La Revue
Printemps 2013 - Tome 72

Barreau du Québec

Revue 2013

Printemps 2013 - Tome 72

L'arrêt *Dunsmuir* : bilan quinquennal d'un contrôle judiciaire en redéfinition
Denis Nadeau

L'interprétation du meilleur intérêt de l'enfant dans les litiges de garde
Valérie Laberge

Immigration and Adoption of Children under Kafálah: A judicial journey
Julie Ranger, Valérie Scott and Denise Helly

Le droit de l'enfant québécois à la connaissance de ses origines évalué à l'aune de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant
Carmen Lavallée et Michelle Giroux

La limite de l'accès aux soins définie par l'article 13 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* : véritable exutoire ou simple mise en garde ?
Robert P. Kouri et Catherine Régis

La *Loi sur l'intégrité* en matière de contrats publics : précipitation, confusion et imprécision
Marie-Hélène Dufour

La Régie du logement, l'interdiction d'un animal de compagnie et son expulsion sans préjudice sérieux : abus de droit ou droit d'abus ?
Jean Turgeon

Les troubles du contrôle des impulsions en droit pénal canadien : la kleptomanie et la pyromanie
Julie Vincent

CHRONIQUE
Droit municipal. Michel Blais

Barreau du Québec

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

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

Me Michel Deschamps, président
Me Élise Charpentier
Me Pierre Giroux
Me Claude Laferrière
Me François Montfils
Me Alain-Robert Nadeau
Me Hubert Reid
Me Pierre Séguin
Me 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 fidéicommis 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, 2013
Bibliothèque et Archives Canada, 2013

La Revue Barreau du Québec

Revue 2013
Printemps 2013 - Tome 72

L'arrêt *Dunsmuir* : bilan quinquennal d'un contrôle judiciaire en redéfinition

Denis Nadeau 1

L'interprétation du meilleur intérêt de l'enfant dans les litiges de garde

Valérie Laberge 65

Immigration and Adoption of Children under Kafálah: A judicial journey

Julie Ranger, *Valérie Scott* and *Denise Helly* 101

Le droit de l'enfant québécois à la connaissance de ses origines évalué à l'aune de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant

Carmen Lavallée et *Michelle Giroux* 147

La limite de l'accès aux soins définie par l'article 13 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* : véritable exutoire ou simple mise en garde ?

Robert P. Kouri et *Catherine Régis* 177

La *Loi sur l'intégrité* en matière de contrats publics : précipitation, confusion et imprécision

Marie-Hélène Dufour 213

La Régie du logement, l'interdiction d'un animal de compagnie et son expulsion sans préjudice sérieux : abus de droit ou droit d'abus ?

Jean Turgeon 287

Les troubles du contrôle des impulsions en droit pénal canadien : la kleptomanie et la pyromanie

Julie Vincent 395

CHRONIQUE

Droit municipal. Réflexions sur une échelle d'attribution des points jugée « grandement déficiente » pour l'évaluation des offres de services professionnels

Michel Blais 437

L'arrêt *Dunsmuir* : bilan quinquennal d'un contrôle judiciaire en redéfinition

Denis NADEAU

Résumé

En mars 2008, la Cour suprême du Canada prononçait un important jugement de principe en matière de révision judiciaire de décisions de tribunaux et organismes administratifs. Non seulement l'arrêt *Dunsmuir* c. *Nouveau-Brunswick* réduisait le nombre des normes de contrôle alors en vigueur, mais il développait une nouvelle démarche d'analyse visant à simplifier le travail des juges et procureurs confrontés à l'univers trop souvent hermétique de la révision judiciaire. Cinq ans après *Dunsmuir*, le présent texte vise à examiner l'évolution qu'a connue ce contentieux à travers la trentaine d'arrêts où la Cour suprême s'est référée à cette décision-phare au cours des cinq dernières années et à déterminer si les objectifs sous-jacents de celle-ci ont été atteints. Comme c'est souvent le cas en droit administratif, l'écheveau n'est pas facile à défaire, mais le tableau qui s'en dégage permet de mieux appréhender les tendances de fond qui semblent marquer la jurisprudence actuelle de la Cour suprême.

L'arrêt *Dunsmuir* : bilan quinquennal d'un contrôle judiciaire en redéfinition

Denis NADEAU*

I. La détermination de la norme de contrôle judiciaire en mouvement 6

A. L'arrêt *Dunsmuir* : un rappel préliminaire 7

B. Orientations plurielles sur un même thème 12

1. Une première approche, celle de la déférence « habituelle ». 13

2. Une seconde approche, celle de la déférence « conditionnelle » 16

3. Une troisième lecture : la déférence « présumée » 18

4. La naissance d'une nouvelle exception : l'arrêt *Rogers* 21

C. « L'effet *Dunsmuir* » ou les inévitables rééquilibrages. 30

1. Une méthode d'analyse efficace... 30

2. La consécration d'une catégorie : le « caractère discrétionnaire » d'une décision. 32

3. Le déclin du critère de l'expertise 36

* Professeur titulaire à la Faculté de droit civil de l'Université d'Ottawa. L'auteur tient à remercier la Fondation du droit de l'Ontario pour son soutien financier.

4. Des restrictions à la catégorie de la « question de droit générale ». 38

5. La remise en cause de l'importante catégorie des « questions de compétence » 40

6. La fin confirmée de la catégorie des « questions préliminaires » 44

II. La norme de la raisonnabilité en mode « contextuel », un nouveau monde qui s'ouvre... 45

A. Portée et évolution d'un élément d'interprétation et d'application incontournable : le contexte 45

B. Progrès et reculs dans la mise en œuvre de la norme de la raisonnabilité 55

Conclusion 61

1. La norme judiciaire de contrôle applicable à l'égard d'un tribunal administratif interprétant le droit dans le cadre de ses responsabilités suscite, depuis au moins un demi-siècle, interrogations et tensions au sein de la Cour suprême du Canada[1]. Animée par une louable volonté de simplification du droit applicable, la Cour décidait de réviser, en 2008 dans le cadre de l'arrêt *Dunsmuir*[2], le « mécanisme dans son ensemble » ; éliminant d'abord une des trois normes de contrôle, définissant les attributs de la nouvelle norme de raisonnabilité découlant de cet exercice de fusion et mettant de l'avant une grille d'analyse innovante afin de faciliter la détermination de la norme de contrôle.

2. Une telle approche structurée et structurante d'un des volets centraux du droit administratif canadien ne pouvait que séduire les juges, juristes et praticiens en quête de repères plus précis que les inextricables chevauchements de l'ancien trio de normes de contrôle ou la lourdeur qu'avait prise, en vingt ans, l'analyse pragmatique et fonctionnelle. Cinq ans après *Dunsmuir*, un premier examen de la transposition des règles de cet arrêt à travers la jurisprudence de la Cour suprême paraît indiqué. L'objet du présent texte ne consiste pas à passer au crible les nombreuses questions entourant le contrôle judiciaire *post-Dunsmuir*[3]. Une seule problématique nous intéresse, soit celle relative à l'examen judiciaire des décisions de tribunaux administratifs interprétant ou appliquant leur loi constitutive ou une loi connexe. Nous verrons cette question sous deux angles précis. D'une part, nous examinerons comment, dans la foulée de *Dunsmuir*, la Cour détermine la norme de contrôle à l'égard de ce type de question dans le cadre d'une analyse à double volet, l'une abor-

---

1. Lire à ce sujet la rétrospective historique de cette question effectuée par la juge Wilson dans l'arrêt *National Corn Growers Assn.* c. *Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, 1331-1346.
2. *Dunsmuir* c. *Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, ci-après *Dunsmuir*. Cet arrêt a été prononcé le 7 mars 2008.
3. Au moment de la rédaction du présent texte, la Cour suprême a cité *Dunsmuir* dans plus de 30 décisions. Parmi celles-ci, la Cour a appliqué ou s'est référé dans la grande majorité de ces arrêts à un ou l'autre des principes y énoncés relativement à la détermination de la norme de contrôle. Même si tous ces jugements ont été analysés, la présente étude ne vise pas à faire une présentation détaillée de chacun de ceux-ci, mais se concentre sur les règles qui peuvent en être dégagées. Un accent particulier a été placé sur les arrêts les plus récents de la Cour.

dant l'appréhension globale et plurielle de cette problématique par les juges, la seconde dégageant plus spécifiquement les impacts découlant de l'application de la « méthode *Dunsmuir* » à l'égard d'une série de critères et principes qui, jusqu'à cet arrêt, jouaient des rôles importants dans ce secteur névralgique du contrôle judiciaire. Une fois la question du choix de la norme de contrôle examinée, nous tenterons de dégager, en seconde partie, les principales caractéristiques découlant de l'application de la nouvelle norme de la raisonnabilité à travers le prisme de l'analyse « contextuelle » utilisée par la Cour suprême et de ses variantes. Dans les deux parties de ce texte, l'objectif est le même. Il consiste à évaluer si l'arrêt *Dunsmuir* a introduit une certaine cohérence dans l'exercice, toujours discrétionnaire, du pouvoir de contrôle judiciaire.

I. La détermination de la norme de contrôle judiciaire en mouvement

3. Jour après jour, le premier rôle d'un tribunal administratif consiste à appliquer et forcément interpréter les termes de sa loi constitutive à une trame factuelle. De plus en plus régulièrement, ce même tribunal est également appelé à en faire tout autant à l'égard de dispositions législatives extérieures, dont certaines sont étroitement liées à son mandat[4]. Dans tous ces cas, le décideur doit évidemment trancher des questions de droit. La détermination de la norme de contrôle applicable à de tels cas posera toujours problème dans la mesure où elle suppose une délicate conciliation entre le principe de primauté du droit et celui du respect de l'autonomie décisionnelle des tribunaux administratifs[5]. Le débat est ancien, mais jamais vraiment révolu comme en font foi les trois opinions distinctes qui ont été déposées dans l'arrêt *Dunsmuir* et qui, chacune à leur façon, proposent une voie pour appréhender cette problématique récurrente. Après un rappel préliminaire des grandes lignes de ces positions, nous examinerons comment la jurisprudence *post-Dunsmuir* a donné suite aux principes qui y ont été formulés et dégagerons ensuite certains enseignements qui, souhaitons-le, faciliteront la compréhension

4. Pour une analyse de cette réalité, lire, entre autres, *Société Radio-Canada* c. *Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157, par. 44-49.
5. À ce sujet, lire, entre autres, *Domtar Inc.* c. *Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756, 784-787 et, de façon plus contemporaine, *Nor-Man Regional Health Authority Inc.* c. *Manitoba Association of Health Care Professionals*, [2011] 3 R.C.S. 616, par. 40.

de cette étape, toujours sensible, de la détermination de la norme de contrôle judiciaire applicable.

A. L'arrêt Dunsmuir : un rappel préliminaire

4. Un bref retour concernant le contexte de l'arrêt *Dunsmuir* s'impose d'abord. Dans ce jugement de la Cour suprême du Canada, deux sentences arbitrales étaient en cause. La première, celle qui nous intéresse aux fins du présent texte, concernait une question soumise de façon préliminaire au tribunal d'arbitrage. Celle-ci consistait à déterminer si l'arbitre avait le pouvoir d'examiner les véritables motifs au soutien de la fin d'emploi du fonctionnaire Dunsmuir et, le cas échéant, s'il était en droit de substituer à la décision patronale une autre sanction qui lui paraissait juste et raisonnable advenant une conclusion à l'effet que le congédiement avait été fait « pour motif »[6]. En s'appuyant sur les termes de sa loi constitutive, l'arbitre a conclu qu'il possédait cette compétence[7]. Tous les juges de la Cour suprême ont estimé que cette décision était déraisonnable ou erronée en droit[8]. Dans sa seconde décision, celle disposant du mérite du grief, l'arbitre concluait toutefois que le congédiement de David Dunsmuir n'était pas de nature disciplinaire et qu'il ne pouvait donc pas recourir à la compétence réparatrice qu'il avait identifiée dans sa première sentence[9]. L'arbitre a néanmoins conclu à l'illégalité de la décision patronale en invoquant le défaut de l'employeur de respecter les règles de l'équité dans le processus de fin d'emploi de

---

6. *Dunsmuir*, *supra*, note 2, 11-12. La version anglaise de l'expression « congédiement *pour motif* », soit « disciplined [...] *for cause* », se rapproche plus du langage généralement utilisé en relations du travail, même en langue française. Voir, par ex., *Loi sur les normes du travail*, RLRQ, c. N-1.1, art. 124 (congédiement sans *cause* juste et suffisante).
7. Pour consulter l'essentiel des motifs de l'arbitre R.C. Stevenson sur cette question, il faut se référer au jugement de première instance prononcé par le juge Rideout de la Cour du banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, division de première instance : *Nouveau-Brunswick (Conseil de gestion)* c. *Dunsmuir*, 2005 NBBR 270 (CanLII), par. 13 et 39-40. L'arbitre s'est appuyé sur les articles 97(2.1) et 100 de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics,* L.R.N.-B. 1973, c. P-25 et sur l'article 20 de la *Loi sur la fonction publique*, L.N.-B. 1984, c. C-5.1.
8. *Dunsmuir*, *supra*, note 2, par. 72-76 (jj. LeBel et Bastarache), par. 119 (j. Binnie). Pour leur part, les juges Deschamps, Charron et Rothstein ont appliqué la norme de la décision correcte et ont conclu que la décision préliminaire de l'arbitre était erronée en droit : par. 168. La juge Deschamps ajouta qu'elle serait parvenue à la même conclusion même si la norme de la déférence avait été applicable à l'égard de cette sentence : par. 171.
9. *Dunsmuir*, *supra*, note 2, 13.

Dunsmuir[10]. À nouveau, tous les juges de la Cour suprême ont estimé que cette décision était erronée en droit[11].

5. Ainsi, on le constate, c'est dans la seconde décision, celle du fond, que l'arbitre a disposé du recours du fonctionnaire Dunsmuir et celle-ci ne s'appuyait pas sur la conclusion de sa sentence intérimaire. Du coup, l'analyse effectuée dans cette première décision quant à l'étendue de ses pouvoirs en vertu de sa loi habilitante devenait nécessairement théorique. D'une façon étonnante, c'est néanmoins à l'égard de cette première sentence arbitrale, devenue pourtant sans objet, que la Cour suprême énonça sa nouvelle approche globale en matière de contrôle judiciaire. En fait, il paraît évident à la lecture de *Dunsmuir* que la Cour suprême souhaitait faire le point sur plusieurs volets du contrôle judiciaire et que le « véhicule » retenu pour le faire importait peu. D'ailleurs, les juges LeBel et Bastarache, à la fin de leur analyse, souligneront que l'erreur de droit commise par l'arbitre dans le cadre de la première sentence n'avait pas d'influence sur la conclusion finale du dossier[12]. Dans une certaine mesure, on peut d'ailleurs se demander si cette situation atypique ne permet de mieux comprendre la discordance observable entre l'orientation générale de retenue que la Cour suprême semble vouloir insuffler dans *Dunsmuir* et la conclusion nettement interventionniste qui a été retenue à l'égard de la première sentence arbitrale attaquée ; la Cour semblant avoir eu de la difficulté à concilier, en pratique, un arrêt essentiellement de politique judiciaire avec la conclusion d'une sentence intérimaire sans conséquence réelle sur l'ensemble du dossier et qui semblait heurter des principes de base en matière de contrat d'emploi en *common law*[13].

6. Sur le fond, l'arrêt *Dunsmuir*, s'il a fait l'unanimité au sujet de la fusion des normes de contrôle, a donné lieu, on le soulignait précédemment, à trois opinions distinctes de la part des juges de la Cour suprême. La lecture de celles-ci révèle un fractionnement reposant largement sur des visions distinctes de l'approche judiciaire à adopter relativement à des décisions concernant l'interprétation donnée par un tribunal administratif à sa

10. *Ibid*., 14. Voir également la décision du juge Rideout qui résume la décision de l'arbitre sur cet aspect du manquement à l'équité procédurale : *supra*, note 7, par. 66.
11. *Ibid*., 91-117 (jj. LeBel et Bastarache), 119 (j. Binnie), 173 (j. Deschamps). Il est à noter que nous ne traiterons pas de cette question dans le présent texte.
12. *Ibid*., 76.
13. *Ibid*., 74-76.

loi constitutive ou à une loi connexe. Or, nous le remarquerons, ces mêmes clivages de fond continuent, à des degrés divers, de marquer les débats entre les membres de la Cour suprême dans l'après-*Dunsmuir*.

7. Afin de mieux comprendre l'évolution de cette problématique, rappelons succinctement qu'au nom de la majorité des membres de la Cour, les juges LeBel et Bastarache ont articulé, dans *Dunsmuir*, une nouvelle démarche afin de déterminer la norme de contrôle. Essentiellement, celle-ci repose d'abord et avant tout sur une catégorisation de la question examinée ou du type de pouvoir exercé par un tribunal administratif[14]. À ce titre, dans le contexte de l'interprétation par un organisme de sa loi constitutive, les juges ont fait état, en une courte phrase, de leur compréhension du droit alors applicable en soulignant que « *de nombreuses questions de droit commandent l'application de la norme de la décision correcte, mais certaines d'entre elles sont assujetties à la norme plus déférente de la raisonnabilité* »[15]. L'énoncé est on ne peut plus large et généreux. Trois paragraphes de la même opinion, souvent repris dans la jurisprudence subséquente, font état, c'est du moins ce qu'il est possible d'en déduire, de ces « questions de droit » auxquelles la norme de la raisonnabilité s'applique. Puisque ceux-ci se trouvent souvent au centre de plusieurs interprétations depuis 2008, il nous paraît pertinent d'en rappeler la teneur :

---

14. *Ibid*., par. 62. Sur cette démarche, voir i*nfra*, par. 12-13, 39-40. L'opinion des juges LeBel et Bastarache est appuyée de la juge en chef McLachlin et des juges Fish et Abella. Il apparaît que les grandes lignes de la démarche mise de l'avant par les juges LeBel et Bastarache et faisant référence, en première étape d'analyse, à la jurisprudence antérieure et à la catégorisation de questions tranchées par un tribunal administratif avaient déjà été esquissées, eu égard à des décisions discrétionnaires, par la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Baker* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 53-54. La Cour n'avait toutefois pas retenu cette approche à l'époque « compte tenu particulièrement de la difficulté de faire des classifications rigides entre les décisions discrétionnaires et non discrétionnaires ». (par. 55) Ceci était d'ailleurs rappelé par la Cour dans l'arrêt *Dr Q* c. *College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226. La Cour y réitérait alors que la méthode pragmatique et fonctionnelle faisait appel « à une analyse plus nuancée » que la classification d'une question donnée dans une catégorie précise de contrôle judiciaire. (par. 25). Manifestement, cinq ans plus tard, la majorité des juges de la Cour suprême ont estimé que l'approche catégorielle et en lien avec la jurisprudence antérieure avait certaines vertus de simplification du droit que l'analyse pragmatique avait clairement perdu depuis sa conceptualisation en 1988 dans l'arrêt *U.E.S., Local 298* c. *Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048.
15. *Ibid*., 51. Nos italiques. En l'espèce, les juges majoritaires ont conclu que c'était cette nouvelle norme de la raisonnabilité qui s'appliquait à l'égard de la sentence intérimaire : *Dunsmuir*, *supra*, note 2, par. 65-71.

[54] La jurisprudence actuelle peut être mise à contribution pour déterminer quelles questions emportent l'application de la norme de la raisonnabilité. Lorsqu'un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise : *Société Radio Canada* c. *Canada (Conseil des relations du trail,* [1995] 1 R.C.S. 157, par. 48 ; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité)* c. *F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, par. 39. Elle peut également s'imposer lorsque le tribunal administratif a acquis une expertise dans l'application d'une règle générale de common law ou de droit civil dans son domaine spécialisé : *Toronto (Ville)* c. *S.C.F.P.*, par. 72. L'arbitrage en droit du travail demeure un domaine où cette approche se révèle particulièrement indiquée. La jurisprudence a considérablement évolué depuis l'arrêt *McLeod* c. *Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517, et la Cour s'est dissociée de la position stricte qu'elle y avait adoptée. Dans cette affaire, la Cour avait statué que l'interprétation, par un décideur administratif, d'une autre loi que celle qui le constitue est toujours susceptible d'annulation par voie de contrôle judiciaire.

[55] Les éléments suivants permettent de conclure qu'il y a lieu de déférer à la décision et d'appliquer la norme de la raisonnabilité :

- Une clause privative : elle traduit la volonté du législateur que la décision fasse l'objet de déférence.

- Un régime administratif distinct et particulier dans le cadre duquel le décideur possède une expertise spéciale (p. ex., les relations de travail).

- La nature de la question de droit. Celle qui revêt « une importance capitale pour le système juridique [et qui est] étrangère au domaine d'expertise » du décideur administratif appelle toujours la norme de la décision correcte (*Toronto (Ville)* c. *S.C.F.P.*, par. 62). Par contre, la question de droit qui n'a pas cette importance peut justifier l'application de la norme de la raisonnabilité lorsque sont réunis les deux éléments précédents.

[56] Dans le cas où, ensemble, ces facteurs militent en faveur de la norme de la raisonnabilité, il convient de déférer à la décision en faisant preuve à son endroit du respect mentionné précédemment. Il n'y a rien d'incohérent dans le fait de trancher certaines questions de droit au regard du caractère raisonnable. Il s'agit simplement de confirmer ou non la décision en manifestant la déférence voulue à l'égard de l'arbitre, compte tenu des éléments indiqués.

8. Nous reviendrons sous peu sur ces extraits. Pour l'instant, qu'il suffise de souligner que l'autonomie ou l'interdépendance de chacun de ces paragraphes, et surtout du paragraphe 54 par rapport aux deux suivants, soulève, en jurisprudence, des questions aussi délicates qu'importantes.

9. Dans une opinion séparée[16], la juge Deschamps proposait, pour sa part, une approche plus concise que celle de ses collègues majoritaires et, à première vue, d'apparence plus rectiligne[17]. Selon elle, « [L]orsqu'un organisme administratif est constitué pour interpréter et appliquer certaines règles juridiques, il acquiert une expertise particulière dans l'exercice de sa compétence et a une compréhension plus complète de ces règles. En présence d'une clause privative, l'on ne saurait mettre en doute la volonté du législateur de laisser à l'organisme le soin de trancher en dernier ressort, *de sorte que la déférence s'impose habituellement* »[18]. Du coup, la juge Deschamps ajoute que « [L]a décision sur une question de droit justifie aussi la déférence, à condition qu'elle porte sur l'interprétation de la loi habilitante et qu'il n'y ait pas de droit de révision »[19].

10. Enfin, le juge Binnie indique être d'avis qu'il « *devrait être présumé au départ que la norme de contrôle de toute décision administrative sur le fond est celle non pas de la décision correcte, mais bien de la raisonnabilité* (appliquée selon le contexte) »[20]. En fait, le juge estime que, sauf pour des « questions de droit générales »[21], la norme de la raisonnabilité devrait donc s'appliquer à « l'interprétation de la loi constitutive du décideur administratif ou de quelque loi très connexe faisant appel à l'expertise de ce dernier [...] »[22].

---

16. Les juges Charron et Rothstein ont partagé cette opinion.
17. Cette nuance nous paraît requise lorsque cette position de la juge Deschamps est relue à la lumière des développements sur le même thème qu'elle fera ultérieurement : voir *infra*, par. 19-20 et 42-43.
18. *Ibid*., 162. Nos italiques.
19. *Ibid*., 166. Il est à noter qu'en l'espèce, la juge Deschamps estimait toutefois que la norme de la décision correcte était applicable à l'évaluation de la sentence intérimaire de l'arbitre car, à son avis, le point de départ de son analyse n'était pas sa loi habilitante, mais la *common law* à l'égard de laquelle l'arbitre « ne possède en ce domaine aucune expertise particulière. » (par. 168).
20. *Ibid*., 146. Nos italiques.
21. *Ibid*., 128.
22. *Ibid*. Le juge Binnie a appliqué, tout comme la majorité du banc, la norme de la raisonnabilité à l'égard de la sentence intérimaire : *ibid*., par. 119.

11. *A priori*, ces trois positions semblent se rejoindre sur l'essentiel, soit la reconnaissance d'un principe de retenue à l'égard de la décision d'un tribunal administratif qui interprète sa loi habilitante ou une loi connexe. Elles diffèrent cependant sur l'approche devant être adoptée pour arriver à cette conclusion et sur l'intensité de cette déférence. La jurisprudence *post-Dunsmuir* révèle d'ailleurs que chaque nuance exprimée dans ces trois positions initiales est importante et deviendra porteuse d'interprétations diverses au moment où les juges de la Cour suprême ont eu à établir par la suite la norme de contrôle applicable dans des affaires impliquant l'interprétation ou application du droit par des tribunaux administratifs. Même si l'exercice demeure toujours imparfait, nous proposons deux approches pour saisir la démarche de la Cour au cours des dernières années. La première consiste à examiner comment les juges ont appréhendé, de façon globale, la problématique de la détermination de la norme de contrôle dans de tels cas depuis *Dunsmuir*. À ce titre, nous avons dégagé trois principales méthodes d'analyse. En second lieu, nous évaluerons, de façon plus précise, « l'effet *Dunsmuir* » relativement à différents critères et principes qui régissaient le contentieux administratif jusqu'en mars 2008.

B. Orientations plurielles sur un même thème

12. À travers l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour suprême visait, ceci est mentionné au paragraphe introductif de l'opinion des juges LeBel et Bastarache, « à se pencher sur l'épineuse question de la démarche à adopter pour le contrôle judiciaire des décisions des tribunaux administratifs »[23]. Ainsi, le « *mode de détermination* de la norme applicable dans un cas donné »[24] s'est donc trouvé au centre des discussions théoriques de tous le juges de la Cour et, c'est essentiellement parce que ceux-ci ne s'entendaient pas sur divers aspects de cette « démarche » que l'arrêt a donné lieu aux trois opinions distinctes présentées précédemment. L'arrêt *Dunsmuir*, en raison justement de cette absence d'unité de pensée, n'a donc pas permis de mettre un terme à ces voies d'analyse parallèles et les arrêts des cinq dernières années illustrent qu'un consensus à ce sujet demeure toujours incomplet.

23. *Ibid*., par. 1.
24. *Ibid*., par. 51.

1. Une première approche, celle de la déférence « habituelle »

13. La première lecture pouvant être dégagée de la jurisprudence des dernières années, celle qui semble la plus prévisible, pourrait être appelée l'approche de la « *déférence habituelle* » et se situe essentiellement dans la foulée de l'énoncé de principe des juges LeBel et Bastarache qui se trouve au paragraphe 54 de l'arrêt[25]. Cette position a été reprise en février 2011 par la majorité des juges de la Cour suprême dans l'affaire *Smith* c. *Alliance Pipeline Ltd.*[26]. Dans ce dossier, la principale question que devait trancher un comité d'arbitrage constitué en vertu de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*[27] consistait à déterminer la portée des « frais » pouvant être accordés à un exproprié en vertu de l'article 99 de la *LONE*[28]. Appliquant d'entrée de jeu la démarche analytique de *Dunsmuir* consistant à vérifier « si l'objet de la décision soumise » à un tribunal administratif « *appartient à l'une des catégories mentionnées dans la liste non exhaustive* » figurant dans cet arrêt[29], le juge Fish estima, dans une formule aussi épurée que précise, qu'en l'espèce, « le comité interprète sa loi constitutive » et que « ce facteur *entraîne généralement* l'application de la norme de contrôle de la décision raisonnable »[30]. Difficile de trouver meilleure application de l'approche analytique mise de l'avant au paragraphe 54 de *Dunsmuir*.

14. Toutefois, pour dissiper « tout doute qui pourrait subsister au sujet de l'applicabilité » de cette norme, le juge Fish examina ce qu'il qualifia de « d'autres considérations ». Ainsi, il a alors lié la question en litige à d'autres catégories de questions mises en exergue dans *Dunsmuir* et relevant toutes de la même norme de contrôle[31] : le caractère factuel de la décision du comité, la nature discrétionnaire du pouvoir prévu à la loi alors appliquée et la relation existant entre le mandat de celle-ci et la nature difficilement

---

25. Nous référons ici à cet extrait : « Lorsqu'un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, *la déférence est habituellement de mise* [...] » Pour son texte, voir *supra*, par. 7. Nos italiques.
26. [2011] 1 R.C.S. 160, ci-après *Smith*.
27. *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7, ci-après *LONE*.
28. *Ibid*., 22.
29. *Ibid*., 25. Nos italiques.
30. *Ibid*., 28. Le juge Fish rédige l'opinion pour tous ses collègues, à l'exception de la juge Deschamps qui, tout en partageant sa conclusion, rédige une longue et vive opinion distincte : *infra*, par. 19-21.
31. *Dunsmuir*, *supra*, note 2, 54.

dissociable des questions de faits et de droit à examiner[32]. Enfin et sans insister, le juge Fish rejeta l'argument invoqué devant la Cour selon lequel la question à l'étude revêtait une importance capitale pour le système juridique ou délimitait la compétence du tribunal administratif concerné[33].

15. En somme, tout en reconnaissant que l'affaire à l'étude méritait généralement la déférence parce qu'il s'agissait d'un cas où un tribunal administratif interprétait sa loi constitutive, le juge Fish a fait preuve de prudence en ayant recours à une démonstration basée sur « d'autres considérations » menant à la même conclusion. Le principe de la « déférence habituelle » a été retenu, et c'est l'aspect qu'il importe de retenir selon nous, mais la Cour a jugé utile d'ajouter des éléments qui consolidaient cette conclusion.

16. Ce même type d'analyse a été adopté, en octobre 2011, dans l'arrêt *Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* c. *Canada (Procureur général)*[34]. Cette affaire soulevait une problématique analogue à celle de l'arrêt *Smith*, soit de déterminer si le Tribunal canadien des droits de la personne pouvait ordonner le paiement de frais juridiques encourus par un plaignant en vertu de l'article 53(2) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*[35]. Le Tribunal avait estimé que l'expression « dépenses entraînées par l'acte » discriminatoire, utilisée à cet article, l'autorisait à le faire.

17. On le sait, le contentieux relatif au contrôle judiciaire en matière de droits de la personne a été fortement marqué, depuis une vingtaine d'années, par le recours à la norme de la décision correcte[36]. Ainsi, en énonçant, dans *CCDP*, qu'un « tribunal administratif *a droit en principe à la déférence d'une cour de justice* en ce qui concerne l'interprétation de sa loi constitutive et des règles de droit qui s'y rattachent de près »[37], la Cour, même si elle appliquait tout simplement la règle formulée au paragraphe 54 de *Dunsmuir*, ne pouvait néanmoins faire l'économie de précisions tant cette position, dans une affaire impliquant l'interprétation

32. *Smith*, *supra*, note 20, 30-32.
33. *Ibid*., 37. Sur ce point, lire *infra*, par. 49-50.
34. [2011] 3 R.C.S. 471, ci-après désigné *CCDP*.
35. *Ibid*., 1.
36. Voir, entre autres, *Canada (Procureur général)* c. *Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554 ; *Université de la Colombie-Britannique* c. *Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353.
37. *Smith*, *supra*, note 20, par. 22.

d'une loi sur les droits de la personne, paraissait dérogatoire à sa jurisprudence antérieure. À ce titre, la Cour a d'abord qualifié la nature de la question en jeu, « une *question de droit*, dit-elle, qui relève essentiellement du mandat et de l'expertise du Tribunal *liés à l'interprétation et à l'application de sa loi constitutive* »[38]. Les juges LeBel et Cromwell ont ensuite fait état du caractère factuel du débat et de la « certaine marge d'appréciation » qui est confiée au Tribunal par sa loi constitutive[39]. Une position analogue a été récemment retenue dans le cadre de l'arrêt *Saskatchewan (Human Rights Commission)* c. *Whatcott* où la Cour suprême devait évaluer une décision du Tribunal des droits de la Saskatchewan relative à des plaintes alléguant le caractère haineux de tracts visant des homosexuels[40]. Dans une analyse succincte de la question de la norme de contrôle applicable à l'égard du mérite de cette décision, le juge Rothstein s'est référé au principe énoncé au paragraphe 54 de *Dunsmuir*, tout en ajoutant que « la décision relevait manifestement de l'expertise du Tribunal, relativement à l'interprétation de sa loi constitutive et à son application aux faits dont il disposait »[41].

18. L'analyse adoptée dans les arrêts *Smith* et *CCDP* est, à une différence près, analogue. Alors que, dans *Smith*, le juge Fish a conclu à la déférence du fait de l'interprétation, par le comité d'arbitrage, de sa loi habilitante et a subséquemment appuyé sa conclusion par une référence plus globale à « d'autres considérations », la Cour, dans *CCDP*, a tenu compte, en simultané, du critère de l'interprétation de la loi constitutive ainsi que des autres caractéristiques du dossier afin d'en arriver à la norme de la raisonnabilité. Le résultat entre les deux décisions est identique. En revanche, le « principe » de la reconnaissance de la déférence lorsqu'un tribunal administratif interprète sa loi constitutive a perdu, entre les deux arrêts, un peu de l'autonomie qui semblait se dégager à la lecture du paragraphe 54 de *Dunsmuir* et ce, afin d'être intégré à une analyse plus globale où l'énoncé ne constitue qu'un facteur[42]. La différence entre les deux approches peut sembler mince. Pourtant, à sa manière, elle révèle l'hésitation de la Cour suprême à consacrer le principe de la « *déférence habituelle* » pour

38. *Ibid*., 25.
39. *Ibid*., 25-26.
40. 2013 CSC 11, ci-après *Whatcott*.
41. *Ibid*., par. 168.
42. La Cour suprême a adopté le même type d'analyse dans *Nolan* c. *Kerry (Canada) Inc.*, [2009] 2 R.C.S. 678, par. 22-35.

le seul – mais fort important – motif qu'un tribunal administratif interprète sa loi constitutive. À cet égard, l'arrêt *Whatcott* de février 2013 semble, bien que timidement, renverser la vapeur et revenir à l'essence même du principe de *Dunsmuir* par la reconnaissance de la déférence habituelle ou générale lorsqu'un tribunal administratif interprète sa loi constitutive ou loi connexe et ce, sans avoir recours à une longue série d'éléments supplémentaires. Il ne reste qu'à souhaiter que cette démarche soit maintenue par la Cour suprême et suivie par les instances inférieures.

2. Une seconde approche, celle de la déférence « conditionnelle »

19. Une seconde démarche a été mise de l'avant, avec vigueur, par la juge Deschamps dans une opinion séparée prononcée dans le cadre de l'arrêt *Smith* discuté précédemment. Alors que les extraits précités de la position qu'elle avait adoptée dans *Dunsmuir* permettaient difficilement de l'anticiper[43], la juge Deschamps mène, dans *Smith*, une véritable charge à l'encontre de l'équation automatique qui serait faite, à tort selon elle, entre la norme de la raisonnabilité et l'interprétation par un décideur de sa loi constitutive[44]. À son avis, la thèse avancée par le juge Fish dans cet arrêt, au nom de tous les autres membres de la Cour, serait « purement formaliste » et « fait abstraction de la raison énoncée dans la jurisprudence (dont *Dunsmuir*) pour justifier la déférence à l'égard de l'interprétation par un tribunal administratif de sa loi constitutive, à savoir l'intention exprimée par le législateur de s'en remettre à l'expertise ou à l'expérience relative de l'organisme en cause pour résoudre les questions d'interprétation soumises à ce dernier »[45].

20. Pour la juge Deschamps, la déférence doit plutôt s'établir à partir « *d'indices démontrant que ce dernier* (décideur administratif) *possède une connaissance approfondie de cette loi* [sa loi constitutive] »[46]. L'expertise constitue un de ces facteurs. Ainsi, à son avis, « *[A]ucune présomption au sujet de l'expertise ne découle du simple fait qu'un décideur administratif interprète sa loi constitutive* »[47]. Si cette « expertise ou une expérience *plus approfondie*

43. Voir *supra*, par. 17.
44. *Smith*, *supra*, note 20, 80.
45. *Ibid*., 100. La parenthèse est au texte.
46. *Ibid*., 80. Nos italiques. Les parenthèses sont de nous.
47. *Ibid*. Nos italiques.

que celle d'une cour de justice » concernant l'interprétation d'une loi constitutive a déjà été reconnue à un tribunal, la juge Deschamps est disposée à convenir à la déférence[48]. À défaut, ajoute-t-elle, « si aucune autre catégorie de questions ne permet d'arrêter la norme de contrôle », elle est d'avis que la détermination de la norme doit passer par l'analyse des facteurs contextuels rappelés dans *Dunsmuir*[49].

21. Nous discuterons plus loin du poids de cette interprétation de la juge Deschamps à la lumière de l'évolution de la jurisprudence[50]. Pour l'instant, qu'il suffise de souligner que la juge Deschamps développe sa position en se référant, comme ses autres collègues l'ont également fait, au même extrait de l'opinion de *Dunsmuir* où le principe de la déférence « habituelle » est formulé[51]. Toutefois, selon la juge, la « *connaissance approfondie* » à laquelle ce passage réfère énoncerait, tant à l'égard des tribunaux administratifs interprétant leur loi constitutive que toute autre loi connexe à leur mandat, une condition devant d'abord être démontrée avant que le tribunal administratif fasse l'objet de déférence de la part des tribunaux supérieurs[52]. D'évidence, en introduisant cette exigence à cette étape d'analyse, la position de la juge Deschamps fragilise sérieusement l'approche, beaucoup plus systématique, de la « déférence habituelle » qui a été articulée dans *Dunsmuir* et reprise à la fois dans *CCDP* et par la majorité de juges dans *Smith*. En fait, la lecture en parallèle de cette opinion de la juge Deschamps dans *Smith* et de celle qu'elle rédigeait dans *Dunsmuir* peut même sembler contradictoire[53], à moins évidemment de comprendre, comme la juge l'indique dans *Smith*, que le concept d'expertise était nécessairement sous-jacent à l'ensemble du développement théorique de *Dunsmuir*, y incluant celui des

48. *Ibid*., 100.
49. *Ibid*. La juge se réfère alors à « l'analyse relative à la norme de contrôle », nouvelle appellation donnée à l'ancienne « analyse pragmatique et fonctionnelle », présentée dans *Dunsmuir*, *supra*, note 2, 63. Notons, par ailleurs, que référence faite à la « catégorie de questions » est importante, puisqu'elle sera à la base de la décision finale de la juge dans cette affaire : *infra*, par. 41-44.
50. *Infra*, par. 42-44.
51. *Smith*, *supra*, note 20, 28 ; le juge Fish se référant expressément au principe énoncé au paragraphe 54 de *Dunsmuir*. La juge Deschamps en fait de même aux paragraphes 84 à 87 de son opinion, mais en propose une lecture fort différente : par. 98-101.
52. *Ibid*., 85-86. La juge Deschamps insiste sur le volet suivant du paragraphe 54 de *Dunsmuir* : « Lorsqu'un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat *et dont il a une connaissance approfondie*, [...] ». (*supra*, par. 7 ; nos italiques).
53. *Supra*, par. 9.

juges LeBel et Bastarache. En prônant le retour en force de l'expertise à toute étape du processus d'analyse – ce facteur longtemps considéré comme crucial au chapitre de la détermination de la norme de contrôle judiciaire[54] – la position de la juge Deschamps dilue considérablement le principe de la « déférence habituelle » esquissé au paragraphe 54 de *Dunsmuir*.

3. Une troisième lecture : la déférence « présumée »

22. Une majorité de juges de la Cour suprême désiraient-ils, fin 2011, affermir leur interprétation donnée aux principes de *Dunsmuir* qui avait été formulée dans les arrêts *Smith* et *CCDP* lorsqu'ils ont franchi un nouveau pas « pro-déférence » dans l'affaire *Alberta (Information and Privacy Commissioner)* c. *Alberta Teachers' Association*[55] ? On peut le croire en effet. Dans cette décision, sept juges de la Cour, sous la plume du juge Rothstein, sont passés du stade de la « déférence habituelle » accordée à l'égard d'un tribunal administratif lorsqu'il interprète sa loi constitutive ou une loi connexe à celui, nettement plus avantageux sur le plan juridique, de la reconnaissance d'une présomption applicable dans de tels cas de contrôle judiciaire.

23. Dans *ATA*, le Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée albertain était saisi de plaintes relatives à la publication de renseignements privés. En vertu de la loi applicable, il était prévu, à l'époque du litige, que l'enquête du commissaire « prend fin dans les 90 jours qui suivent la réception » de la demande à l'étude, sauf si le commissaire avisait les parties de sa décision de proroger ce délai et précise alors la date de l'achèvement de l'enquête[56]. Dans les faits, cet avis de prorogation n'a été communiqué que vingt-deux mois après le dépôt de la plainte et l'ordonnance de la personne déléguée par le commissaire n'a été prononcée que vingt-neuf mois plus tard[57]. Or, en dépit de l'inob-

54. *Pushpanathan* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, 32. Le juge Bastarache se référait alors à un extrait de l'arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches)* c. *Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, qui indiquait que l'expertise « est le facteur le plus important qu'une cour doit examiner pour arrêter la norme de contrôle applicable. » (par. 50).
55. [2011] 3 R.C.S. 654, ci-après *ATA*.
56. L'article 50(5) du *Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, ch. P-6.5 énonce que : « L'enquête qui fait suite à une demande écrite visée à l'article 47 prend fin dans les 90 jours qui suivent la réception de celle-ci, sauf : a) lorsque le commissaire informe l'auteur de la demande, [...] qu'il proroge le délai, b) et qu'il précise la date prévue d'achèvement de l'enquête. »
57. *ATA*, *supra*, note 55, 2-3.

servation flagrante du délai de prorogation, cette question n'a pas été invoquée devant le décideur et, du coup, n'a pas été tranchée par ce dernier. Parmi les nombreuses questions soulevées dans cet arrêt *ATA*[58], il fallait déterminer si la prorogation d'enquête, survenue nettement en dehors des délais impartis par la loi, avait eu pour effet de mettre un terme automatique à l'enquête du commissaire.

24. Au sujet de la norme de contrôle, le juge Rothstein a d'abord rappelé que, puisqu'il s'agissait d'un cas d'interprétation d'une disposition de la loi constitutive du Commissariat à l'information et à la vie privée, le principe de la « déférence habituelle » s'appliquait[59]. En cela, il appliquait l'énoncé de principe du paragraphe 54 de *Dunsmuir*, sans réserve, ni autre condition. Le juge ira cependant plus loin au moment où il précisa que la question soulevée dans ce litige n'en était pas une ayant une importance capitale pour le système de justice dans son ensemble, ni une « question touchant véritablement à la compétence »[60]. Pour le juge Rothstein, « sauf situation exceptionnelle – et aucune ne s'est présentée depuis *Dunsmuir – il convient de présumer* que l'interprétation par un tribunal administratif de « sa propre loi constitutive ou (d')une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie » est une question d'interprétation législative commandant la déférence en cas de contrôle judiciaire »[61]. Notons que la même règle a été réitérée quelques paragraphes plus loin en des termes tout aussi explicites[62].

25. Si un doute subsistait néanmoins quant à la nature exacte de cette position innovante adoptée par le juge Rothstein, la lecture de l'opinion séparée du juge Binnie, appuyée par la juge Deschamps, le dissipe rapidement. Pour le juge Binnie, « [A]u fil

---

58. *Ibid*., 21. La première de celles-ci était de déterminer s'il convenait que les tribunaux supérieurs se penchent sur la question de l'inobservation du délai de prorogation alors que ce point n'avait pas été soulevé devant le Commissaire ou sa déléguée. Nous reviendrons sur cet aspect en seconde partie du texte, *infra*, par. 84.
59. *Ibid*., par. 30.
60. *Ibid*., par. 33-34.
61. *Ibid*., par. 34. Nos italiques. On notera une certaine similitude entre cette position du juge Rothstein concernant la reconnaissance d'une présomption et celle qui avait été développée par le juge Binnie dans *Dunsmuir* (*supra*, par. 10). Toutefois, ce dernier avait alors exclu de la portée de cette présomption d'application de la norme de la raisonnabilité les « questions de droit générales », idée qu'il maintiendra dans l'arrêt *ATA* (*supra*, note 55, par. 88).
62. *Ibid*., par. 39.

des ans, la reconnaissance de la déférence judiciaire s'est accrue, même sur des points de droit [...], mais jamais au point de présumer, comme le fait le juge Rothstein, que du moment que le tribunal administratif interprète sa ou ses lois constitutives, il a droit à la déférence, c'est-à-dire qu'il lui suffit de retenir l'une des interprétations raisonnables possibles de la disposition en cause, peu importe l'incidence fondamentale de son choix sur les parties »[63]. S'inspirant largement de la position exprimée par sa collègue Deschamps dans l'arrêt *Smith* – soit que la déférence serait d'abord conditionnelle à l'établissement de conditions, telles l'expertise et la nature de la question de droit en litige[64] – le juge Binnie indiqua alors son désaccord avec la « *volonté du juge Rothstein de diminuer l'importance de l'expertise et de la question de droit générale comme conditions préalables à la manifestation de déférence envers la décision d'un tribunal administratif sur une question de droit, y compris l'interprétation de sa loi constitutive* »[65]. Le juge Binnie critiqua alors l'énoncé d'une présomption « dont l'application dépend entièrement de l'emplacement de la disposition litigieuse dans la loi constitutive »[66], se disant d'avis que cette présomption est « fondée sur des critères insuffisants » et « ne fait qu'ajouter une étape à une analyse qui devrait être simple »[67]. On ne peut qu'être perplexe devant cette dernière assertion, tant il nous paraît que c'est plutôt l'analyse segmentée suggérée par les juges Binnie et Deschamps qui alourdit le processus d'analyse simple et fluide proposé par le juge Rothstein.

26. Telle était, en décembre 2011, la toile de fond jurisprudentielle relative à la norme de contrôle applicable à l'égard d'un tribunal administratif interprétant sa loi constitutive ou une loi connexe à son mandat. Dans l'ensemble, et c'est l'aspect positif à retenir, la majorité des juges de la Cour suprême ont retenu au fil des dossiers, tel que *Dunsmuir* le préconisait, la norme de la raisonnabilité. La méthode pour arriver à ce résultat a emprunté diverses voies, passant de la présomption ou de l'application quasi-automatique de la déférence à une démarche plus globale où les juges se sont référé à d'autres catégories de questions afin de justifier leur conclusion. Mais, pour l'essentiel, le principe formulé dans *Dunsmuir* au paragraphe 54 a été respecté. Cepen-

63. *Ibid*., par. 82. Nos italiques.
64. *Supra*, par. 19-20 et *Dunsmuir*, *supra*, note 2, par. 80, 86-87.
65. *ATA*, *supra*, note 55, par. 88.
66. *Ibid*., par. 83.
67. *Ibid*., par. 89.

dant, deux juges de la Cour ont développé, dans l'après-*Dunsmuir*, une position très réservée relativement à toute application absolue de la déférence dans les cas d'interprétation, par un tribunal administratif, de sa loi constitutive ; préconisant plutôt une analyse similaire à celle adoptée par les tribunaux supérieurs avant cet arrêt. Si ce recul ou ce pas de côté, selon le point de vue, est minoritaire et a été réfuté expressément par la majorité des membres de la Cour suprême, il ne peut être ignoré puisqu'il révèle la réelle difficulté, pour certains juges – et ceux-ci ne se retrouvent pas qu'au plus haut tribunal du pays – d'accepter que le vaste champ de l'interprétation législative et des questions de droit en découlant échappent, en principe, à un examen judiciaire strict et laisse plutôt place à une attitude de déférence de la part des cours supérieures. Pourtant, n'est-ce pas là donner un véritable sens aux choix du législateur de créer des tribunaux administratifs spécialisés et de leur confier la tâche de trancher le droit applicable ?

4. La naissance d'une nouvelle exception : l'arrêt Rogers

27. Nous sommes maintenant en juillet 2012. Jusqu'à ce moment, on vient de le voir, la Cour suprême privilégiait, d'une façon majoritaire, l'application de la norme de la raisonnabilité à l'égard des tribunaux qui interprètent et appliquent leur loi constitutive. Certes, la démarche pour arriver à cette conclusion ne faisait pas l'unanimité, mais la tendance en ce sens était prépondérante. Pourtant, l'arrêt *Rogers Communications Inc.* c. *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*[68] viendra troubler la relative quiétude du tableau esquissé précédemment. Dans le cadre de cinq arrêts prononcés simultanément et portant tous sur diverses problématiques relatives à la portée des droits exclusifs des auteurs et de l'exception d'utilisation équitable[69], la Cour suprême est arrivée, dans *Rogers*, à une conclusion inattendue quant à la norme de contrôle alors applicable.

---

68. 2012 CSC 35, ci-après *Rogers*.
69. Outre l'arrêt *Rogers*, *supra*, note 68, il s'agit des décisions *Alberta (Éducation)* c. *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37 (ci-après *Access Copyright*) ; *Sonne* c. *Fédération des associations de propriétaires de cinémas du Canada*, 2012 CSC 38 ; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique* c. *Bell Canada*, 2012 CSC 36 ; *Entertainment Software Association* c. *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34.

28. Une décision de la Commission du droit d'auteur se trouve au centre de ce litige mettant essentiellement en cause l'interprétation à donner aux termes « *au public* » employés à l'alinéa 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur*[70]. D'évidence, la Commission du droit d'auteur était donc appelée à interpréter sa loi constitutive[71]. La déférence « habituelle », « générale », voire « présumée » applicable dans un tel cas aurait dû, du moins sur le plan de la « prévisibilité »[72], ne donner lieu qu'à un bref développement concernant le choix de la norme de contrôle applicable. Après tout, n'était-ce pas un des objectifs exprimés dans *Dunsmuir* ? Pourtant, il n'en fut rien.

29. Rédigeant le jugement pour tous les membres de la Cour, à l'exception de la juge Abella[73], le juge Rothstein, auteur, rappelons-le, des motifs majoritaires de l'arrêt *ATA* prononcé quelques mois auparavant[74], ne manquera pas d'étonner en concluant à l'application de la norme de la décision correcte dans cette affaire *Rogers*. Le dossier soulevait-il une des possibles exceptions à la norme de la raisonnabilité identifiées dans *Dunsmuir* [...] ? Il n'en était rien. C'est plutôt en invoquant le fait que la *Loi sur les droits d'auteur* prévoyait une « compétence concurrente » entre la Commission du droit d'auteur et les cours de justice pour interpréter en première instance la loi à l'étude[75] que le juge Rothstein arrivera à la conclusion qu'on « ne peut dire de la Commission qu'elle exerce ses fonctions » dans le cadre d'un « *régime adminis-*

---

70. L.R.C. (1985), ch. C-42. Cet article 3(1) énonce que « Le droit d'auteur sur l'œuvre comporte le droit exclusif [...] f) de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique ; ».
71. La Commission du droit d'auteur est constituée en vertu de l'article 66(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*.
72. Dans son opinion séparée rendue dans l'arrêt *ATA*, le juge Binnie indique, à raison selon nous, que « [L]a prévisibilité est importante pour les justiciables et ceux qui tentent de les conseiller quant à savoir s'il vaut la peine ou non de saisir les tribunaux ». Il rappelle cette règle en traitant de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de révision par les tribunaux supérieurs. (*supra*, note 55, par. 87)
73. Cette dernière souscrit à la conclusion de ses collègues, mais rédige une opinion très tranchée où elle indique que ses collègues majoritaires « compliquent à outrance ce qui devrait être en fait un cas simple d'application de la norme de la raisonnabilité. » (*Rogers*, *supra*, note 68, par. 59). Selon la juge Abella, appliquant ainsi la règle du paragraphe 54 de *Dunsmuir*, le fait que la Commission « interprète sa loi constitutive aux fins de l'établissement de tarifs pour la communication effectuée grâce aux nouveaux médias numériques, la Commission devrait avoir droit à la même déférence et être soumise à la même norme que tout autre tribunal administratif spécialisé au Canada. » (*ibid.)*
74. L'arrêt *ATA* a été rendu le 14 décembre 2011.
75. *Rogers*, *supra*, note 68, par. 15.

tratif distinct » tel que le requiert, à son avis, l'arrêt *Dunsmuir*[76]. En conséquence, la « présomption » d'assujettissement à la norme de la raisonnabilité était écartée[77] ; la majorité de la Cour s'en remettant alors à la norme de la décision correcte qui, souligne-t-elle, avait été retenue en 2004 dans le cadre de l'arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique* c. *Association canadienne des fournisseurs Internet*[78]. Tout en partageant la conclusion finale de ses collègues, la juge Abella, dans une opinion séparée, critique avec vigueur l'approche du juge Rothstein. À son avis, cette « nouvelle exception, celle de la compétence concurrente », ne trouve aucun fondement dans *Dunsmuir*[79], ni dans les principes justifiant la déférence à l'égard d'un tribunal administratif[80].

30. Certaines observations s'imposent à propos de cette décision. *Primo*, on ne peut que noter l'affaiblissement de la présomption d'assujettissement à la norme de la raisonnabilité par le juge qui en était pourtant l'auteur et le défenseur. Certes, le juge Rothstein ne renie pas l'existence de cette présomption[81], mais il souligne que les arrêts *Dunsmuir* et *ATA* « admettent qu'une situation exceptionnelle *nouvelle* pourrait écarter » celle-ci[82]. La « compétence concurrente » constitue, dit-il, une de ces « exceptions ». Or, il nous paraît, et c'est notre seconde remarque, que le fondement de l'exception dégagée par la majorité des juges de la Cour est pour le moins mal défini. La Cour se réfère, en effet, à la norme de contrôle retenue en 2004 dans l'arrêt *Socan*[83], et ce, tout en reconnaissant (1) que les questions en litige dans les deux dossiers différaient et (2) qu'il avait été reconnu, dans *Socan*, que la mise au point d'un tarif de redevances approprié « est au cœur du mandat de la Commission »[84]. Il paraît donc légitime de se demander comment le juge Rothstein peut conclure que l'arrêt *Socan* établit « de manière satisfaisante » la norme applicable dans l'affaire *Rogers*[85], alors que le litige alors à l'étude concernait jus-

76. Le juge Rothstein se réfère alors au second « élément » apparaissant au paragraphe 55 de *Dunsmuir*, (*ibid*., par. 15). Pour le texte de celui-ci, voir *supra*, par. 7.
77. *Ibid*.
78. [2004] 2 R.C.S. 427, ci-après *Socan*.
79. *Rogers*, *supra*, note 68, par. 63.
80. *Ibid*., 63-68.
81. *Ibid*., 11.
82. *Ibid*., 16.
83. *Ibid*., 15.
84. *Ibid*., 12 et sur cette question, voir *Socan*, *supra*, note 78, 49.
85. *Rogers*, *supra*, note 68, 15.

tement une décision de la Commission du droit d'auteur établissant un tarif ? D'évidence, un élément majeur du syllogisme fait défaut.

31. En fait, le juge Rothstein se réfère à *Socan* pour rappeler que la *Loi sur le droit d'auteur* « est un texte législatif qui peut également être soumis à l'interprétation d'une cour de justice de première instance [...] »[86]. On peut d'abord s'interroger sur cette référence à l'arrêt *Socan* pour justifier, en fait, cette coexistence juridictionnelle cours de justice/Commission du droit d'auteur qui était alors prévue expressément à l'article 37 de la *Loi sur le droit d'auteur*[87] ? N'est-il d'ailleurs pas étonnant que cette disposition avait également été passée sous silence à l'époque dans *Socan* ?

32. Par ailleurs, s'il est exact que dans *Socan*, le juge Binnie avait écrit que la *Loi sur le droit d'auteur* « est une loi de portée générale dont l'application relève habituellement des cours de justice, et non des tribunaux administratifs »[88], ce commentaire, de facture générale, avait été effectué alors que la Cour désirait faire ressortir l'importance générale des questions de droit alors à l'étude[89]. Or, dans *Rogers*, le contexte juridique était totalement distinct puisqu'il s'agissait d'un litige concernant l'établissement d'un tarif par la Commission du droit d'auteur[90], question reconnue comme relevant du « cœur du mandat de la Commission », et ce, tant dans l'affaire *Socan* que dans l'arrêt *Rogers*[91]. Ainsi, l'exception relative aux « questions d'importance capitale pour le système juridique », invoquée dans *Socan* au soutien du choix de la norme[92], n'était et ne pouvait être en cause dans *Rogers*. D'où le constat de la réelle confusion des genres opérée par le juge Rothstein et un réel questionnement quant au bien-fondé de sa conclusion selon laquelle la norme de contrôle retenue dans *Socan* « *convient au contrôle judiciaire* de la décision de la Commission

86. *Ibid*., 13.
87. Jusqu'à son abrogation dans le cadre de la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, L.C. 2012, ch. 20, art. 45, l'article 37 de la Loi énonçait que « La Cour fédérale, concurremment avec les tribunaux provinciaux, connaît de toute procédure liée à l'application de la présente loi, à l'exclusion des poursuites visées aux articles 42 et 43. » Plusieurs dispositions de la nouvelle loi, dont l'article 45 qui abroge l'ancien article 37, sont entrées en vigueur le 7 novembre 2012 (*Gazette du Canada*, Partie II, vol. 146, nº 23, 2447 (C.P. 2012-1392).
88. *Socan*, *supra*, note 78, 49.
89. *Ibid*.
90. *Ibid*., 8.
91. *Socan*, *supra*, note 78, 49 et *Rogers*, *supra*, note 68, 12.
92. *Ibid*., 49.

sur un point de droit »[93]. Le moins que l'on puisse dire, c'est que la Cour ne s'est pas montrée très exigeante dans l'application de la première étape d'analyse développée dans *Dunsmuir*[94].

33. En soulignant ainsi que les tribunaux judiciaires et la Commission du droit d'auteur peuvent également interpréter la *Loi sur le droit d'auteur*, l'objectif du juge Rothstein était de démontrer une situation « illogique », soit de la possibilité, bien réelle, d'une dualité de normes de contrôle selon qu'une décision impliquant la *Loi sur le droit d'auteur* ait été prononcée par la Commission – entraînant alors la norme de déférence étant donné l'interprétation par cet organisme de sa loi constitutive – ou par une cour de justice (norme de la décision correcte)[95]. Devant une telle situation, le juge Rothstein tira alors l'inférence « que le législateur n'a pas voulu reconnaître à la Commission une expertise supérieure à celle de la cour de justice en la matière. »[96] Une conclusion différente, reposant également sur l'intention du législateur, était pourtant tout aussi plausible. En effet, pourquoi ne pouvait-on pas présumer que le législateur connaissait les mécanismes et normes de contrôle s'appliquant pour chacune des instances décisionnelles concernées et que son silence à cet égard pouvait être interprété comme un acquiescement à cette dualité découlant de la concurrence juridictionnelle prévue à l'époque à l'article 37 de la *Loi sur le droit d'auteur* ? Cette hypothèse paraît d'autant plus concevable dans le contexte de l'affaire *Rogers* qui concernait l'établissement d'un tarif par la Commission du droit d'auteur[97] ; une question qui, selon le juge Binnie dans *Socan*, se trouve « au cœur du mandat » de cet organisme »[98] ; ce qui n'est sûrement pas le cas des tribunaux judiciaires[99]. Au lieu de privilé-

93. *Rogers*, *supra*, note 68, 15.
94. En concluant que la norme de contrôle retenue dans *Socan* établit de manière satisfaisante celle qui convient au contrôle judiciaire de la Commission sur un point de droit, le juge Rothstein se réfère alors à la première étape de la démarche analytique de *Dunsmuir*, qui consiste à vérifier si la jurisprudence antérieure établit déjà « de manière satisfaisante » le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier. (par. 62) En l'espèce, nous estimons que les différences fondamentales entre les questions en litige dans *Socan* et *Rogers* ne permettaient pas de rencontrer ce critère, à moins de vider de son sens le test exigé dans *Dunsmuir*.
95. *Rogers*, *supra*, note 68, 14.
96. *Ibid.*, 15.
97. *Ibid.*, 8.
98. *Socan*, *supra*, note 78, 49.
99. D'ailleurs, tant en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur* applicable au moment du litige dans *Rogers* que dans sa version actuelle (*supra*, notes 69 et 86), il revient expressément à la Commission du droit d'auteur d'examiner et d'homologuer,

gier une « logique » qui a pour effet de hausser dans tous les cas la norme de contrôle en fonction de la possibilité qu'un tribunal judiciaire – généraliste par nature – se prononce sur une même question, la majorité de la Cour suprême aurait dû envisager le concept d'une modulation de normes tenant compte du tribunal à l'origine de la décision contestée. De toute évidence, ce n'est donc ni dans le renvoi à *Socan*, ni dans cette démonstration d'interprétation à sens unique de l'intention présumée du législateur que se trouvent les meilleurs arguments de la majorité dans *Rogers*.

34. Demeure un dernier volet où le juge Rothstein estime qu'en raison de la « compétence concurrente » Commission/cours de justice, la Commission ne peut être qualifiée de « régime administratif *distinct et particulier* » au sens du second élément formulé au paragraphe 55 de *Dunsmuir*[100] et, du coup, ne pouvait donc bénéficier de l'application de la norme de la raisonnabilité. L'approche retenue ici par le juge Rothstein mérite d'être examinée puisqu'elle s'éloigne de la méthode d'analyse retenue de façon majoritaire par les membres de la Cour suprême depuis *Dunsmuir*. En effet, plutôt que de donner pleine application au principe général, énoncé au paragraphe 54 de *Dunsmuir*, selon lequel une déférence habituelle est de mise lorsqu'un tribunal administratif interprète sa loi constitutive ou une loi connexe, le juge Rothstein assujettit cette règle à un des « éléments » apparaissant au paragraphe suivant du même arrêt, soit celui de la présence d'un « régime administratif distinct et particulier »[101]. C'est donc en « décloisonnant » l'énoncé général figurant au paragraphe 54 de *Dunsmuir* et en assujettissant celui-ci à un des éléments prévus au paragraphe suivant que la majorité de la Cour est arrivée à dégager la base de ce qui paraît une nouvelle « exception » au principe de l'application de la norme de la raisonnabilité, soit celle de la « compétence concurrente ». La méthode d'analyse, il faut le noter, s'éloigne considérablement de celle adoptée dans *ATA* par le même juge Rothstein[102] pour se rapprocher, en fait, de

---

après avoir apporté les modifications nécessaires, les différents projets de tarifs visés par la loi : art. 68, 70.13-70.15, 71-73, 83. Dans l'arrêt *Moreau-Bérubé* c. *Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, la juge Arbour souligne que les juges sont, dans l'ensemble, des généralistes (par. 45).

100. *Supra*, par. 7 de ce texte.

101. Nous rappelons que les paragraphes 54 et 55 de *Dunsmuir* sont reproduits au par. 7 du présent texte.

102. *ATA*, *supra*, note 55, par. 30.

l'approche retenue par la juge Deschamps dans *Smith*[103] et, dans une même mesure, par le juge Binnie dans *ATA*[104].

35. Le virage est significatif et est sévèrement critiqué par la juge Abella. Cette dernière estime essentiellement que la « possibilité qu'une cour de justice soit appelée à interpréter les mêmes dispositions dans une autre affaire n'enlève pas à la Commission sa connaissance approfondie de la *Loi sur le droit d'auteur* ni son expertise dans l'application de celle-ci »[105]. Dans son analyse, la juge Abella ne discute toutefois pas de l'argument invoquant le « régime administratif distinct et particulier » soulevé par son collègue ; se limitant, pour sa part, à une application indépendante du principe figurant au paragraphe 54 de *Dunsmuir*. Le fossé entre les deux interprétations dépend donc, du moins sur le plan formel, du degré plus ou moins prononcé d'autonomie prévalant entre les principes formulés aux paragraphes 54 et 55 de l'opinion des juges LeBel et Bastarache. Les « éléments » apparaissant au paragraphe 55 de cet arrêt constituent-ils des conditions sous-jacentes à la reconnaissance de la déférence applicable à l'égard du tribunal administratif interprétant sa loi constitutive ou connexe ou ne s'agit-il pas plutôt de facteurs qui, lorsque présents, « permettent de conclure qu'il y a lieu de déférer à la décision », sans pour autant représenter des prérequis ? Cette seconde avenue nous paraît préférable puisqu'elle permet une lecture cohérente du développement des juges LeBel et Bastarache[106]. À notre avis, la présence d'un « régime administratif distinct et particulier » est certainement un facteur à considérer au chapitre de la démarche de détermination de la norme de contrôle. Toutefois, rien ne permet de déduire, à la lecture de *Dunsmuir*, que la déférence devrait être automatiquement écartée, comme ce fut le cas dans *Rogers*, parce qu'un régime législatif ne rencontre pas les mêmes attributs que ceux qui caractérisent souvent les institutions en relations de travail. D'ailleurs, dans l'arrêt *Dunsmuir*, le régime applicable au recours du salarié concerné, un fonctionnaire non syndiqué, n'était pas aussi « distinct et particulier » que

---

103. Voir *supra*, par. 19-20.
104. Voir *supra*, par. 25.
105. *Rogers*, *supra*, note 68, par. 68.
106. Il paraît clair, à la lecture des paragraphes 52, 53, 58 à 61 de *Dunsmuir*, et des différentes catégories y énoncées, que toutes celles-ci ont nécessairement une portée autonome et qu'elles ne dépendent en rien d'une quelconque conformité avec les éléments figurant au paragraphe 55 de l'arrêt.

celui régissant normalement l'arbitrage de griefs au Canada[107]. Malgré tout, la majorité des juges de la Cour a conclu à l'application de la norme de déférence à l'égard de la sentence intérimaire[108]. À notre avis, la détermination de la norme de contrôle ne devrait donc pas être dépendante du fait qu'un recours puisse, en théorie, être exercé devant tel ou tel tribunal, mais devrait reposer exclusivement sur l'examen du tribunal qui, de façon concrète, a prononcé la décision contestée. Dans *Rogers*, la majorité a inversé cette approche et a assujetti une décision de la Commission du droit d'auteur disposant d'une question se situant « au cœur de son mandat » à la norme de contrôle applicable à un autre tribunal qui, pourtant, n'avait pas été saisi du recours à l'étude. La conclusion de la majorité sur la norme de contrôle ne nous paraît pas convaincante et constitue une brèche aux principes énoncés dans *Dunsmuir*.

36. Dans son opinion séparée, la juge Abella soulève le risque que la nouvelle « exception » formulée par le juge Rothstein puisse s'étendre à chaque situation où un tribunal administratif et une cour de justice peuvent interpréter et appliquer une loi[109]. À notre avis, cette projection ne peut être dégagée de la trame de l'affaire *Rogers* où, d'une façon précise, la concurrence était alors prévue expressément à la loi et valait à l'égard « de toute procédure liée à l'application de la présente loi »[110]. Certes, le juge Rothstein ne s'est pas référé explicitement au texte de l'ancien article 37 de la *Loi sur le droit d'auteur* lorsqu'il a traité de « compétence concurrente », mais il a néanmoins indiqué que ce type de « concurrence » ne semblait exister « que sous le régime des lois sur la propriété intellectuelle »[111], restreignant ainsi, à notre avis, le champ de son analyse et de l'exception en découlant[112]. Toute interprétation de cette exception se rapprochant de la compréhension large que semble en avoir la juge Abella impliquerait, de son côté, un ren-

---

107. Le possible recours à l'arbitrage pour un employé qui, tel David Dunsmuir, ne faisait pas partie d'une unité de négociation, n'est pas du même type que celui, de nature obligatoire, qui est prévu à la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, *supra*, note 7, art. 92(1) dans la mesure où il n'est ouvert que dans certaines situations précises (art. 100.1(2). De plus, les pouvoirs de l'arbitre saisi du dossier par la Commission du travail et de l'emploi sont prévus expressément attribués à l'article 100.1(5) de la Loi.
108. *Supra*, par. 15 et 22.
109. *Rogers*, *supra*, note 68, par. 70.
110. *Ibid*., 37.
111. *Ibid*., 19.
112. Ceci nous semble d'autant plus vrai que l'article 37 de la *Loi sur le droit d'auteur* a été abrogé. Voir *supra*, note 87.

versement total du principe de la déférence en faveur d'une application quasi-systématique de la norme de la décision correcte, sauf dans les cas où un tribunal administratif, tel l'arbitre de griefs, jouirait d'une exclusivité juridictionnelle dans un domaine spécifique. Rien aux propos du juge Rothstein ne permet, selon nous, d'en arriver à une telle généralisation.

37. L'arrêt *Rogers* n'est toutefois pas sans importance dans la mesure où la Cour suprême effectue, en comparaison avec la position innovante et claire développée dans *ATA*, un net repli dans sa démarche globale d'analyse de la norme de contrôle. Le principe de la « déférence habituelle » mis de l'avant dans *Dunsmuir*, hissé à la hauteur d'une présomption dans *ATA*, a été ramené, dans *Rogers*, au niveau d'une « déférence qui *s'impose de prime abord* »[113]. Le manque d'homogénéité des formules retenues par la Cour suprême à l'égard de cette catégorie, pourtant simple et usuelle en droit administratif, n'est pas que d'ordre sémantique mais révèle, selon nous, une véritable hésitation des juges de la Cour suprême à concilier le principe de respect décisionnel des organismes administratifs auxquels le législateur a conféré des pouvoirs[114] et la primauté du droit. Pourtant, à l'occasion de l'arrêt *Dunsmuir*, ces principes fondamentaux du droit administratif étaient évidemment connus et même rappelés expressément[115]. Néanmoins, les juges LeBel et Bastarache indiquaient qu'il « n'y a rien d'incohérent dans le fait de trancher certaines questions de droit au regard du caractère raisonnable »[116] ; quitte, ajoutaient-ils, à « confirmer ou non la décision *en manifestant la déférence voulue* » à l'égard du tribunal administratif en cause[117]. En somme, reconnaître, l'application de la norme de la déférence lorsqu'un tribunal administratif interprète sa loi constitutive ou une loi connexe n'équivaut pas, même sous la forme ultime d'une présomption, à conclure automatiquement à sa raisonnabilité. En seconde partie, nous constaterons d'ailleurs que la « *déférence voulue* » à laquelle la Cour se réfère dans *Dunsmuir* est d'ailleurs on ne peut plus variable selon la nature de la décision attaquée et que l'application de la norme de la raisonnabilité n'est pas antinomique, loin s'en faut, avec un contrôle judiciaire particulièrement strict dans certains cas. D'où notre perplexité face aux difficultés

113. *Ibid*.
114. *Nor-Man*, *supra*, note 5, par. 40.
115. *Dunsmuir*, *supra*, note 2, par. 27-31 et 48-50.
116. *Ibid*., par. 56.
117. *Ibid*.

de la Cour suprême de s'en remettre à une formule unique à propos de cette importante catégorie de questions, alors que le véritable enjeu se situe en aval de cette étape, soit au moment de l'évaluation du caractère raisonnable de la décision.

C. « L'effet Dunsmuir » ou les inévitables rééquilibrages

38. Au-delà des grands énoncés dégagés précédemment au sujet de la détermination de la norme de contrôle à l'égard de décisions de tribunaux administratifs interprétant ou appliquant leur loi constitutive ou loi connexe à leur mandat, il paraît pertinent d'examiner, de façon plus spécifique, l'impact qu'a eu l'arrêt *Dunsmuir* relativement à différents critères et principes qui, jusqu'au moment du prononcé de cette décision en mars 2008, influençaient le choix de la norme par les tribunaux judiciaires[118]. Tout en reconnaissant d'emblée que l'exercice est périlleux lorsqu'on essaie de systématiser des tendances en droit administratif, nous proposons de dégager les éléments qui paraissent à la hausse dans la grille d'analyse de la Cour suprême et d'attirer l'attention sur ceux qui sont à la baisse ; ceci permettant de mieux comprendre les grandes lignes de l'orientation générale de la Cour suprême vue précédemment.

1. Une méthode d'analyse efficace...

39. Signalons, en premier lieu, que la méthode d'analyse « allégée » développée par les juges LeBel et Bastarache dans *Dunsmuir*, priorisant, en première étape, une démarche de catégorisation de la question examinée ou du type de pouvoir exercé, afin d'examiner subséquemment sa possible association avec un précédent qui aurait établi « de manière satisfaisante le degré de déférence » correspondant à la catégorie concernée[119] , ou sa compatibilité avec un des énoncés généraux systématisant les principes généralement retenus en matière de norme de contrôle s'est rapidement imposée à la Cour suprême. Certes, il est arrivé que des juges aient conclu fort succinctement à l'application d'un précédent jurisprudentiel[120] en omettant de faire certaines distinc-

---

118. Ceux-ci se retrouvaient, entre autres, dans l'arrêt *Pushpanathan*, *supra*, note 54, p. 1005-1012.
119. *Dunsmuir*, *supra*, par. 2, 57 et 62.
120. Pour des illustrations d'application rapide de cette première étape, voir *Northrop Grumman Overseas Services Corp.* c. *Canada (Procureur général)*, [2009] 3 R.C.S. 309, par.10 ; *Canada (Commissaire à l'information)* c. *Canada*

tions importantes[121], ou aient jumelé cette première étape de la démarche à la suivante qui consiste à se référer aux facteurs de « l'analyse relative à la norme de contrôle »[122]. Dans l'ensemble, il faut toutefois prendre acte d'un effort constant de la Cour de maintenir le cadre général de la démarche analytique définie dans *Dunsmuir*.

40. Au-delà d'une réelle simplification du processus menant à la détermination de la norme, cette approche présente deux avantages importants. D'une part, la référence à un précédent, dans la mesure évidemment où celui-ci rencontre les conditions

---

(Ministre de la Défense nationale), [2011] 2 R.C.S. 306, par. 21-22 ; *Lake* c. *Canada (Ministre de la Justice)*, [2008] 1 R.C.S. 761, par. 34 ; *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec* c. *Proprio Direct inc.*, [2008] 2 R.C.S. 195, par. 20.

121. Voir notre développement à ce sujet concernant les arrêts *Rogers* et *Socan*, *supra*, par. 29-30. Dans *ATA*, le juge Rothstein paraît fort réservé à propos de la norme retenue dans l'arrêt *Northrop Grumman*, supra, note 120, et souligne que c'est « [...] pour des raisons d'ordre pratique » que la Cour avait appliqué la norme alors retenue (décision correcte) en s'appuyant sur la jurisprudence. (*ATA*, *supra*, note 55, par. 37). Quant à l'analyse effectuée dans l'arrêt *Commissaire à l'information*, *supra*, note 120, la Cour s'appuie, sans étude spécifique, sur un de ses précédents, soit l'arrêt *Canada (Commissaire à l'information)* c. *Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, [2003] 1 R.C.S. 66. Dans cet arrêt, la Cour, après avoir eu recours à « la méthode pragmatique et fonctionnelle », avait retenu, en particulier, la nature de la question dont était saisi le Commissaire de la GRC, soit une question de droit « de nature très générale » et l'absence de clause privative (par. 18-19). À notre avis, le nouvel éclairage apporté tout particulièrement à ces deux critères dans *Dunsmuir* (par. 52, 55 et 60) aurait justifié une analyse plus nuancée. Soulignons, par ailleurs, que la Cour a tenu compte de l'évolution du droit liée à *Dunsmuir* en écartant, dans l'arrêt *Whatcott*, la norme de la décision correcte qui avait été retenue par les tribunaux inférieurs puisque ces tribunaux s'étaient appuyés sur une décision précédant l'arrêt *Dunsmuir* (*supra*, note 40, par. 166-167). Dans le récent arrêt *Agraira* c. *Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36 (20 juin 2013) (ci-après *Agraira*), la Cour suprême, sous la plume du juge LeBel, précise d'ailleurs clairement ce qui pouvait être dégagé de *Whatcott*, soit que la jurisprudence antérieure ne doit pas être retenue dans le cadre de la première étape d'analyse si celle-ci « semble devenue incompatible avec l'évolution récente du droit en matière de contrôle judiciaire » (par. 48).

122. Rappelons que les juges LeBel et Bastarache ont indiqué que le processus de contrôle judiciaire se déroule en deux étapes ; la première de type « catégorielle » (*supra*, par. 39). Si cette démarche est infructueuse, la seconde étape consiste à procéder à l'analyse des facteurs connus de l'analyse pragmatique et fonctionnelle (*Dunsmuir*, *supra*, note 2, par. 62-64). Signalons, pour mieux comprendre la terminologie utilisée par la Cour suprême que dans *Nor-Man*, *supra*, note 5, elle désigne dorénavant les quatre critères classiques de « l'analyse relative à la norme de contrôle » (*Dunsmuir*, *supra*, note 2, par. 64), sous les appellations de « facteurs contextuels » et d'« indicateurs contextuels ». (par. 40 et 41). Pour des exemples d'analyse mixte de certains critères des deux étapes de la démarche mise de l'avant dans *Dunsmuir*, voir *supra*, par. 14-18, et l'arrêt *Nolan* c. *Kerry (Canada) Inc.*, *supra*, note 42.

requises[123], permet, en principe, d'accélérer la phase de détermination de la norme de contrôle en plus d'assurer une cohérence jurisprudentielle. D'autre part, en mettant résolument l'accent sur l'identification d'une catégorie objective – type de question en litige, type de pouvoir exercé par le tribunal administratif – la Cour a éliminé toute discussion relative à la présence ou non d'une clause privative ou d'un droit d'appel et, en corollaire, les nombreuses variantes ayant marqué à une certaine époque les débats relatifs à la détermination de la norme de contrôle[124]. En dépit des particularités que revêtait cette question dans chacun des arrêts étudiés précédemment, le silence de la Cour à l'égard de ce critère révèle l'étanchéité des deux étapes du processus d'analyse développé dans *Dunsmuir*[125]. On ne peut que s'en réjouir.

2. *La consécration d'une catégorie : le « caractère discrétionnaire » d'une décision*

41. D'une façon claire, la jurisprudence *post-Dunsmuir* révèle que la Cour suprême n'hésite pas à retenir le caractère discrétionnaire d'un pouvoir octroyé à un décideur comme un élément important à considérer dans la détermination de la norme de contrôle. À des degrés divers, mais sans exception, les arrêts *CCDP*[126], *Smith*[127], *Doré*[128] et *Halifax*[129] illustrent le poids réel

---

123. *Dunsmuir*, *supra*, par. 2, 57 et 62. Voir aussi *Agraira*, *supra*, note 121, par. 48.
124. La présence ou non d'une clause privative constitue un des facteurs classiques de l'analyse pragmatique et fonctionnelle (*Bibeault*, *supra*, note 14, par. 122-123). Celui-ci figure toujours à la seconde étape de l'analyse développée dans *Dunsmuir* (*supra*, note 2, par. 64). Pour un rappel de l'importance des débats entourant le libellé des clauses privatives, lire, entre autres, *Canada (Procureur général)* c. *Mossop*, *supra*, note 36 ; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579* c. *Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316 ; *National Corn Growers Assn.* c. *Canada (Tribunal des importations)*, *supra*, note 1, p. 332-334 ; *Pushpanathan*, *supra*, note 53, p. 1006.
125. Sur le processus d'analyse en deux phases, voir *supra*, note 121. Dans certaines décisions examinées jusqu'ici dans ce texte, l'organisme administratif était protégé soit par une clause privative intégrale, par ex. la *Loi sur les relations du travail*, L.R.M. 1987, ch. L10, art. 128(1) dans *Nor-Man*, *supra*, note 5 ; ou par une clause privative partielle, ex. *Personal Information Protection Act*, SA 2003, c. P-6.5, art. 53 dans *ATA*, *supra*, note 55, ou n'était visé par aucune clause privative, *CCDP*, *supra*, note 34, ou sa décision pouvait faire l'objet d'un appel devant un tribunal judiciaire, *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7, art. 101, dans *Smith*, *supra*, par. 26. Au même effet, *Doré* c. *Barreau du Québec*, [2012] 1 R.C.S. 395, par. 18-19, appel possible des décisions du Comité de discipline devant le Tribunal des professions.
126. *Supra*, note 34.
127. *Supra*, note 26.
128. *Supra*, note 125.
129. *Halifax (Regional Municipality)* c. *Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, [2012] 1 R.C.S. 364, ci-après *Halifax*.

accordé maintenant à ce critère, souligné dans *Dunsmuir* comme étant un de ceux à l'égard desquels « la retenue s'impose habituellement d'emblée »[130]. L'arrêt *Smith*, examiné précédemment, paraît, à cet égard, le plus instructif. Nous l'avons déjà souligné[131], le juge Fish, dans cette décision, a rapidement conclu à l'application de la norme de la raisonnabilité puisque le comité d'arbitrage « interprétait sa loi constitutive »[132]. Cependant, en cas de doute, il a ajouté « d'autres considérations » à sa conclusion, dont le fait que les décisions du comité concerné « sont invariablement tributaires des faits *et ont en règle générale un caractère discrétionnaire* »[133].

42. On se souviendra que la juge Deschamps , dans une opinion séparée, a critiqué ouvertement cette démarche de la Cour ; préconisant, pour sa part, que l'expertise d'un tribunal administratif ne peut être tenue pour acquise parce que celui-ci interprète sa loi constitutive[134]. Sur cette question de l'expertise, et après une fort brève analyse[135], la juge concluait d'ailleurs que « rien [...] ne tend à indiquer qu'ils [les comités constitués en vertu de la *LONE*] *possèdent quelque expertise ou expérience particulière par rapport aux tribunaux judiciaires lorsqu'il s'agit d'interpréter* la *LONE* »[136]. En somme, pour la juge Deschamps, la déférence n'était alors pas de mise à l'égard de ces comités administratifs. Cependant – et c'est ici que l'opinion de cette même juge prend tout son intérêt relativement à l'évaluation du poids à accorder au présent critère – la juge Deschamps va néanmoins conclure, en tout au plus deux lignes, à l'application de la norme de la raisonnabilité parce que, écrit-elle, le comité « exerçait le pouvoir discrétionnaire que lui confère la *LONE* en matière d'adjudication de frais »[137].

---

130. *Dunsmuir*, *supra*, note 2, 53. Au même effet, mais reprenant le principe dans une formule épurée, voir *Beckman* c. *Première nation de Little Salmon/Carmacks*, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 48. Le récent arrêt *Agraira*, *supra*, note 121, confirme également l'importance de la catégorie du pouvoir discrétionnaire. Dans cette affaire, la Cour, à l'unanimité, estime, en seconde étape (et ce, dit-elle, pour « confirmer » l'étape de la vérification de la jurisprudence antérieure), que « [P]uisque la décision du ministre aux termes du par. 34(2) [*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27] est discrétionnaire, la norme de la décision raisonnable s'applique. » (par. 50).
131. *Supra*, par. 13-15.
132. *Smith*, *supra*, note 26, par. 28.
133. *Ibid*., 30.
134. *Supra*, par. 20-21.
135. L'étude de cette question se limite à deux courts paragraphes de son opinion : *ibid*., par. 108-109.
136. *Ibid*., 108. Nos italiques. Les parenthèses sont de nous.
137. *Ibid*., par. 110.

43. Le paradoxe de cette position doit être noté : alors que la juge Deschamps préconisait une analyse approfondie de l'expertise et critiquait longuement la position de ses collègues qui concluaient, à son avis, à la déférence du seul fait de l'interprétation, par le tribunal administratif, de sa loi constitutive, et que cette même juge insistait sur l'importance « que l'élaboration de catégories de questions par la Cour ne se traduise pas par une application aveugle et formaliste de mots, mais donne lieu plutôt à l'application de principes »[138], la juge Deschamps s'avère pourtant la seule membre de la Cour à conclure à la norme de la déférence en invoquant, comme *unique fondement*, le caractère discrétionnaire du pouvoir octroyé par la *LONE* aux comités[139]. Et ce, rappelons-le, en dépit que la juge révélait la faiblesse de l'expertise de ce même comité. Ce défaut, auquel elle accordait beaucoup d'importance[140], semble donc avoir perdu toute pertinence en présence de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire octroyé par la loi constitutive.

44. À travers cette conclusion, la juge Deschamps illustre que la méthode d'analyse de *Dunsmuir*, consistant à déterminer la norme de contrôle en fonction de catégories prédéterminées, peut être d'application simple, rapide et surtout compatible avec l'intention du législateur d'accorder préséance à la décision du tribunal administratif et aux pouvoirs qui lui ont été conférés plutôt que de donner ouverture à une évaluation complexe, et trop souvent subjective, de l'expertise du tribunal, de la portée de la décision, etc. Mais cette conclusion place évidemment la juge en porte-à-faux à l'égard de sa propre sous-estimation du critère de l'expertise et de sa vive critique relative à l'application trop automatique de la déférence lorsqu'un tribunal interprète sa loi constitutive[141]. L'opinion séparée de la juge Deschamps dans *Smith* apparaît donc comme une forme de soliloque, empreint de nostalgie, quant à la place centrale qu'occupait naguère le critère de l'expertise. Pour notre part, nous préférons retenir que cette opinion en arrive, en fait et en droit, à une conclusion en phase directe avec la démarche de *Dunsmuir* qui a substitué au critère autrefois marquant de l'expertise une approche simplifiée mettant plutôt l'accent sur la catégorie de question qu'un tribunal administratif a traitée. Il ne reste qu'à souhaiter que ce soit ce

138. *Ibid*., par. 83.
139. *Ibid*., par. 110.
140. *Ibid*., par. 108.
141. *Ibid*., par. 100.

dernier volet de l'analyse de la juge Deschamps qui soit repris par les tribunaux au cours des prochaines années puisque c'est celui-ci, et non pas ses observations concernant le critère de l'expertise, qui ont soutenu, en bout de piste, sa conclusion.

45. Enfin, dans la même foulée relative à l'importance accordée au caractère discrétionnaire d'une décision, la Cour énonçait, dans l'arrêt *Doré*, que cette catégorie pouvait justifier, en large partie, le recours à la norme de la raisonnabilité même en présence de l'application, par un tribunal disciplinaire, de garanties prévues à la *Charte canadienne des droits et libertés*[142] ; contentieux où la norme de la décision correcte s'est pourtant imposée pendant longtemps. On constate donc que la Cour a choisi d'aller au-delà de la nature particulière de la question en jeu afin de plutôt prioriser, aux fins de la détermination de la norme de contrôle, à la fois le caractère discrétionnaire du pouvoir exercé[143] et le fait qu'il s'agissait là d'une application, par le décideur administratif, de sa loi constitutive[144]. La ligne de démarcation est d'ailleurs fort ténue, faut-il le reconnaître, entre l'exercice, par un tribunal administratif, d'un pouvoir discrétionnaire prévu à sa loi constitutive et l'interprétation des dispositions de cette loi afin de soutenir cet exercice ; tant chaque volet de ce tandem influençant nécessairement l'autre et vice-versa. Ainsi, on constate que, selon les cas, la Cour retiendra un critère ou l'autre afin de justifier l'application de la norme de la raisonnabilité[145].

---

142. *Supra*, note 125, par. 45.
143. *Ibid*., par. 45, 47.
144. *Ibid*., par. 46. Dans l'arrêt *Bell Canada* c. *Bell Aliant Communications régionales*, [2009] 2 R.C.S. 764, la Cour a juxtaposé à la nature discrétionnaire de la décision du CRTC, le caractère polycentrique de celle-ci ainsi que l'expertise spécialisée de cet organisme pour conclure à l'application de la norme de la raisonnabilité, par. 35-38. Sur ce point, la Cour a infirmé la décision de la Cour d'appel fédérale qui, malgré des réserves, avait eu recours à la norme de la décision correcte du fait que celle-ci correspondait à la « position des parties. » (par. 33). Dans l'arrêt *Celgene Corp.* c. *Canada (Procureur général)*, [2011] 1 R.C.S. 3, la juge Abella souligne, à juste titre selon nous, que même si des parties à un recours en contrôle judiciaire considèrent que c'est une norme de contrôle qui s'applique (alors celle de la décision correcte), celles-ci « ne devraient certes pas avoir la faculté de *se soustraire*, d'un commun accord, à l'application de la norme de contrôle appropriée, [...] » (par. 33).
145. Dans l'arrêt *Baker*, *supra*, note 14, la Cour souligne tout particulièrement cette difficulté en mentionnant que « l'interprétation de règles de droit comporte un pouvoir discrétionnaire étendu pour ce qui est de clarifier, de combler les vides juridiques, et de choisir entre différentes options » (par. 54). Sur le caractère indissociable de l'interprétation d'une loi constitutive et la détermination, par un tribunal administratif, de la compétence et du pouvoir d'accomplir un acte, voir également *ATA*, *supra*, note 55, par. 34. À titre d'exemple où les critères du caractère discrétionnaire d'une décision et de celui de l'interprétation de la loi

3. *Le déclin du critère de l'expertise*

46. Par ailleurs, et de façon tout aussi claire, le facteur de l'expertise du tribunal administratif, longtemps considéré comme le « facteur le plus important qu'une cour doit examiner pour arrêter la norme de contrôle applicable »[146], a considérablement perdu de son aura depuis *Dunsmuir*. Seule la juge Deschamps, dans l'arrêt *Smith*, a plaidé vigoureusement, mais sans succès, pour son retour dans la grille d'analyse et ce, à toute étape du processus. Ceci ne veut pas dire que l'expertise n'est plus mentionnée par la Cour suprême, mais la démarche comparative à laquelle ce critère donnait lieu dans le passé – et qui, disons-le, jouait rarement en faveur des tribunaux administratifs[147] – a été remplacée par une approche priorisant le lien existant entre le mandat attribué par la loi à un tribunal administratif et l'expertise découlant, pour ce tribunal, de l'application de cette loi constitutive[148]. L'équation est simple et objective. Elle a même été reprise dans l'arrêt *Rogers* où le juge Rothstein a estimé que la Commission du droit d'auteur et les cours de justice possèdent une « même expertise » du fait qu'ils sont tous deux investis du pouvoir d'appliquer la *Loi sur le droit d'auteur*[149]. Un raisonnement identique a été adopté dans le récent arrêt *Doré* où il s'agissait d'examiner une décision d'un comité de discipline du Barreau du Québec ayant appliqué au litige des garanties prévues à la *Charte des droits et*

---

constitutive et des larges pouvoirs en découlant auraient facilement pu être substitués l'un à l'autre et quand même conduire au même résultat, comparer les arrêts *CCDP*, *supra*, note 34 et *Nor-Man*, *supra*, note 5. Dans le récent arrêt *Agraira*, la Cour, après avoir conclu que la norme de la raisonnabilité s'appliquait à la décision du ministre en raison de son caractère discrétionnaire, ajouta, à titre de « facteur [qui] confirme lui aussi que la norme applicable est celle de la décision raisonnable », le fait que la décision « se rapporte au cas où le décideur interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie » (*supra*, note 121, par. 50).

146. *Southam*, *supra*, note 54 et *Pushpanathan*, *supra*, note 54, 32.

147. Voir, entre autres, *Mossop*, *supra*, note 36, 584-585, *Pushpanathan*, *supra,* note 54, 1006-1008 ; *Barrie Public Utilities* c. *Assoc. canadienne de télévision par câble*, [2003] 1 R.C.S. 476, par. 16. Pour une exception, mais dans un contexte fort spécifique, voir *Moreau-Bérubé* c. *Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, *supra*, note 99, par. 46-51.

148. Pour une illustration, voir *Doré*, *supra*, note 125, par. 46. Dans *Celgene*, *supra*, note 144, la juge Abella indique que la déférence « est habituellement de mise » en présence d'un tribunal expert qui interprète sa propre loi habilitante (par. 34). Dans *Bell Canada* c. *Bell Aliant Communications régionales*, *supra*, note 144, la Cour conclut à « l'expertise spécialisée » du CRTC en tenant compte de la nature des questions à l'étude et de l'exercice polycentrique que leur examen suppose et que le législateur a confié à cet organisme (par. 38).

149. *Supra*, note 68, par. 15.

libertés de la personne[150]. En dépit de la lourde jurisprudence antérieure qui, sur la base de l'étude comparative, niait pratiquement toute expertise aux tribunaux administratifs interprétant des dispositions relatives aux droits de la personne[151], la Cour suprême a plutôt reconnu, sans analyse complexe, l'expertise du comité de discipline à se prononcer sur la question de la constitutionnalité d'une disposition du *Code de déontologie des avocats* du Québec eu égard à la liberté d'expression prévue à l'article 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* du fait que ceci concernait l'application de sa loi constitutive[152].

47. L'expertise est donc dorénavant appréhendée dans sa perspective « institutionnelle », présumant ainsi qu'elle existe dès qu'un tribunal administratif interprète sa loi constitutive ou des dispositions connexes. Elle se trouve ainsi subsumée au principe général de la déférence associé à plusieurs catégories de questions visées par la première étape du processus d'analyse de *Dunsmuir*[153]. Une relecture de l'opinion séparée de la juge Deschamps dans l'arrêt *Smith* et de la position contraire de ses collègues sur le même point permet d'ailleurs de bien mesurer le pas considérable que la Cour suprême a franchi au sujet du critère de l'expertise et de comprendre que la nouvelle mise en perspective de ce facteur, compatible selon nous à l'intention du législateur, facilite grandement l'application de la démarche des « catégories de questions » développée dans le cadre de la première étape de la méthode *Dunsmuir*.

---

150. *Supra*, note 125.
151. Voir *supra*, par. 17.
152. La juge Abella, rédigeant les motifs unanimes de la Cour, se réfère brièvement sur ce point à l'extrait où les juges LeBel et Bastarache citent, dans *Dunsmuir*, le professeur David Mullan qui indique l'importance de reconnaître que « les personnes qui se consacrent quotidiennement à l'application de régimes administratifs souvent complexes possèdent ou acquièrent une grande connaissance ou sensibilité à l'égard des impératifs et des subtilités des régimes en cause [...] ». Au paragraphe suivant, la juge se réfère au fait que le « décideur administratif exerçant un pouvoir discrétionnaire en vertu de sa loi constitutive est, de *par son expertise et sa spécialisation*, particulièrement au fait des considérations opposées en jeu dans la mise en balance des valeurs consacrées par la Charte. » (*Doré*, *supra*, note 125, par. 46-47, mes italiques)
153. *Dunsmuir*, *supra*, par. 2, par. 52-56. Sur les étapes du processus d'analyse, voir *supra*, par. 39 et note 121. Pour un bel exemple d'association entre l'expertise institutionnelle découlant de l'application de la loi constitutive de l'organisme visé, voir *Nor-Man*, *supra*, note 5, par. 53. Dans une même perspective, lire également le récent arrêt *Whatcott* où la Cour suprême adopte cette même approche, *supra*, note 40, par. 168.

4. *Des restrictions à la catégorie de la « question de droit générale »*

48. Traiter de la norme applicable à l'égard du décideur qui interprète sa loi constitutive ou une loi connexe ne peut être fait sans une référence à la « nature » de la question examinée. Tout comme à l'égard de la question de l'expertise, l'approche par catégories de questions développée dans *Dunsmuir* a eu pour effet de modifier l'analyse de ce critère. À une exception près, soit lorsque la question qui « revêt une importance capitale pour le système juridique [...][154], exception fort balisée comme nous le verrons sous peu, il importe plus d'associer la nature objective d'une question à l'une ou l'autre des catégories définies par la Cour que de déterminer si celle-ci possède une portée particulière ou générale. Dans l'arrêt *ATA*, le juge Binnie, dont l'opinion a été appuyée par la juge Deschamps, a tenté de faire revivre la théorie de la « question de droit générale »[155] ; qualification qui, avant *Dunsmuir*, entraînait automatiquement l'application de la norme de la décision correcte. Invoquant au soutien de sa position un extrait de l'arrêt *CCDP*[156], le juge Binnie, fidèle à l'opinion qu'il avait développée sur ce point dans *Dunsmuir*[157], se disait alors d'avis que la déférence à l'égard d'un tribunal administratif interprétant sa loi constitutive ou une loi connexe ne devrait être applicable que si la décision « ne soulève pas de *questions de droit générales*, au-delà des aspects administratifs du régime législatif en cause [...] »[158].

49. Cette opinion mérite quelques commentaires. D'une part, une lecture intégrale du jugement de la Cour dans *CCDP*, et non pas du seul paragraphe 24 de cet arrêt comme le fait le juge Binnie, permet d'abord de constater que la distinction que celui-ci dégage de cet extrait de l'arrêt ne peut être réconciliée avec la

---

154. *Dunsmuir*, *supra*, note 2, par. 55 et 60.
155. *Supra*, note 55 par. 83-89. Ce type de question a fait l'objet de développement dans plusieurs arrêts. Voir, entre autres, *Mossop* (*supra*, note 36) ; *Pushpanathan* (*supra*, note 54, p. 1010-1011).
156. Le juge Binnie se réfère au par. 24 de l'arrêt *CCDP*, *supra*, note 34, où la Cour écrit que « lorsqu'il s'agit d'interpréter et d'appliquer sa propre loi, dans son domaine d'expertise et sans que soit soulevée une question de droit générale, la norme de la décision raisonnable s'applique habituellement, et le Tribunal a droit à la déférence », *ATA*, *supra*, note 55, par. 83 (les soulignés sont du juge Binnie).
157. *Supra*, note 2, par. 147. Le juge parle alors de « question *juridique* [...] » ayant « trait à la compétence ou au droit en général » à l'égard de laquelle la norme de la décision correcte pourrait être invoquée (les italiques sont au texte).
158. *ATA*, *supra*, note 55, par. 89. Nos italiques.

position alors retenue par la Cour[159]. D'autre part, dans *ATA*, la majorité de la Cour a réfuté expressément la lecture proposée par le juge Binnie en indiquant que celle-ci « isole les questions de droit générales pour en faire une catégorie autonome commandant la décision correcte, ce qui est incompatible avec la conclusion que tire en fait notre Cour dans *Dunsmuir* »[160]. Le juge Rothstein ajoute – et ceci en parfaite harmonie, selon nous, avec l'enseignement de *Dunsmuir*[161] – qu'en matière d'interprétation et d'application par un tribunal administratif de sa loi constitutive ou d'une loi connexe, « pour que s'applique la norme de la décision correcte, la question doit non seulement revêtir une *importance capitale pour le système juridique*, mais elle doit aussi être étrangère au *domaine d'expertise du décideur* »[162]. Nous ne pouvons que saluer cette mise au point, ferme et précise, de la part de la majorité de la Cour dans *ATA*. Un silence sur cette délicate question aurait vraisemblablement permis à l'interprétation du juge Binnie de redonner un second souffle à une approche qui, faut-il le reconnaître, avait peu d'atomes crochus avec la « politique de retenue » que la Cour suprême estime avoir dégagée dans *Dunsmuir*[163].

50. Du coup, il faut comprendre que l'exception associée aux « questions générales de droit » est strictement assujettie à *deux conditions cumulatives* et ne peut plus être retenue en raison de la seule qualification, toujours suggestive, du caractère « général » d'une question de droit ou de son « importance capitale pour le système juridique. » D'ailleurs, une interprétation restrictive de cette exception a été adoptée par la Cour suprême dans les arrêts *CCDP*

---

159. Comparer le texte du par. 89 de *ATA* avec les par. 22 à 24 de *CCDP*. Au par. 22, le juge Rothstein indique que « la Cour réaffirme que les questions de droit générales qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble **et** qui sont étrangères au domaine d'expertise de l'organisme juridictionnel demeurent assujetties à la norme de la décision correcte (...) » (*supra*, par. 34, le caractère gras est de nous).
160. *ATA*, *supra*, note 55, par. 45.
161. Pour s'en convaincre, il est pertinent de relire attentivement les paragraphes 54 et 55 de *Dunsmuir* reproduits ci-dessus (par. 7 de ce texte), ainsi que le par. 60 du même arrêt.
162. *ATA*, *supra*, note 55, par. 46 (les italiques sont de la Cour). Dans le récent arrêt *Whatcott*, la Cour a infirmé, sur la question de la norme de contrôle applicable à la décision du Tribunal des droits de la personne de la Saskatchewan, les décisions des deux tribunaux inférieurs qui avaient conclu à la norme de la décision correcte en soulignant, entre autres points, le fait que le litige soulevait des questions de droit importantes. Le juge Rothstein s'est référé, à cet égard, aux enseignements déjà exposés des arrêts *Smith* et *ATA* (*supra*, note 40, par. 166-167).
163. *Doré*, *supra*, note 125, par. 30.

et *Nor-Man*. Dans le premier arrêt, la Cour a précisé que « les questions de droit générales que le Tribunal (canadien des droits de la personne) est appelé à trancher n'équivalent pas toutes à des questions d'une importance capitale pour le système juridique [...] »[164] ; faisant ainsi ressortir que la « généralité » d'une question de droit n'est pas synonyme à tout coup de son importance pour « le système juridique ». Dans la même veine, la Cour a également ajouté que les questions de droit générales « ne sont pas toutes étrangères au domaine d'expertise de l'organisme décisionnel »[165]. Dans *Nor-Man*, la Cour d'appel du Manitoba avait considéré que la conclusion d'un arbitre de griefs au sujet de la préclusion mettait en jeu une question de droit qui revêtait une importance capitale pour le système de justice et était étrangère à son domaine d'expertise[166]. Cette qualification, et la norme de contrôle en découlant, ont été rejetées d'un trait par la Cour suprême[167]. Bref, l'automatisme est loin d'être la règle lorsqu'il s'agit d'appliquer cette exception au principe de la déférence.

5. *La remise en cause de l'importante catégorie des « questions de compétence »*

51. Toujours au chapitre des questions de droit, notre revue jurisprudentielle indique que les questions de compétence, désignées dans *Dunsmuir* comme les « questions touchant véritablement à la compétence »[168], ont vu leur champ d'application se rétrécir depuis 2008. Pourtant, dans *Dunsmuir*, en indiquant qu'une telle question se posait « lorsque le tribunal administratif

---

164. *Supra*, note 34, 23. Dans le récent arrêt *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30* c. *Pâtes et Papiers Irving ltée*, 2013 CSC 34 (14 juin 2013), (ci-après *Irving*), il est intéressant de lire les notes des juges Rothstein et Moldaver sur la portée de cette ouverture à la norme de la décision correcte qu'est la qualification d'une question d'importance pour le public en général. Bien que dissidents sur le fond du dossier, les juges infirment la décision de la Cour d'appel sur ce point. En rappelant les deux composantes de cette exception à la norme de la raisonnabilité, les juges insistent sur le fait que le conflit alors à l'étude – soit la légalité de tests de dépistage d'alcool au sein d'une entreprise – « a peu de conséquences *juridiques* en dehors du droit du travail et c'est ce qui détermine la norme de contrôle applicable, et non ses conséquences possibles dans le monde réel. » (par. 66, les italiques sont au texte)
165. *Ibid*.
166. *Manitoba Association of Health Care Professionals* v. *Nor-Man Regional Health Authority Inc*., 2010 MBCA 55, par. 46 ; *Nor-Man*, *supra*, note 5, 24 et 37.
167. *Ibid*., 38. La Cour a plutôt indiqué que la préclusion retenue par l'arbitre dans l'affaire à l'étude avait été « appliquée à titre de réparation » et qu'il n'y avait « [A]ucun aspect de cette réparation (qui) n'en fait une question de droit générale » au sens de l'exception énoncée dans *Dunsmuir*.
168. *Dunsmuir*, *supra*, note 2, par. 59.

doit déterminer expressément si les pouvoirs dont le législateur l'a investi l'autorisent à trancher une question »[169], on pouvait croire que la Cour suprême voulait renouer, d'une certaine façon, avec la théorie des questions de compétence qui, il y a une trentaine d'années, occupait un rôle central en jurisprudence canadienne[170]. Tout en affirmant ne pas vouloir revenir à cette théorie[171], la référence à celle-ci, la large définition proposée par la majorité du banc ainsi que les commentaires convergents des juges Binnie[172] et Deschamps[173] semblaient en rupture avec l'approche restrictive adoptée plus récemment par la Cour relativement à cette question[174].

52. Si la qualification de question de compétence a été retenue, sans véritable débat, dans les arrêts *Northrop*[175] et *Celgene*[176], le contexte juridique de l'affaire *ATA* était propice à

---

169. *Ibid*.
170. Relire, par ex., *Banque Nationale du Canada* c. *Union internationale des employés de commerce et autre*, [1984] 1 R.C.S. 269 et *U.E.S., Local 298* c. *Bibeault*, *supra*, note 14.
171. *Dunsmuir*, *supra*, note 2, par. 59.
172. Ce dernier indiquait dans *Dunsmuir* que « l'action administrative doit s'appuyer sur un pouvoir conféré par la loi ou découlant d'une prérogative (c.à.d. de la *common law*). Là également, le principe est simple. Nul ne peut exercer un pouvoir dont il n'est pas investi. Il appartient à la cour de révision de statuer sur la question de droit que constitue l'existence ou l'inexistence d'un pouvoir (ou d'une compétence) [...] », *supra*, note 2, par. 128.
173. *Ibid*., par. 163.
174. Comparer à ce sujet la norme retenue dans *Syndicat des employés de production du Québec* c. *CCRT*, [1984] 2 R.C.S. 412 relativement à l'exercice par le Conseil canadien des relations du travail de ses pouvoirs de réparation (p. 435-440) et les arrêts *Royal Oak Mines Inc.* c. *Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369, par. 32-36 et *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301* c. *Montréal (Ville)*, [1997] 1 R.C.S. 793, par. 30-42 analysant des questions similaires mais arrivant à une norme différente.
175. *Supra*, note 121, par. 10. En faisant référence à la jurisprudence antérieure relative à la norme de contrôle, la Cour considère qu'elle « est saisie d'une question de compétence étant donné qu'il s'agit de décider si le TCCE *peut entendre une plainte présentée en vertu de l'ACI par un fournisseur non canadien*. Par conséquent, la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. » Nos italiques. On remarque facilement la symétrie entre cette qualification assez classique de la question de compétence et la définition que les juges LeBel et Bastarache ont donnée à ce qu'ils ont appelé la « question touchant véritablement à la compétence. » (*Dunsmuir*, *supra*, note 2, par. 59). Dans *ATA*, le juge Rothstein relativise la portée de cet aspect de *Northrop* en soulignant que la Cour avait statué sur la norme en suivant une jurisprudence bien établie avant *Dunsmuir*, « et non en relevant une question qui touche véritablement à la compétence. » (*supra*, note 55, par. 33). Le juge n'explique pas la distinction entre la question qui « a trait à la compétence » et celle qui relève « véritablement à la compétence ». Nous osons croire qu'une telle différence, si elle existe, demeure plus de nature théorique que pratique...
176. *Supra*, note 144. Dans cet arrêt, la Cour fédérale avait estimé qu'il s'agissait d'une question de compétence (par. 12). La Cour d'appel fédérale avait mis en

une discussion de fond sur cette délicate notion. Il fallait alors déterminer, rappelons-le, si le Commissaire ou sa déléguée pouvaient proroger le délai de l'enquête après les 90 jours prévus à cette fin à l'article 50(5) de la *Personal Information Protection Act*[177]. Au sens de la formule retenue dans *Dunsmuir*[178], ne pouvait-on pas alléguer qu'il s'agissait d'un cas où il fallait alors déterminer si les pouvoirs dont le législateur avait investi le décideur l'autorisaient à trancher la question ? Notons que cette approche classique des questions de compétence avait été retenue par le juge de première instance[179].

53. Soulignant d'abord que « [L]a consigne voulant que la catégorie des véritables questions de compétence appelle une interprétation restrictive revêt une importance particulière lorsque le tribunal administratif interprète sa loi constitutive »[180], le juge Rothstein précisait, à juste titre selon nous, qu'en « un sens tout acte du tribunal qui requiert l'interprétation de sa loi constitutive soulève la question du pouvoir ou de la compétence du tribunal d'accomplir cet acte »[181]. Ajoutant, sans explication, que « depuis *Dunsmuir*, la Cour s'est écartée de cette définition de la compétence », le juge poussa alors sa réflexion d'un cran. « [L]e temps est peut-être venu, écrit-il, *de se demander si, aux fins du contrôle judiciaire, la catégorie des véritables questions de compétence existe et si elle est nécessaire pour arrêter la norme de contrôle* »[182]. Le seul fait de poser cette question fondamentale – et ce, notons-le, malgré l'absence de plaidoirie sur ce point devant la Cour[183] – révèle on ne peut plus clairement la ferme volonté de plusieurs juges de la Cour suprême de marquer leur réelle distance à l'égard de ce qui aurait pu être perçu comme un retour de la théorie des questions de compétence.

54. Tel que souligné précédemment, le juge Rothstein va plutôt proposer une toute autre façon d'appréhender la probléma-

---

doute cette qualification, mais elle était convaincue que celle-ci n'avait pas d'influence sur le résultat (par. 13). La Cour suprême a adopté la même approche, tout en exprimant, à la fin de sa décision, les mêmes doutes quant à l'application de la norme de la décision correcte (par. 33-34).

177. *Supra*, note 55.
178. *Supra*, note 2, par. 59.
179. Supra, note 55, par. 11.
180. *ATA*, *supra*, note 55, par. 34.
181. *Ibid.*
182. *Ibid*. Nos italiques.
183. Cet aspect est expressément souligné par le juge Rothstein, par. 34.

tique de ces « véritables questions de compétence » en mettant de l'avant la reconnaissance, en principe, d'une présomption selon laquelle l'interprétation par un décideur de sa loi constitutive ou d'une loi connexe « est une question d'interprétation législative commandant la déférence en cas de contrôle judiciaire »[184]. Cette « *présomption d'assujettissement* à la norme de la décision raisonnable » n'est pas irréfragable et le juge Rothstein précise bien qu'il revient à la partie qui prétend soulever une question de compétence d'en établir les raisons[185]. Mais, de façon concrète, six juges de la Cour suprême prennent le soin de préciser qu'il « convient d'indiquer aux tribunaux et aux plaideurs que, pour l'heure, les questions touchant véritablement à la compétence sont exceptionnelles » et qu'éventuellement, la Cour devra déterminer si cette catégorie « est effectivement utile ou nécessaire »[186].

55. Le débat, on le constate, n'est pas clos. On ne peut cependant s'empêcher de souligner qu'en dépit de son caractère théorique, vu l'absence de représentations sur cette question, seul le juge Cromwell, dans le cadre d'une opinion étoffée, s'est vigoureusement opposé à l'approche mise de l'avant par ses six autres collègues ; critiquant à la fois le caractère « exceptionnel » attribué aux questions de compétence, ainsi que la présomption développée par le juge Rothstein[187]. L'analyse du juge Rothstein n'est certainement pas définitive, mais sa teneur, son avant-gardisme si on peut dire, et l'appui qu'elle a obtenu de la part d'une majorité de juges dans l'arrêt *ATA* commandent, à notre avis, une réserve similaire de la part des tribunaux judiciaires inférieurs face à des situations où la théorie des questions de compétence est invoquée.

---

184. *Ibid*.
185. *Ibid*., par. 39-40. Nos italiques.
186. *Ibid*., par. 42.
187. *Ibid*., par. 99. Le juge Binnie, appuyé de la juge Deschamps, reconnaît, avec leur collègue Cromwell, « que la notion de compétence est fondamentale dans le contrôle judiciaire des décisions des tribunaux administratifs et, plus généralement, pour la primauté du droit. » Le juge Binnie rappelle qu'il revient aux cours de justice, et non aux tribunaux administratifs, de déterminer la portée de leurs mandats (par. 79). Toutefois, le juge soulève les limites, au quotidien, de la notion de la « question touchant véritablement à la compétence » et « *se range à l'avis du juge Rothstein quant à la nécessité d'en finir avec cette catégorie de questions* », à une exception près. Il se réfère alors à la situation précise où des dispositions législatives prévoient la « survie » des questions de compétence, comme c'est le cas à l'art. 18.1(4) a de la *Loi sur les cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (par. 88, nos italiques).

6. *La fin confirmée de la catégorie des « questions préliminaires »*

56. Dans la même veine, soulignons que la Cour a confirmé, dans l'arrêt *Halifax*[188], que la notion de « question préliminaire », qui était une des composantes de la théorie des questions de compétence, « a depuis longtemps été abandonnée »[189]. Certes, depuis le milieu des années quatre-vingt, cette notion avait été graduellement dissociée du contentieux administratif[190], mais, dans l'affaire *Halifax*, la Cour, dans un jugement unanime, signale son abandon tout en écartant expressément un précédent fort connu, l'arrêt *Bell* c. *Ontario (Human Rights Commission)*[191], qui avait conclu, en 1971, à son application[192]. Si ceci était encore requis, l'arrêt *Halifax* illustre clairement l'orientation restrictive que la Cour suprême entend accorder à la théorie des questions de compétence. Au même titre, et toujours dans *Halifax*, la Cour se distance considérablement de l'approche interventionniste adoptée à l'époque dans *Bell* qui consistait à contrôler judiciairement une décision avant l'achèvement même du processus administratif ou pour un motif qui n'avait pas encore été examiné par le tribunal administratif[193]. Pour la Cour, « même si une telle intervention peut parfois être indiquée, la retenue se justifie sur les plans pratique et théorique puisque, ajoute le juge Cromwell, « une intervention judiciaire hâtive risque de priver le tribunal de révision d'un dossier complet sur la question en litige » et d'ouvrir inopinément à ce stade la porte à la norme de la décision correcte alors qu'en présence de la décision sur le fond, la norme de la raisonnabilité se serait appliquée[194]. Tout en n'exprimant pas une règle absolue, cette prise de position de la Cour indique une orientation privilégiant, lorsque requise, une intervention judiciaire à la fin d'un processus, soit au stade de la décision sur le fond, plutôt qu'à l'égard de décisions intérimaires survenant en cours de cheminement de dossier[195].

---

188. *Supra*, note 129.
189. *Ibid*., par. 34.
190. Lire à ce sujet *Blanchard* c. *Control Data Canada ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, 490-491 et *Bibeault*, *supra*, note 14, par. 119.
191. [1971] R.C.S. 756
192. Pour un rappel des faits de l'arrêt *Bell* de 1971, lire *Halifax*, *supra*, note 129, par. 28.
193. *Ibid*., par. 35.
194. *Ibid*., par. 36.
195. Soulignons que telle est la position adoptée, en règle générale, par les tribunaux québécois depuis la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Cegep de Valleyfield* c. *Cashman*, [1984] C.A. 633. Voir, entre autres, *Regroupement des ressour-*

57. Cette revue de l'après-*Dunsmuir* confirme un élément important : en droit administratif, la redéfinition d'un processus d'analyse ne se limite pas à de seules considérations méthodologiques. Au contraire, la démarche développée par les juges majoritaires dans *Dunsmuir* a eu, au cours des cinq dernières années, une influence marquante sur les résultats mêmes du contrôle judiciaire. Certains critères de l'ancienne analyse pragmatique et fonctionnelle, nettement compatibles avec un interventionnisme judiciaire avéré, ont été relativisés, voire même écartés, avec la nouvelle méthode. Certes, la jurisprudence *post-Dunsmuir* n'est pas sans faille et il est arrivé que la Cour suprême soit plus ou moins en marge des principes qu'elle a énoncés il y a cinq ans. Ceci, dirons-nous, est inévitable dans l'exercice d'une matière aussi discrétionnaire que le contrôle judiciaire. Néanmoins, nous sommes d'avis qu'un regard d'ensemble de ce premier volet de l'après-*Dunsmuir* permet de dégager un bilan globalement positif, et encore prometteur, de cette volonté de la Cour suprême de « repenser [...] la démarche analytique qui préside à la détermination de la norme applicable » et ce, dans une perspective générale de « politique de retenue »[196].

II. La norme de la raisonnabilité en mode « contextuel », un nouveau monde qui s'ouvre...

A. Portée et évolution d'un élément d'interprétation et d'application incontournable : le contexte

58. L'arrêt *Dunsmuir* n'avait pas pour seul objectif de façonner une nouvelle méthode de détermination de la norme de contrôle. La Cour suprême a également profité de cette décision de principe pour énoncer des repères, des indices de fond relativement à l'exercice même du contrôle judiciaire. À ce titre, et pour la première fois, les juges LeBel et Bastarache ont précisé quels sont les « attributs de la raisonnablité » :

---

ces résidentielles adultes du Québec (RESSAQ-CSD) c. *Centre de santé et de services sociaux de Charlevoix*, 2010 QCCA 1920 ; *Centre universitaire de santé McGill (CUSM)* c. *Association des résidents de McGill (ARM)*, 2010 QCCA 385. Certaines décisions ont écarté cette politique judiciaire pour des raisons exceptionnelles (*Gazette (The), une division de Canwest Mediaworks Publications Inc.* c. *Wilson*, 2008 QCCA 1802). À la lumière de la position de principe adoptée dans *Halifax*, il paraît certain que ces cas devraient être isolés.

196. *Dunsmuir*, *supra*, note 2, par. 34 et *Doré*, *supra*, note 125, par. 30.

> Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.[197]

59. La connaissance de ces éléments, aussi précieuse soit-elle, n'est toutefois pas suffisante pour déterminer ce qui est raisonnable. Une clé est indispensable afin de saisir comment ces éléments de justification et de processus[198] seront soupesés par les tribunaux supérieurs. Cette clé, ce véritable sésame, est exprimée dans *Dunsmuir* en une phrase aussi succincte que large : « *L'interprétation du droit est toujours contextuelle* »[199]. Cette « contextualisation » du droit n'est pas, comme nous le verrons, qu'une simple référence à la toile de fond permettant de comprendre la trame factuelle ou juridique dans laquelle s'inscrit un litige. Au contraire, l'analyse contextuelle participe à la définition même du droit et est appelée à jouer un rôle important dans l'évaluation de la raisonnabilité d'une décision. L'arrêt *Dunsmuir* en est d'ailleurs une illustration parfaite. Dans le cadre de la sentence rendue sur la question préalable, l'arbitre avait conclu, en interprétant et appliquant des dispositions de sa loi constitutive, qu'il avait compétence pour déterminer si l'employé concerné avait été congédié pour motif et, si nécessaire, substituer au congédiement imposé une sanction moindre[200]. La lecture des dispositions pertinentes permettait, à notre avis, une telle conclusion[201] ; du moins, celle-ci aurait pu raisonnablement être considérée comme une « issue possible acceptable pouvant se justifier au regard des faits et du droit »[202].

---

197. *Supra*, note 2, par. 47.
198. *Ibid*.
199. *Ibid*., par. 74. Nos italiques.
200. *Ibid*., par. 11-12.
201. La conclusion de l'arbitre Stevenson s'appuie essentiellement sur une lecture combinée des articles 97(2.1) et 100.1(2) de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, et de l'article 20 de la *Loi sur la fonction publique*, *supra*, note 7.Cette dernière disposition, qui prévoit l'application des règles contractuelles en matière de cessation d'emploi, est assujettie à la condition liminaire suivante : « *Sous réserve* de la présente loi ou *de toute autre loi*, [...] » (nos italiques). L'arbitre a ainsi conclu que le pouvoir qui lui était accordé, par renvoi, à l'article 97(2.1) de décider qu'un employé avait été congédié pour motif pouvait trouver application dans le dossier à l'étude puisque cette disposition spécifique permettait d'écarter, via l'exception liminaire prévue à l'article 20, les règles contractuelles (*supra*, note 7, par. 39-40).
202. *Dunsmuir*, *supra*, note 2, par. 47.

60. Les juges LeBel et Bastarache ont toutefois estimé que la conclusion de l'arbitre était déraisonnable en soulignant, d'entrée de jeu, la règle de l'interprétation contextuelle mentionnée précédemment et, en corollaire, le fait qu'une « disposition ne s'applique pas en vase clos »[203]. Appliquée à la question en litige, l'analyse contextuelle a pris la forme d'une juxtaposition, aux dispositions législatives pertinentes auxquelles l'arbitre avait eu recours, du « *contexte juridique dans lequel il* [l'arbitre] *lui fallait appliquer* » ces textes[204]. En l'espèce, selon les juges, ce « contexte » impliquait que l'arbitre devait tenir compte du fait que le lien d'emploi du salarié relevait du droit privé[205]. Ainsi, en dépit des dispositions législatives spécifiques régissant le recours du salarié, la Cour estima que la sentence sur la question préalable était déraisonnable « eu égard au texte de la loi *et au contexte plus large des relations de travail dans lequel elle s'insérait* »[206].

61. Le spectre d'analyse de la raisonnabilité de la décision arbitrale a donc transcendé les textes législatifs immédiatement applicables afin d'y intégrer, plus globalement, les règles du système juridique dans lequel le contrat d'emploi se situait. Et c'est largement parce que l'arbitre aurait fait abstraction, selon la Cour, de ce contexte juridique d'ensemble qu'elle a décidé que la sentence « ne fait pas partie des issues acceptables au regard des faits et du droit »[207].

62. Le rôle joué par le « contexte » dans *Dunsmuir* s'est donc avéré déterminant. Ainsi, lorsque le juge Binnie indiqua dans l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration)* c. *Khosa,* une année plus tard, que « [L]a raisonnabilité constitue une norme unique qui s'adapte au contexte »[208], le message de la Cour suprême deve-

---

203. *Ibid*., par. 74.
204. *Ibid*. Nos italiques.
205. *Ibid.*
206. *Ibid*., par. 76.
207. *Ibid*., par. 74. Pour un autre exemple, lire le récent arrêt *Irving* où les juges dissidents ont accordé une importance déterminante au contexte de l'affaire qu'ils ont défini comme reposant « en grande partie sur l'abondante jurisprudence arbitrale portant sur l'exercice unilatéral des droits de la direction découlant d'une convention collective dans l'intérêt de la sécurité du lieu de travail » (*supra*, note 164, par. 75). C'est en effet après avoir effectué une étude exhaustive de la jurisprudence arbitrale portant sur la problématique des tests de dépistage d'alcool en milieu de travail, syndiqué et non-syndiqué, que les juges dissidents ont conclu que le conseil arbitral avait rendu une décision déraisonnable puisque, selon eux, il « a fait pencher la balance et a rompu le juste équilibre établi dans la jurisprudence arbitrale » (par. 57, 80 et 109-110).
208. [2009] 1 R.C.S. 339, par. 59, ci-après *Khosa*.

nait clair : l'évaluation de la raisonnabilité d'une décision devait tenir compte du « contexte », elle devait s'y « adapter ». D'une façon plus imagée, la version anglaise du même extrait affirme que la raisonnabilité « *takes its colour from the context* »[209].

63. Afin de comprendre le rôle que joue cette notion de « contexte » dans l'évaluation du caractère raisonnable d'une décision d'un tribunal ou organisme administratif, un tour d'horizon de certains arrêts où la Cour suprême y a fait état de façon expresse semble pertinent. Revenons d'abord sur l'arrêt *Khosa*. Suite à une déclaration de culpabilité pour négligence criminelle, Khosa, un résident permanent, a fait l'objet d'une ordonnance de renvoi du pays. Il a exercé un recours auprès de la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié[210] afin d'obtenir le droit de demeurer au Canada. Conformément au pouvoir qui lui était confié par la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*[211], les membres majoritaires de la SAI n'ont pas cru à l'existence de « motifs d'ordre humanitaire justifiant, vu les autres circonstances de l'affaire, la prise de mesures spéciales » contre la mesure de renvoi »[212]. La demande de Khosa a donc été rejetée. Dans le cadre de l'examen de cette décision de la SAI, le juge Binnie, au nom de la majorité de la Cour, tiendra compte, du « contexte » dans lequel ce litige s'insérait – soit principalement la nature de l'audience devant la SAI[213] – et du caractère discrétionnaire conféré à ce tribunal par la loi pertinente[214]. Dans la foulée, et en insistant à la fois sur la qualité des motifs de la décision[215] et sur la déférence applicable à l'égard de l'évaluation de la preuve effectuée par le tribunal administratif[216], la majorité, dans le cadre d'une analyse brève et générale, estima que la décision de la SAI était raisonnable.

64. En comparaison, la lecture de la dissidence du juge Fish nous paraît fort instructive. En reprenant en détail d'importants pans de la preuve faite devant la SAI[217] avant de conclure à la déraisonnabilité de la décision, le juge Fish procéda à une prise en

209. *Ibid*.
210. Ci-après désignée par l'acronyme SAI.
211. L.C. 2001, ch. 27.
212. *Khosa*, *supra*, note 208, par. 2.
213. *Ibid*., par. 67.
214. *Ibid*., par. 60.
215. *Ibid*., par. 64-65.
216. *Ibid*., par. 66.
217. *Ibid*., par. 146-157.

compte élargie et approfondie du contexte ; l'amenant jusqu'à procéder à une revue détaillée des témoignages et des preuves soumises en première instance. D'évidence, la profondeur attribuée au « champ contextuel » joue, on le constate, un rôle majeur sur le plan de l'analyse de la raisonnabilité.

65. Une approche similaire à celle empruntée par la majorité dans *Khosa* a été adoptée dans l'affaire *Nor-Man*. Cette fois, la Cour suprême devait se pencher sur une sentence arbitrale qui avait appliqué la préclusion au soutien de la décision de rejeter un grief[218]. Dans un jugement unanime, la Cour analysa la sentence à travers le prisme du large mandat octroyé par la loi aux arbitres et à leur « rôle particulier de promotion de la paix dans les relations industrielles »[219]. Cet arrêt est intéressant car, en dépit des faiblesses en droit de la sentence arbitrale[220], la Cour suprême a véritablement « adapté » la norme de la raisonnabilité en tenant compte du contexte régissant l'organisation des rapports collectifs du travail au Canada et de la place spécifique de l'arbitrage de griefs en son sein[221]. Cet arrimage « contexte/mandat du tribunal », appréhendé dans une perspective large où l'ensemble d'un système juridique a été pris en considération, correspond sûrement à l'acception la plus attendue de cette notion du fait qu'elle permet de situer la décision attaquée dans son cadre d'intervention.

66. Dans l'affaire *Montréal (Ville)* c. *Administration portuaire de Montréal*, la validité de décisions prises par deux sociétés d'État fédérales concernant le mode de calcul des paiements devant être faits en remplacement d'impôts fonciers était en

---

218. *Supra*, note 5, par. 1-2.
219. *Ibid*., par. 47.
220. Dans sa sentence, le syndicat reprochait à l'arbitre de ne pas avoir appliqué correctement le test de la préclusion promissoire établi par la Cour suprême dans l'arrêt *Maracle* c. *Travellers Indemnity Co. of Canada*, [1991] 2 R.C.S. 50. Le juge Fish indique que la question n'est pas de savoir si l'arbitre a appliqué cet arrêt « à la lettre », reconnaissant de façon implicite que ceci était le cas en l'espèce, mais d'évaluer si l'arbitre « a adapté et appliqué la doctrine d'*equity* que constitue la préclusion d'une manière raisonnablement conforme aux buts et objectifs de la Loi, aux principes des relations du travail, à la nature du processus de négociation collective et au fondement factuel du grief de Mme Plaisier » (*supra*, note 5, par. 59-60). Sur cet arrêt, lire notre commentaire récent : « L'arbitrage de grief et le développement de la spécificité du droit du travail : une contribution reconnue », dans Dominic ROUX (dir.), *Autonomie collective en droit du travail : perspectives nationales et internationales – Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Verge*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2013.
221. *Nor-Man*, *supra*, note 5, par. 45-51.

litige. En s'appuyant sur des textes législatifs et réglementaires leur octroyant la faculté de déterminer le taux d'imposition pertinent pour leurs propriétés situées sur le territoire de la Ville de Montréal, les sociétés d'État avaient retenu un taux vivement contesté par les autorités municipales[222].

67. L'importance du caractère discrétionnaire des pouvoirs confiés aux sociétés d'État a été reconnue par la Cour suprême, tout comme le fait que les décisions contestées rencontraient les attributs de raisonnabilité que sont la transparence et l'intelligibilité[223]. Malgré tout, la Cour estima que l'interprétation conférée par ces sociétés d'État à leurs pouvoirs était déraisonnable[224]. Au soutien de cette conclusion, le juge LeBel a pris en considération l'organisation du système fiscal concerné, l'objectif des dispositions législatives et réglementaires en cause[225], l'historique du régime de paiements de remplacement de taxes[226] et la documentation parlementaire relative à la question des paiements effectués par le gouvernement fédéral en remplacement de l'impôt foncier[227]. Le contexte, on le constate, a largement contribué à la conclusion de la Cour selon laquelle « [l']exercice de la discrétion [...] entraînait un résultat déraisonnable »[228].

68. Une approche similaire se retrouve à la lecture de l'arrêt *CCDP* où l'interprétation du Tribunal canadien des droits de la personne à propos de son pouvoir d'adjuger des dépens dans un dossier a été jugée déraisonnable[229]. Ici encore, la référence au « contexte global » a joué un rôle significatif dans la conclusion de la Cour suprême et ce, non seulement sur le plan quantitatif de l'analyse des juges LeBel et Rothstein[230], mais également qualitatif. À nouveau, l'historique législatif[231], l'opinion de la Commission quant à son propre pouvoir d'accorder des dépens[232] et une comparaison avec des dispositions comparables de certaines pro-

222. [2010] 1 R.C.S. 427, ci-après *Ville de Montréal*.
223. *Ibid*., par. 39.
224. *Ibid*., par. 40, 47.
225. *Ibid*., par. 42-43.
226. *Ibid*., par. 44.
227. *Ibid*., par. 45.
228. *Ibid*., par. 47.
229. *Supra*, note 34, par. 32.
230. *Ibid*., par. 18-30.
231. *Ibid*., par. 43-52.
232. *Ibid*., par. 53-56.

vinces canadiennes[233] ont largement contribué à la conclusion de la Cour suprême.

69. Le « contexte » est donc protéiforme. Il tient compte à la fois de la nature de la décision attaquée, du cadre juridique, législatif, historique dans laquelle elle s'intègre, du mandat du tribunal et de son objet, et ce, que celui-ci soit spécifique ou général. Récemment, la Cour suprême a indiqué, dans les formules larges et généreuses qu'elle affectionne tout particulièrement en droit administratif, quel est « l'objet de ce contexte » permettant d'apprécier le caractère raisonnable d'une décision d'un tribunal administratif.

70. Première décision à ce sujet, l'affaire *Catalyst Paper Corp.* c. *North Cowichan (District)*[234]. Il s'agissait d'un dossier de contestation d'un règlement municipal de taxation foncière. La Cour était appelée à décider « quels facteurs le tribunal de révision doit prendre en compte pour déterminer quelles sont les issues possibles raisonnables » dont elle avait fait état dans *Dunsmuir*[235]. Encore plus que dans toute autre décision antérieure, l'étendue même de l'analyse contextuelle se trouvait donc en cause dans *Catalyst*. Celle-ci devait-elle être restreinte à quelques facteurs objectifs et techniques ou pouvait-elle considérer un « éventail plus large de facteurs sociaux, économiques et politiques [...] »[236] ?

71. Pour la juge en chef, « [L]a réponse réside dans le fait que *Dunsmuir* reconnaît que le caractère raisonnable de la décision s'apprécie *dans le contexte du type particulier de processus décisionnel en cause et de l'ensemble des facteurs pertinents*. » À son avis, la « question fondamentale est de savoir *quelle est la portée du pouvoir décisionnel que la loi a conféré au décideur. La portée du pouvoir décisionnel d'un organisme est déterminée par le type de situation en question* »[237]. Quelques paragraphes plus loin, la juge McLachlin ajoute que « [...] *Dunsmuir* affirme que la norme de la décision raisonnable est une norme de déférence souple qui varie selon le contexte et la nature de la mesure administrative contestée »[238].

---

233. *Ibid*., par. 57-60.
234. [2012] 1 R.C.S. 5, ci-après *Catalyst*.
235. *Ibid.*, par. 17.
236. *Ibid.*
237. *Ibid*., par. 18.
238. *Ibid*., par. 23.

72. Une série d'éléments importants peuvent être dégagés de ces extraits de *Catalyst*. D'une part, la Cour y indique que le « contexte » d'une décision et la nature de celle-ci ne forment pas qu'un seul critère. Ces éléments constituent plutôt deux pôles distincts de l'examen de la raisonnabilité d'une décision. Une démarche par étapes paraît donc requise afin de dégager le cadre général permettant d'appliquer la norme de la raisonnabilité. La première étape consiste à qualifier la « nature de la mesure administrative contestée » ou ce que la Cour désigne comme le « type de situation en question »[239]. La fin d'emploi imposée à un fonctionnaire provincial[240], le renvoi du pays d'un résident permanent[241], la détermination d'un taux de taxation[242], l'interprétation d'une convention collective[243] ou l'adoption d'un règlement municipal[244] constituent autant d'exemples, tirés de la jurisprudence examinée précédemment, de « types de situations » (ou, de « type particulier de décision » comme le précise la juge Abella dans l'arrêt *Halifax*)[245] dont il faut d'abord tenir compte.

73. La seconde étape de la démarche, soit celle de la détermination des éléments constitutifs du « contexte », semble plus délicate. Dans *Catalyst*, la Cour précise que « la question fondamentale est de savoir quelle est la *portée du pouvoir décisionnel que la loi a conféré au décideur* »[246]. Sous cet angle, le « contexte » n'a rien de factuel. Il est essentiellement juridique et fait appel à une prise en compte de l'étendue du pouvoir décisionnel attribué à un décideur. Deux mois après *Catalyst*, la juge Abella, dans l'arrêt *Halifax*, se référait pour sa part à la « *nature de la fonction* » exercée par le tribunal administratif comme l'un des « éléments contextuels importants dont il faut tenir compte pour appliquer la norme de la décision raisonnable »[247].

74. À notre avis, ce critère concernant la « portée du pouvoir décisionnel », qualifié de « fondamental » par la Cour, permet de mieux saisir, en rétrospective, le sens d'un très court extrait du jugement de la majorité dans l'arrêt *ATA*. Alors que le juge

239. *Ibid*., par. 18.
240. *Dunsmuir*, *supra*, note 2.
241. *Khosa*, *supra*, note 208.
242. *Ville de Montréal*, *supra*, note 221.
243. *Nor-Man*, *supra*, note 5.
244. *Catalyst*, *supra*, note 234.
245. *Supra*, note 128, par. 44.
246. *Catalyst*, *supra*, note 234, par. 18.
247. *Halifax*, *supra*, note 129, par. 14.

Rothstein critiquait l'opinion de son collègue Binnie concernant l'existence de « degrés variables de déférence »[248] et précisait que cette approche n'avait pas été retenue dans *Dunsmuir*, il ajoutait ceci :

> Une fois décidé que le contrôle doit s'effectuer selon la norme de la décision raisonnable, nulle autre démarche n'a lieu pour arrêter de degré d'intensité de l'examen. Le contrôle judiciaire ne s'intéresse qu'à la question en litige. *Le contrôle d'une interprétation législative diffère de celui d'un exercice du pouvoir discrétionnaire.* Il est toujours régi par le contexte de l'affaire.[249]

75. Précédant de quelques mois les arrêts *Catalyst* et *Halifax*, la majorité de la Cour indiquait d'une façon lapidaire dans *ATA* ce qu'elle précisera plus tard et qu'il importe de connaître : la référence à la nature de la fonction, à la portée du pouvoir décisionnel du tribunal qui a rendu la décision sous examen est déterminante lorsqu'il s'agit d'identifier le « contexte », devant être considéré puisque la Cour reconnaît que le contrôle judiciaire « diffère » selon qu'il s'agisse d'une interprétation législative du tribunal ou de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Aussi bref soit-il, ce commentaire du juge Rothstein dans *ATA* permet, tel un révélateur, de mieux comprendre la jurisprudence post-*Dunsmuir* relative à l'analyse de la raisonnabilité d'une décision. On remarque en effet que lorsqu'il s'agit d'évaluer l'interprétation législative effectuée par un tribunal administratif, la Cour suprême n'hésite pas à avoir recours à un contexte élargi, englobant à la fois des références à la dualité des sources de droit régissant la question[250], à l'historique législatif, à son évolution, etc. Ces divers éléments sont considérés par la Cour à travers une analyse qu'on pourrait qualifier de « serrée » ; d'un type que le juge Binnie n'hésite pas, du reste, à décrire comme « assez proche de celui propre à la norme de la décision correcte »[251]. Cette lecture, pouvant d'abord étonner, trouve assise lorsqu'on se réfère aux analyses fouillées qui ont été réalisées par la Cour dans le cadre des arrêts *Dunsmuir* et *CCDP* ; des dossiers, rappelons-le, d'interprétation législative. Dans ces deux affaires où la Cour a

---

248. *ATA*, *supra*, note 55, par. 85-87. Le juge Binnie avait d'abord fait des observations critiques de même nature dans son opinion séparée déposée dans *Dunsmuir*, *supra*, note 2, par. 135-141.
249. *ATA*, *supra*, note 55, par. 47. Nos italiques.
250. *Dunsmuir*, *supra*, note 2, par. 74-76 ; *Ville de Montréal*, *supra*, note 222, par 12-24, 35, 44-47.
251. *ATA*, *supra*, note 55, par. 85.

conclu à la déraisonnabilité des décisions attaquées, un même phénomène peut être observé : les « contextes » élargis qui ont été pris en considération par les juges ont eu pour effet de réduire, de façon concomitante et significative, le champ des « issues possibles acceptables » pouvant justifier la décision à l'étude[252].

76. En revanche, l'analyse du « contexte » retenue dans les dossiers examinant « l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire » est souvent plus circonscrite et insiste davantage sur les liens à faire entre le mandat du tribunal administratif et l'objet de la loi appliquée. De façon générale, cette démarche amène la Cour à se montrer plus ouverte à l'égard des solutions élaborées par les tribunaux administratifs[253] ; tout en rappelant que la marge de manœuvre reconnue aux titulaires de pouvoirs discrétionnaires n'est toutefois jamais absolue[254].

---

252. *Dunsmuir*, *supra*, note 2, par. 47. De façon étonnante, les juges dissidents, dans l'arrêt *Irving*, ont eu recours à une étude on ne peut plus minutieuse du « contexte » dans le cadre d'une décision d'un conseil arbitral en milieu de travail, et ce, tout en reconnaissant que la norme applicable était celle de la raisonnabilité. C'est par le biais de cette approche détaillée que les juges dissidents sont arrivés à la conclusion que le conseil avait commis des erreurs dans l'interprétation du seuil de preuve requis pour justifier une politique de tests aléatoires de dépistage d'alcool et avait tiré une inférence déraisonnable des faits en litige (*supra*, note 164, par. 63). Cette opinion confirme le principe dégagé selon lequel l'élargissement d'un contexte par un tribunal supérieur sera souvent synonyme d'un interventionnisme à l'égard de la décision attaquée.

