls les titulaires de police avec droit de vote sont admissibles à participer à une telle distribution, de sorte que si le droit de vote des assurés en cause n'a pas été maintenu à l'égard de la société cédante après la cession, leur droit de participer à sa démutualisation risque bien d'être perdu. De plus, même dans l'hypothèse où le droit de vote des assurés visés aurait théoriquement été maintenu à l'égard de la société cédante – sans nécessairement avoir été exercé –, on peut se demander pendant combien d'années après la cession ceux-ci devraient pouvoir conserver leur droit de participer à une démutualisation éventuelle de la société cédante. D'autres scénarios peuvent également être envisagés à cet égard, notamment celui suivant lequel un même portefeuille de polices fait successivement l'objet de plus d'une cession. Toutefois, dans chacun de ces scénarios, le maintien du lien de droit entre la société cédante et les assurés en cause soulève de sérieuses incertitudes.

De plus, la situation inverse risque également d'être problématique. Si les polices ont été prises en charge par une société mutuelle d'assurance-vie et que celle-ci devait par la suite entreprendre un processus de démutualisation, les assurés en cause ne pourraient pas participer à la démutualisation de l'acquéreur s'ils ne possèdent pas le droit de vote à son égard⁸⁵.

5. L'arrêt *Mandeville c. Manuvie*

Le 22 mai 2014, la Cour d'appel de l'Ontario a rendu sa décision dans l'affaire *Mandeville c. The Manufacturers Life Insurance Company* (ci-après *Manuvie*)⁸⁶. Cet arrêt illustre très bien certaines des questions soulevées précédemment.

En décembre 1996, Manuvie a cédé ses activités d'assurance-vie à la Barbade à la société Life of Barbados Limited (Life of

85. Voir notamment le commentaire *supra*, note 73.

86. *Mandeville* (C.A.), *supra*, note 74. La demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada a été rejetée le 12 mars 2015 (dossier n° 36071).

Barbados), une société d'assurances constituée selon les lois de la Barbade. La cession a été effectuée aux termes d'un contrat de réassurance aux fins de prise en charge. Conformément aux lois de la Barbade et à la *Loi sur les sociétés d'assurances* du Canada, la cession a ultimement été approuvée tant par les autorités réglementaires de la Barbade que par celles du Canada.

À cette époque, Manuvie était encore une société mutuelle ; elle s'est par la suite démutualisée en 1999 et est ainsi devenue une société par actions. Au terme de cette démutualisation, une somme équivalente à la valeur de Manuvie, soit environ neuf milliards de dollars, a été distribuée – en actions ou en argent – à l'ensemble des souscripteurs avec participation de la société. Toutefois, comme les polices à participation que Manuvie avait souscrites à la Barbade avaient été cédées à Life of Barbados avant la démutualisation, les titulaires de ces polices ont été exclus de la distribution. Un recours collectif a par la suite été intenté contre Manuvie au nom de l'ensemble de ces titulaires de polices en vue de réclamer des dommages d'un montant équivalent à ce que ces derniers auraient reçu s'ils avaient été admis à participer à la distribution résultant de la démutualisation. Les demandeurs prétendaient notamment que les représentants de Manuvie savaient déjà au moment de la cession des polices en cause que la société était vraisemblablement sur le point de se démutualiser et que, par conséquent, Manuvie aurait dû prendre des mesures afin de protéger leur droit de participer à la distribution qui en résulterait.

Dans un jugement unanime écrit sous la plume de la juge Gillese, la Cour d'appel de l'Ontario a essentiellement confirmé la décision de première instance⁸⁷, laquelle avait rejeté la demande au motif que Manuvie n'avait aucune obligation de diligence (*duty of care*) envers les titulaires de polices à participation qui avaient été cédées à Life of Barbados. Aux fins du présent article, il n'est pas utile d'examiner plus en détail cette question qui relève des principes de responsabilité civile pour négligence sous le régime de la *common law*. Toutefois, certains autres aspects de la décision méritent de s'y attarder davantage.

Les polices d'assurance en cause dans cette affaire avaient été souscrites par des résidents de la Barbade auprès de Manuvie,

87. *Mandeville (C.S.)*, *supra*, note 74 ; décision du juge Newbould.

une société canadienne exerçant des activités d'assurance dans ce pays. Tant la *Insurance Act*⁸⁸ de la Barbade que le texte des polices en cause stipulaient expressément que ces polices étaient régies par les lois de la Barbade⁸⁹. Il est donc difficile de concevoir comment la *Loi sur les sociétés d'assurances*, une loi fédérale canadienne régissant la constitution et la réglementation prudentielle des sociétés d'assurances telles Manuvie, pourrait avoir une portée extraterritoriale de façon à modifier les droits et obligations des parties à un contrat d'assurance conclu suivant les lois de la Barbade⁹⁰. À notre avis, le fait que l'acte de cession (*Transfer Agreement*) conclu entre Manuvie et Life of Barbados ait été approuvé par les autorités réglementaires fédérales canadiennes conformément à la *Loi sur les sociétés d'assurances* ne pouvait avoir aucun effet sur les droits contractuels des titulaires de polices souscrites à la Barbade. La décision de la Cour d'appel de l'Ontario laisse toutefois planer une certaine ambiguïté à cet égard, comme le démontrent les passages suivants :

[186] As I explained above, both the *ICA* [c.-à-d. la *Loi sur les sociétés d'assurances*] and the Barbados *Insurance Act* expressly empowered Manulife to transfer the Barbados block of policies to LOB [c.-à-d. Life of Barbados], so long as it followed a certain process. That is, the legislation empowered Manulife to terminate its relationship with the class members without the consent of the class members. Therefore, the class members had no right to remain as policyholders of Manulife.

[187] The transfer, as structured, was lawful under the relevant statutes. It was approved by the regulators in both jurisdictions. After the transfer was approved and became effective, a statutory novation ensued. All of Manulife's rights, title, benefit and obligations in respect of the Barbados policies were transferred to LOB and Manulife was discharged from any further obligations to the class members who held those policies. So, too, the transfer extinguished the class members' rights under their policies with Manulife. Consequently, the class members ceased to have any contractual or statutory rights against Manulife, including any rights on a future demutualization. After the transfer, their contractual and statutory rights existed in respect of LOB alone.
[soulignements ajoutés]

88. Chapter 310, The Laws of Barbados.

89. *Mandeville* (C.S.), *supra*, note 74, par. 28.

90. Toutefois, cela n'exclut pas que la loi canadienne puisse conférer aux titulaires de polices souscrites à l'étranger auprès d'une société d'assurances canadienne certains droits relatifs à la régie d'entreprise, tels le droit de vote ou le droit de participer à la distribution du reliquat des biens de la société en cas de liquidation.

Dans les passages mis en évidence ci-dessus⁹¹, il n'est pas clair si la Cour d'appel fait référence à la loi de la Barbade ou à la loi canadienne, ou encore à ces deux lois à la fois. Toutefois, la référence au concept de novation par effet de la loi (*statutory novation*) nous mène à conclure que la Cour se réfère uniquement à la loi de la Barbade, puisque seule cette dernière contient une disposition pouvant avoir un tel effet⁹².

Cette conclusion est aussi appuyée par le jugement de première instance dans cette affaire. Même si ce jugement comporte également certaines ambiguïtés, le juge de première instance y conclut clairement que les obligations de Manuvie aux termes des contrats d'assurance souscrits à la Barbade ont été éteintes par l'effet combiné de l'article 35B(1) de la *Insurance Act* de ce pays et des termes de l'acte de cession⁹³.

L'acte de cession conclu entre Manuvie et Life of Barbados énonçait notamment ce qui suit :

3.1.1 LOB shall assume all of the obligations and liabilities of Manulife under the Barbados Policies and shall acquire the benefit of all of the rights of Manulife in respect of such policies. [...]

3.1.3.7 Manulife shall be released and discharged from all further obligations under the Barbados Policies.⁹⁴

Toutefois, comme les titulaires de polices n'étaient pas partie à l'acte de cession, la clause 3.1.3.7 ne leur aurait pas été opposable, n'eût été l'existence de la disposition suivante dans la *Insurance Act* de la Barbade⁹⁵ :

91. Voir également *Mandeville (C.A.)*, *supra*, note 74, par. 188-190.

92. L'article 35B(1) de la *Insurance Act* de la Barbade, *supra*, note 88.

93. Voir notamment les paragraphes 210, 284, 295 et 356(2) de *Mandeville (C.S.)*, *supra*, note 74.

94. Reproduits au paragraphe 286 de *Mandeville (C.S.)*, *supra*, note 74.

95. L'argument présenté au paragraphe 284 de *Mandeville (C.S.)*, *supra*, note 74, résume bien la question : « The argument of the plaintiffs goes as follows. Manulife relies upon the combined effect of the provisions of the Transfer Agreement between it and LOB, together with the Sanction of the Barbados Supervisor of Insurance to create a « novation » exchanging LOB for Manulife and the severance of the contractual relationship between Manulife and the Barbados policyholders. Under Barbados common law, like English and Canadian common law, one party to a contract cannot unilaterally create a contractual novation by transferring its obligations to a third party and ceasing to be a party to the contract himself. However, the plaintiffs agree that both the Transfer Agreement and their insurance policies were governed by Barbados law, including the provisions of the Barbados *Insurance Act* and that by virtue of the provisions of s. 35B of the *Insurance Act*, the

35B. (1) Subject to subsection (3), a Scheme, after being sanctioned by the Supervisor, is binding on the companies affected by it, and on all shareholders, members and policy-holders and has effect notwithstanding

(a) anything contained in any policy or in any instrument constituting the companies; or

(b) anything contained in any rules or bye-laws of the companies,

and the directors of those companies shall cause a copy of the Scheme as approved to be filed with the Registrar of Corporate Affairs.⁹⁶ [*soulignements ajoutés*]

C'est donc l'approbation de l'acte de cession par les autorités réglementaires de la Barbade qui a entraîné l'extinction du lien juridique entre Manuvie et ses assurés aux termes de la loi de la Barbade, laquelle impose une forme de novation par effet de la loi. Par conséquent, l'approbation de l'acte de cession par les autorités canadiennes selon la *Loi sur les sociétés d'assurances* n'a produit aucun effet sur les liens contractuels entre les parties⁹⁷.

Or, dans tous les autres cas de réassurance aux fins de prise en charge à l'égard desquels aucune disposition semblable à celle de la loi de la Barbade n'est applicable, il faut donc conclure que le lien de droit entre les assurés et la société cédante n'est pas éteint par la cession. À notre connaissance, c'est en principe le cas de toutes les cessions de polices d'assurance qui sont régies par les lois canadiennes⁹⁸.

6. Proposition de solutions législatives

La situation que nous avons décrite dans le présent article peut se résumer ainsi. Les sociétés d'assurances qui souhaitent, pour des raisons commerciales par ailleurs légitimes, céder à un autre assureur un portefeuille de polices d'assurance utilisent un

terms of the Transfer Agreement were binding on them, once the sanction of the Supervisor had been obtained. »

96. Cette disposition a par la suite été renumérotée et se trouve maintenant au paragraphe 49(1) de la *Insurance Act* de la Barbade, *supra*, note 88.

97. Le paragraphe 356(2) de *Mandeville (C.S.)*, *supra*, note 74, semble très clair à cet égard.

98. Au Manitoba et à l'Île-du-Prince-Édouard, la loi prévoit d'ailleurs expressément le maintien du lien de droit entre les assurés et la société cédante ; voir *supra*, note 29. Les autres lois provinciales sont silencieuses sur ce point.

mécanisme juridique qui a pour effet de maintenir le lien de droit entre la société cédante et ses assurés. L'opération est par ailleurs approuvée par les autorités réglementaires compétentes et parfois aussi par un vote des assurés concernés, ce qui paraît lui conférer un caractère officiel et une apparente finalité. Les assurés en cause sont simplement avisés que leur police a été cédée à un autre assureur. Par la suite, les assurés sont appelés à verser leurs primes d'assurance directement à l'acquéreur et à lui soumettre toute réclamation future, donnant ainsi l'impression que la société cédante a été formellement remplacée par l'acquéreur. De surcroît, certains des droits accessoires des assurés, tels le droit de vote, sont parfois modifiés ou supprimés dans le cadre de la cession, et ce, bien souvent sans que les assurés en soient pleinement conscients⁹⁹. Or, il apparaît clairement qu'il manque un élément important à ce processus : le consentement explicite de chaque assuré touché par la cession à toute modification de son contrat d'assurance.

Il faut par contre reconnaître que l'obtention du consentement explicite de tous les assurés d'un portefeuille de polices pourrait présenter un défi logistique important pour la société cédante, notamment du fait que la cession peut viser des milliers, voire des centaines de milliers, d'assurés. Certains assurés pourraient être difficiles à joindre, d'autres pourraient entretemps être décédés ou devenus inaptes, tandis que plusieurs autres pourraient tout bonnement omettre de donner leur consentement, soit par simple oubli, soit de façon délibérée s'ils ne voient aucun intérêt à le faire.

À défaut de pouvoir obtenir le consentement explicite de chaque assuré, il nous semble que les impératifs de clarté et de finalité juridique militent en faveur de l'adoption d'une solution législative visant à pallier cette absence de consentement¹⁰⁰. À cet

99. Malgré les efforts en ce sens des autorités réglementaires ; voir notamment *supra*, notes 21 et 55.

100. Une solution contractuelle ne semblerait pas efficace, et ce, même si elle pouvait être appliquée à tous les titulaires de polices d'un même portefeuille. En théorie, l'assuré pourrait vraisemblablement consentir à l'avance dans le contrat d'assurance à ce que la société cédante soit libérée de ses obligations en cas de cession du contrat à un autre assureur, notamment si la cession a été approuvée par les autorités réglementaires compétentes. Toutefois, d'une part, le contenu de certains types de contrats d'assurance est strictement réglementé par les autorités provinciales, ce qui compliquerait vraisemblablement l'inclusion d'une telle

égard, on pourrait s'inspirer des solutions qui ont été mises en œuvre dans certains autres pays¹⁰¹.

6.1 *Au palier provincial*

S'agissant d'une question relative au droit des contrats, toute tentative d'éliminer le lien de droit entre les assurés et la société cédante relèverait de la compétence provinciale. Dans le cas des sociétés fédérales, même si la loi fédérale était modifiée pour prévoir expressément que l'approbation des autorités réglementaires ou l'approbation par une majorité aux deux tiers des voix exprimées par les assurés avait pour effet d'éliminer le lien contractuel existant entre ces derniers et la société cédante, une telle disposition outrepasserait vraisemblablement la compétence fédérale puisque cette question concerne directement les activités commerciales de la société¹⁰².

Comme les sociétés d'assurances cèdent des polices qui peuvent être régies par les lois de l'un ou l'autre des provinces ou territoires canadiens (ci-après les lois provinciales), une telle solution devrait idéalement être adoptée par chacune des législatures compétentes¹⁰³. Malgré les difficultés apparentes d'une telle entreprise, le fait de proposer une solution simple faciliterait sans doute grandement les choses¹⁰⁴. Par exemple, on pourrait envisager d'adopter un mécanisme de novation par effet de la loi semblable à celui de la loi de la Barbade, lequel était en cause dans l'affaire *Mandeville c. Manuvie*. Les lois provinciales pourraient

clause. D'autre part, la validité de cette clause pourrait être contestée en raison de son caractère potentiellement abusif (art. 1437 C.c.Q.).

101. Au Royaume-Uni, voir *supra*, note 59. À la Barbade, voir *Mandeville (C.A.) supra*, note 74. Aux États-Unis, la National Association of Insurance Commissioners (NAIC), qui regroupe les organismes de réglementation en matière d'assurance des différents États américains, a publié un modèle de loi-cadre qui prévoit que chaque assuré peut refuser que sa police soit cédée à un autre assureur ; par contre, le paiement par l'assuré de ses primes d'assurance à l'acquéreur pendant une période de 24 mois est réputé constituer son acceptation de la cession ; voir *Assumption Reinsurance Model Act*, NAIC, juillet 1999, <<http://www.naic.org/store/free/MDL-803.pdf>>.

102. Voir *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, *supra*, note 16.

103. À cet égard, il importe de noter que l'effet de l'acte de cession (contrat de réassurance) sur les assurés devrait être déterminé en fonction des lois régissant les contrats d'assurance en cause et non pas en fonction des lois régissant l'acte de cession, dans le cas où ces lois diffèrent.

104. La mise en place d'une solution législative pourrait notamment être coordonnée par le Conseil canadien des responsables de la réglementation d'assurance (CCRRA), qui regroupe l'ensemble des organismes de réglementation en matière d'assurance au Canada.

ainsi prévoir que l'approbation par les autorités réglementaires compétentes (provinciales ou fédérales) d'une cession de contrats d'assurance rend l'acte de cession exécutoire à l'endroit de tous les assurés en cause¹⁰⁵. Il est raisonnable de présumer que les parties à l'acte de cession y stipuleraient vraisemblablement la transmission à l'acquéreur des droits et obligations découlant des polices cédées de même que l'extinction des obligations de la société cédante ; toute question relative aux droits accessoires des assurés pourrait aussi y être incluse. À cet égard, il importe de rappeler que l'exigence d'approbation par les autorités réglementaires permet à celles-ci de juger de l'équité pour les assurés de toutes les conditions prévues à l'acte de cession.

Le régime d'approbation des cessions de contrats d'assurance, tant au palier fédéral que provincial¹⁰⁶, impose généralement diverses exigences visant à permettre aux assurés d'être adéquatement informés des conditions de l'opération proposée, parfois sur la foi du rapport d'un actuaire indépendant, et de présenter leurs observations aux autorités réglementaires. De plus, le régime d'approbation requiert parfois la tenue d'une assemblée des assurés et d'un vote d'approbation aux deux tiers des voix exprimées par ceux-ci. Dans ce contexte, il ne semblerait donc pas nécessaire d'envisager la mise en place d'un processus judiciaire au terme duquel l'acte de cession devrait être approuvé par le tribunal¹⁰⁷. Le fait de prévoir expressément dans les lois provinciales que l'approbation des autorités réglementaires rend l'acte de cession opposable aux assurés viendrait en quelque sorte « boucler la boucle », en complétant le régime actuel d'approbation des cessions de contrats d'assurance. À défaut d'obtenir le consente-

105. Une solution semblable a aussi été adoptée à l'article L324-1 du *Code des assurances* de la France, lequel prévoit en contrepartie le droit pour les assurés de résilier leur contrat d'assurance dans un délai d'un mois suivant la date de publication de la décision d'approbation du transfert du portefeuille de contrats. Au Canada, si jamais il était jugé nécessaire, pour quel que motif que ce soit, de maintenir le lien de droit entre les assurés et la société cédante pendant une certaine période après la cession (par exemple, un ou deux ans), une variante de la solution proposée serait de prévoir dans la loi provinciale que l'acte de cession deviendrait exécutoire à l'endroit des assurés à l'expiration de cette période. Cette variante pourrait entre autres permettre aux titulaires de polices avec droit de vote de maintenir leur droit de participer à toute distribution découlant d'une démutualisation éventuelle de la société cédante si jamais elle survenait au cours de cette période.

106. La solution proposée exigerait vraisemblablement que le régime québécois soit légèrement adapté, puisque celui-ci ne requiert pas qu'une approbation soit donnée par l'AMF dans tous les cas ; voir *supra*, note 24.

107. Comme c'est le cas au Royaume-Uni ; voir *supra*, note 59.

ment explicite des assurés en cause, une telle solution permettrait plutôt d'obtenir leur consentement présumé une fois que les autorités réglementaires auraient approuvé la cession.

6.2 *Au palier fédéral*

La modification des lois provinciales que nous proposons à la section précédente permettrait vraisemblablement de dissiper toutes les incertitudes que nous avons décrites à la section 4, soit celles concernant la duplicité de débiteurs de même que celles concernant les droits accessoires des assurés, en l'occurrence le droit de vote, le droit de participer aux bénéfices et le droit de participer à toute démutualisation éventuelle.

Or, si une telle solution n'était pas adoptée par les législatures provinciales ou si elle tardait à l'être, le fédéral pourrait aussi intervenir législativement pour régler certaines des questions relatives aux droits accessoires des assurés. Évidemment, une telle intervention législative ne pourrait avoir d'effet qu'à l'endroit des sociétés fédérales. À cet égard, il y a lieu d'ajouter qu'à notre avis toutes les mesures proposées ci-dessous concernant les droits accessoires des assurés relèveraient de la compétence fédérale, s'agissant de questions relatives à la régie d'entreprise des sociétés d'assurances constituées selon la loi fédérale et non pas à leurs activités commerciales¹⁰⁸.

Ainsi, la *Loi sur les sociétés d'assurances* pourrait être modifiée de façon à retirer aux titulaires de polices à participation le droit de vote à l'égard de la société cédante et leur conférer un tel droit à l'égard de l'acquéreur¹⁰⁹. Ce changement pourrait prendre effet à compter de l'approbation de la cession par les autorités réglementaires.

Par ailleurs, la *Loi sur les sociétés d'assurances*¹¹⁰ pourrait être modifiée de façon à autoriser expressément toute société cédante, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de déclarer des bonis ou avantages à être versés aux titulaires de polices à participation, à en exclure ceux dont la police a fait l'objet d'une

108. Voir *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, *supra*, note 16. En ce qui concerne la démutualisation, voir notamment Bradley CRAWFORD et John R. JASON, *loc. cit.*, *supra*, note 82, p. 8.

109. L.S.A. (Canada), art. 153.

110. L.S.A. (Canada), art. 464.

cession approuvée par les autorités réglementaires. En contrepartie, cette loi pourrait aussi être modifiée pour autoriser expressément toute société ayant acquis des polices à participation à inclure leurs titulaires dans une telle déclaration si la cession de leurs polices a été approuvée par les autorités réglementaires.

Enfin, en ce qui concerne le droit de participer à toute démutualisation éventuelle de la société cédante, les règlements applicables¹¹¹ pourraient être modifiés pour exclure expressément de leur champ d'application les titulaires de polices délivrées à l'origine par la société cédante et ayant par la suite fait l'objet d'une cession approuvée par les autorités réglementaires¹¹². Par ailleurs, en ce qui concerne le droit de participer à toute démutualisation éventuelle de l'acquéreur, les règlements applicables pourraient être modifiés pour inclure expressément de leur champ d'application les titulaires de polices prises en charge par l'acquéreur au terme d'une cession approuvée par les autorités réglementaires.

Il importe de préciser que les mesures proposées ici visent essentiellement à dissiper les incertitudes entourant les droits accessoires des assurés et à ainsi mieux faire coïncider la réalité juridique et la réalité économique en cas de cession de polices par voie de réassurance aux fins de prise en charge. Si toutefois certaines de ces mesures étaient perçues comme inéquitables du fait qu'elles retireraient potentiellement certains droits aux assurés de la société cédante, d'autres mesures pertinentes pourraient vraisemblablement être aussi considérées¹¹³.

CONCLUSION

À notre avis, une intervention législative s'impose pour dissiper les nombreuses incertitudes juridiques engendrées par le maintien du lien de droit entre les assurés et la société cédante en cas de cession de contrats d'assurance par voie de réassurance aux fins de prise en charge. Même si la mise en œuvre d'une telle solu-

111. Voir *supra*, note 83.

112. Dans sa forme actuelle, le règlement applicable aux sociétés fédérales d'assurance-vie exclurait automatiquement les titulaires de polices à participation ayant fait l'objet d'une cession si leur droit de vote à l'égard de la société cédante n'a pas été maintenu au terme de la cession.

113. Par exemple, le droit des assurés de participer à toute démutualisation éventuelle de la société cédante pourrait être préservé pendant une certaine période après la cession ; voir aussi *supra*, note 105.

tion peut paraître difficilement réalisable dans le cadre de la fédération canadienne, une action concertée des gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux pourrait en permettre la mise en place rapide. L'instauration d'un régime de novation par effet de la loi qui serait enclenché par l'approbation de la cession des polices par les autorités réglementaires compétentes semblerait être une solution relativement simple et efficace.

Il faut par contre reconnaître qu'en ce qui concerne la protection d'assurance des assurés en cause, certains pourraient vouloir favoriser le *statu quo* en prétendant que la duplicité de débiteurs ne peut qu'être favorable aux assurés. D'une part, le régime d'approbation des cessions de contrats d'assurance par les autorités réglementaires de même que leur surveillance continue de la solvabilité des assureurs réduisent les risques que l'acquéreur fasse défaut de paiement. D'autre part, même si l'acquéreur devenait incapable d'honorer ses obligations en raison de son insolvabilité et si les régimes d'indemnisation en place ne permettaient pas aux assurés d'obtenir une indemnisation complète, ceux-ci pourraient toujours s'adresser à la société cédante pour réclamer le solde de leur créance.

Par contre, il faut reconnaître que cette duplicité de débiteurs risque de porter atteinte à la stabilité des relations juridiques entre les assureurs et leurs assurés et ainsi accroître les risques de contestation judiciaire¹¹⁴. Cette duplicité pourrait même éventuellement mettre en danger la santé financière de certaines sociétés d'assurances. De surcroît, si la société cédante a cessé toute activité au Canada ou si elle été dissoute après la cession, les recours judiciaires pouvant être intentés contre elle ou ses actionnaires¹¹⁵ risquent d'être plus complexes et coûteux, voire illusoires.

Enfin, en ce qui concerne les autres droits et avantages découlant d'une police d'assurance, notamment une police à participation, il ne semble y avoir aucune raison de maintenir les nombreuses incertitudes qu'engendre la cession par voie de réas-

114. Dans ce contexte, le commentaire suivant de la professeure Cumyn nous semble tout à fait pertinent : « dans la mesure où le nouveau débiteur est aussi solvable que l'ancien, celle-ci [la cession parfaite de dette] devrait constituer la norme plutôt que l'exception. » ; Michelle CUMYN, *loc. cit.*, *supra*, note 20, p. 633.

115. Voir par exemple L.S.A. (Canada), art. 400-401.

surance aux fins de prise en charge. Tout au plus, l'instauration d'une période tampon pourrait être envisagée pour les cas où une société mutuelle entreprendrait un processus de démutualisation peu de temps après la cession de certaines de ses polices à participation.

En résumé, à défaut de pouvoir obtenir le consentement explicite de chaque assuré dont la police a été cédée par voie de réassurance aux fins de prise en charge, il nous semble que les impératifs de clarté et de finalité juridique militent en faveur de l'adoption d'une solution législative visant à pallier cette absence de consentement. La mise en œuvre d'une telle solution permettrait ainsi d'ajouter le « chaînon manquant » aux régimes existants d'approbation des cessions de contrats d'assurance, ce qui permettrait aux assureurs d'atteindre efficacement les objectifs qu'ils recherchent dans le cadre d'une cession, tant sur les plans économique que juridique, tout en protégeant adéquatement et en clarifiant les droits des assurés en cause.

L'indépendance des tribunaux administratifs fédéraux et le lien avec le pouvoir exécutif : une relation parfois empreinte de friction

Paul CHÊNEVERT

Résumé

Les tribunaux administratifs fédéraux s'organisent de façon légèrement différente par rapport à leurs homologues provinciaux. Ceux-ci font partie de la branche exécutive, mais les tribunaux fédéraux ont la particularité d'être liés plus intimement à l'exécutif. Leur niveau d'indépendance judiciaire doit donc être évalué en conséquence. À ce titre, leurs pouvoirs sont limités par leurs lois constitutives, qui contiennent parfois des dispositions octroyant un large pouvoir de révision ou d'instruction à l'exécutif fédéral. L'article 40 de la *Loi sur les transports au Canada* en est un exemple particulièrement frappant. Cela dit, les interventions de l'exécutif sont souvent qualifiées de « politiques » par les médias, que ces interventions aient été réalisées conformément à un pouvoir de révision ou non. Pour illustrer la question, trois tribunaux administratifs et trois situations concernant ceux-ci seront discutés : l'Office des transports du Canada et l'affaire de l'interconnexion, la Commission canadienne de sûreté nucléaire et l'affaire *Chalk River* ainsi que le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes et l'affaire *Netflix*. Un regard particulier sera apporté aux articles des lois constitutives de ces organismes qui permettent à l'exécutif de modifier leurs décisions.

L'indépendance des tribunaux administratifs fédéraux et le lien avec le pouvoir exécutif : une relation parfois empreinte de friction

Paul CHÊNEVERT*

INTRODUCTION	163
1. L'Office des transports du Canada et l'affaire de l'interconnexion	165
1.1 L'Office des transports du Canada	165
1.2 L'affaire de l'interconnexion	168
2. La Commission canadienne de sûreté nucléaire et l'affaire <i>Chalk River</i>	172
2.1 La Commission canadienne de sûreté nucléaire	172
2.2 L'affaire <i>Chalk River</i>	173
3. Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes et l'affaire <i>Netflix</i>	178
3.1 Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes	178
3.2 L'affaire <i>Netflix</i>	181
CONCLUSION	184

* LL.B., LL.M., avocat. Texte préparé dans le cadre d'un stage auprès du Canadien National avec la collaboration précieuse de M^e Jean Patenaude.

INTRODUCTION

L'indépendance judiciaire n'est pas un sujet nouveau. Cependant, le propos est généralement orienté vers les tribunaux conventionnels, dont le rôle est mieux circonscrit¹. De nombreux ouvrages et décisions traitent des tribunaux judiciaires. Qu'en est-il des tribunaux administratifs ? Leur situation est plus complexe pour plusieurs raisons : ceux-ci font techniquement partie de la branche exécutive et non judiciaire, leur niveau d'autorité varie et certains ont un rôle plus général sur le contrôle et la réglementation d'une industrie. Ils peuvent même combiner plusieurs rôles. En d'autres termes, certains ont une fonction législative, c'est-à-dire qu'ils créent des règlements visant la régulation d'une industrie ainsi qu'une fonction judiciaire ou juridictionnelle de prendre des décisions en fonction de ces mêmes règlements. À ce sujet, voici les explications de la Cour suprême dans *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone* :

[...] Certains tribunaux administratifs se situent davantage à l'extrémité exécutive de l'échelle : ils sont destinés avant tout à élaborer des politiques gouvernementales particulières et à en contrôler la mise en œuvre. Ces tribunaux ne demandent pas nécessairement de bien grandes protections procédurales. D'autres tribunaux, toutefois, se situent davantage à l'extrémité judiciaire de l'échelle : ils sont destinés avant tout à régler des différends à la suite d'une audience quelconque. Les tribunaux de ce genre peuvent être dotés de procédures et de pouvoirs semblables à ceux des cours de justice. Ces pouvoirs sont parfois accompagnés d'exigences rigoureuses en matière d'équité procédurale, notamment d'une exigence d'indépendance plus élevée[...]²

Le présent texte étudiera en particulier les tribunaux administratifs fédéraux. On y fera état de trois cas récents qui peuvent être qualifiés de tendus entre les tribunaux administratifs fédéraux et le gouvernement, certaines ayant même fait la manchette des journaux, pour voir quelles leçons peuvent être tirées de ces

1. *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)* ; *Assoc. des juges de l'Ontario c. Ontario (Conseil de gestion)* ; *Bodner c. Alberta* ; *Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureur général)* ; *Minc c. Québec (Procureur général)*, [2005] 2 R.C.S. 286, 2005 CSC 44.
2. *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone*, [2003] 1 R.C.S. 884, 2003 CSC 36 (CanLII), par. 21.

événements³. Les trois tribunaux administratifs choisis ici et le surnom qu'on peut donner à la situation nous intéressant sont : l'Office des transports du Canada et l'affaire de l'interconnexion, la Commission canadienne de sûreté nucléaire et l'affaire *Chalk River* ainsi que le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes et l'affaire *Netflix*⁴.

Une première chose doit être précisée d'emblée, le terme « indépendance judiciaire » appliqué aux tribunaux administratifs, est trompeur : ils demeurent liés à l'exécutif et leur indépendance est celle qui leur est accordée par la loi⁵. Tout dépend donc de la loi constitutive de l'organisme en question. Malgré leur nom, les « tribunaux administratifs » ne doivent pas nécessairement être traités de la même façon que les tribunaux judiciaires. Si cela peut surprendre les avocats québécois, c'est parce que la situation n'est pas exactement la même pour les tribunaux administratifs provinciaux au Québec. L'indépendance judiciaire leur est garantie explicitement par la Charte québécoise, ce qui modifie le régime applicable⁶.

3. Ce ne sont pas là les seuls exemples. On peut aussi mentionner un différend avec Élections Canada sur le sujet de voter tout en étant voilé. Voir Lorne SOSSIN, « Administrative bodies aren't truly independent », (2008) 27-36 *The Lawyers Weekly* 3.
4. Dans ces trois exemples récents, le Parti conservateur détient le pouvoir exécutif, mais cela s'explique avant tout par le fait qu'il est au pouvoir depuis 2006.
5. *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52, par. 24 : « 24 Par contre, les tribunaux administratifs ne sont pas constitutionnellement séparés de l'exécutif. Ils sont en fait créés précisément en vue de la mise en œuvre de la politique gouvernementale. Pour remplir cette fonction, ils peuvent être appelés à rendre des décisions quasi judiciaires. On peut considérer en ce sens qu'ils chevauchent la ligne de partage constitutionnelle entre l'exécutif et le judiciaire. Toutefois, vu que leur fonction première est d'appliquer des politiques, il appartient à bon droit au Parlement et aux législatures de déterminer la composition et l'organisation qui permettront aux tribunaux administratifs de s'acquitter des attributions qui leur sont dévolues. Même si certains tribunaux administratifs peuvent parfois être assujettis aux exigences de la Charte relatives à l'indépendance, ce n'est généralement pas le cas. Ainsi le degré d'indépendance exigé d'un tribunal administratif donné est fonction de l'intention du législateur et, en l'absence de contraintes constitutionnelles, il convient de respecter ce choix. »
6. *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 23, 56 ; 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, 1996 CanLII 153 (CSC), par. 17 : « 17 L'article 23 de la Charte consacre dans le contexte québécois le droit de tout citoyen à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant qui ne soit pas préjugé. Derrière les variations terminologiques se cache la reconnaissance de principes classiques relatifs à l'impartialité et l'indépendance de la justice. Je reviendrai sur le contenu précis du droit ainsi protégé, mais je note d'emblée que ses caractéristiques et son importance permettent d'en entrevoir le domaine d'application. Des difficultés persistent à ce sujet, cependant, en raison de l'art. 56 de la Charte, qui dispose que le terme "tribunal"

L'indépendance judiciaire est généralement considérée comme reposant sur trois « piliers » : l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance institutionnelle⁷. Le présent texte s'intéressera surtout au troisième de ces aspects, plus particulièrement en ce qui concerne l'indépendance en matière de prise de décision⁸. Cette indépendance est parfois expressément limitée. En ce qui concerne l'indépendance octroyée aux tribunaux administratifs mentionnés ci-dessus par leur loi habilitante, on doit souligner que chaque loi prévoit au moins un moyen pour l'exécutif d'influencer ou de réviser directement leurs décisions, qu'elles soient de nature réglementaire ou juridictionnelle. On peut rappeler que « l'exécutif » dont on parle ici se présente dans la loi comme le Gouverneur général en conseil, ce qui signifie en pratique le Conseil des ministres du parti actuellement au pouvoir⁹. Il est donc spécifiquement prévu à la loi que le gouvernement peut intervenir auprès des tribunaux administratifs. Cet aspect, peut-être moins bien connu, sera discuté dans chaque section.

1. L'Office des transports du Canada et l'affaire de l'interconnexion

1.1 L'Office des transports du Canada

Peu soupçonnent l'importance du transport ferroviaire dans le développement du droit administratif canadien. Au tournant du 20^e siècle, l'importance du transport par train était immense, car celui-ci était un moyen de transport terrestre beaucoup plus efficace que le cheval. Cependant, le coût de développement de nouveaux trajets est élevé et les conflits sont fréquents entre clients et transporteurs¹⁰. C'est dans ce contexte qu'est née la Commission des chemins de fer (*Canadian Board of Railway Commissioners*) en 1904, le premier tribunal administratif au Canada, une commission réglementaire indépendante dont le rôle

employé à l'article 23 inclut notamment «une personne ou un organisme exerçant des fonctions quasi judiciaires». La démarche de qualification préalable imposée par cette disposition doit donc être précisée. »

7. *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, 1985 CanLII 25 (CSC).

8. *Ibid.*, par. 47.

9. Hank INTVEN, *Canadian Telecommunications Regulatory Handbook*, Vancouver, McCarthy Tetrault, 2012, p. 34.

10. Jamie BENIDICKSON, « The Canadian Board of Railway Commissioners : Regulation, Policy and Legal Process at the Turn-of-the-Century », (1991) 36 *McGill Law Journal* 1222.

était de réglementer le transport par train¹¹. L'innovation, qui maintenant peut sembler banale, était de placer des responsabilités entre les mains de personnes ni élues, ni juges qui ne sont pas directement redevables envers le Conseil privé. La Commission devenait ainsi le forum désigné pour trancher des litiges et pour établir des tarifs. Il faut souligner le fait que la Commission avait le pouvoir de mettre en place et modifier ses propres règlements. Le Canadian Board of Railway Commissioners est l'ancêtre direct de l'actuel Office des transports qui est donc le plus ancien tribunal administratif du Canada.

Les propos échangés à l'époque de la création de la Commission sont en soi intéressants. Certaines réactions peuvent faire sourire : la Commission a été traitée de créature « amphibie, mi-cour, mi-législateur »¹² et on a affirmé qu'accorder de tels pouvoirs à cet organisme était « répugnant »¹³. D'autres considéraient comme une « défectuosité essentielle » du processus la surreprésentation d'avocats plutôt que de professionnels des chemins de fer¹⁴. Cela dit, les motifs ayant mené à la création de la Commission sont toujours d'actualité : l'absence de formation technique et de permanence des décideurs politiques, la combinaison de leurs rôles politiques et administratifs, le fait que ceux-ci ne se déplaçaient pas et la longueur des délais¹⁵. D'autres acteurs de l'époque étaient donc confiants que la Commission allait combler les lacunes de l'ancien système.

Voici pour ce bref historique ; revenons donc à l'actuel Office des transports. L'Office des transports du Canada est régi par la *Loi sur les transports au Canada*¹⁶. Son rôle est de résoudre des disputes, de garantir l'accessibilité et de réglementer le transport aérien, ferroviaire et maritime au Canada. Les cinq membres permanents de l'Office des transports sont nommés à titre inamovible pour un maximum de cinq ans¹⁷. Il existe plusieurs moyens tout à fait légitimes pour le gouvernement d'influencer la prise de

11. OFFICE DES TRANSPORTS DU CANADA, « 100 ans au cœur des transports – un siècle d'histoire », *Office des transports du Canada*, en ligne : <<https://www.otc-cta.gc.ca/fra/publication/100-ans-au-cœur-des-transport-un-siècle-dhistoire>> (page consultée le 5 avril 2015).

12. J. BENIDICKSON, préc., note 10, 1236.

13. *Ibid.*, 1238.

14. *Ibid.*, 1254.

15. *Ibid.*, 1231.

16. *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, c. 10.

17. *Ibid.*, art. 7, 8.

décision de l'Office et le concept d'indépendance judiciaire doit donc ici être compris en conséquence. Tout d'abord, le gouvernement a un pouvoir général d'annuler ou de modifier les décisions et règlements de l'Office des transports à travers l'article 40 de la *Loi sur les transports au Canada*¹⁸. La Cour suprême confirme que cet article accorde un vaste pouvoir d'intervention, même sur des questions de droit¹⁹. Comme le prévoit expressément cet article, la seule restriction à ce pouvoir d'intervention est qu'il doit s'agir d'une question qui a déjà été examinée par l'Office. La Cour suprême disait d'ailleurs de l'article 64 de la *Loi nationale sur les transports*, disposition ayant précédé l'article 40 actuel, qu'il « octroyait un droit « illimité ou inconditionnel » de présenter une requête en révision au gouverneur en conseil »²⁰. De plus, on peut opposer cet article à l'article 41, qui permet d'appeler d'une décision devant les instances judiciaires²¹. Ce moyen comporte plusieurs restrictions : la demande doit être faite dans un délai d'un mois et doit être autorisée, et ce, uniquement si elle vise une question de droit ou de compétence. Bref, il est plus simple, du moins en théorie, de demander une révision par la voie de l'exécutif que par la voie judiciaire. En pratique, cependant, l'exécutif peut refuser de réviser une décision pour des motifs qui sont les siens et qui peuvent être de nature non juridique, dont l'intérêt public.

La largesse de l'article 40 n'est pas de droit nouveau. En effet, l'article tire ses origines de l'époque de la création de la Commission des chemins de fer relatée ci-dessus. Voici ce qu'en disait le ministre des Chemins et fers et des Canaux en 1903 : « All

18. *Ibid.*, art. 40 : « 40. Le gouverneur en conseil peut modifier ou annuler les décisions, arrêtés, règles ou règlements de l'Office soit à la requête d'une partie ou d'un intéressé, soit de sa propre initiative ; il importe peu que ces décisions ou arrêtés aient été pris en présence des parties ou non et que les règles ou règlements soient d'application générale ou particulière. Les décrets du gouverneur en conseil en cette matière lient l'Office et toutes les parties. Pour un exemple d'utilisation de cette disposition, voir *Décret annulant la décision n° 618-W-2005 de l'office des transports du Canada*, DORS/2006-139. »

19. *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, par. 37.

20. *Proc. Gén. du Can. c. Inuit Tapirisat et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735, 1980 CanLII 21 (CSC), 745 ; *Loi nationale sur les transports*, S.C. 1966-67, c. 69, art. 64.

21. *Loi sur les transports au Canada*, préc., note 16, art. 41 : « 41. (1) Tout acte – décision, arrêté, règle ou règlement – de l'Office est susceptible d'appel devant la Cour d'appel fédérale sur une question de droit ou de compétence, avec l'autorisation de la cour sur demande présentée dans le mois suivant la date de l'acte ou dans le délai supérieur accordé par un juge de la cour en des circonstances spéciales, après notification aux parties et à l'Office et audition de ceux d'entre eux qui comparaissent et désirent être entendus. »

orders of any kind made by the board may be appealed [...] The Governor in Council under this Bill would have complete and absolute jurisdiction to revise any order or decision of the board »²². L'ajout d'un tel pouvoir de modification s'expliquait peut-être par le désir de garder un certain contrôle sur la Commission, qui était une institution tout à fait nouvelle. Le ministre de l'époque n'estimait pas cependant que ce pouvoir allait être utilisé fréquemment. Cela dit, on peut noter que si l'article 40 semble d'une permissivité inhabituelle, cela est du moins en partie dû à ses racines assez anciennes.

De même, l'article 43 de l'actuelle loi permet au gouvernement de donner des directives à l'Office en amont, c'est-à-dire des orientations générales fournies avant une prise de décision particulière par l'Office²³. Cependant, ce moyen est plus contraignant que celui prévu à l'article 40. La directive ne prend effet que 30 jours après son dépôt auprès des deux chambres du Parlement (l'Office doit aussi avoir été consulté)²⁴. Il est également possible pour le gouverneur en conseil de prononcer des décrets dans des situations d'urgence pour une durée de 90 jours²⁵. Finalement, on ne doit pas non plus oublier que le législateur fédéral a le pouvoir de modifier directement la *Loi sur les transports au Canada* comme n'importe quelle autre loi ordinaire²⁶.

1.2 L'affaire de l'interconnexion

En 2014, la *Loi sur le transport ferroviaire équitable pour les producteurs de grain*²⁷ a modifié le pouvoir de l'Office concernant, sans surprise, le transport du grain. La loi vise entre autres la distance d'interconnexion. L'interconnexion est un terme technique

22. CANADA, *House of Commons Debates*, 3^e sess., 9^e législ., 20 mars 1903, « The Railway Commission », p. 259 (M. A. G. Blair).

23. *Ibid.*, art. 43(1).

43. (1) Le gouverneur en conseil peut, à la demande de l'Office ou de sa propre initiative, donner des directives générales à l'Office sur toute question relevant de la compétence de celui-ci ; l'Office exécute ces directives dans le cadre de la loi fédérale qui détermine ses attributions relatives au domaine visé par les directives.

24. *Ibid.*, art. 44-46.

25. *Ibid.*, art. 47.

26. On parle ici techniquement de la branche législative et non exécutive, mais le système canadien est ainsi fait que ces pouvoirs se retrouvent souvent entre les mains des mêmes acteurs.

27. *Loi sur le transport ferroviaire équitable pour les producteurs de grain*, L.C. 2014 ch. 8 ; *Loi sur les transports au Canada*, préc., note 16, art. 128 (1.1).

en matière de transport ferroviaire. Il s'agit de l'obligation pour un transporteur de transférer le fret d'un client vers le réseau d'un autre transporteur situé à une certaine distance, et ce, pour un prix réglementaire²⁸. L'objectif est donc d'empêcher un transporteur d'exiger des frais exagérés à un client enclavé.

La nouvelle loi permet donc de modifier la distance d'interconnexion, mais est muette sur cette distance exacte : sa détermination est donc laissée à la discrétion de l'Office. En conséquence, l'Office des transports a adopté le *Règlement modifiant le Règlement sur l'interconnexion du trafic ferroviaire*²⁹. Par ce règlement, l'Office augmente de 30 à 160 kilomètres la distance d'interconnexion dans les provinces des Prairies. Le problème est le suivant : la distance spécifique de « 160 kilomètres » ne semble pas émaner d'une réflexion de l'Office, mais de l'intention déclarée du gouvernement. Ceci laisse donc croire à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire sous la dictée d'un tiers. Même si l'enjeu pratique de ce règlement ne concerne que quelques acteurs spécifiques au domaine du transport ferroviaire, cette situation est intéressante de façon plus générale en ce qui concerne l'indépendance judiciaire en droit administratif.

Comment en est-on arrivé à une distance de 160 kilomètres ? Pourquoi 160 kilomètres et pas 150 ou 80 ? En comité parlementaire, l'explication donnée par le ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire Gerry Ritz est la suivante :

Troisièmement, notre gouvernement prévoit un pouvoir de réglementation qui permettra à l'Office des transports du Canada de faire passer les distances d'interconnexion de 30 kilomètres, distance qui avait été fixée en 1987, à 160 kilomètres pour tous les produits de base des Prairies. En rallongeant ainsi la distance, il sera plus facile pour tous les expéditeurs des Prairies d'accéder aux services des compagnies de chemin de fer concurrentes, ce qui accroîtra la concurrence. Dans le domaine des grains en particulier, grâce à cette augmentation, 150 silos pourront maintenant accéder aux services de plus d'une compagnie de chemin de fer, alors qu'à peine 14 d'entre eux peuvent revendiquer ce privilège aujourd'hui. Leur nombre sera à peu près multiplié par 10. Cette mesure stimulera la concurrence entre les compagnies de chemin de fer et permettra

28. *Loi sur les transports au Canada*, préc., note 16, art. 111.

29. *Règlement modifiant le Règlement sur l'interconnexion du trafic ferroviaire*, DORS/2014-193.

aux expéditeurs d'accéder à d'autres services ferroviaires en augmentant le nombre de silos à portée des services.³⁰

Ceci ressemble d'ailleurs beaucoup à la justification énoncée par l'Office dans le *Règlement modifiant le Règlement sur l'interconnexion du trafic ferroviaire* mentionné ci-dessus, qui semble d'ailleurs reprendre les propos du ministre. L'étude d'impact, incluse en annexe du règlement, fait un résumé des motifs ayant mené à son adoption. Voici une partie de ce résumé :

Pour régler cette situation, le 26 mars 2014, le ministre Ritz, appuyé par la ministre Raitt, a présenté au Parlement le projet de loi C-30, la *Loi modifiant la Loi sur les grains du Canada* et la *Loi sur les transports au Canada et prévoyant d'autres mesures* (la *Loi sur le transport ferroviaire équitable pour les producteurs de grain*).

L'article 7 de la *Loi sur le transport ferroviaire équitable pour les producteurs de grain* confère à l'Office des transports du Canada (l'Office) le pouvoir de prescrire de nouveaux prix d'interconnexion pour les clients à distance pour des régions particulières, et pour le transport de marchandises, selon ce qu'il juge approprié. Le gouvernement a indiqué que cette modification permettrait l'interconnexion de tous les types de marchandises dans une limite de 160 kilomètres, dans les provinces des Prairies (Alberta, Saskatchewan et Manitoba), ce qui repousse la limite auparavant fixée à 30 kilomètres, afin de donner la meilleure occasion de concurrence possible et d'ajouter des services ferroviaires pour aider les producteurs de grain dans les provinces des Prairies.

Quarante-huit exploitants de silos de grain primaires ont actuellement accès à plus d'un chemin de fer, y compris à des chemins de fer américains, selon la limite de distance d'interconnexion actuelle de 30 kilomètres prévue dans le *Règlement sur l'interconnexion du trafic ferroviaire*, DORS/88-41, modifié. Cette modification permettra d'établir à 261 les silos de grain primaires répartis dans les provinces des Prairies pouvant être desservis grâce à l'interconnexion. Cela fera en sorte que plus de cinq fois plus d'exploitants de silos-élevateurs auront accès à plus d'un chemin de fer. Des expéditeurs d'autres marchandises pourront eux aussi tirer parti de cette limite d'interconnexion repoussée et ainsi bénéficier d'un accès à plus d'un transporteur.³¹
(nous soulignons)

30. CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Témoignages*, Comité permanent de l'agriculture et de l'agroalimentaire, 2^e sess., 41^e législ., fascicule n° 20, 31 mars 2014, p. 1530 (M. Gerry Ritz).

31. *Règlement modifiant le Règlement sur l'interconnexion du trafic ferroviaire*, préc., note 29.

Dans le compte rendu de son processus de consultation, l'Office déclare qu'il est tenu (*is required* dans la version anglaise) de prescrire le nouveau taux pour la nouvelle distance d'interconnexion de 160 kilomètres³². Le choix de la distance de 160 kilomètres est donc traité comme un fait accompli. On doit aussi comprendre que les parties prenantes ont été consultées, mais seulement sur le taux à payer et non pas sur la distance, la région ou les marchandises visées, trois autres variables qui ont aussi été modifiées. De même, le processus de consultation devait être complété à la date de l'entrée en vigueur du règlement, la date du 1^{er} août étant déjà choisie. Ceci laissait un délai pour le processus de consultation de quelques jours, soit entre le 11 juin et le 24 juin 2014. Comme l'étude d'impact du règlement l'affirme, plusieurs intervenants ont trouvé ce délai trop court³³. Néanmoins, le 1^{er} août correspond au premier jour aux fins du calcul du transport du grain, ce qui peut en partie expliquer la hâte de l'Office. Si le règlement n'était pas prêt à cette date, le nouveau régime n'aurait pas pu être appliqué intégralement à l'année de récolte 2014.

Parallèlement, la *Loi sur le transport ferroviaire équitable pour les producteurs de grain* a aussi attribué à l'Office le pouvoir de déterminer les « conditions d'exploitation » dans le cadre d'un arbitrage sur le niveau de service. Dans ce même cas, la période de consultation a été de quelques jours. On peut se demander si cette façon de procéder donne suffisamment de temps aux parties intéressées afin d'exprimer leur opinion. En effet, l'Office se doit de respecter la *Directive du Cabinet sur la gestion de la réglementation*, qui s'applique aussi aux organismes fédéraux sur lesquels le gouvernement fédéral a une influence³⁴. Cette directive explique que toute consultation doit être « ouverte, utile et bien équilibrée ».

32. OFFICE DES TRANSPORTS DU CANADA, « Consultations de l'Office au sujet de la mise en œuvre du projet de loi C-30 », *Office des transports du Canada*, en ligne : <<https://www.otc-cta.gc.ca/fra/consultation/consultations-de-loffice-au-sujet-de-la-mise-en-œuvre-du-projet-de-loi-c-30>> (page consultée le 5 avril 2015).

33. *Règlement modifiant le Règlement sur l'interconnexion du trafic ferroviaire*, préc., note 29.

34. SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR DU CANADA, « Directive du Cabinet sur la gestion de la réglementation », *Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada*, en ligne : <<http://www.tbs-sct.gc.ca/rtrap-parfa/cdrm-dcgr/cdrm-dcgr-01-fra.asp>> (page consultée le 5 avril 2015) : « 15. Il incombe aux ministères et aux organismes d'identifier les parties intéressées et touchées et de leur donner l'occasion de prendre part à des consultations ouvertes, utiles et bien équilibrées à toutes les étapes du processus de réglementation. »

D'un point de vue plus théorique, ces faits rappellent l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire sous la dictée d'un tiers³⁵. N'est cependant pas de l'influence indue le simple fait d'être influencé par les conseils de ceux ayant participé à l'élaboration d'une décision³⁶. La situation n'est pas la même lorsque la discrétion est vraiment subordonnée à l'opinion d'autrui³⁷. L'Office aurait pu choisir n'importe quelle autre distance d'interconnexion et prendre plus de temps pour arrêter son choix. Il aurait aussi pu viser d'autres marchandises et d'autres régions. Il semble donc que le discours du ministre a influé sur la décision de l'Office au sujet de ces variables. Il n'est pas simple de déduire une influence à partir de commentaires généraux, mais ici la concordance des « 160 kilomètres » laisse peu de doutes. On peut difficilement trouver un exemple plus patent que celui où des chiffres sont repris intégralement. La situation est d'autant plus curieuse puisque le législateur aurait pu directement modifier la distance d'interconnexion alors même qu'il amendait la *Loi sur les transports au Canada*. Il a d'ailleurs été expliqué au début de cette section que le pouvoir d'intervention de l'exécutif sur l'Office est vaste et qu'il existe plusieurs mécanismes légaux pour orienter ce dernier. Que doit-on retenir de ces faits ? S'agit-il d'une simple erreur ? L'objectif était peut-être de passer outre les contraintes procédurales qu'impliquent les articles 40 et 43 de la *Loi sur les transports au Canada*.

2. La Commission canadienne de sûreté nucléaire et l'affaire *Chalk River*

2.1 La Commission canadienne de sûreté nucléaire

La Commission canadienne de sûreté nucléaire a été constituée par la *Loi sur la sûreté et la réglementation nucléaires*³⁸. Établie en 2000 pour remplacer la Commission de contrôle de

35. Pierre ISSALYS et Denis LEMIEUX, *L'action gouvernementale – Précis de droit des institutions administratives*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 245.

36. *Sovereign Life Insurance Co. c. Canada (Ministre des Finances)*, [1998] 1 R.C.F. 299, 1997 CanLII 6359 (C.F.).

37. *Action réseau consommateur c. Québec (P.G.)*, [2000] R.J.Q. 1769 ; *Innisfil Township c. Vespra Township*, [1981] 2 R.C.S. 145, 1981 CanLII 59 (CSC) ; *Trans Mountain Pipe Line c. Office national de l'énergie*, [1979] 2 C.F. 118 et de façon plus générale, la décision bien connue *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, 1959 CanLII 50 (SCC).