253. *Nor-Man*, *supra*, note 5, par. 5-6, 45-51. Pour une illustration récente de cette approche, lire l'arrêt *Agraira*, *supra*, note 121. Même si la Cour suprême reconnaît d'abord qu'elle n'est pas « en mesure de déterminer de manière définitive le raisonnement qu'a effectivement tenu le ministre », le juge LeBel, s'inspirant de l'arrêt *ATA* (*supra*, note 55), accepte d'apprécier la raisonnabilité de « l'interprétation que le ministre *semble avoir donnée* de l'expression « intérêt national [...] » (par. 58, nos italiques). La Cour, après une analyse détaillée, conclut que l'interprétation *qu'elle dégage elle-même* du libellé de la disposition en cause, de son historique, de son objet et de son contexte « reste compatible avec l'expression « intérêt national » *que le ministre aurait pu donner à l'appui de sa décision relative à la demande de dispense de l'appelant* » (par. 88, mes italiques). Il est vraiment difficile de ne pas identifier dans cette démarche consacrant une interprétation qui n'a pas été donnée expressément par le ministre, mais développée implicitement par la Cour, une véritable démonstration du principe de déférence à l'égard d'une décision discrétionnaire.

254. *Ville de Montréal*, *supra*, note 222, par. 33. Dans le récent arrêt *Whatcott*, la Cour suprême estima que la décision du Tribunal des droits de la personne de la Saskatchewan était, relativement à deux des quatre tracts visés par les plaintes instituées en vertu de l'article 14(b) du *Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, ch. S-24.1, déraisonnable. Au soutien de cette conclusion, la Cour reprocha au Tribunal d'avoir commis une erreur en n'appliquant pas « le critère juridique approprié aux faits dont il disposait ». Ce « critère juridique » se dégageait des arrêts *Taylor* (*supra*, note 253) et *Saskatchewan (Human Rights Commission)* v. *Bell (c.o.b. Chop Shop Motorcycle Parts)*, 1994 CanLII 4699 (SK C.A.) (*supra*, note 40, par. 194). À l'égard de cette partie de la décision (par. 194-202), la Cour

77. En somme, même si la théorie des « degrés d'intensité » d'examen judiciaire discutée par le juge Binnie dans *Dunsmuir* et *ATA*[255] n'a pas été reprise par les autres membres de la Cour suprême, la reconnaissance, par le juge Rothstein, de l'existence d'une « différence contextuelle » selon la nature de la fonction exercée par le tribunal administratif pose sensiblement la même question et fait ressortir que l'analyse du « contexte » est largement tributaire du « type particulier de décision » qui est visée par le contrôle judiciaire. À ce titre, en dépit des principes énoncés par la Cour suprême dans *Dunsmuir*, l'interprétation d'une loi, même si celle-ci s'avère la loi constitutive d'un tribunal administratif, suscitera généralement de la part des tribunaux supérieurs, une attention minutieuse et toute particulière qu'entérinera une référence élargie au « contexte ». Cet aspect ne peut être ignoré.

B. Progrès et reculs dans la mise en œuvre de la norme de la raisonnabilité

78. Le « contexte », s'il est indéniablement important dans l'examen de la raisonnabilité d'une décision d'un tribunal administratif n'est cependant pas toujours invoqué, du moins expressément, dans le cadre des jugements récents de la Cour suprême. D'où la nécessité d'évaluer, dans ces autres arrêts, comment la nouvelle norme définie dans *Dunsmuir* a été appliquée. Nous avons déjà souligné l'avancée considérable qu'a permis *Dunsmuir* au chapitre de la définition, du moins théorique, de la notion de raisonnabilité[256]. Pourtant, près de quatre ans après cet effort louable de cerner cette notion juridique des plus usitées, mais également des plus complexes du droit[257], le juge Binnie, dans *ATA*, soulignait que « [L]a « raisonnabilité » est une notion générale

---

exprime son désaccord avec l'interprétation du Tribunal des droits de la personne quant à ce qu'aurait conclu, à son avis, « une personne raisonnable informée du contexte et des circonstances » lorsqu'elle aurait examiné deux des tracts distribués par M. Whatcott (par. 201). Cette intervention de la Cour à l'égard de l'appréciation, effectuée par un tribunal administratif spécialisé, d'un critère aussi général que celui de la « personne raisonnable » surprend. Elle confirme, d'une certaine façon, les remarques formulées par le juge Rothstein dans le même arrêt *Whatcott* à propos du fait qu'« une certaine subjectivité jouera dans l'application de toute norme ou de tout critère à une situation factuelle donnée. » (par. 33). Il ne reste qu'à espérer que cette inévitable subjectivité se tienne le plus loin possible du concept déjà fort discrétionnaire de la raisonnabilité...

255. *Supra*, note 248.

256. Pour un rappel de la définition des attributs de la raisonnabilité énoncés dans *Dunsmuir*, voir *supra*, par. 7.

257. *Dunsmuir*, *supra*, note 2, par. 46.

d'apparence trompeusement simple qui confère à la juridiction de révision le pouvoir discrétionnaire de choisir entre divers degrés d'examen [...] »[258]. Même si cette vision de « degrés de déférence », allant de « celui relativement intense à celui qui l'est moins »[259] a été réfutée par la majorité de la Cour[260], force est de reconnaître, et la section précédente l'illustre bien, que le concept de raisonnabilité, tel que défini par les juges LeBel et Bastarache, n'a rien perdu de son élasticité au moment de son application.

79. D'abord, notons-le, parce que la Cour contribue elle-même au caractère flou de cette notion. Dans l'arrêt *Ville de Montréal*, le juge LeBel, coauteur, on le sait, des notes majoritaires dans *Dunsmuir*, indiquera que « le concept de raisonnabilité s'entend d'abord de la transparence et de l'intelligibilité des motifs justifiant cette décision. *Mais il exprime aussi une exigence de qualité de ces motifs et des résultats du processus décisionnel* »[261]. Ainsi, y a-t-il lieu, afin d'évaluer la raisonnabilité d'une décision, de procéder à deux analyses distinctes, l'une portant sur les motifs de la décision, l'autre sur le résultat ? On peut facilement anticiper qu'une telle démarche à deux volets ne serait pas antinomique avec un contrôle judiciaire plus soutenu de la part de juges qui pourraient estimer que si les motifs du tribunal administratif sont raisonnables, le résultat final ne l'est toutefois pas puisque d'autres questions, d'autres arguments auraient dû être examinés et, nécessairement, auraient modifié la conclusion de ce tribunal.

---

258. *ATA*, *supra*, note 55, par. 87.
259. *Ibid*.
260. *Ibid*., par. 47.
261. *Supra*, note 222, par. 57. Nos italiques. Dans l'arrêt *Nolan* c. *Kerry*, *supra*, note 42, le juge LeBel, dissident en partie, précise ce qu'est une décision déraisonnable. « Une décision est qualifiée de déraisonnable, par exemple, si elle ne concilie pas avec les principes de « justification », de « transparence » et d'« intelligibilité » (*Dunsmuir*, par. 47) ou si une analyse raisonnée des faits et du droit sur lesquels repose la question en litige ne permet pas de justifier la conclusion du décideur. Le respect de la primauté du droit exige que le tribunal de révision ne confirme pas une décision administrative irrationnelle, arbitraire ou insoutenable. Sera considérée comme irrationnelle la décision dépourvue de fondement juridique à l'égard des questions essentielles de droit qu'elle soulève. » (par. 140 ; le juge Fish a souscrit à cette opinion). Le second volet de cet « exemple » donné par le juge LeBel nous paraît conférer à l'examen judiciaire une très large portée qui risquerait fort, si appliquée littéralement, de remettre en question « *l'attitude de déférence* » qui découle, selon le même juge, de *Dunsmuir* (par. 140, nos italiques).

80. Constatant probablement le potentiel de véritable dérive interventionniste d'une telle lecture, la Cour a réagi en établissant clairement, dans l'arrêt *Newfoundland and Labrador Nurses' Union* c. *Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*[262], que le seul motif de l'insuffisance des motifs ne permet pas de réviser une décision[263]. Au nom de la Cour, la juge Abella précisera que l'arrêt *Dunsmuir* propose plutôt « un exercice plus global » : « les motifs doivent être examinés en corrélation avec le résultat et ils doivent permettre de savoir si ce dernier fait partie des issues possibles »[264]. Du coup, ceci implique, et la juge Abella sera très claire sur ce point, qu'une cour judiciaire « ne doit pas substituer ses propres motifs à ceux de la décision sous examen mais peut toutefois, si elle le juge nécessaire, examiner le dossier pour apprécier le caractère raisonnable du résultat »[265].

81. Plus récemment, la Cour suprême a d'ailleurs renversé les jugements de deux cours d'appel qui chacune à leur manière, avaient nettement dépassé « l'exercice plus global » rappelé dans *Newfoundland.* Dans l'affaire *Canada (P.G.)* c. *Kane*[266], la Cour infirma un jugement de la Cour d'appel fédérale qui avait conclu que la décision du Tribunal de la dotation de la fonction publique était déraisonnable et devait être reprise par celui-ci à la lumière d'une série d'éléments qu'elle avait identifiés[267]. Selon la Cour suprême, la Cour d'appel fédérale a erré, entre autres, en tranchant le recours en révision à la lumière d'un argument qui n'avait pas été soulevé par l'employé devant le tribunal administratif[268] et en se livrant concrètement à sa propre évaluation du dossier

262. [2011] 3 R.C.S. 708, ci-après *Newfoundland*.
263. *Ibid*., par. 14.
264. *Ibid*.
265. *Ibid*., par. 15. Dans cet arrêt, la Cour appliqua, sans hésitation, ce principe et a infirmé le jugement de première instance qui avait estimé que des « motifs plus solides » auraient été requis pour étayer la conclusion de la sentence arbitrale : par. 8.
266. 2012 CSC 64, ci-après *Kane*.
267. *Kane* c. *Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 19, par. 81-82 et 88-89. Essentiellement, le juge Evans, pour la majorité, estima que le fait qu'un employeur fasse reposer l'exercice de son pouvoir discrétionnaire sur un fait inexact constitue à première vue une mesure déraisonnable qui est par conséquent susceptible de constituer un abus de pouvoir, si ce fait en question est important et pertinent. Le juge Stratas, dans sa dissidence étoffée, rappelle les principes applicables en matière de déférence à l'égard de décisions discrétionnaires et de l'appréciation de faits de la part d'un tribunal administratif : par. 103-109 et 121-135. Dans une large mesure, mais d'une façon plus concise, la Cour suprême reprend la même analyse que le juge Stratas.
268. *Kane*, *supra*, note 266, par. 8.

afin de déterminer quelle était la « principale raison » à l'origine de la décision contestée de l'employeur et ce, « alors que le Tribunal n'avait pas tiré de conclusion à cet égard »[269]. La Cour suprême estime, à juste titre selon nous, qu'il ne convenait pas que la Cour d'appel fédérale « *modifie de la sorte* la décision du Tribunal dans le cadre du contrôle judiciaire »[270].

82. La Cour suprême adopta une même position dans l'arrêt *Construction Labour Relations* c. *Driver Iron Inc*.[271]. Cette fois-ci, c'est la Cour d'appel de l'Alberta qui a été renversée. Cette dernière avait conclu au caractère déraisonnable d'une décision de l'Alberta Labour Relations Board parce que ce tribunal avait fait défaut d'examiner l'impact que pouvait avoir l'interprétation donnée alors à deux articles du *Labour Relations Code*[272] à l'égard d'une autre disposition de la même loi[273]. Devant la Cour d'appel, il avait été invoqué que, puisque l'application de ce dernier texte n'était pas en litige, le tribunal administratif ne pouvait être blâmé de ne pas avoir disposé de cette question. La Cour d'appel avait rejeté cet argument en précisant que les articles examinés par la commission albertaine des relations du travail « had to be considered in light of the whole statute », ceci incluant la disposition qui, selon elle, aurait dû faire l'objet d'une interprétation[274]. Dans un arrêt d'une rare brièveté, la Cour suprême a conclu à la raisonnabilité de la décision attaquée et rappela, en se référant à sa décision dans l'affaire *Newfoundland*, « que la Commission n'était pas tenue de traiter expressément de toutes les interprétations possibles de ces dispositions » et « qu'un tribunal administratif n'a pas l'obligation d'examiner et de commenter dans ses motifs

269. *Ibid*., par. 9.
270. *Ibid*.
271. 2012 CSC 65, ci-après *Driver Iron*.
272. R.S.A. 2000, ch. L-1.
273. En s'appuyant sur les articles 176b) et 178 du *Labour Relations Code*, l'Alberta Labour Relations Board avait conclu que Driver Iron et la section locale d'un syndicat n'étaient pas autorisées à négocier directement les conditions générales d'emploi des employés de Driver Iron et que seule la Construction Labour Relations Association avait le pouvoir de négocier au nom de Driver Iron. La Commission a également décidé que l'employeur était également lié par les dispositions des conventions collectives conclues avec les organisations patronales enregistrées. Dans sa décision, la Cour d'appel a retenu la position de l'employeur à l'effet que le tribunal administratif aurait dû également examiner l'article 176(2) de la loi : *Driver Iron Inc.* v. *International Association of Bridge, Structural Ornamental and Reinforcing Ironworkers, Local Union*, ABCA 55 (CanLII), par. 6 et 21-22.
274. *Ibid*., 22.

chaque argument soulevé par les parties »[275]. Il n'est pas remis en question, surtout lorsqu'on se réfère à l'énoncé de *Dunsmuir* décrivant les attributs de la raisonnabilité[276], qu'il est important pour un tribunal administratif de motiver adéquatement sa décision[277]. Cependant, il importe de tenir compte du contexte dans lequel les tribunaux administratifs évoluent et du fait, comme le souligne la Cour dans *Newfoundland* à propos des arbitres de griefs, que le processus mis en place par le législateur « serait paralysé si l'on exigeait des arbitres qu'ils répondent à tous les arguments ou modes possibles d'analyse »[278].

83. Quant à la question de l'appréciation de la raisonnabilité d'une décision, il est intéressant de noter que la Cour suprême a repris, dans *Driver Iron Inc.*, le même test que celui développé dans l'arrêt *Newfoundland*, soit celui de « l'évaluation globale » : « [L]a question que doit trancher le tribunal judiciaire siégeant en révision demeure celle de savoir si la décision attaquée, *considérée dans son ensemble*, à la lumière du dossier, est raisonnable »[279]. Certes, la possibilité qu'un « examen du dossier » soit effectuée par une cour « pour apprécier le caractère raisonnable du résultat »[280] n'est jamais exclue et une lecture attentive révèle d'ailleurs qu'une telle démarche a été adoptée, sans discussion, dans *Kane*[281]. Une approche similaire, du type examen approfondi, a été suivie de façon encore plus prononcée dans l'affaire *Access Copyright*[282]. À la lecture de l'opinion majoritaire prononcée par la juge Abella[283], il est difficile de déceler une quelconque préoccupa-

275. *Driver Iron*, *supra*, note 271, par. 3.
276. *Supra*, par. 7.
277. *ATA*, *supra*, note 55, par. 54.
278. *Newfoundland*, *supra*, note 262, par. 25. Plus récemment, la Cour suprême a infirmé à nouveau une Cour d'appel (Nouveau-Brunswick) qui, en errant sur la norme de contrôle judiciaire applicable, avait « substitué à la sentence son propre avis sur le bon cadre juridique ainsi que ses conclusions de fait. » (*Irving*, *supra*, note 164, par. 16).
279. *Supra*, note 271, par. 3. Nos italiques.
280. *Newfoundland*, *supra*, note 262, par. 15.
281. *Supra*, note 266, par. 7 et, plus particulièrement, aux par. 8 et 9.
282. *Supra*, note 69. Access Copyright représente les auteurs et les éditeurs d'œuvres littéraires et artistiques. Elle a demandé à la Commission du droit d'auteur d'homologuer un projet de tarif applicable lorsque des œuvres de son répertoire sont reproduites en vue d'une utilisation dans les écoles élémentaires et secondaires de chacune des provinces (sauf le Québec) et de chacun des territoires. La Commission du droit d'auteur a conclu que les copies tirées du propre chef de l'enseignant et que ce dernier donne à lire à ses élèves sont produites aux fins d'« étude privée ou de recherche », comme le permet l'article 29 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Or, elle a estimé que ces copies ne résultaient pas d'une utilisation équitable et étaient par conséquent assujetties au tarif.
283. La Cour est divisée 5-4 dans cet arrêt. Les motifs dissidents ont été rédigés par le juge Rothstein.

tion de déférence envers la décision de la Commission du droit d'auteur et ce, malgré l'application de la norme de la raisonnabilité[284]. Les juges dissidents n'ont d'ailleurs pas manqué de critiquer ouvertement l'analyse de la majorité en soulignant, qu'un « examen véritablement déférent exige de la cour de révision qu'elle se garde de s'engager par inadvertance dans un contrôle plus approfondi fondé sur la norme de la décision correcte »[285].

84. Au-delà de ces hésitations, il importe néanmoins de retenir que « l'examen » judiciaire ne devrait pas, en principe, autoriser une ou l'autre des parties ou les juges des cours supérieures à redéfinir le litige en fonction d'arguments que le tribunal n'a pas estimé nécessaire de trancher dans sa décision parce qu'il ne la tenait pas pour litigieuse[286] ou qui n'avaient pas été invoqués devant lui lors de l'audience. Sur ce dernier aspect, la Cour suprême, dans *ATA*, rappelle le principe selon lequel les cours supérieures devraient exercer leur pouvoir discrétionnaire et ne pas se saisir d'une question soulevée pour la première fois dans le cadre du contrôle judiciaire[287]. Ceci, ajoute le juge Rothstein, « vaut particulièrement lorsque la question [...] a trait au domaine d'expertise du tribunal administratif et à ses attributions spécialisées »[288]. « Les parties, ajoute le juge, ne sauraient, en omettant de soulever une question et en induisant ainsi le tribunal administratif en erreur quant à la nécessité de motiver sa décision, écarter la déférence due au tribunal administratif »[289]. L'extrait de l'auteur David Dyzenhaus, repris dans *Dunsmuir*, à l'effet que la retenue judiciaire exige « une attention respectueuse aux

---

284. En fait, la juge Abella ne fait allusion à la norme applicable qu'à l'avant-dernier paragraphe de son opinion et conclut, sans se référer à aucun des éléments de la raisonnabilité définis dans *Dunsmuir*, que la décision de la Commission du droit d'auteur est déraisonnable : *supra*, note 68, par. 37. La lecture de l'opinion de la majorité révèle à la fois une revue étendue de certains éléments de la preuve (par. 23-25, 28-34 et 36) et des critères applicables pour déterminer, en droit, si des copies sont produites aux fins d'« étude privée ou de recherche » (par. 12-22).
285. *Ibid.*, par. 40. À ce sujet, le rédacteur de ces notes dissidentes, le juge Rothstein, parle en connaissance de cause puisque, tel que mentionné précédemment (*supra*, par. 29-37), il est l'auteur du jugement majoritaire prononcé le même jour dans l'arrêt *Rogers*, dans lequel il a appliqué, non sans étonnement, la norme de la décision correcte. Revirement notable s'il en est un, la juge Abella préconisait alors avec vigueur, dans *Rogers*, que c'était la norme de la raisonnabilité qui aurait dû être adoptée par la Cour ; parlant d'un danger de retour à de l'« interventionnisme indu » et indiquant que la décision de ses collègues représentait « un recul jurisprudentiel anormal » (*supra*, note 68, par. 87 et 88).
286. *ATA*, *supra*, note 55, par. 53.
287. *Ibid*., par. 22-23.
288. *Ibid*., par. 25.
289. *Ibid*., par. 54.

motifs donnés *ou qui pourraient être donnés à l'appui d'une décision* »[290] – formule large qui, appliquée de façon littérale, pourrait servir d'assise à des tribunaux supérieurs interventionnistes – a été fortement relativisé par le juge Rothstein dans *ATA*. Ce dernier a précisé, en entérinant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, que cet énoncé doctrinal « ne confère pas à la cour de justice le « pouvoir absolu de reformuler la décision en substituant à l'analyse qu'elle juge déraisonnable sa propre justification du résultat »[291].

Conclusion

85. L'arrêt *Dunsmuir* a cinq ans. Des observateurs seraient peut-être tentés de dire que cette décision n'a pas dissipé toutes les zones d'ombre caractérisant le contrôle judiciaire des décisions des tribunaux administratifs. Ils n'auraient certainement pas tort. Néanmoins, on conviendra facilement que l'opinion des juges LeBel et Bastarache a insufflé beaucoup d'air frais dans un domaine du droit administratif qui en avait grandement besoin en 2008. Le dernier jugement de principe prononcé en la matière, l'arrêt *Pushpanathan*[292], datait d'une décennie et la partie de cette décision traitant des principes applicables en contrôle judiciaire avait réussi à ajouter quelques couches de complexité, comme si la chose était possible, à un domaine du droit déjà opaque[293]. La norme de contrôle judiciaire ne représentait plus le

---

290. *Dunsmuir*, *supra*, note 2, par. 48
291. *ATA*, *supra*, note 55, par. 54. Le juge Rothstein cite alors l'extrait d'une décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, *Petro-Canada* c. *British Columbia Worker's Compensation Board*, 2009 BCAC 396, par. 53 et 56. Toutefois, il est fort intéressant d'examiner comment la Cour suprême a eu recours à cette possible analyse de motifs implicites d'un décideur dans le récent arrêt *Agraira*, *supra*, note 121, par. 57-88. Manifestement, en dépit des réserves du juge Rothstein formulées dans *ATA*, cette possibilité pour un tribunal de révision de considérer « des motifs qui pourraient être donnés » (*Agraira*, par. 58) » constitue une ouverture dont la portée est encore difficile à déterminer, mais dont l'évolution devra être examinée attentivement.
292. *Supra*, note 54.
293. Sans qu'on puisse y déceler un exercice planifié, il est intéressant de noter que la Cour suprême, depuis une quarantaine d'années, prononce plus ou moins à chaque dix ans, un arrêt de principe, de politique judiciaire en matière de contrôle des décisions d'organismes administratifs : en 1970 : *Metropolitan Life Insurance Co.* c. *International Union of Operating Engineers*, [1970] R.C.S. 425 ; en 1979, *S.C.F.P.* c. *Société des Alcools du N.-B.*, [1979] 2 R.C.S. 227 ; en fin d'année 1988, *U.E.S., Local 298* c. *Bibeault*, *supra*, note 14 ; en 1998, *Pushpanathan, supra*, note 53 et en mars 2008, *Dunsmuir*, *supra*, note 2. Il est facile de constater que l'absence de toute déférence manifestée en 1970 a laissé place, au fil des décennies suivantes, à un raffinement juridique de l'approche judiciaire

moyen mis de l'avant par la Cour suprême pour évaluer la légalité des décisions des tribunaux administratifs, mais devenait l'objet même des litiges. Le temps était donc venu que la Cour suprême assume les responsabilités qui sont les siennes en cette matière où elle façonne le droit et ce, afin de recentrer les débats autour des véritables enjeux découlant du contrôle judiciaire.

86. Au lendemain du dépôt de *Dunsmuir*, il était difficile d'évaluer si ce pari serait atteint. Les neuf juges, en effet, n'avaient pas été capables de s'entendre autour d'une seule opinion et les orientations adoptées par les trois groupes indiquaient de réelles discordances quant à l'objet même du contrôle judiciaire[294]. Probablement en raison de l'approche « pédagogique » sous-jacente à l'opinion des juges LeBel et Bastarache et à la volonté de systématisation du droit applicable qui y est manifestée[295], cette dernière, et les nombreux repères y figurant, ont réussi à s'imposer au sein de la communauté juridique et des tribunaux inférieurs[296]. Plus spécifiquement, puisqu'elle était au centre de notre étude, la Cour suprême est demeurée fidèle, en règle générale, aux deux principaux axes pouvant être dégagés de *Dunsmuir*, soit à la méthode d'analyse (la démarche) simplifiée mise de l'avant dans cet arrêt ainsi qu'à une sensibilité accrue à

---

qui, sans être dépourvue d'écueils et d'hésitations, marque néanmoins un progrès considérable dans la façon d'appréhender cette problématique. À mi-chemin dans cette nouvelle décennie (2008-2018), il ne reste qu'à souhaiter que la Cour suprême ne dévie pas, au cours des prochaines années, de l'orientation générale développée dans *Dunsmuir*, mais qu'elle la consolide toujours plus.

294. Voir *supra*, par. 7-9 et notes 14, 16 et 22.

295. On ne peut exclure non plus que le fait que l'opinion des juges LeBel et Bastarache ait été appuyée par une majorité des juges de la Cour a sûrement contribué à conférer un poids certain à l'autorité se dégageant de cet arrêt.

296. Tel qu'indiqué précédemment, l'objet du présent texte se limitait à une rétrospective ciblée de la jurisprudence de la Cour suprême au cours des dernières années. Néanmoins, une revue rapide des décisions des différentes cours d'appel et cours supérieures du pays révèle que l'arrêt *Dunsmuir* constitue le point de départ obligé de toute analyse en matière de contrôle judiciaire. À titre d'illustration, voir les décisions suivantes de différentes cours d'appel canadiennes *Commission de protection du territoire agricole du Québec* c. *Sanctuaire de la Vallée-du-Richelieu*, 2013 QCCA 167 ; *Chartrand* c. *Coutu*, 2012 QCCA 2228 ; *A.M.* c. *Régie de l'assurance maladie du Québec*, 2012 QCCA 2068 ; *Syndicat des paramédics et du préhospitalier de la Montérégie – CSN* c. *Coopérative des techniciens ambulanciers de la Montérégie (CETAM)*, 2012 QCCA 2004 ; *Wawanesa Mutual Insurance Company* v. *Axa Insurance (Canada)*, 2012 ONCA 592 ; *Volochay* v. *College of Massage Therapists of Ontario*, 2012 ONCA 541 ; *Greater Essex County District School Board* v. *United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the United States and Canada, Local 552*, 2012 ONCA 482 ; *Sanford* c. *Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail*, 2012 NBCA 86.

l'application du principe de la déférence à l'égard des tribunaux administratifs. Certes, et ceci est inévitable en *common law*, les spécificités de chaque décision ultérieure à *Dunsmuir* ont introduit des nuances, certaines plus subtiles que d'autres, aux principes formulés dans cet arrêt. Cependant, force est de reconnaître que, sur le plan méthodologique, l'approche « étapiste » ou « catégorielle » dégagée en 2008 par les juges LeBel et Bastarache a enlevé beaucoup de pression sur les inextinguibles débats qui ont caractérisé la question de la détermination de la norme de contrôle depuis, au moins, l'arrêt *Syndicat canadien de la fonction publique* c. *Société des alcools du Nouveau-Brunswick* de 1979[297].

87. Quant au fond, la Cour suprême a développé, dans la foulée de *Dunsmuir*, une approche de rééquilibrage des rôles et pouvoirs des différents acteurs impliqués dans le processus tribunaux administratifs/cours judiciaires. Comme toujours, les cloisons entre la déférence et le contrôle judiciaire ne sont jamais hermétiques et il arrive, comme dans les récents arrêts *Rogers* et *Access Copyright*[298], qu'elles deviennent à ce point évanescentes qu'il est difficile de déceler la portée autonome de chaque concept. On remarque toutefois qu'un décalage pragmatique existe entre l'affirmation de principes privilégiant la déférence judiciaire à l'égard de décideurs administratifs interprétant leur loi constitutive ou loi connexe à leur mandat et ces dossiers où, sans l'indiquer expressément, la Cour suprême souhaite apporter une solution uniforme et définitive à la signification d'une ou plusieurs dispositions législatives.

88. Fort heureusement, de telles situations limites ont été l'exception au cours des dernières années. En plaçant plutôt l'accent sur l'importance du caractère discrétionnaire accordé aux organismes administratifs et sur la nature de leur mandat, les récentes décisions traduisent plutôt, à notre avis, une volonté de la Cour suprême d'assurer aux tribunaux administratifs une réelle reconnaissance de leur rôle et de leurs responsabilités au sein de l'ordonnancement juridique, tout en insistant pour rappeler aux cours judiciaires les limites de leur pouvoir de contrôle et

297. *Supra*, note 292.
298. *Supra*, notes 68 et 69.

de surveillance[299]. Il ne reste qu'à souhaiter que cette tendance ne puisse que s'affermir au cours des prochaines années.

299. Au moment de mettre sous presse, la Cour suprême a rendu les arrêts *Irving* et *Agraira* (*supra*, notes 121 et 164). À notre avis, ces deux décisions confirment les conclusions esquissées dans cette revue jurisprudentielle post-*Dunsmuir*. Dans les deux cas, la Cour suprême confirme les décisions attaquées en ayant recours à une application souple de la norme de la raisonnabilité. C'est en lisant d'ailleurs attentivement ces deux arrêts qu'il est possible de mesurer jusqu'à quel point la Cour est prête à reconnaître une véritable autorité aux décisions attaquées. Dans *Irving*, alors que les trois juges dissidents effectuent une analyse on ne peut plus minutieuse de la jurisprudence arbitrale afin d'en arriver à la conclusion que le conseil arbitral avait appliqué erronément une norme de preuve inconnue (par. 106), rendant ainsi la décision déraisonnable (par. 110), la majorité de la Cour a préféré évaluer la sentence arbitrale « *comme un tout* et s'abstenir de faire une chasse au trésor, phrase par phrase, à la recherche d'une erreur » (par. 54, nos italiques). Ainsi, dans la foulée des arrêts récents *Nor-Man*, *Newfoundland* et *Driver Iron* (précités), la Cour suprême (du moins, sa majorité dans *Irving*) privilégie une analyse globale de la décision attaquée plutôt que de rechercher, avec une profondeur d'analyse qui sied difficilement à un tribunal de révision, une erreur dans l'application des règles se dégageant d'un consensus au sein de la jurisprudence arbitrale. Certes, les juges dissidents font la démonstration que le conseil arbitral a alourdi le seuil de preuve exigé pour démontrer la légalité de tests de dépistage, mais la majorité préfère mettre l'accent sur la conclusion par laquelle le conseil d'arbitrage soupèse les avantages mis de l'avant par l'employeur et l'atteinte à la vie privée des salariés (par. 51). En somme, la majorité de la Cour s'en remet, malgré ses imperfections, à la conclusion du tribunal administratif chargé de disposer des litiges en milieu de travail syndiqué plutôt que de se transformer, comme le font largement les juges dissidents, en membres du conseil arbitral. Par ailleurs, dans *Agraira*, la Cour revient à nouveau « sur la nécessité pour la cour de révision *d'examiner la décision du tribunal administratif dans son ensemble*, à la lumière du dossier, pour décider si elle est raisonnable. » (par. 53, nos italiques), tout en n'hésitant pas, compte tenu que la Cour estime ne pas être « en mesure de déterminer de manière définitive le raisonnement qu'a tenu le ministre » (par. 58), à avoir recours à l'interprétation implicite que ce dernier aurait pu donner au soutien de sa décision pour conclure à la raisonnabilité de la décision attaquée (par. 88). À notre avis, cette démarche de « déférence ultime » retenue dans cet arrêt ne peut s'expliquer que par le contexte très spécifique de la décision en cause, soit la décision d'un ministre (de la Sécurité publique et de la Protection civile) de refuser une dispense ministérielle à l'égard du constat d'interdiction de territoire d'une personne résidant au Canada par Citoyenneté et Immigration du Canada, en invoquant que la présence de M. Agraira serait contraire à « l'intérêt national. »

L'interprétation du meilleur intérêt de l'enfant dans les litiges de garde

Valérie LABERGE

Résumé

L'article présente une analyse critique des outils du juge pour déterminer le meilleur intérêt de l'enfant dans les litiges de garde. L'auteure se penche sur la jurisprudence pertinente des dix dernières années, afin de vérifier la façon dont les juges interprètent ce standard. En raison de la grande discrétion judiciaire accordée aux juges en cette matière, il importe de vérifier les éléments auxquels ceux-ci attachent majoritairement de l'importance, en vérifiant comment ces facteurs ont évolué à travers le temps pour tenir compte des réalités sociales.

L'interprétation du meilleur intérêt de l'enfant dans les litiges de garde

Valérie LABERGE*

1. L'office du juge 69

1.1 Le rôle du juge dans le litige de garde d'enfant 69

1.2 Les outils du juge dans la recherche du meilleur intérêt de l'enfant. 71

1.2.1 La preuve écrite 71

1.2.2 Les témoignages 72

1.2.3 Les expertises 74

1.2.4 Le procureur de l'enfant 75

1.3 Les devoirs du juge dans le cadre du litige de garde 78

1.3.1 La recherche du meilleur intérêt de l'enfant 78

1.3.2 La reconstruction des faits 79

1.3.3 La détermination de la modalité de garde qui respecte le mieux le meilleur intérêt de l'enfant 80

* Me Valérie Laberge, LL.M., est avocate en droit de la famille au sein du cabinet Béliveau Brasssard. Ce texte est un extrait adapté de son mémoire de maîtrise intitulé « Pour une présomption de garde alternée au Québec », déposé à l'UQAM en avril 2013. L'auteur tient à remercier sa directrice de recherche, madame Anne Saris (LL.D.), professeure à l'UQAM, pour ses précieux conseils.

La jurisprudence et le meilleur intérêt de l'enfant 82

2.1 Méthodologie 82

2.1.1 Analyse qualitative 82

2.1.2 Les jugements 83

2.2 Les critères analysés par la jurisprudence 86

2.2.1 La stabilité 86

2.2.2 Les disponibilités des parents et leurs capacités parentales 88

2.2.3 Les conflits et la communication entre les parents 91

2.2.4 L'égalité entre les parents 92

2.2.5 Les autres considérations 94

3. Conclusion 97

1. L'office du juge

1.1 Le rôle du juge dans le litige de garde d'enfant

La décision du juge quant au meilleur intérêt de l'enfant diffère des décisions que celui-ci est usuellement appelé à prendre dans le cadre de ses fonctions. En effet, le litige de garde pousse le juge à adopter une vision prospective du problème en cause alors qu'en d'autres matières, telle la responsabilité civile, le rôle du juge intervient après que le fait dommageable ait été causé[1], lui conférant un rôle plutôt rétrospectif.

Cet exercice laisse place à une importante discrétion judiciaire[2]. Le juge, en plus de devoir apprécier les faits, doit également apprécier la norme ; il doit lui-même définir ce que représente « le meilleur intérêt de l'enfant ». Cet exercice sera invariablement teinté par les valeurs du juge. Comme le soutient Mnookin, l'intérêt de l'enfant amène celui qui s'y intéresse à soupeser un nombre important de valeurs :

> Deciding what is best for a child poses a question no less ultimate than the purposes and values of life itself. Should the judge be primarily concerned with the child's happiness ? Or with the child's spiritual and religious training ? Should the judge be concerned with the economic "productivity" of the child when he grows up ? Are the primary values in life in warm interpersonal relationships, or in discipline and self-sacrifice ? Is stability and security for a child more desirable than intellectual stimulation ? These questions could be elaborated endlessly. And yet, where is the judge to look for the set of values that should inform the degree of what is best for the child ? Normally, the custody statutes do not themselves give content or relative weights to the pertinent values. And if the judge looks to society at large he finds neither a clear consensus as to the best child rearing strategies nor an appropriate hierarchy of ultimate values.[3]

---

1. Nicolas Bala, « Judicial Discretion and Family Law Reform in Canada », (1986) 5 *Can. J. Fam. L.* 15, 18.
2. Notamment *Young* c. *Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, *Van De Perre* c. *Edwards*, [2001] 2 R.C.S. 104.
3. Robert H. Mnookin, « Child-Custody Adjudication : Judicial Functions in the Face of Indeterminacy », (1975) 39(3) *Law and Contemporary Problems* 226, 249.

Le meilleur intérêt de l'enfant correspond donc à la vision du juge saisi du dossier de ce que représente le meilleur intérêt d'un enfant. Ce faisant, le standard véhicule les valeurs d'une société à une époque donnée. Il s'agit d'une notion évolutive, qui varie selon les époques et le temps et les sociétés[4].

Ainsi, dans l'arrêt *Stevenson*[5], rendu en 1927, on avait interprété la notion du meilleur intérêt de l'enfant comme supposant le maintien de l'unité familiale ; on avait jugé qu'il était dans le meilleur intérêt de l'enfant qu'il soit éduqué par sa mère plutôt que par ses grands-parents.

Or, quelques décisions ont récemment conclu que le meilleur intérêt de l'enfant commande, dans certaines situations, que la garde soit justement confiée à un tiers plutôt qu'aux parents[6], en cette époque où la famille est appelée à se métamorphoser et à prendre des formes de plus en plus diversifiées.

Par ailleurs, il prévalut longtemps en jurisprudence que le meilleur intérêt de l'enfant correspondait à ce qu'il demeure avec sa mère, en vertu de la doctrine de l'âge tendre[7]. Une importante jurisprudence depuis les années 1990 – et encore plus particulièrement depuis les années 2000 – enseigne toutefois que la garde partagée doit représenter un arrangement à considérer fortement, certains juges allant même jusqu'à présumer tacitement qu'elle représente le meilleur intérêt de l'enfant[8].

Le législateur, ne souhaitant pas prendre position et intégrer ses valeurs dans ce que constitue le meilleur intérêt de l'enfant,

---

4. Andréanne Malacket, *L'intérêt de l'enfant : notion polymorphe susceptible d'instrumentalisation et de détournement*, Mémoire de maîtrise en droit, Montréal, Université de Montréal, 2010, p. 5
5. *Stevenson* c. *Florant*, 1927 A.C. 211
6. *C. (G.)* c. *V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244, voir également : *B. (B.)* c. *B. (K.), sub nom. Droit de la famille – 072232*, EYB 2007-124044 (C.A.) ; *N. (S.)* c. *L. (E.), sub nom. Droit de la famille – 09398*, EYB 2009-155485 (C.A.) ; *R. (C.)* c. *G. (I.), sub nom. Droit de la famille – 092011*, EYB 2009-163030 (C.S.) ; *Droit de la famille – 1883*, EYB 1993-57864 (C.A.).
7. La juge L'Heureux-Dubé reconnaît expressément ce fait dans l'arrêt *Young* c. *Young*, *supra*, note 2, p 46.
8. Ines LeRoy, « La garde partagée, une présomption jurisprudentielle », (2006) 27(1) *Revue québécoise de psychologie* 33 ; Sylvie Schirm, « Commentaire sur la décision *P. (V.)* c. *F. (C.)*, *sub nom. Droit de la famille – 091541* – La garde partagée : vaut-il la peine de s'y opposer ? », dans *Repères*, *La Référence Droit civil*, EYB 2010REP907, p. 4.

délègue plutôt le soin aux juges d'intégrer ces valeurs dans le droit par l'entrée du standard du meilleur intérêt de l'enfant[9].

Examinons maintenant quels sont les outils du juge dans sa détermination du meilleur intérêt de l'enfant et quels sont les rôles que celui-ci est appelé à prendre dans le cadre d'un litige de garde.

1.2 Les outils du juge dans la recherche du meilleur intérêt de l'enfant

Afin de déterminer le meilleur intérêt de l'enfant, le juge doit être en mesure d'apprécier les comportements des parties, des enfants et des tiers significatifs, le cas échéant. En effet, le juge doit tenter de déterminer quels seront les besoins et comportements des parties et des enfants dans l'avenir. Pour ce faire, il dispose de quatre outils principaux, soit la preuve écrite, les témoignages des parties, de l'enfant et des tiers, les expertises ainsi que la nomination d'un procureur à l'enfant. Ces éléments de preuve peuvent être soumis au tribunal dans le cas des témoignages, des productions de pièces et de certaines expertises, ou ordonnés par celui-ci, dans le cas de l'expertise psychosociale du Service de la Cour supérieure[10] et de la nomination du procureur de l'enfant[11].

1.2.1 La preuve écrite

À l'ère des média sociaux, des courriels et de la messagerie texte, les juges en matière de garde d'enfant sont de plus en plus confrontés à la preuve écrite[12]. Comme toute preuve, celle-ci est évidemment subordonnée à la règle de la pertinence[13]. Ceci amène donc à se demander quels écrits peuvent être pertinents dans le cadre de la détermination du meilleur intérêt de l'enfant.

À cet égard, les tribunaux accepteront avec beaucoup de latitude des preuves susceptibles de démontrer une situation qui n'est ou n'est pas dans le meilleur intérêt de l'enfant. C'est ainsi

---

9. Bala, *supra,* note 1, p. 30.
10. Art. 30 et s. R.pcfam (C.S.), art. 414 et 815.1 C.p.c.
11. Art. 394.1 C.p.c.
12. Pour une analyse détaillée voir : Michel Tétrault, *La preuve électronique en droit de la famille : ses effets sur le praticien*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2012.
13. Art. 2858 C.c.Q.

que les tribunaux acceptent en preuve des courriels[14], des transcriptions de messagerie texte[15] ainsi que des extraits émanant de pages « Facebook »[16]. Ces éléments de preuve sont toutefois soumis à une preuve d'authenticité[17] et aux règles usuelles sur la preuve écrite et les technologies de l'information[18].

Toutefois, les tribunaux n'hésiteront pas, dans les faits, à faire abstraction de ces règles au nom du principe du meilleur intérêt de l'enfant. C'est ainsi que des courriels échangés entre un conjoint et une tierce personne, obtenus illégalement par l'autre conjoint (hors de la connaissance du premier, alors qu'il n'y était pas autorisé[19]), seront admis en preuve si leur lecture permet d'y voir une faille dans les capacités parentales[20].

Il est exact que les parents ont droit à leur vie privée et à ce que l'autre parent n'ait pas accès aux communications qu'il entretient avec des tiers. Toutefois, la Cour suprême a affirmé que le meilleur intérêt de l'enfant doit prédominer sur les droits des parents, même ceux issus des Chartes[21].

1.2.2 Les témoignages

L'enfant peut être appelé à témoigner dans le cadre d'un litige concernant sa garde. Le Code civil prévoit d'ailleurs à l'article 34 C.c.Q. le droit de l'enfant à être entendu. Celui-ci doit toutefois être apte à témoigner : son discernement doit le permettre et il doit comprendre ce que signifie le fait de dire la

---

14. Le premier jugement que nous ayons retracé en ce sens est *C. (C.)* c. *L. (J.)*, REJB 2002-39440 (C.S.).
15. Voir par exemple : *M. (A.)* c. *C. (S.), sub nom. Droit de la famille – 101688*, EYB 2010-176893.
16. Voir par exemple : *Z. (N.)* c. *M. (B.), sub nom. Droit de la famille – 102652*, EYB 2010-180620 (C.S.).
17. Art. 6 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, RLRQ, c. C-11.
18. *Ibid*., art. 4 et s.
19. Art. 36(2) C.c.Q., art. 44 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Voir aussi : Jean-François Vézina, « Commentaire sur la décision *9116-8609 Québec inc*. c. *Senécal* – L'admissibilité en preuve de courriels obtenus sans autorisation » dans *Repères*, mars 2011, *La Référence Droit civil*, Éditions Yvon Blais, EYB2011REP1025.
20. Michel Tétrault, « De choses et d'autres en droit de la famille : la jurisprudence marquante : la procédure, la preuve et l'éthique », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2012, section 3.2.
21. *Young* c. *Young*, *supra,* note 2, par. 138

vérité[22]. Le Code de procédure civile prévoit certaines mesures additionnelles, dont le fait que l'enfant peut témoigner à son lieu de résidence[23]. Notons que la jurisprudence est avare de décisions relativement à cette modalité de témoignage. Le témoignage d'enfant peut également se faire hors la présence des parents.

Plusieurs sont d'avis qu'il faut favoriser le témoignage de l'enfant, sauf circonstances exceptionnelles, afin de maximiser les chances de rendre une décision qui soit dans son meilleur intérêt[24]. Sauf les cas où l'enfant manifeste par lui-même le désir d'être entendu (ce qui est tout à fait dans son droit, au regard de l'article 34 C.c.Q.), il est sage de faire preuve de prudence avant de faire témoigner l'enfant. Celui-ci expérimente fort probablement d'importants conflits de loyautés, lesquels ne peuvent être qu'empirés par le processus judiciaire[25]. Faire témoigner l'enfant peut contribuer à accentuer ce problème. Comme les enfants n'ont pas décidé de vivre dans une famille séparée, et que cet unique fait leur occasionne fréquemment des inconvénients majeurs, tel subir le démantèlement de l'unité familiale, alors qu'ils sont en plein développement, ils doivent être protégés au maximum de toute la démarche judiciaire. Il est d'ailleurs de plus en plus fréquent de voir des juges demander aux parties d'ordonner de ne pas discuter du litige devant l'enfant[26].

La discrétion judiciaire, pour bien protéger le meilleur intérêt de l'enfant, devrait faire en sorte que le témoignage de l'enfant réticent à le donner ne devrait pas avoir lieu, à moins d'être indispensable pour la solution complète du litige[27]. D'autant plus que

---

22. Art. 34 C.c.Q, art. 2844 al. 2 C.c.Q.
23. Art. 394.1 C.p.c.
24. Arthur Peter Nasmith, « The Inchoate Voice », (1992) 8 *Child and Family Law Quarterly* 43 ; Claire Bernard, Robin Ward et Bartha Maria Knoppers, « Best Interest of the Child Exposed : A portrait of Quebec custody and protection law », (1992) 11 *Can. J. Fam. Law* 127.
25. Voir notamment : Carol Mahood Hudart. et al., « Hearing the Voice of Children », (1992) 8 *Child and Family Law Quarterly* 98 ; Katherine R. Allen, « A Survey of Child Custody Law in Ontario », (1993) 9 *Child and Family Law Quarterly* 11.
26. Voir par exemple : *C. (S.)* c. *P. (F.), sub nom. Droit de la famille – 101243*, 2010 QCCS 2378 (C.S.) ; *L. (F.)* c. *M. (C.), sub nom. Droit de la famille – 092848*, 2009 QCCS 5464 ; *T. (S.)* c. *B. (A.), sub nom. Droit de la famille – 091658*, 2009 QCCS 3558 ; *C. (A.)* c. *K. (Ag.), sub nom. Droit de la famille – 09508*, 2009 QCCS 1011 ; *S. (C.)* c. *T. (N.), sub nom. Droit de la famille – 083660*, 2008 QCCS 6879 ; *T. (C.)* c. *J. (D.)*, 2007 QCCS 5963 ; *L. (A.)* c. *C. (N.), sub nom. Droit de la famille – 071866*, 2007 QCCS 3634 ; *B. (M.-C.)* c. *D. (Y.)*, 2006 QCCS 4642 ; *G. (L.)* c. *Gi. (J.-F.)*, 2006 QCCS 3775.
27. Renée Joyal, « L'enfant dont la garde est contestée : sa place dans le processus de décision », (1996) 37 *C. de D.* 51, 59.

l'opinion de l'enfant n'est que l'un des facteurs parmi tant d'autres qui peuvent influencer le juge dans sa décision[28].

1.2.3 Les expertises

Comme le litige de garde implique de vérifier ce qu'est le « meilleur intérêt » de l'enfant, le juge, ayant une formation juridique, n'est pas nécessairement le mieux placé pour déterminer ce que représente cet intérêt. En effet, il ne verra les parties que durant une journée ou deux, dans le contexte judiciaire, et ne rencontrera généralement pas les enfants.

Ainsi dans les cas où les capacités parentales d'un parent sont contestées par l'autre, la tenue d'une expertise psychosociale dans le cadre de laquelle un expert nommé par la Cour ou par les parties rencontrera les parents, avec les enfants, et viendra témoigner au procès de ce qu'il considère être leur meilleur intérêt, est utile. Les deux parents doivent toutefois consentir à cette expertise, qui doit être autorisée par la Cour[29]. Ainsi, si l'un des parents refuse l'expertise, elle n'aura tout simplement pas lieu. Notons que le juge n'est toutefois pas lié par l'opinion de l'expert, la preuve apportée par celui-ci n'étant que l'une des preuves à être examinées, parmi tant d'autres. Il doit toutefois motiver sa décision de s'en écarter, le cas échéant[30].

Il convient de souligner que la Cour supérieure met à la disposition des parties un système gratuit d'expertise psychosociale, ce qui est une mesure d'accès à la justice tout à fait nécessaire et justifiée puisque les coûts d'une expertise privée se situent entre 2 000 $ et 15 000 $[31]. Ce système gratuit fait en sorte que plusieurs experts assignés à ces dossiers sont plutôt travailleurs sociaux que psychologues, possiblement en raison d'un manque de ressources. Nous pouvons présumer que les psychologues sont moins intéressés par ce type d'expertise en raison du faible tarif qui leur

---

28. *Infra*, section 4.
29. Art. 814.3 et s. C.p.c., art. 32 et 33 R.P.C.S.(fam).
30. *J.M.R.* c. *S.M.,* 2006 QCCA 140. Pour une étude plus approfondie de l'application de ce principe par les tribunaux québécois, voir : Nicole Parent, « L'expertise psycho-légale ou psychosociale à la chambre de la famille », dans Service de formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la famille*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2010, p. 331.
31. Claude Gervais, « Combien coûte un divorce ? », Banque Nationale du Canada, 1er décembre 2010, en ligne : <http://www.jecomprends.ca/famille/couple/divorcer_combien_ca_coute_>, consulté le 2 juillet 2012.

est octroyé comparativement à lorsqu'ils agissent à titre d'expert privé. Cela cause des inconvénients sur le plan du type de preuve apporté et de sa force probante. En effet, le Code des professions prévoit qu'il est du ressort exclusif des psychologues de :

> [f]ournir au public des services professionnels dans lesquels sont appliqués les principes et les méthodes de la psychologie scientifique ; notamment, pratiquer la consultation et l'entrevue, utiliser et interpréter les tests standardisés des capacités mentales, d'aptitudes et de personnalité pour fins de classification et d'évaluation psychologiques et recourir à des techniques psychologiques pour fins d'orientation, de rééducation et de réadaptation.[32]

Quant à lui, le travailleur social ne fait qu'« intervenir auprès des personnes, des familles, des groupes ou des collectivités dans le but d'améliorer leur fonctionnement social »[33]. Il en résulte que le travailleur social ne peut administrer aux parents les tests psychologiques, qui sont requis en psychologie dans certains cas pour vérifier la capacité parentale des parents, plus particulièrement dans les cas où l'incapacité est moins évidente à démontrer, tels les cas d'aliénation parentale. La force probante des expertises psychosociales des travailleurs sociaux ainsi que leur témoignage s'en trouvent alors affectés.

Il demeure que des expertises psychosociales ne sont utilisées que dans une minorité de cas, soit environ 10 %[34]. Le juge s'appuie donc en général sur les autres moyens de preuve mentionnés dans la présente section afin de cerner le meilleur intérêt de l'enfant. Pour ce faire, il devra remplir lui-même le rôle d'expert.

1.2.4 Le procureur de l'enfant

Le législateur a prévu un autre outil spécifique au droit de la famille afin de respecter le droit à l'enfant d'être entendu[35], ainsi que son droit, comme toute autre personne, de bénéficier des

---

32. Art. 37(e) *Code des professions*, RLRQ, c. C-26.
33. Art. 37(d) *Code des professions*, RLRQ, c. C-26.
34. Les statistiques les plus récentes à cet effet datent de l'an 2000, et font mention de 10 % des cas : Renée Joyal et Anne Quéniart, « Les pratiques entourant la prise en compte de l'intérêt de l'enfant dont la garde est contestée devant le tribunal : contexte historique et réflexions découlant de l'étude de dossiers judiciaires récents », (2001) 61 *R. du B.* 281, 290.
35. Art. 34 C.c.Q.

services d'un avocat[36]. Il s'agit de la nomination d'un procureur à l'enfant, qui doit être faite par le juge, même si les parties y consentent[37]. L'enfant qui le souhaite peut également mandater lui-même son procureur[38].

Les honoraires du procureur de l'enfant sont payés la plupart du temps plutôt par l'aide juridique que par les parents, ce qui favorise l'indépendance de ce procureur. En effet, si l'enfant est financièrement admissible à l'aide juridique (ce qui est le cas pour la plupart des enfants mineurs qui n'ont que de faibles revenus ou des revenus inexistants), les tarifs de l'aide juridique seront applicables[39]. Chacun des parents se verra donc réclamer par l'aide juridique les frais du procureur de l'enfant, au prorata de leurs revenus. Le parent lui-même admissible à l'aide juridique gratuite n'aura cependant pas à payer[40].

Cette mesure est équitable puisqu'elle fait bénéficier le parent des tarifs de l'aide juridique malgré le fait qu'il n'y aurait pas droit en d'autres circonstances[41]. Si l'enfant n'était toutefois pas admissible à l'aide juridique, un procureur issu d'un cabinet privé facturera son taux horaire usuel.

Le rôle du procureur de l'enfant, tel que circonscrit par la Cour d'appel il y a quelques années, est toutefois extrêmement limité. En effet, celui-ci doit, au même titre que l'avocat d'un adulte, respecter le mandat confié par son client[42] :

> Where a child is sufficiently mature to express his wishes and instruct counsel, I find it difficult to imagine that counsel would be entitled to express personal opinions before the court that are contrary to the wishes expressed by the child on the footing that, having been appointed by the court under Art. 394.1 C.C.P., she is entitled to express her recommendations as to the best interests of the child even if these recommendations do not coincide with the desires of her client.
>
> [...]

36. Art. 34 C.c.Q. et art. 39 de la *Charte des droits et libertés de la personne*.
37. Art. 394 C.p.c.
38. *Droit de la famille – 1549*, [1992] R.J.Q. 825 (C.A.).
39. Art. 6.1 et 7 du *Règlement sur l'aide juridique*, RLRQ, c. A-14, r. 2.
40. Art. 39 du *Règlement sur l'aide juridique*.
41. Art. 6.1. et 7 du *Règlement sur l'aide juridique*.
42. *F. (M.)* c. *L. (J.)*, EYB 2002-29840 (C.A.).

> 41 An attorney representing a child is not a witness and she is not entitled to give evidence or opinions on the question of what she feels will be in the best interests of the child. That will be for the court to determine after it has heard all the evidence, including the evidence as to the wishes of the child, the evidence of the parents and others having some knowledge of the circumstances of the child, as well as any expert evidence relative to the child's best interest.
>
> [...]
>
> 43 The role of an attorney appointed by a mature and capable child is simply to put forward the evidence and the submissions required to support the wishes of the child so that his voice can be heard. The weight to be attached to that voice will depend on the trial judge's appreciation of the evidence as a whole.[43]

Ainsi, le procureur de l'enfant ne peut indiquer au juge ce qu'il considère être dans le meilleur intérêt de son client, son rôle étant limité en quelque sorte à faire un compte-rendu du témoignage que l'enfant lui aura livré.

Les tribunaux ont reconnu à plusieurs reprises ne pas être liés par l'opinion de l'enfant, puisqu'elle peut être contraire à son meilleur intérêt[44]. Or, il semble que le procureur de l'enfant, qui le rencontrera à quelques reprises et avec qui ce dernier pourra communiquer à sa guise durant le processus judiciaire, est dans une position privilégiée pour bien comprendre la dynamique familiale et les intérêts de son client. Bien qu'il doive exprimer les vues de l'enfant comme il le ferait pour un client majeur, il devrait lui être possible d'exprimer ses réserves quant à cette opinion, le cas échéant. Celles-ci seraient évidemment soumises à l'appréciation du tribunal.

Dans le cas contraire, nous voyons mal comment le rôle du procureur à l'enfant ajoute une plus-value réelle au simple témoignage de l'enfant sur le plan légal. Il a toutefois l'avantage de lui éviter une situation de conflit de loyauté additionnelle, évitant généralement le témoignage de l'enfant.

---

43. *Ibid.*
44. *C. (M.)* c. *Co. (S.), sub nom. Droit de la famille – 103221*, 2010 QCCS 5909*, C. (M.)* c. *M. (D.), sub nom. Droit de la famille – 093101,* 2009 QCCS 5887*, L. (F.)* c. *B. (M.), sub nom. Droit de la famille – 082883,* 2008 QCCS 5374*, M. C.* c. *S. L., sub nom. Droit de la famille – 081810*, 2008 QCCS 3366*, E.K. (S.A.)* c. *B. (I.)*, 2006 QCCS 5287*, D. (S.)* c. *L. (E.)*, J.E. 2002-1740 (C.S.).

1.3 Les devoirs du juge dans le cadre du litige de garde

C'est donc à l'aide de ces outils, qui sont d'une efficacité malheureusement plutôt relative, que les juges du litige de garde sont appelés à exercer leurs fonctions. Nous sommes d'avis que les juges sont appelés à exercer trois fonctions principales dans ce cadre, soit la recherche du meilleur intérêt de l'enfant dans l'administration de la preuve, la reconstruction des faits et la détermination du meilleur intérêt de l'enfant dans le cas qui leur est soumis. Nous examinerons comment les valeurs des juges sont appelées à teinter chacune de ces étapes décisives.

1.3.1 La recherche du meilleur intérêt de l'enfant

Le juge qui préside le procès interprétera la notion du meilleur intérêt de l'enfant. Ce faisant, il devra, d'une part, être à même de se positionner sur ce que représente le meilleur intérêt d'un enfant. De par l'expression « meilleur » intérêt de l'enfant, nous pouvons en déduire que le juge sera appelé à se prononcer sur ce qui est « mieux » et donc, se prononcer sur ce qui constitue « la supériorité de bon »[45]. Ainsi, le juge, avant d'entendre la cause, aura lui-même une conception abstraite, a priori, de ce qui est généralement mieux pour un enfant. Par exemple, un juge qui vient d'un milieu social aisé, ayant lui-même fréquenté une école privée et qui a envoyé ses propres enfants dans ce type d'école, pourra être plus enclin à favoriser le choix d'un tel établissement.

C'est ainsi que, pour certains, le meilleur intérêt de l'enfant signifie qu'il doit être dans un environnement stable, alors que pour d'autres, le meilleur intérêt de l'enfant signifie qu'il doit être exposé le plus possible à ses deux parents[46].

Cette conception qu'a le juge des éléments qu'il estime être dans l'intérêt d'un enfant viendra assurément teinter sa collecte d'information lors de l'étude du dossier ainsi qu'au moment du procès. Des auteurs ont même souligné que les juges seraient plus interventionnistes aux fins de préserver le meilleur intérêt de l'enfant[47].

---

45. Le nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Dictionnaires le Robert, 2002, « Meilleur ».
46. Michel Tétrault, *Le droit de la famille*, 4e éd. Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, à la section 1.
47. Dominique Goubau, « Incidence de la réforme du droit de la famille sur le rôle des juges au Québec », (1988) 19 *R.G.D.* 393, 398 ; Patrick Glenn, « La responsabilité des juges », (1983) 28 *McGill L. J.* 229, 256.

Les questions qui seront posées par le juge aux témoins ainsi qu'aux procureurs seront possiblement reliées à cette conception qu'a le juge du meilleur intérêt de l'enfant. De même, dans sa collecte d'information, le juge sera également appelé à retenir les éléments les plus pertinents, selon sa conception du meilleur intérêt de l'enfant.

Par ailleurs, en plus des valeurs des juges, leur bagage de subjectivité comprend également les cas qu'ils ont déjà jugés :

> Plus fréquemment cependant, le choix dépendra principalement du système de valeurs personnel du juge, y compris la position qu'il a tenue précédemment dans des affaires similaires ou encore du statut ou de la crédibilité de l'expert qui élève la contestation.[48]

Certains auteurs sont d'avis que les juges s'appuient sur les rapports d'expertise pour légitimer « les décisions qui en réalité reposent sur des jugements de valeur émanant d'une certaine culture ou encore d'une certaine classe sociale »[49]. Nous croyons que le même raisonnement peut être applicable à l'ensemble de la preuve soumise.

1.3.2 La reconstruction des faits

Une fois qu'il a entendu la preuve, le juge doit par la suite reconstruire les faits, qu'il relatera avant de rendre jugement. Ce faisant, le juge doit nécessairement prendre en compte les faits qu'il a eu l'occasion de constater de par la preuve et selon son appréciation, tel que nous en avons discuté plus haut.

En procédant à la reconstruction des faits, le juge sait que sa décision pourra être cassée en appel si elle n'est pas suffisamment étoffée par la preuve[50], ou si son appréciation pourrait paraître manifestement déraisonnable aux yeux de la Cour d'appel[51]. La norme applicable en matière de droit de la famille est encore plus

---

48. Michael King et Antoine Garapon, « Le juge, l'expert et le contrôle de la réalité dans les juridictions de la jeunesse en France et en Angleterre », (1988) 10 *Droit et société* 431, 450.
49. Michel Foucault, *Histoire de la Folie*, Paris, Union édition 1961 ; Martin Davies « Social Enquiry Reports for the Courts », (1974) 4 *British Journal of Criminology* 18.
50. *Housen* c. *Nikolaisen,* [2002] 2 R.C.S. 235.
51. *Ibid.*, et *Hickey* c. *Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518 ; *Van De Perre* c. *Edwards*, *supra*, note 2.

élevée que celle applicable en droit civil quant aux questions de faits. Ces questions doivent être analysées avec une grande déférence pour le travail du juge de première instance, comme le soulignait la Cour dans *Van De Perre* c. *Edwards* :

> Comme l'indiquent les arrêts Gordon et Hickey, la révision en appel exige l'indication d'une erreur importante. S'il existe une indication que le juge de première instance n'a pas prise en considération des facteurs ou des éléments de preuve pertinents, cela peut vouloir dire qu'il n'a pas dûment apprécié tous les facteurs. Dans ce cas, la cour d'appel peut revoir la preuve produite au procès pour déterminer si le juge a négligé d'examiner ou mal interprété des éléments pertinents de la preuve.
>
> Cela dit, je répète que des omissions dans les motifs ne signifieront pas nécessairement que la cour d'appel a compétence pour examiner la preuve entendue au procès. Comme le dit l'arrêt *Van Mol (Guardian ad Litem of)* c. *Ashmore* (1999), 168 D.L.R. (4th) 637 (C.A.C.-B.), autorisation d'appel refusée [2000] 1 R.C.S. vi, une omission ne constitue une erreur importante que si elle donne lieu à la conviction rationnelle que le juge de première instance doit avoir oublié, négligé d'examiner ou mal interprété la preuve de telle manière que sa conclusion en a été affectée. Faute d'une telle conviction rationnelle, la cour d'appel ne peut pas réexaminer la preuve.[52]

Par conséquent, il est probable que le juge n'insistera pas de la même façon sur les éléments de fait qui militent dans le sens de la décision qu'il s'apprête à rendre que sur les autres, en prenant soin d'expliquer sommairement pourquoi il les écarte. Il aura le souci que sa décision paraisse la mieux motivée possible[53]. De la même façon, le juge essaiera d'évacuer de sa reconstruction des faits toute référence directe à des considérations de classe sociale, d'opinions politiques ou les répercussions que la décision pourrait avoir sur d'autres membres de la famille que l'enfant[54].

1.3.3 La détermination de la modalité de garde qui respecte le mieux le meilleur intérêt de l'enfant

Finalement, le juge sera appelé à déterminer quelle modalité de garde correspond au meilleur intérêt de l'enfant et ce, après

52. *Ibid.*, par. 15.
53. King et Garapon, *supra*, note 48, p. 461.
54. *Ibid.,* p. 462

avoir apprécié et reconstruit la preuve selon ses valeurs. Comme le standard du meilleur intérêt de l'enfant exige que le juge, et encore plus dans les cas dans lequel un expert psychosocial n'est pas nommé par le tribunal, est appelé à jouer un double rôle[55]. D'une part il jugera de ce que représente le « meilleur intérêt de l'enfant », ce qui revient à se comporter comme un expert en cette matière et, d'autre part, il doit sélectionner les faits qu'il estimera pertinents pour analyser le meilleur intérêt de l'enfant en l'espèce.

Une étude menée il y a une douzaine d'années par la professeure Joyal auprès de juges démontre à quel point leurs valeurs teinteront leur décision quant à la garde :

> Donc, sept juges parmi les dix interviewés privilégient clairement la garde partagée, cette tendance confirmant les perceptions de nombreux observateurs, juges, avocats et experts, de même que les données découlant de nos propres recherches. S'appuyant sur l'intérêt de l'enfant, ces juges cherchent à minimiser les effets du divorce ou de la séparation sur les liens parents-enfant, et notamment sur les liens père-enfant, très souvent affaiblis à la suite d'une rupture. Ils veulent préserver l'unicité de la famille initiale de l'enfant et la continuité de son histoire familiale.[56]

Ainsi, dans le cadre d'un litige où la garde d'un enfant est contestée, le juge appliquera les faits selon sa conception de ce que représente le meilleur intérêt de l'enfant. En ce contexte, deux valeurs principales s'opposent : la stabilité de la famille ou la maximisation des contacts entre les deux parents[57].

Or, les juges, probablement en raison de croyances sociales qui veulent que la mère soit plus apte à s'occuper de ses enfants, lui accorderont encore dans la majorité des cas la garde exclusive. En effet, dans environ 67,3 %[58] des cas, la garde des enfants sera confiée à la mère. Cette donnée ne concerne toutefois pas uniquement les cas contestés soumis au tribunal.

---

55. Bala, *supra*, note 1, p. 30.
56. Renée Joyal, « Garde partagée de l'enfant – constats et réflexions à la lumière de recherches récentes », (2003) 44 *Les Cahiers de droit* 267, 274.
57. Michel Tétrault, *La garde partagée et les tribunaux : une option ou une solution*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006.
58. Institut de la Statistique du Québec : Un portrait statistique des familles au Québec, ministère de la Famille et des Aînés, Gouvernement du Québec, Québec, 2011, chapitre 3, en ligne : <http://www.mfa.gouv.qcca/fr/publication/Documents/SF_Portrait_stat_chapitre3-3_11.pdf>.

Les juges bénéficient donc d'outils plus ou moins efficaces afin de les aider dans la lourde tâche que représente la détermination du meilleur intérêt de l'enfant.

Les juges se retrouvent donc devant la preuve soumise avec leur conception bien à eux de ce que représente la norme du meilleur intérêt de l'enfant et ce que devrait être une bonne éducation pour celui-ci. Ils interviendront tout au long du procès avec cette conception en tête, rédigeront leurs motifs et leur jugement en conséquence, tentant, consciemment ou non, de ne pas dévoiler les préjugés qui motiveront véritablement leur décision[59].

Chaque juge étant différent, l'on peut rapidement conclure que la disparité des décisions en droit de la famille est criante quand vient le temps d'interpréter le meilleur intérêt de l'enfant. C'est ce que nous vérifierons dans le cadre de la prochaine section.

2. La jurisprudence et le meilleur intérêt de l'enfant

2.1 Méthodologie

Afin de tenter de déterminer ce que les juges analysent comme étant le meilleur intérêt de l'enfant, nous avons jugé pertinent d'effectuer une étude qualitative des décisions rendues depuis les dix dernières années.

2.1.1 Analyse qualitative

Pour établir un échantillonnage valable de la jurisprudence pertinente en matière de garde, nous avons choisi de nous pencher sur les dix décisions des tribunaux d'appel (nous nous réfèrerons également aux jugements de première instance lorsque requis) les plus souvent citées par la jurisprudence québécoise depuis les dix dernières années en matière de garde.

Nous nous sommes donc concentrés sur les articles de doctrine portant sur la garde d'enfants depuis 2002[60] en droit québé-

59. King et Garapon, *supra*, note 48.
60. Dominique Goubau, *La garde partagée, vague passagère ou tendance lourde ?*, Mélanges Jean Pineau, Montréal, Éditions Thémis, 2003 ; Michel Tétrault, « Chronique – Arrêts récents de la Cour d'appel en matière de garde partagée : la tendance est très lourde, mais certains critères d'établissement de cette modalité de garde se précisent », dans *Repères*, *La Référence Droit civil*, janvier 2006,

cois, et sur les monographies de référence parues à la même époque[61] en matière de droit de la famille, afin de vérifier quelles étaient les décisions les plus citées par les auteurs.

Le fait que les tribunaux d'appel se penchent rarement à plus d'une reprise sur des questions de droit qui seraient les mêmes, nous pousse à conclure que les décisions rendues les plus fréquemment citées au cours de cette période représentent toujours l'état du droit. Soulignons toutefois qu'une marge d'erreur subsistera en ce qui a trait à nos résultats, puisque ce ne sont pas tous les jugements prononcés dont les motifs font l'objet d'une transcription écrite.

2.1.2 Les jugements

Dans la doctrine consultée, nous avons retenu les dix décisions les plus citées et avons contre-vérifié ces résultats auprès des banques de jurisprudence La Référence et Soquij. Les deux banques de jurisprudence affichaient un nombre de jugements différents citant ces décisions. Nous avons retenu le nombre de citations le plus élevé quelque soit la banque. Le tableau de la page suivante indique le nombre de fois où les arrêts ci-haut ont été mentionnés par la jurisprudence depuis 2002.

Tel que ce tableau le démontre, les décisions de la Cour suprême que nous avons recensées sont, de façon générale, plus fréquemment citées que celles de la Cour d'appel. Il en va de même pour les décisions plus anciennes, que les tribunaux ont eu plus d'occasions de citer à travers le temps.

EYB2006REP412 ; Ines LeRoy, « La garde partagée, une présomption jurisprudentielle », (2006) 27(1) *Revue Québécoise de psychologie* 33 ; Sylvie Schirm, *supra*, note 101 ; Michel Tétrault, « Commentaire sur la décision *G. (T.-P.)* c. *M. (D.)* – La Cour d'appel et la garde partagée : de certaines présomptions qu'applique une partie de la jurisprudence », dans *Repères*, *La Référence Droit civil*, août 2004, EYB2004REP241.

61. Dominique Goubau, Mireille Castelli, *Le droit de la famille au Québec*, 5e éd., Québec, Les presses de l'Université Laval, 2005 ; Jean Pineault et Marie Pratte, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006 ; Michel Tétrault, *Le droit de la famille*, 4e éd. Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005 ; Michel Tétrault, *La garde partagée et les tribunaux : une option ou une solution*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006.

Tableau 1

Arrêt	Instance	Année	Jugements citant	Juge rédigeant pour la majorité
Gordon c. *Goertz*[62]	C.S.C.	1995	518	McLachlin
Young c. *Young*[63]	C.S.C.	1993	212	L'Heureux-Dubé
T. (L.) c. *L.A. (P.)*[64]	C.A.	2002	151	Dalphond
P. (D.) c. *S. (C.)*[65]	C.S.C.	1993	83	L'Heureux-Dubé
G.L. c. *N.F.*[66]	C.A.	2004	77	Dalphond
Van De Perre c. *Edwards*[67]	C.S.C.	2001	76	Bastarache
W. (V.) c. *S.D.*[68]	C.S.C.	1996	68	McLachlin
D.M. (J.) c. *D. (J.)*[69]	C.A.	1998	62	Denis, Nuss, Rousseau-Houle
G. (G.) c. *J. (P.)*[70]	C.A.	2005	45	Forget, Pelletier, Rochette
C. (G.) c. *V.-F. (T.)*[71]	C.S.C.	1987	28	Beetz

Fait surprenant toutefois, l'arrêt *T.L.* c. *L.A.P.*[72], émanant de la Cour d'appel et rendu en 2002, se classe au troisième rang des décisions les plus citées en matière de garde. Après analyse de ces décisions, nous constatons toutefois qu'une seule d'entre elles conclut à une garde partagée, soit l'arrêt de la Cour d'appel *G.G.* c. *J.P.*[73], rendu en 2005.

62. *Gordon* c. *Goertz*, 2 [1996] R.C.S. 27.
63. *Young* c. *Young*, *supra*, note 2.
64. *T. (L.)* c. *L.A. (P.)*, [2002] R.J.Q. 2627 (C.A.).
65. *P. (D.).* c. *S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141.
66. *G. (L.)* c. *N. (F.)*, AZ-50253501 (C.A.).
67. *Van De Perre* c. *Edwards, supra*, note 2.
68. *W. (V.).* c. *S. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 107.
69. *D.M. (J.)* c. *D. (J.)*, REJB 1998-08469 (C.A.).
70. *G. (G.)* c. *J. (P.)*, EYB 2005-86089 (C.A.).
71. *C. (G.).* c. *V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244.
72. *Supra*, note 64.
73. *Supra,* note 70.

Ce résultat ne concorde toutefois pas avec les propos tenus par la doctrine depuis quelques années, à l'effet que nous assistons à une « tendance lourde »[74] et même à une présomption jurisprudentielle[75] , c'est-à-dire une présomption de fait, de garde partagée. Ces auteurs se fondent toutefois sur des décisions de première instance pour justifier cette assertion.

Afin de nous assurer de la représentativité de notre échantillonnage, nous nous sommes penchés sur les décisions de la Cour d'appel et de la Cour suprême rendues depuis cinq ans, soit depuis le 1er janvier 2007.

Ce nombre d'années a été choisi de façon aléatoire, pour vérifier la tendance récente. Les cinq autres décisions figurant sur le Tableau 2 s'ajoutent donc à notre étude.

Tableau 2

Arrêt retenu	**Instance**	**Année**	**Jugements citant**	**Juge rédigeant pour la majorité**
A. c. *B.*[76]	C.A.	2007	21	Bich, Morissette, Rochon
Droit de la famille – 091332[77]	C.A.	2009	14	Thibault
Droit de la famille – 091541[78]	C.A.	2009	13	Bich
Droit de la famille – 072034[79]	C.A.	2007	6	Bich
A. c. *B.*[80]	C.A.	2007	5	Dalphond, Morissette, Rochon

74. Goubau, « La garde partagée, vague passagère ou tendance lourde ? », *supra*, note 60 ; Michel Tétrault « Chronique – Arrêts récents de la Cour d'appel en matière de garde partagée : la tendance est très lourde, mais certains critères d'établissement de cette modalité de garde se précisent », *supra*, note 60.
75. LeRoy, *supra*, note 8 ; Schirm, *supra*, note 8.
76. *A.* c. *B.*, EYB 2007-115671 (C.A.).
77. *Droit de la famille – 091332*, EYB 2009-159588 (C.A.).
78. *Droit de la famille – 091541*, 2009 QCCA 1268.
79. *Droit de la famille – 072034*, EYB 2007-123263 (C.A.).
80. EYB 2007-118088 (C.A.).

Notons que la Cour suprême ne s'est pas penchée de façon significative sur une question de garde durant cette période, ce qui explique l'absence d'ajouts de décisions qui en émanent. Ces arrêts confirment toutefois l'opinion des auteures précitées[81], en ce que trois sur cinq d'entre elles octroient une garde partagée.

C'est donc à partir de cet échantillonnage qualitatif de 15 décisions judiciaires que nous effectuerons notre analyse.

2.2 Les critères analysés par la jurisprudence

Afin de vérifier si la jurisprudence sélectionnée applique ou non une présomption de garde partagée, il convient d'analyser la façon dont les juges interprètent actuellement le standard du meilleur intérêt de l'enfant. Pour ce faire, nous étudierons les motifs qui les poussent à conclure à une formule de garde plutôt qu'à une autre. Nous nous sommes attardées aux motifs qui prennent le plus de place dans l'analyse des juges, laissant de côté les éléments qui semblaient plutôt accessoires.

2.2.1 La stabilité

La stabilité est sans contredit l'un des critères les plus souvent invoqués par les juges afin de justifier leurs décisions quant à la garde d'enfants. En effet, ce critère se dégage des motifs de chacune des quinze décisions que nous avons sélectionnées aux fins de notre analyse. Nous constatons toutefois que ce critère est appliqué bien différemment selon la conception qu'en a le juge.

Le plus souvent[82], l'idée de stabilité sera invoquée à l'appui d'une présomption de fait, appliquée tacitement ou expressément, en faveur de la garde en faveur du « premier pourvoyeur de soins » avancée par Golstein, Freud et Solnit[83]. Cette présomption constitue en fait une évolution non sexuée de la doctrine de l'âge tendre[84], laquelle veut que la mère soit plus apte que le père pour

---

81. LeRoy, *supra*, note 8 ; Schirm, *supra*, note 8.
82. *Young* c. *Young, supra*, note 2, *C.G.* c. *V.F.-T., supra,* note 6 ; *Gordon* c. *Goertz, supra,* note 62, *GL* c. *NF*, *supra*, note 66 ; *Droit de la famille – 091332*, *supra,* note 77.
83. Joseph Goldstein, Anna Freud et Albert J. Solnit, *Beyond the Best Interests of the Child*, New York, Free Press, 1973.
84. Dominique Goubau, « L'objectivation des normes en droit de la famille *une mission possible* », (1998) 7 *Revue trimestrielle de droit de la famille* 12, 23.

s'occuper des enfants. La présomption du « premier pourvoyeur de soin » présume qu'il est dans le meilleur intérêt de l'enfant que ce dernier soit confié au parent qui « est disponible et qui a su répondre avec chaleur, constance, rapidité et régularité aux besoins de l'enfant, aura développé une image sécurisante auprès de l'enfant »[85]. La Cour suprême reconnaît clairement l'existence de cette présomption dans l'arrêt *Young* c. *Young* :

> [L']une des principales raisons justifiant l'adoption de cette présomption [du premier pourvoyeur de soins] n'est pas de supplanter l'intérêt de l'enfant en tant qu'objectif ultime, mais de veiller à ce que cet intérêt soit protégé. La présomption rétablit explicitement les valeurs d'engagements et d'habileté démontrée à s'occuper de l'enfant ainsi que du maintien du lien psychologique avec lui.[86]

De fait, les décisions citées par la Cour suprême et la majorité des décisions de la Cour d'appel étudiées accorderont une grande importance à la stabilité « psychologique » de l'enfant, basée sur ce qui précède.

C'est ainsi que dans deux arrêts rendus en 1996, *Gordon* c. *Goertz*[87] et *W. (V.)* c. *S. (D.)*[88], la Cour suprême conclut même que la stabilité de la relation entre l'enfant et son « premier pourvoyeur de soin » justifie un déménagement de cet enfant à l'étranger et ce, au profit du maintien de la stabilité des contacts de l'enfant avec l'autre parent ainsi que son milieu de vie en général[89].

C'est également au nom de ce principe de stabilité que la présomption selon laquelle le premier pourvoyeur de soins est le mieux à même de s'occuper de l'enfant fut invoquée en 1987 par la

---

85. Michel Tétrault, « La garde partagée et les tribunaux : une option ou une solution ? », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 95.
86. *Supra*, note 2, p. 85, juge L'Heureux-Dubé.
87. *Supra,* note 62.
88. *Supra*, note 68.
89. Anne-France Goldwater, « Long Distance Custody Cases : are the Child's Best Interests Kept at Distance ? », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial,* Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 339 ; Roseline Arlic, « Déménagement d'un parent gardien, déplacements d'enfants : les principes applicables », Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 109 ; Nicholas Bala et Joanna Harris, « Parental Relocation : Applying the Best Interests of the Child Test in Ontario », (2006) 22 *Can. J. Fam. L.* 127 ; Valérie Laberge, « L'arrêt *Gordon* c. *Goertz* a quinze ans : les principes dégagés dans cet arrêt relativement au déménagement du parent gardien ont-ils été appliqués par les tribunaux québécois ? », (2011) 70 *R. du B.* 97.

Cour suprême, lorsqu'elle accorda la garde de deux enfants à des tiers qui s'en étaient occupés depuis le décès de la mère, survenu un an avant l'introduction des procédures judiciaires[90].

Fait surprenant, la stabilité est également interprétée dans le cadre de deux décisions de la Cour d'appel[91] comme favorable à la garde partagée puisqu'elle permet la stabilité des contacts entre les deux parents[92]. Les propos de la juge Bich dans l'arrêt *Droit de la famille – 091541*[93] quant à sa conception de la stabilité sont bien différents de ceux de la juge L'Heureux-Dubé, précités :

> *A priori*, l'intérêt de l'enfant commande qu'il entretienne les rapports les plus étroits possibles avec les deux parents, la dissolution de la relation conjugale ne devant pas entraîner la disparition ou l'étiolement de la relation parentale. La stabilité du rapport entre chacun de ses parents et l'enfant est cruciale au développement de ce dernier et l'on ne saurait, dans les circonstances que révèle la preuve de l'espèce, privilégier l'apport de l'une des parties au détriment de l'autre. C'est leur double contribution qui permettra l'épanouissement de l'enfant.[94]

Il semble donc qu'il y ait eu une évolution quant à l'interprétation du critère de stabilité, pour inclure une conception qui est favorable à la garde partagée.

2.2.2 Les disponibilités des parents et leurs capacités parentales

Dans l'analyse que font les juges du meilleur intérêt de l'enfant, la disponibilité des parents et les capacités parentales occupent une place considérable. Notre analyse nous permet de dégager que chacune des décisions précitées a pris en considération ce concept.

À l'instar de la stabilité, les capacités parentales et disponibilités des parents seront majoritairement analysées en faveur d'une garde exclusive, spécialement dans le cas des décisions les plus anciennes. En effet, ces variables militent majoritairement

---

90. *C. (G.).* c. *V.-F. (T.), supra*, note 6.
91. *Droit de la famille – 072034*, *supra,* note 79 et *Droit de la famille – 091541*, *supra*, note 78.
92. *Droit de la famille – 072034*, *ibid.*, p. 48 et *Droit de la famille – 091541, ibid*, p. 71.
93. *Ibid.*
94. *Ibid.,* par. 71.

en faveur de la mère qui, encore aujourd'hui, travaille moins que le père à l'extérieur du foyer, et passe un nombre plus élevé d'heures à assumer les responsabilités parentales. Selon les dernières études québécoises, les femmes occupant un emploi rémunéré représentaient 47,8 % de la population active du Québec[95]. Elles feraient également 60 % du travail domestique[96].

Il n'est pas donc surprenant que, dans la totalité des cas retracés accordant des gardes exclusives (10 des 15 arrêts) la garde ait été confiée à la mère[97].

Afin de vérifier les disponibilités des parents, soit le temps et l'attention qu'ils pourront dans les faits consacrer à l'enfant, et leurs capacités parentales, les juges se fondent sur des considérations passées de la relation parent-enfant. C'est ainsi que sept[98] décisions sur 15 concluent que la mère a des capacités parentales plus élevées que le père, huit[99] des capacités parentales équivalentes.

En examinant les capacités parentales, les tribunaux – d'appel, du moins, se font plutôt discrets quant aux éléments de fait sur lesquels ils se fondent. À part un cas où la capacité parentale du parent était remise en doute parce qu'il était en dépression[100], dans les autres affaires, les juges semblent se fier sur la disponibilité du parent plus que sur ses véritables capacités à pourvoir aux besoins de l'enfant. Ils semblent tenir pour acquis qu'un parent qui s'est montré plus disponible que l'autre a nécessairement su développer des capacités parentales supérieures, ayant eu l'occasion de s'occuper de l'enfant de façon plus fréquente. À titre d'illustration, la juge Thibault de la Cour d'appel mentionnait dans l'arrêt *Droit de la famille – 091332*, rendu en 2009 :

---

95. Institut de la Statistique du Québec, *supra*, note 58.
96. *Ibid*.
97. *C.G.* c. *V.F. (T.)*, *supra*, note 6, *P. (D.)*. c. *S. (C.)*, *supra*, note 65 ; *W. (V.)*. c. *S. (D.)*, *supra*, note 68 ; *Gordon* c. *Goertz*, *supra*, note 62 ; *Van De Perre* c. *Edwards, supra*, note 2 ; *Young* c. *Young*, *supra,* note 2 ; *Droit de la famille – 091332*, *supra*, note 77.
98. *T.L.* c. *L.A.P.*, *supra*, note 64 ; *D. M.J.* c. *D. J.*, *supra,* note 69 ; *G.L.* c. *N.F, supra*, note 66.
99. *T.L.* c. *L.A.P.*, *ibid.* ; *G.L.* c. *N.F., ibid.* ; *P.D.* c. *S.C.*, *supra*, note 65 ; *Young* c. *Young, supra*, note 2 ; *Gordon* c. *Goertz, supra*, note 62 ; *Van De Perre* c. *Edwards*, *supra*, note 2, *W.V.* c. *S.D.*, *supra*, note 68.
100. *A.* c. *B., supra*, note 80.

> La première concerne la capacité parentale de l'appelante. Elle constitue la figure parentale dominante auprès des enfants, s'en étant occupée de façon quotidienne depuis leur naissance. Elle présente toutes les qualités requises pour leur procurer les soins et le support nécessaires à leur développement physique, intellectuel, affectif et social.
>
> Le second vise, cette fois, la capacité parentale de l'intimé. Ce dernier ne s'est pas impliqué de très près dans la vie de ses enfants, accordant beaucoup d'importance à son travail.[101]

La juge Bich, dans l'arrêt *Droit de la famille – 091541*, également rendu en 2009, a toutefois cerné différemment la problématique particulière de la disponibilité des jeunes pères, alors qu'elle avait à trancher un litige portant sur la garde d'un enfant âgé de 23 mois. Ce faisant, elle effectue une analyse de la disponibilité du parent et de la capacité parentale, de façon diamétralement opposée à celle que fait sa collègue la juge Thibault dans l'arrêt *Droit de la famille – 091332*, précité, rendu un mois plus tôt. La juge Bich précisait ainsi :

> Que l'enfant soit jeune, personne n'en disconviendra (il avait un an au moment du jugement de première instance, il a maintenant 23 mois). Que la mère ait été la figure dominante est exact aussi, encore qu'il faille ici relativiser la chose. L'intimée a en effet profité d'un congé de maternité/congé parental de 11 mois (de juillet 2007 à juin 2008). L'appelant, de son côté, a continué de travailler bien qu'il ait pris un mois de congé après la naissance.
>
> On ne peut guère lui reprocher de n'en avoir pas pris davantage, vu les obligations financières du couple dont les revenus n'étaient pas très élevés et qui avait acheté une maison moins d'un an auparavant.
>
> L'intimée a aussi allaité l'enfant, ce que l'appelant ne pouvait évidemment pas faire et qui a forcément donné à la première une préséance avec laquelle le second pouvait difficilement rivaliser. À

---

101. *Droit de la famille – 091332*, *supra*, note 77, par. 25 : « En définitive, toute la preuve convergeait vers l'octroi de la garde des enfants à l'appelante puisque c'est elle qui s'est occupée d'eux quotidiennement depuis leur naissance et cela, d'une manière irréprochable. Quant à l'intimé, il a été absent du domicile pour raison de travail pendant une période assez prolongée et lorsqu'il était présent, il s'est montré peu empressé à s'occuper d'eux, d'une part, et ses méthodes d'éducation étaient déficientes, d'autre part. C'est pour ces raisons, sans doute, que le juge de première instance a confié la garde des enfants à l'appelante, même s'il n'a pas fait d'analyse de la capacité parentale des parties, ni motivé autrement sa décision. ».

> mon avis, la preuve révèle cependant, quoi qu'en dise l'intimée dans son témoignage et dans son exposé, que l'appelant s'est beaucoup – et bien – occupé de l'enfant.[102]

S'il est vrai que l'évaluation de la capacité parentale ne peut se faire qu'en se référant aux gestes posés dans le passé et dépend donc de la présence en heures et en attention du parent vis-à-vis de son enfant (disponibilité), les juges omettent dans la majorité des arrêts étudiés de pallier aux lacunes d'une telle évaluation, à l'exception de la juge Bich dans l'arrêt précité. C'est d'ailleurs le seul arrêt de notre sélection dans lequel une telle distinction entre les capacités parentales et la disponibilité dont a fait montre le parent est avancée.

2.2.3 Les conflits et la communication entre les parents

La littérature scientifique pose que les conflits entre les parents suite à une séparation représentent la plus grande difficulté et le plus grand danger psychologique potentiel pour l'enfant dont la cellule familiale éclate[103]. Les tribunaux ont bien intégré cette notion, et dans la moitié[104] des jugements étudiés, ils la prennent en considération.

En matière de conflits entre les parents et plus précisément de difficultés de communication, il ressort de notre étude que ces deux éléments ont une moindre importance dans la décision du juge concernant la garde partagée depuis les dernières années. Dans l'arrêt *D. (M.J.)* c. *D. (J.)*, la Cour d'appel réitérait ce qu'elle avait déclaré dans *Droit de la famille – 2955*[105], c'est-à-dire :

> [en] raison de l'hostilité qui paraît exister encore entre l'appelante et l'intimé, à la suite de la rupture de leur relation, des difficultés

---

102. *Droit de la famille – 091541*, *supra*, note 78, par. 49.
103. Voir notamment : Denyse Côté, « Champ libre : La garde partagée des enfants : nouvelles solidarités parentales ou renouveau patriarcal ? », (2004) 23 *Nouvelles Questions féministes* 80 ; Denyse Côté, « D'une pratique contre-culturelle à l'idéal-type : la garde partagée comme phénomène social », (2006) 27 *Revue québécoise de psychologie* 19 ; Pierrette Fortin, « Un regard féministe sur les modèles de la famille », (2005) 30 *Atlantis* 81 ; Francine Cyr ,« Les conflits entre les parents, la séparation parentale et l'anxiété de l'enfant », (2007) 28 *Revue québécoise de psychologie* 63.
104. *Young* c. *Young, supra*, note 2 ; *G. L.* c. *N. F.*, *supra*, note 66 ; *D.M.J.* c. *D. J.*, *supra*, note 69 ; *T. L.* c. *L. A.P.*, *supra*, note 64 ; *W. V.* c. *S. D.*, *supra*, note 68 ; *G. G.* c. *J. P.*, *supra*, note 70 ; *Droit de la famille – 091541*, *supra*, note 78.
105. *Droit de la famille – 2955*, J.E. 98-746 (C.A.).

> qu'a créées l'intimé dès le prononcé du jugement arrêtant le principe et les modalités d'une garde partagée, de la rigidité et de la crispation des parties dans l'application de chacune de celles-ci, il ressort qu'à l'heure actuelle, ce type de garde ne peut fonctionner adéquatement entre elles et suscite des conflits de nature à nuire à l'enfant[106].

À la suite de la décision *T. (L.).* c. *L.A. (P.),* rendue en 2002 par la Cour d'appel, dans laquelle le juge Dalphond posait que la communication ne saurait constituer un obstacle à une garde partagée[107], les décisions sont plus mitigées sur cette question, se contentant toutefois de réitérer le principe selon lequel la présence de telles difficultés ne peut à elle seule contrevenir à la mise en place d'une garde partagée[108].

Dans l'arrêt *Droit de la famille – 072034* rendu en 2007, la juge Bich mentionne même que les difficultés de communication ne doivent pas être un obstacle à la garde partagée, celle-ci permettant de maintenir une relation significative avec les deux parents alors que les conflits entre les parents et les difficultés de communication existantes pourraient nuire au maintien de la relation entre l'enfant et ses deux parents[109].

2.2.4 L'égalité entre les parents

Dans l'ensemble des décisions analysées, la majorité des pères (9 sur 15)[110] demandaient une garde partagée, alors que la plupart des mères (14 sur 15) recherchaient une garde exclusive.

La question de l'égalité entre les deux parents a rarement fait l'objet de commentaires directs de la jurisprudence. L'on peut toutefois noter les propos de la juge L'Heureux-Dubé dans *Young* c. *Young* qui visait à l'exclusion de cette question de l'analyse :

> Dans l'appréciation qu'ils font de l'ensemble des éléments pertinents, les tribunaux doivent veiller à ce que l'idéal de partage et

106. *D. M.J.* c. *D. J.*, *supra*, note 69, p. 4.
107. *T. L.* c. *L. A.P.*, *supra*, note 64, par. 45.
108. *G.G.* c. *J.P.*, *supra*, note 70 ; *A.* c. *B.*, *supra*, note 76 ; *Droit de la famille – 091332*, *supra*, note 77 ; *Droit de la famille – 091541*, *supra*, note 78.
109. *Droit de la famille – 091332*, *ibid.*, p. 11.
110. *T. L.* c. *L. A.P, supra*, note 64 ; *G.L.* c. *N.F.*, *supra*, note 66 ; *A.* c. *B.*, *supra*, note 76 ; *Droit de la famille – 091332*, *supra*, note 77 ; *Droit de la famille – 091541, supra*, note 78 ; *Droit de la famille – 070234*, *supra*, note 79 ; *A.* c. *B.*, *supra*, note 76 ; *G. G.* c. *J. P.*, *supra*, note 70.

> d'égalité des parents ne masque pas la réalité concrète des arrangements relatifs à la garde et à l'accès, et à ce qu'il soit tenu compte des besoins et des préoccupations de l'enfant et que ceux-ci ne soient pas obscurcis par la revendication, dans l'abstrait, des droits parentaux.[111]

Elle réitérait ce principe dans l'arrêt *Van De Perre* c. *Edwards*, rendu au début des années 2000, rédigé par le juge Bastarache[112]. Dans cet arrêt, il avait été plaidé que le juge de première instance avait confié la garde à la mère en s'appuyant sur des stéréotypes raciaux et sur la doctrine de l'enfant en bas âge. La Cour avait conclu qu'il n'était pas certain que le juge ait utilisé cette doctrine, puisqu'elle n'était pas expressément évoquée dans son jugement. Il est toutefois surprenant que la juge L'Heureux-Dubé ait souscrit aux motifs du juge Bastarache, puisqu'elle avait prôné dans l'arrêt *R.* c. *S. (R.D.)*[113] l'importance de la prise en compte d'office par le juge du contexte social. Si elle avait expressément analysé ce dossier sous l'angle du contexte social dont nous avons fait mention à la section précédente, c'est-à-dire que les hommes obtiennent moins la garde des enfants, notamment en raison du fait qu'ils seraient moins disponibles, et que l'analyse de la situation se fonde majoritairement sur la relation passée du parent avec l'enfant, il nous semble qu'elle aurait pu arriver à une toute autre conclusion.

Nous constatons que les décisions de la Cour d'appel que nous avons retenues qui ont été rendues après l'an 2000[114], accordent plus de place à la garde partagée (4 décisions sur 8 en accordent une)[115], concluent majoritairement à des capacités parentales équivalentes (7 décisions sur 8)[116] et, dans les cas où une garde exclusive est ordonnée, insistent vivement sur le maintien des liens entre l'enfant et le parent non gardien et en encourageant une évolution vers des accès plus généreux[117].

---

111. *Young* c. *Young, supra*, note 2, p. 85
112. *Van De Perre* c. *Edwards*, *supra*, note 2.
113. [1997] 3 R.C.S. 484, par. 121 et s.
114. Voir Tableau 2 et *G.L.* c. *N.F., supra*, note 66 ; *G.G.* c. *J.P.*, *supra*, note 70 ; *T. L.* c. *L.A.P., supra*, note 64.
115. *A.* c. *B.*, *supra*, note 76 ; *Droit de la famille – 091541, supra*, note 78 ; *Droit de la famille – 070234*, *supra*, note 79 ; *G.G.* c. *J.P.*, *supra*, note 70.
116. *A.* c. *B.*, *supra*, note 81 ; *G.L.* c. *N.F. supra,* note 66 ; *Droit de la famille – 070234*, *supra*, note 79 ; *Droit de la famille – 091541, supra*, note 78 ; *A.* c. *B.*, *supra*, note 76 ; *T. L.* c. *L. A.P.*, *supra*, note 64 ; *G.G.* c. *J.P.*, *supra*, note 70.
117. *A.* c. *B.*, *supra*, note 81 ; *G.L.* c. *N.F.*, *supra*, note 66.

2.2.5 Les autres considérations

Notre étude jurisprudentielle nous amène à constater que, depuis l'arrêt *G.(G).* c. *P. (J.)* précité, rendu en 2005, les tribunaux examinent systématiquement, sans y accorder la même attention, certains critères dans le cadre des litiges de garde partagée, ce qu'ils ne faisaient pas nécessairement auparavant. Ces critères sont les suivants :

1. Les capacités parentales des deux parents ;

2. Leur projet de vie pour l'enfant est compatible avec la mesure de garde partagée ;

3. Une certaine capacité de communication entre les parents est probable une fois la garde partagée mise en place.[118]

À ceux-ci, se sont ajoutés l'âge de l'enfant, ses désirs, et la proximité des résidences[119]. Notre analyse nous permet toutefois de conclure qu'aucun de ces critères, à l'exception de la capacité parentale et de la communication, dont nous avons discuté plus haut, ne semble déterminant dans l'esprit des juges.

Dans les faits, le caractère éloigné des résidences fait généralement en sorte que les parents ne demanderont pas la garde partagée, celle-ci étant difficile à exercer compte tenu des difficultés pratiques que représente cet éloignement. C'est peut-être ce qui explique que les demandes de garde partagée sont faites alors que les résidences des parties sont à une proximité relative, qui permet à l'enfant de fréquenter la même école lorsqu'il est chez sa mère que lorsqu'il est chez son père. Dans le cadre des 12 arrêts étudiés dans lesquels il n'était pas question du déménagement du parent gardien[120], la question de la proximité des résidences n'était pas matière à débat et fut disposée très rapidement par le juge, concluant que celle-ci ne posait pas problème.

---

118. *G.G.* c. *J.P.*, *supra*, note 70, par. 4.
119. *Droit de la famille – 091332, supra*, note 77 ; *Droit de la famille – 091541, supra*, note 78 ; *Droit de la famille – 070234*, *supra*, note 76 ; *A.* c. *B.*, *supra*, note 76 ; *A.* c. *B.*, *supra*, note 80.
120. Soit tous les arrêts mentionnés aux Tableaux 1 et 2 de la présente étude, sauf *Gordon* c. *Goertz*, *supra*, note 62 ; *Van De Perre* c. *Edwards*, *supra*, note 2 ; *Droit de la famille – 091332*, *supra*, note 77.

L'arrêt *Droit de la famille – 091541* fait toutefois exception à ce principe, en accordant une garde partagée d'un enfant dont les parents habitent deux villes différentes, dont la distance n'est pas précisée. On comprend toutefois du jugement qu'il ne sera peut-être pas possible de conserver la mesure de garde partagée une fois que l'enfant sera en âge d'aller à l'école :

> Ce n'est pas l'idéal, soit, mais toutes les situations de garde ont leurs inconvénients et, dans les circonstances, vu justement l'âge de l'enfant, la distance ville A/ville C ne peut être la raison de faire obstacle à une garde partagée qui répond à tous les autres critères[121].

La compatibilité des projets de vie que les parents ont pour l'enfant n'est, à toutes fins pratiques jamais évoquée avec beaucoup de détails, si ce n'est dans les arrêts portant sur la liberté de religion du parent (*Young* c. *Young* et *P. (D.)* c. *S. (C.)*). Il semble même exister une présomption de fait simple selon laquelle les projets de vie des deux parents pour leur enfant sont compatibles, comme en témoignent les propos de la juge Bich dans *Droit de la famille – 091541* : « rien dans la preuve ne démontre par ailleurs que les parents ont des projets de vie incompatibles »[122]. Elle fait ainsi reposer le fardeau de preuve sur le parent qui souhaite démontrer qu'ils ne sont pas compatibles.

L'âge de l'enfant ainsi que ses désirs seront également pris en compte par les tribunaux. Tel que le souligne la juge L'Heureux-Dubé dans *P. (D.)* c. *S. (C.)*, le jeune âge de l'enfant a longtemps milité en faveur de l'attribution de la garde à la mère[123]. Il est encore le plus souvent invoqué afin de favoriser l'octroi de la garde exclusive à la mère[124]. Si la Cour d'appel l'évoquait dans son arrêt *G. (L.)* c. *N. (F.)* de façon plus directe[125] pour justifier un tel choix, elle a émis certaines réserves dans l'arrêt *Droit de la famille – 091541*, mentionnant que la garde partagée n'est pas à exclure lorsque l'enfant était en bas âge « et peut être octroyée si les facteurs à considérer, dans l'ensemble, le justi-

---

121. *Droit de la famille – 091541, supra*, note 78, par. 21.
122. *Ibid.*, par. 72.
123. *P.D.* c. *S.C*, *supra*, note 65, p. 44
124. *Gordon* c. *Goertz, supra*, note 62 ; *Van De Perre* c. *Edwards*, *supra*, note 2 ; *Droit de la famille – 091332*, *supra*, note 77 ; *Young* c. *Young*, *supra*, note 2 ; *G.L.* c. *N.F.*, *supra*, note 66 ; *D.M.J.* c. *D. J. supra*, note 69 ; *T. L.* c. *L. A.P.*, *supra*, note 64 ; *W. V.* c. *S. D.*, *supra*, note 68 ; *P.D.* c. *S.C*, *supra*, note 65.
125. *G.L.* c. *N.F.*, *supra*, note 66.

fient »[126]. Notons que la même année, dans son arrêt *Droit de la famille – 091332*, la Cour d'appel a toutefois limité les droits d'accès estivaux du père à deux semaines, s'appuyant sur l'âge des enfants, lesquels étaient âgés de 5 et 3 ans[127].

L'âge de l'enfant sera toutefois considéré par les tribunaux en parallèle avec ses désirs. Dans l'arrêt *C. (G.)*. c. *V. (F.T)*, arrêt précurseur s'il en est un[128], la garde des deux adolescentes avait été confiée à des tiers, suivant leur désir[129]. Cela soulève la question non résolue de savoir si la solution aurait été la même si le parent qui demandait à obtenir la garde était la mère.

Dans les années 1990, la juge L'Heureux-Dubé soulevait que les désirs de l'enfant devaient être considérés lorsque cela était possible[130] et, dans *Gordon* c. *Goertz* précité, la Cour suprême réitère qu'il faut d'ailleurs en tenir compte dans le cadre du déménagement du parent gardien[131]. Pourtant, ce critère n'a été déterminant dans aucune des six décisions recensées rendues dans les années 1990.

L'âge de l'enfant fut cependant invoqué plus fréquemment à partir des années 2000 ; tous les jugements ayant été rendus après cette année en font mention[132]. Toutefois l'opinion de l'enfant sera rarement un facteur déterminant, la Cour d'appel ayant même reconnu dans l'arrêt *Droit de la famille – 070234* que l'opinion d'une enfant de 11 ans ne constitue pas un changement significatif donnant ouverture à une révision de l'ordonnance de garde partagée[133]. Le banc presqu'identique[134] constitué dans l'arrêt *A.* c. *B.* rendu la même année posait toutefois :

> Sans être exclusif, le facteur du choix de l'enfant qui a atteint l'âge de 12 ans est largement déterminant. Certes, le juge de la Cour supérieure n'est pas lié par ce choix notamment si d'autres facteurs

126. *Droit de la famille – 091541, supra*, note 78, par. 57.
127. *Droit de la famille – 091332, supra*, note 77, par. 56.
128. La Cour avait confié la garde des enfants à des tiers, plutôt qu'à leur père, en 1987.
129. *C.G.* c. *V.F.(T.)*, *supra*, note 6.
130. *P.D.* c. *S.C*, *supra*, note 65, p. 43.
131. *Gordon* c. *Goertz*, *supra*, note 62, par. 49.
132. Sauf ceux où les enfants étaient trop jeunes pour exprimer leur opinion, soit : *Droit de la famille – 091332*, *supra*, note 77 ; *Droit de la famille – 091541*, *supra*, note 78 ; *A.* c. *B.*, *supra*, note 80.
133. *Droit de la famille – 070234*, *supra*, note 79, par. 39.
134. Bich, Côté, Morissette, dans *Droit de la famille – 070234, ibid.* et Bich, Morissette et Rochon dans *A.* c. *B.*, *supra*, note 76.

> indiquent fortement qu'il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant de donner suite à sa volonté. Soit dit avec égards, la décision du juge de la Cour supérieure doit être réformée et ce pour plusieurs motifs. D'abord, il n'accorde aucun poids au choix d'une jeune adolescente de 14 ans qui a manifesté le désir de vivre avec son père une semaine sur deux.[135]

Nous constatons que les juge Bich et Morissette ont appliqué le facteur de l'âge de l'enfant de manière bien différente en l'espace de quelques mois, mais concluant à ces deux reprises à une garde partagée.

3. Conclusion

Notre étude nous pousse à conclure qu'il y a très certainement eu une évolution quant à la conception que les juges se font du meilleur intérêt de l'enfant depuis les premiers jugements examinés dans notre étude rendus dans les années 1990. Le fait que ces jugements soient encore cités de façon aussi abondante par la jurisprudence est toutefois signe que plusieurs juges suivent encore l'interprétation du meilleur intérêt de l'enfant, voulant pour la plupart que sa garde soit confiée à son premier pourvoyeur de soins.

Les résultats extraits de notre étude des décisions rendues depuis les années 2000 corroborent toutefois les recherches de quelques auteurs ayant mentionné qu'une partie des juges semblent appliquer une présomption de fait de garde partagée[136].

Cela semble rejoindre les conclusions de la professeure Joyal, dans son étude des décisions de la Cour supérieure : « nombre de juges privilégient cette formule en présence de certaines conditions de faisabilité et d'opportunité et cela, dans certains cas, même si les communications sont difficiles entre les parents »[137]. Nous posons que, si des juges de la Cour supérieure concluent de cette façon, en raison de la grande déférence qui leur est attribuée en appel, il est probable que ces mêmes résultats se reflètent dans l'analyse des décisions de la Cour d'appel.

---

135. *A.* c. *B.*, *supra*, note 76, par. 28 à 30.
136. LeRoy, *supra*, note 8 ; Schirm, *supra*, note 8 ; Renée Joyal et Anne Quéniart, « La garde contestée de l'enfant à la suite d'une rupture conjugale : des juges de la Chambre de la famille s'expriment sur divers aspects de la question », (2001) 35 *PRISME* 116.
137. Renée Joyal, *supra*, note 56, p. 279.

Les critères de la stabilité, de l'âge, du désir de l'enfant et des capacités parentales ont fait l'objet d'une interprétation qui a varié selon le temps. En effet, de plus en plus de juges concluent désormais à des capacités parentales et des disponibilités équivalentes des deux parents[138]. Les tribunaux n'examinent toutefois pas avec la même attention tous les facteurs dans leur analyse, la disponibilité des parents et la stabilité de l'enfant demeurant les deux facteurs les plus déterminants.

Bien qu'une tendance se soit dessinée en faveur de la garde partagée durant les dernières années, les décisions judiciaires demeurent toutefois plutôt imprévisibles. Les critères sont modulés par l'interprétation que les juges en font, selon leur propre conception du meilleur intérêt de l'enfant. L'exemple le plus marquant demeure selon nous les deux décisions rendues en 2009, dans lesquelles les éléments de stabilité et le jeune âge des enfants sont interprétés de façon diamétralement opposés par les juges de la Cour d'appel. Elles furent tantôt invoquées pour justifier le choix d'une garde exclusive (stabilité du lien psychologique)[139], tantôt pour appuyer celui d'une garde partagée (stabilité des contacts)[140].

La garde partagée reflète une notion d'égalité entre les deux parents, alors que la garde exclusive a, selon nous, tendance à cacher un préjugé favorable à l'égard de la mère, comme le démontrent le grand nombre de décisions plus récentes dans lesquelles les juges de la Cour d'appel n'analysent en fin de compte que le critère de disponibilité dans le cadre de l'évaluation des capacités parentales.

Les exemples des juges L'Heureux-Dubé et Bich sont évocateurs à cet égard. Ces deux femmes, de générations différentes[141], ont toutes deux beaucoup contribué à l'évolution de l'égalité homme-femme dans leurs carrières respectives. Leur position en

---

138. Voir la jurisprudence citée sous la note 99.
139. *Droit de la famille – 091332*, *supra*, note 77.
140. *Droit de la famille – 091541*, *supra*, note 78.
141. La juge L'Heureux-Dubé a été admise au Barreau en 1952 (source : Notice biographique de l'honorable Claire L'Heureux-Dubé, en ligne : <http://www.scc-csc.gc.ca/court-cour/ju/lheureux-dube/index-fra.asp>). La juge Bich a été admise au Barreau en 1978 (source : Notice biographique de l'honorable Marie-France Bich, en ligne : <http://www.tribunaux.qc.ca/c-appel/Apropos/Juges/Biographies/BichMF.html>).

matière de garde d'enfant peut paraître toutefois opposée. En effet, dans chacune des décisions étudiées où la juge L'Heureux-Dubé siégeait, soit *P. (D.).* c. *S. (C.), W. (V.)* c. *S. (D.), Gordon* c. *Goertz, Van De Perre* c. *Edwards* et *Young* c. *Young* précitées, une garde exclusive est accordée. La juge se montre en faveur de la présomption de fait de garde en faveur du premier pourvoyeur de soins[142], conclut que la doctrine de l'âge tendre relève du « gros bon sens »[143], se montre favorable à l'exercice de l'autorité parentale exclusif par le parent gardien[144] et présumerait de la validité de l'ordonnance initiale de garde au moment du déménagement du parent gardien (permettant ainsi le déménagement de l'enfant avec son parent gardien, c'est-à-dire dans la plupart des cas, la mère)[145]. Il ressort de l'analyse de ces motifs la présence d'un certain stéréotype fondé sur le fait que la mère serait plus encline que le père à s'occuper des enfants et que, de toute façon, c'est elle qui le fera si une garde partagée est ordonnée[146]. De plus, l'analyse de l'œuvre de la juge L'Heureux-Dubé à la Cour suprême porte à conclure que les préoccupations des féministes de l'époque pertinente, en faveur d'une reconnaissance du rôle des femmes dans la société et dans la famille, ont vastement inspiré ses analyses[147].

De façon diamétralement opposée, la juge Bich, sur les trois décisions étudiées auxquelles elle a pris part, *Droit de la famille – 091541, Droit de la famille – 072034 et A.* c. *B.* précitées, conclut systématiquement à une garde partagée. Elle décèle les problèmes potentiels qui peuvent résulter d'une présomption fondée sur le fait premier pourvoyeur de soins, en concluant qu'il ne faut pas regarder uniquement le passé de la relation parent-enfant (qui peut injustement favoriser la mère) mais qu'il faut également regarder le futur[148]. Elle reconnaît que les pères ont des capacités parentales équivalentes à celles des mères pour s'occuper des jeunes enfants[149]. Elle conclut dans deux affaires dans lesquelles les enfants étaient âgés de 11 et 12 ans, tantôt que l'opinion de

142. *Young* c. *Young, supra*, note 2.
143. *Ibid*.
144. *P.D.* c. *S.C*, *supra*, note 65.
145. *Gordon* c. *Goertz, supra*, note 62.
146. *Young* c. *Young, supra*, note 2.
147. Marie-Claire Belleau, François Lacasse, *Claire L'Heureux-Dubé à la Cour suprême du Canada 1987-2002*, La Société historique de la Cour suprême du Canada et Wilson & Lafleur, Ottawa, Canada, 2004.
148. *Droit de la famille – 091541*, *supra*, note 78.
149. *Ibid.*

l'enfant est primordiale[150], alors que l'enfant désire une garde partagée, et tantôt qu'elle n'est pas déterminante[151], alors que l'enfant souhaite une garde exclusive.

Ces conclusions, bien que présentant peu de valeur sur le plan scientifique, vont toutefois dans le même sens que celles des professeures Joyal et Quéniart suite à une enquête menée auprès des juges de la Cour supérieure il y a déjà plus de dix ans, à l'effet que les juges avaient leur idée sur la garde partagée, certains l'ordonnant même aussi souvent que possible[152].

Notre analyse démontre à tout le moins que les éléments examinés par les juges dans le cadre des litiges de garde ont évolué. Si les décisions rendues dans les années 1990 que nous avons étudiées concluaient en majorité à l'octroi de la garde exclusive à la mère, et interprétaient majoritairement l'élément de stabilité de l'enfant en faveur de l'octroi de ce type de garde à la mère, il en va autrement des décisions rendues après 2005, qui octroient en majorité des gardes alternées et voient la stabilité comme un élément militant en faveur du maintien de contacts étroits avec les deux parents.

Les jugements analysés démontrent que, si une certaine tendance se dessine quant à la popularité de la garde alternée comme solution dans les litiges de garde, il demeure que le critère du meilleur intérêt de l'enfant laisse place à une discrétion judiciaire considérable qui permet d'introduire les valeurs du juge dans le droit.

---

150. *A.* c. *B.*, *supra*, note 76.
151. *Droit de la famille – 070234*, *supra*, note 79, par. 39.
152. Joyal et Quéniart, *supra*, note 136.

Immigration and Adoption of Children under *Kafálah*: A judicial journey

Julie RANGER, Valérie SCOTT and Denise HELLY

Abstract

Kafálah (the commitment to voluntarily take care of the maintenance, education and protection of a minor in Muslim law countries) is an emerging legal issue in Québec that has repercussions on its immigration and adoption systems. *Kafálah* does not sever biological bonds of filiation. Therefore, children under *Kafálah* who attempt to immigrate to a country that only recognizes plenary adoption (which on the contrary severs biological bonds of filiation) or people attempting to adopt them face many legal difficulties. That is the current situation in the province of Québec. This article provides an overview of the current adoption and immigration laws applicable in Québec and explains their interaction with the notion of *Kafálah* by providing a concrete jurisprudential illustration. The authors suggest possible solutions by looking at the following notions: the best interest of the child, foreign law and international agreements, and finally, reasonable accommodation.

Immigration and Adoption of Children under *Kafálah*: A judicial journey

Julie RANGER, Valérie SCOTT and Denise HELLY

1. Introduction 105

2. The judicial journey of X 109

2.1 Immigration procedures undertaken by X 109

2.2 Adoption procedures undertaken by X 111

3. Legal systems 117

3.1 Adoption Law in Québec 117

3.1.1 Preliminary remarks about the adoption system in Québec 117

3.1.2 Québec's adoption regimes 119

3.1.2.1 Internal adoption 119

3.1.2.2 International procedure 119

3.2 Immigration Law 122

3.2.1 Federal Immigration law. 122

3.2.2 Québec immigration law 126

4. Possible solutions 129

4.1 Political and legislative action 129

4.2 Foreign law: what does it really say?. 133

4.2.1 The ambiguity of Moroccan law and the case of Y 133

4.2.2 Introduction of foreign law in the court . . 136

4.3 The interest of the child as a determining factor . 139

4.4 Providing reasonable accommodation 140

4.4.1 What is “reasonable accommodation”? . . 142

5. Conclusion 145

1. Introduction[1]

In recent decades, adoption laws have significantly evolved to better address the needs of children and further protect their interests. Similarly, national and international systems have been implemented for the protection of orphaned and/or abandoned children.[2] For example, in 1993, the Hague Conference on International Law adopted the Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption[3] (hereinafter the *Hague Convention on Adoption*). The purpose of this convention was to address the "dramatic increase in international adoption since the late 1960's to such extent that intercountry adoption had become a worldwide phenomenon involving the migration of children over long geographical distances and from one society and culture to another".[4] The *Hague Convention on Adoption* was drafted in the broad sense of providing the international community with the legal tools necessary to handle the increase. While many considered it to be a major improvement in the field of adoption, it was nonetheless criticized by those who believed that intercountry adoption was not always in the best interest of the child.[5] Indeed, in reac-

---

1. Support for this research was provided by a grant from SSHR in 2007 entitled "Différence de valeurs et de normes. Des pratiques familiales musulmanes selon des juges au Canada, en Espagne et au Royaume Uni." The authors would like to express their gratitude to professor Alain Roy who provided a great support throughout this journey as well as to professor Pascale Fournier for her help. The authors also wish to thank Carle Evans for her help with the grammar. The views expressed in this article are those of the authors and do not reflect those of their employers.

2. *One of the main reports leading to the adoption of the Hague Convention of May 29th on Protection of Children and Co-operation in respect of Intercountry Adoption* was done by J.H.A. van Loom. In his report, he underlines that child trafficking represents the main form of abuse in intercountry adoption. Reader can refer to David M. Smolin, "Abduction, Sale and Traffic in Children in the Context of Intercountry Adoption" (June 2010), online: Hague Conference on Private International Law <http://www.hcch.net/upload/wop/adop2010id01e.pdf>.
3. *Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption,* 29 May 1993, RT Can 1997 No. 12 [Hague Convention on Adoption].
4. G. Parra-Aranguren, "Explanatory Reports on the Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry adoption" (31 December 1993), online: Hague Conference on Private International Law <http://www.hcch.net/upload/expl33e.pdf>.
5. Some argue that the procedures of the Hague Convention on Adoption have encumbered the process with additional delays and hurdles which have resulted in a decrease in the number of international adoptions. Others argue that the Hague

tion to the enactment of the *Hague Convention on Adoption*, the 1989 United Nations Convention on the Rights of the Child (hereinafter *CRC*)[6] states in its article 21 that "intercountry adoption may be considered as an alternative means of a child's care if the child cannot be placed in a foster or adoptive family or cannot in any suitable manner be cared for in the child's country of origin".[7] Currently, intercountry adoption is not only criticized by many, but is also prohibited in some countries. For example, Afghanistan, Saudi Arabia, Bangladesh, Egypt, Pakistan, Iran, Iraq, Morocco, and Algeria prohibit adoption as defined by the *Hague Convention on Adoption.*[8] The prohibition is generally based on an interpretation of the Qur'an[9] and a particular definition of the concept of family, the latter being regarded as a matrimonial union between a man and a woman from which children, preferably males, are born to ensure continuity of the patriarchy.[10] In this context, the fiction of adoption, breaking the bonds of filiation and generating new bonds, would distort the traditional notion of family.[11] However, this does not mean that Muslim law countries that prohibit adoption do not care for abandoned or orphaned children;

Convention on adoption has not done enough to prevent the abuses that it was set up to prevent. For additional reading on the subject, readers can refer to: Laura McKinney, "International Adoption and the Hague Convention: Does Implementation of the Convention Protect the Best Interest of the Children?", (2006-2007) 6 *Whittier J Child & Fam Advoc* 361.

6. *Convention on the Rights of the Child*, 20 November 1989, UNTS 1577, RT Can 1992 No. 3, online: United Nations Treaty Collection <http://untreaty.un.org> [C.R.C.].
7. Ann Laquer Estin, "Families across borders: The Hague Children's Conventions and the Case for International Family Law in the United States", (2010) 62 *Fla L Rev* 48 at 56.
8. Émilie Barraud, "Adoption et kafala dans l'espace migratoire franco-maghrébin", L'Année du Maghreb (2008) at para. 6, online: L'Année du Maghreb <http://anneemaghreb.revues.org/476> [Barraud].
9. The prohibition is based on the Qur'an, whose Chapter 3, verses 4 and 5 read as follows:
   "Allah has not allotted to any man two hearts within his breast, nor has He made those of your wives you equate with your mothers your actual mothers, nor has He made your adopted sons your actual sons.
   Call them after their fathers. That is closer to justice in Allah's sight. And if you do know who their fathers were then they are your brothers in the deen and people under your patronage. You are to blame for any honest mistake you make but only for what your hearts premeditate. Allah is Ever-forgiving, Most Merciful."
   These verses put an end to the pre-Islamic Arab custom of adoption according to which an adopted child was assimilated in a legal sense into his new family. They were prescribed after the Prophet married the divorced wife of his adopted son. See David Pearl & Werner Menski, *Muslim Family Law*, 3d ed. (London: Sweet & Maxwell, 1998) at 408; Raffia Arshad, *Islamic Family Law* (London: Sweet & Maxwell, 2010) at 170-171.
10. Barraud, *supra*, note 8 at para. 5.
11. Barraud, *supra*, note 8 at para. 5.

indeed, other mechanisms ensure that the rights of those children are respected. One of these mechanisms is *Kafálah.* The latter is defined under Algerian law as the "commitment to voluntarily take care of the maintenance, the education and the protection of a minor, in the same way that a father would do for his son".[12] In Bangladesh or Pakistan, it is known as "guardianship". Although the position of Muslim law and the rules of *Kafálah* can vary depending on the country, as can the branch of Muslim law that prevails, the integration of customary practices[13], and the fact that the child under *Kafálah* is an orphan or has been abandoned, what mainly characterizes *Kafálah* is that it does not sever filial ties with the biological family as does plenary adoption.[14]

The distinctions between these two mechanisms are significant enough that it is difficult to attempt any reconciliation. For example, a person living in a country party to the *Hague Convention on Adoption,* wishing to "adopt" a child from a country that only allows *Kafálah*, will most probably face a conundrum of difficulties. This is the situation that currently prevails in Québec,

---

12. International Social Service, "Fact sheet no. 50: Specific case *Kafálah*", *International Reference Center for the Rights of Children Deprived of their Family* (December 2007) online: International Social Service <http://www.iss-ssi.org/2009/assets/files/thematic-facts-sheet/eng/50.Kafala%20eng.pdf>.
13. Pearl and Menski 1998, *supra*, note 9 at 29-32 and 408 where the authors mention that some scholars, including themselves, argue that adoption is allowed under Muslim law. At para 33: "In South Asian laws, adoption among Muslims is legally possible under certain circumstances"; see also Women Living under Muslim Laws, "Knowing our Rights: Women, Family, Laws and Customs in the Muslim World", (2006) online: Women Living Under Muslim Laws <http://www.wluml.org/sites/wluml.org/files/import/english/pubs/pdf/knowing%20our%20rights/kor_2006_en.pdf> at 232-234, mentioning that certain countries have been influenced by Hindu practices or customary laws and now practice adoption. The authors refer to certain parts of Pakistan, Indonesia and Sri Lanka; Kamran Hashemi, *Religious Legal Traditions, International Human Rights Law and Muslim States* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2008) at p. 24: in some Islamic communities of South Asia, adoption is practiced as an act towards which religion is indifferent. [Hashemi]
14. Generally, a child under *Kafálah* retains his family name and still inherits from his biological parents. *Kâfil* (name given to the person taking charge of the child) can provide by will that a maximum of one third of the *Kâfi*l's assets go to his child under *Kafálah* unless consent from the other heirs is obtained. However, these rules can vary depending on the country. For further readings on *Kafálah* and its legal effects see A. Quiñones-Escamez *et al*., "Kafala y adopcion en las relaciones hispano-marroquies", (2009) online: Fortalecimiento y Modernizacion de la Administracion de Justicia en Marruecos <http://www.fiiapp.org/uploads/publicaciones/kafala_y_adopcion.pdf> [A. Quiñones-Escamez]; Shabnam Ishaque, "Islamic Principles on Adoption: Examining the Impact of Illegitimacy and Inheritance Related Concerns in the Context of a Child's Right to an Identity", (2008) 22 *Intl JL Pol'y & Fam*. 393; Pearl and Menski 1998, *supra*, note 9.

Canada.[15] Thus, the following case, relating to the story of "X", clearly portrays these difficulties. X is a Canadian citizen of Moroccan descent who has been trying since 2007 to get a child he took under *Kafálah* in Morocco ("Y") to come and live with him and his wife in Québec. After many years, X was finally able to sponsor the child in 2011.[16]

The authors' goal is to present a comprehensive overview of the subject and to explore possible avenues that might offer a solution to the current situation prevailing in the province of Québec. This article first describes the very unique journey of X. X has attempted immigration as well as adoption procedures in all available fora. It is therefore an interesting case, as it provides us with an extensive overview of the difficulties surrounding a case of *Kafálah* in the Québec immigration and adoption processes. It also brings to light the difficulties faced by judges who find themselves in a legal "cul-de-sac" although they might be sympathetic to the cause.

The key aspects of adoption law, immigration law, and foreign law pertaining to the adoption of children under *Kafálah* in Québec have not, to the best of the authors' knowledge, been presented in public literature. Thus, the article goes on to explain the current adoption and immigration framework that X faced in Québec, taking into account the impact of Canadian federal laws due to the country's constitutional structure. The authors then go on to suggest possible solutions to the problem of *Kafálah* regarding adoption in Québec. According to the authors, bilateral agreements with Muslim law countries such as Morocco and changes to legislation would be the most viable solutions. However, the article also explores three other avenues that could potentially lead to a solution: the mandatory proof of the foreign law, the child's interest as a determining factor and the possibility of granting reasonable accommodation.

The article focuses only on the situation in Québec because, in recent years, it is the Canadian province that has produced the most jurisprudence on the matter.

---

15. The reader can refer to the *Secrétariat à l'Adoption internationale's* website (the secretary for international adoption) to read their section on adoption and *Kafálah* where they underline the impossibility to adopt a child under *Kafálah*: <http://www.adoption.gouv.qc.ca/fr_adoption_kafala.phtml>.
16. *Adoption – 11117*, 2011 QCCA 1129 [*Adoption – 11117*].

2. The judicial journey of X

Adoption procedures are largely confidential and the anonymity of the parties is very important, therefore, out of respect for the parties, we will use "X" and "Y" to refer to the claimant and the child of whom he is the caretaker under *Kafálah*. The facts stated in this article were taken from published decisions[17]. It is also noteworthy that for several procedures, X was not represented by an attorney, therefore, a number of the arguments he put forward have no legal basis.

X is, as mentioned above, a Canadian citizen originally from Morocco.[18] He married a Moroccan national in 1989 and the latter came to live with him in Canada[19], therefore both of them have dual citizenship.[20] On October 2, 2006, X and his wife took Y, an abandoned Moroccan child, under their care and obtained a *Kafálah* from a first instance court in Morocco.[21] On October 10, 2006, the court authorized X and his wife to give Y their family name. On October 23, 2006, X made Y his heir[22] and three days later, on October 26, 2006, the above court allowed Y to leave the country and to live permanently outside of the Kingdom of Morocco.[23] Afterwards, X entrusted his brother-in-law, who lives in Morocco,[24] with the care of Y as he initiated procedures for both the immigration of Y and for his adoption under Québec law.

2.1 Immigration procedures undertaken by X

X undertook immigration procedures for Y in both the federal and provincial jurisdictions. On September 12, 2007, *Citizenship and Immigration Canada* (CIC) declared itself satisfied that Y met all applicable admissibility criteria.[25] The application then

---

17. Some of the decisions were not published.
18. *Adoption – 08581*, 2008 QCCQ 14414 at para. 14, [2008] J.Q. nº 16340, [*Adoption* – 08581].
19. *A* c. *Québec (Procureur général)*, 2007 QCCS 2087 at para. 5, [2007] R.D.F. 528 (C.S.) [*A* c. *Québec*].
20. *A* c. *Québec*, *supra*, note 19 at para. 5.
21. *Adoption – 08581*, *supra*, note 18 at paras. 16-17.
22. *Adoption – 08581*, *supra*, note18 at para. 18.
23. *Adoption – 08581*, *supra*, note18 at para. 18.
24. *Adoption – 08581*, *supra*, note 18 at para. 20.
25. *MS* v. *Québec (Procureur général)*, 2009 QCCS 3790 at para. 24, [2009] R.D.F. 644, [*MS 2009*]. There is no indication in the decision as to which procedure the federal government declared itself "satisfied" of. However, the decision mentions that it was the form IMM1344 that was received by the Québec immigration authorities

followed the regular course of events and went on to the *Direction de l'immigration familiale et humanitaire* (Government of Québec) (DIFH) who rejected it on September 25, 2007. The DIFH applied the federal definition of "dependent child" and concluded that Y was neither a "dependent child" nor a member of the family according to the *Regulation Respecting the Selection of Foreign Nationals*.[26] The DIFH further outlined that Y was not an "adopted child" under the law of Québec because his file did not contain a "non-opposition form" for his adoption from the Health and Social Services Minister of Québec.[27] Following the DIFH's decision, X filed a request for administrative review of this decision by the *Tribunal Administratif du Québec* (the Administrative Tribunal of Québec-TAQ). The latter rendered its decision on May 28, 2009, confirming the DIFH's position.[28] The administrative judge underlined that there was no adoption decision in the claimant's file and therefore, Y was not an adopted child according to

---

from the federal immigration authorities. This form is used by the federal authorities to determine if the person who wishes to sponsor a dependent child qualifies to be a sponsor. At this stage, the identity of the child does not even need to be known, such that there can be no problem caused by a *Kafálah* order. After the federal government declares itself "satisfied" that the applicant fulfills the criteria to be a sponsor, the case proceeds to the Québec government. For more information about the sponsorship process, see Citizenship and Immigration Canada, "Sponsorship adopted children and other relatives – The Sponsor's guide (IMM 5196 Temp)", *Citizenship and Immigration Canada* (7 June 2012), online: Citizen and Immigration Canada <http://www.cic.gc.ca/english/information/applications/guides/5196ETOC.asp>.

26. According to article 14 of the *Canada-Québec Accord Relating to Immigration and Temporary Admission of Aliens*, (5 February 1991) [*Canada-Québec Accord*]: "Canada has sole responsibility for the establishment of selection criteria for family class immigrants and Québec shall be responsible for the application of the criteria, if any, with respect to such immigrants destined to Québec". Therefore, the definitions of "family member" and "dependent child" found in the *Regulation respecting the selection of foreign nationals*, CQLR, c. I-0.2, r. 4 [*Qc RSFN*] are the same as those found in the Canadian regulation. Because Québec is in charge of applying the federal definition, it can rule on whether or not a child is part of the family reunification class. The notions of "dependent" child" and "family member" are explained further in the text in the section about immigration law. Basically, a dependent child is the biological child or the adopted child of the parent and a family member is a spouse, the dependent child of the person or his/her spouse and/or the dependent child of a dependent child. The dependent child is not a child under tutorship or guardianship.

27. Letters of non-opposition are essential in the adoption and immigration procedures. In Québec, the *Secrétariat à l'adoption internationale*, an entity within the *Health and Social Services Ministry*, is responsible for delivering those letters. See Citizenship and Immigration Canada, "OP 3 – Adoptions" *Citizenship and Immigration Canada* (3 April 2009), online: Citizen and Immigration Canada <http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/op/op03-eng.pdf>; *Qc RSFN*, *supra*, note 26, art. 24.1; *Immigration and Refugee Protection Regulation*, SOR/2002-227, art. 117(1)(g)(iii)(B) [*CAN Immigration Reg*].

28. *MS 2009*, *supra*, note 25 at para. 27.

the immigration laws.[29] X responded to this decision by filing a request for judicial review of the decision by the Superior Court of Québec.[30] At the time of writing, the matter may still be pending.[31]

Simultaneously, X initiated procedures requesting that the Superior Court recognize Y as his dependent child according to the immigration laws of Québec, to grant him parental authority over Y and to designate him as Y's legal tutor. In the event that the first motion would be dismissed, X also introduced a motion for a ruling that the provisions preventing him from living with Y are unconstitutional.[32] On February 3, 2011, Judge André Denis rendered his decision.[33] He underlined his sympathy, but pointed out that the case could not be resolved by the judicial system and he called upon the political and administrative authorities[34] to study the case again in light of his judgment.[35]

2.2 Adoption procedures undertaken by X

Since it first appeared that the immigration of Y would only be possible if he was considered an "adopted child", X also undertook adoption procedures under Québec law. Thus, X attempted two different adoption procedures: first, by seeking the recognition of the *Kafálah* decision as an adoption decision and second, by requesting an order of placement for Y in order to adopt him afterwards.

With respect to his first procedure, X obtained recognition by the Québec Superior Court of the decision rendered in Morocco that gave him a *Kafálah* for Y. Judge Carole Julien based her decision on articles 3155 to 3163 of the Civil Code of Québec (C.C.Q.), which lay out the rules for the "Recognition and enforcement of foreign decisions" by Québec courts. In her judgment dated May 4,

---

29. *M...S...* v. *Ministère de l'immigration et des communautés culturelles*, 2009 QCTAQ 05921 at para. 23 [*MS TAQ*].
30. *MS 2009*, *supra*, note 25 at para. 27.
31. The authors say "may" since it is very probable that the matter was resolved in another way. Indeed, the Court of Appeal's decision, discussed later in this section, underlined that the child Y is the dependent child of X and therefore, the immigration of Y might have been granted since then and therefore, there was no need to pursue this action.
32. *MS 2009*, *supra*, note 25 at para. 27.
33. *Droit de la famille – 11213*, 2011 QCCS 412 [*Droit de la famille – 11213*].
34. *Ibid.* at para. 2.
35. *Ibid* at para. 58.

2007, Judge Julien recognized the Moroccan decision granting X and his wife the *Kafálah* of Y as well as the Moroccan decision allowing them to travel and live abroad with Y. She did not, however, recognize these said decisions as equivalent to an adoption decision. Finally, Judge Julien declared the decisions enforceable in Québec and ordered a provisional execution notwithstanding appeal[36], therefore allowing the decisions to be effective immediately. Sadly, the judge did not elaborate on how they should be executed.[37]

On May 4, 2007, with this decision in hand, X asked for the execution of the judgment rendered by Judge Julien. Then, on July 24, 2007[38], the Court of Québec – youth division declared that it did not have the jurisdiction to order the execution.

X then filed a motion for recognition of an adoption decision based on Judge Julien's May 4, 2007 judgment. Once again, X's motion was dismissed at the Court of Québec – youth division by Judge Mireille Allaire on October 4, 2007.[39]

X filed a third demand in his quest to obtain the adoption of Y through the recognition of the decisions rendered in Morocco. On May 13, 2008, Judge Robert Proulx came to the conclusion that X had failed to demonstrate that the Moroccan decisions were equivalent to an adoption decision respecting Québec's regulations on adoption.[40]

On May 14, 2008, X tried a different strategy and filed yet another adoption claim, this time asking the tribunal to grant him an order of placement for Y. The main difference between the two procedures, as it will be explained below, is that the first one is the international adoption procedure (through the recognition of a foreign adoption procedure) and the second one is the internal procedure (through the order of placement). Most of the time, the

36. Art. 497 C.C.P. Usually when an appeal is regularly brought, it suspends execution of the judgment.
37. As mentioned in a previous footnote, if a child under guardianship/tutorship is not considered a dependent child, how can a judgment allowing the child Y to come and live in Québec be enforced?
38. This decision was not published and we were denied access to it because of the confidential nature of the adoption procedures. This procedure is mentioned in Carole Julien's decision: *MS 2009*, *supra*, note 25 at para. 16.
39. We did not have access to these two decisions of the court of Québec – youth division. This is why we do not discuss the substantive reasons in these decisions.
40. *Adoption – 08581*, *supra*, note 18 at para. 54.

distinction rests on the domicile of the child as it is considered an international adoption when the child is domiciled outside Québec and an internal adoption procedure when the child is domiciled in the province. If granted, the internal adoption procedure would allow X to adopt Y after a certain period of time (normally 6 months). However, this procedure was suspended as X went back to Morocco in order to obtain a ruling by a Moroccan tribunal (Ordonnance 63/08, November 19, 2008) recognizing that Y's residence was in Québec and demanding that his situation be regularized by his *Kâfil*.[41] The idea behind the quest for this new ruling was to help X demonstrate that Y's residence, for the purpose of the adoption, was undoubtedly in Québec. Upon his return to Canada, X filed a motion with the Québec Superior Court to have this last ruling recognized and made enforceable in the province. The motion was again heard by Judge Carole Julien of the Superior Court on April 2, 2009 and her decision was rendered on July 13, 2009. Judge Julien recognized the ruling, made it enforceable in Québec and ordered its provisional execution.[42] Unfortunately, she once again omitted to indicate how the child's situation was to be regularized.

Following the aforementioned ruling, the suspended adoption placement procedure for Y resumed. On October 20, 2010, Judge Robert Proulx of the Court of Québec ruled against an order placing Y with the claimant X and his wife. In his decision, the judge expressed great empathy for the petitioner, but concluded that the adoption laws in Québec prevented him from granting the order of placement. The judge further underlined that, for the purposes of his adoption, the domicile of Y was in Morocco[43] and therefore, the child was subject to the rules of international adoption. Unfortunately, because Morocco does not allow adoption[44], no valid consent for the adoption of the child could be given[45] and the latter might never be admissible for adoption in his country of origin, let alone be adopted by X. Granting the adoption would give Y a new filiation and the latter would be unrecognized by Moroccan

41. *MS 2009*, *supra*, note 25 at para. 14.
42. *MS 2009*, *supra*, note 25 at paras. 95-98.
43. *Adoption – 10100*, 2010 QCCQ 10528 at para. 74 [*Adoption 10100*]. In derogation to Québec's common general law (Art. 80 of the C.C.Q). For further explanations, see the section about the adoption legislation of this article.
44. Art. 149 *Code de la famille et ses textes d'application,* BO No. 5358 du 6/10/205 [*Code de la famille Marocain*]: "L'adoption (Attabani) est juridiquement nulle et n'entraîne aucun des effets de filiation parentale légitime".
45. *Code de la famille Marocain*, *supra*, note 44 at para. 105.

law which disallows the breaking of biological filiation and the creation of new ties.[46]

X decided to appeal Judge Proulx's judgment and was successful at the Québec Court of Appeal on June 15, 2011.[47] Unanimously, the Court of Appeal granted X Y's placement in order for Y to be adopted by X and his wife. The Court further ruled that for immigration purposes, Y was the dependent child of X and his wife. Judge Vezina, writing for the Court, invoked several reasons to justify the Court's order of internal placement for adoption. First, he sought to explain why the Court did not require the biological parents' consent to plenary adoption. Since an illegitimate child has no paternal filiation under Moroccan law and since Y's biological mother abandoned him (a reason for a finding of deprivation of parental authority), Judge Vezina came to the conclusion that the tutors could themselves consent to their own request to adopt the child X. He further ruled that the Moroccan authorities had allowed the adoption of Y in Québec and implicitly gave their consent through the *Kafálah* order, the authorization to travel with Y to Québec, and their request for the child's status to be regularized in Québec.

Following this, Judge Vezina entered into a more political discussion. He underlined that, in his opinion, the case of X and his wife is not an international adoption procedure per se, but rather the result of two distinct procedures: one carried out in Morocco in their capacity as Moroccan citizens and another in Québec in their capacity as Canadian citizens. The Moroccan authorities gave X and his wife the *Kafálah* of Y because they were Moroccan citizens and satisfied all of the requirements under Moroccan law. Judge Vezina argued that just like any Québec parent would expect the Moroccan authorities to respect an adoption order pronounced in Québec, X and his wife could expect the Québec authorities to respect the Moroccan decision and make it enforceable in Québec. Judge Vezina opined that the C.C.Q. should not be applied in a way that would deprive an individual of the rights pertaining to his citizenship of origin. Judge Vezina also underlined that flexibility should be shown in applying the C.C.Q. when it is obvious that the claimants are in good faith, when the procedures have been conducted in the best interest of

46. *Adoption – 10100*, *supra*, note 43 at para. 86.
47. *Adoption – 11117*, *supra*, note 16.

the child and when the overall objectives of the law have been respected.

The conclusions of the Court of Appeal seem to be limited to this particular case because, as Judge Vezina mentioned, the case is so marginal that the chances of the decision creating a precedent are slim.[48] Judge Vezina concluded that even if a precedent was created, it would only be for a short time since the legislator has heard numerous recommendations pertaining to the *Draft bill to amend the Civil Code and other legislative provisions as regards adoption and parental authority*[49]. The draft bill did not introduce a solution to this specific situation, but the bill that followed did. Indeed, Bill 81 introduces an interesting new rule at its article 35[50]:

> **35.** The Code is amended by inserting the following articles after article 564:
>
> > **564.1**. A minor child domiciled in a State whose laws prohibit or do not recognize adoption or placement for adoption may not be adopted in Québec unless
> >
> > (1) the child has no established bonds of filiation with either his or her father or mother, or both the child's father and mother are deceased;
> >
> > (2) the child is in the care of a public youth protection authority in that State;
> >
> > (3) a competent judicial authority in that State has established a form of tutorship for the child's benefit by entrusting the child to the adopter;

48. *Adoption – 11117*, *supra*, note 16 at para. 94.
49. *Draft Bill for the Act to amend Civil Code and other legislative provisions as regards adoption and parental authority – Draft Bill*, 1st Sess., 39th Leg., Quebec, 2009, art. 10(3). As of August 2012, the Draft Bill had become a Bill: *An Act to amend the Civil Code and other legislative provisions as regards adoption and parental authority*, 2nd Sess., 39th Leg., Quebec, 2009 [*Bill*]. However, since elections were started in the province of Quebec and were held on September 4, 2012 the Bill was abandoned. On June 14th 2013, Minister St-Arnaud introduced a new version of the Bill (Bill 47 *An Act to amend the Civil Code and other legislative provisions as regards adoption, parental authority and disclosure of information*) [*Bill 2*] that does not contain an equivalent to article 35 mentioned above. We will need to see how the bill evolves but for now, the adoption of certain children under *Kafálah* would not be allowed
50. *Bill*, *supra*, note 49, art. 35.

> (4) the child's definitive transfer outside that State has been authorized by a competent authority;
>
> (5) that State or the competent territorial unit has been designated by the Government on the recommendation of the Minister of Health and Social Services; and
>
> (6) any other condition determined by regulation by the Minister of Health and Social Services has been met.

This article could be interpreted so as to allow children under *Kafálah* to be adopted in Québec if all of the aforementioned conditions are respected. As can be seen, the article appears to address the situation of children that have been abandoned by their parents, for example when both are deceased or because the child was born out of wedlock and the mother abandoned the child due to social stigma. Because the child is now in the care of the state, the issue of parental consent to plenary adoption is uncontentious. As to the state's consent, it is implicitly required under this article since the state of origin must authorize the transfer of the child. This is a very interesting solution that would solve many cases of *Kafálah*, with the exception of those that are intra-familial. In the particular case of Y, it is unclear whether this new disposition could have made a difference because, although Y was abandoned by his mother, we do not know if there was an established filiation with her and therefore, whether or not the new legislation could have applied to his case. Many questions remain however as to how this new disposition would be applied in Québec. For example, how would the immigration regulations be applied? Would the child be adopted once he or she was in the territory of Québec? If so, would the federal government be necessarily involved?

In the end, many questions remain: How will other cases involving children under *Kafálah* be treated by Québec Courts? Will other children be considered adoptable in Québec or, as underlined by the Court of Appeal, was the case of Y a "marginal" one? Will the government of Québec change its adoption legislation to issue non-opposition letters, necessary for children under *Kafálah* to be adopted in Québec? If not, what other options are open to a *Kâfil*? What is the extent of the Court's responsibility?

In the two following sections, the authors explain current immigration and adoption legislation in order to understand the dynamic that exists between the two systems and the reasons why

it was so difficult for Y to be adopted by Québec residents and/or to be considered a «dependent child" for immigration purposes.

3. Legal systems

For a child under *Kafálah* to immigrate to Québec, he or she needs to satisfy the requirements of both the adoption laws of Québec and the immigration laws of Québec and Canada.

3.1 Adoption Law in Québec

3.1.1 Preliminary remarks about the adoption system in Québec

Adoption in Québec is governed by the *Civil Code of Québec* (hereinafter, C.C.Q.) and the *Youth Protection Act.*[51] It is also regulated by two international conventions: the *Convention on the Rights of the Child (*hereinafter *CRC*[52]) ratified by the Canadian government on December 13, 1991 with the provinces' approval[53], and the *Hague Convention on Adoption* that came into effect in Québec on February 1, 2006.[54] The type of adoption that is currently recognized in Québec is plenary adoption. The latter severs biological bonds of filiation and creates new bonds with the adoptive family.[55]

As previously mentioned, there are two different adoption regimes in Québec: the regime governing internal adoption for children domiciled in Québec and the regime governing international adoption, for children domiciled abroad. In both cases, the C.C.Q. indicates that the adoption must be done in the child's best interest and under the conditions prescribed by law.[56] Under the

---

51. *Youth Protection Act*, CQLR, c. P-34.1 [*Youth Protection Act*].
52. C.R.C., *supra*, note 6 at 3.
53. United Nations Refugee Agency, "Signatories countries to the *Convention on the Rights of the Child*", online: UNHR <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4c0f535d2>.
54. Hague Convention on adoption, *supra*, note 3 and *An Act to implement the Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption*, CQLR, c. M-35.1.3 [Act to implement Hague Convention on Adoption-Qc].
55. Art. 577 C.C.Q.
56. Art. 543 C.C.Q. (Some examples of the requirements of the law: conditions concerning the adopter; the rules governing the consent of the biological mother and father; etc. Claire Bernard & Danielle Shelton, *Les personnes et les familles*, t. 1, 2e ed. (Montréal: Adage, 1995) at 1 [Bernard & Shelton]).

regular C.C.Q. regime, the domicile of the unemancipated minor is the domicile of his tutor.[57] Most cases of *Kafálah* in Québec raise the issue of the child's domicile[58] as the *Kuffal*[59] argue that being the tutors of the child under *Kafálah*, the adoption procedure should be an internal one. They also argue that, as tutors, they can consent to the adoption of the child.[60] If a Court accepts such an argument, the law of the country of origin and the Québec provisions on international adoption are at risk of being overruled. In an attempt to resolve this issue, certain judges in Québec came to the conclusion that a child can have two domiciles: one where the child exercises his civil rights and one for the purpose of his adoption.[61] While one case exemplifies a legitimate exception to such a proposition[62], the authors are of the opinion that the country of origin should be considered the domicile of the child for the purpose of his adoption. This idea is supported by the rules laid out in the *Hague Convention on Adoption*, as those rules were intended to strengthen the rights and duties of both countries involved in the international adoption process.[63]

---

57. Art. 80 C.C.Q.
58. Denise Helly *et al.*, "Droit familial et parties "musulmanes": Des cas de *Kafálah* au Québec , 1997-2009", (2011) 56(4) *McGill L.J.* 1059-1112 [Helly *et al.* 2011].
59. *Kuffal is plural for Kâfil*.
60. *Droit de la famille – 3403*, [2000] R.J.Q. 2252, [2000] R.D.F. 624 (C.A.) [*Droit de la famille – 3403*]; *A.B.M. (Dans la situation d')*, [2002] R.J.Q. 1161, [2002] R.D.F. 475 (C.Q.) [*ABM*].
61. See e.g. *Droit de la famille – 3403*, *supra*, note 60; *A.B.M.*, *supra*, note 60; *Adoption (En matière d')*, 2006 QCC 8524, [2006] R.J.Q. 2286 (C.Q.) [*Adoption 2006*].
62. In *Adoption 2006*, *supra*, note 61, a Kafàlah was granted to the Kuffal for a child in 1996 in Algeria. In 2002, the Kuffal and the child under *Kafálah* immigrated to Québec. In 2006, they filed to adopt the child according to Québec law. The government argued that, for the purpose of her adoption, the domicile of the child X remained in Algeria and, therefore, the adoption was subject to the rules of the international procedure. However, the court ruled that the child was admissible for adoption through the internal procedure. The Court underlined that the child and her Kuffal had always had the same domicile in contrast to other traditional international adoptions. Moreover, the court determined that, for the purpose of her adoption, the domicile of the child X had validly changed and was now Québec. The court declared the child admissible for adoption under the internal procedure.
63. *Adoption 2006*, *supra*, note 61 at para. 32. See for example ss. 2 and 16 of the *Hague Convention on Adoption*, *supra*, note 3. Notably, s. 2 provides that the "Convention shall apply where a child habitually resident in one Contracting State ("the State of origin") has been, is being, or is to be moved to another Contracting State ("the receiving State") either after his or her adoption in the State of origin by spouses or a person habitually resident in the receiving State, or for the purposes of such an adoption in the receiving State or in the State of origin." Under s. 16, it is the state of origin that must determine the adoptability of the child. Therefore, even when the child now resides in the receiving state and will be adopted there, the rules of the state of origin continue to apply to the determination of adoptability. A fortiori, one could argue that a change of domicile through legal fiction should not be a way to avoid the application of the rules of the state of origin.

3.1.2 Québec's adoption regimes

The next sections give an overview of both adoption regimes (internal and international) emphasizing the differences between the two.

3.1.2.1 Internal adoption

If the child is domiciled in Québec, the Court must ascertain whether valid consent to his adoption was given by the child's mother and father or tutor or make sure that the child has been declared legally eligible for adoption.[64] In cases where valid consent was given, the Court grants an order of placement for the child in favour of his adoptive family, a necessary step if the child is domiciled in Québec.[65]

The adoption may only take place if the child has lived six months or longer with his adoptive parents.[66] At the end of this period, an application for adoption is filed and ultimately, an adoption judgment is rendered.[67]

3.1.2.2 International procedure

If the child is domiciled outside Québec, the adoption procedure differs depending on whether or not the *Hague Convention on Adoption*[68] was ratified by the child's country of origin.

The adoption can either be pronounced in Québec or in the country of origin of the child if the country of origin is not party to the *Hague Convention on Adoption* (Morocco, for instance[69]). The process will depend on the country of origin's law. In any case, the basic requirements remain the same: the adoption arrangements must be made by a body certified by the Minister of Health and Social Services in accordance with the *Youth Protection Act* unless

64. Art. 544 C.C.Q.
65. Bernard & Shelton, *supra*, note 56 at 7.
66. Art. 566 C.C.Q.
67. Art. 573 C.C.Q.
68. Hague Convention on adoption, *supra*, note 3.
69. Morocco is not part of the Hague Convention on Adoption, *supra*, note 3. Nor are most Muslim countries from which children under *Kafálah* come (ex: Algeria, Pakistan, Bangladesh). For a list of the Convention's member states see: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=24> (last consultation: July 29th 2010).

an order from the Minister published in the *Gazette officielle du Québec* provides otherwise[70] and the adopter must undergo a psychological assessment as specified by the conditions in the *Youth Protection Act.*[71]

If the law of the country of origin requires that the adoption be granted in Québec, the adopter must apply for an order of placement as it is the case for internal adoption (jointly with the Director of Youth Protection).[72] The court will need to ensure that the applicable domestic and foreign rules are respected. Domestically, the C.C.Q. requires the Court to verify that the prescribed consent has been validly given by the biological parents of the child or, if they are both deceased, by the tutor of the child.[73] This consent must have been given for the purpose of a plenary adoption.[74] At the end of the six-month probation period[75], an application for adoption is filed and, ultimately, an adoption judgment may be rendered.

On the other hand, if the foreign law requires that the adoption be granted in the child's country of origin, the adoption decision will need to be recognized in Québec.[76] In addition to ensuring that all of the aforementioned basic requirements are fulfilled, the Court will have to ascertain that the rules concerning "consent to adoption and eligibility for adoption have been observed[77]" and that consent has been given for the purpose of a plenary adoption (i.e. an adoption resulting in the dissolution of the pre-existing bond of filiation between the child and his family of origin). Once recognition is granted, the foreign adoption judgment has the same effect as a decision rendered in Québec as of the moment it was rendered.[78]

Article 3092 C.C.Q. stipulates that the parents' consent and the admissibility criteria of the child for adoption are those pro-

---

70. Art. 564 C.C.Q. and *Youth Protection Act*, *supra*, note 51 at para. 2.
71. Art. 563 C.C.Q. and *Youth Protection Act*, *supra*, note 51.
72. *Youth Protection Act*, *supra*, note 51, art. 825 C.C.P.; *International Adoption Regulation*, CQLR, c. P-34.2, r. 0.01 and Alain Roy, *Le droit de l'adoption au Québec* (Montréal: Wilson & Lafleur, 2006) at 99 [Roy].
73. Art. 553 C.C.Q.
74. Art. 568 C.C.Q.
75. Art. 566 C.C.Q.
76. Art. 565 C.C.Q.
77. Art. 574 C.C.Q.
78. Art. 581 C.C.Q.

vided by the law of the child's domicile.[79] Therefore, if the child's country of origin does not recognize or allow for intercountry plenary adoption, the parents' consent cannot be validly given.

The most common argument put forward by Québec governmental authorities in past *Kafálah* cases was that Morocco did not allow adoption.[80] The case of Y seems to contradict this apparent prohibition on adoption. Indeed, the last Moroccan decision clearly states that the Moroccan Court recognized that the child's residence was in Québec and called for regularization of the child's status in Québec.[81] The Court did not provide any details as to what it meant by "the necessity for the child's status to be regularized". Notwithstanding this lack of clarity, the authors argue that it would be naïve to believe that the Moroccan authorities were unaware that plenary adoption was and still is the only adoption regime in Québec and therefore, by commanding the regularization of Y's status, they implicitly allowed for his adoption.

This last point illustrates not only how ambiguous the application of Moroccan law is on the issue of international adoption, but also how much foreign law expertise is needed, as will be discussed below. For present purposes, it shows the ambiguity of the last decision from the Québec Court of Appeal in the case of X and Y[82]. As mentioned previously, the Court's opinion was that it was not an international adoption case, but rather the result of two parallel procedures in Moroccan and Québec law that required harmonization.[83] Even if they were to agree with the Court of Appeal on this qualification, the authors doubt that harmonization can be accomplished in such a way. Since the Moroccan decision was clearly one of *Kafálah*, the applicable adoption procedure was the procedure for non-members of the *Hague Convention on Adoption*. To obtain internal placement for adoption in such cases, consent for plenary adoption must have been given.[84] In the case at bar, the Court relied on the consent of the tutors as *Kuffal* and

79. Art. 3092 C.C.Q.
80. Argument put forward in *C.C. (Re)*, [1998] J.Q. nº 4179 (C.Q.) (QL) at para. 9, rev'd [2000] R.J.Q. 2252, [2000] R.D.F. 624 (C.A.) [*C.C. (Re)*], *Adoption – 2006*, *supra*, note 61 at para. 8 et *ABM*, *supra*, note 60 at para. 8. The argument is based on the article 149 of the *Code de la Famille Marocain*, *supra*, note 44.
81. *Adoption – 10100, supra*, note 43 at para. 45.
82. *Adoption – 11117*, *supra*, note 16.
83. *Adoption – 11117*, *supra*, note 16 at paras. 80-84.
84. Art. 568 C.C.Q.

on the implied consent from the Moroccan authorities.[85] With respect to the Court of Appeal's decision, the authors do not understand how the Court concluded that the *Kuffal* could consent to the adoption in this case. The proper moment to examine the issue of consent to plenary adoption should be before the grant of *Kafálah*. It is the Moroccan authorities acting as guardians of the abandoned child before the *Kafálah* order who may or may not consent. Even if one accepts that the tutors could consent, according to article 3092 C.C.Q., foreign law applies in the matters of consent and adoptability. Therefore, proof that the consent to international plenary adoption is valid under Moroccan law by either tutors or legal authorities must be shown in any case.

Instead of resolving that issue, the Court of Appeal invoked in a bundle of fundamental human rights, immigration law, accrued rights pertaining to citizenship, as well as good faith in order to justify their flexible interpretation of the adoption laws in this very specific case.[86] Overall, it seems that the Court was very careful not to create a precedent. Although they can sympathize with the Court in regards to the difficult dilemma they faced, the authors believe that the decision falls short of offering a permanent solution in Québec that successfully addresses the immigration and adoption situations of children under *Kafálah*.

3.2 Immigration Law

3.2.1 Federal Immigration law

Canadian citizens or permanent residents of Canada, with a child under *Kafálah* who is not already on Québec territory, typically argue that the child is part of their family and qualifies under the immigration class of family reunification. The immigration law for family reunification is under both federal and provincial jurisdiction. In 1991, Ottawa and Québec signed the *Canada – Québec Accord relating to immigration and temporary admission of aliens*[87] where it was decided that:

> 14. Canada has sole responsibility for the establishment of selection criteria for family class immigrants and Québec shall be

85. *Adoption – 11117*, *supra*, note 16 at paras. 59-76 and 91.
86. *Adoption – 11117*, *supra*, note 16 at paras. 77-90.
87. *Canada – Québec Accord*, *supra*, note 26.

responsible for the application of those criteria, if any, with respect to such immigrants destined to Québec.

The federal government is therefore solely responsible for determining who is a "family member" and the Québec government is responsible for applying the federal definition when selecting its immigrants. The definition of "family member" can be found at article 12 (1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (hereinafter IRPA).[88]

> **12.** (1) A foreign national may be selected as a member of the family class on the basis of their relationship as the spouse, common-law partner, child, parent or other prescribed family member of a Canadian citizen or permanent resident. (Emphasis added by the authors)

For further specification as to who is a "child", one has to look at the *Immigration and Refugee Protection Regulation* (hereinafter Regulation)[89] where section 7 lists the people who can apply as family members, under section 12 of the Act, for permanent resident status. Included in the notion of "family" are both the dependent child of the sponsor and the child that will be adopted in Canada by the sponsor. The first article of the Regulation defines "dependent child":

> "dependent child", in respect of a parent, means a child who
>
> (*a*) has one of the following relationships with the parent, namely,
>
> (i) is the biological child of the parent, if the child has not been adopted by a person other than the spouse or common-law partner of the parent, or
>
> (ii) is the adopted child of the parent; and (emphasis added by the authors)
>
> (*b*) is in one of the following situations of dependency, namely,
>
> (i) is less than 22 years of age and not a spouse or common-law partner,

88. *Immigration and Refugee Protection Act*, R.S.C. 2001, ch. 27 [*CAN Immigration Law*].
89. *CAN Immigration Reg*, *supra*, note 27.

(ii) has depended substantially on the financial support of the parent since before the age of 22 – or if the child became a spouse or common-law partner before the age of 22, since becoming a spouse or common-law partner – and, since before the age of 22 or since becoming a spouse or common-law partner, as the case may be, has been a student

(A) continuously enrolled in and attending a post-secondary institution that is accredited by the relevant government authority, and

(B) actively pursuing a course of academic, professional or vocational training on a full-time basis, or

(iii) is 22 years of age or older and has depended substantially on the financial support of the parent since before the age of 22 and is unable to be financially self-supporting due to a physical or mental condition.[90]

Therefore, to be considered as a "dependent child", one needs to be the biological child of his parents or the adopted one. The Regulation defines adoption as:

Interpretation – adoption

(2) For the purposes of these Regulations, "adoption", for greater certainty, means an adoption that creates a legal parent-child relationship and severs the pre-existing legal parent-child relationship. (emphasis added by the authors)[91]

The Regulation also stipulates that, to be considered a "child to be adopted", the child needs to fulfill the following requirements:

– the child is under 18;

– if the country where the child is from is not part of the *Hague Convention on Adoption*, the child must have been placed for adoption in his country of residence or be legally available for adoption and the competent authorities of the province of destination[92] must have stated in writing that they do not object to the adoption. (emphasis added by the authors)

90. *CAN Immigration Reg*, *supra*, note 27, s. 1 (definitions).
91. *CAN Immigration Reg*, *supra*, note 27, s. 3.
92. In Québec, the Minister of Health and Social Services acts as the central authority responsible for the application of the *Hague Convention on International adoption*

Once again, the interpretation of the word "adoption" is the one found in the definition section of the aforementioned Regulation. The Regulation specifies that the adoption, to be legitimate, must be done in the "best interest of the child". Article 117(3) of the Regulation lays out the circumstances in which the Canadian government will consider that an adoption was performed in the best interest of the child:

– "before the adoption, the child's parents gave their free and informed consent to the child's adoption [...]"

– "the adoption was in accordance with the laws of the place where the adoption took place [...]"

Therefore, under the current state of Canadian immigration law, a child under *Kafálah* cannot be considered a "dependent child" because *Kafálah* does not break the pre-existing legal parent-child relationship nor does it create a new filiation. The child under *Kafálah* is thus not an adopted child according to the federal legislation.[93] For the same reason, a child under *Kafálah* cannot legally be considered a child "to be adopted" since his country of origin does not allow for adoption.

Despite the apparent impossibility for a child under *Kafálah* to qualify under the federal immigration rules for family reunification, the Court of Appeal underlines that the immigration of children under *Kafálah* had been granted in the past. The Court of Appeal's judgment[94] of June 2011 refers to two decisions.[95] These two decisions emphasize that, under federal legislation, if the province of destination issues a letter of non-opposition, the letter constitutes proof that the adoption is not solely intended to acquire an immigration status and that the requirements of the federal immigration rules for sponsorship are met.[96] Other examples confirm this interpretation of the federal legislation. For instance, in British Columbia, one adoption agency was able to obtain a letter of non-opposition from the provincial authorities

---

through the Québec "Secrétariat à l'adoption internationale" (Act to implement Hague Convention on Adoption-Qc, *supra*, note 54, s. 2).

93. ISS – Fact sheet, *supra*, note 12.
94. *Adoption – 11117*, *supra*, note 16.
95. *Shaibon* v. *Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 CanLII 47787 (IRBC) [*Shaibon*]; *Ghazimoradi, Akram* v. *Canada (Citizenship and Immigration)*, SAI TA5-15827 (2008) [*Ghazimoradi*].
96. *Adoption – 11117*, *supra*, note 16 at para. 78.

for a *Kafálah* case from Morocco.[97] With this letter in hand, the adoption agency was able to get the federal government to agree to the immigration of the child under *Kafálah*. The agency argued (successfully, it seems) that if the biological parents and/or the responsible authorities in the country of origin signed documents explaining that the child is to be adopted in British Columbia and if they were informed correctly of the consequences, there is no breach of section 48 of the British Columbia *Adoption Act*[98] and therefore, a letter of non-opposition can be issued. To the authors' knowledge, it seems like an isolated practice for adoptions from Morocco and therefore, it will be interesting to see if the federal government continues to accept these letters of non-opposition in similar cases.

3.2.2 Québec immigration law

As for the adoption process in the province of Québec, the *Act respecting immigration to Québec*[99] provides the applicable regulations. As mentioned above, the Québec government is responsible for the application of criteria adopted by the federal government. Therefore, conclusions reached under federal immigration law pertaining to the possibility of sponsoring a child under *Kafálah* further apply to Québec immigration laws. However, there are two potential exceptions to this: first, the possibility of issuing a letter of non-opposition and second, the special immigration procedure put in place by the Québec government.

The Québec government could issue a letter of non-opposition, similar to what their British Columbia counterparts have done. Such a letter could possibly be considered as evidence that all federal immigration requirements have been met.[100] The authors would like to emphasize the word "possibly", as it is not

---

97. *Sunrise Adoption (*Vancouver, British Columbia, <http://www.sunriseadoption.com>) has an adoption program for children from Morocco. As of September of 2011, they had only done one case.
98. *Adoption Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 5, s. 48(2)(d). With this reasoning, it seems that BC does not have the same understanding of "valid consent". Indeed, Québec understands the notion of "valid consent" as obtaining a consent that would also be valid in the country of origin. In opposition, it seems that BC understands "valid consent" as the informed consent of the parents and/or competent authorities. As long as the parties understand what they are saying yes to, the consent is valid even if adoption is not permitted in the country.
99. *Act respecting immigration to Québec*, CQLR, c. I-0.2, and the QC RSFN, *supra*, note 26.
100. See recent decisions of the CISR: *Shaibon* and *Ghazimoradi*, *supra*, note 95.

clear that the Québec government would be respecting the international rules on adoption by allowing the adoption of children that could not otherwise be adopted due to a prohibition on adoption in their country of origin. The *CRC* is clear: when adoption is necessary or desirable, the consent must have been given with proper knowledge of its consequences.[101] However, the *CRC* also implies that every decision involving a child must be made with the child's interests in mind and reaffirms that the family represents the most fundamental unit.[102] Therefore, in a case like Y's, one may ask: what is the extent of the Québec authorities' international responsibilities in cases where an abandoned child (like Y) wishes to be reunited with his "adopting" *Kuffal* in Québec. This raises further questions: should the interest of the child and his right to family reunification override the provisions of the *Civil Code*? Who is responsible for giving valid consent to the adoption of the child? As mentioned earlier, the rules of *Kafálah* differ from one country to another or under the various branches of Muslim law. The authors argue that any possible ground for distinction between children under *Kafálah* in terms of who may or may not be adopted and enter another country should be based on the type of *Kafálah* involved (*Kafálah* for orphans and abandoned children versus intrafamilial *Kafálah*). In situations where biological parents are still present in the child's life, the adoption of children under *Kafálah* should not be allowed in order to protect the rights of biological parents and prevent child trafficking. However, the authors believe that in the case of an orphaned or abandoned child, the consent of the governmental authorities, whether explicit or implicit (as in the case of Y), should be sufficient to allow the province of destination to submit a letter of non-opposition.

On a related note, since 2008, children under *Kafálah* living with a family admissible for permanent immigration to Québec can immigrate along with their family. In *Note sur les procédures d'immigration – Traitement des demandes visant des enfants sous tutelle (Kafálah)*[103], the *Direction des politiques, des programmes*

101. C.R.C., *supra*, note 6 at s. 21(a).
102. C.R.C., *supra*, note 6 at s. 3(1) and Preambule.
103. Ministère de l'immigration et des communautés culturelles, "Note sur les procédures d'immigration – Traitement des demandes visant des enfants sous tutelle (KAFALA)" Publications du Québec – Notes sur les procédures d'immigration (19 décembre 2008) online: <http://www2.publicationsduQuébec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=7&gpiType=N&file=NPI2008-014.pdf&eoq=36870> [NPI 2008-14]. One interesting thing to note with this partic-

et de la promotion de l'immigration – Services conseils aux candidats à l'immigration (part of the *Ministère de l'immigration et des communautés culturelles*) states that a child under *Kafálah* accompanying a foreign national admissible for permanent immigration can immigrate with that foreign national. The rationale behind this provision is that, in most cases, the child under *Kafálah* has been living with the same family for many years. Therefore, it would be absurd to separate the child from his *de facto* family. However, this process is not instantaneous and certain conditions must be met, as every case is evaluated independently. Among these conditions, the child must be 18 years old or younger, be fatherless and motherless or have unknown parents, have been given to the care of his *Kâfil* (or *Kuffal*) by a ruling of the court and must have lived with his caretaker(s) for long enough to have created a family-like relationship.[104] The *Kuffal* must also satisfy certain conditions: they must be at least 18 years older than the child, one or both of the *Kuffal* must be from the same country of origin as the child, they must have obtained common tutorship of the child by a court ruling (except if the *Kâfil* is single) and taken the commitment to have the tutorship decision recognized by a Québec tribunal within 90 days of their arrival in Québec.[105] Once the child is in the province, the *Kafálah* decision will be recognized and the applicants will be granted tutorship of the child.

This procedure answers the Court of Appeal's concerns in the case of Y.[106] The Québec government respects the rights of its candidates for immigration which originate from their citizenship of origin. However, like many other children, Y was not part of this particular immigration category since his *Kuffal* were not candidates to permanent immigration; they were already Québec residents at the time they applied for his *Kafálah*. As previously mentioned, the authors argue that, if need be, exceptions should be based on the status of the child and the type of *Kafálah* at issue (*Kafálah* for abandoned and orphaned children versus intra-familial *Kafálah*) rather than on the immigration situation of the

---

ular regime is that if all of the conditions are fulfilled, the child is issued a Certificate of selection under section 18 c) i. which is for people in distressful situations. Therefore, even if the child satisfies all of the conditions and is able to immigrate, he is never considered a dependent child.

104. NPI 2008-14, *supra*, note 103 at 3.
105. NPI 2008-14, *supra*, note 103 at 3.
106. *Adoption – 11117, supra*, note 16 at para. 82.

*Kuffal*s. Granting the immigration of children under *Kafálah* could lead to problems the Québec government already faces in other *Kafálah* cases. For instance, there seems to be no reason to deny the adoption of a child under *Kafálah* once he is domiciled in Québec[107]. However, if this child's biological parents are still present in his life, his adoption could infringe on their rights as the biological parents and go further against their initial consent to the *Kafálah*.

In the last section of this article, the authors examine possible solutions that could be implemented.

4. Possible solutions

As previously stated, the Québec Court of Appeal's last decision in Y's case offers no permanent solution and the Court took great care to specify that this case was to be considered as "marginal" and should not constitute a precedent.[108] Therefore, one should identify other possible solutions to solve the issue at hand. The authors will now explore four possible solutions:

– Political and legislative action

– The mandatory proof of foreign law in court

– The best interest of the child as a determining factor in *Kafálah* cases

– Granting a reasonable accommodation

4.1 Political and legislative action

In an ideal world, the Canadian federal government, the provincial authorities as well as the representatives of countries from which children under *Kafálah* originate would meet to discuss the issue. They would find common ground on solutions that could be incorporated in either a multilateral treaty or a number of bilateral treaties. Such agreements could, for instance, provide a con-

107. *Droit de la famille – 3403, supra*, note 60; *A.B.M, supra*, note 60; and *Adoption 2006, supra*, note 61 are the three cases where courts allowed a child under *Kafálah*, residing in Québec to be adopted. Those cases are explained in different sections of this article.
108. *Adoption – 11117, supra*, note 16 at para. 94.

version procedure similar to the procedure under the *Hague Convention on Adoption*, but this time as between *Kafálah* and adoption. Under the *Hague Convention on Adoption*, if adoption only exists in a simple form in the country of origin, it can be converted into a full or plenary adoption in the receiving country under two conditions. The first condition is that the law of the receiving country must permit the conversion. The second condition is that a special consent to full or plenary adoption from parents, institutions or authorities, as well as from the child if he or she is old enough, must be given.[109] Bilateral treaties with countries that only recognize *Kafálah* are already in the process of being approved: Belgium[110] and Italy[111] are currently in the process of reaching such an agreement with Morocco. Under the projected treaty between Italy and Morocco, a *Kafálah* can be converted into a simple adoption under Italian law, provided that the adoption does not sever the filiation links with the biological family and preserves the original name and nationality of the child.[112] Morocco has made a compromise in this case by accepting the creation of a new filiation bond for the child under *Kafálah*. Another solution for Canada could be for all parties to agree on an ad hoc set of measures applicable for children under *Kafálah*. This process could help assuage the fears of the Canadian and provincial authorities regarding the *Kafálah* process.

Among these safeguards, countries of origin such as Morocco and Bangladesh would have to clearly indicate if they would allow conversion of *Kafálah* in the country of reception, and if so, to what extent (i.e. plenary adoption, simple adoption, special guardianship, etc.). However, this method could appear as evidence of cultural imperialism since it requires Muslim countries to authorize the conversion of a Muslim institution into a Western one. However, such a criticism ignores the fact that said countries could legitimately, clearly, and legally refuse intercountry adoption.[113] The advantage of this solution is that it ensures that the

---

109. Hague Convention on Adoption, *supra*, note 3, ss. 4 and 27.
110. Yann Ngomo, "Adoption/*Kafálah*: Bientôt un accord entre le Maroc et la Belgique", Yabiladi Magazine (13 May 2011), online: <http://www.yabiladi.com/articles/details/5512/adoption-Kafálah-bientot-accord-entre.html> [Ngomo].
111. A. Quiñones-Escamez, *supra*, note 14 at 173-174.
112. A. Quiñones-Escamez, *supra*, note 14 at 173-174.
113. C.R.C., *supra*, note 6, s. 20(3) recognizes *Kafálah* as a legitimate way of caring for children deprived of family as an alternative to adoption.

biological parents' consent and international rules are not violated by the country of reception. It would also allow Canada and Québec to ask for certain safeguards to ensure that children under *Kafálah* are not victims of child trafficking.

Unfortunately, such treaties, according to the authors, have little hope of becoming a reality for many reasons. Firstly, the number of children under *Kafálah* in Canada or who request a right of entry into the country remains low.[114] Secondly, religious accommodation is currently a hot topic in Canada, therefore the negotiation of a treaty solely devoted to resolving problems created by a provision from the Qur'an would certainly incur negative press for the government. Similarly, it is politically delicate for the countries of origin to engage in such a process, as it allows or facilitates adoption or placement of children from developing countries abroad.[115] Finally, it has historically been difficult for the ten provinces to come to an agreement with the Canadian federal government and it would be impossible to deal solely with a province such as Québec due to federal jurisdiction in determining who is a "family member" for immigration purposes.[116]

A second solution could be to amend the adoption procedures in Québec to incorporate a special regime for children under *Kafálah*. This solution seems more feasible since the Québec government already took important steps to pass such legislation. The amendments to the *Civil Code*[117] proposed by the previous

---

114. Helly *et al.* 2011, *supra*, note 58, at 1067-1068 mentions that 20 files were examined under the immigration trial project between 1999 and 2003. Eight cases of *Kafálah* reached the Québec courts between 1997 and 2007 and no cases were found in Ontario over the same period.
115. Laura Matney Shapiro, "Inferring a Right to Permanent Family Care from the United Nations Convention on the Rights of the Child, the Hague Convention on Intercountry Adoption, and Selected Scientific Literature", (2008-2009) 15 *Wash & Lee J Civ Rts & Soc Just* 191 at 216-223. International adoption is often seen as exploiting impoverished countries, portraying children as resources of ethnic groups. It is also argued that children should remain in their birth culture and that it is embarrassing for a state to officially acknowledge the incapacity to care for its own children; Lisa M Katz, "A Modest Proposal? The Convention on Protection of Children and Cooperation in Respect of Intercountry Adoption", (1995) 9 *Emory Int'l L Rev* 283 at 290-292; Ronald L Ludlow, "Walking the Mine Field: The Moral Issues of International Adoption", (2007) 9 *J L & Family Stud* 401 at 407-408. See generally Sara Dillon, "Making Legal Regimes For Intercountry Adoption Reflect Human Rights Principles: Transforming the United Nations Convention on the Rights of the Child With the Hague Convention on Intercountry Adoption", (2003) 21 *BU Int'l L J* 179.
116. See Canada-Québec Accord, *supra*, note 26.
117. *Bill*, *supra*, note 49.

government in 2012 and mentioned above would have allowed children from countries that do not allow adoption (including children from Muslim law countries) to be adopted in Québec if all the conditions set out in the article are met. As mentioned previously, the Bill 47, introduced in June 2013, does not contain such amendment. If the bill is adopted as is, there will be no change to the current system. It will be interesting to see if the current bill is amended or adopted in its current form.

One other solution would be to create a guardianship regime allowing children to come into Quebec without breaking previous bonds of filiation. Such a regime would require collaboration with the Canadian government, which would need to integrate such a regime into its immigration laws in order to let children enter under this new status.[118] Notwithstanding the government's decision, the regime created would not need to be solely designed or destined for children under *Kafálah*. Both levels of government have the latitude to create a more general regime that would address all social changes that already pressure a system that only allows plenary adoption.

Indeed, the realities of adoption have changed dramatically since the 1960s. From a time where single pregnant women were stigmatized and secretly abandoned their newborns, adoption has evolved to become a multifaceted reality. Adopted persons include children who are older and already have significant ties with their families of origin as well as children adopted by the new partner of a divorced parent and even children adopted from abroad by a member of their family living in Canada. These are situations in which it is arguably not in the best interests of the child to sever filiation ties with their biological family. In the same vein, one can add an adopted child's right to know his origins.[119]

---

118. Such a regime once existed in the federal legislation. The section about tutorship was introduced in 2002 by the federal government but never came into force and was finally repealed in 2005. The federal government justified the repeal by saying that the provinces and territories were not able to provide the required approval for the legislation to be effective. For more information, the reader can refer to: The 2005 Government of Canada, Department of Citizenship and Immigration, "Regulations Amending the Immigration and Refugee Protection Regulations, Regulatory impact analysis statement", available in the Canada Gazette, Part 1, January 2005.
119. Françoise-Romaine Ouellet & Alain Roy, "Prendre Acte des nouvelles réalités de l'adoption. Coup d'œil sur l'avant-projet de loi intitulé Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale", (2010) 44:3 *R.J.T.* 7 at 12-19, 23 [Ouellet et Roy 2010].

Consequently, Québec could follow the United Kingdom's footsteps. In 2002, they adopted a special guardianship regime as a middle ground institution between plenary adoption and foster care. Special guardianship is very similar to *Kafálah* as it does not sever the filial ties with the biological parents who retain the right to consent to an adoption and to a change of name.[120] As mentioned above, in order for those children to immigrate, the federal government's involvement would be necessary.

Political and/or legislative action is, in the authors' opinion, the best solution. Such provisions would guarantee the respect of domestic and foreign law and safeguard the interest and security of the children. However, if Bill 47 is adopted in its current form the system will not change and therefore, we can ask: what can be done? Three main avenues will be explored in the next sections: the mandatory proof of the foreign law, the importance of acting in the best interest of the child and the possibility for the claimant to ask for reasonable accommodation.

4.2 Foreign law: what does it really say?

4.2.1 The ambiguity of Moroccan law and the case of Y

In all of the decisions concerning Y, there is only one mention of an opinion pertaining to Moroccan law and written by a Moroccan lawyer.[121] That being said, the proof that Moroccan law allows adoption outside of its borders was never established. Leaving

---

120. By amendment to the *Children Act 1989*, the *Adoption and Children Act 2002*, c. 38 modified the *Children Act 1989*, c. 41 [*C.A. 1989*]. The new regime entered into force in 2005. Guardians, relatives, custodians or foster parents of a child can apply for a special guardianship order (s. 14A)(5) *C.A. 1989*). Such an order gives the special guardians almost exclusive parental responsibility (s. 14 C)(1) *C.A. 1989*). Biological parents retain the right to consent to adoption, to change the child's surname, and to remove the child from the United Kingdom for more than three months (s. 14C)(3)(4) *C.A. 1989*). Special guardianship orders can be modified or cancelled, but only when significant changes in circumstances warrant it, unless the child himself demands it (s. 14D) *C.A. 1989*). Special guardians are also eligible to receive help and support from the government, for example counselling, financial support, mediation regarding contacts between the child and his biological family and respite care: S. 14F of the *C.A. 1989*; *The Special Guardianship Regulations 2005*, No. 1109, s. 3. See generally Department for Education and skills, "Your guide to Special Guardianship. A new option for children in need of permanent families", 2005, at 6, online: Department for Education <https://www.education.gov.uk/publications/standard/publicationDetail/Page1/DFES%202030%202005>.
121. *Adoption – 11117*, *supra*, note 16 at para. 85.

Québec judges the task of taking judicial notice of Muslim law is inadvisable due to its complexity[122]. Indeed, it has its own sources and methods of interpretation. With regards to the international adoption procedure of Y, the prohibition does not seem clear. Moroccan judicial and administrative authorities granted *Kafálah* to the *Kuffal* that resided abroad on a permanent basis and authorized them to travel with the child to their country of residence. Thus, one can argue that the granting authorities and the judge implicitly (if he knew that the *Kâfil* resided abroad) approved the adoption of Y in Québec. Indeed, as previously mentioned, Morocco is very proactive in trying to resolve the legal conundrum in which children under *Kafálah* find themselves when immigrating to countries that only recognize adoption; as mentioned above, it is in the process of negotiating treaties with Italy and Belgium. This indicates two important things: first, Moroccan authorities are not closed-minded about adoption. Second, they allowed a child to immigrate to a country while well aware that adoption was the only institution available to regularize his status in that country. However, a 2003 ministerial instruction in Morocco orders judges to determine if a bilateral treaty with the foreign country permits the *Kafálah* regime or ascertain, through the issuance of a certificate from the foreign authorities, that the child's legal status will be stable in the receiving country.[123] In light of this, it is interesting to note how the judgment obtained by X in Morocco simply indicated that X had to regularize the status of the child; the judge carefully avoided using the word adoption.

To add to the complexity, on September 19, 2012, the Moroccan government published a "circulaire" that asked state lawyers to ensure that the prospective *Kâfil* or *Kuffal* reside in Morocco and, if not, to recommend that the judge reject the demand for a *Kafálah*[124]. This recommendation applies to foreigners that do not reside in Morocco but does not seem to apply to Moroccans living abroad (X's case). It is not clear, however, whether or not the

122. For the judge to take judicial notice of the foreign law, it must be pleaded. The general rule specifies that if the foreign law is not pleaded, Québec law applies (art. 2809 C.C.Q.).
123. A. Quiñones-Escamez, *supra*, note 14, at 248 and 249.
124. We could not find a link to the "circulaire" in English. Even in French, the following link comes from a Swiss organization: <http://www.ejpd.admin.ch/ content/ dam/data/gesellschaft/adoption/herkunftslaender/ld-marokko-rundschreiben-justizminister-f.pdf>.

"circulaire" is mandatory and whether or not it is the equivalent of a law.

The complexity of Muslim law is better understood by breaking it down, as it is internally divided into two branches, the Sunni and Shia branches, as well as into different schools. That being said, the perspectives on adoption or its effects can vary from one school to another.[125] Furthermore, Muslim law, which is largely unwritten and whose foundations consist of a limited number of verses from the Qur'an[126], sometimes integrates customary practices that allow adoption.[127] In a similar vein, many scholars argue that adoption is allowed under Muslim law but under a different name (such as guardianship/*Kafálah*)[128] or that adoption can be Sharia-compliant.[129] They seem to adopt a functional approach or to use a different definition of the concept that is closer to simple adoption.[130] For example, in Brunei, there is a law

125. Pearl and Menski 1998, *supra*, note 9 at 29-32 and 408 where the authors mention that some scholars, including themselves, argue that adoption is allowed under Muslim law.
126. Pearl and Menski 1998, *supra*, note 9 at 3: only 80 verses of the Qur'an refer to legal topics.
127. Pearl and Menski 1998, *supra*, note 9 at para. 33: "In South Asian laws, adoption among Muslims is legally possible under certain circumstances"; see also Women Living under Muslim Laws, "Knowing our Rights: Women, Family, Laws and Customs in the Muslim World", (2006) online: Women Living Under Muslim Laws <http://www.wluml.org/sites/wluml.org/files/import/english/pubs/pdf/knowing%20our%20rights/kor_2006_en.pdf> at 232-234, mentioning that certain countries have been influenced by Hindu practices or customary laws and now practice adoption. The authors refer to certain parts of Pakistan, Indonesia and Sri Lanka; *Hashemi*, *supra*, note 13 at p. 24: in some Islamic communities of South Asia, adoption is practiced as an act towards which religion is indifferent.
128. For such an argument, see Shaheen Sardar Ali, "A Comparative Perspective of the Convention on the Rights of the Child and the Principles of Islamic Law. Law Reform and Children's Rights in Muslim Jurisdictions", in UNICEF, *Protecting the World's Children – Impact of the Convention on the Rights of the Child in Diverse Legal Systems* (Cambridge: Cambridge University Press, 2011), at 155: "I would therefore argue that the verses of the Quran cited here nowhere negate the idea of adoption as such; in fact, time and again Muslims have been exhorted to share the responsibility of child rearing and supporting children, orphans, the needy and so on". Later, the author argues that adoption does take place under the conceptual framework of *Kafálah*.
129. For such an argument, see Arshad 2010, *supra*, note 9 at 184.
130. For such an argument, see Jamila Bargach, *Orphans of Islam. Family, Abandonment, and Secret Adoption in Morocco* (Lanham: Rowman & Littlefield, 2002) at 7-8: "While a legally oriented Eurocentric definition of adoption denies, in general, the Muslim world its share and contribution to this phenomenon because of a religious prohibition, this study reveals a large and complex set of practices by tracking different forms of adoption (the gift of care or *Kafálah*, secret adoptions, and customary adoptions), their understandings, realities, convergence and mutations. These Moroccan forms of adoption align them-

on the "Islamic Adoption of Children" which, despite its name, does not provide for adoption in the true sense of the word, but rather for guardianship/*Kafálah*.[131] Therefore, it is very important to provide guidance to Québec judges in their appreciation of foreign law.

4.2.2 Introduction of foreign law in the court

The general rule pertaining to the proof of foreign law is found in article 2809 C.C.Q.: "Judicial notice may be taken of the law of other provinces or territories of Canada and of that of a foreign state, provided it has been pleaded...[132]" This means that the choice of applicable law must be pleaded and/or that foreign law must be proven as a fact. Otherwise, the forum law applies.[133] In adoption matters, this rule contradicts Québec's obligations under the *Hague Convention on Adoption*.

Indeed, articles 568 and 574 C.C.Q. arguably create an exception to article 2809 C.C.Q. They stipulate that a court called to recognize an adoption made outside Québec or to grant an order of placement must ensure that the rules respecting the consent and the eligibility of the child to adoption have been observed.[134]

However, for author Léo Ducharme[135], the rule in article 2809 C.C.Q. remains applicable in the case of adoption decisions pursuant to the 2000 judgment from the Court of Appeal pertaining to *Kafálah*.[136] In this decision, in which a couple had obtained the *Kafálah* of four Moroccan children, all living with them in Québec and whom they wanted to adopt, foreign law was neither pleaded nor proven. This led the judges, who were not convinced that Moroccan law prohibited the adoption of children outside of

---

selves with the increasingly contested definition of adoption as a legal fiction in "Western" adoption discourse". See also at 27.

131. Chapter 206, *Islamic Adoption of Children*, BLRO 8/2010. Adoption is defined as bringing up, maintaining and educating a child like one's own, but without becoming the natural parent of the child (s. 2(1)). Grant of property by will is limited to one third (s. 12), and the adopted child remains the child of his natural parents and retains his original name (s. 17).
132. Art. 2809 C.C.Q.
133. Th M De Boer, "Facultative Choice of Law- The Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign Law", (1996) 258 *Rec des Cours* 223 at 259-262, 269 and 316. [De Boer].
134. Art. 574 C.C.Q.
135. Léo Ducharme, *Précis de la preuve*, 6th ed. (Montréal: Wilson & Lafleur, 2005) at 26-27 [Ducharme].
136. *Droit de la famille – 3403*, *supra*, note 61.

its borders, to send the case back to the lower court judge in order for him to grant an order of placement for the adoption.[137] For Ducharme, this ruling means that, even in adoption cases, foreign law is a fact that needs to be proven and must be pleaded for the judge to take it into consideration.

Professor Alain Roy[138] argues, however, that in international adoption matters, the court needs to require proof of foreign law in order to respect the wording of articles 568 and 574 C.C.Q. and the goals of the international adoption regime, which emphasize respecting the law of the child's country of origin. If the court was to ignore these rules and apply Québec law, it would violate Québec's obligations under the *Hague Convention on Adoption*.

Moreover, article 3092 C.C.Q. provides that consent to the eligibility of a child for adoption is determined by the law of his domicile.[139] This is an essential rule for anyone wanting the Québec decision to be enforceable in the child's country of origin, a very important matter to the process of stabilizing the child's personal status.[140] In this regard, Roy's interpretation requiring proof of foreign law in all cases is, in the authors' opinion, the one to follow. If the judge does not require the parties to prove the applicable law in the child's country of origin, he may render an adoption judgment which is inapplicable in said country of origin. Furthermore, the adoption could be pronounced in violation of the rights of the biological parents, who might not have agreed to it or to its specific legal effects.[141] Therefore, the authors argue that future rulings on the issue of *Kafálah* in Québec should be accom-

---

137. *Droit de la famille – 3403*, *supra*, note 61, at paras. 52-64.
138. *Supra*, note 72 at 99-100.
139. Art. 3092 C.C.Q.
140. Gérald Goldstein, "Une lecture critique des règles relatives à l'adoption en droit international privé québécois" *Revue du Barreau* (2010) [Goldstein].
141. Under ss. 7, 8 and 9 of the C.R.C., *supra*, note 6, the child has a right to know and be cared for by his parents, to preserve his identity and family relations as recognized by law and without unlawful interference and not to be separated from his parents against their will. These sections have been interpreted as also conferring rights on the biological parents so as to preserve their family life in case their consent was not adequately given to full/plenary adoption. Equally, under s. 21 C.R.C., Canada shall ensure that adoption is permissible in view of the child's status concerning his parents and that informed consent to adoption was given. This includes the obligation to determine legal adoptability, which forms the basis for the severance of filiation ties. See Sylvie Vité and Hervé Boéchat, "Article 21. Adoption" in André Alen et al., ed., *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2008) at 26, 37-39.

panied by mandatory proof of the applicable law in the child's country of origin. Such proof would allow more consistency in judgments on *Kafálah*.

One case in Québec shows, however, the difficulties which Québec judges confront even when provided with expert evidence on foreign law regarding *Kafálah*. In *Dans la situation d'ABM*[142], the aunt and uncle of a child from Pakistan wished to adopt him. At the time of the motion, the child had been living with them in Québec for two years. The biological parents had signed a document entitled "Adoption Deed" in which they expressly consented to the "adoption" of their child, but mentioned that he could still inherit from them. Other official documents revealed that the aunt and uncle were only named guardians of the child. The judge heard contradictory expert evidence on Pakistani law and concluded that a guardianship order and permission to travel abroad with the child equated to consent to full/plenary adoption, and that a foreign adoption ruling, if granted by Québec, would be recognized in Pakistan. If the "implied consent" argument accepted by the judge seems interesting, this decision may still be criticized for its partial reading of the expert evidence of foreign law. Indeed, the evidence put before the court indicated that the word "adoption" in Pakistani documents is often used to designate guardianship. The judge also attempted to explain the fact that the child could still inherit from his biological parents under the "Adoption Deed" as an act of pure generosity, ignoring the fact that this is a traditional legal effect of guardianship. The judge also accepted without question the proposition that Pakistani courts would recognize the Québec adoption decision if the child was ever returned to Pakistan. The latter is doubtful since adoption is prohibited under Pakistani law.[143] Moreover, the decision allowed plenary adoption of the child without proof of the informed consent of the parents, who were still alive, known and capable of exercising their rights. This decision thus shows that mandatory proof of foreign law is certainly part of the solution, but does not guarantee that adoption of children under *Kafálah* would be granted, nor does it guarantee the respect of the biological parents' consent. In all cases, it shows the courts' willingness to respect foreign law, religion and culture.

---

142. *A.B.M.*, *supra*, note 60.
143. For example, Jordanian authorities testified in a case in the United Kingdom to the effect that an adoption order of a child under *Kafálah* would not be recognized in Jordan: See A. Quiñones-Escamez *supra*, note 14 at 175.

4.3 The interest of the child as a determining factor

Article 33 C.C.Q. is clear: "Every decision concerning a child shall be taken in light of the child's interests and the respect of his rights".[144] The interest of the child can be divided in two broad categories: the interest *in abstracto* (general principles regarding children's interests) and the interest *in concreto* (interest of a child in a particular situation).[145] Under Québec law, article 543 C.C.Q. provides that the *in concreto* interest of the child is an insufficient basis upon which to grant an adoption. Indeed, the *in abstracto* interest of the child, rooted in the legal requirements of international adoption (and internal adoption) must also be satisfied.[146] This position seems to be in accordance with Québec's obligations under international instruments such as the *CRC*. For instance, Article 3-1 of the *CRC* requires that the interest of the child (*in concreto*) be the primary consideration in any decision concerning a child.[147] The rules regulating adoption in the *CRC* (articles 20 and 21) exist to safeguard the *in abstracto* interest of the child. Therefore, even if the *in concreto* interest of the child is fundamental to an adoption decision, it is not sufficient in itself to grant the adoption.[148]

Despite these limitations, the interest of the child remains a fundamental principle that should always guide decisions concerning children.[149] In this matter, the case of Y and his *Kâfil* X was difficult. The Québec adoption and immigration authorities argued for the *in abstracto* interest of the child by asking the court to fully apply the legal provisions pertaining to international adoption applicable in Québec. Judge Vezina of the Court of Appeal opined that if the procedures initiated in both Québec and Morocco were not made in good faith and in the best interest of the child, the Court would have had to decide otherwise. Indeed, the adoption procedure would have had to systematically respect all requirements of the international adoption regime.[150] However,

144. Art. 33 C.C.Q.
145. Carmen Lavallée, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption – Regards sur le droit français et le droit québécois* (Montréal: Wilson & Lafleur, 2005) at 262 [Lavallée 2005].
146. Lavallée 2005, *supra*, note 145 at 274-275.
147. C.R.C., *supra*, note 6 at s. 3-1.
148. Lavallée 2005, *supra*, note 145 at 277-278.
149. Lavallée 2005, *supra*, note 145 at 277-278.
150. *Adoption – 11117*, *supra*, note 16 at para. 87.

the case at bar allowed for more flexibility.[151] The Court's approach certainly differs from a strict interpretation of article 543 C.C.Q. The Court of Appeal's judgment brings Québec closer to the situation in several European countries where breaking the strict conditions of the law is expressly allowed when the decision is made in the interest of the minor. For example, in Germany and Belgium, as in Québec, it is generally the foreign law which applies when determining adoptability. In Germany, however, the judge is expressly authorized to apply German law with respect to the matter if it is in the interest of the minor.[152] Before the Court of Appeal's ruling, other courts had interpreted article 33 C.C.Q. in such a way that the interest of the child was not sufficient in itself to grant the adoption; the conditions set out by law also had to be met.[153] It will be interesting to see future *Kafálah* cases and analyze whether the Court of Appeal's reasoning is followed. In the authors' opinion, a middle ground position which equally considers the underlying concerns of the adoption laws of Québec, the *Kafálah* procedure of Morocco, and the *in concreto* interest of the child would best serve future cases of *Kafálah*.

4.4 Providing reasonable accommodation

In the decision *M.S* c. *Québec (Procureur général)*[154], Judge Carole Julien suggests that the immigration laws in Canada and Québec are a source of indirect discrimination against Canadians of the Muslim faith. Indirect discrimination occurs in situations where a generally applicable neutral rule has a discriminatory effect on a particular group of people by imposing obligations or restrictive conditions. Because their religion prohibits them from adopting a child, Québec residents of Muslim faith can only take a child under *Kafálah*. By doing so outside of Canada, they are not able to sponsor the child for immigration purposes. Therefore, a law neutral in appearance – "no Canadian can sponsor a child under tutorship" – could be discriminatory to Québec residents of Muslim faith for whom tutorship is the only option. Since the Court of Appeal's solution in the case of Y was ad hoc, it is interesting to analyze the current laws to further establish if, as Judge Julien suggests, they would be susceptible to a constitutional

151. *Ibid.* at. para. 88.
152. A. Quiñones-Escamez *supra*, note 14 at 177 and 181.
153. See *C.C. (Re), supra*, note 80. Contra *Adoption 2006*, *supra*, note 61.
154. *MS 2009*, *supra*, note 25 at para. 7.

challenge and whether reasonable accommodation constitutes a valid option to resolve *Kafálah* issues in Québec.

When a person claims that a law is discriminatory towards them, two approaches are possible for claimants: first, political pressure can be put on the government in order to obtain accommodation under the law and/or, second, claimants can bring their case to court.[155] Confronted with such demands, the Court has two options: completely invalidate the law or perform a judicial rewording.[156] Invalidating the law can be problematic as the law might be reasonable towards a majority of persons (such as the immigration laws in our particular example).[157] Similarly, multiple demands from minority groups would overwhelm the legislative system[158] which is not structured to legislate by exception. The other option, judicial rewording, is more manageable and seems more appropriate in a case like X's. There are three methods of judicial reformulation that are well established in constitutional law: reading down (reduces the range of the norm), reading out (limits the invalidity of the law to its unconstitutional effect(s)), and reading in (broadens the range of the norm).[159] Judicial rewording allows for the accommodation of minority rights. The problem with judicial rewording is that it can give the judicial branch powers usually reserved for the legislative branch and therefore distort the separation of powers between the two.[160] In order to respect said separation, the judicial branch must be careful when rewording and must remain as close as possible to the original text[161]. In her decision, Judge Julien suggests a reading in of the immigration rules to include children under *Kafálah* in the definition of "dependent child".[162] The authors believe this could constitute "reasonable accommodation".

155. José Woehrling, "L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse", (1997-1998) 43 *McGill L.J.* 325 at 358 [Woehrling 97-98].
156. Woehrling 97-98, *supra*, note 155 at 358.
157. Woehrling 97-98, *supra*, note 155 at 358.
158. Woehrling 97-98, *supra*, note 155 at 358.
159. Woehrling 97-98, *supra*, note 155 at 358-359.
160. Woehrling 97-98, *supra*, note 155 at 359.
161. Woehrling 97-98, *supra*, note 155 at 359.
162. *MS 2009*, *supra*, note 25 at paras. 78-79.

4.4.1 What is "reasonable accommodation"?

The *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse* defines reasonable accommodation as the judicial obligation derived from the right to equality, applicable in a case of discrimination that consists of modifying a norm applicable to all, by granting differential treatment to a person who would otherwise be penalized by the integral application of the universal norm.[163] There is no reasonable accommodation in cases of excessive constraints.[164] As author Woehrling underlines, the duty to accommodate in Québec (but also in Canada) was developed as the proper remedy for indirect discrimination.[165] With respect to indirect discrimination, "the right to reasonable accommodation exists mainly in the area of employment and with respect to the provision of services, goods and facilities".[166] The duty to accommodate has evolved in such a way that it now also applies to governmental entities and legislation. Over time, the court further expanded the duty to accommodate to matters pertaining to religious rights. The duty to accommodate religious minorities when it is reasonable to do so flows from both the right to equality (article 15 of the *Charter of Rights and Freedom*, hereinafter the Charter) and the freedom of religion (article 2a of the Charter)[167] and it "imposes on the legislature and on bodies enacting regulations an obligation to accommodate the special needs of minorities in order to allow religious practices that would otherwise be prohibited or hindered by the effect of neutrally phrased and applied legislation".[168] Parallelism exists between these two constitutional rights and on many occasions the Supreme Court of Canada has not hesitated to use them interchangeably.[169] Indeed, the norms that limit freedom of religion unevenly affect certain groups' beliefs or convictions. It this sense, one could say that they are discriminatory.[170] However, the contrary is also true: a norm that is discriminatory toward certain convictions or beliefs will, in most cases, limit freedom of religion.[171]

---

163. Micheline Labelle et Jean-Claude Icart, "Lecture du débat sur les accommodements raisonnables", (2007) 10:1 GLOBE, *Revue internationale d'études québécoises* at 122 [Labelle et Icart 2007].
164. Labelle et Icart 2007, *supra*, note 163.
165. Woehrling 97-98, *supra*, note 155 at 325.
166. Woehrling 97-98, *supra*, note 155 at 325.
167. Woehrling 97-98, *supra*, note 155 at 325.
168. Woehrling 97-98, *supra*, note 155 at 325.
169. Woehrling 97-98, *supra*, note 155 at 370-375.
170. Woehrling 97-98, *supra*, note 155 at 364.
171. Woehrling 97-98, *supra*, note 155 at 364.

Freedom of religion was first defined by the Supreme Court Judge Dixon in the case *Big M Drug Mart*.[172] The definition put forward by Judge Dixon was greatly inspired by the UN's definition found in the *International Covenant on Civil and Political Rights*.[173] The definition stipulates that everyone has the right to believe, express, and practice whatever they believe without coercion.[174] Freedom of religion is not unlimited as it stops where preservation of the security, order, health, and fundamental rights of others start.[175] Freedom of religion is not unlimited, just as reasonable accommodation is not. Limits on the government's duty to accommodate are set out at article 1 of the Charter which provides that no accommodation is necessary if the legislation (as adopted) is the least detrimental way to achieve an important social objective.[176] In the same vein, what has been commonly referred to as the "Oakes test" (from the *R.* v. *Oakes* decision[177]) in Canadian jurisprudence is the test used to determine if a discriminatory norm can be justified in a free and democratic society. The test is divided into three main questions: Is the rule as a whole a rational way to pursue the government's legislative objective? Can this legislative objective be met in another, less infringing way? Is there proportionality between the negative and the positive impacts of the norm?[178]

In recent years, the Supreme Court of Canada has ruled on two important decisions pertaining to freedom of religion: *Alberta* v. *Hutterian Brethren of Wilson Colony*[179] (2009) and *Multani* v. *Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys* (2006).[180] The *Hutterian* case involved a Hutterite community's challenge to an Albertan regulation requiring drivers to have a valid picture of themselves on their driver's license. The objective behind the requirement is to allow for facial identification of most of Alberta's residents in order to prevent identity theft. The Hutterites sincerely believe that the second commandment prohibits them from having their photograph willingly taken. Certain members of the

172. Woehrling 97-98, *supra*, note 155 at 370.
173. Woehrling 97-98, *supra*, note 155 at 370.
174. Woehrling 97-98, *supra*, note 155 at 370.
175. Woehrling 97-98, *supra*, note 155 at 370.
176. Woehrling 97-98, *supra*, note 155 at 360.
177. *R*. v. *Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.
178. Woehrling 97-98, *supra*, note 155 at 360.
179. *Alberta* v. *Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567 [*Hutterian*].
180. *Multani* v. *Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256 [*Multani*].

community need a driver's license in order to attend to the needs of the community and therefore, need to have their photograph taken. Thus, they challenged the regulation. The majority of the Supreme Court found that the restrictions imposed were justifiable in a free and democratic society and did not grant the accommodation requested by the Hutterian community.

The *Multani* case involved a young orthodox Sikh from Québec who asked for the right to wear his *Kirpan* (symbolic metal knife) at school. School authorities had allowed the young Multani to wear his *Kirpan* on the condition that he wear it in a very specific way that reduced the chances of the *Kirpan* accidentally hurting someone. However, the school board refused to allow him to continue to do so after his *Kirpan* fell in the school yard on the basis that article 5 of the school's code of conduct prohibited the carrying of weapons and other dangerous objects.[181] The school board's decision was challenged and the judicial procedures went all the way to the Supreme Court. The Supreme Court reinstated the agreement that the school had taken with Multani's parents which allowed him to wear his *Kirpan* to school in a specific way.

These two cases arose in different contexts: the laws that were contested were different; the rights argued for were different, as was the nature of the accommodations requested. The constitutional challenge of immigration laws would also arise in a different context and raise different questions. Typically, the courts have been reluctant to invalidate immigration laws. Indeed, immigration law is often perceived as one of the main prerogatives of the state. One of the fundamental principles of immigration law is that non-citizens have no absolute right to enter or remain in the country.[182] However, in the case laid out by Judge Julien, the claimant would not be the child under *Kafálah* but the *Kâfil* who already is a Canadian citizen. Therefore, in a case about *Kafálah* and immigration laws, two main questions arise: is the desire to have a child a right, and if it is, is it important enough that an accommodation be made with respect to the relevant immigration laws? Finally, the claimant must prove in any reasonable accommodation case that he sincerely believes that his religion prohibits adoption and therefore, that *Kafálah* is the only way to take care of a child and raise him as his own.

---

181. *Multani*, *supra*, note 180 at para. 4.
182. *Canada (Minister of Employment and Immigration)* v. *Chiarelli*, 1992 CanLII 87 (S.C.C.), [1992] 1 S.C.R. 711 at 6.

Therefore, in opposition to what Judge Julien wrote, the authors believe that it is not certain that reasonable accommodation could be granted in a similar case. Moreover, it is not clear that reasonable accommodation is the best solution to this problem. Indeed, as opposed to reasonable accommodation, legislative intervention would allow the rules to be designed in the best interest of children, satisfy the demands of claimants and be universal to all.

5. Conclusion

Immigration cases concerning children under *Kafálah* or guardianship will most likely increase in future years. Indeed, in the first quarter of 2011, three out of the five main countries of origin of immigrants to Québec were countries where plenary adoption is restricted or prohibited.[183] In recent years, some steps have been taken to address this issue; there was a trial project under which children under *Kafálah* could be sponsored in the family reunification class;[184] there were many cases of children under

183. Those 3 countries are Morocco, Algeria and Haiti, Ministère de l'immigration et des communautés culturelles – Direction de la recherche et de l'analyse prospective, *Bulletin statistique de l'immigration permanente au Québec*, 1er Trimestre 2011 (September 25, 2011) online: Ministère de l'immigration et des communautés culturelles <http://www.micc.gouv.qc.ca/publications/fr/recherches-statistiques/BulletinStatistique-2011trimestre1-ImmigrationQuébec.pdf>.

184. A request for access to public information was made by the authors to the Ministère de l'immigration et des communautés culturelles and the Ministère de la santé et des services sociaux responsible for the Secrétariat à l'Adoption Internationale. The following information was obtained. The project was conducted by Citizenship and Immigration Canada, the Ministère des relations avec les citoyens et de l'immigration (now Ministère de l'immigration et des communautés culturelles) and the Secrétariat à l'Adoption Internationale. The project was designed to allow the immigration of children under *Kafálah* under the family reunification class. At that moment, the federal regulation included a disposition granting the right of children under tutorship to be considered a part of the sponsor's family. This disposition was not in force at that moment and was repealed since there was no publicity made for this temporary program designed to test the feasibility of allowing children under tutorship (mostly children under *Kafálah*) to immigrate to Québec. Between 1999 and 2003, 20 files of children under *Kafálah* were examined, 14 of them were accepted, 4 were declined (all from Morocco) and 2 were still being processed. By the end of the program in 2004, 10 more files had been opened. Children who were allowed to enter Canada under the family reunification category were not allowed to be adopted once on Québec territory. Among the reasons mentioned to end the program was the lack of reliable procedure for granting *Kafálah* in some of the countries, the possibility of illegal activities linked to the process (child trafficking, monetary incentives, kidnapping, etc.), the need for a lot of human and financial resources to process the demands (in relation to the extensive knowledge needed to understand the different procedures for granting *Kafálah* in the different countries). There were also disadvantages for the sponsor and the child under *Kafálah* who

Kafálah brought before different Québec Courts; and, finally, there was the presentation of *Bill 81 – An Act to amend the Civil Code and other legislative provisions* regarding adoption and parental authority on June 13, 2012, which would have brought considerable changes to the adoption regime in Québec. Unfortunately the new bill (Bill 47 introduced in June of 2013) does not go as far. The legal situation is still unclear and the main victims remain the children themselves. One may ask how the situation should be resolved. It seems that the most desirable option would be the legislative changes proposed by the Québec government that would allow children that have no filiation or are orphaned, under the conditions prescribed by law, to be adopted in Québec even if they come from countries prohibiting adoption. However, one may see the legislative changes to the adoption regime as a way to bypass Québec's obligations from the *Hague Convention on Adoption*. Others might also see these new rules has being discriminatory against Québécois of Muslim faith since it forces them to adopt a child even when their religion prohibits it. Therefore, the authors believe that the second most suitable solution would be for Canada and the provinces to negotiate an agreement with Morocco as well as other Muslim law countries in order to establish a legal process (for example a guardianship regime) allowing children under *Kafálah* to live with their *Kuffal* in Québec and in the rest of Canada without having to adopt the child. Unfortunately, the political incentive to do so appears low as cases such as these are still considered marginal.

---

could not obtain the Canadian citizenship because the child was not adopted. It was then impossible for the *Kâfil* to change the name of the child under *Kafálah* according to article 60 of the C.C.Q. A final disadvantage was the impossibility for the *Kâfil* to have access to different social programs reserved for parents with biological or adopted children. The committee responsible for the program finally recommended the termination of the program.

Le droit de l'enfant québécois à la connaissance de ses origines évalué à l'aune de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant

Carmen LAVALLÉE et Michelle GIROUX

Résumé

Cet article propose l'analyse du droit de l'enfant québécois de connaître ses origines biologiques, en tant qu'élément du droit à l'identité, prévu aux articles 7 et 8 de la *Convention internationale relative aux droits de l'enfant* (CIRDE). L'étude porte sur la situation de l'enfant adopté ou conçu à la suite du recours à la procréation assistée.

En droit international, le droit à l'identité a suscité, dans un premier temps, des interprétations divergentes mais une évolution constante vers sa reconnaissance est en train de s'imposer. Le droit à l'identité n'est pas expressément reconnu en droit québécois. Il importe donc d'examiner la manière dont la loi québécoise répond ou non au droit de connaître ses origines biologiques ou génétiques afin de déterminer si elle est conforme, à ce chapitre, avec la CIRDE.

L'analyse du droit applicable aux enfants adoptés d'une part, et conçus par procréation médicalement assistée, d'autre part, met en lumière la conformité partielle du droit québécois avec la CIRDE. À certaines conditions, l'enfant adopté a le droit de retrouver ses parents biologiques. Il reste que les informations sont en principe confidentielles. Quant à l'enfant conçu par procréation assistée, le droit québécois ne lui offre aucune possibilité à cet égard, la confidentialité étant de rigueur.

Or, la réforme annoncée des dispositions législatives concernant l'adoption prévoit une reconnaissance accrue du droit de connaître leurs origines pour les enfants adoptés, sous réserve de certaines exceptions, qui s'exprimeraient sous forme de veto à la divulgation de l'information ou à la communication. Il est opportun de se questionner sur la suffisance des règles proposées en matière d'adoption. De plus, le législateur devrait profiter de cette occasion pour revoir les règles applicables aux enfants conçus par procréation assistée, pour lesquels la loi actuelle maintient le secret de leurs origines biologiques.

Le droit de l'enfant québécois à la connaissance de ses origines évalué à l'aune de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant

Carmen LAVALLÉE et Michelle GIROUX*

Introduction 151

I. Le droit de l'enfant à la connaissance de ses origines : une évolution vers la reconnaissance par le droit international. 152

A. Le droit de connaître ses parents dans la mesure du possible. 154

B. Le droit de l'enfant à la préservation de son identité 157

II. Le droit de l'enfant québécois à la connaissance de ses origines : une conformité partielle avec la Convention internationale relative aux droits de l'enfant 160

A. Le droit de l'enfant adopté de connaître ses origines 160

1. Une reconnaissance inachevée du droit à la connaissance de ses origines 160

2. Une réforme annoncée en faveur d'une reconnaissance accrue du droit à la connaissance de ses origines 163

* Les auteurs sont avocates et professeures de droit aux facultés de droit des Universités de Sherbrooke et d'Ottawa, respectivement. Elles remercient Sophie Audette-Chapdelaine pour son aide précieuse lors de la révision finale de ce texte.

B. Le droit de l'enfant né à la suite du recours à la procréation assistée de connaître ses origines . . . 167

1. La négation du droit à la connaissance de ses origines 167

2. La nécessité d'une réforme législative pour renforcer la conformité du droit québécois avec la CIRDE 169

Conclusion 174

Introduction

La recherche scientifique autour de la notion d'identité est riche et abondante. Le sujet est toutefois extrêmement complexe et malgré l'intérêt qu'il suscite chez les spécialistes de différentes disciplines, plusieurs interrogations subsistent. Comment peut-on définir l'identité ? Comment se développe-t-elle ? Quels en sont les éléments fondamentaux ? Jusqu'à quel point une personne peut-elle changer tout en demeurant la même[1] ? Or, malgré les efforts déployés, les experts ne semblent prêts à aucun compromis et la difficulté qui consiste à établir une conception commune de l'identité n'a pas encore été surmontée.

Quoi qu'il en soit et sans simplifier à l'excès, on peut tout de même affirmer que l'identité peut être considérée comme tout ce qui fait qu'une personne est ce qu'elle est, qu'on peut la reconnaître et la distinguer d'une autre. En droit, l'état des personnes constitue le cadre privilégié de l'affirmation de l'identité, plus précisément de l'identité civile se composant de « l'ensemble des éléments qui, aux termes de la loi, concourent à l'identification d'une personne physique[2] ». Une liste précise des éléments de l'identité civile n'a jamais été établie, mais il semble évident que le nom, le prénom, la date de naissance, la nationalité et la filiation en font partie. L'identité civile ne constitue cependant qu'une facette de l'identité à laquelle peut s'ajouter l'identité culturelle, religieuse, sociale, sexuelle, etc. Le développement des sciences psychologiques a mis en évidence la nécessité d'une certaine permanence de l'identité, tout en favorisant l'apparition de ce que certains appellent le « sentiment d'identité »[3]. Il est désormais admis que le fait d'ignorer des aspects de son histoire personnelle peut ébranler le sentiment d'identité et conduire des personnes à réclamer le droit d'accéder à leurs origines biologiques ou génétiques[4]. Actuelle-

1. S. Ferret, *Le philosophe et son scalpel. Le problème de l'identité personnelle*, Les Éditions de Minuit, 1993, p. 17.
2. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 2007, p. 463.
3. D. Gutmann, *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, Paris, L.G.D.J., 2000.
4. Voir notamment quelques études publiées en ce sens, L.A. Barrette, *La connaissance des origines de l'enfant adopté ; du « besoin » au « droit ». Perspectives anthropologiques, sociologiques, et psychologiques, pour une réforme législative*, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2009 ; J.A. Baines, « Gamete Donors and Mistaken Identities : The Importance of Genetic Awareness

ment, les revendications relatives à l'accès aux origines se manifestent principalement dans les domaines de l'adoption et de la procréation assistée. L'existence d'un droit à la connaissance de ses origines implique l'obligation de l'État d'assurer la protection légale des informations relatives à l'identité des personnes concernées, ainsi que la possibilité pour elles d'y avoir accès à certaines conditions. La quête des origines est ainsi devenue une question incontournable dans les pays occidentaux et dans plusieurs pays d'origine des enfants dans le contexte de l'adoption internationale.

Cet article se propose d'examiner la manière dont la loi québécoise répond ou ne répond pas à ces demandes d'accès aux origines biologiques et de déterminer si elle est conforme, à ce chapitre, avec la *Convention internationale relative aux droits de l'enfant* (CIRDE)[5]. L'analyse se limite à la question des origines biologiques ou génétiques.

Si, en droit international, la question du droit aux origines a suscité, dans un premier temps, des interprétations divergentes, on observe une évolution constante vers sa reconnaissance (I). Une analyse du droit québécois permettra également de constater l'existence d'une différence de traitement entre les enfants adoptés et les enfants nés à la suite du recours à la procréation assistée quant à l'accès aux origines. Cette constatation met en lumière la conformité partielle du droit québécois avec la CIRDE (II).

I. Le droit de l'enfant à la connaissance de ses origines : une évolution vers la reconnaissance par le droit international

Le droit à la connaissance de ses origines découle de l'exercice d'autres droits déjà reconnus par le droit international. Il

---

and Proposals Favoring Donor Identity Disclosure for Children Born from Gamete Donations in the United Sates », (2007) 45(1) *Fam. Ct. Rev.* 116-132 (USA) ; D.R. Beeson, P.K. Jennings et W. Kramer, « Offspring searching for their sperm donors: how family type shapes the process », (2011) 26(9) *Human Reproduction* 2415-2424 ; S. Golombok et al., « Parent-child relationships and the psychological well-being of 18-year-old adolescents conceived by *in vitro* fertilisation », (2009) 12(2) *Human Fertility* 63-72.

5. *Convention internationale relative aux droits de l'enfant*, *R.T. Can*. 1992, nº 3, Res. A.G. 44/25 Annexe. Le Canada a signé la Convention le 28 mai 1990, l'a ratifiée le 13 décembre 1991 et elle est entrée en vigueur au Canada le 12 janvier 1992. Le gouvernement du Québec, après avoir procédé à une évaluation de sa législation, s'est tout de même engagé par décret à la respecter. D. 16-76-91 du 9 décembre 1991 concernant la Convention relative aux droits de l'enfant, G.O.Q.1992.II.51.

s'agit plus précisément du droit d'être enregistré dès la naissance, un droit qui reste un défi majeur dans un grand nombre de pays[6], du droit à un nom et du droit d'acquérir une nationalité. Ces droits sont établis dans différents instruments de protection des droits de la personne. On les retrouve notamment dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme*[7], dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*[8], dans la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*[9] et dans la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*[10]. Toutefois, la CIRDE va plus loin que les autres instruments internationaux en établissant le droit de l'enfant de connaître ses parents dans la mesure du possible (A) et le droit de l'enfant à la préservation de son identité (B). L'innovation réside également dans le fait que ces droits sont désormais reconnus à l'enfant[11], et non pas uniquement à l'adulte, comme c'est le cas dans la plupart des législations nationales qui permettent l'accès aux origines. Toutefois, des divergences dans l'interprétation de la Convention ont parfois limité sa portée quant à la reconnaissance d'un droit incontestable à la connaissance de ses origines biologiques ou génétiques. Par ailleurs, une analyse contemporaine de la CIRDE permet de constater que ce droit s'impose de plus en plus.

---

6. Selon l'Unicef, environ 30 % des enfants qui naissent chaque année dans le monde ne sont pas enregistrés. (<http://www.unicef.org/french/protection/files/L_enregis trement_des_naissances.pdf>). Le défaut d'enregistrement facilite le trafic et l'enrôlement des enfants dans les groupes armés, en plus de les priver d'avoir accès à des soins de santé et à des services sociaux. L'absence d'acte de naissance nuit aussi grandement à l'établissement d'un sentiment d'identité. I. Ziemele, *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the child, article 7*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 1.
7. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Doc. Off., A.G.N.U. A/810, 3e session, (1948), art. 15.
8. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, (1966), art. 24.
9. *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale,* 660 R.T.N.U. 195, (1966), entrée en vigueur le 4 janvier 1969 conformément à l'art. 19, art. 5.
10. *Convention américaine des droits de l'homme*, 1144 R.T.N.U. 183, (1969), art. 18 et 20.
11. Ce droit n'est toutefois pas limité à l'enfant, mais s'étend aussi à l'adulte qu'il deviendra. Voir : M. Giroux et M. De Lorenzi, « Putting the child first : A necessary step in the recognition of the right to identity in Canadian Law », (2011) 27(1) *Can. J. Fam. L.* 53-94, p. 61 ; J. Eekelaar, « The importance of Thinking that Children have Rights », dans P. Alston, S. Parker & J. Seymour, (dir.), *Children, Rights and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 1992, p. 234.

A. Le droit de connaître ses parents dans la mesure du possible

L'article 7 par. 1 de la CIRDE se lit ainsi : « L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux ». Cette disposition a été maintes fois évoquée au soutien d'un droit fondamental à la connaissance des origines, mais l'imprécision du texte a mené à des interprétations contradictoires.

D'une part, la CIRDE ne définit pas le terme « parent ». On peut donc soutenir que l'expression désigne les parents légaux de l'enfant. Certains États parties ont émis une réserve ou une déclaration interprétative en ce sens[12]. Ainsi, selon cette première interprétation, en matière d'adoption, les parents légaux de l'enfant sont les adoptants et l'article 7 n'introduirait aucun droit pour l'enfant adopté d'avoir accès à ses origines. Dans le même ordre d'idées, un donneur de sperme ne peut être considéré comme un parent, ce qui justifierait le maintien de l'anonymat du donneur. Au contraire, d'autres États signataires ont interprété l'article 7 comme donnant un droit aux enfants conçus par procréation assistée de connaître l'identité du donneur. C'est le cas de l'Autriche, dont la loi nationale a été modifiée dans le but d'accorder à l'enfant, conçu à la suite du recours à l'insémination artificielle, le droit de rechercher son père génétique, et cela dès l'âge de 14 ans. Le ministre de la Justice de l'époque a justifié cette modification législative par la nécessité, pour l'Autriche, de se conformer aux obligations internationales énoncées dans la CIRDE[13]. Plus convaincant encore, des échanges entre les membres du Comité et des représentants des États parties démontrent que le Comité interprète le terme « parents », non seulement comme désignant les parents légaux, mais aussi les parents génétiques, naturels, et les parents psychologiques[14].

---

12. R. Hodgkin et P. Newell, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, 3e éd., Genève, United Nations Children's Fund, 2007, p. 105. Ces pays sont le Royaume-Uni, la République tchèque et la Pologne.
13. E. Blyth et A. Farrand, « Anonymity in donor-assisted conception and the UN Convention on the Rights of the Child », (2004) 12(2) *Int. J. Child. Rts.* 89-104, p. 94.
14. R. Hodgkin et P. Newell, *supra,* note 12, p. 105.

Pour mieux comprendre les diverses positions suscitées par la Convention sur cette question, il importe, dès le départ, de bien distinguer les revendications relatives à l'accès aux origines de la question de l'établissement de la filiation. L'accès aux origines ne vise aucunement à modifier la filiation déjà établie de l'enfant, pas plus qu'elle n'implique des droits et obligations réciproques entre l'enfant et le donneur, ni l'établissement d'une relation interpersonnelle entre l'enfant et ce dernier. D'ailleurs, dans plusieurs juridictions, dont le Québec, la loi nationale empêche l'établissement d'un lien de filiation entre le donneur de matériel génétique et l'enfant qui en est issu[15]. Le droit à la connaissance des origines signifie simplement le droit pour un individu de connaître l'identité des personnes qui ont contribué à sa conception ou à sa naissance.

Par ailleurs, certains prétendent que l'expression « dans la mesure du possible » contenue à l'article 7 revêtirait à la fois une dimension juridique et une dimension matérielle. Ainsi, la loi pourrait créer une impossibilité juridique au droit de l'enfant de connaître ses parents[16]. Ce serait le cas des adoptions irrévocables et secrètes et des fécondations artificielles pour lesquelles l'anonymat du donneur est protégé par la loi ou les pratiques médicales. Selon cette première interprétation, le fait que la loi interdise la communication du nom du parent biologique ou génétique ne serait pas en contradiction avec la CIRDE. Or, cette interprétation semble de moins en moins convaincante[17]. Il suffirait à un État partie de nier l'accès à l'information dans sa loi nationale pour vider complètement l'article 7 de son contenu. S'il est vrai que la loi peut imposer des limites, une prohibition totale pour

15. Art. 538.2 C.c.Q.
16. D. Gutmann, *supra*, note 3, p. 37. Cet auteur tire cette conclusion en s'appuyant principalement sur l'article 30 de la *Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, conclue à La Haye le 29 mai 1993 et entrée en vigueur le 1er mai 1995, (1993) *R.C.D.I.P.* 506 [*Convention de La Haye*], qui force les autorités du pays d'origine à conserver les informations qu'elles détiennent sur les origines de l'adopté, mais qui limite le droit de l'adopté à avoir accès à ces informations dans la mesure permise par la loi de leur État. Or, cette limitation apparaît se justifier davantage en tant que règle de conflit de lois en droit international privé qu'en tant que principe général visant à limiter l'accès aux origines.
17. Voir notamment L. Brunet, « Le principe de l'anonymat du donneur de gamètes à l'épreuve de son contexte. Analyse des conceptions juridiques de l'identité », (2010) 20(1) *Androl*. 92-102.

l'enfant d'accéder à ses origines se trouve en contradiction avec les principes d'accès à l'information prônés par la CIRDE[18].

Lors de la rédaction de la CIRDE, certaines délégations avaient demandé que l'article 7 réfère à la notion d'intérêt de l'enfant[19]. Une suggestion qui n'a pas été retenue. L'expression « dans la mesure du possible » est apparue plus rigoureuse et moins subjective que le recours à l'intérêt de l'enfant. Néanmoins, selon les auteurs du Manuel d'application de la Convention, l'approche holistique qui doit prévaloir dans l'interprétation du texte fait en sorte que l'intérêt de l'enfant peut justifier une limitation au principe de l'accès aux origines dans des circonstances exceptionnelles et non équivoques. De plus, toujours selon ces auteurs, les articles 5 et 12 qui réfèrent à l'obligation de tenir compte des capacités progressives de l'enfant et de la nécessité de donner à l'enfant capable de discernement l'occasion d'être entendu, nécessite que la décision refusant l'accès soit revue à une date ultérieure[20]. En d'autres termes, si l'impossibilité dont il est question est de nature juridique, la décision doit être révisable selon le critère de l'intérêt de l'enfant et du développement de ce dernier. Cette interprétation est conforme avec l'article 9 de la *Déclaration sur les principes sociaux et juridiques applicables à la protection et au bien-être de l'enfant, envisagés surtout sous l'angle des pratiques en matière d'adoption et de placement familial sur les plans national et international*[21] qui se lit ainsi : « [l]e besoin de l'enfant placé en famille nourricière ou adopté de connaître ses antécédents familiaux doit être reconnu par les personnes qui le prennent en charge, à moins que cela n'aille à l'encontre de ses intérêts bien compris ». Ainsi, il revient à l'État qui établit des limitations au droit à la connaissance des origines d'établir que celles-ci sont dans l'intérêt de l'enfant. L'interprétation du Comité des droits de l'enfant semble aller dans ce sens, puisqu'il critique de plus en plus sévèrement les États dont les législations nationa-

18. R.J. Blauwhoff, *Foundational Facts, Relative Truths: A Comparative Law Study on Children's Rights to Know their Genetic Origins,* Oxford, Intersentia, 2009, p. 51.
19. E/CN.4/1989/49, p. 18 à 22.
20. R. Hodgkin et P. Newell, *supra*, note 12, p. 107.
21. *Déclaration sur les principes sociaux et juridiques applicables à la protection et au bien-être de l'enfant, envisagés surtout sous l'angle des pratiques en matière d'adoption et de placement familial sur les plans national et international*, résolution 4185 adoptée par l'Assemblée générale des Nations-Unies le 3 décembre 1986.

les bloquent complètement ou définitivement l'accès de l'enfant à ses origines biologiques[22].

B. Le droit de l'enfant à la préservation de son identité

Une deuxième disposition de la Convention invoquée au soutien d'un droit à la connaissance des origines se trouve à l'article 8 par. 1 qui énonce que : « Les États parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi, sans ingérence illégale »[23].

Au départ, la nécessité de préserver l'identité de l'enfant a été proposée par la délégation de l'Argentine à la suite des événements tragiques survenus sous la junte militaire entre 1975 et 1983. Pendant cette période, plusieurs enfants kidnappés en même temps que leurs parents ou nés pendant la captivité de leur mère ont été dotés d'une nouvelle identité et légalement intégrés dans des familles alliées du pouvoir. Sur le fondement de cette douloureuse expérience, l'Argentine a déposé une première version de l'article 8 qui prévoyait que : « l'enfant a un droit inaliénable de préserver sa véritable identité personnelle, juridique et familiale[24] ». D'autres délégations ont questionné le double emploi que l'article 8 pouvait faire avec l'article 7. La délégation de l'Argentine a répondu que l'article 7 ne visait pas à préserver le droit à « l'identité réelle et véritable » de l'enfant. Plusieurs représentants des délégations ont alors fait remarquer que l'identité familiale était un concept inconnu dans leur législation nationale. D'autres ont dit craindre que cette disposition soit contradictoire avec les développements médicaux relatifs à l'insémination artificielle, à la fécondation in vitro et avec le secret de l'adoption[25]. La délégation du Mexique avait proposé, au contraire, que les éléments de l'identité biologique soient clairement inclus dans l'article[26]. Un compromis politique a été trouvé et les mots « tels

---

22. I. Ziemele, *supra*, note 6, p. 27 ; R. Hodgkin et P. Newell, *supra,* note 12, p. 106 et s.
23. L'article 8 est aussi compris comme édictant l'obligation positive des États de respecter le droit à l'identité, élaboré à l'art. 7. L'identité est le droit principal ; le droit aux origines, l'une de ses composantes. Voir M. Giroux et M. De Lorenzi, *supra,* note 11, p. 70.
24. Rapport du groupe de travail sur la question d'une Convention relative aux droits de l'enfant, doc. E/CN.4/1986/39, nº 33.
25. G.A. Stewart, « Interpreting the Child's Right to Identity in the U.N. Convention on the Rights of the Child », (1992-1993) 26(3) *Fam. L.Q.* 221-233, p. 223.
26. Gouvernement du Canada*, Le meilleur des mondes, au carrefour de la biotechnologie et des droits de la personne*, juin 2005, p. 2 à 22.

qu'ils sont reconnus par la loi, sans ingérence illégale » ont été ajoutés après les mots « relations familiales ». L'étude des travaux préparatoires démontre assez clairement que la limitation ne s'applique qu'aux relations familiales[27]. Toutefois, la version française, contrairement au texte en anglais[28], porte à croire que la limitation s'applique à tous les éléments énumérés.

Quel sens faut-il attribuer à l'article 8, paragraphe 1 ? Une première interprétation voudrait que l'expression « tels qu'ils sont reconnus par la loi » vise uniquement la loi nationale de l'État partie. Ainsi, l'article 8 ne serait rien d'autre que l'obligation faite à un État partie de respecter sa propre loi, ce qui aurait pour effet de diminuer considérablement la portée du droit énoncé. Une deuxième interprétation voudrait que l'expression désigne, soit la loi nationale ou la loi internationale de protection des droits de la personne[29]. La loi nationale ne pourrait alors pas être plus restrictive ou contraire à la CIRDE qui soutient le droit à la connaissance de ses origines[30]. Dans ce sens, il faut ajouter que l'article 4 de la Convention énonce l'engagement des États signataires à prendre toutes les mesures législatives, administratives ou autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus par la Convention. De plus, l'article 31 de la *Convention de Vienne sur les traités*[31] énonce qu'un traité doit être interprété de bonne foi et à la lumière de son objet et de son but. L'article 8 de la CIRDE vise à assurer la protection de l'identité de l'enfant ; il ne poursuit aucun autre objectif. Il semble donc raisonnable de croire que la deuxième interprétation doit être préférée à la première[32]. Finalement, l'expression « relations familiales » signifie que l'identité de l'enfant dépasse le cadre de sa famille immédiate, elle inclut les grands-parents, les oncles et les tantes, ainsi que d'autres membres de la famille qui peuvent, dans certains cas, avoir une influence aussi grande sur le développement identitaire de

27. S. Besson, « Enforcing the Child's Right to Know her Origins : Contrasting Approaches under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights », (2007) 21(2) *Int. J.L. Pol. & Fam*. 137-159, p. 137 et 145.
28. « States Parties undertake to respect the right of the child to preserve his or her identity, including nationality, name and family relations as recognized by law without unlawful interference ».
29. G.A. Stewart, *supra*, note 25, p. 225 ; G. Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 119.
30. M. Giroux et M. De Lorenzi, *supra*, note 11.
31. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 1155 R.T.N.U. 331 (1969).
32. G.A. Stewart, *supra,* note 25, p. 225.

l'enfant que les parents au premier degré, qu'ils soient biologiques ou psychologiques[33].

Bien que les travaux préparatoires démontrent que l'article 8 n'ait pas été rédigé dans le but spécifique de permettre à l'enfant adopté ou conçu à la suite du recours à la procréation assistée de connaître ses origines, il faut interpréter la Convention avec une approche dynamique, c'est-à-dire évaluer le texte à la lumière des développements sociaux et politiques survenus depuis son adoption[34]. L'interprétation actuelle de la Convention ne doit pas se limiter aux seules conceptions en vigueur au moment de sa rédaction[35]. La Convention ne définit pas l'identité. Elle énonce une liste non exhaustive d'éléments. Dans le contexte médical et social actuel, il n'est pas déraisonnable d'affirmer que l'identité biologique ou génétique fait désormais partie du droit à la préservation de l'identité prévu à l'article 8 de la Convention.

Le Comité sur les droits de l'enfant est demeuré discret quant à cette disposition jusqu'à présent, mais l'actualité de la question de l'accès aux origines pourrait bien le forcer à prendre une position plus ferme sur le sujet. Le fait qu'un nombre croissant de pays reconnaissent un droit à la connaissance des origines pourrait favoriser une interprétation libérale de la Convention sur les droits de l'enfant. Déjà, le Comité a déclaré que la loi norvégienne qui maintient secrète l'identité du donneur en cas de procréation assistée pouvait être contraire à la CIRDE[36]. Plusieurs pays, dont le Canada[37], ont fait l'objet de critiques de la part du Comité des droits de l'enfant parce que leurs lois nationales relatives à l'adoption ou à la procréation assistée ont été jugées ne pas

---

33. R. Hodgkin et P. Newell, *supra*, note 12, p. 115.
34. J. Doek, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, art. 8 et art. 9*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 10. J. Doek a été président du Comité des droits de l'enfant de 2001 à 2007.
35. J.S. Cerda, « The Draft Convention on the Rights of the Child: New Rights », (1990) 12(1) *Hum. Rts. Q.* 115-119.
36. CRC/C/15/Add. 23, par. 10.
37. CRC/C/15/Add. 215, 27 octobre 2003, par. 30 et 31. De nouveau, en 2012, le Comité des droits de l'enfant de l'ONU invite le Canada à adopter des règles plus adéquates sur la collecte de l'information afin d'assurer que l'identité et le droit à la connaissance des origines, plus particulièrement en ce qui a trait aux enfants adoptés et aux enfants autochtones en besoin de protection. Voir CRC/C/CAN/co/3-4, 6 décembre 2012, plus précisément aux par. 8, 38, 42, 43, 57 et 58. Les 3e et 4e rapports canadiens couvrent la période de janvier 1998 à décembre 2007, ils ne font donc pas état des changements législatifs importants touchant la *Loi (fédérale) sur la procréation assistée*, L.C. 2004, c. 2, occasionnés par le *Renvoi*, *infra*, note 64.

être suffisamment conformes avec la CIRDE. Bien que la loi québécoise relative à l'adoption permette la levée de la confidentialité dans certaines conditions, le secret le plus absolu règne toujours pour les enfants issus du recours à la procréation assistée. Une telle différence de traitement entre les deux situations peut-elle encore se justifier ?

II. Le droit de l'enfant québécois à la connaissance de ses origines : une conformité partielle avec la Convention internationale relative aux droits de l'enfant

Les premières demandes relatives à la connaissance des origines sont venues des personnes adoptées (A.), mais les revendications se sont rapidement déplacées sur le terrain de la procréation assistée (B.). Bien qu'il existe des distinctions entre les deux modes d'établissement de la filiation, des évolutions semblables permettent aujourd'hui de soupeser les droits des uns par rapport aux droits des autres.

A. Le droit de l'enfant adopté de connaître ses origines

1. Une reconnaissance inachevée du droit à la connaissance de ses origines

Le droit québécois ne connaît qu'une seule forme d'adoption, l'adoption plénière, qui a pour effet de rompre complètement et définitivement tous les liens de droit qui unissent l'adopté et sa famille d'origine[38]. Cette situation s'explique par le contexte social et historique dans lequel l'institution s'est développée. Dès le départ, l'objectif du législateur québécois a été de répondre aux besoins des enfants abandonnés dans les orphelinats. Les institutions religieuses, chargées de recueillir les enfants dont la mère ne pouvait assumer la charge, avaient à cœur de faire de ces enfants illégitimes, des enfants légitimes, en les confiant à des adoptants mariés. On comprend aisément que l'institution se soit drapée dans le secret le plus absolu. À cette époque, on croyait fermement à la nécessité de protéger la mère et l'enfant contre l'opprobre de l'illégitimité. Les premières lois québécoises sur l'adoption n'avaient pas consacré le caractère confidentiel des dossiers d'adoption, mais la pratique était déjà bien instaurée. Le carac-

38. Art. 577 C.c.Q.

tère confidentiel des dossiers judiciaires d'adoption est apparu dans la loi de 1960[39] qui prévoyait des sanctions pénales en cas de défaut de s'y conformer. La confidentialité a été élargie aux dossiers administratifs par la loi de 1969[40].

Le principe a prévalu jusqu'en 1982, date à laquelle le législateur a introduit une première brèche dans la confidentialité, en permettant à l'adopté majeur et à ses parents d'origine de se retrouver à la condition que chacun d'entre eux y ait préalablement consenti[41]. En 1994, une réforme en profondeur du *Code civil du Québec* a été faite. Celle-ci a eu peu d'impact en matière d'adoption, nonobstant la possibilité accordée à l'enfant de 14 ans et plus de rechercher ses parents biologiques[42]. L'enfant de moins de 14 ans a obtenu le même droit, mais avec l'accord de ses parents adoptants. Le consentement des parents d'origine est toujours nécessaire à la levée de la confidentialité. Le Québec est la seule province canadienne à accorder ce droit à l'adopté mineur. Bien que certains aient soulevé des questions sur l'opportunité de permettre à un enfant mineur d'avoir accès à ces informations, ces dispositions s'inscrivent dans la foulée de la CIRDE qui milite en faveur d'une législation souple qui prend en considération les capacités progressives de l'enfant selon son niveau de développement.

Toutefois, il ressort très clairement de la loi québécoise que dans l'hypothèse où les parents d'origine ou l'adopté sont décédés, introuvables ou incapables de consentir, aucun renseignement ne sera transmis et les retrouvailles avec d'autres membres de la famille ne seront pas permises. Les Centres jeunesse, détenteurs des informations relatives à l'identité des personnes concernées par l'adoption, agissent à titre d'intermédiaires entre l'adopté, les parents d'origine et, dans certaines situations, les adoptants. De plus, en aucun cas, un enfant mineur ne peut être informé de la

---

39. *Loi modifiant la Loi de l'adoption*, S.Q. 1959-1960, c. 65.
40. *Loi de l'adoption*, L.Q. 1969, c. 64. Pour une présentation plus complète de l'évolution historique de l'adoption française et québécoise, voir C. Lavallée, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption. Regards sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 21 et s. Voir aussi D. Goubau et C. O'Neill, « L'adoption, l'Église et l'État : les origines tumultueuses d'une institution légale », (1997) 38(4) *C. de D.* 769-804.
41. *Loi assurant la réforme du droit de la famille et modifiant le Code de procédure civile*, L.Q. 1982, c. 17.
42. Projet de loi nº 125, *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64. Les dispositions relatives au caractère confidentiel des dossiers d'adoption se trouvent aux articles 582 à 584 C.c.Q.

demande de retrouvailles présentée par l'un ou l'autre de ses parents biologiques. L'enfant peut ne pas savoir qu'il a fait l'objet d'une adoption. L'enfant peut aussi ne pas rechercher ses origines. Dans ces cas, les parents biologiques devront attendre que l'adopté ait atteint la majorité avant que le Centre jeunesse puisse communiquer avec lui pour lui dire qu'il fait l'objet d'une demande de retrouvailles[43]. Une réponse négative de l'une ou l'autre partie met fin au processus.

En cas d'adoptions internationales, l'article 31 de la *Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*[44] prévoit que les autorités compétentes des États parties doivent veiller à la conservation des informations qu'elles détiennent sur les origines de l'enfant et les communiquer selon les prescriptions de leur loi nationale. Les dispositions du *Code civil du Québec* s'appliquent donc autant à l'adoption interne qu'à l'adoption internationale et les mêmes principes prévalent, compte tenu des adaptations nécessaires. Toutefois, ce ne sont pas les centres jeunesse, mais le secrétariat à l'adoption internationale, qui est chargé de conserver les dossiers d'adoptions internationales et de répondre aux demandes d'antécédents biologiques et de retrouvailles[45].

Ainsi, les dispositions législatives québécoises relatives à l'adoption ne reconnaissent pas un droit absolu à la connaissance des origines ; elles établissent simplement la possibilité de retrouvailles en cas de convergence des volontés. La reconnaissance incontestable d'un droit à la connaissance des origines n'aurait cependant pas pour effet de régler tous les problèmes. Même reconnu par la loi, ce droit ne peut pas être absolu. Le principe de l'accès aux origines peut entrer en contradiction avec le droit au respect de la vie privée des autres personnes concernées par

---

43. La divulgation du statut d'adopté relève des parents adoptants dans le cadre de l'exercice de leur autorité parentale. Toutefois, la question se pose de savoir si le Directeur de la protection de la jeunesse doit informer de sa situation l'adopté majeur qui fait l'objet d'une demande de retrouvailles. Bien que la jurisprudence ne soit pas unanime sur le sujet, la divulgation doit être permise, car c'est le seul moyen de permettre à l'adopté d'exercer ou non un droit que la loi lui reconnaît. Voir M. Giroux, « Le droit fondamental de connaître ses origines biologiques », dans *Droits de l'enfant, Actes de la Conférence internationale, Ottawa 2007*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, p. 362.
44. *Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, *supra*, note 16.
45. Art. 71.4 et 71.12 à 71.15 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, RLRQ, c. P-34.1 [L.P.J.].

l'adoption. Les conflits de droit sont une chose fréquente et il revient alors au législateur de trouver le point d'équilibre le plus judicieux possible. Quoi qu'il en soit, pour plusieurs, les dispositions actuelles ne sont plus satisfaisantes. Plusieurs pays occidentaux, ainsi que la majorité des autres provinces canadiennes, ont récemment revu leur législation pour faciliter l'accès à l'information sur les origines. En conséquence, les revendications auprès du législateur québécois se font de plus en plus pressantes afin qu'une réforme en profondeur de l'adoption québécoise ait lieu, y compris sur la question de l'accès aux origines.

2. *Une réforme annoncée en faveur d'une reconnaissance accrue du droit aux origines*

Un groupe de travail dont le mandat était de revoir la législation relative à l'adoption et de faire des recommandations en vue d'une éventuelle réforme a été formé en mai 2006. Le rapport a été remis au ministre de la Santé et des Services sociaux et au ministre de la Justice au mois de mars 2007[46]. Plus spécifiquement sur la question de l'accès aux origines, le groupe de travail recommandait de faire une distinction entre les adoptions antérieures et les adoptions postérieures à une éventuelle réforme.

Le Comité recommandait que les adoptions antérieures soient traitées sensiblement de la même manière que dans la loi actuelle. Toutefois, il était prévu que la confidentialité soit levée dans les cas où l'une ou l'autre des parties était décédée depuis au moins deux ans avant la demande, et qu'aucun refus de transmission de l'information n'avait été inscrit au dossier avant le décès. Cette recommandation aurait permis à de nombreuses personnes qui font face à un refus sous la législation actuelle, parce que la personne recherchée est décédée, d'obtenir l'information qu'elles recherchent.

Pour les adoptions prononcées après la réforme, le groupe de travail recommandait que l'accès à l'information soit désormais le principe, sauf si l'une ou l'autre des parties avait enregistré un veto interdisant la transmission de l'information ou un veto inter-

---

46. Groupe de travail sur le régime québécois de l'adoption, sous la présidence de C. Lavallée, *Pour une adoption québécoise à la mesure de chaque enfant*, mars 2007. Le rapport est disponible à l'adresse suivante : <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/adoption-rap.htm>.

disant le contact. Le veto relatif à la divulgation empêche la transmission des informations. Le veto relatif au contact, permet que l'identité de la personne recherchée soit dévoilée, mais sous réserve d'un engagement du demandeur de ne pas contacter la personne recherchée. Ainsi, le principe aurait été renversé et il reviendrait à la partie qui ne souhaite pas la transmission de l'information d'agir en ce sens. Néanmoins, le contexte social qui prévaut présentement en adoption québécoise fait en sorte que l'interdiction de la transmission de l'information devrait être tout à fait exceptionnelle. De plus, le groupe de travail recommandait d'introduire dans la loi québécoise deux nouvelles formes d'adoption, soient l'adoption ouverte[47] et une adoption sans rupture du lien de filiation d'origine, semblable à l'adoption simple qui existent dans plusieurs juridictions de droit civil[48].

Le 6 octobre 2009, la ministre de la Justice introduisait un *Avant-projet de loi*[49] pour faire suite aux recommandations du Groupe de travail sur le régime québécois de l'adoption. Le texte maintenait le statu quo pour les adoptions antérieures, mais la plupart des recommandations émises par le groupe de travail pour les adoptions postérieures à la réforme avaient été intégrées. En quelques mots, rappelons que l'article 582.1 de l'*Avant-projet de loi* consacrait l'ouverture des dossiers d'adoption postérieurs à la réforme, sous réserve de l'inscription d'un veto relatif à la divulgation de l'identité ou d'un veto interdisant le contact. Une amende était prévue en cas de contravention (art. 135.0.2 *L.P.J.*). Les vetos devenaient caducs deux ans après le décès de la personne qui l'avait inscrit. En revanche, l'*Avant-projet de loi* maintenait le statu quo pour les adoptions antérieures, c'est-à-dire que les retrouvailles restaient soumises à l'exigence d'un double consentement (art. 583 C.c.Q.).

---

47. L'adoption ouverte est une adoption plénière qui s'accompagne d'une entorse plus ou moins grande au principe de la confidentialité. L'adoption ouverte peut prendre plusieurs formes qui vont du simple échange d'informations nominatives ou non avant l'adoption, au maintien de contacts entre l'enfant et sa famille d'origine après l'adoption.
48. Groupe de travail sur le régime québécois de l'adoption, *supra,* note 46. L'adoption simple est une adoption qui laisse subsister le lien de filiation d'origine. Cette filiation continue de produire certains effets juridiques. En général, des droits successoraux continuent d'exister entre l'enfant et sa famille d'origine, ainsi qu'une obligation alimentaire subsidiaire. Pour plus d'informations sur l'adoption simple, voir I. Lammerant, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, Bruxelles, Bruyant, 2001.
49. *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, 1re session, 39e législature, 2009, mort au feuilleton.

Cet *Avant-projet de loi* a fait l'objet d'une consultation publique où plusieurs personnes et organismes se sont fait entendre sur le sujet. La grande majorité des intervenants se sont montrés favorables aux modifications proposées pour le futur, mais le maintien du *statu quo* pour les adoptions antérieures a été plutôt mal reçu[50].

Les doléances énoncées à l'égard de l'*Avant-projet de loi* ont été entendues. En juin 2012, le législateur déposait le *Projet de loi 81*[51]. Ce projet de loi est mort au feuilleton, mais il a été remplacé, le 14 juin 2013, par le *Projet de loi 47*[52]. Ce nouveau projet reprend, *grosso modo*, plusieurs des dispositions du *Projet de loi 81*. Mais contrairement à ce dernier, le *Projet de loi 47* n'a pas pour effet de mettre complètement fin à la différence de traitement entre les adoptions antérieures et postérieures à une éventuelle réforme. Le nouvel article 583 C.c.Q. énonce que :

> [t]out adopté, y compris celui de 14 ans et plus qui a l'accord préalable de ses père et mère ou de son tuteur, a le droit d'obtenir, auprès des autorités chargées par la loi de les lui révéler, son nom d'origine, le nom de ses parents d'origine et les renseignements lui permettant de prendre contact avec ces derniers.

Pour sa part, le parent d'origine a le droit d'obtenir le nom donné à l'enfant par l'adoptant et les renseignements lui permettant de prendre contact avec lui, une fois l'adopté devenu majeur (art. 583 C.c.Q.). Toutefois, ces renseignements ne pourront pas être révélés si un veto interdisant la divulgation y fait obstacle. Ainsi, un parent d'origine peut déposer un veto interdisant la divulgation de son identité dans l'année de la naissance de l'enfant. Dans une telle hypothèse, un veto semblable sera également inscrit dans le dossier de l'enfant (art. 583.1 C.c.Q.). Ce veto devient caduc un an après le décès de la personne recherchée (art. 583.7 C.c.Q.).

---

50. Pour une présentation des positions défendues en commission parlementaire, voir A. Roy, *Droit de l'adoption*, 2e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, p. 209 et s. En fait, seul le Barreau du Québec a appuyé le statu quo. Voir : Barreau du Québec, *Commentaires sur l'Avant-projet de loi portant réforme du droit de l'adoption et de l'autorité parentale,* Montréal, le 4 décembre 2009, p. 10.
51. Projet de loi no 81, *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, 39e législature, 2012.
52. Projet de loi no 47, *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption, d'autorité parentale et de divulgation de renseignements*, 40e législature, 2013.

Par ailleurs, un veto au contact peut être déposé à tout moment par la personne recherchée avant que son identité ne soit dévoilée. Dans ce cas, le nom de la personne recherchée est transmis, mais le demandeur doit s'engager à ne pas contacter la personne recherchée (art. 583.4 C.c.Q.), sous peine d'être tenu à des dommages-intérêts punitifs (art. 583.6 C.c.Q.).

Pour les adoptions prononcées avant la réforme, une période de 18 mois est prévue pour permettre l'inscription d'un veto empêchant la divulgation de l'identité par un parent d'origine. Le *Projet de loi 81* prévoyait la même possibilité pour l'adopté majeur d'inscrire un veto à la divulgation de son identité. Il prévoyait également qu'un veto à la divulgation de l'identité devait être déposé dans tous les dossiers concernant une personne mineure au moment de l'entrée en vigueur de la réforme (art. 583.2 C.c.Q. tel que libellé dans le *Projet de loi 81*). Or, le *Projet de loi 47* est plus restrictif. S'agissant de personnes adoptées avant l'entrée en vigueur de la réforme, un veto interdisant la divulgation de leur identité doit être déposé dans tous les dossiers, peu importe qu'elles soient mineures ou majeures (art. 52 du *Projet de loi 47* modifiant l'article 583.2 C.c.Q.). Cette manière de procéder fait en sorte qu'une personne adoptée sous l'ancienne loi peut ne jamais savoir qu'elle a été adoptée, si ses parents adoptants ne l'ont jamais informée de sa situation. Sous le *Projet de loi 81*, l'obligation faite à la personne adoptée majeure d'inscrire un veto à la divulgation aurait pu inciter les adoptants à informer l'adopté de son statut, s'ils ne l'avaient pas déjà fait. Toutefois, si la personne adoptée fait l'objet d'une demande de divulgation de renseignements de la part de son parent d'origine, elle devra être informée de cette demande et avoir l'occasion de maintenir ou de retirer le veto (art. 583.9 C.c.Q.).

De plus, un veto à la divulgation et au contact sera automatiquement versé aux dossiers des personnes qui avaient déjà refusé les retrouvailles avant la réforme[53]. Ces vetos peuvent être retirés en tout temps. Le veto à la divulgation de l'identité cesse d'avoir effet au premier anniversaire du décès de son auteur (art. 583.7 C.c.Q.). Le projet de loi tente d'établir un certain équilibre entre le droit des personnes adoptées qui sont à la recherche de leurs origines et les personnes qui ne souhaitent pas, pour une raison ou une

53. Disposition transitoire, art. 129 du Projet de loi nº 47, *ibid*.

autre, être retrouvées. Le *Projet de loi 47* est un pas de plus vers une libéralisation de l'information pour les personnes adoptées et les parents d'origine, une réforme souhaitable et qui irait sans conteste dans le sens de la CIRDE. Toutefois, certains auraient préféré une ouverture encore plus grande pour les adoptions postérieures à la réforme[54]. Quoi qu'il en soit, la situation n'est pas du tout la même pour les enfants qui sont nés à la suite du recours à la procréation assistée. Pour eux, le secret reste absolu.

B. Le droit de l'enfant né à la suite du recours à la procréation assistée de connaître ses origines

1. La négation du droit à la connaissance de ses origines

Le recours à la procréation assistée permet à une personne seule ou à un couple d'avoir un enfant en ayant recours aux forces génétiques d'un tiers qui n'est pas partie à leur projet parental. Ce dernier n'obtient donc pas le statut de parent. Il s'agit en quelque sorte d'une fiction juridique au même titre que l'adoption. Les premières dispositions législatives québécoises sur la procréation assistée remontent à 1980 et se limitaient à encadrer la pratique de l'insémination artificielle. Avec l'entrée en vigueur du nouveau *Code civil du Québec*, une section intitulée : « De la procréation médicalement assistée » a été introduite[55]. Les renseignements relatifs à la procréation assistée sont confidentiels.

En 2002, une réforme majeure du droit de la filiation est survenue[56]. Au nom du droit à l'égalité, la loi québécoise permet, sous certaines conditions, à un couple de femmes de devenir les deux mères d'un enfant, écartant en principe l'établissement de la filiation paternelle. La même possibilité existe pour la femme seule. La loi prohibe l'établissement de tout lien de filiation entre l'auteur de l'apport génétique et l'enfant qui en est issu. Toutefois, le législateur n'est pas allé au bout du raisonnement, puisqu'il a introduit une exception à ce principe en prévoyant que : « lorsque

---

54. Dans cette optique, les lois de l'Alberta ou de l'Ontario sont souvent citées en exemple, voir respectivement *Child, Youth and Family Enhancement Act*, R.S.A. 2000, c. C-12, art. 74.1 à 76 et *Divulgation de renseignements sur les adoptions*, Règl. de l'Ontario 464/07.
55. L'ensemble des dispositions relatives à la procréation assistée se trouvent aux articles 538 à 542 C.c.Q.
56. *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6.

l'apport de forces génétiques se fait par relation sexuelle, un lien de filiation peut être établi, dans l'année qui suit la naissance, entre l'auteur de l'apport et l'enfant »[57]. Encore faut-il que l'auteur de l'apport soit au courant de la naissance. En revanche, la loi maintient la prohibition du recours à une mère porteuse pour l'homme ou le couple d'hommes qui ressentiraient le même désir d'enfant[58]. La réforme du droit de la filiation a suscité de nombreux commentaires et elle a fait l'objet de diverses critiques[59].

S'agissant plus particulièrement de la question du droit à la connaissance de ses origines, lorsque la procréation est assistée par relation sexuelle plutôt que par l'intervention d'un médecin, la loi laisse le choix aux parents de transmettre ou non à l'enfant les informations relatives à ses origines. Si au contraire, la procréation est médicalement assistée, la loi maintient le principe de la confidentialité, en organisant le secret[60]. Toutefois, la transmission confidentielle d'informations médicales est permise aux autorités médicales concernées si un préjudice grave[61] risque d'être causé à la santé d'une personne issue de la procréation assistée ou de l'un de ses descendants. Les personnes directement concernées n'auront cependant pas accès à ces informations. Dans l'état actuel des textes, le secret autour des origines biologiques de

---

57. Art. 538.2, al. 2 C.c.Q. Cet article a d'ailleurs fait l'objet de litiges, souvent liés à l'absence de formalisme du projet parental. Voir notamment *G. N.* c. *L. B. et E. B. (pour X et Directeur de l'état civil, (Droit de la famille – 10190)*, 2010 QCCS 348, confirmé en appel par *Droit de la famille – 111729*, EYB 2011-192171, [2011] J.Q. nº 7881 (C.A.), requête pour permission d'en appeler rejetée, [2011] C.S.C.R. nº 444. Voir aussi M. Giroux, *Filiation de l'enfant né d'une procréation assistée*, dans JurisClasseur, Québec, coll. : Droit civil, Personnes et famille, fasc. 30, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, aux par. 10, 11 et 24.
58. Art. 541 C.c.Q. Voir également C. Lavallée, « Homoparenté, parentalité et filiation en droit québécois : une égalité à géométrie variable », (2012) 1 *R.I.D.C.* 13-34. ; M. Giroux, « Le recours controversé à l'adoption pour établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse : entre ordre public contractuel et intérêt de l'enfant », (2011) 70 *R. du B.* 509-544.
59. J. Pineau et M. Pratte, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 670 et s. ; B. Moore, « Les enfants du nouveau siècle (libres propos sur la réforme de la filiation », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial*, vol. 176, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 75 ; S. Philips-Nootens et C. Lavallée, « De l'état inaliénable à l'instrumentalisation, la filiation en question », dans P. C. Lafond et B. Lefebvre (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 337.
60. Art. 542 C.c.Q.
61. Le Projet de loi nº 47, *supra*, note 52, à l'article 20, apporte un assouplissement à la règle de l'article 542 C.c.Q. en laissant tomber le qualificatif « grave » à préjudice. Il en est de même en matière d'adoption où la même modification s'applique à l'article 584 C.c.Q.

l'enfant issu du recours à la procréation assistée est total[62]. Le législateur québécois a adopté, le 18 juin 2009, la *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*[63]. Or, cette loi ne modifie aucunement les dispositions actuelles de l'article 542 du *Code civil* qui prévoit le caractère confidentiel des renseignements. Seule nouveauté, l'article 43 de la loi prévoit l'obligation de conserver en permanence les renseignements relatifs aux activités de procréation assistée. Cet ajout important constitue un pas dans la bonne direction en évitant la destruction des dossiers après un certain temps. Cependant, il reste que les dispositions québécoises actuelles ne sont pas conformes avec l'interprétation libérale de la CIRDE. Une plus grande souplesse s'avère donc nécessaire.

2. *La nécessité d'une réforme législative pour renforcer la conformité avec la CIRDE*

Avant d'être invalidée en partie, la *Loi canadienne sur la procréation assistée*[64] prévoyait un cadre moins restrictif que le *Code civil du Québec* sur le plan de l'accès aux origines. En effet, les articles 15(4) et 18(3) de la loi fédérale, maintenant abrogés, prévoyaient que l'Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée[65] aurait pu transmettre les informations médicales qu'elle possédait se rapportant au matériel, à l'embryon ou aux personnes qui auraient eu recours à la procréation assistée ou qui en seraient issues, et cela, sans risque de préjudice grave[66] comme l'exige l'article 542 du C.c.Q. Toutefois, l'identité ou les renseignements susceptibles de servir à identifier l'une de ces personnes

---

62. Toutefois, selon le contexte, une plus grande ouverture est parfois organisée dans les faits. C'est le cas lorsque le ou les parents font appel aux services d'une clinique de fertilité qui donnent la possibilité de recourir à un donneur connu, ici ou à l'extérieur du pays, une pratique qui établit, dans les faits, une différence de traitement entre les enfants.
63. *Loi relative aux activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*, RLRQ, c. A-5.01.
64. *Loi (fédérale) sur la procréation assistée*, *supra*, note 37. Plusieurs de ses articles, incluant ceux concernant les données en matière de procréation assistée, ont été invalidés par la Cour suprême du Canada en décembre 2010. Voir : *Dans l'affaire du Renvoi fait par le gouvernement du Québec en vertu de la Loi sur les renvois à la Cour d'appel, L.R.Q., c. R-43, relativement à la constitutionnalité des articles 8 à 19, 40 à 53, 60,61 et 68 de la Loi sur la procréation assistée, L.C. 2004, ch. 2*, [2008] R.J.Q. 1551 ; [2010] 3 R.C.S. 457.
65. Cette structure a aussi été démantelée, c'est le ministre fédéral de la santé qui en est maintenant responsable, *Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable*, L.C. 2012, ch. 19.
66. Voir *supra,* note 61.

n'auraient pu être communiqués que dans la mesure qui était prévue par la loi ou si le donneur y avait consenti par écrit. Ainsi, la loi fédérale établissait un système hybride avec des donneurs qui auraient pu consentir ou non à la transmission de leur identité. Si un tel système était tout à fait cohérent du point de vue du droit au respect à la vie privée du donneur, il établissait une différence de traitement entre les enfants dont certains auraient eu accès à l'information et d'autres pas. L'article 6 de la CIRDE prohibe toute forme de discrimination entre les enfants et la loi fédérale semblait à première vue établir une différence de traitement difficilement justifiable du point de vue du respect des droits de l'enfant[67].

Par ailleurs, l'accession des couples de même sexe et des femmes seules à la procréation assistée empêche l'établissement du secret autour de la procréation, comme cela reste possible dans un couple hétérosexuel. Dans ce dernier cas, l'enfant peut ne jamais savoir qu'il est né grâce à l'intervention d'un tiers donneur. En revanche, l'enfant d'une femme seule ou d'un couple de même sexe posera un jour ou l'autre des questions sur les circonstances relatives à sa conception. Ces enfants auront conscience qu'une partie de leur histoire leur échappe. L'accès à la procréation assistée par des personnes autres que les couples hétérosexuels contribuera, tout comme l'adoption internationale l'a déjà fait, à cause de la différence ethnique entre l'adopté et les adoptants, à l'éclatement du secret autour de la filiation de l'enfant.

Ainsi, bien qu'il existe des différences entre l'adoption et le recours à la procréation assistée, le maintien d'un écart important entre les droits de l'enfant adopté et les droits de l'enfant issu d'une procréation assistée semble de plus en plus difficile à justifier. La réflexion menée en matière d'adoption sur l'accès aux origines devrait alimenter celle qui est présentement en cours sur la procréation assistée puisque les deux phénomènes posent sensiblement les mêmes questionnements quant à l'accès aux origines,

---

67. En matière d'adoption, une différence de traitement entre les enfants adoptés avant une éventuelle réforme et ceux adoptés après la réforme aurait pu se justifier par le fait que ces adoptions sont survenues sur une très longue période de temps, donc dans des contextes sociaux différents. Ce n'est pas le cas en matière de procréation assistée puisque deux enfants issus du recours à la procréation assistée auraient pu selon la loi fédérale en partie invalidée, subir un traitement différent quand bien même ils auraient été conçus au même moment, selon que le donneur accepte ou non la transmission des informations nominatives le concernant.

même si le parcours qui mène à la parenté est différent dans l'un et l'autre cas[68]. En effet, l'adoption vise à répondre aux besoins d'enfants déjà nés dont les parents ne sont pas en mesure d'assumer la charge, alors que la procréation assistée vise à organiser ou à planifier la naissance d'un enfant désiré. Sur le fondement de cette distinction, certains auteurs ont prétendu que la comparaison entre les deux institutions n'est pas souhaitable[69], mais la tendance actuelle est plutôt à l'inverse[70].

Cette approche, qui consiste à comparer les droits des enfants adoptés et des enfants nés à la suite du recours à la procréation assistée, constitue le principal fondement juridique dans la récente affaire *Pratten*[71]. En effet, la loi de la Colombie-Britannique permet aux enfants adoptés d'avoir accès à leurs origines, sous certaines conditions[72]. Toutefois, le même droit n'est pas accordé aux enfants nés à la suite du recours à la procréation assistée. Olivia Pratten, conçue à la suite du recours à la procréation assistée avec donneur anonyme, demandait à connaître l'information sur ses origines, au même titre que les enfants adoptés.

En première instance, elle a obtenu gain de cause. Selon la Cour suprême de Colombie-Britannique, l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*[73] ne permet pas une telle différence de traitement entre les deux catégories d'enfants. La Cour a alors suspendu la déclaration d'inconstitutionnalité afin de per-

---

68. Voir notamment les études suivantes : J. Feast, « Using and not Losing the Messages from the Adoption Experience for Donor-Assisted Conception », (2003) 6(1) *Human Fertility* 41-45 ; M. Crawshaw, « Lessons from a Recent Adooption Study to Identify Some of the Services Needs of, and Issues for, Donor Offspring Wanting to Know About their Donors », (2005) 5(1) *Human Fertility* 6-12.
69. C'est la position qui avait été retenue au Québec au moment de légiférer sur la question, voir Barreau du Québec, « Rapport du Comité sur les nouvelles technologies de la reproduction », (1988) 48 (suppl.) *R. du B.* Voir également K. O'Donovan, « A Right to Know One's Parentage ? », (1988) 2(1) *Int. J. Law Policy Family* 27-45.
70. Voir Commission de l'éthique en science et en technologie, *Avis. Ethique et procréation assistée : des orientations pour le don de gamètes et d'embryons, la gestation pour autrui et le diagnostic préimplantatoire*, Québec, Gouvernement du Québec 2009, recommandation 2 [CEST]. Voir aussi M. Freeman, « The Rights of the Artificially Procreated Child », dans *The Moral Status of Children*, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, p. 191 ; E. Haimes, « 'Secrecy' : What Can Artificial Reproduction Learn from Adoption », (1988) 2(1) *Int. J. Law Policy Family* 46-61.
71. *Pratten v. British Columbia (Attorney General)*, 2011 BCSC 656.
72. *Adoption Act*, R.S.B.C. 1996, c. 5.
73. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* R.-U.), 1982, ch. 11)] [*Charte canadienne*].

mettre à la législature provinciale de donner aux enfants conçus par procréation assistée les mêmes droits qu'aux enfants adoptés.

En sus du droit à l'égalité, le droit à la liberté et à la sécurité de la personne, prévu à l'article 7 de la *Charte canadienne* a également été invoqué afin de faire reconnaître un droit positif à la connaissance des origines biologiques[74]. Tant en première instance, qu'en appel, les juges se sont cependant montrés réfractaires à cet argument. Or, sur cet aspect, la décision de la Cour d'appel n'est pas sans reproches. D'abord, elle affirme que la Colombie-Britannique n'est pas partie à la CIRDE[75], ce qui est inexact[76]. Ensuite, la Cour dresse un portrait trop sommaire de l'historique de l'article 8 de la CIRDE[77]. Finalement, elle dénie la reconnaissance internationale du droit à la connaissance de ses origines. En effet, d'une part, dans le cadre de la *Convention européenne des droits de l'homme*[78], la Cour ne passe pas en revue l'ensemble de la jurisprudence de la Cour européenne, qui, dans son évolution, est plutôt favorable à la reconnaissance d'un droit aux origines[79]. D'autre part, elle procède à une interprétation tout à fait discutable du texte de la CIRDE et son analyse des commentaires du Comité sur les droits de l'enfant de l'ONU n'est pas convaincante[80].

Quoi qu'il en soit, la Cour d'appel de Colombie-Britannique a infirmé le jugement de première instance au motif que le traitement accordé aux enfants adoptés vise à améliorer la situation d'individus ou d'un groupe d'individus défavorisés au sens du paragraphe 2 de l'article 15 de la *Charte canadienne*[81]. En d'autres

---

74. « La reconnaissance du droit aux origines s'exprime de différentes façons, principalement comme étant une exigence du principe du respect de l'identité, en tant que composante du droit à la vie privée et du droit au respect de la vie familiale. Mais la question se pose aussi sous l'angle de l'intérêt de l'enfant. Les concepts de dignité, de liberté, d'intégrité et même d'égalité sont également invoqués en ce sens », M. Giroux, *supra*, note 43, plus particulièrement p. 373 et 374.
75. *Pratten* v. *British Columbia (Attorney General)*, 2012 BCCA 480, par. 57. Requête pour permission d'en appeler rejetée, C.S.C., nº 35191.
76. Voir notamment Ministry of Children and Family Development of British Columbia, « Strong, Safe and Supported, A Commitment to B.C.'s Children and Youth », 2008, p. 9. Le rapport est disponible à l'adresse suivante : <http://www.mcf.gov.bc.ca/about_us/pdf/Strong_Safe_Supported.pdf>.
77. *Pratten*, *supra*, note 75, par. 58.
78. *Convention européenne des droits de l'homme*, 213 R.T.N.U. 221 (1995), S.T.E. No. 5.
79. *Pratten*, *supra*, note 75, par. 54 et 55. Voir notamment L. Brunet, *supra*, note 17, plus particulièrement p. 98 à 101.
80. *Ibid*., par. 59 à 61. Voir l'argumentation présentée en Partie I de ce texte.
81. *Pratten*, *ibid*.

mots, la Cour d'appel voit dans le traitement des personnes adoptées une discrimination positive. Curieusement, tout en rejetant la demande d'Olivia Pratten, la Cour d'appel reconnaît, du même souffle, que les enfants conçus à la suite du recours à la procréation assistée sont dans la même situation que les enfants adoptés. Ils subissent les mêmes souffrances et les mêmes préjudices du fait de ne pas connaître leurs origines. Leur sentiment d'identité s'en trouve donc tout autant affecté[82]. Paradoxalement, ce raisonnement a pour effet de justifier un traitement différent, du simple fait que les enfants nés à la suite du recours à la procréation assistée ne sont pas visés par le programme de discrimination positive, qui a été mis en place pour les enfants adoptés.

Toutefois, la reconnaissance du fait que les enfants qui n'ont pas accès à leurs origines sont dans la même situation, peu importe les circonstances de leur naissance, devrait inspirer le législateur québécois. D'ailleurs, le refus de la Cour suprême d'entendre le litige[83] démontre bien que la question repose maintenant entre les mains du législateur de chaque province[84].

D'ailleurs, même si la Cour suprême avait accueilli la requête pour permission d'en appeler et qu'elle avait reconnu le droit de connaître ses origines biologiques, il aurait tout de même fallu prévoir l'aménagement de ce droit forçant, par le fait même, l'intervention du législateur.

La difficile marche vers l'égalité d'Olivia Pratten témoigne d'une certaine méconnaissance du droit de connaître ses origines pourtant reconnu à plus d'une reprise, et par un nombre grandissant de pays.

---

82. Les conclusions suivantes sur ce point n'ont pas été contestées en Cour d'appel : « [...] (c) it is important, psychologically and medically, for donor offspring to have the ability to know identifying and non-identifying information about their donor, and their psychological and medical needs in that respect are substantially the same as adoptees ; (d) for donor offspring, having information – both identifying and non-identifying – matters deeply, both to complete their personal identities and to alleviate the stress, anxiety and frustration caused by not knowing. [...] (i) donor offspring and adoptees experience similar struggles, and a similar sense of loss and incompleteness. [...]. », *ibid.*, par. 17.
83. *Ibid*.
84. Conformément à la position de la Cour dans le *Renvoi*, *supra*, note 64, les provinces ont compétence pour agir.

Conclusion

Le mouvement vers une plus grande ouverture en matière de connaissance des origines est indéniable au plan international. Sous l'impulsion de la CIRDE, plusieurs pays ont déjà légiféré pour accorder un plus large accès à leurs origines, non seulement aux enfants adoptés[85], mais également aux enfants issus du recours à la procréation assistée[86]. S'inspirant de l'évolution de l'adoption, on peut penser que des questions semblables vont bientôt être soulevées au regard de la procréation assistée et que des réformes seront nécessaires. À titre d'exemple, l'uniformisation des modes de cueillette des informations relatives aux personnes qui ont recours ou qui participent à des activités de procréation assistée devra être prévue[87]. La transmission de l'information, surtout si elle est nominative, devra s'accompagner d'une offre de service de soutien psychologique comme c'est le cas en matière d'adoption, ce qui implique non seulement de créer un tel service, mais de lui octroyer les ressources humaines et matérielles suffisantes pour lui permettre de jouer son rôle[88].

De plus, il est à prévoir que certains enfants issus d'un même donneur pourraient chercher à se retrouver. Comment sera alors recueillie, gérée et transmise cette information ? La question du pouvoir de l'agence d'informer un enfant du fait qu'il est né à la suite du recours à la procréation assistée si ses parents ne l'ont pas déjà fait se posera tout comme en matière d'adoption[89]. Dans l'éventualité d'une réforme permettant un plus large accès à l'information pour les enfants nés à la suite du recours à la pro-

---

85. Plusieurs provinces canadiennes le font déjà dont l'Ontario, l'Alberta et la Colombie-Britannique, *supra*, notes 54 et 72.
86. C'est le cas en Suède (1984), en Autriche (1992), en Suisse (1998), en Australie (État de Victoria) (1998) et de West Australia (2004), en Norvège (2003), aux Pays-Bas, en Nouvelle-Zélande et au Royaume-Uni (2004), en Finlande (2006) et aux États-Unis (État de Washington) (2011).
87. Malgré son abrogation, l'article 17 de la *Loi (fédérale) sur la procréation assistée*, *supra*, note 37, qui proposait la création d'un registre des renseignements pourrait servir de modèle notamment dans le cas de demandes d'accès aux origines. La création d'un registre québécois en matière d'adoption afin de colliger les informations concernant les consentements et les refus de consentir à la divulgation des renseignements, de même que les vetos à la divulgation de l'identité ou au contact, proposée notamment par le Projet de loi nº 47, *supra*, note 52, à l'article 89, pourra aussi être utile dans le même sens.
88. En ce sens, voir l'Avis de la CEST, *supra*, note 70.
89. Voir la proposition suggérée en matière d'adoption en ce qui a trait à l'obligation des adoptants ou, alternativement, du directeur de la protection de la jeunesse, d'informer l'enfant adopté de sa condition, à l'article 72 du Projet de loi nº 47, *supra*, note 52.

création assistée, la possibilité d'une levée rétroactive de la confidentialité pour les enfants nés avant la réforme devra aussi être envisagée. Toutes ces questions, et d'autres encore, seront soulevées tôt ou tard. Le législateur québécois n'aura pas alors d'autres choix que de revoir les règles actuelles afin de les rendre plus conformes à la CIRDE. Cet exercice est certes délicat, car il doit se faire en respectant les intérêts et les droits de toutes les personnes concernées, y compris et surtout des enfants. La réforme annoncée du droit québécois en matière d'adoption et d'autorité parentale est l'occasion de repenser plus globalement la question de l'identité de l'enfant dont la connaissance des origines est l'une des composantes. Ce faisant, le Québec assurerait une plus grande cohérence en matière de respect des droits de l'enfant entre les enfants adoptés et les enfants nés à la suite du recours à la procréation assistée.

La limite de l'accès aux soins définie par l'article 13 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* : véritable exutoire ou simple mise en garde ?

Robert P. KOURI et Catherine RÉGIS

Résumé

La question fondamentale soulevée par les auteurs concerne la portée de l'article 13 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*. En apparence, cet article impose d'importantes limitations au droit aux services de santé des usagers en prévoyant que l'exercice de ce droit est tributaire non seulement des dispositions législatives et réglementaires mais également des ressources humaines, matérielles et financières dont disposent les établissements. Peut-on affirmer que l'article 13 constitue une défense efficace à l'encontre de recours en justice entrepris par des usagers qui prétendent que leurs droits d'accès n'ont pas été respectés ?

En explorant cette problématique, les auteurs examinent d'abord la distinction de base en droit administratif entre les décisions de « politique » et les décisions « opérationnelles ». Généralement, les premières sont à l'abri du regard des tribunaux. Ensuite ils appliquent cette distinction aux décisions administratives limitant l'accès aux soins. Ils concluent que les litiges de ce genre relèvent surtout des principes du droit administratif et que l'article 13, contrairement aux apparences, est essentiellement une mise en garde aux usagers du système de santé que leurs droits sont assujettis à certaines limitations.

* * *

Abstract

The fundamental question raised by the writers relates to the ambit of section 13 of the *Health Services and Social Services Act* which, in appearance, imposes important limitations to the right to health services by stating that this right is subject not only to certain legislative and regulatory provisions, but also to the human, material and financial resources available. Can one affirm that section 13 constitutes a meaningful defence to suits brought by users claiming that their right of access to health care has not been respected ?

In discussing this problem, the writers first examine the rules governing liability in administrative law based on the fundamental distinction between "policy" and "operational" decisions. Normally, policy decisions are generally sheltered from scrutiny by the courts. They then apply this distinction to administrative decisions made by institutions, and which limit access to health care. They conclude that litigation of this nature falls under the fundamental rules of administrative law and that section 13 merely constitutes a warning to health care consumers that their rights are subject to certain limitations.

La limite de l'accès aux soins définie par l'article 13 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* : véritable exutoire ou simple mise en garde ?

Robert P. KOURI et Catherine RÉGIS*

Introduction 181

Partie 1. Le pouvoir d'intervention des tribunaux lors d'une prise de décision relevant du droit administratif 184

A. Les distinctions apportées par le droit administratif 186

B. L'application de ces distinctions en regard de l'accès aux soins 192

Partie 2. La pertinence de l'article 13 à l'égard des établissements de santé 195

A. Validité d'une limitation à l'accès aux soins à la suite d'une décision de politique prise par l'établissement 196

* Me Kouri est docteur en droit, professeur et co-titulaire de la Chaire de droit et gouvernance de la santé à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Me Régis est docteure en droit, professeure et titulaire de la Chaire de recherche du Canada sur la culture collaborative en droit et politiques de la santé à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Les auteurs tiennent à remercier Me Marco Laverdière pour ses précieux commentaires donnés sur une version antérieure du texte. Toutefois, les opinions exprimées n'engagent que les auteurs.

B. Validité d'une limitation à l'accès aux soins découlant d'une décision opérationnelle de l'établissement 201

Conclusion : L'article 13 – une simple mise en garde 208

Introduction

L'idée que les ressources publiques en santé sont limitées et que des choix doivent être faits dans la répartition des soins et des services est généralement admise. Certes, le point qui détermine la limite des soins qu'une société peut s'offrir est construit[1] et donc flexible ; il dépend de l'identification des priorités sociétales (l'éducation, l'économie, l'environnement, la culture, etc.) par une population et un gouvernement à un moment défini. Au Québec et au Canada, il est reconnu que les décideurs publics, les élus, doivent jouir d'une liberté dans la définition des priorités sociales afin d'effectuer les choix de gouvernance qui s'imposent. L'impact de ces décisions et la mise en œuvre de celles-ci, notamment dans le réseau de la santé et des services sociaux, se heurtent toutefois à plusieurs constats et obstacles bien connus. Dans un tel contexte, la périphérie du droit d'accès aux soins et aux services de santé – et notamment la justification des limitations qui en découlent – suscitent plusieurs questions et débats au sein du milieu juridique.

Dans ce texte, nous proposons d'examiner la pertinence de l'article 13 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* [ci-après L.S.S.S.S.][2] du Québec comme outil permettant la justification de telles limitations. L'article 13 détient le potentiel, du moins en apparence, de circonscrire l'offre et la demande de soins au sein du réseau de la santé visé par cette même loi. L'interprétation donnée à cet article par la doctrine et la jurisprudence, encore floue et parfois disparate, intéresse plusieurs acteurs, surtout dans un contexte de rationalisation des ressources.

---

1. Dans le même sens, voir Guy Rocher, « Y a-t-il des normes d'allocation des équipements coûteux en milieu hospitalier ? », (1990) 20 *R.D.U.S.* 219, 226. Soulignons qu'au Canada, il n'y a aucune obligation constitutionnelle positive pour l'État de fournir des services de santé. Ce constat pourra sembler surprenant pour les professionnels de la santé et les gestionnaires. Ainsi, ce n'est que lorsque l'État s'engage de façon volontariste à offrir des services qu'il s'engage du même coup à respecter certaines règles lorsque vient le temps d'en limiter l'accès. Voir notamment *Chaoulli* c. *Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, par. 104 et 176. Notre propos dans cet article se limite toutefois au droit administratif laissant de côté une analyse détaillée des questions d'accès aux soins en fonction des chartes pour une démarche ultérieure.
2. RLRQ, c. S-4.2.