38. *Loi sur la sûreté et la réglementation nucléaires*, L.C. 1997, c. 9.

l'énergie atomique, son rôle est de réglementer l'utilisation de l'énergie et des matières nucléaires dans le but d'assurer la sécurité des Canadiens et de protéger l'environnement. De façon plus particulière, elle a la responsabilité de surveiller l'exploitation des centrales nucléaires canadiennes et d'émettre des permis à ce même titre. La Commission est constituée de sept membres permanents nommés à titre inamovible pour un maximum de 5 ans³⁹.

La situation en ce qui concerne l'influence directe du gouvernement est similaire à celle de l'Office des transports discutée précédemment. La *Loi sur la sûreté et la réglementation nucléaires* permet aussi au gouvernement de donner des orientations générales à la Commission canadienne de sûreté nucléaire par décret⁴⁰. Ce moyen a été utilisé lors des faits relatés ci-dessous. Cependant, le vaste pouvoir du gouverneur en conseil de réviser des décisions *a posteriori* est ici absent. Ceci peut peut-être s'expliquer par le fait que le pouvoir de la Commission de faire des règlements doit être exercé « avec l'agrément du gouverneur en conseil » selon l'article 44⁴¹. Selon ce même article, le gouverneur en conseil peut aussi édicter par lui-même tout autre règlement nécessaire à l'application de cette loi.

2.2 *L'affaire Chalk River*

Jusqu'à assez récemment, les laboratoires nucléaires de Chalk River produisaient les deux tiers mondiaux de certains isotopes radioactifs nécessaires à des tests médicaux. Cependant, ces installations, alors opérées par Énergie atomique du Canada limitée, sont âgées et ont besoin de plusieurs améliorations. En 2006, la Commission canadienne de sûreté nucléaire octroie aux laboratoires un permis d'exploitation sous réserve de faire certaines améliorations de sécurité⁴². En novembre 2007, la Commission s'aperçoit qu'une de ces mises à jour n'a pas été faite, et ce, contrairement à ce qui avait été affirmé. Le 18 novembre 2007,

39. *Ibid.*, art. 10.

40. *Loi sur la sûreté et la réglementation nucléaires*, préc., note 38, art. 19. Similaire à l'article 43 de la *Loi sur les transports au Canada*, préc., note 16.

41. *Loi sur la sûreté et la réglementation nucléaires*, préc., note 38, art. 44.

42. COMMISSION CANADIENNE DE SÛRETÉ NUCLÉAIRE, « Amélioration du système de sûreté du réacteur national de recherche universel d'énergie atomique du Canada limitée et processus d'autorisation et de surveillance de la commission canadienne de sûreté nucléaire », *Commission canadienne de sûreté nucléaire*, en ligne : <http://www.nuclearsafety.gc.ca/fra/resources/publications/reports/les_sonslearned/index.cfm> (page consultée le 5 avril 2015).

Énergie atomique arrête le réacteur pour faire des travaux d'entretien qui devaient durer quatre jours⁴³. Les travaux dépassent cependant ce délai. Encore préoccupée par la sécurité des opérations, la Commission expose aux laboratoires qu'elle songe à ne pas recommander la remise en marche du réacteur. En décembre, les laboratoires demandent la permission de modifier leur mode d'opération. En retour, la Commission exige un dossier de sûreté complet et une demande de modification de permis avant la remise en marche du réacteur.

Toujours en décembre 2007, le dossier est repris par les médias et le milieu politique. Même si le réacteur n'est à l'arrêt que depuis quelques jours, l'impact sur l'approvisionnement mondial des isotopes est immédiatement affecté : la demi-vie du produit est très courte, ce qui veut dire en termes pratiques qu'il doit être utilisé dans les jours suivant sa production⁴⁴. La pénurie d'isotopes médicaux se faisant sentir, le gouvernement conservateur projette de permettre aux laboratoires de Chalk River de redémarrer leur réacteur sans égard à la décision de la Commission canadienne de la sûreté nucléaire. Utilisant le pouvoir de donner des orientations générales expliqué ci-dessus, le gouvernement enjoint la Commission de prendre en compte les patients qui ont besoin des isotopes dans son évaluation de la santé et sécurité des Canadiens⁴⁵. C'est sans aucun doute une façon indirecte de la part du gouvernement d'exprimer son intention. De même, à la Chambre des communes, le Premier ministre Stephen Harper n'est pas tendre à l'égard de la Commission. Il déclare ce qui suit : « [...] nous savons que les actions de la Commission de sûreté nucléaire nommée par les libéraux continueront de menacer la santé, la sécurité et la vie de dizaines de milliers de Canadiens. Nous ne sommes pas autorisés à agir en tant qu'exécutif, mais nous avons la responsabilité de demander au Parlement d'intervenir pour corriger la situation avant que la santé d'un plus grand nombre de gens ne soit compromise »⁴⁶. Dès le lendemain, une loi

43. Ce n'est pas la Commission qui a ordonné la fermeture du réacteur, contrairement à ce qui a parfois été affirmé dans les médias.

44. Alison MOTLUK, « A Political Meltdown », *The Walrus*, en ligne : <<http://thewalrus.ca/a-political-meltdown/>> (page consultée le 4 mai 2015).

45. *Instructions données à la commission canadienne de sûreté nucléaire relativement à la santé des Canadiens*, DORS/2007-282.

46. CANADA, *Débats de la Chambre des communes*, 23^e sess., 39^e législ., 11 décembre 2007, « Questions orales – La centrale nucléaire de Chalk River », p. 1415 (M. Stephen Harper). On peut aussi ajouter une partie de la suite de ses propos : « Monsieur le Président, EACL et la CCSN sont deux entités qui fonctionnent

est adoptée d'urgence afin de permettre la réactivation du réacteur pour une durée de 120 jours⁴⁷.

L'histoire n'est cependant pas terminée pour la présidente de la Commission canadienne de la sûreté nucléaire, Linda Keen. Le 27 décembre 2007, le ministre des Ressources naturelles Gary Lunn lui envoie une lettre dans laquelle il lui reproche de ne pas avoir facilité la remise en marche rapide du réacteur⁴⁸. Le gouvernement conservateur est en effet très insatisfait de sa performance lors de cette crise. En janvier 2008, le ministre est très critique à son égard :

Notre examen de la soumission de la présidente, en réponse à ma lettre datée du 27 décembre, nous amène à la conclusion que la façon dont elle a exercé son mandat exécutif, et plus particulièrement son manque de leadership pendant l'arrêt prolongé du réacteur NRU de Chalk River, n'est pas à la hauteur des standards très élevés de conduite auxquels le gouvernement et le public canadien s'attendent de la part des hauts fonctionnaires responsables de la gestion exécutive des institutions chargées de protéger la santé et la sécurité de toute la population canadienne.⁴⁹

M^{me} Keen réplique qu'on tente de compromettre l'indépendance des tribunaux quasi judiciaires. Néanmoins, elle est destituée de sa fonction de présidente de la commission (mais elle conserve son poste de membre de la commission, c'est-à-dire de commissaire). Linda Keen tente un procès, alléguant que le décret la destituant de sa fonction de présidente était illégal. Dans *Keen c. Canada (Procureur général)*⁵⁰, Linda Keen conteste son congédiement, sans succès. On y détermine que sa nomination comme commissaire est à titre inamovible, mais celle à sa fonction de présidente de la commission l'est à titre amovible. Même si la loi ne précise pas expressément si la fonction de président est

indépendamment du gouvernement. Cela dit, les actions de l'organisme de réglementation, bien qu'elles soient conformes aux pouvoirs prévus dans la loi, ne sont clairement pas dans l'intérêt public, aux yeux du gouvernement. Ce qu'il faut faire, dans l'intérêt public, c'est remettre ce réacteur en marche et reprendre la production de ces radio-isotopes d'application médicale. Il n'y a aucune menace à la sécurité nucléaire. C'est plutôt la santé des gens qui est menacée. »

47. *Loi permettant de reprendre et de continuer l'exploitation du réacteur national de recherche universel situé à Chalk River*, L.C. 2007, c. 31.

48. *Keen c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 353, par. 29.

49. CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Témoignages*, Comité permanent des ressources naturelles, 2^e sess., 39^e législ., fascicule n^o 9, 16 janvier 2008, p. 1000 (M. Gary Lunn).

50. *Keen c. Canada (Procureur général)*, préc., note 48.

occupée à titre amovible ou inamovible, les lettres patentes nommant M^{me} Keen présidente stipulent clairement que la fonction est occupée à titre amovible⁵¹. Le juge Hughes ajoute d'ailleurs à cette réflexion la phrase suivante : « La jurisprudence *Ocean Port* enseigne en outre que lorsque la loi peut être interprétée de façon raisonnable et claire, elle l'emporte sur toute notion générale fondée sur l'État de droit et la justice naturelle »⁵².

En ce qui concerne la différence de traitement entre fonctions « amovibles » et « inamovibles », le juge rappelle la question que l'on doit se poser afin de déterminer si on peut retirer ses fonctions à une personne nommée « à titre inamovible » :

La conduite reprochée porte-t-elle si manifestement et si totalement atteinte aux notions d'impartialité, d'intégrité et d'indépendance de la justice qu'elle ébranle suffisamment la confiance de la population pour rendre le juge incapable de s'acquitter des fonctions de sa charge ?⁵³

En revanche, être nommé « à titre amovible » entraîne pratiquement la situation inverse : liée à l'ancienne notion d'être nommé « au bon plaisir de Sa Majesté », cette nomination est beaucoup plus précaire et associée à une obligation d'agir équitablement somme toute minimale de la part de l'exécutif⁵⁴.

Le gouvernement a donc utilisé son pouvoir de donner des orientations générales, une loi spéciale a été votée et une personne nommée à titre amovible s'est vue retirer ses fonctions. Bref, les moyens utilisés par le gouvernement étaient légitimes, même s'ils n'étaient peut-être pas opportuns. Par exemple, Linda Keen a été congédiée quelques heures avant d'être appelée à témoigner en commission parlementaire⁵⁵. D'un autre côté, il peut exister d'autres considérations politiques ou économiques qui dépassent le mandat spécifique qui est celui du décideur adminis-

51. *Keen c. Canada (Procureur général)*, préc., note 48, par. 17, 75.

52. *Ibid.*, par. 68.

53. *Keen c. Canada (Procureur général)*, préc., note 48, par. 46, citant *Canada (Procureur général) c. Cosgrove*, 2007 C.A.F. 103, par. 14.

54. En pratique, ceci se résumerait à l'envoi d'un avis l'informant qu'il est envisagé de congédier la personne et l'opportunité de présenter des observations à ce sujet, ce qui est exactement ce que le ministre Lunn a fait. *Keen c. Canada (Procureur général)*, préc., note 48, par. 49, citant *Dunsmuir c. Nouveau Brunswick*, 2008 CSC 9, par. 115-116.

55. L. SOSSIN, préc., note 3.

tratif. L'intervention du gouvernement est peut-être nécessaire lorsque plusieurs intérêts sont en jeu, mais que le décideur compétent ne tient compte que d'un seul facteur. Comme l'explique Linda Keen elle-même en comité parlementaire, la Commission ne pouvait pas prendre en compte l'approvisionnement en isotopes lors de sa décision en matière de sécurité⁵⁶. La « crise des isotopes » était-elle si grave qu'elle nécessitait une intervention aussi robuste ? Difficile d'en juger. Déterminer ce qui était la meilleure décision en pratique est une question extrêmement complexe, c'est-à-dire l'équilibre à faire entre deux sujets très pointus que sont la sécurité nucléaire et l'approvisionnement des hôpitaux. Cela dit, comparativement au cas précédent, l'intervention du gouvernement s'est faite selon les moyens prévus par la loi, c'est-à-dire par des instructions données par décret et une loi spéciale. Tout de même, comme énoncé plus tôt, on peut se questionner sur l'opportunité d'avoir agi ainsi.

56. Elle n'était cependant pas complètement insensible à la situation des hôpitaux. CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Témoignages*, Comité permanent des ressources naturelles, 2^e sess., 39^e législ., fascicule n° 11, 29 janvier 2008, p. 1205-1215 (M^{me} Linda Keen) : « La deuxième question était pourquoi la CCSN n'a pas tenu compte des conséquences d'un arrêt sur la production d'isotopes médicaux. C'est là une question importante qui est directement liée au mandat de la CCSN.

Comme je l'ai mentionné, notre principale responsabilité dans le cas de ces installations est de protéger les Canadiens en s'assurant que les installations nucléaires fonctionnent de façon sécuritaire. Aux termes de la loi, la commission n'avait pas le pouvoir de tenir compte de la question des isotopes pour prendre sa décision jusqu'au 10 décembre. En effet, dans sa directive du 10 décembre 2007, le gouvernement a reconnu de façon implicite cette limite du mandat de la commission en tentant d'élargir son pouvoir afin d'inclure le fait qu'elle devait considérer la disponibilité d'isotopes. Cela n'aurait pas été nécessaire si la commission avait déjà eu cette responsabilité. Le fait est qu'elle ne l'avait pas.

Cela dit, la CCSN a toujours été très sensible à l'importance de ces isotopes. La communauté médicale comptait sur eux et les patients en avaient besoin ; c'est pourquoi la commission a pris toutes les mesures possibles en vertu de la loi pour alléger la situation. En tant qu'organisme chargé d'octroyer les permis d'utilisation d'isotopes médicaux aux hôpitaux et aux cliniques, la commission était en mesure de modifier les permis sur demande en moins de 24 heures afin de permettre l'utilisation d'autres isotopes et d'en augmenter le stock. Cela faisait partie de notre mandat.

[...]

Eh bien, monsieur le président, le Parlement est suprême, un point c'est tout. Ni moi ni aucun autre Canadien ne pouvons remettre en question le droit du Parlement d'agir comme il l'a fait.

Le Parlement se trouvait devant deux intérêts concurrentiels : la sûreté nucléaire d'une part, et le besoin d'isotopes médicaux d'autre part ; ce n'était pas une décision facile, et c'est une décision qui a été prise comme il se doit par les représentants des Canadiens. »

3. Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes et l'affaire *Netflix*

3.1 *Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*

Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) est constitué en vertu de la *Loi sur le conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*⁵⁷. Son rôle est de réglementer la radiodiffusion et les télécommunications au Canada. Le Conseil est constitué d'au plus treize membres, nommés à titre inamovible pour un maximum de cinq ans⁵⁸.

En ce qui concerne le rôle pratique du Conseil, on doit consulter la *Loi sur les télécommunications* ainsi que la *Loi sur la radiodiffusion*⁵⁹. C'est la première de ces deux lois qui nous intéresse le plus ici. Comme dans les deux sections précédentes, la *Loi sur les télécommunications* permet au gouvernement de donner des orientations générales au Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes par décret⁶⁰. Ceci se fait par décret, qui doit être publié dans la *Gazette du Canada* et déposé devant les deux chambres du Parlement afin de permettre aux personnes intéressées de présenter leurs observations⁶¹. La *Loi sur la radiodiffusion* contient aussi un article similaire, mais celle-ci contient la mention supplémentaire qu'un tel décret ne peut pas viser une licence en particulier⁶².

Comme dans le cas de l'Office des transports, le gouvernement peut aussi modifier ou annuler les décisions du Conseil par décret selon l'article 12 de la *Loi sur les télécommunications*⁶³. Cependant, contrairement à l'Office des transports, ce pouvoir est associé à certaines contraintes : il doit être exercé dans l'année suivant la décision concernée, un avis doit être publié dans la *Gazette du Canada* et le Conseil a l'opportunité de corriger

57. *Loi sur le conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, L.R.C. 1985, c. C-22, art. 3.

58. *Loi sur le conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, préc., note 57, art. 3.

59. *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, c. 38, art. 8 ; *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, c. 11.

60. *Loi sur les télécommunications*, préc., note 59, art. 8.

61. *Ibid.*, art. 10.

62. *Loi sur la radiodiffusion*, préc., note 59, art. 7.

63. *Loi sur les télécommunications*, préc., note 59, art. 12.

lui-même sa décision⁶⁴. Curieusement, l'article correspondant dans la *Loi sur la radiodiffusion* ajoute qu'une telle révision ne doit être effectuée que si le gouverneur en conseil « est convaincu que la décision ne va pas dans le sens des objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion »⁶⁵. Selon la Cour suprême du Canada, cette stipulation supplémentaire a pour effet de limiter la portée du pouvoir du gouverneur en conseil d'intervenir⁶⁶. L'impact pratique de cette mention n'est pas évident, mais cet article serait donc moins permissif que l'article 40 similaire de la *Loi sur les transports au Canada* vu précédemment.

Ce n'est pas non plus une coïncidence si l'article 12 de la *Loi sur les télécommunications* ressemble à l'article 40 de la *Loi sur les transports au Canada*. Encore une fois, un regard historique nous permet d'entrevoir des liens. Les développements des télécommunications et sont des chemins de fer sont intimement liés : la première réglementation des tarifs téléphoniques a été faite par un amendement à l'*Acte des chemins de fer*⁶⁷ en 1906, cette même loi qui a créé la Commission des chemins de fers⁶⁸. Le pouvoir de l'exécutif de modifier les décisions de la Commission visait donc aussi les télécommunications de l'époque. Les deux domaines de droit ont plus tard été scindés en deux lois distinctes en 1993 avec la *Loi sur les télécommunications*, mais le libellé de cette disposition est demeuré similaire.

-
64. Voici quelques exemples de modifications : *Décret modifiant la décision Télécom CRTC 2005-28*, DORS/2006-288 ; *Décret modifiant la décision CRTC 94-19*, TR/94-143 ; *Décret modifiant la décision Télécom CRTC 95-14 et demandant à la CRTC de faire rapport sur la question des listes d'inscriptions d'abonnés*, DORS/96-322 ; *Décret modifiant la décision Télécom CRTC 95-21*, DORS/96-8.
65. *Loi sur la radiodiffusion*, préc., note 59, art. 28 (1) : « 28. (1) Le gouverneur en conseil peut, par décret pris dans les quatre-vingt-dix jours suivant la décision en cause, sur demande écrite reçue dans les quarante-cinq jours suivant celle-ci ou de sa propre initiative, annuler ou renvoyer au Conseil pour réexamen et nouvelle audience la décision de celui-ci d'attribuer, de modifier ou de renouveler une licence, s'il est convaincu que la décision en cause ne va pas dans le sens des objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion. »
66. *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, préc., note 19, par. 42.
67. *L'acte des chemins de fer*, 1903, 3 Edw. VII, c. 58.
68. Hank INTVEN, *Canadian Telecommunications Regulatory Handbook*, préc., note 9, p. 232. De même, on peut noter que la Société Radio-Canada tire ses origines du réseau CNR Radio, le réseau privé du Canadien National : CANADIAN COMMUNICATIONS FOUNDATION, « CNR Radio Out – CRBC In », *Canadian Communications Foundation*, en ligne : « http://www.broadcasting-history.ca/index3.html?url=http%3A//www.broadcasting-history.ca/networks/networks_CNR2.html » (page consultée le 5 mai 2015).

Dans l'arrêt *Proc. Gén. du Can. c. Inuit Tapirisat et autre*, la Cour suprême s'est prononcée sur le pouvoir de modification de l'exécutif alors que le CRTC agissait encore en vertu de la *Loi sur les chemins de fer* et la *Loi nationale sur les transports*⁶⁹. En faisant un survol de la jurisprudence, la Cour suprême soulève un point intéressant ; lorsque le gouverneur en conseil fait appel à une telle disposition, il ne tranche pas des questions de droit, il décide en fonction de l'intérêt public :

La requête ne constitue ni une intimation d'appel ni une demande de contrôle judiciaire. Elle ne fait que mettre en marche le mécanisme de contrôle de l'Exécutif qui applique sa vision de l'intérêt public aux faits établis devant le Conseil et aux éléments complémentaires d'information soumis à son propre examen. Le lieutenant-gouverneur en conseil ne connaît pas des questions de droit et de compétence, lesquelles relèvent du contrôle judiciaire. Cependant il peut faire quelque chose qui échappe à la compétence des tribunaux : faire valoir son propre avis sur une question d'utilité et d'ordre publics et ce, dans l'intérêt public. C'est ce qui a été fait au moyen du décret : si celui-ci n'est entaché d'aucune erreur de droit ni d'aucun vice de compétence, la Cour divisionnaire n'avait pas à intervenir et c'est avec raison qu'elle a débouté la demanderesse.⁷⁰

La Cour conclut que, bien que le pouvoir de modification de l'exécutif ne soit pas absolu au point de permettre de verser dans l'arbitraire, il est néanmoins beaucoup plus près de l'autonomie du législateur que de celle d'un décideur administratif subalterne : « Les termes précis qu'emploie le législateur à l'art. 64 ne justifient pas à mon sens l'introduction, par implication, des exigences de procédure propres aux organismes administratifs dans d'autres domaines que vise le principe énoncé dans l'arrêt *Nicholson*, précité »⁷¹. Il faut cependant préciser que l'actuel article 12 a

69. *Proc. Gén. du Can. c. Inuit Tapirisat et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735, 1980 CanLII 21 (CSC). Voici le libellé de l'article équivalent à l'époque, l'article 64 de la *Loi nationale sur les transports*, S.R.C. 1970, c. N-17 : « 64. (1) Le gouverneur en conseil peut à toute époque, à sa discrétion, soit à la requête d'une partie, personne ou compagnie intéressée, soit de son propre mouvement et sans aucune requête ni demande à cet égard, modifier ou rescinder toute ordonnance, décision, règle ou règlement de la Commission, que cette ordonnance ou décision ait été rendue inter partes ou autrement, et que ce règlement ait une portée et une application générales ou restreintes ; et tout décret que le gouverneur en conseil prend à cet égard lie la Commission et toutes les parties. »

70. *Proc. Gén. du Can. c. Inuit Tapirisat et autre*, préc., note 69, citant *Re Davisville Investment Co. Ltd. and City of Toronto et al.*, (1977), 1977 CanLII 1189 (ON C.A.), 15 O.R. (2d) 553, 555-556.

71. *Proc. Gén. du Can. c. Inuit Tapirisat et autre*, préc., note 69, p. 759. Voici aussi un autre passage sur le sujet à la p. 745 : « Le gouverneur en conseil peut modifier

ajouté les règles de procédure supplémentaires relatées ci-dessus. De même, des décisions subséquentes ont relativisé le pouvoir de modification en le remettant dans le contexte du droit administratif actuel (notamment l'arrêt *Dunsmuir*), mais celui-ci demeure très large⁷².

3.2 L'affaire Netflix

Depuis quelques années, les services de vidéo sur demande par Internet prennent de plus en plus de place et offrent une alternative à la télévision. Netflix est le mieux connu de ceux-ci. À cause de sa nouveauté, ce type de service n'est pas réglementé par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. Cependant, le sujet l'intéresse⁷³. Cet intérêt s'explique facilement : les services de vidéo sur demande peuvent offrir des services identiques à la télévision sans avoir à se plier aux règles du Conseil⁷⁴. Bref, cette nouvelle lacune réduit l'influence que peut avoir le Conseil sur le milieu de la télédiffusion canadienne.

En octobre 2013, le Conseil lance le processus de consultation *Parlons télé* par lequel il vise à s'enquérir sur l'avenir de la télévision. La vidéo sur demande est un des services qui intéressent particulièrement le Conseil. C'est dans ce contexte que des représentants de Google et Netflix ont été appelés à témoigner auprès du CRTC le 27 juin 2014. Lors de ce témoignage, la représentante

toute ordonnance de son propre mouvement. Ce pouvoir n'est pas limité à une ordonnance du Conseil mais s'étend à ses règles ou règlements. La révision par le gouverneur en conseil n'est pas limitée à une ordonnance rendue par le Conseil inter partes ou à une ordonnance de portée limitée. Il faut noter dès maintenant qu'à la suite du par. (2), qui octroie le droit d'appel à la Cour fédérale, se trouvent cinq dispositions qui en règlent les détails. Rien dans l'art. 64 ne restreint la liberté d'action du gouverneur en conseil, il ne formule même pas de principe, de fond ou de procédure, concernant l'exercice de ses fonctions en vertu du par. (1). »

72. Voir *Globalive Wireless Management Corp. c. Public Mobile Inc.*, 2011 C.A.F. 194 (CanLII) ; *Association des compagnies de Téléphone du Québec Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2012 C.A.F. 203 (CanLII).

73. Avec un certain hubris, le CRTC définissait ces services par rapport à elle-même comme de la « télévision par contournement ». CONSEIL DE RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS CANADIENNES, « La télévision par contournement au Canada en 2012 : incidence sur le marché et indicateurs », *Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, en ligne : <<http://www.crtc.gc.ca/fra/publications/reports/rp120330.htm>> (page consultée le 5 avril 2015).

74. Par exemple, les règles sur le contrôle par des Canadiens ou sur le contenu canadien de la programmation : *Règlement sur la propriété et le contrôle des entreprises de télécommunication canadiennes*, DORS/94-667.

de Netflix, Corie Wright, a fait allusion à la popularité de son service auprès des Canadiens. Le président du Conseil, Jean-Pierre Blais, a alors demandé à Netflix de fournir des données sur son nombre d'abonnés canadiens, rappelant que ces informations seront gardées confidentielles. En parallèle, Stephen Harper déclare qu'il s'opposera à toute « taxe Netflix » en septembre 2014⁷⁵. La ministre du Patrimoine canadien Shelly Glover a aussi fait un commentaire similaire⁷⁶. Elle a cependant déclaré que le différend sépare Netflix et le CRTC et que c'est à eux de trouver une solution⁷⁷. Le 22 septembre, M^{me} Wright répond dans une lettre qu'elle refuse de fournir des informations et affirme que Netflix n'est pas soumis au contrôle du CRTC. Le 29 septembre, le secrétaire général du CRTC John Traversy prend un ton menaçant et répond que le témoignage de Netflix sera rayé du dossier si elle ne fournit pas les informations demandées⁷⁸. Netflix n'obtempère pas.

Lors d'une entrevue en novembre, Jean-Pierre Blais déclare que le Conseil a conclu que pour Netflix et les autres services de vidéo sur demande, « détenir une licence n'est pas obligatoire »⁷⁹. En termes plus directs : le CRTC ne réglementera pas la vidéo sur demande par Internet. De toute façon, certains ont commenté

75. James BRADSHAW, « Harper backs pick-and-pay TV options », *The Globe and Mail*, en ligne : <<http://www.theglobeandmail.com/report-on-business/harper-backs-pick-and-pay-tv/article20609744/>> (page consultée le 20 avril 2015).

76. *Ibid.* Une des explications proposées concernant la tiédeur du gouvernement est la peur de représailles économiques de la part des États-Unis, ceux-ci étant protecteurs de leurs entreprises du milieu culturel et ayant déjà imposé des sanctions dans le passé lorsqu'ils considéraient celles-ci menacées : Barrie MCKENNA, « CRTC is doomed to lose the fight it's picked with Netflix », *The Globe and Mail*, en ligne : <<http://www.theglobeandmail.com/report-on-business/international-business/crtc-fights-losing-battle-against-netflix/article20820302/>> (page consultée le 20 avril 2015).

77. Terry PEDWELL, « CRTC to Netflix: since you won't co-operate, we'll ignore you », *CBCNews*, en ligne : <<http://www.cbc.ca/news/business/crtc-to-netflix-since-you-won-t-co-operate-we-ll-ignore-you-1.2781748>> (page consultée le 20 avril 2015).

78. CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS CANADIENNES, « Radiodiffusion Lettre du Conseil adressée à Corie Wright (Netflix) », *Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, en ligne : <<http://www.crtc.gc.ca/fra/archive/2014/lb140929.htm>> (page consultée le 20 avril 2015).

Le CRTC ne manque pas de rappeler qu'elle a les pouvoirs d'une cour supérieure pour faire exécuter ses ordonnances.

79. Vincent BROUSSEAU-POULIOT, « Netflix ne sera pas réglementé par le CRTC », *La Presse.ca*, en ligne : <<http://affaires.lapresse.ca/economie/medias-et-telecoms/201411/07/01-4816650-netflix-ne-sera-pas-reglemente-par-le-crtc.php>> (page consultée le 20 avril 2015).

qu'il serait impossible pour le Conseil de réglementer une entreprise basée à l'étranger qui offre un service incorporel⁸⁰.

En 2015, on en apprend plus sur les intentions du Conseil. En effet, ce dernier confirme renoncer à réglementer la vidéo sur demande par Internet. Voici ce que dit le CRTC : « Le Conseil est d'avis qu'il ne conviendrait pas de réviser pour le moment la définition de revenus de radiodiffusion pour permettre aux titulaires d'inclure les revenus provenant des émissions offertes en ligne et sur d'autres plateformes exemptées »⁸¹. Le Conseil spécifie que cette décision est prise « pour l'instant », ce qui laisse présager qu'elle pourrait changer d'avis. Pour l'heure, au lieu d'élargir sa réglementation à de nouveaux modes de diffusion, elle a plutôt décidé d'assouplir sa réglementation pour les modes déjà visés, par exemple en ce qui concerne la proportion de contenu canadien diffusé⁸².

Ce troisième cas est peut-être moins fertile en rebondissements que les deux premiers. En particulier, on ne peut pas vraiment prétendre avec certitude qu'il y a eu une influence de l'exécutif sur le CRTC. On ne peut pas par exemple faire un lien direct grâce à un chiffre en particulier, comme les 160 kilomètres dans le cas de l'Office des transports. De même, aucun des contrôles de la loi habilitante n'a été utilisé. Néanmoins, ce cas illustre bien que tous les incidents politiques n'ont pas nécessairement une influence notable sur les tribunaux administratifs, même si les médias aiment bien rapporter ces événements. Les incidents qui se terminent par une intervention directe du gouvernement sont encore plus rares. Les ministres sont appelés à donner leur opinion dans toutes sortes de situations par les médias, même si ces propos sont parfois de trop. Il n'est donc pas acquis que chaque commentaire constitue nécessairement une « pression politique », encore moins si ce même ministre réaffirme l'indépendance du

80. Sheena GOODYEAR, « Netflix contre le CRTC : qui remportera la bataille ? », *Canoe.ca*, en ligne : <<http://fr.canoe.ca/techno/internet/archives/2014/10/20141004-162834.html>> (page consultée le 20 avril 2015).

81. CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS CANADIENNE, Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2015-86, *Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, en ligne : <<http://crtc.gc.ca/fra/archive/2015/2015-86.htm>> (page consultée le 6 avril 2015).

82. Pour un résumé des nouvelles orientations, voir aussi Scott PRESCOTT et Yael WEXLER, « Le CRTC modifie profondément la réglementation de la télévision canadienne », Fasken Martineau DuMoulin, en ligne : <<http://edoctrine.caij.qc.ca/publications-cabinets/fasken/2015/a80973/fr/PC-a86661>> (page consultée le 4 mai 2015).

décideur administratif par la suite⁸³. Cet « accrochage » politique n'est d'ailleurs pas un des plus importants pour le CRTC, qui en a déjà connu plusieurs⁸⁴. En effet, le CRTC est un des tribunaux administratifs les plus soumis à des pressions politiques, médiatiques et commerciales⁸⁵. Il est cependant bien de garder à l'esprit que les tribunaux administratifs existent pour traiter avec autonomie des questions qui relèvent de leur zone d'expertise, ce qui était ici le cas pour le CRTC, et ce, même si le résultat aurait vraisemblablement été le même avec ou sans les commentaires de l'exécutif.

CONCLUSION

L'ancien juge Cory de la Cour suprême expliquait de façon assez lyrique l'importance et l'omniprésence des tribunaux administratifs :

Les commissions administratives jouent dans notre société un rôle dont l'importance ne cesse de croître. De la naissance à la mort, bien des aspects de notre vie sont soumis à la réglementation de ces commissions. Dans les domaines hospitaliers et médicaux, des commissions réglementent les méthodes et la pratique des médecins qui nous mettent au monde. Ce sont également des commissions qui délivrent des permis aux entrepreneurs de pompes funèbres qui s'occupent de notre dépouille mortelle et qui réglementent leurs activités. Les produits agricoles servant à notre alimentation sont assujettis à la réglementation de commissions de commercialisation. Des commissions de transport assurent la réglementation de nos moyens de transport et de notre utilisation de ceux-ci. Les offices de l'énergie contrôlent le prix et la distribution des diverses formes d'énergie. Conseils d'urbanisme et conseils municipaux réglementent l'emplacement et la nature des bâtiments dans les-

83. T. PEDWELL, préc., note 77.

84. Par exemple, lorsqu'un ministre de la culture libéral a intervenu personnellement afin d'aider à l'obtention d'un permis : Gilles LESAGE, 1994, « M. Dupuy récidive et persiste », *Le Devoir* (Montréal), 8 juin, p. A6. De même, le gouvernement conservateur est récemment intervenu au sujet d'une décision sur la limite de bande passante Internet : Michael GEIST, « Canada's Usage Based Billing Controversy: How to Address the Wholesale and Retail Issues », (2011) 37(1) *Queen's LJ* 221.

85. Liora SALTER et Felix N. ODARTEY-WELLINGTON, *The CRTC and Broadcasting Regulation in Canada*, Toronto, Thomson/Carswell, 2008, p. 22 : « That politics bedevil broadcasting regulation seems hardly worth saying, but there are reasons for saying it nonetheless. On the one hand, the CRTC is accused of being a "command and control" regulator but has limited degrees of freedom because it is a regulator operating in a highly charged political atmosphere. On the other hand, the CRTC is said to be politically independent. Independence from government is especially important where broadcasting is concerned. But the CRTC is not as politically independent as it seems. »

quels nous vivons et travaillons. Au Canada, ces commissions font partie intégrante de la vie quotidienne. Les commissions, de même que les fonctions qu'elles remplissent, sont légion.⁸⁶

Pour ajouter à ce passage, le présent texte a aussi permis de voir que les changements technologiques exercent une pression sur le droit, que l'on parle de chemins de fer, de centrales nucléaires ou d'Internet. Même le droit administratif ne fait pas exception à cette règle. Quoi qu'il en soit, ces nombreuses responsabilités des tribunaux administratifs ne sont pas toujours exécutées sans heurts avec la branche exécutive. Le présent texte l'a illustré. Cependant, il faut aussi comprendre qu'il existe plusieurs moyens légitimes pour le gouvernement fédéral d'intervenir auprès de ces organismes et même de modifier leurs décisions. Leur niveau d'indépendance dépend donc de la loi habilitante. C'est là le principal enseignement de l'arrêt *Ocean Port*, qui demeure encore l'arrêt phare en la matière. Des arrêts subséquents peuvent pourtant laisser croire que la situation pourrait changer. L'arrêt *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone* explique que les tribunaux administratifs se placent le long d'un spectre, certains ayant un rôle plus exécutif ou plus judiciaire⁸⁷. Les tribunaux administratifs les plus « judiciaires » pourraient se voir octroyer des garanties constitutionnelles d'indépendance judiciaire plus larges⁸⁸. L'arrêt *Ell c. Alberta*, rendu le même jour, laisse aussi entrevoir une pensée similaire : « Ce mandat constitutionnel est à l'origine de l'aspect institutionnel du principe : la nécessité de maintenir l'indépendance d'un tribunal judiciaire ou administratif dans son ensemble vis à vis des organes exécutif et législatif du gouvernement »⁸⁹. Est-ce que ces

86. *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623, 1992 CanLII 84 (CSC).

87. *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone*, préc., note 2. Voir aussi Pierre NOREAU, *La justice administrative : entre indépendance et responsabilité : jalons pour la création d'un régime commun des décideurs administratifs indépendants*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 142-143.

88. Cela dit, « l'indépendance judiciaire » a été un moyen pour Bell Canada d'empêcher les réclamations de ses employés d'être entendues pendant 13 ans. Comme quoi l'angélisme au sujet de l'indépendance judiciaire peut en fait être un moyen de court-circuiter le processus : *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone*, préc., note 2, par. 12.

89. *Ell c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 857, 2003 CSC 35 (CanLII), par. 22. Cela dit, moins le rôle du tribunal est près de celui d'un tribunal conventionnel, moins cette protection est forte. Par exemple, dans cette décision la Cour suprême a déterminé que les juges de paix de l'Alberta n'ont pas droit aux mêmes garanties que les juges de cours provinciales. De même, dans ce cas précis, l'inamovibilité d'un juge administratif était moins importante que le standard de qualification exigé, même si cela disqualifiait un juge en fonction.

principes pourraient un jour être invoqués pour invalider les dispositions permettant au gouverneur en conseil d'intervenir directement auprès des tribunaux administratifs ?

Pour l'instant, l'exécutif fédéral conserve un large pouvoir sur les tribunaux administratifs relevant de son champ de compétence. En particulier, l'article 40 de la *Loi sur les transports au Canada* donne un pouvoir extrêmement général d'annulation et de modification, presque sans contraintes. Doit-on réformer cette façon de faire ? C'est là une tout autre question qui dépasse l'envergure de ce texte. Pour répondre à cette question, les tribunaux administratifs provinciaux sont une piste évidente. L'exemple du Québec a été mentionné précédemment, mais les autres provinces ont aussi leurs façons propres de régir les tribunaux administratifs⁹⁰. Il ne manque donc pas d'exemples desquels s'inspirer. Cela dit, on peut au minimum retenir que la législation actuelle est généreuse à l'égard de l'exécutif fédéral. Dans cette optique, il semble d'autant plus normal pour le gouvernement fédéral de respecter l'actuel cadre d'intervention qui lui est octroyé par la loi.

90. Pierre NOREAU, *La justice administrative : entre indépendance et responsabilité : jalons pour la création d'un régime commun des décideurs administratifs indépendants*, préc., note 87.

L'interdiction de la discrimination en emploi et les pratiques de recrutement et de sélection des PME assujetties au droit du travail québécois

Pascale L. DENIS, Sophie ASSELIN,
Myriam SIMARD, Frédéric PARÉ
et Gabrielle BENOIT-CHABOT

Résumé

Mettre en place un processus d'embauche exempt de pratiques discriminatoires ou n'entraînant pas d'effet discriminatoire peut s'avérer un défi de taille pour les entreprises. Alors que celles de grande taille possèdent généralement des ressources légales et financières appréciables pour les guider à cet égard, il en est parfois tout autre pour les petites et moyennes entreprises (PME). Considérant que les PME représentent près de 90 % des entreprises soumises à la juridiction provinciale québécoise, force est de se questionner sur la légalité des pratiques qu'elles implantent à des fins d'embauche. En vue de répondre à cette interrogation, nous avons mené une étude empirique auprès de 112 PME soumises à la juridiction québécoise en matière de droit du travail. Les résultats démontrent que, bien que la plupart des pratiques de recrutement et de sélection des PME soient conformes à la législation applicable, certaines d'entre elles sont potentiellement discriminatoires en raison de la nature des renseignements recueillis ou considérés lors de la décision d'embauche. Ces résultats permettent également de mettre en exergue des zones d'amélioration potentielles.

Abstract

Implementing recruitment and selection practices that are non-discriminatory or that do not have a discriminatory effect can be quite a challenge for enterprises. While large ones generally have significant legal and financial resources in order to help them in this regard, the situation might be different for small and medium-sized enterprises (SMEs). Considering that SMEs represent approximately 90 % of enterprises which are governed by Quebec legislation, it is relevant to inquire on the legality of their hiring practices. In order to address this question, we conducted an empirical study involving 112 Quebec SMEs. The results of this study show that while the majority of SME's recruitment and selection practices comply with the applicable legislation, some of these practices remain potentially discriminatory based on the nature of the information gathered or considered in the hiring process. These results also highlight potential improvement zones.

L'interdiction de la discrimination en emploi et les pratiques de recrutement et de sélection des PME assujetties au droit du travail québécois*

Pascale L. DENIS, Sophie ASSELIN**,
Myriam SIMARD**, Frédéric PARÉ
et Gabrielle BENOIT-CHABOT

1. INTRODUCTION	191
2. LE CADRE JURIDIQUE GÉNÉRAL APPLICABLE EN MATIÈRE DE DISCRIMINATION	192
2.1 L'interdiction de la discrimination	192
2.2 Les formes de discrimination	193
2.3 L'interdiction de la discrimination en contexte d'embauche	194
2.3.1 Les limites à l'interdiction de la discrimination en contexte d'embauche (art. 20 de la <i>Charte</i> et mise en œuvre d'un PAE)	197
2.3.2 Situations visées par l'article 20 de la <i>Charte</i>	197
2.3.2.1 L'évaluation d'une exigence professionnelle justifiée	197

* La réalisation de cette recherche a été rendue possible grâce à une subvention de la Fondation du Barreau du Québec.
** Co-auteurs.

2.3.2.2	Le caractère charitable, philanthropique, religieux ou éducatif d'une institution	199
2.3.3	Programme d'accès à l'égalité (PAE)	200
3.	LA RÉALITÉ DES PME : LES RÉSULTATS D'UNE ÉTUDE EMPIRIQUE	201
3.1	L'étude en bref	202
3.2	Les résultats de l'étude et liens avec la jurisprudence	203
3.2.1	La présence de PAE dans les PME	203
3.2.2	Les étapes du processus d'embauche mises en place par les PME	204
4.	DISCUSSION ET CONCLUSION	216

1. Introduction

Les petites et moyennes entreprises (« PME ») jouent un rôle très important dans le domaine de l'emploi¹. En 2012, elles employaient 89,9 % des travailleurs² du secteur privé au Canada, soit près de 10 millions de personnes. Au Québec, cette proportion était de 87,5 %, avec près de 2,2 millions d'employés³. Entre 2002 et 2012, elles ont créé plus de 90 % des emplois nets dans le secteur privé au Canada⁴. Ainsi, le rôle des PME québécoises en matière d'embauche est fondamental. À l'inverse des grandes entreprises qui, elles, disposent de moyens financiers et de ressources spécialisées pour s'assurer de la légalité de leurs processus de recrutement et de sélection, l'ensemble des PME ne bénéficient pas de telles ressources pour les guider ou pour répondre à leurs interrogations⁵. Considérant leur importance socio-économique et leur grande capacité d'embauche de travailleurs, il est important de se questionner sur les pratiques d'embauche mises en place par ces entreprises, et plus particulièrement sur leur légalité. A ce jour, aucune étude n'a pu être recensée sur ce sujet.

Le présent article s'intéresse de façon particulière à l'interdiction de la discrimination dans un contexte d'embauche au sein des PME assujetties au droit du travail québécois⁶. Plus précisé-

1. Il n'existe pas de définition unique du concept de PME (Nadine Levratto, *Les PME. Définition, rôle économique et politiques publiques*, Bruxelles, De Boeck Université, 2009, à la p 41). En effet, on peut qualifier la taille d'une entreprise en fonction de différents critères, dont son chiffre d'affaires, son revenu annuel, la taille de ses actifs, ou encore le nombre de ses employés. En outre, alors que certaines définitions utilisent des critères uniques, d'autres retiennent une combinaison de critères (voir, par exemple, la définition retenue par la Commission européenne : Articles 2 et 3 de l'annexe à la recommandation 2003/361/CE). Au Canada, une des définitions les plus courantes est celle retenue par Industrie Canada, soit un « établissement commercial qui compte entre 1 et 499 employés rémunérés ». Canada, Industrie Canada, *Principales statistiques relatives aux petites entreprises*, 2013, en ligne : Industrie Canada <http://www.ic.gc.ca/eic/site/061.nsf/fra/h_02800.html>, p. 7 (consulté le 18 mai 2015) [Industrie Canada].
2. Dans cet article, le genre masculin est utilisé à titre d'épicène.
3. Industrie Canada, *supra*, note 1, p. 9.
4. *Ibid.*, p. 11.
5. Québec, Gouvernement du Québec, *Les pratiques de recrutement des entreprises au Québec*, 2013, en ligne : Emploi Québec <<http://emploi.quebec.gouv.qc.ca/publications/pdf/Enquete-pratiques-recrutement-MESS.pdf>> [Gouvernement du Québec].
6. Bien que l'étude porte spécifiquement sur les PME soumises à la juridiction québécoise, il sera possible que les auteurs réfèrent à de la jurisprudence fédérale lorsque cela s'avérera pertinent.

ment, il vise à traiter du cadre juridique applicable et des problématiques qui lui sont inhérentes, tout en intégrant à cette analyse les résultats d'une étude empirique visant à identifier les principales pratiques d'embauche mises en place par les PME assujetties à la compétence du législateur québécois en matière de relations de travail (Denis et Paré, 2014)⁷.

Dans la section suivante, nous présenterons brièvement le cadre juridique régissant l'interdiction de la discrimination.

2. Le cadre juridique général applicable en matière de discrimination

2.1 L'interdiction de la discrimination

L'interdiction de la discrimination émane du droit à l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés prévus au chapitre I.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁸ (« *Charte* »). En ce sens, l'interdiction de la discrimination et le droit à l'égalité constituent les deux composantes du même phénomène⁹.

La discrimination est une distinction, exclusion ou préférence fondée sur un motif prohibé qui a pour effet de détruire ou de compromettre le droit de toute personne à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne¹⁰. En vertu de l'article 10 de la *Charte*, les motifs de discrimination illicites sont la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge (sauf dans la mesure prévue par la loi), la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap. Ces motifs, contrairement à ceux énoncés dans la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte canadienne* »), sont exclusifs, mais sont généralement interprétés

7. Pascale L. DENIS et Frédéric PARÉ, *Documenter la légalité des pratiques de recrutement et de sélection dans les petites et moyennes entreprises québécoises. Rapport de recherche*, déposé à la Fondation du Barreau du Québec, 2014 [Non publié].

8. RLRQ, c. C-12 [*Charte*].

9. Christian BRUNELLE, « Les droits et libertés fondamentaux », dans École du Barreau du Québec, Collection de droit 2014-2015, vol. 7, *Droit public et administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 65.

10. *Charte, supra*, note 8, art. 10.

largement par les tribunaux¹¹. Par exemple, la notion de handicap est interprétée de manière libérale afin de viser les perceptions purement subjectives et erronées¹².

Contrairement aux autres droits et libertés fondamentaux garantis par la *Charte*, le droit à l'égalité prévu à l'article 10 n'est pas un droit autonome. Ainsi, il doit se rattacher à un autre droit ou liberté garanti(e) par la *Charte* pour avoir un effet¹³.

2.2 Les formes de discrimination

La discrimination peut exister sous trois formes. Elle peut être directe, indirecte (ou par suite d'un effet préjudiciable) ou systémique. Néanmoins, les moyens de défense dont nous traiterons plus loin sont les mêmes pour toutes les formes de discrimination¹⁴.

La discrimination directe se produit lorsqu'une conduite, une pratique ou une règle établit une distinction, une exclusion ou une préférence portant sur l'un des motifs de discrimination interdits¹⁵. La mise en place d'une politique d'embauche excluant ouvertement les femmes en est un exemple.

La discrimination indirecte, elle, survient lorsqu'un comportement, une pratique ou une norme est neutre au premier abord et est applicable pour tous, mais qu'elle a un effet discriminatoire sur une personne ou sur un groupe de personnes en raison d'un motif interdit en ce qu'elle leur impose des contraintes qu'elle n'impose pas aux autres¹⁶. Imposer un horaire de travail déter-

11. Voir par exemple *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 CSC 27 [*Québec c. Montréal (Ville)*].

12. *Ibid.*

13. *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CanLII 11763, par. 40 (C.A. Q.C.), se référant à : *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c. Commission des droits de la personne*, [1994] R.J.Q. 1227, 1243 (C.A.) ; *Habachi c. Commission des droits de la personne*, [1999] R.J.Q. 2522 (C.A.).

14. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 [*Meiorin*].

15. Christian BRUNELLE, « Les droits et libertés dans le contexte civil », dans *École du Barreau du Québec*, Collection de droit 2014-2015, vol 7, *Droit public et administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 65.

16. Fernand MORIN, Jean-Yves BRIÈRE, Dominic ROUX et Jean-Pierre VILLAGGI, *Le droit de l'emploi au Québec*, 4^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, par. III-105 [MORIN].

miné sans considération pour les pratiques religieuses de certains groupes constitue un exemple d'une telle discrimination.

Quant à la discrimination systémique, elle se manifeste lorsque des comportements, des pratiques ou des normes entraînent des exclusions qui sont dirigées, souvent inconsciemment, vers des personnes ayant des caractéristiques personnelles communes et sujettes aux motifs prohibés de l'article 10 de la *Charte*¹⁷. Un processus d'embauche qui aurait pour effet de favoriser de manière disproportionnée les hommes plutôt que les femmes illustre ce type de discrimination. Comme pour les deux autres formes de discrimination, l'intention de l'employeur n'est pas pertinente, puisque seuls les effets de tels comportements, pratiques ou normes seront pris en considération¹⁸. Ainsi, ce sont les conséquences de la discrimination qui seront observées. Par conséquent, afin de démontrer l'existence de la discrimination systémique, une preuve statistique démontrant la sous-représentation d'un certain groupe pourrait s'avérer nécessaire¹⁹.

2.3 L'interdiction de la discrimination en contexte d'embauche

De concert avec l'article 10 de la *Charte*, les articles 16, 18, 18.1 et 18.2 visent à enrayer les pratiques discriminatoires dans le cadre des relations de travail relevant de la compétence du législateur québécois²⁰.

L'article 16 de la *Charte* prohibe la discrimination dans les différentes facettes de l'emploi, notamment lors de l'embauche. L'article 18, quant à lui, interdit aux bureaux de placement de discriminer un candidat lors des différentes étapes des processus de recrutement et de sélection. L'article 18.1 complète ces dispositions en interdisant à quiconque²¹ de questionner, directement ou

17. *Ibid.*

18. *CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, 1139 [CN]; *Gaz métropolitain inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201, par. 38 [*Gaz métropolitain*].

19. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Gaz métropolitain inc.*, 2008 QCTDP 24, par. 54 [*CDPDJ c. Gaz métropolitain*]; confirmé en appel par : *Gaz métropolitain, supra*, note 18, par. 47.

20. L'article 19 de la *Charte* ne sera pas abordé dans le cadre du présent texte.

21. La protection conférée par l'article 18.1 de la *Charte* vise non seulement l'employeur, mais également toutes les personnes intervenant dans le processus de sélection. En effet, l'employeur demeure responsable des actes discriminatoires posés par un des intervenants dans le processus, malgré la délégation de certaines

indirectement, un candidat sur des renseignements portant sur l'un des motifs prohibés de l'article 10, que ce soit dans un « formulaire d'emploi » ou dans le cadre d'une « entrevue ». Malgré le libellé de l'article 18.1, cette interdiction s'étend également à de nombreux autres outils de sélection, dont les tests écrits, les tests pratiques, les tests psychométriques et les questionnaires et examens médicaux de pré-embauche²². Par ailleurs, il convient de souligner que l'intention de l'employeur de « discriminer » n'est pas nécessaire ni même pertinente à l'application de l'article 18.1²³. Ainsi, même si elle est formulée de bonne foi, une question se rapportant à un motif de discrimination prohibé sera interdite et pourra entraîner des sanctions contre l'employeur, à moins d'être justifiée en vertu de l'article 20 de la *Charte* ou d'être utile pour l'application d'un programme d'accès à l'égalité (« PAE ») existant au moment de la demande (voir section n° 2.3.3 ci-dessous).

Parallèlement, l'article 18.2 de la *Charte* traite de la discrimination en emploi fondée sur les antécédents judiciaires. Cette disposition crée un régime particulier et autonome destiné à protéger les individus des stigmates sociaux injustifiés pouvant résulter de déclarations de culpabilité antérieures, mais non contre les conséquences découlant d'une peine légitimement imposée²⁴.

Bien qu'un employeur puisse questionner un candidat sur ses antécédents judiciaires en toute légalité²⁵, l'article 18.2 énonce qu'il ne pourra refuser d'embaucher un candidat pour ce motif que si ce dernier a été déclaré coupable d'une infraction qui présente des liens étroits avec l'emploi et qu'aucun pardon (suspension de

étapes à des tiers : *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Institut Demers*, DTE 99T-1106, par. 109-112 (TDPQ) [*Institut Demers*].

22. Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *L'application et l'interprétation de l'article 18.1 de la Charte des droits et libertés de la personne*, 2011, en ligne : CDPDJ <http://www.cdpedj.qc.ca/Publications/formulaire_emploi_2011.pdf>, p. 2 (consulté le 18 mai 2015) [*L'application et l'interprétation de l'article 18.1*].
23. *Ibid.*, p. 4 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Systématix Technologies de l'information inc.*, 2010 QCTDP 18, par. 114 [*Systématix*] ; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 174-175.
24. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec inc.*, 2003 CSC 68, par. 32 [*Maksteel*].
25. *Therrien (Re)*, 2001 CSC 35, par. 138 [*Therrien*] ; *Magasins Wal-Mart Canada inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2005 QCCA 93, par. 10 ; *Montréal (Ville de) c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2008 CSC 48, par. 20 [*Montréal (Ville de)*].

casier judiciaire) ne lui a été accordé pour cette infraction²⁶. En interprétant l'article 18.2 *a contrario*, force est de conclure qu'un employeur peut rejeter la candidature d'un individu qui a été trouvé coupable d'une infraction criminelle présentant un lien avec l'emploi et pour laquelle il n'a pas obtenu une suspension du casier judiciaire²⁷. La protection contre la discrimination conférée par l'article 18.2 de la *Charte* n'est applicable que dans le cas où la mesure ou la décision de l'employeur repose sur le seul fait que le candidat a des antécédents judiciaires²⁸.

Il convient par ailleurs de préciser que dans les cas où les bonnes mœurs constituent une exigence de l'emploi, l'employeur pourra légitimement prendre en considération l'ensemble du dossier d'un candidat, incluant les faits ayant mené à une déclaration antérieure de culpabilité, pour faire ressortir un profil démontrant l'inaptitude du candidat à exercer les fonctions associées au poste à pourvoir²⁹. Dans cette optique, la Commission recommande aux employeurs de limiter leurs questions aux infractions pénales et criminelles qui présentent un lien avec l'emploi, ou encore, à celles pour lesquelles aucune suspension du casier judiciaire n'a été faite³⁰. En cas de doute quant à l'existence d'un lien entre l'emploi et l'infraction, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Commission) recommande que celui-ci soit analysé conjointement par le candidat et l'employeur³¹. Un candidat ne peut refuser de répondre aux questions portant sur ce sujet, et ce, même s'il a obtenu une suspension du casier judiciaire pour les infractions qu'il a commises³².

Enfin, l'article 11, qui interdit à quiconque de diffuser, de publier ou d'exposer en public, ou encore d'autoriser la diffusion, la publication ou l'exposition en public d'un avis comportant de la discrimination, est également susceptible de trouver application en contexte d'embauche. Ainsi, un employeur ne pourrait pas publier une offre d'emploi qui comporterait, directement ou indirectement, de la discrimination fondée sur l'un ou l'autre des motifs énoncés à l'article 10.