Le libellé de l'article 13 est le suivant :

> Le droit aux services de santé et aux services sociaux et le droit de choisir le professionnel et l'établissement prévus aux articles 5 et 6, s'exercent en tenant compte des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'organisation et au fonctionnement de l'établissement ainsi que des ressources humaines, matérielles et financières dont il dispose.

Par l'article 13, le législateur prend soin de spécifier les motifs (du moins généraux) susceptibles d'être invoqués par les établissements de santé pour justifier une limitation aux droits des usagers, bien qu'il demeure vague quant à la portée effective de celle-ci. En effet, le droit aux services s'exerce, d'une part, en tenant compte des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'organisation et au fonctionnement de l'établissement et, d'autre part, suivant les ressources humaines, matérielles et financières dont l'établissement dispose.

Parmi les dispositions législatives et réglementaires qui peuvent influencer l'accès aux soins se trouvent les règles administratives de l'établissement qui peuvent notamment être justifiées sur la base de critères médicaux et psychosociaux[3]. La référence très générale aux « dispositions législatives et réglementaires » laisse ouverte et évolutive la quête interprétative des lois et règlements visés, au gré de l'évolution du système de santé.

Une partie importante du débat juridique lié à l'article 13 se trouve dans la deuxième partie de l'article, laquelle fait référence aux balises du droit d'accès susceptibles d'être imposées sur la base des ressources humaines, matérielles et financières disponibles au sein de l'établissement. Le droit semble donc faire intervenir la norme administrative dans les justifications possibles au processus de limitation des soins et des services offerts aux citoyens[4]. Les enjeux interprétatifs quant à la portée de cette partie de l'article se pointent avec une acuité particulière en raison de deux phénomènes. En effet, les restrictions financières – et

---

3. Voir généralement la discussion dans Louise Lussier, « Le processus d'attribution des ressources par les établissements aux bénéficiaires : impact sur le droit aux services et sur la responsabilité 'publique'» , (1990) 20 *R.D.U.S.* 285.
4. Voir la discussion plus élaborée sur le sujet dans Patrick A. Molinari, « Le droit aux services de santé : de la rhétorique à la mise en œuvre judiciaire », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la santé*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 73.

d'aucuns ajouteront l'utilisation inefficace de certaines ressources – qui mobilisent le système de santé depuis plusieurs années, combinées à la difficulté de rejoindre la responsabilité du gouvernement en matière d'allocation de ressources dans ce secteur[5], amèneront possiblement les établissements à se tourner de plus en plus vers cette porte de sortie qu'offre l'article 13.

Rappelons qu'au moment de la réorganisation majeure du système de santé dans les années 1970, la L.S.S.S.S. combinait déjà une reconnaissance du droit aux services avec une limitation d'accès définie par l'organisation des établissements et les ressources disponibles. La garantie d'accès et la limite à celle-ci se trouvaient alors ancrées dans un seul article, jadis l'article 4, ancêtre des articles 5 et 13 :

> Toute personne a droit de recevoir des services de santé et des services sociaux adéquats sur les plans à la fois scientifique, humain et social, avec continuité et de façon personnalisée, compte tenu de l'organisation et des ressources des établissements qui dispensent ces services.[6]

La reconnaissance législative d'une offre de service délimitée par l'organisation et les ressources disponibles au sein des établissements n'est donc pas chose nouvelle. L'élargissement de cette balise, par une formulation plus vaste et cantonnée dans un article distinct du droit aux services de santé, est venu avec la réforme législative de 1991[7].

Cette modification de l'article 4 par l'adoption de l'article 13 de la L.S.S.S.S. a suscité diverses interprétations. Par exemple, Molinari mentionne que le fait de référer à toute norme de source législative ou réglementaire relative à l'organisation et au fonctionnement des établissements comme facteur de modulation de l'exercice du droit d'accès aux soins introduit, certes, une préci-

---

5. Voir par exemple Martha Jackman, « Charter Review as a Health Care Accountability Mechanism in Canada », (2010) *Health L.J.* 1 ; *Cilinger* c. *Procureur général du Québec*, [2004] R.J.Q. 3083 (C.S.), [2004] R.J.Q. 2943 (C.A.), permission d'appeler à la Cour suprême 2005 CarswellQue 5103. La cause a fait l'objet d'un règlement hors cour.
6. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.Q. 1971, c. 48, art. 4. Pour une discussion sur l'historique de l'article 4, voir Patrick A. Molinari, préc., note 4, p. 77 et 78.
7. *Loi sur les services de santé et les services sociaux et modifiant diverses dispositions législatives*, L.Q. 1991, c. 42.

sion qui ne se trouvait pas dans le texte ancien mais qui n'invite pas pour autant à une interprétation pessimiste du droit d'accès[8].

Les questions qui se posent présentement au sein des milieux du droit et de la gestion sont les suivantes : Quelle est la portée réelle de l'article 13 ? Dans quelles circonstances peut-il être invoqué avec succès ? S'agit-il d'un exutoire « généreux » pour les établissements aux prises avec un cadre budgétaire restreint ou, à l'inverse, s'agit-il d'un rempart solide entre les décisions administratives et l'exercice des droits des usagers ?

Afin de déterminer la portée tangible de l'article 13, une étape préalable est nécessaire car le sujet s'inscrit dans les considérations plus vastes qui occupent le secteur du droit administratif. Ainsi, dans un premier temps, nous discuterons de l'impact de la distinction bipartite politique-opérationnelle qui prévaut en droit administratif et susceptible de s'appliquer aux décisions en matière d'accès aux soins et aux services de santé. Nous constaterons alors que cette distinction rend inutile, pour bon nombre de cas, le recours à l'article 13. Dans un deuxième temps, nous explorerons le développement de la jurisprudence sur l'article 13 afin de mieux circonscrire l'interprétation qui a été donnée à cet article à ce jour. Cette étape nous mènera à une analyse des leçons que nous pouvons tirer quant à la portée réelle de l'article 13, incluant les éléments à prendre en compte dans les défenses, bien délimitées, qui s'appuieront sur celui-ci.

Partie 1. Le pouvoir d'intervention des tribunaux lors d'une prise de décision relevant du droit administratif

Tout d'abord, il importe de mettre en relief les raisons relevant du droit administratif qui peuvent justifier, au départ,

8. Selon Patrick Molinari, « L'accès aux soins de santé : réflexion sur les fondements juridiques de l'exclusion », dans Lucie Lamarche, Pierre Bosset, *Les droits de la personne et les enjeux de la médecine moderne*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1999, 43, p. 50-51 : « [...] En bref, on voudra retenir que les changements apportés aux textes qui consignent le droit d'accès aux soins ne sont pas tellement significatifs qu'ils modifient les rapports juridiques entre les usagers et les établissements. D'ailleurs on pourrait même trouver quelque vertu dans le libellé de l'article 13 qui exprime avec une clarté qui résiste à toute tentative d'interprétation atténuante que les limites portent sur les circonstances et conditions d'exercice du droit d'accès aux soins et non pas sur le droit lui-même dont l'intégralité est ainsi préservée. Le défi posé au droit d'accès aux soins de santé est donc moins celui de son existence que celui de son application. »

l'intervention des tribunaux dans la révision de décisions portant sur l'étendue de l'offre de soins et services. Cette étape nous permettra par la suite de déterminer le rôle que joue potentiellement l'article 13 lors d'une telle contestation puisque les principes généraux du droit administratif demeurent applicables. D'emblée, même si la fourniture des soins de santé, la gestion des hôpitaux et des autres institutions de santé et de services sociaux relèvent de la compétence des provinces[9], une recension de la jurisprudence révèle qu'en règle générale, les poursuites sont rarement intentées contre l'État et ses agents (les agences de santé et des services sociaux), mais plutôt contre les établissements dispensateurs de soins. Aussi, soulignons qu'en principe, l'État et ses organismes ne jouissent d'aucune immunité en ce qui concerne leur responsabilité[10]. Le régime de responsabilité extracontractuelle de ces entités, y compris l'État, est basé sur la notion de faute de droit commun, l'article 1457 C.c.Q. trouvant ainsi application[11]. Cependant, il importe de déterminer dans quelles circonstances un geste ou une omission sera considéré comme fautif en matière de services de santé et d'accès aux soins. Jusqu'où le tribunal peut-il s'aventurer en évaluant la validité de toute décision prise quant à l'étendue d'une offre de services ? Les tribunaux peuvent-ils usurper le rôle du gouvernement et de ses organismes et entreprendre à leur place la détermination des services à offrir au public ? Ces questions ont fait l'objet d'une longue évolution jurisprudentielle dont le résultat ne semble pas toujours faire l'unanimité[12].

---

9. *Loi constitutionnelle de 1867*, (R.-U.) 30 & 31 Vict., ch. 3, reproduite dans L.R.C. (1985), app. II, nº 5, art. 92(7).
10. Art. 300, al. 2 et 1376 C.c.Q. énonçant dans ce dernier cas que : « Les règles du [livre sur les Obligations] s'appliquent à l'État ainsi qu'à ses organismes et à toute autre personne morale de droit public, sous réserve des autres règles de droit qui leur sont applicables. » Voir également les articles 94 et s. C.p.c. ainsi que *Entreprises Sibeca Inc.* c. *Frelighsburg (Municipalité)*, [2004] 3 R.C.S. 304, par. 17 et s. [ci-après *Entreprises Sibeca*] et *Prud'homme* c. *Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663, par. 31 [ci-après *Prud'homme*].
11. *Prud'homme ibid.*, par. 27 à 29 ; *Montambault* c. *Hôpital Maisonneuve-Rosemont*, [2001] R.J.Q. 893, (C.A.), par. 77 (permission d'appeler à la Cour suprême refusée) [ci-après *Montambault*] ; Peter Kryworuk, Brian Butler, Allyson Otten, « Liability in the Allocation of Scarce Health Care Resources », (1996) 16(3) *Health Law in Canada* 65, 74.
12. Voir par exemple, Jean-Denis Archambault, « La distinction *politique-opérationnelle* fournit-elle une assise judiciaire solide à la responsabilité civile de l'état consécutive à une décision de *politique* administrative ? », (1999) 59 *R. du B.* 579.

A. Les distinctions apportées par le droit administratif

Pour la compréhension de la thèse que nous cherchons à développer, il est utile de faire un bref rappel de certaines notions fondamentales de droit administratif. En retraçant sommairement l'évolution des principes pertinents, il est intéressant de noter que la jurisprudence ayant développé des distinctions applicables à notre étude est issue de domaines autres que de celui du droit de la santé.

Ainsi, l'arrêt *Anns et al.* v. *Merton London Borough Council* de la Chambre des Lords[13], constitue l'assise de l'évolution de la jurisprudence ultérieure de la Cour suprême du Canada. Cette cause porte sur une action en dommages contre une municipalité pour ne pas avoir procédé à l'inspection d'un bâtiment en construction dont la fondation n'est pas conforme aux standards. La question fondamentale est de savoir si la municipalité a un *duty of care* envers les acquéreurs de l'immeuble concerné et est donc redevable en dommages. Dans son opinion partagée par ses collègues, Lord Wilberforce propose la célèbre distinction de base qui sera désormais suivie en droit canadien :

> Most, indeed probably all, statutes relating to public authorities or public bodies, contain in them a large area of policy. The courts call this 'discretion' meaning that the decision is one for the authority or body to make, and not for the courts. Many statutes also prescribe or at least presuppose the practical execution of policy decisions: a convenient description of this is to say that in addition to the area of policy or discretion, there is an operational area. Although this distinction between the policy area and the operational area is convenient, and illuminating, it is probably a distinction of degree; many 'operational' powers or duties have in them some element of 'discretion'. It can safely be said that the more 'operational' a power or duty may be, the easier it is to superimpose upon it a common law duty of care.[14]

S'inspirant de cette nuance retenue dans *Anns*, à savoir si les pouvoirs et devoirs d'une autorité publique sont en lien avec une décision politique ou opérationnelle, la majorité du banc de la Cour suprême du Canada dans *Kamloops* c. *Nielson*[15] affirme

13. [1978] A.C. 728 (H.L.) [ci-après *Anns*].
14. *Ibid.*, p. 754.
15. [1984] 2 R.C.S. 2 [ci-après *Kamloops*]. Il s'agit dans ce cas d'une décision confirmant la responsabilité d'une municipalité dont l'inspecteur des bâtiments avait constaté des vices de construction et a émis une ordonnance d'arrêt des travaux. À

qu'en ce qui concerne l'adoption d'un règlement relatif à la construction, la municipalité n'a aucun devoir légal d'agir. Elle a le pouvoir discrétionnaire de le faire, et si elle décide de prendre une telle initiative, cette décision en sera une de nature politique. Mais, en imposant un devoir à l'inspecteur des bâtiments d'assurer le respect du règlement, on est désormais dans le domaine de l'opérationnel ou de l'exécution, susceptible alors d'engager la responsabilité de la municipalité advenant une faute de sa part[16].

Deux décisions rendues par la Cour suprême en 1989 apportent des précisions quant à l'application d'*Anns*[17]. Il s'agit des causes *Laurentide Motels Ltd.* c. *Beauport (Ville)*[18] et *Just* c. *Colombie-Britannique*[19]. D'abord dans *Laurentide Motels Ltd.*, le juge Beetz clarifie la portée de la distinction :

> Lorsque le législateur confère un pouvoir à une autorité, ce pouvoir est généralement énoncé sous la forme d'un pouvoir discrétionnaire. Le pouvoir discrétionnaire est nécessaire pour donner à l'autorité publique toute la latitude voulue pour prendre des décisions que l'on peut qualifier de décisions de nature politique dont l'autorité devrait être comptable non aux tribunaux, mais à l'électorat ou à la législature. [...] Ces décisions politiques peuvent revêtir diverses formes, allant des règlements municipaux et des résolutions, jusqu'aux directives internes, aux décisions administratives et même à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dans l'exécution d'activités relevant du domaine opérationnel. La seule obligation qui incombe à l'autorité concernée dans le domaine des politiques consiste à prendre ses décisions de façon responsable et en conformité avec l'objet de la loi habilitante.[20]

---

cause d'une grève des employés municipaux, il n'y a pas eu de suivi dans le dossier et Nielson s'est porté acquéreur du bâtiment défectueux.

16. *Ibid.*, p. 12-13.
17. Préc., note 13.
18. [1989] 1 R.C.S. 705 par sa décision unanime condamnant la municipalité aux dommages à la suite de la destruction d'un motel par incendie, lequel ne pouvait être combattu adéquatement à cause des lacunes du système d'aqueduc et de certaines fautes des pompiers municipaux dans l'exécution de leurs fonctions, [ci-après *Laurentide Motels*].
19. [1989] 2 R.C.S 1228 [ci-après *Just*].
20. Préc., note 18, p. 722. Et de dire la juge L'Heureux-Dubé, « [...] le fait qu'une corporation municipale prenne ou refuse de prendre une décision politique (*policy decision*) ne peut entraîner sa responsabilité civile. Si, toutefois, la corporation municipale exerce ses pouvoirs discrétionnaires ou non, de façon à rendre sa décision exécutoire (*operational decision*), elle engagera sa responsabilité pour tout préjudice causé à autrui par sa faute, ou celle de ses préposés dans l'exécution de leurs fonctions, à moins que la loi habilitante n'écarte expressément cette responsabilité ou n'autorise la corporation municipale à s'en dégager. » (p. 836).

Ensuite l'affaire *Just*, même si sa trame factuelle n'a aucun lien avec le droit de la santé, apporte malgré tout certaines précisions pertinentes quant à la problématique de l'accès aux soins. Il s'agit d'une poursuite en dommages-intérêts contre le gouvernement de la Colombie-Britannique à la suite de la chute d'un bloc de pierre d'un talus bordant la route, causant la mort de la fille du demandeur et occasionnant à ce dernier des lésions corporelles graves. Le gouvernement se fait reprocher de ne pas avoir mis sur pied un système adéquat d'inspection et d'entretien des talus rocheux longeant les routes publiques. Infirmant le jugement de première instance[21] ainsi que celui de la Cour d'appel[22], la majorité de la Cour suprême condamne la province.

L'analyse des membres du banc dans *Just* est particulièrement intéressante. À l'exception du juge Sopinka qui est dissident, le juge Cory, parlant au nom de la majorité, apporte les précisions suivantes quant aux règles dégagées par les arrêts *Anns*[23], *Kamloops*[24] et *Laurentide Motels*[25]. D'abord, le pouvoir discrétionnaire doit être instauré ou exercé de bonne foi[26]. Ensuite, lors d'une contestation sur la validité d'une décision de politique, en plus d'une preuve de l'absence de bonne foi, le demandeur doit établir que nonobstant les circonstances, par exemple des restrictions budgétaires, il y a lieu de faire intervenir le tribunal pour qu'il se prononce sur la question[27]. En principe, les décisions de politique ne devraient pas faire l'objet de poursuites en responsabilité civile car l'État doit être libre de prendre des décisions « [...] en fonction de facteurs sociaux, politiques ou économiques »[28]. Cependant, en s'appuyant sur la décision australienne dans *Sutherland Shire Council* v. *Heyman*[29], le juge Cory affirme que la mise en application d'une directive administrative ou d'une politique pourrait aboutir à une responsabilité civile[30].

---

21. [1985] 5 W.W.R. 570 (Supreme Court of B.C.).
22. [1987] 2 W.W.R. 231 (C.A.).
23. Préc., note 13.
24. Préc., note 15.
25. Préc., note 18.
26. *Just*, préc., note 19, p. 1238, (le mot « instauré » est utilisé dans la version française du jugement).
27. *Ibid.*
28. *Ibid.*, p. 1240-1241. Voir également *Brown* c. *Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)*, [1994] 1 R.C.S. 420, 441 [ci-après *Brown*].
29. (1985), 60 A.L.R. 1 (High Court of Australia).
30. Préc., note 19, p. 1241.

Si nous revenons à la discussion sur l'accès aux soins, laquelle est la plupart du temps liée au financement offert par le gouvernement aux établissements, le pouvoir de surveillance du tribunal semble être très limité. Toujours selon le juge Cory :

> De façon générale, les décisions concernant l'allocation des ressources budgétaires à des ministères ou organismes gouvernementaux seront rangées dans la catégorie des décisions de politique. En outre, il ne faut pas oublier qu'une décision de politique peut être contestée sur le motif qu'elle n'a pas été prise dans l'exercice réel d'un pouvoir discrétionnaire.[31]

Comme nous allons le démontrer lors de l'analyse de la jurisprudence dans la deuxième partie de ce texte, les tribunaux québécois ont entériné la division bipartite (politique ou opérationnelle) prônée par la Cour suprême, mais en reconnaissant qu'il est parfois difficile de bien cerner la nature de la décision prise. À titre d'illustration, l'arrêt *Cilinger*[32], portant sur une demande de recours collectif résultant du retard d'obtenir des traitements de radiologie pour le cancer du sein, fait état de cette difficulté. Selon la Cour d'appel, « [si] l'acte visé fait appel à l'exercice d'une discrétion comme, entre autres, l'allocation de ressources par opposition à l'exécution matérielle d'une décision, on le classera dans la catégorie des gestes politiques »[33]. De même, dans l'affaire *Montambault*, la juge Deschamps, insiste sur les subtilités d'une telle distinction, faisant allusion au *continuum* inhérent à ce genre d'analyse[34].

---

31. *Ibid.*, p. 1245.
32. Préc., note 5.
33. *Ibid.*, par. 15 (C.A.).
34. *Montambault*, préc., note 11, par. 81. D'après elle, « Hormis une immunité statutaire, plus les intérêts en jeu font appel à des considérations de politique générale, plus étanche sera l'immunité. Plus les éléments de décision seront circonscrits par les décisions statutaires, plus facile sera l'intervention des tribunaux. » D'ailleurs, dans *Attis* v. *Canada (Minister of Health)*, (2008) 300 D.L.R. (4th) 415, [2008] O.J. No. 3766 (C.A. Ont.), (l'approbation par Santé Canada d'implants mammaires défectueux), la Cour d'appel avait admis que dans le cas sous étude, la distinction entre l'établissement d'une politique gouvernementale et la mise en opération de cette politique était difficile à établir (par. 76). Il est intéressant de noter que dans *Drady* v. *Canada (Minister of Health)*, 300 D.L.R. (4th) 443, [2008] O.J. No. 3772, (C.A. Ont.), décidé le même jour que la cause *Attis*, (l'approbation par Santé Canada d'implants temporo-mandibulaires « temporomandibulor implants » défectueux), on a affirmé que la négligence dans la dissémination d'une liste d'appareils non conformes « non-compliant devices » pourrait être caractérisée comme une erreur opérationnelle (par. 57).

Plus récemment, dans *R.* c. *Imperial Tobacco Canada ltée*[35], la Cour suprême apporte des précisions quant à la distinction de l'exercice ou non d'un pouvoir discrétionnaire, car même des tâches courantes impliqueraient l'exercice d'une discrétion. Aussi, on ne peut définir par la négative une décision de politique en affirmant qu'elle n'est pas une décision opérationnelle[36]. Une politique générale est un sous-ensemble de décisions discrétionnaires et doit être « [...] fondée sur des considérations d'intérêt public, comme des considérations d'ordre économique, social ou politique »[37]. Donc, seul ce type de décision échapperait, en principe, à la poursuite des particuliers[38].

Pour sa part, le juge Cory affirme dans *Brown*[39] et dans *Swinamer*[40] que les tribunaux peuvent, malgré tout, réexaminer une décision de politique générale lorsque cette décision n'est pas prise de bonne foi ou lorsqu'elle est déraisonnable au point de constituer un exercice irrationnel du pouvoir discrétionnaire[41].

---

35. 2011 CSC 42, par. 84 [ci-après *Imperial Tobacco*].
36. *Ibid.*, par. 86.
37. *Ibid.*, par. 88.
38. *Ibid.*, par. 90.
39. Préc., note 28. Il est intéressant de noter que le juge Sopinka, qui, dans cette cause, est d'accord avec l'opinion du juge Cory quant au résultat, mais n'est pas partisan de la distinction « politique-opérationnelle », s'appuie sur la décision du Conseil privé dans *Rowling and another* v. *Takaro Properties Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 163, afin d'écarter ce facteur comme critère exclusif de responsabilité, p. 5 pdf. Or, le Lord Keith of Kinkel, parlant au nom du comité du Conseil privé, affirme qu'une « [...] too literal application of the well-known observation of Lord Wilberforce in *Anns* v. *Merton London Borough* [référence omise], may be productive of a failure to have regard to, and to analyze and weigh, all the relevant considerations in considering whether it is appropriate that a duty of care should be imposed. Their Lordships consider that question to be of an intensely pragmatic character, well suited for gradual development but requiring most careful analysis. [...] Their Lordships recognize that the decision of the minister is capable of being described as having been of policy rather than an operational character ; but, if the function of the policy/operation dichotomy is as they have already described it, the allegation of negligence in the present case is not, they consider, of itself of such a character as to render the case unsuitable for judicial decision » (p. 172.). Le fait qu'un ministre puisse prendre une décision critiquable ne veut pas dire que sa décision serait qualifiée de négligente (p. 173).
40. *Swinamer* c. *Nouvelle-Écosse (procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 445 [ci-après *Swinamer*].
41. *Brown*, préc., note 28, p. 435, 442 et *Swinamer*, *ibid.*, p. 465. Voir également *Entreprises Sibeca*, préc., note 10, par. 23 ; *Imperial Tobacco*, préc., note 35, par. 90 ainsi que *Centre hospitalier Mont-Sinaï* c. *Québec* (*Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, par. 58, « La norme de retenue la plus élevée, celle du caractère manifestement déraisonnable, doit généralement être appliquée aux décisions que prennent des ministres en exerçant des pouvoirs discrétionnaires en contexte administratif ». Dans le cas sous étude, l'on discute du refus du ministre de modifier le permis d'opérer de l'établissement, et ce nonobstant ses promesses à cet effet.

Cependant, il importe de souligner que la notion de mauvaise foi pouvant donner ouverture à une responsabilité étatique ne se limite pas qu'à la simple faute intentionnelle d'après la Cour suprême dans *Finney* c. *Barreau du Québec*[42]. L'acte posé doit être « [...] inexplicable et incompréhensible, au point qu'il puisse être considéré comme un véritable abus de pouvoir [...][43] ». La juge Deschamps, écrivant cette fois-ci au nom de la Cour suprême dans *Entreprises Sibeca*[44], précise la portée de la notion de mauvaise foi en affirmant qu'elle comprend non seulement les actes accomplis dans l'intention de nuire, « [...] mais aussi ceux qui se démarquent tellement du contexte législatif dans lequel ils sont posés qu'un tribunal ne peut raisonnablement conclure qu'ils l'ont été de bonne foi[45] ». Assimilée à la mauvaise foi, on pourrait s'attaquer à une décision de politique adoptée « [...] pour des fins impropres, selon des principes erronés, en tenant compte de considérations non pertinentes ou encore que la discrétion se soit exercée de façon arbitraire, injuste, discriminatoire ou erronée[46] ». Ainsi, dans *Cilinger*[47], on fait allusion à une décision de politique qui est manifestement déraisonnable. Évidemment, une décision de politique qui irait à l'encontre des dispositions de la *Charte canadienne des*

42. [2004] 2 R.C.S. 17 [ci-après *Finney*].
43. *Ibid*., le juge LeBel, par. 39.
44. Préc., note 10.
45. *Ibid.,* par. 26. La Cour supérieure dans *Robaey* c. *Centre hospitalier universitaire Ste-Justine*, 2008 QCCS 230, confirmée en appel 2010 QCCA 1469, au par. 161 (de la décision en Cour supérieure) affirme qu'il doit y avoir une intention malveillante de la part de l'agent administratif. Dans *Association pour l'accès à l'avortement* c. *Procureur général du Québec*, [2006] R.J.Q. 1938, [2006] R.R.A. 760 (C.S.), par. 114, on s'est appuyé sur le principe dégagé dans *Entreprises Sibeca* pour conclure que le Gouvernement du Québec a agi de bonne foi car « [...] le refus ou la négligence d'agir ne constituent pas toujours la mauvaise foi » (par. 115).
46. Voir *Ruel* c. *Marois*, [2001] R.J.Q. 2590 (C.A.), par. 76. On y ajoute, au par. 77, que la directive doit être conforme à la norme habilitante ainsi qu'aux Chartes. Voir également *Giroux* c. *Centre hospitalier régional de Trois-Rivières*, 2010 QCCS 109, par. 55. Dans *Abarquez* v. *Ontario*, (2009) 310 D.L.R. (4th) 726 (Ontario Court of Appeal) (infirmières contractant le SRAS à cause des directives inadéquates émises par le gouvernement), on a défini l'expression « *arbitrariness* » de la façon suivante (au par. 49) : « [...] Arbitrariness must be given a narrow and specific meaning. The measure challenged must bear *no relation to,* or be *inconsistent* with, the objective that lies behind the legislation. [...] A government activity is not 'arbitrary' because it minimizes certain interests or gives preference to one interest over another. » Cette dernière cause n'a pas été couronnée de succès à cause de l'absence de *proximity*. Cette difficulté n'existe pas en droit québécois grâce à l'article 1376 C.c.Q., lequel dispense le demandeur poursuivant un organisme public, de l'obligation d'identifier une règle de common law publique rendant applicable le droit civil à son action, voir *Cilinger*, préc., note 5 en ce qui concerne le rejet du recours collectif contre le procureur général du Québec, par. 51 (C.S.).
47. *Cilinger*, préc., note 5, par. 118 (C.S.).

droits et libertés[48] ou la *Charte des droits et libertés de la personne*[49] ne saurait être valide. En somme, on exige la preuve d'une démarche éminemment douteuse ou répréhensible quant aux moyens utilisés ou au résultat obtenu de la part des décideurs.

B. L'application de ces distinctions en regard de l'accès aux soins

Un regard sur la jurisprudence afférente à la décision d'offrir ou non certains soins et services nous donne un aperçu du type de problématiques soulevées devant les tribunaux et la réaction de ceux-ci quant à l'adoption de politiques dont la légalité est douteuse. Par exemple, dans l'affaire *Sfetkopoulos*[50] l'on considère que le gouvernement fédéral, en adoptant un règlement portant sur l'accès à la marihuana à des fins médicales, a brimé de façon arbitraire l'accès des patients à ce produit. La Cour fédérale déclare « [...] qu'il [est] contraire à la primauté du droit de forcer un citoyen à enfreindre la loi afin d'avoir accès à une substance dont il a besoin à des fins médicales »[51].

D'autres jugements portent sur la nature déraisonnable de l'exercice de la discrétion du décideur[52]. On affirme dans *Delisle* c. *Canada (Procureur général)*[53], concernant une décision de Santé Canada de limiter la vente d'un produit thérapeutique non approuvé en vertu du Programme d'accès spécial (PAS), que la politique adoptée par le gouvernement modifiant le règlement n'est pas valide car il n'y a pas d'équilibre entre l'accès à un médicament non-éprouvé et le facteur humanitaire de compassion[54]. Et dans *C.C.-W. (Litigation guardian of) v. Ontario (Health Insurance Plan, General Manager)*[55], on juge déraisonnable la décision d'une régie (*Health Services Appeal and Review Board*) refusant le remboursement de certains services médicaux obtenus hors

---

48. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.)*, 1982, ch. 11].
49. RLRQ, c. C-12.
50. *Sfetkopoulos* c. *Canada (Procureur général)*, [2008] A.C.F. nº 6 ; [2008] 3 R.C.F. 399 (Cour fédérale).
51. *Ibid.*, par. 19.
52. Sur la notion de pouvoirs discrétionnaires, voir *Baker* c. *Canada*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 52, « La notion de pouvoir discrétionnaire s'applique dans les cas où le droit ne dicte pas une décision précise, ou quand le décideur se trouve devant un choix d'options à l'intérieur des limites imposées par la loi. »
53. [2006] A.C.F. nº 1230 ; 2006 C.F. 933 (Cour fédérale).
54. *Ibid.*, par. 173.
55. [2009] O.J. No. 140 ; (2009) 305 D.L.R. (4th) 538 (Ont. Superior Court of Justice).

Canada, de ne pas reconnaître le pouvoir du *General Manager* d'approuver rétroactivement les soins obtenus hors-pays en situation d'urgence (« *urgent circumstances* »)[56].

Bien qu'une violation d'un droit reconnu par les *Chartes*, notamment le droit à la protection contre la discrimination, peut engendrer l'invalidité d'une politique, le taux mitigé de succès de ce moyen devant les tribunaux indique les difficultés inhérentes à celui-ci. Si nous mettons de côté la décision *Chaoulli* c. *Québec (Procureur général)*[57], ayant pour fondement la violation de l'article 1 de la Charte québécoise et l'article 7 de la Charte canadienne, l'article 15(1) de la Charte canadienne a été plaidé avec succès par les demandeurs dans *Eldridge* c. *C.-B. (Procureur général)*[58]. Dans cette affaire, la Commission des services médicaux se fait reprocher de ne pas mettre à la disposition des non-entendants les services d'interprètes gestuels. De même, dans *Newfoundland and Labrador* v. *Sparkes*[59] on confirme l'opinion de la *Human Rights Commission* réprouvant la décision du *Department of Health and Community Services* de placer sur une liste d'attente un enfant souffrant d'autisme, alors que l'âge idéal pour traiter cet état se situe entre 18 et 60 mois. Or, l'enfant n'a reçu des traitements qu'à l'âge de 4 ans. On décide que ceci constitue une forme de discrimination basée sur un handicap mental.

Par contre, dans les causes suivantes, une allégation de discrimination dans le but de contester la validité d'une décision discrétionnaire n'est pas retenue : par exemple, on ne sanctionne pas le refus du gouvernement de Colombie-Britannique de subventionner les traitements intensifs pour les enfants autistes d'âge pré-scolaire[60], le refus de la Nouvelle-Écosse de rembourser des frais médicaux encourus hors-province pour le traitement de l'infertilité du couple[61], la décision du gouvernement de l'Ontario de ne plus assumer les coûts de la chirurgie permettant un changement de sexe[62], la politique du ministre de la santé de

---

56. *Ibid.*, par. 108. Voir également *Flora* v. *Ontario (Health Insurance Plan, General Manager)*, [2008] O.J. No. 2627, 91 O.R. (3d) 412, par. 47 à 59.
57. Préc., note 1.
58. [1997] 3 R.C.S. 624.
59. [2004] N.J. nº 34 (Newfoundland and Labrador Supreme Court-Trial Division).
60. *Auton (Tutrice à l'instance de)* c. *Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2004] 3 R.C.S. 657.
61. *Cameron* v. *Nova Scotia (Attorney General),*(1999) 177 D.L.R. (4th) 611 (Nova Scotia Court of Appeal).
62. *Hogan* v. *Ontario (Minister of Health and Long-Term Care*), [2006] H.R.T.O. No. 32 (CanLII). La majorité du banc affirme que le gouvernement a le droit

Colombie-Britannique de ne plus prendre en charge le coût des tests APS pour le dépistage du cancer de la prostate[63], le refus des Forces armées canadiennes d'assumer le coût de la fécondation *in vitro* au moyen d'injections intracytoplasmiques de spermatozoïdes[64], l'exigence d'une période d'attente de trois mois avant qu'un enfant né au Sri Lanka (dont le père est canadien) puisse être admissible au *Ontario Health Insurance Plan*, alors que les nouveau-nés et les enfants adoptés sont exemptés de ce délai[65].

Andrée Lajoie souligne une vérité incontournable en ce qui concerne l'affectation des ressources : leur rareté résulte, la plupart du temps, de prises de décisions par certaines instances plutôt que par des situations de circonstances irrésistibles[66]. En d'autres mots, ce sont les priorités établies par l'État et ses organismes et non les circonstances de force majeure qui déterminent à quelles fins les fonds publics sont consacrés. Elle admet également que le rôle du tribunal est de surveiller la conformité des actes aux normes institutionnelles et non de décider à la place de ceux à qui revient le pouvoir de déterminer ces normes[67].

En somme, selon la jurisprudence citée précédemment, il est nécessaire de distinguer les décisions de nature politique des décisions de nature opérationnelle afin de déterminer l'étendue de la marge de manœuvre dont disposent les tribunaux pour revoir les décisions d'octroyer ou non certains soins et services dans le secteur de la santé. Plus souvent qu'autrement, les décisions de nature politique – impliquant la prise en compte de l'intérêt public à la lumière de considérations d'ordre économique, social ou poli-

---

d'effectuer des coupures dans un contexte économique difficile par. 103-130. Toutefois, la discrimination est reconnue pour les plaignants qui avaient déjà entrepris les soins avant le retrait du financement par le gouvernement.

63. *Armstrong* v. *British Columbia (Minister of Health)*, [2008] B.C.H.R.T.D. No. 19. On a prétendu qu'il y avait discrimination fondée sur le sexe car l'État continue d'assumer le coût des mammographies et des tests PAP.
64. *Canada (Procureur général)* c. *Buffett*, [2007] A.C.F. nº 1361 (Cour fédérale). Le militaire infertile allègue de la discrimination car les femmes militaires ont droit à la fertilisation *in vitro*.
65. *A.T.(Litigation Guardian of)* v. *Ontario (Health Insurance Plan, General Manager)*, [2010] O.J. No. 2044 (Ontario Court of Justice, Divisional Court).
66. Andrée Lajoie, « La macro-allocation des ressources et le droit aux services de santé », (1990) 20 *R.D.U.S.* 231, 236-237.
67. *Ibid.*, p. 231, 238-239. Dans *Lessard* c. *Hôpital Maisonneuve-Rosemont*, EYB 2005-95185 (C.S.) concernant l'adoption des règles d'utilisation des ressources par des radio-oncologistes, le Tribunal exprime la nécessité de faire preuve de retenue et de ne pas gérer le système de santé à la place les institutions chargées de cette tâche par le législateur (par. 36). On y affirme également qu'il faut éviter de régler 'à la pièce' une situation exigeant une solution globale (par. 37).

tique – seront à l'abri du regard des tribunaux[68]. Par contre, une décision de politique générale prise de mauvaise foi ou qui constitue un exercice déraisonnable d'un pouvoir discrétionnaire sera sujette à sanction[69]. En ce qui concerne les décisions opérationnelles, l'organisme n'engagera sa responsabilité qu'en cas de faute, telle que déterminée par les règles de droit commun[70].

Partie 2. La pertinence de l'article 13 à l'égard des établissements de santé

Examinons maintenant si les limitations articulées par l'article 13 de la L.S.S.S.S. ont une portée utile compte tenu de ces principes de droit administratif. Tel que souligné précédemment, cet article permet d'invoquer le cadre législatif et réglementaire ainsi que la limite des ressources pour justifier une restriction au droit d'accès prévu à l'article 5 de la L.S.S.S.S.[71] et au droit de choisir le professionnel ou l'établissement prévu à l'article 6 de la L.S.S.S.S.[72]. Afin de vérifier si l'article 13 a une portée réelle[73], ou s'il ne sert qu'à informer les usagers du système de santé que leur

---

68. Préc., note 35 *Imperial Tobacco*, par. 90.
69. Préc., note 41.
70. *Laurentide Motels*, préc., note 18, 836.
71. « Toute personne a le droit de recevoir des services de santé et des services sociaux adéquats sur les plans à la fois scientifique, humain et social, avec continuité et de façon personnalisée et sécuritaire. »
72. « Toute personne a le droit de choisir le professionnel ou l'établissement duquel elle désire recevoir des services de santé ou des services sociaux.
Rien dans la présente loi ne limite la liberté qu'a un professionnel d'accepter ou non de traiter une personne. »
73. Notons que, indépendamment des ressources disponibles, il y a deux situations dans lesquelles les établissements ne pourront recourir à l'article 13. Dans un premier temps, l'établissement ne peut refuser de fournir des soins en situation d'urgence, soit lorsque la vie et l'intégrité de la personne sont menacées : L.S.S.S.S., art. 7. Dans un deuxième temps, l'établissement qui souhaite circonscrire son offre de soins peut se voir opposer un refus des médecins lorsqu'ils estiment que ce choix enfreint leur code de déontologie. L'article 43 du *Code de déontologie des médecins*, RLRQ, c. M-9, r. 17 : « Le médecin doit s'abstenir d'exercer sa profession dans des circonstances ou états susceptibles de compromettre la qualité de son exercice ou de ses actes ou la dignité de la profession ». Voir aussi la discussion sur le sujet dans Dominique Sprumont, « Le droit d'accès aux services de santé en droit québécois », (1998) 6 *Health L.J.* 191, par. 44. L'auteur précise que ceux-ci doivent s'abstenir d'exercer leur profession dans des circonstances susceptibles de compromettre la qualité de leur pratique. Cela est d'autant plus pertinent que nous savons maintenant qu'une surcharge de travail ne constitue pas toujours une excuse valable à la responsabilité professionnelle du médecin. Voir *Richard* c. *Hôtel-Dieu de Québec*, [1975] C.S. 227 ; *Côté* c. *Hôtel-Dieu de Québec*, [1987] R.J.Q. 723 (C.A.) ; *Plamondon* c. *Boies*, J.E. 85-976 (C.A.). Par contre, on semble parfois être moins exigeant lorsqu'on tient compte des contraintes du système de santé, *Hôpital général de la région de l'Amiante* c. *Perron*, [1979] C.A. 567, 577 ; *Dubois* c. *Gaul*, [1989] R.J.Q. 1260 (C.S.).

droit aux services est relatif, nous regarderons les occasions où les tribunaux se sont prononcés sur la question de l'accès aux soins en faisant spécifiquement référence à l'article 13[74].

A. Validité d'une limitation à l'accès aux soins à la suite d'une décision de politique prise par l'établissement

C'est surtout en lien avec les politiques adoptées par les établissements ayant pour effet de limiter l'accès à un service basé sur des considérations géographiques ou autres que les tribunaux ont été appelés à se prononcer sur la validité de telles restrictions. Par exemple, dans *Poirier* c. *Hôpital du Haut-Richelieu*[75] on s'interroge sur la légalité d'un règlement où les délais pour passer des tests de laboratoire sont déterminés par la détention ou non de privilèges de pratique du médecin traitant auprès de l'hôpital. La Cour supérieure nie le bien-fondé de cette limitation en émettant une injonction mandatoire ordonnant que les services de diagnostic exigés par l'état de la patiente soient fournis sans délais car en vertu de la L.S.S.S.S., elle a droit aux services médicaux. La Cour déclare :

> Dans les faits, la limitation que l'on a apportée aux droits de la requérante n'est pas basée sur l'organisation, ni les ressources de ce centre hospitalier, mais sur une politique de l'hôpital qui n'est pas autorisée par un texte législatif et qui pénalise le bénéficiaire en voulant atteindre son médecin traitant.[76]

La contestation dans *Jasmin* c. *Cité de la Santé*[77] concerne la légalité de règlements adoptés par le conseil d'administration de l'hôpital ayant pour effet de limiter l'accès aux services obstétriques et aux services diagnostics pour les personnes résidant à l'extérieur du territoire de l'établissement. La Cité de la Santé de Laval prétend justifier ce type de contingentement en affirmant

---

74. Cette étude des décisions judiciaires exclut conséquemment les dossiers de plaintes portant sur l'un ou l'autre de ces articles qui ont pu être déposés devant les commissaires aux plaintes et à la qualité des services et devant le Protecteur du citoyen. Le processus de plaintes prévu à la L.S.S.S.S., aux articles 29 et suivants, peut dans certaines circonstances fournir une alternative intéressante à la voie judiciaire, plus contentieuse, coûteuse, longue et plus limitée dans le type de solutions susceptibles d'être explorées. Voir par exemple Catherine Régis, « Enhancing Patients' Confidence in Access to Health Care: The Ontario or Québec Way ? », (2004) 12 *Health Law J.* 243.
75. [1982] C.S. 511.
76. *Ibid.*, 514. Le juge réfère à l'ancien article 4 de la L.S.S.S.S.
77. [1990] R.J.Q. 502 (C.S.).

que cette mesure est nécessaire afin de maintenir la qualité des services et de réduire son déficit financier. La Cour statue que ces règlements sont non seulement *ultra vires*[78] mais également discriminatoires en tant que violation des articles 10 de la Charte québécoise et 15 de la Charte canadienne[79].

Dans un esprit semblable, la Cour supérieure, confirmée en Cour d'appel, annule les règles d'utilisation des ressources en cardiologie dans l'affaire *Samson* c. *Hôpital Laval*[80]. Bien que l'article 4 de la L.S.S.S.S. de l'époque reconnaît le droit aux services mais en tenant compte de l'organisation et des ressources de l'établissement, on ne peut priver le patient du droit de choisir son cardiologue parmi ceux exerçant dans l'hôpital où l'individu est patient. Une telle exclusion « [...] ne serait pas nécessaire pour régler l'utilisation des ressources de l'hôpital [...] » et elle serait la négation du principe de l'article 6 de la L.S.S.S.S. consacrant le droit de choisir son professionnel[81].

Dans l'affaire *Lessard* c. *Hôpital Maisonneuve-Rosemont*[82], le tribunal souligne la nécessité de faire preuve de prudence à l'égard de son intervention afin d'éviter de se substituer aux institutions à qui le législateur a donné le mandat de dispenser les soins médicaux au Québec et d'éviter de gérer à la pièce des situations qui nécessitent une analyse globale d'allocation des ressources dans un cadre budgétaire restreint[83]. Or le tribunal indique,

---

78. *Ibid.*, 509.
79. *Ibid.*, 510-511. Il est intéressant de noter que dans sa décision, le juge Vaillancourt cite (p. 507) avec approbation l'ouvrage de Lajoie, Molinari et Auby à l'effet que : « [...] les tribunaux pourraient éventuellement, sur requête d'un C.R.S.S.S. [Conseil régional de la santé et des services sociaux], sanctionner le droit aux services en accordant un *mandamus* ou une injonction mandatoire contre un établissement qui refuserait des services en invoquant le manque de ressources lorsqu'une telle carence découle d'un choix ou d'une incompétence administrative [...]. » Voir Andrée Lajoie, Patrick Molinari et Jean-Marie Auby, *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, Montréal, P.U.M., 1981, p. 87-88, par. 122.
80. [1991] J.Q. nº 1110, J.E. 91-1189 (C.S.), conf. [1992] R.J.Q. 2438 (C.A.).
81. *Ibid.*, p. 2443 (C.A.). En même temps, on a rejeté l'argument de l'hôpital à l'effet que si on peut choisir tout professionnel, on devrait inclure le droit de choisir ses infirmières, ses techniciens en radiologie.
82. *Lessard* c. *Hôpital Maisonneuve-Rosemont*, EYB 2005-95185 (C.S.).
83. *Ibid.*, par. 36, 37. Est en cause dans cette décision une requête en nullité déclaratoire et en injonction permanente à l'encontre d'une résolution du conseil d'administration de l'établissement créant de nouvelles règles d'utilisation des ressources en radio-oncologie. Les demandeurs (le Dr Lessard et deux de ses patientes) prétendent que cette résolution a pour effet d'accroître les délais d'attente et constitue une entrave aux droits d'accès aux soins des patientes prévus aux articles 5 et 6 de la L.S.S.S.S.

sans grandes précisions, que les règles d'utilisation des ressources contestées par les demanderesses s'inscrivent dans les limites prévues à l'article 13[84].

Lors d'une requête pour autorisation d'exercer un recours collectif en dommages-intérêts pour refus de fournir des soins psychiatriques en application d'un « protocole de sectorisation »[85], le tribunal précise que le droit d'accès aux soins et services n'est pas absolu, n'ayant aucun caractère constitutionnel ni même quasi-constitutionnel. Le principe de l'accès aux soins et du choix de l'établissement est circonscrit par le droit du professionnel de refuser de traiter un patient[86] ainsi que par l'article 13 de la L.S.S.S.S. De plus, l'article 101 de la L.S.S.S.S. prévoit expressément que l'établissement peut rediriger l'usager vers un autre établissement devant l'impossibilité de répondre adéquatement à ses besoins[87]. Ainsi, le protocole a été jugé conforme au principe voulant qu'on n'engage pas sa responsabilité en exerçant un pouvoir discrétionnaire de politique générale à moins de commettre une faute qualifiée[88].

À l'occasion d'une autre requête pour permission d'exercer un recours collectif, la Cour d'appel a reconnu le droit d'un groupe de patients du Centre hospitalier du Suroît de Valleyfield de poursuivre l'établissement en dommages et intérêts parce qu'on a « [...] encouragé, permis ou toléré [une politique] d'imposition systématique de mesures de contention et d'isolement des patients psychiatriques, sans s'assurer que cela était nécessaire pour les protéger ou protéger les tiers »[89]. On juge que les mesures de contention étaient inutiles ou abusives.

Dans une décision relativement récente, *Tawil* c. *Hôpital Maisonneuve-Rosemont*[90], il est précisé que le droit des médecins

84. *Ibid.*, par. 31.
85. *Labelle* c. *Agence de développement de réseaux locaux de services de santé et de services sociaux – Région de Montréal*, 2009 QCCS 204, J.E. 2009-458 ; conf. 2011 QCCA 334.
86. Tel que l'indique l'article 6, al. 2 de la L.S.S.S.S.
87. Voir préc., note 85, la discussion aux par. 27 à 31 du jugement de la Cour supérieure.
88. *Ibid.*, par. 51.
89. *Collectif de défense des droits de la Montérégie (CDDM)* c. *Centre hospitalier régional du Suroît du Centre de santé et de services sociaux du Suroît*, 2011 QCCA 826, par. 6 (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême, rejetée avec dépens le 1er mars 2012).
90. *Tawil* c. *Hôpital Maisonneuve-Rosemont*, 2009 QCCS 1485, inf. 2011 QCCA 371.

à exercer leur profession et le droit des patients à être traités ne peuvent être absolus[91]. Ainsi, le tribunal discerne une limite de soins non seulement du côté des usagers, mais également du côté des médecins. Le Tribunal admet en outre qu'il n'est pas de son ressort de dicter les règles d'allocation des ressources au sein des divers départements hospitaliers, par exemple quant à la façon d'établir et de gérer les listes d'attente. Cependant, lorsque des pratiques sont établies en vertu de règles édictées par des exigences législatives ou réglementaires, le tribunal peut s'assurer de leur légalité au sens du droit administratif[92]. Ces règles ne sauraient être discriminatoires[93] et les principes fondamentaux du système de santé doivent se refléter au sein même de l'organisation des départements[94].

Si des interrogations sur la pertinence de l'article 13 de la L.S.S.S.S. semblent être éclipsées par des considérations relevant des principes fondamentaux de droit administratif, on peut s'interroger sur l'opportunité d'invoquer l'article 13 lorsque l'établissement agit dans l'exécution d'une politique établie par une instance supérieure. Dans *Cilinger*[95], la question est soulevée de façon formelle. Les hôpitaux, cités comme défendeurs potentiels lors d'un recours collectif, s'appuient sur l'article 13 afin de ne pas

91. *Ibid.*, par. 147 (C.S.).
92. *Ibid.*, par. 156 (C.S.).
93. En Cour d'appel, *ibid.*, par. 5, on affirme que le juge a raison de conclure à une faute de la part de l'hôpital car l'établissement avait « [...] l'obligation d'adopter des règles équitables pour l'attribution des ressources en tenant compte de la pathologie des patients et non pas en fonction de la rémunération des médecins. »
94. La Cour supérieure reprend ici les constats de la commission d'enquête hospitalière, C.S. par. 158. Le tribunal précise que les règles adoptées par le centre hospitalier doivent être empreintes de neutralité, tant dans leur libellé que dans leurs effets en ce qui a trait au traitement des patients, par. 153 (C.S.). Les faits de cette cause sont relativement complexes et touchent, entre autres, la légalité des règles de partage des ressources techniques départementales (« quotas ») entre radio-oncologues de l'Hôpital Maisonneuve-Rosemont. La décision met en relief la pertinence de la lecture en parallèle des articles 13 et 100 de la L.S.S.S.S. L'article 100 requiert la gestion efficace et efficiente des ressources des établissements de santé : « Les établissements ont pour fonction d'assurer la prestation de services de santé ou de services sociaux de qualité, qui soient continus, accessibles, sécuritaires et respectueux des droits des personnes et de leurs besoins spirituels et qui visent à réduire ou à solutionner les problèmes de santé et de bien-être et à satisfaire les besoins des groupes de la population. À cette fin, ils doivent gérer avec efficacité et efficience leurs ressources humaines, matérielles, informationnelles, technologiques et financières et collaborer avec les autres intervenants du milieu, incluant le milieu communautaire, en vue d'agir sur les déterminants de la santé et les déterminants sociaux et d'améliorer l'offre de services à rendre à la population. De plus, dans le cas d'une instance locale, celle-ci doit susciter et animer de telles collaborations. »
95. Préc., note 5.

être tenus responsables des délais d'attente de traitements de radiothérapie pour le cancer du sein. La Cour supérieure écarte la responsabilité du Gouvernement du Québec, ses décisions budgétaires étant de pure politique, mais autorise l'exercice du recours collectif contre les établissements nommés dans la requête[96]. On affirme également dans cette décision que pour invoquer l'article 13 de la L.S.S.S.S., les hôpitaux sont 'probablement' obligés de faire une preuve « [...] non seulement d'un financement inadéquat, mais aussi d'une utilisation raisonnable des fonds reçus, en attribuant des montants appropriés à leurs départements [...] »[97].

En parcourant ces jugements, nous constatons que la jurisprudence relative à la validité de certaines décisions de politique scrute d'abord leur conformité avec les lois fondamentales comme les Chartes ainsi que les principes d'accès consacrés par la L.S.S.S.S. On jugera sans effet toute décision de politique de nature discriminatoire ou abusive. Nous observons donc que l'utilité d'une défense basée sur l'article 13 semble n'avoir que peu

---

96. On reconnaît la pertinence de l'article 13 mais non comme fin de non-recevoir : D'après la Cour, « Prima facie, l'art. 13 de la Loi S.S., ne constitue pas une disposition législative qui exonère les hôpitaux [...] de la responsabilité établie par l'art. 5. L'article 13 n'a pour but que d'énoncer les facteurs qui doivent être pris en ligne de compte, en déterminant les limites de l'exercice du droit créé par l'art.5 », *ibid.*, par. 109.

97. Au même titre, dans la cause ontarienne d'*Eliopoulos v. Ontario (Minister of Health & Long-Term Care)*, [2004] O.J. No. 3035 (Superior Court of Justice), confirmé par (2005) 82 O.R. (3d) 36, [2005] O.J. No. 2225 Superior Court of Justice Divisional Court), renversé en Cour d'appel (2006) 82 O.R. (3d) 321, [2006] O.J. No. 4400, la succession d'un homme décédé des suites d'une infection du virus du Nil occidental transmise par moustiques poursuit la Province de l'Ontario. En effet, en vertu de la *Loi sur la protection et promotion de la santé*, L.R.O., c. H.7, le gouvernement de l'Ontario avait émis un document intitulé *West Nile Virus : Surveillance and Prevention in Ontario, 2001,*Toronto, Minister of Health & Long-Term Care, 2001. Ce document ne fournit que de l'information générale, les tâches spécifiques de mise en application d'une politique de santé sont déléguées aux régies locales de santé (*Local Boards of Health*). Selon la Cour d'appel, « [...] local boards of health, constituted as independent non-share capital corporations, bear primary responsibility for the implementation of health promotion and disease prevention policies. », par. 27. Si un litige similaire devait être tranché par un tribunal québécois, il y aurait certes l'exonération de l'État et une responsabilité potentielle de l'instance locale, par exemple, dans l'éventualité où les aspects opérationnels de cette politique auraient été mal appliqués. L'article 13 L.S.S.S.S. trouverait ainsi sa pertinence. Voir les commentaires dans P. Molinari, « L'accès aux soins de santé : réflexion sur les fondements juridiques de l'exclusion », préc., note 8, p. 56 : « En effet, le refus d'un établissement de fournir des soins ne dépend pas nécessairement d'une décision corollaire de l'État de fournir à cet établissement tel ou tel autre niveau de financement. L'état, pour sa part, n'est pas un fournisseur de services et, dès lors, il pourrait être difficile d'attaquer des choix d'allocation qui ne sont pas spécifiques alors que le refus de soins, par définition, l'est ».

de pertinence nonobstant la tendance des tribunaux à vouloir y faire allusion car les décisions relevant de la discrétion des entités publiques sont en principe à l'abri de toute intervention judiciaire. En outre, la réticence des tribunaux à s'immiscer dans des questions purement discrétionnaires est manifeste.

B. Validité d'une limitation à l'accès aux soins découlant d'une décision opérationnelle de l'établissement

En ce qui concerne la responsabilité de l'établissement en lien avec une décision de nature opérationnelle, nous constatons à la lecture de la jurisprudence que la plupart des jugements réfèrent aux contestations des déplacements de patients d'un établissement à un autre.

À cet égard, les tribunaux québécois n'ont pas tardé à adopter une politique de non intervention à l'égard des décisions administratives des conseils d'administration (ou en provenance d'autres entités décisionnelles de l'établissement) et ce, en l'absence d'un geste de nature fautive de leur part. Cette attitude de déférence fait à nouveau douter de la pertinence réelle de l'article 13 puisque les tribunaux semblent justifier leur non-intervention sur la base de l'expertise particulière requise pour la gestion des établissements plutôt que sur l'interprétation du texte de l'article. L'affaire *Favre* c. *Hôpital Notre-Dame*[98] est l'occasion pour la Cour supérieure de signaler son refus de s'immiscer dans la gestion des établissements. Un jeune homme presque totalement paralysé à la suite d'un accident s'adapte bien à son environnement à l'hôpital défendeur. Jugeant qu'on ne peut plus rien faire pour le patient, le « comité d'allocation » de l'établissement recommande son transfert au sein d'une institution spécialisée en soins prolongés pour maladies à long terme, d'autant plus que le patient occupe un lit dont on a besoin pour les soins aigus. Le demandeur conteste son transfert en invoquant son droit aux soins ainsi que sa liberté de choisir son établissement[99]. Reconnaissant qu'il n'y a

98. [1984] C.S. 182. Il est intéressant de noter que dans *Institut de réadaptation en déficience physique de Québec* c. *Soulard*, 2011 QCCS 6597, l'établissement a réussi à obtenir une injonction permanente ordonnant à un patient de quitter l'institut car les soins dispensés n'étaient plus nécessaires au patient, qui s'est fait amputer les deux jambes (par. 42). Le patient était un bon candidat pour la réinsertion sociale. Invoquant l'article 14 L.S.S.S.S. ainsi que le fait que sa présence prive d'autres clients en attente de services, la Cour affirme (par. 38) que « [les] contraintes administratives auxquelles fait face le défendeur ne peuvent être créatrices d'un droit lui permettant de refuser de quitter l'institut. »
99. S'appuyant sur les articles 4 et 6 de la L.S.S.S.S. de l'époque.

pas de faute d'alléguée contre l'hôpital Notre-Dame, le Tribunal affirme qu'il ne peut s'immiscer dans son administration outre des cas « extrêmement exceptionnels »[100] et fait état de l'inquiétude que décider autrement pourrait encourager ce genre de contestation et contribuer au problème d'engorgement des salles d'urgence[101].

Dans le même sens, la décision *Bélanger* c. *Cité de la Santé de Laval*[102] implique une demande de transfert d'une patiente psychiatrique à un centre dans les Laurentides mieux adapté aux besoins de celle-ci. On reconnaît qu'un tel transfert n'est pas une solution idéale à cause de l'éloignement de la famille, mais le Tribunal écarte ce type de considération en affirmant que la situation de la demanderesse « [...] ne diffère pas de celle de nombreux malades qui doivent s'éloigner de leur domicile, souvent davantage que dans le cas présent, pour recevoir des soins de santé de courte ou de longue durée »[103].

Citant la cause *Bélanger*[104] comme l'une des autorités justifiant sa décision, une conclusion similaire s'impose dans *Paré* c. *Centre hospitalier de Dolbeau*[105]. Il est question du transfert d'un établissement de courte durée à l'un de longue durée, plus éloigné des proches de la patiente. À l'encontre des droits de l'usager, l'emphase est mise, cette fois-ci, sur la distribution équitable des ressources[106] ainsi que sur l'organisation et les ressources des éta-

100. *Ibid.*, p. 188.
101. *Ibid.*
102. [1990] R.J.Q. 1914 (C.S.).
103. *Ibid.*, p. 1918.
104. *Ibid.*
105. N.R. Roberval, 23 novembre 1992, AZ-93021068 (C.S.).
106. Citant comme autorité *In re Turcotte-Gilbert*, N.R. C.S. Beauce, nº 350-05-000034-841, 9 mars 1984, où il est affirmé : « Il peut bien se produire que chacun n'obtienne pas tous les services qu'il souhaiterait, mais c'est là la rançon à payer pour jouir d'un système universel d'hospitalisation » (*ibid.,* p. 11). Les jugements dans *Turcotte-Gilbert* et dans *Paré* c. *Centre hospitalier de Dolbeau*, *ibid.*, sont cités en appui de la décision *R.D.* c. *Garneau*, 2011 QCCS 2963 (C.S.), rejetant la requête pour injonction provisoire en vue de suspendre la décision de transférer la patiente de l'unité d'évaluation d'un centre d'hébergement à un autre centre. Dans *Garneau*, le juge Lacoursière fait sien, au par. 19, l'opinion du juge Rioux dans *Turcotte-Gilbert* : « En dotant la population d'un système public d'hôpitaux, le législateur n'a pas entendu créer, en faveur de chaque individu, un droit absolu de recevoir tous les soins qu'il demande, quel qu'en soit le coût et quels que soient les services disponibles. Au contraire, la loi contient là-dessus une restriction importante, en ce que les services de santé doivent être attribués compte tenu de l'organisation et des ressources des établissements qui dispensent ces services. »

blissements dispensant les services, qui ne leur permettent pas d'agir autrement si l'on considère l'intérêt de tous les malades[107].

Divers jugements font ressortir deux catégories de justifications qui trouvent généralement approbation auprès des juges lorsqu'une défense basée sur l'article 13, pour une décision de nature opérationnelle, est invoquée. Il s'agit de la non concordance entre l'offre et la demande de services, d'une part, et de la concurrence entre les usagers pour des services relativement limités d'autre part[108]. Ces justifications constituent en quelque sorte une démonstration réelle et rationnelle acceptable, témoignant des bonnes pratiques de gestion de l'établissement et permettant l'entorse au principe du respect des droits des usagers prévus aux articles 5 et 6 de la L.S.S.S.S.

La première justification est celle de *l'inadéquation* entre les besoins de l'usager et les services que l'établissement est en mesure d'offrir, soit en raison de sa mission, soit en raison de ses limites financières, humaines et matérielles. Tel que mentionné précédemment, l'article 101 de la L.S.S.S.S. permet d'ailleurs à l'établissement d'orienter le patient vers un autre établissement s'il n'est pas en mesure d'y répondre. Par exemple, si les besoins cliniques ou psychosociaux du patient changent au point où sa présence dans l'établissement peut compromettre sa sécurité, un transfert d'établissement contre la volonté du patient pourra être justifié.

La décision *CSSS Rimouski-Neigette* c. *F.G.*[109] illustre l'acceptation de cette justification. Une demande de transfert à l'initiative d'un centre de santé et de services sociaux [ci-après CSSS] est en cause. Le centre requiert la permission de transférer la patiente à l'unité des troubles de comportements d'un autre centre en raison de son impossibilité d'assurer la prise en charge d'un cas de cette nature. Selon le Tribunal, il apparaît clair que le CSSS de Rimouski ne dispose pas des ressources utiles pour procurer un hébergement adapté à la condition particulière de la

107. *Ibid.*, p.14.
108. Reprenant ici certaines préoccupations générales exprimées dans l'affaire *Paré*, préc., note 105.
109. 2008 QCCS 4708. Le Centre indique ne pas avoir les ressources disponibles pour s'occuper des comportements violents, agressifs et suicidaires qui nécessitent des ressources spécialisées. La patiente s'oppose à ce transfert et invoque l'article 6 de la L.S.S.S.S.

patiente. La limite des ressources humaines et matérielles de l'établissement semble ainsi être un facteur important de la décision, bien qu'aucun exercice minutieux d'analyse des ressources de l'établissement ne soit proposé dans le jugement. Le tribunal autorise le transfert, en limitant toutefois la durée du transfert à une année.

Dans le même sens, l'affaire *Centre hospitalier et centre d'hébergement et de soins de longue durée de Matane* c. *Caron*[110] implique à nouveau une requête pour autoriser un transfert en dépit du refus du patient. Le Centre fait part des troubles de comportement du patient nécessitant un contexte de soins différent et constituant une menace pour la sécurité des autres résidents. La Cour indique que la sécurité des autres résidents représente une limite au droit pour le patient de choisir son établissement ; le droit de l'intimé ne peut, par conséquent, brimer ceux des autres patients[111].

Enfin, l'article 13 est aussi cité avec succès dans l'affaire *CSSS de Québec-Nord* c. *G.T. et C.M.*[112]. Le fils, mandataire de la défenderesse, s'oppose au transfert demandé par le CSSS vers un autre milieu d'hébergement sur la base de l'article 5, invoquant que celle-ci bénéficie d'excellents soins à l'unité prothétique du CSSS. La condition de la patiente s'étant aggravée, le centre indique que le transfert est nécessaire afin que celle-ci reçoive des soins adaptés à sa nouvelle situation. L'article 13 est invoqué pour expliquer les moyens limités du Centre, lesquels ne permettent pas d'offrir les soins demandés[113]. Le Tribunal opine que pour des raisons de sécurité, de l'état de santé de la demanderesse qui requiert plus de soins que cette unité n'est en mesure d'offrir et du nombre de places limitées dans l'unité, le transfert est justifié.

Ces deux dernières décisions illustrent également qu'une deuxième justification reconnue pour une défense en vertu de

---

110. [2000] J.Q. nº 2629, REJB 2000-19728 (C.S.).
111. Le Tribunal confirme que le centre ne dispose pas des installations et des ressources nécessaires pour, d'une part, s'occuper adéquatement des besoins de l'intimé et, d'autre part, remplir sa mission envers les autres patients, avalisant ainsi la pertinence du transfert.
112. *Centre de santé et de services sociaux de Québec-Nord* c. *G.T.*, 2008 QCCS 5488 (J.E. 2008-2282).
113. Selon l'établissement, la demanderesse ne répond plus aux critères requis pour son maintien dans l'unité prothétique et, qui plus est, une autre patiente est en attente d'une place dans cette même unité.

l'article 13 peut s'appuyer sur le constat que les droits d'un usager viennent en *confrontation* avec les droits et les besoins d'un autre usager. Les tribunaux acceptent plus aisément une restriction aux droits d'un patient en vertu de l'article 13 si l'exercice de ces droits a un impact négatif sur ceux des autres usagers. Nous pensons que pour être acceptée, cette limitation doit toutefois être appréciée sur la base d'un impact immédiat et réel quant aux besoins d'un usager, plutôt qu'un impact appréhendé et diffus sur les droits de certains usagers dans le système de santé ou l'établissement. À nouveau, une interprétation restrictive de l'article 13 milite en cette faveur. L'interprétation à éviter est l'acceptation du simple fait que des besoins soient en concurrence pour justifier une limitation au droit d'un usager de recevoir des soins ou de choisir son établissement ou son professionnel. L'établissement doit démontrer qu'il ne peut répondre adéquatement aux besoins de l'usager ou qu'il le fera au détriment d'un autre usager qui a un besoin matérialisé auquel l'établissement peut subvenir.

Par ailleurs, à la lumière de l'affaire *Noël-Voizard*[114], il est permis de penser que les tribunaux admettront généralement que les ressources limitées justifient des délais de traitement à l'urgence, dans la mesure où la situation et les besoins du patient ont été adéquatement évalués et ultimement pris en charge. Un certain degré d'inconfort et de douleur liés à l'attente à la salle d'urgence semble être accepté, bien qu'il soit douteux que le fait de laisser un patient sans soulagement de sa douleur, même dans ce contexte, n'emporte éventuellement aucune conséquence[115].

---

114. *Noël-Voizard* c. *Centre de santé et de services sociaux de Lasalle et du Vieux-Lachine*, [2007] J.Q. nº 4449, 2007 QCCQ 5118 (C.Q.). Cette affaire implique, entre autres, un recours en dommage et intérêts pour les inconvénients subis par une patiente lors d'une attente de cinq heures à l'urgence avec un poignet fracturé, dans des conditions inconfortables et sans médication.

115. Nous pensons que l'article 5 milite en faveur d'un tel soulagement. Ce geste clinique permet au patient de rester à l'urgence dans des conditions moins pénibles et ne devrait pas avoir pour effet d'augmenter les délais d'attente ; il s'agit donc d'une pratique qui minimise l'impact sur les droits des usagers en ce qui a trait aux délais d'attente à l'urgence. La demanderesse Noël-Voizard soutient qu'en raison de son classement « code 3 », elle aurait dû être examinée dans un délai de 30 minutes selon les *Normes québécoises en matière de triage aux urgences des centres hospitaliers* (telles que citées dans le jugement). La défense prétend qu'il était impossible d'examiner la patiente dans ce délai alors qu'un seul médecin était de garde à l'urgence et que le délai moyen d'attente cette journée était de neuf heures. De plus, deux infirmières supplémentaires étaient présentes à ce moment. La défense souligne que les niveaux de priorité définis par le guide de triage correspondent à « des objectifs opérationnels et non à des normes de soins et qu'ils ne doivent pas être appliqués de façon absolue », par. 31 du jugement. Le Tribunal opine que l'attente de la demanderesse demeure dans les cadres et

Soulignons cependant que la présence d'alternatives raisonnables qui auraient permis d'éviter de brimer les droits d'un usager pourra mettre en échec une défense sur la base de l'article 13. Cela rejoint, plus largement, la préoccupation de l'atteinte minimale au droit des usagers[116]. L'établissement doit donc évaluer les options possibles avant d'envisager limiter les droits des usagers. Le caractère raisonnable des alternatives s'apprécie en fonction des critères cliniques et administratifs. L'affaire *B.H.* c. *Centre hospitalier de Baie-Comeau*[117] donne un exemple de cette exigence. La Cour refuse d'accepter la limite des ressources du centre hospitalier pour justifier l'impossibilité de respecter la prescription médicale de surveillance constante. Le centre a plutôt choisi d'effectuer une surveillance étroite aux 15 minutes à cause de la surcharge de travail des infirmières. Le non-respect de la prescription médicale mènera au suicide du patient[118].

Notons que dans l'exploration de ses alternatives, l'établissement doit démontrer que le préjudice subi par le patient en raison du non respect de ses droits est moindre que le préjudice assumé par l'établissement en les respectant[119]. L'impact sur le droit des autres usagers peut être un constat pertinent à cet égard. Le préjudice subi par l'établissement ne peut être de la nature d'une conséquence financière minime[120] ou d'une surcharge de tâche temporaire ne représentant pas de menace pour la santé et la sécurité des personnes impliquées. Par exemple, la décision *Blackburn* c. *Centre hospitalier universitaire de*

---

prescriptions de la loi et réfère à l'article 13. Le délai d'attente de celle-ci demeure en dessous du délai moyen d'attente lors de cette journée et ce délai était hors de contrôle dans les circonstances. De plus, le Tribunal retient la prétention de la défense à l'effet que les normes québécoises en matière de triage constituent un objectif à atteindre mais non une obligation légale. La responsabilité de l'hôpital, tenu à une obligation de diligence dans les circonstances, n'est pas retenue.

116. Voir P. A. Molinari, « Le droit aux services de santé : de la théorie aux pratiques », dans Pierre Noreau et Louise Rolland, dir., *Mélanges consacrés à Andrée Lajoie. Le droit : une variable dépendante*, Montréal, Éditions Thémis, 2008, 61, p. 85.

117. *B.H.* c. *Centre hospitalier régional de Baie-Comeau*, 2009 QCCS 585, par. 39. Soulignons que le patient s'est suicidé avant l'arrivée d'un préposé devant assumer sa surveillance constante.

118. *Ibid.*, par. 46. Le tribunal met en relief les diverses options qui s'offraient à l'établissement lors de la survenance des événements tragiques, refusant ainsi de reconnaître l'argument de la contrainte des ressources, par. 43 et s.

119. *Ibid.*

120. Voir la décision *Blackburn* c. *Centre hospitalier universitaire de Québec*, [1996] J.Q. nº 1929. Discutée ci-après.

Québec[121] ne soutient pas la conclusion d'une contrainte financière disproportionnée. Dans cette cause, l'article 13 de la L.S.S.S.S. est invoqué à l'encontre de l'article 6 de la L.S.S.S.S. consacrant l'exercice du libre choix du professionnel par les patientes du médecin requérant. Bien qu'analysé sous l'angle d'une demande en injonction interlocutoire, l'exercice de la balance des inconvénients réalisé par le tribunal donne des indications quant à la mise en contexte nécessaire pour évaluer l'impact économique allégué au soutien de l'article 13[122]. L'impact économique pour les défendeurs constitue tout au plus un faible inconvénient face au non-respect du libre choix des patientes où les impacts émotifs peuvent être importants[123].

Le but ici est d'éviter de donner aux établissements, avec l'article 13, une latitude discrétionnaire opaque au point tel que leur démarche échappe au regard du droit et des usagers. À ce titre, Molinari indique que l'article 13 ne peut avoir pour effet de reconnaître aux établissements des marges de discrétion permettant simplement d'invoquer la pénurie – réelle ou appréhendée – des ressources pour le mettre en œuvre[124]. De plus, l'insuffisance

121. *Ibid.* Le Dr Blackburn présente une requête en injonction interlocutoire pour obtenir la permission d'exercer ses activités dans l'attente d'une décision sur le fond de la Commission des affaires sociales. Les hôpitaux en cause allèguent le manque de ressources dans l'analyse de la deuxième condition pour l'émission d'une injonction, soit la prépondérance des inconvénients. D'abord, la Cour reconnaît que refuser au Dr Blackburn l'accès aux établissements des défenseurs équivaut à priver ses patients du libre choix. Ensuite, la Cour conclut que la limitation de l'article 13 ne peut être invoquée en l'espèce puisque, avec ou sans le Dr Blackburn, ces patientes devront accoucher dans l'un ou l'autre des établissements en cause, utilisant ainsi les ressources de ceux-ci. Une ordonnance est donc émise afin de permettre au Dr Blackburn d'accoucher ses patientes dans lesdits hôpitaux au moment opportun. La décision *D'Amours* c. *Hôpital de l'Enfant-Jésus*, [1996] J.Q. no 1307, s'inscrit dans la foulée de l'affaire *Blackburn*. Les neuf demanderesses, patientes du Dr Blackburn, sollicitent une injonction provisoire afin que l'Hôpital de l'Enfant-Jésus leur donne accès aux facilités usuelles afin d'accoucher avec le Dr Blackburn. Le Tribunal mentionne que le droit de choisir son médecin, invoqué par les patientes, n'est pas absolu et s'exerce en tenant compte des ressources humaines, matérielles et financières disponibles comme prévu à l'article 13. La demande d'injonction provisoire sera accueillie mais le tribunal précise clairement que cette décision ne doit pas avoir effet de précédent dans le jugement sur le fond.
122. Mentionnons que l'exercice de la prépondérance des inconvénients pourrait dès lors être un outil d'analyse pertinent à l'article 13, même en dehors du contexte d'une injonction. Cette démarche invite le tribunal à mettre en relief le droit des patients et les préoccupations liées à l'allocation des ressources, tout en imposant le fardeau de preuve à l'établissement de démontrer que son préjudice est plus important.
123. Affaire *Blackburn*, préc., note 120, par. 19.
124. P. Molinari, « Le droit aux services de santé : de la théorie aux pratiques », préc., note 116, p. 88.

des ressources ne peut être alléguée de manière générale lors d'un exercice de planification budgétaire ou organisationnelle[125]. Nous abondons dans ce sens, ce qui milite en faveur de la nécessité d'une preuve concrète et contextuelle de l'insuffisance des ressources[126]. Ainsi, il revient à l'établissement de démontrer la limite des ressources, d'une part, et la gestion efficace et efficiente des ressources d'autre part.

En somme, au terme de cette revue jurisprudentielle, deux conclusions s'imposent. Premièrement, les tribunaux demeurent réticents à interférer dans la gestion des établissements, même en ce qui a trait aux décisions de nature opérationnelle. Qui plus est, lorsque l'article 13 a été invoqué, il serait possible d'affirmer que, de toute façon, les décisions n'étaient pas la plupart du temps fautives et étaient prises de bonne foi en se basant sur des critères rationnels. Nous observons donc, ultimement, que la défense de l'article 13, nonobstant les apparences, est ici encore peu utile.

Deuxièmement, certaines justifications semblent plus aisément acceptées de la part des tribunaux pour soutenir une défense sur la base de l'article 13. Certes, les établissements doivent établir que leurs choix de limiter les droits du patient sont basés sur une démarche rationnelle démontrant leur compétence de gestion dans les circonstances. À cet égard, pourront témoigner d'une telle démarche la démonstration de : 1) l'inadéquation des besoins de l'usager avec les ressources disponibles de l'établissement, 2) l'impact de l'exercice des droits de l'usager sur ceux des autres usagers, 3) le souci d'explorer des alternatives qui minimisent l'atteinte aux droits des usagers et 4) la nature contextuelle et sérieuse, plutôt que simplement appréhendée et minime, de l'impact budgétaire.

Conclusion : L'article 13 L.S.S.S.S. – une simple mise en garde

Notre étude nous permet de poser des constats quant à l'interprétation qui devrait être donnée à l'article 13 de la L.S.S.S.S.

125. *Ibid.*
126. Soulignons que dans *Centre d'accueil Vaudreuil* et *Syndicat canadien de la fonction publique*, *section locale 2805*, Conseil des services essentiels, 15 février 1996, D.T.E. 96T-672, la limite des ressources est discutée dans le contexte précis d'un ralentissement des activités au sein de l'établissement en raison d'un conflit de travail.

et aux conditions qui doivent être présentes pour préparer une défense ayant des chances de succès sur cette base. D'emblée, la jurisprudence en droit administratif, ainsi que celle qui interprète plus spécifiquement l'article 13, mène à la constatation que la distinction qui doit préalablement être faite par les tribunaux avant de procéder à l'analyse de cet article est celle qui prévaut en droit administratif entre les décisions de nature politique et celles de nature opérationnelle. Dans le cas de la décision de politique, seule une politique adoptée de mauvaise foi ou une décision manifestement déraisonnable, dont le fardeau de preuve incombe au demandeur, justifiera l'intervention des tribunaux. À cet égard, l'article 13 ne trouve aucune pertinence. Dans le cas de la décision de nature opérationnelle, l'article 13 est parfois invoqué en défense pour justifier le non-respect des articles 5 ou 6 de la L.S.S.S.S., mais cette « défense » est-elle réellement pertinente ? L'article 13 trouve une résonnance dans l'étude des limitations imposées aux droits des usagers, mais seulement après l'analyse première de la catégorisation politique et opérationnelle, ce qui restreint grandement sa portée.

Ensuite, lorsque potentiellement applicable, l'article 13 doit s'interpréter de manière restrictive considérant qu'il s'agit d'une exception au principe de l'accès aux soins et du libre choix de l'établissement et du professionnel[127]. Ce qui apparaît évident aux yeux du juriste est que l'article 13 doit, au minimum, respecter les principes de la légalité et de hiérarchie des normes[128]. Son application demeure conditionnée par les valeurs et les obligations promulguées à travers les Chartes[129]. Ainsi, à moins d'une justifi-

127. Voir en ce sens l'affaire *Hôpital Laval* c. *Samson*, [1992] R.J.Q. 2438 (C.A) ; confirmant *Samson* c. *Hôpital Laval*, C.S. Québec, nº 200-05-001087-902, 6 juin 1991 répertorié à J.E. 91-1189, au sujet d'un règlement d'utilisation des ressources d'un département clinique de cardiologie qui a pour effet d'entraver le libre choix du médecin. « Puisque susceptibles de porter atteinte à un droit reconnu, ces règles de contraintes sont soumises elles-mêmes à des règles d'interprétation qui n'admettront, appréciées restrictivement, que ce que la Loi autorise à prescrire et dont l'effet, nécessaire pour atteindre l'objectif recherché, n'est pas la négation d'un principe reconnu » (p. 2442 de la décision en Cour d'appel, citant avec approbation cette affirmation du juge Philippon en première instance). Notons que cette décision a été rendue avant l'entrée en vigueur de l'article 13 comme il existe aujourd'hui ; néanmoins, le principe d'interprétation restrictive tire sa source d'arguments encore validés à ce jour ; P. Molinari, préc., note 116 ; D. Sprumont, préc., note 73, par. 25.

128. Dans le même sens, voir P. Molinari, « Le droit aux services de santé : de la théorie aux pratiques », préc., note 116 ; D. Sprumont, *ibid.* ; P. Molinari, « Le droit aux services de santé : de la rhétorique à la mise en œuvre judiciaire », préc., note 4, p. 84.

129. *Charte des droits et libertés de la personne*, préc., note 49 ; *Charte canadienne des droits et libertés*, préc., note 48.

cation éventuelle en vertu de l'article 1 de la *Charte canadienne* et 9.1 de la *Charte québécoise* (une considération qui n'était pas au cœur de cet article), toute limitation aux droits d'accès et au droit de choisir le professionnel ou l'établissement ne peut être légitimée si la limite est basée sur un motif discriminatoire ou constitue une entrave à la vie et à l'intégrité de la personne.

Un autre constat important est que dans les circonstances où l'article 13 est pertinent à la discussion, il devrait avoir pour effet de créer une inférence défavorable contre l'établissement au bénéfice de l'usager[130]. Lorsque les usagers sont en mesure de démontrer que leurs droits garantis en vertu de l'article 5 ou 6 ont été bafoués, les établissements – qui souhaitent alors justifier cette situation en vertu de la défense possible que leur offre l'article 13 – doivent établir que ces droits ont été écartés en raison d'une limite *réelle* et *rationnelle* acceptable, témoignant des *bonnes pratiques de gestion*. Les établissements doivent gérer avec efficacité et efficience leurs ressources humaines, matérielles, informationnelles, technologiques et financières[131], ce qui devra être démontré, en lien avec la situation en cause, afin de justifier une limitation aux droits d'un usager. Se crée alors l'inférence défavorable et il revient conséquemment à celui qui impose la limite aux droits d'accès aux soins de la justifier.

Vraisemblablement, la responsabilité qui incombe à l'établissement de démontrer une bonne gestion n'est pas toujours aisée, avouons-le, en raison de la pluralité des organes qui participent à la gestion interne des ressources. Ainsi, le conseil d'administration (en premier lieu), le directeur général, le chef de département clinique, le directeur des soins infirmiers, à titre d'exemples, participent (de près ou de loin) à l'élaboration de règles d'utilisation des ressources au sein de l'établissement pour produire un système de gestion à responsabilité partagée, parfois même diffuse[132]. La gouverne de l'établissement est également

---

130. Cette preuve exonératoire ne vise que les décisions opérationnelles à la lumière de l'article 13 (lorsqu'on plaide que l'accès aux soins est limité par les dispositions législatives et réglementaires, etc.). Par contre si l'on reproche à l'hôpital une absence d'accès opportun à cause d'une erreur d'évaluation lors du triage à l'urgence à la suite d'une négligence de l'infirmière responsable du triage, la défense dans ce cas serait basée sur les critères traditionnels comme l'absence de faute ou de causalité. Voir aussi *Snell* c. *Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, 330 ; *St-Jean* c. *Mercier*, [2002] 1 R.C.S. 491, par. 111.
131. L.S.S.S.S., préc., note 2, art. 100.
132. Voir, par exemple, L.S.S.S.S., *ibid*., art. 189, 192, 194 et 207 ; Institut sur la gouvernance d'organisations privées et publiques, *Rapport du groupe de travail*

balisée par, entre autres, le plan d'organisation[133], le plan stratégique pluriannuel[134], l'entente de gestion et d'imputabilité[135], la *Loi sur l'équilibre budgétaire du réseau public de la santé et des services sociaux*[136], le conseil d'administration, l'agence de la santé et des services sociaux et le ministère de la Santé et des Services sociaux. La complexité de la preuve à produire peut donc être corrélative à la nature polycentrique de la décision qui fait l'objet du litige. Cette preuve pourra exiger une participation des organes visés afin de démontrer l'exercice d'une gestion efficace et efficiente dans le contexte. Nous insistons sur le caractère contextuel de la preuve à produire puisque la démonstration plus large des bonnes pratiques de gestion dans l'établissement ne serait pas suffisante et congruente pour les fins de l'application de l'article 13.

Ainsi, bien que la jurisprudence fournisse des éléments d'information utiles quant à l'interprétation à donner à l'article 13 dans un contexte de limitation au droit d'accès, il semble qu'ultimement, celle-ci confirme surtout la mission principalement éducative de cette disposition législative. L'inquiétude des usagers en ce qui a trait à l'impact de l'article 13 sur l'exercice de leurs droits paraît donc en grande partie injustifiée, bien que cette disposition les informe sur les médiations nécessaires qui existent dans un contexte d'allocation publique des ressources. L'article 13 aura peu d'utilité pour analyser les décisions de nature politique et, certes dans une moindre mesure, il en sera de même pour plusieurs décisions de nature opérationnelle. Ainsi, il apparaît que cette limitation des ressources prévue par le législateur tient davantage d'une simple mise en garde que d'un bastion contre les poursuites découlant de décisions ayant trait à l'allocation de ressources en santé.

---

sur la gouvernance des établissements de santé et des services sociaux du Québec – « Pour s'assurer d'une gouvernance en santé », Montréal, février 2008, disponible en ligne : <http://www.igopp.org/IMG/pdf/9_Rapport_final_sur_la_gouvernance_des_etablissement_de_sante.pdf>. Les auteurs du rapport mentionnent en outre que cette confusion de rôles et de responsabilités s'étend plus largement à d'autres acteurs du réseau de la santé (les agences de santé et de services sociaux et le ministère de la Santé et des Services sociaux par exemple).

133. L.S.S.S.S., préc., note 2, art. 183 et s.
134. *Ibid.*, art. 182.0.2.
135. *Ibid.*, art. 182.1 et s.
136. RLRQ., c. E-12.0001.

La *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics* : précipitation, confusion et imprécision

Marie-Hélène DUFOUR

Résumé

Le 7 décembre 2012, l'Assemblée Nationale du Québec a adopté la *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics*, loi rédigée, étudiée et adoptée dans la précipitation. Cette loi vise principalement à assurer l'intégrité en matière de contrats publics afin de rétablir la confiance du public en ceux-ci. Pour atteindre cet objectif, un régime d'habilitation préalable est instauré conformément auquel une entreprise souhaitant conclure certains contrats publics visés doit préalablement obtenir une autorisation de l'Autorité des marchés financiers. Seules les entreprises satisfaisant « aux exigences élevées d'intégrité auxquelles le public est en droit de s'attendre d'une partie à un contrat public » peuvent se voir octroyer l'autorisation requise.

Le présent texte étudie principalement la confusion et l'imprécision des objectifs et des termes de la *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics*, de même que les nombreuses difficultés en découlant. L'utilité ainsi que le caractère adéquat de ces mesures législatives sont également questionnés.

Après une revue du cadre législatif et du contexte sociopolitique dans lesquels s'inscrit cette loi et une présentation de ses principales dispositions, deux difficultés particulières sont abordées. D'abord, les objectifs de la *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics*, tant pris individuellement qu'analysés en conjonction avec ceux de la *Loi sur les contrats des organismes publics* qu'elle vient modifier apparaissent imprécis et confus. Cette

confusion découle de l'enchevêtrement des notions de confiance du public et d'intérêt public et de l'écartèlement des principes à la base du processus contractuel des organismes publics. Dans un deuxième temps, l'imprécision des termes de la *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics* est abordée, plus particulièrement des critères vagues à la base du régime d'habilitation instauré. Cependant, malgré les difficultés susceptibles de découler des termes imprécis utilisés, la théorie de l'imprécision ne permet pas l'invalidation des dispositions ambigües, obligeant tant les tribunaux que les entités responsables du processus d'habilitation à des efforts d'interprétation considérables.

La *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics* : précipitation, confusion et imprécision

Marie-Hélène DUFOUR*

Introduction 217

1. Présentation du cadre juridique 218

1.1 Historique législatif et contexte sociopolitique . . . 218

1.2 Présentation générale des dispositions de la *Loi sur l'intégrité* 228

1.2.1 Les modifications à la *L.c.o.p.* 228

1.2.1.1 Les élargissements apportés par la *Loi sur l'intégrité* 228

1.2.1.2 La désignation obligatoire d'un responsable de l'observation des règles contractuelles 229

1.2.1.3 Le processus d'habilitation préalable 229

1.2.1.4 Dispositions pénales 244

1.2.2 Modifications à la *Loi concernant la lutte contre la corruption* et à la *Loi sur le bâtiment* 246

1.2.3 Dispositions transitoires et finales 246

* Avocate, Barreau du Québec, 2005 ; Avocate conseil, Dentons Canada S.E.N.C.R.L. ; LL.B. Université Laval ; LL.M. London School of Economics and Political Science ; doctorante, Faculté de droit, Université Laval (à compter de septembre 2013).

1.3 Présentation générale des critiques formulées à l'encontre de la *Loi sur l'intégrité* 247

2. La confusion quant aux objectifs législatifs 251

2.1 Les objectifs de la *Loi sur l'intégrité* : la confusion entre confiance du public et intérêt public 251

2.2 La problématique résultant de l'intégration des objectifs : le débalancement des objectifs de la *L.c.o.p.* 260

3. L'imprécision des termes de la *Loi sur l'intégrité* 266

3.1 Survol des difficultés découlant des termes imprécis 266

3.2 La difficulté pour les tribunaux de pallier à cette imprécision : L'inapplicabilité de la théorie de l'imprécision constitutionnelle 270

Conclusion 285

Introduction

Le 7 décembre 2012, l'Assemblée Nationale du Québec a procédé à l'adoption de la *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics*[1]. Cette loi se voulait la réponse du gouvernement minoritaire du Parti québécois élu le 4 septembre 2012 aux révélations et allégations de corruption et collusion dans le secteur des travaux publics qui ont régulièrement défrayé la manchette depuis 2009. Le projet de loi, premier à être présenté lors de la première session de la quarantième législature de l'Assemblée Nationale, a été déposé le 1er novembre 2012, soit moins de deux mois après l'arrivée au pouvoir du gouvernement, celui-ci indiquant vouloir répondre rapidement aux attentes de la population quant à une réforme en matière de contrats publics et pallier à la prétendue inaction du gouvernement précédent dénoncée tout au long de la campagne électorale

La *Loi sur l'intégrité* vise à assurer un processus intègre d'octroi des contrats publics de façon à rétablir la confiance du public. La solution retenue pour atteindre cet objectif a résidé en l'instauration d'un système permettant de vérifier si les entreprises souhaitant contracter avec un organisme public satisfont aux conditions d'intégrité requises.

Malheureusement, cette loi, rédigée, étudiée et adoptée dans la précipitation, apparaît déjà aujourd'hui pour plusieurs être inutile, inefficace et même néfaste. Le présent texte étudie principalement les reproches formulés à l'égard de l'imprécision de la *Loi sur l'intégrité*. Cette législation est confuse quant à ses objectifs et quant à l'intégration de ceux-ci aux objectifs déjà véhiculés par la *Loi sur les contrats des organismes publics*[2]. Elle est aussi imprécise quant aux critères devant guider le processus d'habilitation préalable qu'elle a introduit. Elle est indéterminée quant à certains éléments des nouvelles infractions qu'elle crée. Elle est irréfléchie quant aux impacts qu'elle est susceptible d'entraîner.

1. L.Q. 2012, c. 25 (ci-après la « *Loi sur l'intégrité* »).
2. RLRQ, c. C-65.1 (ci-après la « *L.c.o.p.* »).

La première section de cet article propose d'abord une revue du cadre législatif et du contexte sociopolitique dans lequel s'inscrit la *Loi sur l'intégrité* avant d'en présenter les principales dispositions. Certaines problématiques, incertitudes et questionnements sont évoqués tout au long de cette description des termes de cette loi. Par la suite, deux difficultés particulières sont abordées. D'abord, les objectifs de la *Loi sur l'intégrité*, tant pris individuellement qu'analysés en conjonction avec ceux de la *L.c.o.p*. (que la *Loi sur l'intégrité* vient modifier) apparaissent imprécis et confus. L'enchevêtrement des notions de confiance du public et d'intérêt public ne peuvent que compliquer la mise en œuvre du processus de vérification et d'autorisation préalable établi par la *Loi sur l'intégrité*. De plus, les fondements de la *L.c.o.p.* se trouvent en quelque sorte débalancés par les récentes modifications législatives. L'écartèlement des principes à la base du processus contractuel des organismes publics, lesquels s'avéreront dans certaines situations difficilement conciliables, entrave la mise en place d'un système cohérent d'octroi et de gestion des contrats publics. Dans un deuxième temps, l'imprécision des termes de la *Loi sur l'intégrité* sera abordée, plus particulièrement des critères vagues à la base du régime d'habilitation instauré. Malgré les difficultés susceptibles de découler des termes imprécis de la *Loi sur l'intégrité*, la théorie de l'imprécision, qui selon plusieurs pourrait permettre l'invalidation des dispositions ambigües[3], n'est d'aucun secours. Tant les entités impliquées dans la délivrance des autorisations préalables à l'obtention d'un contrat ou sous-contrat public selon les termes de la *Loi sur l'intégrité* que les tribunaux appelés à réviser les décisions rendues à cet égard devront résoudre les prévisibles et nombreuses difficultés d'interprétation qui en découleront.

1. Présentation du cadre juridique

1.1 Historique législatif et contexte sociopolitique

Il importe de comprendre le cadre juridique (c'est-à-dire les initiatives législatives préalables pour encadrer le processus contractuel des organismes publics et plus précisément, pour limiter la corruption) ainsi que le contexte sociopolitique dans lesquels la

3. Voir notamment Yves BOISVERT, « Ce que cachent ces démissions d'ingénieurs », *La Presse* (27 mars 2013) en ligne : <http://www.lapresse.ca/debats/chroniques/yves-boisvert/201303/27/01> : « Pour plusieurs avocats, ce cadre est flou et potentiellement inconstitutionnel en vertu de la théorie de l'imprécision. »

Loi sur l'intégrité s'inscrit puisque ces éléments seront inévitablement évoqués et utilisés lors de l'interprétation de ses dispositions.

L'encadrement législatif des contrats des organismes publics, et plus particulièrement du processus d'octroi des contrats publics, est relativement récent[4]. Ce n'est qu'en 1961 qu'un premier règlement est adopté afin de soumettre l'attribution de certains contrats à l'obligation de procéder par demande de soumissions publiques[5]. Auparavant, l'octroi de gré à gré était la norme et le favoritisme, courant. D'autres règlements, au champ d'application limité à certains contrats spécifiques d'organismes publics déterminés, ont suivi. La règlementation était donc alors fractionnée en fonction des types de contrats et différait également selon les organismes encadrés. En 1993, plusieurs des règles applicables à l'octroi des contrats des organismes publics ont été regroupées en six règlements dont un règlement cadre[6]. Cette intégration réglementaire démontrait une volonté d'améliorer l'accessibilité aux marchés publics pour les entrepreneurs en facilitant le repérage des règles applicables, d'accroître la transparence du processus contractuel de certains organismes et de stimuler l'efficacité de la règlementation. Plusieurs règlements distincts ont cependant été maintenus. Du côté de la législation, en 1970, la *Loi sur l'administration financière*[7] est adoptée, laquelle visait à couvrir l'ensemble des activités contractuelles du gouvernement. En 2000, les dispositions de cette loi ont été scindées dans la nouvelle *Loi sur l'administration financière*[8] et la *Loi sur l'administration publique*[9]. Au même moment, le *Règlement sur les contrats d'approvisionnement, de construction et de services des ministères et des organismes publics*[10] est aussi adopté ayant pour objectif de regrouper les règles existantes sans les uni-

---

4. Pour un exposé détaillé de l'évolution du cadre juridique des marchés publics québécois préalablement à la *L.c.o.p.*, voir Pierre GIROUX, Denis LEMIEUX et Nicholas JOBIDON, *Contrats des organismes publics. Loi commentée*, Brossard, Publications CCH ltée, 2010, nº 14-102, p. 10-49.
5. *Règlement sur les subventions à des fins de construction*, R.R.Q., 1981, c. A-6, r. 29 (abrogé). Ce règlement était applicable à toute institution à laquelle une subvention de 50 000 $ ou plus était accordée pour fins de construction et à tout contrat pour l'exécution de ces travaux.
6. *Règlement cadre sur les conditions des contrats des ministères et des organismes publics*, L.R.Q., c. A-6.01, r. 0.02 (abrogé).
7. L.Q. 1970, c. 17 (entrée en vigueur 1er avril 1971).
8. RLRQ, c. A-6.001.
9. RLRQ, c. A-6.01.
10. RLRQ, c. A-6.01, r. 0.03.

formiser. Plusieurs exceptions à la procédure obligatoire d'appel d'offres demeurent.

Parallèlement à ces interventions réglementaires, parmi les développements importants concernant l'octroi des contrats publics, la Cour suprême est venue modifier la nature juridique de l'appel d'offres, confirmant la nécessité de préserver l'intégrité de ce mécanisme et l'importance de son efficacité commerciale[11]. Conformément à ces arrêts, l'appel d'offres ne constitue pas une simple invitation à soumissionner n'engageant aucunement le donneur d'ouvrage public mais un avant-contrat liant celui-ci aux soumissionnaires conformes. Il est confirmé que les soumissionnaires sont en droit d'être traités équitablement et sur un pied d'égalité par les propriétaires lors de l'évaluation des soumissions et de l'adjudication du contrat.

De plus, à compter de 1990, le Québec accède à un processus de libération des marchés en devenant signataire de différents accords commerciaux, lesquels imposent des obligations de non-discrimination réciproques quant aux marchés publics[12]. Le respect des accords intergouvernementaux constitue un objectif de la *L.c.o.p*.

Le 1er octobre 2008 a marqué l'entrée en vigueur de la *L.c.o.p.*, adoptée en 2006. Cette loi au caractère prépondérant vise à simplifier les rapports entre l'entrepreneur du secteur privé et les organismes publics avec lesquels ils sont appelés à contracter en déterminant les règles et conditions applicables en matière de contrats publics et en les uniformisant. La *L.c.o.p.* constitue une refonte substantielle des règles applicables aux contrats impliquant une dépense de fonds publics. Cette loi a non seulement uniformisé le processus d'octroi de contrats publics pour les organismes publics du secteur gouvernemental, mais s'applique également aux contrats des secteurs de l'éducation et de la santé et des services sociaux. Les activités contractuelles des municipalités

---

11. Voir *La Reine du chef de l'Ontario* c. *Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111 ; *M.J.B. Entreprises Ltd.* c. *Construction de défense (1951) ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619 ; *Martel Building Ltd.* c. *Canada*, 2000 CSC 60 ; *Double N Earthmovers Ltd.* c. *Edmonton (Ville)*, 2007 CSC 3.
12. Voir notamment l'Accord intergouvernemental sur les marchés du secteur public signé en 1990, remplacé par l'Accord sur le commerce intérieur signé en 1994 et approuvé ensuite par l'Assemblée nationale (*Loi concernant la mise en œuvre de l'Accord sur le commerce intérieur*, RLRQ, c. M-35.1.1).

sont toutefois exclues de son application. Les contrats d'approvisionnement, de travaux de construction et de services sont visés et les règles d'attribution de ceux-ci sont uniformisées. La *L.c.o.p.* établit les seuils d'appel d'offres publics selon les accords intergouvernementaux de commerce auxquels est partie le Québec et précise que l'adjudication d'un contrat comportant une dépense inférieure au seuil d'appel d'offres public devra être faite dans le respect des principes qui y sont véhiculés. Plusieurs principes fondamentaux développés par la jurisprudence et requis pour une saine gestion administrative des deniers publics dans le cadre des activités contractuelles de l'État ont été législativement consacrés, dont la transparence dans les processus contractuels, le traitement intègre et équitable des concurrents et la reddition de comptes fondée sur l'imputabilité des dirigeants d'organismes publics. Plusieurs règlements sont venus compléter les règles d'attribution et conditions d'octroi et de gestion des contrats conclus entre les organismes publics et les contractants privés[13].

Le secteur de la construction est quant à lui régi par un amalgame de textes législatifs. Adoptée en 1985, la *Loi sur le bâtiment*[14] a pour objet d'assurer la qualité des travaux de construction d'un bâtiment et d'assurer la sécurité du public qui accède à ce bâtiment[15]. La Régie du bâtiment du Québec veille à l'atteinte des objectifs de cette loi notamment en adoptant des normes en matière de garanties financières et de qualification professionnelle et en délivrant les licences et les permis conférant des droits d'exercice. Afin d'obtenir la délivrance d'une licence d'entrepreneur en construction, une personne doit démontrer sa compétence, sa solvabilité et sa probité[16]. Il est à noter que la Régie du bâtiment peut suspendre ou annuler une licence dans certaines situations, incluant lorsque le titulaire « a agi de telle sorte qu'il ne se mérite plus la confiance du public selon la Régie »[17]. Parmi les autres lois majeures de ce secteur, la *Loi sur les relations du*

---

13. Notamment *Règlement sur les contrats d'approvisionnement des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, r. 2 ; *Règlement sur les contrats de services des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, r. 4 ; *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, r. 5.
14. RLRQ, c. B-1.1.
15. *Loi sur le bâtiment*, préc., note 14, art. 1.
16. *Loi sur le bâtiment*, préc., note 14, art. 58 (pour les personnes physiques) et art. 60 (pour les sociétés et personnes morales).
17. *Loi sur le bâtiment*, préc., note 14, par. 70(12). Voir *Forage Dynami-tech (9139-0724 Québec inc.)* c. *Régie du bâtiment du Québec*, 2010 QCCS 468 quant à l'interprétation de ce paragraphe.

travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction[18] régit les relations du travail dans l'industrie de la construction et est administrée par la Commission de la construction du Québec.

Depuis quelques années, les thèmes de corruption et de collusion sont fréquemment, pour ne pas dire quotidiennement, abordés dans l'espace public. De nombreuses allégations de collusion et de corruption ont lié le secteur de la construction au crime organisé et au financement des partis politiques, suscitant inquiétude et colère au sein de la population. Il doit être rappelé que la *Loi sur la concurrence*[19] interdit les actes de collusion de la part des entreprises, incluant le truquage d'offres[20], ainsi que de complot, accord ou arrangement entre concurrents[21]. Les gestes de corruption de fonctionnaires sont quant à eux proscrits par le *Code criminel*[22].

C'est dans ce contexte d'attention médiatique soutenue à l'égard de toute apparence de corruption et afin d'apaiser l'indignation élevée des citoyens que le 4 décembre 2009, la *Loi prévoyant certaines mesures afin de lutter contre la criminalité dans l'industrie de la construction*[23] a été adoptée. Cette loi modifie diverses dispositions législatives[24] portant principalement sur les conditions de délivrance des licences d'entrepreneur de construction ainsi que sur la restriction qui peut y être rattachée et qui empêche l'obtention d'un contrat public. Diverses dispositions pénales relatives à l'industrie de la construction sont aussi révisées par l'augmentation du montant de certaines amendes et la création de nouvelles infractions. De façon plus précise, cette loi ajoute des actes criminels qui empêchent la délivrance d'une licence aux personnes en ayant été reconnues coupables, de même qu'aux personnes morales et sociétés dont un dirigeant, actionnaire ou prêteur en a été reconnu coupable. Les infractions aux lois fiscales, les actes criminels reliés aux activités que la personne entend exercer dans l'industrie de la construction et la

18. RLRQ, c. R-20.
19. L.R.C. (1985), ch. C-34.
20. *Ibid*., art. 47.
21. *Ibid*., art. 45.
22. L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 120.
23. L.Q. 2009, c. 57.
24. La *Loi sur le bâtiment*, préc., note 14 et la *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction*, préc., note 18 sont modifiées.

participation aux activités d'une organisation criminelle sont visés[25]. Cette loi prévoit aussi qu'en cas de déclaration de culpabilité à certaines dispositions législatives, une licence sera restreinte, ce qui empêchera son titulaire d'obtenir un contrat public[26]. Ainsi une société qui aura été condamnée, ou dont l'un des dirigeants ou actionnaires l'aura été, pour une infraction de complot, accord ou arrangement entre concurrents[27], de recyclage des produits de la criminalité[28] ou de trafic, importation, exportation ou production de drogues ou autres substances[29] sera restreinte quant à l'obtention de contrat public.

En juin 2011, la *Loi concernant la lutte contre la corruption*[30] est adoptée afin « de renforcer les actions de prévention et de lutte contre la corruption en matière contractuelle dans le secteur public »[31]. Les actes répréhensibles visés par cette loi sont ceux liés à la corruption, la malversation, la collusion, la fraude ou le trafic d'influence en relation avec l'adjudication, l'obtention ou l'exécution des contrats octroyés dans l'exercice des fonctions d'un organisme ou d'une personne du secteur public[32]. De même, constitue aussi un acte répréhensible un usage abusif des fonds ou des biens publics ou un cas grave de mauvaise gestion en matière contractuelle dans le secteur public[33]. Cette loi s'applique tant au gouvernement, qu'aux organismes publics, aux réseaux de l'éducation et de la santé et aux municipalités[34]. De plus, cette législation instaure la charge de Commissaire à la lutte contre la corruption (au niveau des enquêtes) et d'un commissaire indépendant associé aux vérifications (au niveau de la vérification)[35] en plus d'établir une procédure facilitant la dénonciation d'actes répréhensibles[36].

---

25. *Loi prévoyant certaines mesures afin de lutter contre la criminalité dans l'industrie de la construction*, préc., note 23, art. 1 et 2 modifiant les articles 58 et 60 de la *Loi sur le bâtiment*, préc., note 14.
26. Art. 4 de la *Loi prévoyant certaines mesures afin de lutter contre la criminalité dans l'industrie de la construction*, préc., note 23, ajoutant à l'article 65.1 de la *Loi sur le bâtiment*, préc., note 14.
27. *Loi sur la concurrence*, préc., note 19, art. 45.
28. *Code criminel*, préc., note 22, art. 462.31.
29. *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, art. 5-7.
30. L.Q. 2011, c. 17 ; RLRQ, c. L-6.1.
31. *Ibid*., art. 1.
32. *Ibid*., art. 2.
33. *Ibid*.
34. *Ibid*., art. 3.
35. *Ibid*., art. 4-25.
36. *Ibid*., art. 26-30.

La *Loi concernant la lutte contre la corruption*[37] a apporté aussi des modifications à la *L.c.o.p.* et à certaines lois du domaine municipal[38] afin de rendre inadmissibles aux contrats publics les contractants ayant été déclarés coupables de certaines infractions à être déterminées par règlement[39]. Il était alors prévu qu'un contractant déclaré coupable en vertu d'un jugement définitif de certaines infractions déterminées par règlement était inadmissible aux contrats publics pour une durée fixée par règlement ne pouvant excéder cinq ans[40]. La condamnation d'une personne liée à un contractant entraînait la même conséquence[41]. L'annexe I du *Règlement sur le registre des entreprises non admissibles aux contrats publics et sur les mesures de surveillance et d'accompagnement*[42] déterminait les infractions à l'égard desquelles une déclaration de culpabilité était considérée aux fins de l'inadmissibilité aux contrats publics. L'autorisation du ministre responsable était requise pour qu'un contractant devenant inadmissible puisse poursuivre l'exécution d'un contrat en cours[43]. De même, le ministre responsable pouvait autoriser la conclusion d'un contrat avec un contractant inadmissible dans certaines circonstances à la condition que le contractant accepte d'être soumis à ses frais à des mesures de surveillance et d'accompagnement[44]. Finalement, un registre des entreprises non admissibles aux contrats publics a également été créé[45].

Le 2 décembre 2011, la *Loi visant l'amélioration du fonctionnement de l'industrie de la construction*[46] a été adoptée et sanc-

37. Préc., note 30.
38. *Loi sur les cités et villes*, RLRQ, c. C-19 ; *Code municipal du Québec*, RLRQ, c. C-27.1 ; *Loi sur la communauté métropolitaine de Montréal*, RLRQ, c. C-37.01 ; *Loi sur la communauté métropolitaine de Québec*, RLRQ, c. C-37.02 ; *Loi sur les sociétés de transport en commun*, RLRQ, c. S-30.01.
39. *Loi concernant la lutte contre la corruption*, préc., note 30, art. 49 insérant le chapitre V.1 « Inadmissibilité aux contrats publics » à la *L.c.o.p.*
40. *Ibid.*, art. 49 insérant l'article 21.1 *L.c.o.p.*
41. *Ibid.*, art. 49 insérant l'article 21.2 *L.c.o.p.* Art. 21.2, al. 2 *L.c.o.p.* : « Pour l'application de la présente loi, l'expression « personne liée » signifie, lorsqu'il s'agit d'une personne morale, un de ses administrateurs et, le cas échéant, un de ses autres dirigeants de même que la personne qui détient des actions de son capital-actions qui lui confèrent au moins 50 % des droits de vote pouvant être exercés en toutes circonstances rattachés aux actions de la personne morale et, lorsqu'il s'agit d'une société en nom collectif, en commandite ou en participation, un de ses associés et, le cas échéant, un de ses autres dirigeants. »
42. RLRQ, c. C-65.1, r. 8.1.
43. *Loi concernant la lutte contre la corruption*, préc., note 30, art. 49 insérant l'article 21.3 *L.c.o.p.*
44. *Ibid.*, art. 49 insérant l'article 21.5 *L.c.o.p.*
45. *Ibid.*, art. 49 insérant les articles 21.6 et s. *L.c.o.p.*
46. L.Q. 2011, c. 30.

tionnée, modifiant la *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction*[47]. Le principal problème visé par cette loi est l'abolition du placement syndical.

Le 8 décembre 2011, toujours dans l'objectif d'assainir les pratiques de l'industrie de la construction, la *Loi visant à prévenir, combattre et sanctionner certaines pratiques frauduleuses dans l'industrie de la construction et apportant d'autres modifications à la Loi sur le bâtiment*[48] est adoptée. Selon les notes explicatives, « cette loi apporte des modifications à la *Loi sur le bâtiment* afin de prévenir, combattre et sanctionner certaines pratiques frauduleuses dans l'industrie de la construction et de revoir les montants des amendes prévues par cette loi ». La loi ajoute aux conditions de délivrance et de maintien d'une licence des exigences quant aux bonnes mœurs, quant à la compétence et quant à la probité d'un entrepreneur :

> La Régie peut refuser de délivrer une licence lorsque la délivrance est contraire à l'intérêt public, notamment parce que la personne ou, dans le cas d'une société ou d'une personne morale, elle-même ou l'un de ses dirigeants est incapable d'établir qu'il est de bonne mœurs et qu'il peut exercer avec compétence et probité ses activités d'entrepreneur compte tenu de comportements antérieurs.
>
> La Régie peut, à cet égard, effectuer ou faire effectuer toute vérification qu'elle estime nécessaire.[49]

Cette loi précise que la Régie peut refuser de délivrer une licence à une entité qui est dans les faits, directement ou indirectement, sous la direction ou le contrôle d'une personne qui ne satisfait pas aux exigences relatives aux bonnes mœurs ou qui a été reconnue coupable de certaines infractions[50]. La loi prévoit

---

47. Préc., note 18. Pour plus de détails quant à cette loi, voir Yves TURGEON, « Loi visant l'amélioration du fonctionnement de l'industrie de la construction (Projet de loi 33) », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, vol. 354, *Développements récents en droit de la construction*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 37.
48. L.Q. 2011, c. 35.
49. Art. 62.0.1 de la *Loi sur le bâtiment*, préc., note 14, ajouté par l'article 5 de la *Loi visant à prévenir, combattre et sanctionner certaines pratiques frauduleuses dans l'industrie de la construction*, préc., note 48.
50. Art. 5 de la *Loi visant à prévenir, combattre et sanctionner certaines pratiques frauduleuses dans l'industrie de la construction*, préc., note 48, ajoutant l'article 62.0.2 à la *Loi sur le bâtiment*, préc., note 14.

également qu'un entrepreneur condamné pour certaines infractions à une loi fiscale au cours des cinq dernières années verra sa licence restreinte aux fins de l'obtention d'un contrat public[51].

La *Loi visant à prévenir, combattre et sanctionner certaines pratiques frauduleuses dans l'industrie de la construction*[52] a également amendé les critères d'inadmissibilité aux contrats publics de la *L.c.o.p.* en permettant au gouvernement de prévoir qu'un contractant ou une personne liée à un contractant doit avoir été déclarée coupable en vertu de jugements définitifs d'un nombre minimal d'infractions avant de devenir inadmissible aux contrats publics et en autorisant le ministre du revenu, à la demande du contractant, à ne pas considérer une déclaration de culpabilité dans la computation d'un nombre minimal d'infractions lorsque l'intérêt public le justifie ou lorsqu'il existe des circonstances atténuantes[53].

En plus des mesures législatives, en octobre 2009, la Sûreté du Québec a lancé l'opération Marteau afin d'enquêter au regard des allégations d'actes criminels dans le secteur de la construction laquelle suit la mise en place de l'escouade spéciale sur la malver-

---

51. Art. 7 de la *Loi visant à prévenir, combattre et sanctionner certaines pratiques frauduleuses dans l'industrie de la construction*, préc., note 48, modifiant l'article 65.1 de la *Loi sur le bâtiment*, préc., note 14. Le concept de licence restreinte aux fins de l'obtention d'un contrat public a été introduit en 1997 par la *Loi modifiant de nouveau la Loi sur les impôts, la Loi sur la taxe de vente du Québec et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1997, c. 85, art. 5 ajoutant les articles 65.1 à 65.4 à la *Loi sur le bâtiment*, préc., note 14. Selon cette disposition, la Régie indique, sur la licence, si celle-ci comporte une restriction aux fins de l'obtention d'un contrat public, suivant les données pertinentes au titulaire de cette licence que lui transmet la Commission de la construction du Québec. Tel que mentionné, la *Loi prévoyant certaines mesures afin de lutter contre la criminalité dans l'industrie de la construction*, préc., note 23, art. 4, a modifié l'article 65.1 de la *Loi sur le bâtiment*, préc., note 14. La *Loi concernant principalement la mise en œuvre de certaines dispositions du discours sur le budget du 17 mars 2011 et l'édiction de la Loi instituant le Fonds du Plan Nord*, L.Q. 2011, c. 18, art. 40 a aussi ajouté qu'une restriction est indiquée en cas de déclaration de culpabilité à au moins trois infractions à des dispositions de la *Loi sur l'administration fiscale* ou à certains règlements « et que ces infractions sont liées à un document relatif à la conformité à certaines lois et règlements que le titulaire doit détenir en vertu de l'un ou l'autre de ces règlements ».
52. Préc., note 48.
53. *Loi visant à prévenir, combattre et sanctionner certaines pratiques frauduleuses dans l'industrie de la construction*, préc., note 48, art. 48 ajoutant l'article 21.2.1 à la *L.c.o.p.* Le chapitre V.1 de la *L.c.o.p.* traitant de l'inadmissibilité aux contrats publics a également été légèrement modifié par la *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant le domaine municipal*, L.Q. 2012, c. 21 adoptée le 13 juin 2012.

sation et la construction en septembre 2009. De plus, en février 2011, l'Unité permanente anticorruption (ci-après l'« UPAC ») a été créée en réponse aux allégations de pratiques douteuses relativement à l'octroi de contrats de travaux publics, de services ou d'approvisionnement des organismes publics. Finalement, en octobre 2011, la Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction par le gouvernement du Québec (ci-après la « CEIC ») est créée, sous la présidence de l'honorable France Charbonneau. Son mandat consiste principalement à examiner l'existence de stratagèmes et à décrire ceux qui impliqueraient de possibles activités de collusion et de corruption dans l'octroi et la gestion de contrats publics dans l'industrie de la construction (incluant tant les organismes et les entreprises du gouvernement que les municipalités) et à exposer les possibles activités d'infiltration de l'industrie de la construction par le crime organisé. La CEIC a également pour mandat d'examiner des pistes de solution et de faire des recommandations en vue d'établir des mesures permettant d'identifier, d'enrayer et de prévenir la collusion et la corruption dans l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction ainsi que l'infiltration de celle-ci par le crime organisé[54].

À la suite d'un changement de gouvernement en septembre 2012, le 1er novembre 2012, le projet de Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics est déposé. Un peu plus d'un mois plus tard, soit le 7 décembre 2012, la *Loi sur l'intégrité* est adoptée. Tel que détaillé ci-après, le gouvernement a par la suite adopté des décrets afin d'assujettir certains contrats au processus d'autorisation prévu à la *Loi sur l'intégrité*. La *Loi sur l'intégrité* constituerait la première étape d'un processus en trois temps. Le gouvernement a indiqué avoir choisi d'agir d'abord quant à la probité au niveau des entreprises mais a reconnu qu'un encadrement des organismes publics comprenant des mesures dissuasives et de contrôle pour contrer la collusion était aussi requis[55]. La seconde phase annoncée viserait la réorganisation de l'octroi des contrats publics à l'interne tandis que la troisième serait axée sur l'évaluation des entreprises en fonction de la qualité des travaux

54. Décret 1119-2011.
55. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des finances publiques*, 1re sess., 40e légis., vol. 43, nº 3, 12 novembre 2012, « Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de loi nº 1 – Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics », 15h30 (M. Bédard).

réalisés[56]. Aucun projet de loi n'a jusqu'à maintenant été déposé à cet effet.

1.2 Présentation générale des dispositions de la Loi sur l'intégrité

La *Loi sur l'intégrité* vise principalement à assurer l'intégrité en matière de contrats publics afin de rétablir la confiance du public. Elle instaure un processus d'habilitation conformément auquel une entreprise souhaitant conclure un contrat public devra obtenir de l'Autorité des marchés financiers (ci-après l'« AMF ») une autorisation préalable à cet effet. Cette autorisation vise uniquement à confirmer que l'entreprise satisfait à des exigences d'intégrité qui seraient requises par le public.

Dans la présente sous-section, les modifications à la *L.c.o.p.* apportées par la *Loi sur l'intégrité* sont présentées et analysées. D'autres dispositions modificatives de même que les dispositions transitoires de la *Loi sur l'intégrité* sont également abordées.

1.2.1 Les modifications à la L.c.o.p.

1.2.1.1 Les élargissements apportés par la *Loi sur l'intégrité*

Le champ d'application de la *L.c.o.p.* est élargi de façon à ce que certaines entités de l'État soient désormais incluses dans la notion d'organismes publics et soient donc assujetties à l'ensemble de cette loi. L'article 3 de la *Loi sur l'intégrité* modifie l'article 4 *L.c.o.p.* afin de prévoir qu'aux fins de l'application de cette loi, sont des organismes publics « les organismes dont au moins la moitié des membres ou des administrateurs sont nommés ou élus par le gouvernement ou par un ministre »[57]. Les municipalités demeurent exclues de l'application de la *L.c.o.p.*

Cependant, la *Loi sur l'intégrité* s'appliquant tant aux municipalités qu'aux ministères, organismes et sociétés d'État, il en résulte que certains articles de la *L.c.o.p.* s'appliqueront désor-

---

56. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des finances publiques*, 1re sess., 40e légis., vol. 43, nº 5, 14 novembre 2012, « Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de loi nº 1 – Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics », 18h30 (M. Bédard).
57. Cette disposition n'est pas encore en vigueur, *Loi sur l'intégrité*, art. 102.

mais aux municipalités. La *Loi sur l'intégrité* modifie la *Loi sur les cités et villes*[58] en y insérant une disposition à l'effet que les articles de la *L.c.o.p.* relatifs à l'autorisation préalable à l'obtention d'un contrat public ou d'un sous-contrat public ainsi que les dispositions pénales s'appliquent à l'égard des contrats d'une municipalité comportant une dépense égale ou supérieure au montant déterminé par le gouvernement[59]. Le *Code municipal du Québec*[60], la *Loi sur la Communauté métropolitaine de Montréal*[61], la *Loi sur la Communauté métropolitaine de Québec*[62], la *Loi sur les sociétés d'économie mixte dans le secteur municipal*[63] et la *Loi sur les sociétés de transport en commun*[64] sont modifiées au même effet.

1.2.1.2 La désignation obligatoire d'un responsable de l'observation des règles contractuelles

La *Loi sur l'intégrité* impose au dirigeant de tout organisme public de désigner un responsable de l'observation des règles contractuelles[65]. Ce responsable aura notamment pour fonctions de veiller à l'application des règles contractuelles, de conseiller quant à leur application, de s'assurer de la mise en place de mesures assurant l'intégrité des processus internes et de vérifier la qualité du personnel qui exerce les activités contractuelles[66].

1.2.1.3 Le processus d'habilitation préalable

La *L.c.o.p.* est principalement modifiée par l'insertion d'un chapitre intitulé « Autorisation préalable à l'obtention d'un contrat public ou d'un sous-contrat public » dont les dispositions prévoient les critères et le processus d'habilitation préalable[67]. Il est à noter que, suivant l'article 9 de la *Loi sur l'intégrité*, le chapitre V.1 de la *L.c.o.p.* intitulé « Inadmissibilité aux contrats publics », comprenant les articles 21.1 à 21.16, est abrogé. Tel que mentionné précédemment, ces dispositions avaient été introduites par

58. Préc., note 38.
59. *Loi sur l'intégrité*, art. 40.
60. Préc., note 38.
61. Préc., note 38.
62. Préc., note 38.
63. RLRQ, c. S-25.01.
64. Préc., note 38.
65. *Loi sur l'intégrité*, art. 8 introduisant l'article 21.0.1 à la *L.c.o.p.*
66. *Loi sur l'intégrité*, art. 8 introduisant l'article 21.0.2 à la *L.c.o.p.*
67. *Loi sur l'intégrité*, art. 10.

la *Loi concernant la lutte contre la corruption*[68], puis modifiées par la *Loi visant à prévenir, combattre et sanctionner certaines pratiques frauduleuses dans l'industrie de la construction*[69], puis encore modifiées par la *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant le domaine municipal*[70], pour finalement être abrogées (bien que cette abrogation n'entrera en vigueur qu'à la date à être déterminée par règlement[71]).

Ainsi, désormais, toute entreprise qui souhaite conclure un contrat avec un organisme public ou qui entend répondre à un appel d'offres dans l'objectif d'obtenir un contrat public doit, dans la mesure où la valeur de ce contrat excède le montant déterminé par le gouvernement, obtenir de l'AMF une autorisation préalable valide pour une durée de trois ans[72]. Les entreprises actuellement visées par l'obligation d'obtenir une autorisation de l'AMF sont celles qui sont engagées dans un processus d'appel d'offres visant des contrats et sous-contrats de construction, de services ou de partenariat public-privé (mais pas des contrats d'approvisionnement) d'une valeur égale ou supérieure à 40 000 000 $[73] et celles qui présentent une soumission à l'égard de certains contrats de la Ville de Montréal[74]. L'entreprise qui envisage de conclure un sous-contrat rattaché directement ou indirectement à un contrat public doit également être autorisée[75]. Toute entreprise étrangère venant faire affaires au Québec est assujettie à l'exigence d'obtenir cette autorisation préalable. De même, dans le cas d'un consortium, chacune des entreprises le composant doit être individuellement autorisée[76]. Une entreprise concluant un contrat avec un organisme public doit détenir l'autorisation à la date de conclusion de ce contrat et une entreprise déposant une soumission à

68. Préc., note 30.
69. Préc., note 48.
70. L.Q. 2012, c. 21.
71. *Loi sur l'intégrité*, art. 102.
72. Art. 21.17 et 21.41 *L.c.o.p.* L'entreprise qui omettra de présenter sa demande de renouvellement dans le délai requis pourra continuer l'exécution des contrats et sous-contrats publics en cours, mais ne pourra en obtenir de nouveau jusqu'à la décision de l'AMF quant au renouvellement de l'autorisation : art. 21.41, al. 4 *L.c.o.p.*
73. *Loi sur l'intégrité*, art. 85 et Décret 97-2013, 13 février 2013.
74. Décret 1226-2012, 19 décembre 2012 ; Décret 96-2013, 13 février 2013 ; Décret 206-2013, 20 mars 2013 ; Décret 414-2013, 17 avril 2013 ; Décret 482-2013, 15 mai 2013 ; Décret 544-2013, 5 juin 2013.
75. Art. 21.17 et 21.18 *L.c.o.p.*
76. Art. 21.28, al. 1 *L.c.o.p.*

l'égard d'un contrat public doit être autorisée au moment du dépôt de sa soumission[77].

L'autorisation devra être maintenue pendant toute l'exécution du contrat ou du sous-contrat[78] et une entreprise qui se verrait révoquée ou qui ne serait pas en mesure d'obtenir le renouvellement de celle-ci sera réputée en défaut d'exécuter ce contrat[79]. Cependant, dans un tel cas, le Conseil du trésor[80], sur demande de l'organisme public concerné, peut permettre la poursuite de l'exécution d'un contrat ou sous-contrat public pour un motif d'intérêt public[81]. Outre la référence à l'intérêt public, la *Loi sur l'intégrité* ne contient pas de critères objectifs quant à la possibilité pour une compagnie de poursuivre les travaux malgré la perte de l'habilitation. Cette permission peut être assortie de conditions dont l'imposition de mesures de surveillance et d'accompagnement, le Conseil du trésor disposant aussi d'une discrétion à cet égard[82].

Le Conseil du trésor peut aussi « lors de circonstances exceptionnelles »[83] permettre qu'un contrat ou un sous-contrat soit conclu avec une entreprise non autorisée « s'il est dans l'intérêt public que ce contrat ou que ce sous-contrat soit exécuté par cette entreprise »[84]. Le Conseil du trésor déterminera également si cette permission doit être assortie de conditions. En cas d'urgence ou lorsque la sécurité des personnes ou des biens est en cause, le dirigeant d'un organisme public peut lui-même permettre la conclusion d'un contrat ou d'un sous-contrat avec une entreprise non autorisée ; il en informe ensuite le Conseil du trésor[85]. La *Loi sur l'intégrité* prévoit aussi que tout tel contrat conclu avec une entre-

---

77. Art. 21.18, al. 1 et 2 *L.c.o.p.*
78. Art. 21.18, al. 3 *L.c.o.p.*
79. Art. 21.19, al. 1 *L.c.o.p.*
80. Auparavant, le ministre responsable (plutôt que le Conseil du trésor) pouvait permettre à un organisme public de poursuivre l'exécution d'un contrat avec une entité devenant inadmissible. Les critères selon lesquels le ministre devait rendre une telle décision n'étaient pas détaillés. Voir *Loi concernant la lutte contre la corruption*, préc., note 30, art. 49 introduisant l'article 21.3 *L.c.o.p.*
81. Art. 21.19, al. 2 *L.c.o.p.*
82. *Ibid.*
83. L'article 21.5 *L.c.o.p.*, introduit par l'article 49 de la *Loi concernant la lutte contre la corruption*, préc., note 30, limitait ces circonstances à certaines des situations prévues permettant la conclusion d'un contrat de gré à gré malgré l'applicabilité de la procédure d'appel d'offres. La difficulté de faire les adaptations requises complexifiait l'interprétation de cette disposition.
84. Art. 21.20, al. 1 *L.c.o.p.*
85. Art. 21.20, al. 2 *L.c.o.p.*

prise non autorisée devra faire l'objet d'un avis « sur un site internet » (sans que ce ne soit précisé sur quel site cet avis public sera rendu) et à la Gazette officielle du Québec[86]. Lors de l'étude détaillée du projet de loi, le ministre responsable a refusé avec véhémence que cette disposition soit utilisée « pour permettre à une entreprise qui a une compétence particulière dans un domaine de pouvoir exécuter un contrat parce que c'est la seule à l'avoir »[87]. Malgré cette position clairement exprimée, on peut penser à des situations où il serait dans l'intérêt public qu'un contrat soit exécuté par une entreprise non autorisée pour faire bénéficier l'État et donc l'ensemble des contribuables d'une expertise unique. La volonté du législateur de sanctionner certains comportements inappropriés (et de récompenser les entreprises jugées honnêtes) ne devrait pas être exercée au détriment de l'intérêt public, allant jusqu'à priver certains organismes de solutions innovatrices incomparables qui pourraient être avantageuses pour l'ensemble de la population.

Pour obtenir l'autorisation, une entreprise doit en faire la demande à l'AMF[88], par le biais d'un répondant et selon la forme prescrite par l'AMF[89]. Les droits exigibles d'une entreprise qui requiert une autorisation à l'AMF sont de 400 $ auxquels s'ajoute un montant de 200 $ pour chaque personne ou entité devant faire l'objet d'une vérification[90]. Les frais peuvent donc être considérables et augmentés rapidement si l'AMF est appelée à vérifier l'ensemble d'un groupe ayant une structure corporative complexe, notamment afin de déterminer les personnes ou entités ayant le contrôle juridique ou *de facto* de l'entreprise présentant la

---

86. Art. 21.20, al. 3 *L.c.o.p.*
87. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des finances publiques*, 1re sess., 40e légis., vol. 43, nº 8, 23 novembre 2012, « Étude détaillée du projet de loi nº 1, Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics », 10h30 (M. Bédard) : « Je veux être sûr que cet article-là ne puisse servir à donner un contrat à quelqu'un qui détiendrait une technologie particulière [...]. On va s'en passer de la technologie. »
88. Art. 21.22 *L.c.o.p.*
89. Art. 21.23 *L.c.o.p.* Voir le *Règlement de l'Autorité des marchés financiers pour l'application de la Loi sur les contrats des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, r. 0.1. Le formulaire « Demande d'autorisation pour une entreprise qui souhaite conclure un contrat/sous-contrat public », incluant de nombreuses annexes, est disponible sur le site Web de l'AMF (www.lautorite.qc.ca) à la section « Contrats publics » de même qu'un Guide à l'intention des entreprises quant à la présentation d'une telle demande d'autorisation.
90. *Droits relatifs à une demande d'autorisation présentée par une entreprise à l'Autorité des marchés financiers en vue de la conclusion de contrats et de sous-contrats publics*, RLRQ, c. C-65.1, r. 7.2.

demande. Une demande de délivrance d'autorisation ne sera pas considérée par l'AMF en l'absence d'une attestation de Revenu Québec démontrant que l'entreprise n'est pas en défaut d'avoir produit ses déclarations et rapports en vertu des lois fiscales, ni qu'elle a de compte payable en souffrance auprès du ministre du Revenu[91]. L'autorisation accordée à une entreprise sera suspendue si elle ne satisfait plus aux exigences requises pour l'obtention d'une attestation de Revenu Québec, mais elle pourra cependant poursuivre l'exécution de contrats publics en cours tout comme elle pourra continuer un processus d'appel d'offres si elle était autorisée à la date limite fixée pour le dépôt d'une soumission[92]. De plus, une demande ne sera pas considérée si l'entreprise s'est vue refuser ou révoquer une autorisation dans la dernière année, sauf si l'AMF est satisfaite que l'entreprise a apporté des correctifs nécessaires[93].

La *Loi sur l'intégrité* prévoit ensuite une série de critères qui entraîneront automatiquement un refus par l'AMF de délivrer ou renouveler l'autorisation demandée ou qui conduiront à une révocation de l'autorisation déjà accordée le cas échéant[94]. Ainsi, toute entreprise qui aura été déclarée coupable, au cours des cinq années précédentes, de l'une ou l'autre des infractions prévues à l'annexe I de la *L.c.o.p.* introduite par la *Loi sur l'intégrité* ne pourra obtenir l'autorisation préalable à l'obtention d'un contrat public[95] ainsi que toute entreprise ayant été déclarée coupable par un tribunal étranger d'une infraction comparable[96]. Il en sera de même si l'un des actionnaires ayant le contrôle de l'entreprise (détenant 50 % des droits de vote rattachés aux actions)[97] ou l'un des administrateurs ou dirigeants[98] aura été déclaré coupable d'une telle infraction. Ce critère d'inadmissibilité aux contrats publics ne constitue pas une nouveauté considérant le régime des articles 21.1 et 21.2 *L.c.o.p.* qui avait été mis en place par la *Loi concernant la lutte contre la corruption*[99]. L'annexe I de la *L.c.o.p.* est similaire à l'annexe I du *Règlement sur le registre des entreprises non admissibles aux contrats publics et*

91. Art. 21.24, al. 1(1) *L.c.o.p.*
92. Art. 21.25 *L.c.o.p.*
93. Art. 21.24, al. 1(2) *L.c.o.p.*
94. Art. 21.26 *L.c.o.p.*
95. Art. 21.26, al. 1(1) *L.c.o.p.*
96. Art. 21.26, al. 1(4) *L.c.o.p.*
97. Art. 21.26, al. 1(2) *L.c.o.p.*
98. Art. 21.26, al. 1(3) *L.c.o.p.*
99. Préc., note 30.

sur les mesures de surveillance et d'accompagnement[100], lequel a été adopté en juin 2012 conformément à l'article 21.1 *L.c.o.p.* ajouté par la *Loi concernant la lutte contre la corruption*[101]. Il est à noter que l'AMF ne disposera d'aucune discrétion afin de déterminer si l'entreprise est apte à la réalisation de contrats publics et peut mériter la confiance du public malgré par exemple la culpabilité d'un de ses administrateurs ou dirigeants. Le gouvernement pourra modifier l'annexe I par décret, donc sans qu'il ne soit nécessaire de procéder par modification législative[102]. En plus des infractions visées à l'annexe I, une contravention à certaines dispositions de lois électorales[103] ou de la *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction*[104] entraînera aussi un refus automatique de délivrer l'autorisation requise de l'AMF[105].

Plusieurs infractions sont prévues à l'annexe I de la *Loi sur les contrats des organismes publics*. Une déclaration de culpabilité à l'égard de l'une des infractions listées, au cours des cinq années précédentes, empêchera l'entreprise d'obtenir une autorisation. Diverses infractions au *Code criminel*[106] relatives à la corruption, abus de confiance, extorsion, vol, participation aux activités d'une organisation criminelle et autres sont incluses de même que le fait de causer des lésions corporelles ou la mort par négligence criminelle dans le cadre d'affaires commerciales, professionnelles, industrielles ou financières. Les infractions de la *Loi sur la concurrence*[107] relatives au complot, accord ou arrangement entre concurrents et au trucage d'offres sont aussi visées. En plus des nouvelles infractions prévues à la *L.c.o.p.* qui sont incluses à l'annexe I, d'autres infractions à des lois ou règlements en lien avec les contrats des organismes publics sont listées[108] et certaines infractions à la *Loi sur les relations du travail, la formation*

---

100. Préc., note 42.
101. Préc., note 30.
102. Art. 21.42 *L.c.o.p.*
103. Soit une infraction visée à l'article 641.2 de la *Loi sur les élections et les référendums dans les municipalités*, RLRQ, c. E-2.2, à l'article 221.1.2 de la *Loi sur les élections scolaires*, RLRQ, c. E-2.3 ou à l'article 564.3 de la *Loi électorale*, RLRQ, c. E-3.3.
104. Préc., note 18.
105. Art. 21.26, al. 1(5), (6) et (7) *L.c.o.p.*
106. Préc., note 22.
107. Préc., note 19.
108. *Règlement sur les contrats de construction des organismes municipaux*, RLRQ, c. C-19, r. 3 ; *Règlement sur les contrats d'approvisionnement, de services et de travaux de construction des organismes visés à l'article 7 de la Loi sur les contrats des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, r. 1.1 ; *Règlement sur les contrats*

professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction[109]. Plusieurs infractions à des lois fiscales[110] ou en matière de valeurs mobilières et services financiers[111] sont aussi prévues. Bien que la plupart des infractions listées à l'annexe I présentent un lien avec la corruption ou du moins ont été commises dans le cours des affaires, le lien de certaines autres avec l'intégrité d'une entreprise est moins évident. C'est le cas des infractions à la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*[112] retenues[113]. L'annexe I ne fait toutefois aucune mention de la *Loi sur la transparence et l'éthique en matière de lobbyisme*[114] qui est pourtant une autre loi québécoise en matière de transparence et d'éthique, ni de la *Loi sur la qualité de l'environnement*[115], dont l'importance pour le public des principes qu'elle véhicule n'a plus à être démontrée.

Vient ensuite la disposition qui constitue à la fois le cœur de la *Loi sur l'intégrité* et qui est la plus problématique. Le législateur octroie à l'AMF un large pouvoir discrétionnaire en regard de la délivrance des autorisations :

> L'Autorité peut refuser à une entreprise de lui accorder ou de lui renouveler une autorisation ou révoquer une autorisation si elle ne satisfait pas aux exigences élevées d'intégrité auxquelles le public est en droit de s'attendre d'une partie à un contrat public ou à un sous-contrat public.[116]

---

d'approvisionnement des organismes publics, préc., note 13 ; *Règlement sur les contrats de services des organismes publics*, préc., note 13 ; *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, préc., note 13.

109. Préc., note 18.
110. *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), ch.1, 5e supplément ; *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15 ; *Loi sur l'administration fiscale*, RLRQ., c. A-6.002.
111. *Loi sur les valeurs mobilières*, RLRQ, c. V-1.1 ; *Loi sur les instruments dérivés*, RLRQ, c. I-14.01 ; *Loi sur la distribution de produits et services financiers*, RLRQ, c. D-9.2.
112. Préc., note 29.
113. Ces infractions étaient cependant déjà prévues à l'annexe I du *Règlement sur le registre des entreprises non admissibles aux contrats publics et sur les mesures de surveillance et d'accompagnement*, préc., note 42. De même, une condamnation aux termes de ces dispositions entraîne aussi une restriction aux fins de l'obtention d'un contrat public de la licence délivrée par la Régie du bâtiment : art. 65.1 de la *Loi sur le bâtiment*, préc., note 14, introduit par la *Loi visant à prévenir, combattre et sanctionner certaines pratiques frauduleuses dans l'industrie de la construction*, préc., note 48.
114. RLRQ, c. T-11.011.
115. RLRQ, c. Q-2.
116. Art. 21.27 *L.c.o.p.*

Il est à noter que le projet de loi prévoyait :

> L'Autorité peut refuser à une entreprise de lui accorder ou de lui renouveler une autorisation ou révoquer une telle autorisation si elle considère que la confiance du public est affectée en raison du manque d'intégrité de l'entreprise, d'un de ses associés, d'un de ses administrateurs ou d'un de ses dirigeants ou d'une autre entreprise qui en a, directement ou indirectement, le contrôle juridique ou *de facto*.[117]

La notion de « confiance du public » affectée par le manque d'intégrité d'une entreprise a donc été remplacée par la notion d'« exigences élevées d'intégrité auxquelles le public est en droit de s'attendre d'une partie à un contrat public », laquelle notion est cependant tout aussi subjective. De plus, la liste des personnes visées prévue par le projet de loi a été retirée de la disposition phare que constitue l'article 21.27 *L.c.o.p*. Selon les notes explicatives, cet article « indique les motifs pour lesquels l'autorité peut refuser une autorisation, révoquer une autorisation ou ne pas renouveler une autorisation. Ainsi, pour avoir le droit de participer à un contrat public, l'entreprise devra satisfaire aux exigences élevées d'intégrité associées à l'exécution d'un contrat public ou d'un sous-contrat public »[118]. Bien que l'article 21.28 *L.c.o.p.* apporte certains critères d'orientation à la disposition générale quant à l'octroi par l'AMF de l'autorisation préalable, il n'en demeure pas moins que le motif principal pour lequel l'AMF pourrait refuser l'autorisation n'est pas suffisamment explicite. La *Loi sur l'intégrité* ne fournit aucune définition du terme « intégrité », ni n'offre d'explication quant aux expectatives du public en matière d'intégrité des cocontractants de l'Administration publique, ni ne contient un encadrement raisonnable de ces exigences d'intégrité du public, ni ne détaille les exigences qu'elle qualifie d'élevées.

Le législateur fournit ensuite une liste d'éléments que l'AMF peut considérer aux fins de l'application de l'article 21.27 *L.c.o.p.*[119]. Le législateur a choisi de laisser à l'AMF la discrétion

---

117. PL 1, *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics*, 1re sess., 40e lég., Québec 2012, art. 21.25.
118. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des finances publiques*, 1re sess., 40e légis., vol. 43, no 9, 26 novembre 2012, « Étude détaillée du projet de loi no 1, Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics », 15h00 (M. Bédard).
119. Art. 21.28 *L.c.o.p*.

de décider des éléments pertinents à son analyse. Cette liste n'est pas exhaustive, d'autres éléments devraient être considérés, par exemple, les améliorations au niveau de l'éthique apportées récemment par une entreprise telles les abolitions de pratiques indésirables et le congédiement d'administrateurs ou dirigeants au comportement douteux ainsi que la mise en place de mécanismes permettant la détection d'éventuels manquements. L'AMF devra en outre déterminer de quelle façon seront considérés les aveux de certaines entreprises devant la CEIC[120]. De plus, alors que l'article 21.27 *L.c.o.p.* prévoit que l'entreprise elle-même doit satisfaire à des exigences d'intégrité, l'article 21.28 *L.c.o.p.* qui constitue en quelque sorte un guide d'application de la disposition précédente indique : « [...] l'intégrité de l'entreprise, celle de ses administrateurs, de ses associés, de ses dirigeants ou de ses actionnaires[121] et celle des autres personnes ou entités qui en ont, directement ou indirectement, le contrôle juridique ou *de facto*, peut être examinée »[122]. Encore une fois, le législateur confère à l'AMF le pouvoir de décider des entités dont elle examinera l'intégrité. Lors de l'étude détaillée de ce projet de loi, il a toutefois été précisé que « l'intégrité d'une entreprise se mesure non seulement par son intégrité propre, mais aussi par celle de ses administrateurs, de ses associés, de ses dirigeants ou des actionnaires »[123]. L'étendue des entités à qui l'examen de l'AMF peut s'appliquer doit être relevée ainsi que la difficulté de déterminer les personnes ou entités ayant le contrôle juridique ou *de facto*, de façon directe ou indirecte, d'une entreprise demandant l'autorisation.

L'AMF, lors de l'analyse d'une demande d'autorisation d'une entreprise, peut donc d'abord considérer les liens entretenus avec une organisation criminelle ou avec quiconque s'adonnant au

---

120. Il est à mentionner que la Ville de Montréal a récemment modifié sa politique de gestion des contrats afin d'interdire de contrats, pour une période de cinq ans, toutes entreprises admettant devant la CEIC avoir pris part à des actes de collusion. La démission des administrateurs ou dirigeants ayant reconnu leur faute ne sera pas suffisante pour permettre à l'entreprise d'obtenir un contrat municipal. Pierre-André Normandin, « Montréal dresse sa liste noire », *La Presse* (27-28 avril 2013), A6.
121. Pour une entreprise qui est une société publique, le terme « actionnaire » désigne celui qui détient 10 % ou plus des droits de vote rattachés aux actions : art. 21.28, al. 5 *L.c.o.p*.
122. Art. 21.28, al. 1 *L.c.o.p*.
123. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des finances publiques*, 1re sess., 40e légis., vol. 43, nº 9, 26 novembre 2012, « Étude détaillée du projet de loi nº 1, Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics », 16h00 (M. Bédard).

recyclage des produits de la criminalité ou au trafic de drogues[124]. Il appartient à l'AMF de déterminer la nature des liens dont elle peut tenir compte et le degré de preuve requis pour conclure à l'existence de tels liens. Une autorisation peut aussi être refusée au motif « qu'il n'y a pas d'adéquation entre les sources légales de financement de l'entreprise et ses activités »[125].

L'AMF peut également considérer le fait que l'entreprise ou l'un de ses administrateurs, associés, dirigeants, actionnaires ou autre personne ou entité en ayant le contrôle « ait été poursuivie, au cours des cinq années précédentes, à l'égard d'une des infractions visées à l'annexe I »[126]. Ainsi, une mise en accusation qui n'aurait pas donné lieu à une condamnation pourrait constituer un motif de refus de l'autorisation, de même qu'une accusation pendante. Le législateur confie donc à l'AMF la possibilité de statuer préalablement sur des accusations portées contre une entreprise avant l'autorité judiciaire compétente et même de revoir les faits à la base d'une mise en accusation malgré un acquittement. Cette disposition soulève notamment des questionnements importants quant à la portée que devrait avoir la protection offerte par la présomption d'innocence.

Alors qu'une condamnation d'une entreprise, de l'un de ses actionnaires (détenant au moins 50 % des droits de vote rattachés aux actions), de l'un de ses administrateurs ou de l'un de ses dirigeants, au cours des cinq années précédentes, à l'une des infractions prévues à l'annexe I entraîne le refus automatique de délivrance de l'autorisation préalable à l'obtention d'un contrat public, aux termes des articles 21.27 et 21.28 *L.c.o.p.*, l'AMF peut considérer d'autres déclarations de culpabilité[127]. Ainsi, l'AMF peut apprécier une condamnation à l'égard d'une infraction listée à l'annexe I commise par un associé de l'entreprise ou si l'entreprise est une société publique, de l'un des actionnaires détenant 10 % ou plus des droits de vote rattachés aux actions[128]. En outre, l'intégrité des personnes ou entités ayant, directement ou indirectement, le contrôle juridique ou *de facto* de l'entreprise peut être examinée par l'AMF. L'AMF peut regarder le fait qu'une entre-

124. Art. 21.28, al. 2(1) *L.c.o.p.*
125. Art. 21.28, al. 2(9) *L.c.o.p.*
126. Art. 21.28, al. 2(2) *L.c.o.p.*
127. Seules les déclarations de culpabilité des cinq années précédentes peuvent être considérées par l'AMF.
128. Art. 21.28, al. 1 et art. 21.28 *in fine L.c.o.p.*

prise (ou toute personne ou entité lui étant liée au sens de la *Loi sur l'intégrité*) ait le contrôle de celle demandant une autorisation et ait été, au moment de la commission par une autre entreprise d'une infraction prévue à l'annexe I, l'une des personnes liées à cette entreprise ayant été déclarée coupable[129]. Pareillement, le fait que l'entreprise présentant une demande pour obtenir l'autorisation préalable soit sous le contrôle d'une autre entreprise ayant été déclarée coupable d'une infraction de l'annexe I peut être considéré par l'AMF tout comme le fait que l'une des personnes ou entités liées à l'entreprise condamnée était en poste au moment de la commission de l'infraction[130]. Ainsi, la condamnation d'une entreprise pour une infraction listée à l'annexe I *L.c.o.p*. à la suite d'un acte isolé de l'un de ses dirigeants ou administrateurs contaminera chacun des autres administrateurs ou dirigeants de l'entreprise ainsi que les autres entreprises pour lesquelles ils pourraient agir.

Le législateur permet aussi à l'AMF de tenir compte « qu'une personne en autorité agissant pour l'entreprise est poursuivie ou a été déclarée coupable [...] d'une infraction prévue à l'annexe I »[131]. Bien que la loi ne définisse pas l'expression « personne en autorité agissant pour l'entreprise », il semble que l'on vise par cette disposition tout gestionnaire de projets ou gestionnaire de chantier[132], lesquels peuvent être très nombreux au sein d'une entreprise, élargissant encore plus la portée des vérifications de l'AMF. Précisons que la *Charte des droits et libertés de la personne*[133] restreint la possibilité de congédier une personne au motif qu'elle a été déclarée coupable d'une infraction pénale ou criminelle. Ainsi, une entreprise pourrait se voir placée dans la situation aberrante où elle est limitée de congédier une personne qui l'empêche d'autre part d'obtenir l'autorisation préalable à l'obtention de contrats publics, laquelle est souvent essentielle à la survie de l'entreprise.

En plus des infractions prévues à l'annexe I, l'AMF peut considérer le fait que l'entreprise ou une personne ou entité liée

---

129. Art. 21.28, al. 2(3) *L.c.o.p.*
130. Art. 21.28, al. 2(4) *L.c.o.p*.
131. Art. 21.28, al. 3 *L.c.o.p*.
132. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des finances publiques*, 1re sess., 40e légis., vol. 43, nº 9, 26 novembre 2012, « Étude détaillée du projet de loi nº 1, Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics », 17h00 (M. Bédard).
133. L.Q., c. C-12, art. 18.2.

« ait, dans le cours de ses affaires, été déclarée coupable ou poursuivie, au cours des cinq années précédentes, à l'égard de toute autre infraction de nature criminelle ou pénale »[134]. Cette disposition très large vise donc toutes les infractions de nature criminelle et pénale pour lesquelles des accusations ont été déposées, qu'elles aient conduit ou non à une condamnation. Le législateur n'a pas jugé bon de fournir des précisions quant à un lien requis entre ces autres infractions et l'intégrité de l'entreprise. En effet, si le législateur a inclus à l'annexe I toutes les infractions affectant selon lui l'intégrité d'une entreprise, ce pouvoir discrétionnaire accordé à l'AMF de considérer d'autres infractions à sa discrétion semble excessivement large et pourrait facilement conduire à des décisions arbitraires. En outre, bien qu'une déclaration de culpabilité ne doive pas être considérée lorsqu'un pardon a été obtenu, le législateur accorde à l'AMF la permission de tenir compte « entre autres, des faits et circonstances entourant la perpétration d'une infraction pour laquelle un pardon a été obtenu »[135]. Notons également que l'AMF ne doit pas tenir compte d'un recours pendant à l'encontre d'une déclaration de culpabilité et ce, aux fins des articles 21.26 à 21.28 *L.c.o.p.*[136]. Ainsi, une condamnation sera considérée même si le jugement a été porté en appel et même dans les cas où une condamnation à une certaine infraction entraînera un refus automatique de l'autorisation demandée. Peut aussi être considéré par l'AMF « le fait que l'entreprise ou une personne ou entité mentionnée au premier alinéa, a, de façon répétitive, éludé ou tenté d'éluder l'observation de la loi dans le cours de ses affaires »[137]. Le nombre de fois, le type de loi, le degré de preuve nécessaire ne sont pas précisés. Par cette disposition, le législateur semble vouloir viser certains comportements qui, bien que ne pouvant constituer une infraction de nature criminelle ou pénale, lui apparaissent répréhensibles (ou apparaîtraient répréhensibles aux yeux du public). Par exemple, une personne dont les entreprises feraient faillite à répétition pourrait se voir refuser l'autorisation préalable requise pour contracter avec un organisme public[138]. La *Loi sur le bâtiment*[139]

134. Art. 21.28, al. 2(5) *L.c.o.p.*
135. Art. 21.28, al. 4 *L.c.o.p.*
136. Art. 21.29 *L.c.o.p.*
137. Art. 21.28, al. 2(6) *L.c.o.p.*
138. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des finances publiques*, 1re sess., 40e légis., vol. 43, nº 9, 26 novembre 2012, « Étude détaillée du projet de loi nº 1, Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics », 17h00 (M. Bédard).
139. Préc., note 14.

couvrait déjà cette situation en prévoyant que la Régie peut refuser de délivrer une licence à une personne ayant été dirigeant ou dont l'un des dirigeants a été dirigeant d'une société ou personne morale dans les 12 mois précédant la faillite de celle-ci survenue depuis moins de trois ans[140]. Ces dispositions pourraient également être utilisées pour refuser l'habilitation en raison de manquements à des lois environnementales de façon continuelle[141]. Cet élément pouvant constituer un motif de refus de l'habilitation recherchée devra être considéré de façon constante, malgré les difficultés à cet égard. Ainsi, si l'AMF a refusé de délivrer l'autorisation à une entreprise ayant commis un certain nombre d'infractions à une disposition spécifique, elle devra aussi refuser l'autorisation à une entreprise se trouvant dans une situation identique, mais également déterminer quelles entreprises peuvent se trouver dans des situations similaires à la suite d'infractions à des dispositions législatives autres de gravité comparable.

La *Loi sur l'intégrité* accorde aussi à l'AMF la faculté de considérer « le fait qu'une personne raisonnable viendrait à la conclusion que l'entreprise est la continuité d'une autre entreprise qui n'obtiendrait pas une autorisation »[142] et « le fait qu'une personne raisonnable viendrait à la conclusion que l'entreprise est le prête-nom d'une autre entreprise qui n'obtiendrait pas une autorisation »[143]. Il est étonnant que le législateur ait choisi de recourir au test de la personne raisonnable alors que l'AMF et l'UPAC disposent de moyens et ressources pour effectuer des vérifications sérieuses. Considérant l'ampleur des pouvoirs de vérification qui leur sont accordés, ces entités devraient être en mesure d'opiner de façon plus objective. De plus, considérant tant les conséquences potentiellement désastreuses sur une entreprise d'un refus de délivrer l'autorisation que l'importance de mettre en œuvre un système équitable, les entreprises devraient être évaluées sur la base de critères objectifs et non sur la base de perceptions. En outre, la *Loi sur l'intégrité* est silencieuse quant aux critères à appliquer pour déterminer qu'une entreprise est la continuité d'une autre. Cette disposition prive-t-elle des personnes honnêtes

140. *Ibid.*, art. 59 et 61.
141. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des finances publiques*, 1re sess., 40e légis., vol. 43, nº 9, 26 novembre 2012, « Étude détaillée du projet de loi nº 1, Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics », 17h00 (M. Bédard).
142. Art. 21.28, al. 2(7) *L.c.o.p.*
143. Art. 21.28, al. 2(8) *L.c.o.p.*

et intègres d'acquérir afin de la relancer sur de nouvelles bases une entreprise ayant, par elle-même ou par le biais des personnes lui étant liées, eu des manquements au niveau des exigences de probité ? Répondre par l'affirmative à cette question serait évidemment dommageable au niveau de l'économie de la province.

L'AMF peut finalement refuser l'autorisation à une entreprise au motif que sa structure lui permet d'échapper à l'application de la *Loi sur l'intégrité*[144]. Considérant les dispositions mentionnées précédemment qui permettent à l'AMF de considérer toute entité ayant un contrôle direct ou indirect, juridique ou *de facto* sur l'entreprise demandant une autorisation, cette référence à la structure apparaît superflue. Les responsables de l'application de la loi devront s'abstenir d'être indûment méfiants face à la complexité de la structure de certaines entités.

L'AMF, lorsque saisie d'une demande de délivrance ou de renouvellement d'une autorisation, transmet au commissaire associé aux vérifications de l'UPAC les renseignements obtenus afin que celui-ci effectue les vérifications qu'il juge nécessaire[145]. Ainsi, même si l'AMF a à décider de l'octroi ou du renouvellement d'une autorisation, il n'est pas prévu qu'elle intervienne quant aux éléments à vérifier sur lesquels s'appuiera ultimement sa décision. Le commissaire associé donne ensuite à l'AMF un avis à l'égard de l'entreprise qui demande l'autorisation indiquant, le cas échéant, le motif sur lequel se base sa recommandation de refuser ou de ne pas renouveler celle-ci[146]. L'AMF ne devrait cependant pas être liée par cette recommandation. La *Loi sur l'intégrité* autorise également le commissaire associé à effectuer toutes vérifications à l'égard des entreprises détenant une autorisation, en tout temps pendant la durée de validité d'une autorisation[147]. L'AMF peut aussi exiger d'une entreprise la communication d'informations à défaut de voir son autorisation révoquée[148], l'entreprise ayant l'obligation d'aviser l'AMF de toute modification relative aux renseignements déjà transmis[149].

---

144. Art. 21.28, al. 2(10) *L.c.o.p.*
145. Art. 21.30 *L.c.o.p.* Les vérifications peuvent être effectuées par les équipes de vérification de l'UPAC ou par toute personne autorisée à cette fin par le commissaire associé : art. 21.33 *L.c.o.p.*
146. Art. 21.31 *L.c.o.p.*
147. Art. 21.32 *L.c.o.p.* Le cas échéant, il peut transmettre à l'AMF un avis recommandant la révocation d'une autorisation. L'AMF lui transmettra tout nouveau renseignement qu'elle obtiendra : art. 21.34 *L.c.o.p.*
148. Art. 21.35 *L.c.o.p.*
149. Art. 21.40 *L.c.o.p.*

Avant de refuser d'accorder ou de renouveler ou encore avant de révoquer une autorisation, l'AMF peut demander à l'entreprise d'apporter des correctifs[150]. Dans ces mêmes cas, conformément à la *Loi sur la justice administrative*[151], elle devra aviser l'entreprise de ses intentions et des motifs sur lesquels se base sa décision et lui accorder un délai d'au moins 10 jours pour présenter ses observations par écrit ou fournir d'autres documents pour compléter son dossier[152]. À l'expiration de ce délai et à la suite de l'examen des observations de l'entreprise, l'AMF informe celle-ci de sa décision[153]. En cas de décision négative, l'entreprise dispose ensuite d'un délai de 10 jours pour dénoncer à l'AMF le nom de chaque organisme public avec lequel elle a un contrat en cours d'exécution et de chaque entreprise avec laquelle elle a un sous-contrat public en cours d'exécution[154]. L'AMF informe les organismes concernés de la situation de même que le commissaire associé, Revenu Québec, la Commission de la construction du Québec et la Régie du bâtiment du Québec[155].

La *Loi sur l'intégrité* prévoit également l'obligation pour l'AMF de tenir un registre des entreprises autorisées à contracter ou à sous-contracter[156]. Ce registre s'ajoute au registre des entreprises non admissibles aux contrats publics instauré par la *Loi concernant la lutte contre la corruption*[157]. Ainsi, une entreprise pour laquelle une autorisation est refusée ou révoquée doit être inscrite à ce registre[158], lequel est tenu par le président du Conseil du trésor[159].

Considérant les mesures législatives préalablement adoptées, plus particulièrement les critères d'inadmissibilité aux contrats publics introduits par la *Loi concernant la lutte contre la corruption*[160] et les modifications récentes au mécanisme de licence restreinte aux fins de l'obtention d'un contrat public de la

---

150. Art. 21.36 *L.c.o.p.*
151. RLRQ, c. J-3.
152. Art. 21.37, al. 1 *L.c.o.p.* L'alinéa 2 de cette disposition prévoit que l'AMF peut « dans un contexte d'urgence ou en vue d'éviter que ne soit causé un préjudice irréparable » prendre une décision sans être tenue à ces obligations préalables.
153. Art. 21.38, al. 1 *L.c.o.p.*
154. Art. 21.38, al. 2 *L.c.o.p.*
155. Art. 21.39 *L.c.o.p.*
156. Art. 21.45 *L.c.o.p.*
157. Préc., note 30.
158. *Loi sur l'intégrité*, art. 88.
159. Art. 21.6 *L.c.o.p.*
160. Préc., note 30.

Loi sur le bâtiment[161] apportées par la *Loi visant à prévenir, combattre et sanctionner certaines pratiques frauduleuses dans l'industrie de la construction*[162], l'urgence ressentie par le gouvernement actuel d'adopter un nouveau système visant la vérification de l'intégrité des entreprises souhaitant contracter avec le gouvernement ne semblait pas réelle. Il aurait été sage d'étudier d'abord ces processus et de viser ensuite à pallier leurs faiblesses tout en laissant le service des enquêtes sur la corruption de l'UPAC et autres instances policières poursuivre leur mandat en matière de lutte contre la corruption, la collusion et autres fraudes en matière d'attribution et d'exécution de contrats publics.

1.2.1.4 Dispositions pénales

La *Loi sur l'intégrité* introduit également une série de nouvelles dispositions pénales à la *L.c.o.p*. Constitue donc une infraction le fait de faire une déclaration fausse ou trompeuse à l'AMF dans le but d'obtenir, de renouveler ou de conserver une autorisation[163], le fait de présenter une soumission ou de conclure un contrat public sans détenir l'autorisation requise[164], le fait d'omettre d'aviser l'AMF de toute modification relative aux renseignements transmis pour l'obtention d'une autorisation[165] de même que le fait de refuser de collaborer avec l'AMF à la suite du refus de la délivrance ou du renouvellement ou encore de la révocation de l'autorisation[166]. La *Loi sur l'intégrité* crée également une obligation de vérification pour tout entrepreneur qui octroie un sous-contrat puisqu'un contractant qui dans le cadre de l'exécution d'un contrat public conclut un sous-contrat avec une entreprise non autorisée commet une infraction[167].

Deux dispositions pénales sont susceptibles de générer diverses interprétations discordantes en plus de donner lieu à d'abondantes contestations. Ainsi, « quiconque fait une déclaration fausse ou trompeuse dans le cadre d'une soumission » commet une infraction[168]. Cette infraction étant incluse à l'annexe I de la

161. Préc., note 14, art. 65.1.
162. Préc., note 48.
163. Art. 27.5 *L.c.o.p*.
164. Art. 27.7 *L.c.o.p*.
165. Art. 27.10 *L.c.o.p*.
166. Art. 27.9 *L.c.o.p*.
167. Art. 27.8 *L.c.o.p*.
168. Art. 27.6 *L.c.o.p*.

L.c.o.p., toute entreprise déclarée coupable de celle-ci se verra automatiquement refuser la délivrance ou le renouvellement d'une autorisation préalable à l'obtention d'un contrat public ou révoquer une telle autorisation. La *Loi sur l'intégrité* ne précise pas en quoi consiste une « déclaration fausse ou trompeuse » dans le contexte d'une soumission, ni si une erreur de bonne foi peut constituer une telle déclaration, ni selon quels critères une telle déclaration doit être abordée. La perception de chacun quant à la fausseté ou non d'une allégation contenue à une soumission est susceptible de diverger, une part de subjectivité affectant de nombreux éléments d'une soumission, tels l'expérience pertinente, l'expertise, la capacité d'exécuter les travaux dans le délai prescrit, etc. À titre d'exemple, la Cour supérieure a récemment annulé une décision du ministère des Transports du Québec ayant déclaré non conforme une soumission au motif qu'elle contenait une fausse déclaration relativement à un document « Attestation relative à l'absence de collusion dans l'établissement d'une soumission et à l'absence de condamnation en vertu de la Loi fédérale sur la concurrence »[169].

L'autre disposition problématique prévoit que commet une infraction[170] « un contractant qui présente à l'organisme public une demande de paiement fausse ou trompeuse qui comprend un montant auquel il n'a pas droit »[171]. Encore une fois, la notion de « demande de paiement fausse ou trompeuse » n'est pas explicitée par la *Loi sur l'intégrité*. Il n'est pas rare qu'une demande de paiement soit présentée à un donneur d'ouvrage qui la jugera non recevable. Quantité de litiges entourent le paiement de certains items auxquels l'entrepreneur prétend avoir droit alors que le donneur d'ouvrage diffère d'opinion. Les tribunaux sont fréquemment appelés à trancher de tels litiges sans qu'ils n'en viennent à la conclusion que l'une des parties a adopté une position fausse ou trompeuse.

Finalement, quiconque aide une personne à commettre l'une ou l'autre des infractions prévues à la *L.c.o.p.* ou « par un encouragement, un conseil, un consentement, une autorisation ou un

169. *Genivar inc.* c. *Québec (Procureur général)*, 2011 QCCS 3802 (requête en rejet d'appel accueillie : *Groupe Stavibel inc.* c. *Genivar inc.*, 2011 QCCA 2126).
170. Cette infraction est également incluse à l'annexe I, de même que l'infraction consistant à faire une déclaration fausse ou trompeuse à l'AMF dans le but d'obtenir, de renouveler ou de conserver une autorisation (art. 27.5 *L.c.o.p.*).
171. Art. 27.11 *L.c.o.p.*

ordre amène une autre personne à la commettre » commet lui-même cette infraction[172]. La *Loi sur l'intégrité* ne fait pas de distinction dans le cas où l'encouragement proviendrait d'un fonctionnaire.

1.2.2 Modifications à la Loi concernant la lutte contre la corruption et à la Loi sur le bâtiment

Un objectif est ajouté à la *Loi concernant la lutte contre la corruption*[173] : en plus de viser à renforcer les actions de prévention et de lutte contre la corruption en matière contractuelle dans le secteur public, elle a désormais aussi comme objectif « de contribuer à favoriser la confiance du public dans les marchés publics »[174]. L'énoncé de cet objectif additionnel apparaît superflu puisque la prévention et la lutte contre la corruption ne peuvent que concourir au rétablissement de la confiance du public à l'égard du processus contractuel des organismes publics. La notion d'acte répréhensible est revue pour y inclure les contraventions aux nouvelles dispositions pénales de *L.c.o.p.*[175]. Cette loi est également modifiée afin d'y prévoir les pouvoirs relatifs aux vérifications devant être effectuées par le commissaire associé suivant le nouveau système d'autorisation[176].

Quant à la *Loi sur le bâtiment*[177], le régime de licence restreinte aux fins de l'obtention d'un contrat public est abrogé[178].

1.2.3 Dispositions transitoires et finales

Depuis le 15 janvier 2013, les contrats et sous-contrats de construction ainsi que tous les contrats et sous-contrats de services (et non uniquement ceux liés à la construction) dont le processus d'adjudication est en cours ou non débuté et qui comportent une dépense égale ou supérieure à 40 000 000 $ sont visés par le régime d'autorisation préalable[179]. Au moment de l'adoption de la *Loi sur l'intégrité*, le gouvernement souhaitait que les contrats

172. Art. 27.13 *L.c.o.p.*
173. Préc., note 30.
174. *Loi sur l'intégrité*, art. 55.
175. *Loi sur l'intégrité*, art. 56.
176. *Loi sur l'intégrité*, art. 59, 61, 63 et 66.
177. Préc., note 14.
178. *Loi sur l'intégrité*, art. 32.
179. *Loi sur l'intégrité*, art. 85.

comportant une dépense égale ou supérieure à 10 000 000 $ soient visés d'ici le début de l'année 2014 et que la majeure partie des contrats publics le soient d'ici 2016[180]. Une latitude accrue est accordée au gouvernement qui peut par décret déterminer que le régime d'autorisation préalable s'applique à certains contrats comportant un montant de dépense inférieur ou à une catégorie spécifique de contrats publics[181]. Le gouvernement a ainsi déterminé que le chapitre V.2 de la *L.c.o.p.* s'appliquait aux contrats de partenariat public-privé comportant une dépense égale ou supérieure à 40 000 000 $[182] ainsi qu'à certains contrats de la Ville de Montréal[183]. De même, le gouvernement dispose du pouvoir d'obliger des entreprises parties à un contrat public ou à un sous-contrat public en cours d'exécution à demander une autorisation à l'AMF[184].

Bien que le régime d'autorisation préalable soit en vigueur (selon le seuil déterminé par la loi), plusieurs dispositions (dont celles abolissant les régimes antérieurs d'inadmissibilité aux contrats publics et de licence restreinte aux fins de l'obtention d'un contrat public et celles assujettissant les sociétés d'État à l'ensemble de la *Loi sur les contrats des organismes publics*) n'entreront en vigueur qu'à la date déterminée par le gouvernement[185].

1.3 Présentation générale des critiques formulées à l'encontre de la Loi sur l'intégrité

La *Loi sur l'intégrité* fait l'objet de nombreuses critiques. Inévitablement, plusieurs ont décrié son imprécision, la difficile application de ses termes et les interprétations diverses susceptibles d'en découler. Bien que le législateur ait révisé les termes initiaux du projet de loi pour en éliminer certaines notions subjectives, plusieurs y sont demeurées. Certains éléments imprécis sont abordés dans le cadre du présent article.

---

180. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des finances publiques*, 1re sess., 40e légis., vol. 43, nº 15, 3 décembre 2012, « Étude détaillée du projet de loi nº 1, Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics », 16h30 (M. Bédard).
181. *Loi sur l'intégrité*, art. 86.
182. Préc., note 73.
183. Préc., note 74.
184. *Loi sur l'intégrité*, art. 87.
185. *Loi sur l'intégrité*, art. 102.

Une autre critique récurrente est à l'effet que la *Loi sur l'intégrité* ne constitue aucunement une approche globale pour lutter contre la corruption, ni d'ailleurs pour assurer l'intégrité en matière de contrats publics. Il peut être avancé qu'elle n'est pas de taille à répondre aux attentes de la population. L'absence de toute mesure quant aux fonctionnaires et élus corrompus a été grandement dénoncée. De plus, l'ensemble des règles applicables aux contrats des organismes publics quant aux processus d'attribution et de gestion des contrats aurait bénéficié d'être revu. La *Loi sur l'intégrité* ne s'attarde qu'à la phase précontractuelle[186] ne réglementant qu'un aspect de l'attribution d'un contrat alors que des situations déplorables directement liées à l'intégrité découlent aussi de la phase d'exécution du contrat. Les mauvaises pratiques en termes d'exécution des contrats, tant de la part des organismes publics que des entreprises privées, peuvent tout autant discréditer le processus contractuel aux yeux du public. Le gouvernement a toutefois remis à une phase subséquente la législation sur cet aspect.

Par ailleurs, dans la mesure où le seuil d'assujettissement des contrats au régime d'habilitation n'est pas rapidement abaissé[187], les citoyens sont en présence d'un système à deux vitesses puisque des entreprises qui ne seraient pas en mesure de satisfaire aux exigences de l'AMF pourraient se voir octroyer divers contrats publics dont des contrats municipaux. Le rythme actuel de traitement des demandes soumises à l'AMF additionné à l'ajout constant de nouveaux contrats de la Ville de Montréal aux exigences d'autorisation préalable ne laissent pas entrevoir une réduction prochaine du seuil d'assujettissement actuellement en vigueur. Les restrictions à l'obtention de contrats publics introduites par les précédentes tentatives législatives de lutte contre la corruption continuent néanmoins d'assurer une protection. Par ailleurs, il peut paraître déplorable que d'importants donneurs d'ouvrage du secteur privé continuent de contracter avec des entrepreneurs, leur permettant de générer des profits considérables, alors que ceux-ci ont vraisemblablement privé l'État et les contribuables de sommes considérables.

---

186. À l'exception de la nouvelle disposition pénale relative à une demande de paiement fausse ou trompeuse : art. 27.11 *L.c.o.p*.

187. La *Loi sur l'intégrité*, art. 85 prévoit que les contrats et sous-contrats visés par l'obligation d'obtenir une autorisation préalable sont ceux de construction ou de services comportant une dépense égale ou supérieure à 40 000 000 $. Le gouvernement dispose du pouvoir d'y assujettir d'autres contrats (*Loi sur l'intégrité*, art. 86).

D'autres critiques nous apparaissent aussi fondées et méritent d'être décrites, soit le risque de punir une entreprise pour un acte isolé, mineur ou sans objet, la difficulté d'assurer le même traitement des entreprises étrangères et l'augmentation du fardeau administratif des entreprises. De nombreux questionnements ont également été soulevés quant à l'applicabilité de la *Loi sur l'intégrité* et du régime d'autorisation préalable à être mis en place. Malgré les demandes répétées des partis de l'opposition, aucun représentant de l'AMF et de l'UPAC n'a été entendu lors de l'étude du projet de loi. Il n'a donc pas été démontré que ces entités avaient l'expérience et l'expertise nécessaires à l'exécution de leur nouveau mandat, ni qu'elles disposaient des ressources requises pour traiter diligemment et efficacement les demandes d'autorisation.

Le troisième paragraphe de l'article 21.26 de la *Loi sur l'intégrité* prévoit que l'AMF doit automatiquement refuser à une entreprise l'autorisation lorsque l'un de ses administrateurs ou dirigeants a été déclaré coupable d'une infraction listée à l'annexe I. De plus, la même disposition prévoit que l'AMF révoquera l'autorisation accordée à la suite d'une condamnation d'un dirigeant ou administrateur à une infraction prévue à l'Annexe I. Cette disposition entraîne des inquiétudes quant au risque de punir une entreprise (et par ricochet, ses multiples employés) en raison du mauvais comportement isolé d'un dirigeant ou d'un membre de son conseil d'administration. Un administrateur ou dirigeant, n'ayant pas le contrôle de l'entreprise, qui agirait de façon contraire aux normes et politiques mises en place et suivies par l'entreprise, et alors que cette dernière prévient diligemment de tels gestes, pourrait empêcher l'entreprise d'obtenir des contrats publics sans que l'AMF ne puisse exercer une discrétion. Dans le cas d'une entreprise employant un grand nombre de personnes dans plusieurs pays ou d'une entreprise s'étant vue imposer par une entité la soutenant financièrement qu'une personne siège sur son conseil d'administration, la possibilité de la sévère sanction de toute une entreprise pour une erreur isolée peut être particulièrement inquiétante (et sembler excessif)[188]. De même, il est à craindre que certaines infractions commises involontairement, soit par l'entreprise elle-même ou l'un de ses administra-

188. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des finances publiques*, 1re sess., 40e légis., vol. 43, nº 6, 15 novembre 2012, « Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de loi nº 1 – Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics », 18h00 (Mme Bertrand).

teurs, dirigeants ou actionnaires, privent automatiquement des compagnies pouvant se mériter la confiance du public. Des modifications à la *Loi sur l'intégrité* seraient souhaitables afin d'éviter que l'application mécanique et automatique des sévères critères de la *Loi sur l'intégrité* ne disqualifient des entreprises honnêtes. De même, les dispositions de la *Loi sur l'intégrité* n'apportent aucune nuance en fonction de la gravité des fautes reprochées. Le refus ou la perte de l'habilitation pourrait, pour plusieurs entités, leur être fatal. Considérant l'importance du secteur public comme donneur d'ouvrage, l'impossibilité de contracter avec le gouvernement est susceptible d'entraîner la fermeture d'entreprises, d'où l'importance de prévoir des critères justes et objectifs quant à l'attribution de l'autorisation. Le paragraphe 2 du second alinéa de l'article 21.28 de la *Loi sur l'intégrité* alimente également la crainte que des entreprises soient sanctionnées injustement. Ce paragraphe permet à l'AMF, dans son évaluation de l'intégrité d'une entreprise, de considérer le fait qu'une entreprise ou une personne a été poursuivie à l'égard de certaines infractions et ce, sans qu'il soit nécessaire qu'un verdict de culpabilité n'ait été rendu. Certaines entreprises pourraient donc se voir retirer leur droit de faire affaire avec tout organisme public avant qu'elle n'ait été jugée et au mépris d'une application large de la présomption d'innocence. La rapidité du public à juger du manque d'intégrité d'une entité ne devrait pas priver celle-ci de son droit de se défendre et de poursuivre ses activités permettant sa survie (et le maintien des emplois qu'elle assure). Ainsi le système proposé pourrait sanctionner des situations conduisant finalement à un acquittement.

De nombreux questionnements se soulèvent quant à la possibilité d'assurer le même traitement aux entreprises étrangères soumissionnant au Québec. Il sera évidemment difficile pour l'AMF et l'UPAC de procéder à des vérifications à l'égard d'entreprises étrangères avec la même rigueur que celle qui sera déployée pour s'assurer de l'intégrité des entreprises québécoises. L'utilité d'échanges d'informations avec certains pays ne disposant pas d'un système de vérification de l'intégrité des entreprises ou disposant de systèmes basés sur des critères différents est limitée et rien n'indique que l'UPAC disposera des pouvoirs et ressources suffisants pour enquêter à l'étranger. De ce constat, découle la crainte réelle d'une inégalité de traitement des concurrents risquant de favoriser les entrepreneurs étrangers.

Enfin, plusieurs entreprises ont décrié le fardeau administratif supplémentaire qu'elles devront supporter alors qu'elles se plient déjà aux obligations de rendre compte à plusieurs entités ainsi que les coûts engendrés par une demande d'autorisation. Le temps et les ressources que consacrera une entreprise à la préparation d'une demande d'autorisation à être soumise à l'AMF seront considérables considérant la quantité d'informations devant être transmises. De plus, les coûts seront élevés pour toute entreprise ayant une structure corporative un tant soit peu complexe. La multiplication des contraintes pour les entrepreneurs doit également être mentionnée. Certains entrepreneurs pourront être coincés entre les exigences de la *Loi sur l'intégrité* quant aux sous-contrats et leurs obligations contractuelles d'engager la main-d'œuvre locale. De plus, plusieurs ont exprimé des inquiétudes quant à la conciliation des exigences additionnelles avec les impératifs liés au rythme d'exécution des travaux ou des délais de soumission.

2. La confusion quant aux objectifs législatifs

Tel qu'évoqué brièvement précédemment, ce qui est principalement reproché à la *Loi sur l'intégrité* dans le cadre du présent texte, c'est d'être confuse et imprécise sous de multiples aspects. Dans le présent chapitre, la confusion quant aux objectifs de la *Loi sur l'intégrité* sera abordée de même que les complications résultant de l'intégration des dispositions de la *Loi sur l'intégrité* (et donc de ses objectifs) à la *Loi sur les contrats des organismes publics* (et donc aux objectifs déjà présents en celle-ci).

2.1 Les objectifs de la Loi sur l'intégrité : la confusion entre confiance du public et intérêt public

La *Loi sur l'intégrité* vise l'atteinte d'un objectif unique par un seul moyen. En effet, la *Loi sur l'intégrité* vise à renforcer l'intégrité en matière de contrats publics en instaurant un système permettant de vérifier si les entreprises souhaitant contracter avec un organisme public ou avec une municipalité satisfont aux conditions d'intégrité requises. Le législateur n'a ciblé qu'un aspect de la lutte contre la corruption et tente de promouvoir la confiance du public dans les marchés publics par l'attestation d'intégrité des entreprises intéressées par l'obtention de contrats publics.

Le ministre responsable de la *Loi sur l'intégrité* a ainsi décrit l'objectif visé, soit le rétablissement de l'intégrité en matière de contrats publics afin de restaurer la confiance du public et indirectement de récompenser l'honnêteté[189] :

> Nous avons un objectif qui est clair : ramener la probité en matière de contrats publics pour faire en sorte qu'être honnête au Québec, ça doit être payant pour tout le monde [...]
>
> [...]
>
> [...] cette loi qui vise, je le répète, à ramener l'intégrité dans l'octroi des contrats publics, à rétablir la confiance du public, ce qui est fondamental dans notre société, à récompenser l'honnêteté et, évidemment, à punir les contrevenants et à dissuader les gens malhonnêtes.[190]

L'analyse des dispositions du projet de loi et de la loi telle qu'adoptée révèle que la confiance du public dans les marchés publics est au cœur des préoccupations et intentions du législateur. Bien que moins d'importance ne soit accordée à cette notion de « confiance du public » dans la *Loi sur l'intégrité*, elle y est néanmoins présente[191]. Dès la seconde disposition de la *Loi sur l'intégrité*, les objectifs de la *Loi sur les contrats des organismes publics* sont revus par l'insertion au premier rang des principes qu'elle vise à promouvoir d'un premier paragraphe prévoyant que la *L.c.o.p.* vise à favoriser « la confiance du public dans les marchés publics en attestant l'intégrité des concurrents »[192].

Le ministre responsable confirme que les principes de l'article 2 *L.c.o.p.* sont tous importants mais affirme que le principe de base est la confiance du public et que cette confiance du public

---

189. Une réflexion s'impose quant à l'opportunité de mettre en place un « nouveau système de récompense », aussi noble soit-il.
190. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des finances publiques*, 1re sess., 40e légis., vol. 43, nº 3, 12 novembre 2012, « Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de loi nº 1 – Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics », 14h00 (M. Bédard).
191. Le projet de loi prévoyait que l'autorisation préalable à l'obtention d'un contrat public pouvait être refusée par l'AMF si elle considérait que la confiance du public était affectée en raison du manque d'intégrité de l'entreprise ou d'une entité liée. L'article 21.27 *L.c.o.p.* introduit par la *Loi sur l'intégrité* a éliminé la notion de confiance du public et indique plutôt que l'entreprise doit satisfaire « aux exigences élevées d'intégrité auxquelles le public est en droit de s'attendre ».
192. Art. 2, al. 1(0.1) *L.c.o.p.*

passe principalement, pour ne pas dire uniquement, par l'attestation de l'intégrité des concurrents :

> L'article 2 de la loi énonce les orientations fondamentales de la loi et sert à en interpréter les différentes dispositions. [...] Le législateur croit donc opportun d'introduire à cet article, comme principe général devant guider les parties, la confiance du public dans les marchés publics en attestant l'intégrité des concurrents.
>
> [...]
>
> Avant, il y avait le principe de transparence. Le premier paragraphe, c'était la transparence dans le produit contractuel ; le deuxième, c'était le traitement intègre et équitable des concurrents, machin. Et là, bien, c'étaient tous des principes importants, mais je trouvais que le premier, c'était de ramener plutôt le principe de la confiance du public dans les marchés publics en attestant l'intégrité des concurrents. Et c'est ce que fait notre loi. Donc, c'est pour ça que, le test, on peut le faire plus tard en modifiant les termes, mais il reste que le principe de base, c'est la confiance du public.[193]

Prise isolément, la notion de « confiance du public » n'est pas inconnue des tribunaux[194]. Ainsi, à titre d'exemple, une mise en liberté sous caution peut être refusée lorsque nécessaire « pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice » compte tenu de quatre facteurs mentionnés à la disposition législative pertinente[195] et la Cour suprême a jugé que ce critère n'était ni trop imprécis, ni trop général[196]. La Cour rappelle qu'en cette matière, la confiance du public est essentielle au fonctionnement du système de justice étant liée au maintien de la primauté du droit[197]. Cette confiance du public est ébranlée lorsque le public n'a pas l'impression que justice est rendue dans des circonstances particulières[198]. La confiance du public dans le pro-

---

193. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des finances publiques*, 1re sess., 40e légis., vol. 43, nº 7, 22 novembre 2012, « Étude détaillée du projet de loi nº 1, Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics », 17h00 (M. Bédard).
194. Pour des applications de cette notion, voir notamment en matière de libération du failli, libération conditionnelle, intérêt de la magistrature.
195. *Code criminel*, préc., note 22, art. 515(10)c).
196. *R* c. *Hall*, 2002 CSC 64. Dans le même contexte un refus basé sur un motif lié à l'intérêt public avait été jugé inconstitutionnel parce qu'étant imprécis et laissant une large place à l'arbitraire : *R*. c. *Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665 ; *R*. c. *Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711.
197. *R* c. *Hall*, préc., note 196, par. 27.
198. *R* c. *Hall*, préc., note 196, par. 26.

cessus contractuel de l'État est aussi essentielle au bon fonctionnement de notre société et de nos institutions. Cependant, les tribunaux n'ont pas eu l'occasion de décrire et préciser les paramètres sur lesquels s'appuie la confiance du public à l'égard des marchés publics et cette notion n'est pas étoffée d'une directive claire de prendre en considération certains facteurs précis et objectifs. Par ailleurs, il existe une différence notable entre ce qui est requis pour maintenir la confiance du public et rétablir celle-ci surtout dans un contexte où cette confiance a été mise à mal par divers facteurs.

Cette importance de redresser et de sauvegarder la confiance du public ne doit pas occulter la place prépondérante de l'intérêt public, raison d'être du système administratif et de chacun des actes de l'Administration, incluant évidemment le contrat administratif[199]. En matière de contrats publics, l'intérêt public commande principalement que l'administration mette en place des procédures efficaces et efficientes afin de s'assurer d'obtenir les meilleurs produits au meilleur coût[200]. Comme le rappelait la Cour suprême, le caractère fructueux du processus d'octroi des contrats dépend de son intégrité et de son efficacité commerciale[201]. Le traitement intègre, équitable et égal des concurrents constitue également « l'une des assises du système public d'appel d'offres et l'une des assises [...] de l'action gouvernementale »[202] en visant à inciter un grand nombre d'entreprises à soumissionner, afin d'augmenter la compétition au bénéfice de tout donneur d'ouvrage public. Si le législateur a choisi de limiter la confiance du public dans les marchés publics à des conditions d'intégrité de la part des concurrents privés, la notion d'intérêt public englobe des considérations beaucoup plus larges. Ces considérations sont notamment liées à une concurrence saine et adéquate des entreprises intéressées à obtenir les contrats publics, au prix des travaux dans un souci de dépense diligente des deniers publics et à

199. Patrice Garant, *Droit administratif*, 6e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 350 ; Pierre ISSALYS et Denis LEMIEUX, *L'action gouvernementale. Précis de droit des institutions administratives*, 3e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, nº 2.8, p. 88.

200. Voir notamment l'article 2, al. 1(4) *L.c.o.p.* qui reflète cet objectif. Un contrat de construction devra généralement être adjugé à l'entrepreneur ayant soumis le prix le plus bas : art. 16 du *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, préc., note 13.

201. *Tercon Contractors Ltd*. c. *Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4, par. 67.

202. *Demix Construction, division de Holcim (Canada) inc.* c. *Québec (Procureur général)*, 2010 QCCA 1871, par. 20.

l'expertise (à la fois parce que l'Administration souhaite profiter de la meilleure expertise et obtenir des travaux de qualité mais aussi parce qu'elle a à cœur de permettre aux entreprises québécoises de développer leur propre expertise dans certains secteurs).

L'intérêt public doit gouverner tant la prise de décisions administratives que l'adoption de législation. Dans le présent cas, bien qu'il soit convenable de sanctionner certains comportements répréhensibles, priver plusieurs entreprises de la possibilité de contracter avec le gouvernement peut contrevenir à l'intérêt public notamment en privant l'Administration d'obtenir les meilleurs prix par le jeu de la concurrence et en augmentant les coûts pour la collectivité. De plus, la volonté du législateur de récompenser certaines entreprises jugées honnêtes en leur octroyant des contrats publics, bien que pouvant paraître appropriée, ne saurait reposer sur un réel motif d'intérêt public.

Bien que l'État doive contracter dans l'intérêt public (ultimement pour assurer une saine gestion des deniers publics), la *Loi sur l'intégrité* établit un cadre strict dont le processus vise à assurer la confiance du public. D'où la confusion : est-il plus important pour l'Administration de se mériter la confiance du public selon les paramètres établis par la *Loi sur l'intégrité* ou d'agir plus globalement dans l'intérêt public ? Cette confusion est accentuée par l'utilisation au sein de la *Loi sur l'intégrité* des deux expressions. Ainsi, une entreprise qui se verrait révoquer son autorisation (parce que l'AMF aurait considéré que l'entreprise ne satisfaisait pas aux exigences élevées d'intégrité requises pour assurer la confiance du public) pourrait obtenir la permission de poursuivre l'exécution d'un contrat public pour un motif d'intérêt public[203]. De même, l'intérêt public pourrait justifier qu'un organisme public conclue un contrat avec une entreprise non-autorisée[204]. Doit-on en comprendre que le législateur fait primer l'intérêt public au-dessus de la confiance du public ? La perte de l'habilitation d'une entreprise en cours d'exécution d'un contrat public entraînera quasi-inévitablement des conséquences au niveau de l'intérêt public, la nécessité de poursuivre les travaux avec un autre entrepreneur engendrant entre autres des coûts supplémentaires et des délais additionnels. L'option de lancer un nouvel appel d'offres pour trouver une entreprise disponible et apte à

203. Art. 21.19 *L.c.o.p.*
204. Art. 21.20 *L.c.o.p.*

compléter des travaux déjà entrepris sera rarement la plus efficace tout en entraînant des frais considérables qui pourraient être évités. Permettre à une entreprise de poursuivre l'exécution de travaux en cours malgré qu'elle ne puisse faire la preuve de son intégrité selon les critères prévus tout en maximisant les mesures de contrôle et de surveillance constituera souvent une solution préférable en termes financiers pour un organisme public, bien que pouvant être néfaste au niveau de la confiance du public. Le législateur n'ayant pas balisé les contours de l'intérêt public dans une telle situation, il reste à voir de quelle façon le Conseil du trésor déterminera ce qui doit être privilégié entre la poursuite efficace de l'exécution de travaux au coût prévu et les expectatives du public en matière de probité des contractants.

Les notions de « confiance du public » et « d'intérêt public » ne devraient pas être irréconciliables. Théoriquement, les organismes agiraient de façon transparente, équitable et intègre, incitant ainsi les concurrents à soumissionner pour l'obtention de contrats publics et s'assurant de payer un prix juste et compétitif pour des travaux de qualité. Cependant, dans le contexte actuel, la stricte application du régime d'habilitation préalable et les impacts qui en résulteront sur les processus d'appel d'offres, pourraient contrevenir à la recherche de l'intérêt public. Afin d'assurer la confiance du public dans les marchés publics, le législateur requiert que les entreprises appelées à contracter avec l'État fassent preuve de leur probité selon divers critères et obtiennent une autorisation de l'AMF. Il est à prévoir que, dans certains secteurs, peu d'entreprises seront en mesure d'obtenir cette autorisation[205]. Cette inquiétude avait été soulevée préalablement à l'adoption de la *Loi sur l'intégrité* : « Est-ce que nous allons nous retrouver dans une situation où il y aura peu ou pas d'entreprises majeures capables de faire ces contrats-là ? »[206]. Le ministre responsable de la présentation du projet de loi a toutefois fréquemment soutenu que la *Loi sur l'intégrité* était basée sur la présomption que la vaste majorité des entreprises étaient conformes et se verraient décer-

205. Plusieurs parmi les plus importantes firmes de génie-conseil ont avoué des fraudes devant la CEIC, ce qui entravera sûrement la poursuite de leur relation commerciale avec les organismes publics.

206. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de l'Assemblée nationale*, 1re sess., 40e légis., vol. 43, nº 19, 6 décembre 2012, « Étude détaillée du projet de loi nº 1 – Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics. Prise en considération du rapport de la commission qui en a fait l'étude détaillée et des amendements transmis », 16h00 (M. Poëti).

ner l'autorisation préalable nécessaire pour l'obtention de contrats publics :

> [...] il reste qu'on gère l'exception, là. Tu sais, en tout cas, j'espère, au Québec, qu'avec l'habilitation je ne sortirai pas tous les entrepreneurs du Québec, là. Donc, on s'entend qu'on gère les entreprises qui ont des mauvaises pratiques.
>
> [...]
>
> Moi, je suis convaincu que, et c'est ce qu'on me représente depuis... là, depuis le début de la commission – puis je n'ai pas besoin de me le faire représenter, j'ai beaucoup de gens que je connais dans ce domaine-là – la vaste majorité des entreprises est conforme à nos attentes de probité. C'est pour ça qu'on gère l'exception.[207]

Et encore :

> C'est ce que je représentais à... je pense que c'est hier ou avant-hier, là, je ne me souviens plus, il reste qu'on gère l'exception. En tout cas, on le souhaite, là. Tu sais, des entreprises qui ne se qualifieront pas, ce n'est quand même pas, là... j'espère ne pas arriver avec la moitié des entreprises, là, donc... dans le sens, j'espère... On prend pour acquis que les gens dans le domaine, ceux... les sous-traitants, c'est du bon monde, là, comme vous et moi, puis ce n'est pas parce que tu es dans ces matières-là que tu n'es pas... tu ne corresponds pas à des hauts standards éthiques.[208]

Ainsi, seules les entités pouvant démontrer de hauts standards d'éthique selon les critères établis pourront participer aux appels d'offres du gouvernement, des entités publiques et des municipalités. Le législateur, au moment de l'adoption de la *Loi sur l'intégrité*, considérait que cette rigueur était essentielle au niveau de la confiance du public. De façon générale, bien qu'un organisme public puisse émettre des exigences diverses dans ses documents d'appel d'offres, il doit s'abstenir de réduire indûment

---

207. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des finances publiques*, 1re sess., 40e légis., vol. 43, nº 4, 13 novembre 2012, « Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de loi nº 1 – Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics », 11h00 (M. Bédard).

208. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des finances publiques*, 1re sess., 40e légis., vol. 43, nº 5, 14 novembre 2012, « Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de loi nº 1 – Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics », 15h30 (M. Bédard). Voir aussi QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des finances publiques*, 1re sess., 40e légis., vol. 43, nº 6, 15 novembre 2012, « Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de loi nº 1 – Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics », 17h30 (M. Bédard).

la concurrence[209]. Les exigences législatives en matière d'octroi de contrats devraient être adoptées dans la même optique. Le régime d'autorisation préalable ne respecte pas cet impératif en menaçant la nécessaire préservation d'un climat de saine compétitivité dans l'industrie de la construction, ce qui est garant à la fois de la qualité et du meilleur prix. Par ailleurs, des entreprises étrangères (soumises à des vérifications inévitablement plus superficielles) risquent de parfaire leur expertise au Québec dans le cadre de l'exécution de certains travaux publics au détriment des entreprises québécoises qui n'auront pu obtenir l'autorisation. Lorsque des conditions, critères ou exigences particulières sont strictement formulées, que ce soit par le législateur ou un organisme public lors de la rédaction de ses documents d'appel d'offres, les tribunaux sont dans l'obligation de les appliquer et ce, même si ceux-ci ont pour effet d'écarter des concurrents qualifiés au détriment de l'intérêt public[210]. Ainsi, un soumissionnaire autrement qualifié, qui aurait été susceptible de présenter la meilleure offre au meilleur prix, peut être éliminé sans que les tribunaux ne s'arrogent le droit d'intervenir en présence des termes clairs d'un document d'appel d'offres, d'un règlement ou d'une loi. D'où l'importance d'une rédaction prudente et réfléchie par le législateur et les organismes publics afin d'éviter de réduire indûment et pour des motifs injustifiés la concurrence qui permettra de dépenser de façon efficiente les deniers publics[211].

De plus, les dispositions de la *Loi sur l'intégrité* s'avèrent inefficaces à atteindre l'objectif ultime, soit le rétablissement de la confiance du public en matière de contrats publics. Confronté à des allégations de corruption affectant d'une part, des personnes et entreprises qui sont ou sont susceptibles d'être parties à des contrats publics et d'autre part, des fonctionnaires et des élus, le législateur répond par une loi permettant uniquement l'examen

---

209. Voir notamment *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, préc., note 13, art. 40 quant aux exigences relatives à un système d'assurance de la qualité. Voir aussi Sébastien RICHEMONT et Alexandre PAUL-HUS, « Le droit fédéral de la concurrence et les appels d'offres publics au Québec : assurer l'intégrité du processus sans tomber dans la chasse aux sorcières » dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, vol. 354, *Développements récents en droit de la construction*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 1, 35 : « Bref, les organismes publics, même s'ils craignent l'odeur du scandale, doivent se garder de sacrifier sans raison l'objectif premier des appels d'offres, c'est-à-dire une saine concurrence et l'obtention des meilleurs produits et services au meilleur prix. ».
210. *Demix Construction, division de Holcim (Canada) inc.* c. *Québec (Procureur général)*, préc., note 202.
211. À ce sujet, voir aussi S. RICHEMONT et A. PAUL-HUS, préc., note 209.

de l'intégrité des entreprises désirant contracter avec un organisme public ou une municipalité et soumettant la participation à un processus d'octroi de contrats à une autorisation préalable. Tel qu'exposé précédemment, une approche globale aurait été souhaitable, la confiance du public dans le processus contractuel de l'État ne pouvant dépendre uniquement de l'intégrité des entreprises appelées à contracter avec un organisme public. La perte de confiance du public découle d'abord des agissements des élus et des fonctionnaires. L'administration doit protéger les deniers publics et l'intérêt de la collectivité tandis que son cocontractant privé veille principalement à ses intérêts particuliers. Bien que ce dernier ne puisse justifier des gestes illégaux, il n'en demeure pas moins que le public s'en remet d'abord aux membres de l'administration quant à la gestion des fonds publics. La *Loi sur l'intégrité* est silencieuse quant au risque de refuser le droit de contracter à des entreprises qui ont été entraînées par le gouvernement ou ses fonctionnaires à enfreindre les lois, tout comme elle ne prévoit aucune mesure visant les élus et les fonctionnaires corrompus. La loi ne tient pas compte du fait que l'État, par ses fonctionnaires et élus, était impliqué, parfois même à la base des situations ayant entraîné le manque d'intégrité et la perte de la confiance du public. Le législateur fait reposer le lourd fardeau de restaurer la confiance du public dans les marchés publics sur les sociétés d'ingénieurs et entrepreneurs. Inutile de préciser, qu'au-delà de l'intégrité des entreprises privées contractant avec l'État, aurait dû se trouver des moyens de préserver l'intégrité du gouvernement. Comme le rappelait la Cour suprême, il est essentiel d'avoir un gouvernement faisant preuve d'intégrité afin d'assurer le fonctionnement efficace de nos institutions[212]. Ayant à interpréter une disposition du *Code criminel* visant à prévenir la corruption, la Cour précisait également que la nécessité pour le gouvernement de respecter de hauts standards de probité était sans cesse accrue considérant la complexification de ses activités et l'intensification de ses liens avec le secteur privé :

> J'aimerais seulement ajouter qu'on pourrait prétendre que l'importance de préserver l'intégrité du gouvernement s'est accrue en raison de la nécessité de maintenir la confiance du public envers le gouvernement à une époque où ce dernier continue de jouer un rôle de plus en plus important dans la qualité de vie quotidienne de ses citoyens[213].

212. *R.* c. *Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128, par. 13-18.
213. *Ibid.*, par. 14.

Considérant les mécanismes législatifs déjà en place pour contrôler certains aspects de l'intégrité des concurrents et restreindre leur participation aux contrats publics, il aurait semblé plus judicieux pour le législateur de s'attarder à d'autres facettes du processus contractuel de l'État. La *Loi sur l'intégrité* n'est pas une solution efficace ni pour améliorer le sentiment de confiance de la population, ni pour lutter contre la corruption. Par surcroît, l'intérêt public, et non la confiance du public, aurait dû servir de critère pour déterminer si une entreprise peut obtenir des contrats d'un organisme public[214]. La position prépondérante accordée à la confiance du public et la décision de canaliser exclusivement celle-ci en une attestation de probité délivrée sur la base de critères nébuleux met en péril l'intérêt de la collectivité. Une autre difficulté quant aux objectifs de la *Loi sur l'intégrité* apparaît lorsque ses termes sont incorporés à la *L.c.o.p*.

2.2 La problématique résultant de l'intégration des objectifs : le débalancement des objectifs de la L.c.o.p.

La *Loi sur l'intégrité* étant une loi modificative, la majorité de ses dispositions vise à ajouter, remplacer ou modifier le texte de la *L.c.o.p*. Ainsi, les objectifs de la *Loi sur l'intégrité* doivent être intégrés à ceux de la *L.c.o.p.* établis en 2008 par le législateur. La *L.c.o.p.* vise implicitement à favoriser la confiance du public dans les marchés publics par une approche globale. Les principes qu'elle véhicule commandent tant une évaluation adéquate des besoins d'un organisme public préalablement à la rédaction des documents d'appel d'offres, qu'un traitement transparent et intègre lors de l'octroi du contrat que la mise en place de systèmes d'assurance de la qualité des travaux réalisés[215]. L'intégration d'un nouvel objectif (et même d'un « super » objectif) à la *L.c.o.p.*, tel que le commande la *Loi sur l'intégrité*, ne peut qu'entraîner un débalancement de ces objectifs.

À la suite de la modification apportée par la *Loi sur l'intégrité*, l'article 2 *L.c.o.p.* se lit présentement ainsi :

---

214. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des finances publiques*, 1re sess., 40e légis., vol. 43, nº 3, 12 novembre 2012, « Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de loi nº 1 – Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics », 16h30 (Mme Bourque).
215. Art. 2 *L.c.o.p*. Quant aux principes promus par la *L.c.o.p.*, voir P. GIROUX, D. LEMIEUX et N. JOBIDON, préc., note 4, p. 80-93.

> **2.** Dans le respect de tout accord intergouvernemental applicable aux organismes publics, les conditions déterminées par la présente loi visent à promouvoir :
>
> 0.1º la confiance du public dans les marchés publics en attestant l'intégrité des concurrents ;
>
> 1º la transparence dans les processus contractuels ;
>
> 2º le traitement intègre et équitable des concurrents ;
>
> 3º la possibilité pour les concurrents qualifiés de participer aux appels d'offres des organismes publics ;
>
> 4º la mise en place de procédures efficaces et efficientes, comportant notamment une évaluation préalable des besoins adéquate et rigoureuse qui tienne compte des orientations gouvernementales en matière de développement durable et d'environnement ;
>
> 5º la mise en œuvre de systèmes d'assurance de la qualité dont la portée couvre la fourniture de biens, la prestation de services ou les travaux de construction requis par les organismes publics ;
>
> 6º la reddition de comptes fondée sur l'imputabilité des dirigeants d'organismes publics et sur la bonne utilisation des fonds publics.
>
> Pour l'application de la présente loi, on entend par « accord intergouvernemental » un accord de libéralisation des marchés publics conclu entre le Québec et un autre gouvernement.

Le législateur a donc choisi d'introduire un nouvel objectif qui prime sur ceux déjà énumérés à la *L.c.o.p.* au risque de débalancer les principaux principes promus. Par la *Loi sur l'intégrité*, le législateur entend placer l'intégrité au-dessus même du processus d'adjudication des contrats :

> Donc, vous avez vu d'ailleurs un des éléments de la loi, et c'est indicateur de notre volonté, nous plaçons l'intégrité au-dessus même du processus d'adjudication des contrats. C'est la base, c'est l'esprit du projet de loi. Oui, nous devons avoir un bon processus d'adjudication, de bons devis en termes techniques, mais, à la base, nous devons contracter et chercher à contracter qu'avec des gens qui sont honnêtes, qui ont des pratiques honnêtes.[216]

---

216. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des finances publiques*, 1re sess., 40e légis., vol. 43, nº 3, 12 novembre 2012, « Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de loi nº 1 – Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics », 14h00 (M. Bédard).

Au moment de modifier l'article 2 *L.c.o.p.*, le législateur aurait pu choisir d'indiquer simplement que la *L.c.o.p.* vise à promouvoir l'intégrité des concurrents. Il aurait pu également décider d'introduire la notion de confiance du public dès le premier alinéa afin de préciser que l'ensemble des termes de la *L.c.o.p.* ainsi que les principes véhiculés visaient la promotion de la confiance du public dans les marchés publics. En effet, l'ensemble des termes et principes de l'article 2 *L.c.o.p.* sont de nature à favoriser la confiance du public en matière de contrats publics de même que des parties impliquées dans le processus contractuel avec un organisme public. Tel que mentionné, le législateur a plutôt choisi de limiter la notion de confiance du public à l'attestation d'intégrité des concurrents alors que ce processus d'autorisation préalable est loin d'être l'unique élément nécessaire à assurer la confiance du public dans les marchés publics en plus d'heurter dans certains cas l'intérêt public.

Interprétée largement, la notion d'intérêt public se confond avec la notion d'intérêt général laquelle se veut représentative des valeurs communes ou majoritaires des citoyens et du bien-être général de la collectivité. De façon plus stricte, l'« intérêt public » réfère à l'intérêt juridiquement reconnu par une loi[217]. Ainsi, l'Assemblée Nationale peut déclarer qu'une question est d'intérêt public et légiférer en conséquence. Lorsque l'Administration publique a à tenir compte de l'intérêt public, notamment lors de la délivrance de permis, elle devra se limiter à l'intérêt public de la loi prévoyant ce régime de permis. L'intérêt public sera alors restreint par les termes et objectifs de la législation[218]. Les contours de l'intérêt public relativement à l'octroi de contrats publics ayant déjà été définis tant par la législation et réglementation que par les décisions judiciaires, toute décision rendue en cette matière devrait reposer sur ces principes.

La *L.c.o.p.* vise l'intégrité du processus contractuel, plus particulièrement du processus d'octroi des contrats en imposant le traitement intègre et équitable des soumissionnaires, en plus de l'accessibilité aux appels d'offres pour les concurrents qualifiés et de la transparence de l'ensemble du processus. Elle vise également la vérification de la qualité des travaux de construction et

217. P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 199, nº 2.8, p. 87-88.
218. Voir *Vallières* c. *Courtiers J.D. et Ass. ltée*, [1998] R.J.Q. 2623 (C.A.).

services obtenus ainsi que l'imputabilité des dirigeants des organismes publics pour assurer une utilisation adéquate des fonds publics. Les modifications apportées visent maintenant uniquement l'intégrité des soumissionnaires. Il est à noter que la notion de « traitement intègre des concurrents » imposait déjà l'absence de tous conflits d'intérêts de la part du donneur d'ouvrage[219].

Les décisions prises en vertu de la *L.c.o.p.*, incluant les décisions quant aux autorisations préalables conformément au chapitre V.2, ne devraient pas diverger de l'ensemble des principes édictés par l'article 2 *L.c.o.p.*, lesquels serviront aussi de guide pour l'interprétation de la *L.c.o.p*.[220]. Les règles applicables au processus d'appel d'offres et les principes généraux de la *L.c.o.p.* s'appliquent à l'étape de l'appel de qualification, plus particulièrement l'obligation de traiter les concurrents de manière intègre et équitable[221]. Ces principes devraient donc aussi trouver application au stade de la demande d'autorisation préalable aussi régie par la *L.c.o.p*. Cependant, en relation avec la délivrance de l'autorisation préalable à l'obtention d'un contrat public, le principe prédominant ou le but d'intérêt public identifié à la *Loi sur l'intégrité* s'oppose à d'autres principes d'intérêt public promu par la *L.c.o.p*. L'intégration des dispositions de la *Loi sur l'intégrité* à la *L.c.o.p*. suscite une confusion quant aux buts d'intérêt public dans lesquels les décisions quant aux demandes d'habilitation préalable doivent être prises.

Sans limiter la généralité de ce qui précède, tel que déjà mentionné, le système créé par la *Loi sur l'intégrité* se concilie difficilement avec l'objectif de mettre en place le processus le plus efficace et le plus efficient possible permettant de contracter au meilleur prix. Il réduit également considérablement l'accessibilité aux contrats des organismes publics alors que la *L.c.o.p.* reconnaît à tous les concurrents qualifiés la possibilité de participer aux appels d'offres. La règle de l'égalité de tous devant le service public ou « droit de soumissionner » est codifié par la *L.c.o.p*.[222]. L'Adminis-

219. P. GIROUX, D. LEMIEUX et N. JOBIDON, préc., note 4, p. 84. Quant à l'interdiction des conflits d'intérêts, voir aussi Pierre GIROUX et Denis LEMIEUX, *Contrats des organismes publics québécois*, Farnham, Publications CCH ltée/FFM, 1988, feuilles mobiles, à jour au 15 novembre 2012, nº 2-050.
220. P. GIROUX, D. LEMIEUX et N. JOBIDON, préc., note 4, p. 81-82.
221. *Demix Construction, division de Holcim (Canada) inc.* c. *Québec (Procureur général)*, préc., note 202.
222. Art. 2, par. 3 *L.c.o.p.*

tration doit « normalement offrir à tous l'opportunité de contracter avec l'État »[223] :

> Tous les administrés ont un droit égal à contracter avec l'Administration en vertu d'un principe de base qui s'appelle le principe de l'égalité devant le service public.[224]

Les propos tenus lors de l'analyse du projet de loi à l'effet qu'il n'existe ni droit de contracter avec l'État ni obligation de l'État de faire affaires avec une entité, doivent donc être tempérés à la lumière des principes exposés précédemment :

> Parce qu'il n'y a pas de droit de contracter. C'est ça qu'il faut se dire. L'État, pour justement s'assurer du meilleur prix au ... la meilleure qualité au meilleur coût, a prévu la règle du plus bas soumissionnaire, avec ses forces et ses faiblesses, on le sait, mais ça reste quand même le meilleur système qui existe actuellement à travers le monde. Mais, en soi, en droit constitutionnel ou en droit, il n'y a pas d'obligation pour l'État de faire affaire avec qui que ce soit. [...] on s'est assujettis à l'application de lois pour justement encadrer les processus, mais il n'y a pas d'obligation constitutionnelle, ou autres, pour une entreprise d'avoir un droit ultime de faire affaire avec l'État. Ça, ça n'existe pas.[225]

Les organismes publics doivent mettre en œuvre un processus permettant à toute entité compétente d'obtenir des contrats publics et favoriser l'égalité des chances en adoptant des règles communes applicables également aux concurrents[226]. L'accessibilité des concurrents accroît la concurrence permettant l'acquisition des meilleurs produits et services à prix avantageux. Des exigences de qualification peuvent être imposées et limiter le droit de soumissionner de certaines entreprises[227], mais celles-ci doivent être objectives et ne pas limiter indûment la concurrence. Les

---

223. P. GIROUX, D. LEMIEUX et N. JOBIDON, préc., note 4, 2010, nº 13, p. 10.
224. P. GARANT, préc., note 199, p. 381.
225. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des finances publiques*, 1re sess., 40e légis., vol. 43, nº 4, 13 novembre 2012, « Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de loi nº 1 – Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics », 11h30 (M. Bédard). Voir aussi QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des finances publiques*, 1re sess., 40e légis., vol. 43, nº 6, 15 novembre 2012, « Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de loi nº 1 – Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics », 16h00 (M. Bédard).
226. *Spécialistes en combustion S.D.* c. *Centre Hospitalier Robert-Giffard*, J.E. 99-1059 (C.S.).
227. Par exemple, l'obtention de certains contrats publics peut être restreinte par la nécessité de détenir une licence délivrée par la Régie du bâtiment.

exigences imposées doivent assurément respecter l'ordre public. Ainsi, malgré la liberté prévalant en matière contractuelle, il a été jugé « contraire à l'ordre public et abusif d'écarter un soumissionnaire du processus d'adjudication de contrats pour l'unique raison qu'un litige existe avec le donneur d'ouvrage et que celui-ci a donné lieu à des procédures judiciaires »[228]. La Cour a alors invalidé les clauses d'un appel d'offres jugées abusives. De la même façon, les dispositions de la *Loi sur l'intégrité* et les standards qu'elle introduit pourraient être contestés sur la base qu'ils restreignent abusivement l'accès d'une entreprise au processus contractuel d'un organisme public.

Les termes imprécis gouvernant ce système sont aussi à même d'entraver le traitement intègre et équitable des concurrents. L'exposition claire de conditions, critères ou exigences à appliquer en matière d'octroi des contrats publics permet une uniformité de traitement et le respect du principe de traitement équitable des concurrents :

> [...] on doit voir dans l'énonciation de ces règles et de ces conditions un des moyens permettant, justement, de mettre en œuvre le principe d'égalité et d'équité auquel obéit l'action de l'autorité publique en ces matières. C'est en établissant les exigences de forme et de fond et en évaluant en fonction de celles-ci les demandes de ceux qui répondent à l'appel que l'on évite l'arbitraire et que l'on garantit au mieux l'uniformité de traitement et l'égalité de tous les participants. Et s'il est vrai que la subjectivité ne peut jamais être évacuée d'un processus d'évaluation, il reste qu'on la minimise en fixant d'avance les règles du jeu, pourrait-on dire, et en les faisant respecter.[229]

Ainsi, la mise en œuvre du principe de l'égalité des concurrents sera complexifiée par les termes mêmes du processus d'habilitation. L'imprécision des termes de la *Loi sur l'intégrité*, certaines difficultés qui découlent de cette imprécision et l'inapplicabilité de la théorie de l'imprécision constitutionnelle sont ci-après abordées.

---

228. *Société de développement de la Baie James* c. *Compagnie de construction et de développement Cris*, [2001] R.J.Q. 1726 (C.A.), par. 29-30.
229. *Demix Construction, division de Holcim (Canada) inc.* c. *Québec (Procureur général)*, préc., note 202, par. 22.

3. L'imprécision des termes de la *Loi sur l'intégrité*

3.1 Survol des difficultés découlant des termes imprécis

L'imprécision de l'article 21.27 *L.c.o.p.* introduit par la *Loi sur l'intégrité* et les ambiguïtés soulevées ont été largement décriées. Il est utile de reproduire de nouveau cette disposition qui prévoit :

> L'Autorité peut refuser à une entreprise de lui accorder ou de lui renouveler une autorisation ou révoquer une autorisation si elle ne satisfait pas aux exigences élevées d'intégrité auxquelles le public est en droit de s'attendre d'une partie à un contrat public ou à un sous-contrat public.

Tel que mentionné, la *Loi sur l'intégrité*, ni d'ailleurs les dispositions existantes de la *L.c.o.p.*, ne définit la notion d'« intégrité » ni ne précise ce concept vague et possiblement variable d'« exigences élevées d'intégrité auxquelles le public est en droit de s'attendre d'une partie à un contrat public ou à un sous-contrat public ». L'article 21.28 *L.c.o.p.* dresse une liste non exhaustive d'éléments que l'AMF peut considérer aux fins de l'application de l'article 21.27 sans que ceux-ci ne soient suffisants à priver automatiquement l'entreprise de l'autorisation recherchée[230]. Il semble cependant que l'UPAC se considère liée par certains de ces critères, se refusant d'appuyer sa recommandation sur la simple vérification de la réputation d'une entreprise[231]. En exigeant que l'entreprise ait été condamnée ou poursuivie pour considérer qu'elle ne satisfait pas aux exigences d'intégrité requises[232], l'UPAC limite le pouvoir discrétionnaire large que le législateur a prévu. L'ajout de critères par l'organisme chargé de l'application d'un pouvoir discrétionnaire est prohibé[233]. Cependant, en présence d'un pouvoir aussi indéterminé, il est difficile pour l'AMF et

---

230. L'article 21.26 *L.c.o.p.* liste plusieurs motifs qui entraîneront un refus automatique de délivrance de l'autorisation et même la révocation de celle-ci sans que l'AMF ne puisse exercer de discrétion.
231. Philippe Teisceira-Lessard, « Raté de l'AMF et de l'UPAC : l'intégrité d'une firme certifiée à tort », *La Presse* (13 mai 2013) en ligne : <http://www.lapresse.ca/actualites/201305/13/01>. Quant aux ratés du système d'habilitation préalable en place, voir aussi Philippe Teisceira-Lessard, « Corruption : la « liste verte » encore éclaboussée », *La Presse* (24 mai 2013) en ligne : <http://www.lapresse.ca/actualites/justice-et-affaires-criminelles/affaires-criminelles/201305/24/01-4653959>.
232. *Ibid*.
233. P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 199, nº 4.11, p. 224.

l'UPAC de l'appliquer sans y introduire certaines balises. Ces restrictions additionnelles ouvrent toutefois la porte à des contestations de la part des entreprises qui se verront refuser l'autorisation ainsi qu'à des protestations du public qui pourrait avoir l'impression que les mesures mises en place ne sont pas suffisamment sévères.

Plusieurs des éléments décisifs dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire étendu de l'AMF soulèvent des questionnements et auraient profité d'être davantage déterminés. Le manque d'encadrement du pouvoir conféré est susceptible de conduire à des décisions arbitraires et à des refus injustifiés en plus de rendre difficile l'égalité de traitement des différents concurrents. Ce qui est reproché à la loi, ce n'est pas tant l'étendue du pouvoir discrétionnaire accordé à l'AMF, le législateur pouvant conférer un pouvoir discrétionnaire large en vertu duquel une entité désignée devra rendre des décisions[234], mais le caractère vague et indéterminé des assises de ce pouvoir.

Le législateur souhaitait l'adoption d'une législation au libellé large[235] craignant que des individus et entreprises soient en mesure d'en contourner l'application si elle était trop précise :

> Ce qui fait qu'on va s'assurer que le processus, par contre, lui, soit équitable pour les entreprises.
>
> C'est ce qu'on fait actuellement en balisant la discrétion. Ce n'est pas de l'arbitraire, c'est une discrétion basée sur des critères qui sont précis, mais pas trop, pour donner justement une base d'appréciation. Sinon, on donne la méthode de contourner la loi, et, ça, on ne veut plus faire ça.[236]

---

234. P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 199, nº 3.19, p. 190. En tant qu'exemple de décisions prises en vertu d'un pouvoir discrétionnaire large, les auteurs réfèrent notamment au certificat d'autorisation en vue de la réalisation d'un projet suivant la *Loi sur la qualité de l'environnement*, préc., note 115, art. 31.5. Une interprétation restrictive d'un pouvoir discrétionnaire doit être appliquée lorsque des droits sont affectés, par exemple, lorsque le pouvoir porte sur l'attribution d'une autorisation dont le refus pourrait restreindre la liberté d'activité : P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 199, nº 11.4, p. 919.
235. Voir notamment QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des finances publiques*, 1re sess., 40e légis., vol. 43, nº 3, 12 novembre 2012, « Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de loi nº 1 – Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics », 17h30 (M. Bédard).
236. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des finances publiques*, 1re sess., 40e légis., vol. 43, nº 4, 13 novembre 2012, « Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de loi nº 1 – Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics », 11h30 (M. Bédard).

Et encore :

> Moi, ce que je souhaite, c'est qu'il ne faut surtout pas que celles qui doivent rentrer dans le filet en sortent, là. Donc, c'est ça, moi, ma préoccupation principale, tout en assurant le maintien du développement économique et d'une saine concurrence.[237]

Cependant, tel qu'expliqué davantage tout au long de ce texte, il apparaît inévitable, bien que déplorable, que la présente législation, telle que rédigée, nuira au développement économique et à la compétition nécessaire pour permettre à l'État d'obtenir les meilleurs services au meilleur coût.

Sans revenir sur les nombreux questionnements suscités par les différents éléments des articles 21.27 et 21.28 *L.c.o.p.*, deux difficultés majeures découlent des termes imprécis utilisés et engendrent des obstacles à l'interprétation et à l'application du test que doivent rencontrer les entreprises désireuses d'obtenir l'autorisation leur permettant de participer à des contrats publics. La complication principale réside dans l'obligation pour l'AMF de déterminer les exigences du public[238] en matière d'intégrité pour les entreprises privées contractant avec un organisme public. L'AMF devra non seulement déterminer les exigences du public mais également se prononcer quant à celles qui sont justifiées. En plus de la difficulté pour l'AMF d'adopter le point de vue du public[239], elle devra tenter d'en harmoniser les diverses exigences et d'en réconcilier les différents points de vue en matière d'intégrité et ce, sans que des critères précis et facilement applicables ne lui aient été fournis par le législateur. Elle devra limiter son examen à la perception collective raisonnable[240] et éviter de considérer les « preuves de sondage » et influences passagères prove-

---

237. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des finances publiques*, 1re sess., 40e légis., vol. 43, nº 6, 15 novembre 2012, « Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de loi nº 1 – Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics », 19h00 (M. Bédard).
238. Le législateur a choisi de faire référence au public plutôt qu'à la notion de « personne raisonnable » ou à celle de « citoyen ordinaire » qui ont eu l'occasion d'être étudiée par les tribunaux : *Bou Malhab* c. *Diffusion Métromédia CMR*, 2011 CSC 9.
239. Quant à la référence au public, voir Stéphane BERNATCHEZ, « Les obstacles épistémologiques de la méthodologie juridique : l'exemple de la théorie de l'imprécision », (2011) 52 *C. de D.* 379, 383 : « Un tel critère, comme ceux de la personne raisonnable ou du citoyen ordinaire, pose un problème eu égard à la théorie de la connaissance, car, quoique chacun puisse dire à ce sujet, le citoyen ou la personne raisonnable demeure ce que le juge considère qu'il ou elle est. »
240. *R* c. *Hall*, préc., note 196, par. 36.

nant des médias. Il aurait été plus simple, plus juste et plus efficace de faire porter l'évaluation de l'AMF sur des exigences et critères précis délimitant le niveau d'intégrité recherché. On peut aussi se demander en vertu de quelle expertise ce mandat a été confié à l'AMF, entité dont la mission première est d'assurer l'encadrement des marchés financiers québécois et d'assister les consommateurs de produits et services financiers[241]. Cette référence vague aux exigences du public en matière d'intégrité, tout comme la notion de confiance du public, causeront des difficultés d'application, surtout dans le contexte où la suspicion du public semble si élevée qu'il est à craindre qu'un nombre trop restreint d'entreprises ne saurait se qualifier. En effet, à un moment où l'indignation du public est grande et alors que le moindre doute quant à un potentiel manque de probité est exacerbé par les médias, il est inquiétant de songer où l'application de ce critère subjectif pourra mener. Le sentiment général d'outrage régnant dans la population au sujet des contrats publics est actuellement aussi accru par les révélations quasi-quotidiennes émanant de la CEIC. Par ailleurs, on peut se questionner quant à l'opportunité de référer au public pour la détermination du niveau de probité élevé requis des entreprises contractant avec l'État, alors que sondages et statistiques révèlent qu'une importante part du public ne démontre pas les mêmes scrupules face à la possibilité de payer au noir des entrepreneurs retenus pour des travaux privés[242].

Une seconde problématique majeure résulte de la difficulté d'appliquer les critères de façon uniforme. Il est reconnu que tout pouvoir discrétionnaire doit être exercé en respectant la règle d'égalité de traitement. L'égalité devant la loi assure « aux citoyens que l'action gouvernementale sera exercée de façon uniforme, non arbitraire, assurant l'égalité de traitement des uns par rapport aux autres. C'est-à-dire que tous seront soumis également au droit et que tous se verront appliquer le même traitement par les pouvoirs appelés à les mettre en œuvre »[243]. Ainsi, toute discrimination déraisonnable ou distinction injustifiée dans l'exercice

241. *Loi sur l'Autorité des marchés financiers*, RLRQ, c. A-33.2, art. 4.
242. Voir notamment « La révolte des contribuables s'exprime à travers le travail au noir. Un canadien sur deux juge acceptable d'éluder les taxes », *Le Devoir* (20 septembre 2012) en ligne : <http://www.ledevoir.com/economie/actualites-economiques/359603>, référant à un sondage révélant que 55 % des personnes interrogées ont dit vouloir opter pour un paiement en liquide pour éviter de devoir payer des taxes de vente à un entrepreneur.
243. P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 199, nº 4.27, p. 258-259.

d'un pouvoir discrétionnaire sera jugée illégale[244]. Afin de respecter la règle de l'égalité de traitement, l'AMF devra non seulement appliquer de façon constante les principes à la base de ses décisions, mais également déterminer les comportements similaires devant conduire à une même sanction. Elle devra être constante et cohérente lors de l'émission de suggestions quant à des correctifs pouvant être entrepris par une entreprise dans l'objectif d'obtenir une autorisation tout comme elle devra l'être au moment de réduire le délai de présentation d'une nouvelle demande d'autorisation suivant un refus ou une révocation[245]. Considérant l'absence de critères précis, complets et suffisants, la tâche sera ardue, ce que reflète d'ailleurs le rythme de traitement des demandes par l'AMF.

Il est déplorable que le législateur ait choisi de lutter contre la collusion par l'adoption d'un texte législatif aussi large qui semble proscrire un large éventail de conduites (incluant certaines ne présentant qu'un lien ténu avec la probité des entreprises ou l'intégrité du processus d'attribution des contrats publics). Cette situation est d'autant plus déplorable qu'il est loin d'être certain que les tribunaux pourront remédier à la situation. Plusieurs ont prétendu que les dispositions floues de la loi étaient invalides selon la théorie de l'imprécision. Une application des critères de cette théorie, tels que développés par la Cour suprême, ne saurait pourtant pas conduire à l'invalidation des dispositions vagues de la *Loi sur l'intégrité*. Les règles relatives à l'imprécision en matière administrative ne sont pas plus utiles dans le présent contexte. Et considérant l'absence de droit d'appel prévu à la *Loi sur l'intégrité*, les tribunaux seront limités dans leur révision des décisions rendues par l'AMF.

3.2 La difficulté pour les tribunaux de pallier à cette imprécision : L'inapplicabilité de la théorie de l'imprécision constitutionnelle

La Cour suprême du Canada a détaillé les critères de la théorie de l'imprécision constitutionnelle en 1992[246] pour ensuite

244. P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 199, nº 4.28, p. 261.
245. Art. 21.24 *L.c.o.p*.
246. *R.* c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606. Précédemment, huit arrêts de la Cour suprême avaient abordé la notion d'imprécision législative dans le cadre d'analyses fondées sur la Charte : *R.* c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, p. 621.

appliquer ces critères dans le cadre de nombreuses décisions. Très peu de dispositions législatives ont jusqu'à maintenant été jugées invalides pour cause d'imprécision, le seuil étant très élevé. De façon générale, les tribunaux n'imposent pas au législateur la rédaction de lois précises en tout point et ce n'est que lorsqu'une disposition sera jugée être d'une imprécision inacceptable que son inconstitutionnalité pourra être prononcée[247].

L'imprécision des lois n'est expressément prohibée par aucune loi constitutionnelle (ni aucune autre législation applicable au Québec d'ailleurs). La théorie de l'imprécision a été élaborée à la suite de l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*[248]. Avant l'entrée en vigueur de la *Charte*, une loi ne pouvait être annulée pour cause d'imprécision. Les tribunaux, utilisant divers principes d'interprétation des lois, devaient donc trouver un sens à une disposition législative ambiguë peu importe la difficulté que cet exercice pouvait représenter[249].

Théoriquement, la doctrine de l'imprécision peut trouver application à l'égard de tout type de loi :

> Pour terminer, je tiens à souligner en outre que la norme que j'ai exposée s'applique à tous les textes de loi, de droit civil, de droit pénal, de droit administratif ou autre. Les citoyens ont droit à ce que l'État se conforme aux normes constitutionnelles régissant la précision chaque fois qu'il établit des textes de loi.[250]

---

247. Voir notamment *Irwin Toy* c. *Procureur général du Québec*, [1989] 1 R.C.S. 927, 983 : « En droit, la précision absolue est rare, voire inexistante. La question est de savoir si le législateur a formulé une norme intelligible sur laquelle le pouvoir judiciaire doit se fonder pour exécuter ses fonctions. ».
248. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)] (ci-après la « *Charte* » ou « *Charte canadienne* »). Voir notamment Marc RIBEIRO, « Le problème constitutionnel de l'imprécision des lois », (1998) 32 *R.J.T.* 663, 667 quant aux origines de la doctrine de la nullité pour cause d'imprécision.
249. Gilles PÉPIN, « La nullité des lois et des règlements pour cause d'imprécision : une norme unique ou deux normes distinctes de contrôle », (1996) 55 *R. du B.* 643, 645.
250. *R.* c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, préc., note 246, p. 642. Voir aussi *R.* c. *Morales*, préc., note 196, p. 729 : « Si la théorie de l'imprécision vise à faire en sorte que toutes les dispositions soient libellées en termes qui permettent un véritable débat judiciaire, alors toutes les dispositions sont régies par cette théorie, peu importe leur forme. ». Cette citation du juge Gonthier a aussi été erronément reprise pour affirmer que la théorie s'appliquait à toutes lois, peu importe qu'une contravention à la Charte ait été démontrée : *9022-1672 Québec inc.* c. *Québec (Direction générale des poursuites pénales)*, 2009 QCCA 1696 (autorisation d'appeler refusée : [2010] 1 R.C.S. v) ; *Longueuil (Ville)* c. *Électro-peintres du Québec Inc.*, J.E. 2005-149 (C.S.), par. 36 : « Même s'il s'agissait

Cependant, encore faut-il être en mesure d'invoquer une contravention à une disposition de la *Charte* pour permettre la mise en œuvre de cette théorie. Dans l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, la Cour suprême a affirmé que l'imprécision pouvait être invoquée dans le cadre des dispositions de la *Charte* comprenant une restriction inhérente[251], dont l'article 7 (protégeant le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne) « puisqu'un principe de justice fondamentale exige que les lois ne soient pas trop imprécises »[252]. L'article 7 de la *Charte*, disposition en vertu de laquelle la théorie de l'imprécision est la plus souvent invoquée, impose donc une certaine précision législative, permettant l'invalidation d'une loi qui restreint la vie, la liberté ou la sécurité en des termes vagues.

De même, il a été déterminé que la notion de « juste cause » de l'alinéa 11e) de la *Charte* (droit à une mise en liberté assortie d'un cautionnement) constituait une restriction inhérente permettant de considérer l'imprécision de la loi[253]. D'autres dispositions de la *Charte* pourraient constituer des fondements à la théorie de l'imprécision[254].

Lorsque l'article 7 de la *Charte* n'est pas mis en cause par une mesure législative, l'imprécision pourra être abordée sous l'angle de l'article premier de la *Charte*[255]. La Cour suprême a reconnu la pertinence de l'imprécision dans le cadre de l'article 1 *in limine* sur la base qu'une restriction aux droits garantis par la *Charte* doit être prescrite par une règle de droit et qu'une disposition trop imprécise ne constitue pas une règle de droit[256]. Elle a ajouté que la notion d'imprécision était aussi pertinente à l'étape du volet « atteinte minimale » du test de proportionnalité sous l'article

---

d'une affaire dans un contexte de charte, la Cour suprême a retenu que les principes qu'elle dégage s'appliquent à tous les textes de loi, qu'ils soient de droit civil, de droit pénal, de droit administratif ou autre. »

251. *R.* c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, préc., note 246, p. 631.
252. *R.* c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, préc., note 246, p. 626. Voir aussi *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code Criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123.
253. *R.* c. *Morales*, préc., note 196.
254. M. RIBEIRO, préc., note 248, p. 691-695. Selon cet auteur, les articles 6, 8, 9, 11g), 12 et 15 de la Charte comportent une restriction inhérente permettant de soulever l'imprécision.
255. Voir notamment *Canada (Procureur général)* c. *JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, par. 77.
256. *R.* c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, préc., note 246, p. 626.

premier[257]. Dans ce dernier cas, l'imprécision « se confond avec la notion connexe de portée excessive »[258]. Une disposition législative pourrait, par son manque de précision, conférer une trop grande latitude qui dépasserait ce qui est légitime et nécessaire pour satisfaire à certains objectifs[259].

En droit constitutionnel canadien, la théorie de l'imprécision n'a donc pas d'existence autonome en tant que motif d'invalidation d'une disposition législative[260]. Elle ne pourra être appliquée que lorsqu'une contravention à une disposition de la *Charte canadienne* est invoquée. Les tribunaux, en l'absence d'une violation d'un droit fondamental constitutionnellement protégé, se garderont de s'attribuer le droit de modifier ou abroger une disposition législative imprécise ou ambiguë :

> [...] lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, les valeurs exprimées dans la *Charte* n'entrent pas en ligne de compte, il faut, en règle générale, laisser au législateur le soin d'assumer son rôle qui consiste à assurer le bien public par l'entremise du droit criminel.[261]

Une certaine confusion semble régner quant au caractère non autonome de la théorie de l'imprécision. Certaines décisions rendues en cette matière ne vérifient pas si un droit protégé par la *Charte* est en jeu et procèdent directement à l'analyse du caractère suffisamment précis de la disposition législative en cause[262]

---

257. *R.* c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, préc., note 246, p. 626. Tel qu'établi dans l'arrêt *R.* c. *Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, une restriction à un droit ou une liberté protégée par la Charte sera justifiée en vertu de l'article 1 si la mesure législative contestée vise un objectif urgent et réel dans une société libre et démocratique et s'il y a proportionnalité entre l'objectif et la mesure contestée. L'examen de la proportionnalité comporte trois exigences : (1) un lien rationnel entre la mesure législative et l'objectif, (2) une atteinte minimale au droit ou à la liberté en cause et (3) la proportionnalité entre les effets préjudiciables et bénéfiques de la mesure. Voir notamment *Société Radio-Canada* c. *Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, par. 44 et 47.
258. *R.* c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, préc., note 246, p. 627.
259. *Canada (Procureur général)* c. *JTI-Macdonald Corp.*, préc., note 255, par. 78 ; *R.* c. *Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, 792-793 ; *Comité pour la République du Canada* c. *Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139. Ce n'est qu'en présence d'une violation de la *Charte* qu'une disposition législative pourra être invalidée au motif que sa portée dépasse les objectifs du législateur : *R.* c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, préc., note 246, p. 644.
260. M. RIBEIRO, préc., note 248, p. 669 et 687.
261. *R.* c. *Hinchey*, préc., note 212, par. 28.
262. *9022-1672 Québec inc.* c. *Québec (Direction générale des poursuites pénales)*, préc., note 250 ; *Suresh* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté de l'Immigration)*, 2002 CSC 1 ; *Ruffo* c. *Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267 ; *P.(D.)* c. *S.(C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141 ; *Young* c. *Young*, [1993] 4 R.C.S. 3. Dans ces

ou analysent la précision législative avant de décider s'il y a eu atteinte à un droit protégé[263]. Au Québec, à de multiples reprises, les tribunaux ont analysé l'imprécision d'une disposition, appliquant la théorie constitutionnelle de l'imprécision, sans qu'aucune atteinte à un droit protégé par la *Charte* n'ait été démontrée ou ne soit en cause[264]. D'autres décisions de tribunaux québécois confirment cependant que l'annulation d'une disposition au motif d'imprécision doit s'appuyer sur une atteinte à un droit protégé par la *Charte*[265]. Afin d'être fidèle aux enseignements de la Cour suprême, il convient de réserver l'analyse de l'imprécision d'une disposition législative uniquement aux cas où une contravention à un droit protégé par la *Charte* peut être invoquée[266]. Les dispositions imprécises de législation ne faisant pas intervenir l'une ou l'autre des protections offertes par la *Charte* ne pourront être invalidées et devront être interprétées et ce, peu importe les difficultés et incertitudes pouvant en résulter. Évidemment, les juges doivent éviter de réécrire une loi pour la rendre conforme à leur propre conception sous prétexte de l'interpréter[267].

Par conséquent, l'emprise de la théorie de l'imprécision est limitée[268] : afin de pouvoir requérir l'annulation d'une disposition législative pour cause d'imprécision, une atteinte à un droit pro-

---

décisions, l'imprécision est analysée sans qu'un fondement constitutionnel justifiant le recours à cette doctrine ne soit invoqué.

263. *Québec (Procureur général)* c. *Pâtes Cortina Inc.*, J.E. 2004-1056, par. 137-138. Voir aussi *Winko* c. *Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625 ; *Entreprises M.G. de Guy ltée* c. *Québec (Procureur général)*, [1996] R.J.Q. 258 (C.A.).

264. Voir notamment *Pond* c. *Montréal (Ville de) (arrondissement de Verdun)*, 2010 QCCA 634 ; *9022-1672 Québec inc.* c. *Québec (Direction générale des poursuites pénales)*, préc., note 250 ; *Québec (Procureur général)* c. *Boucher*, 2008 QCCQ 12185.

265. *De Belleval* c. *Québec (Ville de)*, 2012 QCCS 2668 ; *Bellefleur* c. *Québec (Procureur général)*, [1993] R.J.Q. 2320 (C.A.).

266. Au même effet, voir Patrice GARANT, « L'imprécision en droit administratif et en droit constitutionnel : un défi à l'intelligence moyenne », (1994) 4 *N.J.C.L.* 75, 98, dans lequel l'auteur préconise une interprétation restrictive de l'article 7 de la *Charte* : « Cette approche consiste à exclure les droits économiques, tels les droits professionnels par exemple, de l'emprise de l'article 7. La tentation des plaideurs est au contraire de contester toutes les lois au motif que l'imprécision viole la justice fondamentale sans se soucier de vérifier si la loi en question concerne le droit à la vie, à la sécurité ou à la liberté et non tous les droits imaginables à connotation économique ou sociale. » Voir aussi *Renvoi relatif au paragraphe 94(2) de la Motor Vehicle Act*, *R.S.B.C. 1979, chap.288*, [1985] 2 R.C.S. 486 quant à la « mécanique » applicable à l'article 7.

267. *R.* c. *Hinchey*, préc., note 212, par. 34-36.

268. Voir notamment Luc HUPPÉ, « La fonction des lois et la théorie de l'imprécision », (1992) 52 *R. du B.* 831.

tégé par la *Charte* doit être alléguée. Il apparaît extrêmement douteux qu'un tribunal conclurait que la *Loi sur l'intégrité* porte atteinte à l'un ou l'autre des droits protégés par la *Charte* en engendrant une restriction au droit d'une entreprise d'obtenir des contrats publics. L'exercice d'une activité économique n'est pas un droit fondamental[269]. L'article 7 de la *Charte* ne protège pas des intérêts purement économiques. Les notions de droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne englobent plutôt les choix fondamentaux qu'une personne peut faire[270]. Cette protection ne s'étend pas au droit de pratiquer une profession, d'exercer un métier ou d'occuper un emploi[271]. Un droit représentant simplement un intérêt économique ne peut être qualifié de choix fondamental : « La capacité d'une personne de générer un revenu d'entreprise par le moyen de son choix n'est pas un droit garanti par l'art. 7 de la *Charte* »[272]. Le terme liberté de l'article 7 de la *Charte* ne peut être synonyme d'absence totale de contrainte et ne saurait correspondre à un « droit illimité de faire des affaires toutes les fois qu'on le veut »[273]. De même, la notion de liberté ne s'étend généralement pas aux droits commerciaux ou économiques (par exemple, le droit de continuer à détenir un permis d'alcool)[274]. La liberté de conclure des contrats, le droit de soumissionner en vue de l'obtention d'un contrat public ou le droit à la survie d'une entreprise sont des droits économiques et ne sont pas protégés par la *Charte*. De façon plus large, la Cour suprême a reconnu que toutes les infractions de nature réglementaire imposent une certaine limite à la liberté au sens large tout en précisant que toutes ces infractions ne pouvaient être assujetties à l'article 7 de la *Charte*[275]. L'État conserve le droit d'imposer des restrictions légitimes et raisonnables aux activités des individus. Un élargissement trop étendu par les tribunaux du champ d'application de

---

269. *Ordre des comptables généraux licenciés du Québec* c. *Procureur général du Québec*, [2004] R.J.Q. 1164 (C.A.), par. 27.
270. *Siemens* c. *Manitoba (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 6, 30-31. Voir aussi *Chaoulli* c. *Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35 ; *Gosselin* c. *Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84.
271. *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, préc., note 252, p. 1179. Voir aussi *Ordre des comptables généraux licenciés du Québec* c. *Procureur général du Québec*, préc., note 269, par. 52 ; *Atalla* c. *Procureur général du Québec*, [1997] R.J.Q. 2376 (C.A.) ; *Béliveau* c. *Comité de discipline du Barreau du Québec*, (1992) R.J.Q. 1822 (C.A.).
272. *Siemens* c. *Manitoba (P.G.)*, préc., note 270, p. 31.
273. *R.* c. *Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, 785-786.
274. *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, préc., note 252, p. 1166-1167.
275. *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, préc., note 266, p. 524.

l'article 7 contreviendrait au rôle exclusif des législateurs[276]. À titre d'exemple, la Cour d'appel fédérale a jugé qu'un règlement instaurant un régime de contrôle des employés occupant certains postes critiques pour la sécurité dans les ports au Canada, lequel visait à déterminer si ces employés représentaient une menace émanant du terrorisme ou du crime organisé pour la sûreté du transport maritime ne portait pas atteinte aux droits des employés auxquels il s'applique puisque la perte d'un emploi ne constitue pas une privation de liberté[277]. Similairement, la perte de la possibilité d'obtenir tout contrat d'organismes publics, bien que donnant lieu à des conséquences majeures ne fait intervenir aucune des protections conférées par la *Charte*. De plus, la protection de l'article 7 de la *Charte* n'est pas offerte aux sociétés et personnes morales[278] bien que ces dernières puissent l'utiliser pour contester la constitutionnalité d'une loi : « Ainsi, la personne accusée d'une infraction n'est pas tenue de démontrer que la loi en cause viole directement ses droits constitutionnels pour qu'on lui reconnaisse la qualité pour soulever une contestation constitutionnelle »[279].

Même lorsqu'une entité alléguant l'imprécision d'une disposition législative peut alléguer une contravention à une disposition de la *Charte* et ainsi être justifiée de contester la constitutionnalité de la loi pour ce motif, le seuil au-delà duquel une loi sera jugée imprécise est difficile (pour ne pas dire impossible[280]) à atteindre, « le critère selon lequel une loi sera jugée imprécise est assez exigeant »[281]. Il est à noter que les tribunaux sont plus exigeants envers les rédacteurs des règlements qu'envers le législateur et toléreront moins facilement une disposition réglementaire imprécise, sur la base du principe interdisant la sous-délégation

---

276. *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, préc., note 252, p. 1176.
277. *Renvoi relatif au Règlement sur la sûreté du transport maritime*, 2009 CAF 234 (autorisations d'appeler refusées : [2010] 1 R.C.S. X).
278. *Irwin Toy Ltd.* c. *Québec (P.G.)*, préc., note 247, p. 1002-1004.
279. *Ontario* c. *Canadien Pacifique ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, 1047. Voir aussi *R.* c. *Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154.
280. Catherine DUMAIS, « La Cour suprême du Canada et l'imprécision : Quand l'avertissement raisonnable devient symbolique », (2005-06) 36 *R.D.U.S.* 289, 299 ; Anouk VIOLETTE, « Précisions sur la théorie de l'imprécision en matière constitutionnelle », (2003) 63 *R. du B.* 103, 107.
281. *R.* c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, préc., note 246, p. 632. Voir aussi *Young* c. *Young*, préc., note 262, p. 9 ; *Montréal (Ville de)* c. *Organisation internationale Nouvelle Acropole Canada*, 2010 QCCA 1341, par. 28 : « il faut faire preuve de réserve et de prudence avant de recourir trop facilement à la théorie de l'imprécision. »

d'un pouvoir discrétionnaire[282]. Les règles relatives à l'imprécision en matière administrative ne sont pas applicables en l'espèce puisqu'elles visent à empêcher l'adoption par une autorité réglementaire d'un texte trop imprécis, transférant au fonctionnaire chargé de l'application de ce règlement le pouvoir discrétionnaire de réellement réglementer une situation donnée.

Le test applicable en matière d'imprécision constitutionnelle consiste à déterminer si la disposition en cause délimite une sphère de risque et est donc assez précise pour constituer un fondement à un débat judiciaire[283]. La règle de droit doit ainsi donner prise au pouvoir judiciaire, mais la certitude n'est pas requise[284].

Il s'ensuit qu'il faut démontrer deux choses pour réfuter un argument voulant qu'il y ait imprécision et portée excessive : premièrement, la disposition doit fournir des indications suffisantes à ceux qui sont appelés à s'y conformer ; deuxièmement, elle doit limiter le pouvoir discrétionnaire des représentants de l'État chargés de l'appliquer. Bien que la certitude totale soit impossible et qu'une certaine généralisation soit inévitable, le texte législatif doit être suffisamment précis pour servir de guide dans un débat juridique[285].

La théorie de l'imprécision découle donc directement du principe de la primauté du droit, plus précisément de l'obligation de

---

282. *Montréal* c. *Arcade Amusements inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368. Un règlement municipal peut être annulé pour cause d'imprécision si sa rédaction est inintelligible pour un citoyen ordinaire : *Benoît* c. *Carignan (Ville de)*, 2008 QCCA 1383. Quant à l'imprécision d'un règlement et la sous-délégation illégale de pouvoir, voir P. GARANT, préc., note 199, p. 308 et s. ; G. PÉPIN, préc., note 249, p. 659.
283. *R.* c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, préc., note 246, p. 639-640. Le critère selon lequel une loi manquant de clarté au point de ne pouvoir constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire sera jugée d'une imprécision inconstitutionnelle a ensuite été réitéré dans plusieurs décisions de la Cour suprême : voir notamment *Harper* c. *Canada*, 2004 CSC 33, par. 90 ; *R.* c. *Hall*, préc., note 196, par. 34 ; *Suresh* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, préc., note 262, par. 81 ; *Winko* c. *Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, préc., note 263, p. 671 ; *R.* c. *Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, 457 ; *Ruffo* c. *Conseil de la magistrature*, préc., note 262, p. 330.
284. *R.* c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, préc., note 246, p. 639-640 ; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law* c. *Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, par. 15.
285. *Canada (Procureur général)* c. *JTI-Macdonald Corp.*, préc., note 255, par. 79. Voir aussi *Suresh* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté de l'Immigration)*, préc., note 262, par. 81.

fournir un avertissement raisonnable aux citoyens[286] et de la limitation du pouvoir discrétionnaire des responsables de l'application de la loi[287]. Quant à ce second principe, la Cour indique : « Une loi ne doit pas être dénuée de précision au point d'entraîner automatiquement la déclaration de culpabilité dès lors que la décision de poursuivre a été prise »[288]. La loi doit fournir suffisamment de balises à l'exercice du pouvoir discrétionnaire par l'autorité compétente. Le législateur, par des termes imprécis, ne peut conférer un pouvoir discrétionnaire absolu permettant au décideur de faire primer ses préférences personnelles. Le critère applicable peut être ainsi synthétisé :

> Les raisons d'être de l'avertissement quant au fond et de la limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi tendent à la même conclusion : une disposition inintelligible n'est pas un guide suffisant pour un débat judiciaire et est donc d'une imprécision inconstitutionnelle.
>
> [...]
>
> Une disposition imprécise ne constitue pas un fondement adéquat pour un débat judiciaire, c'est-à-dire pour trancher quant à sa signification à la suite d'une analyse raisonnée appliquant des critères juridiques. Elle ne délimite pas suffisamment une sphère de risque et ne peut donc fournir ni d'avertissement raisonnable aux citoyens ni de limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi. Une telle disposition n'est pas intelligible, pour reprendre la terminologie de la jurisprudence de notre Cour, et ne donne par conséquent pas suffisamment d'indication susceptible d'alimenter un débat judiciaire. Elle ne donne aucune prise au pouvoir judiciaire. C'est là une norme exigeante, qui va au-delà de la sémantique.[289]

Afin de déterminer si une disposition législative est imprécise, les tribunaux considéreront différents facteurs, dont « a) la nécessité de la souplesse et le rôle des tribunaux en matière d'interprétation ; b) l'impossibilité de la précision absolue, une norme d'intelligibilité étant préférable ; c) la possibilité qu'une

---

286. Pour une analyse critique de l'application de la notion d'« avertissement raisonnable » par les tribunaux canadiens et de la norme de l'intelligibilité judiciaire, voir C. DUMAIS, préc., note 280.
287. *R.* c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, préc., note 246, p. 626. Quant aux fondements de la théorie de l'imprécision, voir aussi A. VIOLETTE, préc., note 280, p. 108.
288. *R.* c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, préc., note 246, p. 636.
289. *R.* c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, préc., note 246, p. 638-640.

disposition donnée soit susceptible de nombreuses interprétations qui peuvent même coexister »[290]. Quant à l'impossibilité de la précision absolue, il est reconnu que les mots ne peuvent pas toujours être évalués avec une précision scientifique[291] et que l'interprétation peut donner lieu à des nuances différentes[292]. Les dispositions législatives sont, par nécessité, des énoncés généraux qui doivent s'appliquer à diverses situations[293].

Le tribunal saisi d'une demande d'annulation d'une disposition pour cause d'imprécision devra d'abord tenter d'interpréter la disposition afin de déterminer une sphère de risque et ainsi apprécié si cette disposition fournit un guide suffisant pour un débat judiciaire[294]. Le tribunal ayant à analyser le manque de précision d'une disposition législative procédera généralement à une analyse contextuelle[295] :

> L'interprétation des termes litigieux en l'espèce doit être contextuelle. Il va de soi qu'un régime réglementaire ne peut évidemment pas décrire par le menu détail toutes les éventualités et qu'il doit conférer un certain pouvoir discrétionnaire – une marge d'appréciation. L'essentiel, c'est que les principes directeurs soient suffisamment clairs pour éviter l'arbitraire.[296]

Les objectifs précis de la législation et plus particulièrement de la disposition visée seront identifiés, l'imprécision devant s'apprécier au regard des objectifs législatifs en cause[297]. L'intention globale du législateur devra être recherchée[298] et il sera important de tenir compte de la situation actuelle au moment de l'application[299] de même que des valeurs de la société qui sous-tendent la disposition, lesquels représentent tous des éléments du contexte interprétatif[300]. Une expression difficile à définir ne sera pas automatiquement jugée inconstitutionnellement impré-

290. *R.* c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, préc., note 246, p. 627 ; *Young* c. *Young*, préc., note 262, p. 9.
291. *R.* c. *Lucas*, préc., note 283, par. 36.
292. *R.* c. *Lucas*, préc., note 283, par. 37.
293. *R.* c. *Hall*, préc., note 196, par. 34.
294. A. VIOLETTE, préc., note 280, p. 113.
295. *R.* c. *Lucas*, préc., note 283, par. 33.
296. *Harper* c. *Canada*, préc., note 283, par. 90.
297. *Young* c. *Young*, préc., note 262, p. 9.
298. *Canada (Procureur général)* c. *JTI-Macdonald Corp.*, préc., note 255, par. 81.
299. *Suresh* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, préc., note 262, par. 87.
300. *Ontario* c. *Canadien Pacifique ltée*, préc., note 279, par. 57.

cise[301]. De même, dans certaines circonstances, les termes d'une disposition peuvent nécessiter d'être clarifiés par les tribunaux afin de restreindre leur sens quasi-illimité sans être imprécis au point d'être inconstitutionnels[302]. Les tribunaux pourront avoir recours à des sources externes, auteurs de doctrine[303] ou experts[304], pour les assister dans leur exercice d'interprétation. Pour interpréter une disposition et en réduire son caractère vague, les tribunaux examineront notamment les indices émanant de la loi visée[305] et les interprétations antérieures des termes contestés[306]. Par conséquent, l'introduction d'un concept inédit peut entraîner pour le législateur l'obligation de fournir les repères et définitions appropriés[307]. Le contenu d'une disposition est évidemment enrichi par le reste de l'article dans lequel il est situé[308]. Doit aussi être considéré un article suivant celui à interpréter qui peut le complémenter et éliminer la confusion ou la difficulté d'interprétation[309]. Des facteurs ou critères listés « peuvent contribuer à sauvegarder une norme même dans les cas où elle s'avère d'une imprécision inacceptable lorsqu'elle est considérée isolément »[310]. Dans le présent cas, les nombreux éléments listés à l'article 21.28 de la *Loi sur l'intégrité* devront évidemment servir à l'interprétation de la disposition générale que constitue l'article 21.27.

En outre, les tribunaux reconnaissent que « certains objectifs législatifs ne peuvent être atteints de façon efficace qu'en faisant

---

301. *Suresh* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, préc., note 262, par. 85.
302. *R.* c. *Hinchey*, préc., note 212, par. 42.
303. *Ruffo* c. *Conseil de la magistrature*, préc., note 262, par. 108-109.
304. *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law* c. *Canada (Procureur général)*, préc., note 284, par. 36-40.
305. *Ontario* c. *Canadien Pacifique ltée*, préc., note 279, p. 1081.
306. *Ontario* c. *Canadien Pacifique ltée*, préc., note 279, p. 1083-1086.
307. A. VIOLETTE, préc., note 280, p. 123 : « S'il décide de s'éloigner des sentiers battus et d'innover, le législateur doit incorporer expressément dans sa loi la cartographie de ses objectifs et des moyens de leur mise en œuvre. Lorsqu'une loi est couchée en des termes nouveaux, généraux, vastes, abstraits, et faisant appel à des concepts subjectifs, elle devient un idiome abscons et indéchiffrable autant pour les personnes assujetties que pour les tribunaux. La théorie de l'imprécision existe pour empêcher ces derniers, dans ces circonstances, de faire dire à la loi ce qu'ils désirent, ou encore, d'abdiquer en faveur du gouvernement, malléable face au point de vue quelquefois « irrationnel et subjectif du public », la tâche de déterminer à la pièce la portée de la loi. »
308. *Marche* c. *Cie d'Assurance Halifax*, 2005 CSC 6, par. 193.
309. *Montréal (Ville de)* c. *Organisation internationale Nouvelle Acropole Canada*, préc., note 281, par. 29.
310. *R.* c. *Hall*, préc., note 196, par. 36.

usage de termes généraux »[311]. Un libellé large serait plus acceptable dans des lois visant à promouvoir des objectifs à caractère social, telle la protection environnementale :

> Il faudrait en particulier faire preuve de retenue à l'égard des dispositions législatives qui cherchent à atteindre des objectifs de politique sociale légitimes, afin de ne pas nuire à la capacité de l'État de viser et de promouvoir ces objectifs (à la p. 642). La théorie de l'imprécision au regard de l'art. 7 ne doit pas servir à imposer une camisole de force à l'État dans les domaines de la politique sociale.[312]

De même, les règles de déontologie peuvent énoncer des principes fondamentaux, de portée générale[313]. Cependant, dans la mesure où des termes plus précis auraient pu être utilisés par le législateur sans que l'efficacité de la législation ne soit compromise et que des droits fondamentaux sont donc inutilement atteints, les tribunaux devraient invalider la disposition.

Il importe finalement de préciser qu'une disposition ne sera pas invalide simplement parce qu'elle peut être appliquée de façon inconstitutionnelle dans certains cas[314]. L'individu dont les droits seront alors affectés pourra contester l'application de la disposition à son cas particulier[315].

Tant la sévérité avec laquelle les tribunaux canadiens ont appliqué les critères d'annulation d'une disposition législative pour cause d'imprécision que l'applicabilité restreinte de cette théorie (soit lorsque certains droits constitutionnels protégés par la *Charte* sont en jeu), imposent aux tribunaux un effort d'interprétation important. En effet, ceux-ci sont dans l'obligation d'interpréter diverses dispositions législatives, certaines extrêmement floues, conduisant parfois à des résultats discutables. Les tribunaux se trouvent donc dans une position où ils doivent compenser l'imprécision du législateur par l'interprétation légis-

---

311. M. RIBEIRO, préc., note 248, p. 737. *Ontario* c. *Canadien Pacifique ltée*, préc., note 279, p. 1070.
312. *Ontario* c. *Canadien Pacifique ltée*, préc., note 279, p. 1069-1072.
313. *Ruffo* c. *Conseil de la magistrature*, préc., note 262, par. 111.
314. *Renvoi relatif au Règlement sur la sûreté du transport maritime*, préc., note 277.
315. *Little Sisters Book and Art Emporium* c. *Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, par. 73-77. La Cour conclue dans cette décision qu'il s'agit « d'un problème de mise en œuvre, exacerbé par des contraintes de nature administrative tels des budgets limités et le manque de personnel qualifié ».

lative tout en s'abstenant d'usurper sa fonction afin de respecter les limites du principe de la séparation des pouvoirs[316] :

> il n'appartient pas aux tribunaux de décider de l'opportunité ou de la sagesse de mesures législatives, à partir du moment où les pouvoirs législatif et exécutif agissent dans les limites des compétences que leur donne la Constitution et respectent les droits fondamentaux protégés par les Chartes.[317]

La *Loi sur l'intégrité*, malgré le régime strict de pré-autorisation qu'elle met en place et malgré les impacts probables majeurs que ce système engendrera pour plusieurs entreprises, ne porte atteinte qu'à des droits économiques. Ceux-ci ne sont pas protégés par la *Charte canadienne*, texte constitutionnel sur lequel la théorie de l'imprécision est basée. Par conséquent, la théorie de l'imprécision constitutionnelle, telle que présentement balisée par la Cour suprême, ne peut servir à invalider les dispositions ambiguës de la *Loi sur l'intégrité*. Similairement, même si les moyens utilisés pour assurer l'intégrité des entreprises parties à un contrat public sont draconiens, la portée excessive des dispositions en cause ne peut être invoquée. Par ailleurs, même si un tribunal acceptait d'analyser l'imprécision de certains de ses termes, les chances que cette imprécision soit fatale sont minces considérant la rigueur des critères de cette doctrine et l'effort d'interprétation considérable requis des tribunaux.

Deux décisions récentes provenant de tribunaux québécois de première instance illustrent l'attitude de ceux-ci à l'égard de la théorie de l'imprécision dans un contexte de contrainte à des droits économiques. Dans la première, la Cour supérieure, en révision d'une décision de la Régie du bâtiment, a eu à se prononcer récemment sur l'inconstitutionnalité alléguée en raison d'imprécision du paragraphe 70(12) de la *Loi sur le bâtiment*[318] qui prévoit que la Régie peut suspendre ou annuler une licence lorsque son titulaire a agi de telle sorte qu'il ne se mérite plus la confiance du public[319]. La Cour conclut que le test à appliquer par la Régie dans le cadre de son mandat de voir à la sécurité du public, soit déterminer si un titulaire a agi de telle sorte qu'il ne se

316. C. DUMAIS, préc., note 280, 301-302.
317. *Ville de Westmount* c. *Québec (Procureur général)*, [2001] R.J.Q. 2520, par. 49 (C.A.) (requête pour autorisation de pourvoi refusée, C.S.C., 07-12-2001, 28869).
318. Préc., note 14.
319. *Forage Dynami-tech (9139-0724 Québec inc.)* c. *Régie du bâtiment du Québec*, préc., note 17.

mérite plus la confiance du public, ne présente aucun caractère d'imprécision[320], est intelligible et rejoint l'objectif visé par le législateur, soit la protection de la sécurité du public[321]. Le juge précise que « le terme « confiance du public » est utilisé dans plusieurs autres lois et règlements lesquels sont et demeurent tout à fait applicables »[322]. Il ajoute que même s'il y avait eu imprécision, celle-ci n'aurait pu constituer une atteinte aux droits constitutionnels des demandeurs, la protection offerte par l'article 7 de la *Charte* n'incluant pas les intérêts purement économiques[323]. De plus, il est à noter que la Cour rejette la prétention de la compagnie demanderesse à l'effet que la disposition imprécise contrevient à l'article 24 de la *Charte des droits et libertés de la personne*[324]. Ce dernier article prévoit notamment que nul ne peut être privé de ses droits sauf pour les motifs législativement prévus. Il aurait pu être tentant d'y voir une consécration et une protection générales de la primauté du droit imposant à toute législation québécoise des exigences de clarté conformément à la théorie de l'imprécision[325]. La Cour réfute cette position en indiquant qu'il « ne s'agit pas d'une disposition qui peut, isolément en soi, servir à invalider une loi »[326]. L'article 6 de la *Charte des droits et libertés de la personne*[327] consacrant le droit de toute personne de jouir paisiblement et de disposer librement de ses biens n'a pas été soulevé dans le cadre de ce recours. Une reconnaissance de l'applicabilité de la théorie de l'imprécision sur la base de cet article élargirait sa portée et étendrait l'exigence de précision législative[328].

Dans une autre décision récente, la Cour du Québec cette fois a eu à déterminer si la notion de « partie importante » prévue à l'article 3 de la *Loi sur la transparence et l'éthique en matière de lobbyisme*[329] était vague et imprécise au point d'être inconstitutionnellement invalide[330]. La Cour avait alors à déterminer si un

320. *Ibid*., par. 89.
321. *Ibid*., par. 98.
322. *Ibid*., par. 97.
323. *Ibid*., par. 100-102.
324. Préc., note 133.
325. M. RIBEIRO, préc., note 248, p. 700-701 : « Ainsi, pour chaque intervention législative, il y aurait privation de « droits » à l'égard de certains citoyens, et une exigence de précision serait de mise en vertu de l'article 24. »
326. *Forage Dynami-tech (9139-0724 Québec inc.)* c. *Régie du bâtiment du Québec*, préc., note 17, par. 104.
327. Préc., note 133.
328. M. RIBEIRO, préc., note 248, p. 700.
329. RLRQ, c. T-11.01.
330. *Directeur des poursuites criminelles et pénales* c. *Mathieu*, 2011 QCCQ 12594.

individu avait commis l'infraction consistant à exercer des activités de lobbyisme auprès d'un titulaire de charge publique sans être inscrit sur le registre des lobbyistes relativement à ces activités. Après avoir longuement expliqué la théorie de l'imprécision, le juge indique que dans ce cas, l'imprécision alléguée ne peut être contestée en vertu de la *Charte*. Il rappelle que la théorie de l'imprécision n'a pas d'existence autonome et doit toujours être basée sur la violation d'un droit garanti par la *Charte* afin d'acquérir un statut constitutionnel[331]. Réitérant que « les droits garantis par l'article 7 de la *Charte* ne peuvent s'interpréter de façon à inclure le droit d'exercer une profession sans aucune contrainte » et que « les contraintes de nature économique ne sont pas protégées par cet article », il conclut qu'une contrainte dans l'exercice d'une profession ne peut constituer une atteinte au droit à la vie, la liberté ou à la sécurité, ni à un autre droit protégé par la *Charte*[332].

Bref, le législateur a choisi d'assujettir l'obtention d'un contrat public à une autorisation préalable dont les critères de délivrance ont été décrits de façon imprécise. Il a volontairement choisi de peu baliser le large pouvoir discrétionnaire accordé à l'AMF en cette matière et ce, malgré les conséquences importantes résultant de la non-obtention par une entreprise de l'autorisation. Ces conséquences affecteront non seulement l'entreprise privée de la possibilité de faire affaires avec tout organisme public, mais également ses employés. Dans certains cas, l'impossibilité de faire affaire avec l'État provoquera la fin de l'entreprise. Ce régime d'autorisation préalable est de plus susceptible d'occasionner des répercussions à l'ensemble du système économique québécois. Ce libellé vague et ces effets sont préoccupants, non seulement parce que l'invalidation des dispositions législatives est peu probable (du moins, la théorie de l'imprécision ne sera pas suffisante pour contester les dispositions au motif qu'elles sont imprécises), mais aussi en raison de l'absence de mécanisme de révision ou d'appel des décisions de l'AMF quant aux demandes d'autorisation. Seulement la procédure en révision judiciaire des décisions administratives sera disponible notamment en cas d'excès de compétence ou lorsque le processus aura été entaché d'une irrégularité grave.

---

331. *Ibid.*, par. 131.
332. *Ibid.*, par. 132.

Conclusion

Les problématiques découlant de la *Loi sur l'intégrité*, loi confuse et imprécise adoptée dans la précipitation, sont nombreuses. Le survol effectué des principales dispositions a permis d'identifier plusieurs sources de difficultés d'application et de possibles contestations. Cette loi a le potentiel d'être à la fois inutile en ne rétablissant pas la confiance du public dans les marchés publics (puisque la population a d'abord des attentes quant à l'intégrité des fonctionnaires et membres du gouvernement), en plus d'être néfaste en punissant des entreprises injustement (entraînant des répercussions au niveau des emplois et de l'économie) et en détruisant la concurrence (engendrant une augmentation des prix pour les donneurs d'ouvrage). Les contraintes imposées par le nouveau système d'habilitation semblent aussi disproportionnées par rapport aux bénéfices réels qui en découleront : la lourdeur, la flexibilité réduite, les délais prévisibles tant dans l'attribution que l'exécution des contrats publics de même que les coûts importants (tant pour les entreprises présentant une demande d'autorisation que pour l'État qui devra assumer une part des frais de ce système) auraient pu être évités. De plus, la nécessité de ce nouveau régime est grandement discutable considérant les mesures législatives mises en place en 2009 et 2011 de même que les autres initiatives adoptées pour lutter contre la corruption dont l'UPAC et la CEIC. D'autant plus que les condamnations éventuelles des personnes impliquées dans les manigances de corruption devraient être suffisantes pour convaincre la population que justice a été rendue.

Il reste donc à voir si cette loi (ou du moins, certaines de ses dispositions) sera invalidée par les tribunaux, modulée par des amendements, politiques ou décisions, ou encore modifiée sous les pressions des lobbyistes. Les difficultés particulières examinées dans le cadre du présent texte, soit la confusion des objectifs législatifs de la *Loi sur l'intégrité* et l'imprécision de ses termes (plus particulièrement, du libellé de la discrétion accordée à l'AMF quant à la délivrance de l'habilitation), démontrent que cette loi demeure bien perfectible.

La Régie du logement, l'interdiction d'un animal de compagnie et son expulsion sans préjudice sérieux : abus de droit ou droit d'abus ?

Jean TURGEON

Résumé

En dépit des principes fondamentaux du droit québécois, de nombreuses décisions ordonnent le respect d'une clause d'interdiction des animaux dans un bail résidentiel en l'absence de tout préjudice causé par leur présence. Ce texte critique des décisions qui, systématiquement et sans discussion aucune, accueillent le recours du locateur parce qu'une telle clause est valide, raisonnable, librement consentie et que le signataire doit la respecter sans aucune réserve. Une décision forçant un locataire à se départir d'un animal dérangeant ou dangereux ou qui résilie un bail parce qu'un locataire est malpropre ou n'entretient pas correctement son logement est parfaitement acceptable et elle n'est nullement remise en question ici.

Dans un premier temps, il y a lieu de réfuter l'argument du caractère immuable et absolu de l'engagement d'un locataire signant une clause d'interdiction de garder des animaux. Pour ce faire, nous traiterons d'abord du rôle des articles 6, 7 et 1375 C.c.Q. dans l'interprétation et l'application des contrats, ce qui, avec le déclin de la volonté et de l'autonomie contractuelle, impose des règles impératives pour déterminer l'effet des contrats. Puis, il sera question de l'impact du contrat d'adhésion, du contrat de consommation et des règles spécifiques du domaine du bail résidentiel sur des clauses souvent imposées par un locateur. Ensuite, il y aura lieu d'examiner la notion même d'exercice raisonnable

des droits pour en voir les caractéristiques d'application. Ceci permettra de tracer la frontière entre l'exercice raisonnable des droits et l'abus de droit afin de juger du bien-fondé de l'expulsion d'un animal en l'absence de tout préjudice causé au locateur ou aux occupants d'un immeuble.

La Régie du logement, l'interdiction d'un animal de compagnie et son expulsion sans préjudice sérieux : abus de droit ou droit d'abus ?

Jean TURGEON*

Prolégomènes 291

1. Le mythe de la liberté contractuelle en matière de bail résidentiel 305

1.1. La préséance des articles 6, 7 et 1375 C.c.Q. sur le droit des contrats : du déclin de la loi des parties et de l'autonomie de la volonté 305

1.2. Le contrat d'adhésion 312

1.3. Le contrat de consommation 316

1.4. Le bail résidentiel 317

1.4.1. La nécessité d'un régime spécifique en droit du logement 317

1.4.2. La clause abusive 319

1.4.3. Des obligations impératives du locateur . . . 323

1.4.3.1. La libre jouissance des lieux 323

1.4.3.2. Les exemptions d'interdiction d'une obligation 328

* LL.L., LL.M., LL.D., avocat, professeur agrégé, Faculté de droit, Université Laval.

1.4.4. Des obligations impératives du locataire . . 337

1.4.4.1. La salubrité 338

1.4.4.2. Le maintien du logement en bon état 341

1.4.5. L'exécution en nature et les articles 1863 et 1973 C.c.Q. 342

1.5. La primauté des dispositions législatives sur les clauses contractuelles 345

2. La notion d'exercice raisonnable des droits et sa contrepartie négative, l'abus de droit 345

2.1. Le caractère raisonnable du comportement 348

2.2. La notion d'abus de droit 352

2.3. La bonne foi, l'abus de droit et le caractère excessif ou déraisonnable d'une obligation 355

2.4. La perspective d'une personne raisonnable 362

2.4.1. Le portait de la personne raisonnable 362

2.4.2. Le règlement d'immeuble, la saine gestion et l'effet d'entraînement 366

2.4.3. La zoothérapie 372

2.4.4. La jouissance normale des autres locataires et les troubles de voisinage. 378

2.4.4.1. Les principes généraux 379

2.4.4.2. L'impact sur une clause interdisant les animaux 385

Conclusion 391

Prolégomènes

Les fondements du droit québécois peuvent-ils justifier des ordonnances de la Régie du logement forçant des locataires à se départir de leur animal de compagnie en l'absence de tout problème causé par cette présence sous le seul prétexte qu'une clause du bail interdit les animaux ?

À ce sujet, il suffit de souligner la décision *Office municipal d'habitation de Pointe-Claire* c. *Coulombe*[1] où il fut ordonné à une dame âgée de 68 ans vivant seule, sans conjoint et sans enfant, de se départir de son chat pour l'unique raison que son bail interdisait la présence d'animaux dans les lieux loués. Elle avait acquis son chat en janvier 1991 et ce n'est qu'à la fin février 1992 que des employés chargés de l'entretien pénètrent dans son logement, remarquent le chat et le dénoncent. Deux semaines plus tard, la dame reçoit une mise en demeure de se conformer à son bail. Elle refuse. Devant la Régie du logement, tous les témoins admettent que le chat n'est source d'aucun problème et que son comportement ne cause aucun préjudice au locateur ou aux autres occupants[2]. Il est aussi établi que la dame, dépressive et malade, n'ayant pas les moyens financiers d'aller vivre ailleurs, avait repris le goût de vivre depuis l'acquisition de son chat : cela a été corroboré par trois médecins recommandant qu'elle puisse garder un animal[3]. Mais cela n'émeut nullement le tribunal qui considère froidement que la clause prohibitive est raisonnable, non abusive, que des locataires s'opposent à la présence d'animaux dans l'immeuble et que la dame est liée par un bail librement consenti ne contrevenant pas aux droits et libertés de la personne[4].

La Cour du Québec maintient la décision en révision étant d'avis qu'elle n'avait pas le choix de respecter l'avis de la majorité des occupants et que la clause, étant valide, devait être respectée[5]. Toutefois, la Cour supérieure annule cette décision, la considé-

1. *Office municipal d'habitation de Pointe-Claire* c. *Coulombe*, [1994] J.L. 79 (R.L.) ; J.E. 95-1257 (C.Q.) ; [1996] R.J.Q. 1902 (C.S.) ; [1999] R.J.Q.2348 (C.A.).
2. [1994] R.L. 79, 81 (R.L.).
3. *Ibid.,* 80-81 (R.L.).
4. *Ibid.*, 81-82 (R.L.).
5. [1996] R.J.Q. 1902-1903 (C.S.).

rant comme une erreur de compétence et manifestement déraisonnable dans les circonstances en raison de l'effet bénéfique du chat sur l'état de santé de la dame[6]. Mais l'affaire s'est poursuivie devant la Cour d'appel du Québec qui a rétabli la décision de la Régie du logement[7] parce qu'elle n'était pas manifestement déraisonnable et que les tribunaux siégeant en appel d'une décision de la Régie du logement devaient tenir compte de la clause privative restreignant le pouvoir d'intervention des tribunaux siégeant en appel[8].

Il convient de souligner immédiatement que cette décision de la Cour d'appel du Québec dans cette affaire *Coulombe* ne constitue pas une autorité significative validant les clauses interdisant les animaux[9]. Bien au contraire, il faut comprendre que la Cour d'appel est d'accord avec l'approche de la Cour supérieure à l'effet que l'application de la clause était déraisonnable. Cependant, elle devait renverser cette décision parce que les normes d'appel de décisions de la Régie du logement et de la Cour du Québec ne permettaient pas de juger à nouveau de l'affaire, mais seulement de décider si la décision attaquée était *manifestement* déraisonnable, ce qui n'était pas ici le cas selon la Cour d'appel[10].

Le jugement de la Régie du logement dans cette affaire *Coulombe* a été rendu en novembre 1993, peu avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* le 1er janvier 1994. Nous référons à cette affaire, qui, bien que rendue avant la réforme majeure du droit civil par le *Code civil du Québec*, demeure malheureusement indicative de la voie suivie par une grande majorité de jugements depuis 1994. Ces jugements ignorent totalement des aspects important de la réforme, en particulier les concepts de bonne foi et

---

6. *Ibid.*, 1903-1904.
7. [1999] R.J.Q. 2348 (C.A.), demande de pourvoi devant la Cour suprême du Canada refusée.
8. *Ibid.*, 2350 (C.A.).
9. Voir D. LLUELLES et B. MOORE, *Droit des obligations*, 2e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2012, nº 1841, note 111 ; P. GAGNON, « L'équité contractuelle en droit du logement depuis 1994 et l'interdiction conventionnelle relative aux animaux favoris », (1999) 59 *R. du B.* 333, 353.
10. À notre humble avis, il nous semble que la Cour d'appel aurait dû statuer qu'il y avait erreur de droit puisque des principes fondamentaux du *Code civil du Québec* étaient violés dans cette affaire. Comment une décision erronée en droit n'est pas manifestement déraisonnable ? Depuis l'arrêt *Dunsmuir* c. *Nouveau Brunswick*, 2008 CSC 9, la norme de révision de la décision manifestement déraisonnable n'est plus retenue, ayant été fondue dans celle de la décision raisonnable. Voir aussi les notes 32 et 33 plus bas.

de l'exercice raisonnable des droits imposés par les articles 6, 7 et 1375 C.c.Q. notamment.

Ce texte vise à remettre en question, et même à considérer comme erronées en droit, des décisions qui, systématiquement, sans discussion quelconque, accueillent un recours du locateur simplement parce qu'une clause interdisant les animaux dans les lieux loués est valide[11], raisonnable[12], librement consentie[13] et que le signataire doit la respecter sans aucune réserve. On remarque encore, presque 20 ans après l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, des jugements résiliant un bail et expulsant un locataire simplement en raison de la violation d'une clause interdisant les animaux[14]. De tels jugements font abstraction de nombreux principes fondamentaux du droit et de la dignité humaine.

Ce texte ne remet nullement en question une décision parfaitement justifiée de forcer un locataire à se départir d'un animal dérangeant ou dangereux[15], ni celle qui résilie un bail parce qu'un

---

11. *Castonguay* c. *Giguère*, 2012 QCRDL 19116 (R.L.) ; *Ciarlo* c. *Abdel-Razek*, 2012 QCRDL 39502 (R.L.), par. 57 ; *Bertrand* c. *Gratton*, 2010 QCRDL 27250 (R.L.) ; *Cloutier* c. *Pelletier*, 2011 QCRDL 8507 (R.L.) ; *Dakar Corp.* c. *Proulx*, 2010 QCRDL 5496 (R.L.), par. 65 ; *D'Astous* c. *Dufour D'Amours*, 2010 QCRDL 45608 (R.L.) ; *Résidences populaires Trifluviennes* c. *Blackburn*, 2011 QCRDL 5311 (R.L.).
12. Voir par exemple, *Office municipal d'habitation de Sept-Îles* c. *Bouchard,* [1995] J.L. 137 (R.L.) ; *Boudreau* c. *D'Astous*, [1997] J.L. 16 (R.L.) ; *Office municipal d'habitation de Charlesbourg* c. *Labrecque*, [1998] J.L. 65 (R.L.) ; *Vézina* c. *Dupont*, [1992] J.L. 180 (C.Q.) ; *Normandin* c. *Brassard*, (1988) Jurisprudence logement 11, nº 88-24 ; *Office municipal d'habitation de Trois-Rivières-Ouest* c. *Marchand*, [1995] J.L. 342 (R.L.) ; *Lapointe* c. *Gamache*, Régie du logement, 5 décembre 2007, nº 27-061221-003-G ; *7037457 Canada Inc.* c. *Audelin*, 2012 QCRDL 3059 (R.L.) ; *Couture* c. *Quessy-Santerre*, 2011 QCRDL 15335 (R.L.) ; *Domaine St-Martin* c. *Sahl*, 2011 QCRDL 10833 (R.L.) ; *Agence d'assurances Richard Simard inc.* c. *Patrice*, 2011 QCRDL 40543 (R.L.) ; *Résidences populaires Trifluviennes* c. *Blackburn*, 2011 QCRDL 5311 (R.L.).
13. Voir, par exemple, *Ciarlo* c. *Abdel-Razek*, 2012 QCRDL 39502 (R.L.), par. 59 ; *Saudelli* c. *Sénécal*, 2013 QCRDL 8083 (R.L.), par. 40 et 41 ; *Villa Belle Rivière de Richelieu Inc.* c. *Morin*, Jurisprudence Logement nº 91-65, 23 oct. 1991 ; *Office municipal d'habitation de Dégelis* c. *Lebrun*, [1994] J.L. 127 (C.Q.) ; *Office municipal d'habitation de Sept-Îles* c. *Hounsell*, J.E. 95-2184 (C.Q.) ; *Lapointe* c. *Gamache*, Régie du logement, 5 décembre 2007, nº 27-061221-003-G ; *Appartements Rockhill ltée* c. *Weiser*, 2011 QCRDL 7141 (R.L.) ; *7037457 Canada Inc.* c. *Audelin*, 2012 QCRDL 3059 (R.L.) ; *Bergeron* c. *J.M.*, 2010 QCRDL 46903 (R.L.) ; *Bissuel* c. *Ritchie*, 2010 QCRDL 36794 (R.L.) ; *Germain* c. *Wolthausen*, 2011 QCRDL 40918 (R.L.).
14. Voir par exemple, *Société immobilière Huot* c. *Morisette*, 2012 QCRDL 14482 (R.L.).
15. Voir *Dakar Corp.* c. *Proulx*, 2010 QCRDL 5496, (R.L.), par. 69 ; *Ramsumeer* c. *Pelletier*, 2009 QCRDL 2130 (R.L.) ; *Savard* c. *Gatineau (Office municipal d'habitation de),* 2011 QCCQ 679 (C.Q.) ; *Stafford* c. *Tellier*, 2011 QCRDL 22786 (R.L.).

locataire, malpropre et n'entretenant pas correctement les lieux, n'assume pas les responsabilités découlant de cette garde[16].

Cependant, cette approche systématiquement défavorable à la présence d'animaux, qui fut d'abord adoptée sans discussion antérieurement à l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* et suivie par la suite, est de plus en plus adéquatement contestée par une nouvelle approche plus respectueuse des principes fondamentaux du droit québécois d'aujourd'hui. Ce nouveau courant rejette l'argument de la cohérence entre les décisions administratives pour refuser de suivre le courant défavorable :

> [30] Le premier courant jurisprudentiel, plus conservateur, est à l'effet que la clause restrictive doit être respectée à la lettre, étant donné qu'elle émane de la liberté contractuelle des parties que le tribunal doit faire respecter, sans se questionner.
>
> [31] Le second courant, plus récent, est à l'effet qu'une clause restrictive relativement à la présence d'animaux, en l'absence de preuve de préjudices sérieux faite par le locateur, peut être réduite ou même annulée par le tribunal, par le biais de l'article 1901 du Code civil du Québec, lorsqu'une défense sérieuse présentée par le locataire démontre au tribunal, d'une manière crédible et probable, que le locataire subirait, en tenant compte des circonstances particulières mises en preuve, un préjudice sérieux et déraisonnable par l'application de la clause restrictive.
>
> [32] Évidemment, il va de soi que la cohérence entre les décisions doit absolument être recherchée par le tribunal ; cependant, il arrive parfois qu'il y ait différents points de vue qui méritent d'être considéré avec respect.
>
> [33] Le tribunal saisi d'une demande possède par définition toute l'indépendance requise pour entendre celle-ci avec « un esprit ouvert » et pour en disposer au meilleur de sa conscience, à la lumière des principes juridiques pertinents et des faits mis en preuve.