26. *Maksteel, supra*, note 24, par. 22, 28.

27. *Ibid.*, par. 22, 28.

28. *Ibid.*, par. 21.

29. *Montréal (Ville de), supra*, note 25.

30. *L'application et l'interprétation de l'article 18.1, supra*, note 22, p. 14.

31. *Ibid.*

32. *Therrien, supra*, note 25, par. 138.

L'interdiction de la discrimination en emploi comporte toutefois certaines limites, limites qu'il convient maintenant d'aborder.

2.3.1 Les limites à l'interdiction de la discrimination en contexte d'embauche (art. 20 de la Charte et mise en œuvre d'un PAE)

Un candidat ne peut jamais renoncer à son droit d'être traité en toute égalité³³. Autrement dit, il ne peut consentir à être discriminé sur la base d'un motif de discrimination interdit. Cependant, l'interdiction de la discrimination en matière d'embauche n'est pas absolue.

En effet, la *Charte* autorise, dans certaines circonstances, des pratiques qui seraient autrement jugées discriminatoires. Ainsi, en vertu de l'article 20, une distinction, exclusion ou préférence sera réputée non discriminatoire si elle constitue une qualité ou une aptitude requise par l'emploi (« EPJ ») (section 2.3.2.1. ci-dessous), ou encore, si elle est « justifiée par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif » d'une institution (section 2.3.2.2). La *Charte* permet également les distinctions, exclusions ou préférences fondées sur un motif discriminatoire qui sont utiles à l'application d'un PAE établi conformément à la loi (section 2.3.3.).

2.3.2 Situations visées par l'article 20 de la Charte

2.3.2.1 L'évaluation d'une exigence professionnelle justifiée

Malgré l'interdiction de la discrimination qui résulte de l'effet combiné des articles 10 et 16 de la *Charte*, un employeur peut, en vertu de l'article 20, « discriminer » un candidat en fonction d'un motif prohibé lorsque la distinction, exclusion ou préférence constitue une qualité ou aptitude requise par l'emploi³⁴. Il s'agit d'un moyen de défense qu'un employeur pourra soule-

33. *Montréal (Communauté urbaine) c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2006 QCCA 612, par. 17 (pourvoi en CSC rejeté, *Montréal (Ville de)*, *supra*, note 25).

34. *Charte, supra*, note 8, al. 20(1) ; Jean-François CLOUTIER, « Tout ce qu'il faut savoir sur les renseignements personnels en matière d'emploi – Volet I : Processus d'embauche de l'employeur », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Les 20 ans de la Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 11 [CLOUTIER].

ver en cas de plainte ou de contestation judiciaire. Ainsi, un employeur pourrait être justifié de « discriminer » un candidat en fonction de son sexe dans le cas où la personne embauchée comme préposée aux bénéficiaires devra prodiguer des soins de nature intime et personnelle aux pensionnaires³⁵.

L'analyse de la discrimination en vertu de la *Charte* s'effectue donc en deux étapes. La première étape, régie par l'article 10, « vise la suppression de la discrimination et exige du demandeur une preuve *prima facie* de celle-ci »³⁶. Le fardeau qui incombe au demandeur à cette étape est limité aux éléments de préjudice et au lien avec un motif de discrimination prohibé. Ce n'est qu'à la deuxième étape, en vertu de l'article 20, qu'il incombera à « l'employeur de démontrer que la mesure reprochée est justifiée parce qu'elle est fondée sur des aptitudes ou des qualités requises par l'emploi »³⁷.

Pour démontrer l'existence d'une exigence professionnelle justifiée en vertu de l'article 20 de la *Charte*, l'employeur doit établir, selon la prépondérance des probabilités, qu'il a adopté l'exigence contestée dans un but rationnellement lié au poste à pourvoir et que l'exigence est raisonnablement nécessaire à l'atteinte de ce but, c'est-à-dire qu'il n'existe pas de méthode moins intrusive pour atteindre l'objectif poursuivi sans que l'employeur n'en subisse une contrainte excessive³⁸. En d'autres termes, l'employeur doit établir qu'il lui est impossible de composer avec le candidat lésé par la norme sans subir une contrainte excessive. Ce dernier critère renvoie à l'obligation d'accommodement raisonnable qui incombe à tout employeur³⁹.

35. *Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre)*, [1996] 2 R.C.S. 3 ; *Syndicat de la santé et services sociaux d'Arthabaska – Érable (CSN) et Centre de santé et de services sociaux d'Arthabaska-et-de-l'Érable (grieffs syndicaux)* (2010), AZ-50635400 (Azimut) (T.A. Qc).

36. *Québec c. Montréal (Ville)*, *supra*, note 11, par. 65.

37. *Ibid.*, par. 65-66.

38. Au Québec, le deuxième volet de l'analyse de l'arrêt *Meiorin*, *supra*, note 14 – à savoir la croyance subjective de la nécessité de la norme à l'atteinte du but recherché – n'est pas applicable, en raison du libellé actuel de l'article 20 de la *Charte* : *Gaz métropolitain*, *supra*, note 18, par. 40 ; *Hôpital général juif Sir Mortimer B Davis c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2010 QCCA 172, par. 20.

39. *Meiorin*, *supra*, note 14, par. 57-68 ; *Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, 2008 CSC 43 [*Hydro-Québec*].

L'employeur étant tenu de prendre les mesures appropriées pour protéger la santé et la sécurité de ses employés⁴⁰, il peut légalement s'enquérir de la condition physique et psychologique des candidats afin de s'assurer de leur capacité à effectuer le travail en toute sécurité. En outre, lorsque les fonctions du poste convoité requièrent des qualités physiques ou psychologiques particulières, les intérêts légitimes de l'employeur l'autorisent également à s'enquérir de la condition physique et psychologique du candidat afin de vérifier que ce dernier possède ces qualités⁴¹.

Néanmoins, le fait pour un employeur d'exiger qu'un candidat se soumette à un test psychométrique, à un questionnaire de santé ou à un examen médical à des fins de sélection est susceptible de porter atteinte à plusieurs des droits fondamentaux de ce candidat, incluant le droit à l'égalité⁴². En effet, ces outils de sélection sont susceptibles de révéler un état physique ou psychologique pouvant être considéré comme un « handicap » au sens de la *Charte*⁴³.

À l'instar des articles 10 et 16 de la *Charte*, l'article 18.1 prévoit qu'un employeur peut obtenir du candidat des renseignements relatifs à un motif discriminatoire si ceux-ci sont utiles à l'application de l'article 20. Toutefois, pour que cette exception puisse trouver application, les normes et les exigences devant être rencontrées par le candidat doivent être déterminées au préalable. De plus, ces normes et exigences doivent permettre d'évaluer les candidats en fonction de leurs qualifications plutôt que de leurs caractéristiques personnelles sans lien avec le poste. Bref, les outils de sélection doivent être développés en tenant compte des normes et exigences de l'emploi⁴⁴.

2.3.2.2 Le caractère charitable, philanthropique, religieux ou éducatif d'une institution

Le second volet de l'article 20 de la *Charte*, soit celui relatif à l'exigence justifiée « par le caractère charitable, philanthropique,

40. *Code civil du Québec*, RLRQ, c. C-1991, art. 2087 [C.c.Q.]; *Charte*, *supra*, note 8, art. 46; *Loi sur la santé et la sécurité au travail*, RLRQ, c. S-2.1 art. 51 [L.S.S.T.].

41. Émilie GAGNÉ et Anne-Marie LAFLAMME, « Recrutement et sélection du personnel », dans *Rapports individuels et collectifs du travail*, Jurisclasseur Québec, fasc 5, Montréal, LexisNexis Canada, 1^{er} août 2013, par. 102 [GAGNÉ].

42. *Charte*, *supra*, note 8, art. 1, 5; C.c.Q., *supra*, note 40, art. 3, 10, 35.

43. *Québec c. Montréal (Ville)*, *supra*, note 11.

44. *L'application et l'interprétation de l'article 18.1*, *supra*, note 22, p. 4.

religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique », constitue une autre limite à l'interdiction de la discrimination en contexte d'embauche.

Ce volet n'est toutefois pas applicable en l'espèce, puisque seules des entreprises à but lucratif ont été contactées pour les fins de l'étude réalisée par les auteurs.

2.3.3 Programme d'accès à l'égalité (PAE)

En vertu de l'article 86 de la *Charte*, un PAE est un programme qui « a pour objet de corriger la situation de personnes faisant partie de groupes victimes de discrimination dans l'emploi ». Un tel programme vise à « rétablir un équilibre en augmentant le nombre total de représentants d'un groupe cible à la suite d'un constat de sa sous-représentation au sein de l'entreprise »⁴⁵.

Un PAE peut être implanté de différentes façons : une entreprise peut y souscrire volontairement ou elle peut être contrainte d'en mettre un en place par un tribunal suite à une demande de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (« Commission ») en ce sens⁴⁶. De plus, les entreprises privées qui comptent plus de 100 employés et qui soumissionnent pour l'obtention d'un contrat de biens ou de services ou qui font une demande de subvention d'une valeur de 100 000 \$ et plus auprès du gouvernement du Québec doivent s'engager formellement à mettre en place un PAE à l'égard de certains groupes cibles⁴⁷.

Les alinéas 2 à 4 de l'article 86 de la *Charte* précisent que les PAE qui sont établis conformément à la *Charte* ou, dans certains cas, à la *Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans les organismes publics*⁴⁸ sont réputés non discriminatoires. Les PAE imposés par un tribunal quant à eux, doivent rencontrer les exigences du *Règlement sur les programmes d'accès à l'égalité*⁴⁹. Enfin, les PAE volontaires – incluant les mesures d'action positive ou de recrute-

45. *Morin, supra*, note 16, par. II-10.

46. *Charte, supra*, note 8, art. 88.

47. Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Programme d'obligation contractuelle pour les entreprises privées*, 2014 en ligne : CDPDJ <<http://www.cdpdj.qc.ca/fr/droits-de-la-personne/responsabilites-employeurs/pae/Pages/obligation-contractuelle.aspx>> (consulté le 19 mai 2015).

48. RLRQ, c. A-2.01.

49. RLRQ, c. C-12, r. 3.

ment ciblé – doivent rencontrer les *Lignes directrices concernant la validité des programmes d'accès à l'égalité établis volontairement dans le secteur de l'emploi* (« *Lignes directrices* »)⁵⁰.

Afin d'assurer la légalité des PAE existants, l'article 89 de la *Charte* confère à la Commission un important pouvoir de surveillance et d'enquête à l'égard de l'application de tous les types de PAE.

La présence d'un PAE dans l'entreprise permet à l'employeur d'obtenir des renseignements sur l'appartenance des candidats à l'un des groupes protégés visés par le PAE, et ce, sans que cet exercice ne soit considéré discriminatoire. Des renseignements se rapportant à l'un ou l'autre des motifs de discrimination illicites ne pourront toutefois être légitimement demandés que s'ils sont utiles à l'application d'un PAE existant au moment de la demande⁵¹. Pour qu'un employeur puisse recueillir de tels renseignements, il faut donc que des mesures concrètes aient été prises en vue d'implanter le PAE au moment où le processus d'embauche est enclenché⁵².

À la lumière du cadre législatif applicable en matière de discrimination, nous vous présenterons, dans les sections suivantes, la méthodologie et les résultats d'une étude empirique relative aux pratiques d'embauche des PME soumises à la juridiction provinciale québécoise en matière de droit du travail.

3. La réalité des PME : les résultats d'une étude empirique

Tel que nous l'avons précédemment expliqué, l'interdiction de la discrimination dans les pratiques d'embauche des entreprises québécoises est fortement encadrée au plan juridique. À ce jour, les auteurs n'ont toutefois pu répertorier aucune étude empirique portant sur l'application concrète de ce cadre juridique aux PME soumises à la juridiction québécoise en matière de droit du travail. En effet, la plupart des textes ayant abordé la ques-

50. Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Lignes directrices concernant la validité des Programmes d'accès à l'égalité établis volontairement dans le secteur de l'emploi*, 1986 en ligne : <http://www.cdpedj.qc.ca/Publications/programmes_acces_lignes.pdf> (consulté le 19 mai 2015).

51. *Charte*, *supra*, note 8, art. 18.1.

52. *L'application et l'interprétation de l'article 18.1*, *supra*, note 22, p. 7.

tion des pratiques d'embauche des entreprises québécoises traitent soit uniquement du cadre juridique applicable⁵³, soit des pratiques d'embauche des grandes entreprises⁵⁴ ou d'une seule méthode de sélection et de son utilisation au Canada⁵⁵. Les auteurs ont donc décidé de se pencher sur cette problématique dans le cadre d'une étude réalisée au cours de l'année 2013-2014.

3.1 L'étude en bref

L'étude réalisée visait à obtenir des données tangibles sur les pratiques de recrutement et de sélection de PME assujetties au droit du travail québécois afin, notamment, de discuter de la légalité de ces pratiques. À cette fin, les représentants de 112 PME ont répondu à un questionnaire informatisé relatif aux pratiques de recrutement et de sélection mises en place au sein de leur entreprise. Parmi ces représentants se trouvaient des conseillers en ressources humaines, des gestionnaires et des responsables de l'embauche.

Les auteurs ont élaboré le questionnaire de l'étude en se basant sur les principaux thèmes à considérer en matière d'embauche et qui sont systématiquement abordés dans les manuels scolaires universitaires dans le domaine des ressources humaines⁵⁶. Aux fins de notre recherche, nous avons retenu les thèmes abordés dans le livre intitulé *Recrutement et sélection du personnel*⁵⁷ et complété nos informations à partir des résultats d'une enquête menée par Boudrias, Pettersen, Longpré et Plunier⁵⁸ sur les moyens utilisés par les professionnels québécois pour évaluer les compétences des individus. Le questionnaire, qui comportait un total de 120 questions, a été créé par la chercheuse principale et vérifié par une étudiante de l'École du Barreau et un avocat afin

53. CLOUTIER, *supra*, note 34.

54. Gouvernement du Québec, *supra*, note 5.

55. Rick D. HACKETT, Laurent M. LAPIERRE et Helen P. GARDINER, « A Review of Canadian Human Rights Cases Involving the Employment Interview », (2004) 21(3) *Canadian Journal of Administrative Sciences / Revue Canadienne des Sciences Administratives* 215-228.

56. Voir par exemple Anne BOURHIS, *Recrutement et sélection du personnel*, 2^e éd., Boucherville, Gaétan Morin éditeur, 2013 [BOURHIS].

57. *Ibid.*

58. Jean-Sébastien BOUDRIAS, Normand PETERSEN, Philippe LONGPRÉ et Patrick PLUNIER, « Enquête sur les pratiques québécoises en évaluation du potentiel et des compétences », dans *Rapport de la Société québécoise de psychologie du travail et des organisations*, Montréal, 2008.

de s'assurer que l'ensemble des questions couvrait les thèmes incontournables. Outre les informations sur les caractéristiques des PME et la présence d'un PAE, les thèmes suivants ont été abordés : l'analyse de poste, le formulaire de demande d'emploi, le curriculum vitæ, l'entrevue de sélection, les tests psychométriques, les examens médicaux, les examens physiques, les tests de dépistage de drogue et d'alcool, la prise de références et les antécédents judiciaires.

Pour qu'une PME soit admissible à l'étude, elle devait rencontrer les trois conditions suivantes : elle devait compter entre 10 et 500 employés ; elle devait être assujettie à la législation provinciale en matière de droit du travail ; et un programme de recrutement et de sélection devait avoir été mis en place au sein de l'entreprise depuis un minimum de six mois. Ces conditions visaient à s'assurer que les PME retenues aient pu expérimenter un véritable processus d'embauche de personnel.

3.2 Les résultats de l'étude et liens avec la jurisprudence

Dans cette section, nous vous présenterons les résultats obtenus dans le cadre de l'étude empirique. Des liens seront également faits avec la jurisprudence applicable.

3.2.1 La présence de PAE dans les PME

Les résultats révèlent que 20,2 % des PME ayant participé à l'étude souscrivent volontairement à un PAE proposé par la Commission, tandis que 2,4 % d'entre elles se sont vu imposer un tel programme par un tribunal. De plus, certains répondants affirment s'être volontairement dotés d'une politique d'embauche ciblée afin de favoriser, à compétences égales, l'embauche de femmes (12,5 %), d'autochtones (6,3 %) et des minorités ethniques (7,5 %). Enfin, seuls 3 % des répondants ont instauré une politique ayant pour but de favoriser les personnes souffrant d'un handicap ou d'une déficience. Il convient de préciser que puisque certaines PME ont rapporté souscrire de façon volontaire et informelle à un PAE, il est possible que les informations qu'elles ont recueillies et divulguées dans le cadre de notre questionnaire d'étude soient justifiées au sens de la *Charte*. Toutefois, nos résultats ne nous permettent pas de tirer de conclusion à cet égard. Les résultats rapportés dans les paragraphes suivants doivent donc être interprétés à la lumière de cette mise en garde.

3.2.2 *Les étapes du processus d'embauche mises en place par les PME*

Affichage de poste

Afin de trouver la meilleure personne pour le poste à combler, les entreprises peuvent procéder à un affichage de poste. Par le biais de cet outil, elles cherchent à faire connaître les caractéristiques et les exigences du poste à pourvoir et son contexte⁵⁹ afin d'attirer d'excellentes candidatures et de pouvoir faire un choix rentable.

A cet égard, les résultats de notre étude révèlent que 95,5 % des PME ont recours à un affichage de poste (p.ex., sur le site web de l'entreprise) pour solliciter des candidats potentiels. Bien que dans l'ensemble, les répondants affichent de l'information en lien avec le poste à combler ou relative à l'organisation, certaines exigences requises semblent potentiellement discriminatoires puisqu'elles se rapportent à l'un ou l'autre des motifs de discrimination interdits. Ainsi, dans leur affichage de poste, 57,1 % des répondants traitent de la langue couramment parlée par le candidat (motif : langue) ; 12,5 % mentionnent l'état de santé ou la condition physique (motif : handicap) ; 7,1 % exigent que les postulants soient des résidents permanents du Canada ou qu'ils possèdent un permis de travail canadien (motif : origine ethnique ou nationale) ; et 6,3 % exigent que le candidat soit propriétaire d'un véhicule (motif : condition sociale).

Formulaire de demande d'emploi

Un formulaire de demande d'emploi est rédigé par l'employeur et permet d'obtenir des renseignements sur la formation et les expériences de travail de chaque candidat. Par extension, il permet d'obtenir des données sur leurs caractéristiques, leurs antécédents, leurs goûts, leurs habitudes et leurs opinions⁶⁰.

L'étude menée par les auteurs révèle que 40,2 % des PME utilisent un formulaire de demande d'emploi dans le cadre de leur processus de sélection. L'étude démontre également qu'une pro-

59. BOURHIS, *supra*, note 56, p. 155-156.

60. Sylvie ST-ONGE, Sylvie GUERRERO, Victor HAINES et Jean-Pierre BRUN, *Relever les défis de la gestion des ressources humaines*, 4^e éd., Boucherville, Gaëtan Morin, 2013, p. 143.

portion non négligeable des PME requiert des candidats des renseignements se rapportant à l'un ou à l'autre des motifs de discrimination interdits. Ainsi, les répondants s'enquêtent de la langue couramment parlée par le candidat dans 38,6 % des cas (motif : langue) ; du numéro d'assurance sociale, de la date de naissance et du numéro de permis de conduire ou de la carte d'assurance-maladie dans 29,5 % des cas (motifs : origine nationale ou ethnique et âge) ; de la langue maternelle dans 27,3 % des cas (motif : langue) ; de l'existence d'une déficience ou d'un handicap dans 20,5 % des cas (motif : handicap) ; de l'état de santé dans 18,2 % des cas (motif : handicap) ; du sexe dans 15,9 % des cas (motif : sexe) ; et de l'origine dans 11,4 % des cas (motif : origine nationale ou ethnique).

L'étude ne permet pas de déterminer si ces questions se rapportent à une EPJ. Par contre, l'étude révèle que 26,8 % des PME utilisant un formulaire de demande d'emploi sont aussi dotées d'un PAE, ce qui pourrait expliquer des résultats aussi élevés. Il importe de noter à cet égard que, bien que l'employeur puisse être autorisé à demander certains renseignements se rapportant à l'un des motifs prohibés, cette demande de renseignements doit être faite dans une section distincte du formulaire de demande d'emploi dans laquelle il est clairement indiqué que ces informations sont demandées en raison de l'application d'un PAE existant au moment de la demande⁶¹.

Analyse du curriculum vitæ

Le curriculum vitæ permet d'obtenir, notamment, de l'information sur les candidats relativement à leur expérience professionnelle antérieure et à leur cheminement académique⁶². Suite à l'analyse du curriculum vitæ, les employeurs potentiels choisissent les candidats dont le profil semble correspondre à ce qui est recherché pour le poste à combler⁶³.

Notre étude révèle que cette méthode de sélection est fortement répandue au sein des PME (98 % d'entre elles l'utilisent). Outre les informations qui se rapportent au poste (p. ex. : formation académique, compétences, expérience antérieure), les résultats démontrent qu'une proportion non négligeable des PME

61. *L'application et l'interprétation de l'article 18.1, supra*, note 22, p. 6.

62. BOURHIS, *supra*, note 56, p. 331.

63. *Ibid.*

évaluent et considèrent des renseignements se rapportant à l'un ou à l'autre des motifs de discrimination interdits pour prendre la décision de convoquer les candidats à une étape ultérieure de la sélection, dont notamment : la qualité de la langue perçue lors de la lecture du curriculum vitæ ou de la lettre de présentation dans 85,5 % des cas (motif : langue) ; le lieu d'acquisition de l'expérience dans 41,8 % des cas et le lieu de la formation académique dans 29,1 % des cas (motif : origine nationale ou ethnique) ; l'apparence dans 9,3 % des cas (motifs potentiels : sexe, grossesse, handicap) ; et le nom dans 8,2 % des cas (motifs : sexe et origine nationale ou ethnique).

Encore une fois, l'étude ne permet pas de déterminer si ces questions se rapportent formellement à une EPJ ou à un PAE.

Entrevue de sélection

L'entrevue est la méthode de sélection la plus utilisée par les entreprises⁶⁴. Notre étude démontre d'ailleurs que 98,2 % des PME ont recours à l'entrevue pour évaluer les candidats. L'entrevue étant souvent le premier contact au cours duquel les employeurs et les candidats se rencontrent physiquement, elle s'avère être une étape facilitant la collecte d'informations liées au poste, mais également une étape où des informations potentiellement discriminatoires sont susceptibles d'être considérées par les employeurs. Voyons ce que les PME ont rapporté à cet égard dans le cadre de notre étude.

D'abord, tout comme pour le curriculum vitæ, certains renseignements demandés par la totalité des PME (i.e., expérience de travail, compétences du candidat et connaissances en lien avec le poste) lors des entrevues sont légitimes et possèdent un lien avec l'emploi. Cependant, l'étude révèle également que, dans le cadre de leurs entrevues de sélection, plusieurs PME posent de nombreuses questions susceptibles de contrevenir à l'article 18.1 de la *Charte*. Par exemple, certaines entreprises questionnent les candidats sur leur capacité d'intégration à un groupe d'employés composé majoritairement de personnes du sexe opposé (26,6 % des répondants). Or, une telle question est susceptible d'être discrimi-

64. Therese MACAN, « The employment interview: A review of current studies and directions for future research », (2009) 19 *Human Resource Management Review* 203-281, 215.

natoire en fonction du sexe. En effet, la Cour d'appel a reconnu que l'entrevue de sélection peut être discriminatoire à sa face même si elle « véhicule des stéréotypes sur les femmes en milieu non traditionnel »⁶⁵.

Plusieurs entreprises s'enquêtent de la condition physique du candidat (25,7 %) ; sur le fait qu'il a été bénéficiaire ou non d'une prestation de la CSST (15,6 %) ; sur l'existence d'une limitation, d'une déficience ou d'un handicap chez le candidat (10,1 %) ; sur son état de santé physique ou psychologique (9,2 %) ; sur sa consommation d'alcool ou de tabac (3,7 %) ; ou encore sur son poids ou sa grandeur (1,8 %). Or, toutes ces questions sont susceptibles d'être discriminatoires en fonction du handicap⁶⁶.

Enfin, de nombreux répondants questionnent les candidats sur leur nationalité ou leur statut de résident permanent (43,1 %), sur les lieux d'acquisition de leur expérience de travail (22,9 %) et sur le lieu d'acquisition de leur formation académique (22 %). Or, toutes ces questions sont susceptibles d'être discriminatoires en fonction de l'origine ethnique ou nationale du candidat.

L'employeur ne viole pas les droits du candidat lorsque ce dernier aborde lui-même un sujet visant un motif de discrimination interdit. Par contre, dans une telle situation, l'employeur doit redoubler de prudence, puisqu'en cas de contestation judiciaire, le tribunal ne se contentera pas d'une preuve démontrant « qui a parlé en premier »⁶⁷. Tout en considérant le rapport de force entre les parties, le tribunal analysera plutôt entièrement l'interaction ayant eu lieu afin de déterminer si une personne raisonnable se serait sentie obligée de répondre aux questions de l'employeur⁶⁸.

L'entrevue de sélection permet également de recueillir des renseignements de façon informelle ou indirecte, c'est-à-dire sans que l'employeur n'ait à questionner le candidat comme tel. Bien que non visée par l'article 18.1 de la *Charte*, l'utilisation de ces renseignements dans le cadre du processus d'embauche demeure assujettie à l'interdiction prévue à l'article 16.

65. *Gaz métropolitain*, *supra*, note 18, par. 285.

66. *CDPDJ Bichet c. Centre hospitalier de l'Université de Montréal (CHUM)*, 2000 CanLII 14 (TDP Qc).

67. *Systématix*, *supra*, note 23, par. 103.

68. *Ibid.*, par. 103-108.

En l'espèce, l'étude réalisée révèle que des renseignements de cette nature sont obtenus par certaines PME. Ces renseignements se rapportent directement ou indirectement à un motif de discrimination interdit et ont une influence sur la décision d'embauche de l'employeur. C'est le cas, notamment, de la présence d'une déficience ou handicap (33,9 %) (motif : handicap), d'une grossesse apparente (24,8 %) (motif : grossesse), du port d'un signe religieux (17,4 %) (motif : religion), de la présence d'un accent chez le candidat (10,1 %) (motifs : origine ethnique ou nationale ou langue) ou du sexe du candidat (3,7 %) (motif : sexe). Or, ces éléments ne devraient pas être considérés par l'employeur, à moins d'être justifiés par le biais de l'article 20 de la *Charte* ou, le cas échéant, d'être utiles à l'application d'un PAE.

L'employeur qui constate, lors de l'entrevue, qu'un candidat possède des caractéristiques se rapportant à un motif de discrimination prohibé doit demeurer vigilant quant aux commentaires ou aux questions formulés qui pourraient être en lien avec ce motif de discrimination. Par exemple, un tribunal pourrait conclure qu'un employeur a fait preuve de discrimination s'il a, en parlant de l'état de grossesse de la candidate, parlé de sa disponibilité⁶⁹. Il importe à cet égard de préciser que le candidat qui allègue avoir été victime de discrimination n'a pas à démontrer que cette discrimination est l'unique cause du refus d'embauche. En effet, la preuve doit seulement établir que le motif de discrimination prohibé a contribué au refus⁷⁰.

Tests psychométriques

Les tests psychométriques permettent de mesurer, entre autres, la personnalité et les aptitudes cognitives. Ils doivent être utilisés avec prudence et leur lien avec ce qu'ils mesurent et les exigences du poste doit être établi clairement⁷¹. Autrement, leur utilisation pourrait être remise en question, voire même jugée illícite, comme ce fut le cas dans les affaires *Institut Demers* et *Gaz Métropolitain*⁷².

69. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Commission scolaire des Hauts-Bois-de-l'Outaouais*, 2010 QCTDP 4, par. 142, p. 184-185.

70. *Ibid.*, par. 155 ; *Commission scolaire Jean-Rivard c. Québec (Commission des droits de la personne)*, 1999 CanLII 13399 (CA Qc).

71. Normand PETERSEN, *Évaluation du potentiel humain dans les organisations. Évaluation et validation d'instruments de mesure*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2000.

72. *Institut Demers*, *supra*, note 21 ; *Gaz métropolitain*, *supra*, note 18.

Compte tenu des questions éminemment personnelles qu'ils comportent, les tests psychométriques sont susceptibles de porter atteinte à plusieurs droits fondamentaux des candidats, dont le droit à l'intégrité psychologique et le droit au respect de la vie privée⁷³. Ces droits sont protégés par la *Charte* et par diverses autres lois, dont le *Code civil du Québec*⁷⁴. De plus, les tests psychométriques sont également susceptibles de comporter des questions relatives à des motifs de discrimination prohibés⁷⁵.

Par exemple, dans l'affaire *Institut Demers*⁷⁶, le Tribunal des droits de la personne du Québec (« TDPQ ») a jugé que les tests psychométriques auxquels avait été soumise une candidate (tests de co-dépendance de Friel & Kitchen) entraînaient de la discrimination injustifiée fondée sur le handicap puisque ceux-ci visaient à évaluer le profil psychologique des candidats plutôt que les qualités et aptitudes requises par l'emploi⁷⁷. Dans l'affaire *Gaz métropolitain*⁷⁸, un test psychométrique utilisé par l'employeur (test mécanique de Bennett) a été considéré comme une condition d'embauche discriminatoire et non justifiée puisque ce test ne permettait pas de mesurer des aptitudes et qualités requises par l'emploi. Ce test aurait par ailleurs contribué à entraîner un effet de discrimination systémique chez les candidates féminines, qui le réussissaient significativement moins bien que les candidats masculins⁷⁹. Par contre, dans l'affaire arbitrale *Caisse populaire Desjardins St-Jérôme*⁸⁰, les tests psychométriques utilisés ont été jugés en lien avec l'emploi et, par conséquent, justifiés. Selon l'arbitre, une personne qui pose sa candidature à un poste donné accepte implicitement que l'employeur vérifie si elle en rencontre les exigences, ce que les tests psychométriques utilisés dans cette affaire permettaient d'évaluer⁸¹.

73. *Institut Demers*, *supra*, note 21, par. 58-59 ; *Carignan c. Québec (procureur général)*, [2007] R.J.Q. 2453 (C.S.) ; GAGNÉ, *supra*, note 41, par. 101.

74. *Charte*, *supra*, note 8, art. 1, 5 ; C.c.Q., *supra*, note 40, art. 3, 35.

75. Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *La compatibilité avec la Charte québécoise des tests de dépistage de drogue en emploi*, 1998 en ligne : CDPDJ <http://www.cdpedj.qc.ca/publications/tests_drogue.pdf>, p. 11 (consulté le 19 mai 2015) [*Les tests de dépistage de drogue*].

76. *Institut Demers*, *supra*, note 21.

77. *Ibid.*, par. 68-69.

78. *Gaz métropolitain*, *supra*, note 18.

79. *CDPDJ c. Gaz métropolitain*, *supra*, note 19, par. 36 ; confirmé en appel par : *Gaz métropolitain inc.*, *supra*, note 18, par. 47. Voir également : *CN*, *supra*, note 18 ; *Institut Demers*, *supra*, note 21.

80. *Syndicat des employés et employés de la Caisse populaire Desjardins St-Jérôme (CSN) et Caisse populaire Desjardins St-Jérôme*, D.T.E. 2001T-856 (TA Qc) [*Caisse populaire Desjardins St-Jérôme*].

81. *Ibid.*

En l'espèce, l'étude réalisée par les auteurs révèle qu'un peu moins du tiers des répondants (32 %) utilisent des tests psychométriques dans le cadre de leur processus de sélection. De ce nombre, 63,6 % indiquent que le choix des tests est basé sur une analyse de poste récente, ce qui est conforme aux enseignements de la jurisprudence et de la doctrine. Or, il demeure que 36,4 % des répondants affirment ne pas se fonder sur une analyse de poste récente pour faire le choix des tests psychométriques, ce qui soulève des inquiétudes.

L'étude révèle également que 80 % des PME qui utilisent des tests psychométriques dans le cadre de leur processus de sélection le font entre l'étape des entrevues et celle de l'embauche formelle, tandis que 16,7 % d'entre elles le font avant ou pendant l'étape des entrevues. Cette dernière pratique est toutefois contraire aux enseignements de l'affaire *Institut Demers*, dans laquelle le TDPQ a recommandé que les tests psychométriques ne soient administrés « qu'aux seuls candidats à qui [l'employeur] fait une offre d'emploi, de façon conditionnelle aux résultats du test »⁸². Dans le cadre de la présente étude, seulement 3,3 % des répondants ont affirmé recourir aux tests psychométriques après l'embauche du candidat, ce qui se révèle une pratique compatible avec ces recommandations.

Enfin, dans 23,5 % des cas, la réussite du test psychométrique était obligatoire pour obtenir le poste. Or, ceci est contraire aux recommandations de la Commission, qui est d'avis que les résultats obtenus dans ces tests ne devraient pas être déterminants dans le cadre de la décision d'embauche⁸³.

Tests médicaux et questionnaires de santé

Les tests médicaux visent à obtenir de l'information sur l'état de santé physique et psychologique du candidat afin de s'assurer qu'il est apte à occuper un poste donné⁸⁴.

Or, l'employeur doit être très vigilant lorsqu'il exige que les candidats effectuent des tests médicaux ou répondent à des

82. *Institut Demers*, *supra*, note 21, par. 72.

83. Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Les tests psychologiques et psychométriques en emploi*, 1998, en ligne : CDPDJ <<http://www.cdpdj.qc.ca/publications/tests.pdf>>, p. 15-18 (consulté le 19 mai 2015).

84. BOURHIS, *supra*, note 56, p. 453.

questionnaires de santé. En effet, ceux-ci ne doivent pas être utilisés afin d'obtenir des renseignements qui pourraient être de nature discriminatoire pour les candidats⁸⁵.

En l'espèce, 12,5 % des répondants exigent que les candidats remplissent un questionnaire de santé, tandis que 10,6 % d'entre eux exigent qu'ils se soumettent à un examen médical lors du processus d'embauche. Dans 72,7 % des cas, l'examen médical sert à évaluer les capacités physiques du candidat et sa capacité à exécuter les tâches. Dans 18,2 % des cas, il sert à évaluer la présence de limitations à réaliser les tâches reliées au poste. Enfin, dans 9,1 % des cas, il sert à dépister ou à prévenir une diminution des facultés des candidats. Cette dernière pratique nous apparaît toutefois discutable, puisqu'une diminution des facultés ne signifie pas nécessairement qu'un candidat ne rencontre pas les exigences de l'emploi⁸⁶.

En outre, dans 72,7 % des cas, l'examen médical est une condition d'embauche. De ce nombre, il appert que seulement 18,2 % des entreprises ont proposé des accommodements aux candidats présentant des limitations en vue de leur embauche. Or, rappelons qu'en vertu de l'article 20 de la *Charte* et de la jurisprudence applicable, l'employeur possède une obligation d'accommodement raisonnable⁸⁷. Par exemple, la Cour d'appel a déterminé que l'employeur qui exigeait que les candidats effectuent une radiographie lombaire avait discriminé indirectement une candidate qui, en raison de sa grossesse, ne pouvait effectuer cet examen. En effet, selon la Cour, l'employeur aurait dû offrir une mesure d'accommodement, telle une nomination temporaire, jusqu'à ce qu'elle soit en mesure d'effectuer l'examen requis⁸⁸.

Enfin, parmi les 12,5 % de PME qui utilisent des questionnaires de santé ou des examens médicaux, 54,5 % d'entre elles requièrent l'examen médical suite à l'embauche du candidat. Ainsi, dans 45,5 % des cas, il a été complété avant l'embauche. Or, lorsqu'une évaluation médicale est nécessaire afin d'évaluer la capacité d'un candidat de s'acquitter des tâches essentielles au poste, la Commission recommande qu'elle ait lieu uniquement

85. *Institut Demers, supra*, note 21, par. 65-72.

86. *Hydro-Québec, supra*, note 39.

87. *Ibid.* ; *Meiorin, supra*, note 14, par. 57-68.

88. *Société de l'assurance automobile du Québec c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse* (2004), AZ-50285026 (Azimut) (C.A.).

après que le candidat ait reçu une offre d'embauche conditionnelle à la réussite de cette évaluation⁸⁹.

Notons enfin que l'employeur pourrait légitimement exiger que le candidat rencontre certains critères ou effectue certains tests pour, notamment, assurer la sécurité du candidat et des autres employés⁹⁰.

Tests de dépistage de drogue et d'alcool

Les tests de dépistage de drogue et d'alcool, souvent inclus dans les examens médicaux, sont utilisés par certains employeurs en vue d'évaluer la capacité physique et mentale des candidats à réaliser les tâches inhérentes au poste⁹¹.

À l'instar des examens médicaux et des tests psychométriques, les tests de dépistage de drogue et d'alcool sont susceptibles de porter atteinte à plusieurs droits fondamentaux des candidats, notamment le droit à la vie privée⁹², le droit à l'intégrité de sa personne et le droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation⁹³. Les tests de dépistage de drogues et d'alcool peuvent aussi porter atteinte au droit à l'égalité des candidats en emploi⁹⁴. En effet, ces tests sont susceptibles de révéler la présence d'un problème de dépendance ou de consommation chez un candidat. Or, le fait d'être toxicomane ou alcoolique – ou d'être simplement perçu comme tel par l'employeur⁹⁵ – est considéré

89. Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Les examens médicaux en emploi*, 1998, en ligne : CDPDJ <http://www.cdpdj.qc.ca/publications/examens_medical.pdf>, p. 19 (consulté le 19 mai 2015). Voir par exemple *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. De Luxe Produits de papier inc.*, DTE 2003T-288 (TDP Qc).

90. Nous vous référons à cet effet à la section sur l'EPJ (2.3.2.1).

91. BOURHIS, *supra*, note 56.

92. Voir *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34.

93. *Charte*, *supra*, note 8, art. 1, 4, 5. Voir *Les tests de dépistage de drogue*, *supra*, note 75 ; Katherine PLANTE, « Les tests de dépistage de drogues et d'alcool en milieu de travail – Soupeser les droits fondamentaux du salarié et les droits et obligations de l'employeur », (2014) 73 *R. du B.* 59 [PLANTE] ; Anouk VIOLETTE, « Les tests de dépistage d'alcool et de drogues en milieu de travail : une question d'équilibre », (2000) 60 *R. du B.* 85, 86.

94. *Les tests de dépistage de drogue*, *supra*, note 75, p. 7.

95. *Québec c. Montréal (Ville)*, *supra*, note 11, par. 39-40 ; Lysiane CLÉMENT-MAJOR et Stéphanie FOURNIER, « Les tests de dépistage de drogues et d'alcool en emploi : entre perception et protection », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 180-181 [CLÉMENT-MAJOR].

comme une forme de « handicap » au sens de l'article 10 de la *Charte*⁹⁶. Certains auteurs considèrent ainsi que les tests de dépistage de drogues et d'alcool de pré-embauche sont, à première vue, discriminatoires en vertu de l'article 18.1 de la *Charte*⁹⁷.

En lien avec l'interdiction de la discrimination, l'employeur qui utilise de tels tests dans le cadre de son processus de sélection devra donc démontrer que cette utilisation est justifiée selon le test de l'article 20 de la *Charte*. En cas de contestation, il lui incombera aussi de démontrer qu'il a respecté son obligation d'accommodement à l'endroit du candidat ayant échoué le test⁹⁸.

La décision de soumettre un candidat à un test de dépistage doit être basée sur une approche objective plutôt que morale. En effet, « la véritable question n'est pas de tester pour découvrir la présence de substances illégales ou moralement répréhensibles » chez le candidat, mais plutôt de rechercher si « l'intoxication pouvait nuire à la sécurité du travailleur, de ses collègues et du public »⁹⁹. À cet égard, rappelons qu'il incombe à l'employeur de prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger la santé et la sécurité de ses employés¹⁰⁰.

Dans un contexte de sélection, un employeur ne devrait en aucun cas écarter une candidature pour le simple motif que le candidat a échoué au test de dépistage. À l'instar des examens médicaux et des évaluations psychométriques, les tests de dépistage devraient être effectués au terme d'une offre conditionnelle d'embauche¹⁰¹.

96. *Les tests de dépistage de drogue, supra*, note 75 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Centre hospitalier universitaire de Sherbrooke*, 2012 QCCA 306 aux para 17, 40 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Doucet*, [1999] R.J.Q. 2151 (TDP) ; *Québec (Procureur général) c. Poulin*, DTE 2004T-552 (CS Qc) ; CLÉMENT-MAJOR, *supra*, note 95, p. 177 ; Rhéaume PERRAULT et Simon-Pierre PAQUETTE, « Le dépistage d'alcool et de drogues en entreprise : où en sommes-nous ? », dans *Service de la formation continue du Barreau du Québec, Développements récents en droit du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 6.

97. CLÉMENT-MAJOR, *supra*, note 95, p. 194.

98. GAGNÉ, *supra*, note 41, par. 103.

99. Stéphane LACOSTE et Catherine MASSÉ-LACOSTE, *Le dépistage de drogues et d'alcool au travail en 2010 : perspective syndicale et examen des récentes décisions judiciaires*, Présentation au Groupe du troisième mardi, le 19 janvier 2010, p. 7.

100. *Supra*, note 40, art. 2087 C.c.Q. ; *Charte, supra*, note 8, art. 46 ; L.S.S.T., *supra*, note 40, art. 51.

101. *Les tests de dépistage de drogue, supra*, note 75 ; PLANTE, *supra*, note 93, p. 70-71.

Les résultats de notre étude révèlent que 11,5 % des PME exigent que les candidats se soumettent à un test de dépistage de drogue et d'alcool dans le cadre de leur processus de sélection. Elle révèle également que dans 24 % des cas, les examens médicaux effectués comportent une dimension de « dépistage ».

Les résultats de l'étude ne nous permettent toutefois pas de déterminer la nature exacte des fonctions associées aux postes à combler et, par conséquent, ne nous permettent pas de conclure si l'exigence de se soumettre à des tests de dépistage est susceptible d'être justifiée. Cependant, les résultats démontrent que les principales raisons invoquées par les PME pour exiger la tenue d'un test de dépistage de drogue ou d'alcool sont : la capacité à effectuer les tâches reliées à l'emploi (33,3 %), la conduite de véhicule ou de machinerie (33,3 %), les raisons de sécurité (16,7 %), les exigences légales (8,3 %) et la préférence de l'employeur (8,3 %). S'il semble évident que la préférence de l'employeur n'est pas un motif suffisant pour exiger la tenue d'un tel test, il en va autrement des autres motifs, qui pourraient justifier l'imposition de tels tests dans certaines circonstances. Par exemple, le degré de dangerosité de l'emploi et les risques qu'une intoxication est susceptible d'entraîner pour l'employé, ses collègues ou le public, constituent des critères importants qui pourraient contribuer à justifier l'utilisation d'un test de dépistage en contexte d'embauche. Par contre, il importe de noter que ces critères ne pourront justifier à eux seuls l'imposition automatique et systématique d'un test de dépistage à des fins de sélection¹⁰².

Prise de références

En principe, lors de la prise de références, l'employeur doit limiter ses questions aux renseignements qui permettent d'évaluer si le candidat détient les qualités et les aptitudes requises par l'emploi¹⁰³.

Les résultats de notre étude indiquent que 94,2 % des répondants vérifient les antécédents professionnels des candidats par la prise de références auprès d'anciens employeurs. Les principaux sujets abordés à cette occasion sont les compétences liées au poste (98 %), la ponctualité (93 %), les comportements et les

102. GAGNÉ, *supra*, note 41, par. 103.

103. MORIN, *supra*, note 16, par. II-19 ; *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, RLRQ, c. P-39.1, art. 5 [L.P.R.P.S.P.].

attitudes (92 %), la personnalité (88 %), l'absentéisme (78 %) et le potentiel de conflits (75 %). Bien que ces aspects puissent être plus facilement liés aux exigences du poste, il appert que les répondants questionnent aussi les anciens employeurs sur des aspects liés à des motifs de discrimination interdits. Ainsi, certains répondants s'enquière de l'existence d'une lésion professionnelle chez le candidat (16 %) (motif : handicap), de son état de santé (7,1 %) (motif : handicap), de son orientation sexuelle (1 %) (motif : orientation sexuelle) et de son origine (2 %) (motif : origine ethnique ou nationale). Il importe cependant de noter que certains renseignements fournis par l'ancien employeur portant sur l'état de santé peuvent être justifiés s'ils se rapportent à une EPJ. Ce sera le cas, lorsque, par exemple, le candidat souffre d'épilepsie et qu'il postule à un poste dans lequel il devra s'occuper de personnes handicapées et de personnes vulnérables¹⁰⁴.

Il convient par ailleurs de préciser que l'employeur potentiel et la personne appelée pour fournir des références sur le candidat devront obtenir le consentement préalable du candidat afin de pouvoir légalement échanger des informations à son sujet¹⁰⁵. Soulignons également qu'il est préférable que le consentement soit donné par écrit¹⁰⁶. De plus, le nouvel employeur devra limiter ses questions aux renseignements permettant d'évaluer si le candidat détient les qualités et aptitudes nécessaires à l'emploi¹⁰⁷. De même, l'ancien employeur pourrait être condamné au paiement de dommages-intérêts en raison de la divulgation, non autorisée, de renseignements discriminatoires sur un ancien employé à un employeur potentiel¹⁰⁸.

Afin d'éviter de porter atteinte aux droits fondamentaux du candidat ou encore de le discriminer sur un motif interdit, l'employeur potentiel pourrait avoir un questionnaire standardisé, lui permettant ainsi de s'assurer que toutes les questions posées sont liées au poste à combler.

104. *Larochelle c Association des personnes handicapées de Lévis inc.*, 2005 CanLII 51431 (CQ).

105. MORIN, *supra*, note 16, par. II-19 ; GAGNÉ, *supra*, note 41, par. 109.

106. *Ibid.* Ces auteurs ont également joint un modèle de consentement pouvant être annexé au formulaire d'emploi.

107. L.P.R.P.S.P., *supra*, note 103, art. 5 ; MORIN, *supra*, note 16, par. II-19.

108. AP c. YR, 2012 QCCQ 9732.

Antécédents judiciaires

La vérification des antécédents judiciaires permet à l'employeur de s'assurer que les candidats retenus n'ont pas commis un crime en lien avec le poste à combler¹⁰⁹. Nous vous référons à la section 2.3, laquelle circonscrit les renseignements qui peuvent être demandés au candidat ainsi que l'exclusion qui peut être faite lorsque celui-ci a des antécédents judiciaires.

Les résultats de l'étude révèlent que 13 % des PME vérifient les antécédents judiciaires des candidats et ce, à différents stades du processus de sélection. Ainsi, 22,7 % des entreprises effectuent cette vérification à l'étape du formulaire de demande d'emploi, 34,9 % le font à l'occasion d'une entrevue de sélection, et 13 % le font lors de la prise de références. Or, tel que nous l'avons précédemment expliqué, l'employeur doit s'assurer de ne pas discriminer un candidat qui aurait des antécédents judiciaires sans lien étroit avec l'emploi (et pour lesquels aucune suspension du casier judiciaire n'aurait été faite). L'intensité du lien avec l'emploi peut parfois constituer un exercice très difficile¹¹⁰ puisque celui-ci doit, notamment, avoir un impact réel et concret¹¹¹ sur l'emploi.

Dans l'arrêt *Montréal (Ville de)*¹¹², les juges majoritaires de la Cour suprême ont conclu que le rejet de la candidature d'une postulante pour le motif que celle-ci avait auparavant plaidé coupable d'une accusation de vol portée par voie de déclaration sommaire contrevenait à la *Charte*. Selon la majorité, la réhabilitation légale dont la candidate a bénéficié (une absolution conditionnelle obtenue en 1991) constitue un pardon (une suspension du casier judiciaire) au sens de l'article 18.2 de la *Charte*.

4. Discussion et conclusion

Le respect des normes qui régissent l'interdiction de la discrimination en emploi est certes important, mais entraîne son lot de défis pour les PME québécoises, qui doivent s'assurer de sélection-

109. BOURHIS, *supra*, note 56, p. 451.

110. Voir à cet effet Stéphanie FOURNIER, « La protection contre la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires : beaucoup d'ombre et quelques éclaircies », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015.

111. *GG c. Québec (Éducation, loisir et sport)*, 2011 CanLII 31028, par. 52 (TAQ Qc).

112. *Québec c. Montréal (Ville)*, *supra*, note 11.

ner un candidat qui possède les qualités et aptitudes requises par l'emploi tout en veillant à ne pas le discriminer en raison d'un motif interdit en vertu de l'article 10 de la Charte. À cette fin, une analyse de poste récente permettra à l'employeur de mieux évaluer les exigences liées au poste à combler. L'employeur ne peut simplement se contenter de mettre en place une directive ou une politique applicable pour tous les candidats, puisqu'elle pourrait néanmoins s'avérer discriminatoire pour certains d'entre eux. Il importe à cet effet de rappeler encore une fois que l'intention de l'employeur n'est pas pertinente pour évaluer si un candidat a été discriminé.

De plus, bien que notre étude démontre que la majorité des PME s'enquêtent d'informations qui semblent liées au poste à combler, il appert que plusieurs d'entre elles demandent des informations portant sur des motifs de discrimination illicites ou tiennent compte de ces renseignements potentiellement illicites dans leur décision d'embaucher ou non un candidat. Même si certaines PME ont indiqué avoir implanté un PAE de façon volontaire, les résultats de l'étude ne permettent pas de vérifier si, effectivement, ce PAE est reconnu par la Commission et, le cas échéant, quels groupes ont été formellement ciblés au sein de chaque programme.

Afin de maximiser la légalité des pratiques d'embauche, il serait intéressant de sensibiliser l'ensemble des PME québécoises aux démarches à suivre pour souscrire volontairement à un PAE formel. Dans le cadre d'une étude ultérieure, il serait également intéressant de vérifier quels sont les motifs invoqués par les PME pour justifier la collecte d'informations non liées au poste. Dans le cadre de notre étude, les données obtenues n'ont pas permis de clarifier dans quelle mesure ces informations se rapportaient formellement à une EPJ.

Il nous semble probable que la collecte de renseignements potentiellement illicites puisse être attribuable, du moins en partie, à un manque de ressources financières ou d'expertise légale dans les PME. À cet égard, Riding et Orsen indiquent que 97 % des PME québécoises comptent moins de 20 employés¹¹³. Le

113. Canada, Industrie Canada, *Profils de financement des petites entreprises. Les petites et moyennes entreprises du Québec*, 2007, en ligne : <https://www.ic.gc.ca/eic/site/061.nsf/fra/h_02088.html>, p. 2.

processus d'embauche, à moins que la PME ne soit une firme de recrutement et de sélection, ne représente généralement pas l'activité centrale de l'entreprise, laquelle consacre temps et argent au développement de sa mission de base. Il n'en demeure pas moins que toutes les PME doivent se conformer à la législation en vigueur. En cas de doute, elles gagneraient à solliciter des expertises légales, qui leur permettraient de minimiser les risques de poursuites éventuelles et de contestation de leur processus d'embauche.

Bien qu'informatrice sur les pratiques de recrutement et de sélection implantées par les PME québécoises, notre étude comporte certaines limites que nous ne pouvons passer sous silence. Sur un total de 985 PME sollicitées, seules 112 ont répondu, pour un taux de réponse de 11,40 %. Ce taux de participation peut, à première vue, sembler faible. Toutefois, compte tenu de la nature du sujet traité, et en dépit des précautions prises par les chercheurs pour garantir la confidentialité des données recueillies, il est possible que les PME sollicitées aient trouvé le sujet trop sensible ou aient craint des représailles s'il advenait un constat d'illégalité des pratiques. Également, il nous a été impossible de vérifier dans quelle mesure les PME rapportant avoir implanté un PAE informel l'ont fait en conformité avec les *Lignes directrices*. Des recherches futures et faites en collaboration avec la Commission permettraient de vérifier de façon plus juste et précise ces informations. De plus, certains renseignements demandés par les PME pourraient également être justifiés en raison des EPJ. Par contre, l'étude n'a pas permis de le confirmer puisqu'il s'agit d'une analyse unique pour chaque cas.

En conclusion, les PME interrogées ont implanté des pratiques d'embauche qui semblent respecter, dans l'ensemble, le cadre juridique applicable. Toutefois, certaines informations recueillies par les répondants paraissent difficilement justifiables au regard de la *Charte*, celles-ci étant potentiellement discriminatoires. Nous sommes confiants que les constats réalisés dans le cadre de cette étude interpellent les juristes quant à la réalité que vivent ces entreprises.

Le maintien des services essentiels à la lumière de *Saskatchewan Federation of Labour*

Andrea TALARICO

Résumé

Dans la décision *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, la Cour suprême a invalidé une loi de la Saskatchewan ayant notamment pour effet d'interdire la grève aux salariés du secteur public. En invalidant cette loi, la Cour a dit que le droit de négocier collectivement protégé par le droit d'association prévu à l'article 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* comprenait un droit à la grève. Dans un contexte de services essentiels, quel est l'impact de l'arrêt Saskatchewan en droit fédéral et en droit québécois ? Dans un premier temps, cet article examine la portée de la protection du droit de grève en droit international, avant d'examiner la législation en matière de services essentiels au Québec et au Canada.

Le maintien des services essentiels à la lumière de *Saskatchewan Federation of Labour*

Andrea TALARICO*

INTRODUCTION	223
I- Les motifs d'invalidité de la <i>Public Service Essential Services Act</i>	225
II- La portée de la protection du droit de grève en droit international	229
III- La portée de la législation en matière de services essentiels	236
A- Le maintien des services essentiels en droit québécois et en droit fédéral	236
i) Les services essentiels en droit québécois	236
ii) Les services essentiels en droit fédéral	240
B- Les divergences entre le droit québécois, le droit fédéral et la PSESA	243
CONCLUSION	244

* M^e Talarico est avocate chez RPGL avocats à Gatineau. Elle tient à remercier Benedict Wray (Barreau de l'Angleterre et du Pays de Galles) pour ses précieux commentaires.

INTRODUCTION

Si la Constitution canadienne est un arbre vivant¹, la semence de la constitutionnalisation d'un droit peut parfois prendre 30 ans pour germer. Du moins, cela semble être le cas pour la protection constitutionnelle du droit de grève.