---

16. Voir *Daych* c. *Sullivan Royn*, 2011 QCRDL 28604 (R.L.) ; *Denis* c. *Grondin*, 2010 QCRDL 17000 (R.L.) ; *Denis* c. *Grondin*, 2010 QCRDL 43172 (R.L.) ; *DP Inc.* c. *Tremblay*, 2010 QCRDL 36098 (R.L.) ; *Gestion Bel investissement Inc.* c. *Cossette*, 2011 QCRDL 14225 (R.L.) ; *Hoffert* c. *Leblanc*, 2010 QCRDL 33193 (R.L.) ; *Marcil* c. *Dupuis*, 2011 QCRDL 6025 (R.L.) ; *Pannese* c. *Bérubé*, 2010 QCRDL 5873 (R.L.) ; *Stafford* c. *Tellier*, 2011 QCRDL 22786 (R.L.) ; *Lauzon* c. *Henderson*, 2012 QCRDL 20042 (R.L.).

[34] Sur ce point, l'article 23 alinéa 1 de la Charte des droits et libertés de la personne (L.R.Q., ch. C- 12) précise très clairement que :

> « 23. Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle. »[17]

Quant à la liberté du tribunal de s'écarter d'un courant, le même juge ajoute que :

> [37] Dans les arrêts *SITBA* c. *Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282 et *Tremblay* c. *Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952, la juge L'Heureux-Dubé souligne l'importance des mécanismes internes, mis en œuvre par les tribunaux administratifs, afin d'assurer la cohérence de leur propre jurisprudence. Tout en déclarant que si le processus institutionnalisé, de consultation est souhaitable et tout à fait compréhensible, il ne doit cependant pas constituer une entrave à la liberté des décideurs de trancher selon leur conscience et opinion (*Tremblay*, p. 971).
>
> [38] Le tribunal conclut donc qu'il serait déraisonnable en la présente instance, en absence d'une preuve sérieuse de préjudice de la part du locateur, de priver l'enfant des locataires du réconfort et de l'affection que lui procure son animal de compagnie.
>
> [39] La liberté contractuelle, bien qu'importante, doit parfois céder le pas devant des considérations humanitaires sérieuses.
>
> [40] L'être humain évolue et le droit, par conséquent, en fait autant ; ce qui fait que ce qui semblait être tout à fait raisonnable et parfaitement légal, à une certaine époque, devient parfois illégal et discutable, avec le passage du temps. Rappelons-nous qu'à une certaine époque, il était parfaitement acceptable et légal de conduire sa voiture en buvant une bière ; cela est tout à fait inadmissible et illégal aujourd'hui.
>
> [41] Le droit est à sa façon une « branche de la philosophie » qui codifie une façon particulière de voir les choses, à une époque précise de l'histoire de l'humanité ; il est donc normal, raisonnable et sain qu'il y ait parfois, plus d'une façon de voir les choses et qu'un

17. *Coop d'habitation La Maisonnée* c. *Boutin*, 2010 QCRDL 44956 (R.L.), par. 30-34. Voir aussi *Habitations Oasis de Pointe-St-Charles* c. *Caouette*, 2011 QCRDL 9747 (R.L.), par. 17.

débat d'idées en découle. C'est d'ailleurs pour cela que le Législateur a, avec sagesse, laissé une discrétion au Tribunal.[18]

Le problème d'une clause d'interdiction des animaux survient quand il y a une prohibition absolue d'avoir des animaux en tout temps[19] dans un logement[20], sans aucune distinction[21], précision ou justification[22] quelconque. L'application de la clause en raison de son caractère absolu peut devenir déraisonnable et excessif et ce, même si le tribunal accepte l'argument de la validité d'une telle clause[23]. Il est fondamental de faire la distinction entre la validité de la clause et la légalité des circonstances de son application. Même si le tribunal juge la clause valide et raisonnable, il doit refuser de lui donner effet quand l'exercice du droit reconnu par cette clause ne se fait pas de bonne foi, en contravention de l'article 6 C.c.Q. ou d'une manière excessive, déraisonnable ou dans le but de nuire à autrui, en dérogation de l'article 7 C.c.Q.

Une clause interdisant les animaux sans la permission du locateur est plus judicieuse[24] car le locateur ne peut refuser cette permission sans justification ou motif raisonnable. Le locateur a alors le fardeau de preuve de justifier son refus s'il veut faire appliquer la clause[25].

Une clause permettant les animaux, en autant que ceux-ci ne troublent pas la jouissance des lieux ou ne causent pas de préjudice sérieux aux occupants, respecte les normes fondamentales du

---

18. *Coop d'habitation La Maisonnée* c. *Boutin*, 2010 QCRDL 44956 (R.L.), par. 37-41.
19. Dans *Coopérative L'Arc-en-ciel* c. *Gagné*, 2010 QCRDL 16989 (R.L.), il y a une clause interdisant même la présence occasionnelle d'animaux de visiteurs.
20. Dans *Bouthillier* c. *Perron*, 2009 QCRDL 3838 (R.L.), le tribunal va même jusqu'à dire que la simple présence de quatre chats et d'un chien constituait en soi un préjudice sérieux justifiant la résiliation du bail.
21. Si un bail interdit les chiens, les reptiles et les oiseaux, ces interdictions se limitent à ces animaux et les chats sont donc permis : *Saudelli* c. *Sénécal*, 2013 QCRDL 8083 (R.L.), par. 19 et 39.
22. Des locateurs insèrent cette clause pour prévenir des problèmes et n'exigent pas son respect tant que les animaux ne causent pas de problèmes.
23. Si une clause d'un bail permet la présence de deux chiens, cela n'exclut pas la possibilité d'avoir d'autres animaux dont un chat : *Pourmand* c. *Gotsinas,* 2009 QCRDL 787 (R.L.).
24. Voir *Coopérative Les 6 soleils long* c. *Harvey*, 2011 QCRDL 3401 (R.L.) ; *Innovest Inc.* c. *Byron*, 2011 QCRDL 16184 (R.L.) ; *Ménard* c. *McNamara*, 2011 QCRDL 11521 (R.L.).
25. Dans *Normandin* c. *Brassard*, (1988) Jurisprudence logement 11, nº 88-24, la clause requérait la permission du locateur pour garder des animaux et il a refusé cette permission parce qu'il venait de mettre des tapis neufs. Le tribunal a jugé ce refus raisonnable. Cette décision ne tient pas compte de dispositions comme les articles 1862 et 1864 C.c.Q. imposant au locataire l'entretien des lieux loués...

Code civil du Québec[26] car son application est conforme aux articles 6, 7 et 1375 C.c.Q. En fait, une telle formulation est de nature déclaratoire puisqu'elle ne fait que prescrire les conditions d'exercice d'un droit que ce soit par un locateur ou un locataire. L'interdiction au locataire de garder chez lui un chien ou tout autre animal susceptible d'endommager l'appartement va dans le même sens[27].

L'obligation de l'exercice raisonnable des droits et l'interdiction de commettre un abus de droit doivent s'appliquer peu importe que l'on considère la clause interdisant les animaux soit légale ou non et même s'il n'y a pas de clause d'interdiction dans le bail résidentiel.

On peut aborder la contestation des clauses interdisant les animaux sous deux angles principaux. On peut attaquer la légalité de la clause, soit parce qu'elle porte atteinte à des droits garantis par la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*, soit parce qu'elle est déraisonnable ou abusive. Mais l'expérience démontre que ces essais sont infructueux jusqu'à présent[28]. On peut aussi contester la légalité de l'application de la clause dans les circonstances en démontrant que son exercice est déraisonnable, excessif ou abusif dans les circonstances.

C'est l'approche suivie ici. Ce texte vise à démontrer qu'une ordonnance de la Régie du logement forçant un locataire à se départir de son animal quand sa présence ne cause aucun problème est incorrecte parce qu'elle approuve un comportement prohibé par le *Code civil du Québec*. Il y a un exercice déraisonnable des droits du locateur. Une telle ordonnance viole de nombreux principes fondamentaux du droit civil et semble s'ériger comme un régime d'exception au régime général du *Code civil du Québec*. De plus, lorsqu'un locataire cherche à contester une décision le forçant à se départir de son animal, il fait face à un double défi. Il

---

26. Voir la clause mentionnée dans *Savard* c. *Gatineau (Office municipal d'habitation de)*, 2011 QCCQ 679 (C.Q.), par. 7.
27. On retrouve cette clause dans *Thériault* c. *Montgomery*, 2011 QCRDL 14381 (R.L.), laquelle comprend également l'interdiction de porter préjudice aux autres locataires. Le tribunal refuse la modification du bail parce que le bail actuel comprend déjà une clause ne permettant que les chats. C'est une mauvaise interprétation de la clause proposée car elle élargit la permission d'avoir des animaux. Les chiens et les autres animaux deviennent permis dans la mesure où ils n'endommagent pas les lieux ou ne causent pas préjudice aux autres occupants.
28. Voir, à titre d'exemple, les notes 11 à 13.

doit tout d'abord obtenir la permission d'en appeler en vertu de l'article 91 de la *Loi sur la Régie du logement*[29]. La revue des décisions à ce sujet révèle souvent un refus de la permission d'en appeler de la décision d'un tribunal administratif parce qu'elle n'est pas manifestement déraisonnable ou qu'elle ne comporte pas une faiblesse apparente[30]. Or, cette approche est discutable, car à l'étape de l'autorisation d'appel, il n'y a pas lieu de tenir compte de l'analyse de la norme de contrôle concernant la déférence requise à l'endroit d'un tribunal administratif, laquelle ne s'applique que

---

29. RLRQ, c. R-8.1. L'appel est possible sur permission d'un juge de la Cour du Québec « lorsque la question en jeu en est une qui devrait être soumise à la Cour du Québec ». Un premier écueil se présente ici pour le locataire car il lui faut démontrer que la question est méritoire, c'est-à-dire sérieuse, nouvelle, d'intérêt général ou controversée : voir D. LAMY, *L'appel à la Cour du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, 195. Pour une étude de ces critères, voir D. LAMY, préc., 195-220. Il y a discussion en jurisprudence sur le caractère cumulatif ou non de ces critères, bien que la tendance la plus récente n'exige pas ce caractère cumulatif : D. LAMY, préc., 220-224. Peut aussi être acceptée comme motif d'appel la question qui met en cause, d'après l'appréciation du tribunal, les intérêts supérieurs de la justice : cela inclut la faiblesse apparente de la décision en raison de l'erreur de droit commise et l'erreur manifeste dans l'appréciation de la preuve si cela a pour effet d'entraîner des conséquences préjudiciables ou une injustice sérieuse ou flagrante pour une partie : D. LAMY, préc., 224-239. La présence d'une erreur de droit majeure dans l'interprétation ou l'application d'un article du *Code civil du Québec* peut constituer une erreur de droit préjudiciable ; D. LAMY, préc., 230. L'obtention de la permission d'appeler est donc loin d'être acquise.
30. Voir à titre d'exemple, *Office municipal d'habitation* c. *Luce*, 2012 QCCQ 15422 (C.Q.) ; *Office municipal d'habitation de Pointe-Claire* c. *Coulombe*, [1994] J.L. 79 (R.L.), J.E. 95-1257 (C.Q.), [1996] R.J.Q. 1902 (C.S.), [1999] R.J.Q. 2348 (C.A) ; *Savard* c. *Gatineau (Office municipal d'habitation de)*, 2011 QCCQ 679 ; *Roussel* c. *Éveil de Pointe-St-Charles*, 2007 QCCQ 8259 (C.Q.), confirmée par 2007 QCCS 5629 ; *OMH de Pointe-Claire* c. *Rouleau*, [2001] J.L. 211, 15 juin 2001 (C.S.). Dans l'affaire *Coulombe*, la Cour d'appel accueille l'appel parce que la Cour supérieure a commis une erreur manifeste dans l'application des règles de droit en renversant une décision qui n'était manifestement pas déraisonnable. L'appréciation de ce qui est un abus de droit ne pourrait être déraisonnable, car pour apprécier correctement un abus de droit, encore faut-il bien caractériser ce concept. S'il y a erreur dans la compréhension du concept, il y a une erreur de droit. Dans *Terrasses Greenfield Canada Inc.* c. *Hughes*, 20-11-2001, C.Q. nº 505-02-016120-010, il faut démontrer qu'il est de l'intérêt supérieur de la justice de permettre l'appel et qu'il n'y a pas lieu de voir si le juge a commis une erreur de droit, mais bien qu'il y a une question d'intérêt général que la Cour devrait trancher. Dans *Office municipal d'habitation* c. *Luce*, 2012 QCCQ 15422 (C.Q.), la cour accepte une permission d'appeler en raison de la faiblesse apparente d'un jugement parce que la régisseure aurait accepté une preuve insuffisante quant à la zoothérapie. La cour, par. 27, juge que la faiblesse apparente d'un jugement « ...inclut le concept de l'erreur en droit, l'atteinte aux règles de justice naturelle et/ou une erreur manifeste de l'appréciation des faits mis en preuve ». L'absence de discussion sur l'exercice raisonnable ou non des droits ne devrait-il pas constituer une faiblesse apparente d'un jugement ? Dans *J.L.* c. *Coopérative de l'Ébène*, [2005] J.L. 57 (C.Q.), un jugement de la Cour du Québec corrige la situation et accueille un appel en considérant le caractère raisonnable ou non de l'application de la clause interdisant les animaux sur la base de l'article 1901 C.c.Q.

sur le fond de l'appel[31]. Puis, une fois la permission d'appeler obtenue, l'examen de l'appel d'un tribunal administratif doit se faire avec une déférence plus ou moins grande en raison de la spécialisation du tribunal administratif. Cependant, en matière d'analyse de la norme de contrôle, il faut retenir que la Cour suprême du Canada, en 2008, a remplacé le critère de révision très exigeant de la décision manifestement déraisonnable et celui de la décision raisonnable *simpliciter* d'un tribunal administratif par une seule norme, celle de la décision raisonnable[32]. Mais cette simplification d'analyse de la norme de contrôle limitée à deux aspects, la décision correcte et la décision raisonnable, ne résout pas pour autant tous les problèmes du locataire, car il peut lui rester encore à passer outre la réticence d'intervention des tribunaux d'appel compte tenu de leur déférence pour les tribunaux administratifs spécialisés[33]. Une fois toutes ces questions réglées, l'article

---

31. D. LAMY, préc., note 29, 159-167. L'analyse de la norme de contrôle était autrefois connue sous le nom de l'« analyse pragmatique et fonctionnelle ».
32. La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Dunsmuir* c. *Nouveau Brunswick*, 2008 CSC 9, a reformulé les normes de révision des décisions des tribunaux administratifs. La norme de la décision manifestement déraisonnable qui accordait la plus grande déférence au tribunal administratif n'est plus retenue. Selon la décision attaquée, il pouvait falloir autrefois démontrer le caractère fautif manifestement flagrant de la décision pour en obtenir la révision. La norme de la décision raisonnable est plus souple et n'exige plus, pour une intervention en révision ou en appel, la preuve du caractère manifestement déraisonnable de la décision contestée. Il ne faut pas confondre la norme de contrôle de la décision raisonnable avec le concept d'exercice raisonnable des droits prévu par le *Code civil du Québec*. Le caractère raisonnable d'une décision provient de la justification d'une décision qui est transparente et intelligible dans sa motivation et dont le résultat est une des issues acceptables pouvant se justifier à l'égard des faits et du droit : *Dunsmuir* c. *Nouveau Brunswick*, 2008 CSC 9, par. 47.
33. L'étude de cette question complexe déborde le sujet de ce texte. Pour un examen poussé de cette question de l'application de la norme de contrôle en appel pour une décision de la Régie du logement, voir D. LAMY, préc., note 29, 299-469. Soulignons qu'il existe une approche qui applique l'analyse relative à la norme de contrôle à l'appel d'une décision et une autre approche qui ne l'applique pas donnant ainsi la possibilité au tribunal d'appel de rendre la décision appropriée sans déférence pour le tribunal administratif : voir D. LAMY, préc., note 29, 309-325. Cette approche serait en voie d'être écartée cependant : *Montréal (Ville de)* c. *Gyulai*, 2011 QCCA 238 ; *Nechi Investments Inc.* c. *Autorité des marchés financiers,* 2011 QCCA 214 ; *Montréal (Ville de)* c. *Cour du Québec*, 2011 QCCS 818 ; *Simard* c. *Richard,* 2010 QCCS 3986, confirmée en appel, *Simard* c. *Vien*, 2010 QCCA 2371 ; *Reich* c. *Francescangeli*, 2011 QCCQ 1137. Et lorsque le tribunal d'appel applique la norme de contrôle, doit-il appliquer la norme de la décision correcte, plus souple d'application, ou celle de la décision raisonnable qui est plus contraignante et impose un certain degré de déférence pour le tribunal administratif ? La norme de la décision correcte devrait s'appliquer lorsque la Régie du logement interprète des articles qui ne relèvent pas de son champ d'expertise comme par exemple l'application des articles 6, 7 et 1375 C.c.Q. : voir D. LAMY, préc., note 29, 436 ; *Investissements Mooncrest inc.* c. *Union canadienne (L'), compagnie d'assurances*, 2010 QCCS 103, confirmée par 2010 QCCA 531. Cependant, le tribunal d'appel devrait utiliser la norme de la décision raisonnable et faire preuve de déférence si la

101 de la *Loi sur la Régie du logement* prévoit que le « tribunal peut confirmer, modifier ou infirmer la décision qui fait l'objet de l'appel et rendre le jugement qui aurait dû être rendu ».

Lorsqu'un animal est dérangeant ou source d'inconvénients sérieux, le droit du locateur d'expulser l'animal ou de mettre fin au problème existe[34] sans qu'il soit besoin d'invoquer une clause interdisant de garder des animaux dans les lieux loués[35]. Toutefois, la simple présence d'un animal sans preuve de préjudice sérieux ne peut occasionner une résiliation du bail[36].

Il arrive souvent que le locateur obtienne jugement en sa faveur en s'appuyant sur des jugements qui ont accueilli son recours pour le simple motif que la clause était raisonnable et qu'il fallait la respecter. Cependant, on constate que ces jugements indiquent rarement pourquoi cette clause est raisonnable[37]. L'aspect raisonnable de la clause semble donc aller de soi et être une évidence n'ayant pas besoin d'être expliquée, ni examinée. Ce motif a été régulièrement accepté dans des décisions antérieures à l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* en 1994 et il a continué d'être accepté par la suite[38] sans tenir compte des changements qui se sont produits dans l'état du droit.

Régie du logement applique les articles du *Code civil du Québec* relatif au bail résidentiel : D. LAMY, préc., note 29, 437-438 ; *Investissements Mooncrest inc.* c. *Union canadienne (L'), compagnie d'assurances*, 2010 QCCS 103, confirmée par 2010 QCCA 531. Toutefois, l'application des articles relatifs au bail résidentiel ne doit pas se faire au détriment des principes fondamentaux du *Code civil du Québec* tels les articles 6, 7 et 1375 C.c.Q. De plus, dans l'application de la décision raisonnable, il faut qu'une personne raisonnable arrive à des conclusions semblables en regardant la preuve : D. LAMY, préc., note 29, 459.

34. Articles 1860, 1862, 1863, 1911 et 1912 C.c.Q. notamment.
35. *Gosselin* c. *Morin*, 2010 QCRDL 32831 (R.L.) ; *Gagné* c. *Langelier*, 2010 QCRDL 6099 (R.L.) ; *Gestion Bel investissement Inc.* c. *Cossette*, 2011 QCRDL 14225 (R.L.) ; *Hoffert* c. *Leblanc*, 2010 QCRDL 33193 (R.L.). La renonciation du locateur à l'application de la clause n'y change rien : voir *Carrier* c. *Lajoie*, 2011 QCRDL 17830 (R.L.).
36. *Krynska* c. *Langlois*, 2012 QCRDL 39399 (R.L.) ; *Lauzon* c. *Henderson*, 2012 QCRDL 20042 (R.L.).
37. Dans *Cloutier* c. *Pelletier*, 2011 QCRDL 8507 (R.L.), *Lavertu* c. *Ruel*, 2011 QCRDL 39929 ; *Lasalle* c. *Desrosiers*, 2010 QCRDL 19419 (R.L.), *Shoiry* c. *Dallaire*, 2010 QCRDL 46381 (R.L.), *Société en commandite Immeubles Sébastien* c. *Chamberland,* 2011 QCRDL 23523 (R.L.), *Société en commandite Immeubles Sébastien* c. *Gervais*, 2011 QCRDL 14228 (R.L.), la clause fut jugée valide car elle visait à maintenir la bonne qualité des logements et du voisinage. Cela signifierait que la présence de quelque animal que ce soit est toujours une source sérieuse de dommages dans un logement et de dérangement du bon voisinage. Nous ne connaissons aucune étude scientifique sérieuse permettant d'établir une telle proposition.
38. Voir *supra*, note 12.

Toutefois, un courant plus adapté au nouveau droit prend forme. À titre d'exemple, dans l'affaire *OMH de Pointe-Claire* c. *Rouleau*[39], la Cour supérieure a maintenu une décision de la Cour du Québec jugeant qu'il était déraisonnable que le locataire se départisse de son animal, malgré l'existence d'une clause du bail interdisant la présence des animaux car cette clause était abusive[40].

Il y a une distinction importante entre la clause en elle-même abusive ou déraisonnable[41], en raison du pouvoir abusif d'une partie qui l'impose au contrat, et l'utilisation déraisonnable du pouvoir découlant de la clause qui devient abusif : dans le premier cas, la clause est abusive alors que dans le second, c'est l'exercice du pouvoir qui l'est et qui devient un abus de droit[42]. Une clause non abusive en soi peut donc le devenir en raison de son application[43]. La notion de clause abusive se distingue donc de celle de l'abus de droit : il faut se rappeler que l'abus de droit découle de la manière dont une personne exerce un droit, lequel peut, en lui-même, ne pas être abusif[44]. Par ailleurs, l'exercice abusif d'un droit peut survenir dans tout type de contrat et être sanctionné alors que la clause abusive n'est sanctionnée que dans les contrats d'adhésion, de consommation[45] et de bail résidentiel[46].

L'abus de droit et la clause abusive ont en commun la manière excessive et déraisonnable allant à l'encontre de la bonne foi. Il faut aussi noter en matière de logement que l'article 1901

---

39. *OMH de Pointe-Claire* c. *Rouleau*, [2001] J.L. 211, 15 juin 2001 (C.S.). Les faits de cette affaire remontent à peu de temps avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*.
40. Il est à noter que le même locateur était partie aussi à l'affaire *Coulombe* précitée, qui a eu un résultat différent. Ici, la décision de la Cour du Québec, qui renversait les décisions antérieures et permettait la conservation du chat, a été maintenue par la Cour supérieure.
41. L'appréciation du caractère abusif peut se faire par l'examen intrinsèque de la clause pour voir si, par sa nature même, elle est excessive et déraisonnable. On peut aussi voir si la combinaison de cette clause avec les autres clauses du contrat ne crée pas l'effet excessif et déraisonnable : J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 6e éd. par P.-G. JOBIN avec la collaboration de N. VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, nº 115.
42. B. MOORE, « Les clauses abusives : dix ans après », (2003) 63 *R. du B.* 59, 89.
43. D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 9, nº 1847 et 1849.
44. V. KARIM, *Les obligations*, 3e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, vol. 1, p. 667 ; J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 41, nº 110. Il peut arriver qu'une personne exerce abusivement un droit lui-même abusif et alors, les deux concepts seront exceptionnellement réunis.
45. V. KARIM, préc., note 44, vol. 1, p. 667.
46. Article 1901 C.c.Q.

C.c.Q. donne une définition particulière de la clause abusive en énonçant que la clause « qui impose au locataire une obligation qui est, compte tenu des circonstances, déraisonnable » est abusive. La clause n'a donc pas besoin d'être excessive pour être abusive, mais simplement déraisonnable dans les circonstances. Comme une obligation imposée au locataire doit être raisonnable dans les circonstances, cela indique la nécessité de se placer résolument dans l'axe de la protection des droits du locataire. L'article 1901 C.c.Q. modifie spécifiquement l'examen des circonstances par une personne raisonnable puisque celle-ci se doit de privilégier l'approche du locataire, mais toujours dans une recherche du caractère raisonnable de la situation dans les circonstances soumises. Un auteur émet l'avis que des décisions relatives aux clauses prohibitives de garder des animaux dans des logements, ne les considèrent généralement pas abusives, mais qu'elles le deviennent quand on les applique à des personnes qui « ressentent un bienfait tout particulier de la présence d'un animal de compagnie »[47].

Que la clause soit abusive ou que son exercice devienne un abus de droit, il s'agit de deux dérogations à l'obligation d'agir de bonne foi[48]. Il en découle donc que, si la clause ou son exercice s'avère déraisonnable, le recours du créancier de l'obligation doit être rejeté. On peut certes démontrer que la clause est déraisonnable, mais il sera généralement plus facile de démontrer que son exercice est déraisonnable parce qu'il suffit simplement de prouver son caractère déraisonnable dans les circonstances précises du cas. On n'a pas à prouver que, dans toutes les circonstances quelles qu'elles soient, l'application de la clause est déraisonnable. C'est l'approche suivie dans le présent texte.

Aussi, il peut falloir apprécier la clause dans le contexte de son application et les conséquences qui en découlent, car les circonstances peuvent influencer le caractère abusif de la clause[49] et faire en sorte qu'une clause qui ne semble pas abusive le devienne dans son application[50]. Par exemple, même si on considère qu'une clause interdisant les animaux dans un bail de logement ne serait pas abusive en principe, son application peut le devenir si on en

47. B. MOORE, préc., note 42, p. 71.
48. Articles 6,7 et 1375 C.c.Q.
49. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 41, n°s 123-125 ; V. KARIM, préc., note 44, vol. 1, p. 663.
50. V. KARIM, préc., note 44, vol. 1, p. 663.

demande le respect contre une personne ressentant un bienfait particulier produit par la présence d'un animal de compagnie[51]. Il faut, bien sûr, respecter le bien-être des autres occupants et ne pas leur causer préjudice, ce qui est la norme du bon sens[52]. D'ailleurs, même en l'absence d'une clause prohibitive, un locataire ne peut avoir un animal qui cause un préjudice aux autres locataires ou aux autres occupants d'un immeuble.

Il n'est pas suffisant pour le locateur d'invoquer que le bail prévoit l'interdiction de garder un animal pour lui donner raison. Il faut que ce droit d'exiger le respect de la clause s'exerce de bonne foi[53], sans intention ou résultat de nuire au locataire et cela, selon la perspective d'une personne raisonnable. L'exercice déraisonnable des droits fait perdre toute légitimité à celui qui veut en forcer l'exécution et le tribunal doit dans ce cas refuser d'accueillir le recours. L'exercice raisonnable des droits est, depuis 1994, une valeur fondamentale du *Code civil du Québec* qui doit être respectée et appliquée par tous.

Des arguments relatifs à la validité de la clause deviennent non pertinents pour expulser l'animal sans préjudice sérieux lorsqu'il est question de l'exercice raisonnable des droits. Les arguments tels l'acceptation de la clause qui a été librement consentie, l'effet d'entraînement si on tolère la dérogation à la clause, la nécessité d'une saine gestion des lieux etc., ne sont pas pertinents pour déterminer si le locateur exerce ses droits de manière raisonnable sans intention, ou effet, de nuire aux droits du locataire. Pour écarter l'animal, le locateur doit nécessairement invoquer une violation des règles applicables au bail de logement comme le préjudice sérieux, le trouble de jouissance, la nuisance causant des troubles de voisinage etc., et il ne peut se contenter simplement de l'existence de la clause pour en demander l'exécution.

Le fardeau de preuve est beaucoup moins lourd pour le locataire dans le cas d'une contestation fondée sur un exercice déraisonnable des droits que pour la contestation de la validité même de la clause. Cela est conforme à l'esprit régissant les règles législatives du bail de logement et nous amène à nous poser la question, compte tenu de l'esprit et la lettre des dispositions

---

51. D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 9, nº 1841.
52. D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 9, nº 1841, note 111.
53. *Girard* c. *Savoie*, 2010 QCRDL 32932 (R.L.), par. 26.

législatives, s'il ne faudrait pas systématiquement juger déraisonnable la demande du locateur en l'absence de violation des règles du *Code civil du Québec* quant au bail de logement, sous forme d'un préjudice sérieux, de troubles de voisinage, de jouissance des lieux loués ou de l'impossibilité des autres occupants de l'immeuble de jouir paisiblement des lieux.

On pourrait être tenté d'alléguer que le locataire violant une clause de son bail interdisant la présence d'animaux ne pourrait pas invoquer l'exercice déraisonnable du droit du locateur de faire respecter la clause parce qu'il s'est lui-même mis dans cette situation fautive. Toutefois, comme ce qui est proscrit, c'est l'exercice déraisonnable, excessif ou abusif d'un droit, il n'y a pas lieu de distinguer entre la légalité ou l'illégalité de l'élément déclencheur de cet exercice du droit. L'exercice d'un droit ne devient pas raisonnable simplement parce que ce droit a été violé. Le droit est une chose, son exercice raisonnable en est une autre. Comme nous allons le voir, ce n'est pas la légitimité du droit qui est remise en cause, mais bien le moyen utilisé ou sa pertinence pour le faire valoir. L'importance de la violation du droit est à considérer dans la détermination de l'exercice raisonnable d'un droit suite à cette violation.

Dans un premier temps, il y a lieu de réfuter l'argument du caractère immuable et absolu de l'engagement d'un locataire signant une clause d'interdiction de garder des animaux. Pour ce faire, nous traiterons d'abord du rôle des articles 6, 7 et 1375 C.c.Q. dans l'interprétation et l'application des contrats, ce qui, avec le déclin de la volonté et de l'autonomie contractuelle, impose des règles impératives pour déterminer l'effet des contrats. Puis, il sera question de l'impact du contrat d'adhésion, du contrat de consommation et des règles spécifiques du domaine du bail résidentiel sur des clauses souvent imposées par un locateur. Dans un second temps, il y aura lieu d'examiner la notion même d'exercice raisonnable des droits pour en voir les caractéristiques d'application. Cela permettra de tracer la frontière entre l'exercice raisonnable des droits et l'abus de droit afin de juger du bien-fondé de l'expulsion d'un animal en l'absence de tout préjudice causé au locateur ou aux occupants d'un immeuble.

1. Le mythe de la liberté contractuelle en matière de bail résidentiel

1.1. La préséance des articles 6, 7 et 1375 C.c.Q. sur le droit des contrats : du déclin de la loi des parties et de l'autonomie de la volonté

L'approche de nombreux jugements donnant effet à la clause d'un bail résidentiel interdisant catégoriquement les animaux simplement parce qu'elle est librement consentie[54] et que le signataire doit la respecter sans aucune réserve[55] se base sur la prémisse que le contrat est la loi des parties et que toute personne signataire d'un contrat doit le respecter. Or, comme nous allons le voir, cette règle est loin d'être absolue puisqu'elle cède le pas à deux autres règles, soit celle de l'exercice raisonnable des droits et celle voulant que la loi soit supérieure au contrat. Cette dernière règle a comme conséquence qu'un contrat ne puisse pas déroger à la loi.

Les concepts de bonne foi et d'exercice raisonnable des droits sont fondamentaux dans le *Code civil du Québec* et doivent prévaloir sur les règles contractuelles car ils sont hiérarchiquement supérieurs[56]. De fait, ils agissent comme des normes de contrôle des droits contractuels[57], des « chiens de garde » pour éviter qu'une personne use de ses droits à mauvais escient[58]. Ce ne sont pas simplement des obligations morales, mais bien des obligations légales avec leurs propres sanctions[59]. La bonne foi fait désormais partie des principes généraux du droit des obligations[60].

---

54. Voir *supra*, note 13.
55. Certaines décisions, même si elles jugent valide la clause interdisant les animaux, résilient le bail mais seulement à la date d'expiration du bail si l'animal ne cause pas de préjudice sérieux et que le locataire démontre qu'il n'aurait jamais signé le bail si la clause prohibitive était appliquée : voir *Khondaker* c. *Spiropoulos*, 2011 QCRDL 12947. Dans ce cas, le préjudice causé au locataire par l'exercice déraisonnable des droits est moindre car il peut se trouver un autre logement et demeurer dans les lieux loués jusqu'à l'expiration de son bail au lieu de devoir quitter immédiatement le logement ou se départir de son animal dans un délai très court.
56. B. LEFEBVRE, « La bonne foi : notion protéiforme », (1996) 26 *R.D.U.S.* 321, 348. Voir aussi L. ROLLAND, « La bonne foi dans le *Code civil du Québec* : du général au particulier », (1996) 26 *R.D.U.S.* 377, 379.
57. B. LEFEBVRE, préc., note 56, 349.
58. B. LEFEBVRE, préc., note 56, 347.
59. V. KARIM, « Preuve et présomption de bonne foi », (1996) 26 *R.D.U.S.* 429, 431.
60. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 41, nº 92.

Puisque les obligations de bonne foi et d'exercice raisonnable des droits sont des éléments modérateurs imposant des limites à la liberté contractuelle[61], le chat ou tout autre animal ne causant aucun problème peut-il donner lieu à l'application de la clause prohibitive absolue ou inconditionnelle de garder des animaux dans un logement sans qu'il y ait violation des règles des articles 6, 7 et 1375 C.c.Q. ?

Les articles 6 et 7 C.c.Q. se retrouvent dans les dispositions du Livre premier du *Code civil du Québec*. Ils imposent l'obligation d'agir de bonne foi dans l'exercice des droits et interdisent l'usage d'un droit d'une manière excessive ou déraisonnable allant à l'encontre de la bonne foi ou pour nuire à autrui. Pour plus de certitude, cette obligation de bonne foi est rappelée à l'article 1375 C.c.Q., au début du Livre 5 relatif aux obligations, à titre de disposition générale, et elle impose l'exigence de la bonne foi à la naissance de l'obligation, durant son exécution et lors de son extinction.

Conséquence concrète de l'insertion de ces règles dans le *Code civil du Québec*, la loi des parties n'est plus absolue, l'adoption de la théorie de l'abus de droit établissant un ordre juridique faisant primer une nouvelle morale contractuelle[62]. Historiquement, les principes de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle se fondent sur la supposée égalité de tous, avec la conséquence que si un individu contracte, c'est qu'il le veut bien et qu'on ne doit pas intervenir dans cette libre expression[63]. Il en découle alors que le contrat devient la loi des parties et qu'il ne peut être injuste puisqu'il est librement voulu[64]. Le respect obligatoire du contrat fondé sur l'autonomie de la volonté tire ses origines de l'ancien droit français, de la théorie du contrat social et du droit français moderne marqué par la Révolution française de 1789 qui prônait l'égalité de tous et la liberté totale des citoyens[65].

---

61. N. CROTEAU, « Le contrôle des clauses abusives dans le contrat d'adhésion et la notion de bonne foi », (1996) 26 *R.D.U.S.* 400, 408.
62. C. PERRAULT et F. BEAUDRY, « Récents développements en matière d'abus de droit : où en sommes-nous ? » dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 231, *Développements récents sur les abus de droit*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 289, 291.
63. C. PERRAULT et F. BEAUDRY, préc., note 62, 291.
64. C. PERRAULT et F. BEAUDRY, préc., note 62, 289, 291 et 324.
65. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 41, nos 74-75.

Mais cette approche, se fondant sur le libéralisme économique et la théorie de l'égalité et de la liberté des individus, s'écarte considérablement de la réalité sociale, humaine et économique contemporaine et est révolue en raison de son absolutisme[66]. La notion d'abus de droit pose le défi de concilier la liberté contractuelle, la stabilité et la sécurité des contrats avec la justice contractuelle[67].

Le *Code civil du Québec* a opéré un renversement du courant du droit contractuel strict pour le soumettre à des valeurs plus importantes qui transcendent le contrat lui-même et qui intègrent des obligations implicites de bonne foi, d'équité et de loyauté[68]. La liberté contractuelle, toujours reconnue, n'est plus une valeur absolue puisqu'elle doit coexister avec la justice contractuelle, et même lui céder le pas, si le contrat est inéquitable ou abusif. C'est le cas lorsqu'il faut protéger une partie plus faible que l'autre[69]. Laisser aux seuls contractants le soin de fixer les obligations de tout contrat encourage l'injustice en privilégiant la loi du plus fort et il revient à l'État de prévoir un équilibre contractuel[70]. Faire primer la liberté de la volonté sur la justice et permettre ainsi des abus est devenu inacceptable dans notre société civiliste[71]. L'autonomie de la volonté est maintenant vue comme « étant trop souvent un ferment d'injustice »[72].

Cette nouvelle moralité contractuelle provient de l'évolution sociale. Si autrefois, les contractants pouvaient être plutôt considérés comme de forces égales, rendant plus difficile de déterminer la partie dominante, de nos jours cependant, ce n'est plus le cas, car la majorité des contrats sont conclus entre des parties aux forces inégales, ce qui force les tribunaux à rétablir l'équilibre quand cela est nécessaire[73]. C'est pourquoi l'article 1375 C.c.Q., en prévoyant l'exigence de bonne foi dans les rapports contractuels, permet de sanctionner un contractant cherchant à profiter de sa force de manière capricieuse, de mauvaise foi, sans raison valable

---

66. C. PERRAULT et F. BEAUDRY, préc., note 62, 289, 291-292.
67. C. PERRAULT et F. BEAUDRY, préc., note 62, 289, 292.
68. *Ibid.*
69. *Coop d'habitation La Maisonnée* c. *Boutin*, 2010 QCRDL 44956 (R.L.), par. 22-27.
70. C. PERRAULT et F. BEAUDRY, préc., note 62, 327, citant J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 5e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, nº 84, p. 104.
71. C. PERRAULT et F. BEAUDRY, préc., note 62, 289, 329.
72. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 41, nº 97.
73. C. PERRAULT et F. BEAUDRY, préc., note 62, 289, 329.

ou dans l'intention de nuire[74]. Il n'est même point besoin de la preuve d'une intention de nuire, la simple témérité ou négligence étant suffisante[75].

Le concept de l'autonomie des volontés qui fait loi ne peut faire obstacle à ceux de bonne foi, de conduite raisonnable et d'abus de droit, conformes aux principes fondamentaux du droit civil[76], et qui doivent primer la volonté contractuelle :

> Mais, de façon plus fondamentale, la théorie de l'abus des droits contractuels remplit aujourd'hui une importante fonction à la fois sociale et économique, celle d'un contrôle nécessaire des droits contractuels. Bien qu'elle puisse représenter un écart par rapport à la conception absolutiste des décennies antérieures, qu'illustre la célèbre maxime «la volonté des parties fait loi», elle s'inscrit dans la tendance actuelle à concevoir les droits et obligations sous l'angle de la justice et de l'équité (...). S'il y a risque d'introduire ainsi une certaine incertitude dans les rapports contractuels, c'est là un juste prix à payer pour l'acceptation de la théorie de l'abus des droits ; cette incertitude peut d'ailleurs être contrebalancée par la présomption de bonne foi, qui demeure le pilier des relations contractuelles.[77]

L'autonomie de la volonté a comme conséquence la liberté contractuelle[78] qui sous-tend trois conséquences : « le contrat est supérieur à la loi, la volonté seule crée l'obligation et le contrat librement consenti est toujours conforme à la justice et à l'intérêt social »[79]. Cette conception de l'autonomie de la volonté fonde l'idée voulant qu'« un contrat est un contrat » avec, comme conséquence, que le respect de la parole ou de la signature doive prévaloir.

Or, il importe de souligner que le droit québécois, particulièrement le *Code civil du Québec*, ne reconnaît pas que le contrat est supérieur à la loi : bien au contraire, selon l'article 1372 C.c.Q., le contrat n'existe que si la loi le permet et, tant le législateur que le

---

74. J.-L.BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 7e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, nº 1-259, p. 216 ; C. PERRAULT et F. BEAUDRY, préc., note 62, 289, 449.
75. J.-L.BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, préc., note 74, nº 1-262, p. 219.
76. *Houle* c. *Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122, 145.
77. *Houle* c. *Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122, 145 ; voir aussi au même effet, *Coop d'habitation La Maisonnée* c. *Boutin*, 2010 QCRDL 44956 (R.L.), par. 24-25.
78. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 41, nº 75.
79. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 41, nº 76.

juge, conservent le droit de contrôler la cause du contrat (art. 1411 C.c.Q.) : par conséquent, la liberté contractuelle est assujettie à l'intérêt social[80]. L'article 1623 C.c.Q., relatif aux clauses pénales abusives, rejette aussi le principe de l'autonomie de la volonté[81]. La seule volonté ne crée pas l'obligation non plus, car accorder un tel pouvoir absolu à la volonté pourrait devenir une source d'injustice quand l'enjeu contractuel est considérable : la loi impose même un formalisme pour des contrats spécifiques tels le mariage, la donation et l'hypothèque mobilière[82]. Enfin, il convient de noter que le *Code civil du Québec* atténue la suprématie de la volonté d'une partie contractante en situation d'autorité avec diverses règles relatives au contrat d'adhésion, au contrat de consommation et au bail résidentiel.

L'autonomie de la volonté et l'absolutisme contractuel sont donc supplantés par les règles impératives du *Code civil du Québec*. Mais l'examen de la jurisprudence montre que la Régie du logement donne très souvent raison au locateur en s'appuyant systématiquement et régulièrement sur la raisonnabilité de la clause, la libre signature du bail et sur l'obligation de respecter cette signature pour forcer le respect de la clause d'interdiction d'animaux dans un logement malgré l'absence de preuve d'un quelconque inconvénient causé par leur présence[83]. Plus même, beaucoup de jugements reconnaissent l'absence totale de préjudice causé par la présence de l'animal[84], mais refusent d'en tenir compte en raison du caractère absolu qu'ils accordent au contrat signé.

Or, il est manifeste que cette approche de la Régie du logement, en 2013, près de 20 ans après l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, ne tient pas compte de l'évolution du droit, ni même de l'état du droit antérieur à cette évolution. Il est reconnu que ce concept d'autonomie de la volonté est trop absolu et qu'il n'a jamais été appliqué dans toute son intégralité en droit québécois[85]. Malgré cela, de très nombreuses décisions rendues en matière de bail d'habitation attribuent au locateur le droit de

---

80. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 41, nos 77-79 et 88-91.
81. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 41, no 118.
82. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 41, no 85.
83. Voir *supra*, jurisprudence citée aux notes 11 à 13.
84. Voir notamment *Office municipal d'habitation de Pointe-Claire* c. *Coulombe* [1994] J.L. 79 (R.L.), J.E. 95-1257 (C.Q.), [1996] R.J.Q. 1902 (C.S.), [1999] R.J.Q. 2348 (C.A.) ; *Bourdeau* c. *Dubé*, 2010 QCRDL 26731 (R.L.).
85. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 41, no 71.

dicter à ses locataires ce qu'ils peuvent faire ou ne pas faire dans leur logement. Ce faisant, elles ignorent ou refusent d'appliquer le droit tel qu'il existe aujourd'hui, notamment le respect de la vie privée et la jouissance paisible des lieux reconnus non seulement par le *Code civil du Québec*, mais aussi par la *Charte des droits et libertés de la personne*[86].

Le locateur est souvent favorisé par l'argument de la clause signée, car la Régie du logement y voit à la fois connaissance et acceptation de l'interdiction par le locataire. Mais le consentement découlant d'une signature n'est pas toujours valide, des exceptions importantes étant reconnues en droit. Il est acquis que lorsqu'on donne son accord à un contrat, on doit en principe le respecter. Toutefois, des règles tempèrent l'absolutisme d'un contrat, ce qui est oublié par de nombreuses décisions de la Régie du logement s'appuyant catégoriquement sur l'acceptation du bail pour faire valoir l'interdiction de garder un animal. Si tous les contrats étaient inattaquables, on n'aurait pas besoin de lois, ni de tribunaux pour corriger des abus contractuels ...

Depuis 1994, le *Code civil du Québec* modifie des règles traditionnellement appliquées et prévoit impérativement que les droits découlant d'un contrat doivent s'exercer de bonne foi, sans objectif ou résultat de nuire à autrui, d'une manière non excessive ou déraisonnable et ce, tant à la signature du contrat que dans son exécution ou sa terminaison (art. 6, 7 et 1375 C.c.Q.). Nous ne connaissons aucune autorité établissant l'inapplication de ces fondements du droit civil en matière de logement. Au contraire, il existe des décisions faisant référence à cette obligation de bonne foi dans les litiges impliquant la juridiction de la Régie du logement[87].

De plus, s'appuyer exclusivement sur l'existence d'une interdiction dans un bail résidentiel a souvent comme seul résultat de nuire au locataire qui se voit privé de droits fondamentaux reconnus par le *Code civil du Québec* et la *Charte des droits et libertés de*

---

86. On pourrait aussi remettre en cause le caractère déraisonnable d'une telle approche.
87. Voir particulièrement *Belliard* c. *Venne*, 2013 QCRDL 10665 (R.L.), où le tribunal, au par. 225, cite un extrait d'une autre décision de la Régie du logement, *Ducharme* c. *Lebrun* ; *Huot* c. *Martineau*, 2 novembre 2004, REJB 2004-80132 (C.S.) ; *Langenberg* c. *Le 1530 Victoria*, [2005] J.L. 14 (R.L.) ; *Lapointe* c. *Gamache*, 5 février 2008, Régie du logement, nº 27-061221-003-G (Bureau de Salaberry-de-Valleyfield).

la personne du Québec. Il suffit de penser à la libre jouissance de ses biens et du droit de propriété[88], au respect de sa vie privée[89] et même au droit à la dignité[90].

Le problème est particulièrement criant pour des personnes en situation de vulnérabilité comme les personnes âgées[91]. Le principe de la liberté contractuelle se fonde sur la validité d'un consentement libre et éclairé et sur la capacité de veiller à ses intérêts[92]. Cette capacité n'existe plus quand une personne est en situation de vulnérabilité par rapport à une autre qui profite de cette vulnérabilité pour lui imposer ses propres intérêts[93]. Pourtant, l'article 48 de la *Charte des droits et libertés de la personne* reconnaît qu'une personne âgée ou handicapée doit être protégée contre toute forme d'exploitation.

On devrait aussi considérer comme vulnérables les personnes ayant des moyens financiers limités et qui, par exemple, ne peuvent habiter que dans des logements subventionnés[94]. Ces

---

88. Articles 36(1) et 947 C.c.Q., 6 de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*. Voir M.A. GRÉGOIRE et S. GRATTON, « La légalité des baux de résidences privées pour personnes âgées : Étude réflexive sur l'effectivité des droits dans un contexte de vieillissement de la population », (2011) 70 *R. du B.* 475, 496-499.
89. Articles 3, 35 C.c.Q. et 5 de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*.
90. Article 4 de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne.* Ce droit à la dignité, malgré ses contours flous, peut quand même être violé si un locateur se sert de sa position de force pour faire valoir son point de vue en imposant une clause prohibitive. Ceci peut faire naître un sentiment d'infériorité chez le locataire qui se sent humilié parce qu'incapable de se défendre et dans une position d'extrême vulnérabilité en raison de son âge, de son handicap ou de son statut économique ou social. Une personne peut se sentir incapable de garder son animal parce qu'on abuse de sa situation de faiblesse.
91. L'affaire *Office municipal d'habitation de Pointe-Claire* c. *Coulombe*, [1994] J.L. 79 (R.L.), J.E. 95-1257 (C.Q.), [1996] R.J.Q. 1902 (C.S.), [1999] R.J.Q. 2348 (C.A.), mentionnée en introduction en est un cas patent.
92. Voir M.A. GRÉGOIRE et S. GRATTON, préc., note 88, 497.
93. Voir M.A. GRÉGOIRE et S. GRATTON, préc., note 88, 497.
94. On relève de nombreuses décisions contestant le droit d'un locataire d'avoir un animal impliquant des offices municipaux d'habitation et des organismes procurant des logements à loyer modique : voir notamment *D.C.* c. *Berthierville (Office municipal d'habitation)*, 2012 QCCQ 1524 ; *Office municipal d'habitation* c. *Luce*, 2012 QCCQ 15422 (C.Q.) ; *Office municipal d'habitation de Sept-Îles* c. *Bouchard*, [1995] J.L. 137 (R.L.) ; *Office municipal d'habitation de Charlesbourg* c. *Labrecque*, [1998] J.L. 65 (R.L.) ; *Office municipal d'habitation de Trois-Rivières-Ouest* c. *Marchand*, [1995] J.L. 342 (R.L.) ; *Office municipal d'habitation de Dégelis* c. *Lebrun*, [1994] J.L. 127 (C.Q.) ; *Office municipal d'habitation de Sept-Îles* c. *Hounsell*, J.E. 95-2184 (C.Q.) ; *Coop. d'habitation La Maisonnée* c. *Boutin*, 2010 QCRDL 44956 (R.L.) ; *Coopérative L'Arc-en-ciel* c. *Gagné*, 2010 QCRDL 16989 (R.L) ; *OMH de Pointe-Claire* c. *Rouleau* [2001] J.L. 211, 15 juin 2001 (C.S.) ; *Coop d'habitation R. Pageau du Christ-Roi* c. *Rivest*, 2011 QCRDL 48840

personnes sont d'une extrême vulnérabilité car elles n'ont aucun pouvoir de négociation et font face à une structure organisée possédant les ressources financières nécessaires pour pouvoir imposer leur loi.

Par conséquent, une clause prohibitive d'animaux insérée dans un bail de logement ne peut régler définitivement la situation contrairement à ce qu'affirment de nombreuses décisions de la Régie du logement. Ces décisions ignorent la position du législateur et des tribunaux supérieurs qui ne reconnaissent pas le caractère absolu des contrats. Le bail résidentiel ne doit pas être une exception à cette position.

1.2. Le contrat d'adhésion

Le contrat de bail résidentiel peut être de gré à gré, mais il devient un contrat d'adhésion si les conditions de l'article 1379 C.c.Q., l'imposition des stipulations essentielles par le locateur et l'impossibilité de les discuter, sont présentes[95].

Selon Jobin, le louage résidentiel est un

> terrain fertile pour le développement des contrats d'adhésion. À cause de la rareté relative des logements disponibles, spécialement des logements bon marché, et du pouvoir de fait que possède alors le locateur de dicter les termes du bail, il est devenu banal de le voir imposer au locataire des obligations ou des restrictions abusives, léonines ou contraires aux droits et libertés fondamentaux.[96]

Dans ce cas, une clause abusive peut être déclarée nulle (art. 1437 et 1901 C.c.Q.). Il ne peut y avoir de négociation quand une partie indique clairement qu'elle ne négocie pas, indépendamment de leur rapport de force[97]. Toutefois, le défaut de discuter les

---

(R.L.) ; *Office municipal d'habitation de Lachute* c. *Létourneau*, [2004] J.L. 211 (R.L.).

95. Article 1379 C.c.Q. : D.C. LAMONTAGNE et B. LAROCHELLE, « Le louage », dans *Droit spécialisé des contrats*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, vol. 1, p. 271 ; V. KARIM, préc., note 44, vol. 1, p. 162. Dans *Bellerive* c. *Grenier*, 2010 QCRDL 5007 (R.L.), le tribunal annule un bail et les règlements l'accompagnant car la locataire l'avait signé par peur de perdre son logement. La crainte viciant le consentement a été invoquée comme motif d'annulation (art. 1403 C.c.Q.). Mais ce bail a aussi toutes les caractéristiques d'un contrat d'adhésion.
96. P.-G. JOBIN, *Le louage*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 277, nº 109. Voir aussi *Coop d'habitation La Maisonnée* c. *Boutin*, 2010 QCRDL 44956 (R.L.), par. 21.
97. V. KARIM, préc., note 44, vol. 1, p. 162 et 173.

clauses essentielles d'un contrat n'en fait pas un contrat d'adhésion, encore faut-il que le locataire n'ait pas pu en négocier librement les conditions[98]. Mais la possibilité de discussion peut devenir théorique si, comme conséquence du refus des conditions proposées, la personne doit renoncer au service ou au bien offert et le tribunal pourra alors juger qu'il s'agit d'un contrat d'adhésion[99]. C'est aussi le cas s'il est impossible pour une partie de se procurer ailleurs le même produit ou service[100]. Il arrive que les tribunaux se concentrent moins sur les questions des stipulations essentielles et de l'impossibilité de négocier pour examiner le déséquilibre du rapport de force et la possibilité pour la personne jugée la plus faible de contracter ailleurs[101].

Si la clause d'interdiction des animaux ne peut être discutée, elle peut devenir, pour le locataire, une stipulation essentielle créatrice d'un contrat d'adhésion. Le contexte du bail locatif résidentiel peut donc faire en sorte qu'il s'agisse souvent d'un contrat d'adhésion[102]. Comme le souligne Karim, divers facteurs, dont la standardisation de la vie moderne, font que de nombreux contrats de la vie courante sont de véritables contrats d'adhésion[103]. Il est alors difficile parler de véritable liberté contractuelle et de valider un tel contrat au motif qu'il a été librement consenti[104] car il n'y a pas de liberté de discussion[105].

Un contrat type obligatoire de la Régie du logement doit être utilisé pour le bail résidentiel et il est diffusé par Les Publications du Québec. Ce n'est pas nécessairement un contrat d'adhésion, car il faut rencontrer ces conditions[106]. Ce formulaire ne serait pas un contrat d'adhésion car il n'est pas imposé, ni rédigé par une partie[107]. Même si le bail de logement est réglementé par le

---

98. D.C. LAMONTAGNE et B. LAROCHELLE, préc., note 95, vol. 1, p. 279, note 17. Il pourrait alors être plaidé que l'autre partie n'a pas tenté de discuter : J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 41, nº 56.
99. V. KARIM, préc., note 44, vol. 1, p. 174 ; J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 41, nº 56.
100. V. KARIM, préc., note 44, vol. 1, p. 173.
101. V. KARIM, préc., note 44, vol. 1, p. 171.
102. B. MOORE, préc., note 42, 84, le prend pour acquis, ou à tout le moins estime que la plupart du temps, il s'agit d'un contrat d'adhésion.
103. V. KARIM, préc., note 44, vol. 1, p. 159.
104. Voir *supra*, note 13.
105. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 41, nº 208.
106. D.C. LAMONTAGNE et B. LAROCHELLE, préc., note 95, vol. 1, p. 273.
107. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 41, nº 56 ; V. KARIM, préc., note 44, vol. 1, p. 180-181. On pourrait cependant souligner que la Régie du logement, par l'inscription dans son formulaire de bail obligatoire, encourage

gouvernement, il n'en reste pas moins que la réglementation n'est que partielle et que les parties peuvent négocier certaines des conditions du bail. Si des clauses ajoutées à ce formulaire par le locateur constituent des stipulations essentielles non négociables aux yeux du locataire, cela devient un contrat d'adhésion[108].

Le futur locataire fait face à deux défis au départ : tout d'abord il y a le fait que le contrat est indiqué comme obligatoire selon la Régie du logement, un organisme de l'État et ensuite, le locateur se trouve en bonne position pour indiquer ses propres volontés en raison du marché et du faible pouvoir réel de négociation du locataire. Le locateur peut aussi faire des pressions pour dire que le futur locataire n'a pas le choix et qu'il louera à d'autres personnes si ses conditions ne sont pas acceptées. Dans ce contexte, il est difficile d'y voir de libres négociations et une acceptation réelle des conditions du bail. Dans l'affaire *Amselem*[109], la Cour suprême du Canada a indiqué qu'il n'y avait pas de négociations véritables dans une situation où une partie n'a pas le choix d'accepter les conditions de l'autre si elle désire obtenir ce qu'elle veut.

La rareté des logements disponibles met les locateurs dans une situation de force qui leur permet d'imposer leurs conditions. Cela est vrai durant la période habituelle de signature des baux et encore plus en dehors de cette période. Dans les grandes villes du Québec, ou dans certains secteurs de ces villes, le taux d'inoccupation se situerait souvent à moins de 2 %, ce qui ne laisse pratiquement aucune marge de manœuvre aux locataires pour discuter des conditions du bail, le locateur sachant fort bien qu'il peut trouver des locataires qui accepteront ses conditions parce qu'ils n'auront pas le choix. De plus, lorsqu'il s'agit d'un bail dans un logement à loyer modique (HLM) géré par un office municipal d'habitation, tout le contenu du bail est déterminé d'avance et il ne laisse pas normalement de place à la libre négociation. Le bail de logement devient donc un contrat d'adhésion dans le cas de

---

à tout le moins indirectement, l'insertion de clauses interdisant les animaux. En effet, même si le formulaire comporte une mention que le locataire peut garder des animaux (cocher la case oui ou non), il reste que le locateur peut être incité, en voyant cette possibilité d'interdire les animaux, à s'en prévaloir sans avoir de véritables raisons pour le faire...

108. V. KARIM, préc., note 44, vol. 1, p. 169 ; *Fram* c. *Office municipal d'habitation de Pointe-Claire*, REJB 1998-10775, J.E. 98-1402 (C.Q.).

109. *Syndicat Northcrest* c. *Amselem*, 2004 CSC 47.

baux impliquant des offices municipaux d'habitation. La Cour du Québec, dans l'affaire *OMH de Pointe-Claire* c. *Fram*[110], confirmée par la Cour supérieure[111], indique qu'il s'agit manifestement d'un contrat d'adhésion. Enfin, les baux des coopératives d'habitation sont aussi des baux uniformes qui, en principe, ne laissent pas vraiment de place à la libre négociation et ils seront aussi des contrats d'adhésion.

Par conséquent, dès que le locataire ne peut négocier les conditions essentielles du bail, cela devient un contrat d'adhésion. Si des clauses peuvent être négociées et d'autres non, ce pourra aussi être un contrat d'adhésion si une clause jugée essentielle ne peut pas être négociée. Ce sera le cas par exemple si le locateur insiste sur la clause interdisant la présence d'animaux et qu'il refuse de louer si le locataire n'accepte pas de s'y conformer. La clause elle-même peut alors être abusive ou à tout le moins sa demande d'exécution peut le devenir dans les circonstances. Si le locataire est mal pris et qu'il doit signer le contrat, on ne peut pas dire qu'il consent librement au contrat. Ce n'est pas parce que d'autres logements pourraient être disponibles ailleurs que le contrat cesse d'être un contrat d'adhésion ou que le consentement demeure libre et éclairé.

Le contrat devient d'adhésion dès que des clauses essentielles sont imposées par une partie (le locateur) et il ne cesse pas de l'être parce que l'autre partie (le locataire) aurait peut-être pu négocier de meilleures conditions ailleurs. Limiter la notion du contrat d'adhésion aux seuls contrats dont il est impossible de trouver une autre partie plus conciliante constitue une lecture incorrecte de la notion de contrat d'adhésion prévue à l'article 1379 C.c.Q. et cela n'est pas conforme à l'intention du législateur qui l'a édicté. Plus grave encore, cela empêche la réalisation d'un objectif législatif important en le rendant quasiment inapplicable en pratique. Le tribunal de la Régie du logement doit vérifier si le bail est un contrat que le locataire ne pouvait librement négocier et, dans l'affirmative, en tenir compte pour constater le caractère abusif de la clause d'interdiction ou de son exercice.

110. J.E. 98-1402 (C.Q.).
111. J.E. 2001-1304 (C.S.).

1.3. Le contrat de consommation

On peut se demander si le contrat de consommation inclut le bail résidentiel selon la définition de l'article 1384 C.c.Q. En effet, le contrat de consommation se définit comme « celui par lequel une personne physique se procure des biens ou des services, à des fins personnelles, familiales ou domestiques, auprès d'une autre personne qui offre ces biens dans le cadre d'une entreprise qu'elle exploite »[112]. Il est vrai que l'article 1384 C.c.Q. indique que le champ d'application est délimité par les lois concernant la protection du consommateur. Les dispositions du *Code civil du Québec* relatives au bail de logement peuvent-elles être jugées comme des lois relatives à la protection du consommateur ? Une interprétation libérale pourrait faire croire que oui. En effet, le locataire est une personne qui loue à des fins personnelles ou familiales des biens auprès d'un locateur. Contrairement à la *Loi sur la protection du consommateur*[113], le *Code civil du Québec* ne limite pas sa définition à des biens mobiliers. D'ailleurs, la *Loi sur le courtage immobilier*[114] est jugée comme une loi de protection des consommateurs de biens immobiliers[115] et il serait illogique d'interpréter les dispositions du bail résidentiel du *Code civil du Québec*, dont plusieurs sont réputées d'ordre public de protection, comme ne faisant pas partie d'un contrat de consommation quand les éléments fondamentaux de la définition de l'article 1384 C.c.Q. sont présents.

Sera donc un contrat de consommation régi par les règles du *Code civil du Québec*, le bail de logement conclu entre un consommateur et une entreprise. Il reste à déterminer quand l'autre partie sera celle qui « offre de tels biens ou services dans le cadre d'une entreprise qu'elle exploite » (art. 1384 C.c.Q.). Il faut évidemment renvoyer à la description d'exploitation d'une entreprise au sens de l'article 1525 C.c.Q. Si le locateur est une personne qui loue un logement de son sous-sol et que c'est le seul logement qu'il loue, on peut dire qu'il n'exploite pas une entreprise en pratique[116], mais il n'en va pas de même quand le locateur loue systématiquement de nombreux logements ou s'il est une personne

112. V. KARIM, préc., note 44, vol. 1, p. 203.
113. RLRQ, c. P-40.1.
114. RLRQ, c. C-73.2.
115. Voir *Belgo-Fisher (Canada) inc.* c. *Lindsay*, [1988] R.J.Q. 1223, 1235 (C.A.).
116. Mais une interprétation très large et littérale de l'article 1525 C.c.Q. pourrait conclure autrement.

morale ou une société détenant et louant plusieurs dizaines de logements. Même si le contrat de bail est réglementé, il reste néanmoins assujetti aux règles du *Code civil du Québec* qui s'appliquent aussi au contrat de consommation.

1.4. Le bail résidentiel

Le bail résidentiel est un contrat soumis au droit des obligations en général et aux autres dispositions du *Code civil du Québec* pouvant imposer des dispositions impératives ou avoir des répercussions sur son application. Les articles 6, 7 et 1375 C.c.Q. obligent les parties à exercer leurs droits de manière raisonnable et sans abus[117]. Un droit cesse d'être légitime quand son exercice, selon l'appréciation d'une personne raisonnable, révèle de la mauvaise foi ou l'intention de nuire. De plus, quand le résultat de son exercice, selon une personne raisonnable, apparaît excessif ou déraisonnable dans les circonstances pour la victime, cela devient une faute. Mais la détermination de ce qui est raisonnable ou abusif en matière de logement est colorée par de nombreuses dispositions du *Code civil du Québec* dont, au départ, les dispositions du louage des articles 1851 C.c.Q. et suivants, puis, plus particulièrement, par celles s'appliquant au bail d'un logement qui sont prévues aux articles 1892 à 2000 C.c.Q. Le bail résidentiel peut aussi devenir un contrat d'adhésion ou de consommation lorsque les circonstances de l'article 1379 C.c.Q. sont présentes.

Il y a donc lieu d'examiner ces règles du bail et leur nécessité pour évaluer leur impact sur l'application d'une clause d'interdiction des animaux dans un bail résidentiel.

1.4.1. La nécessité d'un régime spécifique en droit du logement

Le droit de propriété est souvent vu comme absolu, mais il est néanmoins nécessaire d'imposer des limites à son usage[118]. Chacun doit pouvoir jouir de ses droits dans un régime axé sur la tolérance où ce droit de propriété doit être circonscrit pour tenir compte des droits des voisins et nécessitant des compromis pour une cohabitation paisible[119]. Dans notre société contemporaine, il

---

117. Voir aussi *Dolbec* c. *Gestion immobilière Carlie inc.*, 2009 QCRDL 2124 (R.L.), par. 72 ; *Gosselin* c. *Morin*, 2010 QCRDL 32831 (R.L.), par. 81.
118. C. PERRAULT et F. BEAUDRY, préc., note 62, 398. Voir aussi A. MAYRAND, « L'abus des droits en France et au Québec », (1974) 9 *R.J.T.* 321.
119. C. PERRAULT et F. BEAUDRY, préc., note 62, 398.

s'avère impossible de concevoir un droit de propriété absolu qui permettrait à une personne d'exiger par exemple qu'aucune particule polluante ne tombe sur son terrain ou qu'aucune musique ou bruit quelconque d'un voisin ne soit entendu chez elle[120].

En matière de bail résidentiel, il est mentionné dans un jugement que :

> La société québécoise reconnaît, depuis plusieurs années, l'importance de la solidarité sociale en matière de logement résidentiel-locatif qui est régi, à cause de cela, par des normes plus élaborées que celles qui régissent le marché des immeubles « purement commerciaux », où on retrouve une plus grande liberté contractuelle.[121]

Le principe du caractère juste et social du contrat, invoqué pour le respect du contrat, ne tient pas compte de la réalité quotidienne où les parties ne sont presque jamais à égalité, car le plus fort dicte le plus souvent sa volonté au plus faible, éliminant ainsi la liberté de discussion du contrat[122]. L'État doit donc intervenir pour protéger les économiquement faibles et éviter leur exploitation systématique[123]. De plus, il est faux d'affirmer que la somme des intérêts individuels équivaut à l'intérêt général, la notion d'intérêt social n'étant pas uniforme et devant être harmonisée avec les intérêts de divers groupes sociaux parfois divergents (patrons et employés, fonctionnaires et État, etc.)[124]. Le libre jeu des activités individuelles n'est pas, sur le plan économique, le meilleur ordre économique et l'État doit intervenir pour « canaliser les activités économiques et les réorienter vers un but social (...) un libéralisme économique complet peut conduire à des déséquilibres, car les initiatives privées ne s'orientent pas, en général, dans le secteur des activités les plus utiles, mais dans celui des activités les plus rentables »[125].

La doctrine fait remarquer que des abus de droit surviennent souvent dans des situations de relations contractuelles durables, notamment entre locateurs et locataires, et impliquent « certains écarts entre la pratique courante et la lettre du contrat »[126]. C'est

---

120. *Ibid.*
121. *Coop d'habitation La Maisonnée* c. *Boutin,* 2010 QCRDL 44956 (R.L.), par. 14.
122. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 41, nº 90.
123. *Ibid.*
124. *Ibid.*
125. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 41, nº 91.
126. C. PERRAULT et F. BEAUDRY, préc., note 62, 385.

certes une situation où la tolérance doit intervenir et la détermination des droits, ou plutôt l'exigence du respect d'un droit contractuel, risque fort de mettre en cause la bonne foi et le caractère raisonnable de l'exercice du droit. Dans bien des endroits, les animaux sont acceptés ou encore le locateur n'en fait pas de cas même si le bail contient une clause prohibitive tant que leur présence n'est pas véritablement problématique.

Nous avons vu plus haut que le contrat de bail résidentiel peut être un contrat d'adhésion lorsqu'il rencontre les conditions de l'article 1379 C.c.Q. Mais même s'il n'est pas juridiquement un contrat d'adhésion, la rareté des logements et le rapport de force entre locateur et locataire nécessite l'établissement de règles particulières adaptées au contexte.

1.4.2. La clause abusive

L'article 1901 C.c.Q. est une règle propre au louage résidentiel rendant nulle ou réductible l'obligation résultant d'une clause abusive ou déraisonnable. Il interdit une clause qui prévoit une peine dont le montant excède la valeur du préjudice subi par le locateur. Est également proscrite toute obligation déraisonnable imposée au locataire dans les circonstances du cas. On peut se demander si la peine de se départir d'un animal est un montant qui excède le préjudice subi par le locateur, surtout lorsqu'il n'y a aucun préjudice réellement subi. En effet, la peine est le paiement pour le défaut d'inexécution d'une obligation et on sait que dorénavant l'article 1553 C.c.Q. établit que le paiement comprend une somme d'argent et inclut aussi l'exécution même de l'obligation. Par ailleurs, l'article 1901 C.c.Q. laisse au tribunal le soin de déterminer si l'obligation est déraisonnable dans les circonstances qui lui sont soumises[127]. Le caractère déraisonnable d'une clause « s'apprécie en fonction de la disproportion entre les presta-

127. Une clause pénale de 6,000 $ pour garde d'animaux dans les lieux loués a été jugée abusive et annulée par le tribunal : *Condo Place Valduo (Savanna Management Inc.)* c. *Favreau*, [1995] J.L. 13 (R.L.). Dans *Éthier* c. *Dutrisac*, 2010 QCRDL 40288 (R.L.), une clause pénale stipulant des frais de 50 $ par mois pour garde d'animaux en dérogation du règlement d'immeuble, bien que jugée valide, fut déclarée abusive parce qu'aucun préjudice proportionnel à la pénalité n'a été prouvé : le tribunal réduit l'obligation à 0 $, aucune plainte, ni dommage matériel n'ayant été prouvé. Une clause prévoyant une augmentation de loyer mensuelle pour la garde d'un chien fut jugée abusive dans *Paquet* c. *Alarie*, R.L., Québec, 18-090826-020G, 5 oct. 2009, indiquée dans P. GAGNON et I. JODOIN, *Louer un logement*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, 82.

tions respectives des parties et des avantages qu'elles retirent chacune du contrat »[128].

L'article 1901 C.c.Q. est délibérément rédigé en des termes généraux pour atteindre son objectif de réprimer toute clause abusive ou déraisonnable et il évite le piège de la description de certaines circonstances spécifiques[129] qui risqueraient de conduire à une interprétation restrictive des cas d'abus. Même si des décisions jugent valide en principe une clause interdisant les animaux, celle-ci peut néanmoins être jugée déraisonnable et abusive en vertu de l'article 1901 C.c.Q.[130]. On notera une décision de la Cour du Québec qui rejette clairement la justification de l'entente valide et librement négociée pour l'application d'une clause d'interdiction des animaux quand il faut déterminer si une obligation est déraisonnable en vertu de l'article 1901 C.c.Q.[131].

Cet article 1901 du *Code civil du Québec* reprend l'article 1664.11 C.c.B.C.[132]. On remarque que si l'interprétation était timide sous le *Code civil du Bas Canada*, elle est résolument plus libérale et étendue maintenant grâce à la présence de l'article 1437 C.c.Q. dont il est une application particulière[133]. Le tribunal possède la discrétion nécessaire pour apprécier la clause et, en l'absence d'un préjudice sérieux causé au locateur, il peut réduire ou annuler la clause parce qu'elle est abusive s'il est prouvé qu'elle cause un préjudice sérieux et déraisonnable au locataire[134].

Le locateur résidentiel ne peut agir de manière discriminatoire à l'égard d'un locataire, ni adopter un comportement abusif à son endroit. Cela résulte des articles 1899 à 1902 C.c.Q.[135]. Il ne

---

128. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 41, nº 115.
129. P.-G. JOBIN, préc., note 96, 280, nº 110.
130. *Germain* c. *Wolthausen*, 2011 QCRDL 40918 (R.L.), par. 33. Dans *Investissements Gregor enr.* c. *Beaudry-Picard*, 2012 QCRDL 6567 (R.L.), cette clause est jugée « neutre », donc non abusive ni déraisonnable selon l'article 1901 C.c.Q., sans aucun examen des fondements de l'article 1901 C.c.Q. pour parvenir à cette conclusion. Voir aussi *Agence d'assurances Richard Simard inc.* c. *Patrice*, 2011 QCRDL 40543 (R.L.) ; *Ciarlo* c. *Abdel-Razek*, 2012 QCRDL 39502 (R.L.), par. 57.
131. *Office municipal d'habitation* c. *Luce,* 2012 QCCQ 15422 (C.Q.), par. 52 à 57.
132. Dans *Office municipal d'habitation de Montréal* c. *Wilson*, [1977] R.L. 257 (C.P.), la cour annule une clause d'interdiction des animaux jugeant que son imposition après 7 mois d'occupation était excessive et exorbitante. La locataire avait son animal qui était permis depuis plusieurs années et l'Office avait décidé de modifier par la suite cette règle pour interdire les animaux.
133. B. MOORE, préc., note 42, 64 ; P. GAGNON, préc., note 9, 338.
134. *Appartements Rockhill ltée* c. *Weiser*, 2011 QCRDL 7141 (R.L.), par. 22.
135. D.C. LAMONTAGNE et B. LAROCHELLE, préc., note 95, vol. 1, p. 428.

peut donc garder lui-même des animaux ou permettre à certains locataires d'en avoir et, en même temps, imposer à d'autres locataires le respect d'une clause d'interdiction d'animaux dans leurs logements[136].

La Régie du logement a statué jadis qu'une clause d'interdiction d'animaux dans les lieux loués n'était pas en soi déraisonnable, ni contraire à l'article 1664.11 C.c.B.C.[137]. Cette position est généralement maintenue en vertu de l'article 1901 C.c.Q. sous réserve parfois d'exceptions lorsqu'il y a une preuve d'utilité de la zoothérapie[138]. Cela porte flanc à la critique car même si on admet la validité de la clause, le tribunal n'est nullement dispensé de son obligation de statuer si l'exercice du droit du locateur est raisonnable ou non[139]. La validité d'une clause ne doit pas faciliter la preuve du locateur en créant une présomption d'exercice raisonnable des droits en sa faveur, ni de rendre raisonnable l'absence d'inconvénient ou de préjudice réel du locateur sans égard aux inconvénients, ennuis et problèmes unilatéraux du locataire[140].

Dans la décision *Complexe funéraire Michel Léveillé* c. *Gagné*[141], la Régie du logement se met à l'heure des principes du *Code civil du Québec* lorsqu'elle refuse d'ordonner l'exécution de la clause prohibitive parce qu'il serait déraisonnable de le faire en l'espèce, cette clause étant sujette au pouvoir d'appréciation discrétionnaire du tribunal en vertu de l'article 1901 C.c.Q. En matière de logement, le rôle du tribunal est de rétablir l'équilibre

---

136. Cela fut pourtant admis dans *Cloutier* c. *Pelletier*, 2011 QCRDL 8507 (R.L.), où le tribunal n'a pas traité de cette tolérance pour les autres locataires.
137. T. ROUSSEAU-HOULE et M. de BILLY, *Le bail du logement : analyse de la jurisprudence*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, 87, renvoyant à l'affaire *Pinsonneault* c. *Watson*, J.L. 87-51.
138. *Coop d'habitation La Maisonnée* c. *Boutin*, 2010 QCRDL 44956 (R.L.) ; *D.C.* c. *Berthierville (Office municipal d'habitation)*, 2012 QCCQ 1524 ; *Bergeron* c. *J.M.*, 2010 QCRDL 46903 (R.L.) ; *J.L.* c. *Coopérative de l'Ébène,* J.E. 2005-254, [2005] J.L. 57 (C.Q.).
139. Puisque cette clause est jugée valide, le locataire a l'obligation de démontrer son caractère déraisonnable : *Appartements Rockhill ltée* c. *Weiser*, 2011 QCRDL 7141 (R.L), par. 22 et 24.
140. On peut se demander si une clause interdisant même la présence d'animaux pour les visiteurs comme dans *Charles Jolicœur et gestion immobilière TRJ inc.* c. *Berthiaume-Marcel*, 2011 QCRDL 9303 (R.L.), ne serait pas abusive ou excessive. Dans cette affaire *Jolicœur*, le concierge s'était présenté cinq minutes après l'arrivée d'un visiteur qui est resté environ 90 minutes. Même si la clause peut être jugée non abusive, certains visiteurs l'étant parfois pour une longue période, ce comportement peut être déraisonnable en l'absence d'une quelconque justification pour des visiteurs au vrai sens de ce mot....
141. *Complexe funéraire Michel Léveillé* c. *Gagné*, 2010 QCRDL 43231 (R.L.).

contractuel entre les parties si la liberté contractuelle semble favoriser injustement l'une d'elles, tout en tenant compte des valeurs contemporaines propres à la société dans laquelle nous vivons[142]. Le tribunal conclut :

> qu'en l'absence d'une preuve de préjudice, la clause inscrite au bail interdisant la présence d'animal est au moins réductible en vertu de l'article 1901 C.c.Q. advenant l'application aveugle de la clause qui imposerait une obligation déraisonnable dans les circonstances en cause.[143]

Cette conclusion s'applique d'autant plus lorsque la preuve de la tolérance du locateur est établie, qu'aucun préjudice quelconque n'est subi par le locateur ou un autre locataire et qu'une ordonnance forçant le locataire à se départir de son animal lui causerait un préjudice bien réel[144]. Cela est encore plus vrai s'il est démontré que le locataire veut quitter les lieux à la fin de son bail en raison du comportement du locateur et qu'une ordonnance de se départir immédiatement de son animal lui causerait un préjudice bien réel[145] et, ajoutons-le, injuste ou à tout le moins incorrect selon la perspective d'une personne raisonnable examinant cette question.

Notons aussi qu'une clause prévoyant un montant supplémentaire de 25 $ par mois au loyer pour compenser d'éventuels dommages causés par des animaux a été jugée abusive et illégale en vertu de l'article 1901 C.c.Q.[146].

---

142. *Complexe funéraire Michel Léveillé* c. *Gagné*, 2010 QCRDL 43231 (R.L.), par. 8 et 9. Voir aussi *Coop d'habitation La Maisonnée* c. *Boutin*, 2010 QCRDL 44956 (R.L.), par. 15.
143. *Complexe funéraire Michel Léveillé* c. *Gagné*, 2010 QCRDL 43231 (R.L.), par. 11. Voir aussi dans le même sens, *Coop d'habitation La Maisonnée* c. *Boutin*, 2010 QCRDL 44956 (R.L.), *Société en commandite Immeubles Sébastien* c. *Chamberland,* 2011 QCRDL 23523 (R.L.) et *Shoiry* c. *Dallaire*, 2010 QCRDL 46381 (R.L.), *Société en commandite Immeubles Sébastien* c. *Gervais*, 2011 QCRDL 14228 (R.L.), par. 8. Toutefois, dans *Coop d'habitation R. Pageau du Christ-Roi* c. *Rivest*, 2011 QCRDL 48840 (R.L.), le tribunal applique la clause sans se poser de questions. Le chat ne causait aucun préjudice et était là depuis deux ans. Les locataires étaient des personnes âgées qui tenaient à leur chat, mais le tribunal juge la défense de zoothérapie inapplicable. Les locataires ont signé un bail interdisant les animaux et devaient le respecter point à la ligne.
144. *Société en commandite Immeubles Sébastien* c. *Chamberland,* 2011 QCRDL 23523 (R.L.), par. 13-14.
145. *Shoiry* c. *Dallaire*, 2010 QCRDL 46381 (R.L.), par. 13-14. Dans *Société en commandite Immeubles Sébastien* c. *Chamberland,* 2011 QCRDL 23523 (R.L.), par. 13-14, le tribunal en vient à la même conclusion, même s'il n'est pas de l'intention du locataire de quitter les lieux.
146. *Boucher* c. *Sicotte*, 2012 QCRDL 4938 (R.L.). Voir aussi *Fontaine* c. *Guay*, 2011 QCRDL 45196 (R.L.).

1.4.3. Des obligations impératives du locateur

L'article 1893 C.c.Q. indique une série d'articles d'ordre public pour un bail de logement. Le rapport de forces particulièrement inégal entre un locateur et un locataire explique et justifie certaines protections accordées par le législateur et nous sommes d'accord avec l'idée exprimée par des auteures qu'il est « difficile de prétendre que le locataire doit supporter certaines clauses du bail nuisant à ses intérêts sous le prétexte qu'il les a librement acceptées »[147]. Les obligations imposées aux parties, tant au locataire qu'au locateur, sont de résultat, si bien que l'absence de résultat ou de préjudice présume une responsabilité[148].

Ces dispositions s'imposent aux parties et lorsqu'il s'agit de considérer s'il y a un exercice raisonnable ou abusif d'un droit par le locateur ou le locataire, il faut en tenir compte. Les clauses supplémentaires du contrat de bail doivent respecter l'ordre public et ne pas contenir de clauses interdites par la loi[149]. L'application d'une clause d'interdiction des animaux doit donc se faire en fonction de règles impératives imposées aux parties d'un bail résidentiel.

Les articles 1851 à 1891 C.c.Q. traitent des baux en général et régissent les obligations des locateurs et des locataires. Certaines de ces dispositions sont d'ordre public telles les obligations substantielles de jouissance et de paiement du loyer[150]. Les articles 1892 à 2000 C.c.Q., relatifs au bail de logement, sont tous d'ordre public en vertu de l'article 1893 C.c.Q. Sont particulièrement d'intérêt ici, l'obligation du locateur de laisser la libre jouissance des lieux, la nullité ou la réduction d'une clause abusive (vue plus haut) et les obligations du locataire quant à la salubrité et au bon état du logement.

1.4.3.1. La libre jouissance des lieux

Le marché du bail résidentiel étant captif et limité, les locataires risquent d'être à la merci des locateurs et cela justifie donc

---

147. Voir M.A. GRÉGOIRE et S. GRATTON, préc., note 88, 497-498.
148. *Cavuoti* c. *Leblanc*, 2011 QCRDL 19322 (R.L.), référant à J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 41, nº 37, p. 42.
149. T. ROUSSEAU-HOULE et M. de BILLY, préc., note 137, 43.
150. Articles 1851 et 1854 C.c.Q. ; D.C. LAMONTAGNE et B. LAROCHELLE, préc., note 95, vol. 1, p. 425.

l'établissement d'un équilibre par des règles d'ordre public protectrices des locataires[151]. Il s'agit surtout d'un ordre public économique de protection dont la dérogation emporte une nullité relative[152]. La nullité étant relative en faveur du locataire, celui-ci ne peut renoncer d'avance à un droit qui lui est accordé[153], mais il peut le faire une fois le droit acquis[154].

La décision *Cliche* c. *Deschênes*[155] applique bien le principe de la recherche de l'équilibre contractuel entre le droit de propriété du locateur et le droit de jouissance des lieux du locataire. Le locateur a fait une demande de résiliation du bail parce qu'un locataire détenait deux chiens malgré l'interdiction à cet effet et aussi parce qu'un des chiens avait mordu quelqu'un. Le tribunal refuse la demande de résiliation et force le locataire à se départir rapidement seulement du chien menaçant qui représente un danger pour les occupants des lieux[156].

L'article 1854 C.c.Q. impose au locateur l'obligation de procurer au locataire la jouissance paisible du bien loué pendant toute la durée du bail[157]. Cet article 1854 C.c.Q., qui est d'ordre public selon l'article 1893 C.c.Q., oblige aussi le locateur à « garantir que le bien peut servir à l'usage pour lequel il est loué ». Ceci découle de l'essence même du contrat de louage ou de bail et toutes les autres obligations du locateur en découlent. Tout ce qui entrave le locataire dans sa jouissance paisible du bien loué constitue un trouble.

Le locataire signant un contrat de bail résidentiel, s'attend à pouvoir habiter convenablement les lieux loués et d'être capable de profiter pleinement et à sa guise de son appartement. De la

---

151. D.C. LAMONTAGNE et B. LAROCHELLE, préc., note 95, vol. 1, p. 426 ; *Davignon* c. *Davidson*, [1986] J.L. 360 (R.L.).
152. D.C. LAMONTAGNE et B. LAROCHELLE, préc., note 95, vol. 1, p. 426.
153. *Bérubé* c. *2426-1554 Québec inc.*, J.E. 94-1930 (C.Q.) ; *2946-9319 Québec inc.* c. *Drabkin*, J.E. 98-1696 (C.Q.) ; *Davignon* c. *Davidson*, [1986] J.L. 360 (R.L.). Voir aussi N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise*, T. 1, 2e éd., Cowansville, 2007, nº 56 ; *Garcia Transport Ltée* c. *Cie Trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 499, 529-531.
154. D.C. LAMONTAGNE et B. LAROCHELLE, préc., note 95, vol. 1, p. 426.
155. *Cliche* c. *Deschênes*, 2010 QCRDL 672 (R.L.).
156. Le locataire peut garder l'autre chien qui ne présente aucun danger. Le tribunal mentionne cependant que le locateur ne s'est pas appuyé sur la clause d'interdiction mais bien sur le préjudice sérieux causé par l'un des deux chiens pour obtenir la résiliation du bail.
157. D.C. LAMONTAGNE et B. LAROCHELLE, préc., note 95, vol. 1, p. 271 ; *Gosselin* c. *Morin*, 2010 QCRDL 32831 (R.L.).

définition du bail prévue à l'article 1851 C.c.Q., découle l'obligation du locateur de procurer la jouissance paisible des lieux loués au locataire[158]. Une clause qui dégagerait le locateur de cette obligation serait sans effet, illégale et nulle en vertu de l'article 1893 C.c.Q. car elle contredit la nature même du contrat de bail qui consiste à procurer la jouissance d'un bien[159]. L'article 1902 al. 1 C.c.Q. interdit le harcèlement qui empêche le locataire de jouir paisiblement des lieux ou qui cherche à lui faire quitter le logement. Un locateur, ayant privé son locataire d'électricité durant deux mois pour l'inciter à quitter les lieux suite à un conflit sur la présence d'animaux, a été jugé coupable de harcèlement et condamné à des dommages punitifs[160].

Un locateur tente souvent de justifier l'interdiction de présence des animaux dans une clause prohibitive pour faciliter le maintien des lieux en bon état et en assurer leur usage paisible à l'ensemble des occupants[161]. Une telle clause porte-t-elle atteinte aux droits du locataire de pouvoir jouir paisiblement des lieux qu'il a loués ?

On pourrait soutenir que le locataire, en vertu de la loi, se voit garantir le droit d'habiter le logement avec d'autres personnes et d'y apporter ses biens. Par conséquent, s'il possède un animal, celui-ci doit pouvoir résider dans les lieux loués. La clause prohibitive pourrait être vue comme une atteinte aux garanties légalement imposées au locateur. Bien que l'on puisse soutenir que cette garantie vise le caractère physique des lieux, il n'en reste pas moins que l'article 1854 C.c.Q. parle bien de l'usage pour lequel les lieux sont loués. Le locateur peut-il arbitrairement, sans porter atteinte à l'usage des lieux, interdire les animaux ? Quand il s'agit d'usage normal, habituel des lieux, on doit entendre le droit de jouissance de ces lieux avec d'autres personnes, des animaux et des biens détenus par le locataire. Ainsi, une décision a déjà refusé une demande de modification d'un bail faite par un locateur pour y ajouter une interdiction de posséder des animaux, parce que les locataires en possédaient déjà et que cela compromettait leur droit de demeurer sur les lieux[162].

---

158. Articles 1854 et 1858 C.c.Q.
159. D.C. LAMONTAGNE et B. LAROCHELLE, préc., note 95, vol. 1, p. 269.
160. *Haddleton Kasak* c. *Parisien*, [2005] J.L. 217 (R.L.).
161. *Lasalle* c. *Desrosiers*, 2010 QCRDL 19419 (R.L.) ; *Lessard* c. *Claveau*, 2012 QCRDL 7878 (R.L.).
162. *Winkler* c. *Toussaint,* 2011 QCRDL 24946 (R.L.).

Sur la possession de biens dans les lieux loués, on remarque que le *Code civil du Québec* renferme des dispositions relatives à l'usage et à la possession de biens dans un logement. L'article 1919 C.c.Q. interdit au locataire d'employer ou de conserver, sans la permission du locateur, des substances dangereuses risquant de causer un incendie ou une explosion. Ne pourrait-on pas soutenir que cette disposition, de nature impérative en vertu de l'article 1893 C.c.Q., et qui restreint le droit d'utilisation des lieux par le locataire, limite le droit du locateur de refuser la possession d'autres formes de biens dans les lieux loués à cette seule situation ? Cet article s'inscrit dans une perspective de protection du locateur puisqu'il requiert sa permission pour la possession de certains produits dangereux qui aurait pour effet d'augmenter ses primes d'assurance. On ne peut en déduire un droit général du locateur d'interdire certains biens dans le logement, tels des animaux, le contexte législatif relatif au bail résidentiel contenant une série de règles impératives protectrices des droits du locataire comme le droit de jouir paisiblement des lieux loués[163], l'obligation du locateur de garantir que les lieux loués peuvent servir de logement[164] et l'interdiction au locateur d'imposer l'achat de biens ou de services dont il est question au paragraphe qui suit.

L'article 1900 al. 2 C.c.Q. rend sans effet une clause limitant le droit du locataire d'acheter des biens ou d'obtenir des services des personnes de son choix. Il est vrai que cette disposition concerne notamment le droit du locataire de faire des contrats à tempérament, une pratique répandue chez les gens à faible revenu[165]. Mais on voit bien là le principe de la liberté du locataire d'acquérir et de conserver les biens qu'il désire dans son logement et cette disposition d'ordre public est complémentaire au droit de libre jouissance des biens reconnus par le *Code civil du Québec* et la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. Il faut noter que les animaux sont juridiquement vus comme des biens meubles au sens du *Code civil du Québec*[166].

Même si de nombreuses décisions de la Régie du logement ont rejeté l'argument que l'interdiction imposée par le locateur de garder un animal ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux

---

163. Articles 1854, 1858 et 1893 C.c.Q.
164. Articles 1854 al. 2 et 1893 C.c.Q.
165. P.-G. JOBIN, préc., note 96, nº 109.
166. Voir les articles 905 et 907 C.c.Q.

du locataire[167], elles ne sont guère persuasives et encore moins décisives car elles ignorent des principes fondamentaux du droit. Elles ne tiennent pas compte des articles 1851 et 1854 C.c.Q. qui reconnaissent un droit impératif de jouissance des lieux au locataire, ni des articles 5 et 6 de la *Charte des droits et libertés de la personne* relatifs au respect de la vie privée et à la jouissance paisible des biens. Ces articles sont violés puisque le locateur s'ingère dans la vie privée du locataire, l'empêche de vivre librement selon ses valeurs et le prive de son droit de jouir pleinement de son logement en le forçant à se départir de son animal sans motif valable. Le législateur ne prévoit nulle part qu'une disposition contractuelle d'un bail de logement a préséance sur des dispositions impératives du *Code civil du Québec* ou de la *Charte des droits et libertés de la personne*. En vertu de l'article 49 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, la victime d'une atteinte illicite à ses droits ou libertés peut demander la cessation de cette atteinte et des dommages pour le préjudice causé. Il est donc injustifié pour un locateur d'exiger l'exécution de la clause simplement parce qu'il n'aime pas les animaux ou qu'il ne veut pas en voir dans ses logements.

En outre, l'article 1854 al. 2 C.c.Q. doit se lire en conjonction avec les articles 976 C.c.Q. et 1860 C.c.Q. en ce qui a trait à la notion du droit d'usage des lieux loués. L'article 976 C.c.Q. établit une règle de base en ce qui concerne la vie en société en imposant la tolérance en matière de voisinage. Ce point des troubles de voisinage est spécifiquement traité plus loin. L'article 1860 C.c.Q. va dans le même sens et est une application particulière de cet article 976 C.c.Q. en énonçant que la libre jouissance du locataire ne peut justifier un comportement excédant les limites de la tolérance que les voisins se doivent. C'est donc un juste équilibre impératif entre les droits du locateur, du locataire et des autres locataires. Il en résulterait qu'une clause d'un bail interdisant les animaux serait nulle ou abusive dans son exercice, sauf l'exception découlant de la nature et de l'usage des lieux dans un contexte donné.

---

167. Voir les décisions citées dans *Agence d'assurances Richard Simard inc.* c. *Patrice*, 2011 QCRDL 40543 (R.L.). Dans *Office municipal d'habitation* c. *Luce*, 2012 QCCQ 15422, par. 42, la Cour du Québec déclare qu'il « est maintenant bien établi que la clause d'interdiction de posséder un animal n'est pas en soi déraisonnable (art. 1901 C.c.Q.) ni contraire à la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne* ». Toutefois, on recherche une justification solidement motivée de cette proposition par une analyse en profondeur des principes fondamentaux de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne* pour parvenir à une telle évidence.

Ce cas de figure illustre bien toute la problématique portant sur la validité d'une clause et l'exercice raisonnable ou abusif des droits. Si on adopte l'approche de la nullité de la clause, le locateur ne peut pas en demander le respect. Mais cela n'a pas pour effet d'effacer ses recours quand le comportement du locataire est déraisonnable ou abusif dans le contexte. En d'autres termes, l'obligation du locataire de jouir paisiblement des lieux, comme il sera vu plus loin, rend inutile l'insertion d'une telle clause dans un bail car son effet concret et réel est d'empêcher le locataire de garder des animaux même s'ils ne sont sources d'aucun préjudice, ni d'inconvénient pour personne. Cette clause invite le locateur à abuser de son droit de propriété en empiétant sur les droits du locataire de jouir des lieux loués et de détenir les biens qu'il veut bien légitimement posséder.

Le locataire peut obtenir une indemnité pour un préjudice moral s'il est troublé dans sa libre jouissance des lieux[168]. La notion de préjudice moral, appelée couramment « troubles et inconvénients », donne droit à une indemnisation dont l'évaluation tient compte de la nature du dommage, de sa durée[169] « et du tort ressenti par la victime du comportement fautif »[170]. Le préjudice moral comprend les pertes non pécuniaires subies pour cause d'angoisse, d'inconvénients et problèmes subis[171]. Ce préjudice peut évidemment provenir de l'exercice abusif ou déraisonnable d'un droit puisqu'il s'agit d'une faute[172]. Il est de plus en plus reconnu que de nombreuses personnes ont un attachement particulièrement fort envers leur animal et que sa perte ou sa disparition leur cause des inconvénients et une détresse morale que l'on ne peut pas ignorer[173].

1.4.3.2. Les exemptions d'interdiction d'une obligation

Malgré l'existence d'une clause d'interdiction des animaux, le locateur n'en exige pas toujours le respect. Il y a alors une forme de tolérance, d'acceptation ou d'abrogation implicite de la clause qui est en conformité avec le droit de libre jouissance des lieux du

168. P. GAGNON et I. JODOIN, préc., note 127, 27.
169. P. GAGNON et I. JODOIN, préc., note 127, 26-27.
170. P. GAGNON et I. JODOIN, préc., note 127, 26.
171. P. GAGNON et I. JODOIN, préc., note 127, 29.
172. D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 9, n°s 1987 et 2017 ; *Tavitian* c. *Zurich, Cie d'assurance*, [1993] R.R.A. 170 (C.S.).
173. *7037457 Canada inc.* c. *Audelin*, 2012 QCRDL 3059 (R.L.).

locataire. Mais il arrive régulièrement que le locateur revienne sur sa position et décide d'invoquer l'interdiction devant la Régie du logement. Le locataire, pour s'opposer à l'obligation de se départir de son animal, plaide alors la connaissance, l'acceptation ou la tolérance de l'animal par le locateur[174].

Cette question de la tolérance ou plus largement, de l'acceptation implicite de l'animal ou de la renonciation à l'application de la clause, nécessite un examen sous l'angle de l'exercice raisonnable des droits et force est de constater que ce concept est souvent mal compris ou mal appliqué par de nombreuses décisions[175].

Si un locateur admet avoir autorisé la présence des animaux malgré l'interdiction du bail et qu'aucune preuve de préjudice sérieux n'est faite, il ne peut plus se prévaloir de cette clause d'interdiction[176]. La clause d'interdiction se trouve abrogée quand le locateur écrit au locataire qu'il peut garder son animal malgré l'interdiction du bail[177]. Si le locateur admet qu'il a permis verbalement au locataire de garder un animal malgré une clause contraire écrite du bail, il ne peut plus être question de tolérance[178] ou de renonciation implicite à la clause prohibitive, mais bien d'une modification du bail abrogeant la clause prohibitive. Il s'avère

---

174. La nuance entre renonciation à un droit et tolérance est parfois mince : P. GAGNON, préc., note 9, 348-349. Dans *7037457 Canada Inc.* c. *Audelin*, 2012 QCRDL 3059 (R.L.), par. 24 à 33, il est fait un examen des conditions de preuve d'une renonciation à l'application d'une clause interdisant les animaux et une preuve évidente de la renonciation est requise.
175. La tolérance est l'acceptation d'une situation qui ne plaît pas, mais une acceptation tout de même. Évidemment, il faut laisser écouler un certain temps pour déduire qu'il y a absence de contestation ou d'opposition. La durée d'acceptation qui s'allonge sans opposition peut devenir une acceptation implicite et non plus une simple tolérance. Un locateur sachant que son locataire a un animal malgré l'interdiction et qui, par son comportement, accepte l'animal en le flattant ou en lui parlant gentiment peut difficilement prétendre par la suite qu'il ne l'a jamais accepté mais simplement toléré. Cela peut facilement devenir un abus de droit. Si un locataire constate que d'autres locataires ont des animaux, peut-il décider d'en avoir sur la base du consentement implicite qui peut être davantage qu'une simple tolérance ? Un locateur ciblant un locataire, et non les autres, pour le forcer à se départir de son animal peut être de mauvaise foi ou faire du harcèlement...
176. *Compagnie FDL ltée* c. *Bordeleau*, 2012 QCRDL 37766 (R.L.) ; *Kobylski* c. *Hudston*, 2010 QCRDL 10903 (R.L.), par. 15 et 16. C'est le cas aussi quand le locateur accepte une sous-location d'un logement en sachant que le sous-locataire y aménage avec un chien : *Matte* c. *Cadieux*, 2010 QCRDL 36679 (R.L.).
177. *Saga Realties* c. *Durocher*, 2010 QCRDL 1190 (R.L.).
178. Contrairement à ce qui est mentionné dans *St-Amand* c. *Tremblay*, 2010 QCRDL 28509 (R.L.), par. 39.

incorrect de s'appuyer sur la clause interdisant les animaux pour résilier un bail car elle est devenue sans effet[179].

Lorsqu'un représentant du locateur laisse entendre que, malgré l'interdiction prévue au bail, il n'y a pas de problème pour la présence de l'animal s'il ne cause aucun inconvénient majeur, le locateur est engagé par les paroles de son mandataire[180]. L'article 2160 C.c.Q. prévoit que le mandant est lié par les actes du mandataire dans l'exécution et les limites du mandat tandis que l'article 2136 C.c.Q. indique que les pouvoirs du mandataire « s'étendent non seulement à ce qui est exprimé dans le mandat, mais encore à tout ce qui peut s'en déduire ». Dans ce contexte, est-ce raisonnable pour un tribunal, de faire supporter par le locataire d'éventuels problèmes de communication entre le locateur et son représentant[181] ? Dans l'affaire *Galardo & Mariani* c. *Shpritser*[182], le tribunal, appliquant les règles du mandat apparent de l'article 2163 C.c.Q., reconnaît que le concierge de l'immeuble à appartements avait l'autorité apparente pour lier le locateur par des représentations au futur locataire que des petits animaux non dérangeants étaient acceptés dans l'immeuble malgré une clause à l'effet contraire du bail[183].

La manifestation de la volonté est requise pour qu'il y ait contrat et cette manifestation peut être expresse ou tacite selon l'article 1386 C.c.Q. Le consentement exprès peut être oral, écrit

---

179. Un jugement, *St-Amand* c. *Tremblay*, 2010 QCRDL 28509 (R.L.), force l'expulsion d'un chien et résilie un bail en s'appuyant sur la clause écrite du bail et l'absence d'entente écrite autorisant la présence du chien. Pourtant, le locateur a admis avoir permis verbalement la présence d'un chien pourvu que le chien ne jappe pas, qu'il n'y ait pas de plainte des autres locataires et qu'il n'y ait pas d'excréments du chien sur le balcon et sur le terrain. La preuve du respect de ces conditions étant contradictoire, le tribunal indique qu'il doit s'en remettre aux ententes écrites, écartant de ce fait une entente verbale prouvée. Le locateur n'a pas prouvé que les conditions de l'entente verbale n'ont pas été respectées, mais a gain de cause néanmoins en raison de la clause écrite d'interdiction des animaux. Dans *Streicher* c. *Bourgeois*, 2012 QCRDL 6243 (R.L.), le tribunal entérine une entente verbale où le locateur accepte que le locataire garde ses deux chats malgré la clause les interdisant pourvu qu'il les garde à l'intérieur.
180. *7037457 Canada inc.* c. *Audelin*, 2012 QCRDL 3059 (R.L.), par. 16, 27 et 50. Voir aussi *Saga Realties* c. *Gaudette*, 2010 QCRDL 44084 (R.L.) ; *Société en commandite Jardins St-Jean* c. *Fortugno*, 2010 QCRDL 41018 (R.L.).
181. Comme ce fut le cas dans *7037457 Canada inc.* c. *Audelin*, 2012 QCRDL 3059 (R.L.). Dans *Blanchette* c. *Gagnier* 2009 QCRDL 353 (R.L.), l'absence de prépondérance de preuve doit profiter au locataire défendeur.
182. *Galardo & Mariani* c. *Shpritser*, 2011 QCRDL 11081 (R.L.).
183. *Galardo & Mariani* c. *Shpritser*, 2011 QCRDL 11081 (R.L.), par. 22, pour les conditions relatives au mandat apparent.

ou gestuel[184]. Cependant, un consentement tacite, tout réel qu'il soit, devient une question de fait pouvant devoir être décidée par les tribunaux. Il faut que le consentement soit communiqué à l'autre partie car on ne peut le présumer, ni le supposer : il doit aussi être non équivoque, ce qui requiert la preuve de l'intention d'acquiescer ou de renoncer[185]. Même si le consentement ne se présume pas, il peut toutefois se déduire de faits et de gestes, donc du comportement d'une personne illustrant qu'elle accepte ou nie son engagement et l'absence de contestation ou d'opposition ne peut être un consentement tacite[186].

L'ignorance de la violation d'une clause prohibitive n'est pas un silence équivalant à une acceptation tacite[187]. Il faut distinguer ce cas de celui de la connaissance de la violation et du défaut d'exiger le respect de l'obligation dans un délai devant être raisonnablement court pour ne pas devenir de la mauvaise foi. L'acceptation implicite « résulte d'un message comportemental, d'un geste positif et non équivoque du destinataire »[188]. Il y a une acceptation implicite d'un animal quand le locateur ou ses représentants s'occupent de l'animal, l'apprivoisent, l'invitent chez eux, le cajolent[189] ou le surveillent à la demande du locataire.

La tolérance est une situation « qu'un propriétaire courtois tolère »[190]. Mais il faut distinguer entre la permission tacite et la

---

184. V. KARIM, préc., note 44, vol. 1, p. 223 ; J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 41, nº 190.
185. V. KARIM, préc., note 44, vol. 1, p. 224, référant à *Mile End Milling* v. *Peterborough Cereal Co*., [1924] R.C.S. 120. Voir aussi *Phoenix Investments Inc.* c. *Girard*, 2012 QCRDL 26604 (R.L.), où le tribunal ordonne l'expulsion de l'animal détenu en contravention d'une clause du bail même si ce bail contenait aussi une clause prévoyant une pénalité de 1500 $ pour tout locataire gardant des animaux. Le bail comporte une certaine imprécision : les animaux sont interdits, mais une clause pénale devient applicable si le locataire en a. Le locataire peut croire qu'il peut garder un animal compte tenu de cette clause. Dans le doute, un contrat s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation et contre celui qui l'a stipulée (art. 1432 C.c.Q.).
186. V. KARIM, préc., note 44, vol. 1, p. 225. Selon l'article 1394 C.c.Q., le silence ne vaut pas acceptation à moins que cela ne résulte de la volonté des parties ou de circonstances particulières. Le *Code civil du Québec* prévoit certains cas où le silence vaut acceptation. Soulignons les cas du bail (art. 1944, 1946 et 1948 C.c.Q.) et du mandat (art. 2132 C.c.Q.). Voir aussi D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 9, nº 352-353 ; J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 41, nº 192.
187. Voir D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 9, nº 355.
188. D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 9, nº 352.
189. Comme dans *Bergeron* c. *J.M.*, 2010 QCRDL 46903 (R.L.).
190. V. KARIM, préc., note 44, vol. 1, p. 10.

tolérance. La tolérance sous-entend mutisme et passivité alors que la permission tacite requiert un fait positif constatant un consentement[191]. Au sens commun du terme, la tolérance est le fait de ne pas interdire, ni d'exiger quelque chose, alors qu'on le pourrait[192]. Ou encore, c'est l'attitude d'admettre chez autrui une façon d'agir ou de penser différente de la sienne[193]. Il faut donc qu'il y ait un droit de refuser une situation donnée. Si le droit de refus n'existe pas, ou s'il y a absence de connaissance de la situation, il ne peut être question de tolérance.

La tolérance, même si les animaux sont présents depuis plusieurs années, est un motif loin de faire l'unanimité à la Régie du logement[194], cette tolérance du locateur pouvant être révocable en tout temps et n'emportant pas renonciation du droit d'exiger le respect de la clause[195]. La Cour du Québec nuance quelque peu cette approche. Elle statue que si la tolérance n'équivaut pas nécessairement à une renonciation du droit, elle peut parfois être « invoquée avec succès par le locataire pour faire déclarer la clause sans effet, par exemple s'il y a une tolérance constante et généralisée d'animaux dans l'immeuble »[196]. Également, un jugement a décidé qu'une locataire ne contrevient pas à la clause prohibitive si le locateur connaissait la présence du chien avant la

---

191. V. KARIM, préc., note 44, vol. 1, p. 10-11 ; *Texaco Canada* c. *Montréal (Communauté urbaine de)*, [1995] R.J.Q. 602, 607 ; *Paquet* c. *Blondeau*, [1914] B.R. 330. Karim donne aussi, pp. 10-11, l'exemple de la tolérance d'un passage à pied sur un terrain qui ne confère pas de ce fait un droit de passage en raison de l'absence « d'élément intentionnel permettant d'établir un consentement à l'attribution d'un droit ».
192. P. ROBERT, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, SNL. 1966, t. 6, p. 565. Voir aussi *Le nouveau petit Robert*, Paris, 2000, p. 2532.
193. *Le nouveau petit Robert*, Paris, 2000, p. 2532.
194. T. ROUSSEAU-HOULE et M. de BILLY, préc., note 137, 87, référant à une cause inédite à la note 413 ; *Kaur* c. *Pharand*, 2011 QCRDL 464 (R.L.).
195. *Kaur* c. *Pharand*, 2011 QCRDL 464 (R.L.), par. 15. Selon cette décision, les clauses du bail doivent avoir préséance en tout temps, ce qui est à toutes fins pratiques un déni du concept de tolérance. Voir aussi *Office Municipal d'Habitation de Bécancourt* c. *Rancourt*, C.Q. Trois-Rivières, nº 400-02-003050-984, 8 juillet 1999 ; *Office municipal d'habitation de Dégelis* c. *Lebrun*, [1994] J.L. 127 (C.Q.) ; *Khondaker* c. *Spiropoulos*, 2011 QCRDL 12947 (R.L.) ; *Castonguay* c. *Giguère*, 2012 QCRDL 19116 (R.L.) ; *Ciarlo* c. *Abdel-Razek*, 2012 QCRDL 39502 (R.L.) ; *J.R. Labath inc.* c. *Morissette*, 2012 QCRDL 22207 (R.L.), par. 59-60. Dans *Savoie* c. *Larivée-Côté*, 2012 QCRDL 183 (R.L.), la tolérance ne fut pas prouvée par le locataire et il est jugé que de toute manière, le locateur peut exiger le respect de la clause, même s'il a fait preuve de tolérance durant plusieurs années.
196. *Office municipal d'habitation* c. *Luce*, 2012 QCCQ 15422, par. 43.

signature du bail et qu'il a accepté verbalement cette situation[197] mais il est plutôt d'exception[198].

Il arrive que la tolérance passée ou l'écoulement du temps puisse devenir une forme de renonciation tacite à l'application de la clause du bail ou encore une renonciation implicite à s'en prévaloir[199]. Toutefois, la preuve de la renonciation doit être non équivoque[200]. On peut voir une telle renonciation quand le locateur admet qu'il tolère les animaux s'il n'y a aucune plainte à cet égard[201].

La Régie du logement a décidé en 1986 qu'une clause d'interdiction n'était pas abusive même quand le locateur appliquait discrétionnairement cette clause en tolérant les chats[202]. Il est douteux que cette approche puisse tenir la route suite au développement de la théorie de l'abus de droit et de l'exercice raisonnable des droits. On note aussi une décision rejetant l'argument de la tolérance parce que le locataire, signataire d'une clause d'interdiction des animaux, ne pouvait invoquer cette tolérance en

---

197. T. ROUSSEAU-HOULE et M. de BILLY, préc., note 137, 49, référant à l'affaire *Société d'habitation du Québec* c. *Bénard*, [1980] D.R.L. 104 (R.L.). Voir aussi *Cheremond* c. *Chabot*, 2011 QCRDL 22806 (R.L.), invoquant un droit acquis malgré la clause prohibitive car le chien était présent depuis 10 ans, le premier bail ne contenant pas de clause prohibitive et la preuve démontrant que le locataire a signé le bail avec cette clause avec l'assurance qu'il pouvait le garder. Par contre, il a l'obligation de se départir d'un second chien arrivé après la signature du bail prohibant les animaux. Aucun préjudice ou problème n'est mentionné dans cette affaire *Chabot*. Toutefois, ce jugement de la Régie du logement ne tient pas compte du jugement *Ho* c. *Group Properties Azzouz Inc.*, 2009 QCCQ 100, où la Cour du Québec constate qu'une tolérance de 7 ans équivalait à une renonciation du droit d'invoquer la clause d'interdiction et que le locataire avait le droit de remplacer ses chiens décédés. Dans *Domaine Chénier Inc.* c. *Caron*, 2010 QCRDL 27848 (R.L.), *Odemis* c. *André,* 2011 QCRDL 29976 (R.L.) et *Rodrigues* c. *Plain*, 2011 QCRDL 11045 (R.L.), il a été décidé que le locateur ne pouvait, après 10 ans de tolérance, invoquer la clause interdisant les animaux. Dans *Cousineau* c. *Lavoie*, 2010 QCRDL 39437 (R.L.), le tribunal rejette la demande de résiliation de bail faute de préjudice sérieux et accepte une preuve de tolérance durant un certain temps qui équivaut à une renonciation à se prévaloir de la clause. La connaissance de la situation durant un certain temps devient une tolérance ou une renonciation à l'interdiction des animaux et acceptation de leur présence.
198. Dans *J.R. Labath inc.* c. *Morissette*, 2012 QCRDL 22207 (R.L.), le tribunal n'accepte pas la tolérance, mais suspend l'application de la clause jusqu'à la date prévue pour la fin du bail et permettre au locataire de se reloger s'il veut garder son animal.
199. *Morelli* c. *Paquin*, 2011 QCRDL 14143 (R.L.), par. 25-26.
200. *Phoenix Investments Inc.* c. *Girard*, 2012 QCRDL 26604 (R.L.).
201. *Briand* c. *Daigle*, 2012 QCRDL 27693 (R.L.), par. 7 et 15. Selon nous, il ne suffit pas qu'il y ait plainte, encore faut-il qu'elle soit raisonnable et justifiée.
202. T. ROUSSEAU-HOULE et M. de BILLY, préc., note 137, 87.

démontrant qu'un autre locataire avait un animal puisque le bail de ce locataire ne prévoyait pas cette interdiction[203]. Cette décision nous semble regrettable car le comportement du locateur se concilie mal avec l'exercice raisonnable de ses droits, aucun préjudice sérieux n'étant prouvé[204], ni d'ailleurs aucun préjudice quelconque. Ce comportement peut dénoter de la mauvaise foi et constituer aussi une discrimination entre locataires.

La Cour du Québec a permis à une personne de garder son petit chien par une preuve que le locateur tolérait de « façon constante et généralisée les chats et les petits animaux non dérangeant pour les autres locataires et que lui interdire de le garder serait aléatoire et discriminatoire »[205]. Des décisions constatent que la jurisprudence majoritaire va dans le sens « qu'une certaine tolérance équivaut à une renonciation à se prévaloir en temps opportun d'une clause au bail interdisant la présence d'animaux »[206]. De même, quand le locateur a lui-même un chat et tolère celui d'un autre locataire, on peut difficilement forcer un autre locataire à se départir de son chat[207]. Il est difficile de donner foi aux prétentions d'un locateur quand la preuve non contredite démontre qu'il n'applique pas également cette clause à l'ensemble des locataires et occupants de l'immeuble car cela devient un exercice abusif et déraisonnable de son droit[208]. S'il y a preuve que le locateur tolère « de facto » des animaux dans quelques logements depuis un certain temps, il ne peut plus obtenir une modification de bail stipulant l'obligation de s'en départir[209].

Cependant, cette tolérance ne peut être invoquée lorsque les animaux visés causent un préjudice sérieux[210].

---

203. *Shoiry* c. *Dallaire*, 2010 QCRDL 46381 (R.L.), par. 20.
204. *Shoiry* c. *Dallaire*, 2010 QCRDL 46381 (R.L.).
205. *D.C.* c. *Berthierville (Office municipal d'habitation)*, 2012 QCCQ 1524, par. 62-67. Voir aussi *Nizza* c. *Laplante*, 2010 QCRDL 34860 (R.L.), par. 14-16 ; *S.E.C. Jardins St-Jean* c. *Lemire*, 2010 QCRDL 8485 (R.L.).
206. *Denis* c. *Grondin*, 2010 QCRDL 43172 (R.L.), par. 33, référant à *Office municipal d'habitation de Dégelis* c. *Lebrun,* [1994] J.L. 127 (C.Q.) et *Mailloux et fils ltée* c. *Fournier*, (2003) 12 (R.L.). Voir aussi *Domaine Chénier Inc.* c. *Caron*, 2010 QCRDL 27848 (R.L.) ; *Nizza* c. *Laplante*, 2010 QCRDL 34860 (R.L.) ; *Place Sherbrooke* c. *Gauthier*, 2012 QCRDL 9829 (R.L.).
207. *Denis* c. *Grondin*, 2010 QCRDL 43172 (R.L.), par. 32-33.
208. *Place Sherbrooke* c. *Gauthier*, 2012 QCRDL 9829 (R.L.), par. 21.
209. *Vaillancourt* c. *Juillet*, 2011 QCRDL 25401 (R.L.), où un locataire avait son chat depuis 5 ans au moment de la demande. Il a été prouvé qu'il lui serait très difficile de s'en départir.
210. *Groupe Mercille Inc.* c. *Messier*, 2011 QCRDL 17954 (R.L.) ; *Joliette (Office municipal d'habitation de)* c. *Courtemanche*, 2011 QCRDL 8553 (R.L.) ; *Québec (Curateur public)* c. *J.D.,* 2011 QCRDL 44870 (R.L.).

Une autre approche, plus évolutive, juge que la simple tolérance se transforme avec le temps et conduit à la disparition du droit d'invoquer une clause d'interdiction des animaux. Une clause d'interdiction de garder un animal perd son effet s'il est prouvé que le locateur a toléré la présence de l'animal pendant un certain temps et que le locataire est justifié de croire que le locateur a renoncé à son application[211]. L'admission du locateur[212] qu'il tolère la présence d'un animal[213] constitue une clause modificative implicite du bail, sinon le futur locataire peut invoquer un vice de consentement ou l'erreur lors de la signature du bail[214]. La Cour Provinciale a déjà décidé qu'un locateur ayant attendu 20 mois pour agir après avoir obtenu une ordonnance de se départir d'un animal avait renoncé au droit à l'exécution de l'ordonnance[215]. Cela contredit l'argument que la tolérance ne peut être

---

211. *Domaine Chénier Inc.* c. *Caron*, 2010 QCRDL 27848 (R.L.) ; *Office municipal d'habitation de Longueuil* c. *Ware*, R.L. Longueuil, nº 37-920713-027-G, 15 octobre 2002 ; *Société immobilière Arbois Inc.* c. *Cassista*, R.L. Québec, nº 18-940217-019G, 5 avril 1994 ; *Place Ernest Lapointe enr.* c. *Lamontagne*, R.L. Québec, nº 18-920305-032G, 13 avril 1992 ; *Costa* c. *Chevalier*, [1997] J.L. 264 (R.L) ; *Caprera* c. *Bieri*, [2000] J.L. 159 (R.L.) ; *S.E.C. Jardins St-Jean* c. *Ciavarella,* 2010 QCRDL 8488 (R.L.) ; *S.E.C. Jardins St-Jean* c. *Lemire*, 2010 QCRDL 8485 (R.L.).
212. Preuve difficile à faire quand elle est contestée et qu'un écrit est invoqué pour nier le droit à l'animal.
213. Cela semble plus fréquent pour des chats que des chiens.
214. Une preuve par prépondérance peut démontrer que le locateur accepte la présence d'animaux malgré une clause d'interdiction du bail : *Escobar* c. *Logis Bélanger enr.,* 2010 QCRDL 12858 (R.L.), par. 11 ; *Place Sherbrooke* c. *Gauthier*, 2012 QCRDL 9829 (R.L.), par. 21.
215. *Larin* c. *Allaire-Chouinard*, J.L. 85-25 (C.P.). La Régie du logement a refusé de résilier un bail pour cause de surpeuplement car le locateur a toléré la situation durant plus d'un an et demi : T. ROUSSEAU-HOULE et M. de BILLY, préc., note 137, 133, renvoyant à *Assayag* c. *Benizri*, J.L. 84-107 (R.L.). Dans *Costa* c. *Chevalier*, [1997] R.L. 264 (R.L.), la Régie juge que le locateur, qui attend plus d'un an pour se prévaloir de la clause d'interdiction alors qu'il connaissait la situation, renonce à son droit de s'en prévaloir. Aucune preuve ne démontre non plus que le chien du locataire dérangeait quiconque. Même si le tribunal ne fait pas allusion à l'exercice déraisonnable des droits, un tel délai pour réagir pourrait être considéré comme déraisonnable. Dans *Bergeron* c. *Guérin*, 2011 QCRDL 27387 (R.L.), le tribunal refuse d'intervenir car le locateur a toléré l'animal dès le début (plus de quatre ans). Dans *Morelli* c. *Paquin*, 2011 QCRDL 14143 (R.L.), l'animal était là depuis trois ans, ne causant aucun problème et le tribunal y a vu une renonciation implicite du droit à se prévaloir de la clause. Dans *Boudreau* c. *D'Astous*, [1997] J.L. 16 (R.L.), la Régie s'appuie sur *Office municipal de Longueuil* c. *Blanchet,* J.E. 88-690 (C.Q.), qui juge qu'une tolérance durant plusieurs années n'empêche pas le locateur d'invoquer la clause par la suite. Voir aussi *Office municipal d'habitation de Sept-Îles* c. *Hounsell,* J.E. 95-2184 (C.Q.) ; *J.R. Labath inc.* c. *Morissette*, 2012 QCRDL 22207 (R.L.). Mais ces décisions ne traitent nullement de l'exercice raisonnable des droits du locateur eu égard aux articles 6, 7 et 1375 C.c.Q.

attributive d'un droit ou ne peut se transformer en acceptation implicite.

L'application d'une clause d'interdiction des animaux ne peut plus être obtenue si un locataire témoigne, sans être contredit, qu'on lui a indiqué que cette clause était sans importance, qu'il possède des animaux depuis dix ans sans opposition des locateurs successifs depuis son bail initial et que d'autres locataires possèdent des animaux sans être incommodés[216]. Le témoignage crédible et sincère de locataires à l'effet qu'ils ont leurs animaux depuis plus de huit ans au vu et au su des mandataires du locateur laisse croire à la tolérance du locateur quant à ces animaux et cela équivaut à une renonciation du locateur à se prévaloir de la clause interdisant les animaux[217].

Si on se place sous l'angle de l'examen d'un exercice raisonnable des droits, qu'il s'agisse de tolérance ou d'acceptation implicite, il est difficile de concevoir comment il peut être mis fin à cette tolérance ou à cette acceptation implicite sans une modification significative du contexte. L'absence d'opposition, dans un délai raisonnablement court[218], particulièrement quand la situation est connue, devrait équivaloir à acceptation de la situation, sinon cela pourrait devenir un abus de droit. C'est le cas si le locateur accepte la situation pendant une certaine période et qu'un conflit surgit avec le locataire sur une question n'ayant rien à voir avec la clause prohibitive[219]. D'ailleurs, des décisions de la Régie du logement refusent d'appliquer la clause dans de tels cas[220]. La lecture de

---

216. *Place Sherbrooke* c. *Gauthier*, 2012 QCRDL 9829 (R.L.), par. 5, 6 et 19.
217. *Société en commandite Jardins St-Jean* c. *Fortugno* 2010 QCRDL 41018 (R.L.), par. 12-15.
218. Dans *Bertrand* c. *Gratton*, 2010 QCRDL 27250 (R.L.), le locateur s'est immédiatement opposé à la présence de l'animal, ce qui réfute l'argument d'acceptation implicite. Voir aussi *Dupont* c. *Filali*, 2011 QCRDL 7900 (R.L.) ; *Martel Schollenberger* c. *Collins*, 2009 QCRDL 3354 (R.L.) ; *Ménard* c. *Levasseur*, 2011 QCRDL 17602 (R.L.).
219. Dans *Odemis* c. *André,* 2011 QCRDL 29976 (R.L.), le chat est dans le logement depuis 10 ans malgré la clause interdisant les animaux et le tribunal souligne que cette clause n'est qu'un prétexte invoqué pour expulser la locataire. Dans *Angers* c. *Galibois Barrs*, 2011 QCRDL 2856 (R.L.), le locateur a demandé la résiliation du bail en invoquant la clause présente depuis plus de huit ans lorsque la locataire a refusé l'augmentation du prix du loyer. Le défaut doit aussi encore exister au moment de l'audience : *Gosselin* c. *Morin*, 2010 QCRDL 32831 (R.L.), par. 86 ; *Inter-Loge* c. *Fortin*, 2011 QCRDL 46267 (R.L.), par. 55 ; *Ciarlo* c. *Abdel-Razek*, 2012 QCRDL 39502 (R.L.), par. 18.
220. *Place Sherbrooke* c. *Gauthier*, 2012 QCRDL 9829 (R.L.) ; *Assayag* c. *Benizri*, J.L. 84-107 (R.L.) ; *Bergeron* c. *J.M.*, 2010 QCRDL 46903 (R.L.) ; *Sénécal* c. *Boudrias*, [1993] J.L. 260 (R.L.) ; *Lapointe* c. *Gamache*, Régie du logement, 5 décembre

plusieurs jugements permet de constater que le locateur invoque souvent cette clause prohibitive lorsqu'un conflit survient avec le locataire que ce soit pour une augmentation du loyer, l'utilisation des lieux ou un mauvais entretien allégué par le locataire. La présence de l'animal devient un bouc émissaire pour le locateur qui invoque la clause pour tenter de se débarrasser du locataire. C'est manifestement un exercice déraisonnable des droits, car ces droits ne sont pas exercés pour les fins pour lesquelles ils ont été établis : dans ce cas, le locateur qui décide de l'invoquer le fait alors par malice et abuse de son droit car la résolution du litige ne passe pas par l'application de la clause prohibitive qui est étrangère à ce litige.

1.4.4. Des obligations impératives du locataire

Les obligations impératives du locataire comprennent l'usage normal des lieux loués, leur maintien en bon état, l'interdiction d'en changer la forme ou la destination et l'obligation de ne pas troubler les autres locataires[221]. L'application d'une clause d'interdiction des animaux dans un logement doit demeurer à l'intérieur de ces limites.

2007, nº 27-061221-003-G ; *Fortier* c. *Paquet*, [1998] J.L. 256 (R.L.) : la locataire pourra garder son chat jusqu'à la date d'expiration du bail. Dans *Cloutier* c. *Pelletier*, 2011 QCRDL 8507 (R.L.), le locateur tolérait des chats d'autres locataires, mais demande la résiliation du bail parce que le locataire avait retenu un montant sur le paiement de son loyer. Dans *Khondaker* c. *Spiropoulos*, 2011 QCRDL 12947 (R.L.), le retard dans le paiement du loyer a conduit à une demande de résiliation de bail et de se départir de l'animal. Le tribunal a plutôt opté pour une ordonnance en vertu de l'article 1973 C.c.Q. de payer à temps le loyer et de se départir de l'animal dans un délai coïncidant avec la date d'expiration du bail. Dans *Québec (Curateur public)* c. *J.D.*, 2011 QCRDL 44870 (R.L.), puisque le locateur tolérait la présence d'animaux dans d'autres logements, le tribunal a émis une ordonnance en vertu de l'article 1973 C.c.Q. pour forcer le locataire à se départir de ses animaux parce que ceux-ci causaient un préjudice sérieux contrairement à ceux des autres locataires. Dans *Longueuil (Office municipal d'habitation de)* c. *Hamel*, 2011 QCRDL 16951 (R.L.), suite à une demande de résiliation de bail pour défaut de respecter la clause interdisant les animaux, la Régie a entériné une entente par laquelle la locataire s'engageait à quitter le logement à l'expiration du bail. Dans *J.R. Labath inc.* c. *Morissette*, 2012 QCRDL 22207 (R.L.), par. 15, le locateur a admis qu'il accepterait de renoncer à la clause si le locataire acceptait une augmentation du loyer : le tribunal, puisque la preuve démontrait une tolérance envers les animaux (par. 20-24) a décidé que le locataire devait choisir de se départir de son animal au plus tard à l'expiration de son bail ou se trouver un autre logement.

221. D.C. LAMONTAGNE et B. LAROCHELLE, préc., note 95, vol. 1, p. 441, nº 721 ; T. ROUSSEAU-HOULE et M. de BILLY, préc., note 137, 132. Voir les articles 1855, 1856, 1860, 1861 et 1893 C.c.Q. ; *Blanchette* c. *Gagnier*, 2009 QCRDL 353 (R.L.) ; *Gosselin* c. *Morin*, 2010 QCRDL 32831 (R.L.).

L'article 1911 C.c.Q. impose au locataire l'obligation de maintenir les lieux en bon état de propreté[222]. Pour sa part, l'article 1862 C.c.Q. l'oblige à réparer le préjudice causé au locateur en raison des pertes survenues si celles-ci découlent de sa faute ou de celle des personnes à qui il permet l'accès aux lieux[223]. L'article 1893 C.c.Q. indique que sont sans effet les clauses d'un bail de logement dérogeant à ces deux articles.

1.4.4.1. La salubrité

Le locataire doit donc entretenir le logement comme le ferait un propriétaire diligent et ne pas détériorer les lieux[224]. Certes, les lieux se détériorent avec le temps, mais dans la mesure où cela constitue de l'usure normale des lieux, le locataire respecte son obligation à cet égard. La violation d'une clause du bail interdisant les animaux ne présume pas un entretien négligent des lieux[225]. La seule présence d'un chien ne suffit pas à rendre un locataire responsable de la détérioration d'un plancher vieux de 20 ans, même si ce chien peut avoir laissé sa marque à quelques endroits précis[226]. La preuve de simples dommages au plancher d'un logement n'est pas un préjudice sérieux causé au locateur puisque selon l'article 1890 C.c.Q., le locataire ne répond pas des changements résultant de la vétusté ou de l'usure normale et qu'il doit remettre les lieux en bon état à son départ[227]. Mais un locataire qui n'entretient pas correctement les lieux ou qui les détériore anormalement par une garde inadéquate d'animaux fait

---

222. Pour un exemple de dommages en cas de défaut, *Audet* c. *Martin*, 2011 QCRDL 23457 (R.L.). Il s'agit d'une obligation de résultat : *Structures métropolitaines (SMI) inc.* c. *Salemi*, 2010 QCRDL 8490 (R.L.) ; *Tommaso* c. *Gagnon*, 2010 QCRDL 36803 (R.L.).
223. *Dauphin* c. *Beaulieu*, 2011 QCRDL 48646 (R.L.) ; *Laberge* c. *Proulx*, 2010 QCRDL 7117 (R.L.) ; *Lalli* c. *Groupe Cholette*, 2010 QCRDL 43324 (R.L.) ; *Société immobilière Huot* c. *Morisette*, 2012 QCRDL 14482 (R.L.). Dans *Cloutier* c. *Pelletier*, 2011 QCRDL 8507 (R.L.), le tribunal indique que le locateur a un recours contre un locataire ne laissant pas les lieux en bon état après son départ.
224. T. ROUSSEAU-HOULE et M. de BILLY, préc., note 137, 132, référant à *Frédéric* c. *Costas*, [1981] D.R.L. 80 (R.L.). Voir aussi *Couture* c. *Quessy-Santerre*, 2011 QCRDL 15335 (R.L.).
225. *Côté* c. *Maranda*, 2010 QCRDL 36955 (R.L.).
226. *Baltayan* c. *Sogedec inc.*, [1995] J.L. 21 (R.L.). Dans *Michaud* c. *St-Laurent*, 2012 QCRDL 6044 (R.L.), le tribunal déduit que la violation de la clause interdisant les animaux rend vraisemblable l'affirmation du locateur que le logement fut rendu en mauvais état. Cela revient à dire que la présence d'animaux détériore de façon anormale les lieux. Cette affirmation reste à prouver.
227. *Laberge* c. *Proulx*, 2010 QCRDL 7117 (R.L.).

preuve de négligence[228] et manque à ses obligations : le bail pourra être résilié[229] et des dommages accordés au locateur pour dégradation anormale des lieux[230].

On retrouve dans le *Code civil du Québec*, certaines dispositions impératives relatives à la salubrité et au bon état de propreté des lieux. Outre l'article 1911 C.c.Q. qui requiert le bon état de propreté des lieux, on peut aussi souligner l'article 1920 C.c.Q. qui requiert que le nombre d'occupants dans les lieux loués puisse permettre à chacun de ceux-ci de vivre dans des conditions normales de confort et de salubrité.

Un locateur peut vouloir justifier ou appliquer une clause d'interdiction des animaux parce qu'un animal brise les lieux et fait des dégâts. Il peut se plaindre qu'un chat ou un chien laisse du poil sur les tapis des passages ou dans le logement, mais ceci ne peut motiver sérieusement une demande d'expulsion de l'animal ou la résiliation du bail. Cela est fort différent du cas du locataire ayant un nombre excessif d'animaux dans le logement et qui ne le conserve pas en bon état de propreté[231].

Invoquer le poil sur les tapis dans le logement est peu raisonnable, sinon déraisonnable et dénote soit la mauvaise foi évidente du locateur, soit son incapacité à soulever des motifs sérieux justifiant l'application de sa clause d'interdiction des animaux. C'est comme si, par nature, un chat pouvait être plus malpropre qu'une personne qui ne fait jamais ou presque jamais le ménage dans son logement. Un chat est par nature propre, fait ses besoins dans une

---

228. Dans *Pourmand* c. *Gotsinas*, 2009 QCRDL 787 (R.L.), il est mentionné que la simple présence d'un chat ne peut être jugée abusive, mais qu'un locataire doit agir avec discernement s'il possède une multitude d'animaux.
229. *Structures métropolitaines (SMI) inc.* c. *Veillette*, 2010 QCRDL 40818 (R.L.).
230. *Turcotte* c. *Chapdelaine,* 2010 QCRDL 23934 (R.L.).
231. Voir par exemple *Charbonneau* c. *Lamoureux*, 2009 QCRDL 138 (R.L.) ; *DP inc.* c. *Tremblay*, 2010 QCRDL 36098 (R.L.). Dans *Germain* c. *Wolthausen*, 2011 QCRDL 40918 (R.L.), il y avait au moins 16 chats et un chien dans le logement et des odeurs nauséabondes étaient persistantes ; le bail ne fut pas résilié parce que le nombre d'animaux avait été considérablement réduit, mais le tribunal force le locataire à s'en départir quand même en vertu de l'article 1863 C.c.Q. Dans *Giroux* c. *Paré-Marcotte*, [1978] D.C.L. 23 (R.L.), il y avait six chats et trois chiens dans le logement. Aucune clause d'interdiction des animaux n'est mentionnée dans cette affaire *Giroux*, mais le résultat aurait été identique malgré une telle clause. Dans *Gestion Hecto inc.* c. *Picard*, 2010 QCRDL 47333 (R.L.), la dame possédait 14 chats dans un logement de 3 ½ pièces et refusait de s'en départir. Le bail fut résilié en invoquant la clause interdisant les animaux. Cependant, il n'est aucunement fait mention de plaintes d'occupants ou d'insalubrité des lieux.

litière et se lave régulièrement. Le cas d'un chat est aussi très différent de celui d'un chien qui, laissé seul par son maître, peut effectivement gruger des meubles ou des parties des lieux parce qu'il s'ennuie ou n'est pas bien dressé. Même en prenant tous les soins requis en l'absence d'animaux, la poussière et la saleté se propagent allègrement dans une maison, particulièrement en hiver ou lorsqu'il pleut l'été.

Par ailleurs, malheureusement, il arrive que ce soit le gardien de l'animal qui est coupable de nuisance et de malpropreté[232]. En effet, qui n'a pas vu une personne promener un chien et le laisser faire ses besoins n'importe où dans un immeuble, y compris dans son propre logement, sans les ramasser ou les essuyer par la suite[233] ? Dans ce cas, ce n'est pas le chien qui est à blâmer, mais bien la personne qui le laisse faire. Cette personne manque nettement de civisme et nuit à la majorité des gens qui font attention et prennent les moyens nécessaires pour que les lieux soient propres ou demeurent propres après leur passage. Il est excessif de pénaliser l'ensemble des personnes ayant des animaux parce que certaines d'entre elles peuvent être irresponsables. Ce problème réel peut être facilement réglé, non pas par une interdiction de garde d'animaux, mais par une réglementation de l'immeuble imposant une pénalité dissuasive à une personne qui laisse l'animal faire ses besoins n'importe où dans l'immeuble ou sur son terrain sans nettoyer les lieux par la suite. Dans ce cas, le locateur peut d'ailleurs justifier son intervention par un manquement des

---

232. *Asselin* c. *Poirier*, 2010 QCRDL 12042 (R.L.) ; *Dufour* c. *Dubreuil*, 2010 QCRDL 16766 (R.L.) ; *Elmourne* c. *Kinsella*, 2010 QCRDL 671 (R.L.) ; *Gestion Bel investissement inc.* c. *Cossette*, 2011 QCRDL 14225 (R.L.) ; *Malaculeo* c. *Denis*, 2011 QCRDL 10108 (R.L.) ; *Martel Schollenberger* c. *Collins*, 2009 QCRDL 3354 (R.L.) ; *Structures métropolitaines (SMI) inc.* c. *Salemi*, 2010 QCRDL 8490 (R.L.) ; *Pannese* c. *Bérubé*, 2010 QCRDL 5873 (R.L.) ; *Poulin* c. *Chandler (Office municipal d'habitation de)*, 2012 QCRDL 6048 (R.L.) ; *Québec (Curateur public)* c. *J.D.,* 2011 QCRDL 44870 (R.L.) ; *Stafford* c. *Tellier*, 2011 QCRDL 22786 (R.L.) ; *Structures métropolitaines (SMI) inc.* c. *Veillette*, 2010 QCRDL 40818 (R.L.) ; *Terrebonne (Office municipal d'habitation de)* c. *Savard*, 2011 QCRDL 9560 (R.L.) ; *Tommaso* c. *Gagnon*, 2010 QCRDL 36803 (R.L.). Dans *Vythilingam* c. *Ramties*, 2009 QCRDL 1323 (R.L.), le tribunal a jugé que les odeurs nauséabondes provoquées par la présence de huit chats dont les litières n'étaient pas nettoyées ne constituaient pas un préjudice sérieux justifiant la résiliation du bail et il a rendu une ordonnance de se départir de ces chats puisqu'ils sont gardés en contravention du bail. Il est possible que le tribunal ait voulu dire que la présence de huit chats ne causait pas de préjudice sérieux en soi si les litières étaient convenablement entretenues. Mais, selon nous, le défaut de les entretenir devenait un préjudice sérieux.

233. *Structures métropolitaines (SMI) inc.* c. *Salemi*, 2010 QCRDL 8490 (R.L.).

obligations du locataire, sans qu'il soit besoin de plaider l'existence ou l'application d'une clause prohibant les animaux.

Toutefois, si cet argument de dégradation et d'insalubrité des lieux pouvait avoir un certain fondement, il faut voir quelles sont les règles du droit relativement à l'usure et à la détérioration des lieux.

1.4.4.2. Le maintien du logement en bon état

L'article 1864 C.c.Q. oblige le locateur, durant le bail, à faire toutes les réparations nécessaires au bien loué, à l'exclusion des menues réparations d'entretien qui sont à la charge du locataire, sauf si elles résultent de la vétusté du bien ou d'une force majeure. Le locataire doit conserver les lieux en bon état, mais la réparation de toute usure normale ou de toute détérioration des lieux découlant de l'usage normal et prolongé revient au locateur.[234] Le locateur peut-il s'appuyer sur cette disposition de la loi pour justifier une clause interdisant les animaux dans les lieux loués ? Nous ne le croyons pas.

En effet, rien ne prouve que la seule présence d'un animal, quel qu'il soit, a comme conséquence une usure prématurée des lieux loués[235]. Les humains sont autant, sinon plus, susceptibles de détériorer les lieux qu'un chat ou un chien par exemple. Une demande d'expulsion d'un animal parce qu'il pourrait éventuellement détériorer les lieux est excessive et déraisonnable quand, dans les faits, il n'y a aucune détérioration des lieux. Et même s'il y avait détérioration anormale des lieux, qu'elle dépende ou non de l'animal, c'est le locataire, et non le locateur, qui sera responsable du coût des réparations. Il est donc abusif d'inclure une clause d'interdiction ou de demander son application parce que, possiblement, un animal pourrait faire des dégâts. Des poissons dans un aquarium peuvent difficilement provoquer une usure prématurée des lieux, mais une application stricte de la clause permettrait au locateur de forcer le locataire à éliminer son aquarium. Des oiseaux, des chats ou des chiens, même s'ils peuvent présenter certains risques, ne rendent pas plus raisonnable l'exécution préventive, plutôt que curative, d'une clause pour les interdire.

---

234. *Ciarlo* c. *Abdel-Razek*, 2012 QCRDL 39502 (R.L.), par. 35.
235. Voir *Côté* c. *Maranda*, 2010 QCRDL 36955 (R.L.).

La simple présence d'un chat ou d'un chien ne peut être en soi une nuisance ou un inconvénient pour les autres habitants des lieux au même titre qu'un locataire qui est insouciant, négligent, malfaisant, qui défonce des murs ou qui laisse la moisissure et la pourriture s'installer dans le logement.