En 1987, le juge en chef de la Cour suprême, Brian Dickson, écrivait ce qui suit dans sa dissidence dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act*² :

Somme toute, je suis convaincu que peu importe que la liberté d'association inclue ou non de manière générale la protection de l'activité collective exercée pour atteindre des fins exclusivement pécuniaires – une question sur laquelle je n'exprime aucune opinion—la négociation collective protège d'importants intérêts ouvriers qui ne sauraient être qualifiés de purement pécuniaires. Dans notre régime actuel de relations de travail, la protection constitutionnelle efficace des intérêts des associations de travailleurs dans le processus de négociation collective requiert la protection concomitante de leur liberté de cesser collectivement de fournir leurs services, sous réserve de l'article premier de la Charte.³

L'analyse du juge Dickson n'était pas partagée par ses confrères en 1987. Bien que fréquemment citée, cette opinion dissidente n'a été reprise par la majorité de la Cour suprême qu'en 2007, soit vingt ans plus tard, quand la Cour suprême a reconnu dans l'arrêt *Health Services* que la protection de la liberté d'association prévue à l'article 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte)⁴ prévoyait également le droit de négocier collectivement. Une première étape vers une constitutionnalisation du droit de grève fut alors franchie.

1. Cette expression maintenant consacrée et moult fois reprises nous vient du Comité judiciaire du Conseil Privé, en appel de la Cour suprême du Canada, dans la décision *Edwards v. Canada*, [1930] A.C. 124.
2. *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313.
3. *Ibid.*, par. 97.
4. L'article 2 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, se lit :
 2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :
 - a) liberté de conscience et de religion ;
 - b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication ;
 - c) liberté de réunion pacifique ;
 - d) liberté d'association.

Plus tôt cette année, la Cour suprême a rendu une décision portant sur une loi de la Saskatchewan. Dans cet arrêt, la Cour a analysé le droit de grève à la lumière de l'article 2d) de la Charte, et ce, près de trente ans après que le juge Dickson ait exprimé sa dissidence.

Le 19 décembre 2007, le gouvernement de la Saskatchewan déposa deux projets de loi qui furent adoptés le 14 mai 2008. Une des lois alors adoptées était le *Public Service Essential Services Act*, S.S. 2008, ch. P-42.2 (PSESA)⁵. La PSESA était le premier régime législatif à limiter l'exercice du droit de grève des salariés du secteur public qui assurait les « services essentiels » et s'appliquait à tout salarié d'un employeur public représenté par syndicat⁶. La loi interdisait, notamment, à tout salarié visé par la loi de prendre part à un arrêt de travail⁷. Dans sa décision invalidant la PSESA, la Cour suprême a fait référence à sa décision antérieure dans *Health Services*⁸ et rappelé la dissidence du juge en chef Dickson en 1987⁹. Le raisonnement de la Cour s'appuya aussi largement sur le droit international du travail¹⁰. Selon la Cour, même si la grève ne garantit pas le règlement d'un conflit de travail, elle permet toutefois « aux salariés de négocier davantage sur un pied d'égalité avec l'employeur »¹¹ et le droit de grève constituerait le « minimum irréductible » de la liberté d'association¹². Selon la Cour, la PSESA constituait une entrave substantielle au droit de négociation collective dont la justification devait être démontrée au regard de l'article premier de la Charte¹³.

Or, la PSESA échoua au test de l'arrêt *Oakes*, notamment puisque les moyens retenus par le législateur ne portaient pas le moins possible atteinte aux droits constitutionnels en cause. Notamment, la Cour suprême mentionna que le fait qu'un service soit offert uniquement par le secteur public n'en faisait pas, pour autant, un « service essentiel »¹⁴. Par ailleurs, lorsqu'elle interdisait la grève, les dispositions de la PSESA ne se limitaient pas à la

5. *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, par. 5.

6. *Ibid.*, par. 7.

7. *Ibid.*, par. 8.

8. *Ibid.*, par. 28.

9. *Ibid.*, par. 33.

10. *Ibid.*, par. 62 à 71.

11. *Ibid.*, par. 57.

12. *Ibid.*, par. 61.

13. *Ibid.*, par. 78.

14. *Ibid.*, par. 85.

prestation des services essentiels¹⁵, mais à une large gamme de services. Enfin, la Cour suprême nota l'inexistence d'un processus de règlement des différends « à la fois impartial et efficace »¹⁶ et de mécanisme pour mettre fin à l'impasse des négociations¹⁷.

La question examinée par le présent article est la suivante : Est-ce que la constitutionnalisation du droit de grève affecte le maintien des services essentiels ? Cette question est d'autant plus pertinente puisque la constitutionnalisation du droit de grève s'est faite dans un contexte où le gouvernement de la Saskatchewan invoquait la protection du public pour justifier une loi interdisant le droit de grève par des salariés du secteur public.

Tout d'abord, nous analyserons les motifs de la Cour suprême lorsque celle-ci a invalidé la PSESA. Puisque la Cour suprême a largement pris appui sur la protection du droit de grève en droit international, nous examinerons ensuite sommairement le droit international du travail relatif à la grève. Enfin, nous examinerons la portée de la protection des services essentiels en cas de grève, et ce, tant en droit du travail québécois qu'en droit du travail fédéral en portant une attention particulière sur comment les régimes législatifs fédéraux et provinciaux diffèrent de la loi invalidée par la Cour suprême.

I- LES MOTIFS D'INVALIDITÉ DE LA *PUBLIC SERVICE ESSENTIAL SERVICES ACT*

Le raisonnement de la Cour s'est fait en deux temps. Tout d'abord, la Cour a examiné si le droit de grève était inclus dans la portée du droit d'association figurant à l'article 2)d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. À ce stade, elle a examiné si la PSESA portait atteinte à 2)d). Dans un second temps, la Cour a analysé si cette atteinte se justifiait.

Dans *Saskatchewan*, la Cour suprême débute son analyse en revenant sur trois décisions antérieures¹⁸. Elle débuta avec l'arrêt *Health Services*¹⁹, en rappelant que l'élargissement de l'objet de

15. *Ibid.*, par. 91.

16. *Ibid.*, par. 92.

17. *Ibid.*, par. 93.

18. *Ibid.*, par. 28 à 31.

19. *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391.

2)d) amène la Cour à conclure que 2)d) devra s'interpréter « comme ayant pour effet de protéger le droit d'employés de s'associer en vue d'atteindre des objectifs [liés au] travail par un processus de négociation collective »²⁰. La Cour a ensuite examiné l'arrêt *Fraser*²¹ qui établit qu'un « processus véritable doit, à tout le moins, englober le droit des salariés de se regrouper en vue de poursuivre des objectifs liés au travail, de faire des représentations collectives à l'employeur et de les voir prises en compte de bonne foi, ce qui comprend l'accès à une voie de recours advenant que l'employeur ne négocie pas de bonne foi »²². Enfin, la Cour cite les juges McLachlin et Lebel dans l'arrêt *Police Montée*, également rendu en janvier 2015, où les juges font une distinction entre une première phase d'interprétation restrictive de l'article 2)d) et l'interprétation plus large et généreuse qui est celle actuellement retenue²³. Selon la Cour, ce sont les motifs de dissidence du juge Dickson précités qui ont contribué à ce caractère plus « généreux »²⁴.

La Cour fait un long rappel de l'historique de l'évolution du droit de grève. La Cour rappelle, notamment, l'adoption du *Wagner Act* aux États-Unis en 1935²⁵, modèle qui a été repris au Canada. Selon la Cour, l'objectif principal du *Wagner Act* était le maintien de la paix industrielle. Le législateur limita donc le recours à certaines formes de grève et remplaça la liberté de cesser de travailler par le droit de se syndiquer et celui de négocier collectivement²⁶. La Cour conclut son analyse historique en affirmant que :

... même si la grève a fait l'objet parfois de protections, parfois d'interdictions, la faculté des salariés de cesser le travail de manière concertée est depuis longtemps essentielle à la négociation collective véritable. Or, la protection offerte par l'al. 2d) ne dépend pas seulement ou principalement du profil historique et juridique du droit de grève. En fait, le droit de grève jouit de la protection constitutionnelle en raison de sa fonction cruciale dans le cadre d'un processus véritable de négociation collective.²⁷

20. *Ibid.*, par. 87.

21. *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, [2011] 2 R.C.S. 3.

22. *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, par. 29.

23. *Ibid.*, par. 30.

24. *Ibid.*, par. 33.

25. *Ibid.*, par. 42.

26. *Ibid.*, par. 43-33.

27. *Ibid.*, par. 51.

Quelles sont les dimensions de cette fonction cruciale ? D'abord, le refus concerté de travailler lors d'une impasse se voudrait « une affirmation de la dignité et de l'autonomie personnelles des salariés pendant leur vie professionnelle »²⁸. Ensuite, la grève favoriserait l'égalité des parties dans le processus de négociation²⁹. La Cour fait une analyse des obligations internationales du Canada (auxquelles nous reviendrons) avant de conclure ainsi :

Ce tour d'horizon historique, international et jurisprudentiel me convainc que l'interprétation de l'al. 2d est aujourd'hui celle que préconisait le juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, à savoir qu'un processus véritable de négociation collective exige que les salariés puissent cesser collectivement le travail aux fins de la détermination de leurs conditions de travail par voie de négociation collective. Advenant la rupture de la négociation de bonne foi, la faculté de cesser collectivement le travail est une composante nécessaire du processus par lequel les salariés peuvent continuer de participer véritablement à la poursuite de leurs objectifs liés au travail. Dans le présent dossier, supprimer le droit de grève revient à entraver substantiellement l'exercice du droit à un processus véritable de négociation collective.³⁰

Évidemment, ce n'est pas parce qu'un droit est protégé par la Charte qu'une loi qui limite ce droit est nécessairement inconstitutionnelle. L'article premier de la Charte reconnaît cette possibilité :

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.

Ainsi, un droit peut être restreint par une règle de droit, dans des limites qui sont raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. C'est l'arrêt *Oakes*³¹ qui est venu baliser l'application de cet article. Selon la Cour suprême, pour établir qu'une restriction soit raisonnable et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique, la Cour doit appliquer un test en deux étapes. En premier lieu, l'objectif des mesures qui portent atteinte à un droit ou à une

28. *Ibid.*, par. 54.

29. *Ibid.*, par. 55.

30. *Ibid.*, par. 75.

31. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

liberté garanti par la Charte doit être « suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution »³². La deuxième étape constitue l'application d'un critère de proportionnalité pour démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et justifiés. Toujours selon la Cour :

À mon avis, un critère de proportionnalité comporte trois éléments importants. Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter « le moins possible » atteinte au droit ou à la liberté en question [...]. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la Charte et l'objectif reconnu comme « suffisamment important ».³³

La Cour reconnaît que l'ininterruption des services publics essentiels constitue un objectif urgent et réel et ajoute qu'il doit exister un lien rationnel entre cet objectif et la structure fondamentale de la loi³⁴. Selon la Cour, « la question décisive en l'espèce est celle de savoir si les moyens retenus par l'État portent atteinte le moins possible ou non aux droits constitutionnels en cause »³⁵. Autant le juge de première instance que la Cour suprême ont conclu que la PSESA allait au-delà « de ce qui est raisonnablement nécessaire pour assurer la prestation ininterrompue de services essentiels durant une grève »³⁶, notamment en raison du pouvoir unilatéral de l'employeur de déterminer les services visés et l'absence de tout mécanisme de règlement des différends³⁷. Toujours selon la Cour suprême :

La preuve n'étaye pas la thèse de la Saskatchewan selon laquelle l'objectif d'assurer la prestation continue de services essentiels requiert l'octroi d'un pouvoir décisionnel exercé de manière unilatérale et non concertée. De plus, la foi qu'elle met dans l'aptitude de l'employeur public à prendre de justes décisions risque de sacrifier sur l'autel des aspirations le droit à un processus véritable de négociation collective. Les obstacles auxquels s'est heurtée la négocia-

32. *Ibid.*, p. 138.

33. *Ibid.*, p. 139.

34. *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, par. 79.

35. *Ibid.*, par. 80.

36. *Ibid.*, par. 81.

37. *Ibid.*

tion collective au cours du siècle dernier ne justifient pas un tel optimisme.³⁸

Pour l'ensemble de ces raisons, selon la Cour suprême, la PSESA est inconstitutionnelle³⁹.

II- LA PORTÉE DE LA PROTECTION DU DROIT DE GRÈVE EN DROIT INTERNATIONAL

Dans *Saskatchewan*, la Cour suprême a pris appui sur le droit international et sur ses décisions antérieures, particulièrement dans *Health Services*, pour arriver à la conclusion que le droit de grève fait partie intrinsèque du droit de négocier collectivement et doit donc être protégé sous l'article 2d) de la Charte. Il est donc pertinent d'analyser la reconnaissance du droit de grève en droit international, particulièrement pour ce qui relève des limites au droit de grève reconnues par le droit international du travail.

Selon la Cour suprême, « les obligations internationales du Canada militent nettement en faveur de la reconnaissance d'un droit de grève protégé par l'alinéa 2d) »⁴⁰. La Cour fait particulièrement référence au *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*⁴¹, à la Convention 87 de l'Organisation internationale du travail⁴², de même qu'aux décisions du Comité de la liberté syndicale qui, bien que n'ayant pas d'effet obligatoire « ont été citées avec approbation et largement reprises à l'échelle mondiale par les cours de justice, les tribunaux administratifs et d'autres décideurs », y compris la Cour suprême⁴³ notamment dans l'arrêt *Health Services*.

Plusieurs instruments internationaux protègent le droit d'association dans le but de négocier collectivement⁴⁴, dont deux pactes adoptés par les Nations Unies, ainsi que la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* (la Déclaration universelle).

38. *Ibid.*, par. 90.

39. *Ibid.*, par. 97.

40. *Ibid.*, par. 65.

41. *Ibid.*

42. *Ibid.*, par. 67.

43. *Ibid.*, par. 69.

44. Voir, à cet effet, A. TALARICO, *Code de conduite et droit d'association : une étude exploratoire du secteur du textile*, Mémoire présenté en vue de l'obtention du grade de maîtrise en droit, Université de Montréal, 2010, chapitre 1.

À la fois le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* prévoient le droit de toute personne de s'associer, notamment dans le but de former des syndicats⁴⁵. Quant à l'article 23 de la Déclaration universelle, il se lit :

1. Toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail et à la protection contre le chômage.
2. Tous ont droit, sans aucune discrimination, à un salaire égal pour un travail égal.
3. Quiconque travaille a droit à une rémunération équitable et satisfaisante lui assurant ainsi qu'à sa famille une existence conforme à la dignité humaine et complétée, s'il y a lieu, par tous autres moyens de protection sociale.
4. Toute personne a le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.⁴⁶

La liberté syndicale ainsi que le droit d'association et de négociation collective se retrouvent aussi aux documents constitutifs de l'Organisation internationale du travail (OIT). L'OIT a été fondée en 1919. Lors de la création de l'Organisation des Nations Unies (ONU), elle est devenue un organisme spécialisé de cette organisation. L'affirmation du principe de la liberté syndicale se retrouve expressément énoncée au préambule de la Constitution de l'OIT⁴⁷. La liberté syndicale est aussi implicitement incluse dans la Constitution de l'OIT de par la structure tripartite de l'Organisation. Selon certains auteurs, ce tripartisme est révélateur d'une philosophie de pluralisme industriel, soit l'idée que des parties ayant des intérêts différents mais réconciliables sont impliquées dans une même activité économique⁴⁸. L'aspect fondamental de la liberté syndicale et de la négociation collective pour

45. Le premier paragraphe de l'article 22 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* se lit ainsi : « Toute personne a le droit de s'associer librement avec d'autres, y compris le droit de constituer des syndicats et d'y adhérer pour la protection de ses intérêts ».

Le premier paragraphe de l'article 8 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* confirme : « Le droit qu'a toute personne de former avec d'autres des syndicats et de s'affilier au syndicat de son choix ».

46. Organisation des Nations Unies, *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, adoptée le 10 décembre 1948.

47. Organisation Internationale du Travail, *Constitution*, 1919, Préambule.

48. J. MURRAY, « Labour rights / Corporate Responsibilities: the Role of ILO Labour Standards », dans Rhys JEANKINS, Ruth PEARSON et Gill SEYFANG (dir.), *Corporate Responsibility and Labour Rights*, Londres, Earthscan, 2002.

l'OIT est reflété dans la place occupée par ces principes dans les deux instruments « constitutionnels »⁴⁹ adoptés par l'OIT après sa constitution, soit la Déclaration de Philadelphie et la Déclaration de 1998.

La deuxième guerre mondiale provoqua un questionnement quant au rôle et à l'utilité de plusieurs organisations internationales. Dans le but de réaffirmer ses objectifs, l'OIT adopta, le 10 mai 1944 à Philadelphie, la *Déclaration concernant les buts et objectifs de l'Organisation internationale du travail* (communément appelée la Déclaration de Philadelphie) qui fut annexée à la constitution de l'OIT. L'article premier de la Déclaration énonce que « la liberté d'expression et d'association est une condition indispensable d'un progrès soutenu »⁵⁰. L'article trois de cette même déclaration rappelle l'importance de « la reconnaissance effective du droit de négociation »⁵¹. La *Déclaration sur les droits fondamentaux au travail* a été adoptée le 18 juin 1998 par la Conférence internationale du travail. Elle a pour principal effet de créer pour tous les États membres de l'OIT, l'obligation de respecter, de promouvoir et de réaliser, du seul fait de leur appartenance à l'OIT et en l'absence de ratification, certains droits fondamentaux, notamment la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective, l'élimination du travail forcé ou obligatoire, l'élimination du travail des enfants et l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession. La déclaration exprime ces quatre principes généraux à son article deux, mais ne fait pas directement référence aux conventions qui prévoient des normes beaucoup plus précises⁵².

Peu après l'adoption de la Déclaration de Philadelphie où les États membres de l'OIT ont réaffirmé l'importance du droit d'association et de la liberté syndicale, l'OIT a adopté deux conventions qui aujourd'hui sont considérées comme les conventions fondamentales en matière de droit d'association. Il s'agit de la

49. La véritable nature « constitutionnelle » de la Déclaration de 1998 fait l'objet d'une controverse qui déborde largement le cadre du présent article.

50. Organisation internationale du travail, Constitution, Annexe, Déclaration Concernant les buts et objectifs de l'Organisation Internationale du travail, article premier.

51. *Ibid.*, article trois.

52. I. DUPLESSIS, « La Déclaration de l'OIT relative aux droits fondamentaux au travail. Une nouvelle forme de régulation efficace ? », (2004) 59(1) *Relations industrielles* 52, 57. Voir aussi A. TALARICO, préc., chapitre 1.

Convention 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical et la *Convention 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective*. Ni l'une ni l'autre de ces conventions ne prévoient expressément le droit de grève.

Même si la Cour suprême parle de consensus à l'échelle internationale « en ce qui concerne la nécessité du droit de grève pour une négociation collective véritable »⁵³, selon Hepple, il n'y aurait pas de véritable consensus international sur le droit de grève. Les standards internationaux sont très souples et permettent plusieurs justifications pour restreindre un droit de grève⁵⁴. Dans l'arrêt *Saskatchewan*, les juges dissidents vont plus loin encore en affirmant : « Du droit international ne se dégage donc aucun consensus net selon lequel le droit de grève constitue un élément essentiel de la liberté d'association »⁵⁵. La position de Hepple, plus nuancée que la position des juges dissidents, est probablement plus conforme à la réalité. Quel est le contenu véritable des normes internationales relatives au droit de grève ?

L'historique de l'adoption des conventions 87 et 98 démontre que lors de la rédaction de ces documents, la question du droit de grève avait été considérée⁵⁶. Dans les trois rapports de 1948 de la Conference Committee on Freedom of Association and Industrial Relations entourant l'adoption de la Convention 87, on retrouve trois mentions du droit de grève, mais uniquement en tant que question accessoire aux discussions portant sur le droit de ne pas s'associer⁵⁷.

En 1949, les associations de travailleurs de la Pologne et de la Tchécoslovaquie proposaient l'ajout d'un premier article au projet de convention qui, suite à son adoption, deviendrait la Convention 98. L'article proposé était à l'effet que le droit de grève serait garanti pour tous les travailleurs et qu'une cessation collective de travail ne pourrait donner lieu à des représailles⁵⁸. Cet amendement fut déclaré irrecevable, car le droit de grève ne figurait pas dans le texte proposé⁵⁹. Le gouvernement Tchécoslovaque pro-

53. *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, *op. cit.*, note 5, par. 71.

54. B. HEPPLE, *The Right to Strike in an International Context*, présentation à la University of Toronto, 5 décembre 2009, p. 2.

55. *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, *op. cit.*, note 5, par. 156.

56. *Ibid.*, p. 36.

57. *Ibid.*, p. 40.

58. *Ibid.*, p. 42.

59. *Ibid.*

posa ensuite l'ajout d'un article identique entre les articles 3 et 4 du projet de résolution. Cette proposition fut jugée irrecevable pour les mêmes raisons⁶⁰. Hepple avance deux raisons pour lesquelles le droit de grève n'a pas été inclus dans les textes des conventions 87 et 98. La première raison est une division conceptuelle entre les droits civils et politiques et les droits économiques et sociaux. Dans un contexte de guerre froide, le droit d'association était perçu comme un droit civil ou politique et le droit de grève comme un droit socio-économique. Les gouvernements occidentaux étaient réticents à l'idée d'inclure des droits socio-économiques dans les instruments de droit positif. Une deuxième raison avancée par Hepple serait la réticence des représentants des travailleurs qui craignaient qu'inclure le droit de grève dans les instruments entraînerait inévitablement l'obligation d'inclure des restrictions à ce droit⁶¹.

Or, même si les instruments constitutifs, la Convention 87 et la Convention 98 ne prévoient pas expressément le droit de grève, il existe des normes internationales réglementant ce droit⁶². Ces normes découlent des décisions du Comité de la liberté syndicale⁶³. À titre d'exemple, dans une décision de 1998 portant sur le droit de grève en Côte d'Ivoire, le CLS rappelle expressément « l'importance qu'il attache au respect du droit de grève qui est un corollaire indissociable du droit syndical protégé par la convention n° 87 »⁶⁴.

Les organes de contrôle de l'OIT ont toujours considéré que le droit de grève découlait implicitement du droit des syndicats de formuler leur programme d'action et d'organiser leurs activités prévu à la Convention 87⁶⁵. Or, les motifs pour lesquels l'OIT semble avoir adopté la position qu'en protégeant le droit d'association il n'était pas nécessaire de protéger explicitement le droit de grève ne sont pas documentés⁶⁶.

60. *Ibid.*, p. 43.

61. Bob HEPPLÉ, *op. cit.*, note 32, p. 4.

62. R. BEN-ISRAËL, *International Labour Standards: The Case of Freedom to Strike*, Norwell, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1988, p. 35.

63. *Ibid.*, p. 36.

64. Cas n° 1954 (Côte d'Ivoire), Rapport n° 311, novembre 1998, Comité de la liberté syndicale.

65. J.-M. SERVAIS, *Normes Internationales du travail*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 90-91.

66. R. BEN-ISRAËL, *op. cit.*, note 62, p. 145.

Comme le rappelle la Cour suprême dans *Saskatchewan Federation of Labour*⁶⁷, le droit de grève a tout de même un fondement dans un instrument de droit positif, à l'article 8, paragraphe 1(d) du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* qui se lit ainsi :

1. Les États parties au présent Pacte s'engagent à assurer :

a) Le droit qu'a toute personne de former avec d'autres des syndicats et de s'affilier au syndicat de son choix, sous la seule réserve des règles fixées par l'organisation intéressée, en vue de favoriser et de protéger ses intérêts économiques et sociaux. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale ou de l'ordre public, ou pour protéger les droits et les libertés d'autrui.

b) Le droit qu'ont les syndicats de former des fédérations ou des confédérations nationales et le droit qu'ont celles-ci de former des organisations syndicales internationales ou de s'y affilier.

c) Le droit qu'ont les syndicats d'exercer librement leur activité, sans limitations autres que celles qui sont prévues par la loi et qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale ou de l'ordre public, ou pour protéger les droits et les libertés d'autrui.

d) Le droit de grève, exercé conformément aux lois de chaque pays.

2. Le présent article n'empêche pas de soumettre à des restrictions légales l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de la fonction publique.

3. Aucune disposition du présent article ne permet aux États parties à la Convention de 1948 de l'Organisation internationale du Travail concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical de prendre des mesures législatives portant atteinte – ou d'appliquer la loi de façon à porter atteinte – aux garanties prévues dans ladite convention.⁶⁸

67. *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, *op. cit.*, note 5, par. 68.

68. Organisation des Nations Unis, *Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels*, art. 8.

La portée de cette protection demeure toutefois limitée par le fait que le Pacte ne s'applique qu'aux pays l'ayant ratifié⁶⁹. Par ailleurs, le texte même du pacte prévoit que le droit de grève peut être restreint dans certaines circonstances, notamment pour les forces armées, la police et la fonction publique⁷⁰, ce qui rejoint la notion d'équilibre entre l'exercice d'un droit et la protection du public⁷¹ (concept auquel nous reviendrons) et les décisions du Comité de la liberté syndicale (CLS) de l'OIT.

En effet, le CLS reconnaît que le droit de grève peut légitimement faire l'objet de restrictions pour ce qui est considéré comme un service essentiel. À titre d'exemple, dans un cas concernant le Danemark, le CLS rappelle expressément :

À cet égard, le comité rappelle une nouvelle fois que le droit de grève peut être restreint, voire interdit dans les services essentiels au sens strict du terme, c'est-à-dire les services dont l'interruption mettrait en danger, dans l'ensemble ou dans une partie de la population, la vie, la sécurité ou la santé de la personne, et qu'il a considéré le secteur hospitalier comme un service essentiel.⁷²

Peuvent notamment être considérés comme des services essentiels, le secteur hospitalier, les services d'électricité, les services d'approvisionnement en eau, les services téléphoniques, les forces policières et armées, les services d'incendie, les pénitenciers et le contrôle du trafic aérien⁷³. Le secteur de l'éducation, particulièrement en ce qui concerne l'éducation universitaire, ne fait pas partie des secteurs où le droit de grève peut faire l'objet de restrictions⁷⁴. Le CLS ajoute comme condition intéressante à une telle restriction que le pouvoir de déclarer une grève illégale ne devrait pas appartenir au gouvernement (qui agit alors comme employeur lors d'un conflit industriel dans le secteur public), mais à un organe indépendant des parties⁷⁵. Ceci se rapproche du

69. A. TALARICO, *op. cit.*, note 44, p. 36.

70. Organisation des Nations Unis, *Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels*, art. 8.

71. Cette notion, à laquelle nous reviendrons dans la section suivante, fut exprimée notamment par les auteurs Coutu, Fontaine, Marceau et Coiquaud.

72. Cas no 2060 (Danemark), Rapport n° 324, mars 2001, Comité de la liberté syndicale.

73. Organisation internationale du travail, Bureau international du travail, *La liberté syndicale : Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT*, 5^e éd., 2006, Genève, par. 585.

74. Cas n° 2803 (Canada), Rapport n° 360, juin 2011, Comité de la liberté syndicale, par. 340.

75. Cas n° 2195 (Philippines), Rapport n° 329, novembre 2002, Comité de la liberté syndicale.

reproche formulé par la Cour suprême à l'égard du PSESA qui ne comprenait pas de processus de règlement des différends « à la fois impartial et efficace »⁷⁶.

Pour résumer, le droit de grève est reconnu par le droit international, mais le droit international reconnaît également que celui-ci peut faire l'objet de restrictions afin de maintenir les services essentiels à la santé et à la sécurité de la population. Comme nous le verrons dans la section suivante, à première vue, à la fois le droit fédéral et le droit québécois en matière de services essentiels semblent s'aligner avec le droit international en matière de restrictions au droit de grève.

III- LA PORTÉE DE LA LÉGISLATION EN MATIÈRE DE SERVICES ESSENTIELS

L'arrêt *Saskatchewan Federation of Labour* a eu pour effet direct et immédiat d'invalider une loi visant notamment le maintien des services essentiels, la *Public Service Essential Services Act* (PSESA) de la Saskatchewan. En invalidant cette loi et en étendant la portée constitutionnelle de l'article 2(d) de la Charte au droit de grève, la Cour suprême a-t-elle invalidé les dispositions législatives fédérales et provinciales (ici, québécoises) visant le maintien des services essentiels ? Avant de répondre à cette question, nous rappellerons les protections offertes aux services dits essentiels et nous comparerons le régime fédéral et le régime québécois à la PSESA invalidée par la Cour suprême.

A- Le maintien des services essentiels en droit québécois et en droit fédéral

Bien que présentant certaines différences, les régimes québécois et fédéral présentent tous deux des mécanismes visant à assurer un niveau de service adéquat pour protéger la santé et la sécurité de la population en cas de grève.

i) Les services essentiels en droit québécois

L'obligation de maintenir les services essentiels lors d'une grève a été intégrée au *Code du travail* en 1978⁷⁷. En 1982, le gou-

76. *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, *op. cit.*, note 5, par. 92.

77. M. COUTU, L.L. FONTAINE, G. MARCEAU et U. COIQUAUD, *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*, 2^e éd., vol. II, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 10.

vernement québécois créa le Conseil des services essentiels, soit la « première institution permanente chargée au maintien des services essentiels en cas de grève »⁷⁸. Depuis 2011, les activités du Conseil des services essentiels sont intégrées aux fonctions de la Commission des relations du travail (CRT)⁷⁹.

Le *Code du travail* définit la grève comme étant une « cessation concertée de travail par un groupe de salariés »⁸⁰. Le ralentissement concerté d'activités visant à réduire la production est interdit expressément par le *Code du travail*⁸¹. Au Québec, la grève est interdite tant que l'association de salariés ne soit accréditée⁸², ainsi que pendant la durée de vie d'une convention collective à moins que la convention collective ne contienne une clause en permettant la révision avant son expiration⁸³. Du côté de l'employeur, tout lock-out est également interdit pendant la durée de la convention collective⁸⁴.

L'article 20.2 du *Code du travail*, exige un vote majoritaire au scrutin secret des membres de l'association accréditée compris dans l'unité d'accréditation comme condition préalable à la déclaration d'une grève. L'article 20.2 impose une obligation additionnelle au syndicat, soit celle de prendre les moyens nécessaires pour informer ses membres de la tenue du scrutin au moins quarante-huit heures à l'avance.

Généralement, les règles du *Code du travail* s'appliquent autant aux salariés du secteur privé que du secteur public⁸⁵. Toutefois, le *Code du travail* prévoit un régime particulier de maintien de service pour certains services publics. Ces services sont énumérés à l'article 111.0.16 du Code qui se lit ainsi :

Dans la présente section, on entend par « service public » :

1^o une municipalité et une régie intermunicipale ;

1.1^o un établissement visé par la Loi sur les services de santé et les services sociaux (chapitre S-4.2) qui n'est pas visé au paragraphe 2^o de l'article 111.2 ;

78. *Ibid.*, p. 11.

79. *Ibid.*, p. 45.

80. *Code du travail*, art. 1)g).

81. *Ibid.*, art. 108.

82. *Code du travail*, art. 106.

83. *Code du travail*, art. 107.

84. *Ibid.*, art. 109

85. *Ibid.*, art. 111.0.15.

1.2° une agence de la santé et des services sociaux ;

2° un établissement et un conseil régional au sens des paragraphes a et f de l'article 1 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux pour les autochtones cris* (chapitre S-5) qui ne sont pas visés au paragraphe 2° de l'article 111.2 ;

3° une entreprise de téléphone ;

4° une entreprise de transport terrestre à itinéraire asservi tels un chemin de fer et un métro, et une entreprise de transport par autobus ou par bateau ;

5° une entreprise de production, de transport, de distribution ou de vente de gaz ou d'électricité ainsi qu'une entreprise d'emmagasinement de gaz ;

5.1° une entreprise qui exploite ou entretient un système d'aqueduc, d'égout, d'assainissement ou de traitement des eaux ;

5.2° un organisme de protection de la forêt contre les incendies reconnu en vertu de l'article 181 de la *Loi sur l'aménagement durable du territoire forestier* (chapitre A-18.1) ;

6° une entreprise d'incinération de déchets ou d'enlèvement, de transport, d'entreposage, de traitement, de transformation ou d'élimination d'ordures ménagères, de déchets biomédicaux, d'animaux morts impropres à la consommation humaine ou de résidus d'animaux destinés à l'équarrissage ;

7° une entreprise de services ambulanciers, la Corporation d'urgence-santé et un centre de communication santé visés par la *Loi sur les services préhospitaliers d'urgence* (chapitre S-6.2) et une entreprise de cueillette, de transport ou de distribution du sang ou de ses dérivés ou d'organes humains destinés à la transplantation ; ou

8° un organisme mandataire de l'État à l'exception de la Société des alcools du Québec et d'un organisme dont le personnel est nommé selon la *Loi sur la fonction publique* (chapitre F-3.1.1).

Les services dits essentiels seront définis par le double critère de la santé ou sécurité du public⁸⁶. Sur recommandation du ministre, le gouvernement peut, par décret, ordonner à un employeur et au syndicat de ce service public de maintenir les ser-

86. M. COUTU, L.L. FONTAINE, G. MARCEAU et U. COIQUAUD, *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*, op. cit., note 77, p. 85.

vices essentiels en cas de grève⁸⁷. Tout lock-out sera interdit dans un service public visé par un tel décret⁸⁸. Dans un service public visé par un tel décret, les parties devront négocier les services essentiels à maintenir en cas de grève et transmettre cette entente à la CRT. À défaut d'entente, le syndicat doit transmettre, à la CRT et à l'employeur, une liste qui détermine quels sont les services essentiels à maintenir dans le service en cause en cas de grève⁸⁹. La CRT évalue alors la suffisance des services qui y sont prévus. Si la CRT juge les services insuffisants, elle peut faire des recommandations aux parties afin de modifier la liste. Elle peut aussi ordonner au syndicat de surseoir à son droit de grève⁹⁰. Un syndicat ne peut déclarer une grève à moins qu'une entente n'ait été transmise à la CRT depuis au moins sept jours ou qu'une liste ne lui ait été transmise (de même qu'à l'employeur)⁹¹.

Selon Coutu *et al.*, la CRT pourra examiner les critères suivants pour évaluer la suffisance des services essentiels : la durée de la grève, la période de la grève, le type d'entreprise en cause, ainsi que les caractéristiques du service offert⁹². Selon ces mêmes auteurs :

En revanche, en aucun cas le droit de grève ne peut être limité pour des motifs tels que l'impact d'une telle action sur l'économie, les inconvénients qui pourront en résulter pour les usagers de certains services, voire ce que l'on appelle de manière large et imprécise l'intérêt public⁹³.

Enfin, l'article 105 du *Code du travail* interdit la grève ou le lock-out aux policiers et aux pompiers à l'emploi d'une municipalité ou d'une régie intermunicipale⁹⁴. Cette interdiction de grève a comme pendant un processus de règlement de différends prévus aux articles 94 à 99.11 du *Code du travail*.

87. *Code du travail*, art. 111.0.17.

88. *Ibid.*, art. 111.0.26.

89. *Ibid.*, art. 111.0.18.

90. *Ibid.*, art. 111.0.19.

91. *Ibid.*, art. 111.0.23.

92. M. COUTU, L.L. FONTAINE, G. MARCEAU et U. COIQUAUD, *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*, *op. cit.*, note 77, p. 86.

93. *Ibid.*

94. *Code du travail*, RLRQ, c. C-27, art. 105.

ii) Les services essentiels en droit fédéral

La définition d'une grève se trouve à l'article 3 du *Code canadien du travail*. Selon le Code canadien, une grève « s'entend notamment d'un arrêt de travail ou du refus de travailler, par des employés agissant conjointement, de concert ou de connivence ». Contrairement au *Code du travail* du Québec, la définition de grève au Code canadien inclut le ralentissement du travail⁹⁵. Par ailleurs, le Conseil canadien des relations industrielles (CCRI) a également reconnu qu'un refus concerté de franchir une ligne de piquetage pouvait constituer une grève⁹⁶.

Nous notons immédiatement une particularité du régime fédéral : les parties ne peuvent déclencher une grève ou déclarer un lock-out tant que la convention collective n'a pas pris fin⁹⁷ et que les mécanismes de règlement des différends prévus au Code canadien n'ont pas tous été utilisés⁹⁸.

Dans les quatre mois précédant l'expiration de la convention collective, l'employeur ou le syndicat peut transmettre à l'autre partie un avis de négociation⁹⁹. Dans les vingt jours suivant l'envoi de l'avis ou dans un délai convenu par les parties, ces derniers doivent se rencontrer pour entamer des négociations de bonne foi et faire tout effort raisonnable pour conclure une convention collective¹⁰⁰. Si les négociations n'ont pas débuté dans le délai fixé par les parties ou si les parties ont négocié collectivement mais n'ont pas réussi à s'entendre, l'une ou l'autre des parties peut envoyer un avis de différend au ministre¹⁰¹. Dans les quinze jours suivant la réception de l'avis, le ministre nomme un conciliateur ou un commissaire-conciliateur, constitue une commission de conciliation ou avise les parties qu'il ne nomme personne et ne constitue pas de commission de conciliation¹⁰². Enfin, l'article 89 (1) impose une « période de réflexion » de vingt-et-

95. *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2.

96. *British Columbia Terminal Elevator Operators' Association et Syndicat international des débardeurs et magasiniers*, 1999 CCRI 6 (CanLII) et *Grain Workers Union, section locale 333, C.T.C. et British Columbia Terminal Elevator Operators' Association*, 2008 CCRI 428.

97. *Code canadien du travail*, art. 88.1 et 89.

98. M. COUTU, J. BOURGAULT et A. DESJARDINS, *Droit fédéral du travail*, 2011, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 299.

99. *Code canadien du travail*, art. 49(1).

100. *Ibid.*, art. 50.

101. *Ibid.*, art. 71.

102. *Ibid.*, art. 72.

un jours après l'action du ministre ou du conciliateur, période durant laquelle la grève et le lock-out sont interdits¹⁰³.

Sauf lorsqu'un lock-out illégal a été déclaré par l'employeur, un syndicat doit donner un préavis d'au moins 72 heures avant le déclenchement d'une grève¹⁰⁴. Le syndicat doit, avant de déclencher une grève, tenir un vote au scrutin secret dans les 60 jours précédant la grève¹⁰⁵.

Le cœur du régime de maintien des services essentiels prévu au Code canadien se trouve à l'article 87.4. Le premier paragraphe de cet article impose une obligation pour le syndicat et les employés de maintenir certaines activités dans la mesure nécessaire pour prévenir des risques imminents et graves pour la santé ou la sécurité du public¹⁰⁶. Au plus tard le quinzième jour suivant l'envoi de l'avis de négociation, l'employeur ou le syndicat peut transmettre à l'autre partie un avis pour l'informer des activités qu'il estime nécessaires pour prévenir ces risques imminents et graves¹⁰⁷. Si les parties s'entendent sur le maintien des services essentiels, une copie de leur entente est déposée au CCRI¹⁰⁸. À défaut d'entente, le CCRI peut trancher toute question relative au maintien des services nécessaires pour prévenir des risques imminents et graves pour la santé ou la sécurité du public¹⁰⁹. Le CCRI peut désigner les activités dont il estime le maintien nécessaire, préciser la manière dont l'employeur, le syndicat et les salariés doivent maintenir les activités et prévoir « la prise de toute mesure qu'il estime indiquée »¹¹⁰. Enfin, à la demande de l'une ou l'autre des parties, le CCRI peut « réexaminer et confirmer, modifier ou annuler une entente, une décision ou une ordonnance »¹¹¹.

Selon le CCRI :

Étant donné que l'article 87.4 peut restreindre considérablement la capacité des parties de négocier librement et de recourir à des sanctions économiques pour appuyer leurs demandes à la table de négo-

103. *Ibid.*, art. 89(1).

104. *Ibid.*, art. 87.2.

105. *Ibid.*, art. 87.3.

106. *Ibid.*, art. 87.4(1).

107. *Ibid.*, art. 87.4(2).

108. *Ibid.*, art. 87.4(3).

109. *Ibid.*, art. 87.4(4).

110. *Ibid.*, art. 87.4(6).

111. *Ibid.*, art. 87.4(7).

ciation, le Conseil estime que cette disposition doit être interprétée avec beaucoup de prudence.¹¹²

Le critère dont tient compte le CCRI est celui du risque imminent et grave pour la sécurité ou la santé de la population. À titre d'exemple, ce risque peut inclure un impact négatif sur les soins de santé, ainsi qu'un sentiment d'impuissance ou d'isolement et des troubles de comportement qui en résulteraient (provoqué, dans un cas précis, par la réduction de service de traversier ayant pour effet d'isoler une population)¹¹³. Le CCRI a aussi estimé qu'une grève ou un lock-out au laboratoire nucléaire de Chalk River pouvait entraîner un risque imminent et grave pour la sécurité ou la santé du public, puisque, selon le CCRI, il serait mauvais que la profession médicale soit obligée de négocier avec d'autres fournisseurs, de déterminer quels patients méritent d'être traités, ou d'être contrainte à opérer sans avoir la gamme complète des outils à sa disposition lorsque la vie des patients est en jeu¹¹⁴.

Or, comme le rappelle le CCRI, « l'application du paragraphe 87.4(1) du Code ne met pas le public à l'abri des difficultés personnelles ou des conséquences pécuniaires, même graves, que peut occasionner un arrêt de travail légal »¹¹⁵. Tel que mentionné précédemment, le CCRI estime que 87.4(1) doit être appliqué avec prudence.

En guise de conclusion, nous reprenons les paroles des auteurs Coutu, Fontaine, Marceau et Coiquaud, paroles qui s'appliquent tant au régime québécois que fédéral :

Il convient de trouver un juste équilibre entre le maintien maximal des services publics et des services essentiels à la santé et à la sécurité publiques et l'exercice du droit de grève, droit fondamental garanti par les normes internationales du travail. Pour atteindre cet équilibre, le législateur a choisi la mise en œuvre d'un critère unique – conforme au droit international du travail – permettant de définir les services essentiels, soit la « santé ou sécurité publique ».¹¹⁶

112. *Ville d'Ottawa et Syndicat uni du transport, section locale 279*, 2009 CCRI 447.

113. *Syndicat canadien des officiers de la marine marchande et Marine Atlantique S.C.C.*, 2004 CCRI 275 (CanLII).

114. *Énergie atomique du Canada Ltée c. Chalk River Nuclear Operators, Power Workers' Union*, 2001 CCRI 122 (CanLII).

115. *Ville d'Ottawa et Syndicat uni du transport, section locale 279*, 2009 CCRI 447.

116. M. COUTU, L.L. FONTAINE, G. MARCEAU et U. COIQUAD, *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*, op. cit., note 77, p. 106.

B- Les divergences entre le droit québécois, le droit fédéral et la PSESA

Selon la Cour suprême, la PSESA portait atteinte aux droits fondamentaux et cette atteinte ne pouvait se justifier en vertu de l'article premier de la Charte. Parmi les éléments problématiques identifiés par la Cour suprême, notons : la définition très large de ce que constitue un service essentiel¹¹⁷, l'interdiction de grève qui s'étend au-delà de la prestation de services essentiels¹¹⁸, l'inexistence d'un processus de règlement des différends¹¹⁹ et l'inexistence de mécanisme pour mettre fin à l'impasse des négociations¹²⁰.

Notons tout d'abord que ni le régime fédéral, ni le régime provincial ne tente de définir tous les services publics comme étant des services essentiels. Au contraire, le *Code du travail* québécois dresse une liste de services publics à son article 111.0.16, sans pour autant dire qu'il s'agit de services essentiels. Ces services peuvent faire l'objet d'un décret, mais ce décret ne s'appliquera qu'aux services essentiels au sein de ce service public, tel que défini par le critère de la santé et de la sécurité du public. Le Code canadien, quant à lui, ne comprend pas de liste. Il appartient au syndicat ou à l'employeur d'envoyer à l'autre partie un avis de ce qu'il estime être essentiel au maintien de la santé et de la sécurité du public.

Par ailleurs, il relève de la compétence de la CRT et du CCRI de trancher toute dispute portant sur la définition de ce que constitue un service essentiel. Conformément, aux recommandations du CLS et contrairement à la PSESA, les régimes fédéral et provincial comportent un mécanisme de renvoi à une instance décisionnelle indépendante, impartiale et efficace pour trancher toute dispute résultant de l'application des dispositions relatives au maintien des services essentiels.

De plus, autant le *Code du travail* québécois que le *Code canadien du travail* prévoient des processus de règlement des

117. *Saskatchewan Federation of Labor c. Saskatchewan*, op. cit., note 5, par. 85.

118. *Ibid.*, par. 91.

119. *Ibid.*, par. 92.

120. *Ibid.*, par. 93.

différends et des mécanismes pour mettre fin à l'impasse lors des négociations.

Bref, les régimes fédéral et provincial sont considérablement différents de la PSESA adoptée par le gouvernement de la Saskatchewan et semblent, de par leur composition législative et par leur mise-en-œuvre par la CRT et le CCRI, refléter les engagements internationaux du Canada.

CONCLUSION

Un examen des dispositions sur les services essentiels du *Code du travail* québécois et le *Code canadien du travail* nous porte à conclure que ces lois ne présentent aucunement les mêmes limitations que la PSESA. De surcroît, ces deux régimes semblent conformes aux engagements internationaux du Canada. Ainsi, il est probable que si ces dispositions avaient été portées devant la Cour de la même manière dont fut portée la PSESA, l'issue du litige aurait été différente.

La Cour suprême a donc saisi une occasion propice pour continuer à développer la portée de l'article 2)d), développement qui a réellement débuté il y a trente ans avec la dissidence du juge Dickson précitée. Sous la plume de la juge Abella, la Cour a constitutionnalisé le droit de grève. Or, que signifie une telle constitutionnalisation ?

Pendant les années qui ont suivi l'arrêt *Health Services*¹²¹, un débat a divisé la communauté juridique sur la portée à donner à cette décision. Le droit de négocier collectivement était maintenant constitutionnalisé au sein du droit d'association. Devait-on interpréter ce droit de façon étroite ou élargie ? Dans *Fraser*, la Cour suprême a décidé que *Health Services* ne signifiait pas que les travailleurs avaient droit à un régime particulier de négociation collective¹²². Or, dans l'arrêt *Police Montée*, la Cour semble aller plus loin, accordant une portée large au droit de négocier collectivement. Dans *Saskatchewan*, cette portée va jusqu'à inclure une protection de la grève comme partie intrinsèque du régime de négociation.

121. *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391.

122. *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, [2011] 2 R.C.S. 3.

Health Services démontre que l'effet de la constitutionnalisation d'un droit n'est pas clair au moment de sa constitutionnalisation.

L'arrêt *Saskatchewan Federation of Labour* a été rendu dans un contexte de négociation dans le secteur public. Il portait sur le maintien des services essentiels. Or, comment appliquer les principes développés dans *Saskatchewan* au droit de grève dans le secteur privé ? Si la PSESA a été invalidée, ce n'est pas parce que l'objectif poursuivi par la loi n'était pas légitime, mais bien parce qu'elle ne présentait pas les éléments jugés essentiels par la Cour pour conclure que l'atteinte était proportionnelle. Ainsi, par analogie, nous pouvons prétendre qu'une atteinte au droit de grève dans le secteur privé serait contraire à 2)d). Toutefois, les régimes de relations de travail, tant fédéral que provinciaux, prévoient des mécanismes de résolution des impasses. La question du droit absolu de l'employeur pour déterminer les services à maintenir ne se pose pas.

Nous pouvons, au plus, spéculer sur l'application que pourraient faire les tribunaux de l'arrêt *Saskatchewan* lorsqu'il serait question par l'employeur de limiter indirectement le droit de grève en faisant usage, notamment, de briseurs de grève. De la même manière, nous pouvons imaginer que *Saskatchewan* pourrait entraîner un élargissement de l'interprétation des dispositions anti-briseurs de grève prévues à la loi. Le tout demeure toutefois purement spéculatif.

Dans le secteur public, à première vue, l'impact semble minimal. Rappelons les paroles de la Cour suprême qui reprend les paroles du juge de première instance à l'effet que : [traduction] « le principe selon lequel il est inacceptable de mettre en péril la santé et la sécurité d'autrui pour régler un différend lors d'une négociation collective dans le secteur public est bien établi au Canada »¹²³. L'arrêt *Saskatchewan* ne semble pas changer cet état de droit.

Une question controversée demeure. Si le droit de grève est constitutionnalisé, qu'en est-il du lock-out ? Le lock-out est généralement perçu comme le pendant patronal du droit de grève syndical. À cet effet, son existence même peut être vu comme une

123. *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, *op. cit.*, note 5, par. 92.

façon d'atteindre un équilibre des forces lorsqu'une partie a le droit de cesser collectivement de travailler pour faire pression sur l'autre. Vu l'importance accordée par la Cour suprême à l'équilibre de force des parties dans l'appréciation de la protection constitutionnelle de la grève, nous soupçonnons qu'un tribunal aura sous peu à trancher de la protection à accorder au lock-out.

Quel est donc l'impact réel de l'arrêt *Saskatchewan* ? Seul le temps le dira.

BIBLIOGRAPHIE

Articles, chapitres et monographies

- BEN-ISRAEL, Ruth, *International Labour Standards: The Case of Freedom to Strike*, Norwell, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1988.
- COUTU, Michel, Julie BOURGAULT et Annick DESJARDINS, *Droit fédéral du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011.
- COUTU, Michel, Laurence Léa FONTAINE, Georges MARCEAU et Urwana COIQUAUD, *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013.
- DUPLESSIS, Isabelle, « La Déclaration de l'OIT relative aux droits fondamentaux au travail. Une nouvelle forme de régulation efficace ? », (2004) 59(1) *Relations industrielles* 52.
- HEPPLE, Bob, *The Right to Strike in an International Context*, présentation à la University of Toronto, 5 décembre 2009.
- MURRAY, Jill, « Labour rights / Corporate Responsibilities: the Role of ILO Labour Standards », dans Rhys JEANKINS, Ruth PEARSON et Gill SEYFANG (dir.), *Corporate Responsibility and Labour Rights*, 2002, Earthscan, Londres.
- Organisation internationale du travail, Bureau international du travail, *La liberté syndicale : Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT*, 5^e éd., 2006, Genève.
- SERVAIS, Jean-Michel, *Normes internationales du travail*, Paris, L.G.D.J., 2004.
- TALARICO, Andrea, *Code de conduite et droit d'association : une étude exploratoire du secteur du textile*, Mémoire présenté en vue de l'obtention du grade de maîtrise en droit, Université de Montréal, 2010.

Décisions

- British Columbia Terminal Elevator Operators' Association et Syndicat international des débardeurs et magasiniers*, 1999 CCRI 6 (CanLII) et *Grain Workers Union, section locale 333, C.T.C. et British Columbia Terminal Elevator Operators' Association*, 2008 CCRI 428

Énergie atomique du Canada Ltée c. Chalk River Nuclear Operators, Power Workers' Union, 2001 CCRI 122 (CanLII).

Edwards v. Canada, [1930] A.C. 124.

Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique, [2007] 2 R.C.S. 391.

Ontario (Procureur général) c. Fraser, [2011] 2 R.C.S. 3.

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103.

Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan, 2015 CSC 4.

Syndicat canadien des officiers de la marine marchande et Marine Atlantique S.C.C., 2004 CCRI 275 (CanLII).

Ville d'Ottawa et Syndicat uni du transport, section locale 279, 2009 CCRI 447.

Décisions internationales

Cas n° 1954 (Côte d'Ivoire), Rapport n° 311, novembre 1998, Comité de la liberté syndicale.

Cas n° 2060 (Danemark), Rapport n° 324, mars 2001, Comité de la liberté syndicale.

Cas n° 2195 (Philippines), Rapport n° 329, novembre 2002, Comité de la liberté syndicale.

Cas n° 2803 (Canada), Rapport n° 360, juin 2011, Comité de la liberté syndicale.

Instruments internationaux

Organisation des Nations Unies, *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 1966.

Organisation des Nations Unies, *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 1966.

Organisation des Nations Unies, *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, adoptée le 10 décembre 1948.

Métadonnées : Plaidoyer pour des mal aimées et des incomprises

Patrick GINGRAS et François SENÉCAL

Résumé

Les métadonnées sont les mal aimées et les incomprises des documents technologiques. Malgré toute la richesse documentaire qu'elles comportent, elles sont souvent laissées pour compte tant par la jurisprudence et la doctrine que les juristes. Une meilleure compréhension de leur nature, de leur pertinence, voire même de leur nécessité, notamment en matière de preuve, assurerait un droit plus stable et prévisible, et surtout, mieux arrimé aux réalités technologiques.

Le présent article vise, dans un premier temps, à démystifier les métadonnées rattachées aux documents technologiques et à identifier les risques afférents à la perte ou la modification de ces métadonnées lors de la reproduction du document auxquelles elles sont rattachées. Dans un second temps, à l'aide d'exemples d'application, notamment jurisprudentiels, les auteurs exposent l'utilité de métadonnées pour démontrer l'intégrité des documents technologiques et pour établir un lien entre un document technologique et une personne, un évènement ou une activité.

Métadonnées : Plaidoyer pour des mal aimées et des incomprises

Patrick GINGRAS et François SENÉCAL*

INTRODUCTION	253
I. Qui sont-elles ?	257
A. Concrètement, de quoi parlons-nous ?	259
1. Les métadonnées internes au document technologique	262
2. Les métadonnées externes au document technologique	272
B. Faut-il nécessairement les conserver ?	274
1. Le document technologique résultant d'une copie	277
2. Le document technologique résultant d'un transfert	281
II. À quoi peuvent-elles servir : exemples d'application. . .	288
A. La démonstration de l'intégrité du document technologique	289

* Patrick Gingras, LL.M., M.B.A., est avocat et agent de marques de commerce au ministère de la Justice du Québec. François Senécal, LL.M., est avocat au sein de l'équipe Gestion de l'information et administration de la preuve électronique chez KPMG S.E.N.C.R.L. Les opinions exprimées dans le présent article n'engagent que les auteurs et ne représentent pas nécessairement celles de leurs employeurs respectifs.

B. L'établissement d'un lien entre un document technologique et une personne, un évènement ou une activité	295
CONCLUSION	302
GLOSSAIRE	303

*J'ai besoin qu'on m'aime
Mais personne ne comprend
Ce que j'espère et que j'attends
Qui pourrait me dire qui je suis ?
Et j'ai bien peur
Toute ma vie d'être incompris
Car aujourd'hui : je me sens mal aimé¹*

INTRODUCTION

Bien qu'elles existaient déjà avant l'arrivée des supports technologiques², les métadonnées ont suscité, et suscitent toujours, de nombreuses interrogations³, notamment en matière de preuve.

Qui sont-elles exactement ? De quoi sont-elles composées ? Font-elles partie intégrante du document technologique⁴ ? L'oubli ou la décision de ne pas en tenir compte lors de la reproduction d'un document technologique peut-il avoir un impact sur l'intégrité du document et, incidemment, son admissibilité en preuve ?