1.4.5. L'exécution en nature et les articles 1863 et 1973 C.c.Q.

L'article 1863 C.c.Q. permet une demande de résiliation de bail sur preuve que l'inexécution d'une obligation cause un préjudice sérieux[236] au locateur ou aux occupants d'un immeuble. Il permet aussi l'exécution en nature dans les cas qui le permettent sans qu'il y ait résiliation de bail[237]. Il faut compléter cet article 1863 C.c.Q. par l'article 1973 C.c.Q. qui permet au tribunal, plutôt que de résilier le bail sur demande du locateur, d'ordonner au locataire d'exécuter ses obligations dans un délai déterminé, à défaut de quoi le locateur pourra s'adresser de nouveau au tribunal pour obtenir la résiliation du bail sur preuve du défaut de respecter l'ordonnance[238].

Lors d'une demande de respect d'une clause d'un bail interdisant les animaux, il arrive souvent que le tribunal, plutôt que de résilier le bail, ordonne au locataire de respecter son obligation et de se départir de son animal dans un court délai, même si aucun préjudice sérieux n'est causé au locateur ou aux autres occupants de l'immeuble[239]. L'ordonnance forçant le locataire à se départir de son animal peut être rendue en vertu de l'article 1863 C.c.Q. ou

---

236. *Bazinet* c. *Richard*, 2010 QCRDL 22301 (R.L.) ; *Bissuel* c. *Ritchie*, 2010 QCRDL 36794 (R.L.) ; *Thouin* c. *Boulanger*, 2010 QCRDL 34784 (R.L.).
237. *Filion* c. *Cusson*, 2012 QCRDL 8523 (R.L.) ; *Vythilingam* c. *Ramties*, 2009 QCRDL 1323 (R.L.).
238. *Girard* c. *Savoie*, 2010 QCRDL 32932 (R.L.) ; *Structures métropolitaines (SMI) inc.* c. *Salemi*, 2010 QCRDL 8490 (R.L.) ; *Meunier* c. *Cloutier*, 2012 QCRDL 36478 (R.L.). Ce défaut doit être prouvé par une preuve prépondérante et les autres règles de droit, telles la prescription, la renonciation, la tolérance ou la transaction, doivent être respectées : *Girard* c. *Savoie*, 2010 QCRDL 32932 (R.L.), par. 25 et 26. Par ailleurs, cette ordonnance doit être suffisamment claire et exécutable et le créancier doit faire valoir son droit de bonne foi : *Girard* c. *Savoie*, 2010 QCRDL 32932 (R.L.), par. 26.
239. Voir notamment *3860 Linton inc.* c. *Sepulveda*, 2011 QCRDL 46816 (R.L.) ; *Accès Logis phase 2* c. *Nieto*, 2011 QCRDL 7322 (R.L.) ; *Agence d'assurances Richard Simard inc.* c. *Patrice*, 2011 QCRDL 40543 (R.L.) ; *7037457 Canada inc.* c. *Audelin*, 2012 QCRDL 3059 (R.L.) ; *Bazinet* c. *Richard,* 2010 QCRDL 22301 (R.L.) ; *Béliveau* c. *Tremblay*, 2010 QCRDL 5184 (R.L.) ; *Bertrand* c. *Gratton*, 2010 QCRDL 27250 (R.L.) ; *Bourdeau* c. *Dubé*, 2010 QCRDL 26731 (R.L.) ; *Cloutier* c. *Pelletier*, 2011 QCRDL 8507 (R.L.) ; *Dupont* c. *Filali*, 2011 QCRDL 7900 (R.L.).

en vertu de l'article 1973 C.c.Q. Dans le premier cas, le défaut de se conformer à l'ordonnance peut conduire à l'outrage au tribunal[240] tandis que dans le second cas, sur demande du locateur, le défaut d'obtempérer conduira à une résiliation du bail[241].

Dans l'affaire *Windsor*[242], le tribunal oblige le locataire, en vertu de l'article 1863 C.c.Q., à se départir de l'animal détenu en contravention du bail, mais il ne spécifie pas de délai pour le faire. Par ailleurs, s'il est manifeste que le locataire a la ferme intention de ne pas se départir de son animal, il arrive que le tribunal ne rende pas une ordonnance en vertu de l'article 1973 C.c.Q., mais résilie le bail en vertu de l'article 1863 C.c.Q.[243]. Dans l'affaire *Shoiry* c. *Dallaire*[244], le tribunal, tout en jugeant la clause valide, en l'absence de préjudice sérieux causé au locateur, en suspend l'application jusqu'à l'expiration du bail, donnant alors l'option au locataire de se départir de son chat avant l'expiration du bail s'il désire demeurer dans son logement. Dans la décision *Gervais*[245], le tribunal va plus loin en suspendant l'application de la clause tant que le locataire voudra demeurer dans son logement. Mais sans tenir compte de cette jurisprudence, un régisseur, jugeant la clause valide, a ordonné l'expulsion d'un chien dans les 20 jours du jugement, même si le locateur avait toléré les animaux depuis plusieurs années, que la preuve ne démontrait aucun préjudice découlant de cette présence et que le locataire avait proposé de déménager à la fin de son bail[246].

On peut s'interroger sur la légalité d'une ordonnance d'exécution en nature d'expulsion d'un animal lorsqu'elle est rendue en vertu de l'article 1973 C.c.Q. Des auteurs voient l'article 1973 C.c.Q. comme étant un « sursis de dernière chance »[247] qui ne

---

240. Voir *Vaillant* c. *Thibault*, 2007 QCCS 4914, sur les conditions requises pour qu'il y ait outrage au tribunal.
241. *Projet Gaspé inc.* c. *Chicoine*, 2011 QCRDL 47035 et 2011 QCRDL 33464 (R.L.) ; *Résidences populaires Trifluviennes* c. *Blackburn*, 2011 QCRDL 5311 (R.L.) ; *Sept-Îles (Office Municipal d'habitation de)* c. *Dion*, 2010 QCRDL 40949 (R.L.) ; *Structures métropolitaines (SMI) inc.* c. *Salemi*, 2010 QCRDL 8490 (R.L.).
242. *Windsor (Office municipal d'habitation de)* c. *Brindle*, 2010 QCRDL 19395 (R.L.).
243. *Pépin* c. *Morin*, 2011 QCRDL 9117 (R.L.) ; *Stafford* c. *Tellier*, 2011 QCRDL 22786 (R.L.).
244. *Shoiry* c. *Dallaire*, 2010 QCRDL 46381 (R.L.).
245. *Société en commandite Immeubles Sébastien* c. *Gervais*, 2011 QCRDL 14228 (R.L.), par. 13.
246. *Savoie* c. *Larivée-Côté*, 2012 QCRDL 183 (R.L.).
247. P. GAGNON et I. JODOIN, préc., note 127, 168.

nécessite pas la preuve d'un préjudice[248]. Or, il nous semble que c'est outrepasser la portée de l'article 1973 C.c.Q. que de rendre une ordonnance en l'absence d'un préjudice sérieux. L'article 1973 C.c.Q. doit s'appliquer seulement quand une partie demande la résiliation du bail et qu'il existe un préjudice sérieux justifiant la résiliation du bail. Comme l'exécution de l'obligation s'applique seulement lorsque la résiliation est possible, elle ne peut pas être ordonnée si le bail ne peut pas être résilié faute de préjudice sérieux.

Une ordonnance d'exécution en nature de l'obligation, en l'absence d'un préjudice sérieux permettant de résilier le bail, doit donc nécessairement se fonder sur l'article 1863 C.c.Q.[249] et non sur l'article 1973 C.c.Q. En outre, cette exécution en nature en vertu de l'article 1863 C.c.Q. n'est possible que dans les cas qui le permettent. Il n'est pas nécessaire de faire l'examen de tous les cas qui le permettent et il suffit de se limiter ici aux fondements du *Code civil du Québec*. On vise plus particulièrement l'obligation de l'exercice raisonnable des droits, c'est-à-dire selon les exigences de la bonne foi (art. 6 C.c.Q.), dans le but de ne pas nuire à autrui ou d'une manière non excessive ou déraisonnable (art. 7 C.c.Q.), tout en se rappelant que la bonne foi doit dicter la conduite des parties en tout temps (art. 1375 C.c.Q.).

Il faut donc conclure qu'un tribunal appliquant la clause interdisant les animaux en l'absence de préjudice sérieux ou plus grave encore, en l'absence d'un quelconque préjudice causé au locateur ou à autrui, déroge à ces règles fondamentales du *Code civil du Québec*. Lorsqu'il est démontré que le locataire tient à son animal en raison des liens affectifs qu'il a développés avec lui, et que le tribunal le force à s'en départir, il entérine un comportement qui n'est pas de bonne foi et dont le seul résultat concret est simplement de nuire au locataire.

---

248. P. GAGNON et I. JODOIN, préc., note 127, 169.
249. Ce fut le cas dans *Castonguay* c. *Giguère*, 2012 QCRDL 19116 (R.L.), *Saudelli* c. *Sénécal*, 2013 QCRDL 8083 (R.L.) et *Ciarlo* c. *Abdel-Razek*, 2012 QCRDL 39502 (R.L.), même s'il n'y a aucune preuve de préjudice sérieux, le tribunal s'appuyant sur la signature librement consentie sans traiter de l'abus de droit.

1.5. La primauté des dispositions législatives sur les clauses contractuelles

Les dispositions des contrats d'adhésion, de consommation et de bail résidentiel ont en commun la recherche d'un équilibre contractuel entre les contractants. Ce sont les tribunaux qui ont la responsabilité de voir si une clause est abusive ou déraisonnable et dans un tel cas, ils doivent l'annuler ou la réduire[250]. Le législateur, en édictant ces règles, oblige les tribunaux à tenir compte d'un possible déséquilibre contractuel et à être vigilants pour le déceler. L'autonomie de la volonté ou la règle du respect du contrat signé ne peut pas être décisive dans de tels contrats. La situation de l'adhérent, du consommateur ou du locataire doit être prise en considération en ayant à l'esprit que le contrat peut ne pas être librement consenti et que des clauses peuvent lui être imposées contre son gré. Cette possibilité d'imposition de clauses pouvant avoir un caractère abusif ou déraisonnable doit être envisagée en tenant compte du déséquilibre contractuel des parties. Dans ce cas, la clause sera annulable ou réductible.

Il découle de la nature de ces contrats, qui engendrent potentiellement des clauses susceptibles d'être abusives ou déraisonnables, que même si une clause n'est pas nécessairement abusive ou déraisonnable, son application peut l'être davantage que dans d'autres sortes de contrats. Le tribunal ne doit pas oublier qu'une partie en mesure de dicter ses conditions en raison de sa position de force, peut néanmoins, sans imposer des clauses abusives ou déraisonnables en soi, avoir une propension à faire valoir ses droits de manière excessive ou déraisonnable. Le résultat, en bout de ligne, doit être le même.

2. La notion d'exercice raisonnable des droits et sa contrepartie négative, l'abus de droit

Un locateur se contente souvent d'alléguer le droit de se prévaloir de sa clause d'interdiction des animaux. Quel sort faut-il réserver à cette demande lorsque l'animal n'est source d'aucun ennui, tracas ou problème réel quelconque pour personne, que le locataire est profondément attaché à son animal et que l'obligation de s'en départir sera pénible ou traumatisante pour lui ?

---

250. Article 1437 C.c.Q. pour le contrat de consommation ou d'adhésion et article 1901 C.c.Q. pour le bail résidentiel.

Pour répondre adéquatement à cette question, il faut nécessairement traiter du principe de l'exercice raisonnable des droits comme préalable au droit d'un locateur d'exiger le respect de cette clause dans les circonstances[251]. L'examen des fondements de l'obligation d'exercice raisonnable des droits et de sa contrepartie négative, l'abus de droit, s'impose donc pour circonscrire les limites d'application d'une clause d'interdiction d'animaux dans un bail résidentiel.

Les origines de la théorie de l'abus de droit remontent au droit romain et elles ont des assises dans l'ancien droit français et dans le droit français actuel[252]. Voltaire écrivait au 18e siècle qu'un « droit porté trop loin devient une injustice »[253]. Domat estimait qu'il y avait abus de droit quand le droit était exercé avec l'intention de nuire[254]. En common law, le cheminement est différent, l'expression « abus de droit » n'étant pas employée, mais on obtient un résultat similaire par divers concepts dont particulièrement celui du « *tort* »[255].

La théorie de l'abus de droit était déjà reconnue au Québec avant l'avènement du *Code civil du Québec*, mais les tribunaux dans leur ensemble, étaient réticents à la reconnaître et à l'appliquer pleinement[256]. Plus même, il y avait une hostilité marquée au principe voulant que l'exercice de droits contractuels puisse conduire à un abus[257]. Sous l'empire du *Code civil du Bas Canada*, le concept de l'abus de droit trouvait sa source dans l'article 1024 C.c.B.C. énonçant que les obligations contractuelles doivent tenir compte de l'équité. Il y a eu une évolution jurisprudentielle laborieuse[258] jusqu'à ce que la Cour suprême du Canada le reconnaisse

---

251. Il existe bon nombre de décisions ordonnant l'expulsion d'animaux ou la résiliation du bail parce que le locataire était fautif en rendant les lieux insalubres ou portait atteinte aux droits des autres locataires. Ces décisions sont justifiées et ne mettent pas en cause l'exercice raisonnable des droits du locateur. Voir notamment *Pannese* c. *Bérubé*, 2010 QCRDL 5873 (R.L.) ; *Structures métropolitaines (SMI) inc.* c. *Veillette*, 2010 QCRDL 40818 (R.L.) ; *Beaulieu* c. *Lussier*, 2010 QCRDL 24351 (R.L.) ; *Structures métropolitaines (SMI) inc.* c. *Salemi*, 2010 QCRDL 8490 (R.L.).
252. Voir à ce sujet, pour un examen plus poussé, C. PERRAULT et F. BEAUDRY, préc., note 62, 293-298.
253. Mentionné dans *Houle* c. *Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122, 138.
254. *Houle* c. *Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122, 138.
255. C. PERRAULT et F. BEAUDRY, préc., note 62, 299-305.
256. *Houle* c. *Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122, 143.
257. *Houle* c. *Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122, 143.
258. C. PERRAULT et F. BEAUDRY, préc., note 62, 305-315.

pleinement dans l'affaire *Houle* c. *Banque canadienne nationale*[259]. L'article 1024 C.c.B.C. créait une obligation implicite d'user de ses droits de bonne foi, selon leur finalité propre et de manière non absolue[260].

Le *Code civil du Québec*, particulièrement aux articles 6, 7 et 1375 C.c.Q., codifie cette doctrine de l'abus de droit et cela devient « un élément incontournable de l'évaluation que font les cours de l'exercice des droits civils »[261]. Les articles 6 et 7 C.c.Q., placés au tout début du *Code civil du Québec*, « chapeautent l'ensemble des dispositions et diffusent de par le droit privé québécois une nouvelle énergie »[262]. Depuis 1994, un principe fondamental du *Code civil du Québec* édicte que les droits doivent s'exercer de bonne foi et sans intention de nuire à autrui. C'est pourquoi l'application d'une clause interdisant, de manière absolue et inconditionnelle, la présence d'animaux dans des lieux loués ou habités (des condominiums par exemple...) heurte les règles du droit nouveau. Ce caractère absolu ou inconditionnel permet de faire déclarer cette clause abusive ou déraisonnable ou, à tout le moins, de la rendre inapplicable lorsque les circonstances le justifient.

On ne peut invoquer que le caractère standard ou courant d'une clause la rend non abusive ou que son exercice n'est pas abusif : comme le dit à juste titre un auteur, « Une clause n'est pas moins injuste parce qu'elle est fréquente »[263]. Ce n'est pas parce qu'une clause est fréquente qu'elle devient conforme à la loi, l'impossibilité de la négocier, la standardisation des contrats et l'absence de concurrence quant à son contenu pouvant la rendre abusive[264], déraisonnable ou abusive dans son exercice.

Certains pourraient soutenir qu'il ne peut y avoir d'abus de droit lorsque le locateur prend les moyens pour faire valoir son droit et que le locataire, lui-même en défaut de respecter son obligation, ne peut empêcher le locateur de faire valoir ce droit. Mais le concept de l'abus de droit est indépendant du défaut du débiteur d'exécuter son obligation. C'est l'exercice du droit du créancier qui doit être examiné, la façon dont il s'y prend pour faire valoir son

---

259. *Houle* c. *Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122.
260. C. PERRAULT et F. BEAUDRY, préc., note 62, 313-314.
261. C. PERRAULT et F. BEAUDRY, préc., note 62, 316.
262. C. PERRAULT et F. BEAUDRY, préc., note 62, 317.
263. B. MOORE, préc., note 42, 77.
264. *Ibid*.

droit. Certes, le défaut du débiteur déclenche l'exercice du recours, mais encore faut-il que ce recours se fasse dans le respect des règles du *Code civil du Québec*. L'inexécution d'une obligation par le débiteur ne l'empêche pas d'invoquer tout moyen de défense. Par exemple, un débiteur peut contester une clause pénale parce qu'abusive ou disproportionnée par rapport à son obligation[265]. Cette clause devient applicable en raison de l'inexécution d'une obligation du débiteur et on ne peut soutenir que le débiteur ne peut la contester parce qu'il a manqué à son obligation. De la même façon, le locataire peut contester le recours du locateur en raison de son caractère excessif et déraisonnable dans les circonstances. Plus spécifiquement, en matière de logement, l'article 1901 C.c.Q. prévoit un tel recours en cas de clause abusive et il est une application particulière de l'article 1437 C.c.Q. Mais cela n'efface pas les recours fondés sur les articles 6, 7 et 1375 C.c.Q. lorsque la clause elle-même n'est pas abusive mais que son exercice le devient dans les circonstances.

Pour déterminer s'il y a un exercice raisonnable des droits ou, au contraire un abus de droit, il faut, au préalable, voir en quoi consiste le caractère raisonnable d'un comportement, puis faire appel au concept de la personne raisonnable appelée à le déterminer.

2.1. Le caractère raisonnable du comportement

Il faut tout d'abord décrire ce qu'est la notion du comportement raisonnable. Selon le Petit Larousse illustré de 2010, le sens courant du mot « raisonnable » a trait à un individu « doué de raison ; qui agit conformément au bon sens, d'une manière réfléchie » ou « qui manifeste du bon sens, de la sagesse, de la mesure et de la réflexion »[266]. Le Petit Robert de 2011, pour sa part, indique que le sens courant du mot a trait à une personne « Qui pense selon la raison, se conduit avec bon sens et mesure, d'une manière réfléchie »[267]. Une personne raisonnable agit donc de manière judicieuse et modérée en tenant compte de l'ensemble des éléments à sa disposition en pesant le pour et le contre d'une solution. Une interdiction absolue de faire quelque chose, qui

265. Article 1623 C.c.Q.
266. Le *Petit Larousse illustré*, Paris, Larousse, 2010, p. 851.
267. *Le Petit Robert*, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Paris, SEJER, 2010, p. 2109.

découle d'une réaction viscérale et dont les conséquences pour autrui ne sont pas considérées, ni mesurées, peut difficilement être qualifiée de raisonnable.

Un comportement raisonnable signifie donc que la personne agit d'une manière pensée, fondée sur la raison, de façon logique, mesurée et acceptable. C'est une conduite conforme au bon sens et réfléchie. Une clause contractuelle, pour être raisonnable, doit être justifiée et insérée dans le contrat pour une raison légitime et valable. Son exercice doit être relié à cette raison pour ne pas devenir abusif[268].

À titre d'exemple, en matière de logement, il faut un équilibre entre les droits du locateur et ceux du locataire. Il est difficile de qualifier de raisonnable une clause ou son exercice si cela brime les droits d'une partie sans raison véritable ou sans justification légitime quelconque. Si le locateur ne peut pas expliquer pourquoi cette clause ou son exercice est raisonnable dans les circonstances, le tribunal ne devrait pas accepter cet argument pour lui donner raison car la preuve de ses prétentions n'est pas faite[269]. Peut-on qualifier de raisonnable le comportement d'un locateur exigeant la résiliation du bail pour une contravention à une clause d'interdiction des animaux simplement parce que cette clause est prévue au bail alors qu'il n'existe aucun problème ou préjudice sérieux découlant de cette présence et que le locateur admet qu'il

---

268. La clause se justifie par exemple si la preuve démontre que le locateur ou d'autres occupants souffrent d'allergies sérieuses aux animaux et que cette présence leur cause un préjudice sérieux : voir *Poirier* c. *Legault*, 2011 QCRDL 3073 (R.L.). Cependant, les allergies aux animaux, tout comme la sévérité des réactions, sont variables selon les types d'animaux. Il serait déraisonnable qu'un locateur se prévale de l'exercice de la clause sans qu'il soit prouvé que l'animal en question est vraiment l'élément déclencheur d'une réaction sérieuse qui ne peut être évitée autrement que par le départ de cet animal.

269. Voir l'article 2803 C.c.Q. Des jugements de la Régie du logement réfèrent aussi à cette disposition tant pour le locateur que pour le locataire : *Asselin* c. *Poirier*, 2010 QCRDL 12042 (R.L.) ; *Blanchette* c. *Gagnier*, 2009 QCRDL 353 (R.L.) ; *Côté* c. *Maranda,* 2010 QCRDL 36955 (R.L.) ; *Couture* c. *Quessy-Santerre*, 2011 QCRDL 15335 (R.L.) ; *Dakar Corp.* c. *Proulx*, 2010 QCRDL 5496 (R.L.) ; *Desroches* c. *Cloutier*, 2011 QCRDL 38692 (R.L.) ; *Filion* c. *Cusson*, 2012 QCRDL 8523 (R.L.) ; *Gosselin* c. *Morin*, 2010 QCRDL 32831 (R.L.) ; *Montréal (Office municipal d'habitation de)* c. *Rondeau*, 2011 QCRDL 3242 (R.L.) ; *Roy* c. *L'Heureux*, 2010 QCRDL 38505 (R.L.) ; *Saga Realties* c. *Gaudette*, 2010 QCRDL 44084 (R.L.) ; *Thouin* c. *Boulanger*, 2010 QCRDL 34784 (R.L.). En cas de preuve contradictoire, en l'absence de démonstration des faits de façon prépondérante et probable par la partie qui les soutient, sa demande sera rejetée : *Inter-Loge* c. *Fortin*, 2011 QCRDL 46267 (R.L.) ; *Marcogliese* c. *Julien*, 2011 QCRDL 19978 (R.L.) ; *Meunier* c. *Cloutier*, 2012 QCRDL 36478 (R.L.).

n'a connaissance d'aucun inconvénient causé par des animaux[270] ? Et comment un tribunal peut-il raisonnablement justifier une ordonnance de se départir des animaux dans un tel cas[271] ?

Le recours d'un locateur en résiliation de bail ou en exécution d'une obligation est prévu par l'article 1863 C.c.Q. En vertu de cet article, la résiliation de bail requiert un préjudice sérieux, mais non l'exécution en nature d'une obligation. Dans l'affaire *Bergeron* c. *Guérin*[272], le tribunal examine l'exercice du recours en l'absence de preuve de préjudice subi par le locateur :

> La preuve étant contradictoire quant à l'identité du chien, et ne permet pas au Tribunal de déterminer s'il s'agit toujours du même chien ou d'un nouveau chien et le locateur ayant autorisé, malgré la clause au bail, la garde d'un animal aux locataires, le locateur se devait, pour que le Tribunal puisse considérer ce motif comme étant un motif de résiliation de bail, démontrer le préjudice causé par l'animal. Or, la seule preuve offerte est à l'effet que le locateur soutient être incommodé par les jappements de ce chien alors qu'il habite à 1/2 km de la maison. Aucun des voisins n'est venu témoigner à l'effet que les jappements du chien leur causent un préjudice ou les incommodent. La preuve est donc insuffisante pour justifier la résiliation du bail ou l'émission d'une ordonnance enjoignant aux locataires de se départir de l'animal.[273]

Même si le tribunal ne fait pas mention d'un exercice déraisonnable des droits, ni de la bonne foi et qu'il rejette la demande pour absence de preuve d'un préjudice, on peut déduire que l'acceptation de la demande en l'absence d'un préjudice véritable serait déraisonnable. Il faut un préjudice sérieux, lequel doit être prouvé[274], pour obtenir la résiliation du bail et, à tout le

---

270. *Zemmit* c. *Lanthier*, 2012 QCRDL 820 (R.L.), par.19.
271. *Zemmit* c. *Lanthier*, 2012 QCRDL 820 (R.L.), par.21.
272. *Bergeron* c. *Guérin*, 2011 QCRDL 27387 (R.L.) ; *Brunet* c. *Durand*, 2010 QCRDL 47095 (R.L.).
273. *Bergeron* c. *Guérin*, 2011 QCRDL 27387 (R.L.), par. 33, les soulignés étant les nôtres. Voir aussi *Habitat II Inc.* c. *Hoarau,* 2010 QCRDL 8492 (R.L.) ; *Larivière* c. *Cloutier*, 2012 QCRDL 3647 (R.L.). Ne constitue pas un préjudice sérieux l'argument du locateur qu'il a « l'air fou » de ne pas demander la résiliation du bail en raison de la clause prohibitive même s'il n'y a aucune plainte au sujet de l'animal : *Dépanneur R. Verro Inc.* c. *Godin*, 2011 QCRDL 44204 (R.L.).
274. *Galardo & Mariani* c. *Shpritser*, 2011 QCRDL 11081 (R.L.) ; *Lemay* c. *Lemay*, 2010 QCRDL 26471 (R.L.) ; *Habitat II Inc.* c. *Hoarau*, 2010 QCRDL 8492 (R.L.) ; *Harvey* c. *Chevarie*, 2011 QCRDL 46575 (R.L.) ; *Hudon* c. *Champagne*, 2010 QCRDL 43270 (R.L.) ; *Kaur* c. *Pharand*, 2011 QCRDL 464 (R.L.), par. 13 ; *Stafford* c. *Tellier*, 2011 QCRDL 22786 (R.L.) ; *Larivière* c. *Cloutier*, 2012 QCRDL 3647 (R.L.). Dans *Khieu* c. *Gadzala*, 2012 QCRDL 38393 (R.L.), le bail est résilié

moins, un préjudice quelconque pour obtenir l'exécution de l'obligation[275].

Un locateur ne doit pas non plus unilatéralement imposer une obligation au locataire sans tenir compte de ce qui est rationnel et donc de ce qu'une personne douée de la raison considérerait raisonnable dans le contexte. Fondamentalement, un locateur loue un logement pour en tirer un revenu et un locataire acquiert le droit d'habiter le logement pour lequel il paie un loyer. Le bail résidentiel « établit les conditions relatives à la satisfaction d'un besoin fondamental, l'habitation »[276]. Le locateur a l'obligation de fournir la jouissance paisible des lieux au locataire et de garantir que les lieux peuvent servir à l'usage pour lesquels ils sont loués (art. 1854 et 1860 C.c.Q.).

En principe donc, par exemple, ne serait pas raisonnable la clause ou l'exercice d'une clause d'un bail résidentiel où le locateur interdirait à un locataire de recevoir de la visite parce qu'il veut la tranquillité ou qui prohiberait la cuisson de certains aliments parce qu'il n'aime pas leur odeur. Également, ce n'est pas parce que le locateur n'a pas envie de voir des animaux, que ceux-ci peuvent faire du bruit, laisser du poil, faire de poussière, user le plancher, etc., que la clause ou son exercice devient raisonnable. Il

---

en raison du préjudice sérieux qui serait causé par la présence d'un chat et d'un chien. Cependant, cette décision n'indique pas la nature du préjudice causé et on ne peut juger si, effectivement, il était sérieux. Il semble des motifs du tribunal (par. 10, 16 et 17) que la simple dérogation à la clause d'interdiction des animaux justifiait la résiliation du bail alors que des éléments beaucoup plus sérieux étaient présents.

275. L'article 1863 C.c.Q., pour l'exécution en nature de l'obligation, ne requiert pas la preuve d'un préjudice sérieux. Mais conclure que cela justifie une ordonnance, même en l'absence de tout préjudice, ne tient manifestement pas compte de la primauté des articles 6, 7 et 1375 C.c.Q. C'est pourtant ce que décide un jugement rendu 16 ans après l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* en s'appuyant sur une décision de mai 1994 : *Langlois* c. *Bender*, 2010 QCRDL 41825 (R.L.). Dans *Agence d'assurances Richard Simard inc.* c. *Patrice*, 2011 QCRDL 40543 (R.L.), aucune preuve de préjudice sérieux ou autre n'est prouvé, mais le tribunal accède à la demande du locateur et ordonne, en vertu de l'article 1863 C.c.Q., au locataire de se départir de son chien qu'il possède depuis 10 ans et ce, dans les 20 jours, malgré appel simplement parce qu'une clause du bail interdit les animaux. Dans *Office municipal d'habitation* c. *Luce,* 2012 QCCQ 15422 (C.Q.), par. 65 et 66, il suffit de prouver la présence de l'animal sans preuve d'aucun préjudice pour obtenir l'exécution en nature. Le tribunal s'appuie principalement sur des jugements et de la doctrine pré-1994 ne traitant pas du concept d'exercice raisonnable des droits prévu par le *Code civil du Québec* applicable dans un tel cas. Une exécution en nature se fait dans les cas qui le permettent et ne doit pas fermer la porte à l'application des articles 6, 7 et 1375 C.c.Q.

276. P. GAGNON, préc., note 9, 336.

s'agit en fait d'un usage normal et d'une usure naturelle des lieux dont un animal n'est pas plus responsable qu'un humain habitant dans le logement.

2.2. La notion d'abus de droit

Même si le *Code civil du Québec* inscrit comme principe fondamental l'obligation de l'exercice raisonnable des droits, il y a lieu de référer à l'arrêt phare de la Cour suprême du Canada, *Houle* c. *Banque canadienne nationale*[277] pour une étude approfondie de la notion d'abus de droit et de la grande place que doit avoir la théorie de l'exercice raisonnable des droits :

> En vertu de cette théorie, il y a abus d'un droit lorsque celui-ci n'est pas exercé de manière raisonnable ou de façon compatible avec la conduite d'un individu prudent et diligent, sans qu'il soit nécessaire de se demander si le titulaire du droit est de bonne foi ou encore d'examiner la fonction sociale du droit en question. Ghestin et Goubeaux, op. cit., au no 711, p. 692, résument comme suit la position des frères Mazeaud (Mazeaud et Tunc, op. cit., aux nos 564 et suiv., pp. 651 et suiv.), principaux défenseurs de cette théorie :
>
> Celui qui, prétendant exercer les prérogatives que la loi lui confère, n'agit pas comme le ferait un individu normalement prudent et raisonnable, commet une faute que l'on qualifiera d'abus. Cette faute peut être intentionnelle ou non. Ce qui compte est la comparaison, faite dans l'abstrait, avec le comportement idéal d'un sujet qui exerce son droit d'une façon normale.[278]

Cet abus de droit peut provenir de la malice, de la mauvaise foi ou de l'exercice déraisonnable des droits[279]. Il ne se limite plus comme autrefois à la nécessité d'une preuve de malice ou de mauvaise foi :

> Conformément à l'évolution doctrinale et jurisprudentielle qui s'est faite au Québec sur cette question, il est maintenant temps d'affirmer que la malice ou encore l'absence de bonne foi ne devrait plus être le critère exclusif pour apprécier s'il y a eu abus d'un droit contractuel. Une revue tant des fondements théoriques des récents courants en responsabilité civile que de l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence au Québec conduit inévitablement à la conclusion qu'il ne saurait plus faire aucun doute en droit québécois

277. [1990] 3 R.C.S. 122.
278. *Houle* c. *Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122, 150-151.
279. *Houle* c. *Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122, 152.

> que le critère moins rigoureux de « l'exercice raisonnable » d'un droit, la conduite de l'individu prudent et diligent, par opposition au critère exigeant de la malice et de l'absence de bonne foi, peut également servir de fondement à la responsabilité résultant de l'abus d'un droit contractuel.[280]

La Cour suprême du Canada a donc décidé pour qu'il y ait abus de droit, qu'un usage simplement déraisonnable était suffisant[281]. Cet aspect est désormais codifié à l'article 7 C.c.Q.

Les cas d'abus de droit peuvent se regrouper en trois catégories : l'abus du droit de propriété, comme les inconvénients de voisinage, les abus de droit procéduraux et enfin les abus de droit contractuels[282]. La bonne foi dont il est question à l'article 1375 C.c.Q. n'est plus individuelle, mais collective et vise un comportement raisonnable en fonction des normes reconnues de la société[283]. Il revient aux tribunaux d'apprécier la conduite selon ces normes en tenant compte de la nature du contrat, des relations entre les parties et du contexte d'application[284].

Une partie à un contrat ne peut plus agir de manière légale en se conformant aux droits stricts qui lui sont accordés par le contrat car elle doit maintenant prendre en considération l'impact de l'exercice de ses droits sur l'autre contractant[285]. En somme, l'obligation de bonne foi de l'article 1375 C.c.Q.

> se traduit par un comportement dicté par le bon sens, l'équité et les principes de justice naturelle. Ces principes ne permettent évidemment pas à une partie d'agir uniquement selon son propre intérêt, même si son comportement se situe à l'intérieur de son droit et dans la légalité, sans tenir compte de l'intérêt de l'autre partie.[286]

---

280. *Houle* c. *Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122, Puis, à la page 164, la cour conclut en disant ce qui suit : « En résumé donc, il semble que la théorie de l'abus des droits contractuels fasse aujourd'hui incontestablement partie du droit québécois. Fondée au départ sur le critère rigoureux de la malice ou de la mauvaise foi, la norme servant à apprécier l'existence d'un tel abus s'est élargie pour inclure maintenant le critère de l'exercice raisonnable d'un droit tel qu'il est incarné dans la conduite d'une personne prudente et diligente ».
281. C. PERRAULT et F. BEAUDRY, préc., note 62, 335-336.
282. V. KARIM, préc., note 44, vol. 1, p. 55.
283. V. KARIM, préc., note 44, vol. 1, p. 56.
284. *Ibid.*
285. V. KARIM, préc., note 44, vol. 1, p. 58.
286. V. KARIM, préc., note 44, vol. 1, p. 103-104.

L'abus de droit est d'abord le droit exercé malicieusement, dans l'intention délibérée de nuire, et il s'agit d'un aspect subjectif : mais depuis l'arrêt *Houle*, il est manifeste qu'une action ou une inaction empreinte d'insouciance ou de négligence constitue de la mauvaise foi objective pouvant être un usage excessif ou déraisonnable du droit[287]. La détermination de l'abus de droit par le biais de l'insouciance ou de la négligence prend l'allure d'un examen objectif de la conduite et permet d'éviter la nécessité des procès d'intention pour constater l'existence ou non d'un abus de droit[288].

L'exercice anormal, incorrect ou maladroit d'un droit peut être un abus de droit où l'intention de nuire est absente[289] tout comme la malveillance[290] ou l'exercice exagéré des droits[291]. La simple faute dans l'exercice d'un droit peut aussi devenir un abus de droit sans qu'il soit requis de démontrer la mauvaise foi ou l'intention malicieuse[292]. La bonne foi joue un rôle primordial et la démonstration de l'exercice déloyal du droit suffit pour le rendre déraisonnable[293]. Comme la bonne foi devient une norme de comportement sans que l'intention entre en jeu[294], un abus de droit peut fort bien être commis sans mauvaise foi ou intention de nuire à autrui[295].

Il fut déjà jugé que le défaut d'un locataire de payer son loyer en invoquant des éléments sans importance était une contravention à son obligation de bonne foi[296]. Par analogie, on peut

---

287. C. PERRAULT et F. BEAUDRY, préc., note 62, 339.
288. C. PERRAULT et F. BEAUDRY, préc., note 62, 341.
289. C. PERRAULT et F. BEAUDRY, préc., note 62, 345, renvoyant à l'affaire *Québec (P.G.)* c. *Corriveau*, [1989] R.J.Q. 1 (C.A.).
290. C. PERRAULT et F. BEAUDRY, préc., note 62, 358.
291. C. PERRAULT et F. BEAUDRY, préc., note 62, 373, traitant de l'affaire *Marquis* c. *Auxilium Technologies Inc.*, REJB 2001-26408, par. 52 (C.S.), appel accueilli sur un autre point : J.E. 2003-1888 (C.A.).
292. C. PERRAULT et F. BEAUDRY, préc., note 62, 352, référant à l'affaire *Québec (P.G.)* c. *Corriveau*, [1989] R.J.Q. 1 (C.A.). Voir aussi B. LEFEBVRE, préc., note 56, 349.
293. B. LEFEBVRE, préc., note 56, 349, s'appuyant sur *Houle* c. *BCN*, p. 146 de l'arrêt.
294. B. LEFEBVRE, préc., note 56, 349.
295. V. KARIM, préc., note 59, 452 ; B. LEFEBVRE, préc., note 56, 349. Dans *Québec (Curateur public)* c. *J.D.*, 2011 QCRDL 44870 (R.L.), la Régie du logement a statué qu'en l'absence de preuve de mauvaise foi, il fallait donner effet à une clause d'interdiction des animaux. Or, il n'est plus nécessaire de prouver la mauvaise foi, mais simplement que le comportement a pour résultat de nuire injustement à autrui.
296. V. KARIM, préc., note 44, vol. 1, p. 103, renvoyant à l'affaire *Université du Québec à Montréal* c. *Network Café M.P. Inc.*, REJB 1998-08473 (C.S.).

soumettre qu'un locateur ne peut exiger l'exécution d'une clause prohibitive d'animaux si le manquement du locataire est sans importance. Ce serait le cas quand la présence d'un animal ne présente aucun inconvénient réel, même minime, pour le locateur ou d'autres locataires et à plus forte raison si la présence de l'animal est pratiquement indétectable. Cela peut devenir de l'abus de droit du locateur, un trouble dans la jouissance des lieux et donner ouverture à des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires au locataire pour des motifs de discrimination ou de harcèlement[297].

Il faut bien comprendre que « la théorie de l'abus de droit n'entraîne nullement la négation du droit en soi, mais s'attaque plutôt à l'usage qu'en fait son titulaire »[298]. L'exercice d'un droit sans motif valable est abusif puisqu'un droit devant s'exercer de manière légitime, il doit donc se justifier par un motif valable[299]. La résiliation d'un contrat causant préjudice à l'autre partie devient un abus de droit si elle survient sans motif légitime, subitement, intempestivement ou qu'elle est provoquée par une faute mineure qui ne justifie pas la sévérité de cette sanction de résiliation[300]. Cela se produit quand la décision de forcer le respect d'une interdiction d'animaux dans les lieux loués conduit à un résultat ou à une sanction disproportionnée par rapport au défaut du locataire. Comment qualifier de non abusif le comportement d'un locateur qui demande la résiliation du bail sans preuve d'un préjudice sérieux, ni même quelconque, en se fondant exclusivement sur l'existence d'une clause d'interdiction d'animaux dans le logement[301] ?

2.3. La bonne foi, l'abus de droit et le caractère excessif ou déraisonnable d'une obligation

Des auteurs soulignent qu'« Agir selon les exigences de la bonne foi pourrait se décrire comme le comportement d'une per-

297. D.C. LAMONTAGNE et B. LAROCHELLE, préc., note 95, vol. 1, p. 437, nº 712.
298. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 41, nº 123.
299. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 41, nº 124-125.
300. C. PERRAULT et F. BEAUDRY, préc., note 62, 355-356, s'appuyant sur les affaires *Domtar Inc.* c. *St-Germain*, [1991] R.J.Q. 1271 (C.A.) et *Chouinard* c. *Groupe Laro-Alta*, J.E. 2001-753, REJB 2001-23651 (C.Q.).
301. *Coop d'habitation R. Pageau du Christ-Roi* c. *Rivest*, 2011 QCRDL 48840 (R.L.) ; *Béliveau* c. *Tremblay*, 2010 QCRDL 5184 (R.L.) : *Agence d'assurances Richard Simard Inc.* c. *Patrice*, 2011 QCRDL 40543 (R.L.). Le locateur obtient néanmoins une ordonnance forçant le locataire à se départir de son animal dans un délai spécifié. Le locateur, qui n'a subi aucun préjudice, cause un préjudice sérieux à son locataire.

sonne raisonnable, loyale, prudente, honnête et consciente de ses devoirs d'exercer ses droits dans le respect des droits d'autrui »[302].

Reconnue depuis longtemps en droit québécois, la bonne foi est désormais un des principes fondamentaux du droit des obligations au même titre que l'autonomie de la volonté et l'ordre public : si cela atténue la liberté contractuelle, en revanche, il y a l'effet bénéfique de rapprocher la théorie juridique de la réalité pratique. La bonne foi n'est pas définie dans le *Code civil du Québec* et elle est un concept très large que le législateur a voulu laisser à l'appréciation des tribunaux.

Cela est « l'aboutissement d'un mouvement pour instaurer dans notre droit un mécanisme général de contrôle du comportement des parties, en particulier dans l'exécution des contrats »[303]. La cour « doit rechercher l'équilibre entre les intérêts légitimes des deux parties, tel que l'exige cette notion de bonne foi »[304], conformément au principe de l'article 7 C.c.Q. exigeant qu'aucun droit ne puisse être exercé de manière à nuire à autrui ou de manière excessive ou déraisonnable. Le locateur n'est pas de bonne foi par exemple s'il invoque arbitrairement une clause interdisant la garde des animaux dans les lieux loués ou par vengeance contre des locataires suite à un conflit[305]. La Régie du logement a déjà rejeté une demande d'expulsion d'un petit chien quand il a été prouvé qu'au moins dix chats résidaient dans l'immeuble à appartements malgré l'existence d'une clause y interdisant les animaux[306]. Manifestement, ce jugement applique le concept de l'obligation d'agir de bonne foi et de manière raisonnable. Une autre décision va dans le même sens en permettant à une dame de conserver son chat malgré une interdiction de son bail et du règlement de l'immeuble car la moitié des locataires de l'immeuble possédaient des animaux[307]. Par conséquent, si d'autres animaux ne dérangeant pas plus que celui du locataire poursuivi sont présents malgré une interdiction à ce sujet, il

---

302. C. PERRAULT et F. BEAUDRY, préc., note 62, 338.
303. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 41, nº 123.
304. V. KARIM, préc., note 44, vol. 1, p. 91.
305. *Sénécal* c. *Boudrias,* [1993] J.L. 260 (R.L.) ; *Lapointe* c. *Gamache*, Régie du logement, 5 décembre 2007, nº 27-061221-003-G ; *Fortier* c. *Paquet*, [1998] J.L. 256 (R.L.).
306. *Lapointe* c. *Gamache*, Régie du logement, 5 février 2008, nº 27-061221-003-G (Bureau de Salaberry-de-Valleyfield).
307. *Bédard* c. *Lafrenière*, Régie du logement, Gatineau, 16 avril 2008, nº 22-070323-005-G, J.L.E. 2008-25.

est déraisonnable et abusif pour le locateur de s'en prendre uniquement à ce locataire et non aux autres.

La notion de bonne foi a trois sens reconnus. Il y a tout d'abord le sens subjectif par lequel la bonne foi s'oppose à la mauvaise foi et qui fait que toute personne agissant de bonne foi agit sans intention malicieuse[308]. Le second sens traditionnel vise une personne agissant dans l'ignorance ou dans une perception erronée de la réalité par opposition à celle qui sait que c'est illégal ou illégitime et qui est donc de mauvaise foi[309]. Ces deux conceptions sont des perceptions subjectives tenant compte de l'état d'esprit de la personne concernée[310]. L'absence de bonne foi peut être suffisante pour renverser la présomption de bonne foi de l'article 2805 C.c.Q.[311].

La nuance entre l'absence de bonne foi et la mauvaise foi n'est pas toujours facile à faire : l'absence de bonne foi peut être vue comme de l'aveuglement volontaire, de l'insouciance, de l'imprudence injustifiée ou encore une simple faute de négligence[312]. Quant à la mauvaise foi, elle est une conduite comprenant « une intention de nuire ou une insouciance grossière quant aux conséquences que peut avoir l'acte sur les tiers »[313]. Manque à son obligation de bonne foi, une personne qui agit « par simple caprice, mauvaise foi, avec l'intention de nuire ou sans justification valable »[314] car elle se fonde sur la force du contrat dans le but de nuire à autrui[315].

Quant au troisième sens, il s'agit d'une conception plus récente, objective celle-là, beaucoup plus large et centrée sur l'examen du comportement acceptable[316]. Ce comportement acceptable ou cette conduite raisonnable renvoie selon le cas à des concepts moraux, sociaux ou au bon sens[317]. Des auteurs

---

308. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 41, nº 98. L'article 2805 C.c.Q. établit une présomption générale et réfragable de bonne foi.
309. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 41, nº 98.
310. *Ibid.*
311. V. KARIM, préc., note 59, 433.
312. V. KARIM, préc., note 59, 436.
313. *Ibid.*
314. V. KARIM, préc., note 44, vol. 1, p. 90.
315. *Ibid.*
316. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 41, nº 98. Cela fut particulièrement bien développé dans l'arrêt *Banque Nationale du Canada* c. *Houle*, [1990] 3 R.C.S. 122.
317. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 41, nº 98.

soulignent que « la bonne foi est donc devenue l'éthique de comportement exigée en matière contractuelle (...) Elle suppose un comportement loyal et honnête. On parle alors d'agir selon les exigences de la bonne foi. »[318]

La bonne foi, comme norme de comportement, consiste à agir de manière honnête[319] et avec loyauté et cette loyauté requiert un comportement respectueux des normes et des standards sociaux requis dans un contexte donné[320]. En ce sens, on peut parler de bonne foi objective puisque le comportement s'examine, non pas en fonction de l'intention de l'individu, mais par rapport à une norme[321]. Le tribunal doit déterminer si les règles de comportement « vont à l'encontre d'une conduite loyale et honnête et sont moralement et socialement acceptables »[322]. Une conduite loyale est honnête et sans intention malveillante[323]. On doit y trouver aussi un esprit de collaboration pour l'atteinte des buts communs qui permet la réalisation des objectifs personnels d'un contractant sans que cela se fasse au détriment de l'autre[324].

La notion de bonne foi ne se limite donc plus maintenant à la croyance ou à l'intention d'une personne, « mais implique également l'examen objectif de ses agissements en fonction d'un standard de comportement et ce, indépendamment de sa véritable intention »[325]. Il découle de cette norme objective de bonne foi qu'une personne ne peut plus appliquer ses propres critères pour évaluer s'il y a manquement aux exigences de la bonne foi puisqu'il faut plutôt appliquer ceux de la société[326].

La bonne foi est donc une norme sociale de comportement requérant un comportement acceptable dans l'exercice des droits civils[327]. L'article 1375 C.c.Q., relatif à l'obligation de bonne foi à la naissance, à l'exécution et l'extinction de l'obligation, établit une

---

318. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 41, nº 98.
319. B. LEFEBVRE, préc., note 56, 328 ; L. ROLLAND, préc., note 56, 379 ; N. CROTEAU, préc., note 61, 404.
320. B. LEFEBVRE, préc., note 56, 328 ; N. CROTEAU, préc., note 59, 406 ; J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 41, nº 98.
321. B. LEFEBVRE, préc., note 56, 328.
322. N. CROTEAU, préc., note 61, 407.
323. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 41, nº 128.
324. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 41, nº 129.
325. B. LEFEBVRE, préc., note 56, 324.
326. V. KARIM, préc., note 44, vol. 1, p. 54.
327. V. KARIM, préc., note 44, vol. 1, p. 54 ; J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 41, nº 98.

conception objective de la bonne foi si bien que l'exercice des droits contractuels ne peut tout simplement pas se faire seulement sans intention malicieuse car la conduite et le comportement doivent aussi répondre aux normes acceptées par la société[328]. La « conduite objective nécessite que le comportement du contractant soit conforme à une intention réelle visant non seulement la réalisation de ses objectifs personnels, mais aussi, l'atteinte des objectifs communs du contrat et le respect des droits et des intérêts légitimes de son cocontractant »[329]. Il s'agit d'une disposition d'ordre public à laquelle les parties ne peuvent pas déroger[330].

La norme du comportement objectif est une réalité en droit québécois car l'article 1375 C.c.Q. indique clairement que la bonne foi « doit gouverner la *conduite* des parties »[331]. L'article 7 C.c.Q. va dans le même sens puisqu'il requiert que l'*exercice* d'un droit ne doit pas nuire à autrui, ni se faire de *manière* excessive et déraisonnable. Ces articles du code, en utilisant des termes comme « conduite » ou « manière », font nécessairement allusion à une façon d'agir, à un comportement. De ce fait, une auteure situe la bonne foi en ces termes :

> Il n'est donc plus nécessaire de se demander si la personne est selon ses propres convictions, de bonne foi ou non. On se demande plutôt si elle a agi selon les exigences de la bonne foi. Il y a donc une distinction fondamentale à faire entre être de bonne foi et agir selon la bonne foi. Cette distinction réside dans l'intention de l'individu. Si l'on est de mauvaise foi, on agit à l'encontre de la bonne foi, mais l'inverse n'est pas vrai. Il suffit maintenant de démontrer qu'une personne n'a pas agi de façon raisonnable, allant à l'encontre des exigences de la bonne foi. On doit toutefois en faire la preuve, vu la présomption de bonne foi édictée par l'article 2805. N'ayant plus à faire une preuve d'intention, la preuve en est facilitée et s'effectue par la démonstration de l'existence des faits en cause.[332]

Si la bonne foi a des liens étroits avec l'abus de droit, il faut distinguer les deux notions même si elles se recoupent, car la bonne foi a un champ d'application beaucoup plus étendu, l'abus de droit n'en étant qu'un aspect, une manifestation particu-

---

328. V. KARIM, préc., note 44, vol. 1, p. 54.
329. *Ibid.*
330. V. KARIM, préc., note 44, vol. 1, p. 115 ; J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 41, nº 106.
331. B. LEFEBVRE, préc., note 56, 329. Les italiques sont de nous.
332. *Ibid.,* 335.

lière[333]. L'abus de droit est une faute qui se manifeste par un exercice des droits de manière négligente ou pour nuire à autrui[334]. Il y a des limites dans l'exercice des droits et leur dépassement devient une faute civile[335]. L'exercice déraisonnable du droit, même si ce droit est légitime, devient abusif et fautif suite au préjudice découlant de cet exercice déraisonnable et cela entraîne la responsabilité civile[336].

Il y a aussi abus du droit quand il est utilisé à d'autres fins que celles envisagées par les parties, ce qui oblige à tenir compte de la finalité des droits et du caractère légitime ou non du motif[337]. Dans l'esprit d'une personne raisonnable, des considérations extérieures ou non pertinentes sont une manifestation d'un abus de droit[338].

Mais en droit du logement, ces considérations semblent écartées par des jugements et un auteur constate que l'iniquité du comportement d'un locateur n'est pas pertinente dans l'examen du cas, la motivation n'étant pas à considérer, même si le voisin ou le concierge de l'immeuble a lui-même un animal[339].

Le caractère nuisible d'un animal est une considération légitime pour interdire de le garder dans un immeuble résidentiel. Un locataire, qui signe un bail contenant une clause prohibitive peut fort bien croire en toute bonne foi que cette clause vise seulement les animaux nuisibles ou causant des troubles de voisinage. Même si la clause est claire à l'effet qu'aucun animal n'est permis, le critère de l'exercice raisonnable des droits, vu selon un critère objectif, non seulement peut accentuer le caractère excessif et non

---

333. B. LEFEBVRE, préc., note 56, 347 : *BMW Canada Inc.* c. *Automobiles Jalbert Inc.*, 2006 QCCA1068 ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 9, nº 1847.
334. V. KARIM, préc., note 44, vol. 1, p. 917.
335. *Ibid.*
336. V. KARIM, préc., note 44, vol. 1, p. 917 ; articles 6 et 7 C.c.Q. ; *Houle* c. *Banque Canadienne Nationale*, [1992] 3 R.C.S. 122. C'est le critère de l'exercice raisonnable des droits qui détermine s'il y a faute et non la preuve de la malice ou de l'absence de mauvaise foi.
337. B. LEFEBVRE, préc., note 56, 350.
338. *Ibid.*
339. P. GAGNON, préc., note 9, 345. Par contre, l'auteur souligne que la motivation d'un locateur pourra être considérée en sa faveur s'il veut éviter un effet d'entraînement pour empêcher d'autres locataires d'avoir des animaux et ainsi se prémunir contre un préjudice éventuel : *ibid.* Des jugements de la Régie du logement font pourtant mention de l'obligation de respecter les articles 6, 7 et 1375 C.c.Q. : *Aubé* c. *Masson*, 2012 QCRDL 1472 (R.L.) ; *Papineau* c. *Dubé-Ouellet*, 2011 QCRDL 27801 (R.L.) ; *Ross* c. *81769 Canada inc.*, 2010 QCRDL 16517 (R.L.).

justifié de l'obligation au point de la rendre inapplicable, mais encore peut laisser faussement croire au locataire que cette clause est insérée pour la tranquillité des lieux. Un animal sans problème ne serait pas visé par la clause. Il y a alors erreur, commise de bonne foi, par le locataire. Toutefois, cette erreur n'invalide pas la clause et il faut alors s'en remettre au critère de l'exercice raisonnable des droits du locateur.

La détermination de ce qui est raisonnable ou déraisonnable peut faire l'objet d'une certaine appréciation des faits pouvant avoir pour résultat qu'une personne raisonnable pourra juger qu'un comportement n'est pas raisonnable alors qu'une autre pourra conclure le contraire. Par contre, lorsqu'on estime que le comportement est excessif, il est manifestement déraisonnable et doit être sanctionné. Le caractère excessif a trait à quelque chose d'exagéré ou d'exorbitant[340]. Si une personne raisonnable en est rendue à se demander si un comportement ne serait pas excessif, elle a franchi la ligne de démarcation et même si elle conclut au caractère non excessif, il lui sera difficile de considérer que le comportement visé demeurerait malgré tout raisonnable. Un comportement peut en effet être déraisonnable même s'il n'est pas excessif.

La conduite excessive ou déraisonnable est celle qui dénote « un mépris total des intérêts du cocontractant »[341]. L'arrêt *Houle* oblige les parties à « agir, dans l'exercice de leurs droits contractuels, à la manière prudente et diligente d'une personne raisonnable et dans les limites de la loyauté »[342]. Un droit contractuel doit donc s'exercer d'une manière non indument préjudiciable pour l'autre partie sans qu'il soit nécessaire d'y retrouver une intention de nuire[343]. Il y a abus de droit dès qu'une partie au contrat exerce témérairement son droit ou qu'elle est très peu soucieuse des intérêts de l'autre contractant[344]. L'obligation d'agir raisonnablement prohibe toute attitude déraisonnable dans un comportement ou son mobile[345]. L'application de l'abus de droit ne fait plus de doute en matière contractuelle tant en raison de la décision *Houle* que des articles 6, 7 et 1375 C.c.Q.[346].

---

340. *Le Petit Larousse illustré*, Paris, Larousse, 2010, p. 397.
341. D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 9, nº 1987.
342. *Houle* c. *Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122, 164.
343. D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 9, nº 1987.
344. *Ibid.*
345. *Ibid*.
346. D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 9, nº 1847.

Un auteur indique que le caractère déraisonnable est objectif tandis que le caractère excessif est mixte en ce sens qu'il y a un aspect objectif relié à la disproportion des obligations des parties et un aspect subjectif qui doit tenir compte de la situation particulière de l'adhérent[347] ou de la personne victime de l'abus de droit.

2.4. La perspective d'une personne raisonnable

L'énonciation des critères de la raison, du bon sens et de la conduite réfléchie permet de cerner le comportement raisonnable. Mais pour apprécier le caractère raisonnable ou déraisonnable d'un comportement, il faut établir le profil typique de la personne chargée de faire cet examen.

2.4.1. Le portait de la personne raisonnable

Il est crucial d'établir le portrait de la personne devant déterminer ce qui est un comportement raisonnable car l'évaluation d'un comportement ne se fonde pas sur des calculs mathématiques, mais bien sur l'appréciation de valeurs humaines selon l'interprétation et le cheminement de vie de la personne portant ce jugement. D'où la nécessité de requérir une norme objective d'appréciation par une personne raisonnable placée dans des circonstances comparables.

En effet, l'exercice raisonnable des droits et la bonne foi doivent s'apprécier de manière objective, et non pas subjective, en ce sens que l'examen du comportement doit se faire en fonction d'une personne raisonnable placée dans des circonstances comparables et non selon la perception subjective et personnelle de l'individu dont on analyse le comportement pour voir s'il y a eu manquement aux exigences de la bonne foi : ce sont les critères de la société en général, le standard social de la personne raisonnable placée dans le même contexte, qu'il faut appliquer[348]. C'est la « personne raisonnable qui connaît son milieu social et qui respecte ce qui est normalement et habituellement reconnu et suivi par la collectivité comme étant le standard social »[349]. On ne peut permettre à la personne dont le comportement est en cause de décider elle-même qu'elle a agi correctement car, sauf exception

347. B. MOORE, préc., note 42, 70.
348. V. KARIM, préc., note 59, 450.
349. *Ibid.*

(ou remords ?), il n'y aurait pratiquement jamais d'abus ou d'exercice déraisonnable des droits.

C'est pourquoi le caractère raisonnable du droit en matière de logement doit s'évaluer, non pas sur la base de l'opinion personnelle du locateur ou du locataire, mais bien sur celle de la personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances. Ce n'est donc pas la norme du locateur ou du locataire grincheux, intolérant, rigide, intrusif, bonasse, insouciant ou trop indulgent qu'il faut suivre. La personne raisonnable est sans parti pris pour le locateur ou le locataire et elle se demande comment une personne sensée doit réagir dans cette situation en tenant compte du contexte législatif des relations entre locateurs et locataires.

Si on se place sur le terrain d'une clause d'interdiction d'animaux dans les habitations, la perspective d'une personne raisonnable est celle d'une personne qui, en principe, n'aime pas particulièrement les animaux mais qui ne les déteste pas non plus. Il faut se demander si une personne raisonnable trouverait acceptable ou justifiable d'inclure systématiquement une clause d'interdiction des animaux dans un bail résidentiel. Plus précisément, il faut voir quelles sont les limites raisonnables d'une restriction d'un droit de jouissance des lieux loués[350].

Il faut donc se demander s'il est raisonnable qu'un locateur impose sa clause d'interdiction parce qu'il n'aime pas les animaux, qu'il n'en veut tout simplement pas dans son édifice et que, pour lui, ce que pensent ou veulent les locataires est absolument sans importance. Certes, on ne peut pas forcer une personne à aimer des animaux. Mais on voit mal comment cet état d'âme personnel d'un locateur, purement arbitraire et sans fondement rationnel, peut être raisonnable au point de valider l'imposition et l'exécution d'une interdiction formelle et absolue à un locataire d'avoir des animaux avec lui dans son logement[351]. Une personne raison-

350. Il peut arriver aussi que des gens veulent vivre dans un endroit où il n'y en a pas : *J.R. Labath inc.* c. *Morissette*, 2012 QCRDL 22207 (R.L.), par. 64-66. Mais cela ne doit pas brimer les droits légitimes d'autres personnes.

351. Dans *Fontaine* c. *Guay*, 2011 QCRDL 45196 (R.L.), le locateur, après avoir toléré pendant dix ans la présence d'un chat malgré une clause interdisant les animaux, demande la résiliation du bail lorsqu'il apprend que la locataire a remplacé son chat défunt. Aucune preuve de nuisance n'est apportée ici et la demande provient simplement du fait que le locateur ne veut pas d'animaux dans son logement. Le tribunal ordonne à la locataire de choisir entre quitter son loyer ou se départir de son chat à la fin du bail sous peine d'outrage au tribunal. Le jugement ne comporte aucune discussion sur un quelconque exercice raison-

nable doit tenir compte aussi des besoins individuels et des liens entre l'animal et le locataire. Elle peut devoir considérer la nature du comportement du locataire et de son animal. De réels problèmes existent-t-ils ? Le locataire a-t-il un ou plusieurs animaux sans entretenir convenablement les lieux, ou les laisse-t-ils sans surveillance, ni contrôle et se fiche-t-il complètement des autres occupants de l'immeuble ?

Par analogie, il suffit de penser au locateur n'aimant pas une certaine musique et qui, pour cette raison, interdirait dans le bail résidentiel, à un locataire d'écouter ou de posséder de la musique des Rolling Stones, de Beethoven ou de Céline Dion par exemple. Un locateur aurait-il le droit d'interdire les boissons alcoolisées dans ses logements parce que des personnes peuvent s'enivrer ? Ces interdictions sont des ingérences dans la vie privée du locataire et une imposition de valeurs personnelles ne pouvant pas raisonnablement se justifier dans un bail résidentiel. Pourquoi l'interdiction sans motif valable d'animaux serait-elle une clause plus raisonnable que l'interdiction de posséder certains livres ou disques, des instruments de musique ou de l'alcool ? Un animal amène-t-il raisonnablement, par sa seule présence, une situation vraiment différente ?

Certes, un animal est vivant et il se distingue d'un bien matériel inanimé ou sans vie qui ne peut déranger que par l'utilisation que peut en faire une personne. Le caractère vivant d'un animal doit-il être décisif ? Nous ne le croyons pas. On peut dire aussi que des plantes d'intérieur sont vivantes. La vie ne se résume pas au règne animal. Il est vrai que l'animal est autonome et peut être actif et faire du bruit même en l'absence de personnes dans le logement. Mais un locataire absent peut fort bien laisser sa radio ou sa télévision ouverte et il peut donc y avoir du bruit dans le logement même s'il n'est pas là. Par ailleurs, tout est aussi une question de comportement de l'animal.

Pour prendre sa décision, la personne raisonnable placée dans des circonstances comparables doit déterminer quel animal est en cause et quel est son comportement. Il ne suffit pas de décider dans l'abstrait s'il est raisonnable d'interdire ou non la

---

nable des droits du locateur qui n'a nullement justifié sa demande autrement que par l'existence d'une clause à laquelle il a renoncé à l'application pendant plus de dix ans...

présence d'un animal. La situation diffère selon le nombre d'animaux[352] et leur nature, un chat, un chien ou un oiseau par exemple. Si la situation d'un chat est relativement semblable d'un chat à l'autre, il en va tout autrement des chiens et des oiseaux. Les races de chiens varient du chien nain qu'est le chihuahua au géant qu'est le grand danois, sans compter le caractère et le dressage du chien, par exemple un chien d'attaque par rapport à un golden retriever. Un grand perroquet et un serin ne sont pas non plus sensiblement pareils sur le plan de la garde et du comportement. C'est pourquoi une personne raisonnable ne peut juger de manière arbitraire et estimer, dès le départ, qu'en tout temps, il est justifié pour le locateur d'interdire tout animal quel qu'il soit. Il faut donc voir non seulement pourquoi le locateur veut forcer le respect de la clause, mais aussi la nature et le comportement de l'animal.

Dans la mesure où l'animal est discret et ne porte pas atteinte à la jouissance paisible des lieux et que sa présence n'est pas plus perceptible que celle d'un locataire agissant dans les normes, on voit mal en quoi le locateur pourrait se plaindre. Il n'a pas à imposer ses propres valeurs et standards de vie aux locataires. Le simple fait que l'animal soit vivant contrairement à une chose ne justifie pas une discrimination particulière de traitement. Réduit à sa plus simple expression, cet argument apparaît vide de substance et démonstratif de l'incapacité du locateur à faire valoir le caractère raisonnable de sa demande.

C'est pourquoi un tribunal confronté à une situation où il est allégué un abus de droit ou un exercice déraisonnable des droits, doit décider de l'affaire en se demandant si une personne raisonnable, vivant dans notre société et placée dans des circonstances comparables, agirait de la sorte. Il ne doit donc pas juger du caractère raisonnable de l'interdiction en s'appuyant simplement sur l'opinion ou la décision du locateur en question sans se demander si elle est objectivement raisonnable. C'est pourquoi il faut désapprouver, au plan des principes de droit en vigueur au Québec, une décision telle *Coop d'habitation R. Pageau du Christ-Roi* c. *Rivest*[353] où le tribunal applique la clause prohibitive sans se poser

352. Dans *Beaulieu* c. *Lussier*, 2010 QCRDL 24351 (R.L.), il y avait 18 chats dans le logement et environ 20 dans *Structures métropolitaines (SMI) inc.* c. *Veillette*, 2010 QCRDL 40818 (R.L.) ; le bail fut résilié dans les deux cas. Ce nombre doit apparaître excessif sauf circonstances exceptionnelles pour une personne raisonnable.

353. *Coop d'habitation R. Pageau du Christ-Roi* c. *Rivest*, 2011 QCRDL 48840 (R.L.).

de questions, ni examiner les justifications du locateur. Les locataires étaient des personnes âgées qui avaient un chat depuis deux ans et elles tenaient manifestement à leur chat qui ne causait aucun préjudice au locateur, ni aux autres occupants. Comme les locataires avaient signé un bail interdisant les animaux, l'examen de la question se terminait là pour le tribunal, sans qu'il soit question d'un quelconque exercice raisonnable ou non des droits des parties concernées. Une personne raisonnable devrait donc se demander si ce comportement du locateur à l'égard de ses locataires était acceptable et conforme aux normes et valeurs généralement adoptées par la société en général. Une réponse négative aurait dû entraîner le rejet de la demande du locateur car elle était abusive et déraisonnable pour les locataires tandis que le locateur ne tirait aucun bénéfice réel et ne subissait aucun inconvénient quelconque suite au rejet de sa demande.

Il nous est également difficile de concilier une décision telle *Ciarlo* c. *Abdel-Razek*[354] avec l'obligation d'exercice raisonnable et de bonne foi des droits dans la perspective d'une personne raisonnable. Sous peine d'outrage au tribunal, il a été ordonné à la locataire de se départir de son chien, source d'un grand réconfort, simplement parce que le bail, librement signé, interdisait les animaux : pourtant la preuve démontrait que ce chien, aucunement dangereux, a été formé par une école de dressage, qu'il y avait eu tolérance des anciens locateurs et qu'aucun problème ne découlait de sa présence[355]. De plus, le locateur tolérait un animal d'un autre locataire et il y avait le témoignage non contredit de la locataire que le locateur voulait se débarrasser d'elle pour louer son logement à un prix beaucoup plus élevé[356].

2.4.2. Le règlement d'immeuble, la saine gestion et l'effet d'entraînement

Dans les immeubles à logements multiples, et parfois aussi dans ceux comportant uniquement quelques logements, on peut retrouver un règlement d'immeuble. Ce règlement imposé par le locateur, le gestionnaire ou le propriétaire, contient de nombreuses règles à suivre, qu'il s'agisse de l'usage de la cour intérieure, de la couleur de la peinture dans les logements, de normes quant au

354. *Ciarlo* c. *Abdel-Razek*, 2012 QCRDL 39502 (R.L.).
355. *Ciarlo* c. *Abdel-Razek*, 2012 QCRDL 39502 (R.L.), par. 46 à 51.
356. *Ciarlo* c. *Abdel-Razek*, 2012 QCRDL 39502 (R.L.), par. 52.

bruit, du droit à une antenne parabolique ou d'une interdiction de garder des animaux dans les logements.

La saine gestion de l'immeuble est invoquée pour l'imposition de ce règlement[357], ou l'insertion de la clause dans le bail lui-même[358]. Si, effectivement, un usage adéquat des lieux peut nécessiter des règles communes à suivre par tous, encore faut-il que ces règles soient raisonnables. La Régie du logement doit souvent se prononcer sur de tels règlements et elle refuse systématiquement certaines clauses parce que déraisonnables et portant atteinte aux droits des locataires. Mais ce n'est généralement pas le cas pour une clause interdisant les animaux souvent acceptée laconiquement au nom d'une saine gestion de l'immeuble.

Un locateur peut-il insérer une telle clause d'interdiction pour éviter des problèmes avec des locataires négligents[359] ? Pour répondre adéquatement à cette préoccupation, il faut plutôt se demander s'il est raisonnable d'empêcher des locataires qui ne sont pas négligents de pouvoir garder des animaux parce que certains pourraient être négligents. C'est ici que la notion d'exercice raisonnable des droits peut jouer car si le locateur invoque l'argument des locataires négligents, il serait raisonnable qu'il applique sa clause seulement contre ces seuls locataires négligents et non contre les autres.

Or, il arrive fréquemment qu'un gestionnaire immobilier ou un locateur qui interdit les animaux présume que tout locataire peut être négligent et il se fonde sur la prémisse que tout animal est nécessairement bruyant, salissant, malpropre, dérangeant et

---

357. L'interdiction de posséder des animaux fut qualifiée de règlement important dans la décision *Pharand* c. *Hallulli*, 2010 QCRDL 18957 (R.L.). Aucun argument n'est apporté pour constater l'importance de ce règlement. Les locataires avaient signé un bail mais n'avaient pas occupé le logement et référé un éventuel sous-locataire qui a été refusé parce qu'il possédait un chien.

358. On juge la clause valide puisqu'elle vise à maintenir la qualité des logements et le bon voisinage : *Accès Logis phase 2* c. *Nieto*, 2011 QCRDL 7322 (R.L.) ; *Cloutier* c. *Pelletier*, 2011 QCRDL 8507 (R.L.) ; *Couture* c. *Quessy-Santerre*, 2011 QCRDL 15335 (R.L.) ; *Dépanneur R. Verro Inc.* c. *Godin*, 2011 QCRDL 44204 (R.L.) ; *Germain* c. *Wolthausen*, 2011 QCRDL 40918 (R.L.) ; *Harvey* c. *Chevarie*, 2011 QCRDL 46575 (R.L.). Un jugement énonce même que le droit de gérance du locateur lui permet d'interdire les animaux dans son immeuble : *Nizza* c. *Laplante*, 2010 QCRDL 34860 (R.L.). Le moins que l'on puisse dire, c'est que le tribunal a une perception plutôt large du droit de gérance qui se rapproche davantage de la réglementation de la vie privée d'autrui que de la gestion d'un immeuble.

359. Comme admis dans *Office municipal d'habitation de Charlesbourg* c. *Labrecque*, [1998] J.L. 65 (R.L.).

une source d'usure anormale des lieux[360]. Ce raisonnement, qui est une vision apocalyptique de la situation, est pervers en ce sens qu'il ne tient pas compte de la réalité et qu'il prend pour acquis que, dès qu'un animal, quel qu'il soit, entre dans un logement, il va nécessairement y avoir des problèmes et que la seule façon de les éviter est d'interdire tout simplement sa présence. Pourtant, la simple présence d'animaux dans un logement ne suffit pas pour prouver des inconvénients anormaux ou excessifs[361]. Ce n'est pas l'animal qui peut devenir problématique, mais davantage le gardien ou le maître de l'animal qui n'assume pas ses responsabilités. Une personne qui décide de garder un animal a des obligations envers les personnes qui l'entourent et envers son animal. Il faut procurer à l'animal un environnement adéquat, en prendre soin et s'en occuper. La personne qui ne nettoie pas régulièrement la litière de son chat avec le résultat qu'il se soulage ailleurs dans le logement (tapis, plancher, corridor, balcon etc.) est responsable de ce comportement et c'est elle qu'il faut blâmer, tout comme la personne laissant son chien faire ses besoins partout sans les nettoyer immédiatement.

Ce comportement répréhensible n'est pas celui de la majorité mais bien celui d'une minorité d'irresponsables. La situation serait certainement invivable si la majorité se comportait ainsi compte tenu du grand nombre de chats et de chiens que l'on retrouve dans notre société. Par conséquent, l'approche des gestionnaires et des locateurs prenant pour acquis que toute personne détenant un chat ou un chien est une personne malpropre, négligente et irresponsable est manifestement déraisonnable. Elle présume la négligence systématique de tout locataire. Cette approche peut-elle vraiment être justifiée et raisonnable lorsqu'elle brime les aspirations légitimes d'une grande majorité de

---

360. *Coopérative L'Arc-en-ciel* c. *Gagné*, 2010 QCRDL 16989 (R.L.). De forts préjugés existent sur question : voir P. GAGNON, préc., note 9, 339-340 : « Les habitations sont d'abord destinées aux êtres humains ; les animaux qu'on y introduit se comportent fréquemment comme des intrus peu désirables et leurs maîtres comme des gardiens peu soucieux du droit commun. La coexistence des personnes et des animaux, particulièrement dans les immeubles à logement multiples (...) est une source inépuisable de différends de toutes sortes (...) Le locateur, de son côté, subit des frais supplémentaires de conciergerie et d'extermination de parasites. Il assiste impuissant à la détérioration de sa propriété, grugée à coup de becs, de crocs, d'ergots ou de griffes ». Voir aussi *J.R. Labath inc.* c. *Morissette*, 2012 QCRDL 22207 (R.L.), par. 72. Des chats propres ou des chiens bien dressés sont donc assimilés à des parasites comme les maringouins, les rats et autres animaux de même nature...

361. *Moqadem* c. *Dimarco*, 2011 QCRDL 2166 (R.L.), par. 13.

personnes de garder un animal et de s'en occuper correctement sans importuner personne ? De plus, cette présomption de négligence systématique de tout locataire ne se fonde sur aucune disposition du *Code civil du Québec*.

Il est incorrect de se placer selon le seul point de vue d'un gérant ou d'un locateur de multiples logements pour conclure au caractère raisonnable d'une clause ou de son exécution sous prétexte qu'il a de nombreux logements à gérer[362] et que cela facilite son travail. Le locataire est un client dans l'immeuble et il doit avoir le droit à la jouissance de son logement. Le caractère raisonnable d'une clause et de son application ne doivent pas s'analyser selon le point de vue exclusif et personnel de celui qui veut l'invoquer, mais bien sous l'angle de la personne raisonnable qui détermine si cela est conforme aux règles des articles 6, 7 et 1375 C.c.Q. D'ailleurs, dans l'affaire *D.C.* c. *Berthierville (Office municipal d'habitation)*, la Cour du Québec refuse cette approche de la facilité par laquelle il est plus simple d'interdire tous les chiens peu importe leur grosseur, même s'ils ne causent pas de problème[363]. Par conséquent, ne constitue pas une justification raisonnable, une clause inscrite à titre préventif pour protéger les lieux et éviter les inconvénients reliés à la présence d'un animal[364].

---

362. *Galardo & Mariani* c. *Shpritser*, 2011 QCRDL 11081 (R.L.).
363. *D.C.* c. *Berthierville (Office municipal d'habitation)*, 2012 QCCQ 1524, par. 64-67.
364. *D.C.* c. *Berthierville (Office municipal d'habitation)*, 2012 QCCQ 1524, par. 64-67, écartant une décision antérieure d'une instance inférieure, *Lasalle* c. *Desrosiers*, 2010 QCRDL 19419 (R.L.). Dans *Lessard* c. *Claveau*, 2012 QCRDL 7878 (R.L.), le tribunal accepte la modification du bail pour y inclure l'interdiction de posséder des animaux (sauf des poissons), le locataire ne s'y opposant pas. Cette décision *Lessard* ne peut donc être plaidée pour justifier une clause interdisant les animaux. Dans *Marc-Aurèle* c. *Fortin*, 2010 QCRDL 13604 (R.L.) et *Winkler* c. *Toussaint*, 2011 QCRDL 24946 (R.L.), la Régie refuse une modification de bail pour inclure une clause interdisant les animaux parce qu'aucune preuve justifie cette demande. Dans *9211-2457 Québec inc.* c. *Pépin*, 2012 QCRDL 6020 (R.L.), la locataire qui possède deux chats depuis 16 ans, s'oppose à une modification de bail pour inclure une interdiction de garder des animaux. La Régie du logement accepte la modification au règlement d'immeuble parce que le bail initial comprenait une clause interdisant les animaux et que cela se justifie pour une saine gestion de l'immeuble. Dans cette affaire *Pépin*, rendue le 20 février 2012, il n'est pas cependant question d'une demande de résiliation de bail ou de se conformer à la clause, bien qu'elle aille en contradiction avec la décision *D.C.* c. *Berthierville (Office municipal d'habitation)*, rendue le 15 février 2012, 2012 QCCQ 1524 (C.Q.). Dans *Vaillancourt* c. *Juillet*, 2011 QCRDL 25401 (R.L.), le tribunal refuse de modifier un bail pour interdire les animaux suite aux rénovations des lieux en rejetant le motif de leur protection contre leur détérioration par des animaux.

Il n'est pas plus raisonnable de justifier le maintien ou l'exécution d'une clause prohibitive parce que le locateur a eu une mauvaise expérience dans le passé[365] ou qu'il connaît quelqu'un qui en a eu une. Le comportement et le caractère des animaux varient comme ceux des humains et ce n'est pas parce qu'un locataire a eu un chien méchant auparavant que tous les chiens et chats sont nécessairement méchants. Il faut faire preuve de jugement et de discernement et ne pas généraliser des exceptions, car cela devient excessif et déraisonnable. On peut illustrer ce cas avec l'exemple du locateur qui interdirait dorénavant la radio ou la télévision dans ses logements tout simplement parce qu'un locataire antérieur les mettait à un niveau trop élevé.

En ce qui a trait au rôle, ou plus précisément aux devoirs et obligations d'un locateur, qu'il soit gestionnaire d'immeuble ou propriétaire, il y a ceux d'assurer la libre et paisible jouissance des lieux loués à chacun des locataires et de répondre aux plaintes justifiées quand il y en a. Par conséquent, si aucun problème ne se présente, l'intervention fondée sur l'insertion d'une clause d'interdiction des animaux est déraisonnable. Et s'il y a un véritable problème, l'absence d'une telle clause n'empêchera nullement l'intervention légitime du locateur.

Un gestionnaire ou un propriétaire invoque parfois, pour justifier l'application d'une clause interdisant les animaux dans des logements, que si tous les locataires avaient des animaux, cela deviendrait invivable[366] ou ingérable[367]. Cet argument, que l'on peut qualifier d'effet d'entraînement, est purement hypothétique[368], car il laisse entendre que l'inaction du locateur incitera tous les locataires à posséder des animaux et que l'immeuble deviendra vite un zoo ou une porcherie avec une qualité de vie inacceptable en raison du bruit, des odeurs, du mouvement, etc.

---

365. *Zemmit* c. *Lanthier*, 2012 QCRDL 820 (R.L.), par. 18.
366. *Pépin* c. *Morin*, 2011 QCRDL 9117 (R.L.). Dans *Papineau* c. *Dubé-Ouellet*, 2011 QCRDL 27801 (R.L.), le tribunal accepte l'argument du locateur que s'il ne réagit pas pour forcer le locataire à se départir de son chien pour respecter son bail, il se pourrait que d'autres locataires veuillent aussi avoir des animaux. Cette approche accepte que le statut de locateur établisse un rapport de force lui permettant de décider ce que doivent penser et faire ses locataires...
367. *Sept-Îles (Office Municipal d'habitation de)* c. *Dion*, 2010 QCRDL 40949 (R.L.).
368. Dans *Adm. Villeneuve Inc.* c. *Goulet-Lacombe*, (1985) Jurisprudence Logement 32, nos 85-76, la Régie du logement indique que le préjudice doit exister au moment de l'audition et qu'un préjudice éventuel ne suffit pas. Voir aussi *Dupuis* c. *Migneault*, 2010 QCRDL 8354 (R.L.), par. 16, et *Vaillancourt* c. *Juillet*, 2011 QCRDL 25401 (R.L.), par. 29-30, où il est mentionné qu'un problème appréhendé ne justifie pas une modification du bail.

L'effet d'entraînement n'est pas un facteur déterminant dans la norme de la personne raisonnable et de là, pour statuer sur le caractère raisonnable de l'interdiction ou de l'application de l'interdiction de garder un animal dans un logement. Tout d'abord, dans un immeuble à nombreux logements, il est assez peu probable que tous les locataires auront des animaux. Et même si c'était le cas, il appartiendrait à chacun de ces locataires de s'assurer de la tranquillité des lieux et du respect du confort et de la qualité de vie des autres occupants. Il n'existe aucune étude, ni aucune évidence, démontrant que des problèmes surviendraient du seul fait, par exemple, que les six locataires des six logements d'un immeuble avaient tous un animal si ces locataires assument leurs responsabilités quant à l'entretien des lieux et au respect des autres occupants. Également, est-il vraiment raisonnable d'interdire à un locataire d'avoir un animal, ou de le forcer à s'en départir, simplement parce que d'autres locataires pourraient décider d'en avoir ?

Accepter l'effet d'entraînement comme justification systématique de l'application d'une clause d'interdiction de garder des animaux n'est pas conforme à la norme de la personne raisonnable qui doit apprécier les circonstances de chaque cas. La détermination du caractère raisonnable ou de l'application raisonnable de la clause doit porter, non pas sur une simple hypothèse, au surplus, peu plausible, mais sur l'impact concret de l'application de la clause sur le locataire ayant la garde de l'animal. Il a d'ailleurs déjà été décidé que pour résilier un bail, le locateur devait prouver un préjudice sérieux et que le risque d'entraînement auprès des voisins ne constituait pas un préjudice sérieux[369]. On voit mal comment l'effet d'entraînement découlant de la simple possession d'animaux en soi suffit à créer un préjudice sérieux[370] ou réel au locateur.

---

369. *Office municipal d'habitation de Lachute* c. *Létourneau*, [2004] J.L. 211 (R.L.).
370. Dans *Daigle* c. *Francœur*, 2011 QCRDL 7046 (R.L.), par. 21, et *Lavertu* c. *Ruel*, 2011 QCRDL 39929 (R.L.), le tribunal considère que l'effet d'entraînement crée en soi un préjudice sérieux au locateur simplement parce qu'il ne veut pas d'animaux dans ses logements. Dans *St-Jérôme (Office municipal d'habitation de)* c. *Joncas*, 2010 QCRDL 32921 (R.L.), le tribunal résilie le bail simplement parce que cela cause préjudice au locateur et que le règlement de l'immeuble ne permettait qu'un chat ou un chien alors que la locataire en avait sept. Cependant, aucun préjudice sérieux ne semble avoir été démontré, le tribunal mentionnant un hypothétique effet d'entraînement et la simple présence de poils dans le passage. Cette résiliation contrevient donc aux dispositions de l'article 1863 C.c.Q.

Le locateur ne peut pas uniquement se fonder sur l'existence de la clause d'interdiction dans le contrat de bail, encore faut-il que sa demande soit exercée de bonne foi, de façon non malicieuse et sans but de nuire à autrui. Le locateur doit donner des raisons précises et valables justifiant sa demande en cas d'opposition sinon sa demande sera déraisonnable. Il faut se demander si une personne raisonnable, dans les mêmes circonstances, aurait des raisons valables de demander le respect de l'interdiction. Cette personne raisonnable doit aussi se placer selon la perspective de la personne subissant l'obligation, en l'occurrence la position du locataire assujetti à la clause et non dans la seule position du locateur. La saine gestion de l'immeuble ou l'effet d'entraînement ne doit donc pas être un argument décisif en faveur du locateur.

2.4.3. La zoothérapie

La zoothérapie permet de garder un animal pour aider une personne ayant un problème de santé physique ou psychologique si un professionnel de la santé constate le bienfait de cette présence. C'est une situation où le caractère raisonnable de l'exercice des droits a été timidement invoqué comme une exception au droit du locateur d'imposer l'application d'une clause interdisant les animaux. La décision *J.L.* c. *Coopérative de l'Ébène*[371] a accueilli un appel pour permettre la présence d'un animal en zoothérapie lorsque sa présence ne présentait aucun problème pour autrui et qu'elle était nécessaire pour la santé ou la sécurité du locataire[372]. Dans ce cas, la clause interdisant les animaux dans les logements est jugée déraisonnable et abusive en vertu de l'article 1901 C.c.Q., cet article permettant de tenir compte des circonstances de l'affaire[373].

Il convient également de citer les commentaires du régisseur Cloutier de la Régie du logement dans l'affaire *Coop d'habitation La Maisonnée* c. *Boutin*[374] qui sont fort pertinents :

> [9] Est-il raisonnable de conclure en certaines circonstances qu'une défense qui s'appuie sur la théorie de la zoothérapie est acceptable ?

371. *J.L.* c. *Coopérative de l'Ébène,* J.E. 2005-254, [2005] J.L. 57 (C.Q.).
372. *J.L.* c. *Coopérative de l'Ébène,* J.E. 2005-254, [2005] J.L. 57, 65-66 (C.Q.). Voir aussi *Immeubles du parc enr.* c. *G.S.*, 2011 QCRDL 7879 (R.L.).
373. *J.L.* c. *Coopérative de l'Ébène*, J.E. 2005-254, [2005] J.L. 57, 66 (C.Q.) ; *Société en commandite Jardins St-Jean* c. *Parker*, 2010 QCRDL 1192 (R.L.).
374. *Coop d'habitation La Maisonnée* c. *Boutin*, 2010 QCRDL 44956 (R.L.).

> S'agit-il pas d'une simple « poésie juridique ou médicale » ? Le corps médical et les tribunaux ont reconnu maintes fois la valeur et le sérieux de cette théorie qui est à l'effet que l'affection proférée à un animal de compagnie s'apparente bien souvent, pour les personnes qui aiment les animaux, à l'affection accordée à un parent, à un ami ou à un être cher.
>
> [10] Selon cette théorie, le contact avec les animaux procure de grands bénéfices et rend souvent les gens plus sociables, en diminuant l'isolement et les états dépressifs chez de nombreuses personnes. Un animal de compagnie est, pour bien des gens, une source illimitée d'amour, d'affection et par conséquent, une source importante de réconfort qui donne un sentiment de sécurité à ses maîtres.
>
> [11] Par ailleurs, si la dévotion, l'amour et l'amitié qui proviennent d'un animal familier sont attirants pour plusieurs personnes qui aiment les animaux et qui ont un bon réseau social, ils sont encore bien plus importants pour les gens qui sont plus fragiles, suite à certaines circonstances ou qui sont privés du réconfort qu'apportent les amis et la famille.
>
> [12] Ce principe est si bien reconnu par le corps médical que plusieurs centres hospitaliers du Québec ont choisi d'intervenir, auprès de leurs patients, en utilisant régulièrement la zoothérapie. Certains de ces centres gardent même en permanence des animaux domestiques et organisent des visites avec ceux-ci auprès de certains patients, afin de favoriser leur rétablissement et pour leur procurer de l'affection et un réconfort psychologique.
>
> [13] Un tribunal administratif aussi spécialisé que la Régie du logement qui entend de nombreuses causes du même genre ne peut ignorer ce fait, cela est donc de connaissance judiciaire. Une défense basée sur la théorie de la zoothérapie est donc parfaitement admissible et elle mérite d'être analysée sérieusement. Une telle défense donne par conséquent, ouverture à l'analyse discrétionnaire par le tribunal d'une clause du bail interdisant la présence d'animaux, par le biais de l'article 1901 du Code civil du Québec.[375]

Les tribunaux commencent donc à prendre conscience de l'intérêt et de l'utilité des animaux[376] dans ces situations de besoins thérapeutiques. Toutefois, ce droit n'est pas totalement

375. *Ibid.*, par. 9 à 13.
376. Dans *Forget* c. *Champagne*, 2012 QCRDL 37959 (R.L.), par. 16 à 19, le tribunal indique que c'est l'utilité de l'animal, et non l'attachement du locataire, qui justifie une ordonnance de suspension de la clause d'interdiction de garder des animaux.

acquis, car il ne suffit pas simplement d'invoquer ce besoin de l'animal pour des soins thérapeutiques[377]. Il faut généralement démontrer ce besoin par une bonne preuve médicale fondée sur le témoignage[378] ou des rapports de médecins ou de spécialistes de la santé (un psychologue par exemple)[379]. Il faut que l'animal fasse partie intégrante de la thérapie[380], ce qui permet de le garder au moins durant le temps requis pour la thérapie[381].

Toutefois, on note un jugement de la Cour du Québec rendu en 2012, *D.C.* c. *Berthierville (Office municipal d'habitation)*[382], qui accepte comme preuve médicale un billet laconique du médecin énonçant que le patient doit garder son animal pour des fins de zoothérapie[383]. La preuve ne démontrait aucun problème causé

---

377. *Kaur* c. *Pharand*, 2011 QCRDL 464 (R.L.), par. 22 ; *Ciarlo* c. *Abdel-Razek*, 2012 QCRDL 39502 (R.L.), par. 58.
378. *Société en commandite Jardins St-Jean* c. *Parker*, 2010 QCRDL 1192 (R.L.), par. 37-39.
379. *J.L.* c. *Coopérative de l'Ébène*, J.E. 2005-254, [2005] J.L. 57, 66 (C.Q.) ; *Les immeubles Mariluc 1991 Inc.* c. *Gauthier*, [2007] R.L. 189 ; *Terrasses Greenfield Canada Inc.* c. *Hughes*, C.Q., 20-11-2001, nº 505-02-016120-010 ; *D'Astous* c. *Dufour D'Amours*, 2010 QCRDL 45608 (R.L.) ; *Coop d'habitation La Maisonnée* c. *Boutin*, 2010 QCRDL 44956 (R.L.) ; *Immeubles du parc enr.* c. *G.S.,* 2011 QCRDL 7879 (R.L.) ; *Office municipal d'habitation* c. *Luce*, 2012 QCCQ 15422 (C.Q.), par. 49-50. Ces décisions renversent des décisions précédentes telles *Gestion Turret Inc.* c. *Wlosciak*, [2004] R.L. 330 (R.L.) et *Bertrand* c. *Gratton*, 2010 QCRDL 27250 (R.L.). Dans *Office municipal d'habitation de Trois-Rivières-Ouest*, [1995] J.L. 342 (R.L.), le tribunal refuse le témoignage non contredit d'un psychiatre expert et fait sa propre analyse du cas. Il en va de même dans *Habitat Métis du Nord* c. *Brosseau*, 2010 QCRDL 16393 (R.L.).
380. *Ménard* c. *Levasseur*, 2011 QCRDL 17602 (R.L.) ; *Office municipal d'habitation* c. *Luce,* 2012 QCCQ 15422 (C.Q.), par. 74.
381. *J.L.* c. *Coopérative de l'Ébène*, J.E. 2005-254, [2005] J.L. 57, 66 (C.Q.) ; *Société en commandite Jardins St-Jean* c. *Parker*, 2010 QCRDL 1192 (R.L.) ; *Forget* c. *Champagne*, 2012 QCRDL 37959 (R.L.) ; *Les immeubles Mariluc 1991 Inc.* c. *Gauthier*, [2007] R.L. 189. Dans cette dernière affaire, la cour prévoit la possibilité de garder l'animal durant la thérapie ou de prendre un engagement à déménager à la fin du bail. Dans *Coop d'habitation La Maisonnée* c. *Boutin*, 2010 QCRDL 44956 (R.L.), *Shoiry* c. *Dallaire*, 2010 QCRDL 46381 (R.L.) et *Société en commandite Immeubles Sébastien* c. *Gervais*, 2011 QCRDL 14228 (R.L.), la Régie suspend l'application de la clause car elle impose une obligation déraisonnable en vertu de l'article 1901 C.c.Q. L'animal est ici considéré comme un bien jetable après utilisation ou quand le besoin spécifique n'existe plus. Il n'est pas tenu compte non plus de l'attachement important du patient envers l'animal, ni des problèmes pouvant survenir si on le force alors à s'en départir.
382. *D.C.* c. *Berthierville (Office municipal d'habitation)*, 2012 QCCQ 1524 (C.Q.).
383. L'affaire *7037457 Canada Inc.* c. *Audelin*, 2012 QCRDL 3059 (R.L.), exige une preuve convaincante par billet médical et le tribunal déduit de l'oubli du locataire d'apporter son billet lors de l'audience que ce billet fut fait uniquement pour les besoins de l'audience (par. 38). Dans *Dupont* c. *Filali*, 2011 QCRDL 7900 (R.L.), on exige la preuve d'un expert en la matière pour justifier la présence d'un chat comme partie intégrante d'une thérapie, une note médicale n'étant pas suffisante. Dans *Lavertu* c. *Ruel*, 2011 QCRDL 39929 (R.L.), le tribu-

par l'animal et la cour a permis au locataire de garder son animal parce qu'il « serait inapproprié et déraisonnable de le forcer à se départir de son chiot vu les conséquences néfastes probables sur son bien-être physique et mental »[384]. Un autre jugement va dans le même sens[385] et ajoute que le témoignage d'un médecin peut justifier la présence de l'animal sans qu'il soit besoin d'une prescription de zoothérapie[386].

---

nal juge insuffisant des billets médicaux justificatifs. Pourtant, rejeter un billet médical, si laconique soit-il, équivaut à contredire la preuve de ce billet médical. Ces décisions ne font plus autorité car elles furent rendues avant la décision de la Cour du Québec dans *D.C.* c. *Berthierville (Office municipal d'habitation)*, 2012 QCCQ 1524 (C.Q.), acceptant un billet médical laconique. Dans l'affaire *Office municipal d'habitation de Drummondville* c. *Boisvert*, [2000] J.L. 119, 120, la Cour du Québec requiert davantage que des commentaires du médecin pour permettre la zoothérapie malgré une clause interdisant les animaux. Les deux décisions de la Cour du Québec ne se contredisent nullement car de simples commentaires d'un médecin n'ont pas le même poids qu'un billet médical, même si on peut croire que dans ce cas le médecin aurait pu en rédiger un. Dans *Ménard* c. *Levasseur*, 2011 QCRDL 17602 (R.L.), la note d'un thérapeute qui n'a pas témoigné ne fut pas acceptée. Dans *Leclerc-Bourassa* c. *Office municipal d'habitation de Rosemère*, Cour du Québec, nº 700-80-000950-045, 12-10-2004, le tribunal refuse une permission d'appeler d'une décision rejetant la preuve de zoothérapie parce qu'un billet médical non contesté ne présente pas une preuve très forte. Mais ce refus se fonde uniquement sur l'application des motifs d'appel et le tribunal ne trouve aucune faiblesse apparente dans la décision du régisseur. La décision du régisseur, rendue en 2004, n'est cependant pas conforme au jugement postérieur de 2012, *D.C.* c. *Berthierville (Office municipal d'habitation)*, 2012 QCCQ 1524 (C.Q.). La décision *Saudelli* c. *Sénécal*, 2013 QCRDL 8083 (R.L.), par. 44, ne tient manifestement pas compte de l'arrêt *Berthierville* en refusant un billet médical quant au caractère bénéfique de l'animal parce qu'il « ne permet pas de conclure que l'acquisition de cet animal fait suite à un traitement curatif prescrit par un médecin ». L'arrêt *Saudelli* s'appuie sur une décision de la Régie du logement, *7037457 Canada Inc.* c. *Audelin*, 2012 QCRDL 3059 (R.L.). L'approche restrictive des décisions *Audelin* et *Sénécal* ne doit pas être retenue en raison de la décision de la Cour du Québec dans l'arrêt *Berthierville*, cette dernière devant avoir hiérarchiquement préséance.

384. *D.C.* c. *Berthierville (Office municipal d'habitation)*, 2012 QCCQ 1524 (C.Q.), par. 59 et 60. Nous sommes en désaccord avec l'opinion qu'un locataire ne puisse pas signer un bail pour ensuite demander la nullité d'une clause en présentant un billet médical (M. NACCARATO, Bulletin CCH juriste : *Le bail d'habitation et la zoothérapie*, <http://www.cchjuriste.com/2012/08/le-bail-dhabitation-et-la-zootherapie.html>). L'auteur sous-estime plusieurs éléments dans cette affaire. Le tribunal a jugé que le locataire était lié par la signature du bail malgré la clause prohibitive, ce qui est loin d'être toujours concluant. De plus, comme il s'agit d'un logement d'un office municipal d'habitation, le bail est potentiellement non négociable et constitue un contrat d'adhésion. Ce locataire a des moyens financiers restreints et n'a pas véritablement de marge de manœuvre pour se loger. Comme la zoothérapie est un moyen pour se soigner ou pour protéger sa santé, le droit à la santé doit-il céder le pas à une clause contractuelle dont la validité est douteuse ou l'application discutable ?

385. *Bergeron* c. *J.M.*, 2010 QCRDL 46903 (R.L.), par. 99.

386. *Bergeron* c. *J.M.*, 2010 QCRDL 46903 (R.L.). Ici, la dame possédait son chien depuis douze ans à la connaissance du locateur qui ne s'en était jamais plaint et qui le fait maintenant par acharnement pour régler des comptes. Le tribunal indique que le médecin ne pouvait prescrire une zoothérapie rétrospectivement

Mais cette « exception » de zoothérapie, et surtout la rigueur des conditions de son acceptation exigée par plusieurs jugements, nous semble beaucoup trop restrictive maintenant que l'effet bénéfique d'un animal sur la santé physique et mentale de personnes seules ou âgées, entre autres, est bien reconnu et évident. L'obligation de faire une preuve médicale solide nous apparaît démesurée et déraisonnable dans les circonstances, bien qu'il faille malheureusement se préparer à la faire[387]. Doit-on, pour une évidence comme un mal de tête, nécessairement consulter un médecin pour qu'il nous prescrive un médicament parfaitement connu et en vente libre comme l'aspirine® pour soigner ce mal de tête ?

L'effet bénéfique de la présence des animaux sur la santé humaine est maintenant bien établi par de nombreuses études[388] qui démontrent l'utilité et l'efficacité des animaux sur le bien-être de nombreuses personnes et il ne faudrait pas limiter la justification de la présence des animaux aux seules fins de zoothérapie où des problèmes sérieux de comportement existent. Le chat, le chien ou un autre animal, en tant que compagnon de vie, peut aussi jouer un rôle préventif en améliorant la qualité de vie des occupants des lieux. Il est prouvé qu'il peut y avoir un attachement profond d'une personne pour un animal qui devient un compagnon de vie. Dans ce cas, le deuil ou la séparation s'avère très difficile à vivre psychologiquement parlant et peut même nécessiter un suivi médical pour cette personne, peu importe qu'elle soit jeune ou âgée. Il n'est point besoin de grandes études, ni d'une grande capacité de compréhension de la nature humaine pour

---

puisque la dame possédait déjà l'animal depuis longtemps (par. 97 et 101). Le besoin de l'animal est prouvé et le tribunal rejette l'argument qu'on ne peut pas prescrire la zoothérapie parce que la dame avait déjà son chien avant la prescription. Dans *Office municipal d'habitation de Drummondville* c. *Boisvert*, [2000] J.L. 119, 120, *Lavertu* c. *Ruel*, 2011 QCRDL 39929 (R.L.) et *Ménard* c. *Levasseur*, 2011 QCRDL 17602 (R.L.), une prescription justificative n'est pas admise si elle n'a pas été délivrée *avant* la contestation judiciaire du droit à la possession de l'animal. On cherche vainement la logique de cette argumentation : un médecin ne pourrait prescrire le renouvellement d'un médicament parce que le patient le possédait déjà avant d'être malade ?

387. À noter cependant l'affaire *Forget* c. *Champagne*, 2012 QCRDL 37959 (R.L.), où le tribunal accepte la zoothérapie sans preuve médicale en constatant l'état d'handicap du locataire et des témoignages quant à l'utilité de l'animal.

388. Voir à cet égard, notamment les ouvrages suivants : C. BOUCHARD et C. DELBOURG, *Les effets bénéfiques des animaux sur notre santé*, Paris, France, Albin Michel, 1995 ; J.L. VICTOR, *Ces animaux qui nous font du bien*, Paris, France, Deville, 2004 ; A. FINE (éd.), *Handbook on Animal-assisted Therapy*, San Diego, USA, Academic Press, 2000.

saisir par exemple l'utilité de l'animal de compagnie pour la qualité de vie d'une personne âgée, seule, ayant peu ou pas d'amis. Cette présence peut être vitale pour son bien-être et parfois devenir une raison de vivre en santé et plus longtemps. Cela peut prolonger l'autonomie de cette personne et réduire ainsi les coûts sociaux et médicaux engendrés par le vieillissement de la population. Notons aussi qu'il existe de plus en plus des programmes de visite ou de présence d'animaux dans les hôpitaux et les centres d'accueil pour divertir les malades et les personnes âgées.

Comme la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec reconnaît le droit à l'épanouissement, au respect de la dignité, de la liberté et de l'intégrité de la personne humaine[389], il faut une interprétation respectueuse de ces principes. Il est tout à fait légitime de soutenir qu'une interdiction de garder un animal peut devenir une atteinte à l'épanouissement, à la dignité et à l'intégrité d'une personne. La notion d'atteinte à l'intégrité de la personne a été décrite par la Cour suprême du Canada[390] comme étant un comportement laissant des marques ou des séquelles, non nécessairement physiques ou permanentes, lesquelles dépassent un certain seuil et qui affectent durant un certain temps l'équilibre physique, psychologique ou émotif d'une personne. Souvent, il y a un attachement profond pour l'animal qui est un compagnon de vie important, et parfois même le seul, pour une personne. Cette personne peut être jeune ou âgée, vivre seule, être éloignée de sa famille, être de santé mentale ou physique fragile etc. L'animal devient un soutien affectif important et parfois crucial pour sa santé mentale ou physique. On ne peut nier qu'un animal est un être vivant capable de communiquer et de comprendre un certain nombre de choses. Il peut en découler l'établissement de liens affectifs allant au-delà de la simple possession de biens inanimés. On peut aussi mentionner qu'en Belgique, l'interdiction totale de détenir un animal domestique quelconque porte atteinte au droit à l'intégrité de la vie privée et de la vie familiale qui est reconnu par la *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme* du 4 novembre 1950[391].

---

389. Préambule et article 1.
390. *Québec (Curateur public)* c. *Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211.
391. Tribunal Civil de Liège, 21 octobre 1986, Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles de 1987, p. 578 et s.

Les personnes appréciant la présence des animaux ont droit au respect de leurs opinions, de leurs valeurs, de leurs sentiments et de leur mode de vie. Il est déraisonnable et socialement injuste qu'un locateur s'approprie unilatéralement le droit de décider à son gré ce que doit penser un locataire ou comment il doit vivre. Il arrive qu'un tribunal manifeste sa sympathie pour la position du locataire, mais qu'il lui ordonne malgré tout de se départir de son animal, même s'il n'est source d'aucun dérangement parce qu'il doit supposément appliquer le droit. Ce faisant, il y a erreur de droit car l'application déraisonnable d'une clause contractuelle va à l'encontre des valeurs impératives du *Code civil du Québec* et de la *Charte des droits et libertés de la personne*.

C'est pourquoi il nous semble déraisonnable de limiter l'exception de zoothérapie aux seules prescriptions d'un professionnel de la santé. Les effets bénéfiques sur la santé des gens sont bien établis et il nous apparaît que, dès le départ, une demande de se conformer à une clause d'interdiction des animaux dans ce cas devrait être jugée déraisonnable sauf justification valable.

L'exercice raisonnable des droits constitue une règle impérative et fondamentale du *Code civil du Québec* et non pas une exception. L'approche correcte serait donc de se demander si l'application de la clause générale interdisant les animaux est un exercice raisonnable des droits ou un abus de droit plutôt que de se demander si la zoothérapie devrait être une exception à l'application de cette clause générale présumée raisonnable. En fait, l'acceptation de la zoothérapie est potentiellement le meilleur exemple de l'application du principe de l'exercice raisonnable des droits, et non une exception, lorsqu'il existe une clause d'interdiction des animaux dans un bail résidentiel. De plus, on a déjà vu que l'article 1901 C.c.Q., spécifique au bail résidentiel, rend abusive une clause qui impose au locataire une obligation déraisonnable dans les circonstances[392].

2.4.4. La jouissance normale des autres locataires et les troubles de voisinage

Nous vivons en société et le principe de l'acceptation des troubles de voisinage impose aux voisins, y compris les autres locataires et au locateur le cas échéant, l'acceptation des inconvé-

392. *Supra*, 1.4.2-la clause abusive.

nients normaux du voisinage qui n'excèdent pas les limites de la tolérance en vertu de l'article 976 C.c.Q.[393]. Au-delà de cette norme de tolérance, il y a abus du droit de propriété[394]. La tolérance est celle d'une personne raisonnable placée dans le contexte de la personne subissant l'inconvénient[395] et elle nécessite l'acceptation obligatoire d'inconvénients. L'article 976 C.c.Q. est une nouveauté du *Code civil du Québec* puisqu'il n'y avait aucun équivalent dans le *Code civil du Bas Canada*[396]. Il codifie la doctrine et la jurisprudence et établit des balises légales pour les tribunaux[397] qui avaient déjà préalablement énoncé avant 1994 que ces inconvénients doivent être sérieux[398], anormaux[399], persistants[400] et illégitimes[401] pour constituer un trouble de voisinage[402]. Il faut donc un comportement dérangeant susceptible d'affecter une personne normale[403].

Dans un premier temps, il y a lieu de voir quels sont les fondements de l'article 976 C.c.Q. de même que ses limites afin de pouvoir, dans un second temps, examiner quel impact cet article 976 C.c.Q. doit avoir sur l'exercice d'une clause d'un bail résidentiel interdisant les animaux.

2.4.4.1. Les principes généraux

Selon l'article 976 C.c.Q., l'inconvénient peut être normal, ce qui implique un devoir de tolérance, ou anormal, ce qui le rend

---

393. J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, préc., note 74, p. 195-197, nº 1-232 ; *Montréal (Office municipal d'habitation de)* c. *Rondeau*, 2011 QCRDL 3242 (R.L.) ; *Gosselin* c. *Morin*, 2010 QCRDL 32831 (R.L.), par. 84 ; *Inter-Loge* c. *Fortin*, 2011 QCRDL 46267 (R.L.), par. 51.
394. J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, préc., note 74, p. 202, nº 1-238.
395. J. TEBOUL, « Troubles de voisinage : l'article 976 C.c.Q. et le seuil de normalité », (2012) 71 *R. du B.* 99, 105 et 119.
396. J. TEBOUL, préc., note 395, 103.
397. D.C. LAMONTAGNE et B. LAROCHELLE, préc., note 95, vol. 1, p. 360.
398. *Pigeon* c. *Veerate*, [1979] C.P. 367 ; *Williams* c. *Office municipal d'habitation de Montréal*, J.L. 84-36.
399. *Colin* c. *Laplante*, [1978] D.C.L. 113 ; *Laurie* c. *Pimentel*, [1980] D.R.L. 49.
400. *Themens* c. *Turcot*, [1980] D.R.L. 59 (R.L.) ; *Tulini* c. *Opplon*, [1980] D.R.L. 83 (C.P.) ; *Colin* c. *Laplante*, [1978] D.C.L. 113 ; *Construction Madrid* c. *Vachon*, [1979] D.C.L. 99.
401. *Société de gestion Clifton inc.* c. *Amusements Marcoux inc.*, J.E. 84- 245 (C.S.).
402. D.C. LAMONTAGNE et B. LAROCHELLE, préc., note 95, vol. 1, p. 360-361.
403. D.C. LAMONTAGNE et B. LAROCHELLE, préc., note 95, vol. 1, p. 361, référant à l'affaire *Samson* c. *Peel Plaza Appartments Ltd.*, [1979] D.C.L. 212 (C.P.). Dans *Barthold* c. *Belgrade*, 2011 QCRDL 11226 (R.L.), le tribunal refuse une résiliation de bail à un locataire qui se plaignait de la présence des animaux malgré leur interdiction même s'il souffrait d'asthme à cause de leur présence parce qu'il savait qu'il y avait des animaux quand il a loué son appartement.

alors inacceptable. Est visée l'acceptation des inconvénients normaux, si bien que l'obligation de réparer les inconvénients anormaux s'en déduit[404]. Il s'agit d'un régime autonome de responsabilité sans faute axé sur les inconvénients subis par un voisin sans qu'il soit question d'appréciation du comportement[405].

L'évaluation de cette tolérance doit se faire objectivement puisqu'elle fait appel à la perception d'une personne raisonnable[406]. L'article 976 C.c.Q. ne fait ni référence à l'intention de nuire, ni à l'exercice déraisonnable des droits[407]. Le trouble de voisinage ne repose pas sur la preuve d'une faute, puisque ce n'est pas le comportement lui-même qui fait l'objet de l'évaluation, mais bien le résultat des inconvénients causés par ce comportement[408]. Un trouble de voisinage peut donc survenir sans aucune malice, ni comportement fautif ou excessif si des inconvénients anormaux ou intolérables sont causés au voisin[409]. Même en

---

404. P.C. LAFOND, *Précis de droit des biens*, 2e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 416, nº 1043.
405. J. TEBOUL, préc., note 395, 103 ; *Ciment du Saint-Laurent inc.* c. *Barrette*, 2008 CSC 64 ; *Entreprises Auberge du parc ltée* c. *Site historique du Banc-de-pêche de Paspébiac*, 2009 QCCA 257. Voir aussi P.C. LAFOND, préc., note 404, p. 407, nº 1024. La responsabilité devient indépendante de la faute et se fonde sur les inconvénients causés et c'est la mesure de ces inconvénients causés qui déterminera s'il y a responsabilité ou non, les inconvénients anormaux déclenchant la responsabilité : *ibid.* Il n'est pas nécessaire de prouver une faute de comportement : J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, préc., note 74, p. 202, nº 1-238.
406. Certains voient néanmoins un aspect subjectif en raison du large pouvoir discrétionnaire du juge dans l'appréciation des faits : voir J. TEBOUL, préc., note 395, 117 et 120. Or, ce n'est pas parce que le tribunal a un pouvoir d'appréciation que cet examen devient partiellement subjectif. Le tribunal doit appliquer le critère objectif de la réaction de la personne raisonnable dans les circonstances et non sa propre opinion personnelle sur le sujet ou celle de l'individu prétendant faire face à une situation intolérable.
407. J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, préc., note 74, p. 202, nº 1-238 ; *Gosselin* c. *Morin*, 2010 QCRDL 32831 (R.L.), par. 93 et *Germain* c. *Wolthausen*, 2011 QCRDL 40918 (R.L.), par. 19, *Inter-Loge* c. *Fortin*, 2011 QCRDL 46267 (R.L.), par. 52, référant à l'arrêt *Ciment du Saint-Laurent inc.* c. *Barrette*, 2008 CSC 64.
408. J. TEBOUL, préc., note 395, 103 et 108 ; *Ciment du Saint-Laurent inc.* c. *Barrette*, 2008 CSC 64 ; *Entreprises Auberge du parc ltée* c. *Site historique du Banc-de-pêche de Paspébiac*, 2009 QCCA 257 ; *Gosselin* c. *Morin*, 2010 QCRDL 32831 (R.L.), par. 93 et *Germain* c. *Wolthausen*, 2011 QCRDL 40918 (R.L.), par. 19, *Inter-Loge* c. *Fortin*, 2011 QCRDL 46267 (R.L.), par. 52, référant à l'arrêt *Ciment du Saint-Laurent inc.* c. *Barrette*, 2008 CSC 64.Voir aussi P.C. LAFOND, préc., note 404, p. 407, nº 1024. Il n'est pas nécessaire de prouver une faute de comportement : J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, préc., note 74, p. 202, nº 1-238.
409. Voir P.C. LAFOND, préc., note 404, p. 404, nº 1019, qui souligne que le trouble de voisinage intervient, qu'il y ait acte licite ou illicite, et qu'alors on parle davantage de trouble de voisinage que d'abus de droit car il n'y a pas de faute commise. Mais un comportement peut constituer à la fois un abus de droit et un trouble de voisinage lorsqu'il y a abus du droit de propriété.

l'absence d'intention de nuire ou de malice, l'exercice d'un droit de propriété peut pêcher par son caractère anormal, excessif et déraisonnable[410] et violer les exigences de la bonne foi si cet usage est fautif, négligent ou malhabile[411]. Cela se produit en cas d'usage abusif ou inconsidéré de l'exercice du droit de propriété ou de jouissance[412]. Également, quand l'exercice d'un droit a lieu dans le but de nuire à autrui, plutôt que d'en profiter soi-même dans le respect de la destination de ce droit, l'abus doit être sanctionné par l'article 7 C.c.Q.[413] : il y a préjudice causé à autrui car le titulaire du droit veut causer délibérément et intentionnellement un dommage à autrui[414].

La responsabilité repose sur une obligation de ne pas aller au-delà des inconvénients normaux du voisinage[415]. La notion de trouble de voisinage de l'article 976 C.c.Q. se distingue de la notion d'abus de droit, car elle consacre le critère de l'exercice antisocial d'un droit par le biais de la responsabilité sans faute[416].

---

410. J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, préc., note 74, p. 197, nº 1-232 et aussi nº 1-228, p. 192. Voir P.C. LAFOND, préc., note 404, p. 404, nº 1019 ; P.C. LAFOND, « L'heureuse alliance des troubles de voisinage et du recours collectif : portée et effets de l'arrêt *Ciment du Saint-Laurent* », (2009) 68 *R. du B.* 387, 398. Sur les troubles de voisinage, il est dit dans *Caron* c. *DeVos*, [1999] R.R.A. 724, J.E. 99-1056 (C.S.), cité dans l'affaire *Fleurant* c. *Deraspe*, REJB 2001-27071 (C.S.) : « L'article 976 du *Code civil du Québec* établit le critère que les tribunaux doivent examiner dans le cas de litige entre voisins. La mesure applicable est le caractère anormal et exorbitant des inconvénients (...) Dès que l'usage du droit de propriété cause à autrui un préjudice qui dépasse la norme généralement admise des inconvénients normaux de voisinage, eu égard aux circonstances, l'usager du droit devient alors responsable du préjudice causé en raison du fait que son droit est utilisé de manière excessive et anormale. Le droit de jouir de sa propriété s'arrête où celui de son voisin commence. ».
411. V. KARIM, préc., note 44, vol. 1, p. 919 ; P.C. LAFOND, préc., note 404, p. 431, nº 1078.
412. P.C. LAFOND, préc., note 404, p. 412-413, nºs 1033-1034.
413. Voir P.C. LAFOND, préc., note 404, p. 404, nº 1017 ; J. TEBOUL, préc., note 395, 138. Cela est distinct du recours de l'article 976 C.c.Q.
414. J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, préc., note 74, p. 185-186, nº 1-215 ; P.C. LAFOND, préc., note 404, p. 404, nº 1017.
415. P.C. LAFOND, préc., note 404, p. 432, nº 1080. L'article 976 C.c.Q. exige seulement la preuve des inconvénients anormaux subis pour engendrer la responsabilité civile et l'absence de faute n'est pas un critère d'exonération : *ibid.,* p. 439, nº 1091. L'application de la clause prohibitive, lorsque conforme aux règles de l'article 976 C.c.Q., n'est pas fautive, car elle corrige un inconvénient intolérable. Si l'inconvénient est tolérable selon les normes de l'article 976 C.c.Q. ou encore qu'il n'y a pas d'inconvénient réel ou sérieux, il y a nécessairement violation de cet article 976 C.c.Q. en particulier et aussi des articles 6, 7 et 1375 C.c.Q., car il y a aussi manifestation d'une faute engendrant la responsabilité.
416. B. LEFEBVRE, préc., note 56, 347, référant à J.-L. BAUDOUIN, *La responsabilité civile*, 4e éd., nº 161, p. 108. Dans une édition subséquente, la même théorie est reprise : voir 7e éd., 2007, nº 1-239, p. 202 ; P.C. LAFOND, préc., note 404, p. 404, nº 1019.

Mais il faut reconnaître que les articles 7 et 976 C.c.Q. ont ceci de commun qu'ils sanctionnent l'excès, même si l'article 7 C.c.Q. peut requérir une faute minimale, sous forme de négligence ou d'aveuglement volontaire par exemple, alors que l'article 976 C.c.Q. est de responsabilité sans faute en recherchant la répression de l'exercice antisocial d'un droit.

La tolérance s'impose quand l'inconvénient se qualifie de normal selon une mesure objective qui s'apprécie selon la nature du fonds, la situation et les usages locaux[417]. Il y a une obligation de tolérance réciproque impliquant le droit de nuire dans les limites du tolérable, ce qui renforce le principe de l'absence de nécessité de prouver la faute, laquelle n'est pas pertinente dans l'évaluation du dommage[418]. La preuve que le comportement dans l'exercice du droit de propriété dépasse les inconvénients normaux du voisinage peut démontrer son caractère excessif et déraisonnable car la norme de tolérance entre voisins permet de déterminer ce qui est acceptable ou non :

> En ce sens la norme de tolérance entre voisins peut agir comme un *critère d'appréciation* de la nature du comportement. La mesure des inconvénients subis, par rapport aux ennuis ordinaires qu'occasionne le voisinage, devient le critère d'évaluation de la faute non intentionnelle qui se manifeste par l'exercice abusif du droit de propriété. Il est donc permis de faire appel à l'article 976 C.c.Q. pour apprécier le caractère excessif et déraisonnable du droit au sens de l'article 7 C.c.Q. tout en gardant à l'esprit que cette première disposition ne traite nullement du comportement mais du résultat.[419]

Les voisins doivent accepter les inconvénients normaux du voisinage[420] selon la nature des lieux et dans la perspective objective[421] d'une société vivant en interactivité et non en individualité[422] . Un simple inconvénient ne suffit pas car il faut démontrer que le seuil de la tolérance généralement admise entre voisins a

---

417. P.C. LAFOND, préc., note 404, p. 416, nº 1044. Par exemple, en zone industrielle, il faut une tolérance plus grande au bruit qu'en zone résidentielle : *ibid*., p. 421, nº 1055.
418. P.C. LAFOND, préc., note 404, p. 417, nº 1048.
419. P.C. LAFOND, préc., note 404, p. 431, nº 1079.
420. J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, préc., note 74, p. 195-197, nº 1-232 ; *Montréal (Office municipal d'habitation de)* c. *Rondeau*, 2011 QCRDL 3242 (R.L.) ; *Gosselin* c. *Morin*, 2010 QCRDL 32831 (R.L.), par. 84 ; *Inter-Loge* c. *Fortin*, 2011 QCRDL 46267 (R.L.), par. 51.
421. *Moqadem* c. *Dimarco*, 2011 QCRDL 2166 (R.L.).
422. *Gosselin* c. *Morin*, 2010 QCRDL 32831 (R.L.), par. 84 ; *Inter-Loge* c. *Fortin*, 2011 QCRDL 46267 (R.L.), par. 52.

été dépassé[423]. Un trouble de voisinage inacceptable découle d'inconvénients anormaux et exorbitants importunant gravement les autres occupants des lieux de manière constante, persistante, continuelle et répétitive[424]. La gravité et la récurrence de l'inconvénient permettent de déterminer s'il est normal ou intolérable[425].

L'obligation de subir les inconvénients normaux du voisinage permet de circonscrire ce qui est raisonnable ou abusif dans l'exercice des droits locatifs. Le comportement doit être axé sur la tolérance des inconvénients normaux du voisinage et établir une norme à respecter. La détermination d'un exercice raisonnable des droits en vertu des articles 6, 7 et 1375 C.c.Q. doit intégrer cette norme. Une décision de la Régie du logement indique qu'

> En cette matière, le tribunal ne peut fonder son appréciation sur des considérations subjectives et doit chercher à déterminer si les locataires plaignants vivent une situation qui par sa répétition, insistance et ampleur constitue une atteinte grave, excessive ou déraisonnable justifiant la résiliation du bail. Cette analyse doit se fonder sur des critères objectifs et probants. Ce qui est incommodant pour certains peut ne pas l'être pour d'autres et ainsi, le tribunal est appelé à se prononcer uniquement sur une situation extraordinaire et inhabituelle.[426].

Il y a une obligation de vivre avec l'inconvénient dans la mesure où il demeure normalement acceptable et tolérable dans le contexte. Le moment où l'inconvénient survient généralement est un facteur déterminant[427], car il doit se produire à des heures raisonnables et non tard le soir ou la nuit[428]. Ne sont pas des bruits excessifs, « les bruits normaux de la vie courante en plein jour »[429], ni ceux des enfants qui ont le droit de s'amuser et de courir

---

423. V. KARIM, préc., note 441, vol. 1, p. 919 ; P.C. LAFOND, préc., note 410, 399.
424. *Dakar Corp.* c. *Proulx*, 2010 QCRDL 5496 (R.L.), par. 83 ; *Gagné* c. *Boucher*, 2011 QCRDL 8211 (R.L.) ; *Brunet* c. *Durand*, 2010 QCRDL 47095 (R.L.), par. 9 et 10 ; *Germain* c. *Wolthausen*, 2011 QCRDL 40918 (R.L.) ; *Kobylski* c. *Hudston*, 2010 QCRDL 10903 (R.L.) ; *Société Dupa ltée* c. *Lafleur-Lauzon*, 2010 QCRDL 14474 (R.L.) ; J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, préc., note 74, p. 202, nº 1-238. Voir aussi J. TEBOUL, préc., note 395, 123-125. Un bruit occasionnel ou isolé n'est donc pas suffisant en principe : J. TEBOUL, préc., note 395, 103 et 124.
425. J. TEBOUL, préc., note 395, 121-122.
426. *Briand* c. *Daigle*, 2012 QCRDL 27693, par. 43.
427. J. TEBOUL, préc., note 395, 133.
428. *Inter-Loge* c. *Fortin*, 2011 QCRDL 46267 (R.L.), par. 58.
429. *Ibid.*, par. 87.

le jour[430]. Dans un immeuble multi logements, on ne doit pas s'attendre à la même tranquillité que dans une maison unifamiliale[431] et une personne y vivant ne doit pas s'attendre à ce que ses voisins soient moins bruyants parce qu'elle veut dormir tard le matin[432].

Les troubles de voisinage peuvent être des troubles comme le bruit, les odeurs et les animaux[433]. Un locataire doit donc se conduire correctement vis-à-vis les autres locataires et son locateur, si celui-ci est aussi un voisin. L'article 976 C.c.Q. fait partie des obligations imposées à un locataire[434]. L'article 1860 C.c.Q. impose l'obligation de ne pas troubler la jouissance des autres locataires, mais les voisins se doivent une certaine forme de tolérance et d'accepter les inconvénients normaux découlant du voisinage, dans les limites du tolérable en vertu de l'article 976 C.c.Q.[435]. L'usage raisonnable des lieux ne doit pas troubler la jouissance normale des autres locataires[436]. Sinon le locateur peut demander la résiliation du bail du locataire fautif[437] et la réparation du préjudice subi[438], incluant une ordonnance de la Régie du logement pour obliger un locataire de surveiller son chien et ne pas déranger les autres locataires[439].

L'article 976 C.c.Q. s'applique entre voisins et vise donc autant les rapports entre locataires qu'entre le locateur et le loca-

---

430. *Ibid.*, par. 90.
431. *Ibid.*, par. 98-99.
432. *Ibid.*, par.85. Des personnes au sommeil léger sont plus sensibles aux bruits normaux et peuvent se faire réveiller plus facilement, mais elles doivent le tolérer : *Caron* c. *Farina*, 2009 QCCQ 3487, par. 156.
433. D.C. LAMONTAGNE et B. LAROCHELLE, préc., note 95, vol. 1, p. 360.
434. *Couture* c. *Quessy-Santerre*, 2011 QCRDL 15335 (R.L.).
435. D.C. LAMONTAGNE et B. LAROCHELLE, préc., note 95, vol. 1, p. 360.
436. T. ROUSSEAU-HOULE et M. de BILLY, préc., note 137, 134 ; *Société centrale d'hypothèque et de logement* c. *Bégin*, [1978] D.C.L. 123 (C.P.) ; *Cliche* c. *Deschênes*, 2010 QCRDL 672 (R.L.) ; *Couture* c. *Quessy-Santerre*, 2011 QCRDL 15335 (R.L.).
437. Article 1863 C.c.Q. : *Azama* c. *Ouellet*, 2011 QCRDL 8933 (R.L.) ; *Barrasso* c. *Tellier*, 2011 QCRDL 27673 (R.L.) ; *Bissuel* c. *Ritchie*, 2010 QCRDL 36794 (R.L.) ; *Blanchette* c. *Gagnier*, 2009 QCRDL 353 (R.L.) ; *Coopérative d'habitation Village Cloverdale* c. *Gravel*, 2011 QCRDL 4313 (R.L.). Il arrive aussi que le problème ne provienne pas uniquement des animaux présents : *Chouinard* c. *Mazerolle*, 2011 QCRDL 15994 (R.L.) ; *Domaine Alary inc.* c. *Cyr*, 2012 QCRDL 9465 (R.L.).C'est au locateur qu'incombe le fardeau de preuve qu'il y a des troubles de voisinage : *Couture* c. *Quessy-Santerre*, 2011 QCRDL 15335 (R.L.).
438. D.C. LAMONTAGNE et B. LAROCHELLE, préc., note 95, vol. 1, p. 361. Voir l'article 1860 C.c.Q. et *Société centrale d'hypothèque et de logement* c. *Bégin*, [1978] D.C.L. 123 (C.P.) ; *9163-0889 Québec inc.* c. *Nastase*, 2011 QCRDL 21001 (R.L.) ; *Asselin* c. *Poirier*, 2010 QCRDL 12042 (R.L.).
439. Voir, à titre d'exemple, *Armstrong* c. *Quesnel*, 2010 QCRDL 47211 (R.L.).

taire dans la mesure où ils sont voisins. Cette notion de voisin se situe dans un contexte géographique sans qu'il soit question d'un statut de propriétaire[440], de locateur, de locataire ou d'occupant. Selon Lafond, « Une interprétation large de cette disposition et la conformité à la tradition juridique conduisent à l'appliquer à tous ceux qui ont un droit réel dans le fonds, mais également à toute personne qui exerce un droit de jouissance du fonds, tels le possesseur et le détenteur »[441], ce qui inclut un locataire.

Le cas du locataire fait aussi l'objet de dispositions spécifiques aux articles 1859 à 1861 C.c.Q.[442]. Dans l'affaire *Blanchette* c. *Gagnier*[443], le tribunal souligne ce qui suit :

> Par ailleurs, il est prescrit à l'article 976 du même Code, concernant les règles particulières à la propriété immobilière, que les voisins doivent accepter les inconvénients normaux du voisinage qui n'excèdent pas les limites de la tolérance qu'ils se doivent, suivant la nature des lieux ou les usages locaux. Cette disposition constitue, par analogie, un paramètre important dans l'évaluation des troubles de voisinages en matière de louage résidentiel. Elle illustre, a contrario, le principe que les droits de l'un et sa liberté de les exercer sont limités notamment par ceux de l'autre, le tout dans la mesure de la normalité. À cet égard, l'appréciation du caractère excessif ou déraisonnable des inconvénients doit se faire objectivement. Les inconvénients acceptables sont ceux établis par une société qui vit en interactivité et non d'une individualité. Chaque résident doit ajuster ses comportements pour tenir compte de la situation et de l'usage des lieux. Le respect d'autrui et la bonne foi dans l'exercice de ses droits s'avèrent alors d'autant plus aigus. Outrepasser ces règles peut faire encourir la responsabilité du contrevenant.[444]

2.4.4.2. L'impact sur une clause interdisant les animaux

Nous soumettons que le locateur doit normalement démontrer un trouble de voisinage pour obtenir l'application d'une clause d'interdiction des animaux dans un logement sinon sa

---

440. Voir P.C. LAFOND, préc., note 404, p. 409, nº 1028.
441. Voir P.C. LAFOND, préc., note 404, p. 409, nº 1029.
442. Voir P.C. LAFOND, préc., note 404, p. 410, nº 1029 ; *Cauchon* c. *Pelletier*, J.E. 98-1889, REJB 1998-08662 (C.Q.).
443. *Blanchette* c. *Gagnier*, 2009 QCRDL 353 (R.L.).
444. *Blanchette* c. *Gagnier*, 2009 QCRDL 353 (R.L.), par. 64. Voir aussi *Gosselin* c. *Morin*, 2010 QCRDL 32831 (R.L.), par. 84 ; *Brunet* c. *Durand*, 2010 QCRDL 47095 (R.L.) ; *Germain* c. *Wolthausen*, 2011 QCRDL 40918 (R.L.) ; *Inter-Loge* c. *Fortin,* 2011 QCRDL 46267 (R.L.).

demande pourrait être abusive ou faite de mauvaise foi selon les règles impératives des articles 6, 7, 976 et 1375 C.c.Q. Le locateur commet une faute s'il vise, intentionnellement ou non, inconsciemment ou non, à nuire à son locataire qui ne cause pas d'inconvénients anormaux. Il y a abus du droit de propriété dès que le locateur-propriétaire agit dans le but de nuire à autrui ou de façon incompatible avec les droits des voisins[445]. La jurisprudence a établi que « l'exercice du droit de propriété trouve ses limites dans le droit des autres et dans la finalité intrinsèque de l'institution du droit de propriété »[446]. Le locateur peut user de son immeuble comme il l'entend, mais ne peut pas le faire de manière à empêcher le voisin de jouir aussi de sa propriété[447]. Un locataire doit être considéré comme un voisin et il a un droit de propriété sur ses biens et un droit d'usage de son logement.

Comment doivent cohabiter une clause d'un bail résidentiel interdisant les animaux et l'article 976 C.c.Q. relatif aux troubles de voisinage ? Un locateur pourrait-il invoquer cette clause contractuelle à l'encontre du locataire voisin pour se soustraire à l'application de l'article 976 C.c.Q. ? Comme cet article exprime une règle de comportement, il acquiert un caractère impératif et de ce fait, une clause contractuelle ne pourrait pas l'exclure. En vertu de l'article 976 C.c.Q., la responsabilité découle de la nature de l'inconvénient. L'inconvénient peut être soit normal, ce qui implique un devoir de tolérance, soit anormal, ce qui le rend alors inacceptable. On pourrait en conclure que l'inconvénient normal en vertu de l'article 976 C.c.Q. ne peut être sanctionné par l'application d'une clause interdisant les animaux dans un bail résidentiel puisque le comportement du locataire est acceptable dans les circonstances, étant dans les normes de cet article 976 C.c.Q. Invoquer la clause prohibitive pour faire cesser un comportement raisonnable deviendrait déraisonnable par le fait même et doit exposer le locateur à des dommages. L'exercice de la clause prohibitive découlant du droit de propriété devient fautif quand il se fait dans le seul but de nuire au locataire ou au voisin et a pour effet de lui causer un préjudice.

---

445. Voir P.C. LAFOND, préc., note 404, p. 403-404, nº 1016. Le propriétaire ne peut pas invoquer la légalité de son droit, ni qu'il est à l'intérieur des limites de son droit de propriété car cela est aussi un abus de droit en vertu des articles 6, 7 et 1375 C.c.Q.
446. Voir P.C. LAFOND, préc., note 404, p. 403, nº 1015.
447. *St-Louis* c. *Goulet*, [1954] B.R. 185, 191.

Les effets de l'article 976 C.c.Q. dépendent donc de la situation découlant de la présence de l'animal qui peut ne causer aucun inconvénient, causer des inconvénients normaux ou encore causer des inconvénients allant au-delà de ce qui est tolérable. Ainsi, dans *Larivière* c. *Cloutier*, le tribunal illustre les notions de préjudice sérieux et de trouble de voisinage en ces termes :

> Cependant, pour obtenir la résiliation du bail, le locateur doit démontrer qu'il subit un préjudice sérieux du fait de la présence des chats dans le logement. Il doit démontrer soit : « (...) des comportements et des attitudes qui par leur répétition et insistance agacent, excèdent ou importunent gravement les autres locataires du même immeuble, troublant ainsi la jouissance normale des lieux à laquelle ils ont droit », ou bien que les animaux endommagent sérieusement les lieux ou tout autre préjudice sérieux qu'il pourrait subir.[448]

Si l'animal cause des inconvénients au-delà de ce qui est tolérable dans les circonstances parce qu'il est dangereux, nuisible ou rend les lieux invivables en raison de son comportement, le locateur peut invoquer la clause restrictive et obtenir le respect de l'obligation car le comportement va au-delà de ce qui peut être toléré en vertu de l'article 976 C.c.Q. Il y a trouble de voisinage anormal quand un chien se retrouve souvent sur le terrain voisin, jappe, fait peur aux gens et leur saute dessus[449]. Le locateur doit intervenir dans un tel cas, qu'il existe une clause prohibitive ou non.

Par contre, si l'animal ne cause aucun inconvénient en raison de sa discrétion ou qu'il n'arrive que certains inconvénients ponctuels ou occasionnels, comme des jappements ou des grognements, le comportement est acceptable et doit être toléré selon l'article 976 C.c.Q. Un locateur qui demandait la résiliation du bail en invoquant, entre autres, qu'il entendait un chat courir dans le logement a vu sa demande rejetée car d'autres bruits plus importants que la course d'un chat, ne sont pas excessifs mais bien normaux dans un immeuble locatif[450]. La course d'un chat dans un logement est donc normale et n'est donc source d'aucun inconvénient susceptible de justifier l'exercice raisonnable d'une clause interdisant les animaux.

---

448. *Larivière* c. *Cloutier*, 2012 QCRDL 3647 (R.L.), par. 14.
449. *Fleurant* c. *Deraspe*, REJB 2001-27071 (C.S.), par. 39.
450. *Société Dupa ltée* c. *Lafleur-Lauzon*, 2010 QCRDL 14474 (R.L.).

En fait, la question ne se pose même pas en vertu de l'article 976 C.c.Q. quand l'animal ne cause aucun inconvénient, ni ne provoque de plaintes puisqu'il n'y a aucun inconvénient anormal de voisinage. C'est le cas si le chat du locataire ne sort jamais de l'appartement, que personne ne l'entend, ni ne constate sa présence autrement que dans une fenêtre du logement. C'est la même situation pour un chien accompagné dans les lieux communs et qui ne cause aucun inconvénient réel que ce soit. Le locataire ne trouble la jouissance paisible de personne. L'article 976 C.c.Q. entre en jeu seulement si des inconvénients sont causés en excédant les limites de la tolérance devant être acceptée par les voisins. C'est à ce moment que le locateur devra intervenir.

S'il y a absence d'inconvénients ou si ceux-ci sont tolérables et normaux, alors la demande de respect de la clause d'interdiction vient en contradiction avec l'article 976 C.c.Q. puisqu'elle exige le respect d'un droit qui n'existe pas dans les circonstances. Elle est aussi déraisonnable car elle s'appuie sur une clause qui ne doit pas recevoir d'application en l'espèce. Cela contrevient aux principes fondamentaux des articles 6, 7 et 1375 C.c.Q. et dont les articles 976, 1859 à 1861 et 1901 C.c.Q. sont des applications particulières. Ce comportement peut être malicieux, intentionnel ou exercé dans le but de nuire. Il est souvent difficile d'établir la preuve directe de ce comportement, mais la mauvaise foi peut se déduire à l'aide de présomptions et du comportement du locateur[451]. L'absence d'un intérêt sérieux et légitime peut permettre de présumer d'une intention de nuire[452].

La jurisprudence de la Régie du logement applique habituellement la règle de la tolérance et exige que le bruit dérangeant ait un caractère régulier et répétitif[453]. La présence d'enfants dans des immeubles à logements peut comprendre un certain dérangement des voisins, mais ceux-ci doivent faire preuve de tolérance à cet égard jusqu'à un certain point : il est de la responsabilité des parents de minimiser les troubles et de surveiller le comporte-

---

451. P.C. LAFOND, préc., note 404, p. 427, nº 1067.
452. P.C. LAFOND, préc., note 404, p. 458, nº 1119. Comme le souligne cet auteur, « En matière d'abus de droit, la psychologie du comportement importe plus que l'acte posé » ; *ibid.*, p. 428, nº 1072. Un locateur qui, sans raison autre que l'existence de la clause, en exige le respect en sachant ou devant savoir que cela nuira au locataire n'est pas de bonne foi. Dans ce cas, ce n'est pas la clause qui est illégale, mais bien l'exercice du droit en raison de l'abus en résultant.
453. T. ROUSSEAU-HOULE et M. de BILLY, préc., note 137, 86 et jurisprudence citée ; *Couture* c. *Quessy-Santerre*, 2011 QCRDL 15335 (R.L.).

ment de leurs enfants, sinon une résiliation de bail pourra être ordonnée à la demande du locateur[454]. Mais en ce qui concerne la présence d'animaux, des décisions de la Régie du logement n'appliquent pas cette règle de la tolérance et ne requièrent même pas la preuve d'un quelconque dérangement pour appliquer la clause prohibitive au motif qu'elle est valide, raisonnable et qu'elle a été librement consentie[455].

Dans la détermination de ce qui est raisonnable ou non, même en présence d'une clause prohibitive, il faut tenir compte de l'ensemble des dispositions du *Code civil du Québec* devant s'appliquer. C'est pourquoi l'article 976 C.c.Q., relatif aux troubles de voisinage, doit faire partie de l'équation pour déterminer s'il y a exercice raisonnable ou non dans l'exécution d'une obligation en matière de logement[456], y compris l'application d'une clause d'un bail prohibant les animaux.

On peut prétendre qu'un chat fait du bruit en miaulant à l'occasion ou en jouant dans le logement. Mais nous ne croyons pas que ce soit des motifs raisonnables pour justifier l'exécution d'une clause d'interdiction, car il est facile de réaliser que ce n'est pas habituellement un chat qui fait le plus de bruit dans un logement.

Un chien, un oiseau ou un autre animal peut manifester plus bruyamment leur présence qu'un chat. Mais tout dépend de l'ampleur du bruit, de sa fréquence et du moment. Ne cause pas de problème véritable le chien qui aboie occasionnellement durant la journée. C'est une situation bien différente de celle du chien menaçant ou qui dérange en aboyant constamment à toute heure du jour ou de la nuit[457]. Cette situation regrettable doit être corrigée par le locataire qui doit réaliser que ces ennuis sont sérieux et inacceptables pour les autres habitants des lieux. Cependant, si l'animal est sociable et ne constitue pas une source de tracas pour le bruit qu'il fait normalement, le locateur ne peut plaider le bruit fait par l'animal. Le silence absolu pour tous dans un logement est à la fois impossible et déraisonnable. À ce compte-là, tout locateur pourrait mettre une clause dans le bail interdisant au locataire de

---

454. T. ROUSSEAU-HOULE et M. de BILLY, préc., note 137, 86 et jurisprudence citée aux notes 408 et 410.
455. Voir plus haut, les notes 11 à 13.
456. Voir aussi *Blanchette* c. *Gagnier*, 2009 QCRDL 353 (R.L.) ; *Couture* c. *Quessy-Santerre*, 2011 QCRDL 15335 (R.L.).
457. *Aujla* c. *Nagata,* 2011 QCRDL 7144 (R.L.).

posséder une télévision, une radio ou un système de son dans le logement pour assurer la quiétude des lieux[458].