1. *Le mal aimé*, auteur : Terry DEMPSEY, traduction/adaptation : Eddy MARNAY (1974), notamment popularisée par Claude FRANÇOIS, en ligne : <<https://www.youtube.com/watch?v=Ls6GdDjMcrk>>.
2. Bernard STIEGLER, « Pharmacologie des métadonnées », dans Bernard STIEGLER, Alain GIFFARD et Christian FAURÉ, *Pour en finir avec la mécroissance : quelques réflexions d'Ars Industrialis*, Paris, Flammarion, 2009, p. 87-88 : « [I]es premières métadonnées connues sont très anciennes : elles remontent à la Mésopotamie, où les assyriologues ont découvert que les tablettes d'argile supportant des caractères cunéiformes, et que l'on a retrouvées en masse dans les vallées du Tigre ou de l'Euphrate, étaient en général rangées dans des paniers d'osier, le contenu de chaque panier étant décrit par une tablette où étaient inscrites des métadonnées catégorisant les données contenues dans le panier. » Voir aussi : François SENÉCAL, « Du témoin à l'écrit ; du papier à l'électronique : la notion de faux en toile de fond », (2014) 26(1) *Cahiers de propriété intellectuelle* 161, en ligne : <<http://lccjti.ca/doctrine/senecal-notion-faux>> ; et Vincent GAUTRAIS, *Preuve technologique*, LexisNexis, Montréal, 2014, 411 p., par. 162 et s.
3. Entre autres à l'égard de la vie privée. À ce sujet, voir notamment : COMMISSARIAT À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, *Métadonnées et vie privée : Un aperçu technique et juridique*, octobre 2014, en ligne : <https://www.priv.gc.ca/information/research-recherche/2014/md_201410_f.asp> ; et INFORMATION AND PRIVACY COMMISSIONER ONTARIO, *A Primer on Metadata: Separating Fact from Fiction*, juillet 2013, en ligne : <<http://www.privacybydesign.ca/content/uploads/2013/07/Metadata.pdf>>.
4. Aux fins du présent article, nous discuterons uniquement des métadonnées se rattachant aux documents technologiques, et non de celles afférentes aux documents papier et ce, dans un seul contexte de preuve.

De même, peuvent-elles être utiles en preuve – peuvent-elles permettre de démontrer l'intégrité du document technologique auxquelles elles sont rattachées ou d'établir un lien entre celui-ci et son auteur ?

Toutes ces questions, et bien d'autres d'ailleurs, valent leur pesant d'or au moment où, d'une part, bon nombre de documents commerciaux et des communications entre les citoyens sont créés ou effectués par des moyens technologiques mais où, d'autre part, la littératie, les outils de gestion documentaire et le cadre juridique ne sont pas suffisamment développés ou accessibles à l'ensemble des justiciables. La certitude devant qualifier l'état du droit n'est malheureusement pas à la hauteur de la prégnance du médium technologique – et de ses métadonnées – dans la société.

Alors que les métadonnées peuvent, dans les faits, bien souvent permettre à un juriste aguerrri d'entrevoir un filon⁵ lui permettant d'étayer, d'un point de vue factuel, sa preuve⁶ et même de faciliter la démonstration de son authenticité, la question des métadonnées est généralement ignorée ou rapidement écartée⁷. À ce jour, les juristes semblent préférer utiliser comme preuve un document technologique ayant fait l'objet d'une reproduction sur un support papier bien souvent au détriment des métadonnées que comporte un document technologique dans son format d'origine, dit le format natif⁸. Par ailleurs, le recours au témoignage semble aussi être fréquemment utilisé pour démontrer l'authen-

5. Comme le souligne Vincent GAUTRAIS, « [l]a voie de l'avenir passe sans aucun doute par une meilleure considération probatoire des métadonnées liées aux documents technologiques, et ce, encore une fois, en dépit du silence de la [Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information] ». Vincent GAUTRAIS, *supra*, note 3, par. 164.

6. Le cas classique, et quelque peu risible est celui d'un assuré qui demande un remboursement de la valeur de biens prétendument volés à son assureur et, ce faisant, transmet des photographies numériques où, à la suite de la consultation des métadonnées, l'assureur constate que la date de prise des photographies est postérieure à la déclaration de vol. *Scallon c. Desjardins Assurances générales*, 2013 QCCQ 3497. Voir aussi : Belinda GRANT GEARY, « EXCLUSIVE : Daredevil photographer dubbed 'Spiderman' who boasted of his 'pursuit of art in the face of death' STOLE gear he used to take the amazing pictures », *Daily Mail Australia*, 9 juillet 2015, en ligne : <<http://www.dailymail.co.uk/news/article-3153049/Daredevil-photographer-dubbed-Spiderman-boasted-pursuit-art-face-death-took-amazing-pictures-15-000-worth-STOLEN-equipment.html>>.

7. Voir notamment : *Stadacona, s.e.c. / Papier White Birch c. KSH Solutions inc.*, 2010 QCCS 2054, concernant des échéanciers de travaux ayant fait l'objet de reproductions par le mode de transfert, soit un enregistrement dans un format PDF.

8. À titre d'exemple, voir : *Sécurité des Deux-Rives ltée c. Groupe Meridian construction restauration inc.*, 2013 QCCQ 1301, concernant un courriel ayant fait l'objet d'une impression sur une feuille de papier.

ticité d'un document technologique, lequel s'avère bien souvent dépourvu de ses métadonnées et où, dans certains cas, celles-ci auraient pu être d'une utilité certaine⁹. Force est toutefois d'admettre qu'en pratique, nous avons, à ce jour, répertorié peu de décisions où l'absence des métadonnées semble avoir été problématique ou désavantageuse pour l'une des parties¹⁰ – l'admissibilité de la preuve se faisant généralement de consentement entre les parties. Néanmoins, le passé n'est pas garant de l'avenir.

Considérant la jurisprudence peu bavarde¹¹ et la doctrine un tantinet timide¹² à l'égard des métadonnées (notamment puisque

9. À titre d'exemples, voir : *Richard c. Gougoux*, 2009 QCCS 2301 et *Vandal c. Salvas*, 2005 CanLII 40771, concernant des courriels ayant fait l'objet d'une reproduction par le mode de transfert, soit une impression sur une feuille de papier ; *Lefebvre Frères ltée c. Giraldeau*, 2009 QCCS 404, concernant des extraits d'agendas électroniques ayant fait l'objet d'une reproduction par le mode de transfert, soit une impression sur une feuille de papier ; *Commission scolaire de la Beauce-Etchemin c. Syndicat du personnel de soutien de la commission scolaire de la Beauce-Etchemin*, 2014 QCSAT 58472 concernant une photographie numérique ayant fait l'objet d'une reproduction par le mode de transfert, soit une impression sur une feuille de papier.
10. Voir : *Deslauriers Jeansonne, s.e.n.c. c. Panther Publications inc.*, 2011 QCCQ 4293 ; *Protection de la jeunesse – 112213*, 2011 QCCQ 10222, par. 21 et 70 ; *Kuwait Airways Corporation c. Iraqi Airways Company*, 2011 QCCS 6365 ; *Demian c. Teesdale*, 2011 QCCS 4686, par. 23 ; et *George c. Montréal (Ville de)*, 2015 QCCQ 4314, par. 11 et suiv., concernant des modifications qui auraient été apportées à des documents, dont des courriels. Voir aussi : *Stadacona, s.e.c./Papier White Birch c. KSH Solutions inc.*, *supra*, note 7 ; *TD General Insurance Company v. Matei*, 2015 CanLII 39150, par. 30 ; et *GLP Paysagiste inc. c. Thibodeau*, 2015 QCCQ 6970, par. 37.
11. Voir notamment : *Richard c. Gougoux*, *supra*, note 9 ; *Stadacona, s.e.c./Papier White Birch c. KSH Solutions inc.*, *supra*, note 7 ; et *Sécurité des Deux-Rives ltée c. Groupe Meridian construction restauration inc.*, *supra*, note 8.
12. Voir notamment : Éric DUNBERRY, *La preuve et l'archivage des documents électroniques*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, 148 p., notamment à la page 20, en ligne : <<http://edoctrine.caij.qc.ca/wilson-et-lafleur-livres/99/469473649/>> ; Jean-François DE RICO et Dominic JAAR, « Le cadre juridique des technologies de l'information », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau 2009*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 3, en ligne : <<http://edoctrine.caij.qc.ca/congres-du-barreau/2009/1733703430/>> ; Dominic JAAR et François SENÉCAL, « Déontologie : les obligations de l'avocat face aux technologies de l'information », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 101, en ligne : <<http://edoctrine.caij.qc.ca/developpements-recents/323/368006724/>> ; Nicolas W. VERMEYS et Patrick GINGRAS, « Je tweet, tu clavardes, il blogue : les aléas juridiques de la communication électronique », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 5, p. 38, en ligne : <<http://edoctrine.caij.qc.ca/developpements-recents/335/368038435/>> ; Patrick GINGRAS et Nicolas W. VERMEYS, *Actes illicites sur Internet : qui et comment poursuivre*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, 174 p., p. 58 et s. ; Susan WORTZMAN *et al.*, *E-Discovery in Canada*, Montréal, LexisNexis, 2011, p. 159 ;

nous croyons que certaines difficultés en amont accompagnent et expliquent cette paucité¹³), il nous semble opportun de plaider en leur faveur quant aux avantages qu'elles peuvent offrir en matière de preuve¹⁴ – quand elles ne sont pas tout simplement nécessaires¹⁵. Ces métadonnées que nous considérons aux fins des

Pierre TRUDEL, *Introduction à la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, 360 p., p. 36 et s. ; Gilles DE SAINT-EXUPÉRY, « Le document technologique original dans le droit de la preuve au Québec », Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2012, 161 p., p. 96 et p. 120, en ligne : <<http://lccjti.ca/doctrine/de-saint-exupery-g-le-document-technologique-original-dans-le-droit-de-la-preuve-au-quebec/>> ; Vincent GAUTRAIS et Patrick GINGRAS, « La preuve des documents technologiques », (2012) *Congrès annuel du Barreau*, p. 29, en ligne : <<http://edoctrine.caij.qc.ca/congres-du-barreau/20012/1755866973>> ; Vincent GAUTRAIS, « TIC + TAQ et preuve technologique », vol. 363 – *Le TAQ d'hier, d'aujourd'hui et de demain – 15e anniversaire du TAQ* (2013), p. 123, en ligne : <<http://edoctrine.caij.qc.ca/developpements-recents/363/368125890>> ; François SÉNÉCAL et Gilles DE SAINT-EXUPÉRY, « Chronique – Démontrer l'authenticité des documents électroniques », dans *Preuve et Procédure civile en bref*, n° 14, Cowansville, Éditions Yvon Blais, octobre 2013, en ligne : <<http://lccjti.ca/doctrine/senecal-f-et-de-saint-exupery-g-chronique-demontrer-lauthenticite-des-documents-electroniques>> ; Nicolas VERMEYS, Julie M. GAUTHIER et Sarit MIZHARI, *Étude sur les incidences juridiques de l'utilisation de l'infonuagique par le gouvernement du Québec*, étude présentée au Conseil du Trésor du Québec, 2014, 191 p., p. 94, en ligne : <<http://www.cyberjustice.ca/wordpress/wp-content/uploads/2014/08/C3%89tude-sur-les-incidences-juridiques-de-lutilisation-de-linfonuagique-par-le-gouvernement-du-Qu%C3%A9bec.pdf>> ; Patrick GINGRAS et Éloïse GRATTON, « Accéder ou ne pas accéder au matériel informatique de son employé, telle est la question », dans *Service de la formation continue du Barreau du Québec*, vol. 383, *Développements récents en droit du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 35, p. 43, en ligne : <<http://edoctrine.caij.qc.ca/developpements-recents/383/368185469>> ; BARREAU DU QUÉBEC, *Guide des TI – Métadonnées*, 24 juillet 2014, en ligne : <<http://guideti.barreau.qc.ca/documents/metadonnees/>> ; et Vincent GAUTRAIS, *supra*, note 2, par. 162 et s.

13. Notamment la méconnaissance des métadonnées et de la technologie en général par les juristes. À ce sujet, voir notamment : Dominic JAAR et François SÉNÉCAL, *supra*, note 12, p. 83.
14. À cet égard, nous ne discuterons pas dans le présent article des questions afférentes aux métadonnées et au devoir de confidentialité, ainsi qu'au secret professionnel. Sur ces questions, voir notamment : Claude MARSEILLE, « L'utilisation du courrier électronique à la lumière de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information », (2002) 5 *Bulletin de prévention* 1, 2, en ligne : <<http://lccjti.ca/doctrine/marseille-bulletin-prevention/>> ; AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Formal Opinion 06-442: Review and Use of Metadata*, August 5, 2006, en ligne : <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/YourABA/06_442.authcheckdam.pdf> ; Michel TÉTRAULT, *La preuve électronique en droit de la famille : ses effets sur le praticien*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, 224 p., p. 28 et s. ; Dominic JAAR et François SÉNÉCAL, *supra*, note 13 ; ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Lignes directrices pour un exercice du droit conforme à la déontologie dans le cadre des nouvelles technologies de l'information*, 2014, en ligne : <http://www.cba.org/abc/activities_f/pdf/guidelines-fr.pdf> ; et BARREAU DU QUÉBEC, *supra*, note 12. Voir aussi : *R. v. A.B.*, 2014 NLCA 8.
15. *Sécurité des Deux-Rives ltée c. Groupe Meridian construction restauration inc.*, *supra*, note 8, par. 66.

présentes, comme des mal aimées et des incomprises, feront dans le présent article, tout comme ce fut le cas pour Goldorak¹⁶, l'objet d'une certaine démystification.

Dans un premier temps, nous statuerons sur ce que nous entendons par les métadonnées (I.). Pour ce faire, nous les considérerons en tenant compte de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*¹⁷, ci-après la « LCCJTI », et en les catégorisant comme étant internes ou externes au document technologique (I.A.). Par la suite, la question de la nécessité de conserver ces métadonnées, conséquence directe de l'obligation de maintenir l'intégrité d'un document technologique au cours de son cycle de vie, sera abordée¹⁸ (I.B.).

Dans un second temps, nous démontrerons comment les métadonnées peuvent être utiles, voire nécessaires, à un juriste pour démontrer l'authenticité d'un document (II.), à savoir son intégrité (II. A.) et l'établissement d'un lien entre un document technologique et une personne, un évènement ou une activité (II. B.). Bien évidemment, cet exercice prendra place dans un esprit tant soit peu critique au regard de la jurisprudence disponible à ce jour.

I. Qui sont-elles ?

Beaucoup d'informations peuvent être regroupées sous le vocable des métadonnées. Afin de comprendre l'apport qu'elles peuvent avoir en matière de preuve, il importe, dans un premier temps, de définir concrètement ce que nous entendons par ces métadonnées (A.). Nous avons choisi, aux fins du présent article, de catégoriser les métadonnées en fonction d'un seul critère, à savoir si elles sont internes (A.1.) ou externes (A.2.) au document auquel elles se rattachent¹⁹.

16. « *Il arrive du fond du temps, Comme un soleil éblouissant, Qui est-il ? D'où vient-il ?, Ce merveilleux génie, De l'infini* ». Extrait de la chanson thème de l'émission Goldorak, *Goldorak le Grand*, interprète : NOAM, auteur : Pierre DELANOË, compositeur : Pascal AURIAT, notamment disponible en ligne : <<https://www.youtube.com/watch?v=qK3hdIK3HKY>>.

17. RLRQ, c. C-1.1, ci-après la « LCCJTI ».

18. Art. 6 (2) LCCJTI.

19. Cette classification fut notamment évoquée dans les décisions *Wenzel Downhole Tools Ltd. c. National-Oilwell Canada Ltd.*, 2011 CF 1323 ; *Sangha v. Reliance Investment Group Ltd.*, 2011 BCSC 1324, par. 325 ; de même que dans : Susan WORTZMAN *et al.*, *supra*, note 12, p. 159 ; François SENÉCAL et Gilles DE SAINT-EXUPÉRY, *supra*, note 12 ; et Vincent GAUTRAIS, *supra*, note 2,

Dans un second temps, considérant que l'intégrité d'un document doit être maintenue au cours de son cycle de vie²⁰, nous développerons sur la nécessité de les conserver puisque la perte de celles-ci, en tout ou en partie, lors de la reproduction du document technologique auquel elles sont rattachées aura potentiellement une incidence sur le maintien de l'intégrité de ce document et pourrait, de ce fait, affecter son admissibilité en preuve (B.). À cet égard, cette nécessité sera tout particulièrement étudiée en lien avec les métadonnées internes au document technologique ayant fait l'objet d'une reproduction par l'un des deux modes prévus à

par. 162. D'un point de vue plus technique, voir : Wikipedia, *File format*, en ligne : <http://en.wikipedia.org/wiki/File_format>.

Bien que nous sommes conscients qu'il existe d'autres façons de catégoriser les métadonnées et que la présente catégorisation puisse sembler simpliste, elle s'avère opportune et suffisante quant à l'objet du présent article.

Nous référerons toutefois, à quelques reprises, à d'autres classifications basées selon les fonctions des métadonnées. À cet égard, les auteures Françoise BANAT-BERGER et Anne CANTEAUT classent les métadonnées selon qu'elles sont descriptives, contextuelles, de gestion ou techniques. Les métadonnées descriptives, ou de contenu, sont celles qui permettent de comprendre, par exemple, la structure d'une base de données et des divers champs qui la composent. Les métadonnées contextuelles renseignent sur la provenance et l'historique du document. Les métadonnées de gestion identifient les dates de versement au système, le nom des personnes impliquées, etc., et enfin, les métadonnées techniques sont celles permettant d'identifier le formatage des données afin de pouvoir reprogrammer l'interpréteur. Françoise BANAT-BERGER et Anne CANTEAUT, « Intégrité, signature et processus d'archivage », dans Stéphanie LACOUR (dir.), *La Sécurité aujourd'hui dans la société de l'information*, Actes des séminaires de recherche du programme Asphales ACI Sécurité informatique 2004-2007, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 213, p. 221.

Par ailleurs, BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, *Le gouvernement*, « Que sont les métadonnées ? », en ligne : <<http://www.collectionscanada.gc.ca/gouvernement/002/007002-5001.2-f.html>>, fait mention de trois catégories de fonctions : descriptives, structurelles et administratives. L'auteur Stephen MASON, dans *Electronic Evidence*, (3d ed.), LexisNexis, 2012, p. 34 et s., utilise ces mêmes catégories. Les métadonnées descriptives décrivent la ressource informationnelle en vue d'une finalité particulière, soit par exemple pour la production d'éléments de preuve, tels : titre, mots clés, nom prétendu de l'auteur, etc. Il précise par ailleurs que « [t]o understand the history of the document more fully, it would be necessary to obtain the underlying information about how and when the system recorded the name of the purported author », comme quoi les métadonnées ne font pas non plus preuve d'elles-mêmes. Les métadonnées structurelles décrivent comment divers éléments sont reliés entre eux. À cet égard, nous traiterons de ces métadonnées à la sous-section I.B.2. Enfin, les métadonnées administratives sont celles qui facilitent ou permettent la gestion des ressources informationnelles : gestion des droits (droits d'accès, etc.) ou gestion documentaire (cote attribuée en fonction du plan de classification, localisation, période de conservation, etc.).

Enfin, la norme ISO-15489 Information et documentation – « Records management » – Partie 1 : Principes directeurs définit les métadonnées de façon fonctionnelle comme des « données décrivant le contexte, le contenu et la structure des documents ainsi que leur gestion dans le temps ».

20. Art. 6(2) LCCJTI.

l'article 2841 al. 1 C.c.Q., à savoir la copie (B.1.) et le transfert (B.2.).²¹

A. Concrètement, de quoi parlons-nous ?

Le terme « métadonnée » signifie « donnée à propos d'une donnée ». Selon Le Grand dictionnaire terminologique de l'Office québécois de la langue française, les métadonnées sont des « donnée[s] qui renseigne[nt] sur la nature de certaines autres données et qui permet[tent] ainsi leur utilisation pertinente »²². Plus encore,

[d]ans la perspective des entrepôts de données, les métadonnées sont un élément primordial et sont destinées à diverses catégories d'utilisateurs. Elles permettent notamment de connaître l'origine et la nature des données stockées dans l'entrepôt, de comprendre comment elles sont structurées, de savoir comment y avoir accès et comment les interpréter, de connaître les différents modèles de données en présence et les règles de gestion de ces données.²³

Similairement, la norme américaine ANSI-ARMA, 19-2012, *Policy Design for Managing Electronic Messages* définit les métadonnées comme une :

[s]tructured information that describes, explains, locates, or otherwise makes it easier to retrieve, use, or manage an information resource. [Nos soulignés]

Outre quelques mentions que l'on retrouve de façon parcimonieuse et applicables à des situations particulières²⁴, très peu de

21. Art. 2841 C.c.Q.

22. OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Grand dictionnaire terminologique*, en ligne : <http://www.granddictionnaire.com/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=8869869>.

23. *Ibid.* Voir aussi : *Warman v. National Post Company*, 2010 ONSC 3670, par. 116 à 118.

24. Voir : *Loi sur les impôts*, RLRQ, c. I-3, Partie 7 (art. 1029.8.36.0.0.13), *Mineral Disposition Regulations*, 1986, Sask Reg 30/86, *The Mineral Tenure Registry Regulations*, RRS, c C-50.2 Reg 27, *Mineral Exploration Incentive Regulations*, RRS c. E-9.10001 Reg 1, *Normes de prestation relatives à l'exercice de la profession d'arpenteur-géomètre*, Règl de l'Ont 216/10, *Water Taking and Transfer*, O Reg 387/04, *Règlement sur le Programme d'aide à la prospection*, Règl du Man 165/92, *Règlement de 1992 sur les aliénations minières et les baux miniers*, Règl du Man 64/92, *Règlement de 1992 sur les minéraux de carrière*, Règl du Man 65/92. Par ailleurs, sans définir ce que l'on entend par métadonnées, le *Règlement sur les documents et informations électroniques*, DORS/2014-117, pris en vertu de la *Loi sur le ministère de l'emploi et du développement social*, LC 2005, c 34, énonce certaines règles quant à la transmission et la conservation des documents et informations électroniques.

lois et de règlements au Canada traitent expressément des métadonnées. À cet égard, soulignons que les règles de procédure de l'Ontario²⁵ réfèrent aux principes de Sedona Canada²⁶ et, par inférence, incluent la notion de métadonnées.

À notre connaissance, seule la Nouvelle-Écosse, dans ses règles de procédure civile, énonce dans la définition de « renseignements électroniques » des exemples, non limitatifs, de ce que l'on entend par les métadonnées :

Enregistrement numérique qui est perçu à l'aide d'un ordinateur en tant que texte, tableau, image, son ou autre élément intelligible ; y sont assimilés les métadonnées associées à l'enregistrement et un enregistrement produit par un ordinateur traitant des données, tout ce qui suit constituant des exemples de renseignements électroniques :

(i) un courriel, y compris une pièce jointe et les métadonnées dans les champs en-têtes indiquant des renseignements tels que l'historique du message et des renseignements concernant l'existence d'une copie muette,

(ii) un fichier de traitement de textes, y compris ses métadonnées telles que les dates de création, de modification et d'accès ainsi que les renseignements concernant l'impression et les données relatives à la préédition de brouillons antérieurs,

(iii) un fichier sonore, y compris ses métadonnées telles que la date de l'enregistrement,

(iv) de nouveaux renseignements que produira une base de données apte à traiter ses données de sorte à produire ces renseignements. (electronic information). [Nos soulignés]²⁷

25. *Rules of Civil Procedure*, RRO 1990, Reg 194, art. 29.1.03(4).

26. SEDONA CANADA, *Les Principes de Sedona Canada : L'administration de la preuve électronique*, 2008, 60 p., en ligne : <https://lexum.com/e-discovery/documents/LesPrincipesdeSedonaCanada200801.pdf>.

27. Art. 14.02 (1) des *Règles de procédure civile de la Nouvelle-Écosse*, Nova Scotia Civil Procedure Rules, Royal Gaz Nov 19, 2008. Voir aussi : *Laushway v. Messervey*, 2013 NSSC 47, par. 17 ; et *Laushway v. Messervey*, 2014 NSCA 7, par. 31 et s. Par ailleurs, sans employer le terme « métadonnée », la LCCJTI traite des « renseignements conservés avec le document lorsqu'ils garantissent les date, heure, minute, seconde de l'envoi ou de la réception et l'indication de sa provenance et sa destination » à son article 31 al. 3, la *Loi visant à promouvoir l'efficacité et la capacité d'adaptation de l'économie canadienne par la réglementation de certaines pratiques qui découragent l'exercice des activités commerciales par voie électronique et modifiant la loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, la loi sur la concurrence, la loi sur la protection des renseignements*

Considérant tout ce qui précède, il nous semble qu'une métadonnée peut être entendue d'une information qui explique le contexte d'un document²⁸, d'un événement ou d'une activité²⁹. Bref, c'est une information au sujet d'un document, d'un événement ou d'une activité que l'on peut considérer de la nature d'un fait juridique qu'une partie à un litige pourrait, par hypothèse, souhaiter utiliser en preuve.

Les métadonnées peuvent être créées par une personne ou être automatiquement générées par un logiciel, une application ou un système. Elles peuvent se retrouver dans le document technologique lui-même et en faire partie intégrante – ce sont les métadonnées internes (A-1.). Elles peuvent également se retrouver dans un autre document technologique, tels une base de registre, un fichier de journalisation ou une base de données permettant de les rattacher aux documents qu'elles concernent – ce sont les métadonnées externes (A-2.). Une acception un peu plus large de la notion de métadonnée permet également d'y inclure les informations générées à la suite de l'utilisation d'une technologie par une personne, permettant ainsi de situer un événement ou une activité (qui, quoi, où, quand et comment)³⁰. Dans ce contexte, elles débordent alors du sens purement « documentaire » mais,

personnels et les documents électroniques et la loi sur les télécommunications, LC 2010, c 23, traite des données de transmission à son article 1, et la *Loi sur la protection des Canadiens contre la cybercriminalité*, LC 2014, c 31, traite aussi des données de transmission et de localisation à son article 20.

28. « [Metadata [...] describes certain properties of electronically stored documents that are automatically assigned to the document through the computer operating system and the application used to create the documents. Metadata can indicate properties such as the date a document was created or modified on a computer. [...] ». *Camco Corporation v. The Queen*, 2014 TCC 45, par. 60.

« [...] il arrive souvent que les logiciels de traitement de texte génèrent automatiquement des fichiers temporaires permettant aux analystes de reconstituer l'élaboration d'un fichier et d'avoir accès à des renseignements indiquant qui a créé le fichier et qui y a travaillé. [...] »

[Notre souligné] *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, par. 42.

Voir aussi : *Imperial Tobacco Canada Limited c. La Reine*, 2013 CCI 144, par. 36 ; *Dosanjh v. Leblanc and St. Paul's Hospital*, 2011 BCSC 1660, par. 36 ; *R. v. Pan*, 2014 ONSC 6055, par. 82 et 83 ; et *Merpaw v. Hyde*, 2015 ONSC 1053, par. 44 et s.

29. « [...] la plupart des navigateurs utilisés pour consulter Internet sont programmés pour conserver automatiquement des renseignements concernant les sites Web que l'utilisateur a visités dans les semaines précédentes, ainsi que les syntagmes de recherche qu'il a utilisés pour y accéder. Normalement, ces renseignements peuvent aider l'utilisateur à retracer ses démarches cybernétiques. [...] » *R. c. Vu*, *supra*, note 28, par. 42.

30. COMMISSARIAT À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, *Infographie : Qu'est-ce qu'une « métadonnée »*, mai 2014, en ligne : <https://www.priv.gc.ca/resource/tool-outil/infographic/md_info_201410_f.asp>.

comme nous le verrons plus loin, elles n'en demeurent pas moins pertinentes en matière de preuve.

1. Les métadonnées internes au document technologique

En vertu de la LCCJTI, un document technologique est constitué d'information portée par un support faisant appel aux technologies de l'information³¹. Un document Word ou Excel, un courriel, un fichier de musique et une photographie numérique sont tous des documents technologiques.

En pratique, un document technologique est d'abord et avant tout un fichier informatique qui comprend en lui-même :

- 1- Différents renseignements permettant à un programme informatique de « l'ouvrir », instruisant le programme quant à l'encodage utilisé, la version du format utilisé pour le fichier, etc.³² ;
- 2- L'information – le contenu informationnel à proprement parler – à afficher ; et
- 3- Les métadonnées, à afficher sur demande, qui sont des renseignements supplémentaires au sujet du document³³.

Ainsi, le fichier informatique, en plus de son contenu informationnel proprement dit, tels un texte ou une photographie, contient une multitude d'autres informations à même celui-ci.

Certaines métadonnées peuvent être définies et enregistrées automatiquement par un logiciel, une application ou le système

31. Art. 3 LCCJTI. Pour une analyse plus détaillée de la notion de document, voir notamment : Vincent GAUTRAIS et Patrick GINGRAS, *supra*, note 12, p. 29 ; Pierre TRUDEL, *supra*, note 12 ; LCCJTI.ca, « Document », 23 janvier 2013, en ligne : <<http://lccjti.ca/definition/document/>> ; et Vincent GAUTRAIS, *supra*, note 2.

32. Il s'agit de métadonnées structurelles, telles que définie à la note 19.

33. Il s'agit de métadonnées biographiques ou bibliographiques. Pour un aperçu général, voir notamment : SEDONA CANADA, *supra*, note 26, aux p. 3 et 4 ; et INFORMATION AND PRIVACY COMMISSIONER ONTARIO, *supra*, note 3. Par ailleurs, même un simple micromessage (« *tweet* ») comprend des métadonnées. Voir : Simon FODDEN, « The Anatomy of a Tweet: Metadata on Twitter », *Slaw*, 17 novembre 2011, en ligne : <<http://www.slw.ca/2011/11/17/the-anatomy-of-a-tweet-metadata-on-twitter/>>.

d'exploitation d'un ordinateur, alors que d'autres peuvent être ajoutées ou modifiées à même le document par un usager ou par des systèmes de gestion de l'information lors de sa création, son enregistrement ou sa reproduction^{34,35}.

À ce titre, un document technologique dans son format natif est un document qui est demeuré au format dans lequel il a été créé ou reçu. Le Grand dictionnaire terminologique de l'Office québécois de la langue française souligne que c'est le « [f]ormat d'origine, non émulé, conçu pour une plateforme donnée »³⁶. On peut penser entre autres 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 »³⁷.

Voici des exemples de métadonnées internes à un document technologique dans son format natif puisqu'elles font partie intégrante de celui-ci.

- Une photographie numérique comprend généralement des métadonnées basées sur le standard EXIF³⁸. Tout dépendant du type d'appareil utilisé pour prendre la photographie, il pourrait s'agir, à quelques exceptions près, des mêmes informations qu'aurait colligées, à l'époque de l'argentique, un photographe

34. À titre d'exemple, des métadonnées peuvent être utilisés pour documenter le transfert d'information d'un document vers un support faisant appel à une technologie différente conformément à l'article 17 LCCJTI. Voir notamment : LCCJTI.ca, « Article 17 », 23 janvier 2013, en ligne : 25 mai 2012, <<http://lccjti.ca/article/article-17/>> ; et BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES NATIONALES DU QUÉBEC, « La numérisation des documents – Méthodes et recommandations », Direction générale des archives, Version revue et corrigée, Mai 2012, en ligne : <<http://lccjti.ca/doctrine/bibliotheque-et-archives-nationales-du-quebec-la-numerisation-des-documents-methodes-et-recommandations/>>.

35. BARREAU DU QUÉBEC, *supra*, note 12.

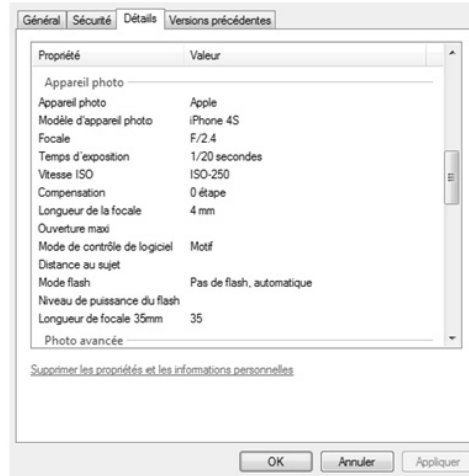
36. OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Grand dictionnaire terminologique*, en ligne : <http://www.granddictionnaire.com/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=26508265>.

37. 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'entière 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*, 2015 ONSC 3614, par. 24.

38. WIKIPÉDIA, *Exchangeable image file format*, en ligne : <http://en.wikipedia.org/wiki/Exchangeable_image_file_format>.

consciencieux dans un calepin de notes. Ces métadonnées peuvent notamment être³⁹ :

- Le fabricant de l'appareil ;
- Le modèle de l'appareil⁴⁰ ;
- La version du logiciel utilisé par l'appareil ;



- Les date et heure auxquelles la photographie a été prise et, le cas échéant, modifiée⁴¹ ;

39. « [...] Digital cameras typically record the time and date when the photograph was taken. Some cameras capture the camera's GPS co-ordinates as well. These data are known as metadata. These data are relevant to a matter in issue in this lawsuit because they may provide information from which the camera user's tolerance for physical activity from day to day or over several days may be inferred. More particularly, the metadata may be relevant to the plaintiff's ability to, for example, be active throughout a given day and then go walking on the beach in the evening, or it may be relevant to the plaintiff's ability to spend an evening at a nightclub until some given hour, and then tolerate swimming the next morning. [...] ». *Abougoush v. Sauve*, 2011 BCSC 885, par. 11. Voir aussi *R. v. Somel*, 2015 ONSC 2207, par. 117.

Par ailleurs, quant à l'impact sur les métadonnées de la modification d'une photographie, par exemple le rognage d'une partie de la photographie, ou son téléversement sur un réseau social, voir notamment : *R. v. Andalib-Goortani*, 2014 ONSC 4690, par. 9 et s.

40. Voir notamment : *Mejia v. LaSalle College International Vancouver Inc.*, 2014 BCSC 1559, par. 179 ; *R. v. Cockell*, 2013 ABCA 112, par. 20 et 21 (*R. v. Cockell*, 2012 ABQB 149, par. 72) ; *R. v. SBS*, 2013 ABQB 322, par. 70 à 73 ; *R. v. Caza*, 2012 BCSC 627, par. 24 et 64 ; *R. v. Cater*, 2012 NSPC 18, par. 46 ; *R. v. Cater*, 2012 NSPC 2, par. 40 ; et *Scallon c. Desjardins Assurances générales*, *supra*, note 6, par. 19.

41. Voir notamment : *Mejia v. LaSalle College International Vancouver Inc.*, *supra*, note 40, par. 179 ; *R. v. Cockell*, *supra*, note 40, par. 20 et 21 (*R. v. Cockell*, *supra*, note 40, par. 72) ; *R. v. SBS*, *supra*, note 40, par. 70 à 73 ; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, par. 131 ; *Glanzmann Tours Ltd. v. Yukon Wide Adventures*, 2012 YKSM 3, par. 11 ; *R. v. Caza*, *supra*, note 40, par. 24 et 64 ; *R. v. Cater*, *supra*, note 40, par. 46 ; *R. v. Cater*, *supra*, note 40, par. 40 ; *R. c. Therrien*, 2008 QCCQ 9175, par. 73 ; *R. c. Coupal*, 2013 QCCQ 859, par. 8 (incluant la date de dernière consultation) ; et *Scallon c. Desjardins Assurances générales*, *supra*, note 6, par. 19.

- Le format du fichier et l'algorithme de compression ;
- La résolution de la photographie ;
- Le temps d'exposition de la photographie ;
- Le type de lentille utilisée pour prendre la photographie⁴² ;
- L'ouverture, la vitesse d'obturation et la sensibilité ISO quant à la photographie.
- Le mode de flash utilisé ;
- La géolocalisation de l'endroit où la photographie a été prise.
- Un fichier de musique en format MP3 comprend des métadonnées basées sur le standard ID3⁴³, tels :
 - L'auteur de l'œuvre ainsi que, le cas échéant, l'interprète, le compositeur ou tout autre collaborateur ;
 - Le titre de l'œuvre musicale ;
 - L'année de création de l'œuvre ;
 - Le titre de l'album dans lequel se trouve l'œuvre ;
 - Une image de la jaquette de l'album ;
 - Le numéro de la pièce dans l'album ;
 - Le genre selon une liste de choix prédéfini ;
 - Un champ pour des commentaires.

01 Song of Me and You
Fichier MP3



Interprètes ayant participé : Adam Cohen
 Album : We Go Home
 Genre : Rock
 Longueur : 00:03:13
 Notation : ☆☆☆☆☆
 Année : 2014
 Taille : 5,90 Mo
 N° : 1
 Interprète de l'album : Adam Cohen
 Titre : Song of Me and You
 Vitesse de transmission : 256 Kbits/s
 Modifié le : 2015-07-01 17:54
 Date de création : 2015-07-01 17:48

42. *Bernier c. L'Écho de la Rive-Nord*, 2012 CanLII 18581 (QC CPQ), par. 4.

43. WIKIPÉDIA, ID3, en ligne : <<http://en.wikipedia.org/wiki/ID3>>. Concernant les métadonnées d'un fichier, à savoir un film, voir : *Voltage Picture LLC v. John Doe*, 2014 FC 161, par. 13.

- Un document créé avec un logiciel d'une suite bureautique comme Microsoft Office ou Apache OpenOffice, de même qu'un document enregistré en format PDF comprend également une multitude de métadonnées, les plus connues étant notamment⁴⁴ :

- Le titre du document ;
- L'auteur du document ;
- L'organisation/entreprise de l'auteur ;
- L'auteur de la dernière modification ;
- La date de création ou de la dernière modification apportée⁴⁵ ;
- La date de la dernière impression ;
- Le modèle de document⁴⁶ ;
- Le nombre de mots ;
- Le temps total d'édition ;

Propriété	Valeur
Auteurs	Gingras, Patrick
Dernier enregistrement par	Gingras, Patrick
Numéro de révision	6
Numéro de version	
Nom du programme	Microsoft Office Word
Entreprise	Ministère des Relations internationales
Gestionnaire	
Contenu créé	2015-05-15 09:33
Date du dernier enregistrement	2015-05-15 11:26
Dernière impression	
Temps total d'édition	00:44:00
Contenu	
État du contenu	
Type de contenu	
Pages	2

Supprimer les propriétés et les informations personnelles

44. « [...] In particular, metadata would include when each document was prepared, what changes were made to drafts of the document, when and by whom those changes were made. [...] ». *Berry v. Scotia Capital Inc.*, 2014 ONSC 5244, par. 36. Voir aussi : *Demaria v. Law Society of Saskatchewan*, 2013 SKQB 178, par. 72.
45. À titre d'exemple, c'est notamment à l'aide des métadonnées qu'il fut possible, dans le cadre de la Commission d'enquête sur le processus de nomination des juges du Québec, de déterminer avec précision la dernière date de modification d'un fichier emmagasiné sur un cédérom ainsi que la dernière date de consultation d'un agenda sauvegardé sur une disquette. Voir la pièce 88 P : *Rapport d'expertise*, en ligne : <http://www.cepnj.gouv.qc.ca/documents-deposes-devant-la-commission.html?eID=tx_rtgfiles_download&tx_rtgfiles_pi1%5Buid%5D=157>. Voir aussi : *Animal Welfare International Inc. v. W3 International Media Ltd.*, 2014 BCSC 1839, par. 340 ; *Dhillon v. Virk*, 2014 BCSC 51, par. 34 ; *Law Society of Upper Canada v. Ali Amiri*, 2013 ONLSHP 124, par. 39 ; *Sangha v. Reliance Investment Group Ltd.*, *supra*, note 19, par. 325 ; *Ménard c. Société de transport de Montréal*, 2012 QCCRT 454, par. 129 ; *Wenzel Downhole Tools Ltd. c. National-Oilwell Canada Ltd.*, *supra*, note 19, par. 111 ; et *1483860 Ontario v. Beau-doin*, 2011 ONSC 5311.
46. Quant au fait qu'un document provenait d'une version antérieure, voir notamment : *Sangha c. Reliance Investment Group Ltd.*, *supra*, note 19.

○ Des marques d'édition et des commentaires⁴⁷.

- Une page Web créée en langage HTML⁴⁸ comprend elle aussi des métadonnées. Il s'agit notamment :

```
http://www.lapresse.ca/ - Source originale
Fichier Edition Formater
7
8 <!doctype html>
9 <!-- accueil et Rmonl entete -->
10 <html lang="fr" xmlns:fb="http://ogp.me/ns/fb#">
11 <!-- / accueil et Rmonl -->
12
13 <!-- Tout le site -->
14 <head>
15 <meta http-equiv="Content-Type" content="text/html; charset=utf-8" />
16 <title>LaPresse.ca | Actualités, Arts, International, Débats, Sports, Vivre, Voyage</title>
17 <meta name="description" content="Le site d'information francophone le plus complet en Amérique: Actualités régionales, provinciales,
18 nationales et internationales" />
19 <meta name="keywords" content="Actualités, Arts, International, Débats, Sports, Vivre, Voyage" />
20 <meta property="og:type" content="article" />
21 <meta property="og:title" content="LaPresse.ca | Actualités, Arts, International, Débats, Sports, Vivre, Voyage" />
22 <meta property="og:description" content="Le site d'information francophone le plus complet en Amérique: Actualités régionales,
23 provinciales, nationales et internationales" />
24 <meta property="og:site_name" content="La Presse" />
25 <meta property="og:locale" content="fr_CA" />
26 <meta property="og:url" content="http://www.lapresse.ca/" />
27 <meta name="twitter:card" content="summary_large_image">
28 <meta name="twitter:site" content="@LP_LaPresse">
29 <meta name="twitter:title" content="LaPresse.ca | Actualités, Arts, International, Débats, Sports, Vivre, Voyage">
30 <meta name="twitter:description" content="Le site d'information francophone le plus complet en Amérique: Actualités régionales,
31 provinciales, nationales et internationales">
```

○ Du titre de la page Web (*<title>* en langage HTML) ;

○ De la description de la page Web (*<description>* en langage HTML) ;

○ Des mots clés de la page (divers éléments de la balise *<meta>* en langage HTML).

- Un courriel, incluant son en-tête, contient, outre la date d'envoi, l'expéditeur et son objet, une multitude de métadonnées⁴⁹. Toutefois, certaines de ses métadonnées sont bien souvent complexes à interpréter et une attention particulière doit leur être apportée⁵⁰ – certaines connaissances techniques peu-

47. Bien que techniquement parlant, le suivi des modifications et les commentaires puissent ne pas être considérés comme faisant partie des métadonnées, nous incluons ceux-ci dans la définition des métadonnées internes aux fins du présent article. Dominic JAAR et François SENÉCAL, *supra*, note 12, note 55.

48. WIKIPÉDIA, *Hypertext Markup Language*, en ligne : <http://fr.wikipedia.org/wiki/Hypertext_Markup_Language>.

49. Les champs « de », « à », « cc », « cci », « date d'envoi », « date de réception » et « objet » que l'on retrouve dans les courriels sont considérés comme étant des métadonnées. Par surcroît, tout courriel reçu contient généralement beaucoup d'informations retraçant, serveur par serveur, le chemin parcouru de l'expéditeur au destinataire. BARREAU DU QUÉBEC, *supra*, note 12. Voir aussi : Nicolas VERMEYS et Patrick GINGRAS, *supra*, note 12, p. 38.

50. « Certains avertissements s'imposent : D'abord, il est possible que les métadonnées d'un courriel soient mal interprétées. Par exemple, l'heure d'envoi d'un courriel devrait être examinée minutieusement si l'émetteur et le récipiendaire sont des fuseaux horaires différents, puisque le fuseau horaire ne fait pas partie des

vent être nécessaires⁵¹. Ces métadonnées peuvent notamment être :

```
Received: from GOATLEXC903.kworld.kpmg.com (10.196.2.107) by
CATOREXC900.ca.kworld.kpmg.com (10.132.30.85) with Microsoft SMTP Server
(TLS) id 14.3.224.2; Sun, 28 Jun 2015 10:50:34 -0400
Received: from kpmg.com (10.196.6.206) by GOATLEXC903.kworld.kpmg.com
(10.196.2.44) with Microsoft SMTP Server id 14.3.224.2; Sun, 28 Jun 2015
10:50:33 -0400
Received: from courrier.mri.gouv.qc.ca (courrier.mri.gouv.qc.ca
[205.151.51.5]) by m0004873.pops.net with ESMTP id 1va8svkb6g-1
(version=TLSv1/SSLv3 cipher=ECDHE-RSA-AES256-GCM-SHA384 bits=256 verify=NOT)
for <fsenecal@kpmg.ca>; Sun, 28 Jun 2015 14:50:32 +0000
Received: from PARVATI.inter.reseau (parvati.inter.reseau [172.30.32.210]) by
courrier.mri.gouv.qc.ca with ESMTP id 2ErUgRdi0HwKkBBi (version=TLSv1
cipher=AES128-SHA bits=128 verify=NO); Sun, 28 Jun 2015 10:50:30 -0400 (EDT)
Received: from BRAHMA.inter.reseau ([169.254.1.198]) by PARVATI.inter.reseau
([fe80::381f:b007:d19f:5801%16]) with mapi id 14.03.0224.002; Sun, 28 Jun
2015 10:49:54 -0400
From: "Gingras, Patrick" <Patrick.Gingras@mri.gouv.qc.ca>
To: =?iso-8859-1?Q?Fran=E7ois_Sen=E9cal?= <fsenecal@kpmg.ca>,
Subject: Lexique
X-ASG-Orig-Subj: Lexique
Thread-Index: AQHQsbGxj5wOGxmSg06KDKjPtOj05Q==
Date: Sun, 28 Jun 2015 14:49:53 +0000
Message-ID: <A7BAFE92-E6D6-4626-86A6-FD40F7319FCD@mri.gouv.qc.ca>
```

En-tête d'un courriel entre les deux auteurs (extrait) :

- Des informations sur le programme informatique utilisé par l'expéditeur ;
- L'adresse IP de l'expéditeur⁵² ;
- L'heure et la date de sa transmission⁵³ ;

métadonnées. Un courriel transmis à 11 h à Vancouver, c.-à-d. 14 h à Montréal, pourrait être interprété comme ayant été reçu à 14 h, heure de Vancouver. De plus, la date et l'heure d'envoi et de réception d'un courriel sont basées sur le réglage des dates et heures des ordinateurs des émetteurs et récipiendaires ; Ainsi, si ces réglages sont inexacts, les métadonnées afférentes seront affectées. Pour terminer, mentionnons que certaines métadonnées peuvent être réinitialisées par l'utilisateur. » SEDONA CANADA, *supra*, note 26, note 10.

51. Il importe de souligner que selon le mode d'envoi d'un courriel, par exemple via une messagerie Web en HTTP, via un serveur SMTP, ou via un serveur Exchange, le courriel que l'on retrouve dans la boîte « Éléments envoyés » peut contenir une quantité variable de métadonnées.
52. Voir : *A c. B*, 2009 QCCQ 14676, par. 28.
53. Voir : *Bustros c. César*, 2010 QCCQ 8099, par. 13 ; *Section locale 145 du Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier (Section locale 145, SCEP) c. Roy*, 2011 QCCRT 234, par. 41 et s. ; et *GLP Paysagiste inc. c. Thibodeau*, *supra*, note 10. Voir aussi : Patrick GINGRAS et Jean-François De RICO, « La transmission des documents technologiques », *XX^e Conférence des juristes de l'État 2013 – XX^e Conférence*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, 694 p., p. 435, en ligne : <<http://lccjti.ca/doctrine/gingras-patrick-et-de-rico-jean-francois-la-transmission-des-documents-technologiques/>>.

- Des identifiants uniques ;
- Une valeur de hachage
- Des informations sur les dates et nombreux systèmes empruntés par le courriel entre le serveur courriel de l'expéditeur et le serveur entrant du destinataire⁵⁴.

Ainsi, la grande majorité des documents technologiques comporte des métadonnées⁵⁵. Plus que la photographie numérique, le fichier de musique, le document ou le courriel, la grande majorité des fichiers informatiques qui les comprennent comportent des métadonnées faisant partie intégrante de ceux-ci.

Plusieurs formats de documents sont néanmoins plus complexes dans leur nature que les exemples présentés précédemment. En effet, qu'en est-il des documents technologiques générés à partir d'un tableur permettant la création de feuilles de calcul, tel Microsoft Excel, ou d'un logiciel de gestion de projet, tel Microsoft Project ? Ces documents sont quelque peu différents considérant que l'information qu'ils affichent est, en tout ou en partie, fonction de l'information qui y a été enregistrée.

-
54. Celles-ci sont particulièrement utiles dans les cas où l'intégrité ou l'expéditeur d'un courriel est contesté, par exemple dans les cas d'usurpation d'adresse IP (« *IP spoofing* »), soit une « [t]echnique qui consiste à usurper l'identité d'un autre utilisateur du réseau en utilisant son adresse IP, ce qui permet de faire croire que la connexion provient d'un compte d'utilisateur autorisé. ». Voir : OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Grand dictionnaire terminologique*, en ligne : <http://www.granddictionnaire.com/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=8370637>. Dans le cas d'un courriel où plusieurs informations (expéditeur, date et autres métadonnées) auront été forgées, il sera question de « email spoofing » – voir WIKIPÉDIA, « Email spoofing », en ligne : <http://en.wikipedia.org/wiki/Email_spoofing>. Pour des exemples, voir notamment : *Vaquero Energy v. Weir*, 2004 ABQB 68, par. 10 et 12 et *R. v. Moss*, 2011 ONSC 51436, par. 37 à 41, 63 et 76.
55. Eu égard aux messages textes, voir notamment : *R. v. A.B.*, *supra*, note 14, par 43, aux sites Web, voir notamment : *WCAT-2012-02876 (Re)*, 2012 CanLII 88303 (BC WCAT), par. 102 ; à un compte ou profil Facebook, un blogue et un service de clavardage ou de messagerie instantanée : *Frangione v. Vandongen et al.*, 2010 ONSC 2823, par. 65 ; Nicolas VERMEYS, « Facebook et la relation employeur-employé : quand amitié et surveillance vont de pair », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 169, p. 173, en ligne : <<http://edoctrine.caij.qc.ca/developpements-recents/379/368161447/>> ; Nicolas VERMEYS et Patrick GINGRAS, *supra*, note 12, p. 38 ; et Patrick GINGRAS et Nicolas W. VERMEYS, *supra*, note 12, p. 58 et s.

À titre d'exemple, si un utilisateur inscrit les chiffres 6 (cellule A1 de l'illustration 1) et 8 (cellule B1 de l'illustration 1) dans deux cellules d'une feuille de calcul d'un tableur et qu'il demande

	A	B	C	D
1	6	8	48	
2				

Illustration 1

à l'aide d'une formule à la troisième cellule d'afficher le produit de ces deux cellules, celle-ci affichera le nombre 48 (cellule C1 de l'illustration 1). Par ailleurs, sans modifier la formule inscrite, la cellule affichera le nombre 60 (cellule C1 de l'illustration 2) si le chiffre 8 est changé pour le nombre 10 (cellule B1 de l'illustration 2). Dans ce contexte, le document est-il ce qui est affiché et directe-

	A	B	C	D
1	6	10	60	
2				

Illustration 2

ment visible, ou est-ce que les informations et les formules entrées par l'utilisateur sont partie intégrante du document ?

Dans cet exemple, nous sommes d'avis que tant l'information

affichée que la formule sont essentielles à la compréhension du document⁵⁶ – à son intelligibilité – et qu'à ce titre, la réponse est positive⁵⁷.

Nous croyons qu'il faut alors voir le document comme un programme qui contient de l'information et des instructions, comme

56. Bien que le présent exemple soit simpliste, il est facile d'extrapoler la nécessité de connaître les formules d'un document comptable s'il est nécessaire d'en faire l'expertise.

57. Au soutien de cette prétention, voir : Dominic JAAR, Élise LACOSTE et François SENÉCAL, « Investir dans les renseignements personnels et leur protection », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels – les 30 ans de la Commission d'accès à l'information*, vol. 328, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 358, p. 195, en ligne : <<http://edoctrine.caij.qc.ca/developpements-recents/358/368100906>> ; et SEDONA CANADA, *supra*, note 26, à la note 11.

Par ailleurs et avec déférence pour le tribunal, il en découle que nous sommes en désaccord avec la décision *Stadacona, s.e.c. / Papier White Birch c. KSH Solutions inc.*, *supra*, note 7, laquelle confirma la communication à la demanderesse *Stadacona, s.e.c. / Papier White Birch* d'un document technologique format PDF, soit un format différent de celui d'origine, lequel ne permettait pas de prendre connaissance des formules permettant à l'expert de la demanderesse *Stadacona, s.e.c. / Papier White Birch* de comprendre le fonctionnement de l'échéancier des travaux. « Dans un format PDF, l'expert ne peut 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 [l'expert de la défenderesse KSH Solutions inc.] » Sur cette question, voir notamment : Vincent GAUTRAIS et Patrick GINGRAS, *supra*, note 12, p. 29.

par exemple des formules⁵⁸. Ainsi, une façon encore plus simple de le concevoir est par l'entremise du jumelage de l'information et de sa mise en forme, à savoir :

Information :	« texte en gras »
Mise en forme (formule) :	texte en gras
Résultat affiché :	texte en gras. ⁵⁹

Même le simple fichier d'un éditeur de texte peut être vu comme un document programme. Ceci étant, la différence notable entre ce fichier et une feuille de calcul d'un tableur est que c'est généralement l'affichage final à l'utilisateur qui est important pour un document textuel, alors que c'est dans le processus intellectuel menant aux résultats affichés dans la feuille de calcul d'un tableur que se retrouve toute la valeur de ce type de documents⁶⁰. L'imprimé sur une feuille de papier ou la version statique, en format PDF par exemple, d'un fichier texte reproduira en principe fidèlement le contenu informationnel du document – à distinguer de ses métadonnées, tel que vu en début de la présente sous-section, alors que pareille version d'un document créé à l'aide d'un tableur occultera toute la structure intellectuelle du document pour n'afficher que les résultats.

La pertinence de ces informations ne fait aucun doute dans les litiges. Ainsi, les métadonnées incluses à des photographies numériques ont été centrales dans deux autres décisions. Dans la première, il était question de déterminer si une personne a consenti à la prise de sa photographie par un journaliste. Les métadonnées de la photographie ont permis de déterminer le type de lentille utilisé, permettant ainsi au journaliste de démontrer que la photographie avait été prise à une distance de quelques mètres et qu'en conséquence, la personne photographiée ne pouvait pas ne pas savoir faire l'objet de ladite photographie⁶¹. Dans la seconde décision, il a été possible de déterminer la date de la prise des photographies soumises à un assureur au soutien d'une

58. R.T. PÉDAUQUE, « Document : forme, signe et médium, les re-formulations du numérique », dans R. T. PÉDAUQUE, *Le document à la lumière du numérique*, Caen, C&F Éditions, 2006.

59. LCCJTI.ca, « Document », 23 janvier 2013, en ligne : <<http://lccjti.ca/definition/document/>>.

60. À ce sujet, voir notamment François SENÉCAL, *L'écrit électronique*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, 202 p., p. 122 et s., version précédente en ligne : <<http://lccjti.ca/doctrine/senecal/>>.

61. Voir notamment : *Bernier c. L'Écho de la Rive-Nord*, *supra*, note 42.

demande d'indemnisation – les photographies avaient été prises très peu de temps avant le sinistre allégué⁶². Ces deux décisions soulignent l'importance de s'assurer de la conservation des métadonnées EXIF⁶³ lors de la reproduction d'une photographie numérique. Leur pertinence est telle qu'elles font partie intégrante de la photographie et qu'elles peuvent être utiles pour établir des faits distincts, tels le consentement du sujet, leur authenticité, ou la date de la photographie.

2. Les métadonnées externes au document technologique

Les métadonnées externes à un document technologique sont des informations qui, à la différence des métadonnées internes, ne font pas partie intégrante du document technologique auquel elles se rattachent. Ces métadonnées se retrouvent dans un autre document et constituent, en elles-mêmes, un autre document technologique. À ce titre, les métadonnées utilisées par un système de gestion documentaire sont souvent externes aux documents qu'elles concernent, et sont généralement comprises dans une base de données distincte des documents.

Au sujet des métadonnées externes, l'auteure Susan Wortzman énonce :

Metadata may also exist elsewhere in the computer, in the form of log files, entries to the Windows Registry, history files, and so on. Metadata may also exist elsewhere on the network, and, in terms of Internet use, may also exist, along with the files and records, somewhere outside the organization, whether on the systems of any [Internet services provider], or on third party Web sites or servers.⁶⁴ [nos soulignés]

Les métadonnées externes peuvent être toutes aussi importantes que les métadonnées internes. Elles regroupent sous leur vocable les informations afférentes aux systèmes, telles les dates de création, d'accès et de dernière modification, mais aussi, pour

62. Voir : *Scallon c. Desjardins Assurances générales*, *supra*, note 6. Voir aussi Belinda GRANT GEARY, *supra*, note 6

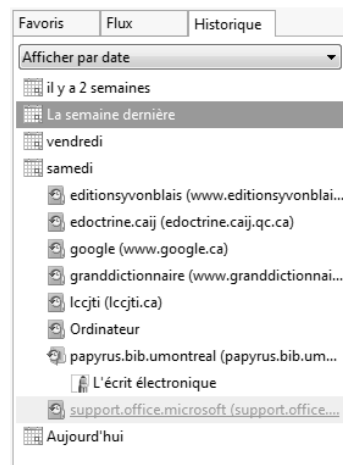
63. Voir la note 38.

64. Susan WORTZMAN *et al.*, *supra*, note 12, p. 159.

certaines systèmes, les informations relatives à l'utilisateur, aux droits d'accès, etc.⁶⁵. Ainsi, nous considérons, par exemple, un fichier de journalisation, soit l'« enregistrement [dans un document] d'événements se produisant dans un système informatique »⁶⁶ comme étant des métadonnées externes relatives à un autre document, un événement ou une activité effectuée sur Internet, tels un historique de navigation⁶⁷ ou un fichier de témoins (« cookies »)⁶⁸, ou relié à l'utilisation ou l'accès à un logiciel⁶⁹, une application ou un système d'exploitation, ou à un médium technologique⁷⁰.

À titre d'exemple, dans la décision *Durocher-Lalonde c. 9096-0469 Québec inc.*, un historique de navigation semble avoir été utilisé afin de démontrer les sites Web visités par une employée à partir de l'ordinateur de son employeur, incluant les recherches qu'elle a effectuées sur Internet par celle-ci :

Madame Côté se rend ensuite à la réception de l'hôtel et vérifie l'historique des utilisations faites sur l'ordinateur du centre de santé depuis la veille. Elle constate qu'il y a eu successivement des visites sur le site d'Emploi-Québec (10 h 5), sur Facebook (10 h 46, 10 h 48, 10 h 53 et 11 h 38), sur le site enceinte.com



65. François SÉNÉCAL et Gilles DE SAINT-EXUPÉRY, *supra*, note 12.
66. OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Grand dictionnaire terminologique*, en ligne : <http://www.granddictionnaire.com/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=8383642>.
67. Voir notamment : *Desgagne v. Yuen et al.*, 2006 BCSC 955, par. 43 à 45 ; *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, par. 105 et *R. c. Vu*, *supra*, note 28, par. 42 et 46 ; *Perreault c. R.*, 2015 QCCA 694, par. 77 et Patrick GINGRAS et Éloïse GRATTON, *supra*, note 12, p. 45.
68. « Fichier créé dans l'ordinateur de l'internaute par le navigateur et rassemblant les témoins persistants issus de la visite de sites Web. » OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Grand dictionnaire terminologique*, en ligne : <http://www.granddictionnaire.com/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=2075187>. Voir notamment : *R. c. Vu*, *supra*, note 28, par. 46 et SEDONA CANADA, *supra*, note 26, p. 3 et p. 4.
69. Voir notamment : *Voltage Pictures LLC c. M. Untel et Mme Unetelle*, 2014 CF 161, par. 13.
70. Quant à la détermination de la date à laquelle de nombreux fichiers ont été copiés ou consultés, voir notamment : *IMS Health Canada Inc. c. Th !Nk Business*

(10 h 59) et des recherches sur les petites annonces pour une table à langer (11 h 19).⁷¹

B. Faut-il nécessairement les conserver ?

L'article 3 LCCJTI définit le document comme étant constitué d'information portée par un support. Il sera considéré comme un document technologique lorsqu'il sera un support faisant appel aux technologies de l'information.

La LCCJTI ne fait, à cet égard, aucune distinction quant à une quelconque catégorisation ou nature de l'information portée par le support. Elle ne traite pas non plus explicitement des métadonnées⁷². Elle précise uniquement que l'information que comporte un document doit :

[...] y [être] délimitée et structurée, de façon tangible ou logique selon le support qui la porte, et [être] intelligible sous forme de mots, de sons ou d'images.⁷³

Dans la décision *R. c. Nde Soh*⁷⁴, laquelle traitait notamment de l'interprétation de l'article 31.8 de la *Loi sur la preuve au Canada*⁷⁵ qui définit les termes « document électronique »⁷⁶ et « données »⁷⁷, le tribunal souligne :

À mon avis selon la définition [...] « document électronique » inclut tout ce qui se présente sous forme électronique, c'est-à-dire les courriels, tous les fichiers informatiques, les métadonnées concernant ces fichiers, l'historique de navigation, le contenu mis en ligne dans les forums Web tels que Twitter et Facebook, les messages textes,

Insights Ltd., 2013 QCCA 1303, par. 16 et *Maax Bath inc. c. Agostino*, 2013 QCCS 3646, par. 7. Voir également : *R. c. A.M.*, 2013 ONSC 6174, par. 7 à 16.

71. *Durocher-Lalonde c 9096-0469 Québec inc.*, 2011 QCCRT 490, par. 16.

72. Nous reviendrons sur les articles 10 et 11 LCJTI dans les sous-sections B.1. et B.2.

73. Art. 3 LCCJTI. La loi souligne de plus que « [l']information peut être rendue au moyen de tout mode d'écriture, y compris d'un système de symboles transcritibles sous l'une de ces formes ou en un autre système de symboles. »

74. 2014 NBBR 20, par. 21.

75. L.R.C. (1985), ch. C-5.

76. « Ensemble de données enregistrées ou mises en mémoire sur quelque support que ce soit par un système informatique ou un dispositif semblable et qui peuvent être lues ou perçues par une personne ou par un tel système ou dispositif. Sont également visés tout affichage et toute sortie imprimée ou autre de ces données. »

77. « Toute forme de représentation d'informations ou de notions. »

les clavardages en ligne, etc. ainsi que toute sortie imprimée de ces données. [...]. [Notre souligné]⁷⁸

Bien que cette décision traite de l'application d'une loi fédérale, force est d'admettre que la définition de « données »⁷⁹ comporte des similitudes avec celle d'« information » que l'on retrouve dans la LCCJTI. De ce fait, nous croyons que la notion d'information définie à l'article 3 LCCJTI comme, d'une part, étant délimitée et structurée, de façon tangible ou logique selon le support qui la porte, et, d'autre part, étant intelligible sous forme de mots, de sons ou d'images, ne limite pas celle-ci qu'à l'information visible *de facto* au lecteur. Toute information, qu'elle soit visible ou non aux yeux du lecteur, respectant ces exigences doit être considérée comme faisant partie intégrante du document technologique⁸⁰.

Dans ce contexte, les métadonnées internes à un document technologique doivent, à notre avis, être considérées comme de l'information faisant partie intégrante du document auquel elles se rattachent⁸¹, alors que les métadonnées externes à un docu-

78. Nous pouvons même être portés à croire que, selon l'énumération, notre souligné réfère aux métadonnées externes.

79. *Supra*, note 77.

80. Voir notamment : *Règles de procédure civile de la Nouvelle-Écosse*, Nova Scotia Civil Procedure Rules, Royal Gaz Nov 19, 2008 ; *Règlement sur les documents et informations électroniques*, DORS/2014-117. Voir aussi : *Desgagne v. Yuen et al.*, 2006, BCSC 955 et *Bishop v. Minichiello*, 2009 BCSC 358.

81. Au soutien de notre prétention, voir notamment Pierre TRUDEL, *supra*, note 12, p. 37. « Dans la mesure où les métadonnées sont générées du seul fonctionnement des outils logiciels ou autres qui permettent de générer un document, il est difficile d'imaginer au nom de quel principe elles devraient être considérées comme ne faisant pas partie du document. Cela paraît d'autant plus vrai que la Loi reconnaît, à l'article 4, qu'un document peut comporter de l'information fragmentée et réparée. » [Notre souligné]. Voir également : François SENÉCAL, *supra*, note 60, p. 123 et s. ; et François SENÉCAL et Gilles DE SAINT-EXUPÉRY, *supra*, note 12. L'auteur Éric DUNBERRY, *supra*, note 12, p. 20, est toutefois d'avis, en discutant des éléments qui distinguent le document technologique du document papier, que celles-ci ne font pas partie intégrante du document, ce avec quoi nous sommes respectueusement en désaccord. « Le quatrième élément distinctif concerne l'existence de données secondaires connues sous le vocable de métadonnées du fait qu'elles sont nécessaires à la définition du contexte ou de la structure du document électronique, au-delà de son contenu. Elles procurent des renseignements relatifs aux données d'un document électronique qui permettent leur utilisation pertinente sans pour autant faire partie intégrante de ce document, même si elles en sont extraites en partie. Les métadonnées lient le document à l'activité dont il émane et l'environnement qui l'a vu naître. Elles servent à l'identification, à la description et à l'administration du document électronique. [références omises]. » Il mentionne néanmoins, à la p. 110, que « [l]es messages de données, comprenant les métadonnées, doivent être archivés sans modification et pouvoir être récupérés, imprimés et lus, parfois suivant un format prédéterminé. [références omises] »

ment technologique forment en elles-mêmes un autre document technologique. Une altération ou une perte, intentionnelle ou non, des métadonnées internes pourra avoir un impact sur l'intégrité du document technologique et pourra affecter sa valeur juridique⁸². Toutefois, certaines nuances doivent être apportées eu égard à ces altérations ou pertes des métadonnées, notamment quant aux métadonnées structurelles⁸³. Ces nuances font l'objet des prochaines sous-sections. Il convient néanmoins de souligner que tout comme l'information d'un document peut être modifiée, les métadonnées peuvent également l'être⁸⁴.

Basant notre réflexion sur la prémisse que les métadonnées internes font partie intégrante du document technologique auxquelles elles se rattachent et que les métadonnées externes constituent elles-mêmes un document technologique, il convient de se pencher sur la nécessité de les conserver dès lors que le document technologique auquel elles se rattachent fait l'objet d'une reproduction par l'un des deux modes prévus à l'article 2841 al. 1 C.c.Q., à savoir la copie (B.1.) et le transfert (B.2).⁸⁵

82. Art. 5 LCCJTI.

83. Voir la note 19.

84. Quant à des métadonnées internes, voir notamment : *Order P2005-001*, 2006 CanLII 80853, par.15 ; *Richard c. Gougoux*, *supra*, note 9, par. 77 ; *Sécurité des Deux-Rives ltée. c. Groupe Meridian construction restauration inc.*, *supra*, note 8, par. 84 et 85 et *Ménard c. Société de transport de Montréal*, 2012, QCCRT 454, par. 129.

Quant à des métadonnées externes, voir notamment : *R. c. Plamondon*, 2006 QCCQ 14171, par. 27 ; et *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, par. 68.

Il importe par ailleurs de rappeler que l'article 21 LCCJTI énonce que « [l]orsqu'une modification est apportée à un document technologique durant la période où il doit être conservé, la personne qui a l'autorité pour faire la modification doit, pour en préserver l'intégrité, noter les renseignements qui permettent de déterminer qui a fait la demande de modification, quand, par qui et pourquoi la modification a été faite. Celle-ci fait partie intégrante du document, même si elle se trouve sur un document distinct. »

85. Sur la distinction entre les modes de copie et de transfert, voir notamment : Vincent GAUTRAIS et Patrick GINGRAS, *supra*, note 12, p. 29 ; Pierre TRUDEL, *supra*, note 12 et Vincent GAUTRAIS, *supra*, note 2.

Il importe de souligner que l'article 15 (4) LCCJTI offre une présomption d'intégrité à l'égard de toute copie effectuée par une entreprise ou l'État. Une telle présomption exempte donc un tiers de démontrer l'intégrité de la copie qu'il souhaite déposer en preuve à l'égard de l'entreprise ou de l'État. Toutefois, elle est seulement applicable à la copie et non au document résultant du transfert. La LCCJTI offre aussi une autre présomption à son article 33, laquelle s'applique tant à la copie qu'au, à notre avis, document résultant du transfert bien que la loi utilise le terme « exemplaire ». Ainsi, toute personne jouit d'une présomption d'intégrité à l'égard de tout exemplaire ou copie d'un document d'une entreprise ou de l'État qu'elle génère à partir d'un système, y compris un logiciel, mis à sa disposition par l'un d'eux. Enfin, quant à ces deux présomptions, tant l'entreprise que l'État pourraient les contester.

Comme nous le constaterons, bien que le législateur ait basé la valeur juridique des documents sur leur intégrité et qu'il ait prévu deux modes de reproduction, le transfert s'avère celui qui, de par sa nature, risque le plus d'apporter des changements à l'information. L'éclaircissement des limites, forcément grises, de ce qui constitue un changement permissif des métadonnées apporte certains questionnements, lesquels devront assurément faire l'objet de développements par la jurisprudence.

1. Le document technologique résultant d'une copie

En vertu de l'article 2841 al. 1 C.c.Q., la copie se définit comme étant la reproduction d'un document sur un support, à savoir le même ou un différent, qui ne fait pas appel à une technologie différente, c'est-à-dire un format technologique différent⁸⁶. La copie se veut la « [r]eproduction d'un document source qui en conserve l'information et la forme »⁸⁷.

Outre la reproduction de l'information visible au lecteur et de ses métadonnées internes, c'est-à-dire de toute l'information du document, elle reproduit aussi intégralement sa forme, soit l'agencement de l'information du document technologique source – bref, il s'agit d'une copie à l'identique.

La copie se veut une duplication du document technologique source dans son format technologique natif sans aucun changement ni modification. Étant donné que le format technologique du document technologique source et du document technologique copié est le même, l'information s'avère elle aussi la même et ne subit aucune modification. En conséquence, une quelconque altération du contenu informationnel ou des métadonnées internes devra ainsi être considérée comme une atteinte à l'intégrité du document technologique résultant de la copie⁸⁸. Rappelons qu'en

86. À cet égard, la notion de « format » nous paraît devoir être vue comme un sous-ensemble de la technologie. Sur cette question, voir : Vincent GAUTRAIS et Patrick GINGRAS, *supra*, note 12, p. 7.

87. SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Glossaire*, en ligne : <<http://www.tresor.gouv.qc.ca/en/information-ressources/gouvernance-et-gestion-des-ressources-informatiques/loi-concernant-le-cadre-juridique-des-technologies-de-linformatique/glossaire/c/>>.

88. Voir l'article 11 LCCJTI qui énonce « [qu'e]n cas de divergence entre l'information de documents qui sont sur des supports différents ou faisant appel à des technologies différentes et qui sont censés porter la même information, le document qui prévaut est, à moins d'une preuve contraire, celui dont il est possible de vérifier

vertu de l'article 2841 C.c.Q. al. 2, la copie doit être certifiée conformément à l'article 2842 C.c.Q.⁸⁹ pour pouvoir « légalement tenir lieu du document reproduit » qui remplit l'une des fonctions d'un original aux termes de l'article 12 LCCJTI.

Voici des exemples qui peuvent être considérés comme des copies en vertu de l'article 2841 C.c.Q. :

- Une photographie numérique en format JPEG enregistrée sur une carte mémoire amovible est reproduite et enregistrée dans le même format sur un disque dur ou un cédérom ;
- Un fichier de musique en format MP3 disponible sur un site Web est reproduit et enregistré dans le même format sur le disque dur d'un téléphone intelligent ;
- Un fichier en format XLS (Excel) enregistré sur une clé USB est reproduit et enregistré dans le même format sur une clé USB semblable ou un autre support ;
- Un courriel en format MSG reçu et enregistré dans une boîte de courriels Outlook sur un disque dur est reproduit et enregistré dans le même format dans un répertoire du même disque dur ou sur une clé USB.

Afin d'être considéré comme une copie, le document technologique reproduit doit utiliser la même technologie, soit conserver le même format du document technologique source, et comporter la même information. Le contenu informationnel ainsi que toutes les métadonnées internes sont donc maintenus dans leur intégrité et ne sont pas altérés.

À la différence du document reproduit par l'entremise d'un procédé de transfert, la reproduction par un procédé de copie équivaut à une duplication complète et intégrale, tant de l'information

que l'information n'a pas été altérée et qu'elle a été maintenue dans son intégralité. » Par ailleurs, soulignons qu'en vertu de l'article 5 (3) LCCJTI « [l]e document dont le support ou la technologie ne permettent ni d'affirmer, ni de dénier que l'intégrité en est assurée peut, selon les circonstances, être admis à titre de témoignage ou d'élément matériel de preuve et servir de commencement de preuve, comme prévu à l'article 2865 du Code civil. »

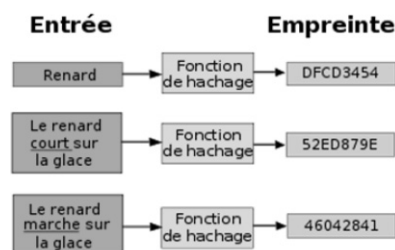
89. Voir aussi l'article 16 LCCJTI.

que de la forme, du document technologique source. À cette fin, comme l'exige l'article 15 LCCJTI :

[...] le procédé employé [pour réaliser la copie] doit présenter des garanties suffisamment sérieuses pour établir le fait qu'elle comporte la même information que le document source.

Rares sont les décisions qui ont traité de la nature des garanties suffisamment sérieuses que doit présenter un procédé permettant de réaliser une copie.

Outre le témoignage de la personne ayant réalisé la copie d'un enregistrement audio du disque dur d'un ordinateur vers le disque dur d'un autre ordinateur⁹⁰, les tribunaux n'ont jamais eu, à notre connaissance, à porter leur attention sur ce que constituaient de telles garanties. Toutefois, eu égard aux pratiques utilisées dans le domaine, nous croyons que ces garanties peuvent être aisément rencontrées. Si l'utilisation d'outils spécialisés permet de documenter de façon claire l'exactitude et l'intégrité d'une



Source : <https://fr.wikipedia.org/wiki/Fonction_de_hachage>

90. *B.L. c. Maison sous les arbres*, 2013 QCCAI 150. Il est intéressant de constater dans cette décision de la Commission d'accès à l'information que malgré une métadonnée erronée dans l'enregistrement audio copié, soit la date de création de l'enregistrement, la Commission admet celui-ci. Elle énonce notamment : « [...] Le problème de datation du document n'est pas suffisant en soi pour remettre en question l'intégrité du document qui a été copié de manière systématique avec les autres fichiers contenus sur l'ancien ordinateur portable du demandeur. Au surplus, les deux interlocuteurs ayant participé à cette conversation téléphonique étaient présents à l'audience et n'ont pas mis en doute que l'extrait entendu correspond à leur conversation originale. » De même, « [...] tenant compte de la souplesse de mise dans la conduite de l'audience devant la Commission, de l'utilisation circonscrite que souhaite faire le demandeur de cet élément de preuve et de la présence des deux interlocuteurs qui ont confirmé tant leur identité que leurs propos, la Commission admet en preuve l'extrait de la conversation téléphonique entendu lors de l'audience. ». Selon notre compréhension des faits, nous présumons que le problème de datation en question résulte plus précisément du fait que, à la suite de la copie de l'enregistrement audio sauvegardé sur un ancien ordinateur vers un nouvel ordinateur, l'enregistrement a été daté de l'année 1969. Il convient ici de préciser que le 1^{er} janvier 1970 à 0h00:00 +0000 est le moment zéro de la computation des dates dans les systèmes UNIX – notre fuseau horaire -0500 nous ramenant la veille, soit en 1969. Il est probable que les métadonnées systèmes associées à l'enregistrement audio n'aient pas été copiées lors de la reproduction et ainsi que la date « par défaut », soit l'année 1969, ait été attribuée. À ce sujet, voir notamment : WIKIPÉDIA, « Heure Unix », en ligne : <http://fr.wikipedia.org/wiki/Heure_Unix>.

copie⁹¹, de nombreux autres outils⁹², souvent gratuits, peuvent procéder à pareille vérification en calculant puis en comparant la valeur de hachage du document source puis du document résultant de la copie⁹³. Par ailleurs, les mécanismes de copie de fichiers intégrés aux systèmes d'opération comportent des mécanismes visant à prévenir les erreurs de copie⁹⁴.

Ainsi, la reproduction par le mode de la copie, c'est-à-dire en conservant le format du document source, s'avère, à notre avis, la façon la plus sûre pour recueillir et conserver les éléments de preuve technologiques et démontrer le maintien de leur intégrité⁹⁵.

-
91. Tels EnCase Forensic (<https://www.guidancesoftware.com/products/Pages/en-case-forensic/overview.aspx>) et Forensic Toolkit (FTK) (<http://accessdata.com/solutions/digital-forensics/forensic-toolkit-ftk>), dont l'utilisation a été étudiée dans plusieurs décisions américaines.
92. Pour des exemples de logiciels, voir notamment : WIKIPÉDIA, « List of file copying software », en ligne : <http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_file_copying_software>.
93. « Le calcul d'une valeur de hachage permet par exemple de prendre l'« empreinte digitale » d'un document électronique. La valeur de hachage est constituée d'une suite de caractères alphanumériques obtenue par l'application d'une fonction mathématique. Chaque document a une valeur de hachage unique, et tout changement, aussi minime soit-il, dans le document modifie du tout au tout la valeur de hachage : « A given file will always have the same hash value ; it is the digital DNA of the file and cannot be altered. » [R. v. *Burke*, 2013 ONCA 424, par. 11]. En générant cette valeur de hachage en début de processus, il devient possible de démontrer l'intégrité des documents depuis le moment de la collecte. » François SÉNÉCAL et Gilles DE SAINT-EXUPÉRY, *supra*, note 12.
Au sujet de la fonction de hachage, voir notamment : WIKIPÉDIA, « Fonction de hachage », en ligne : <http://fr.wikipedia.org/wiki/Fonction_de_hachage>.
La valeur de hachage est fréquemment utilisée dans le cadre de poursuites judiciaires en matière de pornographie juvénile, et ce, afin d'identifier les fichiers contenant une telle pornographie. Voir notamment : *Baldwin Janzen Insurance Services (2004) Ltd. v. Janzen*, 2006 BCSC 554, par. 19 ; R. v. *Braudy*, 2009 CanLII 2491 (ON SC), par. 21 et 23 ; R. v. *Ahmad*, 2009 CanLII 84777 (ON SC), par. 92 ; R. v. *Carswell*, 2009 ONCJ 297, par. 200 ; R. v. *Beauchamp*, 2009 CanLII 64185 (ON SC), par. 398 et 399 ; R. v. *Wonitowy*, 2010 SKQB 346, par. 11 ; R. v. *Wainwright*, 2012 BCPC 123, par. 37 à 40 ; R. v. *Lorenz*, 2012 SKQB 293, par. 7 et *Kelly v. R.*, 2014 CanLII 67963. Dans cette dernière décision, l'expert de la défense souligne, au par. 49 : « [...] The purpose of these “hash values” is to ensure a secure chain of custody for digital media and that the image, as captured, has not been modified. Since digital media is a volatile medium and can easily be modified, MD5 or SHA 1 is used because the slightest change to that media, no matter how small, will result in these “hash” values being different. »
94. Un contrôle de redondance cyclique ou CRC (« *Cyclic Redundancy Check* ») est une fonction logicielle qui détecte les changements dans les blocs de données lors de la copie ou de la transmission. Voir notamment : WIKIPÉDIA, *Cyclic Redundancy Check*, en ligne : <http://en.wikipedia.org/wiki/Cyclic_redundancy_check>.
95. Les processus de collecte juridico-technologique comprennent généralement la copie miroir, c'est-à-dire une copie exacte (identique) de l'ensemble des informations, de tous les supports collectés, afin de pouvoir recréer le système

2. Le document technologique résultant d'un transfert

En vertu de l'article 2841 C.c.Q., le transfert se définit comme étant la reproduction d'un document sur un support faisant appel à une technologie différente. Ce mode de reproduction se veut une opération qui permet d'associer une valeur juridique à un document lors de son passage d'une technologie à une autre, soit d'un format à un autre. Dans ce contexte, il appert que le transfert est beaucoup plus attaché à l'information elle-même, et semble, de ce fait, permettre des modifications de forme⁹⁶.

En vertu de l'article 2841 al. 2 C.c.Q., le document résultant du transfert de l'information doit être documenté conformément à l'article 2842 C.c.Q.⁹⁷ pour pouvoir « légalement tenir lieu du document reproduit » qui remplit l'une des fonctions d'un original aux termes de l'article 12 LCCJTI.

Voici des exemples qui peuvent être considérés comme des transferts en vertu de l'article 2841 C.c.Q. :

- Une photographie numérique en format JPEG enregistrée sur une carte mémoire amovible est reproduite et enregistrée dans le format BMP sur un disque dur ou un cédérom ;
- Une page Web en format HTML d'un site Web est imprimée sur une feuille de papier ou reproduite et enregistrée en format PDF sur un disque dur ;

informatique dans son ensemble. L'avantage est alors double : premièrement, les outils technologiques utilisés permettent de vérifier l'exactitude de la copie, permettant de documenter et d'établir le maintien de l'intégrité entre le moment de la collecte et la présentation de la preuve devant le tribunal et deuxièmement, toutes les métadonnées systèmes, soit celles externes aux documents, sont également préservées et permettent de reconstituer « l'histoire » du document. Les outils d'administration de la preuve électronique pourront alors associer ces métadonnées aux documents qu'elles concernent et les rendre directement disponibles aux personnes impliquées dans ces processus. Les outils technologiques de collecte, tels EnCase Forensic ou Forensic Toolkit (FTK), sont couramment utilisés à cette fin. À ce sujet, voir notamment : Dominic JAAR et François SENÉCAL, « L'administration de la preuve électronique au Québec ? » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents et tendances en procédure civile*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, vol. 320, p. 129, p. 158, en ligne : <<http://edoctrine.caij.qc.ca/developpements-recents/320/368003842>>.

96. Art. 10 LCCJTI. Voir notamment : *Lefebvre Frères ltée c. Giraldeau*, *supra*, note 9.

97. Voir aussi l'article 17 LCCJTI.

- Un fichier en format XLS (Excel) enregistré sur une clé USB est reproduit et enregistré en format PDF sur une clé USB semblable ;
- Un courriel en format MSG reçu et enregistré dans une boîte de courriels Outlook sur un disque dur est imprimé sur une feuille de papier ou reproduit et enregistré en format DOC dans un répertoire du même disque dur ou sur une clé USB.

Le transfert permet la confection d'un nouveau document qui pourra remplacer le document source et même permettre sa destruction⁹⁸. Toutefois, pour en autoriser sa destruction, le transfert devra être documenté. Cette documentation comprendra conformément à l'article 17 al. 2 LCCJTI, au minimum :

[...] la mention du format d'origine du document dont l'information fait l'objet du transfert, du procédé de transfert utilisé ainsi que des garanties qu'il est censé offrir, selon les indications fournies avec le produit, quant à la préservation de l'intégrité, tant du document devant être transféré, s'il n'est pas détruit, que du document résultant du transfert.⁹⁹

La documentation du transfert s'avère importante, car à défaut de la détenir, le document résultant du transfert n'aura pas la même valeur juridique que le document source advenant la

98. Art. 20 LCCJTI : « Les documents dont la loi exige la conservation et qui ont fait l'objet d'un transfert peuvent être détruits et remplacés par les documents résultant du transfert. [...] » ; et art. 18 : « Lorsque le document source est détruit, aucune règle de preuve ne peut être invoquée contre l'admissibilité d'un document résultant d'un transfert effectué et documenté conformément à l'article 17 et auquel est jointe la documentation qui y est prévue, pour le seul motif que le document n'est pas dans sa forme originale. » « Cela dit, au regard des articles 17 et 20, et même si cette condition est fortement à conseiller, il semble qu'elle ne soit obligatoire que lorsque le document transféré est par la suite détruit. Une documentation qui n'a pas nécessairement besoin d'être très élaborée, et ce, même si plusieurs standards techniques qui peuvent prévaloir dans certains cas le sont passablement plus. [Notes omises] » Vincent GAUTRAIS, *supra*, note 12, p. 145.

99. Le standard canadien en matière de numérisation, qui a surtout vocation à encadrer l'ensemble des étapes d'un programme de numérisation au sein d'une organisation, recommande la captation de nombreuses métadonnées : date et heure de la numérisation, nom de la personne effectuant la numérisation, identification ou localisation de l'appareil de numérisation et mention de toute modification apportée à l'image : Office des normes générales du Canada, *Microfilm et images électroniques – Preuve documentaire*, CAN/CGSB-72.11-93, 1993 (mieux connu sous son titre anglais « Microfilm and Electronic Images as Documentary Evidence »), partie I, art. 3.6 et partie III, art. 3.10.2.

destruction de ce dernier¹⁰⁰. Ainsi, sous réserve des règles de preuve applicables, une partie pourrait donc s'opposer au dépôt en preuve d'un tel document¹⁰¹. Rappelons par ailleurs qu'en vertu de l'article 5 al. 3 LCCJTI :

[Un] document dont le support ou la technologie ne permettent ni d'affirmer, ni de dénier que l'intégrité en est assurée peut, selon les circonstances, être admis à titre de témoignage ou d'élément matériel de preuve et servir de commencement de preuve, comme prévu à l'article 2865 du Code civil.¹⁰²

Force est de reconnaître que, jusqu'à ce jour, les tribunaux ont généralement et aisément tendance à admettre en preuve un document technologique ayant été imprimé, et ce, bien qu'il s'agisse d'un transfert et qu'aucune documentation au soutien de celui-ci ne l'accompagne comme le veut l'article 2841 al. 2 C.c.Q. Certains admettent par ailleurs ces documents lorsque la preuve de la réalisation du transfert est apportée par témoignage¹⁰³. Toutefois, il importe de souligner que, dans la majorité des situations, il n'y a aucune opposition au dépôt en preuve du document ayant fait l'objet d'une reproduction par le procédé de transfert. Cela ne saurait cependant justifier ou pallier le manque de documentation d'un transfert.

100. La documentation est obligatoire lorsque le document source est détruit et fortement utile dans tout autre contexte, puisque celle-ci pourra permettre de démontrer, conformément à l'article 11 LCCJTI, « [qu'e]n cas de divergence entre l'information de documents qui sont sur des supports différents ou faisant appel à des technologies différentes et qui sont censés porter la même information, le document qui prévaut est, à moins d'une preuve contraire, celui dont il est possible de vérifier que l'information n'a pas été altérée et qu'elle a été maintenue dans son intégralité. »
101. Cette obligation de documenter le transfert est l'évolution normale de l'obligation de documenter (déclarations assermentées) que l'on retrouvait autrefois dans le régime de la preuve par documents microfilmés de la *Loi concernant la preuve photographique de documents de banque*, 12 Georges VI, c. 44 à la *Loi sur la preuve photographique de documents*, RLRQ, c. P-22. Voir François SENÉCAL, *supra*, note 60, note 147 : dans la décision *Banque Nationale du Canada c. Simard*, J.E. 96-1172 (C.Q.), des documents microfilmés ont été déclarés irrecevables car ils « ne port[aient] aucune mention de la nature du document et des lieux et date de leur reproduction et ce tel que prescrit à l'article 2842 ». Outre le défaut de documentation, les reproductions étaient de mauvaise qualité et illisibles.
102. Sur l'interprétation de cet alinéa, voir notamment : Claude FABIEN, « La preuve par document technologique », (2004) 38 *R.J.T.* 533, 578 ; et LCCJTI.ca « Article 5 – Développements sur l'alinéa 3 », en ligne : <<http://lccjti.ca/article/article-5/>>.
103. Voir notamment : *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Société de l'assurance automobile du Québec*, 2008 QCTDP 20, par. 54 à 56 et *Deslauriers Jeansonne, s.e.n.c. c. Panther Publications inc.*, *supra*, note 11, par. 4.

À la lumière des exemples de transfert présentés précédemment, on comprend que le transfert se veut une duplication du document technologique source vers un format technologique différent¹⁰⁴.

Quelles sont alors ces métadonnées qui peuvent être modifiées ou perdues, et ce, sans atténuer l'obligation juridique de maintenir l'intégrité d'un document technologique tout au long de son cycle de vie, tel que requis par l'article 6 al. 2 LCCJTI, et incidemment sa valeur juridique¹⁰⁵ ? Pouvons-nous limiter celles-ci qu'à certaines métadonnées spécifiques ?

L'article 10 LCCJTI visant notamment à permettre de pallier aux modifications susceptibles d'être apportées aux documents ayant été reproduits. Il crée ainsi une brèche à l'égard de la notion d'intégrité en permettant à des documents sur des supports différents¹⁰⁶ qui « présentent des différences en ce qui a trait à l'emmagasinage ou à la présentation de l'information » ou qui « comporte[nt] de façon apparente ou sous-jacente de l'information différente relativement au support ou à la sécurité de chacun des documents » d'avoir la même valeur juridique. Dans les faits, ces différences ne doivent pas être considérées comme portant atteinte à l'intégrité du document. Il en est par ailleurs de même eu égard aux différences « quant à la pagination du document, au caractère tangible ou intangible des pages, à leur format, à leur présentation recto ou verso, à leur accessibilité en tout ou en partie ou aux possibilités de repérage séquentiel ou thématique de l'information. »

L'objectif de cet article est de confirmer l'intégrité d'un document lorsque l'information qu'il porte est intacte, malgré le fait que celle-ci puisse être disposée autrement ou que les particuliari-

104. Art. 10 LCCJTI.

105. Vincent GAUTRAIS souligne « [qu']un changement relatif aux métadonnées n'a pas pour conséquence systématique d'altérer l'information du document ; entendons l'information qui est l'objet même du document.. » Vincent GAUTRAIS, *supra*, note 2, par. 164. Voir aussi LCCJTI.ca, « Article 11 », 9 avril 2014, en ligne : <<http://lccjti.ca/article/article-11/>>.

106. Bien que le législateur utilise l'expression « sur des supports différents », nous sommes d'avis que l'article devrait plutôt s'appliquer à tout document ayant fait l'objet d'un transfert, soit d'un changement technologique, qu'il soit ou non sur un même support, tel un fichier en format DOC enregistré sur un disque dur qui est reproduit et enregistré en format PDF sur le même disque dur. Considérant que la copie ne nécessite pas de changement de technologie, il nous semble difficile, comme énoncé précédemment, de justifier une quelconque modification d'un document ayant fait l'objet d'une copie.

tés de son support varient. À ce titre, la présentation d'un courriel variera selon que celui-ci sera sauvegardé en format HTML, MSG, PDF ou PST. En deux mots et pour faire une analogie qu'apprécierait George Orwell, comme pour l'individu dans une société totalitaire, chaque document a droit à son style et à sa forme tant que l'information qu'il contient demeure la même¹⁰⁷.

Transposée aux métadonnées, nous croyons que cette disposition ne devrait viser que les métadonnées structurelles définies précédemment¹⁰⁸, soit des métadonnées intrinsèquement liées à la technologie du support, physique ou logiciel, du document et qui instruisent le logiciel, l'application ou le système quant à la façon d'interpréter le contenu du fichier pour le rendre intelligible au lecteur. Pensons par exemple au format PDF dont les spécifications techniques font l'objet d'un standard ISO¹⁰⁹. La structure interne de l'information d'un tel fichier s'y trouve détaillée aux fins de son interprétation par un logiciel, une application ou un système. Les structures d'autres formats sont dites propriétaires et ne sont généralement pas connues, d'où la pertinence d'évaluer et d'utiliser, à des fins de pérennité, des formats documentés, ouverts, voire libres.

Il est effectivement dans la nature du transfert que de changer la structure logicielle du document ou, dans le cas de la numérisation, de détacher – de désencrer – l'information du papier qui la porte. La condition de ce changement de structure étant que le document résultant du transfert doit porter la même information. La documentation afférente au procédé de transfert utilisé doit justement venir établir comment ledit procédé de transfert main-

107. Jean-François DE RICO et Dominic JAAR, *supra*, note 12.

108. Voir la note 19. *Données de recherche du Canada* propose une définition similaire des métadonnées techniques, à savoir : « Les métadonnées techniques comprennent le titre des tableaux et des colonnes des bases de données physiques, les propriétés des colonnes et les propriétés des autres objets de la base de données, notamment la façon dont les données sont stockées. », *Termes et définitions*, 2015, en ligne : <<http://www.rdc-drc.ca/fr/glossaire/>>. Stephen MASON (éd.), *Electronic Evidence* (3d ed.), Butterworths, LexisNexis, 2012, p. 34 et s., propose d'autres exemples de métadonnées structurelles, soit des métadonnées relatives à l'encodage du fichier (type de fichier, méthode de compression et de chiffrement...), à l'interprétation du fichier (dépendances matérielles et logicielles...), à la structure du contenu (définition des sets de données, dictionnaire de données...) et à la source (les circonstances ayant mené à la saisie des données). Nous émettons cependant une certaine réserve quant à l'inclusion de cette dernière sous-catégorie parmi un ensemble résolument axé sur la technologie utilisée.

109. ISO 32000-1 :2008, *Document management – Portable document format*.

tient l'information du document source, quoiqu'elle fût, d'un point de vue du logiciel, organisée différemment.

Toute information autre que les métadonnées structurelles, directement visible ou masquée, doit être maintenue. En conséquence, les formules d'une feuille de calcul d'un tableur ou d'un fichier de gestion de projet, les métadonnées d'un courriel, les commentaires dans le code source d'un logiciel ou les balises méta¹¹⁰ que l'on retrouve dans le code en langage HTML d'une page Web dépassent, à notre avis, le seuil de ce que l'article 10 LCCJTI définit comme des changements de forme¹¹¹.

Ainsi, si un document créé à partir d'un logiciel de gestion de projet comprend les informations afférentes au déroulement du projet et toutes les contraintes relatives aux délais, à la disponibilité des ressources, aux sous-tâches préalables, etc., il devient évident que ce document n'est pas qu'une représentation graphique du déroulement du projet, mais bien toutes les formules et la structure du projet qui y sont consignées. Ainsi, lorsque l'on veut expertiser une feuille de calcul d'un tableur ou un fichier de gestion de projet, c'est sa programmation qui est importante pour comprendre la structure du document ainsi que les divers liens entre les données. La complexité est telle que, contrairement à un fichier Word, il devient rapidement impossible d'en faire une rétro-ingénierie¹¹². C'est donc cet outil que l'on souhaitera exper-

110. « Balise HTML insérée dans l'en-tête d'une page Web, après le titre, qui permet de décrire le contenu de la page afin de la référencer correctement et plus facilement dans les moteurs de recherche. » OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Grand dictionnaire terminologique*, en ligne : <http://www.granddictionnaire.com/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=8373849>.

111. « Quelqu'un qui irait au-delà de ça, qu'un document qui serait modifié non plus dans sa forme ou dans ses différences de présentation, on pourrait à ce moment-là plaider qu'il y a atteinte à l'intégrité du document. » ; Journal des débats de la Commission de l'économie et du travail, 36^e législature, 1^{re} session, 13 décembre 2000, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/cet-36-1/journal-debats/CET-001213.html>>.

112. « Ensemble des opérations d'analyse d'un logiciel ou d'un matériel destinées à retrouver le processus de sa conception et de sa fabrication, ainsi que les modalités de son fonctionnement. » OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Grand dictionnaire terminologique*, en ligne : <http://www.granddictionnaire.com/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=26528543>.

Pour reprendre l'exemple présenté précédemment dans la sous-section I.A.1., est-ce que la cellule C1 de la feuille de calcul du tableur de l'illustration 1 affichant le chiffre 48, est le produit des cellules A1 et B1 (6 x 8), ou est-ce plutôt la cellule B1 affichant le chiffre 8 qui est le quotient de la cellule C1 divisée par la cellule A1 (48 ÷ 6) ?

tiser, car en pratique on ne peut expertiser le fonctionnement d'un moteur à l'aide d'une photographie de ce moteur !

Certaines décisions permettent de présenter ces raisonnements quant à la reproduction par transfert. Prenons par exemple la décision *Convectair NMT c. Ouellet Canada*¹¹³ où il était question d'une concurrence déloyale par l'utilisation sans autorisation de la marque de commerce de la demanderesse dans les balises méta du site Web du défendeur¹¹⁴. Le litige est né lorsque la demanderesse Convectair constata que le site Web de la défenderesse apparaissait systématiquement dans les résultats des recherches Internet pour le mot « Convectair ». Or, « le texte du site www.ouellet.com ne faisait pas référence au mot « Convectair », mais seulement aux produits semblables à ceux de la demanderesse »¹¹⁵.

La raison en est que le terme « Convectair NMT » apparaissait 44 fois dans le code source (en langage HTML) de la page Web de Ouellet Canada, soit dans les balises méta. Cette information n'est pas affichée directement au lecteur sur la page Web, mais est facilement accessible dans le code source de la page¹¹⁶. Ainsi, si la page Web avait été imprimée sans ses métadonnées, celles-ci auraient été impossibles à retracer – bien que leur importance soit centrale dans le litige. Leur suppression aurait été bien plus qu'une simple atteinte à la forme du document, soit le seuil de l'article 10 LCCJTI, mais bien une atteinte au contenu informationnel du document à notre avis.

La pertinence des métadonnées, voire du format natif du document, a également été l'objet de la décision *Stadacona, s.e.c. / Papier White Birch c. KSH Solutions inc.*¹¹⁷. Dans cette décision, les formules, les ressources et les contraintes du fichier de gestion de projet ont été omises lors du transfert du fichier en format PDF. Dans cette décision, une requête afin d'obtenir les documents dans leur format natif a été rejetée au motif que la partie requérante avait accepté le document en format PDF, rendant ainsi impossible son expertise. L'absence de plaidoyer ou d'expertise

113. C.S. : 300-05-000018-997.

114. La décision est cependant interlocutoire et ne portait que sur le district où devait se dérouler le procès.

115. *Supra*, note 113, par. 4

116. Dans le fureteur Internet Explorer, on peut afficher le code en langage HTML d'une page Web en choisissant l'option « source » du menu « affichage ».

117. *Supra*, note 7. Voir la trame factuelle à la note 57.

relativement à la nature des documents technologiques est toutefois à noter.

Dans la décision *Lefebvre Frères ltée c. Giraldeau*¹¹⁸, il était question de la récupération d'informations provenant de vieux agendas électroniques, dont les précédentes tentatives d'extraction par des techniciens s'étaient avérées infructueuses¹¹⁹. Bien que la fiabilité de ces informations fut mise en cause, le tribunal arriva à la conclusion que :

[d]e la preuve examinée et entendue, le Tribunal est satisfait que les copies de relevés d'agendas électroniques produits sous la pièce D-27 sont complètes et reflètent fidèlement le contenu desdits agendas sur support électronique. Leur transfert sur papier reflète de façon adéquate les informations qui y ont été insérées.¹²⁰

Malgré tout, et avec déférence pour le Tribunal, nous considérons que le transfert des relevés d'agenda n'a pas fait l'objet de la documentation prévue à l'article 17 LCCJTI ou alors la décision n'en fait pas mention expressément.

II. À quoi peuvent-elles servir : exemples d'application

Les métadonnées, qu'elles soient internes ou externes, peuvent être très utiles pour démontrer l'authenticité du document auquel elles se rattachent. Aux fins de la présente section et dans l'objectif de démontrer l'utilité des métadonnées, nous utilisons la conception classique de l'authenticité, décrite comme la preuve, à la fois, de l'intégrité de l'élément de preuve (II-A.) et le lien avec l'auteur (II-B.)¹²¹.

118. *Supra*, note 9.

119. *Ibid.*, par. 75.

120. *Ibid.*, par. 83.

121. « L'authenticité implique [...] à la fois 1) un lien avec son auteur et 2) l'intégrité du document. » : Vincent GAUTRAIS, *supra*, note 2, partie 2, chapitre 2, section 1 : « De l'intégrité ». Cette conception est largement reconnue par la doctrine. Voir aussi : Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, n^o 477 ; Jean-Claude ROYER et Sophie LAVALLÉE, *Droit de la preuve*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, n^o 357 ; C. FABIEN, « La preuve par document technologique », (2004) 38 *R.J.T.* 533, 571 ; Pierre TESSIER et Monique DUPUIS, « Les qualités et les moyens de preuve – L'écrit », dans École du Barreau du Québec, Collection de droit 2009-2010, vol. 2, *Preuve et procédure*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 257 ; Claude MARSEILLE et Raphaël LESCOP, « Règle de nécessité de l'original », dans *Preuve et prescription*, JurisClasseur Québec, Montréal, LexisNexis, 2008,

A. La démonstration de l'intégrité du document technologique

L'intégrité du document technologique est définie au premier alinéa de l'article 6 LCCJTI, lequel se lit comme suit :

L'intégrité du document est assurée, lorsqu'il est possible de vérifier que l'information n'en est pas altérée et qu'elle est maintenue dans son intégralité, et que le support qui porte cette information lui procure la stabilité et la pérennité voulue.

L'intégrité d'un document est tributaire de la capacité du support de procurer à l'information une stabilité et une pérennité, ainsi que du caractère inaltéré et intégral de l'information qu'il porte. Si la condition relative au support s'avère présumée¹²², la condition relative à l'information doit, quant à elle, nécessairement faire l'objet d'une preuve – preuve qui pourra le plus souvent, et le plus efficacement, être étayée par des métadonnées.

L'intégrité se prouve dans le temps. Tout au long du cycle de vie du document, il doit être possible de démontrer le maintien de l'intégrité de document¹²³. Cette démonstration se fait par un faisceau d'indices, notamment des présomptions de fait, car il s'avère bien souvent difficile de remonter le temps jusqu'à la création du document, voire de déterminer avec précision les circonstances de sa confection. Ainsi, puisque les métadonnées sont bien souvent générées automatiquement et de façon contemporaine à la création du document, elles peuvent apporter un éclairage.

p. 21 ; Marie-Ève BÉLANGER, « Documents technologiques, copies et documents résultant d'un transfert », Fascicule 5, JurisClasseur Québec – *Preuve et prescription*, Montréal, LexisNexis Canada, 2008, par. 41. Dans le même sens : « Reconnaître la véracité ou l'exactitude d'un écrit dans son aspect matériel, c'est en reconnaître l'authenticité, c'est reconnaître que l'écrit émane bien de la personne qui en est apparemment l'auteur », *Desgagné-Bolduc c. Provigo Distribution inc.*, 2007 QCCS 3224, par. 106. Ces références sont citées dans François SENÉCAL et Gilles DE SAINT-EXUPÉRY, *supra*, note 12.

122. Art. 7 LCCJTI : « Il n'y a pas lieu de prouver que le support du document ou que les procédés, systèmes ou technologies utilisés pour communiquer au moyen d'un document permettent d'assurer son intégrité, à moins que celui qui conteste l'admission du document n'établisse, par prépondérance de preuve, qu'il y a eu atteinte à l'intégrité du document. » Ainsi, « [e]n aucun cas l'article 7 ne saurait constituer une présomption d'intégrité à l'égard d'un document technologique. » Voir aussi : Vincent GAUTRAIS et Patrick GINGRAS, *supra*, note 13.

123. Art. 6, al. 2 LCCJTI : « L'intégrité du document doit être maintenue au cours de son cycle de vie, soit depuis sa création, en passant par son transfert, sa consultation et sa transmission, jusqu'à sa conservation, y compris son archivage ou sa destruction. »

À titre d'exemple, certaines métadonnées que l'on retrouve dans certains formats de fichiers (ex : un document en format Word comprend des dates de modifications, de commentaires, etc.) peuvent être utiles. Certes, l'heure et la date sont celles de l'ordinateur (et, sauf en présence d'une mesure de sécurité mise en place par un administrateur système, un utilisateur peut la changer), ce qui n'est pas aussi fiable qu'une signature électronique horodatée par un tiers de confiance¹²⁴, mais ce risque n'amoin-drit pas leur pertinence.

Certains cas sont également plus difficiles. Ainsi, puisqu'un courriel s'enrichit de métadonnées lors de sa transmission, le courriel que l'on trouve dans la boîte « Éléments envoyés » de l'expéditeur ne comporte pas toutes ces métadonnées relatives à la transmission¹²⁵. C'est possiblement dans les fichiers de journalisation des connexions des serveurs sortants qu'il faudrait aller vérifier les métadonnées afférentes à l'envoi d'un courriel – tout dépendra alors de la configuration dudit serveur et de la période de conservation des fichiers de journalisation. La situation probatoire idéale serait de retrouver à la fois dans le courriel et dans le fichier de journalisation d'un serveur, une métadonnée identifiant ledit courriel de façon unique. L'intervention d'un tiers de confiance (par exemple pour l'hébergement d'une pièce jointe, voire du message) pourrait aussi faciliter la démonstration de l'intégrité du courriel, voire même de l'authentification de l'expéditeur¹²⁶.

La décision *Sécurité des Deux-Rives ltée c. Groupe Meridian construction restauration inc.*¹²⁷ relate une action sur compte où la

124. « Opération qui consiste à dater un document électronique de façon fiable ». *Grand dictionnaire terminologique*, en ligne : <http://www.granddictionnaire.com/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=8355557>.

125. Voir la note 51.

126. En effet, les protocoles de communication par courriel n'ont pas été conçus avec des préoccupations d'identification et d'authentification du message et de l'expéditeur. Voir notamment : *Hamilton v. Jackson*, 2009 BCSC 538, par. 17 : « Neither party tendered the electronic version of the email or any metadata relating to it. As this was not done in this case, I am left with conflicting versions as to what Ms. Galloway emailed to Mr. Jackson. It is possible to alter the text of an email. Ordinarily such alteration can be detected by a forensic review or simply by viewing the metadata of the email. Given the way in which emails are created and sent, I must exercise great caution in considering what they purport to contain. » De même, « [An] IP address does not identify the sender of the message. It identifies only a connection to a network, such as the internet. » *R. v. Moss*, *supra*, note 54, par. 41. Enfin, sur la question du « *email spoofing* », voir la note 54.

127. *Supra*, note 8.

question était de savoir si un avis de résiliation devant mettre fin aux services de la demanderesse avait effectivement été envoyé par la défenderesse. Le courriel que la défenderesse voulait faire admettre en preuve était une impression de celui-ci sur une feuille de papier du courriel, soit un transfert. Citant les articles 2839 C.c.Q. et 6 LCCJTI, le tribunal affirma que « [l]a preuve de l'intégrité du « document » se fera donc par la divulgation des métadonnées qui doivent être révélées sur le document et ce, indépendamment du type de support employé »¹²⁸. Une preuve testimoniale par l'auteur présumé du courriel a néanmoins été présentée pour tenter de l'authentifier. Toutefois, nous croyons que :

[...] ne disposant que de l'imprimé, d'une preuve testimoniale peu convaincante de la part de la défenderesse et du témoignage du directeur général de la demanderesse indiquant qu'il n'avait pas trouvé trace du courriel sur ses serveurs et soulignant les différences visuelles entre l'imprimé et les autres courriels envoyés par la défenderesse, c'est, à notre avis, à bon droit que le juge Massol a déterminé que la preuve de l'intégrité (et, partant, de l'authenticité) du courriel n'avait pas été faite.¹²⁹

Dans l'hypothèse où l'admissibilité en preuve d'un courriel reçu était contestée, l'analyse des métadonnées contenues dans son en-tête serait, à notre avis cruciale¹³⁰, dans la détermination de son authenticité et de ce fait, le recours à la preuve testimoniale aurait été secondaire¹³¹.

À cet égard, cette question a notamment été abordée dans la décision *Richard c. Gougoux*. Dans cette décision en matière de diffamation, des courriels litigieux ont fait l'objet d'une expertise à la suite de laquelle le Tribunal souligna :

128. *Ibid.*, par. 51.

129. François SENÉCAL, « Commentaire sur la décision *Sécurité des Deux-Rives ltée c. Groupe Meridian construction restauration inc.* – La contestation de la mise en preuve d'un courriel », *Repères*, décembre 2013, EYB2013REP1449, en ligne : <<http://lccjti.ca/wp-content/uploads/2014/11/EYB2013REP1449.pdf>>. Voir aussi : *GLP Paysagiste inc. c. Thibodeau*, *supra*, note 10.

130. Voir l'article 89(4) C.p.c. Par ailleurs, il importe de noter que cette disposition n'a pas été reprise dans le la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, 2014, chapitre 1. Voir aussi : François SENÉCAL, *supra*, note 2, p. 183 et s.