Il n'y a donc pas lieu de distinguer, quant au bruit, entre la présence d'un animal et d'autres sources de bruit. Certains chiens pourraient poser plus de problèmes, mais encore là, il faut accepter les inconvénients normaux du voisinage n'excédant pas les limites de la tolérance en ce qui concerne le bruit causé par des locataires ou le locateur lui-même s'il habite l'édifice. Si on vit dans un édifice multi logements, il est normal que le bruit soit plus élevé et fréquent que dans une maison unifamiliale. Comme plus de personnes vivent au même endroit, on doit s'attendre à une tranquillité moindre, même si tout le monde fait attention et est respectueux des droits des autres.

La norme des troubles de voisinage s'impose tant au locateur qu'au locataire et détermine quels sont leurs droits. Le locataire ne doit pas avoir un comportement excédant les inconvénients normaux du voisinage[459]. S'il va au-delà de ces inconvénients normaux par la présence d'animaux, il s'expose à des recours de la part du locateur et dans ce cas, les questions de la validité de la clause interdisant les animaux et de l'exercice déraisonnable des droits ne se poseront pas car le recours existe indépendamment de cette clause. Mais pour que les recours du locateur soient raisonnablement fondés, encore faut-il qu'il y ait des troubles de voisinage, sinon l'exercice du recours par le locateur pourra être déraisonnable malgré certains inconvénients normaux causés par le locataire et un animal.

En conclusion sur cette question des troubles de voisinage, le principe de la tolérance mutuelle est codifié à l'article 976 C.c.Q. et impose l'obligation d'accepter qu'on ne peut jouir de manière absolue de son droit de propriété, celui-ci étant soumis à des violations mineures nécessaires, objectivement et raisonnablement tolérables selon les normes locales.

Il faut donc justifier un inconvénient anormal, devenant un exercice déraisonnable des droits pour justifier un recours. En somme, le droit de propriété trouve sa limite dans le droit des

---

458. Il pourrait aussi interdire au locataire de marcher avec des souliers dans l'appartement, de parler trop fort ou de passer un aspirateur électrique sous peine de faire face à une demande d'expulsion des lieux...
459. Voir *Auger* c. *Léger*, 2010 QCRDL 37043 (R.L.).

autres. Le détenteur du droit de propriété ne doit pas l'exercer de manière malveillante dans l'intention de nuire à son voisin, de manière maladroite, anormale ou antisociale. La simple présence d'un chat ou d'un chien ne peut être en soi une nuisance ou un inconvénient anormal pour les autres habitants des lieux[460], contrairement à du bruit constant, à de la fumée excessive provenant d'une cheminée, au vacarme assourdissant d'une tondeuse aux petites heures du matin, aux odeurs nauséabondes continuelles provenant de vidanges mal enveloppées ou à des dégâts d'eau causés par un locataire négligent. Ces nuisances rendent les lieux invivables pour les autres occupants. On est loin, dans ces cas, de la situation causée par la simple présence d'un chat ou d'un chien...

L'article 976 C.c.Q. est une disposition d'équité qui tempère le droit de propriété absolu par une obligation de tolérance d'un niveau de dérangement raisonnable dans le contexte. La détermination d'un exercice raisonnable ou non d'un droit doit nécessairement en tenir compte.

Conclusion

Le tribunal a l'obligation, particulièrement dans le cas d'une clause d'interdiction, d'examiner à la fois le contexte d'insertion de cette clause dans le contrat et celui de l'exercice de cette clause. Le locateur bénéficiaire de cette clause ne peut pas exiger le respect de la clause simplement parce qu'elle est prévue au contrat. Encore lui faut-il agir en respectant les règles de la bonne foi, de manière raisonnable, non malicieuse et non dans le but ou avec le résultat de causer préjudice à autrui. En d'autres termes, il faut un motif raisonnable pour exiger le respect de la clause.

Il est difficile de voir comment une personne raisonnable, douée de discernement et de jugement, puisse accepter qu'un locateur, qui ne subit aucun préjudice ni inconvénient réel, cause un préjudice qui peut être important ou sérieux ou, plus grave encore, qui est susceptible de laisser des séquelles psychologiques à un locataire en le privant de son animal simplement et uniquement parce que le contrat de bail lui confère ce droit. S'il est démontré qu'un locateur exige le respect d'une clause interdisant les animaux sans en tirer aucun bénéfice légitime, il y a abus de

460. *Pourmand* c. *Gotsinas*, 2009 QCRDL 787 (R.L.).

droit de sa part. Une demande de se conformer à la clause uniquement pour des motifs de respect de normes administratives ou d'uniformité de gestion est aussi abusive, tout comme l'exigence du respect de la clause par un locataire et non par un autre placé dans un contexte similaire. La vie en logement implique l'acceptation d'inconvénients jusqu'à un certain degré pour devenir déraisonnables. Si le locateur désire se débarrasser d'un locataire en invoquant la clause prohibitive alors que la véritable raison n'est pas permise par la loi ou par le contrat de bail, il s'agit d'une conduite déraisonnable allant à l'encontre des exigences de la bonne foi. Cela devient une forme de harcèlement remettant en cause le droit à la jouissance paisible des lieux loués et des manœuvres visant à intimider ou à déstabiliser le locataire[461].

La simple présence d'un chat ou d'un chien ne peut être en soi une nuisance ou un inconvénient pour les autres habitants des lieux. Cela ne se compare nullement à la situation d'un locataire belliqueux ou agressif, qui fait constamment du bruit infernal à toute heure du jour ou de la nuit. Ce comportement est inacceptable, rend les lieux invivables pour les autres occupants et justifie une intervention du locateur pour y mettre fin.

Un examen de ce qui se fait ailleurs n'est pas inutile pour voir ce qui est raisonnable ou non. Même si un tribunal québécois n'est pas lié par ces dispositions, il reste que cela donne des indications utiles pour décider si une clause ou son exercice est raisonnable ou non. Certaines juridictions telle la France[462], la Belgique[463] et

---

461. C. PERRAULT et F. BEAUDRY, préc., note 62, 388-389, citant l'affaire *Choueke* c. *Coopérative d'habitation Jeanne Mance*, [2001] R.J.Q. 1441, REJB 2001-24642 (C.A.).

462. L'article 10 de la Loi 70-598 du 9 juillet 1970 énonce ce qui suit : « Est réputée non écrite toute stipulation tendant à interdire la détention d'un animal dans un local d'habitation dans la mesure où elle concerne un animal familier. Cette détention est toutefois subordonnée au fait que ledit animal ne cause aucun dégât à l'immeuble, ni aucun trouble de jouissance aux occupants de celui-ci ».

463. En Belgique, il faut appliquer l'article 10/1 sur la Convention des Droits de l'Homme qui prévoit que « Est réputée non écrite, toute stipulation tendant à interdire la détention d'un animal dans un local d'habitation dans la mesure où elle concerne un animal familier ». Cela est toutefois subordonné au fait que l'animal ne cause aucun dégât à l'immeuble, ni aucun trouble de jouissance aux autres occupants. Cet article est semblable à celui de la loi française. Par décision rendue le 21 octobre 1986, le Tribunal Civil de Liège (Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles de 1987, p. 578 et s.), a jugé que l'interdiction totale de détenir un animal domestique quelconque porte atteinte au droit à l'intégrité de la vie privée et de la vie familiale que consacre l'article 8.1 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme du 4 novembre 1950. Cette disposition prime sur le droit interne et doit être appliquée par les juridictions nationales.

l'Ontario[464] ont jugé nécessaire de déclarer législativement illégales les clauses d'interdiction des animaux dans les lieux loués[465]. Elles estiment donc que ces clauses sont excessives, abusives et contraires à l'ordre public[466]. Il serait bon que le législateur québécois s'inspire de ces exemples afin de mettre fin aux abus encore approuvés par des décisions de la Régie du logement qui ne sont pas au diapason du *Code civil du Québec*. Le droit d'avoir un animal de compagnie ne doit pas se résumer à une affaire de riches ayant les moyens de se payer une maison seule pour pouvoir le faire.

---

464. L'article 14 de la *Loi de 2006 sur la location à usage d'habitation* (L.O., 2006, c. 17) déclare nulle toute clause de bail locatif « interdisant la présence d'animaux dans l'ensemble d'habitation ou dans ses environs immédiats ».

465. Aux États-Unis, le principe des accommodements raisonnables est un facteur fondamental obligeant le locateur à considérer la situation de son locataire lorsque celui-ci a besoin de son animal pour sa santé physique ou mentale ; P. GAGNON, préc., note 9, 341. Voir aussi <www.animalconcerns.org>.

466. D'autres législatures, sans statuer spécifiquement sur cette situation, ont néanmoins édicté des critères quant à la raisonnabilité des clauses pouvant être insérées dans un bail. Par exemple, le Manitoba (art. 11(2) *The Residential Tenancies Act*, C.C.S.M., c. R119) et la Nouvelle-Écosse (art. 9A(3) *Residential Tenancies Act*, R.S.N.S., c. 401) établissent qu'une clause sera raisonnable si elle vise à promouvoir une distribution équitable des services et des installations pour tous les résidents et assurer leur confort et leur sécurité tout en protégeant les biens du locateur contre un usage abusif. Il faut que ces règles s'appliquent à tout le monde de manière équitable et soient raisonnables quant aux objectifs visés.

Les troubles du contrôle des impulsions en droit pénal canadien : la kleptomanie et la pyromanie

Julie VINCENT

Résumé

Un kleptomane, pris d'impulsions irrésistibles, peut-il être responsable pénalement de ses actes ? Voilà la question à l'origine de cette recherche. Les troubles du contrôle des impulsions sont des troubles mentaux caractérisés par l'impossibilité de résister à une impulsion. Comment peut-on concilier ceux-ci avec le droit pénal canadien sachant que la responsabilité criminelle repose sur le postulat voulant que seul un acte volontaire justifie une déclaration de culpabilité ?

Aux fins de cette recherche, nous avons choisi deux troubles du contrôle des impulsions, soit la kleptomanie et la pyromanie. Cette étude propose un retour aux principes fondamentaux de la responsabilité criminelle et l'analyse du droit pénal canadien afin de démontrer que certains troubles du contrôle des impulsions (kleptomanie et pyromanie) entraînent chez le sujet atteint une incapacité criminelle, le rendant non criminellement responsable au sens de l'article 16 du *Code criminel*.

Les troubles du contrôle des impulsions en droit pénal canadien : la kleptomanie et la pyromanie

Julie VINCENT

INTRODUCTION 399

I. Les troubles du contrôle des impulsions en médecine . . 401

A. Considérations générales 401

B. Description clinique des principaux troubles du contrôle des impulsions 403

1. La kleptomanie 403

2. La pyromanie 404

C. Conclusion 406

II. Les principes gouvernant la responsabilité criminelle en droit pénal canadien. 406

III. Le droit canadien en matière de troubles mentaux . . . 410

A. Le régime juridique en matière de troubles mentaux 410

B. L'automatisme 411

C. La défense de troubles mentaux en vertu de l'article 16 du *Code criminel* 414

1. La définition de « troubles mentaux » 414

2. L'incapacité requise aux termes de l'article 16 du *Code criminel* 415

a) L'incapacité de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission 415

b) L'incapacité de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais. 416

D. Conclusion 418

IV. L'application des principes fondamentaux de la responsabilité criminelle aux troubles du contrôle des impulsions 418

A. Les moyens de défense en droit pénal canadien en matière de troubles du contrôle des impulsions . . 419

1. L'automatisme 419

a) L'état d'automatisme 419

b) La définition de troubles mentaux 422

2. Les critères d'incapacités prévus à l'article 16 du *Code criminel* 423

3. La preuve du caractère irrésistible 427

B. L'application jurisprudentielle des moyens de défense en droit pénal canadien aux troubles du contrôle des impulsions 430

1. La kleptomanie 430

2. La pyromanie 432

CONCLUSION 434

INTRODUCTION

D'après le juge LeBel, dans l'arrêt *R.* c. *Ruzic*, seul un acte volontaire justifie une déclaration de culpabilité en droit pénal[1]. D'apparence élémentaire, cet axiome renvoie au fondement de la responsabilité criminelle et plus précisément, à la notion de libre arbitre. Suivant ce principe, l'imputabilité d'un sujet découle de sa capacité d'orienter intelligemment et librement ses actions. Ce constat s'avère par ailleurs discutable lorsque l'on s'attarde à l'étude des troubles du contrôle des impulsions. En effet, le sujet étant pris d'une impulsion qualifiée d'irrésistible, celui-ci ne peut s'abstenir d'accomplir un acte nuisible pour lui-même ou autrui[2], d'où son irresponsabilité potentielle.

L'objet du présent article est d'explorer l'impact de certains troubles du contrôle des impulsions sur la responsabilité criminelle en droit pénal canadien. Effectivement, comment peut-on justifier, en vertu des principes fondamentaux de la responsabilité pénale, qu'un individu atteint d'un de ces troubles puisse être redevable de ses actes au point de vue criminel ?

Pour répondre à cette question, nous étudierons, dans un premier temps, les critères diagnostiques de certains troubles du contrôle des impulsions. Bien que distincts au point de vue diagnostique, les troubles du contrôle des impulsions spécifiques partagent certains points en commun. Parmi les facteurs nécessaires afin de diagnostiquer ces troubles, mentionnons la présence, au premier plan du tableau clinique, d'une incapacité à résister à une impulsion, à une tendance ou à une tentation d'accomplir un acte nuisible pour soi-même ou pour autrui. Il s'agit, plus précisément, de troubles qui affectent la volition du sujet en supprimant totalement le contrôle de l'individu sur la commission de l'acte illégal[3].

---

1. *R.* c. *Ruzic*, [2001] 1 R.C.S. 687 [*Ruzic*].
2. Association américaine de psychiatrie, DSM-IV-TR, *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, Paris, Masson, 2003, p. 765 [DSM-IV-TR]. À noter, lors de la rédaction du présent article, l'exemplaire du DSM-V n'était toujours pas disponible.
3. Spyros J. Monopolis et John R. Lion, « Disorders of impulse control: explosive disorders, pathological gambling, pyromania and kleptomania », dans William J. Currant, A. Louis McGarry et Saleem A. Shah (dir.), *Forensic psychiatry and psychology: Perspectives and standards for interdisciplinary practice*, Philadelphie,

Aux fins de cette recherche, nous nous attarderons spécifiquement à la kleptomanie et la pyromanie[4]. Le choix de ces deux affections repose essentiellement sur le fait, qu'en plus de constituer des troubles mentaux, les comportements engendrés par ces maladies correspondent à des infractions criminelles : le kleptomane étant incapable de résister à l'impulsion de voler, alors que le pyromane ne peut s'empêcher d'allumer des incendies[5].

Comme notre analyse repose sur l'imputabilité criminelle des personnes atteintes de troubles du contrôle des impulsions, il importe également de bien définir les principes fondamentaux gouvernant la responsabilité criminelle en droit pénal canadien. Un retour aux fondements et principes de l'imputabilité nous apparaît nécessaire afin de bien cerner la problématique entourant les troubles du contrôle des impulsions. Sur ce point, il convient de s'attarder aux caractéristiques psychologiques essentielles afin qu'un individu puisse répondre pénalement de ses actes. Les nuances entourant l'acte volontaire seront aussi pertinentes afin d'étudier les limites des moyens de défense applicables en semblable matière. En droit, on distingue généralement l'acte volontaire au point de vue moral ou normatif de l'acte volontaire au point de vue physique ; le premier affectant la capacité d'orienter intelligemment et librement son action, alors que le second influence la capacité du sujet d'orienter consciemment et physiquement sa conduite.

Finalement, nous procèderons à l'analyse de l'application des principes fondamentaux de la responsabilité criminelle aux troubles du contrôle des impulsions. Notre projet consistera alors à examiner l'application des moyens de défense traditionnels aux troubles du contrôle des impulsions (kleptomanie et pyromanie) et d'exposer, par la suite, la façon adéquate de traiter ce genre de cas.

F.A. Davis Company, 1986, p. 409 [Monopolis]. Voir aussi DSM-IV-TR, *supra*, note 2, p. 765.

4. DSM-IV-TR, *supra*, note 2, p. 765 et s.
5. DSM-IV-TR, *supra*, note 2, p. 765. Évidemment, le trouble explosif intermittent et certains autres troubles du contrôle des impulsions non spécifiés mènent aussi à la commission d'infractions criminelles. En revanche, nous considérons que la sélection des deux troubles déjà mentionnés, nous permettra d'entretenir une vision suffisamment vaste du sujet afin de pouvoir extrapoler notre étude aux autres troubles du contrôle des impulsions. Bien que la kleptomanie et la pyromanie s'inscrivent dans le cadre des troubles du contrôle des impulsions, chaque pathologie offre des distinctions importantes au point de vue juridique, distinctions qui nous permettront d'orienter nos observations en direction des composantes nécessaires à l'imputabilité.

I. Les troubles du contrôle des impulsions en médecine

A. Considérations générales

Avant d'entreprendre l'analyse des troubles du contrôle des impulsions en droit pénal canadien, il convient de s'attarder aux troubles du contrôle des impulsions en médecine. Sur ce point, il est intéressant de constater le peu d'attention accordée de la part des chercheurs et des cliniciens à l'égard de ce type de maladie[6]. Cette situation s'explique notamment par la faible prévalence de ces affections ainsi que par les difficultés entourant leur diagnostic (les médecins devant exclure un bon nombre de troubles mentaux avant de pouvoir diagnostiquer un trouble du contrôle des impulsions)[7]. Selon la classification mise de l'avant par l'Association américaine de psychiatrie dans le *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux* (DSM-IV-TR), certains troubles reliés au contrôle des impulsions se retrouvent dans le groupe des « *Troubles du contrôle des impulsions non classés ailleurs* » qui rassemble cinq catégories de troubles mentaux possédant des caractéristiques communes[8]. Dans cette rubrique, nous retrouvons le trouble explosif intermittent[9], la kleptomanie[10], la pyromanie[11], le jeu pathologique[12] et la trichotillomanie[13]. Une

6. John E. Grant et Marc N. Potenza, « Impulsive control disorders : Clinical characteristics and pharmacological management », (2004) 16 *Annals of clinical psychiatric* 27, 32 : « Impulse control disorders have historically received relatively little attention from clinicians and researchers. Despite ICDs having prevalence rates similar to or greater than those for schizophrenia and bipolar disorder, much less research has been performed investigating treatment strategies for these disorders. »
7. Monopolis, *supra*, note 3, p. 411 : « As will be seen from the diagnostic criteria for all the disorders of impulse control, other major psychopathology has to be excluded ; affective, thought, behaviour, and personality disorders. Should not be the basic for the specific impulse disorder. [...] In clinical practice, however, and the forensic expert may indeed see a patient who engages in kleptomaniac activities and who has a history of schizophrenia but who is not actively psychotic at the time of the commission of the kleptomaniac act. »
8. DSM-IV-TR, *supra*, note 2, p. 765.
9. DSM-IV-TR, *supra*, note 2, p. 765 : « Trouble explosif intermittent, caractérisé par des épisodes distincts où le sujet ne parvient pas à résister à des impulsions agressives, ce qui aboutit à des voies de fait graves ou à la destruction de biens ».
10. DSM-IV-TR, *supra*, note 2, p. 765 : « Kleptomanie, caractérisée par l'impossibilité répétée de résister à l'impulsion de voler des objets qui ne sont dérobés ni pour un usage personnel ni pour leur valeur commerciale ».
11. DSM-IV-TR, *supra*, note 2, p. 765 : « Pyromanie, caractérisée par l'allumage d'incendies pour obtenir du plaisir, une gratification ou le soulagement d'une tension ».
12. DSM-IV-TR, *supra*, note 2, p. 765 : « Jeu pathologique, caractérisé par une conduite de jeu, répétée, persistante et inadaptée ».
13. DSM-IV-TR, *supra*, note 2, p. 765 : « Trichotillomanie, caractérisée par l'arrachage répété de ses propres cheveux pour obtenir un plaisir, une gratification ou le soulagement d'une tension, avec pour résultat une alopécie manifeste ».

catégorie résiduelle existe également pour les troubles du contrôle des impulsions qui ne remplissent pas les critères diagnostiques nécessaires afin d'appartenir aux catégories préalablement mentionnées[14].

Il est à noter qu'il existe d'autres troubles mentaux dont les caractéristiques cliniques impliquent une problématique au niveau du contrôle des impulsions. Parmi ces maladies, citons les troubles liés à l'utilisation d'une substance, la personnalité antisociale, la schizophrénie, les troubles de l'humeur de même que les paraphilies[15]. Il importe de distinguer ces troubles mentaux classés ailleurs dans le *Manuel diagnostique et statistique de troubles mentaux* des troubles du contrôle des impulsions spécifiques. La pédophilie, à titre d'exemple, se caractérise par « la présence de fantaisies imaginatives sexuellement excitantes, d'impulsions sexuelles, ou de comportements, survenant de façon répétée et intense impliquant une activité sexuelle avec un enfant ou des enfants prépubères »[16]. Les personnes souffrant de pédophilies font l'objet d'impulsions sexuelles, mais demeurent tout de même capables de résister à ces impulsions[17]. Il s'agit d'une distinction importante au moment de déterminer la responsabilité criminelle d'une personne souffrant d'un trouble du contrôle des impulsions.

Bien que la kleptomanie et la pyromanie constituent des troubles du contrôle des impulsions, chaque pathologie offre des distinctions importantes au point de vue juridique, distinctions qui nous permettront d'orienter nos observations en direction des composantes nécessaires à l'imputabilité.

---

14. DSM-IV-TR, *supra*, note 2, p. 781. À titre indicatif, nous pouvons retrouver dans cette catégorie, des troubles tels que se triturer la peau, le percing.
15. DSM-IV-TR, *supra*, note 2, p. 617 : « Les paraphilies sont caractérisées par des impulsions sexuelles, des fantaisies imaginatives, ou des comportements survenant de façon répétée et intense, qui impliquent des objets, activités ou situations inhabituels et sont à l'origine d'une souffrance subjective cliniquement significative ou d'une altération du fonctionnement social, professionnel ou dans d'autres domaines importants ». À titre indicatif, l'exhibitionnisme, la pédophilie et le voyeurisme font partie de cette catégorie de troubles sexuels.
16. DSM-IV-TR, *supra*, note 2, p. 659-661.
17. DSM-IV-TR, *supra*, note 2, p. 765.

B. *Description clinique des principaux troubles du contrôle des impulsions*

1. *La kleptomanie*

En médecine, la kleptomanie se caractérise par « l'impossibilité répétée de résister à l'impulsion de voler des objets qui ne sont dérobés ni pour un usage personnel ni pour leur valeur commerciale » (critère A)[18]. La personne ressent une sensation crois-

18. DSM-IV-TR, *supra*, note 2, p. 770. Malgré que le vol constitue un crime populaire depuis des siècles, ce n'est qu'en 1838 que deux médecins français se sont intéressés à l'aspect involontaire du vol. Esquirol et Marc ont pour la première fois décrit la kleptomanie comme un vol commis de manière involontaire et irrésistible. En 1952, le premier *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux* de l'Association américaine de psychiatrie (DSM-I) incluait la kleptomanie en tant que terme supplémentaire, cette dernière ne constituant pas à l'époque un trouble mental en soi. (Marcus J. Goldman, « Kleptomania : Making sense of the nonsensical », (1991) 148 *The American journal of psychiatry* 986, 987). Par la suite, le DSM-II (1968) passa sous silence la kleptomanie, pour enfin la réintroduire en 1980 dans le DSM-III sous la catégorie des « Troubles du contrôle des impulsions non classifiés ailleurs ». La kleptomanie demeure à ce jour sous cette rubrique dans le plus récent manuel diagnostique (DSM-IV-TR, 2000). (Jon E Grant, « Understanding and treating kleptomania : New models and new treatments », (2006) 43 *The Israel Journal of psychiatry and related sciences* 81).
La kleptomanie paraît une problématique relativement rare avec une prévalence approximative entre 0,6 % à 0,8 %. (Carolynn S. Kohn et al., « Kleptomania », dans Jane E. Fisher et William T. O'Donohue (dir.), *Practitioner's guide to evidence-based psychotherapy*, New York, Springer, 2006, p. 361). Par ailleurs, certains suggèrent que cette maladie mentale puisse être plus répandue que l'on croit, considérant le caractère clandestin dans lequel est plongé le kleptomane. (Marcus J. Goldman, « Kleptomania : Making sense of the nonsensical », (1991) 148 *The American journal of psychiatry* 986, 987). Aussi, certaines études nous suggèrent que la kleptomanie serait plus commune auprès des patients préalablement psychiatrisés. « Although no national epidemiological study of kleptomania has been performed, studies of kleptomania in various clinical samples suggest a high prevalence for the disorder which may represent a public health concern. A recent study of psychiatric inpatients with multiple disorders (n=204) revealed that 7,8 % (n=16) endorsed current symptoms consistent with a diagnosis of kleptomania and 9,3 % (n=19) had a lifetime diagnosis of kleptomania ». (Jon E Grant, « Understanding and treating kleptomania : New models and new treatments », (2006) 43 *The Israel Journal of psychiatry and related sciences* 81). Les études font également état qu'un nombre plus important de femmes seraient atteintes de cette maladie mentale. (Jon E. Grant et Marc N. Potenta, « Impulse control disorders : clinical characteristics and pharmacological management », (2004) 16 *Annals of clinical psychiatry* 27, 30). Cependant, l'auteur Jon E. Grant met en garde contre la certitude de ce constat attestant que les femmes seraient davantage disposées à se soumettre à une évaluation psychiatrique afin de détecter la problématique de kleptomanie. « Although the majority of reported cases of kleptomania indicate a female predominance, these findings may be biased as women may be more likely than men to present for psychiatric evaluation. Also, the legal system may be more likely to send female shoplifters for psychiatric evaluation while sending male shoplifters to prison. » (Jon E Grant, « Understanding and treating kleptomania : New models and new treatments », (2006) 43 *The Israel Journal of psychiatry and related sciences* 81, 82).

sante de tension avant la commission du vol (critère B). Par la suite, celle-ci éprouve du plaisir, de la gratification ou du soulagement au moment où elle passe à l'acte (critère C). Le vol n'est pas commis pour exprimer de la colère ou de la vengeance, ni en réponse à des hallucinations ou des idées délirantes (critère D). En terminant, le vol n'est pas mieux expliqué par un autre trouble mental, tel qu'un trouble des conduites, un épisode maniaque ou une personnalité antisociale (critère E)[19]. Cette maladie mentale se caractérise aussi par le fait que les objets volés ont habituellement peu de valeur pour le kleptomane, fréquemment celui-ci ira même jusqu'à donner ou abandonner son gain. Une des caractéristiques nécessaires est donc le choix de l'objet volé qui pour le sujet n'a aucun sens logique, soit que celui-ci est en mesure de payer l'objet ou que cet objet n'a aucune utilité pour lui[20]. L'on précise au surplus que « les sujets kleptomanes [...] sont conscients qu'il s'agit d'un acte inutile et répréhensible. Ils ont souvent peur d'être arrêtés et se sentent déprimés ou coupables pour leurs larcins »[21]. Ainsi, bien que les kleptomanes aient connaissance du caractère répréhensible de leur acte, ceux-ci ne peuvent résister à l'impulsion de voler.

2. La pyromanie

L'Association américaine de psychiatrie décrit la pyromanie comme le fait d'allumer délibérément et de façon réfléchie des incendies (critère A)[22]. Le sujet ressent alors une tension ou une

---

19. DSM-IV-TR, *supra*, note 2, p. 770, 772.
20. Ronald A. Fullerton, « Psychoanalyzing kleptomania » (2007) 7(4) *Marketing theory* 335, 337 [Fullerton].
21. DSM-IV-TR, *supra*, note 2, p. 770.
22. DSM-IV-TR, *supra*, note 2, p. 772, 774. À l'instar de la kleptomanie, relativement peu d'études traitent de la question de la pyromanie (Michel Laxenaire et Florence Kuntzburger, *Les incendiaires*, Paris, Masson, 1995, p. 83). C'est également en 1833 que le médecin C.C. Marc, élève de J. Esquirol s'intéressa pour la première fois à la notion de pyromanie. L'évolution de ce terme au sein du manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux est semblable à celle de la kleptomanie. Le DSM-III-TR (1980) apporte par ailleurs une nuance importante à la définition de la pyromanie. En effet, ce dernier transforme le classique critère d'impulsivité par la notion d'acte délibéré et réfléchi. (Rebekah Doley, « Pyromania : Fact or Fiction ? » (2003) 43 *British journal of criminology* 797, 798-799). « Ainsi, on n'accorde plus au pyromane le doute d'un geste non maîtrisé ; il met consciemment en acte son amour pour le feu. » (Michel Laxenaire et Florence Kuntzburger, *Les incendiaires*, Paris, Masson, 1995, p. 87).
Les auteurs de l'article « *Clinical characteristics and psychiatric comorbidity of pyromania* » nous révèlent une étude suggérant la rareté de la pyromanie. Cette étude faite auprès d'incendiaires récidivistes expose que seulement 3,3 % de ceux-ci répondent aux critères diagnostiques de ce trouble mental (DSM-IV-TR). Par ailleurs, plusieurs études faites auprès de personnes non criminalisées illus-

excitation émotionnelle avant de passer à l'acte (critère B). L'individu a un intérêt, une fascination, une curiosité ou une attirance pour le feu et tout ce qui s'y rattache (critère C). De plus, le pyromane ressent du plaisir, de la gratification ou du soulagement en allumant ou en contemplant les incendies, ou en participant aux événements qui en résultent (critère D). Le feu n'est pas allumé afin d'obtenir un bénéfice commercial, ni pour manifester une idéologie sociopolitique, camoufler une activité criminelle, exprimer de la colère ou de la vengeance, améliorer ses conditions de vie, ni à cause d'idées délirantes, d'hallucinations ou de troubles du jugement, notamment l'intoxication par des substances ou le retard mental (critère E). En terminant, les incendies ne doivent pas être mieux expliqués par un autre trouble, tel que le trouble des conduites, un épisode maniaque ou une personnalité antisociale (critère F)[23]. Il arrive même que les pyromanes préparent minutieusement les évènements avant de déclencher un incendie. Ceux-ci peuvent être indifférents aux conséquences possibles de l'incendie, que ce soit des pertes matérielles ou humaines. Ils peuvent même éprouver du plaisir face à la destruction engendrée par le feu.

À première vue, il paraît paradoxal d'inclure la pyromanie dans la catégorie des troubles du contrôle des impulsions pour ensuite définir l'action du pyromane comme étant réfléchie et délibérée. En effet, comment peut-on conjuguer l'impulsivité et la réflexion, l'irrésistibilité et la délibération ? Il s'agit effectivement d'éléments difficiles à combiner. Par ailleurs, il faut garder à l'esprit que malgré l'aptitude du pyromane à organiser son action, celui-ci ne possède pas les freins comportementaux nécessaires afin d'arrêter le processus enclenché. Le pyromane, mené par sa fascination pour le feu, organisera l'accomplissement de son fantasme, mais au moment de la commission de l'infraction, n'aura pas la capacité de freiner son geste[24].

---

trent que la pyromanie pourrait être plus commune que le laissent entendre les chercheurs. (Jon E. Grant et Suck Won Kim, « Clinical characteristics and psychiatric comorbidity of pyromania », (2007) 68:11 *J. clin. Psychiatry* 1717).

23. DSM-IV-TR, *supra*, note 2, p. 772, 774.
24. Rebekah Doley, « Pyromania : Fact or Fiction ? », (2003) 43 *British journal of criminology* 797, 803 [Doley] : « Rice and Harris (1991) note the difficulties in determining the 'true' motive of firesetting highlighting the fact that any diagnosis of pyromania relies on the offender having the insight and ability to articulate why they set the fire. Further, they draw attention to the preponderance of mixed motives in cases of deliberate firesetting that may mask the impulsivity that is so essential a part of the clinical criteria for pyromania ».

C. Conclusion

Bien que les troubles du contrôle des impulsions possèdent des caractéristiques distinctes, ils demeurent par ailleurs associés à un élément unificateur qui est l'incapacité à résister à une impulsion menant à un acte répréhensible et nuisible. Dans la plupart des cas, l'individu sait ce qu'il fait, connaît les conséquences de ses actes et est conscient du caractère aberrant de son geste, mais demeure incapable, en raison de sa maladie, de s'empêcher d'agir. Contrairement aux maladies qui altèrent les freins comportementaux ou les inhibitions de l'individu, les troubles du contrôle des impulsions enlèvent totalement le contrôle de l'accusé sur sa volonté d'agir ou de s'abstenir d'agir (volition).

II. Les principes gouvernant la responsabilité criminelle en droit pénal canadien

Ayant défini la kleptomanie et la pyromanie en médecine, il convient maintenant de s'interroger sur les principes gouvernant la responsabilité pénale. Sur ce point, on distingue généralement l'imputabilité de la culpabilité. Alors que l'imputabilité prend en compte l'intelligence et la liberté de l'individu au moment du crime, la culpabilité s'attarde plutôt à déterminer si le sujet a commis la faute requise aux termes de l'infraction. En somme, « l'imputabilité est une qualification du sujet tandis que la culpabilité est l'élément moral de l'infraction »[25].

En ce qui concerne l'imputabilité, celle-ci désigne la capacité d'un individu de répondre pénalement de ses actes. En effet, seul l'homme est pénalement responsable de ses actions, « [...] parce qu'il est un être intelligent et libre. Ainsi, le fondement de la responsabilité pénale ou de l'imputabilité, sa raison d'être et sa justification, c'est la constatation chez l'agent de l'usage de sa raison et de sa liberté »[26]. En effet :

> Si l'homme agit de façon volontaire, c'est parce qu'il est (1) en mesure d'orienter ses actions grâce aux lumières que lui procure sa

25. M. Addad et M. Benezech, *L'irresponsabilité pénale des handicapés mentaux en droit français et anglo-saxon*, Paris, Litec, 1978, p. 23.
26. Albert Normand, *Traité élémentaire de droit criminel*, Paris, A. Pedone, 1896, p. 74. Voir aussi Hugues Parent, *Discours sur les origines et les fondements de la responsabilité morale en droit pénal*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 13 [Parent].

> connaissance et (2) capable de diriger librement sa conduite grâce aux mouvements de sa volonté. En d'autres mots, l'acte volontaire est synonyme d'acte libre et réfléchi. C'est le point de convergence entre la raison (qui indique la connaissance de la fin) et la liberté (par laquelle il choisit).[27]

L'imputabilité repose donc sur les deux composantes du libre arbitre que sont la raison et la liberté de choix[28]. « C'est cette double capacité, la raison et le choix, qui constitue la justification morale de l'imputation de la responsabilité criminelle et l'imposition de peines aux contrevenants. »[29]

La raison (l'intelligence), tout d'abord, puisque celle-ci désigne la faculté de l'individu de connaître les circonstances dans lesquelles se produit son action et d'apprécier les conséquences de ses actes. Ainsi, « en informant l'homme sur les propriétés qui gouvernent son action, l'intelligence permet à l'individu de diriger sa conduite et d'éviter les tentations que lui présente son appétit sensible »[30]. Cette capacité qui est présumée en droit pénal canadien se retrouve au paragraphe 2 de l'article 16 du *Code criminel* :

> **16.** (2) Présomption – chacun est présumé ne pas avoir été atteint de troubles mentaux de nature à ne pas engager sa responsabilité criminelle sous le régime du paragraphe (1) ; cette présomption peut toutefois être renversée, la preuve de troubles mentaux se faisant par prépondérance des probabilités.[31]

Cette présomption consacre chaque humain sain d'esprit, c'est-à-dire détenant suffisamment d'aptitudes mentales pour orienter ses actions par le biais d'un choix libre et volontaire[32]. Cette faculté étant présumée, la partie désirant invoquer une telle

---

27. Hugues Parent, *Traité de droit criminel ; Tome I – l'imputabilité*, 3e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2008, p. 14 [Parent].
28. Parent, *supra*, note 26, p. 147 : « La capacité de se conformer aux enseignements de la loi pénale exige une détermination concrète de deux composantes du libre arbitre que sont l'intelligence et la volonté ».
29. G. Ferguson, « A Critique of Proposals to Reform the Insanity Defence », (1989) 14 *Queen's L.J.* 135, 140 [Ferguson]. Voir aussi *R.* c. *Chaulk,* [1990] 3 R.C.S. 1303, 1397 [Chaulk].
30. Parent, *supra*, note 27, p. 23.
31. *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 16(2) ; 1991, ch. 43, art. 2 [Code criminel].
32. Hugues Parent, *Responsabilité pénale et troubles mentaux. Histoire de la folie en droit pénal français, anglais et canadien,* Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 1999, 281-282.

incapacité doit le démontrer selon la prépondérance des probabilités[33].

En plus d'être doué de raison, l'être humain doit avoir la possibilité de faire un choix d'accomplir ou non certains gestes, ce qu'on appelle la volonté ou liberté de choix. Cette dernière implique la possibilité pour un sujet d'agir ou de s'abstenir d'agir tout en étant conscient de ses actes. « La volonté est la puissance, qui sous l'impulsion du bien appréhendé par l'intelligence, initie le processus menant à l'accomplissement de l'acte volontaire »[34]. Comme le souligne le juge Dickson dans l'arrêt *Perka* c. *La Reine*, la liberté de choix est également présumée en droit pénal canadien :

> [...], il incombe toujours à la poursuite de faire la preuve d'un acte volontaire. La poursuite doit prouver chacun des éléments du crime imputé. Un de ces éléments est le caractère volontaire de l'acte. Normalement, le caractère volontaire peut se présumer, mais si l'accusé soumet à la cour, au moyen de ses propres témoins ou d'un contre-interrogatoire des témoins de la poursuite, des éléments de preuve suffisants pour soulever un doute que la situation engendrée par des forces extérieures était à ce point urgente que l'omission d'agir pouvait mettre en danger la vie ou la santé de quelqu'un et que, suivant une analyse raisonnable des faits, il était impossible d'observer la loi, alors la poursuite se doit d'écarter ce doute. Le fardeau de la preuve ne repose pas sur l'accusé.[35]

En conséquence, lorsqu'un individu invoque l'absence de volonté ou de liberté de choix au moment du crime, le fardeau de preuve qui lui incombe diffère de celui prévu pour la notion de raison. Afin de réfuter cette présomption, l'accusé doit uniquement soulever un doute quant au caractère volontaire de son acte, il appartiendra alors à la poursuite de démontrer hors de tout doute raisonnable le caractère volontaire de l'acte.

En somme, le libre arbitre consiste essentiellement dans l'action de choisir librement. Pour ce faire, cela présuppose l'existence de certaines caractéristiques intellectuelles permettant à un individu d'apprécier rationnellement les diverses options qui s'offrent à lui. Le fondement de la responsabilité criminelle repose donc sur la notion de choix véritable. Lorsqu'une personne détient

---

33. Code criminel, *supra*, note 31, art. 16(3).
34. Parent, *supra*, note 27, p. 24-25.
35. *Perka* c. *La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, 257-258 [Perka].

les aptitudes intellectuelles pour faire un tel choix, elle devient pénalement responsable de ses actes.

Loin d'être limité à sa dimension morale ou normative, l'acte volontaire peut également être analysé d'un point de vue physique, c'est-à-dire dans son rapport avec l'élément matériel de l'infraction. Tel que le précise la juge McLachlin dans l'arrêt *R.* c. *Théroux* : « Le terme *mens rea*, interprété correctement, n'inclut pas tous les éléments moraux d'un crime. L'*actus reus* comporte son propre élément moral ; pour qu'il y ait *actus reus*, l'acte de l'accusé doit être volontaire »[36]. L'acte volontaire au point de vue physique se rapporte donc à l'état de conscience de l'individu et à sa capacité d'orienter physiquement son action. « Littéralement, cette exigence de caractère volontaire signifie simplement que les actes matériels interdits doivent avoir été accomplis sous le contrôle conscient [et physique] de leur auteur »[37]. Bien que le caractère volontaire soit un aspect essentiel de l'élément matériel d'une infraction, le droit pénal canadien présume que l'être humain agit volontairement [au point de vue physique][38]. L'accusé doit par conséquent réfuter cette présomption, selon la prépondérance des probabilités (en matière d'automatisme)[39].

En résumé, l'acte volontaire au point de vue moral ou normatif comprend la capacité d'orienter intelligemment et librement son action (choix véritable), tandis que l'acte volontaire au point de vue physique renvoie à la capacité d'orienter consciemment et physiquement sa conduite. Bien que ces deux notions semblent s'entrelacer à l'intérieur du concept de libre arbitre, leurs distinctions influencent néanmoins le mécanisme par lequel celles-ci sont mises en œuvre. Envisagés dans le cadre des principes régissant la responsabilité pénale, deux moyens de défense peuvent donc être considérés en matière de troubles du contrôle des impulsions : la défense de troubles mentaux et celle d'automatisme. Ainsi, l'individu peut se trouver dans un état d'automatisme faisant en sorte d'empêcher le contrôle conscient et physique de ses actions, ou celui-ci peut être atteint de troubles mentaux l'empêchant d'agir de façon rationnelle[40]. Bien que cette distinc-

36. *R.* c. *Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5, 19. Voir également Parent, *supra*, note 32, p. 267.
37. Perka, *supra*, note 35, p. 249.
38. *R.* c. *Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290, par. 171 [Stone].
39. *R.* c. *Boivin*, [2007] J.Q. 74, par. 25 (C.A.) (QL) [Boivin].
40. *Rabey* c. *R.*, [1980] 2 R.C.S. 513, 522-523 [Rabey] : « En common law, une personne dont la conduite serait par ailleurs criminelle n'est pas coupable d'un acte criminel si elle agit dans un état d'inconscience ou de demi-conscience. Elle n'est pas

tion soit importante au point de vue des principes, celle-ci tend à s'amenuiser lorsque l'automatisme découle d'un trouble mental. Dans ce cas, l'automatisme doit être subsumé sous l'article 16 C.cr. et donne lieu à un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux.

III. Le droit canadien en matière de troubles mentaux

A. Le régime juridique en matière de troubles mentaux

Au Canada, le régime juridique applicable en matière de troubles mentaux se trouve à l'article 16 du *Code criminel*. D'après cette disposition :

> **16.** (1) Troubles mentaux – La responsabilité criminelle d'une personne n'est pas engagée à l'égard d'un acte ou d'une omission de sa part survenus alors qu'elle était atteinte de troubles mentaux qui la rendaient incapable de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission, ou de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais. [Nous soulignons][41]

Pour être soulevée avec succès, la défense de troubles mentaux exige donc la présence d'un trouble mental et d'une incapacité découlant de ce trouble mental (celle-ci devant rendre le sujet incapable de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission, ou de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais).

L'automatisme peut également être un moyen de défense soulevé lorsqu'il y a présence d'une maladie mentale. À l'instar de la défense d'automatisme sans troubles mentaux, la défense d'automatisme avec troubles mentaux nécessite la négation du caractère volontaire de l'*actus reus*, par contre cette preuve doit être faite à l'intérieur des balises de la défense de troubles mentaux. En effet, la défense d'automatisme avec troubles mentaux doit être subsumée sous le cadre analytique de l'article 16 du *Code criminel*[42]. Nous verrons ultérieurement qu'en matière de trou-

---

non plus responsable si, en raison d'une maladie mentale ou d'un trouble de la raison, elle est incapable de juger de la nature et de la qualité de son acte ou de savoir qu'il est mauvais. Le principe fondamental de notre droit pénal est qu'une personne n'est responsable que de ses actes conscients et délibérés ».

41. Code criminel, *supra*, note 31.
42. *R*. c. *Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871, p. 896 [Parks]. Voir aussi Stone, *supra*, note 38, par. 160.

bles du contrôle des impulsions, l'automatisme sans troubles mentaux ne peut être envisagé.

Dans l'éventualité où l'accusé ne parviendrait pas à s'acquitter du fardeau de présentation quant au caractère involontaire de l'acte au point de vue physique, celui-ci aura tout de même le loisir de présenter une défense de troubles mentaux. Il s'agit par conséquent de deux moyens de défense juridiquement distincts pouvant s'appliquer aux troubles du contrôle des impulsions. Cette position s'avère adéquate étant donné que l'article 16 du *Code criminel* ne pose aucune distinction quant à la présence ou l'absence de caractère volontaire au point de vue physique[43]. Sur ce point, citons les commentaires du juge Bastarache dans l'arrêt *Stone* :

> S'il conclut que ces fondements n'ont pas été établis, la présomption de caractère volontaire s'applique et aucune des défenses d'automatisme ne peut être soumise à l'appréciation du juge des faits. En pareil cas cependant, l'accusé peut toujours invoquer une défense indépendante de troubles mentaux fondée sur l'art. 16.[44]

Que ce soit par l'entremise de l'automatisme avec troubles mentaux ou d'une défense indépendante de troubles mentaux, les critères d'évaluation pour les troubles du contrôle des impulsions se retrouvent à l'article 16 du *Code criminel*. L'élément déterminant est, par conséquent, la présence de troubles mentaux jumelée à celle d'une incapacité de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission, ou de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais. Nous aborderons en premier lieu la notion « d'automatisme ». Par la suite, sans exclure l'étude du mécanisme procédural de la défense indépendante de troubles mentaux, nous analyserons son application dans le cadre analytique de la défense d'automatisme avec troubles mentaux.

B. L'automatisme

« Un des principes fondamentaux de notre droit criminel canadien est que seul un acte volontaire au point de vue physique peut justifier une déclaration de culpabilité »[45]. Il s'agit là du

43. Stone, *supra*, note 38, par. 161.
44. Stone, *supra*, note 38, par. 193.
45. Stone, *supra*, note 38, par. 169.

fondement sur lequel repose le moyen de défense d'automatisme. En effet, d'après le juge Ritchie dans l'arrêt *Rabey* c. *Reine* :

> L'automatisme désigne un comportement qui se produit à l'insu de la conscience et qui échappe à la volonté. C'est l'état d'une personne qui, tout en étant capable d'agir, n'est pas consciente de ce qu'elle fait. Il désigne un acte inconscient et involontaire, où l'esprit ne sait pas ce qui se produit.[46]

Comme une personne inconsciente se trouve généralement dans un état comateux[47], l'état d'automatisme est désormais considéré par les tribunaux comme un « état de conscience diminuée dans lequel la personne, quoique capable d'agir, n'a pas la maîtrise de ses actes »[48]. Reprenant les propos du juge LaForest dans l'arrêt *Parks*, le juge Bastarache dans l'arrêt *Stone* précise toutefois « [...] que c'est le caractère volontaire, et non la conscience, qui constitue l'élément juridique principal du comportement automatique, puisqu'une défense d'automatisme revient à nier l'existence de la composante de l'*actus reus*, qu'est le caractère volontaire »[49].

Fondée sur la présomption que « les gens agissent volontairement »[50], le contrevenant doit démontrer l'existence d'un acte involontaire au point de vue physique. La procédure, pour l'établissement des critères d'application de la défense d'automatisme, se divise en deux étapes. D'abord, l'accusé doit s'acquitter d'une charge de présentation en établissant les fondements de la défense d'automatisme. Sur ce point, le juge du procès doit évaluer si l'état mental de l'accusé l'empêchait d'agir volontairement au point de vue physique[51]. Ensuite, le juge du procès doit déterminer s'il y a lieu de soumettre l'automatisme avec ou sans troubles mentaux à l'attention du juge des faits. Pour ce faire, il doit déterminer si l'état mental du sujet peut être qualifié de trouble

---

46. Rabey, *supra*, note 40, p. 518 ; Voir aussi *Reine* c. *K.*, (1971) 3 C.C.C. (2d) 84 (C.A. Ont.).
47. Stone, *supra*, note 38, par. 156 : « En fait, la preuve d'expert soumise en l'espèce révèle que, du point de vue médical, "inconscient" signifie [traduction] "être étendu complètement sur le sol", c'est-à-dire être dans un état de type comateux ».
48. Stone, *supra* note 38, par. 156.
49. Stone, *supra* note 38, par. 170.
50. Stone, *supra* note 38, par. 171.
51. Stone, *supra* note 38, par. 187. Pour satisfaire à la charge de présentation ou d'établissement des fondements, une allégation de caractère involontaire appuyée d'une preuve psychiatrique est nécessaire dans tous les cas. Voir également *R.* c. *Fontaine*, [2004] 1 R.C.S. 702 [Fontaine].

mental[52]. En ce qui concerne la charge de persuasion, celle-ci incombe à la défense qui doit démontrer au juge des faits le caractère involontaire de l'acte, selon la règle de la prépondérance des probabilités[53].

La détermination de la présence ou non de troubles mentaux est au cœur même de l'orientation procédurale d'un dossier en matière d'automatisme[54]. Il s'agit d'une étape cruciale dans l'évaluation de cette défense puisqu'elle détermine si l'acte involontaire devrait mener à un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux ou à un acquittement inconditionnel. Cette qualification permet ainsi de guider l'issue du dossier vers une défense d'automatisme avec ou sans troubles mentaux. Les deux catégories d'automatisme ne pouvant être soumises simultanément à l'appréciation du juge des faits, le choix doit être fait au début des procédures. En réalité, il ne s'agit pas d'un choix réel puisque dès que la vraisemblance de troubles mentaux est démontrée, seule la défense d'automatisme avec troubles mentaux peut être soumise à l'appréciation du juge des faits[55].

Dans la prochaine section, nous traiterons de la défense de troubles mentaux. Ce choix méthodologique découle du fait que dès l'instant où une personne est atteinte d'une maladie mentale pouvant entraver sa capacité criminelle, que ce soit par le biais de

---

52. Parks, *supra*, note 42, p. 898-899. « Le témoignage des experts médicaux sur la cause, la nature et les symptômes de l'état mental anormal dont aurait souffert l'accusé, et la façon dont cet état est considéré et qualifié du point de vue médical sont très utiles aux tribunaux qui doivent déterminer si un tel état peut constituer une "maladie mentale" ».
53. Boivin, *supra*, note 39, par. 25. Voir également Stone, *supra*, note 38, par. 180 : « À l'instar de l'ivresse extrême s'apparentant à l'automatisme, les vrais cas d'automatisme sont extrêmement rares. Cependant, du fait que l'automatisme est facilement simulé et que c'est l'accusé lui-même qui est en mesure de savoir qu'il a été plongé dans un tel état, il est nécessaire pour atteindre l'objectif qui sous-tend la présomption de caractère volontaire, d'imposer à l'accusé la charge de persuasion consistant à prouver le caractère involontaire selon la prépondérance des probabilités. Par contre, imposer au ministère public la charge de persuasion consistant à prouver hors de tout doute raisonnable le caractère volontaire va, en réalité, à l'encontre de l'objet de la présomption de caractère volontaire. Donc, l'imposition à l'accusé de la charge de persuasion consistant à prouver le caractère involontaire selon la prépondérance des probabilités est justifiée au sens de l'article premier. Il n'y a donc aucune violation de la constitution ».
54. Stone, *supra*, note 38, par. 195. Afin de décider de la forme d'automatisme qui devrait être soumise à l'appréciation du juge des faits revient à déterminer si l'état allégué par l'accusé correspond à des troubles mentaux.
55. Stone, *supra*, note 38, par. 221.

la défense d'automatisme avec troubles mentaux ou de la défense de troubles mentaux, les critères applicables en matière d'incapacité se retrouvent à l'article 16 du *Code criminel*.

C. La défense de troubles mentaux en vertu de l'article 16 du Code criminel

1. La définition de « troubles mentaux »

L'article 2 du *Code criminel* définit avec simplicité la notion de « troubles mentaux » en indiquant que celle-ci désigne « toute maladie mentale ». Cette définition, élémentaire et vaste à la fois, requiert certains éclaircissements. D'abord, une distinction s'impose entre les définitions médicales et juridiques du concept de « troubles mentaux ». Au sens médical, l'Association américaine de psychiatrie décrit la notion de trouble mental de la manière suivante :

> Dans le DSM-IV, chaque trouble mental est conçu comme un modèle ou un syndrome comportemental ou psychologique cliniquement significatif, survenant chez un individu et associé à une détresse concomitante (p. ex. symptôme de souffrance) ou à un handicap (p. ex., altération d'un ou plusieurs domaines de fonctionnement) ou à un risque significativement élevé de décès, de souffrance, de handicap ou de perte importante de liberté. De plus, ce modèle ou syndrome ne doit pas être simplement la réponse attendue et culturellement admise à un événement particulier, par exemple le décès d'un être cher. Quelle qu'en soit la cause originelle, il doit être considéré comme la manifestation d'un dysfonctionnement comportemental psychologique ou biologique de l'individu.[56]

Cette conception médicale relève davantage de l'énumération de facteurs diagnostiques que d'une définition rigide de la notion de troubles mentaux. Elle permet ainsi, au gré des avancements scientifiques, d'intégrer ou d'exclure du DSM-IV-TR certains états psychopathologiques[57].

En ce qui concerne, par ailleurs, la définition juridique des troubles mentaux, celle-ci, conformément à l'arrêt *Cooper* c. *R.*[58], comprend notamment :

---

56. DSM-IV-TR, *supra*, note 2, p. XXXV.
57. Parent, *supra*, note 32, p. 305.
58. *Cooper* c. *R.*, [1980] 1 R.C.S. 1149 [Cooper].

> toute maladie, tout trouble ou tout état anormal qui affecte la raison humaine et son fonctionnement à l'exclusion, toutefois, des états volontairement provoqués par l'alcool ou les stupéfiants, et des états mentaux transitoires comme l'hystérie ou la commotion.[59]

La Cour, par cette définition, exclut un certain nombre d'affections de l'application de ce moyen de défense. Le droit restreint ainsi considérablement les exceptions à la responsabilité criminelle lorsqu'un individu est atteint de troubles mentaux. Bien que l'apport des connaissances médicales soit indispensable à l'explication de l'état mental de l'inculpé, la définition d'un « trouble mental » demeure une question juridique et non médicale.

2. *L'incapacité requise aux termes de l'article 16 du Code criminel*

Pour être exonératoires, les troubles mentaux doivent rendre l'individu incapable de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission, ou de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais. La première incapacité « se rapporte directement au caractère physique de l'infraction ainsi qu'aux conséquences matérielles qui en découlent, la seconde s'intéresse davantage au discernement moral et intellectuel de l'accusé »[60].

a) L'incapacité de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission

La décision de principe quant à l'interprétation de ce premier critère d'incapacité est l'arrêt *Kjeldsen* c. *La Reine*[61]. L'objet principal de ce jugement fut l'examen de la définition du verbe « juger » contenu à l'article 16(1) C.cr. Reprenant les propos du juge Dickson dans l'arrêt *Cooper* c. *R.*, la majorité déclara que :

> Le vrai test est nécessairement cette question : L'accusé, au moment de l'infraction – non avant ni après, mais au moment de l'infraction – à cause d'une affection mentale, était-il incapable d'apprécier tout à fait, non seulement la nature de l'acte, mais les conséquences naturelles qui en découleraient ? En d'autres termes, l'accusé, à cause d'une affection mentale, était-il privé de la faculté de prévoir et de mesurer les conséquences de l'acte ?[62]

59. *Ibid.,* p. 1159 et 1160.
60. Parent, *supra*, note 32, p. 321-322.
61. *Kjeldsen* c. *La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 617 [Kjeldsen].
62. Kjeldsen, *supra*, note 61, par. 8 ; Cooper, *supra*, note 58, p. 1162.

La Cour établit ainsi que l'action de juger ne se limite pas à la simple connaissance de la nature et de la qualité de l'acte ou l'omission, mais s'étend également à la capacité de comprendre et d'analyser les conséquences de l'acte ou de l'omission[63].

Dans cette affaire, la Cour suprême rejeta le pourvoi en appel en concluant que la défense de troubles mentaux ne pouvait s'appliquer en l'espèce puisque l'individu, malgré sa psychopathie, était en mesure de comprendre les conséquences de ses gestes. Cette maladie mentale l'empêchait uniquement d'entrevoir les conséquences émotives de son geste, ce qui n'affectait pas sa capacité de juger[64]. Bien que la psychopathie soit reconnue comme une maladie mentale au sens juridique, celle-ci ne permettait pas, selon la Cour, de rendre l'individu incapable de juger de la nature et de la qualité de son acte.

L'examen vise ainsi à évaluer la capacité cognitive du prévenu en lien direct avec les composantes de l'élément matériel de l'infraction. Cela permet d'exclure du domaine de la responsabilité criminelle, « les individus qui en raison de leur condition mentale ne sont pas capables de former l'intention relativement aux conséquences de leur acte »[65]. L'utilisation du verbe « juger » exige donc un élément supplémentaire à la simple connaissance des caractéristiques physiques d'une action ; l'inculpé doit être en mesure de discerner également « les conséquences matérielles, l'impact et les résultats de son action physique »[66].

b) L'incapacité de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais

Au cours des années, ce critère d'incapacité a fait l'objet de diverses critiques et a mené à une décision renversant un précédent de la Cour suprême du Canada. En effet, dans une décision majoritaire rédigée sous la plume du juge Lamer[67], la Cour s'écarta du principe antérieurement établi dans l'arrêt *Schwartz* c. *R*.[68] concernant le sens à donner au terme « mauvais ». Cet arrêt édictait le principe selon lequel un individu devenait incapable de

63. Kjeldsen, *supra*, note 61, par. 8.
64. Kjeldsen, *supra*, note 61, par. 12.
65. Parent, *supra*, note 32, p. 323.
66. Gisèle Côté-Harper, Pierre Rainville et Jean Turgeon, *Traité de droit pénal canadien*, 4e éd., Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 1998, p. 902. Voir aussi Cooper, *supra*, note 58, p. 1161.
67. Chaulk, *supra*, note 29.
68. *Schwartz* c. *R*., [1977] 1 R.C.S. 673.

savoir que son acte était mauvais lorsqu'il n'était pas en mesure de savoir que son acte était illégal, c'est-à-dire qu'il constituait une infraction criminelle.

L'arrêt *Chaulk* établit désormais que le mot « mauvais » ne doit pas s'interpréter de manière restrictive, mais plutôt comme signifiant « moralement répréhensible ». Une personne peut avoir la capacité de savoir que son acte est contraire à la loi, tout en étant incapable, en raison de ses troubles mentaux, de savoir que celui-ci est un acte qu'il ne devait pas accomplir dans les circonstances. L'évaluation de la connaissance doit donc être faite selon les normes morales de la société et non en vertu de la légalité de l'acte.

Le juge Lamer justifie ce renversement en expliquant que « les juges formant la majorité n'ont pas tenu compte de la manière dont l'aliénation mentale rend nos principes ordinaires de la responsabilité pénale inapplicables à un individu et aux objectifs particuliers de l'art. 16 du Code »[69]. En effet :

> [...] la défense d'aliénation mentale [de troubles mentaux] a pour fondement la conviction que les aliénés devraient être soustraits à l'application des règles habituelles de la responsabilité pénale et, par le fait même, aux peines et à la stigmatisation qu'elles comportent. Cette conviction découle du principe que c'est parce que l'individu sait distinguer le bien du mal qu'on lui impute la responsabilité pénale.[70]

Quelques années plus tard, la Cour suprême fut appelée à clarifier, une fois de plus, le second critère prévu à l'article 16(1) C.cr.[71]. S'appuyant sur la décision rendue dans l'arrêt *Chaulk*[72], la Cour réitéra, dans l'arrêt *R.* c. *Oommen*, le principe selon lequel le tribunal doit s'attarder à « la capacité de l'accusé de savoir que l'acte accompli était mauvais, et non simplement sur la capacité générale de distinguer le bien du mal »[73]. En somme, l'accusé doit non seulement avoir la capacité intellectuelle de distinguer le bien du mal au sens abstrait, mais également la capacité d'appliquer rationnellement cette connaissance à l'infraction reprochée. Une personne pourrait donc être en mesure de distinguer le bien du

69. Chaulk, *supra*, note 29, p. 1361.
70. Chaulk, *supra*, note 29, p. 1363.
71. *R.* c. *Oommen*, [1994] 2 R.C.S. 507 [Oommen].
72. Chaulk, *supra*, note 29.
73. Oommen, *supra*, note 71, p. 522.

mal, tout en croyant, en raison de troubles mentaux, qu'il est justifié ou indispensable de commettre une telle infraction. C'est donc sa capacité de juger de façon rationnelle et donc de faire un choix rationnel dans les circonstances qui compte et non sa connaissance du bien et du mal au sens abstrait[74].

D. Conclusion

À la lumière de ces énoncés, il est possible d'entrevoir une problématique au niveau de l'application des moyens de défense en droit pénal canadien aux troubles du contrôle des impulsions. En effet, ces troubles mentaux (s'ils peuvent être qualifiés ainsi au sens juridique) engendrent une perte de contrôle au sens physique. D'emblée, la défense d'automatisme semble le procédé exonératoire approprié. Par ailleurs, dès l'instant où cet état d'automatisme découle d'un trouble mental (cela étant déterminé au stade du fardeau de présentation), seule la défense d'automatisme avec troubles mentaux peut être soumise à l'appréciation du juge des faits. Comme les critères d'incapacité qui surplombent la défense d'aliénation mentale ne cadrent pas bien avec une perte de contrôle engendrée par une maladie mentale, est-il possible d'envisager l'application de la défense de troubles mentaux (automatisme avec troubles mentaux) aux troubles du contrôle des impulsions ? Est-il plus facile, au contraire, d'inclure, en droit pénal canadien, un procédé exonératoire supplémentaire afin de répondre aux principes de la responsabilité criminelle en matière de troubles du contrôle des impulsions ? Ce sont ces questions, et quelques-unes de leurs principales difficultés, qu'il faut maintenant aborder dans le cadre de cette rubrique consacrée à l'application des principes fondamentaux de la responsabilité criminelle aux troubles du contrôle des impulsions en droit pénal canadien.

IV. L'application des principes fondamentaux de la responsabilité criminelle aux troubles du contrôle des impulsions

Ces difficultés étant comprises, est-il réellement nécessaire d'inclure un procédé exonératoire supplémentaire au droit pénal actuel ? L'interprétation des critères d'incapacité de la défense de

74. Oommen, *supra*, note 71, p. 521. Dans l'arrêt *Oommen*, l'accusé avait la capacité de distinguer le bien du mal, mais au moment de l'infraction, ses idées délirantes l'ont privé de cette capacité et l'ont persuadé que le meurtre était nécessaire et justifié dans les circonstances.

troubles mentaux en droit canadien peut-elle s'avérer suffisante afin d'exonérer les personnes souffrant de troubles du contrôle des impulsions ? Nous croyons que oui, par contre nous verrons que cette position ne fait pas l'unanimité auprès de la communauté juridique[75]. Afin de démontrer notre point de vue, nous reviendrons sur les critères d'application des moyens de défense étudiés antérieurement en droit pénal canadien. Ensuite, nous discuterons des difficultés entourant la mise en œuvre de ces moyens exonératoires, pour finalement, analyser leurs applications aux troubles du contrôle des impulsions sélectionnés.

A. Les moyens de défense en droit pénal canadien en matière de troubles mentaux

1. L'automatisme

Tel que vu précédemment, deux éléments doivent être considérés afin de déterminer si l'automatisme peut être un moyen de défense applicable aux troubles du contrôle des impulsions. D'abord, il importe d'établir si ces troubles peuvent engendrer un état d'automatisme, et ensuite déterminer si ceux-ci répondent à la définition juridique de troubles mentaux. Nous pourrons ainsi conclure si une défense d'automatisme avec ou sans troubles mentaux doit être appliquée aux troubles du contrôle des impulsions.

a) L'état d'automatisme

En droit, l'automatisme se caractérise par la présence d'un état mental empêchant l'accusé d'agir volontairement. Son action peut être qualifiée d'involontaire au point de vue physique lorsque l'acte matériel (*actus reus*) n'est pas accompli sous le contrôle conscient et physique de son auteur[76]. À ce propos, la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Hotte* c. *R.*[77], traite du degré de perte de contrôle nécessaire afin de qualifier un état d'automatisme. Dans cette affaire, la Cour confirma la condamnation de l'appelant pour

75. Stephen J. Hucker, Chris D. Webster et Mark H. Ben-Aron, *Mental disorder and criminal responsibility*, Toronto, Butterworths, 1981, p. 20 : « Although irresistible impulse resulting from disease of the mind is not per se a defence, medical evidence may show that the irresistible impulse caused by disease of the mind rendered the accused at the crucial time, incapable of appreciating the nature and quality of the act or of knowing that it is wrong » [Hucker].
76. Perka, *supra*, note 35, p. 249.
77. *Hotte* c. *R.*, 2005 QCCA 625 [Hotte].

le meurtre de son ex-conjointe et pour trois tentatives de meurtre. Au volant de son automobile, l'appelant tira plusieurs coups de feu en direction du véhicule de la victime, l'atteignant mortellement et blessant les trois autres occupants. L'appelant souffrait d'une dépression d'intensité modérée au moment des événements, dépression qui avait, aux dires de la défense, provoqué la perte de contrôle de ses actes. La majorité, sous la plume du juge Doyon, rejeta la prétention selon laquelle des directives concernant la défense d'automatisme avec troubles mentaux auraient dû être soumises au jury. Le juge conclut que l'appelant ne s'était pas déchargé de son fardeau de présentation quant à la présence d'un état d'automatisme au moment des infractions :

> J'estime qu'en l'espèce le témoignage de l'appelant de même que celui du psychiatre Morissette ne permettent aucunement de croire qu'il y ait eu automatisme, au sens de la jurisprudence, pendant la poursuite automobile et l'homicide de même que lors des tentatives de meurtre.
>
> Il m'apparaît nécessaire, pour démontrer cette absence de preuve, de reprendre certains passages du témoignage du Dr Morissette.
>
> Ainsi, il déclare que l'appelant n'était aucunement dans un état psychotique, c'est-à-dire en perte de contact avec la réalité. Au contraire, bien que la maladie dépressive d'intensité modérée ait pu altérer son jugement et sa capacité d'évaluer une situation, l'appelant savait qu'il conduisait, qu'il avait une arme dans la main, et qu'en tirant avec celle-ci il pouvait causer la mort. En fait, si la capacité d'évaluer une situation était affectée et diminuée, elle existait néanmoins.
>
> Ce qu'explique l'expert psychiatre c'est que, vivant un épisode de rejet, la maladie dépressive de l'appelant est venue interférer avec sa capacité « d'utiliser ses freins comportementaux usuels ». Il a alors fait preuve d'impulsivité.
>
> Le psychiatre ajoute qu'au moment des événements l'appelant était conscient, éveillé, en état de vigilance.
>
> Il affirme qu'au moment du drame, « il y avait une charge agressive importante » et l'appelant vivait des « émotions très agressives » envers Mme Gingras. Colère et rage étaient au rendez-vous. En fait, selon l'expert, la victime était, aux yeux de l'appelant, la source de ses malheurs.

> Si la maladie dépressive a pu altérer les freins comportementaux et les inhibitions de l'appelant, le psychiatre précise que :
>
> > L'intensité de la maladie dépressive de M. Hotte ne vient pas enlever totalement le contrôle qu'il a, l'enlève partiellement [...] (je souligne)
>
> Comme le rappelle l'auteur Hugues Parent dans *Traité de droit criminel*, Tome 1, L'acte volontaire et les moyens de défense, Éd. Thémis, 2003, à la page 200, la défense d'automatisme se conçoit mal lorsque le seuil de tolérance aux conflits n'est que diminué :
>
> > [...] S'il est vrai qu'il faut laisser de côté les affections qui n'ont eu pour effet que de diminuer le seuil de tolérance de l'individu face aux situations conflictuelles, on doit, par contre, accepter les troubles qui ont entraîné chez l'accusé une véritable incapacité de contrôler sa conduite. (je souligne). (voir également *R.* c. *Bergamin*, (1997) 3 C.R. (5th) 140, C.A. Alberta)
>
> Dans ces circonstances, l'on peut difficilement conclure qu'il y a une preuve de comportement automatique. À mon avis, ce témoignage est plutôt compatible avec une perte de contrôle, qui, vu la maladie, sans toutefois constituer un automatisme, aurait peut-être pu diminuer la responsabilité criminelle, tel que l'a plaidé l'appelant tant en première instance que devant nous. C'est la théorie que le premier juge a exposée aux jurés ; toutefois elle n'a pas suscité un doute raisonnable dans leur esprit.[78]

Puisque les troubles du contrôle des impulsions affectent la capacité de contrôle de l'individu, ceux-ci affectent nécessairement sa capacité d'agir volontairement au sens physique du terme. En effet, les troubles du contrôle des impulsions n'altèrent pas simplement les « freins comportementaux usuels » du sujet, mais dérobent ce dernier de tout contrôle sur son acte. Pris désormais sous l'emprise d'une impulsion qualifiée, par l'Association américaine en psychiatrie, d'irrésistible, le sujet n'est plus en mesure d'agir volontairement. Considérant que « c'est le caractère involontaire du geste qui caractérise l'automatisme »[79], les troubles du contrôle des impulsions peuvent donc être catégorisés sous l'étiquette d'état d'automatisme. Reste alors à déterminer « si les troubles ont entraîné chez l'accusé une véritable incapacité de contrôler sa conduite »[80].

---

78. Hotte, *supra*, note 77, p. 156-163.
79. Stone, *supra*, note 38, par. 156.
80. Hotte, *supra*, note 77, par. 153.

b) La définition de troubles mentaux

Il convient maintenant d'aborder la question de la qualification juridique des troubles du contrôle des impulsions en droit pénal canadien. Rappelons en premier lieu que la définition de « troubles mentaux » utilisée dans le cadre de l'analyse de l'automatisme s'applique également aux critères de la défense de troubles mentaux prévue à l'article 16 du *Code criminel*.

Malgré la définition restrictive des troubles mentaux mise de l'avant par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Cooper* c. *R.*[81], celle-ci demeure tout de même vaste. En effet, la maladie mentale, selon le juge Dickson, doit affecter la raison humaine ou son fonctionnement[82]. La définition de la « raison humaine » s'avère donc nécessaire afin d'identifier les troubles mentaux pouvant être qualifiés comme tels au sens juridique. Or, la raison se définit comme étant la « faculté propre à l'homme par laquelle il peut penser »[83]. Le professeur Hugues Parent s'exprime comme suit à ce sujet :

> En reliant la définition juridique de la maladie mentale à la raison et à son fonctionnement, le juge Dickson propose une approche dynamique de la maladie mentale qui tient compte de sa nature et de sa transcendance par rapport à l'univers juridique dans lequel elle prend place. Cette approche, il ne fait aucun doute, repose sur la présence des deux éléments suivants. Tout d'abord, une pathologie, un trouble quelconque. Pour mettre en branle les mécanismes à la base de l'aliénation mentale, le déséquilibre de l'esprit doit provenir d'une affectation physique, psychique ou comportementale susceptible de perturber la raison et son fonctionnement. [...] Résultat : tout désordre ou dérangement de la raison de nature pathologique répond à la première condition de l'article 16 C.cr.[84]

Par conséquent, pour entrer dans la définition juridique de « troubles mentaux », le sujet doit être atteint d'une maladie, d'un trouble ou d'un état anormal affectant ses capacités intellectuelles ou leur fonctionnement.

Quant aux troubles du contrôle des impulsions, ils sont définis par l'Association américaine de psychiatrie comme étant des

---

81. Cooper, *supra*, note 58.
82. Cooper, *supra*, note 58, p. 1159 et 1160.
83. *Le petit Larousse illustré*, 2007, *s.v.* « raison ».
84. Parent, *supra*, note 27, p. 102-103.

maladies mentales affectant la volonté du sujet[85]. L'auteur David Perk décrit comme suit ces impulsions irrésistibles : « [...] when a person's reason is temporarily overwhelmed by an impulse which he cannot control or resist »[86]. Par conséquent, un individu souffrant de troubles mentaux qui engendrent une incapacité à résister à une impulsion peut à juste titre être considéré comme une personne souffrant d'un trouble affectant sa raison. Les troubles du contrôle des impulsions peuvent donc être qualifiés de troubles mentaux au sens médical et juridique du terme, permettant ainsi l'application des moyens de défense de troubles mentaux et d'automatisme avec troubles mentaux.

2. *Les critères d'incapacité prévus à l'article 16 du Code criminel*

L'article 16 du *Code criminel* établit les critères d'incapacité en matière de troubles mentaux. Ainsi, pour qu'un individu soit déclaré non criminellement responsable, le sujet doit non seulement être atteint d'un trouble mental, en l'occurrence un trouble du contrôle des impulsions, mais également être incapable de juger de la nature et de la qualité de son acte ou omission, ou de savoir que son acte ou omission était mauvais.

> Medical evidence may show that a person under the domination of an irresistible impulse caused by disease of the mind was not able to apply his mind to what he was doing and to measure and foresee the consequences of the act or to know that it is wrong. The accused may be temporarily deprived of the use of his understanding by the irresistible impulse to the extent that he is incapable of appreciating the nature and quality of the act or of knowing that it is wrong.[87]

La défense de troubles mentaux pourrait donc s'appliquer aux troubles du contrôle des impulsions uniquement dans les cas où l'impulsion irrésistible rend l'individu incapable de juger de façon rationnelle et donc de faire un choix rationnel quant au caractère bon ou mauvais de son acte[88].

---

85. DSM-IV-TR, *supra*, note 2, p. 765.
86. David Perk, « A psychatrist's view of the "irresistible impulse" », (1960) 77 *S. African L.J.* 181, p. 177 [Perk].
87. Hucker, *supra*, note 75, p. 21.
88. Hy Bloom and Richard D. Schneider, *Mental disorder and the law: A primer for legal and mental health professionals*, Toronto, Irwin law, 2006, p. 150 : « In extreme case, it may be that the impulse to perform an act is so overwhelming that it completely overrides or obliterates conscious thought processes and, in this

> The theory of this test is that a person acts under an insane, irresistible impulse when, from disease of the mind, he is incapable of restraining himself, though he may know that he is doing wrong. He may know at the time the deed was done the nature and the quality of the act he was doing, and that he was doing wrong, but, by reason of the duress of a mental disease, he may have lost the power to choose between the right and the wrong and to avoid doing the act – his free agency being at the time destroyed.[89]

Par contre, l'opinion des auteurs demeure disparate quant à l'impact des troubles du contrôle des impulsions sur la capacité criminelle d'un individu. Alors que certains auteurs envisagent ces troubles comme anéantissant la capacité de contrôle seulement, sans affecter la capacité d'agir volontairement au sens moral ou normatif du terme, d'autres considèrent plutôt qu'on ne peut dissocier ainsi ces deux aspects de l'imputabilité.

> While Canadian courts have carefully avoided recognizing defences squarely framed as irresistible impulse, in reality, the defence may win or lose depending upon its "delivery." That is, while the evidence of mental disorder may not be accepted to found a formal defence of irresistible impulse, the same medical evidence of a psychiatric condition rendering the accused susceptible to an impulse disorder may found a defence of not criminally responsible on account of mental disorder.[90]

La principale critique observée quant aux troubles du contrôle des impulsions est que l'incapacité engendrée par ces troubles mentaux ne cadre pas bien avec les critères d'incapacité cognitive de la défense de troubles mentaux.

> [...] a person's mind may be so deranged temporarily that he is unable to resist committing a crime by reason of some irresistible impulse which deprives him of all control over his actions. The striking feature of this form of insanity is that a person may irresistibly commit a crime although he knows what he is doing and knows that it is wrong. It is obvious, therefore, that the defence of insane impulse is excluded from the Mc'Naugton formula.[91]

---

way, irresistible impulse would become subsumed as a traditional defence of NCR in that there would be no ability to appreciate the nature and consequences of the act » [Bloom].

89. James B. Smith, « Does proof of an irresistible impulse establish the defense of insanity ? », (1944-1945) 31 *Va. L. Rev*. 865, 868 [Smith].
90. Bloom, *supra*, note 88, p. 149.
91. William C. J. Meredith, *Insanity as a criminal defence*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1931, p. 60.

Formulés avant l'arrêt *Oommen*[92], ces commentaires nous apparaissent désormais désuets. Limiter ainsi l'application de la défense de troubles mentaux engendre une incompréhension dans l'application des principes fondamentaux de la responsabilité criminelle aux troubles du contrôle des impulsions. Cela empêcherait l'application de la défense de troubles mentaux (automatisme avec troubles mentaux) à des personnes qui, en raison d'un trouble mental, ne sont pas en mesure de contrôler leurs actions[93]. Cette situation génèrerait une dichotomie entre les principes de responsabilité criminelle et les moyens exonératoires existants en droit pénal canadien. Les troubles du contrôle des impulsions se trouveraient ainsi à mi-chemin entre la défense de troubles mentaux et l'automatisme ; des troubles mentaux empêchant la maîtrise de son corps.

Selon nous, l'arrêt *R.* c. *Oommen*[94] permet dorénavant d'intégrer l'analyse des troubles du contrôle des impulsions dans le cadre analytique de l'article 16 C.cr. En effet, la Cour suprême souligna, dans cet arrêt, que l'incapacité de juger de façon rationnelle et donc de faire un choix rationnel quant au caractère bon ou mauvais de l'acte ou l'omission pouvait émaner d'un éventail de troubles mentaux. D'ailleurs, la juge McLachlin, tout en reconnaissant la limitation du libellé du paragraphe 16(1) C.cr. quant à l'application du test cognitif, spécifie qu'il « [...] faut reconnaître que l'impulsion peut faire partie de la confusion mentale qui empêche une personne d'apprécier rationnellement le caractère mauvais de son acte »[95]. Les troubles du contrôle des impulsions ne sont donc plus systématiquement exclus des sphères de la défense de troubles mentaux. Reprenant les propos du juge Dixon de la Haute Cour d'Australie, le tribunal poursuit son analyse en indiquant que « si, en raison de son état mental [l'accusé] ne pouvait raisonner sur la question avec un certain degré de bon sens et de calme, on peut dire qu'il ne pouvait savoir que ce qu'il faisait était mauvais »[96]. D'après les auteurs Tollefson et Starkman dans l'ouvrage « *Mental Disorder in Criminal Proceedings* »[97] :

---

92. Oommen, *supra*, note 71.
93. Smith, *supra*, note 89, p. 880 : « To punish him is to punish him for being insane, because in fact, he lacks the element essential to crime, namely, the retractable intent ».
94. Oommen, *supra*, note 71.
95. Oommen, *supra*, note 71, p. 526.
96. Oommen, *supra*, note 71, p. 524. Voir aussi *R.* c. *Porter*, (1933) 55 C.L.R. 182 (H.C. Austr.), p. 189 et 190.
97. Edwin A. Tollefson et Bernard Starkman, *Mental disorder in criminal proceedings*, Toronto, Carswell, 1993 [Tollefson].

> [TRADUCTION] L'article 16 du *Code criminel* du Canada recourt à un « test cognitif » et ne prévoit pas d'exonération de responsabilité criminelle pour une personne qui soutient que des troubles mentaux l'ont rendue incapable de contrôler sa volonté. Cependant, on a reconnu que l'on peut présenter une preuve d'impulsion irrésistible comme symptôme d'une maladie mentale dont le jury tiendra compte pour déterminer si l'accusé souffrait de troubles mentaux qui le rendaient incapable d'exercer ses fonctions « cognitives » de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission, ou de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais.[98]

Ces propos doivent cependant être lus à la lumière des récents développements en matière de troubles mentaux. Ce moyen de défense ne prend plus uniquement en considération les capacités cognitives de l'accusé ; ses aptitudes intellectuelles devant également pouvoir s'appliquer de façon rationnelle. En incorporant cette notion de choix véritable, la Cour revient au fondement de la responsabilité criminelle, qu'est le libre arbitre. En somme, la Cour rappelle qu'un accusé devient pénalement responsable de ses actes lorsqu'il détient les aptitudes intellectuelles pour exercer son libre arbitre, c'est-à-dire faire un choix véritable. Les troubles du contrôle des impulsions nécessitent par conséquent une attention au même titre que les autres maladies mentales. Les tribunaux devront évaluer quel impact ces troubles ont sur les caractéristiques essentielles du libre arbitre.

La juge McLachlin renchérit son analyse en confirmant que les troubles reliés à une impulsion irrésistible peuvent affecter non seulement l'acte volontaire au sens physique (le contrôle de ses actions), mais également sa capacité de faire un choix rationnel. Ce faisant, elle atteste une interprétation plus large du critère d'incapacité, permettant ainsi l'inclusion des troubles affectant la volition[99].

De plus, cette vision quant à l'exonération des troubles du contrôle des impulsions concorde également avec les principes de la responsabilité criminelle promus par le Canada en droit pénal international. En effet, le 7 juillet 2000, le Canada devenait état

---

98. Oommen, *supra*, note 71, p. 527. Voir aussi Tollefson, *supra*, note 97, p. 40 et 41 ; *R.* v. *Borg*, [1969] S.C.R. 551, 570 et 571 ; *R.* c. *Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, 38 et 39.
99. Hucker, *supra*, note 75, p. 20 : « Although irresistible impulse resulting from disease of the mind is not per se a defence, medical evidence may show that the irresistible impulse caused by disease of the mind rendered the accused at the crucial time, incapable of appreciating the nature and quality of the act or of knowing that it is wrong ».

partie au *Statut de Rome*, lequel reconnaît expressément l'exonération d'un accusé atteint de trouble mental le rendant incapable de « maîtriser [son comportement] pour le conformer aux exigences de la loi »[100]. Il serait effectivement difficile de défendre une vision différente, le droit pénal canadien ne reconnaissant pas l'exonération aux individus incapables de contrôler leurs actes, mais consacrant ce principe en ratifiant le *Statut de Rome*.

3. La preuve du caractère irrésistible

Ayant souligné le caractère involontaire de l'acte accompli sous l'emprise d'un trouble du contrôle des impulsions, il convient de s'interroger sur l'évaluation du caractère irrésistible de l'impulsion alléguée. Il s'agit d'ailleurs d'un élément ayant fait l'objet de nombreuses critiques. Le fait qu'un individu puisse à certains moments s'empêcher de commettre l'infraction découlant de sa maladie mentale laisse des sceptiques sur le degré de contrôle existant chez ces personnes :

> The language of "control" suggests that an individual with sufficient powers temporarily to control or forestall impulses is legally sane even though completely dominated by these impulses. If the capacity for temporary control exists, the jury may reason that the impulse was not actually irresistible.[101]

Certes, ce contrôle sporadique peut avoir un impact sur l'appréciation de la preuve nécessaire afin de démontrer le caractère irrésistible de l'acte en question, mais ne peut établir indéniablement que le geste était résistible. L'évaluation de l'incapacité doit se faire au moment de la commission de l'infraction et le contexte ne peut qu'aider à l'élaboration de la preuve. À l'instar de l'auteur David Perk, nous considérons qu'afin d'évaluer le caractère irrésistible d'un acte, nous devons être en mesure d'apprécier qu'à une certaine période cette impulsion a effectivement été résistée. « There may be an impulsive response to a provoking

---

100. *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, Doc. N.U.A/CONF.183/9 (17 juillet 1998) à l'article 31(1)(a) [entré en vigueur : 1er juillet 2002] : « Outre les autres motifs d'exonération de la responsabilité pénale prévus par le présent Statut, une personne n'est pas responsable pénalement si, au moment du comportement en cause : Elle souffrait d'une maladie ou d'une déficience mentale qui la privait de la faculté de comprendre le caractère délictueux ou la nature de son comportement, ou de maîtriser celui-ci pour le conformer aux exigences de la loi ; [...] ».
101. Rudolph J. Gerber, *The insanity defense*, Washington, Associated faculty press, 1984, p. 38, 39 [Gerber].

situation or circumstance, but it can hardly be described as irresistible, when there has not been an appreciable, preceding period of resistance to the impulse »[102]. Il s'avère par conséquent important de comprendre pourquoi, à ce moment précis, l'individu a commis l'infraction.

La question demeure : comment peut-on évaluer ce critère d'irrésistibilité ? Quels sont les éléments ayant rendu cette action irrésistible à l'opposé de toutes les autres ayant été résistées ? Cette évaluation est d'autant plus importante que les individus souffrant de ces troubles paraissent généralement normaux et en contrôle de leurs capacités intellectuelles[103]. Malgré cela, il faut garder à l'esprit que les personnes concernées sont atteintes d'une maladie mentale. À cet effet, le professeur Hall nous rappelle qu'un trouble mental affecte un individu tant dans ses aptitudes cognitives que ses capacités de contrôle :

> [...] it avows the integrative view that mental disease affects both cognition and volition : insanity does not only, or primarily affect the cognitive or intellectual faculties, but affects the whole personality of the patient, including both will and the emotions.[104]

Bien qu'il soit possible d'envisager une application de la défense de troubles mentaux aux troubles du contrôle des impulsions, les tribunaux devront, pour permettre cette application, adopter une attitude très ouverte face à l'expertise psychiatrique qui offrira une preuve indispensable quant à l'évaluation du caractère involontaire de l'acte en question. Par ailleurs, tel que spécifié par le juge Bastarache dans l'arrêt *Stone*, la portée de l'évaluation psychiatrique variera selon les circonstances de l'affaire :

> [...] au moment de déterminer si l'on s'est acquitté de la charge de [persuasion] applicable à l'automatisme, le juge [des faits] doit prendre soin de reconnaître que l'importance à accorder à une

---

102. Perk, *supra*, note 86, p. 181.
103. Perk, *supra*, note 86, p. 177 : « The "irresistible impulse" has gone with the crime and the court sees before it a man who is apparently normal and possessed of reason ». Voir aussi Smith, *supra*, note 167, p. 882 : « Most of those suffering from what is often loosely called monomania, an irresistible impulse, are otherwise highly intelligent. They are often educated and otherwise well mannered. Laymen, ignorant of mental diseases and their consequence are offended by the offense – outraged because they observe a person who seems to be fully responsible mentally ».
104. Jerome Hall, *General principles of criminal law*, 2e éd., Indianapolis, The Bobbs-Merrils, 1960, p. 496-497.

> preuve d'expert peut varier d'une affaire à l'autre. Il faut attribuer plus d'importance au témoignage d'expert qui établit l'existence d'antécédents documentés d'états de dissociation apparentés à l'automatisme qu'à celui qui ne fait que confirmer la plausibilité de l'automatisme allégué. Dans le premier cas, l'expert donne en fait une opinion médicale au sujet de l'accusé. Dans le dernier cas, il se prononce seulement sur les circonstances entourant l'allégation d'automatisme, qui lui ont été relatées par l'accusé. Le juge du procès doit se rappeler que ce dernier type d'opinion d'expert dépend entièrement de l'exactitude et de la véracité des faits relatés à l'expert par l'accusé.[105]

Par conséquent, d'autres facteurs devront être pris en considération afin de soutenir l'allégation du caractère involontaire d'un acte. La nature de l'élément déclencheur constitue un facteur pertinent à cette évaluation. Cet élément s'avère d'autant plus pertinent en ce qui concerne les troubles du contrôle des impulsions puisqu'il permettra d'expliquer le caractère irrésistible de l'impulsion au moment de la commission du crime. En effet, puisque cette preuve d'irrésistibilité ne peut être évaluée qu'en lien avec les autres moments où l'impulsion a été résistée, l'élément déclencheur renchérira la position du caractère irrésistible de l'acte reproché[106].

Assurément, l'existence de preuve tendant à confirmer les prétentions du contrevenant sera également un facteur important. À titre indicatif, les antécédents familiaux et personnels, l'absence de mobile ou la présence d'un mobile irrationnel ainsi que la présence d'un observateur indépendant pouvant témoigner de l'état psychologique de l'accusé lors de la commission de l'infraction seront aussi des facteurs pouvant corroborer la preuve présentée[107]. De surcroît, « il est évident que la présence d'antécédents médicaux documentés s'apparentant à l'état allégué accentue considérablement la possibilité de l'existence d'une telle condition chez l'accusé au moment du crime »[108]. Il s'agit de divers éléments pouvant être utilisés afin d'encadrer l'évaluation du caractère irrésistible de l'acte, et ainsi pallier aux difficultés d'application de ce concept. Voyons à présent comment ces principes et facteurs sont appliqués aux troubles du contrôle des impulsions sélectionnés en droit pénal canadien.

---

105. Stone, *supra*, note 38, par. 186.
106. Stone, *supra*, note 38.
107. Parent, *supra*, note 27, p. 202-204.
108. Parent, *supra*, note 27, p. 202. Voir également Stone, *supra*, note 38, par. 189.

B. L'application jurisprudentielle des moyens de défense en droit pénal canadien aux troubles du contrôle des impulsions sélectionnés

Avant d'entreprendre l'analyse des troubles du contrôle des impulsions sélectionnés antérieurement, il importe de garder à l'esprit que chaque dossier est un cas d'espèce. Il s'agit d'une appréciation de la preuve présentée devant le juge des faits. Peut-on considérer chacun de ces troubles mentaux comme anéantissant la capacité criminelle ? Ce n'est certes pas une conclusion à laquelle nous devons nous raccrocher. La prévalence des troubles du contrôle des impulsions étant minime[109], les décisions dont nous disposons actuellement à ce sujet sont par conséquent très peu nombreuses. De plus, nous pouvons supposer qu'un certain nombre d'accusés atteints de ces troubles n'invoquent pas toujours leur maladie mentale à titre de défense[110]. Cette situation rend encore plus difficile l'analyse de l'impact de ces troubles sur l'imputabilité. Nous verrons par ailleurs qu'il existe des distinctions fondamentales quant au traitement accordé aux troubles du contrôle des impulsions devant les tribunaux canadiens.

1. La kleptomanie

La kleptomanie constitue un exemple approprié de l'application des critères d'incapacité de la défense de troubles mentaux. Tel que vu précédemment, un kleptomane ne prémédite pas son geste, il peut se rendre à un endroit et commettre un vol, sans en avoir eu l'intention préalable. Il est pris d'une impulsion à voler, laquelle ne peut être résistée[111]. Il peut s'agir de n'importe quel objet futile, sans importance pour cet individu. Son impulsion le conduit à commettre le vol[112]. En effet, « individuals with kleptomania differ from « ordinary » shoplifters in that they do not steal for personal gain, but rather for symptomatic relief »[113].

---

109. DSM-IV-TR, *supra*, note 2, p. 767, 771 et 773.
110. Rebekah Doley, « Pyromania : Fact or Fiction ? », (2003) 43 *British journal of criminology* 797, 804-805 [Doley].
111. DSM-IV-TR, *supra*, note 2, p. 770. La kleptomanie se définit essentiellement par « l'impossibilité répétée de résister à l'impulsion de voler des objets qui ne sont dérobés ni pour un usage personnel ni pour leur valeur commerciale (critère A) ».
112. Fullerton, *supra*, note 20, p. 337 : « An essential characteristic of kleptomania was that the choice of objects stolen made no rational sense ».
113. Jon E. Grant, « Understanding and treating kleptomania : New models and new treatments », (2006) 43 *The Israel Journal of psychiatry and related sciences* 81, 82.

D'emblée, cet exemple permet de tracer le constat suivant : selon les principes de la responsabilité criminelle, un kleptomane ne peut être responsable pénalement d'un vol commis à cause d'une impulsion irrésistible. Malgré cette conclusion, il demeure, en droit pénal canadien, une incompréhension entourant l'impact de la kleptomanie sur la capacité de contrôle. L'arrêt *R.* v. *Kemp*[114] illustre bien ce propos.

> After careful consideration of the psychiatrist's report, and in considering submissions made by Crown and defence counsel I am persuaded that the accused did suffering from a form of mental illness. This form of mental illness is directly related to elements constituting commission of the offence. In light of all the circumstances, (the significant credit balance in the trust account, the nature of the items stolen, the overall character of the accused), the thefts are best explained and principally consistent with the psychiatrist's assessment that the actions were a product of a character neurosis defined as kleptomania.
>
> Consequently I have concluded that the mental illness in question did affect the capacity of the accused to control his actions to a significant degree. Although mental illness did not completely preclude the capacity of the accused to control his actions, it did deny any suggestion of reprehensible criminal premeditation.[115]

À l'instar de cette décision, la Cour d'appel dans l'arrêt *R.* c. *Massicotte*[116] confirma une sentence imposée par le juge de première instance alors que ce dernier reconnaissait expressément que la maladie mentale avait eu une influence directe sur la commission du vol[117].

Par ailleurs, le tribunal dans *R.* v. *Elaschuk*[118], appliquant les principes établis dans l'arrêt *R.* c. *Oommen*[119], vient à la conclusion que le désordre mental de l'accusée (kleptomanie, troubles d'anxiété et dépression) l'a empêché de faire un choix rationnel quant à l'infraction de vol, et pour cela, celle-ci fut reconnue non criminellement responsable :

> Mrs. Elaschuk admitted that she knew that she had items in her purse and deliberately chose not to pay for them. She also conceded

114. *R.*. v. *Kemp*, [1978] Y.J. No. 19 (QL) [Kemp].
115. *Ibid*. p. 9-10.
116. *R.* c. *Massicotte*, [1994] J.Q. nº 1330 (QL) [Massicotte].
117. *Ibid.*, par. 26.
118. *R.* v. *Elaschuk*, [2000] A.J. No. 1080 (QL) [Elaschuk].
119. Oommen, *supra*, note 71.

> that she knew that it was legally wrong to steal them in this way. If the test was simply that she knew that the taking of the legal items was legally wrong she would fail in meeting the onus set out in section 16(1). This is not the test. The Supreme Court in *R*. v. *Chaulk*, *supra* said that the real test was whether in the circumstances of a particular case that the accused was rendered incapable because of her mental disorder from knowing the act was one that she ought not to have done. McLaughlin J. elaborated in R. v. Oommen, supra that the crux of the inquiry was whether the accused lacks the capacity to rationally decide whether the act is right or wrong or not and hence to make a rational choice. Did Mrs. Elaschuk make a rational choice in these circumstances ?
>
> At the time she was suffering from a variety of mental disorders. These disorders interfered with her ability to make a rational choice. She indicated that she was not certain that stealing in her circumstances was wrong. She explained that because of the stress she suffered due to her need to please others caused her to feel that she was not a worthwhile person. In that state, she reverted to stealing which validated her as a person. As Dr. King explained she was not able to make a rational choice because she was in a state of dissociation during the time of the offence.[120] [Nous soulignons]

Cette jurisprudence disparate nous laisse entrevoir des difficultés entourant l'application des critères de l'article 16 du *Code criminel* aux troubles du contrôle des impulsions. Il demeure que ces critères d'incapacités devraient pouvoir s'appliquer à la kleptomanie et l'avancement en psychiatrie devrait aider les tribunaux à comprendre l'impact réel de ce trouble sur la capacité criminelle d'un individu. Une conclusion inverse reviendrait à nier le principe fondamental voulant qu'un acte involontaire ne puisse être puni en droit pénal canadien.

2. La pyromanie

L'Association américaine de psychiatrie qualifie, de façon générale, les troubles du contrôle des impulsions d'irrésistibles, mais spécifie que la pyromanie est un acte réfléchi et délibéré. De prime abord, ces éléments semblent contradictoires, mais ne le sont pas en réalité. Un voleur qui planifie et prépare son infraction en prenant soin d'apporter les outils nécessaires et de vérifier l'environnement du lieu sélectionné possède tout de même la capacité, au moment de s'apprêter à commettre l'infraction, de

120. Elaschuk, *supra*, note 118, p. 42-43.

s'arrêter et de renoncer à son plan. Cette aptitude est importante, car elle caractérise la notion de libre arbitre. Le pyromane, au moment de la commission de l'infraction, n'aura pas la faculté de choisir de freiner son geste, une impulsion irrésistible l'obligera à l'accomplir :

> [...] the difficulties in determining the 'true' motive of firesetting highlighting the fact that any diagnosis of pyromania relies on the offender having the insight and ability to articulate why they set the fire. Further, they draw attention to the preponderance of mixed motives in cases of deliberate firesetting that may mask the impulsivity that is so essential a part of the clinical criteria for pyromania.[121]

La jurisprudence, bien que très peu nombreuse, nous illustre bien cette difficulté d'application. Sur ce point, citons l'arrêt *R.* v. *L.C.K*[122], dans lequel le juge Sundhu considéra l'accusée, malgré l'avis contraire du psychiatre de la défense, responsable de l'incendie causé. Il convient d'exposer les éléments ayant été jugés déterminants par le tribunal de première instance :

> Ms. L.C.K.'s statements whether : "anybody died in the fire ?"
>
> "I just wanted to make sure nobody died in it. That's all, I'm very worried about that. I did check the back window in my bedroom and make sure the little girl's bike was and the mother's bike was gone. I just pray to God nobody died in that fire," and, "I know my daughter will be hurt, my family will be hurt."
>
> does not suggest a lack of awareness as to the moral wrongfulness of her acts. The clarity and detail of her recall of the fire setting, her awareness of the danger to others and the value of human life supports an awareness of the morally wrong nature of her acts. It indicates that she did not have an inability to know right from wrong. Rather, it indicates an ability to apply that knowledge in a rational way. She appears to have possessed the capacity present in the ordinary person to know that the act in question was wrong, having regard to the everyday standards of the ordinary person. She had an awareness that society regards her act as wrong.[123]

Ce passage illustre parfaitement l'incompréhension entourant cette maladie mentale. Comment un individu qui planifie son

---

121. Doley, *supra*, note 110, p. 803.
122. *R.* v. *L.C.K.*, [2002] B.C.J. No. 1646 (QL) [L.C.K.].
123. *Ibid.*, par. 24.

acte peut-il invoquer par la suite que celui-ci a été commis sans son contrôle ? Tel que mentionné précédemment, l'incapacité de contrôler physiquement son action engendre normalement une incapacité d'appliquer rationnellement ses capacités cognitives. Il ne s'agit pas simplement de distinguer rationnellement le bien du mal, mais d'appliquer rationnellement cette notion au moment de la commission de l'infraction. Nous croyons que l'article 16 du *Code criminel* peut s'appliquer à la pyromanie, mais il est vrai que la complexité de la preuve demeure un obstacle majeur à son application.

CONCLUSION

À la lumière de ce qui précède, il est possible de constater une dichotomie entre l'application générale des principes de la responsabilité criminelle et des moyens de défense aux troubles du contrôle des impulsions. Bien que nous puissions conclure à l'application de la défense de troubles mentaux à ces troubles (kleptomanie et pyromanie), l'opinion de certains théoriciens et la jurisprudence étudiée nous laissent voir un scepticisme quant à l'impact réel des troubles du contrôle des impulsions sur la capacité criminelle d'un individu. Il semble que la défense de troubles mentaux et du fait même, la défense d'automatisme avec troubles mentaux, puissent s'appliquer aux troubles du contrôle des impulsions, mais en pratique cela demeure complexe.

Tel qu'exposé précédemment, il est vrai d'affirmer que la preuve du caractère irrésistible de l'acte est un fardeau difficile compte tenu de la faible prévalence de ces troubles et du peu d'études sur le sujet, mais cela ne change toutefois pas les principes fondamentaux de la responsabilité criminelle. Au contraire, ce fardeau de preuve constitue, selon nous, un moyen de contrainte afin d'éviter les échappatoires au système de justice. Cela permet de dissocier les maladies mentales entraînant seulement un dysfonctionnement du contrôle des impulsions des troubles engendrant une réelle perte de contrôle due à une impulsion irrésistible.

Le principe est élémentaire ; seul un acte volontaire justifie une déclaration de culpabilité en droit pénal[124]. Ainsi, une question demeure : comment peut-on dissuader une personne qui ne peut contrôler ses actes ? À l'évidence, l'imposition d'une sentence

124. Ruzic, *supra*, note 1.

à un kleptomane ou un pyromane, ne pourra avoir d'impact sur le caractère irrésistible de leur maladie mentale, la punition s'avère donc inutile. « The argument is that involuntary conduct cannot be deterred and therefore it is pointless and wasteful to punish involuntary actors »[125]. Une personne atteinte d'un de ces troubles du contrôle des impulsions (kleptomanie ou pyromanie) sera certainement prise avec un sentiment de culpabilité après la commission de l'infraction[126], mais ne sera tout de même pas en mesure de prévenir la répétition de l'acte répréhensible. Il s'avère ainsi tant inutile qu'injuste de punir de tels gestes[127].

125. George P. Fletcher, *Rethinking criminal law*, Toronto, Little, Brown & Company, 1978, p. 813 [Fletcher].
126. DSM-IV-TR, *supra*, note 2, p. 765.
127. Fletcher, *supra*, note 125, p. 813.

CHRONIQUE

DROIT MUNICIPAL

Michel BLAIS*

Réflexions sur une échelle d'attribution des points jugée « grandement déficiente » pour l'évaluation des offres de services professionnels

Le 1er novembre 2012 marquait l'anniversaire de l'entrée en vigueur des dispositions de la *Loi sur les cités et villes* et du *Code municipal* permettant aux municipalités d'utiliser, en plus du système traditionnel d'appel d'offres basé sur la règle de la plus basse soumission conforme, un système de pondération et d'évaluation des offres. Depuis le 1er novembre 2002, les municipalités ont l'obligation d'utiliser un tel système pour l'adjudication d'un contrat relatif à la fourniture de services professionnels comportant une dépense de 25 000 $ et plus. L'auteur limite son propos ici à l'échelle d'attribution des points, une des composantes majeures de tout système d'évaluation. Il résume les commentaires émis dans le jugement-phare de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *L'Immobilière*[1], où l'échelle de notation utilisée a été jugée « grandement déficiente ». L'auteur s'étonne qu'une échelle semblable soit encore proposée ou utilisée dans certains devis d'appel d'offres pour évaluer la qualité des soumissions. Il propose également un modèle d'échelle de notation qui respecte davantage les enseignements de la Cour d'appel. Il s'interroge enfin sur les différences notables dans les procédures d'analyse des soumissions utilisées par les municipalités par rapport aux ministères et organismes publics.

Un double anniversaire à souligner

Le 1er novembre 2012 correspondait à l'anniversaire de l'entrée en vigueur de deux importantes dispositions législatives touchant le mode d'adjudication des contrats par les municipalités, soit les articles 573.1.0.1 et 573.1.0.1.1 de la *Loi sur les cités et villes* et les articles 936.0.1 et 936.0.1.1 du

---

* L'auteur est avocat et conseiller juridique au Service des approvisionnements de la Ville de Lévis et agit régulièrement à titre de secrétaire des comités de sélection. Il assume l'entière responsabilité du contenu de cet article.

1. *Immobilière (L'), société d'évaluation conseil inc.* c. *Évaluations BTF inc.*, 2009 QCCA 1844.

Code municipal du Québec, instituant un système de pondération et d'évaluation des offres. Notre propos se limitera ici à l'une des composantes essentielles d'un tel système, soit l'échelle d'attribution des points.

Un premier système facultatif d'évaluation de la qualité d'une soumission, dès 1997

Le 1er novembre 1997, entrait en vigueur l'article 573.1.0.1 de la *Loi sur les cités et villes* introduisant un premier système facultatif de pondération et d'évaluation des soumissions, offrant pour la première fois aux municipalités un outil supplémentaire pour choisir leurs cocontractants, en plus du système traditionnel d'appel d'offres basé sur la règle de la plus basse soumission conforme. Ce nouveau système leur permet dorénavant d'évaluer la qualité d'une soumission, dont le prix doit toutefois constituer l'un des critères d'évaluation.

Rappelons qu'au même moment, le législateur a aboli le « bref » pouvoir, accordé un an plus tôt (Lois de 1996, ch. 27, art. 35 et 36), qui permettait aux municipalités d'adjuger le contrat à la personne ayant fait « soit la soumission la plus basse, soit une soumission dont l'excédent du montant sur celui de la plus basse ne dépasse ni 1 % de ce dernier ni 50 000 $ ». Depuis quinze ans, les municipalités disposent donc d'une plus grande marge de manœuvre qu'auparavant dans l'adjudication des contrats : elles peuvent évaluer la qualité des offres en attribuant à chacune un nombre de points basé, « outre le prix », « sur tout autre critère directement relié au marché » ou au type de contrat visé.

Un système obligatoire d'évaluation des offres de services professionnels, depuis 2002

Cinq ans jour pour jour après l'introduction de ce premier système d'évaluation qualitative des soumissions, entrait en vigueur, le 1er novembre 2002, l'article 573.1.0.1.1 rendant obligatoire l'utilisation d'un nouveau système de pondération et d'évaluation des offres pour l'adjudication d'un contrat relatif à la fourniture de services professionnels comportant une dépense de 25 000 $ et plus. L'établissement et le fonctionnement de ce dernier système d'évaluation doit cependant respecter plusieurs règles édictées dans ce nouvel article de la loi. Précisons enfin que le conseil d'une municipalité peut aussi choisir d'utiliser un tel système d'évaluation respectant ces mêmes règles, dans le cas de l'adjudication de tout autre type de contrat (6e alinéa de l'article 573.1.0.1.1).

L'échelle d'attribution des points, une composante essentielle d'un système d'évaluation

Les composantes principales des deux systèmes d'évaluation sont les critères et la grille d'éva-

luation ainsi que l'échelle d'attribution des points. Parmi toute la jurisprudence, de plus en plus foisonnante en matière d'appels d'offres, le jugement de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *L'Immobilière* fait maintenant autorité à propos de toute cette importante question de l'évaluation des offres par un comité de sélection. Le tribunal résume ainsi le devoir de toute municipalité de définir avec rigueur ses instruments d'évaluation de la qualité des offres, de manière à encadrer adéquatement le travail du comité de sélection :

> [303] ... C'est à la Ville que le législateur impose le devoir de formuler aux documents d'appel d'offres « toutes les exigences et les critères qui seront utilisés pour évaluer les offres [...] ainsi que les méthodes de pondération et d'évaluation des offres fondées sur ces critères ». Ces documents sont cruciaux car ils déterminent la marge de discrétion d'un comité de sélection et le cadre de son exercice. Par ailleurs, ces mêmes documents établissent l'étendue des obligations de la Ville et des soumissionnaires, dont l'ensemble forme le contrat A.
>
> [304] Les dispositions les plus importantes à ce chapitre sont bien sûr la Grille d'évaluation et l'Échelle d'attribution.
> [Nos soulignements]

Les lacunes majeures de l'échelle d'attribution des points utilisée dans l'affaire *L'Immobilière*

Dans cette affaire, le tribunal d'appel a confirmé le jugement de première instance[2] qui avait conclu qu'à l'égard de quatre des sept critères d'évaluation le comité de sélection « n'a pas appliqué l'Échelle d'attribution ou l'a fait avec un manque de rigueur tel qu'il équivaut au défaut de l'appliquer ». Cette conclusion se fondait « sur l'inadéquation entre, d'une part, les points forts et les points faibles retenus par le Comité au regard de la soumission de l'Immobilière quant à chacun de ces quatre critères, et d'autre part, la note attribuée par le Comité pour chacun d'eux » (par. [328]).

Ce jugement de la Cour d'appel a identifié plusieurs défaillances reliées à l'interprétation et à l'application des critères d'évaluation et de l'échelle d'attribution des points. Dans le cadre de notre propos, nous nous limiterons à la deuxième lacune majeure constatée par les deux juges majoritaires (Lorne Giroux et Paul Vézina) dans l'encadrement du processus décisionnel du comité de sélection, soit celle relative à l'échelle d'attribution des points utilisée, laquelle est reproduite au paragraphe [25] de ce jugement :

2. *Évaluations BTF inc.* c. *Saguenay (Ville de)*, 2007 QCCS 1034.

ÉCHELLE D'ATTRIBUTION À L'ÉGARD DES CRITÈRES

100 % =	Représente un niveau de qualité « **Excellent** ». Cette note est accordée à l'offre qui dépasse substantiellement, sous tous les aspects, le niveau de qualité recherché dans ce critère.
80 % =	Représente un niveau de qualité « **Plus que satisfaisant** ». Cette note est accordée à l'offre qui dépasse, pour plusieurs éléments importants, le niveau de qualité recherché dans ce critère.
60 % =	Représente un niveau de qualité « **Satisfaisant** ». Cette note est accordée à l'offre qui répond en tout point au niveau de qualité recherché dans ce critère.
40 % =	Représente un niveau de qualité « **Insatisfaisant** ». Cette note est accordée à l'offre qui n'atteint pas, pour quelques éléments importants, le niveau de qualité recherché dans ce critère.
20 % =	Représente un niveau de qualité « **Médiocre** ». Cette note est accordée à l'offre qui n'atteint pas, sur plusieurs aspects, le niveau de qualité recherché dans ce critère.
0 % =	Représente une note « **Nulle** ». Cette note est accordée lorsqu'il n'y a aucune information dans l'offre permettant d'évaluer un critère.

Les enveloppes des offres dont le pointage est de moins de 70 points sont retournées au fournisseur sans avoir été ouvertes.

Une échelle d'attribution des points qualifiée de « grandement déficiente » par la Cour d'appel : elle contient « une contradiction » et « elle est graduée en multiples de 20 % ».

L'essentiel des commentaires des juges majoritaires au sujet de cette échelle d'attribution des points est résumé dans le paragraphe suivant :

> [342] Deuxième élément : l'Échelle d'attribution. **La Ville a copié servilement une échelle d'attribution dont la formulation est grandement déficiente sur au moins deux aspects. D'abord parce qu'elle contient une contradiction** qui fait en sorte qu'une soumission « qui répond en tout point au niveau de qualité recherché » est notée à 60 % alors que la note de passage est de 70 % **et ensuite parce qu'elle est graduée en multiples de 20 %.** Faute d'explications supplémentaires et d'une discussion éclairée sur ce second point lors de la première rencontre, on a vu que deux membres laissés à eux-mêmes pour faire l'évaluation l'ont interprétée différemment alors que le troisième l'a tout simplement mise de côté. (Nos soulignements et caractères gras)

La Cour d'appel n'a pas jugé que cette échelle d'attribution était illégale en soi, mais elle l'a qualifiée de « grandement déficiente sur au moins deux aspects » : elle est d'abord contradictoire, parce qu'une soumission « qui répond en tout point au niveau de qualité recherché » pour chaque critère serait jugée « satisfaisante » et notée à 60 %, sans permettre toute-

fois d'atteindre la note de passage fixée à 70 % par la loi.

Une formulation d'échelle auparavant qualifiée d'incongrue par un auteur de doctrine

Au paragraphe [305] du jugement, la Cour d'appel cite un large extrait[3] d'un auteur en droit municipal, Me Pierre Laurin, qui avait déjà critiqué sévèrement l'utilisation d'une telle échelle d'attribution des points dans le cadre du système obligatoire d'évaluation des offres de services professionnels. Les juges majoritaires reconnaissent que « la première critique de Me Laurin portant sur l'incongruité de la formulation de l'Échelle d'attribution – la note « satisfaisant » de 60 % par rapport à la note minimale de passage de 70 % – garde toute sa pertinence » [par. 312]. Le dictionnaire *Le Petit Robert* définit ainsi le mot « incongru » : « qui n'est pas convenable », « inconvenant », « malséant » ou « qui sied mal en certaines circonstances ».

Cette formulation de l'échelle d'attribution des points aurait été « littéralement copiée » d'un modèle préparé en septembre 2002 par le Secrétariat du Conseil du trésor, donc avant l'entrée en vigueur de l'article 573.1.0.1.1 de la *Loi sur les cités et villes* fixant la note de passage à 70 % plutôt qu'à 60 %. Une telle formulation de l'échelle d'attribution des points pouvait convenir ou être utilisée dans le cadre du système facultatif d'évaluation des offres instauré le 1er novembre 1997 par l'article 573.1.0.1, lequel ne précise aucune note de passage. Toutefois, cette même échelle ne convient pas ou est inadaptée pour le système obligatoire d'évaluation mis en place en 2002, entrant en contradiction avec la note de passage de 70 %.

Pour mémoire, le jugement de la Cour d'appel réfère à l'étude en commission parlementaire du Projet de loi no 106 (L.Q. 2002, c. 37), afin de connaître « la petite histoire » de l'article 573.1.0.1.1 de la *Loi sur les cités et villes* introduisant ce nouveau système obligatoire d'analyse de la qualité des offres de services professionnels. Il est intéressant de constater que dans la première mouture du projet de loi, la note de passage était de 60 sur 100, et « à la suite des demandes faites au législateur d'accorder une plus grande importance au critère de la qualité, la note de passage a notamment été haussée à 70 »[4]. Malheureusement, plusieurs intervenants municipaux semblent avoir omis de modifier en conséquence l'ancienne échelle d'attribution des points utilisée avant le 1er novembre 2002 dans le cadre du système

3. Pierre Laurin, « L'adjudication des contrats municipaux : la relecture d'une certaine jurisprudence », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 221, *Développements récents en droit municipal*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 356-368
4. Assemblée nationale, *Journal des débats*, Commission permanente de l'aménagement du territoire, 13 juin 2002, p. 30-58 (édition en ligne : <http://www.assnat.qc.ca>) ; par. [248] du jugement cité à la note 1.

facultatif d'évaluation de la qualité des soumissions afin de l'adapter aux nouvelles règles, dont celle fixant à 70 % la note de passage.

Le *Règlement sur les contrats de services des organismes publics*[5] prévoit aussi une note de passage de 70 %

Les ministères du gouvernement, les commissions scolaires, les collèges d'enseignement général et professionnel, les établissements universitaires, les agences de la santé et des services sociaux et leurs établissements publics, étant tous des organismes publics assujettis à ce règlement, doivent prévoir à leur échelle d'attribution des points une note de passage d'au moins 70 % pour qu'une soumission soit jugée acceptable à l'égard de la qualité. De plus, **pour chaque critère**, le « niveau de performance acceptable » doit correspondre à 70 points et non à 60 points. En effet, l'Annexe 2 de ce règlement énonce notamment ces conditions et modalités d'évaluation de la qualité :

> 2. L'organisme public doit préciser dans les documents d'appel d'offres, **pour chaque critère retenu, les éléments de qualité requis pour l'atteinte d'un « niveau de performance acceptable »,** lequel correspond à ses attentes minimales pour le critère.
>
> [...]
>
> 4. **Chaque critère est évalué sur une échelle de 0 à 100 points, le « niveau de performance acceptable » correspondant à 70 points.**
>
> 5. Un minimum de 70 points peut être exigé à l'égard de l'un ou l'autre des critères identifiés dans la grille d'évaluation. Le cas échéant, une soumission qui n'atteint pas ce minimum est rejetée. (La *Loi sur les cités et villes* n'offre pas cette possibilité d'un critère éliminatoire.)
>
> [...]
>
> 7. Une soumission acceptable à l'égard de la qualité est celle **dont la note finale est d'au moins 70 points.** (Nos soulignements et nos caractères emphatiques)

Alors que tous ces donneurs d'ouvrage font souvent affaires avec les mêmes prestataires de services que ceux des municipalités, comment justifier des différences aussi importantes dans les modalités d'évaluation de la qualité des soumissions ?

Une échelle qui manque d'échelons, parce que graduée en multiples de 20 %

En plus de contenir « une contradiction », la formulation de l'échelle d'attribution des points utilisée dans l'affaire *L'Immobilière* a été également jugée « grandement déficiente » parce qu'elle était graduée en multiples de 20 %. La Cour explique ainsi cette lacune de l'échelle et les disparités qu'elle

5. Le *Règlement sur les contrats de services des organismes publics* (chapitre C-65.1, r. 4) est entré en vigueur le 1er octobre 2008, en même temps que la *Loi sur les contrats des organismes publics*.

a engendrées dans l'attribution des points :

> [342] [...] Faute d'explications supplémentaires et d'une discussion éclairée sur ce second point [la graduation en multiples de 20 %] lors de la première rencontre, on a vu que deux membres laissés à eux-mêmes pour faire l'évaluation l'ont interprétée différemment alors que le troisième l'a tout simplement mise de côté.
>
> [...]
>
> [347] ... et, en ce qui concerne l'Échelle d'attribution, les trois membres l'ont tous appliquée de façon différente : l'un n'a pas utilisé de pourcentage mais s'est servi du pointage afférent à chaque critère, les deux autres ont procédé par pourcentage mais l'un, par multiples de 10 % et l'autre, par multiples de 5 %.
>
> [348] Rien n'indique que les disparités observées dans ces méthodes d'attribution disparates ont été corrigées à la seconde réunion. Au contraire, la prépondérance de la preuve tend plutôt à démontrer que les membres ont alors utilisé une notation en points pour certains critères et en pourcentage pour d'autres alors que les documents de soumission prévoyaient une évaluation en pourcentage. (Nos soulignements)

Cette deuxième lacune de l'échelle, soit sa graduation en multiples de 20 %, conjuguée au défaut d'explications supplémentaires fournies aux membres concernant son application, a fait en sorte que le comité de sélection n'a pas reçu un encadrement adéquat lui permettant d'exercer correctement son pouvoir discrétionnaire dans l'évaluation de la qualité des offres. Deux autres échelons, ou deux niveaux de qualité additionnels, auraient encadré davantage le travail d'analyse du comité :

- On ne retrouve aucun niveau de qualité pour évaluer le critère « **qui dépasse, pour un élément important,** le niveau de qualité recherché », mais seulement un niveau intitulé « **qui dépasse pour plusieurs éléments importants**, le niveau de qualité recherché dans ce critère » (80 %). Ce « barreau » manquant (qui pourrait correspondre à une cote intermédiaire de 70 %) aurait pourtant été utile pour permettre aux membres une évaluation plus précise, donc plus juste et équitable, dès leur analyse individuelle de la qualité.

- De la même façon, dans la partie inférieure de l'échelle, on ne retrouve aucun niveau de qualité pour évaluer le critère « **qui n'atteint pas, pour un élément important**, le niveau de qualité recherché », mais seulement un niveau de qualité intitulé « **qui n'atteint pas, pour quelques éléments importants**, le niveau de qualité recherché dans ce critère » (40 %). Cet autre échelon manquant (qui pourrait correspondre à une cote intermédiaire de 50 %) aurait été utile pour préciser cette échelle et mieux encadrer les membres du comité dans leur analyse.

Comme la nature a horreur du vide, les membres « laissés à eux-

mêmes » ont compensé ce manque de niveaux de qualité, soit en attribuant une cote intermédiaire par multiples de 5 % ou de 10 %, soit en utilisant une notation en points plutôt qu'en pourcentage. Des méthodes d'évaluation aussi disparates ont justement engendré des « incohérences significatives » entre les points forts et les points faibles notés par le comité de sélection et les points attribués pour quatre critères fondamentaux.

La Cour d'appel résume ainsi les défaillances observées relativement au choix et à l'application de l'échelle d'attribution des points et leurs conséquences sur la fiabilité de l'évaluation faite par le comité de sélection :

> [353] Dans ces circonstances, nous sommes d'avis que la Ville n'a pas fait preuve de la rigueur qui s'imposait dans la sélection des membres du Comité, **dans le choix de l'Échelle d'attribution**, dans l'utilisation du Guide et **dans la procédure encadrant l'exercice de la discrétion du Comité.**
>
> [354] Ce manque de rigueur a engendré des **dysfonctionnements dans le travail du Comité notamment dans l'application de l'Échelle d'attribution qui n'a pas été faite conformément aux exigences des documents d'appel d'offres. Les défaillances du processus mis en place par la Ville pour guider et baliser l'exercice du pouvoir discrétionnaire du Comité** dans le respect de la Loi et des obligations du contrat A sont telles qu'elles justifient de remettre en question la fiabilité du résultat obtenu au point de rendre nécessaire l'intervention judiciaire ». (Nos soulignements et caractères gras)

Cette échelle « grandement déficiente » est encore... proposée par le MAMROT

En effet, le ministère des Affaires municipales, des Régions et de l'Occupation du territoire (MAMROT) propose encore aux municipalités l'utilisation d'une échelle d'attribution des points comportant les mêmes déficiences. Dans un document mis en ligne sur son site Web au mois de mai 2012 et intitulé « Modèle d'appel d'offres de services professionnels pour la préparation de plans et devis et la surveillance de travaux pour la réalisation d'infrastructures »[6], voici l'échelle d'attribution des points apparaissant à la clause 5.1 de ce « modèle » :

6. Ce modèle de devis d'appel d'offres est publié en version électronique à l'adresse suivante : <http://www.mamrot.gouv.qc.ca/gestion-contractuelle-et-ethique/gestion-contractuelle/#c6995>.

5.1 Échelle d'attribution des points à l'égard des critères

L'évaluation de chacun des cinq critères ci-dessous sera réalisée de la façon suivante :

100 % x points :	Excellent (dépasse sous tous les aspects le niveau de qualité recherché)
80 % x points :	Plus que satisfaisant (dépasse sous plusieurs aspects le niveau de qualité recherché)
60 % x points :	Satisfaisant (atteint le niveau de qualité recherché)
40 % x points :	Insatisfaisant (n'atteint pas, pour certains aspects importants, le niveau de qualité recherché)
20 % x points :	Médiocre (n'atteint pas, pour plusieurs aspects, le niveau de qualité recherché)
0 % x points :	Nul (Rien dans l'offre ne permet d'évaluer ce critère.)

Commentaire : La Cour d'appel a reconnu que le pointage intérimaire fixé à 70 % du total des points n'empêchait pas de fixer à 60 % la note pour juger satisfaisante la valeur d'une soumission quant à chacun des critères, tout en exigeant 70 % pour la note globale. *Groupe Bio-Services inc.* c. *Terrebonne (Ville de)*, 2010 QCCA 1152.

Force nous est de constater que la formulation de cette échelle est presque identique à celle utilisée dans l'affaire *L'Immobilière,* laquelle fut pourtant sévèrement critiquée par les juges majoritaires de la Cour d'appel. On y remarque les deux mêmes déficiences : elle contient la même « contradiction », qui fait en sorte qu'une soumission qui « atteint le niveau de qualité recherché », « satisfaisant », pourrait être notée à 60 % pour un ou plusieurs critères, sans pouvoir atteindre toutefois la note de passage globale de 70 % ; de la même façon, elle est « graduée en multiples de 20 % », offrant un nombre insuffisant de niveaux de qualité pour permettre aux membres de faire une évaluation plus précise lors de leur analyse individuelle des offres de services. Et qui plus est, dans le « commentaire » accompagnant cette échelle, aucune référence n'est faite à l'affaire *L'Immobilière,* un arrêt de principe[7] qui a pourtant analysé en profondeur toute cette question. On y réfère plutôt à l'affaire *Groupe Bio-Services inc.*, qui n'ajoute rien aux conclusions précédentes de la Cour d'appel.

7. Les deux juges majoritaires (Lorne Giroux et Paul Vézina) de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *L'Immobilière* ont fait une analyse approfondie du travail du comité de sélection : leurs motifs relatifs à ce sujet couvrent à eux seuls 39 pages et plus de cent paragraphes du jugement. À titre de comparaison, le jugement de six pages de la Cour d'appel dans l'affaire *Groupe Bio-Services inc.* n'y consacre que quelques paragraphes, où il fait abondamment référence à l'affaire *L'Immobilière* et « *met en lumière les différences fondamentales qui opposent* » ces deux dossiers.

Dès le 2e paragraphe de ce jugement, la Cour apporte la précision suivante :

> *Il convient de noter de plus que, pour cerner précisément les notions de droit pertinentes à l'espèce, le juge ne jouissait pas de* ***l'éclairage qu'a apporté l'arrêt prononcé ultérieurement par notre cour dans Immobilière(L') Société d'évaluation conseil inc. c. Évaluations BTF inc.***

Concernant l'échelle d'attribution des points, la Cour d'appel ne reprend pas ici la démonstration déjà faite dans l'affaire *L'Immobilière :* elle ne se prononce aucunement sur la graduation déficiente en multiples de 20 % et se limite à commenter la note de 60 % représentant le niveau de qualité « satisfaisant » pour un critère qui répond en tout point au niveau de qualité recherché. À la prétention de l'appelante selon laquelle « cette qualification est incongrue, voire illégale, dans la mesure où la Loi établit la note de passage à 70 % », la Cour répond finalement ceci :

> [17] De l'avis de la Cour, l'argument n'est pas déterminant en l'espèce.
>
> [18] Tout d'abord, il n'est pas acquis que seule la thèse avancée par l'appelante soit raisonnable. La Loi fixe bel et bien la note de passage à 70 %, mais elle le fait à l'égard du total des points et non à l'égard d'un critère particulier. Dès lors, il n'est pas inconcevable que la note de 60 % puisse correspondre aux exigences minimales de l'appel d'offres pour un critère donné, mais que la note globale de 70 % pour l'ensemble des critères soit tout de même exigée afin que la soumission puisse être considérée à l'étape suivante, celle de l'examen du prix. (Nos soulignements)

Si la Cour est d'avis que cet argument n'est « pas déterminant en l'espèce », elle n'exclut pas qu'il pourrait l'être dans une autre situation, comme ce fut le cas dans l'affaire *L'Immobilière,* où une telle formulation a été qualifiée de « grandement déficiente » en raison de son caractère contradictoire et incongru, et plus particulièrement à cause de la « graduation de l'échelle en multiples de 20 % », celle-ci ayant engendré, lors de l'analyse de la qualité effectuée par les membres du comité de sélection, des difficultés d'interprétation et d'application lourdes de conséquences : « **Le problème vient d'abord du fait que la Ville y (dans le Guide) a inscrit l'Échelle d'attribution sans aucunement s'interroger sur les difficultés qu'elle était susceptible d'engendrer** », conclut la Cour au paragraphe [343] de son jugement.

Une échelle d'attribution des points davantage conforme aux enseignements de la Cour d'appel

Avec respect pour l'opinion contraire, nous sommes d'avis que les enseignements de la Cour d'appel doivent servir de guide dans la formulation de l'échelle d'attribution des points, celle-ci constituant, avec les critères de sélection, la composante la plus

importante du système d'évaluation de la qualité des soumissions. Aussi proposons-nous à votre attention, bien humblement, un modèle d'échelle[8] plus respectueux de la jurisprudence et exempt des « déficiences » relevées par la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *L'Immobilière* : l'élément de « contradiction » a été supprimé, en s'assurant que le niveau de qualité jugé « satisfaisant » pour un critère corresponde à une note de 70 % ; l'échelle est principalement graduée en multiples de 10 %, grâce à l'ajout de deux nouveaux échelons ou niveaux de qualité :

ÉCHELLE D'ATTRIBUTION DES POINTS	
100 % =	« Excellent » (Qui dépasse substantiellement sur tous les aspects, le niveau de qualité recherchée) ;
90 % =	« Beaucoup plus que très satisfaisant » (Qui dépasse, pour plusieurs éléments importants, le niveau de qualité recherché) ;
80 % =	« Très satisfaisant » (Qui dépasse, pour un élément important, le niveau de qualité recherchée) ;
70 % =	« Satisfaisant » (Qui répond en tout point au niveau de qualité recherchée) ;
60 % =	« Non-acceptable » (Qui n'atteint pas, pour un élément important, le niveau de qualité recherchée) ;
40 % =	« Insatisfaisant » (Qui n'atteint pas, pour quelques éléments importants, le niveau de qualité recherchée) ;
20 % =	« Médiocre » (Qui n'atteint pas, sur plusieurs aspects, le niveau de qualité recherchée) ;
0 =	« nul » (Rien dans l'offre ne permet d'évaluer un critère).

Deux procédures très différentes... pour l'analyse individuelle des soumissions

En guise de conclusion, nous portons à votre attention un autre exemple illustrant le manque d'harmonisation et d'uniformisation dans l'évaluation des offres de services : une firme d'ingénierie verra son offre de services évaluée de façon passablement différente selon qu'elle la présente à un ministère ou à un organisme public assujetti à la *Loi sur les contrats des organismes publics*, ou selon qu'elle la soumette à une municipalité régie par la *Loi sur les cités et villes*. Dans le premier cas, l'analyse sera faite par critère :

> Une grille d'évaluation des soumissions est remise à chacun des membres du comité de sélection

8. Cette échelle d'attribution des points est utilisée par la Ville de Lévis depuis novembre 2002 dans ses devis d'appel d'offres de services professionnels. Nous vous remercions à l'avance de nous transmettre, à l'adresse <mblais@ville.levis.qc.ca>, toute suggestion ou commentaire nous permettant d'améliorer encore la formulation de cette échelle.

afin qu'ils procèdent à l'analyse individuelle des soumissions. Lors de cette analyse, chaque membre doit situer distinctement sur cette grille le rangement de chacune des soumissions reçues pour un critère donné. Ainsi, les critères sont évalués un à la fois pour l'ensemble des soumissions, et ce, en regard des attentes minimales nécessaires à la réalisation du mandat.

[...]

Pour chaque critère, le membre du comité de sélection évalue chacune des soumissions en fonction des éléments de la « Grille d'évaluation » sur laquelle un critère à la fois est pris en compte pour l'ensemble des soumissions. Cette analyse se fait individuellement par chaque membre et est préliminaire à la tenue du comité de sélection.

[...]

Règles de base d'évaluation par critère

Les membres du comité de sélection évaluent les soumissions en analysant un critère à la fois pour l'ensemble des soumissions reçues. Cela permet alors de faire une comparaison d'une soumission à l'autre sur un même critère. [...][9]

Par ailleurs, si la firme présente son offre de services à une municipalité qui utilise le *Modèle d'appel d'offres de services professionnels pour la préparation de plans et devis et la surveillance de travaux pour la réalisation d'infrastructures* proposé sur le site Web du ministère des Affaires municipales, des Régions et de l'Occupation du territoire, la procédure utilisée prévoit une analyse faite par soumission et non par critère :

INSTRUCTIONS AUX MEMBRES D'UN COMITÉ DE SÉLECTION

Le conseil municipal vous a désigné comme membre d'un comité de sélection des offres. Voici la procédure à suivre lors de l'exécution de l'importante tâche qui vous a été confiée. Avant la tenue de la séance du comité de sélection, chaque membre doit évaluer individuellement et séparément chaque soumission pour l'ensemble des critères, et ce, sans comparer les soumissions entre elles et encore moins en les comparant critère par critère.[10]

L'une des règles de fonctionnement du système d'évaluation des offres est ainsi énoncée dans la *Loi sur les cités et villes* : « évaluer individuellement chaque soumission sans connaître le prix »[11] [Notre soulignement].

Le mot « individuellement » signifie ici « chacun en particulier » par opposition à « collectivement » : chaque membre du comité doit, dans un premier temps, faire individuellement sa propre évaluation avant la tenue de la séance du comité de sélection, cette dernière

9. Guide du secrétaire de comités de sélection, disponible sur le site Web du Secrétariat du Conseil du trésor à l'adresse suivante : <https ://www.marchespublics.tresor.gouv.qc.ca/guide-secretaire/>.
10. <http://www.mamrot.gouv.qc.ca/gestion-contractuelle-et-ethique/gestion-contractuelle/#c6995>, voir l'annexe 7 de ce modèle d'appel d'offres.
11. Art. 573.1.0.1.1, sous-paragraphe a) du troisième paragraphe du premier alinéa.

visant à attribuer, en collégialité et par consensus, un nombre de points « eu égard à chaque critère »[12]. Le mot « individuellement » ne s'applique donc pas ici au mot « soumission » mais détermine[13] plutôt le mot « évaluer », afin que l'évaluation se fasse par chaque membre « individuellement » plutôt que collectivement. Nulle part la loi n'exige que le comité de sélection évalue « séparément chaque soumission pour l'ensemble des critères ». Soit dit avec égards, une telle interprétation ajoute à la loi une exigence que seul le législateur pouvait édicter. La loi dit que le comité « doit évaluer individuellement chaque soumission » et non que le comité « doit évaluer individuellement et séparément chaque soumission ».

Étonnamment, les paragraphes 258 et 259 du jugement de la Cour d'appel dans l'affaire *L'Immobilière* reprennent cette interprétation faite par l'auteur André Langlois[14] et réfèrent au mot « séparément » alors que la loi utilise le mot « individuellement » :

> [258] Au premier chef, c'est l'article 573.1.0.1.1 LCV qui fournit les éléments fondamentaux de réponse : « Le Conseil doit utiliser un système de pondération et d'évaluation des offres » qui prévoit notamment le processus à suivre par un comité de sélection. Celui-ci doit a) **évaluer séparément [sic]** chaque soumission sans connaître le prix, b) attribuer à la soumission, eu égard à chaque critère, un nombre de points, pour ensuite c) établir le pointage intérimaire de chaque soumission en additionnant les points afférents à tous les critères.
>
> [259] La lecture conjointe des sous-paragraphes a) et b) du troisième paragraphe du premier alinéa de l'article 573.1.0.1.1 permet d'en déduire l'exigence que les soumissions doivent être **évaluées séparément [sic]** pour l'ensemble des critères sans les comparer entre elles et encore moins en les comparant, critère par critère. Cette interprétation est explicitée par l'auteur André Langlois :
>
> [...] Chaque soumission doit donc être évaluée pour ses valeurs spécifiques et non en comparaison avec les autres soumissions : il s'agit d'effectuer une évaluation objective de chaque soumission par rapport aux critères établis dans les documents d'appel d'offres de façon à lui permettre de recevoir une note exprimant son propre mérite peu importe le nombre de soumissions déposées. Une telle façon de faire constitue en quelque sorte un gage de traitement impartial.

Conséquemment, nous sommes d'avis que la loi n'exige pas

12. *Ibid.*, par. 3º b).
13. Le mot « individuellement » est un adverbe. Le dictionnaire de la langue française Le Petit Robert définit ainsi le mot « adverbe » : « Mot invariable ajoutant une détermination à un verbe, un adjectif, un adverbe, ou une phrase ». Les mots ne changent pas de fonction du fait qu'ils sont utilisés dans un texte de loi plutôt que dans tout autre texte. L'adverbe « individuellement » ne détermine pas ici le mot « soumission », mais plutôt le verbe « évaluer ».
14. André Langlois, *Les contrats municipaux par demandes de soumissions*, 3e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 282.

que « les soumissions doivent être évaluées séparément pour l'ensemble des critères sans les comparer entre elles et encore moins en les comparant, critère par critère ». La procédure d'analyse individuelle « un critère à la fois pour l'ensemble des soumissions », telle qu'elle est proposée dans le guide publié par le Secrétariat du Conseil du trésor, semble présenter de meilleures garanties d'une évaluation juste et équitable pour les soumissionnaires. Fondamentalement, lorsque le comité de sélection[15] évalue la qualité des offres de services, c'est dans le but de choisir celle qui est la plus avantageuse pour le donneur d'ouvrage, celle qui répond le mieux à « toutes les exigences et tous les critères » définis dans le devis d'appel d'offres, celle qui se démarque des autres par sa qualité, par l'expérience de la firme soumissionnaire et celle de son chargé ou de sa chargée de projet et de l'équipe assignée à sa réalisation. L'analyse de la qualité n'obéit pas aux mêmes règles que l'analyse de la conformité : seule cette dernière ne nécessite pas la comparaison des soumissions entre elles.

Dans l'affaire *Services informatiques SYM inc.*[16], où il était allégué que les membres du comité de sélection avaient mis de côté la procédure d'évaluation prévue au devis d'appel d'offres et exigeant que les soumissions soient évaluées en les comparant entre elles, le Tribunal commente ainsi cette procédure où l'évaluation est faite de façon comparative plutôt que de manière isolée ou en « silo » :

> [98] Cette disposition [du devis] prévoit que les membres du comité de sélection évaluent les soumissions en les comparant entre elles. De plus, **chacun des quatre niveaux de performance (insatisfaisant, satisfaisant, bon et excellent) témoigne de l'importance de comparer les soumissions les unes par rapport aux autres pour l'attribution du pointage**.
>
> [99] Or, l'exercice effectué par le Comité a passé outre totalement à cette disposition, si bien que **la note de chacun a été attribuée de façon isolée**. Curieusement, chacun des membres, incluant Auger, a insisté devant le Tribunal de s'être bien gardé de comparer les soumissions entre elles.
>
> [100] La coïncidence est beaucoup trop forte pour que le Tribunal ne la soulève pas. De deux choses l'une : ou la lecture de la décision dans l'affaire BTF a « collectivement » influencé leur témoignage et ils n'ont pas décrit à la Cour la procédure qu'ils ont véritablement suivie **ou encore ceux-ci ont mis de côté la procédure prévue à l'article 6.2 et ont failli à leur tâche d'évaluer les soumissions conformément à l'Échelle d'attribution**. [Nos caractères gras]

Qu'il s'agisse d'évaluer la qualité d'une offre de services dans le

15. Le mot « sélection » signifie « action de choisir les objets, les individus qui conviennent le mieux ».
16. *Services informatiques SYM inc.* c. *Corporation d'approvisionnement des Deux Rives*, 2011 QCCS 2162, par. 98 à 100.

cadre d'un appel d'offres ou celle d'une candidature lors d'une offre d'emploi, il m'apparaît souhaitable, voire essentiel, de comparer les candidats entre eux. Le but de l'exercice n'est-il pas de dénicher le meilleur[17], le plus apte à exécuter le mandat, celui qui répond le mieux aux attentes ? Bref, la tâche individuelle de chaque membre du comité de sélection est de ranger chaque soumission sur l'échelle d'attribution des points et lui attribuer un pourcentage correspondant au niveau de performance ou de qualité démontré pour chaque critère, et ce, après avoir comparé le contenu de chaque proposition. La dernière étape de l'évaluation, faite en collégialité, par consensus, après discussion des évaluations individuelles, constitue en elle-même un gage de traitement objectif, impartial et équitable envers tous les soumissionnaires. De plus, les membres signent un engagement solennel d'agir en ce sens dès la réception du dossier d'appel d'offres.

17. « Meilleur » : Comparatif de supériorité de *bon*.

Barreau du Québec

445, boulevard St-Laurent
Montréal (Québec) H2Y 3T8

514-954-3400 1 800 361-8495

www.barreau.qc.ca