131. Voir par exemple : *Commission scolaire de la Beauce-Etchemin c. Syndicat du personnel de soutien de la commission scolaire de la Beauce-Etchemin*, *supra*, note 9 ; et *GLP Paysagiste inc. c. Thibodeau*, *supra*, note 10.

À cet égard, le Tribunal a pris connaissance d'une preuve d'expertise exhaustive qui lui permet de conclure qu'il est scientifiquement difficile de retracer l'auteur réel d'un courriel. L'auteur peut facilement modifier, altérer et falsifier un courriel et on ne peut simplement pas se fier aux informations qui apparaissent à la face du document.¹³²

Jugeant impossible la détermination de la paternité du courriel, le tribunal poursuit son analyse des courriels litigieux selon d'autres moyens disponibles. « [P]uisqu'il est impossible d'établir la paternité desdits courriels sur une base purement scientifique, le Tribunal doit déterminer s'il existe des présomptions graves, précises et concordantes qui lui permettent de conclure par prépondérance de preuve sur l'origine et l'auteur des écrits en question. » Dans ce contexte, il devint ainsi pertinent à l'analyse que M. Richard avait accès aux serveurs d'une autre personne impliquée et qu'il aurait affirmé à un témoin « qu'il peut transmettre des courriels au nom d'autrui sans que quiconque puisse déceler qu'il s'agit d'un faux »¹³³.

Outre le risque de faux, la décision *Richard c. Gougoux* révèle, de façon bien plus importante, que l'obligation qui incombe à toute organisation de maintenir l'intégrité des documents qu'elle est tenue de conserver s'accompagne de l'obligation de maintenir l'intégrité des métadonnées relatives à ces documents¹³⁴. Ainsi, « [s]i les métadonnées ne sont pas intègres, il deviendra difficile d'établir l'intégrité des documents eux-mêmes et, donc, de prendre une décision éclairée en se basant sur ceux-ci »¹³⁵.

132. *Supra*, note 9, par. 75.

133. *Ibid.*, par. 82 et 73.

134. Pour l'état du droit au Québec à ce sujet, voir : *Jacques c. Ultramar ltée*, 2011 QCCS 6020, par. 26 et Dominic JAAR et François SENÉCAL, *supra*, note 95. Soulignons par ailleurs que l'article 20 (1) de la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, 2014, chapitre 1, énonce que « 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. »

135. Nicolas VERMEYS, Julie M. GAUTHIER et Sarit MIZHARI, *supra*, note 12. Voir également : Mark PHILLIPS, « L'obligation de conservation des documents électroniques », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau 2007*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 27, en ligne : <<http://edoctrine.caij.qc.ca/congres-du-barreau/2007/1731853504>>.

Quoi qu'il en soit, la préservation de la valeur juridique d'un document nécessite que celui-ci soit conservé dans son format natif. À l'égard des courriels, l'utilisation des fonctions *Répondre* ou *Faire suivre* « entraîne généralement une perte ou une modification de l'en-tête message, ainsi que de la date et de l'heure de transmission. Un tel changement risque donc d'affecter directement la qualité de la preuve, voire son admissibilité »¹³⁶.

Les métadonnées des courriels sont donc d'une grande importance, si ce n'est parce qu'une forte proportion des documents technologiques mis en preuve à ce jour sont des courriels ayant fait l'objet d'un transfert sur une feuille de papier. Si elles semblent de prime abord

inintelligibles, elles recèlent beaucoup d'informations qu'une expertise juridico-technologique permettra d'apprécier, si besoin est. Dans tous les cas, l'impression d'un courriel a pour effet d'atteindre son intégrité en détruisant ces métadonnées, qui (1) font partie intégrante du document technologique et (2) sont essentielles à la démonstration de son authenticité (puisque des informations relatives à l'auteur du courriel s'y trouvent également)¹³⁷.

Relativement aux autres documents technologiques, les métadonnées permettent notamment d'identifier la date de création ou de dernière modification. Encore ici, s'il est possible que cette date soit altérée sans altération du document auquel elle est associée (ou l'inverse), il s'agit néanmoins d'informations éminemment pertinentes dans le cadre d'un litige¹³⁸. Les métadonnées, à l'instar de certains éléments de preuve, ne créent pas de certitude absolue. Il s'agit d'informations venant établir un fait, pouvant à ce titre être contestées par tout moyen, notamment le témoignage¹³⁹. Par exemple, une partie à un litige pourrait invoquer que les informations pertinentes se trouvent dans les systèmes de la partie adverse, mais ce n'est pas dans toutes les circonstances que le recours à des expertises juridico-technologi-

136. Patrick GINGRAS et Jean-François De RICO, *supra*, note 53, p. 435.

137. François SENÉCAL et Gilles DE SAINT-EXUPÉRY, *supra*, note 12.

138. « Cpl. Gallagher was able to determine from the metadata in the Samsung that the images of the handguns were created on October 9 and October 13, 2008 ». *R. v. Cater*, *supra*, note 40, par. 50.

139. Voir par exemple : *Bo c. Yuan*, 2014 QCCA 2259 ; et l'authentification par le décideur dans *Lemire et Garderie petits génies de Duvernay inc.*, 2014 QCCSST 277 (soulignons en tout respect la portée, à notre avis trop large, conférée par le tribunal à la présomption retrouvée à l'article 7 LCCJTI, dont nous avons traité précédemment).

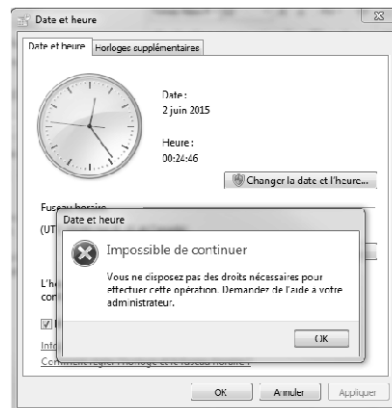
ques se justifie – la gestion d’instance et le principe de proportionnalité guideront alors les décisions à prendre¹⁴⁰.

Ainsi, dans le cadre de la Commission d’enquête sur le processus de nomination des juges, l’agenda d’un ancien ministre de la Justice retrouvé sur une disquette a fait l’objet d’une expertise juridico-technologique afin d’évaluer la fiabilité des documents qui y étaient enregistrés. Le rapport d’expert :

[...] conclu[a] que les fichiers d’intérêt particulier « ont été modifiés pour la dernière fois respectivement le 2 octobre 2003 à 18 :08, et le 5 février 2004 à 17 :06 ». On a accédé à ces fichiers le 26 septembre 2010, mais ils n’ont pas été modifiés.¹⁴¹

En effet, en l’absence de mesures de sécurité propres visant à empêcher la modification de la date du système, ou en l’absence de sécurisation par un tiers, les métadonnées systèmes peuvent être contestables :

La question de la fiabilité et de l’intégrité des dessins du palier 3103 réalisés à l’aide du logiciel AutoCAD a été abordée par M. Finnie, l’un des experts des défendeurs. Monsieur Finnie était d’avis que les métadonnées du dessin du palier 3103 révélaient que le fichier avait été créé le 27 septembre 1989. Monsieur Finnie a examiné aussi bien les métadonnées internes que les



140. Ces questions sont fréquentes dans les juridictions de Common Law, plus habituées au *discovery* que le Québec. Bien que les métadonnées internes soient reconnues comme faisant partie intégrante des documents technologiques au sein de ces provinces, les décisions traitent majoritairement de la pertinence de les communiquer ou non à l’autre partie dans le cadre d’un litige. Voir notamment sur la notion de pertinence et la règle de proportionnalité quant à la communication des métadonnées : *Park v. Mullin*, 2005 BCSC 1813 ; 483860 *Ontario Inc. c. James Beaudoin*, 2010 ONSC 6294, par. 73 et s. ; *Frangione v. Vandongen et al.*, *supra*, note 55, par. 64 et s. ; *Warman v. National Post Company*, *supra*, note 23, par. 121 et 122 ; *Ravenda Homes Ltd. c. 1372708 Ontario Inc.*, 2011 ONSC 4277 ; *Abougoush v. Sauve*, *supra*, note 39 ; *Fric v. Gershman*, 2012, BCSC 614 ; *Laushway v. Messervey*, *supra*, note 27, par 19 et s. ; *Laushway v. Messervey*, *supra*, note 27, par.31 et s. et *Conrod v. Caverley*, 2014, NSSC 35.
141. COMMISSION D’ENQUÊTE SUR LE PROCESSUS DE NOMINATION DES JUGES, *Rapport*, 19 janvier 2011, p. 137 (références omises), en ligne : <<http://www.cepnj.gouv.qc.ca/rapport.html>>.

métadonnées externes correspondant aux fichiers pour en arriver à cette conclusion. Il a expliqué que la date créée qui apparaît dans les métadonnées correspond en fait à l'horloge de l'ordinateur. Monsieur Finnie a reconnu que, au début des années 1990, il aurait été facile de changer les réglages de l'horloge interne d'un ordinateur, mais les demandeurs n'ont renvoyé à aucun élément de preuve démontrant que les dessins avaient été falsifiés (outre la simple affirmation de Bill Wenzel). Il est par conséquent plus probable que le palier 3103 ait été conçu au cours de l'automne 1989, à savoir avant la date de revendication du 1^{er} octobre 1990.¹⁴²

Cependant, comme dans toute situation, il convient de faire preuve de discernement. Certaines métadonnées captées automatiquement peuvent être erronées. Les circonstances de la captation des métadonnées pourraient alors devoir être éclaircies :

[...] il peut arriver que l'information enregistrée par l'ordinateur soit inexacte. Par exemple, lorsqu'un nouvel employé utilise un programme de traitement de texte afin de créer un mémorandum en utilisant un modèle créé par un ancien employé, les métadonnées peuvent indiquer erronément l'ancien employé comme l'auteur du nouveau mémorandum.¹⁴³

B. L'établissement d'un lien entre un document technologique et une personne, un évènement ou une activité

À l'instar de l'intégrité, les métadonnées peuvent bien évidemment participer à la démonstration de la seconde composante de l'authenticité d'un élément de preuve – c'est-à-dire le rattachement à sa source et aux circonstances de sa confection ou de son utilisation. De ce fait, elles peuvent servir à l'établissement d'un lien entre un document technologique et une personne, un évènement ou une activité. À ce titre, les nombreux fichiers de journalisation générés automatiquement par un système d'exploitation peuvent se révéler fort utiles dans les enquêtes et dans l'établissement de faits importants dans un litige¹⁴⁴.

L'article 38 de la LCCJTI prévoit cette situation où un lien doit être fait entre un document et une personne.

142. *Wenzel Downhole Tools Ltd. c. National-Oilwell Canada Ltd.*, *supra*, note 19.

143. *SEDONA CANADA*, *supra*, note 26, p. 3 et p. 4.

144. Voir notamment les notes 66 à 70.

Le lien entre une personne et un document technologique, ou le lien entre un tel document et une association, une société ou l'État, peut être établi par tout procédé ou par une combinaison de moyens dans la mesure où ceux-ci permettent :

1^o de confirmer l'identité de la personne qui effectue la communication ou l'identification de l'association, de la société ou de l'État et, le cas échéant, de sa localisation, ainsi que la confirmation de leur lien avec le document ;

2^o d'identifier le document et, au besoin, sa provenance et sa destination à un moment déterminé.

En effet, « [c]'est souvent en établissant un lien entre une personne et un document qu'il devient possible d'attribuer les droits et responsabilités relatifs à ce document »¹⁴⁵.

À cet égard, les métadonnées, tel que nous l'avons mentionné précédemment, agissent alors comme un faisceau d'indices pouvant baser les prétentions d'une partie quant à ce lien entre un document. Ces métadonnées, souvent générées par les procédés ou moyens utilisés, prennent notamment la forme de traces laissées dans les logiciels, applications ou systèmes (par exemple des serveurs enregistrant des transactions), voire dans les documents (par exemple les en-têtes de courriels comportant des informations générées par les systèmes de messagerie).

La décision *Claro c. Lizarazo*¹⁴⁶ illustre bien une situation où ce type d'information aurait pu être utile. Dans cette affaire, la partie demanderesse a mis en preuve des courriels devant servir de commencement de preuve afin de pouvoir présenter une preuve testimoniale dans un litige de plus de 1500 \$. Le commencement de preuve devant émaner de la partie envers qui on entend l'opposer¹⁴⁷, la partie défenderesse a émis une objection selon laquelle il n'avait pas été démontré que les messages en question émanaient bien d'elle citant à cet égard l'article 38 LCCJTI à son appui. C'est sur la foi de témoignages que le tribunal conclut que le défendeur était probablement l'expéditeur des messages et que

145. SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *LCCJTI annotée – article 38*, en ligne : <<http://www.tresor.gouv.qc.ca/fr/ressources-informatiionnelles/gouvernance-et-gestion-des-ressources-informatiionnelles/loi-concernant-le-cadre-juridique-des-technologies-de-linformatiion/loi-annotee-par-article/loi-annotee-par-article-article-38/>>.

146. 2012 QCCQ 710.

147. Art. 2865 C.c.Q.

ceux-ci ont admis en preuve¹⁴⁸. Notons au passage que les métadonnées de ces messages électroniques auraient bien mieux convenu à la preuve relative à l'article 38 LCCJTI, par ailleurs cité par l'une des parties.

Un autre exemple d'application de cet article est présenté sur le site Web du Secrétariat du Conseil du trésor :

Dans le monde bancaire, les contrats stipulent souvent que la présentation d'une carte et l'usage d'un numéro d'identification personnel pourront permettre d'établir le lien entre un individu et une transaction effectuée à un guichet automatique.¹⁴⁹

En soi, l'article 38 LCCJTI ne prescrit pas quels éléments de preuve doivent être mis de l'avant (ni la façon de le faire) afin de former la base factuelle d'une conclusion quant à la provenance d'un document. Il comporte toutefois une finalité pédagogique visant à souligner que le recours à tout procédé ou moyen dans ce qui n'est ni plus ni moins que l'authentification des éléments de preuve, doit permettre les deux finalités que sont l'identification dudit document et l'identification de la personne, physique ou morale, dont il est prétendu qu'elle a un lien avec le document en question. Il y a toutefois une liberté dans le choix des moyens pour atteindre ces finalités. Il va sans dire que le niveau de certitude variera selon les moyens utilisés. À ce titre, l'identification d'une personne est plus certaine dans le cas de l'utilisation d'une signature faisant appel à une infrastructure à clé publique que dans le cas d'une enquête n'ayant pour indices qu'une adresse IP associée à une période de temps¹⁵⁰.

Ainsi, dans un premier temps, l'établissement d'un lien entre un document technologique et une personne relève entre autres de la question de la signature¹⁵¹. Si la signature peut prendre plu-

148. *Supra*, note 146, par. 21.

149. *Supra*, note 145.

150. À titre d'exemple, voir aussi : *Fafard c. Poirier*, 2010 QCCQ 11280, par. 16 et 17. Dans cette décision, en l'absence d'une adresse IP, une preuve circonstancielle, soit l'adresse de courriel elle-même, a notamment permis d'identifier l'auteur d'un acte illicite.

151. Art. 39 LCCJTI. « Quel que soit le support du document, la signature d'une personne peut servir à l'établissement d'un lien entre elle et un document. La signature peut être apposée au document au moyen de tout procédé qui permet de satisfaire aux exigences de l'article 2827 du Code civil.

La signature d'une personne apposée à un document technologique lui est opposable lorsqu'il s'agit d'un document dont l'intégrité est assurée et qu'au moment de la signature et depuis, le lien entre la signature et le document est

sieurs aspects, avec un degré de sécurité variable¹⁵², la signature électronique avec certificat renferme de nombreuses informations supplémentaires au sein de celui-ci : date, autorité de certification, révocation du certificat, fonctions de la signature et limitations de l'autorisation de signer, valeurs de hachage, etc.¹⁵³.

Le certificat d'une signature électronique est un document technologique délivré par une autorité certifiant l'identité de la personne, physique ou morale, qui l'utilise. La confiance en l'autorité de certification viendra directement affecter la confiance quant à l'identité véritable du signataire¹⁵⁴. Ainsi, un certificat créé par le signataire lui-même (un certificat dit autosigné) ne confère aucune confiance supplémentaire quant à l'identité du signataire, alors qu'un certificat émanant d'une autorité reconnue, telles l'infrastructure à clés publiques gouvernementale du gouvernement du Québec¹⁵⁵ ou Notarius¹⁵⁶, confère une plus grande confiance dans l'identité du signataire.

À ce titre, c'est la raison pour laquelle l'utilisation d'une signature électronique s'accompagne de mesures de sécurité pour protéger le certificat¹⁵⁷. Cela a été souligné dans la décision *Notaires (Ordre professionnel des) c. Kanou*¹⁵⁸, où une notaire s'est vue

maintenu. », mentionné dans *Montréal (Ville de) c. Bolduc*, 2009 QCCM 185, confirmée par *Bolduc c. Montréal (Ville de)*, 2011 QCCA 1827. Sur la question de la signature, voir aussi : François SENÉCAL, « Chronique – La signature électronique en trois propositions », *Repères*, Septembre 2012, EYB2012REP1249, en ligne : <<http://lccjti.ca/doctrine/senecal-f-chronique-la-signature-electronique-en-trois-propositions/>>.

152. Pour une étude détaillée de la question, voir : CENTRE CANADIEN DE TECHNOLOGIE JUDICIAIRE, *Signatures numériques : recensement international sélectif des modèles déficients et performants*, août 2013, 24 p., en ligne : <http://wiki.modern-courts.ca/images/0/01/Signatures_num%C3%A9riques_-_Recensement_international_s%C3%A9lectif.pdf>.

153. Voir l'article 48 LCCJTI qui précise le contenu minimal d'un tel certificat. Voir les sections II et III du chapitre III de la LCCJTI portant respectivement sur les modes d'identification et de localisation et la certification.

154. Pour plus d'informations, voir : MINISTÈRE DE LA JUSTICE, Définitions et principes de base, en ligne : <[https://www.infocles.justice.gouv.qc.ca/?nav=rubrique\[@nom=%27public%27\]/rubrique\[@nom=%27principes%27\]](https://www.infocles.justice.gouv.qc.ca/?nav=rubrique[@nom=%27public%27]/rubrique[@nom=%27principes%27])>.

155. <<https://www.infocles.justice.gouv.qc.ca/>>.

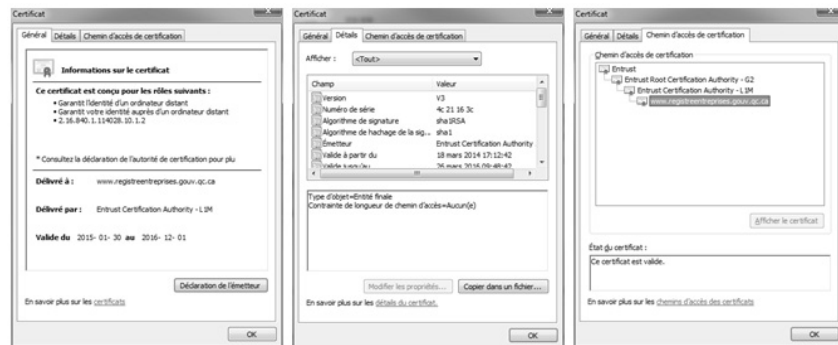
156. <<https://www.notarius.com/>>.

157. Voir notamment les articles 41 et 58 LCCJTI.

158. 2014 CanLII 16662 (QC CDNQ). Voir par ailleurs, eu égard à la signature d'un avocat sur un acte de procédure, *Roussel c. Desjardins Sécurité financière, compagnie d'assurance-vie*, 2012 QCCQ 3835, où le tribunal énonce : « De plus, l'utilisation de la signature électronique ne dispense pas l'avocat de respecter ses obligations professionnelles à l'égard des procédures qu'il rédige. Le fait qu'un employé puisse apposer la signature plutôt que l'avocat lui-même ne modifie pas sa responsabilité professionnelle. »

radiée¹⁵⁹ pour une période de trois mois pour avoir partagé le mot de passe de sa signature électronique avec son adjointe.

Ces informations quant au certificat de signature électronique sont aisément accessibles dans les documents en format natif. Par exemple, lorsque l'on visite le site Web du Registraire des entreprises du Québec (REQ), il est possible de s'assurer de l'identité du site en vérifiant son certificat. Cela permet de s'assurer que les documents affichés émanent véritablement du REQ.



Suivant ces mêmes informations, il est possible de créer des signatures électroniques dont l'apparence visuelle serait rigoureusement identique, mais dont les informations du certificat révéleraient la différence : il sera alors aisé de distinguer un certificat autosigné créé par le signataire d'un certificat émanant d'une autorité de certification réputée. Le premier revient à dire : « Faites-moi confiance pour vous dire qui je suis » et le second à dire « Vous faites confiance à un tiers réputé pour avoir validé mon identité préalablement à l'émission de mon certificat de signature électronique ». À titre d'exemple, dans un document au format PDF, cette information est accessible en cliquant sur une signature puis en affichant le certificat du signataire. Il devient

159. Le Code de déontologie des notaires, RLRQ, c. N-3, r. 2, énonce d'ailleurs que : « 41. Le notaire ne peut divulguer à quiconque tout code ou marque spécifique pouvant permettre l'utilisation de sa signature numérique ou, plus généralement, de tout autre moyen équivalent permettant de l'identifier et d'agir en son nom ».

ainsi possible de voir qui a délivré la signature électronique du signataire – une autorité de certification ou le signataire lui-même.



Dans un second temps, les métadonnées peuvent également documenter des événements ou activités rattachés à un logiciel, une application ou un système (d'autres éléments de preuve pourront rattacher ces événements à une personne). Ainsi, le système journalise les dates d'accès des différents utilisateurs, mais documente également certaines actions, par exemple le branchement d'un support amovible telle une clé USB. Des outils simples d'utilisation permettent de récupérer ces données où elles se trouvent sur le système, et une personne bien informée pourra les interpréter convenablement. L'illustration suivante présente un tel outil, listant les diverses clés USB et autres disques durs externes ayant été branchés dans un ordinateur, la date de branchement, leur nom et numéro de série et bien d'autres. La pertinence de ces informations ne ferait aucun doute dans des situations où un vol de documents confidentiels est allégué¹⁶⁰.

160. *IMS Health Canada Inc. c. Th !Nk Business Insights Ltd.*, supra, note 70 ; *Maax Bath inc. c. Agostino*, supra, note 70.

Device Name	Description	Device...	Connected	Drive Letter	Serial Number	Last Plug/Unplug...	VendorID	ProductID	Firmwa...
0000.0014.0000.002.00...	USB Mass Storage Device	Mass Storage	No			2015-06-01 18:34:44	0bb4	0d99	2.28
0000.0014.0000.002.00...	USB Mass Storage Device	Mass Storage	No			2015-06-01 18:34:44	0bb4	0d99	2.28
0000.0014.0000.002.00...	Mass Storage	Mass Storage	No			2015-06-01 18:34:44	0bb4	0991	2.28
Port_#0001.Hub_#0002	Generic Flash Disk USB Device	Mass Storage	No		74A514A8	2015-01-21 14:54:47	058F	6387	1.04
Port_#0001.Hub_#0002	Kingston DataTraveler 2.0 USB De...	Mass Storage	No		001372994566E6A6...	2014-11-07 16:15:44	0951	1063	1.00
Port_#0001.Hub_#0002	Seagate FreeAgent GoFlex USB De...	Mass Storage	No		NAACQ8W8H1	2014-05-08 14:58:42	0bc2	5031	1.00
Port_#0001.Hub_#0004	Seagate Backup+ SL USB Device	Mass Storage	No		NASCADWVP	2015-05-26 21:08:10	0bc2	4033	1.00
Port_#0002.Hub_#0001	Generic Flash Disk USB Device	Mass Storage	No		EE280711	2014-06-10 20:19:45	058F	6387	1.02
Port_#0002.Hub_#0001	USB 2.0 Flash Drive USB Device	Mass Storage	No		F3C16C73	2014-03-18 15:04:47	058F	6387	1.03
Port_#0002.Hub_#0001	WD My Passport 070A USB Device	Mass Storage	No		WXG0A7924808	2014-03-07 09:16:04	1058	070a	10.32
Port_#0002.Hub_#0001	Verbatim STORE N GO USB Device	Mass Storage	No		070007A70E08784F...	2014-10-14 00:33:19	13fe	3323	1.10
Port_#0002.Hub_#0001	Verbatim STORE N GO USB Device	Mass Storage	No		070007A80C07A8F...	2014-05-19 17:47:46	13fe	3323	1.10
Port_#0002.Hub_#0001	General USB Flash Disk USB Device	Mass Storage	No		000000000000C0B	2014-06-01 17:55:55	8644	800b	1.00
Port_#0003.Hub_#0002	Generic Flash Disk USB Device	Mass Storage	No		EC2E0934	2014-09-04 15:10:34	058F	6387	1.07
Port_#0003.Hub_#0002	Verbatim STORE N GO USB Device	Mass Storage	No		070007012C436264...	2014-10-07 10:36:22	13fe	3923	1.10
Port_#0006.Hub_#0001	Kingston DataTraveler 2.0 USB De...	Mass Storage	No		00198931D986C88...	2014-05-20 12:50:05	0930	6544	1.00
Port_#0010.Hub_#0001	Verbatim STORE N GO USB Device	Mass Storage	No		070852D42AF0046	2015-05-22 14:46:37	18a5	0243	1.00

Les métadonnées deviennent alors de puissantes alliées lors d'enquêtes portant sur des actes illicites impliquant l'utilisation de systèmes informatiques, quels qu'ils soient. Elles orienteront l'enquête et leur recoupement pourrait permettre de faire le lien entre un document, telle une photographie publiée en ligne et l'adresse IP de la personne responsable de cette publication. Les données de connexion sur le serveur Web où se retrouve la photographie litigieuse comprendront peut-être l'adresse IP et le moment de la connexion. Ces informations pourraient permettre de retracer, auprès du fournisseur de services Internet propriétaire de l'adresse IP en question, le responsable de l'abonnement utilisant cette adresse IP au moment de la publication de l'image. L'enquête devra par la suite être complétée, puisque :

[ces informations] déterminent uniquement qui est la personne responsable de l'abonnement auprès de cet intervenant¹⁶¹. Par conséquent, si le détenteur du compte est un père de famille, mais que celui-ci réside avec sa conjointe et ses trois enfants, l'auteur de l'acte illicite n'est pas nécessairement le père¹⁶². À l'opposé, si le détenteur du compte réside seul, les doutes pourront peut-être être plus fondés envers celui-ci.^{163,164}

De nombreuses informations pourront également être retrouvées sur l'ordinateur de l'auteur lui-même¹⁶⁵. Pensons

161. *Pelchat c. Duchesneau*, 2006 QCCQ 5569 ; et *M.M. c. Société de l'assurance automobile du Québec*, 2011 QCCA 112 (citées dans le texte).
162. Voir, par exemple, *R. c. Tremblay*, 2011 QCCQ 2146 (citée dans le texte).
163. *A c. B, supra*, note 52 (citée dans le texte).
164. Patrick GINGRAS et Nicolas W. VERMEYS, *supra*, note 12.
165. Voir par exemple *R. c. Girard Lévesque*, 2015 QCCQ 4509, par. 113 : « Pourtant, la perquisition survenue le 18 décembre 2012, de son téléphone dit intelligent, de sa tablette électronique, et de son ordinateur ont permis de retrouver

notamment à la mémoire cache et aux fichiers de journalisation de consultation des sites Web :

ces informations, lorsqu'elles sont disponibles, peuvent être utilisées afin de retracer les activités effectuées par l'utilisateur d'un ordinateur sur Internet, et ce, à partir d'un dossier généré automatiquement par le navigateur, bien souvent à l'insu de l'utilisateur.¹⁶⁶

Ces informations sont usuellement fort utiles dans le cadre d'enquêtes et ont été centrales à plusieurs poursuites, notamment en droit du travail¹⁶⁷.

CONCLUSION

Souvent subrepticement enregistrées et obscures, mais ô combien révélatrices et nombreuses, les métadonnées font partie du médium technologique, lequel est toujours plus présent dans notre quotidien. D'informations supplémentaires à fragments d'indices laissés sur notre passage, elles prennent plusieurs formes. Comme point de départ quant à l'étude de nombreux aspects juridiques qui y sont reliés – que ce soit la preuve civile ou le droit au respect de la vie privée – le juriste doit prendre acte de leur existence, s'enquérir de leur portée et de l'information qu'elles véhiculent, puis saisir l'opportunité d'en enrichir son travail dans l'objectif de toujours mieux conseiller son client. Ainsi, tout juriste pourra alors dire à la métadonnée qui elle est réellement, et celle-ci ne pourra plus jamais dire qu'elle est une incomprise ni une mal aimée.

notamment l'utilisation des courriels [...]@hotmail.com, [...123]@hotmail.com et de retracer notamment des preuves d'accès au profil sur réseau social électronique non seulement de X, mais aussi de A et de Z. »

Cette information peut également être retrouvée chez des tiers. Dans le même paragraphe de cette même décision : « De la même façon, l'extraction des données de réseau social électronique de J démontre que l'accusé a eu de longues conversations avec celle-ci. ». Sur les méthodes procédurales pour l'obtention de la preuve dans ces cas, voir Patrick GINGRAS et Nicolas W. VERMEYS, *supra*, note 12, p. 77 et s.

166. Patrick GINGRAS et Éloïse GRATTON, *supra*, note 12. L'article note en outre que le juriste doit se méfier des analogies quant à ces informations : « comme le souligne la Cour suprême, "les renseignements de ce genre ne possèdent pas d'équivalents dans le monde concret qui est celui des autres types de contenus." R. c. Vu, 2013 CSC 60. »

167. *Ibid.*, p. 42 à 47.

GLOSSAIRE

Les définitions qui suivent sont issues du Grand dictionnaire terminologique de l'Office québécois de la langue française*.

- Adresse IP :** Adresse numérique qui identifie de façon unique un ordinateur connecté au réseau Internet et en permet la localisation.
- Balise méta :** Balise HTML insérée dans l'en-tête d'une page Web, après le titre, qui permet de décrire le contenu de la page afin de la référencer correctement et plus facilement dans les moteurs de recherche.
- Base de registre :** Base de données qui répertorie l'ensemble des paramètres de configuration du système d'exploitation, sur les ordinateurs équipés de Windows.
- Cache (mémoire) :** Mémoire ou partie de mémoire dans laquelle sont stockés de façon temporaire les données ou les programmes les plus fréquemment ou les plus récemment utilisés, que l'ordinateur peut interroger afin de réduire les temps de réponse.
- En-tête de message (de courriel) :** Partie d'un courriel où sont notamment consignés les renseignements spécifiant l'identité du destinataire, celle de l'expéditeur ainsi que l'objet du message et la date de rédaction.
- Fichier de journalisation (journal informatique) :** Relevé chronologique des opérations informatiques, constituant un historique de l'utilisation des programmes et des systèmes sur une période donnée.

* Disponible en ligne : <<http://www.granddictionnaire.com/>>.

Fichier de journalisation (fichier journal) :	Fichier texte dans lequel est emmagasinée, par le serveur gérant un site Web, chacune des requêtes qui lui ont été adressées, qui permet de mesurer ainsi le volume de transactions informatiques sur le serveur.
Fichier de témoins (« cookies ») :	Fichier créé dans l'ordinateur de l'internaute par le navigateur et rassemblant les témoins persistants issus de la visite de sites Web.
Format natif :	Format d'origine, non émulé, conçu pour une plateforme donnée.
Fournisseur de services Internet :	Entreprise reliée en permanence au réseau Internet, et qui met à la disposition de particuliers ou d'entreprises des connexions leur permettant d'accéder aux différents services disponibles dans Internet.
Hachage :	Opération qui consiste à appliquer une fonction mathématique permettant de créer l'empreinte numérique d'un message, en transformant un message de taille variable en un code de taille fixe, en vue de son authentification ou de son stockage
Historique de navigation (histoire) :	Fonction d'un navigateur, qui conserve automatiquement et pour une période de temps paramétrable, la liste complète des adresses Web des sites visités durant les sessions de navigation.
Horodatage :	Opération qui consiste à dater un document technologique de façon fiable.
Infrastructure à clé publique (ICP) :	Système de gestion des clés de chiffrement et des certificats numériques, permettant de sécuriser les transactions électroniques et les échanges d'information confidentiels effectués, à l'aide de clés publiques, sur les réseaux ouverts comme Internet.

- Langage HTML :** Langage de balisage de texte qui permet la création de documents hypertextes affichables par un navigateur Web.
- Nom de domaine :** Libellé alphabétique associé à une adresse IP et identifiant un ordinateur ou un groupe d'ordinateurs reliés à Internet.
- Protocole SMTP :** Protocole de communication TCP-IP utilisé pour les échanges de courrier électronique dans Internet.
- Rétro-ingénierie :** Ensemble des opérations d'analyse d'un logiciel ou d'un matériel destinées à retrouver le processus de sa conception et de sa fabrication, ainsi que les modalités de son fonctionnement.
- Serveur de courrier électronique :** Serveur qui a pour fonction de recevoir et de délivrer les messages électroniques que s'envoient les différents utilisateurs d'un réseau.
- Service de messagerie électronique :** Service de transmission de messages géré par ordinateur, fournissant aux utilisateurs autorisés les fonctions de saisie, de distribution et de consultation de messages.
- Système de localisation GPS :** Système de localisation qui permet, à un moment précis, de déterminer une position géographique en se servant de signaux émis par des satellites, placés en orbite autour de la Terre, vers un appareil récepteur situé sur le site à localiser.
- Usurpation d'adresse IP (« IP spoofing ») :** Technique qui consiste à usurper l'identité d'un autre utilisateur du réseau en utilisant son adresse IP, ce qui permet de faire croire que la connexion provient d'un compte d'utilisateur autorisé.

Étude de la décision *Gagné c. Société de l'assurance automobile du Québec* : pourquoi la S.A.A.Q. devra modifier ses façons de faire en matière de saisie automobile

Jean-Gabriel VIGNEAULT,
avec la collaboration de Charles A. ASHTON

Résumé

Le présent article s'intéresse à la décision de la Cour supérieure de *Gagné c. Société de l'assurance automobile du Québec*, et de son effet quant à la légalité des pratiques de la S.A.A.Q. en ce qui a trait au maintien de la saisie des véhicules lorsque les conducteurs se font intercepter sans permis de conduire valide.

Étude de la décision *Gagné c. Société de l'assurance automobile du Québec* : pourquoi la S.A.A.Q. devra modifier ses façons de faire en matière de saisie automobile

Jean-Gabriel VIGNEAULT,
avec la collaboration de Charles A. ASHTON

1. Introduction	311
2. Étude jurisprudentielle	311
2.1 <i>Sproule c. Québec (Société de l'assurance automobile)</i> .	312
2.1.1 Les faits.	312
2.1.2 L'analyse	312
2.1.2.1 Légalité de la saisie	312
2.1.2.2 Irrecevabilité de la demande de mainlevée.	312
2.1.2.3 <i>Obiter dictum</i> de l'honorable juge Nuss	314
2.2 <i>Sarwar v. Société de l'assurance automobile du Québec</i>	317
2.2.1 Les faits.	317
2.2.2 L'analyse	317
2.2.2.1 Légalité de la saisie	317

2.2.2.2	Forum approprié	318
2.3	<i>Société de l'assurance automobile du Québec</i> <i>c. Paul</i>	319
2.3.1	Les faits et le jugement de première instance	319
2.3.2	L'analyse	321
2.3.2.1	Compétence matérielle	321
3.	Droit applicable : <i>Gagné c. Société de l'assurance</i> <i>automobile du Québec</i>	322
3.1	Les faits	322
3.2	Le forum	323
3.3	Cassation d'une saisie en vertu de l'article 209.1 C.S.R.	324
4.	Conclusion	326
5.	Jurisprudence citée	327

1. Introduction

Se faire intercepter dans son véhicule par un agent de police est un événement qui peut comporter son lot d'irritants. Qui plus est, lorsque le permis de conduire du conducteur est échu, ces irritants se transforment en inconvénients majeurs. En effet, selon l'article 209.1 du *Code de la sécurité routière* du Québec¹ (*C.S.R.*), l'agent de la paix détient un pouvoir discrétionnaire lui permettant de saisir et de remiser le véhicule pour une durée de 30 jours.

Afin de contrebalancer ce pouvoir, le législateur a permis une certaine ouverture au propriétaire du bien saisi. Ce dernier peut s'adresser à la Cour du Québec afin d'obtenir la mainlevée de la saisie en vertu de l'article 209.11 *C.S.R.* Cependant, les cas où une telle mainlevée est possible sont plutôt limités. Qu'en est-il des autres situations qui ne sont pas balisées par l'art. 209.11 *C.S.R.* ? Vers quel tribunal le justiciable doit-il se tourner pour effectuer une telle demande ? Le présent article explore la récente décision de l'honorable juge Danielle Turcotte de la Cour supérieure dans la cause de *Gagné c. Société de l'assurance automobile du Québec*², ainsi que l'ouverture que ce jugement confère aux propriétaires désirant récupérer leur possession à l'intérieur du délai de 30 jours. En premier temps nous effectuerons une étude des jugements passés pertinents en semblable matière. En second temps, nous évaluerons les motifs au soutien de la décision dans *Gagné* tant au niveau du forum que du droit applicable.

2. Étude jurisprudentielle

Il s'avère intéressant de jeter un coup d'œil du côté des décisions antérieures afin d'établir l'état du droit préalablement au jugement *Gagné*. Il convient de noter que la cassation d'une saisie de 209.1 *C.S.R.* n'avait jamais été accordée en Cour supérieure préalablement à l'affaire susmentionnée, cela même si le tribunal de droit commun en avait déjà été saisi (notamment dans le dossier de *Poulin c. Société de l'assurance automobile du Québec*)³.

1. *Code de la sécurité routière*, RLRQ, c. C-24-2.

2. *Gagné c. Société de l'assurance automobile du Québec*, 2014 QCCS 6168 (CanLII).

3. *Poulin c. Société de l'assurance automobile du Québec*, 2007 QCCS 214.

2.1 *Sproule c. Québec (Société de l'assurance automobile)*⁴

2.1.1 Les faits

Dans ce jugement de 2004, la Cour d'appel fut amenée à évaluer le bien-fondé d'une décision de la Cour du Québec déclarant irrecevable la mainlevée d'une saisie de véhicule en vertu de 209.1 C.S.R. Dans les faits M. Sproule s'était fait intercepter au volant de son véhicule en l'absence d'un permis valide. Qui plus est, il n'avait pas payé les frais afférents au renouvellement de son permis de conduire dans les délais requis. Son automobile fut alors saisie par l'agent de la paix. Le jour même M. Sproule prit les mesures nécessaires afin d'acquitter les frais en souffrance. Toutefois, il fut informé qu'il ne pourrait être remis en possession de son bien tant que les 30 jours prescrits par l'article 209.1 al. 1 C.S.R. ne se seraient pas écoulés. Il s'est donc adressé à la Cour du Québec pour faire lever la saisie affectant son automobile.

2.1.2 L'analyse

2.1.2.1 Légalité de la saisie

La Cour discute en premier lieu de la légalité de la saisie. Le tribunal conclut à une distinction entre l'absence de paiement des frais périodiques exigibles et l'expiration même du permis⁵. Cependant, ce n'est pas la question qui nous intéresse en l'espèce.

2.1.2.2 Irrecevabilité de la demande de mainlevée

En second lieu le tribunal évalue la décision de la Cour du Québec quant à l'irrecevabilité de la demande de mainlevée à la vue de l'art. 209.11 C.S.R. qui se lit comme suit :

209.11. Le propriétaire du véhicule routier saisi peut être remis en possession du véhicule aux conditions prévues à l'article 209.15, sur autorisation d'un juge de la Cour du Québec exerçant en son bureau en matière civile :

1^o si, étant le conducteur du véhicule, il ignorait qu'il était sous le coup d'une sanction ;

4. *Sproule c. Québec (Société de l'assurance automobile)*, 2004 CanLII 7441 (QC C.A.).

5. *Ibid.*, par. 21.

2^o si, n'étant pas le conducteur du véhicule :

a) il ignorait que le conducteur à qui il avait confié la conduite de son véhicule était sous le coup d'une sanction ou n'était pas titulaire du permis de la classe appropriée à la conduite du véhicule alors qu'il avait effectué des vérifications raisonnables pour le savoir ;

b) il n'avait pas consenti à ce que le conducteur soit en possession du véhicule saisi ;

c) il ne pouvait raisonnablement prévoir, dans le cas d'une saisie effectuée en vertu de l'article 209.2.1 ou 209.2.1.1, que le conducteur commettrait l'infraction ayant donné lieu à la saisie ;

d) (*sous-paragraphe remplacé*).

La requête pour mainlevée de la saisie doit être signifiée à la Société avec une copie du procès-verbal de saisie, au moins deux jours francs avant la date de sa présentation devant le juge. Elle est instruite et jugée d'urgence. Aux fins du calcul du délai de signification, les samedis et dimanches ne sont pas comptés.

(Nos soulignements)

La Cour s'intéresse donc à savoir, dans les cas autres que ceux de 209.11(1^o) *C.S.R.*, soient ceux où le conducteur n'est pas sous le coup d'une « sanction »⁶ au sens de la loi, si la Cour du Québec détient la compétence matérielle pour agir comme tribunal en telles matières. Le juge Morissette répondra à cette question de manière claire, précise et succincte au paragraphe 23 :

Lorsqu'un véhicule est saisi en vertu du *Code de la sécurité routière*, c'est au tribunal de droit commun, c'est-à-dire à la Cour supérieure, qu'il revient de statuer sur les questions autres que celles circonscrites par l'article 209.11 CSR : il pourrait en être par exemple, de la

6. Plus loin dans la décision, l'honorable juge Morissette définit ce que représente une sanction et la raison pour laquelle le non-renouvellement des droits afférents au permis de conduire ne constitue pas une sanction au sens du *C.S.R.*, il écrira au paragraphe 27 : « J'irais plus loin. Même si l'on devait opter pour une interprétation ouverte de la notion de "sanction", ce qui me paraît erroné pour les raisons que je viens de donner, on ne peut dire qu'au moment de la saisie l'appelant était ici sous le coup d'une sanction. Le titulaire d'un permis de conduire a la faculté de ne pas le renouveler à sa date d'expiration. Cette date, je le répète, apparaît sur le permis. On ne peut assimiler la conséquence du non-renouvellement – qu'il soit délibéré ou, comme c'était peut-être le cas ici, causé par une inadvertance – à une sanction que l'intéressé s'imposerait en quelque sorte à lui-même. »

validité d'une saisie au regard de l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, une question que l'appelant, en l'espèce, a toutefois choisi de ne pas soulever.⁷

Il est alors apparent aux yeux de la Cour, qu'à défaut d'être sous le joug d'une « sanction », un conducteur ne peut s'adresser à la Cour du Québec pour obtenir la mainlevée d'une saisie d'un véhicule effectuée en vertu de l'article 209.1 *C.S.R.* D'ailleurs, tel que discuté à la note 6, lorsqu'un conducteur oublie de renouveler les droits afférents à son permis de conduire, cet oubli ne sera pas considéré comme une « sanction », il ne pourra alors pas s'adresser à la Cour du Québec pour obtenir une mainlevée de la saisie. La Cour supérieure, en sa qualité de tribunal de droit commun, serait le forum approprié pour entendre ce type de requête.

2.1.2.3 *Obiter dictum* de l'honorable juge Nuss

Suite au jugement rédigé par le juge Morissette, l'honorable juge Nuss écrira un *obiter* quant au droit des propriétaires de véhicule de récupérer leur bien saisi, lorsque les droits liés à leur permis n'ont pas été payés. Au paragraphe 30 de la décision, le juge Nuss s'exprimera de la sorte :

I am inclined to be of the view that, in principle, a person whose driver's license has expired and whose motor vehicle is legally seized, is entitled, if he or she obtains the required license prior to 30 days after the seizure, to regain possession of the seized and impounded vehicle before the expiry of the 30 days. This would perhaps be by way of application of the provisions of the Code as a whole, or by the application of other legislative provisions such as the Québec Civil Code or the Code of Civil Procedure. The continued impounding of the motor vehicle after the required license has been obtained, would at first sight, appear to be an additional penalty to the one fixed by s. 141 of the Code – an additional penalty not specifically authorized by law. However, since this issue was not before us on this appeal it is preferable that I express no firm opinion on this subject and leave the issue to be decided, if raised, at some future date.⁸

Ainsi, le juge exprime sa position quant à l'illégalité des pratiques de la S.A.A.Q. En effet, si un justiciable qui s'est vu saisir son véhicule par 209.1 *C.S.R.* en vertu d'une contravention à

7. *Sproule c. Québec (Société de l'assurance automobile)*, préc., note 4, par. 23.

8. *Ibid.*, par. 30.

l'article 93.1 C.S.R. – soit l'infraction de conduire un véhicule en n'ayant pas payé les frais afférents au permis – paye immédiatement les droits nécessaires à la S.A.A.Q., cette dernière ne peut continuer à détenir légalement le véhicule routier. Le juge justifie son raisonnement en se tournant vers l'alinéa premier de l'article 141 C.S.R. Cet article est celui qui définit la peine encourue pour une infraction à 93.1 C.S.R. Les articles 93.1, 141 al. 1 et 209.1 se lisent comme suit :

93.1. Le titulaire d'un permis de conduire ou d'un permis restreint délivré en vertu de l'article 76.1.1 doit, selon la fréquence prévue par règlement, payer à la Société les frais fixés par règlement, les droits fixés par règlement et revalorisés, le cas échéant, conformément à l'article 151.4 de la Loi sur l'assurance automobile (chapitre A-25) ainsi que la contribution d'assurance fixée en vertu de l'article 151 de cette loi, au cours de la période déterminée par règlement. À défaut de paiement à la date d'échéance ou à défaut d'avoir avisé la Société, avant cette date, de son intention de payer par prélèvement automatique, le titulaire ne peut, à compter du premier jour suivant la date d'échéance et sans autre avis, conduire un véhicule routier.

Le titulaire d'un permis probatoire doit, avant l'expiration de celui-ci, payer les sommes visées à l'article 69 pour l'obtention d'un premier permis de conduire ou aviser la Société de son intention de ne pas en obtenir un.

Le titulaire d'un permis de conduire ou d'un permis restreint délivré en vertu de l'article 76.1.1 qui, au cours de la période déterminée par règlement, demande l'annulation de son permis ou avise la Société de son intention de ne pas le renouveler, n'est pas tenu de payer les sommes visées au premier alinéa.

La personne qui ne s'est pas conformé au premier ou au deuxième alinéa et qui demande à la Société, pendant la durée correspondant au paiement des sommes visées au premier ou au deuxième alinéa, l'obtention d'un premier permis de conduire, le renouvellement de son permis de conduire ou de son permis restreint délivré en vertu de l'article 76.1.1 ou l'autorisation de conduire de nouveau un véhicule routier, doit alors acquitter ces sommes ainsi que les frais supplémentaires prévus par règlement, conformément aux conditions et aux modalités prévues par règlement.

141. Quiconque contrevient à l'un des articles 65, 95.1, 107 ou conduit contrairement au premier alinéa de l'article 93.1 commet une infraction et est passible d'une amende de 300 \$ à 600 \$.

Nonobstant le premier alinéa, est passible d'une amende de 1 500 \$ à 3 000 \$ la personne qui, n'étant plus sous le coup d'une révocation de permis ou d'une suspension de son droit de l'obtenir en raison d'une infraction reliée à l'alcool visée à l'article 180, conduit un véhicule routier sans être titulaire d'un permis.

209.1. L'agent de la paix qui a des motifs raisonnables de croire qu'une personne conduit un véhicule routier sans être titulaire du permis prévu à l'article 65 peut procéder sur-le-champ, aux frais du propriétaire et au nom de la Société, à la saisie du véhicule et à sa mise en fourrière pour une durée de 30 jours.

Est également assujetti au présent article le titulaire d'un permis probatoire ou d'un permis de conduire autorisant uniquement la conduite d'un véhicule routier muni d'un antidémarrreur éthylométrique qui conduit un véhicule routier non muni d'un tel dispositif ou qui n'en respecte pas les conditions d'utilisation établies par la Société.

Il en est de même pour la personne visée à l'article 76.1.12, si elle conduit un véhicule ou en a la garde ou le contrôle sans respecter les conditions prévues à cet article.

En regard du *C.S.R.*, la peine prévue pour ce qui est d'une infraction à l'article 93.1 consiste en une amende se situant entre 300 \$ et 600 \$. L'agent de la paix constatant l'infraction détient aussi le pouvoir de remiser le véhicule au nom de la S.A.A.Q. pour une durée maximale de 30 jours en vertu de 209.1 *C.S.R.* L'honorable juge Nuss dans son *obiter* distingue bien⁹ les articles 141 et 209.1 *C.S.R.* D'un côté nous avons la peine déterminée pour le délit, et de l'autre un pouvoir de saisie lié à une infraction.

Selon l'interprétation du juge Nuss, dès qu'il y a paiement des frais liés au permis, le conducteur n'est plus dans une situation délictuelle au sens de 93.1 *C.S.R.* La *Société* ne possède alors plus le pouvoir légal de saisie (ou du maintien de celle-ci) du véhicule, car aucun article de loi ne lui permettrait expressément d'agir de la sorte. Le juge Nuss résume très bien son raisonnement dans cet extrait du paragraphe 30 du jugement *Sproule* : « [T]he continued impounding of the motor vehicle after the required license has been obtained, would at first sight, appear to be an additional penalty to the one fixed by s. 141 of the Code – an additional penalty not specifically authorized by law »¹⁰.

9. *Sproule c. Québec (Société de l'assurance automobile)*, préc., note 4, par. 30.

10. *Ibid.*, par. 30.

2.2 *Sarwar v. Société de l'assurance automobile du Québec*¹¹

2.2.1 *Les faits*

Dans le cas de *Sarwar*, les faits sont quelque peu différents du dossier de M. Sproule. En 2006, M. Sarwar s'était fait intercepter au moment où il possédait un permis restreint comportant une condition, soit celle de réussir un examen de conduite suite à une suspension temporaire de trois mois de son permis de conduire. N'ayant pas complété ces tests lors de l'interception, le permis de M. Sarwar était invalide au sens de la loi, le policier s'est donc prévalu de l'article 209.1 *C.S.R.* et a procédé à la saisie du véhicule pour une durée de 30 jours. M. Sarwar a corrigé sa situation le jour suivant en prenant part au test et en payant les frais afférents. La S.A.A.Q. ne voulant pas lui réattribuer son véhicule avant l'expiration des 30 jours, même après que son dossier soit en ordre, il s'est adressé à la Cour du Québec pour obtenir son véhicule et casser la saisie.

2.2.2 *L'analyse*

2.2.2.1 *Légalité de la saisie*

En premier temps l'honorable juge Suzanne Handman s'interroge à savoir si le fait de ne pas avoir procédé aux tests qui étaient requis par la S.A.A.Q. équivalait à un permis sous le coup d'une sanction au sens des articles 209.2, 106.1 et 209.11(1^o) *C.S.R.* Elle en vient à la même conclusion que le juge Morissette dans *Sproule*, soit qu'il ne s'agit pas d'une sanction et donc que le justiciable ne pouvait se prévaloir d'une mainlevée de saisie en vertu de 209.11(1^o) *C.S.R.* La juge écrira au paragraphe 14 de la décision :

In this case, Mr. Sarwar was not driving while subject to a sanction ; rather he was driving without a licence. The SAAQ pleaded that section 209.11 of the Code, applicable only to cases involving a sanction, does not apply to the circumstances of this case and therefore a release cannot be granted.¹²

11. *Sarwar v. Société de l'assurance automobile du Québec*, 2006 QCCQ 975 (CanLII).

12. *Ibid.*, par. 14.

Elle conclut quant à cette question au paragraphe 17 :

In the present case, the legality of the seizure, at the time it took place, is not in issue. Mr. Sarwar did not have a valid licence on January 19, 2006, and therefore the seizure and impounding of his vehicle was authorized by the Code (section 209.1). However, since that time and in fact, the following day, Mr. Sarwar took the necessary steps to regularize the situation and obtained a licence.¹³

La juge Handman se range également du côté de l'obiter du juge Nuss dans *Sproule* quant à l'illégalité du maintien de la saisie suite à l'obtention d'un permis valide, elle écrit au paragraphe 20 :

The undersigned fully agrees with the foregoing approach, and considers that that the continued impounding of Mr. Sarwar's motor vehicle, after he obtained the required licence, constitutes an additional and unauthorized penalty. In the view of the undersigned, Mr. Sarwar, having obtained a valid licence, should be entitled to regain possession of his vehicle.¹⁴

2.2.2.2 Forum approprié

Toutefois, la juge précise bien qu'elle ne possède pas la compétence matérielle pour entendre la requête qui lui est présentée, car au-delà des cas bien précis de l'article 209.11 *C.S.R.* (dont elle a précédemment expliqué pour quelles raisons le cas M. Sarwar n'était pas balisé par cet article) la Cour du Québec ne possède pas juridiction sur ces questions. Elle réfère au fait, qu'en absence de texte législatif spécifique, seul un tribunal de droit commun aurait compétence pour ordonner une cassation de la saisie. Au paragraphe 21 et 22 du jugement, elle précise sa pensée :

[21] However, the Court of Quebec has limited jurisdiction. Where a vehicle is seized in virtue of the Highway Safety Code, the Court of Quebec can only decide issues that fall within the terms of section 209.11 of the Highway Safety Code. Section 209.11 does not provide for grounds other than those enumerated therein.

[22] The issue raised by Mr. Sarwar does not fall within the terms of section 209.11 and therefore it is the common law tribunals that must decide his case. In other words, it is the Superior Court, and not the Court of Quebec, that has competence to determine whether Mr. Sarwar, who obtained the required licence prior to 30 days after

13. *Sarwar v. Société de l'assurance automobile du Québec*, préc., note 11, par. 17.

14. *Ibid.*, par. 20.

the seizure, can regain possession of the seized and impounded vehicle before the expiry of the 30-day period.¹⁵

À son avis seule la Cour supérieure (étant le tribunal de droit commun en vertu de l'article 31 *C.p.c.*¹⁶) pouvait entendre la requête de M. Sarwar et prononcer une ordonnance appropriée. À ce titre, le jugement de la Cour du Québec *Girard c. Société de l'assurance automobile du Québec*¹⁷, émis quelques mois plus tard, viendra confirmer tant la démarche que la *ratio decidendi* de la juge Handman ; l'honorable juge Dortélus écrira au paragraphe 20 :

Le Tribunal partage l'opinion de l'honorable Susanne Handman de notre Cour dans l'affaire *Sarwar c. Société de l'assurance automobile du Québec* voulant qu'il appartienne au requérant placé devant une telle situation de s'adresser à la Cour supérieure, afin d'obtenir un remède autre que ceux prévus à l'article 209.11 du *Code de la sécurité routière* qui sont limités.¹⁸

2.3 Société de l'assurance automobile du Québec c. Paul¹⁹

2.3.1 Les faits et le jugement de première instance

Dans cet arrêt de la Cour d'appel du Québec datant de 2012, le tribunal renverse une décision²⁰ de l'honorable juge Henri Richard de la Cour du Québec accordant la mainlevée d'une saisie d'un véhicule en vertu des articles 209.11 *C.S.R.* et 46 *C.p.c.* En effet, M. Paul avait reçu une lettre de la S.A.A.Q. lui indiquant que son permis de conduire était assorti d'une sanction lui interdisant de conduire pour cause d'accumulation de points d'inaptitude. Après vérifications, un agent de la paix décida de saisir le véhicule de M. Paul, constatant le caractère invalide de son permis. Néanmoins, au moment de la saisie, ni le propriétaire ni aucune autre

15. *Sarwar v. Société de l'assurance automobile du Québec*, préc., note 11, par. 21-22.

16. *Code de procédure civile du Québec*, RLRQ, c. C-25, art. 31 : « La Cour supérieure est le tribunal de droit commun ; elle connaît en première instance de toute demande qu'une disposition formelle de la loi n'a pas attribuée exclusivement à un autre tribunal. »

17. *Girard c. Société de l'assurance automobile du Québec*, 2006 QCCQ 11598 (CanLII).

18. *Ibid.*, par. 20.

19. *Société de l'assurance automobile du Québec c. Paul*, 2012 QCCA 1627 (CanLII).

20. *Paul c. Société de l'assurance automobile du Québec*, 2012 QCCQ 346 (CanLII).

personne ne se trouvaient au volant du véhicule. À première vue cette saisie effectuée à l'aide de 209.2 C.S.R. est contraire à l'essence de la loi²¹ :

209.2. L'agent de la paix qui a des motifs raisonnables de croire que le conducteur d'un véhicule routier est sous le coup d'une sanction au sens de l'article 106.1, par rapport à la conduite d'un véhicule de la catégorie de véhicule qu'il conduit, peut procéder sur-le-champ, aux frais du propriétaire et au nom de la Société, à la saisie du véhicule et à sa mise en fourrière pour une durée de 30 jours si la sanction a été prononcée en vertu de l'un des articles 180, 183 à 185, de l'un des paragraphes 1^o à 4^o de l'article 190 ou de l'un des articles 191 ou 191.2, du paragraphe 1^o du premier alinéa de l'article 194 ou de l'un des articles 195.2, 202.4, 202.5 ou 328.1.

En première instance, M. Paul a donc déposé une requête pour mainlevée de saisie en vertu de 209.11 C.S.R. Pourtant, puisqu'il n'y avait pas de conducteur avant ou pendant le moment de la saisie, le demandeur ne pouvait se targuer de l'application de 209.11²² et se retrouvait dans un vide juridique. Afin de pallier à ce vide le juge Richard écrira aux paragraphes 8 et suivants :

[8] L'article 46 C.p.c. prévoit :

« 46. *Les tribunaux et les juges ont tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leur compétence.* »

Ils peuvent, en tout temps et en toutes matières, tant en première instance qu'en appel, prononcer des ordonnances de sauvegarde des droits des parties, pour le temps et aux conditions qu'ils déterminent. De plus, ils peuvent, dans les affaires dont ils sont saisis, prononcer, même d'office, des injonctions ou des réprimandes, supprimer des écrits ou les déclarer calomnieux, et rendre toutes ordonnances appropriées pour pourvoir aux cas où la loi n'a pas prévu de remède spécifique. »

-
21. Pour résumer cette situation, le juge Richard écrira au paragraphe 13 : « En l'espèce, un agent de la paix saisit le véhicule routier de M. Paul en prétendant qu'il en est le conducteur et en ayant "des motifs raisonnables de croire que le conducteur d'un véhicule routier est sous le coup d'une sanction", au sens de l'article 209.2 C.S.R. Les motifs raisonnables de l'agent de la paix qui procède à la saisie sont bien fondés. Cependant, le [sic] preuve non contredite et non contestée par la S.A.A.Q. démontre que M. Paul n'est pas le conducteur de son véhicule au moment de la saisie. »
22. L'article 209.11 C.S.R. prévoit seulement deux types de situations permettant à la Cour du Québec d'ordonner une mainlevée de saisie. Les cas de l'alinéa 1^o, lorsque le conducteur fautif est le propriétaire du véhicule. Tandis que l'alinéa 2^o prend en compte les cas où le conducteur fautif n'est pas le propriétaire du véhicule.

[9] L'article 46 C.p.c. est une disposition supplétive qui reconnaît aux tribunaux et aux juges des pouvoirs nécessaires à l'exercice de leur compétence. Il ne fait pas de doute qu'en utilisant les termes « les tribunaux et les juges », le législateur vise les tribunaux qui ont une compétence en matière civile, dont la Cour du Québec.

[10] Tel qu'il appert du premier alinéa de l'article 209.11 *C.S.R.*, le législateur décide qu'une demande de mainlevée de la saisie d'un véhicule routier est une « matière civile ». Les pouvoirs de nature civile découlant de cet article permettent de recourir à l'article 46 C.p.c. afin d'identifier et de circonscrire les pouvoirs généraux et inhérents d'un « juge de la Cour du Québec exerçant en son bureau en matière civile », lorsque saisi d'une telle demande.

[11] Il est vrai que l'article 46 C.p.c. n'a pas pour but d'ajouter à la compétence de la Cour du Québec et de ses juges, mais plutôt de leur reconnaître des pouvoirs nécessaires à l'exercice de leur compétence [4]. Mais, en matière de mainlevée de saisie d'un véhicule routier, les juges de la Cour du Québec possèdent la compétence législative d'accorder une telle mainlevée.²³

Dans son raisonnement juridique le juge Richard fait donc une analogie entre l'article 46 C.p.c., lui attribuant certains pouvoirs n'ayant pas été prévus de manière législative, et le fait qu'aucune compétence matérielle n'ait été attribuée à la Cour du Québec à l'article 209.11 *C.S.R.* dans le cas en l'espèce. À son avis, la Cour du Québec peut donc se saisir d'une affaire qui n'entre pas dans le cadre de 209.11 puisque le *C.S.R.* attribue à ce tribunal une compétence dans certains cas de mainlevée. Qui plus est, l'article 46 C.p.c. donne aux tribunaux certains pouvoirs additionnels dans les cas où la loi demeure silencieuse. Un argumentaire qui ne sera pas du tout partagé par le tribunal d'appel.

2.3.2 *L'analyse*

2.3.2.1 Compétence matérielle

En effet, la Cour d'appel fut saisie la même année par la S.A.A.Q., et le tribunal fut catégorique en rejetant la ligne de pensée du juge de première instance quant à son interprétation de

23. *Paul c. Société de l'assurance automobile du Québec*, préc., note 20, par. 8-11.

l'article 46 C.p.c. et de son octroi de la compétence matérielle. Au paragraphe 3 le tribunal écrira :

Ce raisonnement est non seulement contraire aux enseignements récents de notre Cour, faisant alors fi des principes de respect pour la hiérarchie judiciaire et du précédent, mais il confond compétence et pouvoirs nécessaires à l'exercice de la compétence.²⁴
(Nos soulignements)

Le tribunal ajoute aux paragraphes 4 et 5 :

[4] En réalité, le juge a gravement erré en interprétant l'art. 46 C.p.c. comme conférant à la Cour du Québec un pouvoir général de supervision et de contrôle des actes de la SAAQ en matière de saisie de véhicule. La Cour du Québec, faut-il le rappeler, est un tribunal statutaire. Elle n'a compétence qu'à l'égard des matières que lui a confiées spécifiquement le législateur, et ce, pourvu que cette compétence d'attribution soit constitutionnellement valide.

[5] Puisque la situation factuelle alléguée par l'intimé pour revendiquer la main levée de la saisie de son véhicule n'entre pas dans le cadre de la compétence restreinte que reconnaît l'art. 209.11 C.S.R. à la chambre civile de la Cour du Québec, seule la Cour supérieure était compétente pour rendre toute ordonnance appropriée dans les circonstances, et ce, en vertu de sa compétence inhérente et constitutionnellement protégée, de surveillance et de contrôle du gouvernement et de ses démembrements, situation que reconnaissent d'ailleurs les art. 31 et 33 C.p.c.²⁵
(Nos soulignements)

La Cour d'appel rectifie alors le tir et se range du côté du courant jurisprudentiel dans la lignée de la cause de *Sroule*, où elle a clairement réitéré qu'en absence de texte législatif spécifique attribuant une compétence à un tribunal statutaire, seule la Cour supérieure peut entendre ce genre de requête.

3. Droit applicable : *Gagné c. Société de l'assurance automobile du Québec*²⁶

3.1 Les faits

Tel que discuté préalablement, la décision de *Gagné* crée un précédent puisqu'il s'agissait de la première fois qu'une requête

24. *Société de l'assurance automobile du Québec c. Paul*, préc., note 19, par. 3.

25. *Ibid.*, par. 4-5.

26. *Gagné c. Société de l'assurance automobile du Québec*, préc., note 2.

en cassation de saisie en vertu de 209.1 *C.S.R.* était accordée par un tribunal de droit commun.

Les faits liés au cas en l'espèce sont similaires à ceux de M. Sproule. En effet, M^{me} Gagné s'était fait intercepter alors que son permis de conduire était échu puisqu'elle avait omis d'en payer les frais afférents. Son véhicule fut saisi par l'agent de la paix et remisé pour une durée de 30 jours selon l'article 209.1 *C.S.R.* Immédiatement suivant l'interception, M^{me} Gagné corrigea sa situation, mais elle s'est vue refuser le droit de récupérer son véhicule avant l'expiration du délai de 30 jours.

Elle s'est donc adressée à la Cour supérieure afin de reprendre possession de son bien avant l'écoulement du délai.

3.2 *Le forum*

L'honorable juge Turcotte circonscrit le débat d'entrée de jeu en s'exprimant de la sorte au paragraphe 1 de la décision : « La compétence de la Cour supérieure, le tribunal de droit commun, est au cœur de ce litige »²⁷.

En second lieu, elle ne déroge pas du courant jurisprudentiel et elle ne considère pas que le cas de M^{me} Gagné peut être considéré comme étant une « sanction ». En référence à l'article 106.1 *C.S.R.*, la juge écrira au paragraphe 8 : « De toute évidence, le terme “sanction” n'inclut pas le fait d'avoir conduit sans être titulaire d'un permis valide »²⁸.

En troisième lieu, la juge Turcotte utilise l'article 31 *C.p.c.*²⁹ pour justifier sa compétence à entendre une requête qui n'entre pas dans le cadre de l'article 209.11 *C.S.R.*, i.e. lorsque le permis du conducteur n'est pas sous le joug d'une sanction. La juge résume sa pensée au paragraphe 11 :

Compte tenu que l'on ne peut associer le fait d'avoir conduit sans avoir un permis valide et avoir conduit tout en ignorant être sous le coup d'une sanction, c'est le tribunal de droit commun qui a compé-

27. *Gagné c. Société de l'assurance automobile du Québec*, préc., note 2, par. 1.

28. *Ibid.*, par. 8.

29. L'article 31 devient l'article 33 dans le nouveau *Code de procédure civile*. L'alinéa premier du nouvel article conserve le même libellé. Quant au second alinéa, il ne fait que préciser la compétence exclusive de la Cour supérieure quant aux recours collectifs et aux injonctions.

tence pour accorder une mainlevée de saisie dans les circonstances.³⁰

Elle clôt la question en référant³¹ au paragraphe 22 de l'affaire *Sarwar*, cité précédemment.

Du reste, même si cet aspect n'a pas été soulevé par la juge, il est à noter que la compétence de la Cour supérieure est tout aussi justifiable par l'application de l'article 33 C.p.c.³²

33. À l'exception de la Cour d'appel, les tribunaux relevant de la compétence du Parlement du Québec, ainsi que les corps politiques, les personnes morales de droit public ou de droit privé au Québec, sont soumis au droit de surveillance et de réforme de la Cour supérieure, en la manière et dans la forme prescrites par la loi, sauf dans les matières que la loi déclare être du ressort exclusif de ces tribunaux, ou de l'un quelconque de ceux-ci, et sauf dans les cas où la compétence découlant du présent article est exclue par quelque disposition d'une loi générale ou particulière.

Puisqu'il y a absence de tout droit d'appel de décision administrative prévu dans le *Code de la sécurité routière* propre au cas de M^{me} Gagné, l'article 33 C.p.c. nous indique que le tribunal de droit commun possède compétence pour entendre ce genre de recours en nullité (cet argument fut évoqué par le tribunal d'appel dans la cause de *Paul*)³³.

3.3 Cassation d'une saisie en vertu de l'article 209.1 C.S.R.

Par la suite, la juge Turcotte se penche sur la validité du maintien de la saisie du véhicule de M^{me} Gagné par la S.A.A.Q.

Le tribunal note que le *C.S.R.* ne prévoit pas les cas où le conducteur fautif (au sens de 93.1 et 209.1 *C.S.R.*) d'un véhicule

30. *Gagné c. Société de l'assurance automobile du Québec*, préc., note 2, par. 11.

31. *Ibid.*, par. 12.

32. L'article 33 devient l'article 34 dans la nouvelle mouture du *Code de procédure civile*. L'alinéa second du nouvel article précise ceci quant au pouvoir de contrôle du tribunal de droit commun : « Ce pouvoir ne peut s'exercer dans les cas que la loi exclut ou qu'elle déclare être du ressort exclusif de ces tribunaux, personnes, organismes ou groupements, sauf s'il y a défaut ou excès de compétence. » À moins d'un changement législatif dans le *Code de la sécurité routière* prévoyant expressément un droit d'appel des décisions quant aux cas étudiés dans cet article, la Cour supérieure maintiendra sa compétence même avec l'application du nouveau code.

33. *Société de l'assurance automobile du Québec c. Paul*, préc., note 19, par. 5.

n'est pas sous le coup d'une sanction³⁴. Il ne prévoit également pas les situations où le justiciable régularise son dossier en payant les frais dus à l'intérieur du délai de saisie prévu à 209.1. La juge s'en remet alors à l'application de l'article 46 C.p.c. pour justifier l'intervention de la Cour et l'application d'un remède qu'elle détermine approprié³⁵. Contrairement au juge de première instance dans l'affaire *Paul*³⁶, la juge Turcotte applique adéquatement cet article élargissant son pouvoir décisionnel lorsque la loi est muette sur certaines situations. Dans le dossier en l'espèce, il ne s'agissait pas d'accroître le champ de compétence matériel d'un tribunal statutaire, mais bien d'attribuer au tribunal de droit commun un pouvoir d'intervention afin de contrer une situation que la juge qualifiera d'« injuste »³⁷.

Comme justification quant à l'illégalité du maintien de la saisie et de la raison pour casser cette dernière, la juge Turcotte s'appuie³⁸ sur le paragraphe 30 de la décision de *Sproule*, cité précédemment. Il convient ici de rappeler les propos de l'*obiter* du juge Nuss :

The continued impounding of the motor vehicle after the required license has been obtained, would at first sight, appear to be an additional penalty to the one fixed by s. 141 of the Code – an additional penalty not specifically authorized by law.³⁹

Sur la question de l'illégalité du maintien de la saisie, la juge Turcotte aurait également pu se baser sur un argument soulevé par le juge Morissette au paragraphe 23 dans la cause de *Sproule*, soit celui de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴⁰. En effet, la saisie effectuée en premier temps par l'agent de la paix était légale et respectait les exigences de l'article 8 de la Charte, car elle était justifiée par l'article 209.1 C.S.R. Néanmoins, le maintien d'une saisie par un organisme gouvernemental sans qu'il y ait soit un texte législatif, un mandat ou un pouvoir de common law le permettant, constitue une atteinte à l'article 8 de la *Charte cana-*

34. *Gagné c. Société de l'assurance automobile du Québec*, préc., note 2, par. 13.

35. *Ibid.*, par. 14.

36. *Paul c. Société de l'assurance automobile du Québec*, préc., note 20.

37. *Gagné c. Société de l'assurance automobile du Québec*, préc., note 2, par. 13.

38. *Ibid.*, par. 15.

39. *Sproule c. Québec (Société de l'assurance automobile)*, préc., note 4, par. 30.

40. *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.).

*dienne*⁴¹ ainsi qu'à l'article 24.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁴², de par le caractère abusif⁴³ de ce maintien. Dans les mots du juge Nuss, cette façon de faire ne respectait pas les exigences constitutionnelles et quasi constitutionnelles puisque le maintien de la saisie constituait « [...] an additional penalty not specifically authorized by law »⁴⁴.

4. Conclusion

Comme nous venons de le voir, le jugement *Gagné* est d'une grande importance pour les propriétaires dont le véhicule a été saisi pour cause de déchéance du permis de conduire. Il devient impératif pour la S.A.A.Q. de modifier ses pratiques lorsque lesdits propriétaires payent les frais qui étaient en souffrance. À ce titre, il est assez surprenant que la S.A.A.Q. n'ait pas changé ses politiques à cet effet dès 2004, soit l'année de parution de la décision de *Sproule* et de *l'obiter* du juge Nuss. Il est vrai que conformément au principe de retenue judiciaire, le juge usa d'un vocabulaire portant à croire qu'il ne désirait pas que ses lignes eussent force de loi : « However, since this issue was not before us on this appeal it is preferable that I express no firm opinion on this subject and leave the issue to be decided, if raised, at some future date »⁴⁵.

Cependant cette « future date »⁴⁶ est arrivée, et la décision de *Gagné* vient clarifier le droit applicable en semblable matière. La S.A.A.Q. ne peut donc maintenant se pourvoir de l'argument de vide juridique pour justifier ses actions et devra altérer ses politiques sur les questions de maintien de saisie des véhicules. Dans l'éventualité où cette façon de faire demeure en vigueur, le justiciable floué pourrait légitimement accompagner sa requête en cassation de saisie d'une demande en réparation avec des dommages et intérêts punitifs au sens de l'article 49 al. 2 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Tel que discuté précédemment, le

41. Il est à noter que la *Charte canadienne* s'applique à la S.A.A.Q. de par l'article 32 (1)b) de la *Charte* et puisque cet organisme répond aux normes édictées par les arrêts *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229 et *Eldridge v. British Columbia (AG)*, [1997] 2 R.C.S. 624, soient l'exercice d'un pouvoir gouvernemental ainsi que du contrôle effectif. Il en est de même pour la *Charte québécoise* de par les articles 54 et 55 de cette même Charte.

42. *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12.

43. *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145 et *R. c. Dedman*, [1985] 2 R.C.S. 2.

44. *Sproule c. Québec (Société de l'assurance automobile)*, préc., note 4, par. 30.

45. *Ibid.*

46. *Ibid.*

maintien de la saisie même après le paiement des frais afférents au permis constituerait une saisie abusive au sens de l'article 24.1 de la *Charte québécoise*. Il est de l'opinion des auteurs qu'il s'agirait là d'un comportement fautif intentionnel de la part de la S.A.A.Q. qui donnerait certainement ouverture au régime de 49 al. 2 de la *Charte québécoise*. À ce sujet, il est à noter que l'honorable juge Turcotte accorda les débours judiciaires à M^{me} Gagné.

Finalement, même si cette situation n'a pas été traitée spécifiquement dans l'affaire *Gagné*, nous pouvons nous interroger de ce qu'il en est des cas de 209.11(2^o) *C.S.R.*, soit lorsque le propriétaire n'est pas conducteur du véhicule. Il est vrai que la loi est plus exhaustive à ce sujet et énumère un plus grand nombre de situations précises. Nonobstant, dans l'éventualité où une requête pour mainlevée aurait à être présentée pour un cas qui n'est pas circonscrit par 209.11(2^o) *C.S.R.*, il est à croire que le juriste devrait se fier aux enseignements du jugement *Gagné*.

5. Jurisprudence citée

Hunter c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145.

R. c. Dedman, [1985] 2 R.C.S. 2.

McKinney v. University of Guelph, [1990] 3 R.C.S. 229.

Eldridge v. British Columbia (AG), [1997] 2 R.C.S. 624.

Sproule c. Québec (Société de l'assurance automobile), 2004 CanLII 7441 (QC C.A.).

Sarwar v. Société de l'assurance automobile du Québec, 2006 QCCQ 975 (CanLII).

Girard c. Société de l'assurance automobile du Québec, 2006 QCCQ 11598 (CanLII).

Poulin c. Société de l'assurance automobile du Québec, 2007 QCCS 214.

Paul c. Société de l'assurance automobile du Québec, 2012 QCCQ 346 (CanLII).

Société de l'assurance automobile du Québec c. Paul, 2012 QCCA 1627 (CanLII).

Gagné c. Société de l'assurance automobile du Québec, 2014 QCCS 6168 (CanLII).

CHRONIQUE

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Regards croisés sur l'application de l'entente France-Québec du 9 septembre 1977 en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements

Natacha MIGNON* et Xavier Philippe VUITTON**

La question de la reconnaissance des décisions de justice rendues à l'étranger et de leur exécution dans l'ordre juridique national est en pratique déterminante pour le respect effectif des droits des justiciables nonobstant les frontières.

L'entente d'entraide judiciaire conclue entre la France et le Québec le 9 septembre 1977 (ci-après l'Entente) comporte un titre VII intitulé « *Reconnaissance et exécution des décisions relatives à l'état et à la capacité des personnes et notamment à la garde des enfants et aux obligations alimentaires* ». Malgré l'étendue matériellement très (trop) limitée de ces dispositions, elles présentent une acuité particulière aujourd'hui, compte tenu de l'augmentation significative des flux de population entre les deux zones, qui entraîne méca-

niquement une augmentation des cas relevant du droit international privé des personnes et donc potentiellement des recours aux dispositions de l'Entente sur ce point.

Ce titre VII est ainsi rédigé :

1. Les décisions relatives à l'état et à la capacité des personnes et notamment à la garde des enfants et aux obligations alimentaires rendues par des juridictions siégeant respectivement en France et au Québec ont de plein droit l'autorité de la chose jugée en France et au Québec, si elles réunissent les conditions suivantes :

a) la décision émane d'une juridiction compétente selon les règles concernant les conflits de compétence admises sur le territoire de l'autorité où la décision est exécutée ;

b) la décision a fait application de la loi applicable au litige en vertu

* Avocate aux barreaux de Paris et du Québec et avocate-conseil du Consulat général de France à Montréal. Kaufman Laramée S.E.N.C.R.L.

** Docteur en droit, avocat aux barreaux de Paris et du Québec et ancien avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation français. Il est aussi professeur associé à l'Université Paris XII et maître de conférence à l'école de droit de Sciences Po Paris. Société d'avocats De Gaulle, Fleurance & associés, Paris-Bruxelles.

des règles de solution des conflits de lois admises sur le territoire de l'autorité où la décision est exécutée ;

c) la décision d'après la loi de l'État où elle a été rendue ne peut plus faire l'objet d'un recours ordinaire ou d'un pourvoi en cassation ;

d) les parties ont été régulièrement citées, représentées ou déclarées défaillantes ;

e) la décision ne contient rien de contraire à l'ordre public de l'autorité sur le territoire de laquelle elle est invoquée ;

f) un litige entre les mêmes parties, fondé sur les mêmes faits et ayant le même objet :

- n'est pas pendant devant une juridiction de l'autorité requise ;
- n'a pas donné lieu à une décision rendue par une juridiction de l'autorité requise ;
- n'a pas donné lieu à une décision rendue dans un État tiers, réunissant les conditions nécessaires à sa reconnaissance sur le territoire de l'autorité requise.

2. Les décisions relatives à l'état et à la capacité des personnes et notamment à la garde des enfants et aux obligations alimentaires ne peuvent donner lieu à aucune exécution forcée de la part des autorités qui les ont reconnues conformément aux dispositions du paragraphe précédent qu'après avoir été déclarées exécutoires.

3. La procédure d'exequatur de la décision est régie par le droit de l'autorité du lieu d'exécution. L'autorité judiciaire requise se borne à vérifier si la décision dont l'exécution est demandée remplit

les conditions prévues à l'alinéa 1 du présent titre sans procéder à aucun examen au fond de la décision.

4. La partie à l'instance qui invoque l'autorité d'une décision judiciaire ou qui en demande l'exécution doit produire :

a) une expédition de la décision réunissant les conditions nécessaires à son authenticité ;

b) l'original de l'exploit de signification de la décision ou de tout autre acte qui tient lieu de signification ;

c) un certificat du greffier constatant qu'il n'existe contre la décision ni opposition, ni appel, ni pourvoi en cassation ;

d) le cas échéant, une copie de la citation de la partie qui a fait défaut à l'instance, copie certifiée conforme par le greffier de la juridiction qui a rendu la décision.

5. Les demandes tendant à obtenir l'exécution d'une décision judiciaire française ou québécoise statuant en matière de garde des enfants ou d'obligations alimentaires peuvent être acheminées par la voie des Autorités centrales. [i.e., les Ministères de la Justice québécois et français]

Cette Entente liant la France et le Québec s'insère dans deux ordres juridiques distincts, ce qui requiert une analyse au regard successivement du droit français (I) et du droit québécois (II).

I. Mise en œuvre en France

Avant d'examiner les effets de l'Entente (B), on rappellera tout d'abord le cadre juridique général

en matière civile et commerciale de la réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français (A).

A. Les règles françaises de réception des jugements étrangers

L'article 509 du Code de procédure civile pose en principe que « les jugements rendus par les tribunaux étrangers et les actes reçus par les officiers étrangers sont exécutoires sur le territoire », mais uniquement – sans surprise – « de la manière et dans les cas prévus par la loi ». S'il n'est pas reçu automatiquement, le jugement étranger est néanmoins reconnu en tant que tel et soumis à un régime spécifique.

Ce régime distingue trois catégories de jugements étrangers : les jugements émanant d'un pays de l'Union européenne, ceux rendus par un tribunal d'un pays lié en la matière à la France par une convention bilatérale ou multilatérale et les jugements n'entrant dans aucune des deux précédentes catégories et qui relèvent du droit commun.

Après avoir décrit très schématiquement chacun de ces cas (1), une distinction doit être faite entre l'efficacité substantielle en France de certains jugements étrangers et leur force exécutoire (2).

1. Les différents régimes de réception des jugements étrangers

a. S'agissant des jugements rendus dans un pays extérieur à

l'Union européenne et n'ayant pas signé de convention applicable avec la France, le jugement étranger devient exécutoire en France lorsqu'il s'est vu accorder l'*exequatur* par un jugement passé en force de chose de jugée, c'est-à-dire par une décision qui n'est plus susceptible d'un recours suspensif d'exécution (V., par ex., Cass. 2^{ème} Civ., 9 oct. 2008, n^o 07-15.328, *Procédures*, 2008, comm. 329, obs. R. Perrot).

Pour accorder l'*exequatur*, le juge français compétent – à savoir le Tribunal de grande instance statuant à juge unique – doit, après avoir vérifié que la décision émane bien d'une véritable juridiction et qu'elle est exécutoire dans l'Etat où elle a été prononcée, procéder à trois vérifications (V., par ex., Cass. 1^{ère} Civ., 30 janvier 2013, n^o 11-10.588 ; Cass. 1^{ère} Civ., 16 décembre 2009, n^o 08-20.305 ; Th. Vignal, *Droit international privé*, Sirey, 3^{ème} éd., n^o 656 s.). D'une part, il doit s'assurer de la compétence indirecte du juge étranger, en vérifiant non seulement que ce jugement ne méconnaît une compétence exclusive des tribunaux français, mais aussi qu'un lien caractérisé de rattachement du litige au juge saisi existe. D'autre part, il doit s'assurer de la conformité du jugement étranger à l'ordre public international de fond et de procédure (Par ex., impartialité du juge, respect des droits de la défense, égalité des armes entre les parties, etc. ; sur l'exigence de motivation, v. Cass. 1^{ère} Civ., 11 février 2015, n^o 14-10.074 et Cass. 1^{ère} Civ., 17 janvier 2006, Bull. civ., I, n^o 20). De troisième

part, il contrôle l'absence de fraude à la loi ou au jugement (V., par ex., Cass. 1^{ère} Civ., 17 décembre 2014, n° 13-21.365). La compétence de la loi appliquée par le juge étranger n'est en principe plus contrôlée. Mais, d'une manière générale, enfin, le juge ne peut pas rejuger le fond ou réviser la décision qui lui est soumise aux fins d'*exequatur*.

b. S'agissant des jugements européens, le principal texte sur ce point, en matière civile et commerciale, est le Règlement n° 1215/2012 du 12 décembre 2012, dit « *Bruxelles I bis* », applicable à compter du 10 janvier 2015 en remplacement du Règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000. Ce texte supprime toute procédure d'*exequatur* et rend tout jugement européen, s'il est exécutoire dans le pays où il a été rendu, exécutoire de plein droit dans les autres États membres (V. art. 39). Ce n'est que par exception que, dans certains cas (comme par exemple la contrariété manifeste à l'ordre public de l'État requis ou de jugements inconciliables), le défendeur à l'exécution pourra introduire une demande de refus d'exécution du jugement (V. art. 46 s.) et qu'une partie intéressée pourra s'opposer à sa reconnaissance (V. art. 45 s.).

Dans une même logique, le Règlement n° 4/2009 du 18 décembre 2008, relatif aux décisions rendues en matière d'obligations alimentaires dans un État de l'Union lié par le Protocole de La Haye du 23 novembre 2007, prévoit la reconnaissance sans possibilité d'opposition et supprime toute *exequatur* pour leur exécution lorsque celles-ci

sont exécutoires dans l'État où elles ont été prononcées (V. art. 17 et 18). D'autres Règlements (V., par ex., Règlement « *Bruxelles II bis* » n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, art. 20 s. et 28 s. ; Règlement n° 1896/2006 du 12 décembre 2006 en matière d'injonction de payer, art. 19 ; Règlement n° 861/2007 du 11 juillet 2007 en matière de petits litiges, art. 20) assouplissent aussi dans des proportions variables les conditions de reconnaissance et d'exécution des décisions rendues dans un autre État membre. On doit également rappeler l'existence du Titre exécutoire européen instauré par le Règlement n° 805-2004 du 21 avril 2004 pour simplifier les procédures d'exécution entre pays européens.

c. En ce qui concerne les jugements prononcés dans des pays qu'une convention en la matière lie avec la France, les conditions de leur reconnaissance et de leur exécution sont celles prévues par ce texte, qui sont en général plus légères que celles de droit commun. La détermination du juge compétent est également fixée par le traité. En principe, le juge de l'*exequatur* ne peut pas non plus modifier ou réviser la décision étrangère (V., par ex., Cass. 1^{ère} Civ., 14 janvier 2009, n° 07-17.194).

Cependant, on doit insister sur la différence, essentielle en pratique, qui existe entre l'efficacité substantielle du jugement étranger et son caractère exécutoire.

2. *La reconnaissance d'une efficacité substantielle de certains jugements étrangers*

L'effet substantiel du jugement tient dans la déclaration du droit revendiqué par une partie. Il est donc indépendant, en théorie au moins, de la force exécutoire du jugement, qui ne consiste qu'en la qualité de celui-ci qui permet l'exécution forcée dudit effet substantiel. Le caractère exécutoire d'un jugement lui est d'ailleurs extrinsèque, puisqu'il tient à ce qu'il est revêtu de la formule exécutoire et, dans le cas d'un jugement étranger, dans l'un acte français qui lui confère cette force.

Or, l'absence de force exécutoire d'un jugement étranger n'empêche pas systématiquement sa reconnaissance et ne le prive pas toujours de tout effet dans l'ordre juridique français. Une efficacité substantielle est ainsi reconnue à certains jugements étrangers rendus hors de l'Union européenne à raison de la nature des décisions qu'ils prennent : c'est le cas, en particulier, des décisions rendues en matière d'état et de capacité des personnes, qui n'impliquent aucune exécution forcée et pour lesquelles aucune contradiction entre les ordres juridiques n'est tolérable. Par exemple, un jugement de divorce prononcé en matière de divorce sera reconnu en France et permettra à l'un des anciens époux de se remarier, même sans *exequatur* du jugement, celle-ci n'étant requise que pour l'exécution en France des dispositions patrimoniale dudit jugement (V., par ex., J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 5^e éd.,

2012, n° 347 ; v. cep., par ex., en cas de fraude, Cass. 1^{ère} Civ., 20 juin 2012, n° 11-30.120).

Mais, comme le note la doctrine et compte tenu de la portée reconnue au jugement, « l'efficacité substantielle suppose que la décision soit "définitive" au regard de la loi de procédure étrangère (v. par exemple, Paris, 28 sept. 1979, Rev. Crit. DIP, 1979.109, note Lequette, et 23 juillet 1979, *ibid.* 1981.681.687, note Santa-Croce, écartant la fin de non-recevoir tirée d'un jugement étranger de divorce du fait qu'il n'avait pas force de chose jugée ; pour cette explication, qui n'est pas celle des annotateurs, D. Alexandre, "Sur l'impossibilité d'obtenir le divorce en France lorsqu'un jugement étranger a déjà été rendu à l'étranger à propos du divorce", cette Revue 1983-597, p. 608) » (V. H. Muir Watt, Rev. Crit. DIP, 1998.206, n° 8).

B. *L'application de l'entente du 9 septembre 1977*

On doit, de prime abord, constater que la jurisprudence française est relativement rare quant à la mise en œuvre de cette entente, sans que l'on soit réellement en mesure de déterminer si cela s'explique par l'absence de litige sur son application ou par la faible mise en œuvre de l'Entente par les justiciables.

En l'état, l'Entente a cependant été utilisée par des juges français saisis de demandes consécutives à un jugement québécois (V., par ex., CA Rennes, 7 mars 2005, RG 03/06179) et la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler,

sans surprise et comme le prévoit expressément l'Entente, que le juge français ne pouvait pas réviser au fond le jugement québécois (V. Cass. 1^{ère} Civ., 26 mai 1999, n^o 97-12.996), mais qu'il devait lui refuser l'*exequatur* en cas d'atteinte à l'ordre public international français (V., par ex., Cass. 1^{ère} Civ., 7 juin 2012, n^o 11-30.262, Bull. civ. I, n^o 126). D'autres décisions s'avèrent intéressantes, qui ont tranché des litiges franco-québécois dans des matières relevant de l'Entente et qui, en creux, en montrent les limites.

Dans une affaire assez rocambolesque au plan de la procédure, un époux avait agi devant un juge français pour obtenir le paiement par son épouse résidant au Québec d'une contribution aux charges du mariage. En défense, celle-ci avait opposé l'existence d'un jugement québécois ayant prononcé le divorce des époux plusieurs années auparavant par défaut, ce qui privait d'objet la demande de son conjoint. Ce moyen, qui était fondé sur l'efficacité substantielle du divorce étranger (et non sur l'autorité négative de chose jugée), supposait que le jugement de divorce soit passé en force de chose jugée au moment de l'assignation en France (V., par ex., Cass. 1^{ère} civ., 6 mars 1979, Bull. n^o 79 ; v. H. Muir Watt, précité). La cour d'appel de Lyon a finalement déclaré l'époux « *irrecevable en sa demande en inopposabilité* » du jugement québécois, faute d'avoir prouvé que ledit jugement n'était pas susceptible de recours interne au Québec. Mais la Cour de cassation a censuré cette décision en rappelant qu'il appartenait évidemment à l'épouse de prouver que la

décision québécoise dont elle invoquait l'autorité en France était passée en force de chose jugée et non pas à son conjoint de démontrer l'inverse (V. Cass. 1^{ère} Civ., 19 octobre 1999, n^o 97-14.994 ; Rev. Crit. DIP, 2000.49, obs. H. Muir Watt).

Plus intéressant, l'époux reprochait à l'arrêt d'appel d'avoir omis de vérifier la régularité du jugement au regard de l'accord d'entraide franco-québécoise du 9 septembre 1977. Or, ce moyen ne pouvait pas prospérer puisque la « demande » du conjoint avait été déclarée irrecevable par la cour d'appel et que l'office du juge ne s'apprécie, par hypothèse même, qu'au regard de demandes recevables. Dès lors, dans une circonstance où le bon sens imposait que le jugement québécois fasse immédiatement obstacle à une demande présentée devant un juge français, l'Entente s'est révélée sans effet.

Mais l'affaire ne s'est pas arrêtée là. Après cassation, la cour d'appel de renvoi a constaté que, en réalité, le jugement de divorce prononcé à Montréal avait été obtenu par l'épouse en fraude des droits de son conjoint. La cour d'appel avait en effet constaté qu'elle avait déclaré mensongèrement ignorer l'adresse de son époux et sollicité la permission de l'assigner par voie de publication dans un journal qu'il n'avait aucune chance de lire, de sorte qu'elle avait manifestement cherché à l'empêcher de se défendre en temps utile. Elle a déduit de ces circonstances que la citation du conjoint n'avait été conforme à la loi procédurale qu'en apparence et que la procédure avait été fondamentalement viciée par une fraude aux droits de la défense. Le jugement

québécois a donc été déclaré sans effet et inopposable en France. La Cour de cassation a approuvé cette solution aux motifs que, « en statuant ainsi, [les juges d'appel] n'ont pas révisé la décision au fond, ni ne se sont prononcés sur la conformité à l'ordre public français des règles canadiennes de signification des actes, l'atteinte aux droits de la défense ne résultant pas de celles-ci, mais d'une fraude que le juge canadien n'avait aucun moyen de déceler » (V. Cass. 1^{ère} Civ., 30 septembre 2003, n° 01-13.142).

Du point de vue français, la portée de l'entente mériterait certainement d'être aujourd'hui révisée dans le sens d'un assouplissement pour faciliter la reconnaissance et l'exécution des décisions. En l'état, elle présente certes le mérite d'encadrer la reconnaissance de l'autorité de la chose jugée des jugements rendus dans les deux territoires et leur exécution en déterminant notamment la valeur de certains éléments de preuve, mais en fixant des conditions peu exorbitantes du droit commun. Elle n'est souvent même pas évoquée dans des décisions relevant – *a priori* au moins – de son champ d'application matériel (V. par ex., CA Saint-Denis de la Réunion, 16 décembre 2008, RG n° 07/00048 et 11 janvier 2007, RG n° 05/01234 ; CA Paris, 26 octobre 2006, RG n° 04/18195). Une réponse ministérielle faite au Parlement français note d'ailleurs que : « Le Québec est lié avec la France par une entente conclue le 9 septembre 1977 sur un programme d'entraide judiciaire en matière civile, commerciale et administrative, qui prévoit la possibilité pour les ministères de la justice des deux parties de se prêter mutuelle-

ment entraide pour la recherche et l'audition des débiteurs d'aliments séjournant sur leur territoire et pour le recouvrement volontaire des pensions alimentaires. Cette entente n'a à ce jour jamais été utilisée pour le recouvrement de créances alimentaires. Enfin, si le Québec sollicite la France afin de mettre en œuvre un mécanisme de réciprocité assurant la saisie du salaire ou des biens des débiteurs d'aliments défaillants, cette requête sera examinée avec soin » (V. Question n° 38385, JOAN du 18 février 2014).

Cette mise en œuvre statistiquement limitée et ses modalités sont similaires à ce qui est constaté en pratique au Québec.

II- Mise en œuvre au Québec

A- Réception des décisions étrangères au Québec en vertu des règles du Code civil

Le *Code civil du Québec* consacre le chapitre 1^{er} de son titre IV à la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères, sans distinguer selon leur nature et leur objet.

La notion de « *décisions étrangères* » est entendue au sens le plus strict, puisque le Québec impose même aux jugements rendus dans une autre province canadienne de suivre une procédure d'homologation pour être susceptibles d'exécution forcée sur son territoire.

Le principe immédiatement posé à l'article 3155 du *Code civil du Québec* est celui de la reconnaissance du caractère exécutoire des décisions étrangères, sauf dans des

cas limités que l'article énumère. Ces cas sont ceux prévus à l'Entente, auxquels s'ajoute la violation des principes essentiels de la procédure (article 3155, 3^o C.c.Q.). En cas de décision rendue par défaut par une juridiction étrangère, le Code civil québécois est plus précis que l'Entente, puisqu'il impose comme condition additionnelle à la reconnaissance que le demandeur fasse la preuve que l'acte introductif d'instance a été signifié conformément au droit local (art. 3156 C.c.Q.). Le contrôle du juge québécois, à l'instar de celui du juge français, est limité aux cas énoncés et ne s'étend pas au fond de la décision (art. 3158 C.c.Q.).

La Cour suprême, dans l'arrêt *Société canadienne des postes c. Lépine*, 2009 SCC 16, a réaffirmé cette portée de l'article 3155 C.c.Q., indiquant qu'une décision rendue par une autorité étrangère (Ontarienne, en l'espèce) devait être reconnue, à moins que l'une des exceptions prévues dans cet article ne trouve application. Cette vérification constitue le seul contrôle que le juge est autorisé à effectuer.

La demande de reconnaissance d'une décision étrangère prend la forme d'une simple requête introductive d'instance (art. 785 C.p.c.), à laquelle est jointe une copie de la décision et une attestation d'un officier public étranger affirmant que la décision est définitive ou exécutoire (art. 786 C.p.c.). Les tribunaux ont eu l'occasion de juger qu'une opinion juridique rédigée par un avocat local ne pouvait pas constituer cette attestation qui doit émaner d'un officier du tribunal (*Goodstein c. Shahak*, 2007 QCCS 5807). En cas

de décision rendue par défaut, le demandeur doit produire une copie certifiée des « documents permettant d'établir que l'acte introductif d'instance a été régulièrement signifié à la partie défaillante. »

B- Réception des décisions françaises au Québec en vertu de l'Entente sur l'entraide judiciaire entre la France et le Québec

Contrairement à d'autres conventions internationales afférentes à l'entraide judiciaire, telles que la Convention relative à la signification à l'étranger des actes judiciaires en matière civile et commerciale (Convention de la Haye, 1965), l'Entente sur l'entraide judiciaire entre la France et le Québec a été intégrée au droit positif québécois en 1978. La loi d'application de l'Entente lui confère « effet malgré toute disposition d'une loi générale ou spéciale ou d'un règlement adopté en vertu d'une telle loi » (RLRQ, c. A-20.1, art. 1).

Il s'agissait à l'époque d'un geste politique fort, puisque le Québec, lors de l'entrée en vigueur de l'Entente, ne s'était pas encore doté de son nouveau Code civil et ne reconnaissait pas la force jugée des jugements provenant de l'extérieur du Canada (C.p.c., anciens articles 178 à 180.1 abrogés). La règle était seulement atténuée par le principe de courtoisie internationale défini comme « la déférence et le respect que des États doivent avoir pour les actes qu'un autre État a légitimement accomplis sur son territoire » (*V. Morguard investments ltd. c. De savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077). L'Entente a donc introduit un

système beaucoup plus libéral à l'époque, au seul bénéfice des décisions émanant d'une juridiction française en matière d'état et de capacité des personnes.

À l'instar de la France, les jugements ou arrêts québécois visant l'Entente sont toutefois peu fréquents (une vingtaine en près de quarante ans) et concernent pour la plupart des demandes de bénéfice à l'aide juridique par un résident français ou d'exemption à fournir un cautionnement lors de l'introduction d'une action judiciaire au Québec en vertu du titre IV de l'Entente. Celles afférentes spécifiquement à la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives à l'état et la capacité des personnes, qui sont notre propos, sont encore plus rares.

L'Entente n'empêche par ailleurs pas l'exécution volontaire en France d'un jugement rendu par une juridiction québécoise. Une affaire récente met néanmoins en lumière les risques de l'exécution volontaire. Dans cette espèce, la Cour supérieure du district de Montréal était saisie d'une demande d'ouverture d'un régime de protection à l'égard du père de la demanderesse. Les autres enfants du père, ainsi que son épouse, contestaient la compétence du juge québécois au profit du juge français, affirmant que la personne à protéger avait son domicile en France depuis près de vingt ans (*N.A. c. M.A.*, 2014 QCCS 5712 (CanLII) et *N.A. c. V.B.*, 2015 QCCA 982 (CanLII) rejetant l'appel). L'exception déclinatoire ayant été accueillie par la Cour supérieure, la décision

de la Cour privait de tout effet un précédent jugement de cette même Cour, confiant la garde à la demanderesse et l'autorisant à rapatrier ce dernier au Québec. Se prévalant de cette décision sans recourir à la procédure d'*exequatur*, la demanderesse avait pu obtenir une autorisation de sortie de l'hôpital de son père et rentrer avec lui au Québec. Loin de remettre en question sa précédente décision, la Cour supérieure lui a cependant reproché d'avoir agi sans que sa procédure initiale ne soit signifiée aux autres membres de sa famille et d'avoir fourni des renseignements erronés sur le domicile de son père. On est ici porté à croire que, si l'hôpital avait exigé que la décision québécoise soit homologuée avant exécution, le juge français aurait lui-même relevé l'absence de signification aux proches du père et pu refuser l'*exequatur*.

Le principe posé par l'Entente est celui de la reconnaissance automatique de la chose jugée des décisions relatives à l'état et à la capacité des personnes émanant d'une juridiction française et répondant aux critères des paragraphes a) à f), de l'article 1, Titre VII. Ces décisions n'y sont pas pour autant exécutoires de plein droit (article 2). Pour le devenir, elles doivent faire l'objet de la procédure d'*exequatur* au Québec, mais le contrôle du juge est limité à la vérification des conditions listées à l'article 1, sans possibilité d'examen au fond. Frein ou assistance, l'article 4 impose une liste de documents à produire par toute partie qui demande l'homologation d'une décision dans l'autre territoire.

Les conditions posées sont proches de celles qui se retrouvent dans les conventions internationales en matière d'entraide judiciaire et qui ont été introduites en 1994 dans le *Code civil du Québec*. Ainsi, pour que sa force jugée soit reconnue de plein droit et pour qu'elle puisse devenir exécutoire, la décision doit respecter les règles de conflits de loi quant à la juridiction saisie et au droit applicable (a et b), elle doit être exécutoire dans le pays dont elle émane et n'y être plus susceptible de recours (c), les parties doivent avoir été régulièrement signifiées (d), la décision ne doit pas être contraire à l'ordre public local (e), il ne doit pas y avoir de litispendance (f). En réalité, l'alinéa 2 de l'article 1f) n'est pas si clair, lorsqu'il dispose qu'une décision sera reconnue au Québec, à condition que :

- f) un litige entre les mêmes parties, fondé sur les mêmes faits et ayant le même objet :
- n'est pas pendant devant une juridiction de l'autorité requise.

À la lecture de cette disposition, on imagine facilement la tentation qui peut être celle d'une partie aux prises avec un litige binational de saisir une juridiction dans un territoire pour faire échec à une demande d'homologation d'un jugement dans l'autre territoire.

Un cas de cette nature, impliquant un divorce entre deux ressortissants français a été soumis à la Cour d'appel du Québec (V. *Droit de la famille – 2561*, 1996 CanLII 5932 (QC C.A.)). Dans cette espèce, la Cour supérieure de Québec avait été saisie d'une demande de contribu-

tion aux charges du mariage, ainsi que de diverses autres mesures provisoires, par une conjointe demeurant au Québec à l'encontre de son époux séparé de fait et réinstallé en France depuis lors. Dans les semaines qui suivirent, l'époux a saisi le Tribunal de grande instance de Béziers d'une demande de divorce. Puis, après plusieurs années de procédure, l'épouse a, à son tour, signifié une action en divorce au Québec, alors que la première demande de divorce était toujours pendante en France. L'époux a soulevé l'irrecevabilité de cette nouvelle instance, mais a été débouté en première instance, au motif qu'une décision française ne pouvait se voir reconnaître l'autorité de la chose jugée au Québec qu'en l'absence de litige pendant entre les mêmes parties au Québec lors du prononcé de la décision en France. La Cour d'appel a infirmé la décision entreprise, reprochant expressément au premier juge d'avoir confondu « chose jugée » et « procédure d'exécution forcée ». Elle a rappelé que, au contraire, les décisions françaises relatives à l'état et la capacité des personnes étaient de plein droit reconnues au Québec et a jugé que les procédures engagées initialement par l'épouse au Québec ne pouvaient pas faire échec à la poursuite de l'instance en divorce engagée en France, puisque celles-ci visaient des mesures provisoires, pas plus que l'instance en divorce introduite tardivement au Québec. Ce faisant, elle a donné une large interprétation à l'article 1f), Titre VII. Pour la Cour d'appel, juger le contraire reviendrait à priver l'Entente de toute efficacité : « Il suffirait, en tout temps avant jugement prononcé par le tribunal français autrement compétent, d'intenter

une procédure au Québec, ayant le même objet et fondée sur les mêmes faits, même lorsque, de toute évidence, le seul but visé serait d'empêcher éventuellement l'exécution au Québec du jugement à venir. Ceci, de toute évidence, serait contraire à l'esprit ainsi qu'aux autres dispositions de cette Entente et de la loi la sanctionnant. »

La Cour d'appel du Québec, dans un arrêt du 15 juin 1998 (V. *S.A. Louis Dreyfus & cie c. Holding Tusculum B.V.*, 1998 CanLII 12964 (QC C.A.)), rendu au visa de l'article 6 du Titre II relatif à la Transmission et la remise des actes judiciaires et extra-judiciaires, a d'ailleurs confirmé son interprétation large de l'ensemble des dispositions de l'Entente.

On doit noter que les décisions précitées de la Cour d'appel ont été rendues postérieurement à l'adoption du nouveau Code civil québécois, lequel introduit un système de reconnaissance des jugements étrangers proches de celui mis en place dans l'Entente. Elles s'inscrivent donc dans la tendance législative d'ouverture à la reconnaissance des jugements étrangers et sont parfaitement conformes au 4^o, de l'article 3155, en vertu duquel :

3155 Toute décision rendue hors du Québec est reconnue et, le cas échéant, déclarée exécutoire par l'autorité du Québec, sauf dans les cas suivants :

4^o – Un litige entre les mêmes parties, fondé sur les mêmes faits et ayant le même objet, a donné lieu au Québec à une décision passée ou non en force de chose jugée, ou est pendant devant une autorité

québécoise, première saisie, ou a été jugé dans un État tiers et la décision remplit les conditions nécessaires pour sa reconnaissance au Québec.

Pour ce qui est de la procédure d'*exequatur* en tant que telle, l'Entente renvoie à la procédure interne du territoire saisi pour de telles demandes. Mais en parallèle, elle énonce les documents à fournir au soutien de ce type d'action (article 4, Titre VII). Cette liste apparaît plus contraignante que ce que prévoit le C.p.c. Ainsi, une expédition de la décision, et non une simple copie, est exigée (a). La preuve de la signification de la décision doit être rapportée par la production de l'original de l'exploit de signification ou de tout autre acte tenant lieu de signification (b), ce que ne prévoit pas le C.p.c., sauf en cas de décision par défaut et dans ce cas la preuve est libre.

À défaut de fournir cette liste, un demandeur doit-il être débouté de sa demande d'homologation ? Dans son arrêt *Droit de la famille – 2561* (précité), la Cour rappelle que l'article 3155 C.c.Q. est applicable au même titre que l'Entente, qui renvoie, quant à elle, à la procédure d'homologation prévue en droit interne. Les points qui précèdent nous font pencher pour le fait qu'une demande d'*exequatur* d'une décision française au Québec pourrait être demandée sur la base des seuls documents prévus dans le C.p.c.

Avant l'entrée en vigueur du C.c.Q., le système mis en place était résolument novateur et plaçait les règles de reconnaissance des décisions judiciaires en matière d'état et de capacité des

personnes entre la France et le Québec sous un statut très privilégié. L'avènement du nouveau C.c.Q. a, on l'a vu, introduit un système très similaire à celui de l'Entente, qui, au plan de la reconnaissance et de l'exécution des décisions françaises au Québec, a perdu son intérêt pratique.

Conclusion

De cette brève analyse, il ressort clairement que le Titre VII de l'Entente d'entraide judiciaire France-Québec n'est plus aujourd'hui un outil véritablement adapté, ni d'un côté de l'Atlantique, ni de l'autre. Or, deux considérations permettent de suggérer une modernisation du mécanisme de reconnaissance et d'exécution mutuelles des décisions : d'une part, la France et le Québec ont démontré à plusieurs reprises la confiance qu'ils se portaient, leur audace et la pertinence de celle-ci, que ce soit en signant l'Arrangement de reconnaissance mutuelle des compétences (ARM) ou en étant des chevilles ouvrières de la négociation de l'accord de libre-échange de nouvelle génération entre le Canada et l'Union européenne (AECG) ; d'autre part, le développement des flux de populations entre les deux territoires et l'augmentation des affaires et des échanges qu'amplifiera encore l'entrée en vigueur de l'AECG – qui ne traite d'ailleurs pas d'entraide judiciaire – vont rendre de plus en plus utile la simplification des modes d'exécution des décisions entre deux États qui ont confiance dans le sérieux de leurs institutions judiciaires respectives. Avec le développement des mouvements trans-

frontaliers, le respect effectif des droits des justiciables – qu'ils soient des personnes physiques ou des compagnies – et, partant, le développement des relations économiques bilatérales supposent la disparition d'obstacles juridiques dont la rigueur traditionnelle n'est plus requise.

Concrètement, il apparaît, d'une part, aujourd'hui indispensable d'étendre le champ d'une nouvelle Entente de reconnaissance et exécution des décisions judiciaires au-delà des questions relatives « à l'état et à la capacité des personnes et notamment à la garde des enfants et aux obligations alimentaires ». L'augmentation des échanges conduit mécaniquement à une augmentation des difficultés et des litiges relatifs au paiement de créances ou à l'exécution d'obligations qui justifie un assouplissement des procédures de reconnaissance et d'exécution pour faciliter l'activité, autant que de préserver la santé financière des entreprises et la loyauté des relations économiques. D'autre part et surtout, il serait utile de dispenser les justiciables du recours systématique à la procédure d'*exequatur* pour privilégier une solution de même nature que celle mise en œuvre par le Règlement « *Bruxelles I bis* », à savoir un mécanisme d'exécution immédiate tempérée par la possibilité de saisir un juge pour faire échec à l'exécution dans certains cas précisément prévus (comme par exemple la contrariété manifeste à l'ordre public de l'Etat requis ou de jugements inconciliables).

Faciliter l'exécution des jugements en préservant l'ordre public, c'est limiter les possibilités pour une partie d'échapper à ses obligations de mauvaise foi à raison de l'existence d'une frontière et assurer la protection réelle des droits de l'autre partie. C'est dans cette optique qu'une nouvelle entente doit être conclue.

Barreau
du Québec 

445, boulevard St-Laurent
Montréal (Québec) H2Y 3T8
514-954-3400 1 800 361-8495
www.barreau.qc.ca